

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU200052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber MLaw M. Wild

Beschluss vom 10. Juni 2021

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

B. _____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Friedensrichteramtes Küsnacht vom
3. September 2020 (GV.2020.00020 / SB.2020.00038)**

Erwägungen:

I.

1. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) vom Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) den Ersatz der ihr entstandenen Kosten für ein Verfahren um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte im Sinne von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG aufgrund einer vom Beklagten gegen sie eingeleiteten und ihres Erachtens unberechtigten Betreuung geltend (Urk. 1 und 2/2). Mit Zahlungsbefehl vom 11. März 2020 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Betreibung Nr. ...) leitete die Klägerin die Betreuung gegen den Beklagten für die Forderung im Umfang von Fr. 40.00 samt Zins ein, wogegen der Beklagte Rechtsvorschlag erhob (Urk. 2/4).

2.1. Mit Eingabe vom 8. Mai 2020 stellte die Klägerin ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt Küsnacht (Vorinstanz). Ihr Rechtsbegehren lautete auf Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Fr. 40.– und Aufhebung des Rechtsvorschlags in der vorgenannten Betreuung sowie sinngemäss auf Unterlassung des Beklagten, nicht den Tatsachen entsprechende Ausführungen zu veröffentlichen und die Persönlichkeitsrechte des Vertreters der Klägerin zu wahren, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie die Schlichtungsbehörde um einen Entscheid im Sinne von Art. 212 ZPO (Urk. 1 und 2/2).

2.2. Mit Verfügung vom 15. Mai 2020 forderte die Vorinstanz die Klägerin auf, ihr Rechtsbegehren zu verbessern, respektive die Aussagen genau zu bezeichnen, welche der Beklagte zu unterlassen habe, und auszuführen, welche Verletzungen ihr durch diese Aussagen drohen würden (Urk. 3). Nachdem sich die Klägerin hierzu nicht vernehmen liess, lud die Vorinstanz die Parteien schriftlich zur Friedensrichter Verhandlung vom 23. Juni 2020, 11.00 Uhr, vor (Urk. 4). Mit Eingabe vom 6. Juni 2020 stellte der Beklagte ein Sistierungsgesuch, eventualiter ein Gesuch um Verschiebung der Friedensrichter Verhandlung, mit der Begründung, dass die Parteien in einem anderen Zivilverfahren am 25. Juni 2020 eine Verhandlung

hätten und möglicherweise eine Gesamtlösung gefunden werden könne (Urk. 5). Nach Einholung einer Stellungnahme der Klägerin (vgl. Urk. 7, 9 und 10) nahm die Vorinstanz die Vorladung für die Friedensrichterverhandlung vom 23. Juni 2020 ab und versuchte, mit den Parteien einen neuen Verhandlungstermin zu finden (vgl. Urk. 8, 11 bis 16). Da sich lediglich die Klägerin vernehmen liess, lud die Vorinstanz ohne Rückmeldung des Beklagten mit Verschiebungsanzeige vom 13. Juli 2020 zur Schlichtungsverhandlung am 12. August 2020, 9.00 Uhr, vor (Urk. 17).

2.3. Mit E-Mail vom 12. August 2020, 8.25 Uhr, teilte der Beklagte der Vorinstanz mit, dass er krank sei und nach Konsultation seines Hausarztes Dr. med. C. _____ aus Sicherheitsgründen nicht an der Verhandlung teilnehmen könne und dass er das Arztzeugnis nach Rückkehr des Hausarztes aus dessen Ferien nachreichen werde (Urk. 18). Mit E-Mail vom 12. August 2020, 8.50 Uhr, teilte die Vorinstanz dem Beklagten mit, dass sie nicht verstehen könne, wie er seinen Hausarzt im Ausland habe konsultieren können, dass sie ein Arztzeugnis von der heutigen Konsultation erwarte und dass jeder Hausarzt eine Vertretung habe (Urk. 18). In der Folge führte die Vorinstanz die Schlichtungsverhandlung lediglich in Anwesenheit des Vertreters der Klägerin durch (Urk. 20). Da dieser einen Entscheid verlangte, wurde im Anschluss an die Schlichtungsverhandlung auch noch eine ordentliche Verhandlung durchgeführt, anlässlich welcher der Vertreter der Klägerin den Parteistandpunkt erläuterte, sein Rechtsbegehren anpasste (Forderung des Verzugszinses und der Zahlungsbefehlskosten) und weitere Beweismittel einreichte, was von der Vorinstanz entsprechend protokolliert wurde (Urk. 21 und 22/1-4).

2.4. Mit E-Mail vom 17. August 2020 reichte der Beklagte ein Arztzeugnis von Dr. med. C. _____ mit Datum vom 11. August 2020 ins Recht, welches seine Arbeitsunfähigkeit vom 11. bis 21. August 2020 aufgrund Krankheit festhielt (Urk. 25). Mit Verfügung vom 18. August 2020 verlangte die Vorinstanz, dass sich der Beklagte innert Frist zu den folgenden zwei Fragen äussern solle (Urk. 26):

- "- Wie konnte Dr.med. C. _____ den Beklagten am 11. August 2020 untersuchen, obwohl der Arzt nach Angaben des Beklagten zu dieser Zeit

ferienhalber im Ausland weilte und erst am 12. August 2020 vom Beklagten kontaktiert wurde.

- Wieso hat der Beklagte das angeblich am 11. August 2020 ausgestellte Arztzeugnis erst am 17. August 2020 eingereicht?"

2.5. Mit E-Mail vom 24. August 2020 nahm der Beklagte zur vorgenannten Verfügung Stellung und führte zusammengefasst aus, dass Dr. med. C._____ bereits seit vielen Jahren sein Hausarzt sei, der sein langjähriges Krankheitsbild kenne und den er jederzeit auch per E-Mail oder Telefon konsultieren dürfe. Seine Beschwerden hätten sich bereits am 10. August 2020 manifestiert, mit Verstärkung am 11. August 2020, worauf er Dr. med. C._____ per Mail und per Telefon konsultiert habe. Dessen Befund sei eindeutig gewesen und er habe ihm, auch im Zusammenhang mit Covid-19, von einer Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung abgeraten. Das Arztzeugnis habe erst nach der Rückkehr des Arztes aus dessen Ferien ausgestellt werden können (Urk. 27).

2.6. Mit Verfügung vom 3. September 2020 trat die Vorinstanz auf das Unterlassungsbegehren der Klägerin nicht ein. Mit Urteil vom gleichen Tag hiess sie die Klage vollumfänglich gut, auferlegte dem unterliegenden Beklagten die Gerichtsgebühr von Fr. 375.– und verpflichtete ihn, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 250.– zu bezahlen (Urk. 28 S. 12). In der Begründung hielt sie fest, dass der Beklagte unentschuldigt nicht zur Schlichtungsverhandlung erschienen sei (Urk. 28 S. 8).

3.1. Gegen das vorgenannte Urteil erhob der Beklagte mit Eingabe vom 19. Oktober 2020 samt Beilagen fristgerecht (vgl. Urk. 28b) Beschwerde mit dem folgenden Rechtsbegehren (Urk. 32A S. 2):

- "1. Der Entscheid des Friedensrichteramtes Küsnacht vom 03. September 2020 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer nicht unentschuldigt zur Schlichtungsverhandlung vom 12. August 2020 erschienen ist.
2. Die Streitsache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beschwerdegegnerin, wobei eine allfällige Entschädigung an die Opferberatung Zürich, ... [Adresse], IBAN: ... zu bezahlen sei."

In prozessualer Hinsicht ersuchte der Beklagte, es sei seiner Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 32A S. 2).

3.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-31). Mit Verfügung vom 3. November 2020, welche beiden Parteien zugestellt werden konnte (vgl. Empfangsscheine zu Urk. 36), wurde der prozessuale Antrag des Beklagten, seiner Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, abgewiesen und ihm eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses im Umfang von Fr. 250.– angesetzt, der sodann innert Frist geleistet wurde (Urk. 36 und 45). In der Folge kontaktierte der Vertreter der Klägerin mehrfach den zuständigen Gerichtsschreiber und reichte unaufgefordert diverse Unterlagen ins Recht (vgl. Urk. 37-42 und 46). Mit Schreiben vom 11. November 2020 samt Beilage reichte der Beklagte eine Ergänzung zu seiner Beschwerde ins Recht (Urk. 43 und 44/2). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2020 wurde der Klägerin Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 47). Obwohl die Klägerin die vorgenannte Verfügung nicht abholte (vgl. Urk. 51), reichte sie am 20. und 27. Dezember 2020 je eine Eingaben samt Beilagen ins Recht (Urk. 48-50 und 52-54/1-2).

3.3. Mit Vorladung vom 23. Februar 2021 wurden die Parteien zur Vergleichsverhandlung am 26. März 2021 vorgeladen (Urk. 55). Da die Klägerin die Vorladung nicht abholte (vgl. Urk. 56), kontaktierte der zuständige Gerichtsschreiber den Vertreter der Klägerin, ob er die gleichzeitig noch per A-Post verschickte Vorladung erhalten habe, was dieser bestätigte (Urk. 57). In der Folge rief der Vertreter der Klägerin den zuständigen Gerichtsschreiber erneut an und reichte unaufgefordert weitere Unterlagen ins Recht (Urk. 58 bis 63/2-6). Am 26. März 2021, 8.00 Uhr, teilte der Vertreter der Klägerin dem zuständigen Gerichtsschreiber telefonisch mit, dass es seiner Frau psychisch sehr schlecht gehe, weshalb er an der Vergleichsverhandlung nicht teilnehmen könne. Der Vertreter der Klägerin wurde gebeten, sein sinngemässes Verschiebungsgesuch schriftlich einzureichen und der Beklagte wurde benachrichtigt, dass die Vergleichsverhandlung nicht stattfinden werde (Urk. 64). Mit Eingabe vom 26. März 2020 reichte die Klägerin eine

schriftliche Erklärung nach (Urk. 65). Unter Berücksichtigung der Ausführungen der Klägerin in ihren Eingabe vom 18. und 26. März 2020 (vgl. Urk. 61 und 65) und im Hinblick auf ein beschleunigtes Verfahren wird auf eine Neuansetzung der Vergleichsverhandlung verzichtet.

4. Da sich die Beschwerde als begründet erweist und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, rechtfertigt es sich, die Eingaben der Klägerin dem Beklagten erst mit dem vorliegenden Endentscheid zuzustellen.

II.

1. Es ist ein Entscheid einer Schlichtungsbehörde im Sinne von Art. 212 ZPO angefochten, mit welchem das Schlichtungsverfahren nach Säumnis der beklagten Partei aufgrund der Vorbringen der klägerischen Partei materiell erledigt wurde (Art. 206 Abs. 2 ZPO). Zum vorinstanzlichen Verfahren ist anzufügen, dass es Aufgabe der Schlichtungsbehörde ist, den Parteien das Gehör zu gewähren und nach Möglichkeit den Streit zu schlichten. Gelingt dies nicht, so ist in der Regel eine Klagebewilligung auszustellen (Art. 209 Abs. 1 ZPO; *OGer ZH RU160013 vom 09.05.2016, E. 2.1*). Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.– kann die Schlichtungsbehörde ein Urteil fällen, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag gestellt hat (Art. 212 Abs. 1 ZPO). Dabei finden sinngemäss die Vorschriften des vereinfachten Verfahrens Anwendung (Art. 243 ff. ZPO, KUKO ZPO-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 212 N 5; *OGer ZH RU170006 vom 03.03.2017, E. 3.4.2*).

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

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht in dieser Weise gerügt wird, hat Bestand. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Vorbringen der Klägerin einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H.).

4.1. Die Beschwerdeschrift muss – wie bei einer Berufung (Hohl, Procédure civile, Bern 2010, N 2504; BSK ZPO-Spühler, Art. 322 N 4) – konkrete Anträge enthalten. Aus diesen muss eindeutig hervorgehen, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird und wie der Entscheid stattdessen zu lauten hätte. Bei einer Beschwerde gegen einen nicht berufungsfähigen Entscheid genügt es dabei grundsätzlich nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz zu beantragen, sondern es ist ein Antrag zur Sache zu stellen. Ein blosser Aufhebungsantrag ohne Antrag zur Sache kommt nur dann in Frage, wenn die Beschwerdeinstanz wegen fehlender Spruchreife nicht in der Sache entscheiden kann (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 ZPO N 17). Ein Aufhebungs- und Rückweisungsantrag genügt, wo eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in seinem Teilgehalt des Anhörungsrechts gerügt wird (BGer 5A_485/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 2).

4.2. Der Beklagte beantragt in seinem Beschwerdebegehren insbesondere die Aufhebung und Rückweisung des vorinstanzlichen Entscheids, ohne dabei einen Antrag zur Sache zu stellen (Urk. 32 S. 2). Er macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass er den Verhandlungen vom 12. August 2020 unentschuldigt ferngeblieben sei, weshalb der ohne Berücksichtigung seiner Stellungnahme erfolgte Entscheid eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle (Urk. 32 S. 7 ff., insb. 12). Damit rügt er die Verletzung seines Anhörungsrechts, was vor Beschwerdeinstanz nicht geheilt werden

kann. Sein Rechtsbegehren, dass einzig einen kassatorischen und keinen reformatorischen Antrag enthält, ist daher zulässig.

5. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (Noven) sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; vgl. aber E. III.3.6). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3).

6. In Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt die von der Klägerin nicht abgeholte Verfügung vom 11. Dezember 2020 als zugestellt, musste sie doch nach Kenntnisnahme des Beschwerdeverfahrens (vgl. Urk. 36) mit der Zustellung rechnen.

III.

1. Wie in E. II.4.2 ausgeführt, beschränkte der Beklagte das vorliegende Beschwerdeverfahren mit dem kassatorischen Rechtsmittelbegehren insbesondere auf die verfahrensrechtlichen Fragen, ob die Vorinstanz zu Recht das Verschiebungsgesuch des Beklagten ablehnte, in dessen Abwesenheit Verhandlungen durchführte und einen Säumnisentscheid fällte, mithin dadurch sein rechtliches Gehör verletzte. Es wird in der Folge auf die damit zusammenhängenden vorinstanzlichen Ausführungen eingegangen.

2.1. Zunächst hielt die Vorinstanz im vorliegend relevanten Zusammenhang fest, dass die E-Mail des Beklagten vom 24. August 2020 nicht den Anforderung an eine Eingabe nach Art. 130 ZPO genüge, da eine qualifizierte elektronische Signatur fehle. Da die Ansetzung eine Nachfrist nicht angezeigt gewesen sei – der Beklagte habe bewusst lediglich eine E-Mail geschrieben – habe der Beklagte auf seine Stellungnahme zur Verfügung vom 18. August 2020 verzichtet, weshalb dessen Ausführungen in der E-Mail nicht zu seinen Gunsten herangezogen werden können (Urk. 33 S. 4 f.).

2.2. Der Beklagte rügt, dass im Schlichtungsverfahren permanent per E-Mail kommuniziert worden sei und dass die Verfügung vom 18. August 2020 keine

Vorschrift enthalten habe, dass die zu erstattende Äusserung nach den Formvorschriften von Art. 130 ZPO zu erfolgen habe (Urk. 32 S. 6 f.).

2.3. Die Klägerin äussert sich in ihren Eingaben nicht zu den Rügen des Beklagten (vgl. Urk. 48, 52, 59 und 61).

2.4. Eingaben i.S.v. Art. 130 ZPO sind die schriftlich zu erstattenden Äusserungen der Parteien im Verfahren, also die Schriftsätze, mit denen sich die Parteien im Verfahren dem Gericht gegenüber äussern (BSK ZPO-Gschwend, Art. 130 N 3). Das Gericht trifft grundsätzlich die Pflicht, der Partei, welche die mangelhafte Eingabe eingereicht hat, zwecks Nachbesserung eine Nachfrist anzusetzen (Art. 132 ZPO). Generell kommt eine Nachfristansetzung nur bei versehentlichen, nicht absichtlichen Unterlassungen der Parteien oder ihrer Vertreter in Frage, um nicht ungerechtfertigte Fristverlängerungen zu gewähren (BSK ZPO-Gschwend, Art. 130 N 6). Eine Rechtsverweigerung darstellender überspitzter Formalismus liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die von der Behörde und namentlich vom Gericht im Zusammenhang mit Eingaben verlangte Beachtung formeller Bestimmungen als exzessive Formstrenge erscheint, die von keinen schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts erschwert oder gar verhindert (BGE 128 II 139 E. 2a).

2.5. Die Vorinstanz forderte den Beklagten mit Verfügung vom 18. August 2020 auf, sich zu zwei Fragen "zu äussern" (Urk. 26). Es ist dem Beklagten zuzustimmen, dass diese Verfügung keinen Hinweis enthält, in welcher Form seine Stellungnahme zu erfolgen habe. Diesbezüglich ist die Verfügung für den Empfänger nicht eindeutig, besteht doch gerade im Zusammenhang mit Verschiebungsgesuchen unter gewissen Umständen Formfreiheit (vgl. etwa BK ZPO-Frei, Art. 135 N 9; BSK ZPO-Brändli/Bühler, Art. 135 N 11). Auch wenn man der Ansicht der Vorinstanz folgen und der Eingabe des Beklagten vom 24. August 2020 (vgl. Urk. 27) einen Formfehler attestieren würde, hätte dem Beklagten in der damaligen Situation und mit Blick auf die richterliche Fragepflicht (vgl. E. III.3.4 und 3.5) eine Nachfrist zur Behebung des Mangels gewährt werden müssen. So wäre eine Nachbesserung, nämlich das Einreichen exakt derselben Stellungnahme in

Schriftform per Post oder mit elektronischer Signatur, problemlos und ohne Nachteile für die klägerische Partei möglich gewesen. Es wäre dadurch nicht zu einer ungerechtfertigten Fristverlängerung gekommen, hätte sich am Inhalt doch nichts verändert. Schlussendlich ist hervorzuheben, dass die Rechtsfolge einer – nach Nachfrist weiterhin – mangelhaften Eingabe deren vollständige Nichtberücksichtigung im Verfahren ist (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hingegen stützte sich in ihren Erwägungen zum Verschiebungsgesuch mehrfach auf die in der Stellungnahme enthaltenen Ausführungen des Beklagten (vgl. Urk. 33 S. 6 ff.) und hielt sogar implizit fest, dass diese zu seinem Nachteil verwendet werden dürfen (vgl. Urk. 33 S. 5). Zusammenfassend erweist sich das Verhalten der Vorinstanz deshalb einerseits als überspitzt formalistisch und andererseits als widersprüchlich. Die Rüge des Beklagten wäre deshalb gutzuheissen. Da die Vorinstanz die Stellungnahme vom 24. August 2020 bei ihrer Begründung betreffend Abweisung des Verschiebungsgesuchs mitberücksichtigte, erübrigen sich jedoch Weiterungen hierzu.

3.1. In Bezug auf das Verschiebungsgesuch des Beklagten wies die Vorinstanz in Auseinandersetzung mit seinen Ausführungen in den E-Mails vom 12. August 2020 (vgl. Urk. 18) und vom 24. August 2020 (vgl. Urk. 27) dieses mit der Begründung ab, dass das von ihm eingereichte Arztzeugnis vom 11. August 2020 derart viele "Falschangaben und Ungereimtheiten" aufweise, dass es keinen Beweis dafür erbringen könne, dass der Beklagte am 12. August 2020 tatsächlich verhandlungsunfähig gewesen sei, zumal auch lediglich eine Arbeitsunfähigkeit attestiert worden sei (Urk. 33 S. 8). Hierzu führte sie unter anderem aus, dass das von Dr. med. C._____ unterzeichnete Arztzeugnis erst am 17. August 2020, und nicht wie darauf angegeben am 11. August 2020, ausgestellt worden sei (Urk. 33 S. 6 f.), dass sehr erhebliche Zweifel daran bestehen würden, dass der Beklagte seinen Hausarzt tatsächlich am 12. August 2020 in dessen Ferien kontaktiert habe und die im Arztzeugnis festgehaltene Untersuchung vom 11. August 2020 überhaupt stattgefunden habe (Urk. 33 S. 7), dass nicht klar sei, in welchem Zusammenhang die Arbeitsunfähigkeit mit Covid-19 stehe (Urk. 33 S. 7 f.), dass es unglaublich sei, dass der Beklagte einen langen Krankheitsverlauf mit immer wiederkehrenden Episoden von mehreren Tagen Arbeitsunfähigkeit habe (Urk. 33

S. 8) und dass es nicht nachvollziehbar sei, wie es dem Hausarzt möglich gewesen sein soll, beim Beklagten eine Arbeitsunfähigkeit von zehn Tagen zu diagnostizieren (Urk. 33 S. 8).

3.2. Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt völlig einseitig konstruiert, interpretiert und zu seinem Nachteil ausgelegt (Urk. 32 S. 11). Es sei keine objektive Überprüfung seiner ärztlich attestierten Verhandlungsunfähigkeit vorgenommen worden, sondern es seien der Hausarzt und er der Falschangaben bezeichnet worden (Urk. 32 S. 7 f.). Sowohl sein Verhalten als auch dasjenige des Hausarztes seien völlig plausibel gewesen. Wenn die Friedensrichterin Zweifel an seiner Verhandlungsunfähigkeit gehabt haben sollte, hätte sie ihm dies mitteilen müssen und ihn umfassend Stellung nehmen lassen müssen (Urk. 32 S. 9 f.). Die von ihr gestellten Fragen habe er in seiner Eingabe vom 24. August 2020 beantwortet (Urk. 32 S. 10 f.). Indem die Vorinstanz trotz seinem rechtzeitigen Verschiebungsgesuch die Verhandlungen trotzdem durchgeführt habe und in der Folge ohne Berücksichtigung seiner Stellungnahme einen Entscheid zu seinen Lasten gefällt habe, habe sie sein rechtliches Gehör verletzt (Urk. 32 S. 12).

3.3. Die Klägerin äussert sich in ihren Eingaben nicht zu den Rügen des Beklagten (vgl. Urk. 48, 52, 59 und 61).

3.4. Gemäss der allgemeinen Bestimmung des Art. 135 lit. b ZPO, die auch für das Schlichtungsverfahren zur Anwendung gelangt, kann ein Erscheinungstermin vom Gericht bzw. der Schlichtungsbehörde dann verschoben werden, wenn vor dem Termin darum ersucht wird und zureichende Gründe für die Verschiebung bestehen. Ein Anspruch auf Verschiebung besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht (vgl. BGer 5A_121/2014 vom 13. Mai 2014, E. 3.3). Ein Verschiebungsgesuch ist grundsätzlich schriftlich einzureichen (Art. 130 Abs. 1 ZPO), wobei in der Praxis – insbesondere in dringenden Fällen – auch formlose, d.h. mündlich oder telefonisch gestellte Verschiebungsgesuche akzeptiert werden (vgl. etwa BK ZPO-Frei, Art. 135 N 9; BSK ZPO-Brändli/Bühler, Art. 135 N 11). 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, Art. 135 N 3 f.*). Stellt der Gesuchsteller ein ungenügend begründetes und belegtes Verschiebungsgesuch, ist ihm vom Gericht eine Frist zur Ergänzung der Begründung und Einreichung der erforderlichen Belege anzusetzen. Erachtet also das Gericht den Verschiebungsgrund nicht als glaubhaft gemacht, fordert es den Gesuchsteller auf, den Verschiebungsgrund innert einer Nachfrist gehörig nachzuweisen. Dies ergibt sich aus dem Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs (BK ZPO-Frei, Art. 135 N 5 und N 10; BSK ZPO-Brändli/Bühler, Art. 135 N 13; Jenny/Jenny, OFK-ZPO, Art. 135 N 5; ZMP 2018 Nr. 8, vgl. zum Ganzen: *OGer RT150031 vom 3. Juli 2015, E. 3, S. 5 ff.*). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.3 m.H.).

3.5. Die Vorinstanz hat die Abweisung des vom Beklagten am 12. August 2020, 8.25 Uhr, rechtzeitig gestellten Verschiebungsgesuchs insbesondere damit begründet, dass das von ihm eingereichte und von Dr. med. C._____ ausgestellte Arztzeugnis vom 11. August 2020 aufgrund verschiedener "Falschangaben und Ungereimtheiten" nicht die Verhandlungsunfähigkeit beweisen könne. Eine Würdigung, ob zum Zeitpunkt des Gesuchs zureichende Gründe zur Verschiebung des Verhandlungstermins vorgelegen haben respektive ob dem Beklagten die Teilnahme an der Verhandlung nach Treu und Glauben zugemutet werden konnte, nahm sie damit nicht vor. Aufgrund ihrer Erwägungen erscheint es vielmehr, als ob die Vorinstanz die krankheitsbedingte Verhinderung des Beklagten nur anerkannte hätte, wenn dieser ein formell einwandfreies Verhandlungsunfähigkeitszeugnis als Beweis eingereicht hätte. Dabei geht sie aber einerseits von einem zu strengen Beweismass aus und andererseits verkennt sie, dass grundsätzlich nur

die Krankheit (als Verschiebungsgrund) an sich glaubhaft zu machen ist (vgl. auch etwa BSK ZPO-Brändli/Bühler, Art. 135 N 19; BK ZPO-Frei, Art. 135 N 6; KUKO ZPO-Weber, Art. 135 N 3). Auch wenn im vom Beklagten am 17. August 2020 eingereichten Arztzeugnis lediglich eine Arbeitsunfähigkeit im entsprechenden Zeitraum festgehalten wurde, war dieses Beweismittel grundsätzlich geeignet, eine Krankheit zum Zeitpunkt der Verhandlung und damit die Verhandlungsunfähigkeit glaubhaft zu machen. Hätte die Vorinstanz den gestützt auf dieses Arztzeugnis geltend gemachten Verschiebungsgrund der Verhandlungsunfähigkeit infolge Krankheit als nicht glaubhaft erachtet, wäre sie gehalten gewesen, dem Beklagten in Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) eine Frist zur Ergänzung der Begründung und Einreichung weiterer Belege anzusetzen. Mit ihrer Verfügung vom 18. August 2020 ist sie dieser Pflicht jedoch nicht rechtsgenügend nachgekommen, zielten die beiden darin formulierten Fragen doch einzig darauf ab, die Ausstellung und Rechtmässigkeit des Arztzeugnisses in Frage zu stellen. Denn auch wenn der Vorinstanz soweit zuzustimmen ist, dass der 11. August 2020 als Ausstellungsdatum des Arztzeugnisses nicht korrekt sein kann – nahm der Beklagte gemäss eigenen Angaben doch erst am 12. August 2020 mit Dr. med. C. _____ Kontakt auf –, kann diesem Datumsfehler des Hausarztes für die vorliegend relevante Frage, ob der Beklagte am 12. August 2020 verhandlungsunfähig war, keine entscheidende Bedeutung zugemessen werden. Gleiches gilt für die telefonische Konsultation des Hausarztes: Je nach Symptomen und bekanntem Krankheitsbild kann auch auf diese Weise eine Diagnose erstellt, direkt eine Empfehlung abgegeben und der persönliche Arztbesuch zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden. Die Vorinstanz hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, diese formellen Aspekte in den Vordergrund zu stellen und das Vorgehen des Beklagten auf diese Art und Weise zu hinterfragen. Dies auch im Hinblick darauf, dass der Zweck des Schlichtungsverfahrens darin besteht, 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) und die Anwesenheit der Parteien für die Durchführung einer wirksamen Schlichtung von Bedeutung ist (vgl. BGE 140 III 70 E. 4.3). Des Weiteren stand einer Verschiebung auch nicht eine übermässige Ver-

fahrendsdauer oder eine materielle Dringlichkeit entgegen, welche für die Abweisung des Verschiebungsgesuchs, die Durchführung einer Säumnisverhandlung und den Erlass eines Entscheids gesprochen hätten. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, der Frage der Verhandlungsunfähigkeit nachzugehen und zur Wahrung des rechtlichen Gehörs dem Beklagten die Möglichkeit zu geben, sein Verschiebungsgesuch umfassend zu ergänzen und detailliert zu begründen.

3.6. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung des Verschiebungsgrundes (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO) erübrigt sich indes. Noven, die das Prozessrechtsverhältnis betreffen, sind keine neuen Tatsachen und Beweismittel im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO (vgl. BGE 138 III 532 E. 1.2 S. 534 f.; *OGer ZH RZ170002 vom 29. August 2017, E. 8*). Der Beklagte hat in seiner Beschwerdeschrift weitere Ausführungen zum Grund seiner Verhandlungsunfähigkeit gemacht. So leide er an einem bestimmten Erkrankungsbild, welches sein langjähriger Hausarzt Dr. med. C._____ kenne. Der Hausarzt habe ihm am 12. August 2020 nach telefonischer Schilderung seiner Beschwerden (nasale Schwellungen, Kopfschmerzen, Gliederschmerzen und leicht erhöhte Temperaturen) den Verdacht auf eine virale Rhinosinusitis diagnostiziert und ihm den Kontakt zu aussenstehenden Menschen abgeraten (Urk. 32 S. 9). Bei der persönlichen Arztkonsultation am 17. August 2020 um 7.15 Uhr habe der Hausarzt sodann die Diagnose "Chronische Rhinosinusitis" gestellt, ihm unter anderem Antibiotika verschrieben und das Arztzeugnis ausgestellt (Urk. 32 S. 10). Aufgrund dieser Ausführungen und dem bereits vor Vorinstanz eingereichten Arztzeugnis erscheint vor dem Hintergrund der anhaltenden Covid-19-Pandemie als hinreichend glaubhaft gemacht, dass der Beklagte am 12. August 2020 wegen seiner Krankheit nicht verhandlungsfähig war, weshalb zureichende Gründe für eine Verschiebung der Verhandlung im Sinne von Art. 135 lit. b ZPO vorlagen. Die Vorinstanz hätte daher nicht von einem unentschuldigtem Ausbleiben und einer Säumnis des Beklagten ausgehen dürfen. Demzufolge konnten auch die angedrohten Säumnisfolgen nicht eintreten.

4. Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens vor dem Erlass eines Entscheides gebührend zu äussern. Das rechtliche Gehör ist den Parteien in der gleichen Form zu gewähren und umfasst auch den Anspruch auf Teilnahme an den Verhandlungen (BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 6 ff. ZPO). Da die Vorinstanz die Verhandlungen vom 12. August 2020 ohne den Beklagten durchführte, konnte dieser zur Klage keine Stellung nehmen und von seinem Teilnahmerecht keinen Gebrauch machen. Dies stellt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 53 Abs. 1 ZPO festgehalten ist. Da das gesamte Schlichtungsverfahren ohne Teilnahme des Beklagten durchgeführt wurde und dieser zudem in seiner Beschwerdeschrift im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.3) dargelegt hat, welche Vorbringen er bei Gewährung des rechtlichen Gehörs in das Entscheidungsverfahren eingeführt hätte (Urk. 32 S. 11 ff.), rechtfertigt sich die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Wiederholung der Schlichtungsverhandlung (Art. 203 ff. ZPO) und zur Fortsetzung des Verfahrens (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

IV.

Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Kanton aufzuerlegen respektive für das Beschwerdeverfahren auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten. Der Kanton Zürich schuldet in solchen Fällen keine Parteientschädigungen (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 13; vgl. auch Art. 116 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 199 ff. GOG). Der vom Beklagten bezahlte Kostenvorschuss von Fr. 250.– ist diesem, unter Vorbehalt der Verrechnung mit allfälligen anderen offenen Forderungen der Gerichtskasse, zurückzuerstatten.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Friedensrichteramtes Küssnacht vom 3. September 2020 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Wiederholung der Schlichtungsverhandlung und zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteienentschädigungen zugesprochen.
4. Der vom Beklagten geleistete Kostenvorschuss von Fr. 250.– wird ihm, unter Vorbehalt der Verrechnung mit allfälligen anderen offenen Forderungen der Gerichtskasse, zurückerstattet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 48 bis 50/1-7, 52 bis 54/1-2, 59 bis 63/2-6 und 65 sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

6. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. Juni 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw M. Wild

versandt am:
Im