

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG170017-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 31. Januar 2018

in Sachen

1. ...,

2. **A.**_____,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

sowie

C._____,

Kläger und Verfahrensbeteiligter,

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X._____,

betreffend

Kündigungsschutz / Anfechtung

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 21. Juni 2017 (MB170007)

Erwägungen:

I.

1. Mit schriftlichem Vertrag vom 18. September 2015 mietete die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) zusammen mit ihrem Ehemann (Kläger 1 im vorinstanzlichen Verfahren) vom Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) ab 1. Oktober 2015 eine Villa mit Umschwung an der D.____-Strasse ... in Zürich zur Nutzung als Familien-Wohnhaus (act. 4/1). Der Vertrag war unbefristet und mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündbar, frühestens auf den 30. September 2017 (act. 4/1).
2. Mit Schreiben vom 22. September 2016 kündigte der Beklagte den Mietvertrag auf den 30. September 2017 (act. 4/2/1 und act. 4/2/2).
3. Mit Eingabe vom 30. Oktober 2016 gelangten die Kläger an die Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich und verlangten die Aufhebung der Kündigung sowie eventualiter eine Erstreckung des Mietverhältnisses. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 23. Januar 2017 konnte jedoch keine Einigung erzielt werden, worauf den Klägern mit Beschluss vom 23. Januar 2017 die Klagebewilligung erteilt wurde (act. 5).
4. Mit Eingabe vom 27. Februar 2017 reichten die Kläger beim Mietgericht des Bezirks Zürich (Vorinstanz) Klage ein mit folgendem Rechtsbegehren (act. 1 und 2 S. 2):
 1. Es sei die Kündigung vom 22. September 2016 des Beklagten aufzuheben.
 2. *Eventualiter* sei das Mietverhältnis zwischen den Parteien betreffend das Mietobjekt Liegenschaft D.____-Strasse ..., ... Zürich, Villa mit Umschwung, *erstmals* um zwei Jahre, d.h. bis zum

30. September 2019, zu erstrecken, wobei eine zweite Mieterstreckung ausdrücklich vorzubehalten sei.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

5. Mit Präsidialverfügung vom 7. März 2017 (act. 12) beschränkte die Vorinstanz das Prozessthema auf die Frage der Einhaltung der Verwirkungsfrist für die Anfechtung der Kündigung gemäss Art. 273 OR. Nach Einholung einer schriftlichen Stellungnahme des Beklagten vom 15. März 2017 (act. 15 und 16) und Durchführung der Hauptverhandlung am 18. Mai 2017 (Prot. VI S. 6 ff.) wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 21. Juni 2017 (act. 26 = act. 30) ab.

6. Das vorinstanzliche Urteil wurde dem klägerischen Vertreter am 23. Juni 2017 zugestellt (act. 27). Mit Eingabe vom 24. August 2017 erhob die Klägerin unter Berücksichtigung der Gerichtsferien (vgl. Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen:

1. In Gutheissung der Berufung seien die Ziffern 1, 3 und 4 des Urteiles des Mietgerichtes Zürich vom 21. Juni 2017 vollumfänglich aufzuheben und wie folgt abzuändern:
 - a. Es sei die Kündigung des Berufungsbeklagten vom 22. September 2016 aufzuheben.
 - b. *Eventualiter* sei das Mietverhältnis zwischen den Parteien betreffend das Mietobjekt Liegenschaft D. _____-Strasse ..., ... Zürich, Villa mit Umschwung, *erstmal*s um zwei Jahre, d.h. bis zum 30. September 2019, zu erstrecken, wobei eine zweite Mieterstreckung ausdrücklich vorzubehalten sei.
2. Eventualiter sei die Sache zur Abklärung des Sachverhaltes und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen beider Instanzen zu Lasten des Berufungsbeklagten.

7. Nachdem die Klägerin gemeinsam mit ihrem Ehegatten, der ebenfalls Mieter ist, an die Schlichtungsbehörde und an die Vorinstanz gelangt war, erhebt sie nun alleine Berufung, während ihr Ehegatte auf das Rechtsmittel verzichtet, was mit ihren unterschiedlichen Prozesschancen begründet wird (act. 31 S. 25 Ziff. 7.2.21). Gemäss Art. 273a OR sei jeder Ehepartner für sich alleine berechtigt, die Kündigung anzufechten, was auch für die Erhebung eines Rechtsmittels gelte.

Es bestehe keine notwendige materielle Streitgenossenschaft zwischen ihnen (act. 31 S. 4 Ziff. 3.2 m.H. auf BGE 115 II 362 und BGE 118 II 168 E. 2).

Gegenstand des Verfahrens ist die Kündigung einer Familienwohnung. Gemäss Art. 273a OR kann bei einer Familienwohnung auch der Ehegatte des Mieters die Kündigung anfechten, die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen oder die übrigen Rechte ausüben, die dem Mieter bei Kündigung zustehen. Da sowohl die Klägerin als auch ihr Ehegatte Mieter sind, entspricht der Sachverhalt zwar nicht genau demjenigen, der in dieser Bestimmung geregelt ist. Hat ein Ehegatte, der nicht Mieter ist, eine selbständige Anfechtungsmöglichkeit, gibt es jedoch keinen Grund, dieses Recht einem Ehegatten bei einem gemeinsamen Mietverhältnis vorzuenthalten, wie das Bundesgericht festhielt (BGE 118 II 168 E. 2.b a.E.). Das alleinige Vorgehen der Klägerin ist daher nicht zu beanstanden.

Unabhängig von der Prozessführungsbefugnis handelt es sich um ein einheitliches Rechtsverhältnis, über das einheitlich zu entscheiden ist. Es liegt eine sogenannte uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft vor (vgl. Fuchs, Die Kündigungsanfechtung bei Familienwohnungen - Aspekte der Prozessstandschaft, BJM 2017 S. 11-32, S. 17 und S. 30; Jent, Die Verfahrensrechte der Ehegatten bezüglich der Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB, Art. 273a OR und Art. 153 nSchKG, in Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich, Nr. 21, Oktober 1996, S. 20). Das bedeutet, die Klägerin muss ihren Ehegatten nicht neben dem Beklagten ebenfalls ins Recht fassen, aber ihr Ehegatte ist im Rubrum als Verfahrensbeteiligter aufzuführen, und der vorliegende Entscheid ist ihm (über seinen Vertreter, der laut der im Berufungsverfahren ins Recht gelegten Vollmacht [act. 33] auch der Vertreter der Klägerin ist) mitzuteilen.

8. Die Klägerin leistete den ihr mit Verfügung vom 22. September 2017 (act. 35) auferlegten Vorschuss für die Kosten des Berufungsverfahrens am 26. September 2017 (act. 37). Der Beklagte beantwortete die Berufung mit Eingabe vom 11. Dezember 2017 (act. 40) und beantragte die vollumfängliche Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Entscheids. Die Berufungsantwort ist der Klägerin mit diesem Entscheid zuzustellen.

II.

1. Die Frist für eine Anfechtung der Kündigung und ein Begehren um Erstreckung des Mietverhältnisses beträgt 30 Tage ab Empfang der Kündigung (Art. 273 Abs. 1 OR). Wie erwähnt, beschränkte die Vorinstanz das Verfahren auf die Frage, ob diese Frist eingehalten wurde.
2. Der Beklagte kündigte der Klägerin und ihrem Ehegatten mit dem in Art. 266l OR gesetzlich vorgeschriebenen amtlichen Formular, das er in Nachachtung von Art. 266n OR jedem von ihnen separat zustellte (act. 4/2/1 und act. 4/2/2). Da der Postbote bei seinem Zustellversuch am 23. September 2016 niemanden antraf, legte er eine Abholungseinladung in den Briefkasten, auf der als Gegenstand "2 Briefe / Einschreiben" und als Empfänger "C. _____" (das ist der Ehegatte der Klägerin, C. _____) angegeben war (act. 4/3).
3. Die Vorinstanz stellte fest, gemäss unbestrittener eigener Darstellung habe der Ehegatte der Klägerin die Abholungseinladung vor einer seiner zahlreichen beruflichen Auslandsreisen am Sonntag, 25. September 2016, in seine Brieftasche gesteckt. Als er während seines Auslandsaufenthaltes auf den Avis gestossen sei und bemerkt habe, dass die Abholfrist abzulaufen drohe, habe er ihn eingescannt und die Klägerin darum gebeten, die Briefe bei der Post mithilfe des von ihm erstellten Abbildes des Avis abzuholen. Die Klägerin habe die Kündigungsschreiben darauf am 30. September 2016 am Postschalter in Empfang genommen (act. 30 S. 3 E. 1.2 m.H. auf Prot. VI S. 14 f.).
4. Ob die Eingabe vom 30. Oktober 2016 an die Schlichtungsbehörde rechtzeitig erfolgte, hängt davon ab, welches Ereignis den Lauf der Frist nach Art. 273 OR auslöste: das Deponieren des Abholscheins im Briefkasten durch den Postboten am 23. September 2016 oder das Abholen der Briefe auf der Poststelle durch die Klägerin am 30. September 2016.

Die Vorinstanz stellte die verschiedenen Lehrmeinungen und die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu diesem Thema einlässlich dar. Es sei bedauerlich, dass das Bundesgericht das in seinen neuen Entscheiden nicht ebenfalls ge-

tan habe. "Aus Sicht einer unteren Instanz" lasse sich jedoch nur konstatieren, dass der Entscheid darüber, welche Teile von Lehre und Rechtsprechung sich als bewährt i.S. von Art. 1 Abs. 3 ZGB erwiesen hätten und welche nicht, das Vorrecht des Bundesgerichts sei. Nachdem das Bundesgericht in mittlerweile drei neueren publizierten Entscheiden deutlich gemacht habe, dass es bei seiner Haltung bleiben möchte, und sich überdies die Kritik an der neuen Rechtsprechung in erster Linie auf die Methode beziehe, während das Ergebnis durchaus auch auf Zustimmung stosse oder zumindest als vertretbar erachtet werde, folgte sie daher der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und wandte die absolute Empfangstheorie an (act. 30 S. 4 ff.).

Nach der absoluten Empfangstheorie beginnt der Fristenlauf im Zeitpunkt, in dem die Willenserklärung in den Machtbereich des Empfängers oder von dessen Vertreter gelangt und der Empfänger üblicherweise davon Kenntnis nimmt. Erfolgt die Mitteilung über einen eingeschriebenen Brief und kann der Postbote diesen dem Adressaten nicht aushändigen und lässt er einen Abholschein im Briefkasten oder im Postfach zurück, gilt der Brief als empfangen, sobald der Adressat die Möglichkeit hat, die Sendung am Postschalter abzuholen, d.h. grundsätzlich am folgenden Tag (act. 30 S. 5 m.H. auf BGE 137 III 208 E. 3.1.2 und BGE 107 II 189 E. 2).

Den Einwand, die Klägerin habe von der Post keine eigene Abholungseinladung erhalten, was Art. 266n OR verletze, der eine separate Zustellung der Kündigung an den Mieter und seinen Ehegatten verlangt, verwarf die Vorinstanz. Zwar sei nur eine einzige Abholungseinladung für beide Einschreiben, lautend auf den Ehemann der Klägerin, C._____, in den Briefkasten gelegt worden. Als Ehefrau mit dem gleichen (Doppel-) Namen habe die Klägerin dennoch die Möglichkeit gehabt, das Kündigungsschreiben selbständig und ohne eine Vollmacht ihres Ehemannes bei der Poststelle abzuholen. Das sei gleichzusetzen mit der persönlichen Übergabe der Briefe an nur einen Ehegatten (act. 30 S. 15 E. 2.5).

Daher sei der Fristenlauf für beide Kläger an dem Tag ausgelöst worden, der auf die Avisierung zuhanden des Ehemannes der Klägerin durch den Postboten folgte. Da der Avis zuhanden des Ehemannes unstreitig am 23. September 2016 in

den Briefkasten gelegt worden sei, sei die Frist ab dem 24. September 2016 gelaufen (act. 30 S. 15 E. 2.5).

Daraus schloss die Vorinstanz, die Anfechtung der Kündigung mit Eingabe vom 30. Oktober 2016 erweise sich für beide Kläger als verspätet, und wies die Klage ab (act. 30 S. 16).

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 (act. 31 S. 5 Ziff. 4.2).

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 (act. 31 S. 7 Ziff. 7.1.2).

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 C. _____ 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 (act. 31 S. 20 unten).

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 (act. 31 S. 21 Ziff. 7.2.17).

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 (act. 31 S. 21 ff. Ziff. 7.2.18). 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 (act. 31 S. 24 Ziff. 7.1.9).

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 (act. 31 S. 25 Ziff. 7.2.2.1 und S. 4 Ziff. 3.2).

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 (act. 40 S. 8 Ziff. 18).

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 (act. 40 S. 9 Ziff. 19).

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 (act. 40 S. 8 Ziff. 17).

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 (act. 40 S. 13 Ziff. 33).

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 (act. 40 S. 12 Ziff. 29). 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 (act. 40 S. 11 Ziff. 26).

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 Vorinstanz zog die allgemeinen Grundsätze über den Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung heran, um die Anforderungen an eine Zustellung gemäss Art. 266n OR zu bestimmen. Sie hält fest, eine Willenserklärung in Briefform gelange in den Machtbereich des Empfängers, sobald diese durch den Postboten in den Briefkasten des Adressaten gelegt werde. Ob der Adressat dabei von der Sendung Kenntnis nehme, sei nicht entscheidend. Die Sendung

gelte auch als zugegangen, wenn sie einer zur Entgegennahme berechtigten Drittperson zugestellt werde. Der Empfänger trage das Risiko, falls die mit der Leerung des Briefkastens betraute Person ihm die Sendung verheimliche oder aus sonst einem Grund nicht aushändige. Würden beide Briefe gestützt auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post dem einen Ehegatten ausgehändigt, so hindere die fehlende Kenntnis des andern die Gültigkeit der Kündigung nicht (act. 30 S. 14 m.H. auf BGE 118 II 42 E. 3).

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 (act. 31 S. 11 f. m.H. auf BGE 118 II 42).

10. Die Vorinstanz räumte ein, die Klägerin sei auf dem Abholschein nicht selbständig avisiert worden. Als Ehefrau sei sie jedoch dazu in der Lage gewesen, das Kündigungsschreiben auf der Poststelle abzuholen, ohne dass sie dafür eine Vollmacht benötigte, was sie dann ja auch getan habe. Damit seien die Einschreiben mit der Hinterlegung der Abholungseinladung im Briefkasten in den Machtbereich beider Kläger gelangt (act. 30 S. 15 E. 2.5).

Familienangehörige, die im selben Haushalt leben und den gleichen Nachnamen tragen, benötigten nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post für die Abholung einer Postsendung gegen Abholungseinladung keine Vollmacht und Ehegatten, welche zusammen wohnen, seien berechtigt, solche Sendungen auch für den Partner entgegen zu nehmen (act. 30 S. 14 E. 2.4). Die Vorinstanz hielt den Klägern entgegen, dass sie "innerhalb des eigenen Machtbereiches" mit der Post keine abweichende Vereinbarung trafen, um dies zu verhindern bzw. eine individuelle Avisierung sicherzustellen (act. 30 S. 15 f.).

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 (act. 25 Art. 2.5.5 und Art. 2.5.7 lit. a und b).

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 (act. 4/3). 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" (act. 30 S. 15 E. 2.5) 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 Abholungsscheins 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 beginne, müsse das umso mehr auch im Fall der Hinterlegung eines Abholscheins gelten, der nur an den anderen Ehegatten gerichtet ist (act. 40 S. 8 Ziff. 17), 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 Allge-

meinen 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 (act. 30 S. 16 E. 2.6). 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, vgl. act. 40 S. 8 Ziff. 18).

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 (act. 30 S. 15 E. 2.5), 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 (act. 40 S. 5 Ziff. 5), 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 (act. 30 S. 16 E. 2.6), 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 (vgl. oben I.7), wirkt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils jedoch auch zu seinen Gunsten.

16. Da die Vorinstanz das Verfahren auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Klage beschränkte, ohne über die Anträge der Klägerin auf Aufhebung der Kündigung oder Gewährung einer Erstreckung zu befinden, kann die Berufungsinstanz nach der Aufhebung der vorinstanzlichen Klageabweisung keine neue Entscheidung fällen, sondern hat das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, da ein wesentlicher Teil der Klage noch nicht beurteilt wurde und die Parteien andernfalls eine Instanz verlieren würden (Art. 318 Abs. Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO).

III.

1. Mit der Aufhebung des angefochtenen Urteils, fällt auch die vorinstanzliche Regelung der Nebenfolgen dahin und ist neu vorzunehmen. Da das Verfahren zur neuen Entscheidung zurückgewiesen wird, ist das Sache der Vorinstanz.
2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens beschränkt sich die Rechtsmittelinstanz darauf, für das Berufungsverfahren die Entscheidgebühr festzusetzen, und überlässt die Verteilung der Prozesskosten im Übrigen der Vorinstanz (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Es ist vorzumerken, dass die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von der Klägerin bevorschusst wurden.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Mietgerichtes Zürich, Kollegialgericht, vom 21. Juni 2017 wird mit Bezug auf die Klägerin 2 und Berufungsklägerin aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'500.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten dieses Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin für dieses Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 7'500.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin (unter Beilage eines Doppels von act. 40), den Berufungsbeklagten, den Verfahrensbeteiligten, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. 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 Be-

schwerde 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
1. Februar 2018