

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220079-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.  
Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

## **Beschluss und Urteil vom 8. Februar 2023**

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,

2. **B.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

**C.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom  
21. September 2022 (ER220035)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "
1. Es sei den Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die von ihnen bewohnte 3.5-Zimmerwohnung Nr. 3 im 1. Obergeschoss links der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse 1, ... E. \_\_\_\_\_, inklusive Nebenräumen, unverzüglich vertragsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und dem Kläger zurückzugeben.
  2. Es sei den Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, den von ihnen benutzten Parkplatz Nr. 1 auf der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse 2, ... E. \_\_\_\_\_, vertragsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und dem Kläger zurückzugeben.
  3. Es sei das zuständige Gemeindeammannamt E. \_\_\_\_\_-... anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Klägers zu vollstrecken;
  4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer), unter solidarischer Haftbarkeit, zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichtes:**

(act. 15)

1. Die Beklagten 1 und 2 werden verpflichtet, die 3.5-Zimmerwohnung Nr. 3 im 1. Obergeschoss links der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse 1, ... E. \_\_\_\_\_ inklusive Nebenräume bis spätestens **15. Oktober 2022, 12.00 Uhr**, zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der **Zwangsvollstreckung** im Unterlassungsfall.
2. Die Beklagten 1 und 2 werden weiter verpflichtet, den Parkplatz Nr. 1 auf der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse 2, ... E. \_\_\_\_\_ bis spätestens **15. Oktober 2022, 12.00 Uhr**, zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der **Zwangsvollstreckung** im Unterlassungsfall.
3. Das Gemeindeammannamt E. \_\_\_\_\_-... wird angewiesen, nach dem 15. Oktober 2022 auf Verlangen des Klägers die Verpflichtung der Beklagten 1 und 2 gemäss Ziffer 1 und 2 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die

Vollstreckung sind vom Kläger vorzuschliessen. Sie sind ihm aber von den Beklagten zu ersetzen.

4. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer 4 werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt.
6. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftbarkeit weiter verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (Betrag inkl. MwSt.) zu bezahlen.

[Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung]

#### **Berufungsanträge:**

(act. 17 S. 1)

- " 1. Die Berufung sei anzunehmen.
2. Das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 21.09.2022 sei vollumfänglich aufzuheben.
3. Die Prozesskosten sollen auf das Minimum gesenkt werden (50% Rabatt), da es sich um ein summarisches Verfahren handelt."

#### **Erwägungen:**

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte
  - 1.1. Mit Mietvertrag vom 19. September 2019 mieteten die Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Mieter) vom Berufungsbeklagten und Gesuchsteller (nachfolgend: Vermieter) die 3.5-Zimmerwohnung Nr. 3 im 1. OG links in der Liegenschaft D.\_\_\_\_-strasse 1, ... E.\_\_\_\_, sowie einen Aussenparkplatz links vor dem Garagengebäude (Nr. 1; act. 3/1–2). Mit Eingabe vom 5. September 2022 (Datum Poststempel) gelangte der Vermieter an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) und stellte gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) ein Ausweisungsbegehren (act. 1). Daraufhin wurde den Mietern mit Verfügung vom 7. September 2022 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Mit Eingabe vom 16. September 2022 nahmen die Mieter

zum Ausweisungsbegehren Stellung, verlangten dessen vollumfängliche Abweisung und stellten ein Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichter Dr. iur. F. \_\_\_\_\_ (act. 6). Weiter verlangten sie, dass die Vollstreckung des Entscheids im Falle einer Gutheissung einstweilen aufzuschieben sei (act. 6 S. 4). Mit Urteil vom 21. September 2022 hiess Bezirksrichter Dr. iur. F. \_\_\_\_\_ als Einzelrichter das Ausweisungsbegehren gut. Zugleich wurde das Gemeindeammannamt E. \_\_\_\_\_ ... angewiesen, nach dem 15. Oktober 2022 den Ausweisungsbefehl auf Verlangen des Vermieters zu vollstrecken (act. 8 = act. 16, nachfolgend act. 16).

1.2. Mit Eingabe vom 10. Oktober 2022 (Datum Poststempel) erhoben die Mieter rechtzeitig Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil (act. 11 und act. 17). Sie wiesen unter anderem darauf hin, dass das von ihnen im vorinstanzlichen Verfahren gestellte Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichter Dr. iur. F. \_\_\_\_\_ unberücksichtigt geblieben sei (act. 17 S. 1 f.). Mit Beschluss vom 19. Oktober 2022 sistierte die Kammer das vorliegende Verfahren bis zum erstinstanzlichen Entscheid über das Ausstandsgesuch der Mieter gegen Bezirksrichter Dr. iur. F. \_\_\_\_\_ vom 16. September 2022 (act. 21). Mit Beschluss und Urteil vom 18. November 2022, hierorts eingegangen am 2. Dezember 2022, wies das Bezirksgericht Horgen das Ausstandsgesuch ab, soweit es darauf eintrat (act. 22). Dagegen erhoben die Mieter mit Eingabe vom 19. Dezember 2022 Beschwerde bei der Kammer, welche mit Urteil vom 6. Februar 2023 abgewiesen wurde, soweit darauf eingetreten wurde (vgl. Geschäfts-Nr. PS220222). Am 22. Dezember 2022 (Datum Poststempel) reichten die Mieter unaufgefordert eine weitere Eingabe samt Beilagen ein (act. 23).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1–14).

1.4. Nachdem mit Urteil vom 6. Februar 2023 die Abweisung des Ausstandsgesuchs der Mieter bestätigt worden ist, ist die Sistierung des vorliegenden Berufungsverfahrens aufzuheben und das Verfahren fortzusetzen. Von der Einholung einer Berufungsantwort ist abzusehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Dem Vermieter sind lediglich mit dem vorliegenden Entscheid Kopien der Berufungsschrift sowie der Eingabe vom 22. Dezember 2022 (act. 23) zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Rechtliche Vorbemerkungen

2.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Geht es in einem Verfahren nach Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) nur um die Frage der Ausweisung, ist also die Gültigkeit der Kündigung als solche bzw. der Bestand des Mietverhältnisses nicht (mehr) strittig, besteht das wirtschaftliche Interesse der Parteien im Mietwert, der durch die Verzögerung infolge des Summarverfahrens selber entsteht. Ist dagegen die Kündigung ebenfalls strittig, ist diese selber Streitgegenstand. Würde deren Unzulässigkeit die Kündigungssperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auslösen, entspricht der Streitwert in der Regel dem Mietwert für drei Jahre, wobei zusätzlich zu berücksichtigen ist, auf welchen Zeitpunkt hin nach Ablauf der Sperrfrist das Mietverhältnis frühestens gekündigt werden kann. Der Beginn der Frist bildet dabei das Datum des angefochtenen Entscheides (vgl. BGE 144 III 346; OGer ZH, LF210073 vom 13. Oktober 2021, E. II./1.2, m.w.H.). Die Mieter stellen vorinstanzlich die Gültigkeit der Kündigung in Abrede und halten auch heute an ihrem Standpunkt fest (vgl. act. 6 S. 2 ff. und act. 17 S. ff.). Die Kündigung bildet demnach den streitwertbildenden Gegenstand des Verfahrens. Die Parteien haben eine Kündigungsfrist von drei Monaten, jeweils auf Ende eines Quartals (31.3., 30.6., 30.9., ohne 31.12.) vereinbart (vgl. act. 3/1-2). Nach ausgelöster Sperrfrist wäre daher eine Kündigung frühestens auf den 31. März 2026 zulässig. Der Streitwert beläuft sich somit auf Fr. 106'720.– (36 + 4 Monate x Fr. 2'668.–), womit gegen den vorinstanzlichen Entscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist.

2.2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO schriftlich einzureichen und abschliessend zu begründen. Eine Fristerstreckung ist nach Art. 144 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Entsprechend sind nach Ablauf der Rechtsmittelfrist unaufgefordert eingegangene Eingaben – auch wenn nur zur Ergänzung bzw. Klärung der Berufungsschrift erfolgen – unter Vorbehalt zulässiger Noven und neuer Beweismittel nach Art. 317 ZPO grundsätzlich unbeachtlich (BK ZPO-Benn, Art. 144 N 3;

vgl. auch BGE 131 II 449, E. 1.3 m.w.H.; 138 III 625, E. 2.2). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Bei Tatsachen und Beweismitteln, die bereits vor Eintritt des Aktenschlusses im erstinstanzlichen Verfahren bestanden haben, spricht man von sog. unechten Noven. In Bezug auf diese obliegt es dem Berufungskläger, detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGE 143 III 42 E. 4.1). Tut er dies nicht und liegt die Zulässigkeit des unechten Novums nicht aus anderen Gründen auf der Hand, so ist es im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

Nach Ablauf der Berufungsfrist reichten die Mieter am 22. Dezember 2022 unaufgefordert eine weitere Eingabe samt Beilagen ein (act. 23; act. 24/1–7). Da die Mieter nicht darlegen, weshalb es ihnen nicht möglich gewesen sein soll, diese Ausführungen bereits in ihrer Berufungsschrift vorzutragen, ist die Eingabe infolge Verspätung unbeachtlich.

2.3. Im Nachfolgenden wird auf die in der Berufung erhobenen Einwände der Mieter einzugehen sein. Es sei indes darauf hingewiesen, dass die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) das Gericht nicht verpflichtet, sich mit jedem einzelnen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheides auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 147 III 176 E. 4.2.1).

### 3. Zur Berufung im Einzelnen

3.1.1. Die Vorinstanz hiess das Ausweisungsbegehren gut. Sie erwog zusammengefasst, der Vermieter bringe vor, die Mieter hätten die Mietzinse für die Monate Januar bis Juni 2022 nicht bezahlt. Da es sich um eine negative Tatsache handle, hätten die Mieter mitwirken und diese Vorbringen widerlegen müssen, was sie nicht getan hätten. Es sei mithin von einem Zahlungsausstand von Fr. 16'008.– auszugehen. Der Vermieter habe die erforderlichen Formvorschriften

eingehalten und das Mietverhältnis unter Berücksichtigung der gesetzlichen Kündigungsfristen und -termine rechtsgültig per 31. August 2022 beendet. Die Mieter befänden sich daher ohne Rechtsgrund in den Mietobjekten. Damit sei der rechtlich relevante Sachverhalt erstellt und die Rechtslage klar (act. 18 E. III./7).

3.1.2. Die Mieter machen eine falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend. Sie bemängeln, der Vermieter behaupte bloss, es seien keine Zahlungen eingegangen, beweise dies aber nicht. Dies verlange das Bundesgericht in Ausweisungsverfahren aber. Die von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsurteile BGE 119 II 305 und BGE 147 III 139 beträfen andere Rechtsgebiete und seien daher nicht geeignet, zu beweisen, dass der Vermieter keinen Beweis für das Ausbleiben der Zahlungen vorlegen müsse. Die Behauptung, dass die Mieter beweispflichtig seien, stelle eine ungerechtfertigte Umkehr der Beweislast dar (act. 17 S. 1).

3.2. Das Gericht gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO, wenn zum einen der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und zum anderen die Rechtslage klar ist (lit. b). Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen (BGE 138 III 123, E. 2.1.1 m.H.). Mit Blick darauf, dass bei Gewährung des Rechtsschutzes ein definitives, der materiellen Rechtskraft fähiges Urteil ergeht, das einer neuen Beurteilung der Sache entgegensteht, hat die gesuchstellende Partei grundsätzlich den vollen Beweis für die anspruchsbegründende Tatsache zu erbringen, so dass klare Verhältnisse herrschen (BGE 138 III 620, E. 5.1.1 m.w.H.; Botschaft ZPO, BBI 2006 7221 ff., 7351 f.; vgl. auch ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖRTSCHER, 3. Aufl. 2016, Art. 257 N 6 f.).

Bestreitet die Gegenpartei die Tatsachen glaubhaft, dann kann der schnelle Rechtsschutz in klaren Fällen nicht gewährt werden, weil kein liquider Sachverhalt vorliegt. Dabei genügt es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die gesuchsgegnerische Partei *substanziert* und *schlüssig* Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet

sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Nicht der Fall ist dies insbesondere bei sog. "haltlosen" Einwendungen, namentlich dann, wenn die Einwendungen zufolge gegenteiliger Anhaltspunkte von vornherein als unzutreffend bzw. in hohem Grad unwahrscheinlich erscheinen bzw. wenn deren eingehende Abklärung nach der Überzeugung des Gerichts nichts an der Beurteilung, die sich aufgrund der schlüssigen und urkundlich belegten Sachdarstellung der gesuchstellenden Partei ergibt, ändern könnten (BGE 141 III 23 E. 3.2; BGE 138 III 620, E. 5.1.1 m.w.H.; Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7351 f.; K ZPO-SUTTER-SOMM/LÖRTSCHER, 3. Aufl. 2016, Art. 257 N 7). Erscheinen die gegnerischen Einwendungen aber nicht von vornherein als haltlos, stellt sich – wie gezeigt – die Frage nach der sofortigen Widerlegbarkeit bzw. jene der sofortigen Beweisbarkeit; die gesuchstellende Partei trägt im Hinblick auf die Widerlegung der Einwendungen die volle Beweislast (DROESE, Unklarheiten um den klaren Fall gemäss Art. 257 ZPO, ZBJV 155/2019, S. 229 ff., S. 247 f.; EGLI, Rechtsschutz in klaren Fällen, in: PraxiZ, Band 2, Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, 1 ff., S. 11).

3.3.1. Aus den vorgenannten Grundsätzen folgt, dass es Aufgabe des Vermieters als um Rechtsschutz im klaren Fall ersuchende Partei ist, die anspruchsbegründenden Umstände hinreichend zu behaupten und zu belegen. Vorliegend führte der Vermieter in seinem begründeten Gesuch aus, nachdem die Mieter die Mietzinse für die Monate Januar bis Juni 2022 nicht bezahlt hätten, seien sie mit Einschreibebriefen vom 9. Juni 2022 im Sinne von Art. 257d OR gemahnt und aufgefordert worden, die offenen Mietzinse in der Höhe von Fr. 16'008.– innert 30 Tagen zu bezahlen. Dies sei mit der Androhung der ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses im Sinne von Art. 257d OR verbunden worden (act. 1 Rz. 10). Zum Nachweis reichte er die Mahnung infolge Zahlungsverzugs samt Kündigungsandrohung ein, aus welcher die Zahlungsausstände klar hervorgehen (act. 3/4 u. 5). Auch die Zahlungsverzugskündigung reichte der Vermieter ein (act. 3/7 u. 8). Aus diesen Dokumenten ergibt sich die Auflösung des Mietverhältnisses und daher der Rückgabeanspruch des Vermieters nach Art. 267 OR.

3.3.2. Die Mieter rügen, dass damit die Zahlungsausstände nicht bewiesen seien. Die Vermieter hätten aber den vollen Beweis zu erbringen gehabt. Sie

wenden ein, der Vermieter hätte einen Bankauszug vorlegen können, aus dem ersichtlich sei, dass frühere Zahlungen eingegangen seien und die behaupteten Ausfälle eben nicht (act. 17 S. 2).

3.3.3. Dem ist entgegenzuhalten, dass selbst ein Bankauszug bloss eine Annäherung und keinen vollen Beweis darstellte. Die Belege, welche die Zahlung zweifelsfrei nachzuweisen vermögen, befinden sich regelmässig in der Sphäre der Mieterschaft, welcher damit der Nachweis mittels Urkunden ohne weiteres möglich wäre. Wird wie vorliegend dem vom Vermieter substantiiert vorgetragenen und mittels Mahnung/Kündigungsandrohung sowie Zahlungsverzugskündigung belegten Sachverhalt von der Mieterseite der pauschale Einwand der Zahlung der Mietzinsausstände entgegengehalten, dann genügt dies nicht, um einen als illiquid erscheinen zu lassen. Es wäre von der Mieterschaft in solchen Fällen zu erwarten, dass sie konkret dartut, die fraglichen Ausstände beglichen zu haben, und sie dem Gericht die entsprechenden Belege einreicht oder zumindest schlüssig aufzeigt, weshalb ihr dies nicht möglich ist. Andernfalls drängt es sich auf, die pauschale Behauptung der Zahlung als unsubstanzierte Schutzbehauptung zu qualifizieren (vgl. OGer ZH PF200076 vom 14. Dezember 2020 E. 4.2.3).

Etwas anderes geht auch nicht aus dem von den Mietern angeführten Entscheid des Bundesgerichts BGE 138 III 620 hervor. Auch hier verlangt das Bundesgericht, dass substantiiert und schlüssige Einwände vorgetragen werden (BGE 138 III 620, E. 5.1.1).

3.4.1. Entscheidend ist damit die Frage, ob die Mieter substantiierte und schlüssige Einwendungen vorgetragen haben: Sie behaupteten vor Vorinstanz, die Mahnung sei nicht gerechtfertigt, denn die Mietzinse seien, selbstredend bezahlt worden. Die Einzahlungsbelege des Mieters 1 würden belegen, dass auch im Jahr 2022 Mietzinse überwiesen worden seien. Selbst wenn nur ein Teil der Mietzinse bezahlt worden sein sollte, müsse die in der Mahnung genannte Forderung auch bestehen. Der angebliche Ausstand bestehe indes nicht und sei in seiner Höhe völlig falsch (act. 6 S. 3).

Sie reichten vier Zahlungsbelege ein: Aus dem "Zahlungsbeleg Miete Q1/2022" geht eine Zahlung des Mieters 1 an den Mieter 2 vom 31. März 2022 mit dem Betreff "Miete Q1/2022" von Fr. 3'882.– (act. 7/2) hervor. Der "Zahlungsbeleg Miete Dez 2021" belegt eine Zahlung des Mieters 1 an den Mieter 2 vom 1. Dezember 2021 mit dem Betreff "Miete Dezember 2021" von Fr. 1'294.– (act. 7/3). Der "Zahlungsbeleg Miete Nov 2021" betrifft eine Zahlung des Mieters 1 an den Mieter 2 vom 1. November 2021 mit dem Betreff "Miete November 2021" von Fr. 1'294.– (act. 7/4) und der "Zahlungsbeleg Okt 2021" betrifft eine Zahlung des Mieters 1 an den Mieter 2 vom 1. Oktober 2021 mit dem Betreff "Miete Oktober 2021" von Fr. 1'333.– (act. 7/5).

3.4.2. Die Vorinstanz erwog, die in den von den Mietern eingereichten Belegen ersichtliche Höhe der Zahlungen (Fr. 3'882.–; Fr. 1'294.–; Fr. 1'294.–; Fr. 1'333.–) entspreche nicht den geschuldeten Mietbetroffnissen. Die Zahlungen seien zudem – abgesehen von einer Zahlung (act. 7/2: 31. März 2022) – weit vor dem abgemahnten Zeitraum von Januar bis Juni 2022 erfolgt (act. 7/3: 1. Dezember 2021; act. 7/4: 1. November 2021; act. 7/5: 1. Oktober 2021). Die eingereichten Urkunden belegten schliesslich einzig Zahlungen des Mieters 1 an den Mieter 2. Dass die Mieter dem Vermieter die Mietzinse für die Monate Januar bis Juni 2022 in der Höhe von insgesamt Fr. 16'008.– (= 6 x Fr. 2'668.–) beglichen hätten, sei mit diesen Belegen nicht einmal glaubhaft gemacht (act. 16 E. II./3).

3.4.3. Mit diesen Erwägungen setzen sich die Mieter in ihrer Berufung nicht auseinander, vielmehr beharren sie darauf, dass sie mit den Zahlungsbelegen der Monate Oktober 2021 bis und mit März 2022 "eindeutige Beweise" für die Bezahlung der Mietzinse geliefert hätten (act. 17 S. 3). Es ist indes nach wie vor nicht ersichtlich, inwiefern die eingereichten Belege, welche Zahlungen der Mieter untereinander betreffen, Zahlungen an den Vermieter belegen sollen. Für die Monate April bis Juni 2022 fehlten sodann – unbestrittenermassen – jegliche Belege. Auf die Belege wäre es unter den gegebenen Umständen aber gar nicht angekommen. Ohnehin behaupteten die Mieter vor Vorinstanz bloss, die Miete bezahlt zu haben. Substantiierte und schlüssige Einwände gegen die konkret behaupteten und bezifferten Mietzinsausstände brachten sie nicht vor. Es fehlen damit hin-

reichend schlüssige Einwände im Sinne der vorstehenden Bundesgerichtspraxis, welche den klaren Sachvortrag des Vermieters in Zweifel ziehen. Die Vorinstanz ist somit zu Recht von einem Zahlungsausstand von Fr. 16'008.– ausgegangen.

3.5. Ohne dass es nach dem Gesagten vorliegend darauf ankommen kann, ist - entgegen der Auffassung der Mieter (act. 17 S. 2) - der Vorinstanz sodann nicht vorzuwerfen, dass sie im angefochtenen Urteil Bundesgerichtsentscheide zitierte, welche sich mit der Frage der Beweislast in anderen Rechtsgebieten als dem Mietrecht befassen. Die Lehre zur Beweislastverteilung und damit auch die Lehre zum Beweis negativer Tatsachen gehören zum allgemeinen Privatrecht. Entsprechend können zu ihrer Anwendung auch Bundesgerichtsentscheide ausserhalb des Mietrechts herangezogen werden.

3.6.1. Weiter machten die Mieter vor Vorinstanz geltend, sie hätten wegen Lärmimmissionen eine Mietzinssenkung beantragt und mit Betreuung Nr. 3 eine Gegenforderung von rund Fr. 9'500.– gestellt. Diese Gegenforderung müsse verrechnet werden (act. 6 S. 4).

3.6.2. Die Vorinstanz erwog, es könne offen gelassen werden, ob die von den Mietern behauptete Gegenforderung bestehe. Denn selbst wenn es sich so verhielte, vermöchte dies wohl an der Höhe, jedoch im Kern nichts am Bestehen eines Zahlungsausstandes zu ändern. Die angebliche Gegenforderung in der Höhe von Fr. 9'500.–, welche die Mieter zur Verrechnung bringen wollten, übersteige die Hauptforderung des Vermieters von Fr. 16'008.– nicht, weshalb selbst bei Verrechnung noch Fr. 6'508.– Mietzinse ausstehend seien (act. 16 E. 3).

3.6.3. Dem halten die Mieter entgegen, die Forderung des Vermieters sei durch ihre Gegenforderung bestritten. Wenn die Forderung des Vermieter nicht in der angegebenen Höhe bestehe, sei die Mahnung nicht gerechtfertigt und es könne keine Kündigung erfolgen (act. 17 S. 3).

Die Mieter haben vor Vorinstanz die rechtzeitige Abgabe einer Verrechnungserklärung nicht einmal behauptet. Die Mieter führten einzig aus, eine Mietzinssenkung beantragt zu haben und mit Betreuung Nr. 3 eine Gegenforderung

von rund Fr. 9'500.– gestellt zu haben, welche verrechnet werden *müsse* (act. 6 S. 3). Dass sie dies innert der angesetzten Zahlungsfrist dem Vermieter im Sinne von Art. 124 Abs. 1 OR mitgeteilt hätten, behaupten sie nicht. Es mangelt daher auch bezüglich der Verrechnungseinrede an hinreichend substantiierten und schlüssigen Einwänden der Mieter gegen die vom Vermieter konkret geltend gemachten Zahlungsausstände. Der Betrag der fälligen Mietzinsforderung war überdies in der Mahnung/Kündigungsandrohung korrekt ausgewiesen. Die Mahnung wird nicht ungerechtfertigt, wenn die Mieter behaupten für einen Teil der Ausstände eine Gegenforderung zu haben. Vielmehr stellt eine (zulässige und rechtzeitige) Verrechnungserklärung eine Form der Tilgung dar, welche zwar rückwirkend bewirkt, dass Forderung und Gegenforderung schon in jenem Zeitpunkt als getilgt gelten, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden (Art. 124 Abs. 2 OR). Dies führt aber nicht dazu, dass sich die Mahnung nachträglich als falsch bzw. ungültig erweist.

3.6.4. Wie gezeigt (vgl. hiervor E. 2.2) ist die Eingabe der Mieter vom 22. Dezember 2022 (Nachtrag Berufung) verspätet und unbeachtlich. Der Vollständigkeitshalber sei indes was folgt bemerkt: Die Mieter machen in dieser Eingabe im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz hätte ihre Verrechnungsforderung prüfen müssen. Sie hätten insgesamt vier Mängelrügen mit Mietzinssenkungsforderungen gestellt und drei Betreibungen im Umfange von insgesamt Fr. 31'000.– gegen die Vermieterschaft erhoben (act. 23 S. 2). Sie hätten dem Ausweisungsrichter Belege zu Betreibungen gegenüber dem Vermieter vorgelegt, aus denen hervorgehe, dass sie eine Mietzinsherabsetzung für den Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis 30. Juni 2022 von Fr. 9'424.– zzgl. Zinsen und Kosten geltend machten. Weiter seien dem (vorinstanzlichen) Richter Betreibungen gegen den Vermieter über Fr. 5'116.– und Fr. 16'469.– vorgelegt worden (act. 23 S. 3). Letzteres ist aktenwidrig. Die beiden Betreibungen wurden im vorinstanzlichen Verfahren weder erwähnt, noch wurden die entsprechenden Belege eingereicht. Selbst wenn diese Vorbringen bereits in der Berufungsschrift (und nicht erst im "Nachtrag") erfolgt wären, wären sie im Berufungsverfahren neu und, da nicht ersichtlich ist, weshalb dies nicht bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurde, verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Gleiches gilt für die vier nachträglich eingereichten Mängelrügen. Es trifft

hingegen zu, dass die Mieter vor Vorinstanz einen Zahlungsbefehl vom 11. Juli 2022 (Ausstelldatum) einreichten (act. 7/1) und angaben, eine Gegenforderung von rund Fr. 9'500.– zu haben. Die Vorinstanz konnte indes zu Recht von der Überprüfung der Forderung absehen, da die Mieter nicht behaupten, sie hätten vor der Mahnung und Kündigungsandrohung vom 9. Juni 2022 Verrechnung erklärt. Selbst bei einer gültigen Verrechnungserklärung nach Erhalt des besagten Schreibens wären noch Fr. 6'508.– an Mietzinsen ausstehend gewesen und die angedrohte Kündigung wäre nur durch eine *vollständige* Tilgung abzuwenden gewesen. Die Vorinstanz schloss damit zu Recht, dass die ausstehenden Mietzinse zwischen Januar und August 2022 nicht (vollständig) beglichen wurden.

3.7.1. Die Mieter machten vor Vorinstanz weiter geltend, die Kündigung sei ausgesprochen worden, bevor die 30-tägige Mahnfrist abgelaufen gewesen sei. Sie hätten die Mahnung nämlich erst am 5. Juli 2022 in Empfang genommen; die Kündigung vom 19. Juli 2022 sei somit zu früh erfolgt und entsprechend nichtig (act. 6 S. 3).

3.7.2. Die Vorinstanz erwog, die Kündigung sei nicht verfrüht erfolgt. Die Mieter hätten die am 9. Juni 2022 per Einschreiben aufgegebenen Zahlungsaufforderungen (act. 3/4) erst am 30. Juni 2022 bzw. 5. Juli 2022 (act. 3/6) in Empfang genommen. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung komme es aber nicht auf das effektive Empfangsdatum an, sondern für den Fristbeginn gelte ein modifiziertes Zugangsprinzip. Aus Gründen der Rechtssicherheit werde der Zugang einer Zahlungsaufforderung mittels eingeschriebenem Brief in Abweichung von den allgemeinen Regeln erst mit der tatsächlichen Kenntnis von der Androhung oder nach Ablauf der 7-tägigen Abholfrist, wenn der Brief nicht abgeholt werde, fingiert (sog. relative Empfangstheorie; BGE 140 III 244 E. 5.1). Gemäss AGB der Post könnten Kunden zwar eine längere Abholfrist vereinbaren. Im Interesse der Rechtssicherheit dürfe auf solche Abreden aber nicht abgestellt werden. Vielmehr sei in Analogie zur Rechtsprechung des Bundesgerichts nach wie vor von einer Zugangsfiktion am siebten Tag der Frist auszugehen. Vorliegend sei die Zahlungsaufforderung am 9. Juni 2022 der Post übergeben und den Mietern am Folgetag zur Abholung gemeldet worden (act. 3/6). Die 7-tägige Abholfrist habe am

17. Juni 2022 geendet (act. 1 S. 5). Just an diesem Tag hätten die Mieter denn auch die Abholfrist verlängert (vgl. act. 3/6). Dies sei jedoch unbeachtlich. Dass die Mieter angeblich nicht mit der Zustellung dieses "prozessentscheidenden Dokumentes" hätten rechnen müssen, sei – ganz im Gegensatz zur Zustellungsfiktion im laufenden Zivilprozess (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) – nach der Rechtsprechung für den Zugang ebenfalls nicht relevant (BGE 140 III 244, E. 5.1). Die Zahlungsaufforderungen gölten den Mietern als am 17. Juni 2022 zugestellt. Die 30-tägige Zahlungsfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 OR habe somit am 18. Juni 2022 zu laufen begonnen und – unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Sonntagen (Art. 78 Abs. 1 OR) – am Montag, 18. Juli 2022 geendet. Die Kündigung vom 19. Juli 2022 (act. 3/7 f.), welche gleichentags der Post übergeben worden sei (act. 3/9), sei damit nicht verfrüht erfolgt (act. 16 E. 4).

3.7.3. Dagegen wenden die Mieter ein, das von der Vorinstanz zitierte Urteil des Bundesgerichts sei nicht einschlägig. Das Urteil setze sich mit der Frage der Kündigung eines Mietvertrages auseinander und den Anforderungen an das offizielle Kündigungsformular. Ein Bezug zum vorliegenden Fall sei nicht ersichtlich. Die Zustellung einer Kündigung sei etwas anderes als die Zustellung einer Mahnung und habe eine andere Fristberechnung zur Folge, da aufgrund der Mahnung nun mit einer Kündigung und einem allfälligen Prozess gerechnet werden müsse. Es sei zudem auf BGE 119 II 147 abzustellen und die Frist beginne erst am Tag der tatsächlichen Empfangnahme der Zahlungsaufforderung zu laufen (act. 17 S. 3).

3.7.4. Es ist zutreffend, dass für die Zustellung einer Kündigung und die Zustellung einer Zahlungsaufforderung unterschiedliche Regelungen gelten. Für die Zustellung einer Kündigung gilt die absolute Empfangstheorie, wonach eine empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam ist, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Kann ein eingeschriebener Kündigungsbrief nicht zugestellt werden, gilt unter Anwendung der absoluten Empfangstheorie jener Tag als Zugangstag, welcher auf den Tag des vergeblichen Zustellversuchs folgt (BGE 143 III 15 E. 4.1). Ebenfalls zutreffend ist, dass der von der Vorinstanz zitierte Entscheid BGE 140 III 244 im Zusammenhang mit der Kündigung eines Mietverhält-

nisses und den Anforderungen an ein Kündigungsformular erging. Das Bundesgericht erläutert in dieser Entscheidung aber *explizit* die für den Empfang einer Zahlungsaufforderung geltende relative Empfangstheorie und führt was folgt aus (vgl. BGE 140 III 244 E. 5.1 = Pra 103 (2014) Nr. 95):

"Im Bereich des Mietrechts weicht die Rechtsprechung nur in zwei Fällen von der absoluten Empfangstheorie ab und wendet die relative Empfangstheorie an, die bei Verfahrensfristen zur Anwendung kommt, nämlich für die Mitteilung der Mietzinserhöhung im Sinne von Art. 269d OR und für die Zahlungsaufforderung von Art. 257d Abs. 1 OR. Wenn die eingeschriebene Postsendung dem Adressaten (oder einer von ihm ermächtigten Person) nicht direkt ausgehändigt werden kann und eine Abholungseinladung mit der Angabe der Aufbewahrungsfrist bei der Post in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt wurde, so gilt die Sendung in beiden Fällen in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie der Empfänger tatsächlich am Postschalter abholt, oder, falls dies nicht innerhalb der Aufbewahrungsfrist von sieben Tagen geschieht, am siebten und letzten Tag dieser Frist."

Der Entscheid ist somit einschlägig und ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall anwendbar. Etwas anderes geht im Übrigen auch nicht aus dem von den Mietern angeführten (älteren) Bundesgerichtsentscheid BGE 119 II 147 hervor. Auch dort hält das Bundesgericht *explizit* fest, dass für den Lauf der Frist der Tag massgebend sei, an dem der Mieter die Zahlungsaufforderung tatsächlich in Empfang genommen habe. Könne ein eingeschriebener Brief dem Empfänger nicht sofort übergeben werden – so das Bundesgericht weiter – sei auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem er ihn auf dem Postbüro abhole. Werde die Mitteilung auch innerhalb der von der Post gesetzten, siebentägigen Frist nicht abgeholt, so werde – gemäss Bundesgericht – fingiert, sie sei am letzten Tag dieser (siebentägigen) Frist in Empfang genommen worden (BGE 119 II 147 E. 2).

3.7.5. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, kommt es dabei – entgegen der Auffassung der Mieter – nicht darauf an, ob sie mit der Zustellung der Mahnung rechnen mussten. Eine solche Regelung gilt nur im Zusammenhang mit behördlichen Zustellungen im laufenden Zivilprozess (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Eine entsprechende Regelung im Obligationenrecht gibt es nicht, auch wenn die Mieter dies als stossend empfinden (act. 17 S. 4 f.).

3.7.6. Soweit die Mieter schliesslich bemängeln, dass es zur Anwendung der relativen Empfangstheorie bei der Zustellung von Zahlungsaufforderungen an einer gesetzlichen Grundlage fehle, ist ihnen zwar zuzustimmen, dass es keinen entsprechenden Gesetzesartikel gibt. Wie gezeigt ist die relative Empfangstheorie indes höchststrichterliche Rechtsprechung (vgl. BGE 119 II 147 E. 2 u. BGE 140 III 244 E. 5.1), welche sich auf die Auslegung von Art. 257f OR und die gesetzgeberischen Materialien stützt (BGE 119 II 147 E. 2).

3.7.7. Die Fristberechnung der Vorinstanz ist nach dem Gesagten korrekt erfolgt: Die Zahlungsaufforderung ist am 9. Juni 2022 der Post übergeben und den Mietern am Folgetag zur Abholung gemeldet worden (act. 3/6). Die 7-tägige Abholfrist endete damit am 17. Juni 2022 und die 30-tägige Zahlungsfrist begann gemäss Art. 257d Abs. 1 OR am 18. Juni 2022 zu laufen. Unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Sonntagen (Art. 78 Abs. 1 OR) endete die Zahlungsfrist am Montag, 18. Juli 2022. Die Kündigung vom 19. Juli 2022 (act. 3/7 f.), welche gleichentags der Post übergeben wurde (act. 3/9), war damit nicht verfrüht. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind somit nicht zu beanstanden.

3.8. Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz zu Recht vom Vorliegen der Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen aus. Die Berufung ist somit vollumfänglich abzuweisen. Der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen.

#### 4. Kosten und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es bei den vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Die Mieter beantragen, die Gebühr für das vorinstanzliche Verfahren gemäss § 8 Abs. 1 GebV OG auf die Hälfte zu senken (act. 17 S. 5). Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 16'008.– aus und setzte die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– fest (vgl. act. 16 E. V.). Bei einem Streitwert von Fr. 16'008.– beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr rund Fr. 2'600.– (vgl. § 4 Abs. 1 GebV OG). Gestützt auf § 8 Abs. 1 GebV OG reduzierte die Vorinstanz die Gebühr auf drei Viertel der ordentlichen Gebühr, mithin auf

Fr. 2'000.–. Angesichts dessen, dass der Streitwert vorliegend nicht basierend auf eine Dauer von sechs, sondern 39 Monatsmietzinsen zu berechnen ist (vgl. Ziff. 2.1 vorstehend), mithin Fr. 106'720.– beträgt, wäre die ordentliche Grundgebühre indes Fr. 9'019.– (vgl. § 4 Abs. 1 GebV OG), weshalb die Entscheidgebühre selbst bei einer hälftigen Reduktion noch Fr. 4'500.– betragen hätte. Eine Entscheidgebühre von (nur) Fr. 2'000.– ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden.

4.3 Ausgangsgemäss werden die Mieter auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 106'720.– ist die Entscheidgebühre für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'000.– festgesetzt und den Mieter unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt.

4.4. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen: Den Mietern nicht, weil sie unterliegen, und dem Vermieter nicht, weil ihm kein Aufwand entstanden ist, der zu entschädigen wäre.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die Sistierung des Berufungsverfahrens wird aufgehoben und das Verfahren wird fortgesetzt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. September 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühre wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt und den Gesuchsgegner und Berufungsklägern unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller und Berufungskläger unter Beilage der Doppel von act. 17 u. act. 23, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 106'720.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am: