

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210045-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 5. Juli 2021

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 28. Mai 2021 (ER210012)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. A. \_\_\_\_\_ ist Mieter und B. \_\_\_\_\_ Vermieter der 4.5-Zimmerwohnung im EG an der C. \_\_\_\_\_-strasse ... in D. \_\_\_\_\_ sowie dem dazugehörigen Kellerabteil und einem zusätzlich angemieteten Abstellplatz im Freien (vgl. act. 3/1-2). Mit amtlichem Formular vom 22. Dezember 2020 kündigte der Vermieter die Mietverträge per 31. Januar 2021 wegen Nichtbezahlung der Miete trotz Fristansetzung gemäss Art. 257d OR (vgl. act. 3/4). Da der Mieter das Mietobjekt nicht ordnungsgemäss übergab, stellte der Vermieter am 25. März 2021 beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend Vorinstanz) ein Ausweisungsbegehren gegen den Mieter, welches Begehren der Vermieter auf Aufforderung der Vorinstanz am 20. April 2021 verbesserte (vgl. act. 1 und act. 6-8). Nach Eingang der Stellungnahme des Mieters hiess die Vorinstanz das Begehren mit Dispositiv-Ziffern 1. und 2. des Urteils vom 28. Mai 2021 gut und verpflichtete den Mieter, die Mietobjekte bis spätestens 22. Juni 2021, 12.00 Uhr, zu räumen sowie dem Vermieter ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (vgl. act. 19).

1.2. Am 12. Juni 2021 erhob der Mieter rechtzeitig Berufung beim Obergericht gegen den vorinstanzlichen Entscheid (vgl. act. 20; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 17/2). Er stellte folgende Anträge:

- " 1. Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils vom 28. Mai 2021 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils vom 28. Mai 2021 ist zurückzuziehen.
3. Die vom Berufungskläger nicht erhaltene, ausserordentliche Kündigung der Wohnung vom 22. Oktober 2020 ist für ungültig zu erklären.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen."

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-17). Von der Einholung einer Berufungsantwort ist abzusehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

1.3. Ist im Verfahren wie hier nicht nur die Ausweisung, sondern auch die Kündigung strittig, ist für die Berechnung des Streitwerts vom Mietwert für drei Jahre auszugehen (vgl. BGE 144 III 346). Der monatliche Mietzins beläuft sich auf Fr. 3'470.– (vgl. act. 3/1-2). Der Streitwert liegt damit über Fr. 10'000.–, weshalb gegen den vorinstanzlichen Entscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO).

2.

2.1. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen der Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR als erfüllt. Sie erwog, aufgrund der Akten sei davon auszugehen, dass sowohl die Kündigungsandrohung als auch die ausserordentliche Kündigung vom Vermieter per Einschreiben an den Mieter versandt, von diesem aber nicht effektiv empfangen bzw. zur Kenntnis genommen worden seien. Bei der Kündigungsandrohung vom 13. Oktober 2020 handle es sich um eine Zahlungsaufforderung bei Zahlungsrückstand des Mieters im Sinne von Art. 257d OR. Bei dieser gelte die sogenannte "relative Empfangstheorie". Erfolge demnach die Zahlungsaufforderung mit eingeschriebenem Brief und könne sie nicht direkt zugestellt werden, gelte sie spätestens ab dem letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt. Es sei gerichtsnotorisch, dass die schweizerische Post bei eingeschriebenen Briefsendungen den Zustellungsversuch am nächsten Werktag unternehme. In Nachachtung dieser Umstände gelte die Kündigungsandrohung vom 13. Oktober 2020 am 21. Oktober 2020 als zugestellt. Innert der angesetzten Frist sei unbestrittenermassen keine vollständige Zahlung der ausstehenden Mietzinse erfolgt. Der Vermieter sei deshalb gemäss Art. 257d Abs. 2 OR berechtigt gewesen, die ausserordentliche Kündigung auszusprechen. Bei der Zustellung der Kündigung gelte die sogenannte "absolute Empfangstheorie": Erfolge die Kündigung mit eingeschriebenem Brief, gelte sie ab dem Zeitpunkt als empfangen, an dem erwartet werden könne, dass das Schreiben bei der Post abgeholt werde, nachdem eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder in das Postfach gelegt worden sei. In Nachachtung dieser Theorie und da gerichtsnotorisch

sei, dass die schweizerische Post bei eingeschriebenen Briefsendungen den Zustellungsversuch am nächsten Werktag unternahme, gelte das Kündigungsschreiben vom 22. Dezember 2020 am 24. Dezember 2020 als dem Mieter zugestellt.

Indem der Vermieter – so die Vorinstanz weiter – das amtliche Formular verwendet habe, habe er im Übrigen die Form von Art. 266I Abs. 2 OR eingehalten. Im Rahmen der Zahlungsverzugskündigung denkbare Anfechtungsgründe im Sinne von Art. 271 f. OR habe der Mieter nicht vorgebracht und wären im Übrigen auch nicht ersichtlich. Das Mietverhältnis sei unter Berücksichtigung der gesetzlichen Kündigungsfristen und -termine per 31. Januar 2021 rechtsgültig beendet worden. Der Mieter befinde sich daher heute ohne Rechtsgrund im Mietobjekt. An diesem Ergebnis würden die diversen vom Mieter gerügten Mängel am Mietobjekt und die geltend gemachten Fehlleistungen des Vermieters nichts zu ändern. Für den Entscheid über das Ausweisungsbegehren sei aus rechtlicher Sicht einzig entscheidend, ob sich der Mieter gestützt auf einen bestehenden Vertrag zu Recht im Mietobjekt aufhalten dürfe oder ob dieser nach definitiver Beendigung des Mietverhältnisses ohne einen Rechtsgrund im Mietobjekt verblieben sei (vgl. act. 19 E. III.5.-8.).

2.2. Der Mieter wendet ein, die Vorinstanz verkenne, dass er unmöglich den "Nichterhalt" der Kündigung beweisen könne. Der Vermieter müsse nachweisen, dass der Mieter die Kündigung erhalten habe (vgl. act. 20 S. 3).

Für die Tatsachen, dass und wann die Zahlungsaufforderung und die Kündigung in den Zugriffsbereich des Mieters gelangt sind, trägt der Vermieter die Beweislast (vgl. ZK-Higi, 5. Auflage 2020, Vorbemerkungen zu Art. 266-266o N 42). Entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung gilt bei eingeschriebenen Sendungen aber eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde (BGer 2C\_713/2015 vom 13. Dezember 2015 E. 3.3; vgl. auch ZK-Higi, 5. Auflage 2020, Vorbemerkungen zu Art. 266-266o N 42). Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Sendung im elektronischen Suchsystem "Track & Trace" der Post erfasst ist, mit welchem es möglich ist, die

Sendung bis zum Empfangsbereich des Empfängers zu verfolgen. Diese Vermutung kann durch den blossen Gegenbeweis umgestossen werden. Ob dieser Gegenbeweis gelingt, ist durch Würdigung aller Umstände im Einzelfall zu entscheiden (OGer ZH NP150016 vom 29. Juli 2015, E. 2.1). Die Vermutung des richtig hinterlassenen Abholzettels ist keine starke Vermutung und kann daher je nach den Umständen erschüttert werden; dann bleibt es bei Beweislosigkeit, und die Zustellung ist nicht erstellt (OGer ZH NP160032 vom 6. Februar 2017, E. 2.2). Die immer bestehende theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Poststelle genügt aber nicht, um die Vermutung zu widerlegen, solange nicht konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden sind.

Der Vermieter hat im vorinstanzlichen Verfahren für den Versand der Zahlungsaufforderung und der Kündigung je eine Quittung, auf der die Sendungsnummer ersichtlich ist (act. 3/3a und act. 3/4a), hingegen keine Ausdrücke der Sendungsverfolgungen eingereicht. Solange Sendungen mit Sendungsnummern via das "track and trace"-System der Post nachverfolgt werden können, erscheint die Annahme, im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime habe der Vermieter kein Beweismittel für deren Zustellung offeriert, überspitzt formalistisch. Hinzu kommt, dass die von der Vorinstanz als gerichtsnotorisch bezeichnete Tatsache, der Zustellungsversuch erfolge am nächsten Werktag nach der Postaufgabe, keine gerichtsnotorische Tatsache darstellt. Erfahrungsgemäss kommt es bei Zustellungen – aus welchen Gründen auch immer – gelegentlich zu Verzögerungen, die im "track and trace"-Auszug dokumentiert werden. Gibt man die auf den vom Vermieter eingereichten Quittungen ersichtlichen Nummern im "track and trace"-System der Post ein, ergibt sich einerseits, dass am 14. Oktober 2020 eine Abholungseinladung für die Zahlungsaufforderung vom 13. Oktober 2020 in den Briefkasten des Mieters gelegt wurde (vgl. act. 23/1). Andererseits ergibt sich, dass die Kündigung vom 22. Dezember 2020 dem Mieter am 23. Dezember 2020 zugestellt wurde (vgl. act. 23/2). Der Mieter bringt und brachte indes keinerlei Anhaltspunkte vor, welche die Vermutung der Zustellung erschüttern könnten. Damit ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, die Zahlungsaufforderung gelte als am 21. Oktober 2020 und die Kündigung (spätestens)

als am 24. Dezember 2020 zugestellt und die Voraussetzungen der Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR seien erfüllt.

2.3. Weiter bringt der Mieter in der Beschwerde neu vor, die Kündigung sei nicht rechtsgültig unterschrieben worden. Der einzige Unterschriftsberechtigte der Vertreterin E. \_\_\_\_\_ AG sei der Firmeninhaber. Dies sei der Vermieter. Das Formular sei hingegen von einer anderen Person mit dem Vermerk i.A. unterschrieben worden (vgl. act. 20). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wurden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Es wird kein Grund geltend gemacht, warum diese neuen Vorbringen nicht bereits im Rahmen der vorinstanzlichen Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren hätten vorgebracht werden können, und ein solcher Grund ist auch nicht ersichtlich. Damit handelt es sich bei den Vorbringen zu der angeblich ungültigen Unterschrift der Kündigung um unzulässige Noven, auf welche nicht einzugehen ist.

2.4. Im Ergebnis ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

3.

Der Mieter unterliegt mit seiner Berufung und wird dementsprechend kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'000.– festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 4, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Mieter nicht, weil er unterliegt, und dem Vermieter nicht, weil ihm im Rechtsmittelverfahren kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüchse wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 20, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 124'920.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: