

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU180041-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
Dr. M. Isler

Urteil vom 18. September 2018

in Sachen

A._____,
Klägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
Beklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____

betreffend **Kündigungsschutz / Mängelrechte**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des
Bezirktes Meilen vom 27. Juli 2018 (MM180034)

Erwägungen:

1. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) leitete am 9. Juli 2018 (Datum Poststempel) bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichts Meilen ein Schlichtungsverfahren ein mit den sinngemässen Anträgen, es sei die auf den 30. Juni 2018 ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses über die 1 ½-Zimmerwohnung am D. _____-weg ... in E. _____ für ungültig zu erklären, eventualiter sei das Mietverhältnis maximal zu erstrecken. Ausserdem beantragte sie, der Mietzins sei für die Zeit, während der eine Baustelle bestand, angemessen zu reduzieren (act. 1).

Die Vorinstanz lud beide Parteien zur Schlichtungsverhandlung auf den 27. Juli 2018, 10:30 Uhr, vor (act. 2). Aufgrund von Säumnis der Beschwerdeführerin schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Beschluss vom 27. Juli 2018 zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab (act. 8 = act. 13 = act. 15).

2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. August 2018 rechtzeitig Beschwerde (act. 14, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 9/1). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-11). Die Sache erweist sich als spruchreif.

3.1 Die Vorinstanz stellte vorab Erwägungen dazu an, ab wie vielen Minuten Verspätung von Säumnis einer Partei auszugehen sei (act. 13 S. 2 f.). Sie verwies auf ihre Praxis, wonach eine Verspätung von einer Viertelstunde noch toleriert werde; was darüber liege, werde aber als Säumnis gewertet, wenn die Partei weder erschienen noch die Schlichtungsbehörde sonst irgendwie (in der Regel telefonisch) über eine grössere Verspätung orientiert habe (act. 13 S. 3 f.). Die Beschwerdeführerin begründe ihre Verspätung damit, dass sie das Gericht nicht gefunden habe. Das sei ein untaugliches Vorbringen, weil sie in der Vergangenheit schon zu mehreren Verhandlungen bei der Schlichtungsbehörde und beim Bezirksgericht Meilen habe erscheinen müssen. Dass die Beschwerdeführerin um 10:50 Uhr doch noch erschienen sei, könne an ihrer Säumnis nichts mehr ändern, denn zu diesem Zeitpunkt sei der Beschluss bereits gefällt gewesen (act. 13 S. 4).

3.2 Der Vollständigkeit halber wies die Vorinstanz im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren darauf hin, dass die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) am 2. Juli 2018 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen ein Ausweisungsverfahren gegen die Beschwerdeführerin anhängig gemacht habe. Weil die Beschwerdeführerin nicht nur ein Kündigungsschutzbegehren gestellt, sondern auch Mängel an der Mietsache geltend gemacht bzw. eine Mietzinsreduktion verlangt habe, seien die Parteien zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen und sei das Schlichtungsverfahren nicht sistiert worden. Im Falle der rechtskräftigen Ausweisung der Beschwerdeführerin würde das Schlichtungsverfahren aber – zumindest hinsichtlich der Frage des Kündigungsschutzes bzw. der Erstreckung – ohnehin gegenstandslos, und zwar unabhängig von der Frage der Säumnis (act. 13 S. 5).

3.3 Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und die Ansetzung eines neuen Termins für die Schlichtungsverhandlung. Sie macht einerseits geltend, es habe keine Säumnis bestanden, weil die Verspätung nur minim gewesen sei; andererseits erklärt sie ihre Säumnis mit gesundheitlichen Gründen (act. 14 S. 2).

Konkret führt die Beschwerdeführerin aus, es sei nicht fair, wenn eine Verhandlung wegen einer Verspätung von fünf Minuten über der Toleranzgrenze abgesagt werde. Ihre Gründe für die Verspätung habe sie der Vorinstanz dargelegt; das Protokoll gebe diese Äusserungen nur stark zusammengefasst wieder und sie seien von der Vorinstanz entgegen ihrem Begehren auch nicht als Wiederherstellungsgesuch aufgefasst worden. Aufgrund der grossen Hitze habe sie an diesem Tag Kreislauf- und Sehprobleme gehabt, die sie am rechtzeitigen Erscheinen sowie an der telefonischen Ankündigung ihrer Verspätung gehindert hätten. Zwar wisse sie ungefähr, wo sich das Gebäude befinde, sie sei aber schon längere Zeit nicht mehr dort gewesen und sei schliesslich bei der Polizeistation Meilen gelandet, von wo aus ein Polizist sie netterweise zur Schlichtungsbehörde gefahren habe. Als sie am Gericht angekommen sei, habe sie ziemlich lange warten müssen, obwohl die Empfangsdame sie angemeldet gehabt habe. Als sie endlich in den Saal geholt worden sei, seien die ganze Gerichtsbesetzung sowie die Ge-

genpartei noch dort gewesen. Es sei ihr beschieden worden, dass die Verhandlung nun nicht mehr durchgeführt werden könne und sie sei gebeten worden, den Saal zu verlassen. Das habe sie auch getan, währenddessen der Vermieter noch mindestens zehn Minuten im Saal geblieben sei. Es stelle sich daher die Frage der Befangenheit. Der Schlichter, Herr F. _____, habe anschliessend sinngemäss zu ihr gesagt, dass sie nun endlich einen Fehler gemacht habe und habe dabei gelacht (act. 14).

4.1 Die Abschreibung des Schlichtungsverfahrens als gegenstandslos wegen Säumnis der klagenden Partei infolge Nichterscheinens oder verspäteten Erscheinens 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, die nach Massgabe von Art. 319 lit. b ZPO der Beschwerde unterliegt (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 ausdrücklich 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).

4.2 Die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels sind von Amtes wegen zu prüfen. Die Behauptungs- und Beweislast für die Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils trägt allerdings die beschwerdeführende Partei, zumindest sofern 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, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (O-GerZH PE110026 vom 6. Februar 2012 E. II.1.2; OGerZH RB160036 vom 20. Januar 2017 E. 3.1).

4.3 Bei Säumnis der klagenden Partei gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen, und ist das Verfahren wie erwähnt als gegenstandslos abzuschreiben (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Mit der Abschreibung 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 nur dann, wenn die erneute Einreichung eines Schlichtungsgesuchs verspätet wäre, weil infolge 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).

5.1 Die Beschwerdeführerin hatte mit Eingabe vom 9. Juli 2018 bei der Vorinstanz einerseits die mit Formular vom 25. Mai 2018 auf den 30. Juni 2018 ausgesprochene Kündigung als ungültig angefochten und andererseits wegen eines Mangels an der Mietsache eine Mietzinsreduktion verlangt.

5.2 Was das Begehren um Mietzinsreduktion betrifft, kann diesbezüglich jederzeit ein neues Schlichtungsgesuch eingereicht werden. Weil der Beschwerdeführerin aufgrund des vorinstanzlichen Abschreibungsentscheids demzufolge kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, ist auf die Beschwerde hinsichtlich dieses Punktes nicht einzutreten.

5.3 Demgegenüber muss das Kündigungsschutzbegehren innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde eingereicht werden (Art. 273 Abs. 1 OR). 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 wäre grundsätzlich von einem für die Beschwerdeführerin offenkundigen Nachteil auszugehen, falls die Vorinstanz das Verfahren zu Unrecht als gegenstandslos abgeschrieben hätte, weshalb auf die Beschwerde diesbezüglich einzutreten ist.

6.1 Das Gesetz sieht keine Zeitspanne vor, während der die Schlichtungsbehörde oder das Gericht warten muss, wenn eine Partei zu dem Zeitpunkt nicht erschienen ist, auf den sie vorgeladen wurde. Die Säumnis tritt mangels anderslautender Bestimmung unmittelbar bei Ausbleiben einer Partei an einem Termin ein (vgl. auch Botschaft ZPO, BBI 2006, 7309). Wenn die Vorinstanz aufgrund des Verhältnismässigkeitsgebots und des Verbots des überspitzten Formalismus eine Verspätung von 15 Minuten toleriert, eine solche von 20 Minuten aber nicht mehr, ist daran nichts auszusetzen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.

6.2 Unerheblich für die Frage der Säumnis ist, ob die Partei für das (rechtzeitige) Ausbleiben am Verhandlungstermin eine Entschuldigung vorbringen kann oder nicht. Die Verschuldenseite wird erst in einem allfälligen Wiederherstellungsverfahren geprüft (vgl. Art. 148 Abs. 1 ZPO), das dann an die Hand zu nehmen ist, wenn ein Wiederherstellungsgesuch bei der Behörde anhängig gemacht wird, bei der die Säumnis eintrat (vgl. Art. 148 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdeführerin begründet ihre Verspätung einerseits mit dem Nichtauffinden des Gerichts sowie andererseits mit medizinischen Gründen und macht geltend, die Vorinstanz habe beide Argumente nicht als Wiederherstellungsgesuch entgegengenommen und geprüft.

Was das Nichtauffinden des Gerichtsgebäudes anbelangt, hat sich die Vorinstanz mit diesem Einwand auseinandergesetzt und ihn mit überzeugenden Gründen verworfen. Jede Partei, die vor Gericht oder der Schlichtungsbehörde zu erscheinen hat, hat unvorhergesehene Schwierigkeiten beim Auffinden des Gebäudes oder Verspätungen auf dem Weg dahin in ihre Zeitplanung mit einzuberechnen. Die von der Beschwerdeführerin erst mit der Beschwerde vorgebrachten Kreislauf- und Sehprobleme bleiben aufgrund des strikten Novenverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO) unbeachtlich. Zwar behauptet die Beschwerdeführerin, sie habe diese medizinischen Gründe schon vor der Vorinstanz geäussert, sie hätten aber keinen Eingang ins Protokoll gefunden. Mit Blick auf das, was die Schlichtungsbehörde nach der Verhandlung ins Protokoll aufgenommen hat, bleibt diese Behauptung schlicht lebensfremd. Die Beschwerdeführerin vermag denn auch keine

Anhaltspunkte zu benennen, welche geeignet wären, an der Richtigkeit des im Protokoll Festgehaltenen Zweifel zu erwecken. Die Beschwerde erweist sich daher ebenfalls insoweit als unbegründet und damit insgesamt, soweit auf sie einzutreten ist. Entsprechend ist sie abzuweisen.

7. Anzumerken bleibt, dass die Beschwerdeführerin gemäss aktuellem Aktenstand die dreissigtägige Frist von Art. 273 Abs. 1 OR zur Einreichung des Kündigungsschutzbegehrens ohnehin verpasst hat: Die Beschwerdegegnerin gab die Kündigung am 26. Mai 2018 der Post auf (act. 6). Gemäss track-and-trace Auszug wurde der Beschwerdeführerin die Kündigung am 28. Mai 2018 zur Abholung gemeldet; am 29. Mai 2018 traf die Sendung bei der Abholstelle der Post ein, wo sie nicht abgeholt und schliesslich am 5. Juni 2018 an die Beschwerdegegnerin retourniert wurde (act. 6, act. 17). Für die Zustellung der Kündigung gilt die allgemeine Empfangstheorie, gemäss welcher die Kündigung dann wirksam zugestellt ist, wenn der Empfänger gestützt auf die Abholungseinladung im Briefkasten in der Lage ist, davon Kenntnis zu nehmen (BGE 137 III 208 E. 3.1.2, in: Pra 100 [2011] Nr. 106, bestätigt mit BGE 140 III 244 E. 5.1). Dies ist in aller Regel der darauffolgende Tag (BGE 143 III 15 E. 4.1). Somit gilt die Kündigung der Beschwerdeführerin als am 29. Mai 2018 zugestellt. Die 30-tägige Anfechtungsfrist lief ihr daher bis am 28. Juni 2018. Das Schlichtungsgesuch der Beschwerdeführerin wurde am 9. Juli 2018 der Post übergeben. Das Anfechtungsrecht der Beschwerdeführerin war in diesem Zeitpunkt bereits verwirkt.

8. 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 (OGer ZH PD110005 vom 23. Juni 2011 E. 2; PD110010 vom 31. Oktober 2011 E. 4a).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 14, sowie an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen, 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 liegt über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: