

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF190019-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 27. Juni 2019

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

betreffend **Ausweisung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfah-
ren des Bezirksgerichtes Hinwil vom 12. April 2019 (ER190010)

Erwägungen:

A. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. B._____ mietete mit Vertrag vom 11. resp. 13. September 2009 von D._____ eine 3-Zimmerwohnung an der E._____ -Strasse ... in F._____ zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 1'097.00 (act. 3/1). Mit Nachtrag zum Mietvertrag vom 12. April 2013 trat C._____ per 1. April 2013 zusätzlich in den Vertrag als solidarisch haftende Mieterin ein (act. 3/2). Heutige Eigentümerin des Mietobjektes ist gemäss Grundbuchauszug die A._____ AG; auf sie ist der Mietvertrag übergegangen (act. 1 S. 3 und act. 3/4). Das Mietverhältnis wurde von der A._____ AG gestützt auf Art. 257d OR mit amtlich genehmigten Formularen vom 23. Januar 2019 per 28. Februar 2019 gekündigt (act. 3/9/1-2).

1.2. Mit Eingabe vom 19. März 2019 (Datum Poststempel) gelangte die A._____ AG (Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, fortan Beschwerdeführerin) an das Bezirksgericht Hinwil (fortan Vorinstanz) und verlangte unter Androhung der Zwangsvollstreckung die Ausweisung von B._____ sowie C._____ (Gesuchs- und Beschwerdegegner, fortan Beschwerdegegner; act. 1). Mit Verfügung vom 22. März 2019 lud die Vorinstanz die Parteien zur Verhandlung auf den 12. April 2019 vor (act. 4). An der Verhandlung nahm der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin teil. Der Beschwerdegegner 1 erschien zur Verhandlung unentschuldigt nicht, während die Beschwerdegegnerin 2 persönlich anwesend war (Prot. VI S. 5). Mit Urteil vom 12. April 2019 trat die Vorinstanz auf das Gesuch um Ausweisung nicht ein. Die Entscheidegebühr setzte sie auf Fr. 800.00 fest und auferlegte sie der Beschwerdeführerin. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (act. 8 = act. 13 S. 9).

2.1. Mit Eingabe vom 6. Mai 2019 (Datum Poststempel) erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz vom 12. April 2019. Sie stellt folgende Anträge (act. 14 S. 2; act. 9):

- "1. a) Es sei die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 12. April 2019 aufzuheben, und es seien in Gutheissung des Auswei-

sungsbegehrens die Gesuchsgegner/Beschwerdegegner unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verpflichten, die von ihnen gemietete 3-Zimmerwohnung, EG rechts, in der Liegenschaft E. _____-Strasse ..., F. _____, inklusive Kellerabteil, unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und der Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin zurückzugeben.

1. b) Es sei das zuständige Stadttammannamt F. _____ anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin zu vollstrecken.
2. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 12. April 2019 aufzuheben und die Sache zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Alles unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolgen im erst- wie auch im zweitinstanzlichen Verfahren zulasten der Gesuchsgegner/Beschwerdegegner."

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-11). Mit Verfügung vom 9. Mai 2019 wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 18), welchen sie in der Folge fristgerecht leistete (act. 18-20). Mit Verfügung vom 3. Juni 2019 wurde den Beschwerdegegnern Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt (act. 21). Sie holten die Sendungen beide auf der Post nicht ab (act. 22/1-2). Da die Beschwerdegegner seit der ersten Abholung im vorinstanzlichen Verfahren (vgl. act. 7) Kenntnis vom Ausweisungsverfahren haben und deshalb mit weiteren Zustellungen – auch in einem Rechtsmittelverfahren – rechnen mussten, gilt die Verfügung vom 3. Juni 2019 am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch, für beide Beschwerdegegner am 11. Juni 2019 als erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die 10-tägige Frist für die Beschwerdeantwort lief unbenutzt ab, weshalb das Verfahren androhungsgemäss ohne Antwort weiterzuführen ist (Art. 147 ZPO). Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin ist – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen.

B. Vorbemerkungen

1. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich,

mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Das Beschwerdeverfahren dient grundsätzlich der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind deshalb ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.1. Die Beschwerdegegnerin 2 machte vor Vorinstanz geltend, mit "dieser Angelegenheit nichts zu tun" zu haben, sie sei seit dem Jahr 2016 vom Beschwerdegegner 1 geschieden und lebe schon längst nicht mehr in der Wohnung (Prot. VI S. 5). Sie bestritt damit sinngemäss ihre Passivlegitimation.

2.2. Der Rückgabeanspruch des Vermieters nach Art. 267 OR richtet sich gegen den bzw. die Mieter gemäss Mietvertrag. Die Pflicht des Mieters zur Rückgabe der Mietsache nach Art. 267 OR umfasst dabei unter anderem die Pflicht zur vollständigen Räumung des Mietobjekts (vgl. Lachat et al., Mietrecht für die Praxis, 9. A., Zürich 2016, S. 868 und 870). Der Vermieter muss wieder in die Rechtsstellung über die Sache gesetzt werden, die ihm vor dem Mietantritt zugekommen ist. Zur Erfüllung der Rückgabepflicht genügen daher weder der Nichtgebrauch der Sache noch die blosser Aufgabe des Gewahrsams an der Sache durch den Mieter (siehe dazu ZK OR-Higi, Bd. V/2b, 4. A., Zürich 1995, Art. 267 N 11 und 13).

Aus den Ausführungen der Beschwerdegegnerin 2 vor Vorinstanz ergibt sich, dass im Scheidungsverfahren keine Regelung zum Mietverhältnis getroffen wurde (Prot. VI S. 6). Die Beschwerdegegnerin 2 ist daher nach wie vor Mieterin des Mietobjektes gemäss Mietvertrag resp. Nachtrag zum Mietvertrag vom 12. April 2013. Da das besagte Mietobjekt noch nicht geräumt wurde, ist auch die Beschwerdegegnerin 2 ihrer Rückgabepflicht noch nicht nachgekommen. Demzufolge ist sie im Ausweisungsverfahren passivlegitimiert.

C. Erwägungen der Vorinstanz und Parteivorbringen

1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, mit den im Recht liegenden Zahlungsaufforderungen liege weder ein klarer Sachverhalt noch genügend klares Recht vor, um die Beschwerdegegner im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen aus dem Mietobjekt auszuweisen (act. 13. S. 8).

Die Vorinstanz führte aus, auf der Kündigungsandrohung vom 17. Oktober 2018 sei die Position "G._____ + B._____: Autom. Sollst. per 01.10.2018, fällig am 01.10.2018, Betrag Fr. 1'097.-" aufgeführt gewesen. Auf der Kündigungsandrohung vom 15. November 2018 sei "G._____ + B._____: Autom. Sollst. per 01.11.2018, fällig am 01.11.2018, Betrag Fr. 1'097.-" und in jener vom 13. Dezember 2018 "G._____ + B._____: Autom. Sollst. per 01.12.2018, fällig am 01.12.2018, Betrag Fr. 1'097.-" vermerkt gewesen. Aus der Abrechnung des Mieterkontos erhele, dass die Beschwerdegegner während der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2018 offenbar drei Mietzinszahlungen getätigt hätten. Aus der Kontoabrechnung gehe hervor, dass sie während der gesamten genannten Dauer mit Mietzinszahlungen in Verzug gewesen seien. Zum Zeitpunkt der Kündigungsandrohung vom 17. Oktober 2018 seien Fr. 1'098.90, bei jener vom 15. November 2018 Fr. 2'195.90 und bei jener vom 13. Dezember 2018 Fr. 2'263.05 offen gewesen. Der in den Kündigungsandrohungen jeweils aufgeführte Betrag von Fr. 1'097.00 habe somit nicht den effektiven Ausständen gemäss dem Mieterkonto entsprochen. Von der Beschwerdeführerin sei mit den Kündigungsandrohungen jeweils unmissverständlich eine Zahlung von Fr. 1'097.00 verlangt worden. Indem die Beschwerdegegner am 14. Dezember 2018 den Betrag von Fr. 1'097.00 bezahlten, hätten sie in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Zahlungsverzugskündigung abgewendet sei. Gleiches gelte für die Zahlung vom 19. November 2018, welche auf die Mahnung vom 15. November 2018 gefolgt sei. Selbst bei der Kündigungsandrohung vom 17. Oktober 2018 könnte man sich fragen, ob die Beschwerdegegner nicht davon hätten ausgehen können, dass sich die Mahnung mit ihrer Zahlung vom 15. Oktober 2018 gekreuzt habe und damit gegenstandslos geworden sei. Sodann wäre es der Beschwerdeführerin nach Ansicht der Vorinstanz ohne Weiteres möglich ge-

