

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230068-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Beschluss und Urteil vom 28. September 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Gesuchstellerinnen und Berufungsbeklagte,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 10. August 2023 (ER230092)**

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 2. Juni 2023 (Datum Poststempel) gelangten die Gesuchstellerinnen an die Vorinstanz und beantragten die Ausweisung des Gesuchsgegners aus der 3.5-Zimmer-Wohnung an der D.____-strasse ..., in ... Zürich sowie die Bezahlung ausstehender Mietzinse (act. 1a – 1b). Daraufhin wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 5. Juni 2023 Frist zur Stellungnahme und den Gesuchstellerinnen gleichzeitig Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 4). Die Vorinstanz versuchte zunächst, dem Gesuchsgegner die Verfügung mittels das Stadttammannamt Zürich 8 zuzustellen, was erfolglos blieb (act. 5 und act. 9). Auch der Zustellversuch über die Stadtpolizei Zürich war nicht erfolgreich (act. 11 und act. 12). Daraufhin wurde die Verfügung vom 5. Juni 2023 amtlich publiziert (act. 13).

Der Kostenvorschuss ging am 8. Juni 2023 ein (act. 8). Nachdem die Frist zur Stellungnahme unbenutzt abgelaufen war, hiess die Vorinstanz mit Urteil vom 10. August 2023 unter anderem das Ausweisungsbegehren gut (act. 15 = act. 22, fortan act. 22). Die Zustellung des Urteils an den Gesuchsgegner erfolgte sogleich durch Publikation im Amtsblatt am 14. August 2023 (act. 22 Dispositiv-Ziffer 7 und act. 17).

1.2. Mit Eingabe vom 17. September 2023 (Datum Poststempel: 18. September 2023, act. 23A) erhob der Gesuchsgegner Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil (act. 23).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1 – 20). Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Ausführungen des Gesuchsgegners ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Berufungsentscheid relevant sind.

2. Damit auf ein Rechtsmittel überhaupt eingetreten werden kann, müssen die Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO erfüllt sein; dies ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Dazu gehört auch die Einhaltung der Berufungsfrist, die im vorliegenden Fall zehn Tage beträgt (Art. 314 Abs. 1 ZPO).

2.1. Das angefochtene Urteil vom 10. August 2023 wurde dem Gesuchsgegner im Sinne von Art. 141 ZPO am 14. August 2023 durch öffentliche Bekanntmachung zugestellt. Die zehntägige Berufungsfrist lief am 25. August 2023 ab. Damit würde sich die am 18. September 2023 der Schweizerischen Post übergebene Berufung als verspätet erweisen.

2.2. Der Gesuchsgegner stellt sich auf den Standpunkt, ihm seien während des vorinstanzlichen Verfahrens keine Entscheide rechtskonform zugestellt worden. Seiner Ansicht nach seien die Voraussetzungen für gerichtliche Zustellungen nach Art. 138 Abs. 1 ZPO erfüllt gewesen, weswegen kein Spielraum für öffentliche Bekanntmachungen der Entscheide bestanden habe (act. 23 S. 2 Mitte und S. 3 unten). Es ist zu prüfen, ob die Verfügung vom 5. Juni 2023 und insbesondere das angefochtene Urteil dem Gesuchsgegner rechtsgültig zugestellt wurden.

2.3.1. Die Zustellung von Verfügungen und Vorladungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fällt nebst der eingeschriebenen Postsendung auch die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeamman oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG/ZH).

2.2.2. Die vorinstanzliche Verfügung vom 5. Juni 2023 stellt das erste Schriftstück im vorinstanzlichen Verfahren dar (act. 4). Wie dargelegt sah die Vorinstanz von einer postalischen Zustellung ab und bediente sich der Zustellung durch das Stadtammannamt Zürich 8 resp. die Stadtpolizei. Dies ist – gestützt auf die vorstehende Erwägung – nicht zu beanstanden. Ein Anspruch auf postalische Zustellung besteht nicht, vielmehr hat das Gericht ein gewisses Ermessen, von welcher Zustellungsart gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO es Gebrauch machen will.

Nachdem die Zustellung weder durch das Stadtammannamt Zürich 8 noch durch die Stadtpolizei hatte erfolgen können, wurde die Verfügung vom 5. Juni 2023 (am 26. Juli 2023) publiziert (act. 13). Auch das Urteil vom 10. August 2023 wurde publiziert, da sich – so die Vorinstanz – die Situation betreffend Zustelladresse des Gesuchsgegners nicht verändert habe (act. 22 E. 7).

2.3.1. Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO kann die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt (sog. Ediktalzustellung) erfolgen, wenn (a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, (b) eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder (c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet hat. Die Zustellung gilt diesfalls am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Die Ediktalzustellung ist subsidiärer Natur und als *ultima ratio* nur zulässig, wenn eine förmliche Zustellung nach Art. 137 ff. ZPO gescheitert oder von vornherein zum Scheitern verurteilt ist. Erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht vorhanden sind, insbesondere eine andere Zustellungsform möglich gewesen wäre, ist das rechtliche Gehör verletzt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (vgl. statt vieler: BGE 137 I 195, E. 2.2 und BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1 f. mit zahlreichen Hinweisen).

2.3.2. Gemäss ständiger Praxis der Kammer darf bei einer bekannten Adresse eines Empfängers erst von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden, wenn drei *formelle* Zustellversuche auf *zwei verschiedenen* Wegen erfolglos geblieben sind (vgl. OGer ZH LF210058 vom 11. September 2021 E. II.2.3; OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 4.2; PS190145 vom 23. September 2019 E. 6.a; PF190001 vom 14. Februar 2019 E. 3.2; LF160059 vom 22. Dezember 2016 E. 5a und c; je m.w.H.). Ist der Empfänger unter einer bekannten Adresse nicht (mehr) ermittelbar, müssen zudem sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sein (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3; BK ZPO-FREI, 2012, Art. 141 N 12; ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; ZR 97 [1998] Nr. 113 S. 304 f. = OGer ZH vom 21. Januar 1991).

2.3.3. Gemäss Schreiben des Stadtammannamts Zürich 8 vom 23. Juni 2023 habe es während des Zeitraums vom 8. – 20. Juni 2023 insgesamt drei Zustellversuche an der D.____-strasse ..., ... Zürich – der Wohnadresse des Gesuchs-

gegners – unternommen. Alle seien erfolglos verlaufen, wobei die zugehörigen Abholungsaufforderungen jeweils in den Briefkasten des Gesuchsgegners gelegt worden seien. Der Briefkasten sei bei jedem Zustellversuch in geleertem Zustand vorgefunden worden, weshalb davon ausgegangen werden dürfe, der Gesuchsgegner habe Kenntnis von den Abholungsaufforderungen erhalten (act. 9 S. 1). Die Stadtpolizei Zürich bestätigt mit Schreiben vom 20. Juli 2023, dass der Gesuchsgegner anlässlich diverser Reviergänge im Juli 2023 – letztmals am 20. Juli 2023 – nie zu Hause habe angetroffen werden können. Zudem habe sie den Gesuchsgegner nie telefonisch erreichen können (act. 12).

2.3.4. Dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner unter diesen Umständen die Verfügung vom 5. Juni 2023 nach den erfolglosen formellen Zustellungen durch Publikation im kantonalen Amtsblatt zustellte, ist nicht zu beanstanden. Die Verfügung vom 5. Juni 2023 gilt daher am Tag der Publikation im kantonalen Amtsblatt bzw. am 26. Juli 2023 als zugestellt, womit einerseits ein Prozessrechtsverhältnis begründet wurde (s. dazu sogleich) und andererseits dem Gesuchsgegner – entgegen seiner Ansicht (vgl. act. 23 S. 3 unten) – Gelegenheit gegeben wurde, zum Ausweisungsbegehren Stellung zu nehmen.

Der Gesuchsgegner äussert sich ferner nicht, inwiefern sich die Situation in der vergleichsweise kurzen Zeit zwischen dem letzten Zustellversuch durch die Stadtpolizei am 20. Juli 2023 betreffend die Verfügung vom 5. Juni 2023 (act. 12) und dem Erlass des Urteils am 10. August 2023 verändert haben soll. Immerhin konnte ihm die Verfügung während mehr als eineinhalb Monaten nicht zugestellt werden, wobei er sich nicht dazu äussert, wieso dies im Zusammenhang mit dem Urteil anders gewesen wäre.

Aufgrund der subsidiären Natur von Ediktalzustellungen stellt sich allerdings die Frage, ob die Vorinstanz bei bekannter Adresse des Gesuchsgegners und nach Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses das Urteil publizieren durfte. Da seit der Zustellung der Verfügung vom 5. Juni 2023 mittels Publikation ein Prozessrechtsverhältnis anzunehmen ist, greift grundsätzlich die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO bzw. wäre eine Zustellung des Urteils mit eingeschriebener Postsendung möglich gewesen. Nachdem der Gesuchsgegner vom

angefochtenen Entscheid nachweislich Kenntnis erhalten hat und sich mit Berufung dagegen zur Wehr setzt, kann die Frage der zulässigen Zustellung und insbesondere auch die Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung aber aus nachstehenden Gründen offen bleiben.

2.4.1. Die mangelhafte Eröffnung des vorinstanzlichen Urteils würde eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellen. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist formeller Natur und seine Verletzung führt daher ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist jedoch kein Selbstzweck. Ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf das Verfahren gehabt haben könnte, besteht kein Interesse an der Aufhebung des Entscheids (BGer 4A_148/2020 vom 20. Mai 2020 E. 3.2. mit weiteren Hinweisen; s. auch ausführlich BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.).

2.4.2. Der Gesuchsgegner legt in seiner Berufung nicht dar, welche relevanten Einwände er gegen die Ausweisung vor Vorinstanz rechtzeitig hätte vorbringen können und wollen und solche lassen sich auch den Akten nicht entnehmen. Die Verfügung vom 5. Juni 2023, mit welcher ihm die Vorinstanz eine 10-tägige Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren ansetzte, wurde dem Gesuchsgegner wie gesehen korrekt zugestellt. Dass er innert dieser Frist schlüssige und substantiierte Einwände gegen die Ausweisung erhob, welche von der Vorinstanz unberücksichtigt blieben, macht er nicht geltend. Unter diesen Umständen erweise sich eine Rückweisung als formalistischer Leerlauf. Eine Rückweisung des Verfahrens käme somit auch dann nicht in Frage, wenn das Urteil zu Unrecht publiziert worden wäre und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorläge.

3. Der Gesuchsgegner reichte am 26. September 2023 (Poststempel) und damit in der Beratungsphase eine weitere Eingabe mit der Überschrift "Dringliche Einsprache/Beschwerde zum Urteil und Ausweisungsbeschluss des BG Zürich vom 10. August 2023" ein (act. 26). Wird angenommen, dass er spätestens am 17. September 2023 (Datum seiner Berufung, act. 23) Kenntnis vom angefochte-

nen Urteil erlangte, erwiese sich die Eingabe vom 26. September 2023 noch als rechtzeitig. Der Gesuchsgegner erhebt darin erneut den Vorwurf, das vorinstanzliche Urteil vom 10. August 2023 sei nicht korrekt zugestellt worden, und stellt diverse Anträge in diesem Zusammenhang. Mit Verweis auf die vorstehenden Erwägungen (E. 2.2.1 f.) sind auch diese Einwände unwesentlich, zumal keine schlüssigen Behauptungen dazu vorgetragen werden, weshalb die Ausweisung zu Unrecht erfolgt sein soll.

Der in der Eingabe vom 26. September 2023 erstmals gestellte Antrag, es sei der Beschwerde [Berufung] aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 26 Antrag 3), ist mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache, womit das laufende Berufungsverfahren beendet wird, gegenstandslos und abzuschreiben.

4. Die Berufung ist deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebür ist ausgehend von einem Streitwert von CHF 37'596.– (vgl. act. 22 E. 6) auf CHF 1'100.– festzusetzen (vgl. § 12 i.V.m. § 4, § 8 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Gesuchsgegner nicht, weil er mit seiner Berufung unterliegt, den Gesuchstellerinnen nicht, weil ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
2. Entscheid und Rechtsmittel erfolgen mit nachfolgendem Erkenntnis.

und wird erkannt:

1. Die Berufung des Gesuchsgegners wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'100.– festgesetzt und dem Gesuchsgegner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerinnen unter Beilage eines Doppels von act. 23, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 37'596.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:
28. September 2023