

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU160050-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## **Beschluss und Urteil vom 19. Oktober 2016**

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin,

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte,

betreffend **Kündigungsschutz**

Berufung gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen vom 24. Juni 2016 (MM160039)

**Rechtsbegehren (act. 1, Prot. Vorinstanz S. 2, sinngemäss):**

1. Es sei die mit Formular vom 30. Mai 2016 auf den 31. August 2016 ausgesprochene Kündigung betreffend das Mietverhältnis über die 1½-Zimmer-Wohnung im 3. OG am C.\_\_\_\_\_-Weg 11, in D.\_\_\_\_ für ungültig zu erklären.
2. Der Mietzins sei um Fr. 150.- zu reduzieren.

**Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Meilen (act. 13 S. 3-4):**

1. Das Verfahren wird zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt abgeschlossen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
- 4./5. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel.

**Berufungsanträge:**

- der Berufungsklägerin (act. 14 sinngemäss):

Der vorinstanzliche Beschluss sei aufzuheben und die Parteien seien neu vorzuladen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.

- der Berufungsbeklagten (act. 20):

Die Berufung sei abzuweisen.

Für den Fall, dass der Berufung stattgegeben wird, wird gleichzeitig Anschlussberufung erhoben und weitere zivilrechtliche Schritte gegen Frau A.\_\_\_\_ werden vorbehalten.

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 3. Juni 2016 (Poststempel) reichte A.\_\_\_\_\_ (Klägerin und Berufungsklägerin, nachfolgend Berufungsklägerin) bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen ein Schlichtungsgesuch mit oben-erwähntem Rechtsbegehren gegen die Vermieterin, Frau B.\_\_\_\_\_ (Beklagte und Berufungsbeklagte, nachfolgend Berufungsbeklagte) ein. Mit Beschluss vom 24. Juni 2016 schrieb die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Be-zirkes Meilen das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit ab. Kosten wur-den keine erhoben (act. 13). Mit Eingabe vom 5. August 2016 (Poststempel) focht A.\_\_\_\_\_ diesen Entscheid beim Obergericht an (act. 14). In der Folge gab sie dem Gericht eine neue Zustelladresse bekannt (act. 16). Gestützt auf die Verfügung vom 12. September 2016 (act. 18) reichte B.\_\_\_\_\_ eine Berufungsantwort ein und verlangte die Abweisung der Berufung (act. 20).
2. Die Vorinstanz erwog, die Vorladung sei von der Klägerin nicht abgeholt worden (act. 7). In Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gelte die Zu-stellung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsgesuch erfolgt, da die Klägerin mit einer Zustellung habe rechnen müssen. Die Klägerin sei zur Schlichtungsverhandlung unentschuldigt nicht erschienen (Prot. S. 2). In Anwendung von Art. 206 Abs. 1 ZPO gelte das Schlichtungsgesuch als zu-rückgezogen, und das Verfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben (act. 13 Erw. 3-4).
3. A.\_\_\_\_\_ bezeichnete ihre Eingabe als "Berufung und Einsprache". Sie brachte in ihrem Rechtsmittel vor, sie habe die Vorladung zur Schlichtungs-verhandlung nicht erhalten. Damit wendet sie sich gegen die Abschreibung des Verfahrens an sich. Dafür stehen ihr die ordentlichen Rechtsmittel der Berufung oder Beschwerde zur Verfügung. Da vorliegend ein monatlicher Bruttomietzins von Fr. 1'000.- (act. 5/1) geschuldet und aufgrund der bei der Schlichtungsbehörde gestellten Anträge bei der Streitwertberechnung eine Sperrfrist von drei Jahren (Art. 271a Abs. 1 lit. e OR) zu beachten ist (vgl.

act. 13 Erw. 5), ist von einem Fr. 10'000.- übersteigenden Streitwert auszugehen. Die Eingabe ist deshalb als Berufung entgegen zu nehmen.

4. a) Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beim Obergericht einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). In den Gerichtsferien, d.h. vom 15. Juli bis und mit dem 15. August, stehen die gesetzlichen und richterlichen Fristen still (Art. 145 Abs. 1 lit. b). Dieser Fristenstillstand gilt aber für das Schlichtungsverfahren nicht (Art. 145 Abs. 2), inklusive eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens (vgl. BGE 139 III 78 E. 4.4.3 ff. zum summarischen Verfahren). Die Parteien sind indes auf diese Ausnahme hinzuweisen (Art. 145 Abs. 3 ZPO).  
  
b) Der Entscheid wurde A. \_\_\_\_\_ am 5. Juli 2016 zugestellt (11/1); mit Poststempel vom 5. August 2016 (act. 14) erhob sie Berufung. Die 30tägige Berufungsfrist wäre am 4. August 2016 abgelaufen. Da es die Vorinstanz unterliess, in der Rechtsmittelbelehrung auf den ungehemmten Fristenlauf hinzuweisen (vgl. act. 13), rechtfertigt es sich, die Berufung als rechtzeitig zu erachten (Art. 145 Abs. 3 ZPO).
5. Eine Anschlussberufung kann nicht, wie vorliegend, bedingt gestellt werden. Ausserdem müsste sie begründete Anträge enthalten. Anträge wurden aber keine gestellt. Auf die Anschlussberufung ist deshalb nicht einzutreten.
6. a) Die Berufungsklägerin brachte vor, die Vermieterin wohne im gleichen Haus und sei im Besitze von zwei Hausschlüsseln für ihre Wohnung sowie von 1 bis 2 Schlüsseln für ihren Briefkasten. Als ihr der Postbeamte am 8. Juni 2016 den eingeschriebenen Brief von Meilen (damit ist wahrscheinlich die Vorladung gemeint, vgl. act. 17 i.V.m. act. 7) habe bringen wollen, sei sie nicht zu Hause gewesen und habe vom Abholzettel des eingeschriebenen Briefes nichts wissen können. Frau B. \_\_\_\_\_ sei immer im Haus, wenn die Post komme. Es sei anzunehmen, dass sie mit ihrem Briefkastenschlüssel den Abholzettel aus ihrem – der Berufungsklägerin – Briefkasten geholt habe oder, dass der Postbote den Zettel auf die Truhe der Berufungsbeklagten im Eingangsbereich gelegt und diese ihn weg genommen

habe. Es wohnten – so die Berufungsklägerin – mehrere Leute im Haus, die den gleichen Eingang benützten. Ihr Namensschild sei auch nicht mehr auf dem Briefkasten gewesen, als sie nach zwei Tagen zurück gekommen sei. Sie habe keine Möglichkeit gehabt, den Brief vom Bezirksgericht Meilen zu erhalten und im Juni 2016 zum Gerichtstermin zu erscheinen. Sie habe sich gewundert, weshalb sie vom Gericht nichts höre und habe dem Gericht am 30. Juni 2016 nochmals einen eingeschriebenen Brief gesandt und darin mitgeteilt, dass sie die Kündigung vom 1. Juni 2016 anfechte. Zuvor habe sie auch beim Bezirksgericht angerufen und sich erkundigt. Man habe ihr dann mitgeteilt, sie bekäme einen Brief vom Gericht (act. 14).

b) Die Berufungsbeklagte brachte u.a. vor, die Eingabe der Berufungsklägerin beinhalte diverse infame persönliche Unterstellungen und Verleumdungen ihrer Person (der Berufungsbeklagten) gegenüber, welche nicht der Wahrheit entsprächen. Sie könnten nichts zur Sache beitragen und dienten nur dem einen Zweck, weiteren Kündigungsaufschub zu erhalten. Die Schlichtungsbehörde habe seinerzeit beide Parteien ordnungsgemäss zum Schlichtungstermin aufgeboten. Wenn die Berufungsklägerin ihre Termine bewusst oder unbewusst nicht wahrnehme, könne das ja nicht zu ihrem (der Berufungsbeklagten) Nachteil ausgelegt werden (act. 20).

7. a) Eine eingeschriebene Postsendung des Gerichtes, die nicht abgeholt worden ist, gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern die Person mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Zustellfiktion greift nur, wenn der Adressat an einem Verfahren beteiligt ist, mithin ein Prozessrechtsverhältnis besteht. Dieses entsteht für die klagende Partei mit der Rechtshängigkeit und verpflichtet sie, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihr Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Für die gerichtseits erfolgten Zustellungen an eine Partei trägt das Gericht die Last des Nachweises.

b) Bestreitet eine Partei den Erhalt der Abholungseinladung für eine Gerichtsurkunde, so hat das Gericht diese Behauptung mittels Beweisen zu wi-

derlegen. Dies ist vorliegend nicht möglich. Daran ändern auch die Behauptungen der Berufungsbeklagten nichts. Für die Darstellung der Berufungsklägerin spricht zudem, dass sie sich mit Schreiben vom 28. Juni 2016 (Poststempel vom 30. Juni 2016) – für die von ihr behauptete telefonische Nachfrage gibt es keine Aktennotiz – nochmals an die Vorinstanz wandte unter Hinweis auf ihre frühere Eingabe (act. 9). Die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO kann deshalb vorliegend nicht zum Tragen kommen. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Berufungsklägerin auf andere Art und Weise rechtzeitig vom Verhandlungstermin Kenntnis erhalten hat. Unter diesen Umständen ist ihr nicht nachzuweisen, dass sie korrekt vorgeladen wurde. Demnach besteht keine Grundlage für den Eintritt der Säumnisfolgen im Sinne des Art. 206 Abs. 1 ZPO, was zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führt sowie zur Rückweisung der Sache an die Schlichtungsbehörde.

Das Verfahren ist zu wiederholen und die Schlichtungsbehörde in Mietsachen hat die Parteien nochmals zur Schlichtungsverhandlung vorzuladen.

8. Gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO werden für das Schlichtungsverfahren betreffend Miete von Wohn- und Geschäftsräumen keine Gerichtskosten erhoben, was auch für das Rechtsmittelverfahren gilt. Ebenso findet die Regelung, wonach im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen werden (Art. 113 Abs. 1 ZPO), im Rechtsmittelverfahren Anwendung (OGer ZH, PD110010-O vom 31. Oktober 2011).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Anschlussberufung der Berufungsbeklagten wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Der Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen vom 24. Juni 2016 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Schlichtungsbehörde zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens fallen ausser Ansatz.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 20, sowie an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen unter Beilage der Akten, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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 übersteigt Fr. 15'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Vourtsis-Müller

versandt am:  
20. Oktober 2016