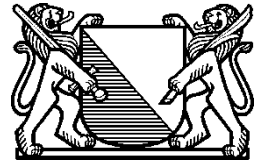


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. Ruth Bantli Keller und Oberrichter Dr. M.
Sarbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

Urteil vom 27. Oktober 2020

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beklagte und Berufungskläger

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

C._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Horgen vom 13. August 2020 (ER200028)

Rechtsbegehren:

(act. 20 S. 2)

1. Es seien die Beklagten unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihnen demzufolge zu befehlen, das von ihnen gemietete 7.5-Zimmer-Einfamilienhaus an der D.____-strasse ... in ... E.____ ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und dem Kläger zu übergeben.
2. Die zuständige Vollzugsbehörde sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Klägers zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.7% MWSt., zu Lasten der solidarisch haftenden Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Die Beklagten werden verpflichtet, das 7.5-Zimmer-Einfamilienhaus an der D.____-strasse ... in ... E.____ bis spätestens 8. September 2020, 12.00 Uhr, zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Gemeindeammannamt E.____ wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft und nach dem 8. September 2020 auf Verlangen des Klägers diese Verpflichtung der Beklagten gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Kläger vorzuschüssen. Sie sind ihm aber von den Beklagten zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'500.-.
4. Die Kosten werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt. Sie werden vollumfänglich vom Kläger bezogen, wofür diesem gegenüber den Beklagten unter solidarischer Haftung das Rückgriffsrecht eingeräumt wird.
5. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung ferner verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 4'475.- (Betrag inkl. MwSt.) zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilung, Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge:

(act. 21)

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 13. August 2020 in Sachen C._____ gegen A._____ & B._____ (ER200028) aufzuheben, und es sei auf das Ausweisungsbegehren nicht einzutreten.
2. *Eventualiter*: Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 13. August 2020 in Sachen C._____ gegen A._____ & B._____ (ER200028) aufzuheben und das Ausweisungsbegehren (die vorinstanzlichen klägerischen Rechtsbegehren Ziffer 1–3) abzuweisen.
3. *Subeventualiter*: Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 13. August 2020 in Sachen C._____ gegen A._____ & B._____ (ER200028) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich gesetzlichem Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten des Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1. Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte

1.1. Die Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagte) mieteten mit Mietvertrag vom 21./24. März 2018 vom Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) ein Einfamilienhaus in E. _____ (act. 20 S. 4 Erw. II.3.1, vgl. auch act. 3/1). Die Beklagten kündigten den Mietvertrag im Einvernehmen mit dem Kläger mit Schreiben vom 30. März 2020 auf den 30. Juni 2020 (act. 20 S. 4 f. Erw. II.3.1, vgl. auch act. 3/2 und 3/3).

1.2. Mit Schreiben vom 9. Juni 2020 teilten die Beklagten dem Kläger mit, sie würden das Mietobjekt nicht vor dem 30. September 2020 verlassen (act. 20 S. 5 Erw. II.3.2, vgl. auch act. 3/6). Daraufhin forderte die Verwaltung des Klägers die Beklagten am 16. Juni 2020 auf, das Mietobjekt bis spätestens 30. Juni 2020 zu räumen (act. 20 S. 5 Erw. II.3.2, vgl. auch act. 3/8).

1.3. Da diese das Mietobjekt nicht verliessen, stellte der Kläger mit Klage vom 15. Juli 2020 beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen ein Ausweisungsbegehren (act. 20 S. 2 Erw. I.1; act. 1; vorn S. 2). Dieses wurde mit Urteil vom 13. August 2020 gutgeheissen (act. 20 S. 9 Dispositiv-Ziffern 1 f.; zum Gang des vorinstanzlichen Verfahrens nachfolgend Erw. 2 f.) und den Beklagten am 21. August 2020 zugestellt (act. 21 S. 3 Rz. 2).

1.4. Mit Eingabe vom 31. August 2020 (act. 21) wehren sich diese gegen das Urteil. Sie machen geltend, das vorinstanzliche Verfahren sei nicht korrekt durchgeführt worden, denn es hätte ihnen eine längere Fristerstreckung für die Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren gewährt (act. 21 S. 7 ff. Rz. 17 ff.) und bei Säumnis eine Nachfrist angesetzt werden müssen (act. 21 S. 12 f. Rz. 32 ff.). Weiter machen sie geltend, die Voraussetzungen für einen Rechtsschutz in klaren Fällen seien nicht gegeben (act. 21 S. 4 ff. Rz. 8 ff.), namentlich hätten sie ihre Kündigungserklärung wegen Willensmängeln rechtzeitig angefochten. Das Einzelgericht hätte sie bei Unklarheiten darüber befragen müssen. Die Rechtslage sei somit nicht liquid, zumal nicht sofort beweisbar sei, dass das Mietverhältnis gültig gekündigt worden sei (act. 21 S. 10 f. Rz. 28 f.; dazu nachfolgend Erw. 4 f.).

2. Rechtsmittelvoraussetzungen

2.1. Die Verfügungen vom 21. Juli 2020 (act. 4) betreffend Fristansetzung zur Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren und vom 31. Juli 2020 (act. 8) betreffend Erstreckung der Frist zur Stellungnahme sind prozessleitende Entscheide (Art. 124 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Beklagten fochten diese nicht umgehend, sondern erst in ihrer Berufung gegen den Endentscheid an. Ob bei Verzicht auf eine sofortige, selbständige Anfechtung einer prozessleitenden Verfügung diese noch mit dem Endentscheid angefochten werden kann, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Das Obergericht hat diese Frage indessen bereits in einem andern Fall geprüft (OGer ZH PP120005 vom 14. März 2012 in ZR 111 [2012] Nr. 28, Erw. 2.2.1). Die dortigen Überlegungen haben auch für diesen Fall Geltung: Sofern ein prozessleitender Entscheid nicht aufgrund einer besonderen gesetzlichen Bestimmung weiterziehbar ist, kann er mit Beschwerde nur angefochten werden, wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). In diesem Fall sollen die Parteien nicht gezwungen sein, vorsichtshalber eine Beschwerde zu ergreifen, auf die Gefahr hin, dass die Beschwerdeinstanz die besonderen Voraussetzungen verneint und auf die Beschwerde nicht eintritt, sondern sie sollen die Möglichkeit haben, den prozessleitenden Entscheid mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid anzufechten. Steht hingegen die Beschwerde aufgrund einer Sondernorm zur Verfügung (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wurde bereits Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziffer 2 ZPO erhoben, kann der prozessleitende Entscheid nicht mehr mit dem Endentscheid angefochten werden.

2.2. Für die in Frage stehenden prozessleitenden Entscheide der Vorinstanz sieht die ZPO keine ausdrückliche Beschwerdemöglichkeit vor und die Beklagten haben dagegen auch keine Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erhoben. Sie können sich deshalb mit der vorliegenden Berufung gegen die Entscheide zur Wehr setzen.

2.3. Auch die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt, zumal die rechtzeitig erhobene Berufung Anträge sowie eine Begründung enthält. Demnach

ist grundsätzlich auf die Berufung einzutreten und über die prozessualen Rügen der Beklagten zu befinden.

3. Fristerstreckung

3.1.1. Die Beklagten beanstanden, das Einzelgericht habe ihnen die Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren nur unzureichend erstreckt (act. 21 S. 7 ff. Rz. 17 ff.).

3.1.2. Das Ausweisungsbegehren vom 15. Juli 2020 (act. 1) wurde den Beklagten mit Verfügung vom 21. Juli 2020 (act. 4) am 22. Juli 2020 zugestellt (act. 5/1–5/2), wobei ihnen eine Frist von 7 Tagen angesetzt wurde, um dieses zu beantworten (act. 4 S. 3 Dispositiv-Ziffer 4). In der Verfügung wurde darauf hingewiesen, dass diese Frist bei Vorliegen zureichender Gründe höchstens einmal und nur kurz erstreckt werde. Sodann wurde den Beklagten angedroht, dass bei Säumnis aufgrund der Akten entschieden werde.

3.1.3. Mit Eingabe vom 29. Juli 2020 (act. 7) beantragten die Beklagten vor Vorinstanz – in englischer Sprache – die Erstreckung der angesetzten Frist bis zum 15. September 2020. Sie wiesen darauf hin, dass ihr Rechtsanwalt bis zum 15. August 2020 und sie bis zum 17. August 2020 in den Ferien seien.

3.1.4. Daraufhin wurde den Beklagten mit Verfügung vom 31. Juli 2020 die Frist bis zum 10. August 2020 erstreckt (act. 8 S. 8 Dispositiv-Ziffer 1). Die Vorinstanz erwog, dass ein Fristerstreckungsgesuch nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen sei. Die Beklagten hätten ihre Behauptung, sie selbst und "our legal representatives" (act. 7 S. 2) seien bis zum 15./17. August 2020 in den Ferien, nicht belegt; es sei unüblich, dass eine ganze Kanzlei ferienbedingt unabkömmlich sei (act. 8 S. 3 Erw. 3). Es gehe zwar um eine bedeutende Streitsache und es könne in der Sommerferienzeit schwerer sein als sonst, einen Rechtsanwalt zu finden. Es handle sich jedoch um ein Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen, also ein Summarverfahren, das beförderlich zu behandeln und schnell zu erledigen sei. Zudem bestehe kein Anspruch, sich vom gewünschten, aber unabkömmlichen Anwalt vertreten zu lassen. Es gelte als selbstverschuldet, wenn die Be-

klagten in der Zwischenzeit – d.h. zwischen dem 22. und dem 29. Juli 2020 – nicht bereits einen Rechtsanwalt mandatiert hätten. Insgesamt sei den Beklagten eine letztmalige, aber kurze Fristerstreckung zu gewähren, nämlich bis zum 10. August 2020 (zum Ganzen act. 8 S. 4 f. Erw. 4.1 f.). Diese Verfügung konnte den Beklagten nicht zugestellt werden (act. 20 S. 2 f. Erw. 3, act. 21 S. 8 Rz. 18, act. 10/1–10/2).

3.1.5. Die Beklagten beanstanden, die Vorinstanz habe damit keine "sinnhafte und tatsächlich nutzbare Fristerstreckung" gewährt. Dies sei mit Art. 52 ZPO (Treu und Glauben) nicht vereinbar und die Beklagten hätten "von vornherein keine realistische Chance" gehabt, rechtzeitig einen Anwalt zu mandatieren (act. 21 S. 8 Rz. 18 ff.). Es hätte ihnen eine längere Fristerstreckung gewährt werden müssen, zumindest bis zum 20. August 2020 (S. 9 Rz. 23). Sie beanstanden insbesondere die Auffassung der Vorinstanz, es sei nur eine kurze Fristerstreckung zu gewähren, weil es sich um ein Summarverfahren handle. Denn es sei der beklagten Partei auch in diesem Verfahren eine sorgfältige Stellungnahme zu ermöglichen. Zudem handle es sich um ein atypisches Summarverfahren, bei dem nicht ohne Weiteres die allgemeinen Regeln anzuwenden seien (act. 21 S. 9 f. Rz. 24 ff., auch S. 11 Rz. 30).

3.2. Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO). Andererseits hat die klagende Partei ein Interesse daran, dass Summarverfahren zügig erledigt werden. Das gilt ebenso bei Ausweisungsverfahren, bei denen der Vermieter wie hier (vgl. act. 3/4) über die Liegenschaft bereits verfügt hat, durch Verzögerungen möglicherweise vertragliche Verpflichtungen mit Dritten nicht einhalten kann und schadenersatzpflichtig wird. Entscheidend für die Frage, ob der Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör gewahrt wird, ist, ob es ihr nach den gesamten Umständen möglich war, sich angemessen zur Wehr zu setzen.

3.3.1. Die Verfügung vom 21. Juli 2020 betreffend Fristansetzung zur Stellungnahme konnte den beiden Beklagten am 22. Juli 2020 persönlich zugestellt werden (act. 5/1 und 5/2). Die eingeräumte Frist wäre somit am 29. Juli 2020 (letzter Tag) abgelaufen. Diese 7-tägige Frist ist im Summarverfahren gerichtsüblich und nicht ungewöhnlich kurz. Auf Gesuch der Beklagten erstreckte die Vorinstanz die-

se sodann bis zum 10. August 2020, so dass ihnen insgesamt eine solche von 19 Tagen (23. Juli bis 10. August 2020) und damit fast das Dreifache der ursprünglichen Frist zur Verfügung stand. Die Fristerstreckung ist damit grosszügig bemessen, angesichts dessen, dass Fristen im Summarverfahren üblicherweise höchstens einmal um die ursprüngliche Dauer erstreckt werden. Die gewährte Fristerstreckung erweist sich deshalb in zeitlicher Hinsicht als angemessen.

3.3.2. Im Weiteren wirkt sich die Ferienzeit im summarischen Verfahren nicht auf den Fristenlauf aus (vgl. Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei der Festsetzung der Dauer der Fristerstreckung auf die zwar behauptete, aber nicht belegte Ferienabwesenheit der Beklagten und des mandatierten Rechtsvertreters keine Rücksicht nahm. Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 21. Juli 2020 (act. 4) nur eine einmalige und kurze Fristerstreckung in Aussicht stellte. Die Beklagten mussten somit damit rechnen, dass ihrem Fristerstreckungsgesuch nicht vollumfänglich entsprochen würde und das Fristende in ihre Ferienabwesenheit fallen könnte. Den Säumnisfolgen konnten sie sich nicht dadurch entziehen, dass sie in die Ferien verreisten, ohne dafür besorgt zu sein, dass ihre Post zugestellt werden kann.

3.3.3. Das Ausgeführte gilt umso mehr, als die Beklagten den Mietvertrag bereits am 30. März 2020 selber auf Ende Juni 2020 kündigten (act. 20 S. 5 Erw. 3.1, act. 21 S. 5 Rz. 11, act. 3/2), ihnen also schon seit Monaten bekannt war, dass sie die Liegenschaft am 30. Juni 2020 zu verlassen haben, und sie bei unrechtmässigem Verbleiben damit rechnen mussten, dass ein Ausweisungsverfahren angestrengt würde. Ihre Ferienabwesenheit rechtfertigt daher nicht, von den angedrohten Säumnisfolgen abzusehen.

3.3.4. Der Vorinstanz ist auch insoweit recht zu geben, als die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift und die Verfügung vom 31. Juli 2020 am 10. August 2020, also am gleichen Tag, an dem die erstreckte Frist ablief, als zugestellt gilt (act. 21 S. 8 Rz. 19).

3.4. Zusammenfassend ist die von der Vorinstanz gewährte Fristerstreckung nicht zu beanstanden. Das rechtliche Gehör der Beklagten wurde dadurch nicht verletzt.

4. Nachfrist

4.1. Die Beklagten bemängeln, die Vorinstanz hätte ihnen gemäss Art. 223 Abs. 1 ZPO eine Nachfrist ansetzen müssen (act. 21 S. 12 f. Rz. 32 ff.).

4.2. Die Beklagten haben die erstreckte Frist ungenutzt verstreichen lassen. Im ordentlichen Verfahren sieht Art. 223 Abs. 1 ZPO vor, dass bei verpasster Frist für die Klageantwort eine Nachfrist anzusetzen ist. Für das Summarverfahren fehlt eine ausdrückliche Regel zu dieser Frage. Nach Art. 219 ZPO gelten zwar die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für alle anderen Verfahren, dies indessen nur "sinngemäss", weshalb Abweichungen durch die Natur eines besonderen Verfahrens bedingt sein können (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [BBl 2006 S. 7221 ff.], S. 7338); in Summarverfahren ist insbesondere auf das "Wesen des Summariums" Rücksicht zu nehmen (Botschaft, S. 7350). Was dies konkret bedeutet, wird in der Lehre uneinheitlich diskutiert (für eine Nachfrist: PAHUD, Dike-Kommentar ZPO, 2. A., Art. 223 N 9; für eine Nachfrist jedenfalls bei atypischen Summarverfahren: MAZAN, Basler Kommentar ZPO, 3. A., Art. 263 N 16, und wohl auch WILLISEGGER, Basler Kommentar ZPO, 3. A., Art. 22 N 29; gegen eine Nachfrist: KAUFMANN, Dike-Kommentar ZPO, 2. A., Art. 253 N 30 ff.). Das Bundesgericht hat sich zur analogen Anwendung von Art. 223 Abs. 2 ZPO auf Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen noch nicht explizit geäussert. Allerdings lassen sich aus zwei Entscheiden zum Rechtsöffnungsverfahren sowie zum vereinfachten Verfahren gewisse Vorgaben und Überlegungen entnehmen: Gemäss BGE 138 III 483, auf den die Beklagten selbst verweisen (act. 21 S. 12 f. Rz. 32 ff.), ist im Rechtsöffnungsverfahren bei versäumter Frist zur Stellungnahme keine Nachfrist anzusetzen. Das Bundesgericht stützte seine Auffassung massgeblich darauf, dass im Rechtsöffnungsverfahren das Gesetz selbst eine Beschleunigung vorsieht (Art. 84 Abs. 2 SchKG). Zudem entschied es kürzlich, dass im vereinfachten Verfahren bei versäumter Hauptverhandlung nicht erneut vorzuladen sei, sondern unmittelbar die Säumnisfolgen ein-

treten (BGer 4A_85/2020 vom 20. Mai 2020 Erw. 2, zur Publikation vorgesehen [= mp 2020 S. 368 ff.]). Das Bundesgericht begründete das umgehende Eintreten der Säumnisfolgen insbesondere mit dem im vereinfachten Verfahren geltenden besonderen Beschleunigungsgebot (insb. Erw. 2.4).

4.3. Auch das Ausweisungsverfahren als Summarverfahren unterliegt einem besonderen Beschleunigungsgebot. Der Vermieter kann das Ausweisungsbegehren erst stellen, nachdem der Auszugstermin bereits ungenutzt verstrichen ist, zumal es vor diesem Zeitpunkt am nötigen Rechtsschutzinteresse fehlt. Damit er über seine Liegenschaft weiter verfügen kann (vermieten, verkaufen, renovieren), ist das Ausweisungsverfahren in der Regel zeitlich dringlich und zügig, d.h. ohne Verzögerungen durchzuführen. Aus dem Anspruch des Mieters auf rechtliches Gehör (Art. 56 ZPO) ergibt sich überdies nicht zwingend, dass ihm bei Säumnis eine Nachfrist zur Stellungnahme zum Ausweisungsgesuch anzusetzen ist. Überdies ist über die Ausweisung des Mieters, sofern kein Begehren um Rechtsschutz in klaren Fällen gestellt wird, in der Regel unabhängig vom Streitwert im vereinfachten Verfahren zu entscheiden (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), in welchem gemäss Bundesgericht die Säumnisfolgen ohne Nachfristansetzung eintreten. Insgesamt scheint deshalb eine analoge Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO im summarischen Ausweisungsverfahren nicht opportun.

4.4. Dieses Ergebnis wird durch die systematische Auslegung der Zivilprozessordnung weiter gestützt. Art. 223 Abs. 1 ZPO bedeutet selbst innerhalb des ordentlichen Verfahrens eine Ausnahme von der Regel, dass das Verpassen einer Frist – vorbehaltlich einer Wiederherstellung – unmittelbar Säumnisfolgen nach sich zieht (allgemein Art. 147 Abs. 2 ZPO), denn bei Säumnis an der Hauptverhandlung treten die Säumnisfolgen sofort ein (Art. 234 Abs. 1 ZPO); auch bei Säumnis im zweiten und nachfolgenden Schriftenwechsel wird keine Nachfrist angesetzt. Im Rechtsmittelverfahren sieht die ZPO ebenfalls keine Nachfrist zur Beantwortung des Rechtsmittels vor (vgl. Art. 311 ff., Art. 319 ff. ZPO). Einzig Art. 101 ZPO kennt eine solche für die Leistung des Kostenvorschusses, betrifft damit aber nicht die Möglichkeit, sich in der Sache zu äussern. Zudem wird auch diese Bestimmung als Ausnahme betrachtet (so RÜEGG/RÜEGG, Basler Kommen-

tar ZPO, 3. A., Art. 101 N 2). Wenn Art. 223 Abs. 1 ZPO folglich selbst innerhalb des ordentlichen Verfahrens eine Ausnahme darstellt, ist er in Verfahren, in denen das Beschleunigungsgebot in erhöhtem Mass gilt, grundsätzlich nicht anzuwenden.

4.5. Die Beklagten stützen ihre Argumentation auf ein Urteil des Kantonsgerichts Graubünden (ZK2 15 45 vom 19. Oktober 2015, PKG 2015 Nr. 14; act. 21 S. 12 Rz. 32). Dieser Verweis überzeugt nicht. In jenem Fall ging es nicht um die Nachfrist gemäss Art. 223 Abs. 1 ZPO, sondern um die Frage, ob bei *Abweisung* eines Fristerstreckungsgesuchs eine "kurze Nachfrist" einzuräumen sei, zumindest dann, wenn die Frist nicht als unerstreckbar bezeichnet wurde. Vorliegend wurde den Beklagten indessen gerade eine angemessene Fristerstreckung gewährt, und zwar über die ihnen mit Verfügung vom 21. Juli 2020 im Falle zureichender Gründe in Aussicht gestellte kurze Fristerstreckung hinaus (act. 4 Dispositiv-Ziffer 4 Abs. 1). Es liegt damit kein vergleichbarer Fall vor.

4.6. Im Rahmen der Abwägung der Interessen der Parteien fällt vorliegend zudem konkret in Betracht, dass die beantragte Fristerstreckung, wenn auch nicht im beantragten Umfang, so doch länger als aufgrund der Verfügung vom 21. Juli 2020 erwartet werden durfte, gewährt wurde. Dem Anspruch der Beklagten, sich zum Ausweisungsbegehren äussern zu können, wurde damit hinreichend Rechnung getragen. Somit fehlen auch konkrete Umstände, die im Einzelfall ausnahmsweise eine analoge Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO zum Schutz des Anspruchs der Beklagten auf rechtliches Gehör rechtfertigen. Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nach ungenutztem Fristenlauf ohne Nachfristansetzung androhungsgemäss aufgrund der Akten entschied.

4.7. Aus den genannten Gründen erweist sich die Rüge der Beklagten als unberechtigt.

5. Willensmängel

5.1. Die Beklagten berufen sich auf einen Willensmangel bei der Abgabe ihrer Kündigungserklärung; sie seien davon ausgegangen, die Covid-19-Pandemie sei

in Europa nur von kurzer Dauer und würde das Wirtschaftsleben nicht erheblich beeinträchtigen. Es habe deshalb kein Anlass bestanden, im März 2020 die Erfolgchancen ihrer Wohnungssuche negativ zu beurteilen, weshalb sie einem Auszug per Ende Juni 2020 zugestimmt und entsprechend gekündigt hätten (act. 21 S. 5 Rz. 11). Diese Einschätzung habe sich – was notorisch sei – als unzutreffend herausgestellt (act. 21 S. 6 Rz. 12). Sie hätten deshalb die Kündigung bereits im August 2020 wegen Grundlagenirrtums beim Beklagten angefochten (act. 21 S. 6 Rz. 13 ff.).

5.2. Das Vorbringen der Beklagten ist prozessual unzulässig. Sie machen zwar geltend, es handle sich beim Irrtum um ein echtes Novum (act. 21 S. 6 f. Rz. 15). Die Zulässigkeit von Noven, deren Entstehung vom Willen der Parteien abhängt (sog. Potestativ-Noven), richtet sich jedoch nach den Voraussetzungen der unechten Noven und entscheidet sich danach, ob die Behauptungen trotz zumutbarer Sorgfalt im Sinn von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO nicht vorher hätten vorgebracht werden können (BGer 4A_583/2019 vom 19. August 2020 Erw. 5.3). Diese Voraussetzung ist vorliegend zu verneinen. Den Beklagten mussten die negativen Auswirkungen der Pandemie auf das Wirtschaftsleben bereits im Juli 2020 bekannt sein. Sie hätten deshalb die Anfechtungserklärung bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt ohne weiteres bereits im vorinstanzlichen Verfahren abgeben können und müssen. Daran ändert auch nichts, dass sie sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht geäußert haben. Ihr Vorbringen ist deshalb im Berufungsverfahren verspätet und unbeachtlich (Art. 326 ZPO).

6. Fragepflicht

6.1. Die Beklagten bemängeln schliesslich, die Vorinstanz hätte bei allfälligen Unklarheiten in Ausübung der Fragepflicht (Art. 56 ZPO) nachfragen müssen, was die Beklagten mit ihrem Hinweis auf die Pandemie genau gemeint haben (act. 21 S. 10 f. Rz. 28 f.). Sie hätten bereits mit Schreiben vom 9. Juni 2020 gewarnt, sie seien aufgrund der Covid-19-Pandemie nicht imstande, die Liegenschaft vor dem 30. September 2020 zu verlassen (act. 21 S. 4 f. Rz. 9).

6.2. Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich oder unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (Art. 56 ZPO). Die Anwendung von Art. 56 ZPO setzt also ein *Vorbringen* voraus. Das einzige Vorbringen der Beklagten bei der Vorinstanz bestand im Schreiben vom 29. Juli 2020, worin sie um Erstreckung der Frist zur Stellungnahme ersuchten. Von der Covid-19-Pandemie ist darin keine Rede. Der Hinweis der Beklagten (act. 21 S. 11 Rz. 28) auf die Klageschrift (act. 1 Rz. 11) und auf ihr Schreiben an den Kläger vom 9. Juni 2020 (act. 3/6) ändert daran nichts. Die gerichtliche Fragepflicht verpflichtet das Gericht nicht, sich aus der Rechtsschrift und den Beilagen der Gegenseite zusammenzusuchen, was die Beklagten möglicherweise vorbringen wollen, und zu prüfen, ob diesbezüglich Rückfragen nötig sind. Eine Verletzung von Art. 56 ZPO ist daher zu verneinen.

7. Zusammenfassung

Die Vorinstanz verletzte weder den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör noch die gerichtliche Fragepflicht und entschied zu Recht ohne Nachfristansetzung androhungsgemäss aufgrund der Akten. Die Berufung ist deshalb abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz ist vollumfänglich zu bestätigen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Bei einem Ausweisungsverfahren, in welchem die Kündigung nicht strittig ist, ist für den Streitwert von einer Verfahrensdauer von 6 Monaten und damit vom Mietzins für ebendiese Dauer auszugehen, hier also von Fr. 41'400.– (vgl. BGE 144 III 121 und näher [zutreffend] act. 20 S. 9 f. Erw. IV). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist deshalb gemäss §§ 4, 8 und 12 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Da die Beklagten unterliegen, sind die Kosten ihnen aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

8.2. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, weil die Beklagten unterliegen und dem Kläger im Berufungsverfahren keine zu entschädigenden Umtrieben entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 13. August 2020, wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und den Berufungsklägern auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten im Doppel für sich und zu Händen des Gemeindeammannamtes E._____ (einmal unter Beilage eines Doppels von act. 21), sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem 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. 41'400.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Pfeiffer

versandt am: