

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU230035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw S. Ursprung

Beschluss und Urteil vom 24. August 2023

in Sachen

A. _____,

Mieter (Kläger) und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Vermieter (Beklagter) und Berufungsbeklagter

vertreten durch C. _____ AG

betreffend **Kündigungsschutz / Erstreckung**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des
Bezirksgerichtes Bülach vom 10. Juli 2023 (MO230152)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Bülach (nachfolgend Vorinstanz) vom 27. April 2023 focht der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) die vom Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagter) ausgesprochene Kündigung der Wohnung an der D. _____-str. ... in E. _____ an (act. 1).

2. Am 2. Mai 2023 lud die Vorinstanz die Parteien auf den 22. Juni 2023, 10.45 Uhr, zur Verhandlung vor, mit der ausdrücklichen Aufforderung, zur bezeichneten Zeit persönlich zu erscheinen. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass bei Säumnis der klagenden Partei das Schlichtungsgesuch gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO als zurückgezogen gelte und das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen werde (act. 4).

Mit E-Mail vom 21. Juni 2023 teilte der Berufungskläger der Schlichtungsbehörde unter Beilage eines Arztzeugnisses mit, er könne aus gesundheitlichen Gründen nicht zur Schlichtungsverhandlung erscheinen (act. 7 und 8). Mit Verfügung vom 21. Juni 2023 wurde dem Berufungskläger Frist zur Verbesserung seines Verschiebungsgesuchs gesetzt (act. 9 und 10). Die Verfügung wurde dem Berufungskläger zudem zur Kenntnis per E-Mail zugestellt, unter dem Hinweis, dass er nicht davon ausgehen könne, dass die Verhandlung verschoben werde, solange dies nicht von der Schlichtungsbehörde bestätigt werde (act. 11). Die Schlichtungsverhandlung am 22. Juni 2023 wurde durchgeführt, wobei der Berufungskläger nicht erschienen ist (Prot. Vi. S. 4).

3. Mit Beschluss vom 10. Juli 2023 schrieb die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos ab, wobei sie zur Begründung ausführte, der Berufungskläger habe innert Frist weder ein formgültiges Verschiebungsgesuch noch ein auf Verhandlungsunfähigkeit lautendes Arztzeugnis eingereicht. Unter Hinweis auf die rechtlichen Ausführungen in der Verfügung vom 21. Juni 2023 gelte das Verschiebungsgesuch des Berufungsklägers als nicht erfolgt. Demzufolge gelte der

Berufungskläger als zur Schlichtungsverhandlung vom 22. Juni 2023 unentschuldigt nicht erschienen, weshalb das Verfahren in Anwendung von Art. 206 Abs. 1 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben sei (act. 12 = act. 15 [Aktenexemplar] = act. 17).

4. Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger bei der Kammer mit Eingabe vom 28. Juli 2023 rechtzeitig (vgl. act. 13) ein Rechtsmittel und stellte folgende Anträge (act. 16 S. 2):

- " 1. Der Beschluss der Vorinstanz vom 10. Juli 2023 sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und zufolge Mittellosigkeit sei auf die Erhebung von Verfahrenskosten, insbesondere eines Kostenvorschusses, zu verzichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz."

5.1. Der Berufungskläger bezeichnet sein Rechtsmittel als Beschwerde (act. 16) und stützt sich dabei wohl auf die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz, welche mit Verweis auf BGer, 4A_131/2013 vom 3. September 2013, E. 2.2.2.2 die Beschwerde beim Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO als Rechtsmittel aufgeführt hat (act. 15 E. 6 und Disp.-Ziff. 5).

5.2. Die Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit nach Art. 206 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO und unterliegt bei gegebenem Streitwert der Berufung, ansonsten der Beschwerde nach Art. 319 lit. a ZPO (BGE 148 III 186 E. 6.3 f.; dies entspricht der Praxis der Kammer, vgl. OGer ZH, RU190052 vom 20. November 2019, E. 2.3.; RU190005 vom 23. April 2019, E. 3.1; RU180063 vom 29. Januar 2019, E II.1.1; RU180078 vom 22. Januar 2019, E. 2.1, je. m.w.H.).

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 bzw. die Gegenstandslosigkeit 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 die Abweisung eines solchen Gesuchs vor einem Endentscheid selbständig verfügt wurde oder ob dies (implizit) zusammen mit der Abschreibungsverfügung angeordnet wird (OGer ZH, RU190052 vom 20. November 2019; PP120005 vom 14. März 2012; LC130031 vom 24. Juli 2013; PS170181 vom 6. September 2017).

5.3. In einem Kündigungsschutzverfahren berechnet sich der Streitwert bei einem unbefristeten Mietverhältnis praxismässig wie folgt: Zu den Mietzinsen, die während der Kündigungsfrist geschuldet sind, werden die Mietzinsen der dreijährigen Kündigungssperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR hinzugerechnet (BGer, 4A_376/2021 vom 7. Januar 2022, E. 1; BGE 137 III 389 E. 1.1; DIKE Komm.-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2016, Art. 91 ZPO N 44). Vorliegend wurde ein unbefristeter Vertrag mit monatlicher Kündbarkeit geschlossen, wobei sich die monatliche Wohnungsmiete auf brutto Fr. 1'500.– beläuft (act. 2/4 S. 1). Der Streitwert übersteigt damit vorliegend klar Fr. 10'000.–. Das Rechtsmittel ist damit gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZPO als Berufung entgegen zu nehmen.

6. Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–13). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Zur Berufung im Einzelnen

1.1. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsmittelschrift muss Anträge enthalten, aus welchen hervorgeht, wie der angefochtene Entscheid abgeändert werden soll. Die Vorinstanz stellte dem Berufungskläger den angefochtene Beschluss vom 10. Juli 2023 am 17. Juli 2023 zu (act. 7). Der Berufungskläger übergab sein Rechtsmittel am

27. Juli 2023 und damit innert Frist der Post. Das Rechtsmittel enthält eine rudimentäre Begründung und die vorstehend genannten Anträge, welche zumindest unter Heranziehung der Begründung gestützt auf eine Auslegung nach Treu und Glaube verständlich sind (act. 16). Damit sind die Berufungsvoraussetzungen erfüllt, weshalb darauf einzutreten ist.

1.2. Der Berufungskläger bringt in seiner Berufung zusammengefasst vor, er verstehe nicht, warum die Verhandlung trotz seiner Abmeldung per E-Mail am Vortag unter Beilage des ärztlichen Zeugnisses durchgeführt worden sei. Zudem behauptet er, dass er innert Frist sein Gesuch verbessert und schriftlich eingereicht habe (act. 16 S. 2 f.). Damit wendet er sich sinngemäss gegen die Abschreibung seines Verschiebungsgesuchs durch die Vorinstanz.

1.3. Gemäss Art. 135 lit. a 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. Zu den klassischen Verschiebungsgründen zählen unter anderem Krankheit, Spitalaufenthalt oder Todesfälle im Nahbereich. Wesentlich ist stets, dass die Teilnahme am Termin nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (Kuko ZPO-WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 135 N 3; CPC-BOHNET, 2. Aufl. 2017, Art. 135 N 4). Die Bewilligung der Verschiebung liegt im Ermessen des Gerichts, wobei dessen Grenzen einerseits im Gehörsanspruch bzw. Recht auf Teilnahme der Parteien, andererseits jedoch im Rechtsverweigerungsverbot sowie im Beschleunigungsgebot liegen. Das Gericht muss die auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abwägen, unter Berücksichtigung einer allfälligen Dringlichkeit, des Gegenstands der Verhandlung, des Gewichts des Verhinderungsgrundes und schliesslich der Frage, wie rasch der Verschiebungsgrund mitgeteilt worden ist (BGer, 5A_293/2017 vom 5. Juli 2017, E. 4.2.; BOHNET/DROESE, in: Präjudizienbuch ZPO, Art. 135 N 2; Kuko ZPO-WEBER, a.a.O., Art. 135 N 5; CPC-BOHNET, a.a.O., Art. 135 N 2 und 5). In den besonders auf beförderliche Erledigung ausgerichteten vereinfachten oder summarischen Verfahren ist eine Verschiebung zurückhaltender zu gewähren (BSK ZPO-BRÄNDLI/BÜHLER, 2. Aufl. 2017, Art. 135 N 18; BK

ZPO-FREI, Art. 135 N 7; Dike-Komm ZPO-HUBER, 2. Aufl. 2016, Art. 135 N 11; Kuko ZPO-WEBER, a.a.O., Art. 135 N 4).

1.4. Der Verschiebungsgrund ist von der gesuchstellenden Partei zumindest glaubhaft zu machen (BSK ZPO-BRÄNDLI/BÜHLER, a.a.O., Art 135 N 13; Dike Komm ZPO-HUBER, a.a.O., Art. 135 N 9). Zur Glaubhaftmachung der Verhandlungsunfähigkeit ist grundsätzlich nur die Krankheit an sich durch ein zuverlässiges Arztzeugnis zu belegen, wobei aus einer Arbeitsunfähigkeit nicht zwingend auf eine Verhandlungsunfähigkeit geschlossen werden kann (OGer ZH, RU170022 vom 27. Juni 2017, E. II.3.2, vgl. auch BSK ZPO-BRÄNDLI/BÜHLER, a.a.O., Art. 135 N 19; Dike-Komm ZPO-HUBER, a.a.O., Art. 135 N 13; BK ZPO-FREI, a.a.O., Art. 135 N 6; KuKo ZPO-WEBER, a.a.O., Art. 135 N 3). Soweit die Verhandlungsunfähigkeit infolge Krankheit gestützt auf das eingereichte Arztzeugnis nicht als glaubhaft erachtet wird, darf das Verschiebungsgesuch nicht ohne Weiteres abgelehnt werden. Vielmehr ist in Ausübung der gerichtlichen Mitwirkung (Art. 56 bzw. Art. 247 Abs.1 oder 2 ZPO) eine Frist zur Ergänzung der Begründung und Einreichung der erforderlichen Belege anzusetzen (RU170022 vom 27. Juni 2017, E. II.3.2; BK ZPO-FREI, a.a.O., Art. 135 N 10; BSK ZPO-BRÄNDLI/BÜHLER, a.a.O., Art. 135 N 13).

1.5. Je früher eine Verschiebung beantragt wird bzw. je mehr Zeit bis zum angesetzten Termin verbleibt, desto eher ist einem Verschiebungsgesuch stattzugeben (BK ZPO-FREI, a.a.O., 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. Wird mit einer Stellung eines Verschiebungsgesuchs zu lange zugewartet, kann dies ein Verstoss gegen das Gebot von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) sowie das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot darstellen und zu einer Verwirkung des Anspruchs auf Verschiebung führen (OGer ZH, RU190052 vom 20. November 2019, E. 4.4.).

1.6. 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, a.a.O., Art. 135 N 9; BSK ZPO-BRÄNDLI/BÜHLER, a.a.O., Art. 135 N 11, nach welchen Verschiebungsgesuche generell formlos gestellt werden können).

1.7. Die vorgeladene Person darf sich nicht darauf verlassen, ihr Verschiebungsgesuch werde durch das Gericht 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 keine Bewilligung erhalten, muss sie sich erkundigen, ob dem Gesuch stattgegeben worden sei. Andernfalls hat sie sich zur Verhandlung einzufinden, ansonsten sie Gefahr läuft, einen Rechtsverlust zu erleiden (vgl. BGer, 5A_121/2014 vom 13. Mai 2014, E. 3.3; OGer ZH, RU180016 vom 24. Juli 2018, E. 5.4.; RU170009 vom 10. März 2017, E. II.; KuKo ZPO-WEBER, a.a.O., Art. 135 N 6; BSK ZPO-BÜHLER, a.a.O., Art. 135 N 28; BK ZPO-FREI, a.a.O., Art. 135 N 9).

2.1. Die Vorinstanz hat die Abweisung des vom Berufungskläger gestellten Verschiebungsgesuchs zunächst damit begründet, dass es nicht auf dem gestützt auf Art. 130 ZPO formgültigen Weg eingereicht und damit als nicht erfolgt gelte (act. 15 E. 4.).

2.2. Der Berufungskläger hat sein Verschiebungsgesuch ausschliesslich per E-Mail gestellt. Er bringt zwar vor, dieses in der Folge in Schriftform nachgereicht zu haben, nachdem er dazu von der Vorinstanz aufgefordert worden sei (act. 16 S. 2 f.). Dafür reicht er eine Kopie eines undatierten, unterzeichneten Schreibens an die Schlichtungsbehörde ein (act. 18/1), welches jedoch nicht bei den Schlichtungsakten liegt. Die (rechtzeitige) Zustellung dieses Schreibens an die Schlichtungsbehörde weist der Beschwerdeführer nicht nach. Ob damit ein formungültiges Verschiebungsgesuch vorliegt, kann offen bleiben. Das Vorgehen der Vorinstanz ist gestützt auf einen anderen Grund nicht zu beanstanden, wie sogleich zu zeigen ist.

2.3. Das vom Berufungskläger per E-Mail eingereichte, nicht unterzeichnete Arztzeugnis der Universitätsklinik Balgrist (act. 8 = act. 18/2), anscheinend aus-

gestellt von einem Assistenzarzt der Orthopädie, bescheinigte nicht die Verhandlungsunfähigkeit, sondern lediglich die Arbeitsunfähigkeit des Berufungsklägers zu 100%. Die Vorinstanz verlangte in der Folge eine Verbesserung des Gesuchs, insbesondere entweder eine ausdrückliche ärztliche Bescheinigung der Verhandlungsunfähigkeit oder ein Arztzeugnis mit detaillierter Aufführung des Gesundheitszustandes des Berufungsklägers (vgl. act. 9). Dies ist nicht zu beanstanden: Aus dem Arztzeugnis, welches ohne nähere Angabe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, ergibt sich nicht ohne weiteres eine Verhandlungsunfähigkeit. Im Übrigen wäre, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, auch eine explizite Bescheinigung der Verhandlungsunfähigkeit alleine nicht immer ausreichend (vgl. act. 12). Der Berufungskläger kann nicht nachweisen, dass er der Aufforderung der Vorinstanz zur Verbesserung seines Gesuchs Folge geleistet hat. Selbst sein angeblich nachgereichtes Arztzeugnis (act. 18/2) enthält keine detaillierteren Angaben zu seinem Gesundheitszustand, sondern ist lediglich eine Kopie des bereits eingereichten Zeugnisses (act. 8), welches die Verhandlungsunfähigkeit nicht ausreichend belegt. Der geltend gemachte Verschiebungsgrund der Krankheit war damit nicht glaubhaft gemacht.

2.4. Im Übrigen hat die Vorinstanz zutreffenderweise eine Erklärung verlangt, warum der Berufungskläger das Verschiebungsgesuch erst am 21. Juni 2023, d.h. am Vortag der Verhandlung und damit über eine Woche nach Ausstellung des vom 13. Juni 2023 datierten Arztzeugnisses eingereicht hat (vgl. act. 7 und 8). Ohne zulässige Erklärung grenzt ein derart langes Zuwarten mit der Stellung eines Verschiebungsgesuchs in der Regel an Treuwidrigkeit bzw. Rechtsmissbrauch, zumal es auch einer nicht vertretenen Person zuzumuten ist, mit der Absage eines Termins nicht bis zur letzten Minute zuzuwarten. Dies gilt insbesondere in Kündigungsschutzklagen, welches gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO im vereinfachten Verfahren behandelt werden, wo ein besonderes Beschleunigungsgebot herrscht. Das Gebot der zügigen Verfahrenserledigung gilt vorliegend umso mehr angesichts der aufschiebenden Wirkung eines Kündigungsschutzes und der damit drohenden "kalten Erstreckung" bei ungerechtfertigten Kündigungsanfechtungen (BACHOFNER EVA, Die Mieterausweisung, Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, Zürich/St. Gallen 2019, S. 143).

2.5. Der Berufungskläger erklärt sich in einem dem Rechtsmittel in Kopie angefügten, undatierten Schreiben (act. 18/1), welches er angeblich an die Vorinstanz gesandt habe, wie folgt: Es sei ihm bereits Anfang Woche aufgrund seiner "chronischen" Schmerzen nicht gut gegangen, er habe jedoch gehofft, bis am Mittwoch wieder fit zu sein, damit er am Donnerstag an der Verhandlung teilnehmen könne. Ob diese Erklärung der Vorinstanz je zugegangen ist, kann offen bleiben, müsste dieser Sachverhalt doch ohnehin durch ein genügend detailliertes Arztzeugnis belegt sein, welches, wie bereits vorerwähnt, vorliegend nicht nachgereicht wurde.

3. Damit ist es im Ergebnis zulässig, dass die Vorinstanz den Berufungskläger anlässlich der Verhandlung als unentschuldig ferngeblieben protokolliert und gestützt darauf das Schlichtungsverfahren als gegenstandslos abgeschrieben hat.

4. Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch die Durchführung der Verhandlung an sich nicht zu beanstanden ist. Die einmal vom Gericht erlassene Vorladung mit den darin enthaltenen Zeitangaben bleibt so lange gültig, als sie nicht widerrufen worden ist. Solange der Berufungskläger auf sein Verschiebungsgesuch hin von der Vorinstanz keine befürwortende Antwort erhalten hatte, musste er von der Gültigkeit der erhaltenen Vorladung ausgehen. Darauf wurde der Berufungskläger auch von der Vorinstanz vorab hingewiesen (act. 11), was gerade in einem auf Laienfreundlichkeit ausgerichteten Kündigungsschutzverfahren sehr zu begrüßen ist. Damit ist der Berufungskläger der Verhandlung auf eigenes Risiko ferngeblieben und muss nun die entsprechenden Konsequenzen hinnehmen.

5. Wenn der Berufungskläger unter den gegebenen Umständen nicht zur Verhandlung erschien, durfte die Schlichtungsbehörde folglich zu Recht von unentschuldigter Abwesenheit ausgehen. Es ist ihr damit keine falsche Rechtsanwendung vorzuwerfen. Die Berufung ist deshalb abzuweisen.

III.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. 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 auch für das Rechtsmittelverfahren (OGer ZH PD110005 vom 23. Juni 2011, E. 2; PD110010 vom 31. Oktober 2011, E. 4a). Im Übrigen sind der Berufungsbeklagten im Rechtsmittelverfahren keine Umtriebe entstanden.
2. Das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtspflege ist damit gegenstandslos (act. 16 S. 3).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 16, sowie an die Vorinstanz, 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.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw S. Ursprung

versandt am:
28. August 2023