

# **OW\_GERICHTE AbR 1998/99 Nr. 16 vom 27. Juli 1998**

OW Obergericht, 1998-07-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR 1998\\_99 Nr. 16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1998_99_Nr._16)

FR: OW\_GERICHTE AbR 1998/99 Nr. 16 du 27 juillet 1998

IT: OW\_GERICHTE AbR 1998/99 Nr. 16 del 27 luglio 1998

## **Regeste**

AbR 1998/99 Nr. 16, S. 87: Art. 602 ZGB, Art. 37 ZPO Notwendige Streitgenossenschaft der Erbengemeinschaft. Absehen vom Erfordernis des Einbezugs aller Erben in das Verfahren in dringlichen Fällen; Frage offen gelassen, ob im Mieterausweis

## **Erwägungen**

### **E. 1**

K. reichte das Ausweisungsbegehren der Vorinstanz im Namen und Auftrag der Erbengemeinschaft J. ein. Die Vorinstanz setzte sich nicht mit der Frage auseinander, ob K. ohne Vollmacht der einzelnen Mitglieder der Erbengemeinschaft rechtsgültig Klage erheben konnte, und sie führte auch die an der Erbengemeinschaft beteiligten Personen nicht ausdrücklich im Rubrum ihres Entscheides an. Für Klagen, die aus einem Recht hergeleitet werden, welches mehreren Berechtigten zur gesamten Hand zusteht, besteht grundsätzlich eine notwendige Streitgenossenschaft (vgl. Art. 37 ZPO; Max Guldener, *Schweiz. Zivilprozessrecht*, Zürich 1979, 296). Ein solches Gesamthandverhältnis besteht auch bei der Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB). Grundsätzlich ist deshalb eine Klage für oder gegen ungenannte Erben unzulässig (BGE 79 II 115; Frank/Sträuli/Messmer, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, Zürich 1997, N. 8 zu § 39 ZPO). Wird die Klage nicht von allen gemeinsam Berechtigten erhoben oder nicht gegen alle Beteiligten gerichtet, so fehlt die erforderliche Sachlegitimation auf Seiten des Klägers oder des Beklagten, weshalb die Klage als unbegründet abzuweisen ist (Guldener, a.a.O., 297; Hans-Ulrich Walder-Richli, *Zivilprozessrecht*, Zürich 1996, 152). Vom Erfordernis der Gesamthand wird indessen abgesehen in dringlichen Fällen, wenn es gilt, eine kurze Frist zu wahren oder sonst drohenden Schaden abzuwenden (BGE 73 II 170, 58 II 195; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 8a zu § 39 ZPO). Ob vorliegend auf einen dringlichen Fall geschlossen werden könnte, kann offen bleiben. Auf Ersuchen hin reichte der Vertreter der Erbengemeinschaft (nachfolgend: Rekurrentin) nämlich am 20. August 1998 eine Prozessvollmacht ein, die von sämtlichen Erben unterzeichnet ist. Die Aktivlegitimation ist deshalb gegeben.

### **E. 2**

Der Rekursgegner nahm weder die Schreiben der Rekurrentin betreffend Zahlungsaufforderung und Kündigungsandrohung sowie Kündigung noch die Zustellungen der Vorinstanz entgegen. Auch im Rekursverfahren ging die Aufforderung der Obergerichtskommission an den Rekursgegner, zum Rekurs Stellung zu nehmen, als nicht abgeholt an das Gericht zurück. Es stellt sich demnach die Frage, ob die gerichtlichen Zustellungen und jene der Rekurrentin als rechtsgültig erfolgt gelten können. a) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Geschieht dies nicht innerhalb der in Art. 169 Abs.

1 lit. d und e der Verordnung (1) vom 1. September 1967 zum Postverkehrsgesetz (PVV 1; SR 783.01) vorgesehenen Abholfrist von sieben Tagen, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hat rechnen müssen (BGE 123 III 493, 119 V 94, E. 4.b). b) Der Rekursgegner bezahlte offenbar seit Februar 1998 die ausstehenden Mietzinsen für Wohnung und Lagerraum nicht mehr. Er musste demnach damit rechnen, dass die Rekurrentin ihm im Sinne von Art. 257 d OR eine Zahlungsfrist ansetze und ihm androhe, dass das Mietverhältnis gekündigt werde, und dass schliesslich diese Kündigung auch ausgesprochen würde. Musste er aber mit der Kündigung rechnen, so musste ihm auch bewusst sein, dass er richterlich ausgewiesen werden konnte. Da er ebenfalls mit gerichtlichen Zustellungen, welcher Art auch immer, rechnen musste, haben alle Sendungen als zugestellt zu gelten, und zwar unabhängig davon, ob die Zustellungen durch die Post oder durch den Weibel erfolgten (vgl. Art. 64 ff. ZPO). Auf Anfrage hin erklärte der Weibel im Übrigen, dass mindestens an einem Abend in der Wohnung Geräusche von einem Radio oder einem Fernseher zu hören gewesen seien. Als er geklingelt habe, sei es dann still geworden. Auch eine andere Bewohnerin des Hauses habe bestätigt, dass jemand zu Hause sein müsse. Sie habe gesehen, wie das Auto zugefahren sei. Dies deutet klar auf Annahmeverweigerung hinsichtlich der gerichtlichen Zustellungen hin (vgl. Art. 69 ZPO), zumal entsprechende Versuche mehrmals und zu verschiedensten Zeiten unternommen wurden. Eine Veröffentlichung im Amtsblatt gemäss Art. 67 ZPO konnte demnach unterbleiben.

### **E. 3**

Die Verfügung vom 27. Juli 1998 ist in Bezug auf den Lagerraum unangefochten geblieben und demnach rechtskräftig geworden. Zu prüfen ist nur, ob das Ausweisungsbegehren in Bezug auf die 5 1/2-Zimmerwohnung gutgeheissen werden kann. a) Die Vorinstanz hat das Ausweisungsbegehren hinsichtlich der 5 1/2-Zimmerwohnung abgewiesen, weil die Ansetzung der Zahlungsfrist mit der Kündigungsandrohung sowie die Kündigung selbst nicht auch an R. gerichtet worden sei. Im Rekursverfahren legte nun die Rekurrentin ein Schreiben von R. vom 9. September 1997 vor. Darin teilte diese der Rekurrentin mit, dass sie sich vom Rekursgegner trenne und in den nächsten Tagen aus der Wohnung ausziehen werde. Ab 1. Oktober 1997 werde der Rekursgegner allein Mieter sein. Fraglich ist demnach, ob dieser im Rekursverfahren neu aufgelegte Beleg berücksichtigt werden kann. Bei Rekursen im summarischen Verfahren sind nach Art. 274 Abs. 1 ZPO neue Behauptungen und Beweismittel zulässig, es sei denn, dass sie infolge groben Verschuldens vor der ersten Instanz nicht vorgebracht wurden. Nach der Rechtsprechung der Obergerichtskommission liegt grobe Fahrlässigkeit im Sinne dieser Bestimmung dann vor, wenn ein Verfahrensbeteiligter unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht gelassen hat, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen (AbR 1996/97 Nr. 6, E. 3.c/bb). Im vorliegenden Fall fällt in Betracht, dass die Rekurrentin nicht anwaltlich vertreten ist. Wohl handelte sie fahrlässig, indem sie dem Gericht nicht sämtliche massgeblichen Unterlagen einreichte. Dennoch kann nicht von grober Fahrlässigkeit die Rede sein. Da sie rechtsunkundig war, kann ihr nicht angelastet werden, sie habe elementarste Vorsichtsgebote missachtet, die jedem verständigen Menschen hätten einleuchten müssen. Das neu aufgelegte Schreiben von R. vom 9. September 1997 ist demnach im Rekursverfahren zu berücksichtigen. Da das Mietverhältnis nach dem Auszug von R. mit dem Rekursgegner allein fortgesetzt wurde, stellten die Rekurrenten die fraglichen Mitteilungen zu Recht nur dem Rekursgegner zu. b) Ist der Mieter nach der Übernahme der

Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinsen oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde; die Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende des Monats kündigen (Art. 257d OR). Im vorliegenden Fall kündigte die Rekurrentin sowohl den Mietvertrag vom 4. Dezember 1995 betreffend die 5 1/2-Zimmerwohnung als auch den Mietvertrag vom 2. März 1996 betreffend den Lagerraum am 28. Mai 1998 mit amtlichem Kündigungsformular auf den 30. Juni 1998. Der Kündigung war am 21. März 1998 die Ansetzung einer Zahlungsfrist bis 30. April 1998 vorangegangen. Die Rekurrentin hielt demnach die gesetzlichen Fristen ein. Der Rekursgegner bezahlte die ausstehenden Mietzinsen aktenkundig nicht. Die Kündigung erweist sich demnach auch hinsichtlich des Mietvertrags betreffend die 5 1/2-Zimmerwohnung als gerechtfertigt. Da sich der Rekursgegner nach Ablauf des Mietverhältnisses offenbar immer noch im Mietobjekt befindet, sind die Voraussetzungen für die Ausweisung gegeben.

#### **E. 4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs gutzuheissen und die Ziff. I Abs. 1 und Ziff. IV der Verfügung des Kantonsgerichtspräsidenten aufzuheben sind. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens gehen vollumfänglich zulasten des Rekursgegners (Art. 93 ZPO). Da die Rekurrentin erst im Rekursverfahren durch nachträgliche Einreichung des Schreibens von R. vom 9. September 1997 die Voraussetzungen für die Gutheissung des Ausweisungsbegehrens in Bezug auf die 5 1/2-Zimmerwohnung nachgewiesen hat, gehen indessen die Kosten des Rekursverfahrens zu ihren Lasten. de| fr | it Schlagworte kündigung erbgemeinschaft frist miete tag vorinstanz klage erbe dringlichkeit vermierter frage verfahren entscheid weibel mensch Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.602 OR: Art.257 Art.257d ZPO: Art.37 Art.64 Art.67 Art.69 Art.93 Art.274 PVV 1: - VPG: Art.169 Leitentscheide BGE 79-II-113 S.115 73-II-162 S.170 58-II-195 119-V-89 S.94 123-III-492 S.493 AbR 1998/99 Nr. 16 1996/97 Nr. 6

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.