

ZMP 2021 Nr. 15

Art. 133 lit. a ZPO; Art. 138 ZPO. Zustellung Vorladung. Adressänderung während des Verfahrens. Nachsendeauftrag.

Wird dem Gericht eine Adressänderung mitgeteilt, und sei es nur im Absender einer Eingabe, so ist eine Zustellung an die bisherige Adresse der Partei grundsätzlich nicht gültig. Hat die Partei allerdings eine Nachsendung veranlasst und ist eine solche auch erfolgt, so ist der Mangel geheilt und die Zustellung wirksam.

Aus dem Urteil des **Einzelgerichts des Mietgerichts** Zürich MJ200078-L vom 9. Juni 2021 (OG-Auszug im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiber Nutt):

«(...)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

1.1. Mit Mietvertrag vom 23. Dezember 2013 mietete der Beklagte von der Klägerin per 3. Januar 2014 ein möbliertes Appartement an der N.-strasse X in ... Zürich zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'690.– (inkl. Nebenkosten). Die Parteien vereinbarten ausserdem, dass das Mietverhältnis jeweils auf Ende März oder Ende September unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden könne.

1.2. Mit Schreiben vom 29. März 2020 kündigte der Beklagte unter Berufung auf Art. 266e OR den Mietvertrag auf Ende April 2020. In einer E-Mail vom 22. April 2020 begründete er seine Kündigung damit, dass er sich in einer finanziellen Notlage befinde und nicht in der Lage sei, den Mietzins weiterhin zu bezahlen. Noch gleichentags teilte ihm die Klägerin mit, dass die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nur unter Wahrung der vertraglichen Kündigungsfrist und per vertraglichem Kündigungstermin möglich sei. Zudem wies sie ihn auf die Möglichkeiten hin, das Mietverhältnis früher zu beenden. Der Beklagte erklärte daraufhin, die ursprüngliche Kündigung vom 29. März 2020 sei als ausserordent-

liche Kündigung zu verstehen. Darüber hinaus bot er der Klägerin eine Kündigung per 31. Mai 2020 als «ultima ratio» an. Mit Schreiben vom 4. Mai 2020 machte die Klägerin den Beklagten darauf aufmerksam, dass keine wichtigen Gründe, welche zu einer ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnis berechtigen würden, vorlägen und die Kündigung vom 29. März 2020 dementsprechend für den nächstmöglichen Kündigungstermin am 30. September 2020 gelte. Schliesslich kündigte der Beklagte am 28. Mai 2020 den Mietvertrag unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Frist per Ende September 2020.

1.3. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Bezahlung der ausstehenden Mietzinse für die Monate April bis September 2020 sowie der in der Schlussrechnung vom 15. Oktober 2020 geltend gemachten Schadenspositionen.

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Eingabe vom 24. Juli 2020 (Datum Poststempel) machte die Klägerin das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 4. Dezember 2020 erhob der Beklagte Widerklage und es konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, weshalb der Klägerin mit Beschluss der Schlichtungsbehörde vom 4. Dezember 2020 die Klagebewilligung erteilt wurde.

2.2. Am 18. Dezember 2020 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage sowie die ihr am 18. Dezember 2020 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde vom 4. Dezember 2020 innert Frist ein. Mit dem Weiterzug der Hauptklage ans hiesige Gericht wurde letzterem auch die vom Beklagten anlässlich der Schlichtungsverhandlung erhobene Widerklage ohne Weiteres zu Beurteilung vorgelegt. Mit Verfügung vom 22. Dezember 2020 wurden deshalb die Doppel der Klage und der Beilagen dem Beklagten zugestellt und den Parteien Frist angesetzt, um für die sie allenfalls treffenden Gerichtskosten einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'643.– (Klägerin) und Fr. 2'467.– (Beklagter) zu leisten. In der Folge leistete die Klägerin ihren Kostenvorschuss innert Frist. Der Beklagte jedoch leistete – auch nachdem ihm mit Verfügung vom 13.

Januar 2021 eine Nachfrist angesetzt worden war – seinen Kostenvorschuss nicht, weshalb mit Verfügung vom 3. Februar 2021 auf die Wiederklage nicht eingetreten und der Klägerin neuerlich Frist angesetzt wurde, um ihren Kostenvorschuss um Fr. 497.– zu erhöhen. Dieser Aufforderung kam die Klägerin innert Frist nach. Daraufhin wurden die Parteien am 15. Februar 2021 zur Hauptverhandlung auf den 14. April 2021 vorgeladen.

2.3. Mit Schreiben vom 9. April 2021 stellte der Beklagte ein Verschiebungsgesuch für die Verhandlung, welches mit Schreiben vom 12. April 2021 bewilligt wurde. [...] . Sodann wurden die Parteien am 22. April 2021 zur Hauptverhandlung auf den 9. Juni 2021 vorgeladen. Auf Bitte des Beklagten liess ihm das Gericht mit Schreiben vom 3. Mai 2021 ausserdem eine Kopie der Vorladung zukommen.

2.4. In der Folge ist der Beklagte zur Hauptverhandlung unentschuldigt nicht erschienen. Nach Durchführung der Hauptverhandlung erweist sich das Verfahren als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Das unbegründete Urteil erging am 9. Juni 2021. Mit Schreiben vom 23. Juni 2021 (Datum Poststempel) verlangte der Beklagte fristgerecht die Begründung des Urteils.

II. Prozessuales

[1. Zuständigkeit und Verfahrensart ...]

2. Säumnis und Säumnisfolgen

2.1. Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Für das Eintreten der Säumnisfolgen im Sinne von Art. 234 ZPO wird die gehörige Vorladung sowie das Fernbleiben einer Partei an der Hauptverhandlung vorausgesetzt. Eine Vorladung ist korrekt, wenn sie den entsprechenden Inhalt gemäss Art. 133 ZPO umfasst und mindestens zehn Tage vor dem Erscheinungstermin versandt wurde, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 134 ZPO). Die Zustellung hat durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise ge-

gen Empfangsbestätigung zu erfolgen (Art. 138 Abs. 1 ZPO). In der Folge kann das Gericht eine korrekt anberaumte Verhandlung trotz Fernbleiben einer Partei durchführen (Art. 234 ZPO i.V.m. Art. 147 Abs. 2 ZPO; BGE 146 III 297 E. 2.3-7) und, unter Berücksichtigung von Art. 153 ZPO i.V.m. Art. 247 ZPO, die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei seinem Entscheid zu Grunde legen (Art. 234 ZPO).

2.2. Im vorliegenden Fall erfolgte die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 9. Juni 2021 inhaltlich korrekt. Ferner wurde sie am 21. April 2021, mithin mehr als zehn Tage vor der Verhandlung, per eingeschriebener Postsendung versandt. Wie zu zeigen sein wird, galt die besagte Vorladung aufgrund der Zustellungsfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am 30. April 2021 als erfolgt.

2.3. Nach der sogenannten Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste. Die Geltung der Zustellungsfiktion setzt ein hängiges bzw. laufendes Verfahren voraus; d.h. das relevante Prozessrechtsverhältnis entsteht erst mit Rechtshängigkeit (BGer 2C.298/2015 v. 26. April 2017 E. 3.2. mit Hinweis auf BGE 138 III 225 E. 3.1 und 130 III 396 E. 1.2.3). Das Prozessrechtsverhältnis entsteht gegenüber dem Kläger, wenn er ein Verfahren rechts-hängig 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. WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich 2012, S. 120 f.; OGer ZH, PF180004 v. 8. Februar 2018 E. 4.3.2).

2.4. Wie das Gericht bereits in der Verfügung vom 13. Januar 2021 ausgeführt hat, war das Prozessrechtsverhältnis gegenüber dem Beklagten mit der Zustellung des Schlichtungsgesuchs und den diversen Vorladungen zur Schlichtungsverhandlung entstanden. Sodann hat sich der Beklagte in der Zwischenzeit bei verschiedenen Gelegenheiten selbst oder durch seine Tochter vernehmen lassen. Gerade nach der eigens beantragten und vom Gericht bewilligten Verschiebung der ursprünglich auf den 14. April 2021 angesetzten Hauptverhandlung

musste der Beklagte mit weiteren gerichtlichen Zustellungen rechnen, womit die Zustellungsfiktion in Bezug auf die Vorladung vom 21. April 2021 greift. Daran vermag auch der Umstand, dass die Vorladung mit der alten Adresse des Beklagten an der N.-strasse X in [...] Zürich versehen war, obwohl der Beklagte im Briefkopf des erwähnten Verschiebungsgesuchs dem Gericht seine neue Adresse an der O.-strasse Y in [...] Zürich bekannt gegeben hatte, nichts zu ändern. Aufgrund des vom Beklagten bei der Post veranlassten Nachsendeauftrags, durch welchen gemäss den öffentlich einsehbaren AGB an die alte Adresse adressierte Postsendungen während eines Jahres seit Auftragserteilung automatisch an die neue Adresse nachgesandt werden (vgl. "Factsheet Nachsendeauftrag", einsehbar unter:

<https://www.post.ch/de/empfangen/umzug/adressaenderung-mit-nachsendung>), wirkte sich die fehlerhafte Adressierung der Vorladung nicht zum Nachteil des Beklagten aus. Vielmehr wurden dem Beklagten sämtliche Sendungen des hiesigen Gerichts seit seinem Umzug an die O.-strasse Y in [...] Zürich, wo er gemäss Einwohnerkontrolle seit dem 1. Februar 2021 gemeldet ist, nachgesandt. So auch die Vorladung vom 21. April 2021 zur Hauptverhandlung auf den 9. Juni 2021. Während er jedoch beispielsweise die ursprüngliche Vorladung vom 15. Februar 2021 oder die Ladungsabnahme vom 12. April 2021 am Postschalter abholte, holte er die Vorladung vom 21. April 2021 nicht ab, obwohl auch in diesem Fall eine Abholeinladung an der O.-strasse Y in Zürich, und damit an der aktuellen Adresse des Beklagten hinterlegt worden war, wie aus dem System-Ausdruck des Poststatus zur genannten Sendung deutlich hervorgeht. Stattdessen wurde die Sendung nach Ablauf der Abholfrist am 30. April 2021 mit dem – nach dem Gesagten korrekten – Vermerk "Nicht abgeholt" an das Gericht retourniert.

2.5. Der Beklagte ist somit der Hauptverhandlung trotz gehöriger Vorladung unentschuldigt ferngeblieben und die Säumnisfolgen sind entsprechend eingetreten, weshalb am 9. Juni 2021 ohne den Beklagten gültig verhandelt wurde. Da sich der Beklagte zu den Vorbringen der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung nicht äusserte, kann dem Entscheid im Wesentlichen die Darstellung der Klägerin zugrunde gelegt werden, soweit dem nicht die soziale Untersuchungs-

maxime entgegensteht (Art. 247 Abs. 2 ZPO). Zudem sind die bisher eingereichten Eingaben und Urkunden beim Entscheid zu berücksichtigen.

(...»

* * * * *

Aus dem Beschluss und Urteil des **Obergerichts** des Kantons Zürich
NG210014-O vom 3. November 2021 (Weiterzug offen; Gerichtsbesetzung: Lichti
Aschwanden, Bantli Keller, Jeker; Gerichtsschreiber Jenny):

«(...)

1.

(...)

1.3. Nach einmaliger Verschiebung fand die Hauptverhandlung bezüglich der Hauptklage am 9. Juni 2021 statt, wobei der Mieter nicht vor Gericht erschien und die Vermieterin neu Fr. 10'140.– zuzüglich Zins für ausstehende Mietzinse sowie Fr. 1'007.85 zuzüglich Zins als Schadenersatz verlangte. Mit Urteil vom 9. Juni 2021 verpflichtete die Vorinstanz den Mieter, der Vermieterin Fr. 10'140.– zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juni 2020 sowie Fr. 1'007.85 zuzüglich 5 % Zins seit dem 16. Oktober 2020 zu bezahlen.

(...)

2.

2.1. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid zusammengefasst wie folgt: Die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 9. Juni 2021 sei inhaltlich korrekt erfolgt und sie sei mehr als zehn Tage vor der Verhandlung versandt worden. Aufgrund der Zustellungsfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO habe die Vorladung des Mieters als am 30. April 2021 erfolgt gegolten. Der Mieter sei somit der Hauptverhandlung trotz gehöriger Vorladung unentschuldigt ferngeblieben.

(...)

2.2. Der Mieter ist der Ansicht, sein Fernbleiben von der Hauptverhandlung vom 9. Juni 2021 könne nicht zu seinem Nachteil berücksichtigt werden: Er sei aus gesundheitlichen Gründen ausser Stande gewesen, sein Postfach fristgerecht zu öffnen. Sobald er anfangs Mai 2021 die Abholungseinladung für die Vorladung gesehen habe, habe seine Tochter die Vorinstanz telefonisch gefragt, ob sie die Vorladung nochmals zusenden könne. Dies sei bejaht worden. Es sei aber nicht gesagt worden, wann die Gerichtsverhandlung stattfände, da nur die Tochter am Telefon gewesen sei. Die Einladung sei trotz Versprechen nicht nochmals geschickt worden. Er habe deshalb keine Kenntnis von der Gerichtsverhandlung gehabt.

Dem Mieter wurde am 21. April 2021 eine Vorladung für die Hauptverhandlung am 9. Juni 2021 per Einschreiben zugeschickt. Die Vorladung wurde vom Mieter nicht abgeholt. Da der Mieter sich am Schlichtungsverfahren beteiligt und sich auch im vorinstanzlichen Verfahren verschiedentlich geäussert hatte, musste er mit weiteren Zustellungen rechnen (vgl. OGer ZH PF180004 vom 8. Februar 2018 E. 4.3.2). Damit galt die Vorladung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Der Zustellversuch geschah am 23. April 2021, womit die Vorladung entsprechend als am 30. April 2021 dem Mieter zugestellt galt.

Es ergeben sich sodann aus den Akten keine Hinweise für ein unrechtmässiges bzw. gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Vorladung, welches zur Ungültigkeit der Vorladung führen muss. Im Gegenteil hat die Vorinstanz dem Mieter am 3. Mai 2021 wunschgemäß eine Kopie der Vorladung zugeschickt. Dies mit dem Hinweis, dass es sich lediglich um eine Kopie handle und die Vorladung vom 21. April 2021 massgebend sei. Allein die theoretische Möglichkeit, dass die freiwillig und uneingeschrieben versandte Kopie der Vorladung den Mieter nicht erreicht hat, kann nicht dazu führen, dass die Zustellfiktion nicht zur Anwendung gelangt bzw. der Mieter als nicht gehörig vorgeladen gilt. Damit kam die Vorinstanz zu Recht zum

Schluss, der Mieter sei der Hauptverhandlung vom 9. Juni 2021 unentschuldigt ferngeblieben.

(...»

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2021, 31. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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