

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PD190015-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## **Beschluss vom 30. August 2019**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Mieterin (Klägerin) Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Vermieter (Beklagter) Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Kündigungsschutz**

Beschwerde gegen eine Verfügung der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des  
Bezirksgerichtes Bülach vom 7. August 2019 (MM190046)

### **Erwägungen:**

1.1 Die Klägerin und Beschwerdeführerin (Nachfolgend Mieterin) ist Mieterin in der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_-str. ... in D.\_\_\_\_\_- . Gemäss ihrer Darstellung hat sie mit dem Beklagten und Beschwerdegegner (nachfolgend: Vermieter) während vielen Jahren als Paar zusammen in dieser Liegenschaft gewohnt. Im Verfahren MM180110 sollen sich die Parteien darauf geeinigt haben, dass die Mieterin dem Vermieter einen Mietzins in der Höhe des Hypothekarzinses (rund CHF 600.– pro Monat) bezahle und das Mietverhältnis zwischen ihnen per 31. März 2019 definitiv ende (vgl. act. 2 Rz. 12; act. 5/3 = act. 6). In der Folge stellte die Mieterin die Mietzins- und Nebenkostenzahlungen ein und erklärte Verrechnung aufgrund der Entwendung und dem mutmasslichen Verkauf eines Autos durch den Vermieter, welches im Miteigentum (je 50%) der Parteien gestanden habe. Daraufhin kündigte der Vermieter der Mieterin das Mietverhältnis wegen Mietzinsausständen gemäss Art. 257d Abs. 2 OR mit Formular vom 20. Mai 2019 per 30. Juni 2019 (vgl. act. 7/3).

1.2 Diese Kündigung focht die Mieterin mit Eingabe vom 14. Juni 2019 (act. 7/1) bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) an. Die Parteien wurden am 28. Juni 2019 in der Folge zur Schlichtungsverhandlung auf den 2. September 2019 vorgeladen (vgl. act. 7/4 und act. 3). Mit Eingabe vom 6. August 2019 liess der Vermieter um Erlass des persönlichen Erscheinens an der Schlichtungsverhandlung ersuchen. Dies mit der Begründung, er sei anfangs September 2019 auslandabwesend und diese Abwesenheit könne unter keinen Umständen verschoben werden (vgl. act. 7/6). Mit Stempelverfügung vom 7. August 2019 erliess die Vorinstanz dem Vermieter das persönliche Erscheinen (vgl. act. 7/6 S. 2) und stellte diese der Mieterin mit Kurzbrief des gleichen Tages zur Kenntnisnahme zu (vgl. act. 8/2).

1.3 Mit Eingabe vom 19. August 2019 (act. 2) erhob die Mieterin rechtzeitig (vgl. act. 7/6 i.V.m. act. 7/8/2 i.V.m. act. 2 S. 1) Beschwerde gegen die Stempelverfügung der Vorinstanz vom 7. August 2019 und stellte folgende Anträge (vgl. act. 2 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks Bülach vom 7. August 2019 (Geschäfts-Nr. MM190046-C) aufzuheben.
2. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die für den 2. September 2019 ausgestellte Vorladung der Schlichtungsstelle vom 28. Juni 2019 (Geschäfts-Nr. MM190046-C) sei abzunehmen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten des Beschwerdegegners."

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 7/1-8). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort wird verzichtet (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 Das Gericht bzw. die Schlichtungsbehörde leitet den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO). Eine Verfügung, die sich – wie die hier angefochtene – nicht auf den Streitgegenstand an sich bezieht und sich nicht zur Begründetheit der Klage äussert, betrifft die Prozessleitung im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO (vgl. BGer 4A\_105/2016 vom 13. September 2016, E. 3.4.1; BGer 5D\_160/2014 vom 26. Januar 2015, E. 2.3 je m.w.H.). Sie ist folglich nur dann beschwerdefähig, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO), wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) oder wenn die darin getroffenen Anordnungen einen Fall von Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung darstellen (vgl. Art. 319 lit. c ZPO).

Da Ersteres und Letzteres hier nicht gegeben ist und die Mieterin anderes auch nicht geltend macht, muss der Mieterin aufgrund der Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung am 2. September 2019 ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohen.

Der Entscheid, ob unter den konkret dargelegten Umständen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (ZK ZPO-FREIBURGHHAUS/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 319 N 13). Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil muss nach der Praxis der Kammer, welche der herrschenden Lehre entspricht, nicht zwingend rechtlicher Natur sein, sondern es kann unter Umständen auch ein bloss tatsächlicher Nachteil genügen. Vorausgesetzt ist aber auf jeden Fall die Erheblichkeit des geltend gemachten Nachteils (ZK ZPO-FREIBURGHHAUS/AFHELDT, a.a.O., Art. 319 N 15; BLICKENSTORFER, DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 319 N 39). Bei der Annahme eines solchen Nachteils ist grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7377). Ist das Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht von vornherein offenkundig, hat die Beschwerde führende Partei deren Vorliegen darzutun, d.h. sie ist behauptungs- und beweispflichtig. Fehlt diese Rechtsmittelvoraussetzung, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. OGer ZH PC140011 vom 7. April 2014, E. II./2.1; PC140001 vom 3. Juli 2014, E. II./3 je m.w.H.).

2.2 Die Mieterin begründet den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil damit, in BGE 137 III 380 ff., E. 1.2.4 habe das Bundesgericht namentlich festgehalten, wenn die Einigungsverhandlung ausfalle, könne sie nicht nachgeholt werden. Dann müssten Angelegenheiten, welche Gegenstand der Einigungsverhandlung bilden würden, allenfalls in anderem Zusammenhang behandelt werden. Selbst wenn die Möglichkeit bestehen sollte, die übergangenen Verfahrensinhalte in einer anderen Prozessphase nachzuholen, ändere dies aber nichts daran, dass in womöglich rechtswidriger Weise ein Prozessabschnitt übersprungen worden sei (vgl. act. 2 Rz. 33).

Die Rechtsprechung in BGE 137 III 380 ff. kann zur Begründung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils der Mieterin nicht herangezogen werden. Zum einen äusserte sich das Bundesgericht darin ausschliesslich dazu, ob die *Nichtdurchführung einer Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO* einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil *im Scheidungsverfahren* bewirken kann. Zum anderen kommt die Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung vom 2. September 2019 – entgegen der Mieterin – nicht deren Ausfall gleich. Die Parteien sind von der Vorinstanz zu dieser Verhandlung vorgeladen (vgl. act. 3) und diese Vorladung wurde den Parteien bis dato nicht abgenommen. Von einem Überspringen eines Prozessabschnitts kann daher nicht die Rede sein.

Die Frage kann demnach nur sein, ob der Mieterin aufgrund der Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

2.3 Nach Art. 197 ZPO geht dem Entscheidverfahren – abgesehen von bestimmten Ausnahmefällen (vgl. Art. 198 f. ZPO) – ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Die Schlichtungsbehörde versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen, wobei auch ausserhalb des Verfahrens liegende Streitfragen einbezogen werden können (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Die Parteien müssen deshalb persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen (vgl. Art. 204 Abs. 1 ZPO). Der Zweck der Pflicht zum persönlichen Erscheinen besteht darin, ein persönliches Gespräch zwischen den Parteien vor der allfälligen Klageeinreichung zu ermöglichen (vgl. BGE 140 III 70 ff., E. 4.3). Die Zivilprozessordnung sieht jedoch in bestimmten Fällen die Möglichkeit vor, sich vertreten zu lassen (vgl. Art. 204 Abs. 3 ZPO). Die Möglichkeiten, sich gemäss Art. 204 Abs. 3 ZPO vertreten zu lassen, d.h. nicht persönlich zu erscheinen, sind deutlich weiter gefasst als die Ausnahmen von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen in einer scheidungsrechtlichen Einigungsverhandlung (Art. 278 i.V.m. Art. 291 ZPO; DOLGE, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 278 N 3). Nimmt eine Partei aufgrund des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 204 Abs. 3 lit. a-c ZPO nicht an der Verhandlung teil, hat sie sich vertreten zu lassen; tut sie das nicht, gilt sie

im Sinne von Art. 206 ZPO als säumig (vgl. ZK ZPO-HONEGGER, 3. Aufl. 2016, Art. 206 N 1; EGLI, in: DIKE-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 204 N 15; OFK ZPO-MÖHLER, 2. Aufl. 2015, Art. 206 N 1). Auch ist die Gegenpartei vorgängig über die Vertretung zu informieren (vgl. Art. 204 Abs. 2 ZPO). Kommt auch die Vertretung der dispensierten Partei nicht zur Verhandlung, ist sie säumig und es wird so verfahren, wie wenn keine Einigung zustande gekommen wäre (vgl. Art. 206 Abs. 2 i.V.m. Art. 209-212 ZPO). Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (Kündigungsschutz) kann die Schlichtungsbehörde bei Säumnis des beklagten Vermieters entweder zunächst einen Urteilsvorschlag unterbreiten (vgl. Art. 210 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 211 Abs. 1 und 2 lit. a ZPO). Dieser hätte bei Ablehnung die Ausstellung der Klagebewilligung an die ablehnende Partei zur Folge. Oder die Schlichtungsbehörde kann der Mieterin direkt die Klagebewilligung ausstellen (vgl. Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Artikel 204 und 206 der Zivilprozessordnung regeln das Erscheinen vor der Schlichtungsstelle und die Folgen einer Säumnis (auch für die Verfahren vor der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen) abschliessend (vgl. BGer 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.3).

Es ist der Mieterin zwar darin zuzustimmen (vgl. act. 2 Rz. 18 ff.), dass es die ratio legis des Artikels 204 der Zivilprozessordnung bzw. des Grundsatzes des persönlichen Erscheinens ist, ein *persönliches* Gespräch zwischen den Parteien zu ermöglichen und zwar *vor* der allfälligen Klageeinreichung. Für den Fall des blossen Nicht-persönlich-Erscheinens der beklagten Partei zur Schlichtungsverhandlung sehen die Artikel 204 und 206 der Zivilprozessordnung jedoch keine Vollstreckungsmassnahmen oder über die Säumnis hinausgehenden "Sanktionen" vor, und solche sind in der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung (vgl. act. 3) auch nicht angedroht worden. Zum einen fehlt es somit an einem durchsetzbaren Anspruch der Mieterin auf das Führen eines persönlichen Gesprächs mit dem Vermieter an der Schlichtungsverhandlung. Zum anderen ist nicht ersichtlich, inwiefern der Mieterin durch die Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung ein erheblicher Nachteil drohen soll, der ihr ohne Dispensation des Vermieters nicht drohte. Zum einen steht es auch einem dispensierten Vermieter grundsätzlich frei, dennoch an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen. Zum anderen kann sich ein Vermieter

faktisch und unabhängig von der Frage, ob er dispensiert wurde und ob dies zu Recht oder zu Unrecht erfolgte, einem persönlichen Gespräch im Rahmen des Schlichtungsverfahrens (oder im übrigen auch im Rahmen eines allfälligen Gerichtsverfahrens) mit der Mieterin entziehen. Auf die Frage, ob es in der Situation der Parteien und mit Blick auf allfällige künftige Gerichtsprozesse sinnvoll erscheint, *kein* persönliches Gespräch – im Rahmen eines Verfahrens oder ausserhalb eines solchen – miteinander zu führen, muss an dieser Stelle nicht eingegangen werden, zumal die Parteien (wie gesehen) von der Vorinstanz ordnungsgemäss zum Schlichtungsverhandlung vorgeladen wurden.

2.4 Da nach dem Gesagten nicht ersichtlich ist, inwiefern die Mieterin aufgrund der Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung vom 2. September 2019 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, ist auf die Beschwerde der Mieterin nicht einzutreten. Es bleibt bei der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung vom 2. September 2019.

2.5 Mit dem Endentscheid werden die prozessualen Anträge der Mieterin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Abnahme der Vorladung gegenstandslos, soweit die Kammer zu deren Beurteilung überhaupt zuständig gewesen wäre.

3.1 Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen werden im Schlichtungsverfahren keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteienschädigungen zugesprochen (Art. 113 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ZPO). Das gilt gemäss Rechtsprechung der Kammer auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. etwa OGer ZH PD110005 vom 23. Juni 2011 E. 2; PD110010 vom 31. Oktober 2011 E. 4a).

3.2 Die Mieterin stellt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverbeiständung (für das Beschwerdeverfahren) und beantragt eine Parteienschädigung (vgl. act. 2 S. 2). Da im Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten erhoben werden und die Beschwerdeführerin ausgangsgemäss unterliegt, ist ihr Gesuch insoweit gegenstandslos.

3.3 Soweit die Mieterin die Bestellung von Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtseistand für das Beschwerdeverfahren beantragt, ist ihr Gesuch nach dem Gesagten insoweit wegen fehlender Nichtaussichtslosigkeit abzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch der Mieterin und Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht abgeschrieben wird.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, vorab je per Fax bzw. E-Mail, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2 inkl. Beilagenverzeichnis, sowie – unter Rücksendung der Akten – an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Bülach, je gegen Empfangsschein.
4. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der schriftlichen / postalischen 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 vermögensrechtliche mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert wurde nicht ermittelt.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:  
30. August 2019