[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Bezirksgericht Zürich

Einzelgericht im summarischen Verfahren

Wengistrasse 30

Postfach

8036 Zürich

[Ort], [Datum]

Ausweisungsbegehren

[Anrede]

In Sachen

V. AG Klägerin

[Adresse], [Ort]

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

1. HM, [Geburtsdatum] Beklagter 1

Musterstrasse 13, 80XX Zürich

2. FM, [Geburtsdatum] Beklagte 2

daselbst

3. UM, [Geburtsdatum] Beklagter 3

daselbst

betreffend Ausweisung/Schadenersatz

stelle ich namens und im Auftrag der Klägerin folgendes

AUSWEISUNGSBEGEHREN

* 1. Es sei den Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die von ihnen bewohnte 4.5-Zimmerwohnung im 2. OG der Liegenschaft Musterstrasse 13, 80XX Zürich, unverzüglich vertragskonform geräumt und gereinigt zu verlassen und der Klägerin zurückzugeben.
  2. Es sei den Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, den von ihnen genutzten Abstellplatz Nr. 12 in der Einstellhalle der Liegenschaft Musterstrasse 13, 80XX Zürich, unverzüglich vertragskonform geräumt und gereinigt zu verlassen und der Klägerin zurückzugeben.
  3. Es sei der Beklagte 1 zu verpflichten, der Klägerin, unter ausdrücklichem Vorbehalt der Nachklage, den Betrag von CHF 7'800.00 zuzüglich Zins zu 5% ab dem 26. Juni 2016 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.
  4. Es sei die Bank Z anzuweisen, den Saldo des Mietzins-Kautionssparkontos Nr. 123.45678.90, lautend auf den Beklagten 1, auf Anrechnung auf den Forderungsbetrag gemäss Ziffer 3 dieses Rechtsbegehrens nach Eintritt der Rechtskraft des in diesem Verfahren zu erlassenden Urteils zugunsten der Klägerin freizugeben.
  5. Es sei das zuständige Stadtammannamt Zürich X anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken,
  6. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 8% MwSt.), zu Lasten der dafür solidarisch haftenden Beklagten.

**Bemerkung 1:** In der Praxis ist die **Kombination des Ausweisungsanspruchs mit einer Forderungsklage** aufgrund der ausstehenden Mietzinse und/oder des Schadenersatzanspruchs für die weitere Benützung des Mietobjekts nach dem Kündigungstermin mindestens im summarischen Verfahren nicht zu empfehlen. Die Höhe des Schadenersatzanspruchs ist aufgrund der weiteren Benützung des Mietobjektes durch die Beklagten während dem laufenden Verfahren im Zeitpunkt der Klageeinreichung regelmässig noch nicht bekannt. Diesem Umstand kann mit einem Nachklagevorbehalt Rechnung getragen werden. Weitere Forderungen, z.B. aufgrund übermässiger Abnutzung des Mietobjekts, können im Rechtsschutz in klaren Fällen jedoch **mangels liquidem Sachverhalt** nicht durchgesetzt werden. **Zu erwähnen ist weiter, dass für die Mietzinsausstände gemäss dem Mietvertrag nur der Mieter (also der Beklagte 1) haftet.** Es empfiehlt sich daher, die Gesamtforderung erst nach Rückgabe des Mietobjekts in einem zweiten Verfahren einzuklagen. Im Sinne einer Variante für den ordentlichen Prozessweg wird die vorerwähnte Forderungsklage inkl. Freigabe der Sicherheitsleistung hier exemplarisch trotzdem dargestellt.

Bemerkung 2: Die **Vollstreckungsanordnung,** also die Anweisung der zuständigen Behörden zum Vollzug der Ausweisung, wird nicht in allen Kantonen direkt mit dem Urteil erlassen. So muss zum Beispiel im Kanton Bern nach Erlass des Ausweisungsbefehls ein Vollstreckungsbegehren gestellt werden.

Begründung

**I. Formelles**

* 1. Der unterzeichnende Rechtsvertreter ist von der Klägerin gehörig bevollmächtigt.

BO: Anwaltsvollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Das Bezirksgericht Zürich ist zur Anhandnahme der vorliegenden Klage örtlich zuständig, da sich das Begehren auf ein zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 abgeschlossenes und mit Wirkung auf 31. Juli 2016 aufgelöstes Mietverhältnis im Bezirk Zürich bezieht (Art. 33 ZPO).

