

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF200090-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur. R.
Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 23. Dezember 2020

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

gegen

C. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend

Ausweisung (Rechtsschutz in klaren Fällen)

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Meilen vom 14. Oktober 2020 (ER200023)

Erwägungen:

1.1 Die Parteien schlossen am 10. Dezember 2019 einen Mietvertrag über eine 5.5-Zimmerwohnung im 1. OG rechts (Whg 1) inkl. Nebenräume und die Einstellhallenplätze Nr. 9 und Nr. 10 in der Liegenschaft D._____-Strasse ... in E. _____ [Ort] (vgl. act. 1 i.V.m. act. 28).

1.2 Mit Ausweisungsbegehren vom 2. September 2020 (act. 1-2 mit Beilagen act. 3/1-9) verlangte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagter) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (nachfolgend: Vorinstanz) die Ausweisung der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) aus den erwähnten Mieträumlichkeiten.

1.3 Mit Verfügung vom 3. September 2020 setzte die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten Fristen zur Nachbesserung seiner Eingabe (Unterzeichnung seines Gesuchs, Bezeichnung eines Zustellungsdomizils) sowie zur Leistung des Kostenvorschusses an (act. 5). Trotz mehrfacher Zustellversuche durch das Betriebs- und Gemeindeammannamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach (nachfolgend: Gemeindeammannamt; vgl. act. 6/1-2 und 13) konnte die Verfügung den Berufungsklägern nicht zugestellt werden (vgl. act. 13-15). In der Folge setzte die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. September 2020 (act. 16) den Berufungsklägern eine Frist an, um eine schriftliche Stellungnahme zum Gesuch einzureichen und liess die Verfügung zuhanden der Berufungskläger im kantonalen Amtsblatt publizieren. Diese liessen sich innert Frist nicht vernehmen.

1.4 Mit unbegründetem Urteil vom 14. Oktober 2020 (act. 21 = act. 28 [Aktenexemplar]) verpflichtete die Vorinstanz die Berufungskläger unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall, die 5.5-Zimmerwohnung im 1. OG rechts (Whg 1) inkl. Nebenräume und die Einstellhallenplätze bis spätestens 28. Oktober 2020, 12:00 Uhr mittags, zu räumen und dem Berufungsbeklagten ordnungsgemäss gereinigt mit allen dazugehörigen Schlüsseln zu übergeben (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1). Weiter wies

die Vorinstanz das Gemeindeammannamt an, diese Verpflichtung nach Eintritt der Rechtskraft und Ablauf der Auszugsfrist auf erstes Verlangen des Berufungsbeklagten zu vollstrecken und befristete die Anweisung auf 6 Monate nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 14. Oktober 2020 (vgl. a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2). Die Entscheidegebühr setzte die Vorinstanz auf Fr. 1'800.– fest (Reduktion auf 2/3 bei Verzicht auf Begründung), auferlegte die Gerichtskosten den Berufungsklägern je zur Hälfte – je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag –, bezog die Gerichtskosten aus dem Kostenvorschuss, verpflichtete die Berufungskläger aber, diese dem Berufungsbeklagten zu ersetzen und verpflichtete die Berufungskläger, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'390.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag (a.a.O., Dispositiv-Ziffern 3-6). Auch dieser Entscheid wurde am 15. Oktober 2020 im Amtsblatt des Kantons Zürich zuhanden der Berufungskläger publiziert (vgl. act. 23).

1.5 Mit Anzeige vom 6. November 2020 (act. 30/10-11) kündigte das Gemeindeammannamt den Berufungsklägern per Einschreiben die Ausweisung am 25. November 2020 an.

1.6 Daraufhin erhoben diese gegen das (unbegründete) Urteil mit Eingabe vom 17. November 2020 (act. 29) sowie mit Eingabe vom 23. November 2020 (act. 33) "Beschwerde" beim Obergericht. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1-26). Obschon ein begründetes Urteil der Vorinstanz nicht vorlag, wurde aus prozessökonomischen Gründen (vgl. nachstehend E. 3.3 ff.) mit Verfügung vom 27. November 2020 (act. 35) wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung einer Berufungsantwort angesetzt. Diese wurde am 9. Dezember 2020 erstattet (act. 39 und 40/1-8). Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem vorliegenden Urteil ist den Berufungsklägern noch ein Doppel der Berufungsantwort (act. 39) zuzustellen.

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 (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO).

Die Bruttomonatsmiete beträgt laut Vorinstanz Fr. 4'650.– (vgl. act. 28). Die Vorinstanz hat den Streitwert ihres Verfahrens nach Massgabe dieser Bruttomonatsmiete für eine Verfahrensdauer von sechs Monaten bis zur effektiven Ausweisung berechnet und mit Fr. 27'900.– beziffert (vgl. act. 3 S. 2). Dem ist zu folgen. Die Berufung ist daher grundsätzlich zulässig. Diese hat von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (Art. 315 ZPO).

2.2 Die Berufung ist schriftlich und begründet sowie mit Anträgen versehen innert 30 Tagen einzureichen (vgl. Art. 311 ZPO).

Die Berufung enthält keine formellen Anträge. Aus der Begründung geht indes hinreichend hervor, dass die Berufungskläger die Aufhebung des Urteils und die Erstreckung des Mietverhältnisses (act. 29 S. 3) sowie die erneute Zustellung der Kündigung beantragen, um das Recht auf Erstreckung des Mietverhältnisses geltend machen zu können (act. 33 S. 2). Insoweit ist anzunehmen, dass eine hinreichende Begründung und Anträge vorliegen.

3.1 Mit Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt damit über volle Kognition. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

3.2 Die Berufungskläger beanstanden in prozessualer Hinsicht sinngemäss, mangels Kenntnis vom Ausweisungsverfahren keine Möglichkeit gehabt zu haben, daran teilzunehmen. Sie hätten davon erst mit Zustellung der Räumungsanzeige am 13. November 2020 erfahren. Insbesondere bringen sie vor, weder die Mahnung noch die schriftliche Kündigung noch das Urteil der Vorinstanz erhalten zu haben (vgl. act. 29 und 33). Sie seien nachweislich vom 10. Juli 2020 bis 15. September 2020 (act. 29 S. 1) bzw. 15. Oktober 2020 (act. 33 S. 1) auf Familienbesuch in Deutschland und Österreich gewesen. Ihre Abwesenheit hätten sie der Verwaltung des Berufungsbeklagten mit E-Mail vom 9. Juli 2020 mitgeteilt und diese darauf hingewiesen, dass sie postalisch während dieser Zeit nicht erreichbar seien. Sie seien aber stets über ihre E-Mailadressen erreichbar gewesen. Es sei rechtsmissbräuchlich, dass die Kündigung genau zu

einem Zeitpunkt geschickt worden sei, in welchem die Verwaltung gewusst habe, dass sie (die Berufungskläger) keine Möglichkeit gehabt hätten, diese zur Kenntnis zu nehmen (vgl. act. 29 S. 1, act. 33 und act. 30/6).

3.3 Angesichts der Behauptungen der Berufungskläger ist zu prüfen, ob die gerichtlichen Zustellungen der Verfügungen vom 3. September und 23.

September 2020 sowie des Urteils vom 14. Oktober 2020 gesetzeskonform erfolgten und den Berufungsklägern anzurechnen sind. Erfolgt diese nicht gesetzeskonform, wäre das angefochtene Urteil, mit einem derart schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet, der zur Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids führen würde (vgl.

OGer ZH LF150056 vom 20. Juni 2016, E. 7d; BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, a.a.O., Art. 138 N 26; BGE 129 I 361 ff., E. 2.1 f.; BGer 5P.330/2005 vom 17. November 2005, BGE 137 I 273 ff., E. 3.1 mit Verweisen auf weitere jüngere Entscheide). Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu berücksichtigen und gegebenenfalls – auch ohne entsprechendes Begehren (vgl. BGE 132 II 342 ff., E. 2.3) – festzustellen (vgl. etwa OGer ZH LF150056 vom 20. Juni 2016, E. 7d und 8).

3.4 Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden wie Verfügungen und Entscheide (vgl. Art. 136 lit. b ZPO) gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO. Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG/ZH).

Durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt kann die Zustellung namentlich dann erfolgen, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (lit. a, vgl. nachfolgend E. 3.1) oder eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b, vgl. nachfolgend E. 3.2) (vgl. Art. 141 Abs. 1 ZPO).

Die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 ZPO greift erst, wenn ein konkretes Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht und die ins Recht gefasste Partei vom Prozess Kenntnis hat. Das Vorhandensein anderer Umstände, aufgrund derer diese mit der Einleitung eines Verfahrens rechnen musste, genügen aus Überlegungen der Rechtssicherheit nicht (vgl. OGer ZH PF180004 vom 8. Februar 2018 E. 4.3.2 m.w.H.).

3.5 Was die Zustellung der ersten Verfügung vom 3. September 2020 betrifft, fällt die Annahme einer Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ausser Betracht, weil ein konkretes Prozessrechtsverhältnis damals noch nicht vorlag und die Berufungskläger vom gegen sie angehobenen Verfahren offiziell, d.h. durch behördliche Zustellung, noch keine Kenntnis erlangt hatten.

3.6 Die Vorinstanz hatte zunächst das Gemeindeammannamt damit beauftragt, den Berufungsklägern die Verfügung vom 3. September 2020 (vgl. oben E. 1.3) mit dem Ausweisungsgesuch samt Gesuchsbeilagen (act. 1, 2 und 3/1-9) zuzustellen, weil sich die Zustellung als schwierig erweise (vgl. act. 6/1-2). Am 22. September 2020 retournierte das Gemeindeammannamt die Akten an die Vorinstanz – ohne Zustellungserfolg (vgl. act. 13). Das Amt teilte mit, am (Freitag) 4. September 2020 14:35 Uhr, am (Dienstag) 8. September 2020 12:20 Uhr, am (Donnerstag) 10. September 2020 16:00 Uhr und am (Dienstag) 22. September 2020 11:00 Uhr jeweils Zustellversuche unternommen und die Berufungskläger vor Ort nicht angetroffen zu haben. Der Briefkasten sei überfüllt und werde offensichtlich seit längerer Zeit nicht geleert. Aus einem vorherigen Verfahren seien die E-Mailadressen und die Telefonnummer des Berufungsklägers bekannt gewesen. Auch diese Versuche seien erfolglos geblieben (act. 13). Um welche E-Mailadressen und Telefonnummer es sich gehandelt hat, ergibt sich aus der Mitteilung des Gemeindeammannamts nicht. Ebenso wurden allfällige Kontaktversuche per E-Mail oder Telefon durch das Amt in den vorinstanzlichen Akten nicht dokumentiert. Da die Zustellfiktion nicht greift und die Verfügung auch durch das Gemeindeammannamt den Berufungsklägern nicht übergeben werden konnte, erfolgte eine rechtskonforme Zustellung der Verfügung, durch welche die

Berufungskläger über das anhängig gemachte Verfahren in Kenntnis gesetzt worden wären, bislang nicht.

3.7 Nachdem den Berufungsklägern die Verfügung vom 3. September 2020 nicht hatte zugestellt werden können, erliess die Vorinstanz die Verfügung vom 23. September 2020 (act. 16), die sie ohne weitere Zustellversuche direkt im kantonalen Amtsblatt publizierte und in welcher sie auf die erste Verfügung verwies. Dabei stützte sich die Vorinstanz auf Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO (vgl. act. 16 S. 2). Schliesslich hat sie auch das Urteil vom 14. Oktober 2020 zuhanden der Berufungskläger direkt publiziert.

3.8 Mit der Verfügung vom 23. September 2020 wurde den Berufungsklägern Frist zur Stellungnahme zum Ausweisbegehren bzw. zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör angesetzt. Es ist demnach zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Zustellung mittels amtlicher Publikation erfüllt sind und die Verfügung vom 23. September 2020 und das daraufhin erlassene Urteil als den Berufungsklägern rechtskonform zugestellt gelten.

3.9 Gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO erfolgt die Publikation im kantonalen Amtsblatt, wenn der Aufenthaltsort der Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann. Unbekannt im Sinne von Art. 141 lit. a ZPO ist der Aufenthaltsort erst und nur, wenn er jenem Personenkreis nicht bekannt ist, der ihn üblicherweise kennt, *nicht* aber schon, wenn der Adressat *nur vorübergehend* (z.B. in den Ferien, im Urlaub oder im Militärdienst) abwesend sein könnte. In jedem Fall setzt die Annahme eines unbekanntes Aufenthaltsortes und eine aus diesem Grund erfolgte öffentliche Bekanntmachung voraus, dass alle zumutbaren Nachforschungen erfolgt sind (bspw. bei den nächsten Angehörigen, bei zivilen und militärischen Behörden, bei der Polizei, beim Postamt etc.). Selbst wenn in früheren Verfahren Nachforschungen ergebnislos verlaufen sein sollten, wären erneut Nachforschungen zum Aufenthaltsort anzustellen. Eine Berufung auf die Ergebnislosigkeit der früheren Nachforschungen ist nicht zulässig (vgl. SHK ZPO-STROBEL, Bern 2010, Art. 141 N 13; BK ZPO-FREI, Bern 2012, Art. 141 N 8; ZR 81 [1982] Nr. 58 S. 142 ff.). Fehlt die Adresse auf der Klageschrift und ist diese dem

Gericht nicht bekannt, kann die klagende Partei verpflichtet werden, die Adresse der oder des Beklagten beizubringen oder nachzuweisen, dass sie sich erfolglos darum bemüht hat und weitere Nachforschungen aussichtslos sind; die klägerische Partei ist zur Mitwirkung bei der Aufenthaltsnachforschung verpflichtet. Hat die Partei die Nachforschungen nicht einholen können, weil etwa die nötigen Auskünfte nur gegenüber Amtsstellen erteilt werden, hat das Gericht die Nachforschungen selbst mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln vorzunehmen (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 2).

3.10 Im Ausweisungsgesuch vom 2. September 2020 gab der Berufungsbeklagte die Adresse der Berufungskläger (D._____-Strasse ... in G._____) an (act. 1 und act. 2). Die Berufungskläger sind an dieser, vom Berufungsbeklagten dem Gericht angegebenen Adresse seit dem 15. Januar 2020 offiziell gemeldet (vgl. act. 34/1-2). Anhaltspunkte dafür, die Berufungskläger hätten sich abgemeldet und seien nach unbekannt weggezogen, sind nicht ersichtlich. Auch fehlen Hinweise auf eine länger als nur vorübergehende Abwesenheit der Berufungskläger. Insbesondere bedeutet ein überfüllter Briefkasten für sich alleine noch keine solche Abwesenheit. Den vorinstanzlichen Akten lassen sich zudem keine Bemühungen über zumutbare Nachforschungen entnehmen. Indes geht aus dem vom Berufungsbeklagten im Berufungsverfahren eingereichten E-Mail-Verkehr der Parteien hervor, dass es dem Berufungsbeklagten in der Zeit zwischen Juni bis 24. September 2020 offenbar wiederholt möglich war, den Berufungskläger zu kontaktieren, und ihm gemäss Korrespondenz ebenso bewusst war, dass sich die Berufungskläger zwar um eine andere Wohnung bemühten, jedoch nach wie vor beabsichtigten, in die fragliche Wohnung zurückzukehren (act. 40/1-8). Aus zwei von den Berufungsklägern eingereichten E-Mails ergibt sich sodann ebenfalls, dass sie per E-Mail erreichbar gewesen wären bzw. auch von der H.____ AG auf diesem Weg hatten kontaktiert werden können (act. 30/6-7). Aufgrund der Akten ist daher anzunehmen, dass bei konkretem Nachfragen beim Berufungsbeklagten die Vorinstanz mit zumutbarem Aufwand zumindest die E-Mail-Adressen des Berufungsklägers hätte in Erfahrung bringen und ihn mittels dieser hätte kontaktieren und um eine aktuelle Zustelladresse anfragen können. Offenbar war der Vorinstanz bewusst, dass die Zustellung am gemeldeten

Wohnort nicht einfach war. In dieser Situation wäre es sachlich gerechtfertigt gewesen, sich beim Berufungsbeklagten bzw. über dessen Liegenschaftsverwaltung über Kontaktmöglichkeiten zu informieren. Zumutbare Nachforschungen zum aktuellen Aufenthaltsort bzw. zu Kontaktadressen erfolgten damit durch die Vorinstanz nicht. Daher lagen die Voraussetzungen einer Zustellung der Verfügung vom 23. September 2020 und des Urteils an die Berufungskläger mittels Publikation nach Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO nicht vor. Wie es sich verhalten würde, wenn sich die Berufungskläger auf entsprechende Kontaktaufnahme und Nachfrage der Vorinstanz geweigert hätten, eine aktuelle postalische Kontaktadresse anzugeben, kann hier offen gelassen werden.

4.1 Es fragt sich weiter, ob die Voraussetzungen der Zustellung durch Publikation gemäss Art. 141 lit. b ZPO erfüllt waren. Danach ist erforderlich, dass die Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden ist.

4.2 In der Regel kann von einer Unmöglichkeit ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger eine Zustellung vereitelt, indem er weder die eingeschriebene Postsendung abholt noch zuhause persönlich angetroffen werden kann (vgl. KUKO ZPO-WEBER, 2. Aufl. 2014, Art. 141 N 2, BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3). Gemäss konstanter Praxis der Kammer braucht es bei bekannter Adresse drei *formelle* Versuche auf *zwei verschiedenen* Wegen, damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019, E. 6.a; PF190001 vom 14. Februar 2019, E. 3.2; LF160059 vom 22. Dezember 2016, E. 5a und c; je m.w.H.). Auch eine Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung, also wenn diese mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umständen verbunden wäre, muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht auf allgemein- oder richtsnotorische Tatsachen stützen. In der Lehre werden als Beispiele für ausserordentliche Umtriebe Bürgerkriegswirren, eine gänzlich fehlende staatliche Struktur des Landes, die permanente Weigerung eines Regimes, Rechtshilfe zu leisten, oder der Umstand, dass Rechtshilfebegehren zwar entgegen genommen, aber in der Folge erst nach

Jahren oder gar nicht bearbeitet werden, genannt (vgl. OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019, E. 6a).

Gleich wie im Fall von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO ist auch bei lit. b gefordert, dass sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sind (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, a.a.O., Art. 141 N 3; BK ZPO-FREI, a.a.O., Art. 141 N 12; ZK ZPO-STAEHELIN, a.a.O., Art. 141 N 2; ZR 97 [1998] Nr. 113 S. 304 f. = Beschluss des Obergerichtes Zürich vom 21. Januar 1991). Die Wahl der ordentlichen Zustellungsart liegt zwar im Ermessen des Gerichts. Die Publikation gestützt auf den Auffangtatbestand gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO darf hingegen als ultima ratio nur zur Anwendung gelangen, wenn die erwähnten Voraussetzungen dafür erfüllt sind (vgl. OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019, E. 6.a).

4.3 Wie bereits unter E. 3.8 dargelegt, war die Adresse der Berufungskläger bekannt und fehlt es in den Akten der Vorinstanz an Hinweisen auf zumutbare Nachforschungen nach deren Aufenthaltsort (vgl. soeben E. 3.1.3). Bereits aus diesem Grund ist auch eine Publikation gestützt auf Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO nicht zulässig gewesen. Hinzu kommt, dass nur Zustellungsversuche via Gemeindeammannamt unternommen wurden. Auch wenn das Amt vier (gleichartige) Zustellungsversuche unternommen hat, ändert dies nichts daran, dass eine zweite Zustellform fehlt. Weshalb die Vorinstanz diese und nicht diejenige über die Postsendung wählte, lässt sich den Akten nirgends nachvollziehbar entnehmen. Es sind den vorinstanzlichen Akten schliesslich keine Hinweise auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen zu entnehmen, aus welchen sich eine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit ordentlicher Zustellungen ergeben könnte.

4.4 Daher kann weder von einer Unmöglichkeit noch von einer Unzumutbarkeit der Zustellung ausgegangen werden. Weiter bestehen keine Hinweise darauf, dass die Voraussetzungen für eine Publikation nach Art. 141 lit. c ZPO vorliegen könnten.

4.5 Nach dem Gesagten gilt weder die Verfügung vom 3. September 2020 noch jene vom 23. September 2020 noch das angefochtene Urteil als den Berufungsklägern zugestellt. Diese hatten somit vom Ausweisungsverfahren keine Kenntnis bzw. mussten davon keine Kenntnis haben und konnten am Verfahren nicht teilnehmen. Es war ihnen daher nicht möglich, sich zum Ausweisungsgesuch zu äussern und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren. Das im Ausweisungsverfahren ergangene, angefochtene Urteil ist somit mit einem derart schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet, dass es nichtig ist.

5. Die Berufung ist somit gutzuheissen und das Urteil vom 14. Oktober 2020 aufzuheben. Die Sache ist zur Wiederholung des Ausweisungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Angesichts des nun bestehenden Prozessrechtsverhältnisses kann nach Art. 138 Abs. 3 ZPO verfahren werden.

6. Unter diesen Umständen ist auf die Frage einer missbräuchlichen Kündigung nicht weiter einzugehen.

7. Für eine Erstreckung des Mietverhältnisses wäre die Kammer bzw. das Obergericht Zürich erstinstanzlich von vornherein nicht zuständig, sondern die örtlich zuständige Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen. Deshalb wäre auf den entsprechenden sinngemässen Antrag der Berufungskläger nicht einzutreten. Dazu bleibt zweierlei anzumerken: Zum einen handelt es sich bei der Kündigungsanfechtungsfrist nach Art. 273 Abs. 1 OR um eine materiellrechtliche Verwirkungsfrist, welche von Amtes wegen zu beachten ist und weder verlängert noch wiederhergestellt werden kann (vgl. statt vieler: ZK OR-HIGI, 4. Aufl. 1996, Art. 273 N 53 ff.). Zum anderen ist bei einer Kündigung wegen Zahlungsrückstand des Mieters nach Art. 257d OR – wovon auch die Berufungskläger ausgehen (vgl. act. 29 S. 1) – eine Erstreckung ausgeschlossen (vgl. Art. 272a Abs. 1 lit. a OR).

8.1 Da das angefochtene Urteil der Vorinstanz nichtig ist, entfaltet die darin enthaltene Kosten- und Entschädigungsregelung keine Rechtswirkungen.

8.2 Umstände halber ist auf die Erhebung von Gerichtskosten für das Berufungsverfahren vor der Kammer zu verzichten (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO).

Dem Berufungsbeklagten ist die von ihm verlangte Parteientschädigung (vgl. act. 39 S. 2) nicht zuzusprechen, weil er unterliegt (vgl. Art. 106 ZPO). Den Berufungsklägern ist eine Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO) nicht zuzusprechen, weil sie keine solche beantragt haben.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 14. Oktober 2020 wird aufgehoben und die Sache zur Wiederholung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Partei- und Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort (act. 39), sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen und das Gemeindeammannamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 27'900.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: