

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF200072-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 25. September 2020

in Sachen

1. ...,
2. **A.**_____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B._____ **AG**,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch C._____ AG, D._____ AG

betreffend

Ausweisung (Rechtsschutz in klaren Fällen) / Fristwiederherstellung

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 18. August 2020 (ER190084)

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 11. November 2019 (Postaufgabe: 21. November 2019) ersuchte die B._____ AG (im Folgenden: Gesuchstellerin) das Bezirksgericht Bülach, es seien E._____ und A._____ (im Folgenden: Gesuchsgegner 1 und 2) zu verpflichten, die 4,5-Zimmer-Wohnung im 2. Obergeschoss an der F._____ - Strasse ... in G._____ und den Keller unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben (act. 6/1).

Mit Verfügungen vom 5. Dezember 2019 setzte das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach dem Gesuchsgegner 1 eine 10-tägige Frist an, um schriftlich zum Ausweisungsbegehren Stellung zu nehmen (act. 6/5 Disp. 4). Mit Verfügung vom 7. Januar 2020 setzte es der Gesuchsgegnerin 2 eine nämliche Frist an (act. 6/12 Disp. 2).

Die Versuche des Einzelgerichtes, die Verfügungen den Gesuchsgegnern per Post als Gerichtsurkunde zuzustellen, scheiterten. Die Sendung an den Gesuchsgegner 1 wurde von der Post am 12. Dezember 2019 zur Abholung gemeldet und am 20. Dezember von der Abholpoststelle als "nicht abgeholt" retourniert (act. 6/6 Anhang, act. 6/10). Die Sendung an die Gesuchsgegnerin 2 wurde am 10. Januar 2020 zur Abholung gemeldet und von der Abholpoststelle am 18. Januar 2020 als "nicht abgeholt" retourniert (act. 6/13 und 6/16).

Es folgten an beide Gesuchsgegner erfolglose Zustellversuche durch das Stadtammannamt und die Stadtpolizei Opfikon (Gesuchsgegner 1: act. 6/11 = act. 6/14, act. 6/18, act. 6/23; Gesuchsgegnerin 2: act. 6/17, act. 6/20 und act. 6/24; vgl. ferner act. 6/21) und eine Anfrage an die Einwohnerkontrolle (act. 6/25). Am 9. April 2020 wurden die Verfügungen im kantonalen Amtsblatt publiziert (act. 6/28/1–2).

Als eine Stellungnahme der Gesuchsgegner zum Ausweisungsgesuch ausblieb, verpflichtete das Einzelgericht die Gesuchsgegner mit Urteil vom 9. Juni 2020, die Wohnung und den Keller unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ord-

nungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall. Es belehrte die Parteien, dass der Entscheid in Rechtskraft erwachse, wenn nicht innert 10 Tagen ab der schriftlichen Zustellung von einer Partei beim Bezirksgericht eine Begründung desselben verlangt werde (act. 6/29 = act. 7). Das Urteil wurde den Gesuchsgegnern durch Publikation im kantonalen Amtsblatt vom 19. Juni 2020 eröffnet (act. 6/32).

2. Mit Eingabe vom 3. August 2020 (Postaufgabe), die dem Einzelgericht zur Kenntnis gelangte, ersuchte die Gesuchsgegnerin 2 die Schlichtungsbehörde Bülach, ihr zur Übergabe der Wohnung eine Frist bis 30. Oktober 2020 einzuräumen. Sie machte geltend, dass sie die Post im Kündigungsschutzverfahren infolge der Flugsperre und der Covid-19-Krise in Lateinamerika nicht habe abholen und erst am 2. August 2020 (einem Sonntag) habe zurückfliegen können (act. 6/34).

Mit Eingabe an das Gericht vom 12. August 2020 ersuchte sie unter dem Betreff "Neuen Mietvertrag – Mietschutz", bei der Vermieterin zu intervenieren (act. 6/35).

Mit Eingabe vom 12. August 2020 (Postaufgabe: 13. August 2020) schliesslich wandte sich die Gesuchsgegnerin 2 unter dem Betreff "Fristwiederherstellungsgesuch Ausweisung Rechtsschutz" an das Bezirksgericht (act. 6/36). Sie machte geltend, aus persönlichen und geschäftlichen Gründen am 3. Oktober 2019 ins Ausland gereist zu sein, wo sie durch die Pandemien der Covid 19 eingeholt und in der H._____ [Land in Lateinamerika] ausgesperrt worden sei, da bereits Anfang Januar 2020 eine Einreisesperre ausgesprochen worden sei. Hätte sie vom Verfahren Kenntnis gehabt, hätte sie sich per E-Mail früher beim Gericht gemeldet, wie sie es bei der Liegenschaftenverwaltung und dem Betreibungsamt getan habe. Am 21. Juli 2020 hätten die Flughäfen wieder geöffnet und am 2. August 2020 sei sie in die Schweiz zurückgereist.

3. Das Einzelgericht erwog, die Gesuchsgegnerin 2 beantrage die Wiederherstellung der mit Verfügung vom 7. Januar 2020 angesetzten Frist zur Einreichung einer Stellungnahme und der mit Urteil vom 9. Juni 2020 angesetzten Frist zum

Verlangen einer schriftlichen Begründung des Urteils, und wies das Gesuch mit Verfügung vom 18. August 2020 ab (act. 5).

Es erwog im Einzelnen, nachdem die Versuche, der Gesuchsgegnerin 2 die Verfügung vom 7. Januar 2020 als Gerichtsurkunde, durch den Stadtammann und durch die Polizei zuzustellen, gescheitert seien und telefonische Erkundigen bei der Einwohnerkontrolle am 3. April 2020 lediglich ergeben hätten, dass die Gesuchsgegnerin seit dem 23. Juni 2018 in G. _____ angemeldet und nach wie vor dort gemeldet sei, habe der Aufenthaltsort der Gesuchsgegnerin als unbekannt im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO zu gelten. Demgemäss hätten die Voraussetzungen zur Publikation der Entscheide vorgelegen, weshalb die Entscheide am Tag ihrer Publikation als zugestellt gälten. Daran ändere nichts, dass die Gesuchsgegnerin von den Entscheiden offenbar keine Kenntnis erlangt habe (act. 5 Erw. 2).

Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO könne das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft mache, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden treffe. Es sei nicht ersichtlich, weshalb es der Gesuchsgegnerin 2 aufgrund ihres Aufenthalts in der H. _____ nicht möglich gewesen sei, innert Frist zum Gesuch um Ausweisung Stellung zu nehmen und/oder innert der 10-tägigen Frist eine Begründung des Endentscheids zu verlangen. Insbesondere mache sie nicht geltend, dass es ihr nicht möglich gewesen wäre, entsprechende Postsendungen aufzugeben. Bereits aus diesem Grund erscheine ihr Verschulden nicht mehr leicht. Aus dem Umstand, dass sie vom Verfahren keine Kenntnis gehabt habe, vermöge sie nichts zu ihren Gunsten abzuleiten (act. 5 Erw. 3).

4. Mit Eingabe vom 12. September 2020 (Postaufgabe: 13. September 2020) erhebt die Gesuchsgegnerin 2 Beschwerde unter Beilage einer vom 2. September 2020 datierten Ausweisungsanzeige des Stadtammannamtes (act. 2 und 4), worin die Zwangsräumung per 30. September 2020 angekündigt wird. Sie macht im Wesentlichen geltend, sie habe, obwohl die Liegenschaftenverwaltung, das Betriebsamt und die Polizei mit ihr via E-Mail in Kontakt gestanden seien, keine Ahnung gehabt, dass eine Ausweisung gelaufen sei. Es treffe sie kein Verschul-

den, da sie via E-Mails angegeben habe, wo sie sich befinde und dass sie wegen der Corona-Pandemie nicht in die Schweiz einfliegen könne. Das Bezirksgericht Bülach (Mietgericht) habe eine Adresse in der H._____ und ihre E-Mail-Adresse gehabt, ihr Aufenthaltsort sei nie "unbekannt" gewesen. Die Polizei, das Mietgericht, die Einwohnerkontrolle, die Liegenschaftenverwaltung und das Betriebsamt hätten ihre E-Mail-Adresse gehabt. Globale Pandemien und Kriege gälten als Wiederherstellungsgründe (act. 2).

Nach Beizug der erstinstanzlichen Akten (act. 6/1–42, ohne act. 6/3/2–9, 6/7 und 6/33) wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 17. September 2020 Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 8). Die Antwort ging am 25. September 2020 ein (act.11; Beilagen act. 12/1–4; vgl. act. 10).

II.

Die angefochtene Verfügung vom 18. August 2020 (act. 6/39 = act. 5) wurde der Gesuchsgegnerin 2 am 21. August 2020 per Post zuzustellen versucht. Am 24. August 2020 wurde die Sendung der Gesuchsgegnerin zur Abholung gemeldet, am 1. September 2020 wurde sie als "nicht abgeholt" retourniert (act. 6/42). Gemäss Art. 138 Abs. 3 ZPO galt damit die Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, d.h. am 31. August 2020, als zugestellt. Als die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin am 3. September 2020 die Verfügung gegen Empfangsbescheinigung aushändigte, unterliess sie einen Hinweis auf die bereits laufende, am 10. September 2020 ablaufende Rechtsmittelfrist (act. 6/41). Die Gesuchsgegnerin durfte deshalb darauf vertrauen, dass die Rechtsmittelfrist durch die Zustellung vom 3. September 2020 ausgelöst würde. Somit ist die am 13. September 2020 der Post übergebene Beschwerde als rechtzeitig entgegenzunehmen.

III.

1.

1.1. Nach Art. 141 ZPO erfolgt die Zustellung eines gerichtlichen Entscheides durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt, wenn

- "a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann;
- b) eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre;
- c) ..."

Die Zustellung gilt am Tag der Publikation als erfolgt. Unerheblich ist, ob und wann der Adressat tatsächlich von der Publikation Kenntnis erhalten hat. Die Ediktalzustellung begründet die unwiderlegbare Vermutung, dass der Adressat vom Inhalt der Gerichtsurkunde Kenntnis erlangt hat. Die korrekt durchgeführte Publikation löst sämtliche Rechtsfolgen aus, die auch durch eine tatsächliche Zustellung bewirkt würden (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 141 N 25; BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 9).

Löst der publizierte Entscheid eine Frist aus und nimmt der Adressat die Publikation nicht zur Kenntnis, führt dies zu dessen Säumnis.

1.2. Einer säumigen Partei kann das Gericht nach Art. 148 ZPO eine Nachfrist gewähren, wenn sie glaubhaft macht, dass sie an der Säumnis kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Fristwiederherstellung).

2.

2.1. Die Gesuchsgegnerin macht im Rechtsmittelverfahren geltend, ihr Aufenthaltsort sei nicht unbekannt gewesen: Das Gericht Bülach habe eine Adresse in der H._____ und eine E-Mail-Adresse gehabt, die Polizei, die Einwohnerkontrolle,

die Liegenschaftenverwaltung und das Betreibungsamt hätten ihre E-Mail-Adresse gehabt (act. 2 S. 3; vgl. auch S. 2).

In ihrem Wiederherstellungsgesuch vom 12. August 2020 machte die Gesuchsgegnerin geltend, sie habe sich im April 2020 – die Publikation der Frist zur Gesuchsantwort erfolgte am 9. April 2020 – ohne Kenntnis des Ausweisungsverfahrens per E-Mail bei der Liegenschaftenverwaltung und beim Betreibungsamt gemeldet mit der Information, dass die Einreisesperre verlängert worden sei; von der Verwaltung habe sie keine Antwort oder Information erhalten (act. 6/36).

Damit wendet die Gesuchsgegnerin ein, die Voraussetzungen für die Zustellung der vorinstanzlichen Entscheide durch Publikation nach Art. 141 ZPO seien nicht erfüllt gewesen.

2.2. Nach der Praxis der Kammer darf von einer Unmöglichkeit der Ermittlung des Aufenthaltsortes des Adressaten im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO in der Regel erst ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger weder die eingeschriebene Postsendung abholt noch zu Hause persönlich angetroffen werden kann. Bei bekannter Adresse braucht es drei formelle Versuche auf zwei verschiedenen Wegen, damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf. Ist die Adresse nicht (mehr) bekannt, müssen die möglichen und zumutbaren Bemühungen zum Ermitteln einer Adresse ausgeschöpft worden sein. Auch die Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung, also wenn diese mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umständen verbunden wäre, muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht in beiden Fällen auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen stützen (OGer, PF190001 vom 14. Februar 2019 Erw. 3.2 mit Hinweisen).

2.3. Aus den beigezogenen erstinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass der Gesuchsgegnerin die Verfügung vom 7. Januar 2020 an die Adresse F. _____ - Strasse ..., ... (G. _____) gesandt wurde (act. 6/13 und 6/16). Diese Adresse, an der sich die streitgegenständliche Wohnung befindet, gibt die Gesuchsgegnerin auch in ihrer Eingabe an das Obergericht als Absender an (act. 2). Die Verfügung

kam jedoch mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück (act. 6/16). Am 27. Januar 2020 teilte das mit der Zustellung beauftragte Stadtmannamt der Vorinstanz mit, die Adressatin habe trotz umfangreicher Bemühungen noch nicht erreicht werden können; die Akten würden der Stadtpolizei zur Zustellung übergeben (act. 6/20). Am 18. März 2020 teilte die Stadtpolizei der Vorinstanz mit, drei Zustellversuche seien gescheitert, worauf die Vorinstanz die Stadtpolizei zu zwei weiteren Versuchen aufforderte (act. 6/21). Am 27. März 2020 retournierte das Stadtmannamt den Zustellungsauftrag: Die Adressatin habe "trotz 12 Zustellversuchen von Betreibungsamt und Polizei, 1 schriftlichen Avisierungen" nicht angetroffen werden können (act. 6/24). Am 3. April 2020 teilte die Einwohnerkontrolle dem Gericht auf Anfrage mit, die Gesuchsgegnerin sei seit 23. Juni 2018 in G. _____ gemeldet (act. 6/25).

Vor diesem Hintergrund ist die in Anwendung von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO am 9. April 2020 erfolgte Publikation der Verfügung vom 7. Januar 2020 und auch des zwei Monate später am 9. Juni 2020 ergangenen Urteils nicht zu beanstanden. Die rechtmässig angeordneten Bekanntmachungen vermochten damit die Fiktion des Erhalts der Entscheide herbeizuführen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.

Dass die Gesuchsgegnerin in ihrem Wiederherstellungsgesuch vom 12. August 2020 – ohne Belege – geltend macht, dass sie sich "im April 2020" (die Publikation der Frist zur Gesuchsantwort erfolgte am 9. April 2020) ohne Kenntnis des Ausweisungsverfahrens per E-Mail bei der Liegenschaftenverwaltung und beim Betreibungsamt gemeldet habe mit der Information, die Einreisesperre sei verlängert worden, und dass sie von der Verwaltung keine Antwort oder Information erhalten habe, ändert nichts (act. 6/36). Das Stadtmannamt, welches gleichzeitig Betreibungsamt ist, hatte dem Einzelgericht das Scheitern des Zustellungsauftrages schon am 27. März 2020 mitgeteilt und damit das Zustellungsverfahren abgeschlossen (act. 6/24). Mit der Zustellung des Endentscheides vom 9. Juni 2020 (Ausweisungsbefehl) war das Stadtmannamt nicht beauftragt.

Zu ergänzen ist, dass eine gerichtliche Zustellung nach I. _____ [Hauptstadt von H. _____] an Nicht-Schweizerbürger nach Erfahrung des Bundesamtes für Justiz

2–12 Monate in Anspruch nimmt, die Dauer einer Zustellung in die H._____ ausserhalb der Stadt überhaupt nicht bestimmbar sei (Länderindex des Rechtshilfeführers des Bundesamtes für Justiz: <https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html>, abgerufen am 24. September 2020). Angesichts der Dringlichkeit des Ausweisungsverfahrens wäre deshalb eine Publikation auch bei Kenntnis einer Adresse in der H._____ in Betracht zu ziehen gewesen.

3. Da die Gesuchsgegnerin somit sowohl die Frist zur Beantwortung des Ausweisungsgesuchs als auch die Frist, um eine Urteilsbegründung zu verlangen, versäumt hat, ist ihr Fristwiederherstellungsbegehren zu prüfen.

Die Gesuchstellerin macht geltend, sie habe wegen ihrer Abwesenheit vom Verfahren keine Kenntnis gehabt. Die Liegenschaftenverwaltung, das Betreibungsamt und die Polizei hätten mit ihr per E-Mail in Kontakt gestanden, aber niemand habe eine Ausweisung erwähnt. Ihre Abwesenheit sei unfreiwillig gewesen, weil sie wegen der Corona-Pandemie nicht habe in die Schweiz einfliegen können. Es treffe sie kein Verschulden. Globale Pandemien, Kriege und dergleichen gälten als Wiederherstellungsgrund (act. 2).

Die Gesuchstellerin erhebt damit sinngemäss den Einwand, die Unkenntnis der vorinstanzlichen Entscheide, welche sie daran hinderte, die Fristen zu wahren, sei unverschuldet gewesen.

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchsgegnerin könne aus dem Umstand, dass sie vom Verfahren keine Kenntnis gehabt habe, nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 5 Erw. 3.2 S. 6). Das mag zutreffen (vgl. allerdings BK ZPO-Frei, Art. 148 N 17). Entscheidend ist aber, dass die Gesuchsgegnerin während der vom Wiederherstellungsgesuch betroffenen Fristen glaubhafterweise in der H._____ weilte und wegen der Corona-Pandemie festsass. Wenn sie während der Corona-Zeit aus der Ferne die Veranlassung der notwendigen Rechtsakte unterliess, stellt dies kein grobes Verschulden dar.

4. Die Voraussetzungen der Wiederherstellung der versäumten Fristen nach Art. 148 ZPO sind somit zu bejahen. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, und

die angefochtene Verfügung des Einzelgerichts vom 18. August 2020 ist aufzuheben. Das Gesuch um Wiederherstellung der mit Verfügung des Einzelgerichts vom 7. Januar 2020 angesetzten Frist zur Einreichung einer Stellungnahme und der mit Urteil des Einzelgerichts vom 9. Juni 2020 angesetzten Frist zum Verlangen einer schriftlichen Begründung ist gutzuheissen. Das vorinstanzliche Urteil vom 9. Juni 2020 ist demzufolge bezüglich der Gesuchsgegnerin 2 aufzuheben und die Sache ist zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (kurze Nachfrist zur Stellungnahme zum Ausweisungsgesuch oder kurzfristige Ansetzung einer Verhandlung).

IV.

Bei einem monatlichen Bruttomietzins für die streitgegenständliche Wohnung in G._____ von Fr. 2'740.– (act. 6/1 S. 2) ist von einem Streitwert von rund Fr. 16'500.– auszugehen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Bülach vom 18. August 2020 aufgehoben.

Das Gesuch um Wiederherstellung der mit Verfügung des Einzelgerichts vom 7. Januar 2020 angesetzten Frist zur Einreichung einer Stellungnahme und der mit Urteil des Einzelgerichts vom 9. Juni 2020 angesetzten Frist zum Verlangen einer schriftlichen Begründung wird gutgeheissen.

Das Urteil des Einzelgerichts vom 9. Juni 2020 wird bezüglich der Gesuchsgegnerin 2 aufgehoben und die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen (kurze Nachfrist zur Stellungnahme zum Ausweisungsgesuch oder kurzfristige Ansetzung einer Verhandlung).

2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin 2 unter Beilage der Doppel von act. 11 und act. 12/1–4, an das Stadttammannamt Opfikon sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
4. 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 16'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am:
25. September 2020