Bemerkung 3: Diese **örtliche Zuständigkeit** gilt – selbst wenn die Beklagten nicht im Mietobjekt Wohnsitz haben – im Anwendungsbereich des LugÜ auch im internationalen Verhältnis (vgl. Art. 22 Ziff. 1 LugÜ). Das **IPRG** knüpft hingegen an die Niederlassung bzw. den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Vermieters an (Art. 113 IPRG).

Bemerkung 4: Bei Klagen gegen im Handelsregister eingetragene Personen ist in Kantonen, welche von der in Art. 6 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Möglichkeit, ein **Handelsgericht** zu schaffen, Gebrauch gemacht haben (zur Zeit Zürich, Bern, Aargau, St. Gallen), eine allfällige Zuständigkeit des Handelsgerichts zu prüfen (vgl. III. Ergänzende Hinweise, 3. Ordentliches oder vereinfachtes Verfahren).

* 1. Der vorliegenden Räumungsklage liegt eine ausserordentliche Kündigung des Miet­verhältnisses zugrunde. Der Sachverhalt ist liquid und die Rechtslage klar. Für das Begehren ist deshalb gemäss Art. 257 Abs. 1 und Art. 248 lit. b ZPO in Verbindung mit § 24 lit. c GOG/ZH das Einzelgericht im summarischen Verfahren sachlich zuständig. Das Schlichtungsverfahren entfällt dabei (Art. 198 lit. a ZPO).

Bemerkung 5: Gemäss der Bestimmung von Art. 257 ZPO betreffend den Rechtsschutz in klaren Fällen kann der Ausweisungsanspruch nur **im summarischen Verfahren** (Rechtsschutz in klaren Fällen) durchgesetzt werden, wenn der Sachverhalt **unbestritten oder sofort beweisbar** und die **Rechtslage klar** ist (vgl. III. Ergänzende Hinweise, 2. Wahl des Verfahrens: Rechtsschutz in klaren Fällen oder ordentlicher Prozessweg).

* 1. Die Beklagten 1 und 2 haben die Kündigung vom 20. Juni 2016 bei der Schlichtungsbehörde Zürich angefochten (Geschäfts-Nr. MM1600XX-L). Dem Ausweisungsbegehren kann jedoch die Einrede der Litispendenz gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO nicht entgegengehalten werden. Vielmehr hat der Vermieter gerade in klaren Situationen einen Anspruch darauf, dass er unabhängig von einem bereits pendenten Kündigungsschutzverfahren im summarischen Verfahren und damit so zeitnah wie möglich zu einem Vollstreckungstitel gelangen kann (BGE 141 III 262 E. 3.2 f. m.w.H.; BGer 4A\_417/2015 vom 15.10.2015).

Bemerkung 6: Um unnötige Aufwendungen zu vermeiden, sollte das **Schlichtungsverfahren** sistiert werden, wenn keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass der Ausweisungsanspruch nicht liquid ist. Der Schlichtungsbehörde sollte daher in klaren Fällen ein entsprechender Antrag gestellt werden.

* 1. Im Ausweisungsverfahren berechnet sich der Streitwert gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach dem Schaden des Vermieters, der ihm durch den verzögerten Auszug des Mieters entsteht respektive dem Betrag der Mietzinse, die ab Mietvertragsende bis zum mutmasslichen Ausweisungsvollzug anfallen (vgl. BGE 138 III 620 nicht publizierte E. 1.2.2; BGer 5A\_645/2011 vom 17.11.2011 E. 1.1; 5A\_295/2010 vom 30.07.2010 m.w.H.). Gemäss Praxis des Obergerichtes des Kantons Zürich beträgt diese Dauer sechs Monate. Der Streitwert ist daher auf der Basis von sechs Bruttomietzinsen zu berechnen (OGer ZH PF110022 vom 15.07.2011 E. 6.1).

**Bemerkung 7:** Wird, wie in der Variante für den ordentlichen Prozessweg, auch noch eine **Forderung** für die weitere Nutzung des Mietobjekts nach dem Kündigungstermin und/oder für ausstehende Mietzinse geltend gemacht, wäre diese bei der Bemessung des Streitwerts zusätzlich zu berücksichtigen, indem der entsprechende Betrag – in der Variante CHF 7'800.00 – zum Streitwert addiert wird.

* 1. Die Parteien vereinbarten einen Bruttomietzins von CHF 2'300.00 pro Monat für die streitgegenständliche Wohnung und von CHF 150.00 pro Monat für den zugehörigen Einstellplatz. Der Mietzins für die 4.5-Zimmerwohnung wurde mit Formularanzeige vom 13. Juni 2014 mit Wirkung auf den 1. Oktober 2014 auf CHF 2'250.00 pro Monat gesenkt, während der Mietzins für den Abstellplatz während der gesamten Mietdauer unverändert blieb. Der Streitwert beträgt daher **CHF 14'400.00** (CHF 2'250.00 + CHF 150.00 = CHF 2'400.00 x 6)

BO: Mietvertrag für Wohnräume vom 16.03.2014 Beilage 2

BO: Formular zur Mitteilung einer Mietzinsänderung vom 13.06.2014 Beilage 3

BO: Mietvertrag für Abstellplatz vom 16.03.2014 Beilage 4

* 1. Die Klägerin stützt ihren Räumungs- und Rückgabeanspruch einerseits auf Art. 267 Abs. 1 OR (aus Vertrag), anderseits – in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin der Liegenschaft – auf Art. 641 Abs. 2 ZGB.

**II. Sachverhalt**

* 1. Die Klägerin – vertreten durch die Liegenschaftenverwaltungsgesellschaft XY Immobilien AG – schloss am 16. März 2014 mit dem Beklagten 1 einen Mietvertrag über die streitgegenständliche 4.5-Zimmerwohnung im 2. OG in der Liegenschaft Musterstrasse 13 in Zürich ab. Mietbeginn war der 1. April 2014. Der Anfangsmietzins betrug CHF 2'050.00 (netto) zuzüglich CHF 250.00 akonto für Nebenkosten pro Monat, was den erwähnten monatlich geschuldeten Bruttomietzins von CHF 2'300.00 ergibt. Mit separatem Mietvertrag gleichen Datums wurde dem Beklagten 1 zudem der Abstellplatz Nr. 12 in der zur vorgenannten Liegenschaft gehörenden Einstellhalle zu einem Mietzins von CHF 150.00 pro Monat vermietet. Die Mietzinse waren monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zu bezahlen.

BO: Mietvertrag für Wohnräume vom 16.03.2014 Beilage 2

BO: Mietvertrag für Abstellplatz vom 16.03.2014 Beilage 4

* 1. Wie erwähnt, wurde der Nettomietzins mit Formularanzeige vom 13. Juni 2014 mit Wirkung auf den 1. Oktober 2014 um CHF 50.00 auf CHF 2'000.00 pro Monat gesenkt, so dass der Bruttomietzins für die Wohnung ab diesem Datum monatlich CHF 2'250.00 betrug. Der Mietzins für den Abstellplatz blieb demgegenüber während der gesamten Mietdauer unverändert.

**BO:** Formular zur Mitteilung einer Mietzinsänderung vom 13.06.2014 Beilage 3

* 1. In der Folge zog der Beklagte 1 am 1. April 2014 mit seiner Ehefrau, der Beklagten 2, in das Mietobjekt ein.

**BO:** Wohnungsübernahmeprotokoll vom 01.04.2014 **Beilage 5**

Bemerkung 8: Damit die Klage vollstreckt werden kann, muss diese **gegen alle Bewohner des Mietobjekts** gerichtet werden Dies gilt aufgrund der Schutzbestimmungen zugunsten der Familienwohnung insbesondere für den Ehegatten des Mieters bzw. für einen allfällig eingetragenen Partner oder eingetragene Partnerin, auch wenn diese Personen nicht Partei des Mietvertrages sind.

* 1. Am 13. April 2015 teilte der Beklagte 1 der Klägerin per E-Mail und unter Beilage des Untermietvertrags vom 7. April 2015 mit, dass er ein Zimmer des Mietobjektes an den Beklagten 3 untervermieten wolle. Mit Schreiben vom 15. April 2015 genehmigte die Liegenschaftenverwaltung dieses Untermietverhältnis im Auftrag der Klägerin auf Zusehen hin.

BO: E-Mail des Beklagten 1 vom 13.04.2015 Beilage 6

BO: Untermietvertrag zwischen den Beklagten 1 und 3 vom 07.04.2015 Beilage 7

BO: Zustimmung zur Untermiete vom 15.04.2015 Beilage 8

**Bemerkung 9:** Die Klage gegen den **Untermieter** stützt sich auf Art. 641 ZGB. Wird der Untermieter mit der Klage nicht mit ins Recht gefasst, kann das Urteil gegen diesen nicht vollstreckt werden.

* 1. Anfangs Mai 2016 stellte die von der Klägerin beauftragte Liegenschaftenverwaltungsgesellschaft fest, dass die Bruttomietzinse für den Monat Mai 2016 für Wohnung und Abstellplatz nicht eingegangen waren. Mit separat versandten und eingeschrieben zugestellten Briefen vom 12. Mai 2016 mahnte deshalb die Liegenschaftenverwaltungsgesellschaft den Beklagten 1 und die Beklagte 2 je einzeln namens und im Auftrag der Klägerin förmlich – im Sinne von Art. 257d OR – ab und forderte sie auf, die offenen Mietzinse und Nebenkosten von CHF 2'400.00 innert 30 Tagen zu bezahlen. Sie drohte ausserdem – für den Fall, dass die Mietzinse nicht oder nicht vollständig bezahlt würden – die ausserordentliche Kündigung im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung an.

BO: Einschreiben vom 12.05.2016 an den Beklagten 1 Beilage 9

BO: Einschreiben vom 12.05.2016 an die Beklagte 2 Beilage 10

Bemerkung 10: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes stellt an die **Abmahnung** im Sinne von Art. 257d OR als Voraussetzung für deren Wirksamkeit bestimmte **Mindestanforderungen**. So muss die Abmahnung schriftlich erfolgt sein und neben der Fristansetzung die Androhung erhalten, dass bei unbenütztem Fristablauf das Mietverhältnis gekündigt werde. **Dabei genügt der Hinweis auf die Gesetzesbestimmung, also Art. 257d OR, nicht** (BGE 136 III 196). Der Zahlungsrückstand, für den die Mieterschaft abgemahnt wird, muss **eindeutig bestimmbar** sein (BGer 4A\_134/2011 vom 23.05.2011). Bei Familienwohnungen ist die Abmahnung dem Mieter und seinem Ehegatten bzw. einem allfälligen eingetragenen Partner oder einer eingetragenen Partnerin separat zuzustellen (Art. 266n OR).

* 1. Die Beklagten 1 und 2 holten die für sie bestimmten eingeschriebenen Schreiben mit den Kündigungsandrohungen, welche ab dem 13. Mai 2016 auf der Poststelle bereit lagen, jedoch nicht ab, weshalb diese nach Ablauf der Abholfrist am 20. Mai 2016 an die Liegenschaftenverwaltung zurückgesandt wurden.

**BO:** Track & Trace-Auszug betreffend Kündigungsandrohung vom 12.05.2016 an den Beklagten 1 **Beilage 11**

**BO:** Track & Trace-Auszug betreffend Kündigungsandrohung vom 12.05.2016 an die Beklagte 2 **Beilage 12**

BO: Briefumschlag mit der Kündigungsandrohung vom 12.05.2016 an den Beklagten 1 (mit Vermerk «nicht abgeholt»), ungeöffnet Beilage 13

BO: Briefumschlag mit der Kündigungsandrohung vom 12.05.2016 an die Beklagte 2 (mit Vermerk «nicht abgeholt»), ungeöffnet Beilage 14

* 1. Am 26. Mai 2016 ging bei der Verwaltung eine Teilzahlung im Betrag von CHF 1'800.00 ein.
  2. Da die Beklagten innert der mit Schreiben vom 12. Mai 2016 im Sinne von Art. 257d OR angesetzten 30-tägigen Frist keine weiteren Zahlungen leisteten und damit nicht die gesamten ausstehenden Mietzinse bezahlten, kündigte die Liegenschaftenverwaltungsgesellschaft das Mietverhältnis betreffend die 4.5-Zimmerwohnung im 2. OG der Liegenschaft Musterstrasse 13 in Zürich und betreffend den gemieteten Autoeinstellplatz mit amtlichen Kündigungsformularen vom 20. Juni 2016 namens und im Auftrag der Klägerin – unter Hinweis auf den Zahlungsverzug (Art. 257d OR) – mit Wirkung auf den 31. Juli 2016. Die Kündigungen wurden den Beklagten 1 und 2 gesondert zugestellt.

BO: Amtliches Kündigungsformular vom 20.06.2016 an den Beklagten 1 Beilage 15

BO: Amtliches Kündigungsformular vom 20.06.2016 an die Beklagte 2 Beilage 16

* 1. Die Postsendungen mit den amtlichen Kündigungsformularen vom 20. Juni 2016 an die Beklagten 1 und 2 wurden gleichentags der Post übergeben. Am Folgetag, dem 21. Juni 2016 fand ein Zustellversuch statt, welcher jedoch nicht erfolgreich war. Ab dem 22. Juni 2016 lagen die erwähnten Postsendungen zur Abholung auf der Poststelle bereit und gelten damit als zugestellt. Die Beklagten 1 und 2 holten diese jedoch innert der siebentätigen Abholfrist nicht ab, weshalb diese an die Liegenschaftenverwaltung retourniert wurden.

**BO:** Track & Trace-Auszug betreffend das Kündigungsschreiben vom 20.06.2016 an den Beklagten 1 **Beilage 17**

**BO:** Track & Trace-Auszug betreffend das Kündigungsschreiben vom 20.06.2016 an die Beklagte 2 **Beilage 18**

BO: Briefumschlag mit dem amtlichen Kündigungsformular vom 20.06.2016 an den Beklagten 1 (mit dem Vermerk «nicht abgeholt»), ungeöffnet Beilage 19

BO: Briefumschlag mit dem amtlichen Kündigungsformular vom 20.06.2016 an die Beklagte 2 (mit dem Vermerk «nicht abgeholt»), ungeöffnet Beilage 20

* 1. Mit Schreiben vom 3. Juli 2016, welches per Einschreiben und A-Post versandt wurde, teilte die Liegenschaftenverwaltungsgesellschaft den Beklagten 1 und 2 den Übergabetermin für das Mietobjekt mit: Dienstag, den 2. August 2016 um 10:30 Uhr.

BO: Schreiben vom 03.07.2016 an die Beklagen 1 und 2 Beilage 21

* 1. Per E-Mail schrieb der Beklagte 1 am 6. Juli 2016 der Liegenschaftenverwaltung, er und die Beklagte 2 würden das Mietobjekt am 2. August 2016 nicht zurückgeben, da sie sich nicht im Zahlungsrückstand befunden hätten. Bereits seit längerer Zeit sei im Badezimmer ein Schimmelpilzbefall vorhanden, welcher zu einer Mietzinsreduktion berechtige. Durch den daraus resultierenden Verrechnungsanspruch und die Teilzahlung in Höhe von CHF 1'800.00 sei der Mietzins vollständig getilgt worden, er erkläre hiermit verbindlich die Verrechnung. Mit ebenfalls per E-Mail versandter Stellungnahme vom 7. Juli 2016 hielt die Bewirtschafterin der erwähnten Liegenschaftenverwaltung dem Beklagten 1 entgegen, er habe nie einen Befall mit Schimmelpilz gerügt, es stehe ihm nur schon deshalb keine Mietzinsreduktion in diesem Umfange zu. Da er ausserdem während der Zahlungsfrist keine Verrechnungserklärung abgegeben habe, sei die Kündigung gültig, weshalb am Übergabetermin vom 2. August 2016 uneingeschränkt festgehalten werde.

**BO:** E-Mail des Beklagten 1 an die Verwaltung vom 06.07.2016 **Beilage 22**

**BO:** E-Mail der Verwaltung an den Beklagten 1 vom 07.07.2016 **Beilage 23**

* 1. Am angekündigten Wohnungsübergabetermin vom 2. August 2016 war das Mietobjekt weder geräumt noch gereinigt. Die Beklagten weigerten sich, der Klägerin das Mietobjekt zurückzugeben und bewohnen dieses nach wie vor.
  2. Die Beklagten haben seit der Teilzahlung vom 26. Mai 2016 keine Mietzinszahlungen mehr geleistet. Damit sind neben dem Restbetrag für den Monat Mai 2016 in Höhe von CHF 600.00 mittlerweile auch die fälligen Mietzinse für die Monate Juni und Juli 2016 offen, woraus ein Mietzinsausstand im Gesamtbetrag von CHF 5'400.00 (CHF 2'400.00 x 2 + CHF 600.00) resultiert.
  3. Da die Beklagten das Mietobjekt nach wie vor und seit dem Kündigungstermin ohne Rechtsgrund benutzen, kann dieses nicht an einen Dritten weitervermietet werden. Entsprechend entsteht der Klägerin aufgrund des entgangenen Mietzinses ein Schaden aus der seit dem Kündigungstermin vertragslosen Nutzung des Mietobjekts, welchen die Beklagten zu ersetzen haben. Die Schadenshöhe entspricht dabei dem Mietzins, welcher der Klägerin als Entgelt für die Nutzung des Mietobjekts von einem Dritten erhältlich machen könnte. Dieser entspricht mindestens dem Mietzins, welcher im Mietvertrag vereinbart worden ist, also CHF 2'400.00 brutto pro Monat. Dieser Betrag ist zur Forderung gemäss Ziff. 20 vorstehend zu addieren, die Gesamtforderung beträgt im heutigen Zeitpunkt demnach **CHF 7'800.00** (CHF 5'400.00 + CHF 2'400.00). Die Klägerin behält sich eine Klageerweiterung bzw. ein Nachklagerecht für weitere Monatsbetreffnisse bis zur Rückgabe des Mietobjektes vor.
  4. Unter der Konto-Nr. 123.45678.90 besteht bei der Bank Z ein auf den Namen des Beklagten 1 lautendes Mietzins-Kautionssparkontodepot, welches als Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 257e OR angelegt wurde. Auf dieses Konto wurde ursprünglich der Betrag eines monatlichen Bruttomietzinses, also CHF 2'450.00 einbezahlt. Der heutige Saldo dieses Kontos ist auf Anrechnung an den offenen Forderungsbetrag zugunsten der Klägerin freizugeben.

**BO:** Kontoauszug Konto-Nr. 123.45678.90 vom 31.12.2015 **Beilage 24**

**Bemerkung 11:** Die Forderung aus ungerechtfertigter Nutzung des Mietobjekts wird jedenfalls nur dann im Rechtsschutz in klaren Fällen durchzusetzen sein, wenn diese durch die Beklagten unbestritten bleibt. **Bereits die Bestreitung der Schadenshöhe,** z.B. die unsubstantiiert erhobene Behauptung, das Mietobjekt könne aufgrund veränderter Marktverhältnisse nicht mehr zum gleichen Mietzins neu vermietet werden,könnte geeignet sein, **die Liquidität des Schadenersatzanspruchs zu vereiteln,** so dass auf den entsprechenden Antrag nicht eingetreten werden könnte. Wie einleitend erwähnt (vgl. II. Ausweisungsbegehren, Bemerkung 1), empfiehlt es sich in der Praxis nicht, die Forderung im Verfahren betreffend den Rechtsschutz in klaren Fällen durchzusetzen. Die vorstehenden Ausführungen unter Ziff. 20 ff. sind demnach als Variante für den ordentlichen Prozessweg zu verstehen.

**III. Rechtliches**

* 1. Der Rechtsschutz in klaren Fällen wird gemäss Art. 257 ZPO gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Ausweisungsbefehls sind im vorliegenden Fall gegeben.
  2. Gemäss Art. 257d OR kann der Vermieter das Mietverhältnis unter Einhaltung einer Frist von mindestens 30 Tagen auf ein Monatsende kündigen, falls der Mieter die ihm vom Vermieter schriftlich angesetzte Zahlungsfrist – von ebenfalls mindestens 30 Tagen – unbenützt verstreichen lässt und dem Mieter für diesen Fall die Kündigung angedroht wurde. Sämtliche Voraussetzungen der Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR sind im vorliegenden Fall erfüllt:
  3. Mit Schreiben vom 12. Mai 2016 wurden die Beklagten 1 und 2 hinsichtlich der ausstehenden Mietzinse im Sinne von Art. 257d OR abgemahnt. Sodann wurden sie darauf aufmerksam gemacht, dass das Mietverhältnis bei unbenütztem Fristablauf gekündigt werde.
  4. Dass die Zahlungsfrist von mindestens 30 Tagen im vorliegenden Fall unbenützt verstrichen ist, kann einwandfrei dokumentiert werden. Die Kündigungsandrohungen im Sinne von Art. 257d OR vom 12. Mai 2016 wurden gleichentags versandt und lagen am Folgetag, dem 13. Mai 2016, erstmals zur Abholung auf der Poststelle bereit. Da die Beklagten 1 und 2 die Kündigungsandrohungen vom 12. Mai 2016 auf der Post nicht abgeholt haben, gelten diese nach der eingeschränkten Empfangstheorie am siebten und letzten Tag der Abholfrist als zugestellt (Zustellfiktion; vgl. BGE 137 III 208 E. 3.1.3; BGE 119 II 147 E. 2). Im vorliegenden Fall trat die Zustellfiktion somit am 20. Mai 2016 ein, weshalb die Zahlungsfrist von 30 Tagen an diesem Datum zu laufen begann – Tag 1 der Frist war demnach der 21. Mai 2016 – und demgemäss endigte diese unter Berücksichtigung des Fristenlaufes an Samstagen und Sonntagen am 20. Juni 2016.

**BO:** Track & Trace-Auszug betreffend Kündigungsandrohung vom 12.05.2016 an den Beklagten 1 **Beilage 11**

**BO:** Track & Trace-Auszug betreffend Kündigungsandrohung vom 12.05.2016 an die Beklagte 2 **Beilage 12**

BO: Briefumschlag mit der Kündigungsandrohung vom 12.05.2016 an den Beklagten 1 (mit Vermerk «nicht abgeholt»), ungeöffnet Beilage 13

BO: Briefumschlag mit der Kündigungsandrohung vom 12.05.2016 an die Beklagte 2 (mit Vermerk «nicht abgeholt»), ungeöffnet Beilage 14

* 1. Wie erwähnt, ging während der Zahlungsfrist keine dem bestehenden und abgemahnten Ausstand entsprechende Zahlung ein. Nach Abzug der Teilzahlung vom 26. Mai 2016 blieb vom abgemahnten Ausstand ein Restbetrag von CHF 600.00 unbeglichen. Dem Kündigungsanspruch der Klägerin steht nicht entgegen, dass es sich dabei um einen relativ geringen Betrag handelt. Wie das Bundesgericht im Leitentscheid BGE 140 III 591 erwogen hat, ist bereits ein Ausstand von CHF 164.00 keinesfalls unbedeutend und rechtfertigt daher eine Zahlungsverzugskündigung (a.a.O. E. 2).
  2. Während der von der Klägerin angesetzten Zahlungsfrist von 30 Tagen gab der Beklagte 1 keine Verrechnungserklärung ab, so dass die Tilgungswirkung selbst dann nicht eingetreten wäre, wenn tatsächlich eine Gegenforderung der Beklagten bestanden hätte (BGE 119 II 241 E. 6.b.bb; BGer 4C.212/2006 vom 28.09.2006 E. 3.1.1). Die mittels E-Mail-Nachricht vom 6. Juli 2016 durch den Beklagten 1 abgegebene Verrechnungserklärung erfolgte erst nach Ablauf der Zahlungsfrist und vermag daher an der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung vom 20. Juni 2016 nichts zu ändern.
  3. Eine Gegenforderung der Beklagten bestand jedoch ohnehin nicht. Der Herabsetzungsanspruch gemäss Art. 259d OR setzt voraus, dass der Vermieter von einem Mangel Kenntnis erlangt hat. Diese Kenntnis verschafft ihm in aller Regel nur eine entsprechende Mitteilung des Mieters. Die Beklagten, namentlich der Beklagte 1 als Vertragspartner der Klägerin, haben indessen bezüglich des von ihnen geltend gemachten Schimmelpilzbefalls nie im Sinne von Art 257g OR Meldung erstattet. Wie das Bundesgericht festgehalten hat, ist zudem eine einseitige Herabsetzung des Mietzinses wegen behebbarer Mängel durch den Mieter nicht zulässig. Dieser hat einzig die Möglichkeit, die Mietzinse gestützt auf Art. 259g OR – welche Bestimmung als lex specialis zu Art. 82 OR zu betrachten ist – zu hinterlegen (BGer 4A\_140/2014 und 4A\_250/2014 vom 06.08.2014, auszugsweise wiedergegeben in deutscher Übersetzung und kommentiert in MRA 2015, S. 92 ff.).
  4. Die Gegenforderung, bezüglich welcher der Mieter während der Zahlungsfrist Verrechnung erklärt, müsste gemäss Praxis des Bundesgerichts von diesem ausserdem sofort bewiesen werden (BGer 4A\_140/2014 und 4A\_250/2014 vom 06.08.2014, auszugsweise wiedergegeben in deutscher Übersetzung und kommentiert in MRA 2015, S. 92 ff.).

Bemerkung 12: Bei einer während der Zahlungsfrist erfolgten **Verrechnungserklärung** ist im Einzelfall zu entscheiden, ob die Anspruchsgrundlage und die daraus abgeleitete Forderung liquid sind. Dies dürfte beispielsweise bei Reduktionsbegehren des Mieters wegen behaupteter Mängel kaum je der Fall sein: Abgesehen davon, dass der Mieter sofort liquid beweisen muss, dass ein Mangel bestanden hat, von dem der Vermieter Kenntnis hatte, belässt der allenfalls aus einer Mangelhaftigkeit ableitbare Reduktionsanspruch der zur Beurteilung angerufenen Behörde per se einen erheblichen Ermessensspielraum, womit der Bestand der entsprechenden Forderung kaum je sofort beweisbar sein dürfte.

* 1. Am letzten Tag der Zahlungsfrist, dem 20. Juni 2016, wurden die amtlichen Kündigungsformulare an die Beklagten 1 und 2 versandt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine am letzten Tag der Zahlungsfrist im Sinne von Art. 257d OR versandte Kündigung zulässig und gültig (BGer 4A\_668/2012 vom 11.03.2013 E. 3; 4A\_451/2011 vom 29.11.2011 E. 4.2; 4A\_585/2010 vom 02.02.2011 E. 3.5), da dem Mieter in diesem Falle die volle Zahlungsfrist von 30 Tagen zur Begleichung des Ausstands zur Verfügung stand.
  2. Der Zeitpunkt, in welchem eine Kündigung als zugestellt gilt, bestimmt sich nach der so genannten «uneingeschränkten Empfangstheorie». Demzufolge gilt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dann als zugestellt, wenn sie erstmals in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Adressat das Schreiben mit der im Briefkasten vorgefundenen Abholungseinladung erstmals auf der Poststelle abholen kann, also mit dem Beginn der Abholfrist (vgl. BGer 4A\_525/2009 vom 15.03.2010 E. 7.1; BGE 118 II 42 E. 3.a; SVIT-Kommentar, Vorbemerkungen Art. 266–266o N 5a; BSK OR I-Weber, Art. 266a N 1d).
  3. Die amtlichen Kündigungsformulare zur Kündigung des Mietverhältnisses wurden, wie erwähnt, am 20. Juni 2016 versandt. Sie konnten den Beklagten vom Postboten nicht ausgehändigt werden und lagen deshalb, wie der Sendungsverfolgung «Track & Trace» entnommen werden kann, ab dem 22. Juni 2016 auf der Poststelle zur Abholung bereit. Sie gelten daher an diesem Datum als zugestellt, die Kündigungsfrist von 30 Tagen auf den 31. Juli 2016 ist somit eingehalten.

**BO:** Track & Trace-Auszug betreffend das Kündigungsschreiben vom 20.06.2016 an den Beklagten 1 **Beilage 17**

**BO:** Track & Trace-Auszug betreffend das Kündigungsschreiben vom 20.06.2016 an die Beklagte 2 **Beilage 18**

BO: Briefumschlag mit dem amtlichen Kündigungsformular vom 20.06.2016 an den Beklagten 1 (mit dem Vermerk «nicht abgeholt»), ungeöffnet Beilage 19

BO: Briefumschlag mit dem amtlichen Kündigungsformular vom 20.06.2016 an die Beklagte 2 (mit dem Vermerk «nicht abgeholt»), ungeöffnet Beilage 20

Bemerkung 13: Das Bundesgericht erachtet den Nachweis der **Zustellung einer Postsendung** durch Ausdruck der entsprechenden Sendungsverfolgung «Track & Trace» als rechtsgenügend (vgl. BGer 6B\_940/2013 vom 31.03.2014 E. 2.1.1 m.w.H.; 4C.11/2007 vom 21.03.2007 E. 3.3).

* 1. Die Kündigung vom 20. Juni 2016 erfolgte demgemäss form-, frist- und termingerecht nach Ablauf der gesetzeskonform im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR angesetzten Zahlungsfrist. Eine Erstreckung des Mietverhältnisses ist bei Kündigungen infolge Zahlungsverzugs von Gesetzes wegen ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR). Mit Beendigung des Mietverhältnisses endigte auch das Untermietverhältnis. Damit verfügen sämtliche Beklagten über keinen Rechtsgrund zur weiteren Benützung des Mietobjekts mehr. Sie wären verpflichtet gewesen, dieses spätestens am 2. August 2016 vertragsgemäss geräumt und gereinigt der Klägerin zurückzugeben, was sie jedoch nicht getan haben.
  2. Weil damit zu rechnen ist, dass die Beklagten das Mietobjekt trotz zu erlassendem gerichtlichem Befehl nicht freiwillig räumen werden, sind vom Gericht bereits heute die erforderlichen Vollstreckungsanordnungen, insbesondere die Anweisung an das Stadtammannamt Zürich X, zum Vollzug der Räumung zu erlassen (Art. 236 Abs. 3 und Art. 219 i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO und § 147 Abs. 1 lit. b GOG/ZH).

Bei antragsgemässem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten den Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und diese sind solidarisch zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Prozessentschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen.

Namens der Klägerin

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Klägerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Klägerin]

vierfach

Beilage: Beweismittelverzeichnis vierfach mit den Urkunden im Doppel