

# ZH\_OBERGERICHT LF240014 vom 21. März 2024

ZH Obergericht, 2024-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF240014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF240014)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF240014 du 21 mars 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LF240014 del 21 marzo 2024

## Erwägungen

### E. 1.1

Mit Eingabe vom 6. Dezember 2023 ersuchte Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ namens und in Vertretung der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) gegenüber den Gesuchsgegnern und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (fortan Vorinstanz) um Rechtsschutz in klaren Fällen und machte ein Ausweisungsbegehren bezüglich der 4-Zimmerwohnung an der E. \_\_\_\_\_-strasse 1 in F. \_\_\_\_\_ anhängig (act. 1).

### E. 1.2

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2023 setzte die Vorinstanz den Berufungsklägern eine Nachfrist von 10 Tagen an, um eine durch sie unterzeichnete, aktuelle und verfahrensspezifische Vollmacht einzureichen, mit der Androhung, dass bei Säumnis das Gesuch vom 6. Dezember 2023 als nicht erfolgt gelte (act. 4).

### E. 1.3

Als innert Frist keine Eingabe erfolgte, schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Verfügung vom 22. Januar 2024 als gegenstandslos geworden ab (act. 9 = act. 13 [Aktenexemplar] = act. 15).

### E. 1.4

Gegen diese Verfügung erhob Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ im Namen und Auftrag der Berufungskläger mit Eingabe vom 5. Februar 2024 (act. 14) und einer Vollmacht vom 25. Januar 2024 (act. 16) Berufung bei der Kammer und stellte die eingangs genannten Anträge.

### E. 1.5

Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-11). In der Folge wurde mit Verfügung vom 21. Februar 2024 den Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten. Gleichzeitig wurde der Vorinstanz Frist angesetzt, um eine freigestellte schriftliche Stellungnahme einzureichen (act. 18).

### E. 1.6

Mit Eingabe vom 22. Februar 2024 reichten die Berufungskläger eine Ergänzung der Berufung samt Beilagen ein (act. 20 und 21/1-3). Diese wurde den

- 4 - Berufungsbeklagten mit Kurzbrief vom 23. Februar 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 22).

### E. 1.7

Die Berufungsbeklagten liessen sich innert Frist nicht vernehmen und die Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme (vgl. act. 23).

## **E. 2**

Aufl. 2016, Art. 91 N 46 m.w.H.; vgl. auch BGE 144 III 346 E. 1.2.1). Vorliegend beträgt der Bruttomietzins für die 4-Zimmerwohnung der Berufungsbeklagten Fr. 2'000.– (vgl. act. 3/1), weshalb sich der Streitwert auf insgesamt Fr. 12'000.– (6 x Fr. 2'000.–) beläuft. Da der Streitwert die Grenze von Fr. 10'000.– gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO erreicht, ist die Berufung zulässig.

### **E. 2.1**

Anfechtungsobjekt ist der Abschreibungsentscheid der Vorinstanz vom 22. Januar 2024 (vgl. act. 13). Der Abschreibungsentscheid infolge Gegenstandslosigkeit ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO, welcher der Berufung unterliegt, sofern der Streitwert von Fr. 10'000.– gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO erreicht ist. Ist der Streitwert nicht erreicht, unterliegt die Abschreibung als Endentscheid der Beschwerde gemäss Art. 319 lit. a ZPO (BGE 148 III 186 E. 6.3-6.5; OFK ZPO-Engler, 2. Aufl. 2015, Art. 242 N 10 f.; KUKO ZPO-Richters/Naegeli, 3. Aufl. 2021, Art. 242 N 12). Für die Berechnung des Streitwerts bei einem Ausweisungsverfahren ist vom Wert auszugehen, den die Nutzung des Mietobjekts während der Zeit hat, während welcher die Ausweisung nicht vollzogen werden kann. Dies entspricht praxisgemäss der mutmasslichen Dauer des Ausweisungsverfahrens von sechs Monaten (vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO,

### **E. 2.2**

Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid bei der Rechtsmit-

- 5 - telinstanz innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat.

### **E. 2.3**

Der angefochtene Entscheid wurde Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ am 25. Januar 2024 zugestellt (act. 10). Die vorliegende Berufung vom 5. Februar 2024 (Datum Poststempel) wurde daher innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinanz eingereicht. Die Berufungskläger sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

## **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog in ihrem Abschreibungsentscheid zusammengefasst, dass Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ mit Einreichung des Ausweisungsgesuchs keine rechtsgenügende Vollmacht eingereicht habe; zwar hätten die Berufungskläger seit 1. Juni

2014 die G. \_\_\_\_\_ AG mit der Verwaltung mandatiert, wobei ihr auch eine Prozessvollmacht eingeräumt worden sei. Grundsätzlich hätte die G. \_\_\_\_\_ AG Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ mit der Vertretung im vorliegenden Verfahren beauftragen können, da eine derartige Unterbevollmächtigung nicht unzulässig sei. In einem solchen Fall müssten allerdings sämtliche Vollmachten die Anforderung der Aktualität und Spezifizierung erfüllen. Da der eingereichte Hausverwaltungsvertrag jedoch weder aktuell noch verfahrensspezifisch sei, sei die Bevollmächtigung ungenügend. Infolgedessen sei Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 14. Dezember 2023 eine Nachfrist von 10 Tagen angesetzt worden, um eine solche nachzureichen. Diese Verfügung sei durch die Schweizerische Post im Auftrag des Gerichts mit Gerichtsurkunde Nr. 2 spediert worden. Die Sendung sei Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ am 22. Dezember 2023 zur Abholung gemeldet, dem Gericht jedoch infolge Nichtabholung retourniert worden. Trotz Nichtabholung der Verfügung gelte die Sendung als am 29. Dezember 2023 zugestellt, da Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ als mutmasslicher Vertreter der Berufungskläger mit der Zustellung von gerichtlichen Sendungen habe rechnen müs-

- 6 - sen. Die angesetzte Zehntagesfrist sei folglich am 8. Januar 2024 verstrichen. Bis zu diesem Tag sei beim Gericht weder eine Vollmacht eingegangen, noch habe sich Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ anderweitig vernehmen lassen. Mangels rechtsgenügender Vollmacht gelte das Gesuch vom 6. Dezember 2023 als nicht erfolgt. Damit sei keine Eingabe vorhanden, die behandelt werden müsste, weshalb das Verfahren abzuschreiben sei (act. 13 E. 4).

### **E. 3.2**

Dem hält Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ in seiner Berufung entgegen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. Er hätte der Verfügung vom 14. Dezember 2023 gerne Folge geleistet und sich eine Vollmacht, wie von der Vorinstanz verlangt, ausstellen lassen und eingereicht. Nur habe er davon nichts gewusst. Er habe die Abholungseinladung der Post nie erhalten und einzig aus diesem Grund die Sendung nicht abgeholt. Eine weitere unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz liege sodann darin, und diese sei erheblich weniger nachvollziehbar, dass ihm unterstellt werde, dass er sich "auch sonst nicht habe vernehmen lassen". Ab ca. dem 13. Dezember 2023 habe er sich sehr wohl bei der Vorinstanz erkundigt. So habe er auch im Januar 2024 diverse Male bei der Vorinstanz angerufen und nachgefragt, weshalb er seit Einreichung des Gesuchs nichts mehr gehört habe. Als ihm mitgeteilt worden sei, dass die Verfügung nicht abgeholt worden sei, habe er um erneute Zustellung gebeten, wobei er davon ausgegangen sei, es habe sich um die Kostenauflageverfügung gehandelt. Es seien in diesem Zusammenhang auch Protokollnotizen erstellt worden. Insofern habe er sich der Vorinstanz gegenüber sehr wohl und sehr klar vernehmen lassen. Was der konkrete Inhalt der Verfügung gewesen sei, die der Vorinstanz retourniert worden sei, sei ihm am Telefon trotz Anfrage nicht eröffnet worden (vgl. zusammengefasst act. 14 Rz. 3 ff.). Ein zumindest sehr starkes Indiz – so Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ weiter – dass er die Sendung bei der Post abgeholt und der Verfügung Folge geleistet hätte, wenn er die Abholungseinladung erhalten hätte, sei im Folgenden zu erblicken: Im Verfahren Geschäfts-Nr. CG230018, das beim Bezirksgericht Winterthur anhängig sei, sei ihm eine Verfügung vom 21. Dezember 2023 zugestellt worden. Die Sendung sei am 22. Dezember 2023 mit Gerichtsurkunde Nr. 3 versandt wor-

- 7 - den. In der Folge sei ihm die Abholungseinladung am 27. Dezember 2023, um 09.17 Uhr, hinterlegt worden und er habe die Sendung gleichentags um 14.06 Uhr bei der

Postagentur ... Zürich H.\_\_\_\_\_ abgeholt. Die Abholung habe während der Abholfrist der Sendung der Vorinstanz stattgefunden, wobei der 27. Dezember 2023 der fünfte Tag der Abholfrist gewesen sei. Es verstehe sich von selbst, dass er an diesem Tag (wenn nicht schon früher) auch die Sendung der Vorinstanz ab- geholt hätte, wäre ihm nur diese Sendung tatsächlich, und nicht nur angeblich, zur Abholung gemeldet worden. Aus dem Gesagten ergebe sich, dass der Post wohl ein Fehler unterlaufen sei. Wie er gezeigt habe, sei er trotz des Jahresendes sehr wohl da gewesen und habe eingeschriebene Sendungen von Gerichten abgeholt. Der anfängliche Anschein gemäss Track & Trace der Sendung aus Bülach sei da- durch zerstört worden. Er ersuche daher höflich, die angefochtene Verfügung auf- zuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 14 Rz. 7 f.).

### **E. 3.3**

Mit Eingabe vom 22. Februar 2024 brachte Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ im Sinne eines Novums sodann vor, dass er am Mittwoch 21. Februar 2024 zwei elektronische Mitteilungen der Post erhalten habe, wonach für zwei Sendungen seitens des Justice de Paix de Nyon eine Abholungseinladung hinterlegt worden sei. In seinem Briefkasten habe er indes keine Abholungseinladung vorgefunden. Anhand der elektronischen Mitteilungen habe er die Sendungen dennoch glei- chentags bei der Post abholen können. Am Morgen vom 22. Februar 2024 habe ihm Herr J.\_\_\_\_\_, welcher im selben Geschäftshaus für die Gesellschaft namens K.\_\_\_\_\_ AG tätig sei, die Abholungseinladung dieser zwei Sendungen ausgehän- digt. Diese sei am Vortag irrtümlich im Briefkasten der K.\_\_\_\_\_ AG statt in seinem Briefkasten deponiert worden. Weiter sei zu beachten, dass nicht für alle einge- schriebenen Sendungen eine elektronische Mitteilung der Post erfolge. Für die Sendung des Bezirksgerichtes Bülach habe er keine solche elektronische Mittei- lung erhalten. Vor diesem Hintergrund ergebe sich, dass leider bei Zustellungen der Post bzw. Hinterlegung von Abholzetteln Fehler passierten (act. 20).

### **E. 3.4**

Die Zustellfiktion gemäss Art. 138 ZPO setzt voraus, dass eine postalische Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten (gegebenenfalls in das Postfach) des Adressaten gelegt wurde (BGE 116 III 61). Bedient sich eine Be-

- 8 - hörde für die Zustellung von Sendungen dabei der Post und ist infolge Unmöglich- keit der direkten Übergabe an den Adressaten oder eine empfangsberechtigte Person eine Abholungseinladung auszustellen, gilt nach der Rechtsprechung eine – widerlegbare – Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ord- nungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt hat und das Zustelldatum korrekt registriert worden ist. Mit anderen Worten findet be- züglich der Ausstellung der Abholungseinladung eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten des Empfängers ausfällt, der den Erhalt der Abholungseinladung – aus welchen Grün- den auch immer – bestreitet. Zur Widerlegung der Vermutung bedarf es keines strikten Beweises, vielmehr genügt der Nachweis der überwiegenden Wahr- scheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung (vgl. BGer 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 3.2 und 4.1).

### **E. 3.5**

Aktenkundig und unbestritten ist, dass die Verfügung vom 14. Dezember 2023 am 21. Dezember 2023 durch die Schweizerische Post eingeschrieben mit Gerichtsurkunde Nr. 2 an Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ versandt wurde (vgl. act. 5 und 8). Rechtsanwalt Dr. iur.

X.\_\_\_\_\_ bestreitet indes, dass ihm seitens der Post die Abholungseinladung ordnungsgemäss hinterlegt worden sei, was Bedingung für das Eintreten der Zustellfiktion wäre. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ die Vermutung der ordnungsgemässen Hinterlegung der Abholungseinladung zu widerlegen vermag oder ob bei der Verfügung vom 14. Dezember 2023 die Zustellfiktion nach Art. 138 ZPO greift.

### **E. 3.6**

Zur Widerlegung der Vermutung der ordnungsgemässen Zustellung reichte Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ einen Empfangsschein mit der Sendungsnummer 3 des Bezirksgerichtes Winterthur sowie den Verlauf des Track & Trace der Sendung ein (vgl. act. 17/2 und act. 17/3). Aus der Sendungsverfolgung geht hervor, dass die Sendung des Bezirksgerichtes Winterthur am 22. Dezember 2023 der Schweizerischen Post übergeben und ihm am 27. Dezember 2023 zur Abholung gemeldet wurde (act. 17/3). Gleichentags, um 14.06 Uhr, holte er diese bei der zuständigen Poststelle ab, was sich ebenfalls aus der Sendungsverfolgung entnehmen lässt (act. 17/3). Angesichts dessen, dass die Verfügung der Vorinstanz

- 9 - vom 14. Dezember 2023 gemäss der Sendungsverfolgung am 22. Dezember 2023 zur Abholung gemeldet wurde, die Abholfrist bis am 29. Dezember 2023 lief (vgl. act. 5 und 17/4) und sich letztere demzufolge mit derjenigen der Sendung des Bezirksgerichtes Winterthur überschneidet, gelingt es Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ nachzuweisen, dass er zur besagten Zeit anwesend war und eingeschriebene Postsendungen abholte. Vor diesem Hintergrund – und auch unter dem Gesichtspunkt der berufrechtlichen Sorgfaltspflicht eines Anwalts – erscheint es unwahrscheinlich, dass Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ am 27. Dezember 2023 die Sendung des Bezirksgerichtes Winterthur abholte, aber diejenige der Vorinstanz nicht. Vielmehr spricht dieser Umstand dafür, dass der Schweizerischen Post bei der Zustellung der Abholungseinladung tatsächlich ein Fehler unterlief und Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ die Abholungseinladung nicht erhielt. Hinzu kommt, dass Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ in seiner Eingabe vom 22. Februar 2024 im Sinne eines Novums darlegte, dass es am 21. Februar 2024 bei der Zustellung von zwei Gerichtsurkunden durch den Justice de Paix de Nyon (erneut) zu einem Fehler bei der Zustellung der Abholungseinladung gekommen sei. Diese Noven und die eingereichten Beweismittel – welche gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen sind, da sie ohne Verzug vorgebracht wurden – vermögen zwar nicht zweifelsfrei zu beweisen, dass der Schweizerischen Post (abermals) ein Fehler unterlaufen ist. Aber immerhin sind sie als ein weiteres Indiz zu deuten, dass der Schweizerischen Post im Geschäftshaus an der L.\_\_\_\_\_ -strasse 4 in ... Zürich bei der Zustellung von Abholungseinladungen Missgeschicke passieren, sei es durch eine Verwechslung der Briefkästen oder aus anderen Gründen. Angesichts der dargestellten Umstände erscheint es vorliegend wahrscheinlicher, dass Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ die Abholungseinladung der Verfügung vom 14. Dezember 2023 der Vorinstanz durch die Post nicht ordnungsgemäss erhielt, als dass er die Abholfrist unbenutzt verstrichen liess. Seine Sachdarstellung erscheint plausibel und nachvollziehbar. Demzufolge ist es Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ gelungen, die Vermutung der ordnungsgemässen Zustellung der betroffenen Verfügung umzustossen. Die Zustellfiktion greift somit nicht.

- 10 - Auf die weiteren Ausführungen von Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_, wonach die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig erstellt habe, da er sich sehr wohl habe vernehmen lassen, ist daher nicht weiter einzugehen.

### **E. 3.7**

Die Berufung ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ hat mit der Berufung eine aktuelle, verfahrensspezifische und durch die Berufungskläger persönlich unterzeichnete Vollmacht (vgl. act. 16) eingereicht. Eine Kopie derselben ist der Vorinstanz mit Zustellung dieses Entscheids zuzustellen. Folglich bedarf es keiner erneuten Zustellung der Verfügung vom 14. Dezember 2023. Die Sache ist der Vorinstanz zur Fortsetzung des Verfahrens zurückzuweisen.

### **E. 4**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und Zustellung einer Kopie von act. 16, je gegen Empfangsschein.

### **E. 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. 12'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw D. Fabio versandt am: 22. März 2024

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