wesen, den Beschwerdegegnern mit den Kündigungsandrohungen jeweils eine aufgeschlüsselte Abrechnung über sämtliche Ausstände zuzustellen und entsprechend abzumahlen. Dies umso mehr, als die Beschwerdegegner zwar stets mit (teils erheblicher) Verspätung den Mietzins bezahlt hätten, offenbar seit Januar 2011 nur eine Monatsmiete schuldig geblieben seien und ihr Konto zuletzt im Juli 2017 ausgeglichen gewesen sei. Nicht angezeigt sei, von den Beschwerdegegnern zu verlangen, eine eigene Abrechnung zu führen und gestützt auf die Kündigungsandrohungen zu erkennen, dass sie im Verlaufe des Jahres 2017 einmal einen Monatsmietzins schuldig geblieben seien. Der Beschwerdeführerin helfe es dabei nicht, sich auf ihr Recht zu berufen, Zahlungen auf früher verfallene Mietzinse anzurechnen, da gar nicht umstritten sei, dass sich die Beschwerdegegner in Verzug befunden hätten, sondern ob für sie erkennbar gewesen sei, welchen Betrag sie zur Abwendung der Kündigung innert der angesetzten Zahlungsfrist hätten bezahlen müssen. Die Vorinstanz befand, der (gesamte) Zahlungsrückstand sei für die Beschwerdegegner mit den Zahlungsaufforderungen, in welchen einzig der fällige monatliche Mietzins mitgeteilt worden sei, gerade nicht genügend bestimmbar gewesen. Es sei weder geltend gemacht worden noch aus den Akten ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin im Zuge der vorliegenden drei Kündigungsandrohungen den vollen Ausstand je zur Kenntnis gebracht habe. Insofern könne offenbleiben, ob die Beschwerdegegner mit ihren monatlichen Zahlungen nicht gar eine konkludente Anrechnungserklärung im Sinne von Art. 86 OR zur Begleichung des jeweils aktuellen Monatsmietzinses hätten abgeben wollen (act. 13 S. 5 ff.).

2.1. Die Beschwerdeführerin hält zunächst fest, dass der Sachverhalt durch ihr Gesuch und die dazu eingereichten Unterlagen belegt sei. Die massgeblichen Tatsachen seien von Seiten der Beschwerdegegner unbestritten geblieben. Entgegen der vorinstanzlichen Ansicht liege somit kein illiquider Sachverhalt vor (act. 14 S. 4).

2.2. In Bezug auf die Rechtsfrage, ob die Mietzinsausstände im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR gültig abgemahnt worden seien, sieht die Beschwerdeführerin eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz (act. 14 S. 5). Die Be-

schwerdeführerin führt zusammengefasst aus, die Mietzinsausstände der Monate Oktober, November und Dezember 2018 im Betrag von jeweils Fr. 1'097.00 einzeln abgemahnt zu haben. Gleiches habe sie zuvor allmonatlich seit Juli 2017 getan. Es sei unbestritten und es bestehe kein Zweifel, dass mit der in den drei Mahnschreiben gewählten Formulierung "Atom. Sollstell. per [Datum], fällig am [Datum], CHF 1'097.00" die jeweils an den genannten Fälligkeitsterminen zur Zahlung fällig gewordenen Mietzinse der Monate Oktober, November und Dezember 2018 gemeint gewesen seien. Die Beschwerdegegner hätten (zu Recht) nicht behauptet, ihnen sei nicht bekannt gewesen, welche Beträge abgemahnt worden seien, oder sie seien der Auffassung gewesen, es sei jeweils der gleiche Ausstand abgemahnt worden. Der Ansicht der Vorinstanz, es hätte der gesamte Ausstand mit ein und demselben Schreiben abgemahnt werden müssen, könne nicht gefolgt werden. Es gebe keine dahingehende gesetzliche Verpflichtung oder Rechtsprechung. Es stehe dem Vermieter offen, auch nur einzelne offene Betreffnisse formell im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR abzumahnen.

Unbedeutend sei sodann, ob sich die in den Kündigungsandrohungen angeführten Beträge von jeweils Fr. 1'097.00 mit den effektiven Ausständen gemäss dem von ihr (der Beschwerdeführerin) geführten Kontoauszug deckten. Beim Kontoauszug handle es sich um ein internes Arbeitspapier der Liegenschaftenverwaltung, welches den Beschwerdegegnern nicht bekannt gewesen sei und bei ihnen nicht für Verwirrung habe sorgen können. Eine Zustellung des Kontoauszuges hätte zudem nicht mehr Klarheit geschaffen, da darin auch Ausstände angeführt gewesen seien, bei welchen es sich nicht um Mietzinse sowie Nebenkosten handle und für welche keine Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR zur Verfügung gestanden wäre. Entscheidend sei nach Ansicht der Beschwerdeführerin einzig, dass die in den Kündigungsandrohungen abgemahnten Beträge auch tatsächlich ausstehend gewesen seien. Dies hätten die Beschwerdegegner nicht bestritten und ergebe sich ebenso aus dem Kontoauszug der Liegenschaftenverwaltung. Die Zahlung vom 15. Oktober 2018 sei an den unbestrittenermassen ebenfalls abgemahnten Septembermietzins 2018 angerechnet worden; der Mietzins für Oktober 2018 sei im Zeitpunkt der Abmahnung vom 17. Oktober 2018 (trotz Zahlung vom 15. Oktober 2018) tatsächlich noch offen gewesen. Im Weite-

ren hätten die Beschwerdegegner zu keinem Zeitpunkt – wie von der Vorinstanz angenommen – behauptet, sie hätten das Mahnschreiben vom 13. Dezember 2018 dahingehend verstanden bzw. seien davon ausgegangen, mit der am 14. Dezember 2018 geleisteten Zahlung das Nötige zur Abwendung der ausserordentlichen Kündigung getan zu haben. Zudem sei ihre Zahlung vor Kenntnis vom Mahnschreiben geleistet worden. Entscheidend sei, dass sie (die Beschwerdeführerin) die Beschwerdegegner in allen drei Mahnschreiben ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass "allfällige bereits bestehende Fristenläufe aufgrund von offenen Mietzinszahlungen" mit der jeweiligen Abmahnung "weder aufgehoben noch abgeändert wurden". Die Mietzinsausstände fortlaufend monatlich und einzeln abzumahlen sei Usanz. Wenn die Vorinstanz meine, es hätte jeweils der gesamte Ausstand abgemahnt werden müssen, so verkenne sie, dass mit einer solchen Fristansetzung die früheren Mahnungen für bereits zuvor verfallene Mietzinse wieder ausser Kraft gesetzt worden wären. Bei der von der Vorinstanz aufgeworfenen Frage, ob die Beschwerdegegner mit ihren Zahlungen eine konkludente Anrechnungserklärung im Sinne von Art. 86 OR abgegeben hätten, handle es sich schliesslich um eine willkürliche Spekulation. Eine Anrechnungserklärung sei von niemandem behauptet worden. Die Mietzinse seien von den Beschwerdegegnern unregelmässig ohne erkennbares Muster bezahlt worden. Selbst wenn man die Mietzinszahlungen resp. Zahlungseingänge auf die Ausstände der Monate Oktober, November und Dezember 2018 anrechnen wollte, bliebe der unbestrittenermassen ebenfalls abgemahnte Mietzins für den Monat September 2018 unbezahlt. Insgesamt seien mehr Mietzinse abgemahnt worden als die Beschwerdegegner bezahlt hätten, weshalb die Kündigung gültig und wirksam sei (act. 14 S. 6-10).

D. Würdigung

1.1. 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 es an klarem Recht oder an unbestrittenen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen, so ist das Begehren illiquid und das

Gericht tritt darauf nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO; vgl. dazu auch die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz act. 13 S. 2 f. E. 2.). Die Ausweisung aus dem Mietobjekt im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen setzt voraus, dass das Mietverhältnis gültig beendet wurde, denn die Beendigung des Vertrages ist eine Voraussetzung für das Recht auf Rückgabe der Mietsache (Art. 267 Abs. 1 OR). Das Gericht hat somit vorfrageweise über die Gültigkeit der Kündigung zu entscheiden, welche weder anfechtbar, nichtig noch unwirksam sein darf (BGE 141 III 262 E. 3.2).

1.2. Die Beschwerdegegner haben die Anfechtung der Kündigung nach Art. 273 Abs. 1 OR unbestrittenermassen unterlassen (vgl. act. 1 S. 5). Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit kann – Rechtsmissbrauch vorbehalten – jederzeit, das heisst auch noch nach Ablauf der Frist von Art. 273 Abs. 1 OR resp. erst im Ausweisungsverfahren geltend gemacht werden und ist von Amtes wegen aufgrund der Akten bzw. der Vorbringen der Parteien festzustellen. Eine Kündigung des Mietverhältnisses ist nichtig, wenn gesetzliche oder vertragliche Formerfordernisse nicht erfüllt sind. Unwirksamkeit liegt vor, wenn die materiellen Voraussetzungen einer ausserordentlichen Kündigung nicht erfüllt sind (siehe dazu BGE 122 III 92 E. 2.d, S. 95, mp 2018 S. 49 ff., S. 52, Lachat et al., a.a.O., S. 774). Dies ist bei einer Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR etwa der Fall, wenn der Inhalt der Zahlungsfristansetzung mit Kündigungsandrohung nicht genügend klar und deutlich ist (vgl. SVIT, Das schweizerische Mietrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 257d N 29). Um Wiederholungen zu vermeiden kann auf die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Klarheit und Detailliertheit der Zahlungsaufforderung verwiesen werden (siehe act. 13 S. 5, Erw. 5.2.). Im Ausweisungsverfahren, in welchem – wie schon erwähnt – die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangt (Art. 55 ZPO), ist also eine allfällige Nichtigkeit oder Unwirksamkeit als Rechtsfrage vom Gericht nur soweit von Amtes wegen zu prüfen (Art. 57 ZPO) als die Tatsachen, auf denen sie beruht, von den Parteien (rechtzeitig) geltend gemacht und nachgewiesen wurden. Dass das Gericht im Rechtsschutz in klaren Fällen auf der Grundlage der vorgelegten und in seinem Besitz befindlichen Akten entscheidet, steht dem nicht entgegen, beschlägt dies doch die beweisrechtliche

Seite und nicht die Behauptungs- bzw. Sachverhaltsseite (vgl. BGE 144 III 462 = Pra 108 [2019] Nr. 41).

2.1.1. Die Beschwerdeführerin brachte vor Vorinstanz im Wesentlichen vor, die Beschwerdegegner hätten sich seit Juli 2017 stets mit der Mietzinszahlung in Verzug befunden und es seien über mehrere Jahre allmonatlich formelle Abmahnungen nach Art. 257d OR ergangen. Es habe auch für die Mietzinse der Monate Oktober, November und Dezember 2018 mittels Mahnschreiben vom 17. Oktober 2018, 15. November 2018 und 13. Dezember 2018 eine Zahlungsfrist verbunden mit der Androhung der ausserordentlichen Kündigung erlassen werden müssen. Die Schreiben vom 15. November 2018 seien vom Beschwerdegegner 1 am 22. November 2018 am Postschalter in Empfang genommen worden. Die Abmahnschreiben vom 18. Oktober und 13. Dezember 2018 seien innerhalb der siebentägigen Abholfrist bei der Post nicht abgeholt worden. Die Kündigungsandrohungen vom 13. Dezember 2018 seien am 14. Dezember 2018 zur Abholung auf der Post gemeldet worden und nicht abgeholt worden, weshalb die Kündigungsandrohungen als am 21. Dezember 2018 zugestellt gelten würden. Die 30-tägige Zahlungsfrist habe am 22. Dezember 2018 zu laufen begonnen und folglich spätestens am 21. Januar 2019 geendet. Die Beschwerdegegner hätten innert der angesetzten 30-tägigen Fristen lediglich zwei Mietzinsbetreffnisse (Buchungsdaten: 19. November 2018 und 14. Dezember 2018) geleistet, welche an die Monate Oktober und November 2018 angerechnet worden seien. Der Mietzins für den Monat Dezember 2018 sei innert der angesetzten 30-tägigen Frist unbezahlt geblieben. Eine weitere Zahlung sei erst wieder am 4. März 2019 erfolgt. Das Mietverhältnis sei sodann nach Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist androhungsgemäss mit amtlichen Formularen vom 23. Januar 2019 mit Wirkung auf den 28. Februar 2019 gekündigt worden. Die Kündigungsschreiben seien am 24. Januar 2019 zur Abholung gemeldet, jedoch auf der Post nicht abgeholt worden. Sie würden als am 25. Januar 2019 zugestellt gelten (act. 1 S. 4 ff.).

2.1.2. Der Beschwerdegegner 1 ist unentschuldigt nicht zur vorinstanzlichen Verhandlung erschienen (Prot. Vi S. 5). Er liess damit die Sachdarstellung vor der Vorinstanz unbestritten. Die Beschwerdegegnerin 2 wandte in Bezug auf die Zah-

lungsverzugskündigung einzig ein, nie eine Kündigungsandrohung erhalten zu haben, obwohl sie eine solche als Mitmieterin hätte erhalten müssen (Prot. VI S. 6). Sie liess damit die Sachdarstellung der Beschwerdeführerin im Übrigen unbestritten; namentlich unbestritten blieben die Zahlungsverzüge und die ausgebliebene Zahlung eines Monatsbetrags.

2.2. Die Vorinstanz erwog zum einen, es sei mit den Kündigungsandrohungen jeweils unmissverständlich eine Zahlung von Fr. 1'097.00 verlangt worden. Zum anderen zog sie den Schluss, mit den Zahlungsaufforderungen sei der Zahlungsrückstand für die Beschwerdegegner nicht genügend bestimmbar gewesen und sie lässt den Ausweisungsanspruch der Beschwerdeführerin daran scheitern. Dazu ist festzuhalten, dass gemäss den Zahlungsaufforderungen – wie die Vorinstanz selber festhält – unmissverständlich jeweils Fr. 1'097.00 abgemahnt wurden, was aufgrund des Betrages und der vermerkten Fälligkeiten am 1. Oktober, 1. November und 1. Dezember 2018 ohne Weiteres als Abmahnung für die Mietzinsen der Monate Oktober, November und Dezember 2018 erkennbar war und die Zahlungsaufforderung insofern klar machte. Der Vermerk, allfällige bereits bestehende Fristenläufe seien mit der Mahnung nicht aufgehoben oder abgeändert, gab zusätzlich den Hinweis darauf, dass es sich beim aufgeführten Betrag nicht um ein Total der tatsächlichen Ausstände handeln musste. Eine andere Frage ist, ob nach Ablauf der Zahlungsfrist und zum Kündigungszeitpunkt ein Zahlungsrückstand, sprich ein Verzug seitens der Beschwerdegegner vorlag. Dies wurde von der Beschwerdeführerin behauptet und von den Beschwerdegegnern nicht in Abrede gestellt. Zu den weiteren Überlegungen der Vorinstanz, etwa ob die Beschwerdegegner aufgrund der Zahlungen vom 18. November und 14. Dezember 2018 davon ausgegangen seien, die Zahlungsverzugskündigung abgewendet zu haben, oder sie angenommen hätten, ihre Zahlung vom 15. Oktober 2018 habe sich mit der Mahnung gekreuzt, liegen keine entsprechenden Behauptungen der Beschwerdegegner vor. Die Beschwerdegegner haben auch nicht behauptet, sie hätten nicht erkannt, dass sie im Verlaufe des Jahres 2017 einmal einen Monatsmietzins schuldig geblieben seien und es sei für sie nicht erkennbar gewesen, welchen Betrag sie zur Abwendung der Kündigung innert Frist hätten bezahlen müssen. Wenn die Vorinstanz von sich aus dahingehende Erwägungen vornahm

und das Ausweisungsbegehren daran scheitern liess, nahm sie eine rechtliche Würdigung gestützt auf einen Sachverhalt vor, der nicht behauptet wurde. Dieses Vorgehen der Vorinstanz verstösst gegen die Verhandlungsmaxime und ist unzulässig. Weiter ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegner hinsichtlich ihrer Zahlungen bzw. den Gutschriften auf dem Mieterkonto vom 15. Oktober, 19. November und 14. Dezember 2018 keine Abgabe einer Anrechnungserklärung behaupteten oder sich auf Umstände beriefen, die als konkludente Erklärung in Bezug auf die Zahlungen hätten gedeutet werden müssen. Der Beschwerdeführerin ist folglich darin zuzustimmen, dass der von ihr vorgetragene Sachverhalt insofern als unbestritten im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO zu gelten hat. Die Zahlungen der Beschwerdegegner waren in Rechtsanwendung nach Art. 87 Abs. 1 OR mangels gültiger Erklärung bzw. Bezeichnung auf die früher verfallene Schuld anzurechnen, womit der Dezembermietzins 2018 im Zeitpunkt der Kündigung noch offen war. Aus den von der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen ergibt sich im Übrigen kein ihren Behauptungen entgegenstehendes Bild. Es hat vielmehr als erstellt zu gelten, dass die Beschwerdegegner zum Zeitpunkt des Zahlungsfristablaufs mit der Mietzinszahlung in Verzug waren. Das Mieterkonto wies nach der Zahlung vom 14. Dezember 2018 immer noch einen Saldo resp. Zahlungsausstand von Fr. 1'166.05 aus. Eine weitere Gutschrift auf dem Mieterkonto ist erst wieder am 4. März 2019 verzeichnet (act. 3/5 S. 5). Darauf kommt es nicht mehr an, weil der Zahlungsstand (nur) im Zeitpunkt der Kündigungen bestanden haben muss.

2.3.1. Einzig in Bezug auf die gehörige Zustellung der Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung wurden Einwendungen seitens der Beschwerdegegnerin 2 erhoben (vgl. oben Erw. 2.1.) und der Sachverhalt kann insofern nicht als unbestritten gelten. Die Beschwerdegegnerin 2 behauptete bei der Vorinstanz, im Scheidungsverfahren sei die Regelung des Schicksals des Mietverhältnisses bzw. der Bescheid an die Verwaltung, dass sie nicht mehr im Mietobjekt wohne, vergessen gegangen. Die Beschwerdegegnerin 2 stellte sich jedoch auf den Standpunkt, der Verwaltung sei bekannt gewesen, dass sie nicht mehr dort wohne. Sie wisse nicht mehr, ob sie das schriftlich oder telefonisch mitgeteilt habe. Sie habe

es sicher telefonisch gemacht, sich ordnungsgemäss bei der Gemeinde abgemeldet und eine Postumleitung veranlasst (Prot. Vi S. 6).

Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz ausgeführt, ihr bzw. der Verwaltung sei zu keinem Zeitpunkt mitgeteilt worden, dass die Beschwerdegegner geschieden worden seien oder die Beschwerdegegnerin 2 ausgezogen sei. Sie (die Beschwerdeführerin) sei erst im Zuge der Betreibung gegen die Beschwerdegegnerin 2 vom Betreibungsamt mit Schreiben vom 5. März 2019 unterrichtet worden, dass die Beschwerdegegnerin 2 ihren offiziellen Wohnsitz nicht mehr an der Adresse des Mietobjektes habe (act. 1 S. 5; Prot. Vi S. 6 f.).

2.3.2. Die gesuchstellende Partei hat, wenn sie um Rechtsschutz in klaren Fällen ersucht, für die anspruchsbegründenden und strittigen Tatsachen den sofortigen Beweis zu erbringen. 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. 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. OGer ZH PF170018 vom 27. Juni 2017, E. 3.1 m.w.H.).

2.3.3. Bei Wohnsitzwechsel liegt es an der den Wohnsitz wechselnden Partei, dafür zu sorgen, dass Mitteilungen des anderen Vertragspartners sie erreichen. Unterlässt sie eine Umzugsanzeige, so gilt die bisherige Adresse für den Vertragspartner so lange als massgebende Zustelladresse, wie der Vertragspartner nicht Kenntnis von der aktuellen Adresse erhält (vgl. ZK-Higi, Bd. V/2b, 4. A., Zürich 1995, Vorb. zu Art. 266-266o N 38).

Die Vorbringen der Beschwerdegegnerin 2 präsentieren sich als nicht substantiiert, indem sie zum einen nicht darlegte, wann sie der Beschwerdeführerin ihren Umzug mitgeteilt habe. Zum anderen gab sie an, nicht mehr zu wissen, ob die Mitteilung schriftlich oder telefonisch erfolgt sei, wobei sie gleich darauf meinte, dies sicher telefonisch getan zu haben. Letztere Äusserung erweist sich inhaltlich zudem als widersprüchlich. Unstimmigkeiten ergeben sich auch daraus, dass die Beschwerdegegnerin 2 behauptet, sich ordnungsgemäss bei der Gemeinde abgemeldet und eine Postumleitung veranlasst zu haben, die Einschreiben der Beschwerdeführerin jedoch allesamt zur Abholung gemeldet und nicht etwa als unter der Adresse unzustellbar retourniert wurden. Der Einwendung der Beschwerdegegnerin 2 mangelt es damit nicht nur an der Substantiierung, sondern auch an der Schlüssigkeit. Zusätzliche Anhaltspunkte, die gegen eine Mitteilung der Scheidung sowie des Wohnsitzwechsels und gegen eine diesbezügliche Kenntnis der Beschwerdeführerin sprechen sind, dass die Einschreiben vom 17. Oktober, 15. November, 13. Dezember 2018 sowie 23. Januar 2019 allesamt an die Adresse des Mietobjekts, unter Anschrift der Beschwerdegegnerin 2 mit dem Familiennamen "B._____G._____" adressiert wurden (act. 3/6/2, act. 3/7/2, act. 3/8/2, act. 3/9/2), wobei sie offensichtlich nach der Scheidung den Nachnamen "C._____" trägt. Die Beschwerdeführerin konnte im Übrigen den Zeitpunkt ihrer Kenntnisnahme vom Wohnsitzwechsel – anders als die Beschwerdegegnerin 2 die von ihr behauptete Bekanntgabe – mit dem 5. März 2019 genau benennen. Die Adresse des Mietobjekts hat bis zu diesem Datum als massgebende Zustelladresse zu gelten. Der Einwand der Beschwerdegegnerin 2, sie habe nie eine Kündigungsandrohung erhalten, womit sie sinngemäss die nicht gehörige Zustellung und damit die Nichtigkeit der Kündigung geltend macht, ist folglich als offensichtlich unbegründete bzw. haltlos einzustufen.

2.4. Nachdem sich die Beschwerdegegner in Zahlungsverzug befanden, hat die Beschwerdeführerin mit den klaren Zahlungsaufforderungen vom 13. Dezember 2018 (act. 3/8/1-2), welche als am 21. Dezember 2018 (Ablauf der siebentägigen Abholfrist) zugestellt gelten, und der Kündigung vom 23. Januar 2019 per 28. Februar 2019 (act. 3/9/1-2) die Formen und Fristen von Art. 257d und 266I OR eingehalten. Folglich wurde das Mietverhältnis gültig per 28. Februar 2019 aufge-

löst. Der rechtlich relevante Sachverhalt ist erstellt und die Rechtslage ist klar. Gemäss Art. 267 OR haben die Mieter das Mietobjekt nach Auflösung des Mietverhältnisses dem Vermieter zurückzugeben. Dies ist unbestrittenermassen nicht erfolgt. Das Ausweisungsbegehren wäre folglich gutzuheissen gewesen.

3.1. Den vorstehenden Erwägungen entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und der Entscheid der Vorinstanz ist aufzuheben. Die Beschwerdegegner sind zu verpflichten, die 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss rechts in der Liegenschaft E._____-Strasse ..., F._____, inklusive Kellerabteil, unverzüglich zu räumen und in ordnungsgemäsem Zustand mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben.

3.2. Auf Antrag der obsiegenden Partei kann das Gericht Vollstreckungsmassnahmen anordnen (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Das Gericht entscheidet von Amtes wegen sowie nach seinem Ermessen, welche Vollstreckungsmittel zur Anwendung gelangen. Dabei ist die zur Durchsetzung wirksamste Massnahme zu wählen, gleichzeitig aber der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (BSK ZPO-Zinsli, 3. A., Basel 2017, Art. 343 N 4 m.w.H.). Vorliegend erweist sich die von der Beschwerdeführerin beantragte Anweisung an das zuständige Stadttammannamt, den Ausweisungsbefehl auf ihr erstes Verlangen zu vollstrecken, als wirksames sowie ausreichendes Mittel um die Verpflichtung der Beschwerdegegner zur Rückgabe des Mietobjektes durchzusetzen.

E. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. 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 Beschwerdegegner vollständig, weshalb ihnen die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens unter solidarischer Haftung aufzuerlegen sind (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Festsetzung der Gerichtskosten auf Fr. 800.00 blieb im Beschwerdeverfahren unbeanstandet und ist somit zu bestätigen. Dasselbe gilt für die Anordnungen zur Liquidation der Prozesskosten.

1.2. Ausgangsgemäss sind die Beschwerdegegner zudem unter solidarischer Haftung zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 1'000.00 festzusetzen. Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt (act. 1 S. 2 und 8) und ist daher nicht zuzusprechen.

2. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrer Beschwerde und die Beschwerdegegner haben sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert, weshalb es sich rechtfertigt, die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 850.00 ist ihr zurückzubezahlen. Eine Parteientschädigung ist im Beschwerdeverfahren nicht zuzusprechen: Zum einen können die Beschwerdegegner, da sie sich im Beschwerdeverfahren einer Antwort enthielten, nicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zum anderen kommt eine aus der Staatskasse auszurichtende Parteientschädigung gemäss Praxis der Kammer nur in ganz besonderen, hier nicht gegebenen Ausnahmefällen in Betracht (vgl. OGer ZH PQ140037 vom 28. Juli 2014, E. 3.1, bestätigt in OGer ZH PQ140040 vom 25. September 2014, E. 6).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil vom 12. April 2019 (Geschäfts-Nr. ER190010/U01) aufgehoben.
2. Den Beschwerdegegnern 1 und 2 wird befohlen, die 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss rechts in der Liegenschaft E.____-Strasse ..., F.____, inklusive Kellerabteil, unverzüglich zu räumen und in ordnungsgemäsem Zustand mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle.

3. Das Stadttammannamt F._____ wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv Ziffer 2 auf erstes Verlangen der Beschwerdeführerin zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Beschwerdeführerin vorzuschies- sen. Sie sind ihr aber von den Beschwerdegegnern 1 und 2 unter solidari- scher Haftung zu ersetzen.
4. Die von der Vorinstanz erhobenen Gerichtskosten von Fr. 800.00 werden bestätigt.
5. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Be- schwerdegegnern 1 und 2 unter solidarischer Haftung auferlegt und aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Beschwerdegegner 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beschwerdeführerin den geleisteten Vorschuss zu ersetzen.
6. Die Beschwerdegegner 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung ver- pflichtet, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.00 zu bezahlen.
7. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 850.00 wird ihr zurückbezahlt.
8. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zuge- sprochen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit- telfrist an die Vorinstanz zurück.

10. 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.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
1. Juli 2019