

 SVIT  
PLENUM

14.06.2019 – Luzern  
[www.svit.ch/plenum](http://www.svit.ch/plenum)

FOKUS  
IVO BRACHER  
ÜBER STANDORT-  
ENTWICKLUNG

— 04

IMMOBILIEN-  
WIRTSCHAFT  
WIE KOMMT  
LEBEN AUF'S  
AREAL?

— 14

BAU & HAUS  
KUNST IST  
UNVERRÜCKBAR

— 36



«EINE GEMEINSAME  
VERMARKTUNGS-  
STRATEGIE»

# «A-POST PLUS» IN DER BEWIRT- SCHAFTUNG

Wann ist der Versand fristauslösender Mitteilungen an Mieter mittels A-Post Plus rechtlich sinnvoll und in welchen Konstellationen ist immer noch der klassische Versand mittels eingeschriebener Briefpost vorzuziehen?

TEXT – **BORIS GRELL\***



Im Mietrecht unterscheiden die Lehre und Rechtsprechung zwischen der relativen (bzw. eingeschränkten) und der absoluten (uneingeschränkten) Empfangstheorie.  
BILD: 123RF.COM

## RELATIVE UND ABSOLUTE EMPFANGSTHEORIE

Immietrechtlichen Kontext unterscheiden Lehre und Rechtsprechung zwischen der relativen (bzw. eingeschränkten) und der absoluten (uneingeschränkten) Empfangstheorie. Dabei unterscheiden sich die beiden Theorien dadurch, dass bei der absoluten Empfangstheorie die Wirkung der Zustellung bereits dann eintritt, wenn die betreffende Postsendung in den Zugriffs- oder Einflussbereich bzw. in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, also die betreffende Postsendung insbesondere in den Briefkasten oder in das Postfach des adressierten Empfängers (oder dessen Stellvertreters) gelegt worden ist.

Demgegenüber wird im Anwendungsbereich der relativen Empfangstheorie erst dann von einer Zustellung im rechtlichen Sinne gesprochen (mit dem Beginn eines allfälligen Fristenlaufs), wenn der adressierte Empfänger (oder dessen Stellvertreter) die betreffende Postsendung auch effektiv und persönlich zur Kenntnis genommen hat, resp. zur Kenntnis hätte nehmen können. Denn spätestens 7 Tage, nachdem der adressierte Empfänger eine Postsendung erstmals hätte zur Kenntnis nehmen können, greift die sog. 7-Tage-Regel, wonach die Zustellung (und damit auch die Kenntnisnahme des Inhalts) der betreffenden Postsendung am 7. Tag der Abholfrist fingiert wird.

So weit, so gut: Doch wann greift welche Art der Empfangstheorie, und was für rechtliche Konsequenzen ergeben sich daraus für den vermietetseitigen Einsatz von

## ▶ AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

Seit einigen Jahren offeriert die Schweizerische Post, wichtige Briefsendungen mittels A-Post Plus zu versenden. Dieses Dienstleistungsprodukt kombiniert die A-Post-Zustellung mit der elektronischen Sendungsverfolgung, indem der Absender online über «Track & Trace» die zugehörigen Aufgabe-, Sortier- und Zustellinformationen elektronisch abrufen kann. Dabei preist die Post insbesondere als Vorteile an,

dass A-Post-Plus-Sendungen am nächstfolgenden Arbeitstag nach der Sendungsaufgabe (inklusive an Samstagen) direkt in den Briefkasten oder in das Postfach des Adressaten zugestellt werden können. Damit hat der Empfänger bei Abwesenheit – anders als bei per Einschreiben verschickten Postsendungen – auch keine (blosse) Abholungseinladung mehr im Briefkasten oder im Postfach.

Zweifelslos ist diese Erweiterung der Dienstleistungspalette der Schweizerischen Post zu begrüssen und sinnvoll, besonders auch, weil der Versand von Briefen mittels A-Post Plus rund die Hälfte billiger ist als der Versand mittels eingeschriebener Post. Doch: Wann ist der Versand fristauslösender Mitteilungen an Mieter mittels A-Post Plus auch rechtlich sinnvoll und in welchen Konstellationen ist immer noch der klassische Versand mittels eingeschriebener Briefpost vorzuziehen?

ANZEIGE

Konflikte im StWE mediativ klären  
ME-Versammlungen moderieren  
Moderator / Mediator M.A.  
empfiehlt sich. Tel. 044 251 08 41  
[www.kreuzplatz-mediation.ch](http://www.kreuzplatz-mediation.ch)

## Zukunft inklusive

Immobilienanlagegesellschaft mit wegweisender Strategie, einzigartigem Konzept für vernetztes Wohnen und nachhaltigen Erfolgsaussichten.

A-Post Plus für Mitteilungen an die Mieterschaft? Grundsätzlich gilt im Mietrecht die absolute Empfangstheorie, die jedoch in zwei Fällen von der relativen Empfangstheorie durchbrochen wird: So folgen 1) die vermierterseitige Abmahnung der Mieterschaft wegen ausstehender Mietzinszahlungen mit gleichzeitiger Kündigungsandrohung gemäss Art. 257d Abs. 1 OR sowie 2) einseitige Änderungen des Mietvertrags zu Lasten der Mieterschaft (also insbesondere Mietzinserhöhungen) gemäss Art. 269d OR der relativen Empfangstheorie. Dabei ist rechtlich erst die effektive Kenntnisnahme durch die adressier-



**FÜR DEN RICHTIGEN EINSATZ VON A-POST PLUS MUSS MAN DIE BEIDEN EMPFANGSTHEORIEN VERSTANDEN HABEN.**



te Mieterschaft entscheidend – und nicht bereits die Tatsache, dass die betreffende Postsendung in den Machtbereich des adressierten Empfängers gelangt ist. Doch entscheidend wofür?

Die beiden Empfangstheorien unterscheiden sich zentral durch die Berechnung der Fristigkeiten, wonach für die Mieterschaft die 30-tägige Frist zur Bezahlung der abgemahnten Mietzinse gemäss Art. 257d Abs. 1 OR oder zur Anfechtung einer Mietzinserhöhung gemäss Art. 270b OR erst nach der effektiven Kenntnisnahme zu laufen beginnt. Demgegenüber beginnt für die Mieterschaft die 30-tägige Frist zur Kündigungsanfechtung / Erstreckung des Mietverhältnisses gemäss Art. 273 Abs. 1 und Abs. 2 OR bereits zu laufen mit der Zustellung der betreffenden Kündigung in den Machtbereich der Mieterschaft, und zwar losgelöst davon, ob die Mieterschaft von der betreffenden Kündigung tatsächlich Kenntnis genommen hat.

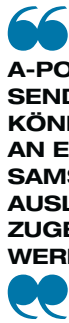


[www.bonainvest.ch](http://www.bonainvest.ch)

### **ANWENDUNG A-POST PLUS AUF DIE BEIDEN EMPFANGSTHEORIEN**

Soweit ersichtlich fehlen noch einschlägige, zivilrechtliche, insbesondere mietrechtliche Entscheide des Bundesgerichts, wie der Versand bzw. die Zustellung von Postsendungen mit A-Post Plus zu behandeln ist. Die Rechtslehre hat sich hingegen dazu schon geäussert.

Demnach ist im Anwendungsbereich der relativen Empfangstheorie davon auszugehen, dass auch inskünftig der Versand wichtiger bzw. fristauslösender Mitteilungen zunächst einmal im Bereich der Abmahnung von Mietzinsausständen gemäss Art. 257d Abs. 1 OR sowie bei der vermierterseitigen Anzeige einseitiger Vertragsänderungen nach Art. 269d OR nach wie vor mit eingeschriebener Briefpost ▶



**A-POST-PLUS  
SENDUNGEN  
KÖNNEN AUCH  
AN EINEM  
SAMSTAG FRIST-  
AUSLÖSEND  
ZUGESTELLT  
WERDEN.**

erfolgen wird. Denn beim Versand mittels A-Post Plus kann die effektive Zustellung einer solchen Postsendung an den Mieter bzw. dessen tatsächliche Kenntnisnahme im Bestreitungsfall nicht bewiesen werden.

So führt die Beweislosigkeit insbesondere bei einer gerichtlichen Ausweisung im summarischen Verfahren («Rechtsschutz in klaren Fällen») dazu, dass das Einzelgericht von einem illiquiden Sachverhalt ausgeht und auf das Ausweisungsbegehren nicht eintritt. Denn wenn die Vermieterschaft den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme der Abmahnung mit Kündigungsandrohung gemäss Art. 257d Abs. 1 OR durch die Mieterschaft nicht beweisen kann, wird die Vermieterschaft auch den Beweis nicht erbringen können, dass sie das Mietverhältnis erst nach Ablauf der zugehörigen 30-Tagesfrist gemäss Art. 257d Abs. 2 OR rechtsgültig gekündigt hat.

Demgegenüber gibt es im Geltungsbereich der absoluten Empfangstheorie – und damit insbesondere bei der Kündigung von Mietverhältnissen, aber auch bei mieterseitigen (eigentlich formlosen) Mängelanzeigen gemäss Art. 257g Abs. 1 OR i.V.m. Art. 259a OR an die Vermieterschaft bzw. deren Liegenschaftsbewirtschafterin – gute Gründe, solche Briefsendungen vermehrt nur noch mittels A-Post Plus zu versenden. Denn damit kann auch in einem Gerichtsverfahren – ohne weiteres über einen ins Recht gelegten Ausdruck des elektronischen Sendungsverlaufs mittels Track & Trace – bewiesen werden, dass und zu welchem Zeitpunkt eine Postsendung rechtswirksam und fristauslösend in den Machtbereich des adressierten Empfängers gelangt ist. Wichtig dabei ist nur noch, dass der besagte Zustellnachweis sofort kontrolliert und ausgedruckt wird, weil die Post die Online-Nachverfolgung auf 6 Monate begrenzt.

#### **FRISTAUSLÖSENDE ZUSTELLFIKTION AUCH BEI A-POST PLUS?**

Soweit ersichtlich ist höchststrichlerlich auch noch nicht geklärt, ob bei mittels A-Post Plus versandten Postsendungen – wie bei eingeschriebenen Briefsendungen – die 7-Tage Regel zur Anwendung kommt. Offen ist also, ob spätestens am 7. Tag nach der erstmals möglichen bzw.



**Regelmässig wird im Mietvertrag vorgesehen, dass die Kündigung des Mietverhältnisses mit eingeschriebener Postsendung erfolgen müsse, obwohl eine solche Versandart kein gesetzliches Gültigkeitserfordernis ist. (BILD: 123RF.COM)**

hier der effektiven Zustellung die Zustellfiktion greift, und zwar trotz fehlender tatsächlicher Kenntnisnahme durch die adressierte Mieterschaft.

Die einschlägige Rechtslehre zum Mietrecht jedenfalls geht – analog zur Regelung beim Versand eingeschriebener Postsendungen und in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Berechnung und Wahrung prozessualer Fristen – von einer solch fingierten Zustellung aus.

Bemerkenswert ist zudem, dass der Mieterschaft insbesondere die Frist zur Anfechtung einer Kündigung des Mietverhältnisses auch an einem Samstag enden kann. Denn die Zustellung mittels A-Post Plus kann – im Unterschied zu eingeschriebenen verschickten Postsendungen – auch an einem Samstag erfolgen. Mit anderen Worten birgt der vermieterteitige Versand mit A-Post Plus für die Mieterschaft das Risiko, dass dieser ein Fristablauf an einem Samstag droht und nicht erst am darauffolgenden Montag, wie das bei eingeschriebenen Postsendungen (fast) immer der Fall ist.

#### **VERTRAGLICHE ZUSTELLUNGSVORSCHRIFTEN UND A-POST PLUS**

Regelmässig wird im Mietvertrag vorgesehen, dass die Kündigung des Mietverhältnisses mit eingeschriebener Postsendung erfolgen müsse, obwohl eine solche Versandart kein gesetzliches Gültigkeitserfordernis ist. Diesfalls ist von einem Versand einer Kündigung mittels A-Post Plus dringend abzuraten. Denn – mit Verweis auf Art. 16 Abs. 1 OR – ist beim Vorbehalt einer vertraglich vereinbarten Versandform davon auszugehen, dass die Erfüllung dieses vertraglichen Formvorbehalts ein Gültigkeitserfordernis ist und keine blosser Beweisvorschrift.

Mit anderen Worten genügt in diesen Fällen der Versand bzw. die Zustellung einer Kündigung via A-Post Plus nicht und eine solche Kündigung ist ungültig, obwohl die Vermieterschaft deren Zustellung in den Machtbereich der Mieterschaft mittels Track & Trace ohne weiteres beweisen kann.

#### **ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN**

- Der Versand wichtiger, insbesondere zeit- und fristenrelevanter Postsendungen mittels A-Post Plus ist im mietrechtlichen Kontext sinnvoll und rechtlich unbedenklich, soweit sich die Zustellung solcher Sendungen nach der absoluten Empfangstheorie richtet.
- Demgegenüber ist eine gewisse Zurückhaltung angebracht, soweit sich die Zustellung mietrechtlicher Korrespondenzen gemäss Art. 257d Abs. 1 OR und Art. 269d OR nach der relativen Empfangstheorie richtet.
- Im Übrigen stehen die Schlussfolgerungen unter dem generellen Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs sowie vertraglich vorbehaltener Formvorschriften zum gültigen Versand mietrechtlich relevanter Mitteilungen.

ZUM FOLGENDEN VGL. RAYMOND BISANG / ZINON KOUMBARAKIS IN: SVIT-KOMMENTAR ZUM MIETRECHT, ZÜRICH 2018, S. 1190, RZ 169; ROGER WEBER, BASLER-KOMMENTAR, BASEL 2015, ZU ART. 257D OR RZ 5 UND ANITA THANAI IN: MIETRECHT FÜR DIE PRAXIS, ZÜRICH 2016, S. 711 UND ALLGEMEIN ANDREAS MAAG IN: HANDBÜCHER FÜR DIE ANWALTSPRAXIS, WOHN- UND GESCHÄFTSRAUMMIETE, BASEL 2016, RZ 2.64 FF. UND RZ 2.99 FF.



#### **\*DR. BORIS GRELL**

Der Autor ist selbständiger Rechtsanwalt in Zürich sowie Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht ([www.grell-law.ch](http://www.grell-law.ch)).