

**ZMP 2017 Nr. 7**

**Art. 273 OR; Art. 266n OR. Absolute Empfangstheorie bei der Auslösung der Frist für Kündigungsschutzbegehren. Gültigkeit der Zustellung der Kündigung an Ehegatten vom Obergericht verneint, wenn der Postbote auf der Abholungseinladung zwar beide Briefe, aber nur einen Ehegatten als Empfänger vermerkt.**

*In mittlerweile drei in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden hat sich das Bundesgericht bei der Auslösung der Frist für den Kündigungsschutz für die absolute Empfangstheorie ausgesprochen. Zwar bestehen deutliche Hinweise, dass zumindest nach Meinung des Gesetzgebers von 1989 die relative Empfangstheorie gelten sollte, besonders mit Blick auf Lehre und Rechtsprechung zu Art. 18 und 19 aBMM und zur parallelen Regelung bei der Mieterstreckung im Recht von 1971 (Art. 267a aOR). Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Bundesgerichtspraxis jedoch zu befolgen.*

*Trifft der Postbote bei der Zustellung der separaten Kündigungsbriefe an die Ehegatten niemanden an und avisiert er die beiden Sendungen nur einem Ehegatten, hindert dies die Gültigkeit der Zustellung nicht. Der Fall ist gleich zu behandeln wie die Übergabe der beiden Schreiben an nur einen Ehegatten an der Haustür. Ehegatten, die das Risiko einer fehlenden eigenen Kenntnis vom Zustellversuch vermeiden wollen, können durch eine Anweisung an die Post die Vertretungsregelung gemäss den Post-AGB einschränken. Tun sie dies nicht, haben sie das in ihrem Machtbereich liegende Risiko zu tragen und nicht der Vermieter.*

*Das Obergericht widersprach dem und führte aus, wenn das Gesetz eine separate Zustellung der Kündigung an beide Ehegatten verlange, umfasse das auch den Anspruch auf eine selbständige Avisierung. Das für die Klägerin bestimmte Kündigungsschreiben sei ihr nicht avisiert worden, was zur Folge habe, dass die Rechtsfolgen, welche Lehre und Rechtsprechung an die Hinterlegung einer Abholungseinladung knüpfen, für sie nicht eingetreten seien (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG170017-O vom 31. Januar 2018; s. [unten](#)).*

Aus dem Urteil des Mietgerichts MB170007-L vom 21. Juni 2017 (Gerichtsbesetzung: Weber, Gonzalez del Campo, Schenk; Gerichtsschreiberin Musarra):

## **"I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:**

### *1. Sachverhalt*

1.1. Mit Mietvertrag vom 18. September 2015 mieteten die Kläger vom Beklagten ab dem 1. Oktober 2015 eine Villa mit Umschwung als Familienwohnhaus an der N-strasse in Zürich zu einem pauschalen Mietzins von Fr. 14'300.– pro Monat. Das Mietverhältnis wurde unbefristet, mit einer Mindestdauer bis zum 30. September 2017 abgeschlossen.

1.2. Mit amtlichem Formular vom 22. September 2016 kündigte der Beklagte das Mietverhältnis ohne Begründung auf den 30. September 2017. Auf Nachfrage der Kläger gab er als Grund an, seine gesundheitlichen Probleme hätten "familienintern Anlass zu Diskussionen betreffend einer Nachlassregelung" geführt. Die Abgeltung der Pflichtteilsansprüche sei ein zentrales Problem und werde "wohl zur Notwendigkeit führen ... die Liegenschaft zu verkaufen." Bekanntlich vermöge das Bestehen eines Mietvertrages den Wert der Liegenschaft erheblich zu mindern. Die Kündigung erfolgte kurz nachdem der Beklagte mit Schreiben vom 17. Juni 2016 seiner Betroffenheit darüber Ausdruck verliehen hatte, dass die Kläger den Garten der Villa für ihre Kinder mit einem Fussballtor ausgestattet hatten.

Der Beklagte liess die Kündigungsschreiben den beiden Klägern als Ehegatten per Post in separaten Einschreiben zustellen. Nach den unbestrittenen Ausführungen der Kläger anlässlich der Hauptverhandlung steckte der Kläger 1 die Abholungseinladung vor einer seiner zahlreichen beruflichen Auslandsreisen am Sonntag, 25. September 2016, in seine Briefftasche. Als er während seines Auslandsaufenthaltes auf den Avis stiess und bemerkte, dass die Abholfrist abzulaufen drohte, scannte er jenen ein und bat die Klägerin 2 darum, die Briefe bei der Post mithilfe des von ihm erstellten Bildes des Avis abzuholen. Die Klägerin 2 nahm die Kündigungsbriefe darauf am 30. September 2016 am Postschalter in Empfang.

Auf dem Avis der Post, der am 23. September 2016 erstellt worden war, waren "2 Briefe / Einschreiben" vermerkt, als Empfänger war jedoch nur der Kläger 1 angegeben.

## 2. *Prozessgeschichte*

(...)

2.2. (...) Mit Präsidialverfügung vom 7. März 2017 (act. 12) wurde das Prozess-thema auf die Frage der Einhaltung der Verwirkungsfrist von Art. 273 OR be-schränkt (...).

(...)

## **III. Materielles**

### 1. *Einhaltung der Verwirkungsfrist von Art. 273 OR*

1.1. Die Kündigung des Mietvertrages ist als einseitige Willenserklärung eine empfangsbedürftige Erklärung (BGE 137 III 208 E. 3.1.1). Nach Art. 273 Abs. 1 OR beginnt nach Empfang der Kündigung eine dem materiellen Recht unterste-hende Anfechtungsfrist. Es handelt sich dabei um eine materiellrechtliche Verwir-kungsfrist, welche von Amtes wegen zu beachten ist und weder verlängert noch wiederhergestellt werden kann (vgl. statt vieler: ZK HIGI, Art. 273 OR N 53 ff.).

1.2. In BGE 137 III 208 führte das Bundesgericht aus, dass es nach dem Grund-satz der einheitlichen Rechtsanwendung geboten sei, die Zählweise einer Frist demjenigen Recht zu unterstellen, welches diese vorsehe. Die Mitteilung der Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen folge dabei der absoluten Emp-fangstheorie (BGE 137 III 208 E 3.1.2; bestätigt in BGE 140 III 244 E. 5.1 sowie in BGE 143 III 15). Nach der absoluten Empfangstheorie beginnt der Fristenlauf im Zeitpunkt, indem die Willenserklärung in den Machtbereich des Empfängers oder dessen Vertreters gelangt und der Empfänger üblicherweise davon Kenntnis nimmt. Erfolgt die Mitteilung einer Willenserklärung über einen eingeschriebenen

Brief und kann der Postbote diesen dem Adressaten oder einem von ihm bevollmächtigten Dritten nicht aushändigen und lässt er einen Abholschein im Briefkasten oder im Postfach zurück, gilt der Brief als empfangen, sobald der Adressat gemäss Postschein die Möglichkeit hat, die Sendung am Postschalter abzuholen. Nach Lehre und Rechtsprechung gilt die Sendung grundsätzlich am Folgetag, nachdem die Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt wurde, als zugestellt (BGE 137 III 208 E. 3.1.2; vgl. BGE 107 II 189 S. 192 E. 2; BGE 118 II 42 E. 3; Mietrecht für die Praxis/THANEI, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 685). Ein Mieter darf die Abholungseinladung, die in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt wurde, demnach nicht einfach ignorieren, weil er abwesend oder im Urlaub ist. Hat er die Abholfrist verpasst, hat er sich bei der Post nach dem Absender der eingeschriebenen Sendung zu erkundigen. Dies kann der Mieter nach Auffassung des Bundesgerichts tun, indem er mit Eingabe der sich auf dem Umschlag befindenden Sendungsnummer die Informationen auf der Internetseite der Post sucht. Ob er dies tut sowie ob und wann der Mieter die Kündigung bei der Post abholt, hat indessen nach der genannten Rechtsprechung keinen Einfluss auf den Beginn des Fristenlaufes für die Anfechtung der Kündigung. Eine verspätete Kenntnisnahme führt demnach dazu, dass dem Mieter, der die Kündigung anfechten will, nicht mehr die gesamte Anfechtungsfrist von 30 Tagen zur Verfügung steht (BGE 143 III 15 E. 4.1). Nicht entscheidend ist, ob der Empfänger damit rechnen musste, eine Sendung zu erhalten. Die Bestimmung über die Zustellfiktion nach Ablauf von sieben Tagen nach erfolglosem Zustellversuch und ihre Ausnahme, wenn der Empfänger nicht mit der Zustellung einer Mitteilung rechnen muss, gehören nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Prozessrecht und sind auf die Fristberechnung einer materiell rechtlichen Frist nicht anwendbar (BGE 143 III 15).

Das Bundesgericht begründet die Anwendung der absoluten Empfangstheorie damit, dass diese die unterschiedlichen Interessen des Absenders und des Empfängers in angemessener Weise berücksichtige. Der Absender trage das Risiko der Übermittlung des Briefes bis zum Machtbereich des Empfängers und der Empfänger sodann innerhalb seines Machtbereichs, also dafür dass eine Kenntnisnahme verspätet oder gar nicht erfolge. Dieses Gleichgewicht würde gestört,

wenn die relative Empfangstheorie uneingeschränkt Geltung hätte (BGE 143 III 15 E. 4.1 = Pra 2017 Nr. 45; BGE 140 III 244 S. 248 E. 5.1 = Pra 2014 Nr. 95; BGE 137 III 208 E. 3.1.2). Einzig die Mitteilung der Mietzinserhöhung nach Art. 269d OR und die Mitteilung der Zahlungsaufforderung bei Zahlungsrückstand des Mieters nach Art. 257d OR unterliegen nach einer seit 1981 bestehenden, im Falle der Mieterausweisung nach Art. 265 aOR (der Vorgängernorm von Art. 257d OR) schon viel länger angewandten und vom Bundesgericht auch in den aktuellen Entscheiden bestätigten Rechtsprechung der relativen Empfangstheorie (BGE 140 III 244 E. 5.2; BGE 107 II 189).

1.3. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung steht im Widerspruch zur bisherigen kantonalen Praxis und zum Grossteil der bis zu den genannten drei neueren Entscheiden bekannten Lehrmeinungen. Da es sich bei der Kündigungsanfechtung um eine Eingabe bei einer Behörde handelt, so die mehrheitlich vertretene Auffassung in Lehre und kantonaler Rechtsprechung, sollte auch hier – anders als die Frage des Zugangs der Kündigung im Hinblick auf die Einhaltung der Kündigungsfristen und -termine – die relative Empfangstheorie gelten (BÄRTSCH/ACKERMANN, Fristberechnung im Mietrecht, Jusletter vom 3.2.2014; BLUMER, SPR VII/3, N 828 f., N 965, N 1007; DIES., KUKO OR, 2. Aufl., Art. 273 N 2; ebenso schon in der Voraufgabe des genannten Werkes der ehemalige Präsident der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts WALTER, Art. 273 N 2; BOHNET, Les délais en droit du bail, 13<sup>e</sup> séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, S. 26 f.; DERS., (Faux) départ du délai pour contester le congé, Newsletter Bail.ch, Januar 2014, S. 2 f.; CALAMO, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Diss. Bern 1994, S. 315 ff.; TH. KOLLER, Wenn mir Mon-Repos die Ruhe raubt, Jusletter vom 3.2.2014, S. 2 f.; DERS., ZBJV 2014, S. 947 ff.; SVIT-K, Art. 273 OR N 19, ZIHLMANN, Das Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 243 FN 121; MRA 2/95, S. 101 ff.; ZMP 1994 Nr. 17; CPra Bail-CONOD, 1. Aufl., Art. 273 CO N 9; LCHAT, bail à loyer, Genf 2008, S. 639 f.; gleich schon zum Recht vor dem 1. Juli 1990 ZK-SCHMID, aArt. 267a N 12; a.M. MENGE, Kündigung und Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten, Diss. Basel 1993, S. 168; ZK-HIGI, Art. 273 OR N 45 ff.). Der relativen Empfangstheorie zufolge gilt eine Wil-

lenserklärung in den Fällen, in denen die eingeschriebene Postsendung dem Adressaten oder einem von ihm bevollmächtigten Vertreter nicht direkt zugestellt werden kann, so dass ihm eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder in das Postfach gelegt wird, als empfangen, wenn der Empfänger die Sendung am Postschalter abholt. Wird die Sendung innert Abholfrist nicht abgeholt, gilt der siebte und letzte Tag der Abholungsfrist als Empfangstag (BGE 140 III 244 S. 248 E. 5.1).

Durch die relative Empfangstheorie soll dem Mieter die Frist bei der Ansetzung einer Nachfrist bei Zahlungsverzug und bei der Anfechtung einer Mietzinserhöhung ungeschmälert gewährt werden. Wie der links Unterzeichnende des vorliegenden Urteils andernorts festhielt (BSK OR I, Art. 273 N 3a), bezog auch das Bundesgericht bis anhin den Wirkungsbereich der relativen Empfangstheorie bei *Mietzinserhöhungen* nicht nur auf die 10-tägige Überlegungsfrist, die dem Mieter nach Art. 269d Abs. 1 OR (früher Art. 18 Abs. 1 aBMM) zur Verfügung stehen muss, um zu entscheiden, ob er den Vertrag selber kündigen und damit der Erhöhung ausweichen will. Vielmehr hielt das Gericht 1981 fest, auch die 30-tägige Frist zur Anfechtung der Mietzinserhöhung (damals Art. 18 Abs. 2 und 19 aBMM, heute Art. 270b Abs. 1 OR) sei extrem kurz, so dass sich auch diesbezüglich die Anwendung der relativen Empfangstheorie aufdränge (BGE 107 II 189 E. 2). Das Gericht führte wörtlich aus:

"D'autre part, la réception de cet avis détermine le point de départ du délai de trente jours dont dispose le locataire pour contester le montant du loyer qu'il estime abusif, selon l'art. 18 al. 2 AMSL. Considérer la majoration de loyer notifiée sous pli recommandé comme reçue dès l'instant où elle peut être retirée au bureau de poste reviendrait à priver le locataire d'une partie du délai de réflexion - déjà extrêmement bref - qui lui est accordé, lorsqu'il ne retire pas ou ne peut pas retirer le pli dès le dépôt de l'avis de retrait; le locataire ne saurait pourtant être tenu de prendre des dispositions particulières à chaque terme de résiliation, en vue de la réception d'un éventuel avis de majoration."

Das Bundesgericht betonte damals den Bezug zur arbeitsrechtlichen Rechtsprechung, wonach auch der Arbeitnehmer vor einem Rechtsverlust geschützt werden solle, bevor er vernünftigerweise Schritte gegen eine Kündigung habe einleiten können. Weiter hob das Gericht die Parallelität zum damaligen Erstre-

ckungsrecht hervor, welches bereits gemäss Art. 267a aOR ebenfalls innert 30 Tagen seit Empfang der Kündigung geltend gemacht werden musste, und leitete die Geltung der relativen Empfangstheorie überdies aus der qualifizierten Schriftform ab, die für eine Mietzinserhöhung vorgesehen sei. Sehe das Gesetz die Verwendung eines amtlich bewilligten Formulars mit einer zwingenden Rechtsbelehrung vor, so rechtfertige schon dies eine Abkehr von der für privatrechtliche Willenserklärungen normalerweise geltenden absoluten Empfangstheorie (a.a.O., E. 3).

Zwar findet sich in den Materialien kein expliziter Hinweis, aber die Ausdehnung des Erstreckungsrechts auf die Möglichkeit der Anfechtung auch einer Kündigung in der Mietrechtsrevision per 1. Juli 1990 lehnte sich formal offensichtlich punkto Fristen an die alte Erstreckungsregelung und die alte und neue Mietzinsgesetzgebung an (vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechts und zum [später auf Initiative des Ständerates ins OR eingebauten] Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 27. März 1985, S. 1464 f. und S. 1492 [zu Art. 15 Abs. 1 E BGMM]). Zur Zeit der Verabschiedung der Botschaft war BGE 107 II 189 gerade einmal vier Jahre alt und liess an Zweifeln nichts zu wünschen übrig, so dass der Gesetzgeber keinen Anlass hatte, das auslösende Element für die Anfechtungsfrist näher zu regeln. Bei der Einführung von Art. 273 OR im Jahre 1990 war eine Änderung der bisherigen Regelung jedenfalls nicht beabsichtigt. Vielmehr rückte der Gesetzgeber den Kündigungsschutz unverkennbar näher an die Anfechtung einer Mietzinserhöhung: Inhaltlich sah er für den Kündigungsschutz im engeren Sinne statt der Nichtigkeit bestimmter Kündigungen (Art. 28 Abs. 3 aBMM) einen erweiterten Kündigungsschutz in Art. 271 f. OR vor, den er aber an eine Anfechtung knüpfte, wie dies zuvor nur für die Erstreckung vorgesehen war (Art. 273 OR). Um einen Rechtsverlust aus Unkenntnis des Mieters zu vermeiden, schrieb er neu für die Kündigung des Vermieters analog zur Mietzinserhöhung – bei Nichtigkeitsfolge im Unterlassungsfall – nun ebenfalls die Verwendung eines amtlich bewilligten Formulars mit Rechtsbelehrung vor (Art. 266/ Abs. 2 OR) und schaffte so zur Mietzinserhöhung eine Parallele, die das Bundesgericht wenige Jahre zuvor als mitentscheidend für die Geltung der relativen Empfangstheorie bezeichnet hatte.

Im Rahmen der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung bekam Art. 273 OR in erster Linie einen neuen Randtitel ("Fristen und Verfahren" statt nur "Verfahren"). Damit ging es dem Gesetzgeber darum klarzustellen, dass die Anfechtungsfrist nicht eine prozessuale Frist bildet, wie der alte Randtitel hätte nahelegen können, sondern wie schon die seit 1971 gültige Frist von Art. 267a aOR und die seit 1972 in Kraft stehende Frist nach Art. 19 aBMM eine materiell-rechtliche Verwirkungsfrist darstellt, deren Versäumnis keinen Nichteintretensentscheid zur Folge hat, sondern eine Klageabweisung.

Was gemäss Rechtsprechung für die Anfechtung einer Mietzinserhöhung gilt, sollte im Übrigen bei einer Gesamtbetrachtung erst recht bei der Anfechtung der Kündigung gelten, da eine Kündigung für den Mieter weit einschneidender ist als eine Mietzinserhöhung. Ausserdem muss eine Kündigung erst nachträglich begründet werden, wodurch für den Entscheid über die Anfechtung während laufender Frist oftmals noch die Grundlage fehlt, so dass dieser Entscheid schwieriger zu fällen ist als derjenige über eine Mietzinsanfechtung. Dies anerkannte auch das Bundesgericht zumindest indirekt in BGE 140 III 496 E. 4.2.2, wo es für eine gültige Kündigung wegen eines angeblichen Bauprojektes eine klare Begründung der Reife des Vorhabens postulierte.

1.4. Ungeachtet solcher Überlegungen hielt das Bundesgericht indessen auch im neusten der publizierten Entscheide bei der Auslösung der Frist zur Anfechtung der Kündigung explizit an der absoluten Empfangstheorie fest (BGE 143 III 15), und zwar obwohl in jenem Fall die relative Empfangstheorie wegen der sehr späten Klage der Mieterin am Ergebnis nichts geändert hätte. In allen neueren Entscheiden setzte es sich zwar nicht eingehend mit den Gesetzesmaterialien und -systematik sowie den verschiedenen Lehrmeinungen auseinander. Vielmehr berief es sich vorab auf ein Werk HOHLS zum Zivilprozessrecht, welche korrekt betonte, dass die Regeln der ZPO für prozessuale Fristen auf materielle Verwirkungsfristen des Bundesrechts (grundsätzlich) keine Anwendung finden (HOHL, Procédure civile, Bd. II, 2. A., Bern 2010, N 908).



1.5. Bei der Auslegung des Gesetzes folgen die Gerichte einem Methodenpluralismus. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, wobei dem Zweck und der systematischen Stellung einer Norm eine wichtige Bedeutung zukommen, weiter auch dem historischen Willen des Gesetzgebers und besonders bei älteren Erlassen überdies einer geltungszeitlichen Betrachtung. Findet das Gericht zu einer bestimmten Frage im Gesetz (auch durch Auslegung) keine Vorschrift, liegt also eine Gesetzeslücke vor (zur mitunter schwierigen Unterscheidung der beiden Bereiche vgl. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 464), so soll das Gericht gemäss Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Dabei hat es bewährter Lehre und Überlieferung (Gerichtspraxis) zu folgen.

Zweifellos lässt sich weder dem geltenden Recht noch den Vorgängererlassen bezüglich der Auslösung der Anfechtungsfristen nach Art. 270b und 273 OR direkt etwas entnehmen, denn es ist in wechselnden Formulierungen stets nur die Rede davon, die Anfechtung habe innert 30 Tagen nach/seit Empfang der Kündigung (Art. 273 Abs. 1 OR; Art. 267a Abs. 3 aOR) bzw. nachdem die Mietzinserhöhung dem Mieter mitgeteilt wurde (Art. 270b Abs. 1 OR; Art. 15 Abs. 1 E BGMM) bzw. seit Empfang der Mitteilung der Mietzinserhöhung (Art. 19 aBMM) zu erfolgen. Mit Blick auf BGE 107 II 189 kann man sich fragen, ob bezüglich der einheitlichen Fristauslösung für die Anfechtung von Kündigungen und Mietzinserhöhungen nach der relativen Empfangstheorie vor der Praxisanpassung 2011 nicht schon Gewohnheitsrecht bestand. Es bestehen Hinweise, dass die relative Empfangstheorie bis zu den genannten neueren Entscheiden auf die Anfechtung von Kündigungen und Erstreckungsbegehren schweizweit angewandt wurde; insofern lässt sich durchaus von einer langen Übung sprechen, auch wenn eine bundesgerichtliche Äusserung letztlich nur in Form von BGE 107 II 189 bestand. Fraglich ist allerdings, ob vor BGE 137 III 208 und 140 III 244 S. 248 von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung gesprochen werden konnte, denn insbesondere die abweichende Ansicht von HIGI aus dem Jahre 1996 hatte und hat Gewicht, auch wenn sie der Tragweite von BGE 107 II 189 nicht ganz gerecht wird (bei ZK-HIGI, Art. 273 OR N 49 f. wird der Entscheid einzig im Kontext der 10-tägigen Frist

diskutiert, die dem Mieter eine eigene Kündigung des Vertrages ermöglichen soll, obwohl sich das Bundesgericht auch zur Anfechtungsfrist äusserte).

Bedauerlich ist, dass sich das Bundesgericht in den drei seit 2011 publizierten Entscheiden nicht eingehend mit der mietrechtlichen Lehre und Rechtsprechung auseinandergesetzt hat. Sowohl mit Blick auf die Gesetzesauslegung als auch auf die Lückenfüllung lässt sich jedoch aus Sicht einer unteren Instanz nur konstatieren, dass es anerkanntermassen in erster Linie das Vorrecht des Bundesgerichts ist, den Gehalt des Bundesrechts einheitlich festzulegen und namentlich im Falle einer Gesetzeslücke zu entscheiden, welche Teile von Lehre und Rechtsprechung sich als bewährt im Sinne des Gesetzes erweisen und welche nicht (s. z.B. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 N 423, 447). Das Bundesgericht hat mittlerweile in drei Entscheiden, besonders in den beiden neueren davon, sehr deutlich gemacht, dass es bei seiner Haltung bleiben möchte. Hinzu kommt, dass sich die Kritik an der neuen Rechtsprechung in der Lehre in erster Linie auf die Methode bezieht, während das Ergebnis durchaus auch auf Zustimmung stösst oder zumindest als vertretbar erachtet wird (z.B. BÄTTIG, MRA 2014, S. 53 ff.; CARRON, SZP 2014, 238; DERS., Newsletter Bail.ch, Juli 2014, S. 5 ff.; TH. KOLLER, ZBJV 2014, S. 947 ff., S. 949 o.). Unter solchen Vorzeichen wäre es der Rechtssicherheit abträglich, die Debatte heute erneut zu führen, zumal auch die Kläger die diesbezügliche Haltung des Bundesgerichts nur in einem Eventualstandpunkt in Zweifel ziehen. Daher ist im vorliegenden Fall der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu folgen und die absolute Empfangstheorie anzuwenden.

1.6. Daraus folgt für den vorliegenden Fall zugleich, dass es sich erübrigt, die Gründe der häufigen Auslandabwesenheiten des Klägers 1 und das Wissen des Beklagten darum näher zu untersuchen, denn das Bundesgericht hat klargestellt, dass der Mieter Abwesenheiten so zu organisieren hat, dass für ihn aus der Anwendung der absoluten Empfangstheorie keine Nachteile entstehen. Keine Rolle spielt auch, ob die Kläger mit einer Kündigung hätten rechnen müssen – dieses Kriterium ist unabhängig vom Zeitpunkt des Empfangs einer Mitteilung nur für prozessuale Zustellungen von Belang (s. zu beiden Punkten BGE 143 III 15).

Ohnehin hat der Kläger 1 [seinen eigenen Angaben zufolge] die Abholungseinladung der Post tatsächlich unmittelbar nach deren Hinterlegung im Briefkasten zur Kenntnis und an sich genommen, da er zunächst beabsichtigte, die Einschreiben persönlich abzuholen. Selbst wenn man folglich dem Beklagten vorwerfen wollte, er habe die Kündigungen in Kenntnis der häufigen Abwesenheiten des Klägers 1 per Post versandt, könnte die späte Abholung der Kündigungen bei der Post jedenfalls nicht auf das Verhalten des Beklagten zurückgeführt werden.

2. *Separate Zustellung der Kündigung an beide Kläger als Ehegatten*  
(Art. 266n OR)

2.1. Gemäss dem vorliegenden Sachverhalt versandte der Beklagte die Kündigung am 22. September 2016 mit amtlichem Formular sowohl an den Kläger 1 als auch an die Klägerin 2. Da die Kläger am 23. September 2016 nicht zu Hause waren, legte der Postbote eine Abholungseinladung für beide Kündigungen, lautend auf den Kläger 1, in den Briefkasten. Die Abholfrist lief vom 23. September 2016 bis zum 30. September 2016. Der Kläger 1, welcher davon ausging, dass beide Schreiben an ihn gerichtet seien, nahm den an ihn adressierten Abholschein an sich. Während seines Auslandsaufenthaltes stiess er wieder auf den Zettel und merkte am 30. September 2016, dass er selber die Einschreiben nicht mehr rechtzeitig würde abholen können. Daher fotografierte der Kläger 1 den Abholschein und sendete ein Foto desselben der Klägerin 2, welche damit am 30. September 2016 beide Kündigungsschreiben bei der Post abholte. Der absoluten Empfangstheorie zufolge sind die Kündigungen am 23. September 2016 in den Machtbereich der Kläger gelangt, als die Abholungseinladung in ihren Briefkasten gelegt worden ist, so dass ihnen spätestens am Folgetag erstmals eine Abholung bei der Post zuzumuten war. Seit dem 24. September 2016 lief daher auch die Anfechtungsfrist.

2.2. Die Kläger bringen vor, dass die durch den Postboten ausgestellte Abholungseinladung für beide Kündigungsschreiben nur zu Handen des Klägers 1 ausgestellt worden sei. Da die Klägerin 2 von der Post keine eigene Abholungseinladung erhalten habe, habe sie keine persönliche Zugriffsmöglichkeit auf das

eigene Kündigungsschreiben gehabt, wodurch das Kündigungsschreiben mangels Wissens und Willens nicht in ihren Machtbereich gelangt sei. Art. 266n OR vermittele beiden Ehegatten einen Anspruch auf ein separates Einschreiben. Die Gesetzesbestimmung erfordere auch eine separate Avisierung und vermittele jedem Ehegatten einen Anspruch auf einen separaten Abholschein. Art. 266n OR sei sodann unter Beachtung der verfassungsmässigen Rechte auszulegen, wobei die Klägerin 2 insbesondere unter dem Aspekt der rechtsgleichen Behandlung, des Verbots der Diskriminierung, der Eigentumsgarantie, der persönlichen Freiheit, des Schutzes der Privatsphäre, des Rechts auf Ehe und Familie, des rechtlichen Gehörs sowie des Rechts auf Fairness im Verfahren ein Anrecht auf eine eigene Avisierung habe. Dies gelte umso mehr, als der Kläger 1 als angestellter Geschäftsmann häufig Einschreiben per Post erhalte, welche sein Geschäftsleben betreffen. Die Klägerin 2 habe keine Rechtspflicht, diese Einschreiben bei der Post abzuholen, da es um geschäftliche Belange gehe, was nicht unter die eheliche Beistandspflicht falle. Da die Klägerin 2 ohne Besitz einer eigenen Abholungseinladung keine Zugriffsmöglichkeit auf die eigene Kündigung gehabt habe, sei die Kündigung frühestens am 30. September 2016 in den Machtbereich der Klägerin 2 gelangt.

2.3. Kündigt der Vermieter eine Familienwohnung, so ist die Kündigung gemäss Art. 266n OR dem Mieter und dessen Ehegatten separat zuzustellen. Dies gilt auch, wenn wie im vorliegenden Fall beide Ehegatten Mieter der Familienwohnung sind. Unterbleibt eine separate Zustellung oder werden die Formvorschriften nicht eingehalten, ist die Kündigung im Sinne von Art. 266o OR nichtig. Art. 266n OR verfolgt dabei den Zweck, die eheliche Gemeinschaft bzw. die Familienwohnung vor fehlerhaften Handlungen eines Ehegatten zu schützen. Die Ehegatten sollen die Möglichkeit haben, die Folgen möglicher Fehler zu verhindern resp. zu mildern (ZK-HIGI, Art. 266n OR N 8). Das Erfordernis der *separaten* Zustellung ist erfüllt, wenn zwei amtliche Formulare in zwei getrennten Sendungen an die Adresse der Mieter gesandt werden. Da sich das Mietrecht darüber ausschweigt, was eine *Zustellung* gemäss Art. 266n OR bedeutet, sind die allgemeinen Grundsätze über den Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung als

Voraussetzung für deren Wirksamkeit heranzuziehen (BGE 118 II 42 S. 44 E. 3). Wie bereits zur absoluten Empfangstheorie ausgeführt, gelangt eine Willenserklärung in Briefform in den Machtbereich des Empfängers, sobald diese durch den Postboten in den Briefkasten des Adressaten gelegt wird. Ob der Adressat dabei von der Sendung Kenntnis nimmt, ist nicht entscheidend. Die Sendung gilt auch als zugegangen, wenn diese einer zur Entgegennahme berechtigten Drittperson zugestellt wird. Der Empfänger trägt das Risiko, falls ihm die mit der Leerung des Briefkastens betraute Person die Sendung verheimlicht oder aus sonst einem Grund nicht aushändigt (SVIT-K, Art. 266-266o OR N 5). Werden beide Briefe nach den Geschäftsbedingungen der Post dem einen Ehepartner ausgehändigt, so hindert die fehlende Kenntnis des andern die Gültigkeit der Kündigung nicht (BGE 118 II 42 S. 44 E. 3).

2.4. Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Postdienstleistungen geht hervor, dass die Post Sendungen gegen Unterschrift des auf der Abholungseinladung vermerkten Empfängers aushändigt. Familienangehörige, die im selben Haushalt leben und den gleichen Nachnamen tragen, brauchen für die Abholung einer Postsendung auf der Post gegen Abholungseinladung keine Vollmacht. Ehegatten, welche zusammen wohnen, sind berechtigt, solche Sendungen auch für den Partner entgegen zu nehmen. Vorbehalten bleiben abweichende Vereinbarungen der Empfänger mit der Post, mit denen diese eine Aushändigung der für einen Empfänger bestimmten Sendungen an den Partner verhindern können (Allgemeine Geschäftsbedingungen "Postdienstleistungen" für Privatkunden, Ausgabe Januar 2016, act. 25 Ziff. 2.5.5-7).

Diese Regelung erweist sich entgegen der Auffassung der Kläger als ausgewogen und trägt dem mutmasslichen Willen der meisten Kunden Rechnung. Sie erlaubt diesen zudem, die Dienstleistung der Post ihren Bedürfnissen anzupassen, wenn ihre konkreten Verhältnisse nicht dem Modellfall entsprechen, den die Post ihrer Regelung zugrunde gelegt hat.

2.5. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beklagte dem Kläger 1 sowie der Klägerin 2 zwei amtliche Formulare in zwei getrennten Sendungen zugestellt

hat. Es wurde jedoch, nachdem der Postbote den Klägern die beiden Kündigungen am 23. September 2016 vergeblich zuzustellen versucht hatte, nur eine einzige Abholungseinladung für beide Einschreiben, lautend auf den Kläger 1, in den Briefkasten der Kläger gelegt. Die Klägerin 2 wurde daher auf dem Abholschein nicht selbständig avisiert. Als Ehefrau mit dem gleichen (Doppel-)Namen wie der Kläger 1 hatte die Klägerin 2 dennoch die Möglichkeit, das Kündigungsschreiben selbständig und ohne eine Vollmacht des Klägers 1 bei der Poststelle abzuholen. Dies hat sie sodann auch ohne Besitz der Abholungseinladung, nur unter Vorweisung der Fotografie derselben, getan. Damit sind die Einschreiben mit der Hinterlegung der Abholungseinladung im Briefkasten in den Machtbereich beider Kläger gelangt. Da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine tatsächliche Kenntnisnahme für den Fristenlauf nicht notwendig ist (vgl. BGE 143 III 15 = Pra 2017 Nr. 45) und da die Avisierung an nur einen Ehegatten nach der Risikoabwägung des Bundesgerichts im Machtbereich der Mieter erfolgte, ist die vorliegende Art der Avisierung gleichzustellen mit der persönlichen Übergabe der Briefe an nur einen Ehegatten. Daher wurde der Fristenlauf für beide Kläger unabhängig am Tag ausgelöst, der auf die Avisierung zuhanden des Klägers 1 durch den Postboten folgte, denn mit der Avisierung gelangten die Kündigungsschreiben in den Machtbereich der Kläger. Da der Avis zuhanden des Klägers 1 unstreitig am 23. September 2016 in den Briefkasten der Kläger gelegt wurde, lief die Frist ab dem 24. September 2016, wobei der Kläger 1 den Avis am darauf folgenden Sonntag, 25. September 2016, überdies auch tatsächlich zur Kenntnis nahm.

Die Kläger geben weiter an, dass sie mit der Post keine besonderen Vereinbarungen getroffen hätten. Der Beklagte hat den Klägern zwei separate amtliche Kündigungsschreiben zugestellt. Hätten die Kläger gewollt, dass die Klägerin 2 für den Kläger 1 resp. der Kläger 1 für die Klägerin 2 keine Sendungen entgegennehmen darf, hätten sie diesbezüglich mit der Post eine Vereinbarung treffen können und müssen. Insbesondere wenn der Kläger 1 oft geschäftliche Sendungen erhält, welche die Klägerin 2 nicht betreffen, hätten sich die Kläger über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post im klaren sein müssen – jedenfalls können sie den Beklagten nicht dafür verantwortlich machen, dass sie innerhalb

des eigenen Machtbereiches keine besonderen Vorkehrungen mit der Post getroffen haben, die eine individuelle Avisierung der an einen von ihnen gerichteten eingeschriebenen Briefe gewährleisten.

2.6. Trotz fehlender Avisierung auf der Abholungseinladung wurde die Klägerin 2, wie oben ausgeführt, nicht in ihren Rechten eingeschränkt. Dass der Postbote als Hilfsperson des Vermieters nur den Namen des Klägers 1 auf der Abholungseinladung notierte, verletzt Art. 266n OR auch unter Würdigung der indirekten Drittwirkung der von den Klägern angerufenen Grundrechte nicht. Eine angenommene Verletzung von Art. 266n OR würde dazu führen, dass der Vermieter künftig nicht nur zwei separate Einschreiben an die Ehegatten schicken müsste, sondern zusätzlich die Sendungen mit der kostenpflichtigen Zusatzleistung "Eigenhändig" zu versehen hätte, um sicherzustellen, dass die Zustellung ausschliesslich dem effektiven Empfänger zugestellt würde. Damit wäre er aber gezwungen, die Verantwortung für eine separate Zustellung an die Ehegatten auch noch in einer Phase zu tragen, in welcher die Sendung bereits in den Machtbereich der Mieter bzw. des Mieters oder der Mieterin und dessen/deren Ehepartner gelangt ist. Dies ist ihm nicht zuzumuten, wie das Bundesgericht dies letztlich schon in BGE 118 II 42 entschieden hat. Die Frage einer indirekten Drittwirkung von Grundrechten stellt sich bei Lichte besehen nicht, denn wenn der Mieter oder die Mieterin und der Ehepartner aus freien Stücken auf eine mögliche Sonderregelung mit der Post verzichten, können sie sich gegenüber dem Vermieter als Privatperson schon aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht mit Erfolg auf eine entsprechende Rechtsposition berufen.

Damit erweist sich die Anfechtung der Kündigung durch die Kläger mit Eingabe vom 30. Oktober 2016 als verspätet. Da es sich bei der Frist für ein Kündigungsschutzbegehren nach Art. 273 Abs. 1 OR um eine materiellrechtliche Frist handelt, hängt wie erwähnt von ihrer Beachtung nicht nur die Zulässigkeit der Klage ab, sondern der Bestand des Rechts auf Kündigungsschutz schlechthin. Entgegen dem Hauptantrag des Beklagten hat daher kein Nichteintretensentscheid zu ergehen; vielmehr ist die Klage abzuweisen.

(...)"

Aus dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, NG170017-O/U vom 31. Januar 2018 (Gerichtsbesetzung: Diggelmann, Lichti Aschwanden, Glur; Gerichtsschreiberin Tolic Hamming):

"(...)

## II.

(...)

5. Mit der Berufung macht die Klägerin geltend, die Vorinstanz habe Art. 226n OR falsch angewandt und falsch ausgelegt und damit insbesondere das Legalitätsprinzip und verschiedene weitere Grundrechte (Rechtsgleichheitsgebot, Diskriminierungsverbot, Eigentumsgarantie, persönliche Freiheit, Schutz der Privatsphäre, Recht auf Ehe und Familie, rechtliches Gehör und Willkürverbot, Fairnessgebot) verletzt.

Die Klägerin geht nach eigenem Bekunden weiterhin fest davon aus, dass sie gemäss Bundesgesetz und Bundesverfassung einen festen Anspruch darauf habe, nicht nur ein eigenes, separates Einschreiben zu erhalten, sondern damit verbunden auch einen festen Anspruch besitze, einen eigenen, separaten Abholungsschein zu erhalten, weswegen ihr die Frist solange nicht gelaufen sei, solange sie keine Kenntnis von der Kündigung hatte.

Das Gesetz gewähre eine separate Zustellung. Indem sie keine eigene Avisierung erhalten habe (ihr Name sei darauf nicht angeführt worden, diese habe auf ihren Ehemann X. gelautet), dürfe ihr die Frist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, ab dem sie das Kündigungsschreiben persönlich bei der Poststelle abgeholt habe und ihr die Kündigung zur Kenntnis gelangt sei.



Die 30-tägige Frist zur Anfechtung der Kündigung bzw. Erstreckung des Mietverhältnisses habe für die Klägerin somit erst am 30. September 2016 zu laufen begonnen und sei mit der Eingabe vom 30. Oktober 2016 gewahrt worden.

6. In einem Eventualstandpunkt geht die Klägerin auch auf Art. 273 OR ein und bestreitet die Anwendung der absoluten Empfangstheorie und verlangt die Berücksichtigung der relativen Empfangstheorie. Nach dieser hätte erst die tatsächliche Übergabe des Kündigungsschreibens innerhalb der siebentägigen Abholfrist oder der Ablauf dieser Frist die Anfechtungsfrist ausgelöst. Sie bezieht sich dabei auf den angefochtenen Entscheid, aus dessen Begründung hervorgehe, dass auch die Vorinstanz mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht einverstanden sei.

Die Klägerin hält fest, nach ihrem Eventualstandpunkt müsste auch eine Berufung ihres Ehemannes gutgeheissen werden. Dieser habe jedoch auf die Erhebung eines Rechtsmittels verzichtet, weil ein Ehegatte allein diesen Rechtsstreit führen dürfe und weil sie eine viel bessere Ausgangslage habe.

7. In der Berufungsantwort stellt der Beklagte die Fehlerhaftigkeit des Abholscheins in Abrede und betont, die Klägerin hätte die beiden Einschreiben mit dem Abholschein jederzeit problemlos bei der Post abholen können, was sie schliesslich auch getan habe. Die Kündigung sei bereits im Zeitpunkt des Einwurfs des Abholscheins in den Machtbereich der Berufungsklägerin gelangt, womit auch das Risiko vom Absender auf den Empfänger übergegangen sei. Der tatsächlichen Kenntnisnahme durch die Klägerin komme demgegenüber keine Bedeutung zu.

Dem aus Art. 266n OR abgeleiteten Anspruch jedes Ehegatten auf eine separate Kündigung werde Genüge getan, wenn zwei amtliche Formulare in zwei separaten Sendungen an die Adresse des jeweiligen Mieters versandt würden. Damit werde gewährleistet, dass jeder Ehegatte die Möglichkeit erhalte, sich gegen eine Kündigung der Familienwohnung zur Wehr zu setzen. Dieses Recht werde durch die Avisierung nur eines einzelnen Ehegatten nicht untergraben. Vielmehr dürfe davon ausgegangen werden, dass in einer Ehegemeinschaft der jeweilige Empfänger von Sendungen bzw. einer Abholeinladung dem anderen Ehegatten seine

Post übergebe. Es könne nicht Ziel und Zweck dieser Bestimmung sein, dem Vermieter das Risiko zu überbinden, dass sich die Ehegatten ihre Post nicht gegenseitig aushändigten.

Der Beklagte erinnert an die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach dem Ehepartner eine empfangsbedürftige Willenserklärung selbst dann wirksam zugehe, wenn der Empfänger (Ehegatte) ihm die Post böswillig vorenthalte, und hält fest, wenn die Frist sogar in einem solchen Fall im Zeitpunkt des Empfangs durch den anderen Ehepartner zu laufen beginne, müsse dies umso mehr auch im Falle der Hinterlegung eines Abholscheins gelten, der nur an einen Ehegatten adressiert sei.

Sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, dass die Klägerin einen Anspruch auf einen eigenen Abholschein gehabt habe, so sei dieser Umstand dadurch geheilt worden, dass sie das Schreiben bei der Post abgeholt und die Kündigung damit tatsächlich zur Kenntnis genommen habe.

Dem klägerischen Eventualstandpunkt hält der Beklagte entgegen, aus ihrer Kritik an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur absoluten Empfangstheorie könne die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Trotz Kritik in der Lehre habe das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur absoluten Empfangstheorie bereits in drei Entscheiden bestätigt. Ein Abkehren von der mittlerweile gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertige sich beim vorliegenden Sachverhalt nicht.

8. Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und prüft sowohl die Sachverhaltsfeststellungen als auch die Rechtsanwendung der Vorinstanz frei (Art. 310 ZPO). Nicht nur die Verletzung von Grundrechten (vgl. Ziff. 5), sondern auch die unrichtige Anwendung von gesetzlichen Bestimmungen kann daher mit Berufung geltend gemacht werden und ist im Rahmen der rechtsgenügend vorgebrachten Beanstandungen zu überprüfen.

9. (...)

Die Klägerin weist zutreffend darauf hin, dass sich der vorliegende Sachverhalt von demjenigen des von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheids unterscheidet: Dort hatte der Postbote beide Sendungen dem Ehemann an der Haustüre ausgehändigt, was als Zustellung an beide Ehegatten galt. Im vorliegenden Fall waren jedoch sowohl die Klägerin als auch ihr Ehemann abwesend, als der Postbote die beiden Kündigungsschreiben übergeben wollte. Daraufhin hinterliess der Postbote im Briefkasten eine einzige Abholungseinladung für zwei Briefe, die nur den Ehemann als Empfänger nannte.

10. (...)

11. Die von der Vorinstanz zitierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post unterscheiden zwischen dem Empfänger und anderen bezugsberechtigten Personen. Neben dem Empfänger sind grundsätzlich sämtliche im selben Wohn- oder Geschäftsdomizil anzutreffenden Personen zum Bezug von Sendungen berechtigt. Allerdings behält sich die Post vor, Sendungen, die gegen Unterschrift ausgehändigt werden, nur dem auf der Abholungseinladung vermerkten Empfänger auszuhändigen.

Dass der Ehegatte der Klägerin den Abholschein einscannen musste, damit die Klägerin die avisierten Sendungen rechtzeitig für ihn abholen konnte, bringt mit sich, dass der Abholschein noch vorhanden ist und sein Inhalt somit feststeht. Diese Beweislage ist untypisch für derartige Konstellationen. In der Regel wird die Sendung im Austausch gegen den Abholschein ausgehändigt, so dass der Empfänger in einem Rechtsstreit nicht mehr über diesen verfügt, was die Beweisführung erschwert, wenn er eine mangelhafte Avisierung geltend machen möchte.

Die Abholungseinladung bezieht sich zwar auch auf das für die Klägerin bestimmte Kündigungsschreiben, wie die Anzahl (2) der avisierten Sendungen zeigt, aber als Empfängerin wird die Klägerin nicht genannt. Weil sie als im gleichen Haushalt wohnhafte Ehefrau als bezugsberechtigte Person im Sinne der erwähnten Bestimmung galt, war sie dennoch in der Lage, die für ihren Ehegatten bestimmte Sendung abzuholen, was sie dann auch tat. Bei dieser Gelegenheit erhielt sie

nicht nur das für ihren Ehegatten, sondern auch das für sie selbst bestimmte Kündigungsschreiben, obwohl ihr ein solches nicht avisiert worden war.

Die vorinstanzliche Feststellung, die Klägerin sei "nicht selbständig avisiert" worden, ist ungenau: mit Bezug auf die Klägerin lag gar keine Avisierung vor. Hätte sie den Abholschein gesehen, hätte sie nicht annehmen können oder gar müssen, dass eine der beiden Sendungen, als deren Empfänger ihr Ehemann genannt wurde, für sie bestimmt war. Ihr Ehegatte hatte aufgrund des Abholscheins auch keinen Anlass, sie darauf aufmerksam zu machen, dass auf der Post eine Sendung *für sie* zur Abholung bereit lag. Wenn er den Abholschein einsteckte und ins Ausland mitnahm, ohne sie darüber zu orientieren, enthielt er ihr keine entsprechende Information vor, da eine solche aus dem Abholschein nicht hervorging.

Dieser Sachverhalt ist nicht mit demjenigen im zitierten Bundesgerichtsentscheid gleichzusetzen, als der Postbote die korrekt adressierte Sendung dem anderen Ehegatten übergeben hatte, der sie nicht weitergab. Die Auffassung des Beklagten, wenn die Frist beim Empfang durch den anderen Ehegatten zu laufen beginnen, müsse das umso mehr auch im Fall der Hinterlegung eines Abholscheins gelten, der nur an den anderen Ehegatten gerichtet ist, ist nicht überzeugend. Es darf grundsätzlich vermutet werden, dass ein Ehegatte dem anderen die für diesen bestimmte Post weitergibt. Das gilt jedoch nicht für einen Brief oder einen Abholschein, der an einen Ehegatten adressiert ist und von dem äusserlich nicht erkennbar ist, dass er (auch) für den anderen bestimmt ist. Versäumt es der avisierte Ehegatte, sich Kenntnis vom Inhalt einer solchen Sendung zu verschaffen, und bemerkt er daher nicht, dass die Sendung eigentlich für den anderen bestimmt wäre, treffen die Folgen davon nur ihn selbst und nicht seinen Ehegatten.

Wenn das Gesetz eine separate Zustellung der Kündigung an beide Ehegatten verlangt, umfasst das auch den Anspruch auf eine selbständige Avisierung. Das für die Klägerin bestimmte Kündigungsschreiben wurde ihr nicht avisiert, was zur Folge hat, dass die Rechtsfolgen, welche Lehre und Rechtsprechung an die Hinterlegung einer Abholungseinladung knüpfen, für sie nicht eingetreten sind.

12. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post führen zu keinem anderen Schluss. Diese halten u.a. fest, wem ausser dem Empfänger die Post eine Sendung übergeben darf, damit die Zustellung gültig erfolgt und der Empfänger sich diese entgegen halten lassen muss. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen setzen die anderen Bezugsberechtigten mit Bezug auf die Rechtswirkungen einer Zustellung mit dem Empfänger gleich, ohne jedoch die Unterscheidung zwischen Empfänger und anderen Bezugsberechtigten aufzuheben. Es ist darin insbesondere nicht vorgesehen, dass die Post einen anderen Bezugsberechtigten an die Stelle des vom Absender bezeichneten Empfängers setzen kann. Dass die Abholungseinladung die Klägerin nicht als Empfängerin erwähnt, wird von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gedeckt, sondern stellt auch in ihrem Licht einen Fehler dar.

13. Die Abgrenzung der Risikosphären führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Der Postbote ist die Hilfsperson des Beklagten, wie die Vorinstanz zutreffend festhält. Der Wechsel von der Risikosphäre des Absenders zu derjenigen des Empfängers geschieht erst, wenn der Postbote die Sendung aus der Hand gibt, sei es mit der Übergabe an den Empfänger oder einen anderen Bezugsberechtigten wie im zitierten Bundesgerichtsentscheid, sei es mit dem Einwurf einer Abholungseinladung in den Briefkasten (so auch der Beklagte).

Was nachher geschieht - ob bspw. der eine Ehegatte die für den andern bestimmte Sendung diesem weitergibt oder die Abholungseinladung verlegt, versehentlich entsorgt oder bewusst verheimlicht - gehört in die Risikosphäre des Empfängers. Was davor geschieht - und dazu gehört das Ausfüllen des Abholscheins und dessen Hinterlegung im Briefkasten - geschieht hingegen noch im Machtbereich des Absenders. Ungenauigkeiten oder Fehler beim Ausfüllen des Abholscheins sind daher dem Absender zuzurechnen.

Die abweichende Auffassung der Vorinstanz, die Avisierung an nur einen Ehegatten sei nach der Risikoabwägung des Bundesgerichts im Machtbereich der Kläger erfolgt, findet im unmittelbar vor dieser Aussage zitierten Bundesgerichtsentscheid keine Stütze und wird von der Vorinstanz im Übrigen nicht begründet. Das

Ausfüllen der Abholungseinladung, welche die Klägerin nicht als Empfängerin nennt, geschah noch vor dem Übergang von der Risikosphäre des Absenders in diejenige des Empfängers.

14. Der Umkehrschluss, diese Auffassung bringe es mit sich, dass eine selbständige Avisierung nötig wäre, was für die Post einen unverhältnismässigen Aufwand bedeute und daher nicht opportun sei, geht fehl. Es wäre ohne Weiteres möglich gewesen, sowohl die Klägerin als auch ihren Ehegatten auf der gleichen Abholungseinladung als Empfänger aufzuführen. Die Befürchtung der Vorinstanz, der Beklagte hätte die Kündigungsschreiben mit der kostenpflichtigen Zusatzleistung "Eigenhändig" zustellen lassen müssen, wenn man der Klägerin folge und eine Verletzung von Art. 266n OR annehme, ist ebenfalls unbegründet.

15. Da das Kündigungsschreiben der Klägerin nicht avisiert wurde, wurde die Frist gemäss Art. 273 OR erst durch das Abholen der Kündigungsschreiben am 30. September 2016 ausgelöst, weshalb die Eingabe an die Schlichtungsbehörde am 30. Oktober 2016 rechtzeitig erfolgte.

Auf die klägerische Eventualbegründung zu Art. 273 OR, die sich gegen die Anwendung der absoluten Empfangstheorie richtet (vgl. oben 7), muss unter diesen Umständen nicht eingegangen werden, da die Berufung ohnehin gutzuheissen ist.

Ergänzend ist anzumerken, dass die spätere Zustellung für beide Ehegatten fristauslösend ist, da erst dann die gesetzlich vorgeschriebene separate Zustellung erfolgte (Higi, ZK-OR, Art. 273 N 52). Das bedeutet, dass die Anfechtung grundsätzlich nicht nur im Fall der Klägerin, sondern auch im Fall ihres Ehemannes rechtzeitig erfolgte.

Der Ehemann verzichtete zwar auf den Weiterzug des vorinstanzlichen Urteils. Da über den gemeinsamen Mietvertrag nur einheitlich entschieden werden kann, wirkt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils jedoch auch zu seinen Gunsten.

(...)

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2017, 27. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident