

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU180016-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Obergerichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 24. Juli 2018

in Sachen

A._____,

Kläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Beklagte und Beschwerdegegner,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Kündigungsschutz / Anfechtung

Beschwerde gegen einen Entscheid der Schlichtungsbehörde Zürich vom 5. April
2018 (MM180187)

Erwägungen:

1. Der Kläger und Beschwerdeführer mietete von den Beklagten und Beschwerdegegnern mit Mietvertrag vom 25. November 2014 ein Restaurant im Erdgeschoss der Liegenschaft ... [Ort] mit Abstellraum, Personalraum und vier Parkplätzen (act. 14/2). Das Mietverhältnis wurde ihm am 29. Januar 2018 auf den 28. Februar 2018 mit der Begründung des Zahlungsverzugs gekündigt (act. 2). Daraufhin focht der Beschwerdeführer die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde Zürich als ungültig und missbräuchlich an (act. 1). Weil der Beschwerdeführer unentschuldigt nicht an der Schlichtungsverhandlung vom 5. April 2018 erschienen war (Prot. VI S. 2 f.), schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Beschluss desselben Tages als gegenstandslos ab (act. 15 = act. 20 = act. 22).
2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer persönlich mit Eingabe vom 23. April 2018 fristgerecht Beschwerde (act. 21, vgl. act. 16). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-18). Mit Verfügung vom 18. Mai 2018 wurde dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um dem Gericht zu erklären, ob er sich im Beschwerdeverfahren ebenfalls durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ vertreten lasse und gegebenenfalls eine entsprechende Vollmacht einzureichen. Ausserdem wurde den Beschwerdegegnern Gelegenheit zur Erstattung der Beschwerdeantwort gegeben (act. 25). Die Beschwerdeantwort ging am 28. Mai 2018 fristgerecht ein (act. 28, vgl. act. 26/2). Sodann reichten der Beschwerdeführer und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ eine Mandatsanzeige ein (act. 29-32). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 18. Juni 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt. Beigelegt wurde die im Nachhinein beigezogene Vorladung zur vorinstanzlichen Schlichtungsverhandlung, welche am 8. März 2018 an den Beschwerdeführer versandt worden war und keinen Eingang in die Akten der Vorinstanz gefunden hatte (act. 37). Mit Eingabe vom 2. Juli 2018 reichte der Beschwerdeführer eine erneute Stellungnahme ein (act. 43). Darauf liessen sich die Beschwerdegegner mit Eingabe vom 5. Juli 2018 ebenfalls nochmals vernehmen (act. 45). Letztere Eingabe wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 46). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3.1 Die Abschreibung des Schlichtungsverfahrens als gegenstandslos wegen Säumnis des Klägers infolge Nichterscheins an der Schlichtungsverhandlung gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO ist ein gesetzlich besonders geregelter Fall der Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit nach Art. 242 ZPO. Eine entsprechende Abschreibungsverfügung stellt eine prozessleitende Verfügung besonderer Art dar und untersteht nach Massgabe von Art. 319 lit. b ZPO der Beschwerde (BGer 4A_131/2013 vom 3. September 2013 E. 2.2.2.2 m.w.H.; DIKE-Komm. ZPO-EGLI, 2. Aufl. 2016, Art. 206 N 5; vgl. auch ZK ZPO-HONEGGER, 3. Aufl. 2016, Art. 206 N 5). Da das Gesetz die Anfechtbarkeit einer Abschreibungsverfügung nach Art. 206 Abs. 1 ZPO nicht vorsieht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO), steht die Beschwerde gegen eine solche Verfügung nur offen, wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Prüfung, ob dies unter den konkreten Umständen der Fall ist, liegt im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 319 N 13).

3.2 Das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels ist von Amtes wegen zu prüfen, allerdings, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf der Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (DIKE-Komm. ZPO-MÜLLER, 2. Aufl. 2016, Art. 60 N 1). Die Behauptungs- und Beweislast für die Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-STERCHI, Art. 319 N 15; DIKE-Komm. ZPO-BLICKENSDORFER, 2. Aufl. 2016, Art. 319 N 40). Fehlt es an der Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (OGerZH PE110026 vom 6. Februar 2012 E. II.1.2; OGerZH RB160036 vom 20. Januar 2017 E. 3.1).

3.3 Bei Säumnis der klagenden Partei gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen, und das Verfahren wird wie erwähnt als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Damit ist das Schlichtungsverfahren beendet, und die Rechtshängigkeit entfällt. Der Abschreibungsverfügung kommt keine materielle Rechtskraft zu, weshalb das Schlichtungsgesuch jederzeit wieder neu gestellt

werden kann (BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 206 N 7; DIKE-Komm. ZPO-EGLI, 2. Aufl. 2016, Art. 206 N 4; ZK ZPO-HONEGGER, 3. Aufl. 2016, Art. 206 N 5). Folglich entstehen der klagenden Partei aus einer Abschreibung des Verfahrens zufolge Säumnisses grundsätzlich in der Sache selbst keine erhebliche Nachteile. Anders gelagert ist die Situation allerdings dann, wenn die erneute Einreichung eines Schlichtungsgesuchs verspätet ist, weil infolge des Ablaufs einer Verwirkungsfrist bei Abschreibung des Schlichtungsverfahrens ein materieller Rechtsverlust eingetreten ist (vgl. BGer 4A_131/2013 vom 3. September 2013 E. 2.2.2.2; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 206 N 8; ZK ZPO-HONEGGER, 3. Aufl. 2016, Art. 206 N 5).

3.4 Der Beschwerdeführer sagt vorliegend nichts zur Eintretensvoraussetzung des drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils. Er hatte mit Eingabe vom 28. Februar 2018 bei der Vorinstanz die Kündigung vom 29. Januar 2018 (erhalten am 30. Januar 2018) als ungültig und missbräuchlich angefochten (act. 1). Gemäss Art. 273 Abs. 1 OR muss das Anfechtungsbegehren innert 30 Tagen nach Empfang bei der Schlichtungsbehörde eingereicht werden. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist, die weder erstreckt noch wiederhergestellt werden kann (BSK OR I-WEBER, 6. Aufl. 2015, Art. 273 N 3). Damit ist von einem für den Beschwerdeführer offenkundigen Nachteil auszugehen, falls die Vorinstanz das Verfahren zu Unrecht als gegenstandslos abgeschrieben hätte. Auch ohne entsprechendes Vorbringen ist ein solcher Nachteil von Amtes wegen zu berücksichtigen. Auf die Beschwerde ist demzufolge einzutreten.

4.1 Zur Begründung, dass die Vorinstanz zu Unrecht von Säumnis ausgegangen sei, bringt der Beschwerdeführer vor, er habe sich im vorinstanzlichen Verfahren durch Herrn X1._____ vertreten lassen. Dieser habe einen Antrag auf Verschiebung der auf den 5. April 2018 angesetzten Schlichtungsverhandlung gestellt, da er (Herr X1._____) zu jenem Zeitpunkt ferienabwesend gewesen sei. Seine Reise habe er mit Flugtickets belegt. Die Vorinstanz habe dem Verschiebungsgesuch nicht stattgegeben. Diese Mitteilung habe sie lediglich Herrn X1._____ geschickt, der zu diesem Zeitpunkt aber eben in den Ferien gewellt sei und folglich zu spät vom abgelehnten Verschiebungsgesuch erfahren habe. Er

selbst sei ebenfalls in gutem Glauben davon ausgegangen, dass die Verhandlung verschoben würde. Hätte auch er die Information von der Schlichtungsbehörde mitgeteilt bekommen, so wäre er persönlich an der Verhandlung erschienen. Aus diesem Grund beantrage er die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und eine Neuansetzung der Schlichtungsverhandlung (act. 21 S. 1 f.).

4.2 Dem halten die Beschwerdegegner entgegen, dass der Beschwerdeführer mit seiner Klage an die Schlichtungsbehörde das erstinstanzliche Verfahren selbst initiiert habe. Somit habe er gewusst, dass mit gerichtlichen Zustellungen zu rechnen sei (act. 28 S. 1). Gleichermassen wäre es an ihm gewesen, sich rechtzeitig um eine anwaltliche oder sonstige Vertretung zu kümmern. Dass der Beschwerdeführer erst am 31. März 2018, mithin drei Tage vor dem Verhandlungstermin, einen Vertreter mandatiert habe, der überdies bereits am Tage nach seiner Mandatierung für vierzehn Tage ins Ausland abgereist sei, sei seiner eigenen Nachlässigkeit und fehlenden Organisation zuzuschreiben. Sowohl die Mandatierung von Herrn X1._____ als auch dessen Verschiebungsgesuch vom 31. März 2018, welches das Poststempeldatum vom 1. April 2018 nota bene von der Flughafenpost trage und bei der Schlichtungsbehörde erst am 3. April 2018 eingegangen sei, seien damit verspätet erfolgt (act. 28 S. 2). Ob die Abweisung des Verschiebungsgesuchs dem Beschwerdeführer wie behauptet nicht mitgeteilt worden sei, könne offen bleiben, weil dieser auch nicht geltend mache, bei der Schlichtungsbehörde nachgefragt zu haben, ob dem Gesuch stattgegeben worden sei. Ausserdem habe ein Vertreter, der um einen Verhandlungstermin und die zeitliche Dringlichkeit wisse, für eine geeignete Organisation seiner Posteingänge während seiner Abwesenheit zu sorgen (act. 28 S. 2).

4.3 In seiner Stellungnahme vom 2. Juli 2018 macht der Beschwerdeführer weiter geltend, dass die gerichtliche Vorladung eher kurzfristig erfolgt sei und es in der vorösterlichen Zeit gut 2 ½ Wochen dauern könne, bis ein Besprechungstermin mit dem zu beauftragenden Treuhänder zustande komme. Eine Nachlässigkeit sei ihm deswegen nicht anzulasten (act. 43 S. 3). Aus den Unterlagen an die Schlichtungsbehörde sei klar hervorgegangen, dass Herr X1._____ als sein Treuhänder ihn berufsmässig hätte vertreten sollen. Die berufsmässige Vertretung sei

aber auch im Schlichtungsverfahren den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten vorbehalten. Diese Unstimmigkeit hätte der Vorinstanz auffallen und sie hätte abklären müssen, ob eine unzulässige berufsmässige Vertretung vorliege. Dazu hätte ihn die Vorinstanz zu einer klärenden Stellungnahme einladen und insbesondere die Ablehnung der Verschiebung auch ihm persönlich zukommen lassen müssen. Indem sie die Ablehnung der Verschiebung lediglich an die Adresse seines Treuhänders gesandt habe, habe sie ihm (dem Beschwerdeführer) das rechtliche Gehör verweigert (act. 43 S. 3 f.).

4.4 Die Beschwerdegegner führen dazu in ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2018 im Wesentlichen aus, die Vorinstanz habe davon ausgehen dürfen, dass der Beschwerdeführer selbst ebenfalls zum ihm mitgeteilten Verhandlungstermin erscheinen würde, zumal er kein Gesuch um Erlass des persönlichen Erscheinens gestellt habe (act. 45 S. 2).

5.1 Gemäss Art. 135 ZPO kann das Gericht einen Erscheinungstermin aus zureichenden Gründen verschieben, wenn es vor dem Termin darum ersucht wird. Diese allgemeine Vorschrift gilt auch im Schlichtungsverfahren. Grundsätzlich genügt es, wenn das Gesuch am letzten Tag vor dem Erscheinungstermin beim Gericht eingereicht wird (Art. 143 Abs. 1 ZPO); das Gericht soll aber noch rechtzeitig die nötigen Anordnungen, insbesondere bei Gutheissung die Information sämtlicher Beteiligter, treffen können (ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 135 N 4). Das Verschiebungsgesuch von Herrn X1._____ traf am 3. April 2018, mithin zwei Tage vor der geplanten Verhandlung, bei der Vorinstanz ein (act. 9). Insofern gilt es als rechtzeitig gestellt.

5.2 Die Vorinstanz hat das Verschiebungsgesuch mit Stempelverfügung vom 3. April 2018 ohne weitere Begründung abgewiesen (act. 10). Diese Mitteilung ging gemäss Behauptung des Beschwerdeführers lediglich Herrn X1._____, aber nicht ihm selbst zu. Angesichts des Umstandes, dass im Schlichtungsverfahren selbst vertretene Parteien stets auch persönlich erscheinen müssen und im Übrigen auch persönlich vorzuladen sind (Art. 204 Abs. 1 OR), mag dieses Versäumnis der Vorinstanz bedauerlich erscheinen. Es ändert jedoch nichts daran, dass die vom Gericht einmal erlassene Vorladung mit den darin enthaltenen Zeitanga-

ben so lange gültig bleibt, als sie vom Gericht nicht widerrufen wurde. Eine vorgeladene Person darf sich daher nicht darauf verlassen, ihr Verschiebungsgesuch werde durch das Gericht wohl bewilligt. Sie muss vielmehr bis zur Kenntnis von einem gegenteiligen Entscheid von der Gültigkeit der erhaltenen Vorladung ausgehen. Hat sie bis unmittelbar vor dem festgelegten Verhandlungstermin keinen Bescheid erhalten, soll sie sich bei der betreffenden Instanz erkundigen, ob dem Gesuch stattgegeben worden sei; andernfalls muss sie sich zur Verhandlung einfinden, ansonsten sie Gefahr läuft, einen Rechtsverlust zu erleiden (vgl. BGer 5A_121/2014 vom 13. Mai 2014 E. 3.3; ZR 95 Nr. 71; OGer ZH RU170009 vom 10. März 2017 E. II.). Die Vorinstanz hat das Fernbleiben des Beschwerdeführers somit zu Recht als Säumnis gewertet und das Verfahren gestützt auf Art. 206 Abs. 1 ZPO abgeschlossen.

5.3 Eine andere Frage ist, ob die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Anwendung von Art. 135 ZPO pflichtgemäss ausgeübt hat, indem sie das Verschiebungsgesuch unbegründet abwies.

Ferienabwesenheiten können grundsätzlich als zureichender Verschiebungsgrund gelten, wenn die Buchung im Zeitpunkt, in dem der Termin durch das Gericht bekanntgegeben worden ist, bereits erfolgt war und nicht mehr ohne weiteres verschoben werden kann (OGer ZH LC110072 vom 23. Dezember 2011 E. 2.3). Vorliegend wurden die Parteien am 8. März 2018 auf den 5. April 2018 zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen (vgl. act. 4). Der Beschwerdeführer war in diesem Verfahrensstadium noch nicht vertreten. Wie ein nachträglicher Aktenbeizug von der Vorinstanz ergab, erging die Vorladung an ihn persönlich und wurde von ihm am 12. März 2018 entgegengenommen (act. 34-36). Wenn der Beschwerdeführer erst am 31. März 2018, also sechs Tage vor der Verhandlung, einen Vertreter beizog, der überdies erklärterweise vom 1. April 2018 bis am 14. April 2018 und damit auch an der Verhandlung vom 5. April 2018 in den Ferien weilte, muss ihm dies angelastet werden. Eine Ablehnung des Verschiebungsgesuchs erscheint vor diesem Hintergrund als gerechtfertigt. Es ist daran zu erinnern, dass die Verschiebung des Gerichtstermins stets auch die nicht um Verschiebung ersuchende Partei berührt. Kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer

zwar befugt war, einen Vertreter für das Schlichtungsverfahren beizuziehen und sich von ihm an der Verhandlung begleiten zu lassen (Art. 204 Abs. 2 ZPO), dass ihn dies aber nicht von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen entband. Darauf wurde der Beschwerdeführer in der Vorladung explizit hingewiesen (act. 6 S. 2). Dass er am Verhandlungstermin vom 5. April 2018 ebenfalls unpässlich gewesen wäre, behauptete der Beschwerdeführer nicht; im Gegenteil brachte er vor, er wäre persönlich erschienen, hätte er rechtzeitig von der Abweisung des Verschiebungsgesuchs erfahren (act. 21 S. 1; act. 43 S. 4).

5.4 Was schliesslich das Vorbringen der Unzulässigkeit der Vertretung durch einen Treuhänder im Schlichtungsverfahren anbelangt, ist dazu Folgendes zu sagen:

Im Beschwerdeverfahren ist kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen. Das von der Rechtsprechung entwickelte unbedingte Replikrecht dient lediglich dazu, der Beschwerde führenden Partei zu den Vorbringen der Gegenseite das rechtliche Gehör zu gewähren und nicht dazu, nochmals neue Behauptungen gegenüber der Beschwerdeschrift zuzulassen. Insofern sind die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Unzulässigkeit der Vertretung durch Herrn X1._____ unbeachtlich. Im Übrigen ist dem Beschwerdeführer entgegen zu halten, dass im Verfahren vor der mietrechtlichen Schlichtungsstelle kein absolutes Anwaltsmonopol gilt. Vielmehr sind vor Miet- und Arbeitsgerichten auch beruflich qualifizierte Vertreter befugt, soweit das kantonale Recht dies vorsieht (Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO), von welcher Möglichkeit der Kanton Zürich für Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 Gebrauch gemacht hat (§ 11 Abs. 2 lit. a AnwG); dies erstreckt sich nach der Praxis der Kammer nicht nur auf Verfahren vor Miet- und Arbeitsgericht, sondern auch auf das vorgelagerten Schlichtungsverfahren (OGer ZH PD110004 vom 19. Mai 2011 E. 4), nicht aber auch das Rechtsmittelverfahren (anstatt vieler OGer ZH PD170007 vom 25. September 2017 E. 3 mit weiteren Hinweisen).

6.1 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 (O-Ger ZH PD110005 vom 23. Juni 2011 E. 2; PD110010 vom 31. Oktober 2011 E. 4a).

6.2 Was die Anfechtbarkeit dieses Entscheides beim Bundesgericht betrifft, ist dessen Qualifikation als Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, aber auch als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in Betracht zu ziehen (vgl. BGE 139 III 478 und BGer 4A_131/2013 vom 3. September 2013). Ob der Streitwert von Fr. 15'000.– gemäss Art. 74 Abs. 1 BGG erreicht wird, dürfte davon abhängen, ob im konkreten Fall der Rechtsprechung zur Berechnung des Streitwerts bei Anfechtung einer Kündigung zu folgen und die 3-jährige Kündigungssperrfrist des Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zu berücksichtigen ist (BGE 137 III 389). Dem Entscheid des Bundesgerichts darüber kann das Obergericht nicht vorgreifen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, 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).

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: