

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230051-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Beschluss und Urteil vom 31. August 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagte,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law and Economics X. _____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen (Ausweisung)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 7. Juli 2023 (ER230085)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1 sinngemäss)

Die Gesuchsgegnerin sei zu verurteilen, die 3.5 Zimmerwohnung Nr. 1 im 4. Obergeschoss mit Wintergarten und Terrasse, den Einstellplatz Nr. 1 in der Tiefgarage, das Kellerabteil Nr. 1, unter Entfernung ihrer Gegenstände aus dem gemeinschaftlichen Veloraum in der Garage, an der D.____-strasse 2, ... Zürich, unverzüglich zu räumen (frühestens am 31. Mai 2023) und den Gesuchstellern ordnungsgemäss zu übergeben.

Das Stadtammanamt Zürich Kreis ..., ... [Adresse], sei anzuweisen, das Urteil am 31. Mai 2023 oder unverzüglich danach auf Verlangen der Gesuchsteller zu vollstrecken.

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, den Gesuchstellern eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verurteilt, die 3 ½-Zimmerwohnung Nr. 1 im 4. Obergeschoss mit Wintergarten und Terrasse, den Einstellplatz Nr. 1 in der Tiefgarage, das Kellerabteil Nr. 1, unter Entfernung ihrer Gegenstände aus dem gemeinschaftlichen Veloraum in der Garage, an der D.____-strasse 2, ... Zürich, unverzüglich zu räumen und den Gesuchstellern ordnungsgemäss zu übergeben.
2. Das Stadtammanamt Zürich ... wird angewiesen, Dispositiv-Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf Verlangen der Gesuchsteller zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von den Gesuchstellern vorzuschüssen. Sie sind ihnen aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'500.– wird der Gesuchsgegnerin auferlegt, aber mit dem von den Gesuchstellern geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, den Gesuchstellern diesen Betrag zu ersetzen.
4. Der Antrag der Gesuchsteller auf Parteientschädigung wird abgewiesen.

5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittel: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand]

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 28 S. 2):

- " 1. Das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben.
2. Die Sache sei der Vorinstanz zurückzuweisen: eventualiter sei das Gesuch der Berufungsbeklagten abzuweisen.
3. Es sei der Berufungsklägerin eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.
4. Eventualiter sei das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag:

Es sei der Berufungsklägerin für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.

der Berufungsbeklagten (act. 33):

- " 1. Es sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es sei das erstinstanzliche Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgericht Zürich vom 7. Juli 2023 (ER230085) vollumfänglich zu bestätigen.
3. Es sei die Berufungsklägerin zu verurteilen, die 3.5 Zimmerwohnung Nr. 1 im 4. Obergeschoss mit Wintergarten und Terrasse, den Einstellplatz Nr. 1 in der Tiefgarage, das Kellerabteil Nr. 1, unter Entfernung ihrer Gegenstände aus dem gemeinschaftlichen Veloraum in der Garage, an der D._____-strasse 2, ... Zürich, unverzüglich zu räumen und den Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben.
4. Das Stadtmannamt Zürich Kreis ..., ..., sei anzuweisen, das Urteil unverzüglich auf Verlangen der Berufungsbeklagten zu vollstrecken.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 25. Mai 2023 (Datum Poststempel) gelangten die Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagten) an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) und stellten gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) das obgenannte Ausweisungsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 1. Juni 2023 wurde den Berufungsbeklagten eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Gleichzeitig gab die Vorinstanz der Gegenseite Gelegenheit zur Stellungnahme zum Gesuch (act. 4). Da die Berufungsbeklagten den Kostenvorschuss innert Frist nicht geleistet hatten, wurde ihnen mit Verfügung vom 15. Juni 2023 eine Nachfrist angesetzt (act. 10). Mit Verfügung vom 20. Juni 2023 wurde der Berufungsklägerin die Frist zur Stellungnahme zum Gesuch bis zum 29. Juni 2023 erstreckt (act. 15). Der Kostenvorschuss wurde von den Berufungsbeklagten fristgerecht am 21. Juni 2023 geleistet (act. 18). Die Berufungsklägerin nahm mit Eingabe vom 29. Juni 2023 Stellung zum Ausweisungsbegehren und verlangte dessen Abweisung (act. 19). Mit Urteil vom 7. Juli 2023 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren gut und wies das Stadtmannamt Zürich ... an, den Ausweisungsbefehl auf Verlangen der Berufungsbeklagten zu vollstrecken (act. 27).

1.2. Mit Eingabe vom 28. Juli 2023 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig (vgl. act. 22c) Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit vorstehenden Berufungsanträgen (act. 28). Mit Verfügung vom 3. August 2023 wurde den Berufungsbeklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt, welche diese innert Frist erstatteten (act. 33).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–25). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz hat den Streitwert ihres Verfahrens nach Massgabe der Mietzinse für eine Verfahrensdauer von sechs

Monaten bis zur effektiven Ausweisung berechnet. Das ergab auf Basis der vereinbarten monatlichen Mietzinse von Fr. 5'480.– ein Total von Fr. 32'880.– (act. 27 E. 5). Der Streitwert für die Berufung ist damit in jedem Fall gegeben.

2.2. Die Berufung wurde schriftlich eingereicht, sie enthält Anträge und eine Begründung (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es kann im Berufungsverfahren sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Dabei muss die Berufung erhebende Partei im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; vgl. dazu Näheres unten in Erw. E.2.1.). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625).

2.3. Die Berufungsklägerin beantragt, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben. Dieser Antrag ist – entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten (act. 33 Rz. 8) – klar und unmissverständlich. Wie noch zu zeigen sein wird, setzt sich die Berufungsklägerin – entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten (act. 33 Rz. 11) – auch hinreichend mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander (vgl. E. 3.1.4). Auf die Berufung ist daher einzutreten. Den Berufungsbeklagten ist insofern zuzustimmen, dass es sich bei dem von der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren eingereichten Kontoauszug (act. 30/3) um ein Novum handelt. Da die Berufungsklägerin nicht darlegt, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sei, dieses Novum bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. hiervor E. 2.2), ist es im Berufungsverfahren verspätet und nicht zu beachten.

3.1.1. Die Berufungsbeklagten brachten vor Vorinstanz vor, die Parteien hätten am 16. November 2019 per 1. September 2020 einen Mietvertrag über eine 3 ½-Zimmerwohnung (115m²) Nr. 1 im 4. OG zuzüglich Terrasse 92m², Wintergarten 16m² und Einstellplatz Nr. 1 in der Tiefgarage sowie Kellerraum und zur Mitbenützung Waschküche, Trockenraum und Veloraum abgeschlossen. Der Mietzins betrage inklusive Einstellplatz und Heiz-/Nebenkosten Fr. 5'480.–, zahlbar im Voraus auf den 1. des Monats (act. 3/1). Die Berufungsklägerin habe seit

Oktober 2022 mehrfach die Miete nicht fristkonform bezahlt (Mieten Oktober und Dezember 2022, Mieten Januar und Februar 2023). Zuletzt sei der Mietzins des Monats März 2023 am 1. März 2023 nicht überwiesen worden. Am 3. März 2023 sei schriftlich und eingeschrieben eine Zahlungsaufforderung mit einer Nachfristansetzung von 30 Tagen und einer Kündigungsandrohung erfolgt. Die Zahlungsaufforderung sei der Berufungsklägerin am 22. März 2023 zugestellt worden. Innert der im Schreiben vom 3. März 2023 angesetzten Frist, sei die Miete März 2023 nicht bezahlt worden. Am 27. April 2023 (mit Aufgabe bei der Sihlpost um 10:00 Uhr) sei das Mietverhältnis mit amtlichem Formular ausserordentlich auf den 31. Mai 2023 gekündigt worden (act. 1 S. 2, act. 3/4-5, act. 3/6-7, act. 3/9, act. 3/10-13). Diese Ausführungen blieben bereits vor Vorinstanz unbestritten (vgl. act. 19).

3.1.2. Die Berufungsklägerin brachte vor Vorinstanz indes zusammengefasst vor, die Kündigung sei aus verschiedenen Gründen zu beanstanden und die Vorgehensweise der Berufungsbeklagten verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. sei missbräuchlich. Ihr sei telefonisch mehrfach mitgeteilt worden, die Kündigungsandrohung sei automatisch gesendet worden und könne als gegenstandslos betrachtet werden, solange sie den ausstehenden Mietzins bis Ende April 2023 überweise. In einer SMS vom 26. April 2023 habe die Berufungsbeklagte 1 ihr sodann mitgeteilt, sie müsse – in Folge einer Auslandsreise der Berufungsbeklagten 1 – nunmehr doch den Betrag bis spätestens am Folgetag, dem 27. April 2023, überweisen. Ansonsten werde die Kündigung schon am Freitagmorgen des 28. April 2023 abgeschickt. Offenbar sei die Kündigung aber bereits am Donnerstag, 27. April 2023 um 10.00 Uhr der Sihlpost übergeben worden. Darin sei ein widersprüchliches Verhalten mit leicht täuschendem bzw. manipulativem Beigeschmack zu erblicken. Sie habe den Betrag absprachegemäss am 27. April 2023 überwiesen (act. 19 S. 3 f.).

3.1.3. Die Vorinstanz erwog dazu im Wesentlichen, dass die Kündigungsandrohung für den Fall einer Zahlung bis Ende April 2023 mündlich zurückgenommen worden sei, finde keine Stütze in den Akten und erscheine als haltlose Parteibehauptung. Auch aus der SMS der Berufungsbeklagten 1 vom 26. April 2023 erge-

be sich dies nicht. Die Zahlungsfrist von 30 Tagen sei längst abgelaufen gewesen und die Berufungsbeklagten hätten jederzeit die ausserordentliche Kündigung aussprechen dürfen. Auch der Einwand, die Kündigungsandrohung sei bis zum 28. April 2023 zurückgenommen worden, decke sich nicht mit der Aktenlage. Es handle sich um zwei SMS vom 26. April 2023. Die erste sei um 16:13 Uhr, die letzte um 22:31 Uhr erfolgt (act. 20/1 Blatt 1). Die Berufungsklägerin liefere bewusst eine ungenaue Interpretation zum Inhalt dieser zwei SMS. Die Berufungsbeklagte 1 habe nur in der SMS von 16:13 Uhr den Freitagmorgen (28. April 2023) genannt. In der letzten SMS von 22:31 Uhr habe sie geschrieben: "Angesichts der Fristenregelung im Mietrecht muss die Miete spätestens morgen früh auf unserem Konto sein, sonst müssen wir morgen früh kündigen". Somit sei es aktenwidrig, dass eine Zusicherung gemacht worden sei, erst am 28. April 2023 zu kündigen. Der Vorwurf eines täuschenden, widersprüchlichen Verhaltens sei widerlegt. Klarerweise sei die Bedingung gestellt worden, dass der Zahlungseingang spätestens am frühen Morgen des 27. April 2023 bereits erfolgt sein müsse. Die Berufungsklägerin behauptete selber nicht, einen Zahlungseingang bis spätestens am frühen Morgen des 27. April 2023 bewirkt zu haben (vgl. act. 19 S. 3). Auf dem Zahlungsbeleg habe sie handschriftlich angemerkt: "Ausgang um 11:04 laut E. _____ [Bank]" (act. 20/2). Ihre Vorbringen seien nicht geeignet, die klare Rechtslage zu erschüttern.

3.1.4. Die Berufungsklägerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, ihre Einwendungen seien unbehelflich. In der SMS der Berufungsbeklagten 1 vom 26. April 2023, 16:13 Uhr, habe diese mitgeteilt, dass aufgrund einer spontanen Auslandsreise die Miete bis Donnerstag, 27. April, überwiesen sein müsse. Nur sechs Stunden später, kurz vor Mitternacht, um 22:31 Uhr, d.h. zu einer Unzeit in Bezug auf etwaige Banküberweisungen, habe die Berufungsbeklagte 1 ihr mitgeteilt, dass "die Miete spätestens morgen früh" auf ihrem Konto sein müsse, "sonst müssen wir morgen früh kündigen". Die SMS beinhalte zweifelsfrei eine Wenn/Dann-Formulierung in Bezug auf den relevanten ausstehenden Mietzins, wobei der zeitliche Aspekt der angegebenen Wenn-Komponente eine Erfüllung innerhalb der noch offenen Frist verunmögliche. Dennoch sei damit nachgewiesen, dass die Berufungsbeklagten ihr eine Nachfrist mit Bezug auf den ausstehenden Mietzins und die damit ver-

bundene, zuvor angedrohte Kündigung gewährt habe. Wie dem beigelegten Kontoauszug entnommen werden könne, sei der Zahlungsausgang der Forderung am 27. April 2023 um 11:04 Uhr erfolgt. Die Argumentation der Vorinstanz, wonach sie nicht behauptet bzw. überzeugend dargelegt habe, einen Zahlungseingang am frühen Morgen des 27. April 2023 bewirkt zu haben, stelle vor diesem Hintergrund überspitzten Formalismus dar (act. 28 S. 6 f.).

3.1.5. Die Berufungsbeklagten wenden im Wesentlichen ein, die Berufungsklägerin zeige nicht auf, inwiefern die Rechtsauffassung der Vorinstanz falsch sein soll. Die Berufungsklägerin behaupte weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im vorliegenden Berufungsverfahren, dass die ausstehende Miete tatsächlich rechtzeitig am frühen Morgen des 27. April 2023 bei ihnen eingegangen sei. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, was bestritten werde, sei die von ihnen angesetzte Nachfrist zu diesem Zeitpunkt bereits längstens abgelaufen gewesen. Eine Verlängerung der Nachfrist werde von der Berufungsklägerin weder substantiiert behauptet, geschweige denn im Ansatz bewiesen. Somit seien sie in jedem Fall zur Kündigung berechtigt gewesen (act. 33 Rz. 25). Die Berufungsklägerin zeige nicht auf, inwiefern die SMS vom 26. April 2023 ein treuwidriges Verhalten zeigen solle. Ausserdem verkenne sie bei der Einreichung des Kontoauszugs betreffend der Transaktion vom 27. April 2023, dass unbestritten sei, dass die ausstehende Zahlung nicht am frühen Morgen des 27. April 2023 bei ihnen auf dem Konto verbucht gewesen sei. Sie könne aus der Bestätigung daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ausserdem handle es sich um ein unzulässiges Novum (act. 33 Rz. 25 ff.).

3.2.1. Das Gericht gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen, wenn der (rechtlich relevante) Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Der Nachweis dieser Voraussetzungen obliegt der gesuchstellenden Partei. Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO), und es steht der gesuchstellenden Partei weiterhin der Weg der ordentlichen Klage offen. Mit Blick darauf, dass ein Urteil, mit dem nach Art. 257 ZPO Rechtsschutz gewährt wird, der materiellen Rechtskraft fähig ist, wird von der gesuchstellenden Partei verlangt, dass sie so-

fort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Umstände erbringt, so dass klare tatsächliche Verhältnisse herrschen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Für die Verneinung eines klaren Falls in tatsächlicher Hinsicht genügt es, wenn die gesuchsgegnerische Partei substantiierte und schlüssige Einwendungen vorträgt, die nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die gerichtliche Überzeugung zu erschüttern. Offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen des Anspruchs genügen nicht für die Verneinung eines klaren Falles (vgl. OGer ZH PF190019 vom 27. Juni 2019 E. D.2.3.2.). Ein Vorbringen ist nicht schon dann als haltlos anzusehen, wenn die Wahrheit der Ausführungen fraglich erscheint. Verlangt wird, dass das Vorbringen sich aufgrund der gesamten Umstände ohne Weiteres als unwahr erweist. Es muss zufolge klarer gegenteiliger Anhaltspunkte im höchsten Grad unwahrscheinlich wirken. Die Unwahrheit muss praktisch erwiesen sein. Entsprechend ist nicht leichthin von Haltlosigkeit auszugehen (vgl. BGer 4A_14/2017 vom 15. Februar 2017, E. 4.2, sowie OGer ZH LF160063 vom 11. November 2016, E. III./1.2).

3.2.2. Ist der Mieter nach Übernahme der Mietsache mit der Zahlung fälliger Mietzinsen oder Nebenkosten in Verzug, so kann ihm der Vermieter nach Art. 257d Abs. 1 OR schriftlich eine Zahlungsfrist ansetzen und ihm androhen, dass bei deren unbenutztem Ablauf das Mietverhältnis gekündigt werde. Die Zahlungsfrist hat bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen mindestens dreissig Tage zu betragen. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung das Mietverhältnis bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen unter Einhaltung einer weiteren Frist von mindestens dreissig Tagen auf das Ende eines Monats kündigen oder er kann am Vertrag festhalten und wiederum eine Nachfrist ansetzen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257d N 29). Nur wenn alle Voraussetzungen von Art. 257d Abs. 1 OR erfüllt sind, darf die Kündigung ausgesprochen werden. Wird eine Kündigung verfrüht, mithin vor dem Ablauf der Zahlungsfristansetzung ausgesprochen, ist sie nichtig (ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257d N 47, Mietrecht für die Praxis-BRÄNDLI 10. Aufl. 2022 Rz. 27.2.6) bzw. zumindest anfechtbar i.S.v. Art. 271 OR (vgl. etwa BGE 119 II 154 E. 4a u. 4b). Nach Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung ausserdem anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glau-

ben verstösst. Unter Umständen kann auch eine wegen Zahlungsverzugs ausgesprochene ausserordentliche Kündigung missbräuchlich im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR sein (Urteile 4A_325/2010 vom 1. Oktober 2010 E. 5.1; 4C.59/2007 vom 25. April 2007 E. 3.4 und 4C.35/2004 vom 27. April 2004 E. 3.1, SJ 2004 I 424 ff.).

3.3.1. Die Berufungsklägerin machte bereits vor Vorinstanz geltend, den ausstehenden Mietzins absprachegemäss innert der vereinbarten Nachfrist bezahlt zu haben (vgl. act. 19 S. 4). Sinngemäss machte sie geltend, die Kündigung am Donnerstag, 27. April 2023 um 10:00 Uhr sei verfrüht erfolgt bzw. sei treuwidrig (vgl. act. 19 S. 3). Dabei legte sie bereits vor Vorinstanz dar, dass ihr von der Berufungsbeklagten 1 nach Ablauf der 30-tägigen Nachfrist im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR eine weitere Nachfrist für die ausstehende Mietzinszahlung gewährt worden sei und die Kündigungsandrohung mündlich zurückgenommen worden sei. Es mag zutreffen, dass die Behauptung der Berufungsklägerin, die Kündigungsandrohung sei für den Fall einer Zahlung bis Ende April 2023 mündlich zurückgenommen worden, durch die Berufungsklägerin nicht belegt wurde. Dies musste die Berufungsklägerin indes auch nicht tun. Schlüssige Einwendungen genügen im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen für die Verneinung eines klaren Falls. Die Berufungsklägerin reichte bereits vor Vorinstanz einen SMS-Verkehr mit der Berufungsbeklagten 1 ein, aus welchem (unmissverständlich) eine Verlängerung der Zahlungsfrist bzw. erneute Nachfristansetzung (mit Kündigungsandrohung) hervorgeht (vgl. act. 20/1). So schrieb die Berufungsbeklagte am 26. April 2023, um 16:13 Uhr: "Wir reisen am Freitag ins Ausland. Daher muss die Miete bis Donnerstag überwiesen sein. Am Freitagmorgen geht die Kündigung eingeschrieben raus." Daraufhin bedankt sich die Berufungsklägerin für die "Wartefrist". Sechs Stunden später, um 22:31 Uhr schrieb die Berufungsbeklagte 1: "In Anbetracht der Fristenregelung im Mietrecht muss die Miete spätestens morgen früh auf unserem Konto sein, sonst müssen wir morgen früh kündigen." Die Berufungsklägerin bestätigte, dass die Miete "im Verlauf des Vormittags" auf dem Konto der Berufungsbeklagten gebucht sein werde (vgl. act. 20/1). Vor diesem Hintergrund erscheint auch das Vorbringen, die Kündigungsandrohung sei ursprünglich mündlich für eine Zahlung bis Ende April zurückgenommen worden, nicht

haltlos. Offensichtlich fanden Gespräche zwischen den Parteien statt und es wurde eine Nachfrist für die Miete März 2023 gewährt, was die Berufungsklägerin – wie sie zu Recht rügt (act. 28 S. 7) und entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten (act. 33 Rz. 25) – mit dem eingereichten SMS-Verkehr nicht nur behauptete, sondern auch belegte.

3.3.2. Die Berufungsklägerin rügt sodann, die Argumentation der Vorinstanz, sie hätte keinen Zahlungseingang am frühen Morgen des 27. Aprils 2023 behauptet, stelle überspitzten Formalismus dar (act. 28 S. 7). Auch dieser Einwand ist berechtigt. Vor Vorinstanz behauptete die Berufungsklägerin die Zahlung des Mietzinses sei "in Übereinstimmung mit der per SMS/Telefon getätigten Absprache am 27. April 2023" (act. 19 S. 4) erfolgt. Dies erscheint gestützt auf den eingereichten SMS-Verkehr ebenfalls nicht haltlos. Es trifft zwar zu, dass die Berufungsklägerin keinen Zahlungseingang "am frühen Morgen" behauptete. Vielmehr reichte sie einen Kontoauszug ein, wonach die Miete am 27. April 2023 bezahlt worden sei. Handschriftlich hat die Berufungsklägerin darauf vermerkt, der Ausgang sei um 11:04 Uhr gewesen. Dies stellt eine hinreichende Behauptung dar. Wann die Zahlung bei den Berufungsbeklagten einging, ist damit zwar nicht bekannt. Die Berufungsbeklagten äussern sich auch im Berufungsverfahren nicht dazu. Ob eine Zahlungsanweisung um 11:04 Uhr bereits verspätet und der darauffolgende Zahlungseingang von der Formulierung "morgen früh" noch mitumfasst ist, ist eine Auslegungsfrage. Im Übrigen gleich wie die Frage, ob die Formulierung "morgen früh" gleichzusetzen ist mit der Formulierung "am frühen Morgen", wie die Vorinstanz anzunehmen scheint.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Berufungsbeklagte 1 der Berufungsklägerin um 16:13 Uhr noch mitteilte, die Miete "müsse bis Donnerstag überwiesen sein". Erst um 22:31 Uhr, zu einem Zeitpunkt, wo – wie die Berufungsklägerin zu Recht vorbringt (act. 28 S. 6) – keine Zahlungsanweisungen ausgeführt werden können, verkürzte sie die Frist auf "morgen früh". Als die Berufungsklägerin ihr daraufhin mitteilte, die Zahlung werde "im Verlauf des Vormittags" auf ihrem Konto gebucht sein, reagierte die Berufungsbeklagte 1 nicht und stellte auch nicht klar, dass eine solche Zahlung als verspätet angesehen würde. Vor diesem Hin-

tergrund ist – unabhängig von der Zulässigkeit der unvorhergesehenen Fristverkürzung – weder der Einwand, die Zahlung sei noch rechtzeitig erfolgt, noch der Einwand der Berufungsklägerin, eine Kündigung bereits um 10:00 Uhr, sei als treuwidriges Verhalten zu werten, haltlos.

3.3.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorbringen der Berufungsklägerin – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht von vornherein als haltlos erscheinen. Ihre Einwendungen können (bzw. wurden) in tatsächlicher Hinsicht aufgrund der gesamten Umstände nicht sofort widerlegt werden. Dies genügt für die Verneinung eines klaren Falles im Sinne von Art. 257 ZPO.

4.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Vorliegend unterliegen die Berufungsbeklagten vollständig, weshalb sie für das erstinstanzliche Verfahren kostenpflichtig werden (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Festsetzung der Gerichtskosten auf Fr. 2'500.– blieb im Berufungsverfahren unbeanstandet und ist zu bestätigen. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Berufungsbeklagten je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, auferlegt. Die Liquidation der Gerichtskosten erfolgt durch Verrechnung mit dem von den Berufungsbeklagten vor Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

4.2. Die Berufungsklägerin verlangte bereits vor Vorinstanz eine Umtriebsentschädigung (act. 19 S. 2). Sie war (auch) im vorinstanzlichen Verfahren nicht vertreten und begründete ihren Antrag auf angemessene Umtriebsentschädigung damit, dass ihr "ein unzumutbarer Aufwand entstanden" sei, was für sie als selbstständig erwerbende Person einen Verdienstaufschlag bedeuten könne (act. 19 S. 6). Nicht anwaltlich vertretenen Parteien wird neben dem Ersatz notwendiger Auslagen nur in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zugesprochen (Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO). Diese ist als Ausgleich für den Verdienstaufschlag einer selbstständig erwerbenden Person gedacht (vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 21). Die zu entschädigenden Kosten bzw. Umtriebe sind von der antragstellenden Person zu substantiieren und zu belegen. Die Berufungsklägerin hat weder substantiiert noch belegt, dass sie als selbstständig er-

werbende tätig ist, noch behauptete sie einen konkreten Verdienstaussfall. Damit fehlt es an den Voraussetzungen für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung.

4.3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr bemisst sich gestützt auf den Streitwert sowie unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1-3 GebV OG); im summarischen Verfahren reduziert sich die Entscheidgebühr auf die Hälfte bis drei Viertel der ordentlichen Gebühr (§ 8 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend rechtfertigt es sich, die reduzierte Gebühr auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Als unterliegende Partei sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Berufungsbeklagten je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, aufzuerlegen.

4.4. Ob die Berufungsklägerin auch für das Berufungsverfahren die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung verlangt oder ob sich ihr Antrag Ziff. 3 bloss auf die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren bezieht, ist unklar. Es fehlte jedenfalls jegliche Begründung, weshalb auch für das Berufungsverfahren keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen ist.

4.5. Die Berufungsklägerin stellt für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Da ihr keine Kosten auferlegt werden, erweist sich das Gesuch als gegenstandslos und ist abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Berufungsklägerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Juli 2023 aufgehoben. Auf das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 2'500.– wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Berufungsbeklagten je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Partei-/Umtriebsentschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren zugesprochen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Berufungsbeklagten je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, auferlegt.
7. Es werden keine Partei-/Umtriebsentschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 33, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'880.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:
31. August 2023