

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichterin Dr. C. Schoder sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Urteil vom 26. April 2024

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

alle vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

D._____ [**Genossenschaft**],

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

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

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Februar 2024 (ER240016)

Erwägungen:

1.

1.1. Im Oktober 2010 schlossen die Gesuchsgegner und Berufungskläger 1 und 2 (nachfolgend Berufungskläger) als Mieter mit der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) als Vermieterin einen Mietvertrag für Wohnräume über das Mietobjekt "5.5 Zimmerwohnung im 3. OG rechts mit Kellerabteil, E. _____ ... [Adresse], ... Zürich" ab (act. 4/1). Mit den Berufungsklägern 1 und 2 lebt die mittlerweile volljährige Tochter, die Berufungsklägerin 3, in der vorgenannten Wohnung (act. 1 Rz. II.2 und 11; act. 11 S. 3 und 7). Der monatliche Mietzins betrug zuletzt monatlich Fr. 1'591.– (act 4/3).

1.2. Mit Eingabe vom 1. Februar 2024 gelangte die Berufungsbeklagte an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (fortan Vorinstanz), und beantragte die Ausweisung der Berufungskläger aus dem obgenannten Mietobjekt (act. 1). Mit Verfügung der Vorinstanz vom 1. Februar 2024 erhielten die Berufungskläger die Gelegenheit, eine schriftliche Stellungnahme einzureichen (act. 6). Dem kamen sie fristgerecht nach (act. 11). Mit Entscheid vom 27. Februar 2024 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren gut, verpflichtete die Berufungskläger das Mietobjekt per sofort zu räumen und ordnete Vollstreckungsmassnahmen an (act. 16 = act. 20 [Aktenexemplar] = act. 22, fortan zitiert als act. 20).

1.3. Mit Eingabe vom 18. März 2024 (act. 21) erhoben die Berufungskläger rechtzeitig (vgl. act. 17b) Berufung gegen den obgenannten vorinstanzlichen Entscheid und stellten folgende Anträge:

"1. Das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und meine Mandanten nicht zu verpflichten, die Wohnung zu räumen.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen seien ausgangsgemäss zu verlegen."

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-18). Mit Schreiben vom 19. März 2024 wurde den Parteien der Rechtsmitteleingang angezeigt (act. 24/1-2). Mit Eingabe vom 5. April 2024 ersuchten die Berufungskläger um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 25). Mit Verfügung vom 9. April 2024

wurde auf das genannte Gesuch nicht eingetreten und davon Vormerk genommen, dass der Berufung (vgl. dazu untenstehende E. 2.1 f.) von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Ferner wurde den Berufungsklägerinnen 2 und 3 Frist angesetzt, um dem Gericht eine Vollmacht an den Berufungskläger 1 oder Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ einzureichen (act. 27). Dem kamen die Berufungsklägerinnen 2 und 3 fristgerecht nach (act. 29-30). Das Verfahren erweist sich als spruchreif, ohne dass es einer Berufungsantwort bedarf. Der Berufungsbeklagten ist das Doppel der Berufungsschrift mit dieser Entscheidung zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.

2.1. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Wie bereits in der Verfügung vom 9. April 2024 erwogen, ist der vorliegende Streitwert infolge des zusätzlich hängigen Kündigungsschutzverfahrens (act. 20 E. 4; act. 21 Rz. II.3) praxisgemäss gestützt auf die Bruttomietzinse, die während der Kündigungsfrist geschuldet sind, sowie jener während der dreijährigen Kündigungssperrfrist zu berechnen (act. 27 E. 4 mit Verweis auf OGer ZH LF190017 vom 22. März 2019 E. 2.1.2, OGer ZH LF170026 vom 27. Juni 2017 E. 2.1.1). Denn massgebend ist der Zeitraum, während welchem die Vermieterin nicht über das Mietobjekt verfügen kann, wobei bei angefochtener Kündigung zu prüfen ist, wann die Vermieterin den Mietenden im Falle des Obsiegens der Mietenden frühestens möglich kündigen könnte. Mit einer Bruttomonatsmiete von Fr. 1'591.– (vgl. obige E. 1.1) ist der Streitwert für die Berufung bereits aufgrund der dreijährigen Kündigungssperrfrist ohne Weiteres gegeben.

2.2. Da der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), war auf das entsprechende Gesuch der Berufungskläger nicht einzutreten.

2.3. Im Berufungsverfahren können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und

mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

3.

3.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, dass die Berufungsbeklagte mit Zahlungsaufforderung vom 7. Juli 2023 und (ausserordentlicher) Kündigung vom 13. November 2023 (an die Berufungskläger 1 und 2) die Formen und Fristen von Art. 257d, Art. 266l und Art. 266n OR eingehalten und das Mietverhältnis gültig per 31. Januar 2024 aufgelöst habe. Zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin 3 habe sodann nie ein Mietverhältnis bestanden. Da sich die Berufungskläger ohne Rechtsgrund im Mietobjekt aufhielten, sei dem Ausweisungsantrag der Berufungsbeklagten stattzugeben und die Berufungskläger seien zu verpflichten, das Mietobjekt per sofort zu verlassen (act. 20 E. 5 ff.).

Die Kündigungsandrohungen vom 7. Juli 2023 würden in Anwendung der relativen Empfangstheorie am 17. Juli 2023 als zugestellt gelten, trotz Abholung durch den Berufungskläger 1 am 8. August 2023 innert verlängerter Abholungsfrist. Die Sendung sei ab dem 11. Juli 2023 zur Abholung bereit gewesen und gelte am 7. Tag nach erfolglosem Zustellversuch, mithin am 17. Juli 2023, als zugestellt, dies ungeachtet einer bei der Post hinterlegten verlängerten Abholfrist. Damit habe die Zahlungsfrist am Folgetag, dem 18. Juli 2023, zu laufen begonnen und am 16. August 2023 geendet.

Nach ausgebliebener Zahlung für die Monatsmiete Juli 2023 habe die Berufungsbeklagte die Berufungskläger 1 und 2 mit Schreiben vom 15. September 2023 erneut auf die noch ausstehenden Mietzinse Juli bis September 2023 und die Heizkostenabrechnung 2022 hingewiesen und sie aufgefordert, den Mietzins für Oktober bis spätestens am 3. Oktober 2023 zu bezahlen und zu einem persönlichen Gespräch zu erscheinen. Für den Fall, dass die Berufungskläger 1 und 2 die Bedingungen erfüllen würden, habe sie (die Vermieterschaft) eine letzte Ratenzahlungsvereinbarung für die offenen Beträge in Aussicht gestellt. Die Frist

sei unbenützt abgelaufen, weshalb die Berufungsbeklagte die Berufungskläger mit Schreiben vom 8. November 2023 darüber informiert habe, dass ihr Vorstand an der Sitzung vom 6. November 2023 beschlossen habe, sie (die Berufungskläger) wegen Zahlungsrückstandes aus der Genossenschaft auszuschliessen. Am 13. November 2023 sei die Kündigung nach Art. 257d OR je mit amtlichem Formular unter Einhaltung der Formen und Fristen gültig per 31. Januar 2024 erfolgt.

3.2. Die Berufungskläger bringen vor, die Kündigung sei unzulässig, weil die Kündigung einerseits angefochten worden (sic) und andererseits die 30-tägige Zahlungsfrist zur Begleichung der Ausstände auch nach Sachdarstellung der Berufungsbeklagten bis heute nicht abgelaufen sei (act. 21 Rz. II.3). Im Gesuch um Ausweisung stehe, dass die Zustellung der Mahnschreiben am 8. August 2024 erfolgt sei (vgl. act. 1 S. 2), weshalb die Zahlungsfrist bis am 9. September 2024 laufen werde und im heutigen Zeitpunkt offensichtlich noch nicht abgelaufen sein könne. Ferner sei die Vorinstanz nicht auf den Einwand eingegangen, dass bereits im Juli 2023 eine Schuld gemäss Kontoauszug vom 18. Januar 2024 abgemahnt worden sei (act. 21 Rz. II.4).

Es sei an sich richtig, dass das Schreiben vom 15. September 2023 keinen Novationscharakter habe (act. 4/9), da die hier erfolgte Kündigungsandrohung sich nur auf die allfällige säumige Oktobermiete 2023 beziehe; die früheren Kündigungsandrohungen würden aber dahinfallen, da e contrario ein bereits vorher gekündigtes Mietverhältnis nicht nochmals gekündigt werden könne. Leider sei auch die Oktobermiete nicht bezahlt worden, indessen sei eine Fristansetzung mit Kündigungsandrohung bereits vor dem Verfallstermin des Betreffnisses sicher unzulässig und entfalte keine Rechtswirkung; in casu seien es ab Fristansetzung (gemeint ist das Schreiben vom 15. September 2023, act. 4/9) lediglich gut zwei Wochen anstatt 30 Tage gewesen (act. 21 Rz. II.5).

3.3. Vorab ist mit Blick auf das Vorbringen, dass bereits im Juli 2023 eine Schuld abgemahnt worden sei, die sich erst aus einem Auszug vom 18. Januar 2024 ergeben, festzuhalten, dass lediglich das Druckdatum des Kontoauszuges vom 18. Januar 2024 stammt. Es ergeben sich zwanglos aus dem Kontoauszug die – ohnehin nicht bestrittenen (vgl. insbes. act. 11 S. 4; act. 21 Rz. II.4) –

Mietausstände vom Sommer 2023, weshalb die Berufungskläger aus dem genannten Druckdatum vom Januar 2024 nichts ableiten können. Darauf machte die Vorinstanz die Berufungskläger schon aufmerksam. Ferner verfängt die Argumentation der Berufungskläger zur falsch genannten Jahreszahl der Zustellung der Mahnschreiben am 8. August 2024 (anstatt recte 2023) im Gesuch um Ausweisung vom 1. Februar 2024 nicht (vgl. act. 1 S. 2). Wie bereits die Vorinstanz festhielt, handelt es sich um einen offensichtlichen Verschieb, zumal der eingereichten Sendungsverfolgung das korrekte Datum zu entnehmen ist (act. 4/5).

Ohnehin gilt bei der Zustellung der in Art. 257d Abs. 1 OR genannten Zahlungsaufforderung gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung die relative Empfangstheorie, wonach eine eingeschrieben versandte Zahlungsaufforderung, die nicht direkt ausgehändigt werden kann, am siebten Tag der Abholfrist – wie bei den Verfahrensfristen – als zugestellt gilt (BGE 137 III 208 E. 3.1.3 = Pra 100 Nr. 106 mit Verweis auf BGE 119 II 147 E. 2 = Pra 83 Nr. 56). Auf die entsprechende Zugangsfiktion ist grundsätzlich abzustellen, selbst wenn mit der Post längere Abholfristen vereinbart wurden (BSK OR I- WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 257d N 5). Selbst wenn jedoch im vorliegenden Verfahren auf die tatsächliche Zustellung am 8. August 2023 abgestellt würde, änderte dies an der Rechtmässigkeit der ausserordentlichen Kündigung vom 13. November 2023 nichts (vgl. act. 4/17+19). Dass die Berufungsbeklagte mit der ausserordentlichen Kündigung nach Ablauf der Zahlungsfrist zu lange zugewartet und damit auf eine Kündigung konkludent verzichtet hat, wird von den Berufungsklägern zu Recht nicht gerügt (vgl. act. 21). Die Vermieterin verliert den Ausweisungsanspruch nicht, wenn den Mietenden, wie hier, ein Aufschub der Kündigung wegen Zahlungsrückstandes gewährt wird (BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 257d N 7 m.w.H.). Die Berufungsbeklagte hatte den Berufungsklägern mit Schreiben vom 15. September 2023 eine letzte Ratenzahlung für die noch offenen Beträge von insgesamt Fr. 5'725.15 angeboten, für den Fall, dass die Oktobermiete 2023 bis zum 3. Oktober 2023 eingeht und die Berufungskläger zu einem persönlichen Gespräch in der ersten Oktoberwoche auf dem Büro der Verwaltung erscheinen würden (vgl. act. 4/9). Zum Gespräch kam es nicht und der Oktobermietzins wurde nicht bezahlt. Noch vor der Kündigung vom 13. November 2023 erfolgte androhungsgemäss der Aus-

schluss aus der Genossenschaft (act. 4/12-13+15). Das zu Gunsten der Berufungskläger erfolgte Zuwarten der Kündigung hatte den Zweck, den Berufungsklägern Zeit für die Bezahlung der ausstehenden Mietzinse zu geben. Damit erweist sich das rund zwei- bzw. dreimonatige Zuwarten als nicht zu lang im Sinne von Art. 257d Abs. 2 OR.

Schliesslich ist auch den Vorbringen der Berufungskläger zum Schreiben vom 15. September 2023 (act. 4/9) nicht zu folgen. Wie soeben erwähnt, handelt es sich bei diesem Schreiben um ein In-Aussicht-Stellen einer letzten Ratenzahlungsvereinbarung für die noch ausstehenden, teilweise bereits abgemahnten Mietzinse, sollte der Mietzins für Oktober 2023 bis zum 3. Oktober 2023 (und damit innert einer durch die Berufungsbeklagte verlängerten Zahlungsfrist) eintreffen und würden die Parteien in der ersten Oktoberwoche zu einem persönlichen Gespräch erscheinen (act. 4/9). Folglich stellt dieses Schreiben keine (neue) Kündigungsandrohung im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR dar und lässt die Kündigungsandrohungen vom 7. Juli 2023 (act. 4/4+6) auch nicht dahinfallen. Das Schreiben ist nicht zweideutig, sondern will den Berufungsklägern nochmals eine Chance geben, die ausserordentliche Kündigung abzuwenden.

3.4. Aufgrund des Gesagten verfangen die Argumente der Berufungskläger in ihrer Berufung insgesamt nicht, weshalb die Ausweisung nicht zu beanstanden und die Berufung abzuweisen ist.

4.

4.1. Ausgangsgemäss werden die Berufungskläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind ihnen unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

4.2. Ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 68'000.– (43 x Fr. 1'591.–) und in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c und d, § 4 Abs. 1-3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidegebühr auf Fr. 2'400.– festzusetzen.

4.3. Unter den gegebenen Umständen sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen; den Berufungsklägern nicht, weil sie unterliegen, der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'400.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 21, sowie an Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 68'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw T. Rumpel

versandt am: