

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF180004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss und Urteil vom 8. Februar 2018

in Sachen

A._____,
Beklagte und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B._____,

gegen

C._____,
Klägerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **Ausweisung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Horgen vom 12. September 2017 (ER170030)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Gesuchsgegnerin im Rahmen eines Rechtsschutzes in klaren Fällen zu verpflichten, den Einstellplatz Nr. ... in der Sammelgarage ... [Adresse], gemäss mehrfach, letztmals am 24. Juli 2017 ergangener Aufforderung, sofort, ev. unter Einräumung einer kurzen Notfrist von maximal 14 Tagen, zu räumen und zu verlassen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben, sowie die ihr überlassenen Schlüssel zur Sammelgarage zurückzugeben.
2. Es sei dieser Ausweisungsbefehl mit der Vollstreckungsandrohung zu verbinden und das Stadtammannamt ... sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken oder vollstrecken zu lassen, zudem seien der Gesuchsgegnerin für den Fall der Nichtbeachtung und des Nichtnachkommens gegenüber diesem Ausweisungsbefehl Ordnungsbussen und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inklusive Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichts Horgen vom 12. September 2017:**

(act. 6 = act. 18 = act. 20)

- " 1. Die beklagte Partei wird verpflichtet, den Abstellplatz Nr. ... in der Sammelgarage ... [Adresse] bis spätestens 30. September 2017, 12.00 Uhr zu räumen und der klagenden Partei ordnungsgemäss (inklusive Rückgabe der ihr überlassenen Schlüssel) zu übergeben.

Die beklagte Partei wird für den Fall der Missachtung dieser Anordnungen auf die Strafdrohung von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) hingewiesen, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.
 2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 150.–.
 3. Die Kosten werden der beklagten Partei auferlegt. Sie werden vollumfänglich von der klagenden Partei bezogen, wofür dieser gegenüber der beklagten Partei das Rückgriffsrecht eingeräumt wird.
 4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 120.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- [5.-6. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Beschwerdeanträge

der Beklagten und Beschwerdeführerin (act. 19, sinngemäss):

1. Das Urteil vom 12. September 2017 sei aufzuheben und das Ausweisungsbegehren der Klägerin und Beschwerdegegnerin sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil vom 12. September 2017 aufzuheben und der Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Die Frist der Beklagten und Beschwerdeführerin zur Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren gemäss Verfügung vom 21. August 2017 sei wiederherzustellen.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens seien der Klägerin und Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, und die Klägerin und Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beklagten und Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung ("Aufwandentschädigung") nach dem korrekt festgesetzten Streitwert zu bezahlen.
5. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens seien der Vorinstanz, eventualiter Bezirksrichterin D._____ persönlich aufzuerlegen, und der Beklagten und Beschwerdeführerin sei für die entstandenen Schäden (finanziell wie gesundheitlich) eine Entschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen, welche die ungerechtfertigten Ausweisungsmassnahmen und die Strafverfolgung berücksichtige.
6. Die von der Klägerin und Beschwerdegegnerin zu bezahlende Entscheidungsbüher für das erstinstanzliche Verfahren sei zu erhöhen.

prozessualer Antrag der Beklagten und Beschwerdeführerin (act. 19 S. 2):

- "1. Die laufenden Ausweisungsmassnahmen seitens des Staathalteramts ... sind per sofort auszusetzen bis die Beschwerde seitens Obergericht Zürich entschieden wurde.
2. Das laufende Strafverfahren der Staatsanwaltschaft, sowie Befragung und Durchsetzung seitens Kapo ..., POM E._____ sind per sofort auszusetzen bis die Beschwerde seitens des Obergerichts Zürich entschieden wurde."

der Klägerin und Beschwerdegegnerin (prozessual und zur Sache; act. 24 S. 1):

- "1. Es sei die erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde unverzüglich aufzuheben;
2. Es sei die Beschwerde abzuweisen;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin und Beklagten, ev. zulasten der Staatskasse."

Erwägungen:

1.

1.1 Die Klägerin und Beschwerdegegnerin C._____ vermietete mit Mietvertrag vom 13. April 2016 den Einstellplatz Nr. ... in der Sammelgarage ... [Adresse] an die Beklagte und Beschwerdeführerin A._____ (vgl. act. 18 S. 3 und act. 1 S. 3 f.). Die Klägerin und Beschwerdegegnerin wird daher nachfolgend als Vermieterin, die Beklagte und Beschwerdeführerin als Mieterin bezeichnet.

1.2 Die Vermieterin stellte mit Eingabe vom 16. August 2017 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend Vorinstanz) das eingangs angeführte Ausweisungsbegehren. Die Vermieterin stützte dieses Begehren auf die Kündigung vom 22. September 2016 per 31. Dezember 2016 (vgl. act. 1).

1.3 Die Vorinstanz erliess am 12. September 2017 das eingangs angeführte Urteil, mit dem sie das Begehren der Vermieterin schützte (vgl. act. 6 = act. 18 = act. 20). Das Urteil vom 12. September 2017 konnte der Mieterin nicht zugestellt werden. Die Post retournierte die Sendung nach Ablauf der 7tägigen Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz (act. 7/1).

1.4 Mit Eingabe vom 12. Januar 2018, unter Hinweis auf die erst an diesem Tag erfolgte volle Kenntnisnahme vom Urteil, erhob die Mieterin Beschwerde gegen das Urteil vom 12. September 2017 und stellte die eingangs angeführten Rechtsmittelanträge (act. 19).

1.5 Der Vorsitzende der Kammer erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 17. Januar 2018 antragsgemäss die aufschiebende Wirkung und erklärte, dass die Vermieterin Gelegenheit habe, innert 10 Tagen zur aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen und dass es ohne eine solche Stellungnahme für die Dauer des Verfahrens bei dieser Entscheidung bleibe. Gleichzeitig setzte er der Vermieterin die 10tägige Frist an, um die Beschwerde zu beantworten (act. 22). Die Verfügung wurde der Vermieterin am 18. Januar 2018 zugestellt (act. 23/2).

1.6 Mit Eingabe vom 26. Januar 2018 (Datum Poststempel) erstattete die Vermieterin die Beschwerdeantwort, nahm gleichzeitig Stellung zur aufschiebenden Wirkung und stellte die eingangs angeführten Anträge (act. 24).

1.7 Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-16); es fehlen indes die Einlegerakten der Vermieterin, da die Vorinstanz diese im Zeitpunkt des Aktenbeizugs bereits an die Vermieterin retourniert hatte (die Einlegerakten sind für die Beurteilung der Beschwerde indes nicht erforderlich). Es wurde davon abgesehen, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss zu verlangen (Art. 98 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Der Mieterin sind indes noch die Doppel der act. 24, 25/A und 25/1-7 zuzustellen.

2.

2.1 Gegen Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 314 ZPO). Vorausgesetzt ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

2.2 Die Vorinstanz errechnete ausgehend vom Bruttomietzins von Fr. 80.00 pro Monat und einer Verfahrensdauer von 6 Monaten (im Sinne der vom Verfahren betroffenen Zeitspanne, während welcher die Vermieterin nicht über das Mietobjekt verfügen könne) einen Streitwert von Fr. 480.00 (act. 18 S. 8 f.). Die Mieterin legt unter Hinweis auf Erwägungen der Kammer im Urteil vom 29. Mai 2017 (RU170031) einen Streitwert von Fr. 19'200.00 nahe bzw. zumindest einen solchen von Fr. 1'120.00, wie ihn die Kammer im erwähnten Verfahren angenommen habe (vgl. act. 19 S. 11).

Dem Standpunkt der Mieterin ist nicht zu folgen. Die Erwägung der Kammer im erwähnten Urteil bezog sich lediglich auf ein in jenem Verfahren vorgebrachte Argument der Mieterin, welche mit Kostenbeschwerde die Streitwertberechnung des Friedensrichteramts monierte, an welches sie mit ihrem Begehren um Nichtigerklärung der Kündigung vom 22. September 2016 gelangt war. Die Kammer wies darauf hin, dass im Falle der Anwendung der von der Mieterin dort erwähnten Be-

stimmung von Art. 92 Abs. 2 ZPO ein Streitwert von Fr. 19'200.00 resultieren würde. Damit wurde nicht gesagt, dass die erwähnte Bestimmung effektiv anwendbar sei (und das ist auch nicht der Fall). Im Übrigen ist das Kündigungsschutzverfahren vom Ausweisungsverfahren verschieden. Dass im Kündigungsschutzverfahren ein Streitwert von Fr. 1'120.00 errechnet wurde, erlaubt für das Ausweisungsverfahren daher keinen Rückschluss. Beim Ausweisungsverfahren geht es um die Bruttomietzinsen für die vom jeweiligen Verfahren betroffene Zeitdauer, während welcher der Vermieter nicht über das Mietobjekt verfügen kann (vgl. OGer ZH PF170030 vom 25. Juli 2017, E. 2.1.1). Die Vorinstanz hat den Streitwert deshalb korrekt auf Fr. 480.00 berechnet und wies richtig darauf hin, dass gegen das angefochtene Urteil nur die Beschwerde nach Art. 319 lit. a ZPO gegeben sei (act. 18 S. 9).

2.3 Die Beschwerde gegen einen Erledigungsentscheid im summarischen Verfahren ist in Wahrung der 10tägigen Beschwerdefrist ab Zustellung des angefochtenen Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). In der Begründung hat die Beschwerde führende Partei sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen. Bei Rechtsmitteleingaben von Laien genügt es, wenn wenigstens rudimentär dargelegt wird, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei leidet (vgl. OGer ZH RU160007 vom 15. März 2016, E. 2 mit Hinweisen).

3.

3.1 Die Mieterin macht zur Wahrung der Beschwerdefrist wie eingangs erwähnt geltend, sie habe erst am 12. Januar 2018 volle Kenntnis vom angefochtenen Urteil erhalten. Sie habe zwar am 13. Dezember 2017 von der Kantonspolizei vom Urteil erfahren. Dabei habe sie aber nur die Teilinformationen erhalten, welche dem Polizeibeamten vorgelegen seien. Dieser habe ihr eine unvollständige Urteilskopie übermittelt und habe sie angewiesen, das Gericht zu kontaktieren, um sich ein Urteil zu besorgen. Am 14. Dezember 2017 morgens habe sie das Bezirksgericht Horgen angerufen und darauf hingewiesen, dass sie dringend das Urteil und die Verfügung benötige. Im Aktenverzeichnis der Vorinstanz sei dieser Anruf nicht vermerkt. Sie, so die Mieterin, habe aber einen Zeugen für das Ge-

spräch. Vom 16. Dezember 2017 bis 6. Januar 2018 sei sie aufgrund einer im Oktober 2017 gebuchten F.____-Reise landesabwesend gewesen. Ihr Ehemann sei gesundheitlich angeschlagen gewesen und sei gemäss Bestätigung seines Psychiaters vom 18. Dezember 2017 nicht in der Lage gewesen, sich um administrative Belange zu kümmern. Vom 27. Dezember 2017 bis 4. Januar 2018 habe ihr Ehemann sodann vergeblich versucht, bei der Vorinstanz Akten erhältlich zu machen. Erst am 5. Januar 2018 habe er die zuständige Person der Vorinstanz erreicht, welche von ihm eine neue Vertretungsvollmacht verlangt habe. Diese sei umgehend zugestellt worden. Am 12. Januar 2018 habe ihr Ehemann schliesslich Akteneinsicht nehmen können und volle Kenntnis vom Urteil erlangt (act. 19 S. 2, S. 4 ff., act. 21/11).

3.2 Es rechtfertigt sich, zunächst zu prüfen, ob die Beschwerdefrist mit der geschilderten Information der Mieterin durch die Kantonspolizei ausgelöst werden konnte. Die Vermieterin macht das sinngemäss geltend (act. 24 S. 5 f.). In diesem Fall wäre ohne weiteres zu schliessen, dass die Mieterin die Beschwerdefrist nicht wahrte, und auf eine allfällige frühere Zustellung oder Zustellungsfiktion wäre nicht einzugehen.

3.2.1 Eine informelle Mitteilung des angefochtenen Entscheids, welche eine Partei von der mit Vollstreckungsmassnahmen beauftragten Kantonspolizei erhält, stellt indes keinen ordentlichen Zustellungsweg nach Art. 136 ff. ZPO dar. Die Information der Mieterin durch die Kantonspolizei ist deshalb für sich nicht als rechtsgültige Zustellung des Urteils zu betrachten.

3.2.2 Eine andere Frage ist, ob die Kenntnissgabe durch die Kantonspolizei eine allfällige frühere, nicht gehörige Zustellung heilen konnte. Bei einer bloss lückenhaften Information durch die Kantonspolizei kann allerdings nicht gesagt werden, die Mieterin hätte trotz des Mangels Kenntnis von der Zustellung erhalten und ihr sei die (ganze) Sendung tatsächlich zugegangen (so die Voraussetzungen, vgl. LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 138 N 71). Auch die Vermieterin macht nicht geltend, die Mieterin habe von der Kantonspolizei ein vollständiges Exemplar des Urteils erhalten. Die Information durch die Kantonspolizei

war somit auch im Sinne der Heilung einer früheren ungehörigen Zustellung nicht geeignet, die Beschwerdefrist auszulösen.

Selbst wenn die Mieterin vom erwähnten Polizeibeamten ein vollständiges Urteil erhalten hätte, würde sich – nebenbei bemerkt – fragen, ob dies mit Blick auf die Auslösung der Beschwerdefrist die ordentliche Zustellung ersetzen könnte. Jedenfalls nach der Praxis zur Beschwerde gegen die Konkurseröffnung nach Art. 174 SchKG (wo Schuldner gelegentlich vom Konkursamt ein Exemplar des Entscheids über die Konkurseröffnung erhalten) wäre das nicht der Fall (vgl. DIGGELMANN, Rechtsmittel gegen die Konkurseröffnung, in: ZZZ 2016, Rechtsklärung und Rechtsdurchsetzung nach SchKG, Sonderausgabe für Ingrid Jent-Sørensen, S. 99 mit Hinweisen). Danach wäre auch die Übergabe eines vollständigen Exemplars des angefochtenen Entscheids durch die Kantonspolizei nicht geeignet gewesen, die Beschwerdefrist auszulösen.

Der Umstand, dass die Mieterin am 12. Dezember 2017 von der Kantonspolizei Informationen über das angefochtene Urteil erhielt, war somit nicht geeignet, die Beschwerdefrist auszulösen.

3.3 Zur Frage, ob bereits mit der gescheiterten Zustellung des angefochtenen Urteils durch die Vorinstanz (vgl. vorne Ziff. 1.3) eine Beschwerdefrist ausgelöst wurde, ist das Folgende festzuhalten:

3.3.1 Im erstinstanzlichen Verfahren scheiterte schon die erste Zustellung an die Mieterin: Die Vorinstanz setzte der Mieterin mit Verfügung vom 21. August 2017 Frist an, um eine Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren einzureichen. Die Mieterin holte die Verfügung bei der Post nicht ab, und die Sendung wurde nach dem Ablauf der 7tägigen Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (vgl. act. 5 und die Track&Trace-Informationen zur angegebenen Sendungsnummer). Die Vorinstanz erwog dazu, die Mieterin habe mit einer Zustellung rechnen müssen. Dieser Umstand führe zur Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Gegenüber der Mieterin sei daher (da sie keine Stellungnahme eingereicht habe) androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden (act. 18 S. 2 f.).

3.3.2 Die Mieterin macht beschwerdeweise (u.a.) geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Zustellfiktion ausgegangen. Aufgrund unkorrekter Zustellung der Verfügung vom 21. August 2017 habe sie, so die Mieterin weiter, unverschuldet keine Kenntnis vom gesamten Verfahren gehabt. Die Vorinstanz müsse ihr eine neue Frist ansetzen, damit sie sich zum Ausweisungsbegehren äussern könne (act. 19 S. 3, S. 11).

3.3.3 Wenn dem Standpunkt der Vorinstanz gefolgt wird, wonach die Mieterin mit Zustellungen rechnen musste, so gilt die Zustellfiktion auch mit Blick auf das angefochtene Urteil. Dieses gälte dann als am 21. September 2017 (Ablauf der 7-tägigen Abholfrist, vgl. vorne Ziff. 1.3 sowie act. 7/1 und die Track&Trace-Informationen der Post zur dort angegebenen Sendungsnummer) zugestellt. Die Mieterin hätte in diesem Fall mit ihrer Beschwerdeeingabe vom 12. Januar 2018 die Beschwerdefrist nicht gewahrt.

Damit hängt sowohl die Rechtzeitigkeit der Beschwerde als auch deren Begründetheit von der Frage ab, ob die Mieterin im Verfahren vor der Vorinstanz mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste und die gescheiterten eingeschriebenen Zustellungen daher mit dem Ablauf der Abholfrist fingiert wurden. Eine solche doppelt relevante Tatsache wird nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die betroffene Zulässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, sofern sie – wie vorliegend – schlüssig behauptet wurde. Die Klärung der entsprechenden rechtlichen Frage erfolgt im Rahmen der materiellen Beurteilung, und es wird ein Sachentscheid gefällt (vgl. KUKO ZPO-DOMEJ, 2. Auflage 2014, Art. 60 N 6 f., sowie OGer ZH LF160059 vom 22. Dezember 2016, E. 3b, je mit Hinweisen). In prozessualer Hinsicht ist somit nicht weiter zu prüfen, ob die Mieterin die Beschwerde rechtzeitig eingereicht hat, sondern es ist ein Sachentscheid zu fällen. Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

4.

4.1 Die Mieterin macht mit dem bereits erwähnten Vorbringen (vgl. oben Ziff. 3.3.2) sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt (Art. 53 ZPO), indem sie zu Unrecht von der Zu-

stellfiktion ausgegangen sei und aufgrund des Vorbringens der Vermieterin entschieden habe. Zu den fraglichen Zustellungen der Vorinstanz erklärt die Mieterin weiter, die Post habe ihr die Sendungen nicht korrekt zugestellt, indem sie jeweils für zwei (offenbar gleichzeitige) Zustellungen an sie und ihren Ehemann lediglich einen Abholzettel mit der Angabe "2 GU A._____ + B._____" bzw. "2 GU B._____, A._____" hinterlassen habe. Sie habe, so die Mieterin weiter, aufgrund der Adressierung an beide Ehegatten angenommen, es gehe um Zustellungen in einer Steuersache, in welcher sie wegen einer längeren Abwesenheit ihres Ehemannes keine Zustellungen abgeholt habe. Aus diesem Grund habe sie die Sendungen nicht abgeholt und seien die Zustellungen gescheitert (vgl. act. 19 S. 4 f., act. 21/2-3).

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, act. 24 S. 6) 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. Auflage 2015, Art. 138 N 11; HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 138 N 67). Diese Auffassung läuft indes dem klaren Gesetzeswortlaut zuwider. Sie ist daher abzulehnen. Ohne Festhalten der Verweigerung durch die überbringende Person, also insbesondere bei eingeschriebener Zustellung, steht es nach der gesetzlichen Konzeption im Belieben einer Partei, Zustellungen abzuholen oder nicht. Auch wenn die Mieterin – wie sie selber angibt – die eingeschriebenen Sendungen absichtlich nicht abholte, um Zustellungen in anderen Verfahren zu verhindern, gereicht ihr das mit Blick auf

dieses Verfahren nicht zum Nachteil (solange sie nicht nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO mit Zustellungen rechnen musste – darauf wird nachfolgend eingegangen).

Die weitere Frage, ob der Post mit der geschilderten Anzeige zweier eingeschriebener Sendungen bzw. Gerichtsurkunden an die Mieterin bzw. an ihren Ehemann auf einem Abholzettel (vgl. soeben Ziff. 4.1) ein Fehler unterlief, ist nicht weiter relevant, weil das Scheitern der fraglichen Zustellversuche aus den nachfolgenden Gründen für die Mieterin ohnehin nicht nachteilig ist:

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 ... gelangte und die Nichtigkeitsklärung der Kündigung vom 22. September 2016 verlangte, und dass sie ferner den Beschluss des Friedensrichteramts beim Obergericht angefochten habe (act. 18 S. 2, act. 24 S. 5). 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 (vgl. OGer ZH RU170031 vom 29. Mai 2017, E. I; das Urteil befand sich als act. 3/11 in den Akten der Vorinstanz, doch es wurde als Teil der Einlegerakten wie erwähnt bereits an die Vermieterin retourniert).

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 Bestim-

mung 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 E. 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. Auflage 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, E. 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, E. 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, E. 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, E. 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 E. 3.2). Würden dagegen auch andere Umstände mit einbezogen, aufgrund 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 (act. 24 S. 3 ff.).

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.

4.3.4 Würden Umstände ausserhalb des Verfahrens dennoch herangezogen, um eine Zustellfiktion zu begründen, so müssten diese Umstände jedenfalls eine "gewisse Wahrscheinlichkeit" für eine Zustellung begründen (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 138 N 52). Das Mass dieser Wahrscheinlichkeit wäre hoch anzusetzen, denn es müsste vor dem Hintergrund der aufgezeigten Praxis über die Wahrscheinlichkeit hinausgehen, welche etwa beim Vorliegen eines Zahlungsbefehls und nach erhobenem Rechtsvorschlag für ein Rechtsöffnungsverfahren spricht (oder nach vorsorglicher Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für ein Verfahren über dessen definitive Eintragung). Denn diese Umstände rechtfertigen wie gesehen keine Zustellfiktion. Zudem wäre zu verlangen, dass das Gericht von den fraglichen Umständen im Rahmen der massgeblichen Tatsachenfeststellung rechtzeitig Kenntnis erlangt. Dabei wäre im vorliegenden Beschwerdeverfahren das Novenverbot von Art. 326 ZPO massgeblich und dürfte nur auf das vor Vorinstanz vorgebrachte Tatsachenmaterial abgestellt werden (sowie lediglich auf die in der Rechtsschrift an die Vorinstanz selber vorgetragenen Behauptungen und nicht auf Tatsachen, die sich lediglich aus Beilagen ergeben; vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Auflage 2017, Art. 221 N 27). Auch wenn

so vorgegangen wird, führt dies nicht zu einem für die Vermieterin günstigen Ausgang:

4.3.4.1 Die Vermieterin machte vor der Vorinstanz geltend, die Mieterin habe zunächst die Kündigung vom 22. September 2016 auf der Post nicht abgeholt. Sie habe, so die Vermieterin weiter, daraufhin mit verschiedenen Schreiben an die Mieterin an der Kündigung per 31. Dezember 2016 festgehalten. Ein Schreiben vom 11. Oktober 2016 sei der Mieterin, nachdem sie die Sendung nicht angenommen habe, am 22. November 2016 amtlich zugestellt worden. Mit Schreiben vom 28. November 2016 habe sie die Mieterin erneut aufgefordert, das Mietobjekt per 31. Dezember 2016 zu räumen. Mit einem weiteren Schreiben vom 10. März 2017 – nachdem die Mieterin an das Friedensrichteramt gelangt sei – habe sie der Mieterin nochmals mitgeteilt, dass an der Kündigung festgehalten werde. Schliesslich sei auch die erneute Aufforderung mit Schreiben vom 24. Juli 2017 unbeachtet geblieben (act. 1 S. 4 f.).

4.3.4.2 Aus der aufgezeigten Schilderung ergibt sich, dass die Vermieterin vor der Vorinstanz nicht geltend machte, sie habe der Mieterin rechtliche Schritte angedroht, falls sie das Mietobjekt nicht übergebe (was der Vermieterin aber nichts genützt hätte, siehe unter 4.3.5). Die Vermieterin erklärte vor Vorinstanz lediglich, dass sie vor dem Kündigungstermin gegenüber der Mieterin an der Kündigung festgehalten und nach dem Termin in zwei Schreiben an die Mieterin die Räumung des Mietobjekts verlangt habe. Dabei liess die Vermieterin nach dem Kündigungstermin bis zum ersten Schreiben (vom 10. März 2017) über zwei Monate und bis zum zweiten Schreiben (vom 24. Juli 2017) nochmals über vier Monate verstreichen (in diesen Zeitraum fiel das Verfahren um die in der Klagebewilligung festgesetzten Kosten). Aus diesen Umständen kann nicht geschlossen werden, dass die Mieterin Ende August 2017, als die Vorinstanz ihr die erwähnte Verfügung zuzustellen versuchte, mit genügend hoher Wahrscheinlichkeit mit einer gerichtlichen Zustellung in einem Ausweisungsverfahren rechnen musste. Ob es sich anders verhielte, wenn die Vermieterin nach dem Verstreichen des Kündigungstermins zeitnah mehrmals die Übergabe der Mietsache verlangt hätte, kann offen bleiben.

4.3.5 Der Vollständigkeit halber ist hinzuzufügen, dass auch ein Hinwegsehen über die Novenschranke keinen anderen Schluss rechtfertigte:

Die Vermieterin verweist beschwerdeweise erneut auf die bereits vor Vorinstanz erwähnten Schreiben an die Mieterin. Im letzten der genannten Schreiben (vom 24. Juli 2017) habe sie – so die Vermieterin neu im Beschwerdeverfahren – ausdrücklich angedroht, die gerichtliche Räumung zu erwirken, unter Einräumung einer letzten Frist bis 14. August 2017 (act. 24 S. 3 f.; act. 25/1-2, 25/5). Der Umstand alleine, dass eine Partei einer anderen ein gerichtliches Vorgehen androht, kann indes nicht dazu führen, dass die andere Partei im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO mit einer Zustellung rechnen müsste. Andernfalls wäre schwer ersichtlich, weshalb es bei der aufgezeigten Konstellation der Konkursandrohung anders sein sollte. Wenn die amtliche Androhung eines Verfahrens nicht zur Folge hat, dass die Partei mit dem entsprechenden Verfahren rechnen muss, so genügt dafür die rein private Androhung durch die Gegenpartei umso weniger.

Die Gegenmeinung würde im Übrigen die kaum willkürfrei beantwortbare Frage aufwerfen, während welcher Zeitdauer eine Partei nach einer solchen Androhung mit einem Verfahren rechnen müsste. Die darin liegende Unsicherheit wird mit der erwähnten Praxis, an der festzuhalten ist, beseitigt.

4.4 Beruft eine Partei sich rechtsmissbräuchlich auf das noch nicht begründete Prozessrechtsverhältnis, so ist sie nicht zu schützen (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.1; BGer 5D_130/2011 vom 22. September 2011 E. 2.2). Die Vermieterin macht das in der Beschwerdeantwort (zumindest sinngemäss) geltend (act. 24 S. 3 ff.).

4.4.1 Rechtsmissbrauch kann allerdings nicht bereits deshalb angenommen werden, weil eine Adressatin aufgrund ausserhalb des Verfahrens liegender Umstände mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit einem Verfahren rechnen musste. Andernfalls würde das Rechtsmissbrauchsverbot die aufgezeigte klare Bundesgerichtspraxis ins Gegenteil verkehren. Das ginge nicht an. Auch wenn über die Novenschranke hinweggesehen wird, kann somit aus der Korrespondenz der Parteien im Vorfeld des Ausweisungsverfahrens nicht auf Rechtsmissbrauch geschlossen werden.

4.4.2 Hat eine Partei dagegen auf anderem Weg als durch ordentliche Zustellung tatsächlich sichere Kenntnis davon erlangt, dass ein Verfahren gegen sie hängig ist, so lässt sich zumindest vertreten, die Berufung auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis sei rechtsmissbräuchlich. Unter diesem Aspekt ist das Argument der Vermieterin zu prüfen, wonach die Mieterin vom Ausweisungsverfahren Kenntnis gehabt habe (act. 24 S. 3).

Im Einzelnen macht die Vermieterin geltend, die Mieterin habe in einer E-Mail an die Verwaltung der Tiefgarage vom 8. Dezember 2017 die folgende Mitteilung gemacht: "Bitte teilen Sie mir mit, wann genau Sie mit Frau C. ____ gesprochen haben bezüglich Ihres Vermittlungsversuches" (act. 24 S. 3). Warum aus dieser Mitteilung folgen sollte, dass die Mieterin vom damals bereits Monate zurückliegenden Ausweisungsverfahren Kenntnis gehabt haben sollte, ist nicht ersichtlich. Die Mitteilung lässt daher nicht darauf schliessen, die Mieterin berufe sich rechtsmissbräuchlich auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis. Nichts anderes gilt für die im gleichen E-Mail-Verlauf enthaltene Mitteilung der Verwaltung vom 6. November 2017, "Es bleibt uns damit nur, Sie um Räumung des Platzes zu bitten und auf die Nutzung des Stromes zu verzichten" (act. 25/6 und act. 24 S. 4). Diese Mitteilung erfolgte auf eine Anfrage des Ehemanns der Mieterin vom 18. Oktober 2017 hin und stand im Zusammenhang mit Eigentümerversammlungen; sie enthält ferner den Hinweis, dass die Verwaltung "an der aktuellen Situation nichts ändern konnte". Die Nachricht erweckt für den unbefangenen Leser eher den Eindruck, dass die Situation um das gekündigte Mietobjekt im fraglichen Zeitraum noch Thema von Versammlungen war, und erlaubte somit gerade nicht den Rückschluss darauf, dass ein Ausweisungsverfahren hängig war bzw. dass in jenem Zeitpunkt bereits ein Entscheid über die Ausweisung vorlag (den die Verwaltung aber offensichtlich nicht erwähnte). Auch diese Mitteilung kann nicht zum Schluss führen, dass die Mieterin tatsächlich sichere Kenntnis vom Ausweisungsverfahren hatte und die Berufung auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis daher rechtsmissbräuchlich wäre.

4.4.3 Aus dem Vorbringen der Mieterin selber im Beschwerdeverfahren ergibt sich (das wurde bereits erwähnt, vgl. vorne Ziff. 4.1-2), dass die Mieterin die fraglichen

Zustellungen der Vorinstanz absichtlich nicht abholte. Auch das hat indes nicht zur Folge, dass die Berufung auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis rechtsmissbräuchlich wäre. Es ist wie gesehen gerade die Konsequenz der gesetzlichen Regelung, dass eine Partei (solange die Voraussetzungen von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht vorliegen) sich frei entscheiden kann, eine eingeschriebene gerichtliche Zustellung abzuholen oder nicht (vgl. vorne Ziff. 4.2). Absichtliches Nichtabholen kann daher nicht rechtsmissbräuchlich sein. Das Gericht hat, wenn sich ordentliche Zustellungen als unmöglich erweisen, nach Art. 141 ZPO vorzugehen (vor einer Publikation sind indes nach der Praxis drei Versuche auf zwei verschiedenen Wegen erforderlich, also insbesondere etwa eine persönliche Zustellung z.B. durch das zuständige Gemeinde- oder Stadtammannamt; vgl. dazu OGer ZH LF160059 vom 22. Dezember 2016, E. 5a).

4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Unrecht von einer Fiktion der Zustellung ihrer Verfügung vom 21. August 2017 ausging. Mangels Zustellung dieser Verfügung hätte die Vorinstanz der Mieterin die darin angedrohte Säumnisfolge bei unterbleibender Stellungnahme (Entscheid aufgrund der Akten) nicht entgegen halten dürfen. Die Vorinstanz verletzte somit, indem sie von einem unbestrittenen Sachverhalt ausging (act. 18 S. 4 unten), den Anspruch der Mieterin auf Wahrung des rechtlichen Gehörs. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

Es handelt sich um eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden kann (zumal der Sachverhalt in diesem Verfahren nach Art. 320 lit. b ZPO nicht frei überprüft wird). Auch führte eine Rückweisung unter diesen Umständen nicht zu einem formalistischen Leerlauf und zu unnötigen Verzögerungen (vgl. zum Ganzen BGE 137 I 195 E. 2.3 sowie BGE 138 III 225 E. 3.3).

Ohnehin ist das Verfahren nicht spruchreif (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO) – insbesondere folgt die fehlende Liquidität des Ausweisungsanspruchs entgegen der Mieterin (act. 19 S. 10) nicht bereits aus dem Umstand, dass das Friedensrichteramt über ihre Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung nicht entschied. Die Gründe, weshalb das Friedensrichteramt keinen Entscheid fällte, sondern ei-

ne Klagebewilligung ausstellte, sind nicht bekannt und sind auch nicht erheblich. Der Entscheid über den Erlass eines Entscheids bei Streitwerten unter Fr. 2'000.00 steht im Ermessen der Schlichtungsbehörde bzw. des Friedensrichteramts (Art. 212 ZPO).

Nach dem Gesagten ist der Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Vorinstanz hat die Mieterin anzuhören, d.h. sie hat – sofern sie kein mündliches Verfahren durchführt – der Mieterin eine neue Frist zur Stellungnahme anzusetzen (vgl. dazu BGer 5D_130/2011 vom 22. September 2011, E. 2.3). In dieser Situation ist auf das Fristwiederherstellungsgesuch der Mieterin nicht weiter einzugehen.

Die Mieterin ist darauf hinzuweisen, dass sie sich – nachdem sie nun vom Verfahren Kenntnis hat und das Prozessrechtsverhältnis im Beschwerdeverfahren die Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens nach der Rückweisung mit umfasst – sorgfältig um ihre Post von der Vorinstanz kümmern müssen. Würde sie eine allfällige neue Fristansetzung zur Stellungnahme nicht abholen, gälte die Zustellung als am letzten Tag der Abholfrist gültig erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; vgl. OGer ZH PS150058 vom 20. Mai 2015, E. 3.3).

4.6 Der Antrag der Vermieterin, es der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen (act. 24 S. 2), wird mit dem Ergehen des Erledigungsentscheids gegenstandslos. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

5.

Die Mieterin äussert in ihrer Beschwerdeeingabe die Ansicht, die Richterin, die Gerichtsschreiberin und die Auditorin der Vorinstanz sowie Friedensrichter G._____ vom Friedensrichteramt ... hätten Pflichtverletzungen begangen. Daher, so die Mieterin weiter, werde sie ein Disziplinarverfahren zur Amtsenthebung einleiten (act. 19 S. 12). Die Mieterin kam ihrer Ankündigung daraufhin jedoch soweit ersichtlich nicht nach. Weiterungen dazu erübrigen sich.

6.

6.1 Nach den vorstehenden Erwägungen wird der angefochtene Entscheid vollumfänglich aufgehoben. Die Vorinstanz wird nach der Ergänzung des Verfahrens auch einen neuen Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen treffen. Der Antrag der Mieterin, es sei für das erstinstanzliche Verfahren eine höhere Entscheidgebühr festzulegen (act. 19 S. 3), wird daher gegenstandslos. Ohnehin wäre darauf nicht einzutreten, weil die Mieterin an der Erhöhung von Gerichtskosten kein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

6.2 Es rechtfertigt sich, für das Beschwerdeverfahren keine Entscheidgebühr zu erheben, da der fehlerhafte Entscheid der Vorinstanz von keiner Partei veranlasst wurde (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

6.3 Beide Parteien verlangen für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung. Die unterliegende Vermieterin wird nach Art. 106 Abs. 1 ZPO entschädigungspflichtig, und sie kann aus diesem Grund keine Entschädigung beanspruchen. Die Mieterin macht keine notwendigen Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO geltend, und sie war nicht anwaltlich vertreten, weshalb der Ersatz entsprechender Kosten nach lit. b der Bestimmung nicht in Frage kommt.

Weitere Schadenspositionen sind nicht unter dem Titel Parteientschädigung zu kompensieren.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben, soweit die Beklagte und Beschwerdeführerin eine Erhöhung der erstinstanzlichen Entscheidgebühr verlangt.
2. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Urteil.

Es wird erkannt:

1. Soweit das Verfahren nicht abgeschrieben wird, wird die Beschwerde gutgeheissen. Das vorinstanzliche Urteil vom 12. September 2017 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Eine Umtriebsentschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Beschwerdeführerin unter Beilage der Doppel von act. 24, 25/A und 25/1-7, sowie unter Beilage der Akten des erstinstanzlichen Verfahrens an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 480.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:
8. Februar 2018