

Art. 138 Abs. 3 lit. a und lit. b ZPO. Zustellfiktion im Ausweisungsverfahren nach Art. 257 ZPO.

Die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO setzt ein konkretes Prozessrechtsverhältnis voraus. Ein solches entsteht gegenüber einer beklagten Partei, wenn diese aufgrund offizieller Zustellung von einem hängigen Verfahren Kenntnis erlangt. Für den ersten Verfahrensschritt gegenüber der beklagten Partei scheidet die Zustellfiktion nach dieser Bestimmung daher grundsätzlich aus. Im Besonderen muss eine Mieterin nicht bereits aufgrund eines früheren (ergebnislosen) Kündigungsschutzverfahrens vor der Schlichtungsbehörde (und einer von ihr angehobenen Kostenbeschwerde gegen den Erledigungsentscheid der Schlichtungsbehörde) mit Zustellungen in einem Ausweisungsverfahren rechnen. Annahmeverweigerung nach Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO setzt voraus, dass die überbringende Person bei einer persönlichen Zustellung die Weigerung der Adressatin festhält. Ansonsten führt schuldhafte Vereitelung der Zustellung durch die Adressatin nicht ohne weiteres zur Fiktion der Zustellung.

Sachverhalt:

Das mit einem Ausweisungsbegehren befasste Einzelgericht im summarischen Verfahren hielt der Mieterin, welche die als Gerichtsurkunde versandte Verfügung vom 21. August 2017 mit der Aufforderung zur Stellungnahme nicht abgeholt hatte, die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO sowie die angedrohte Säumnisfolge entgegen und entschied gestützt auf das (unbestritten gebliebene) Vorbringen der Vermieterin. In der Folge holte die Mieterin auch den als GU versandten Entscheid vom 12. September 2017 über die Ausweisung nicht ab. Erst nachdem sie über die Kantonspolizei (die im Zusammenhang mit der Vollstreckung der Ausweisung tätig wurde) Kenntnis vom Entscheid erlangte, erhob die Mieterin Beschwerde gegen den Ausweisungsentscheid. Das Obergericht trat auf die Beschwerde ein und prüfte die (doppelrelevante) Tatsache, ob der Mieterin gegenüber von einer Zustellfiktion ausgegangen werden durfte.

(Aus den Erwägungen:)

"4.2 Die geltende Zivilprozessordnung kennt – anders als das frühere zürcherische Recht (§ 179 Abs. 2 des aufgehobenen GVG) – keine Bestimmung, wonach eine Sendung als zugestellt gilt, wenn die Adressatin die Zustellung schuldhaft verhindert. Ein Verschulden der Mieterin am Scheitern der vorinstanzlichen Zustellversuche (auf welches die Vermieterin sich beruft) genügt daher nicht für die Annahme einer Zustellfiktion.

Eine Annahmeverweigerung, welche die ZPO mit einer Zustellfiktion sanktioniert, liegt nach Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO nur bei persönlicher Zustellung vor, wenn die überbringende Person die Verweigerung festhält. Im Schrifttum wird zwar die Ansicht vertreten, lit. b der Bestimmung erfasse auch den Fall, dass der Empfänger einer Zustellung absichtlich ausweiche bzw. die Zustellung absichtlich vereitere (vgl. *Jenny/Jenny*, OFK-ZPO navigator.ch, 2. Aufl. 2015, Art. 138 N. 11; *Huber*, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 138 N. 67). Diese Auffassung läuft indes dem klaren Gesetzeswortlaut zuwider. Sie ist daher abzulehnen. (...)

4.3 Nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt die Zustellung einer eingeschriebenen Sendung als erfolgt, wenn die Sendung nicht abgeholt wird, die Adressatin aber mit einer Zustellung rechnen musste. Das massgebliche Zustelldatum ist in diesem Fall der siebte Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch.

4.3.1 Die Vorinstanz (und mit ihr die Vermieterin) sind der Ansicht, die Mieterin habe im Sinne der erwähnten Vorschrift mit einer Zustellung rechnen müssen. Die Vorinstanz stützt das auf den Umstand, dass die Mieterin am 20. Dezember 2016 an das Friedensrichteramt X. gelangte und die Nichtigkeitsklärung der Kündigung vom 22. September 2016 verlangte, und dass sie ferner den Beschluss des Friedensrichteramts beim Obergericht angefochten habe. Der genannte Beschluss (die Klagebewilligung des Friedensrichteramts) datiert vom 8. Mai 2017, die Beschwerde dagegen vom 9. Mai 2017 und deren Erledigung erfolgte mit dem bereits erwähnten Urteil vom 29. Mai 2017.

4.3.2 Nach der Praxis des Bundesgerichts setzt die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ein Prozessrechtsverhältnis voraus. Dieses entsteht gegenüber dem Kläger, wenn er ein Verfahren rechtshängig macht (Art. 62 Abs. 1 ZPO), und gegenüber dem Beklagten, wenn er vom gegen ihn angehobenen Verfahren offiziell, durch behördliche Zustellung, Kenntnis erlangt hat (vgl. *Daniel Willisegger*, Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich 2012, S. 120 f.). Die Zustellfiktion nach lit. a der erwähnten Bestimmung ist damit für die erste Verfahrenshandlung gegenüber der beklagten Partei grundsätzlich ausgeschlossen. Erst wenn ein Prozessrechtsverhältnis besteht, kann dem Empfänger entgegen gehalten werden, er habe sich nach Treu und Glauben zu verhalten und habe dafür zu sorgen, dass ihm behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen (vgl. BGE 138 III 225 Erw. 3.1; BK ZPO-Frei, Art. 138 N. 24).

Im Schrifttum wird zwar die Ansicht vertreten, dass es genügen sollte, wenn der Adressat aufgrund anderer Umstände mit der Einleitung eines Verfahrens rechnen musste (vgl. KUKO ZPO-Weber, 2. Aufl. 2014, Art. 138 N. 7 mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat indes auch jüngst an seiner Auffassung festgehalten (vgl. BGer 2C_298/2015 vom 26. April 2017, Erw. 3.2), und das Obergericht folgt dieser Praxis. Somit muss zum Beispiel (so im Einzelnen der erwähnte BGE 138 III 225) ein Schuldner, der eine Konkursandrohung erhalten hat, noch nicht im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO mit einem Verfahren über ein Konkursbegehren des Gläubigers rechnen (vgl. auch OGer ZH PS170097 vom 22. Mai 2017, Erw. 4). Dasselbe gilt im Verhältnis zwischen dem Erhalt eines Zahlungsbefehls, einem Rechtsvorschlag und dem Rechtsöffnungsverfahren (vgl. auch dazu BGE 138 III 225, E. 3.1 m.w.Nw.; OGer ZH RT160129 vom 24. August 2016, Erw. 2.3.2) und im Verhältnis zwischen dem Verfahren der provisorischen und der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. OGer ZH RT160021 vom 15. Juni 2016, Erw. 4/d/bb). Der Gesichtspunkt des Bestehens oder Nichtbestehens eines konkreten Prozessrechtsverhältnisses bietet Rechtssicherheit, da für ein bestimmtes Verfahren jeweils zweifelsfrei feststeht, ob ein Prozessrechtsverhältnis besteht und damit die Zustellungsfiktion greift oder ob dies nicht der Fall ist (vgl. BGE 138 III 225 Erw. 3.2). Würden dagegen auch andere Umstände mit einbezogen, auf-

grund welcher eine Partei allenfalls gehalten sein könnte, mit einer Zustellung zu rechnen, so führte dies zu vielfältigen Unsicherheiten. Das wäre nicht praktikabel.

Die Verfahren über die Anfechtung bzw. Nichtigkeitsklärung der Kündigung und über die Kostenbeschwerde der Mieterin sind vom Ausweisungsverfahren verschieden. Diese Verfahren führen daher nicht zu einem Prozessrechtsverhältnis hinsichtlich eines von der Vermieterin eingeleiteten Ausweisungsverfahrens. Die Vorinstanz hat somit Recht falsch angewendet, indem sie der Mieterin alleine aufgrund dieser früheren Verfahren entgegenhielt, sie habe (im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) mit einer Zustellung in einem Ausweisungsverfahren rechnen müssen.

4.3.3 Die Vermieterin brachte in der Beschwerdeantwort vor, aus Korrespondenz der Parteien ergebe sich, dass sie der Mieterin vor der Stellung des Ausweisungsbegehrens rechtliche Schritte angedroht und eine letzte Räumungsfrist angesetzt habe. Die Mieterin habe daher mit entsprechenden Zustellungen rechnen müssen.

Diesem Standpunkt ist nach den vorstehenden Ausführungen nicht zu folgen. Umstände wie die geschilderten, die ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens liegen, vermögen das von der Rechtsprechung zur Zustellfiktion vorausgesetzte Prozessrechtsverhältnis nicht zu ersetzen."

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Urteil vom 8. Februar 2018
PF180004
(Mitgeteilt von lic. iur. T. Engler)