

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU200030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. B. Schärer und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 23. Juli 2020

in Sachen

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

2. **B.**\_\_\_\_ **GmbH,**

Mieterinnen und Berufungsklägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.**\_\_\_\_-**stiftung,**

Vermieterin und Berufungsbeklagte

vertreten durch D.\_\_\_\_ AG,

betreffend

### **Anfechtung Kündigung / Erstreckung Mietverhältnis**

Berufung gegen eine Verfügung und einen Beschluss der Schlichtungsbehörde  
des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. Mai 2020 (MO200020)

**Rechtsbegehren:**

(act. 6 S. 2)

- "1. Die angefochtene Kündigung vom 17. Dezember 2019 per 31. März 2020 sei für ungültig zu erklären, soweit sie wirksam ist;
2. eventualiter sei das Mietverhältnis längst möglich zu erstrecken."

**Verfügung und Beschluss der Schlichtungsbehörde (act. 21/1-2):**

**Es wird verfügt:**

1. Das Verschiebungsgesuch der Mieterinnen wird abgewiesen.
2. Die Verhandlung vom 4. Mai 2020, 13.30 Uhr, findet statt.
3. (Mitteilung.)

**Es wird beschlossen:**

1. Das Verfahren wird zufolge Rückzugs als erledigt abgeschrieben.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. (Mitteilung.)

**Berufungsanträge:**

**der Mieterinnen und Berufungsklägerinnen (act. 22):**

1. In Gutheissung der Beschwerde seien die Verfügung der Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen vom 4. Mai 2020 und Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen vom 4. Mai 2020 aufzuheben;
2. die Sache sei zur Ergänzung des Schlichtungsverfahrens im Sinne der Erwägungen an die Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. 7.7% MwSt.) zulasten der Beschwerdegegnerin und/oder der Staatskasse.

der Vermieterin und Berufungsbeklagten (act. 28):

(Verzicht auf Berufungsantwort)

### **Erwägungen:**

#### 1. Prozessgeschichte

1.1 Die Berufungsklägerinnen und Mieterinnen (nachfolgend: Mieterinnen) machten mit Eingabe vom 16. Januar 2020 (act. 1) bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) ein Schlichtungsverfahren anhängig. In der Folge wurden die Parteien am 22. Januar 2020 zur Verhandlung vom 10. Februar 2020 vorgeladen (act. 3/2). Mit Eingabe vom 27. Januar 2020 (act. 6 und act. 7) legitimierte sich der Rechtsvertreter der Mieterinnen als solcher und stellte ein Verschiebungsgesuch, weil er am 10. Februar 2020 in den Ferien weile. Die Vorinstanz bewilligte dieses und verschob die Verhandlung vom 10. Februar 2020 um fast drei Monate auf den 4. Mai 2020 (act. 8/2-3). Mit Eingabe vom 30. April 2020 (Datum Poststempel) stellte der Rechtsvertreter der Mieterinnen erneut ein Verschiebungsgesuch (act. 11) und reichte ein Arztzeugnis betreffend die Mieterin 1, A.\_\_\_\_\_, ein (act. 12). A.\_\_\_\_\_ ist gemäss Handelsregisterauszug die einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Mieterin 2 (vgl. act. 25).

1.2 Mit Verfügung vom 4. Mai 2020 (act. 21/1) wies die Vorinstanz – wie eingangs wiedergegeben – das Verschiebungsgesuch der Mieterinnen ab und schrieb das Verfahren mit Beschluss desselben Tages (act. 21/2) ab.

1.3 Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-19) wurden von Amtes wegen beigezogen. Die Klagebeilagen (act. 2/1-4) befinden sich nicht mehr bei den Akten und wurden von der Vorinstanz offenbar bereits an die klagenden Mieterinnen retourniert. Mit Verfügung vom 15. Juli 2020 (act. 26) wurde der Vermieterin Frist angesetzt zur Erstattung der Berufungsantwort. Mit Eingabe vom 21. Juli 2020 verzichtete die Vermieterin auf das Erstellen einer solchen (act. 27). Mit dem vorliegenden Entscheid ist den Mieterinnen noch ein Doppel des Verzichts auf Berufungsantwort (act. 28) zuzustellen.

## 2. Prozessuales

2.1 Es ist ein Entscheid einer Schlichtungsbehörde angefochten, mit dem das Schlichtungsverfahren wegen Säumnis der klagenden Mieterinnen als gegenstandslos abgeschrieben wurde (Art. 206 Abs. 3 ZPO). Die Frage, ob und mit welchem Rechtsmittel ein solcher Abschreibungsentscheid angefochten werden kann, ist umstritten. Nach Auffassung der Kammer ist ein Entscheid einer Schlichtungsbehörde, mit dem ein Schlichtungsverfahren aufgrund von Säumnis einer oder beider Parteien abgeschrieben wird (Art. 206 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO), als "Endentscheid" i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 319 lit. a ZPO zu qualifizieren. Dieser kann je nachdem, ob das Streitwerterfordernis gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO erfüllt ist oder nicht, mit Berufung oder nur mit Beschwerde angefochten werden (vgl. OGer ZH RU190052 vom 20. November 2019, E. 2.1 ff. m.w.H.).

2.2 Zusammen mit dem Abschreibungsentscheid gemäss Art. 206 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO (Endentscheid) können auch prozessleitende Verfügungen in Frage gestellt werden, welche die Schlichtungsbehörde im Verlaufe des Verfahrens getroffen hat und auf denen die Säumnis letztlich beruht, so etwa die Abweisung eines Gesuchs um Verschiebung der angesetzten Schlichtungsverhandlung (Art. 135 i.V.m. Art. 203 ZPO) oder die Abweisung eines Gesuchs um Dispensation vom persönlichen Erscheinen (Art. 204 ZPO). Dies gilt unabhängig davon, ob – wie vorliegend – die Abweisung eines solchen Gesuchs vor einem Endentscheid selbstständig verfügt wurde oder ob dies (implizit) zusammen mit dem Abschreibungsentscheid angeordnet wird (vgl. OGer ZH RU190052 vom 20. November 2019, E. 2.4 m.w.H.).

Vorliegend sind sowohl die selbstständige Verfügung vom 4. Mai 2020 (act. 21/1) betreffend Abweisung des Gesuchs um Verschiebung der angesetzten Schlichtungsverhandlung als auch der Beschluss desselben Tages betreffend Abschreibung des Verfahrens (act. 21/2) angefochten.

2.3 Ist – wie hier – die Gültigkeit einer Kündigung umstritten (vgl. act. 6 S. 2; Prot. Vi. S. 2), entspricht der Streitwert dem Mietzins für den Zeitraum, währenddessen der Mietvertrag fort dauerte, wenn die Kündigung nicht gültig wäre. Daher

ist die mögliche Sperrfrist bis zur nächsten Kündigungsgelegenheit zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 III 346 ff., E. 1.2.2.3 m.w.H. und BGE 137 III 389 ff., E. 1.1 = Pra 101 [2012] Nr. 6 mit DIGGELMANN, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 44).

Der Bruttomietzins beträgt gemäss Vorinstanz Fr. 795.– pro Monat. Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 32'595.– aus, was 41 Bruttomonatsbeträgen entspricht (vgl. Prot. Vi. S. 2). Wann genau die nächste Kündigungsgelegenheit sein wird, kann nicht überprüft werden, da sich kein Mietvertrag bei den Akten befindet (vgl. act. 2/1-4). Ausgehend von dem von der Vorinstanz festgestellten Bruttomietzins von Fr. 795.– und unter Berücksichtigung der möglichen Sperrfrist ist das Streitwertforderndnis von mindestens Fr. 10'000.– jedoch auf jeden Fall erfüllt. Die als Beschwerde bezeichnete Eingabe ist als Berufung entgegenzunehmen.

2.4 Die Berufung vom 15. Juni 2020 (Datum Poststempel) wurde von den anwaltlich vertretenen Mieterinnen frist- und formgerecht eingereicht (vgl. act. 19/2 i.V.m. act. 22 S. 1, Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es ist daher von vornherein nicht ersichtlich, inwiefern ihnen aus der beanstandeten fehlenden Rechtsmittelbelehrung ein Nachteil erwachsen wäre (vgl. act. 21/2 i.V.m. act. 22 Ziff. 1).

### 3. Materielles

3.1 Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Verschiebungsgesuches im Wesentlichen damit, die Mieterinnen hätten das Verfahren am 16. Januar 2020 eingeleitet und seien am 22. Januar 2020 auf den 10. Februar 2020 vorgeladen worden, wobei dieser Termin auf Gesuch der Mieterinnen und nach Absprache mit deren Rechtsvertreter auf den 4. Mai 2020 verschoben worden sei. Da die Kündigung per 31. März 2020 ausgesprochen worden sei, bestehe eine gewisse zeitliche Dringlichkeit, zumal der Verhandlungstermin bereits einmal verschoben worden sei. Aus dem eingereichten Arztzeugnis gehe nicht hervor, wann der Gesundheitszustand der Mieterin 1 und Inhaberin der Mieterin 2 eine Teilnahme an der Verhandlung zulassen würde. Aufgrund der ausserordentlichen Lage im Zusammenhang mit der COVID19-Pandemie werde den Parteien das persönliche

Erscheinen zurzeit grosszügiger erlassen. Dies sei dem Rechtsvertreter der Mieterinnen auch mitgeteilt worden. Dieser habe jedoch erklärt, er habe nicht instruiert werden können, obschon die Vorladung zur Verhandlung vom 4. Mai 2020 bereits am 29. Januar 2020 erfolgt sei und werde sich an die Instruktion der Mieterinnen halten, wonach er im Falle einer Abweisung nicht zur Verhandlung erscheinen und den Säumnisentscheid anfechten solle. Da dieses so kurz vor der Verhandlung vorgebrachte Verschiebungsgesuch unter diesen Umständen eher als Verzögerung des Kündigungsschutzverfahrens angesehen werden müsse, sei das Verschiebungsgesuch abzuweisen (vgl. act. 21/1 S. 2 f.).

Nachdem seitens der Mieterinnen niemand zur Schlichtungsverhandlung vom 4. Mai 2020 erschienen war (vgl. Prot. Vi. S. 2), schrieb die Vorinstanz das Verfahren in der Folge ab (vgl. act. 21/2).

3.2 Die Mieterinnen bringen in ihrer Berufung im Wesentlichen vor, eine Partei müsse von der Möglichkeit, sich zufolge Krankheit vertreten zu lassen, keinen Gebrauch machen (vgl. act. 22 Ziff. 3.1 und 3.3). Auch handle es sich bei den Vorschriften, dass die Schlichtungsverhandlung innert zwei Monaten seit Eingang des Schlichtungsgesuches stattzufinden habe und das Schlichtungsverfahren nach spätestens zwölf Monaten abgeschlossen sein solle, um Ordnungsvorschriften. Es bestehe daher kein Anlass, das Verschiebungsgesuch unter Hinweis auf die zeitliche Dringlichkeit zu verwehren (vgl. a.a.O., Ziff. 3.4). Weiter bestünden entgegen der Vorinstanz keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Verschiebungsgesuch ein taktisches Verzögerungsmotiv zugrunde liege (vgl. a.a.O., Ziff. 3.5).

3.3 Die Parteien müssen persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen (Art. 204 Abs. 1 ZPO). Sie können sich von einer Rechtsbeistandin, einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen (Art. 204 Abs. 2 ZPO). Nicht persönlich erscheinen muss und sich vertreten lassen kann, wer sich auf einen gesetzlich vorgesehenen Dispensationsgrund berufen kann, so namentlich, wer ausserkantonalen oder ausländischen Wohnsitz hat oder wegen Krankheit, Alter oder anderen wichtigen Gründen verhindert ist (Art. 204 Abs. 3 lit. a und b ZPO). Weil die Parteien grundsätzlich persönlich zu erscheinen haben, haben sie auch das Recht auf Teilnahme bzw. darf ihnen gegen ihren Willen das Er-

scheinen nicht erlassen werden; dies würde ihren Anspruch auf rechtliches Gehör beeinträchtigen. Bei länger dauernder Verhinderung einer Partei kann das Gericht aber unter Umständen auf der Durchführung der Verhandlung in Anwesenheit eines Vertreters bestehen (vgl. KUKO ZPO-WEBER, 2. Aufl. 2014, Art. 135 N 5).

Nach Art. 135 ZPO kann das Gericht einen Erscheinungstermin aus zureichenden Gründen verschieben, wenn vor dem Termin darum ersucht wird. Diese allgemeine Vorschrift gilt auch im Schlichtungsverfahren (vgl. etwa OGer ZH RU140066 vom 13. März 2015, E. I./1; RU170065 vom 19. Dezember 2017, E. 5a; RU190052 vom 20. November 2019, E. 4.1 m.w.H.). Der geltend gemachte Verschiebungsgrund ist glaubhaft zu machen und zu belegen. Entscheidendes Kriterium für die Gewährung oder Verweigerung einer Verschiebung ist, ob der das Gesuch stellenden Partei die Teilnahme am Termin nach Treu und Glauben zuzumuten ist. Klassische Verschiebungsgründe sind Krankheit, Spitalaufenthalt, Todesfälle im nahen sozialen Umfeld, Militärdienst, Inhaftierung, kürzere Abwesenheiten und Auslandsaufenthalte wie etwa bereits gebuchte Ferien im üblichen Rahmen. Die geltend gemachten Gründe sind gegen das Interesse an einer zügigen Verfahrenserledigung abzuwägen (vgl. OGer ZH RU190052 vom 20. November 2019, E. 4.3; RU130039 vom 2. Juli 2013, E. II.2; RU140067 vom 6. März 2015, E. II.2.1; KUKO ZPO-WEBER, a.a.O., Art. 135 N 3 f.). Je früher eine Verschiebung beantragt wird bzw. je mehr Zeit bis zum angesetzten Termin verbleibt, desto eher ist einem Verschiebungsgesuch stattzugeben (vgl. BK ZPO-FREI, Bern 2012, Art. 135 N 3). Wird ein Verschiebungsgesuch erst kurz vor dem fraglichen Termin gestellt, so sind an die Gründe, die für eine Verschiebung sprechen, erhöhte Anforderungen zu stellen, weil in einem solchen Fall sowohl die Gegenpartei wie auch die Behörde bereits Dispositionen getroffen haben werden, die bei einer Verschiebung hinfällig werden (vgl. OGer ZH RU190052 vom 20. November 2019, E. 4.3).

3.4 Der Rechtsvertreter der Mieterinnen gab das Verschiebungsgesuch am 30. April 2020 – und damit am Tag der Ausstellung des ärztlichen Zeugnisses für die Mieterin 1, welches mit dem Gesuch der Vorinstanz eingereicht wurde – zur Post (vgl. act. 11). Da dieses bei der Vorinstanz erst am Tag der angesetzten

Schlichtungsverhandlung eintraf (vgl. act. 11 und 13), sind aufgrund der Kurzfristigkeit erhöhte Anforderungen an eine Verschiebung zu stellen. Hinzu kommt, dass es sich um die zweite Verschiebung handelt.

In diesem ärztlichen Zeugnis bestätigt Dr. med. E.\_\_\_\_\_, dass sich die Mieterin 1 seit dem 30. April 2020 bei ihm in Behandlung befinde und den Termin vom 4. Mai 2020 nicht wahrnehmen könne (vgl. act. 12). Damit ist ein Verschiebungsgrund belegt (Krankheit einer Partei).

Weiter ist dem Rechtsvertreter der Mieterinnen darin zuzustimmen, dass es sich bei der Pflicht zum persönlichen Erscheinen auch um ein Recht einer Partei handelt, das ihr nicht gegen ihren Willen genommen werden darf. Denn der Zweck des Schlichtungsverfahrens besteht darin, eine persönliche und vorbehaltlose Aussprache unter den Parteien zu ermöglichen und den Versuch zu unternehmen, die Parteien in formloser Verhandlung zu versöhnen (vgl. Art. 201 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die persönliche Anwesenheit der Parteien ist für die Durchführung einer wirksamen Schlichtung daher von Bedeutung (vgl. BGE 140 III 70 ff., E. 4.3 und 4.4). Auch ein allfälliges (legitimes) Interesse der Behörden am grosszügigeren Erlass des persönlichen Erscheinens unabkömmlicher Parteien zwecks Verhinderung eines "Verhandlungsstaus" infolge der COVID19-Pandemie vermag das Recht zum persönlichen Erscheinen nicht aufzuwiegen.

Zudem darf den Mieterinnen nicht zum Nachteil gereichen, dass mittlerweile eine gewisse zeitliche Dringlichkeit besteht. Immerhin hatte die Vorinstanz den ursprünglich auf den 10. Februar 2020 angesetzten Schlichtungstermin – nach Gutheissung des ersten Verschiebungsgesuches zufolge Ferienabwesenheit des Rechtsvertreter der Mieterinnen – von sich aus um fast drei Monate auf den 4. Mai 2020 verschoben. Die Schlichtungsverhandlung hat zwar grundsätzlich innert zwei Monaten ab der Einreichung des Gesuchs stattzufinden (Art. 203 Abs. 1 ZPO) und das Schlichtungsverfahren nach zwölf Monaten abgeschlossen zu werden (Art. 203 Abs. 4 Satz 2 ZPO). Zum einen stellen diese Fristen jedoch bloss Ordnungsvorschriften dar (vgl. OGer ZH RU140067 mit Verweis auf BSK ZPO-INFANGER, 2. Aufl. 2013, Art. 203 N 3, 20). Zum anderen beachtete die Vorinstanz erstere Vorschrift mit der Verschiebung des Termins Ende Januar 2020 auf den

4. Mai 2020 nicht; ausserdem ist die Maximaldauer vorliegend noch länger nicht erreicht. Vorliegend ist überdies zu berücksichtigen, dass die Gerichtsferien im Schlichtungsverfahren keine Geltung haben (Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO), weshalb eine Schlichtungsverhandlung auch ohne Zustimmung der Parteien während der Gerichtsferien stattfinden kann (vgl. Art. 146 Abs. 2 ZPO). Ein neuer Schlichtungstermin müsste daher nicht zwangsläufig erneut Monate nach hinten verschoben werden.

Zum Vorwurf der Verzögerung des Kündigungsschutzverfahrens: Es wäre vom Rechtsvertreter der Mieterinnen zu erwarten gewesen, dass er sich von sich aus (vor dem Schlichtungstermin) über den Entscheid über das Verschiebungsgesuch erkundigt, zumal kein Anspruch auf eine Verschiebung besteht, er bis zum Tag der angesetzten Verhandlung keinen Verschiebungsentscheid der Vorinstanz erhalten hatte und nach eigenen Angaben von den Mieterinnen für die Verhandlung nicht instruiert worden war. Daraus ist ohne weitere konkrete Anhaltspunkte jedoch nicht zwangsläufig auf ein taktisches Verzögerungsmanöver zu schliessen. Denn angesichts des am 4. Mai 2020 in weiten Teilen noch bestehenden "Lockdowns" infolge COVID19-Pandemie war es der Mieterin 1 unter diesen Umständen jedenfalls nicht zuzumuten, an der Verhandlung vom 4. Mai 2020 teilzunehmen. Sie bestand daher zu Recht auf der Verschiebung und einer persönlichen Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung.

3.5 Nach dem Gesagten sind die Verfügung und der Beschluss der Vorinstanz vom 4. Mai 2020 aufzuheben, das Verschiebungsgesuch gutzuheissen und die Sache zur Neuansetzung einer Schlichtungsverhandlung und zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Anzufügen bleibt, dass im ärztlichen Zeugnis für die Mieterin 1 weder der Grund für die Verhandlungsunfähigkeit noch deren voraussichtliche Dauer angegeben wurde (vgl. act. 12). Sollte die Mieterin 1 erneut oder noch immer nicht in der Lage sein, an der neu anzusetzenden Verhandlung teilzunehmen, kann die Vorinstanz auf der Durchführung der Schlichtungsverhandlung in Anwesenheit von deren (entsprechend bevollmächtigtem) Rechtsvertreter bestehen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen werden im Schlichtungsverfahren keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteientschädigungen 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 RU190017 vom 13. März 2019, E. 4; RU150009 vom 19. Februar 2015, E. 3; PD110005 vom 23. Juni 2011 E. 2; PD110010 vom 31. Oktober 2011 E. 4a). In Anwendung von Art. 113 Abs. 1 ZPO ist deshalb auch keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Verfügung und der Beschluss der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen je vom 4. Mai 2020 aufgehoben, das Verschiebungsgesuch gutgeheissen und die Sache zur Neuansetzung einer Schlichtungsverhandlung und zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten fallen ausser Ansatz.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerinnen unter Beilage eines Doppels von act. 28, sowie – unter Rücksendung der vorinstanzlichen Akten – an die Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'595.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: