

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG190005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss und Urteil vom 5. März 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger,

gegen

Stadt Zürich,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

betreffend **Kündigungsschutz / Anfechtung**

Berufung gegen einen Beschluss des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom
13. Dezember 2018 (MB180032)

Erwägungen:

1.1. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) sprach gegen den Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) mit amtlich genehmigtem Formular vom 6. Juni 2018 die Kündigung des Mietverhältnisses über die 2 ½-Zimmer-Wohnung im 1. Obergeschoss an der B. _____-Strasse ..., ... Zürich per 30. September 2018 aus (act. 1 S. 3 f.).

1.2. Nach Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens und Erhalt der Klagebewilligung (vgl. act. 4) machte der Kläger seine Klage betreffend "Kündigungsschutz/Anfechtung" am 12. Oktober 2018 beim Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz) anhängig. Er beehrte, die ausgesprochene Kündigung sei für ungültig zu erklären. Sodann beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt Dr. X. _____ für das vorinstanzliche Verfahren (vgl. act. 1 u. 2). Der Kläger hatte das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Kündigungsschutzverfahren bereits einmal am 5. Oktober 2018 – vor Anhängigmachung der Klage – gestellt (vgl. act. 7/1–6, Prozess Nr. ED180053-L).

1.3. Mit Beschluss vom 25. Oktober 2018 vereinigte die Vorinstanz das Verfahren ED180053-L mit dem Kündigungsschutzverfahren unter dessen Geschäftsnummer MB180032-L. Sodann wies sie das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ab und setzte ihm eine zehntägige Frist zur Leistung eines Vorschusses für die mutmasslichen Gerichtskosten von Fr. 3'450.– an (act. 8). Mit Eingabe vom 8. November 2018 ersuchte der Kläger um Erstreckung der Frist bis zum 28. November 2018. Die Frist wurde daraufhin von der Vorinstanz bis zum 19. November 2018 erstreckt (act. 12). Das am 19. November 2018 erneut gestellte Fristerstreckungsgesuch mit der Bitte um Erstreckung bis am 10. Dezember 2018 (vgl. act. 13) wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 21. November 2018 ab und setzte dem Kläger für die Leistung des Kostenvorschusses eine Nachfrist von fünf Tagen an, unter der Androhung des Nichteintre-

tens auf die Klage bei Säumnis (act. 14). Der Kläger leistete den Kostenvorschuss in der Folge nicht (vgl. act. 17). Mit Beschluss vom 13. Dezember 2018 trat die Vorinstanz auf das Verfahren nicht ein (act. 18 = act. 22 = act. 24, nachfolgend zitiert als act. 22).

2.1. Dagegen erhob der Kläger rechtzeitig Berufung (act. 23, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 19). Er beantragt die Ungültigerklärung der Kündigung vom 6. Juni 2018, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, sowie – eventualiter – die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur erneuten Behandlung.

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Mit Verfügung vom 8. Februar 2019 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 24). Die Beklagte erklärte in der Folge, auf die Erstattung einer Berufungsantwort zu verzichten (act. 27). Mit Schreiben vom 5. März 2019 teilte der Kläger der Kammer mit, sich aufgrund seiner schweren Erkrankung einer Operation unterziehen zu müssen und sich bis auf weiteres zu entschuldigen. Er wies nochmals auf die von ihm gestellten Anträge hin, namentlich dass die Kündigung für ungültig zu erklären, eventualiter die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (act. 28 u. 29/1–2). Der Kläger ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Ungültigkeit der Kündigung nicht Thema der Berufung bildet und daher durch die Kammer nicht zu beurteilen ist. Gegenstand der Berufung bildet die Frage, ob die Vorinstanz auf das Verfahren zu Recht nicht eingetreten ist. Würde sich die Kammer in materieller Hinsicht mit der Ungültigkeit der Kündigung befassen, ginge dem Kläger eine Instanz verloren. In diesem Lichte erfolgen die nachfolgenden Ausführungen. Da die erfolgte Eingabe inhaltlich nichts zur Sache tut, ist sie an die Beklagte zusammen mit dieser Entscheid lediglich zur Kenntnis zuzustellen. Die Sache ist spruchreif.

3.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheit der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert für die Berufung ist hier erreicht (vgl. act. 22 E. II.).

3.2. Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz sowie die unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Sie ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). An die Begründung des Rechtsmittels werden bei Laien nur minimale Anforderungen gestellt. Es reicht bereits aus, wenn rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei unrichtig sein soll. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Gericht entscheiden soll.

3.3. Auf die rechtzeitig erhobene, begründete und mit Anträgen versehene Berufung ist einzutreten.

4.1.1. Der von der Vorinstanz erlassene Beschluss vom 25. Oktober 2018 mit Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie Festsetzung dessen Höhe blieb unangefochten (vgl. act. 8). Nach einmalig gewährter Fristerstreckung bis zum 19. November 2018 zur Leistung des Vorschusses lehnte die Vorinstanz das zweite, am 19. November 2018 gestellte und am 20. November 2018 beim Gericht eingegangene Fristerstreckungsgesuch wie gezeigt ab. Dies mit der Begründung, die vorgebrachten Umstände, gestützt auf welche eine Vorschussleistung innert Frist nicht möglich sei (namentlich der schlechte Gesundheitszustand des Klägers und u.a. in diesem Zusammenhang anstehende Spitalaufenthalte etc.; vgl. act. 13), seien zum einen nicht objektiv belegt, zum andern sei nicht nachvollziehbar, weshalb es dem Kläger gestützt darauf nicht möglich sein solle, den wenig arbeits- und zeitintensiven Aufwand, einen Kostenvorschuss zu leisten, zu erbringen. Die Vorinstanz sah eine zweite Fristerstreckung unter diesen Umständen als nicht gerechtfertigt an und setzte dem Kläger mit Verfügung vom 21. November 2018 eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO zur Leistung des Vorschusses an, unter dem Hinweis, bei Säumnis werde auf die Klage nicht eingetreten (vgl. act. 14). Nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist trat sie auf das Verfahren in Anwendung von Art. 101 Abs. 3 ZPO nicht ein (vgl. act. 22 E. I.).

4.1.2. Der Kläger stellt in seiner Berufung nicht in Abrede, den Kostenvorschuss nicht innert Frist geleistet zu haben. Er erklärt aber im Hinblick auf das vorinstanzliche Nichteintreten, sein Gesundheitszustand – er sei schwer an Krebs erkrankt und befinde sich im Endstadium der Krankheit – habe es ihm nicht erlaubt, den Kostenvorschuss rechtzeitig zu leisten. Die Vorinstanz sei über seinen Gesundheitszustand bestens informiert gewesen und habe nicht ohne eine weitere Fristerstreckung zu gewähren beschliessen dürfen, auf die Klage werde nicht eingetreten (vgl. act. 23, insb. S. 2 f.).

4.2. Bei der Frist um Leistung eines Kostenvorschusses handelt es sich um eine gerichtliche Frist, welche gestützt auf Art. 144 Abs. 2 ZPO aus zureichenden Gründen erstreckt werden kann, wenn das Gericht vor Fristablauf darum ersucht wird. Die ersuchende Partei darf davon ausgehen, dass ein innert Frist gestelltes Gesuch behandelt und selbst im Falle der Abweisung desselben eine kurze Nachfrist angesetzt wird, die Frist mithin nicht infolge des abgewiesenen Erstreckungsersuchens als unbenutzt abgelaufen gilt. Davon kann nur abgesehen werden, wenn das Gesuch trölerisch ist, konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass die Nachfrist ohnehin nicht genutzt würde oder wenn das Gesuch um Fristerstreckung in dem Sinne nicht als ernsthaft betrachtet werden kann, weil die Fristerstreckung auf jeden Fall ausgeschlossen ist (vgl. BGer 5A_280/2018 vom 21. September 2018, E. 4.2.; BGer 5A_75/2011 vom 26. Mai 2011, E. 2; vgl. auch z.B. OGer ZH PF140019 vom 15. Juli 2014, E. 2.2; MERZ, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016; Art. 144 N 13 m.w.H.).

4.3. Hier wurde dem Kläger eine erste Fristerstreckung gewährt, und dies nicht unter dem Hinweis, die Frist werde "letztmals" erstreckt (wobei auch dies dem Ansetzen einer Nachfrist nicht entgegenstünde, vgl. BGer 1C_171/2012 vom 13. Juni 2012, E. 2). Der Kläger, welcher sein erneutes Gesuch am letzten Tag und daher noch innerhalb der erstreckten Frist zuhanden des Gerichts einreichte, durfte im Sinne des oben Dargelegten davon ausgehen, ihm würde im Falle einer Ablehnung eine kurze Nachfrist gewährt, weshalb er die Prozesshandlung nicht vorzunehmen hatte. Dies hätte die Vorinstanz im Rahmen der Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs denn auch tun müssen. So war zum Zeitpunkt des

Fristerstreckungsgesuchs weder ersichtlich, der Kläger werde eine Nachfrist nicht nutzen, noch erschien das Gesuch des Klägers um erneute Fristerstreckung trölerisch oder von Anfang an aussichtslos.

Zu betonen ist an dieser Stelle, dass diese Form der Nachfrist nicht gleichzusetzen ist mit der in Art. 101 Abs. 3 ZPO normierten Nachfrist. Eine solche kommt erst zum Zug, wenn die Frist zur Leistung des Vorschusses effektiv verpasst worden ist (vgl. auch BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 101 N 2; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 101 N 5), was hier wie gezeigt nicht der Fall war. Die Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO wäre von der Vorinstanz erst nach unbenutztem Ablauf einer (kurzen) Nachfrist anzusetzen gewesen, und nicht schon im Rahmen der Abweisung des zweiten Fristerstreckungsgesuchs. Dass die gesetzlich zwingende Nachfrist die Verfahren oft verkompliziert und verlängert, geht auf die Entscheidung des Gesetzgebers zurück und darf von den Gerichten nicht "korrigiert" werden.

Entsprechend schrieb die Vorinstanz das Verfahren infolge Nichtbezahlung des Kostenvorschusses zu Unrecht ab. Statt nach Abweisung des zweiten Fristerstreckungsgesuchs gleich eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO unter Hinweis auf die Säumnisfolgen anzusetzen, hätte die Vorinstanz eine kurze weitere (Nach-)Frist anzusetzen gehabt unter Hinweis, dass bei unbenutztem Ablauf derselben die Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO mit Säumnisfolgen erfolge. Und statt das Verfahren nach unbenutztem Ablauf der Frist abzuschreiben, hätte die Vorinstanz die Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 2 ZPO anzusetzen gehabt.

4.4. Die vorinstanzlich mit Präsidialverfügung vom 21. November 2018 (vgl. act. 14) angesetzte Nachfrist ist nach dem Gesagten in eine infolge des Fristerstreckungsgesuchs nach guten Treuen gebotene weitere kurze (Nach-)Frist ohne Säumnisfolgen umzudeuten. Nachdem diese Frist unbenutzt verstrichen ist, wird die Vorinstanz dem Kläger eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO anzusetzen haben, unter Hinweis auf die Säumnisfolgen, namentlich das Nichteintreten auf die Klage bei Nichtleistung innert Frist. Der vorinstanzliche Entscheid ist in

diesem Sinne aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Durchführung des Verfahrens zurückzuweisen.

5.1. Für das Rechtsmittelverfahren sind keine Kosten zu erheben. Parteient-schädigungen wurden keine verlangt und sind daher nicht zuzusprechen.

5.2. Der Kläger beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wo-bei aufgrund seines Rechtsbegehrens (vgl. act. 23 S. 1) nicht abschliessend klar ist, ob er diese für das vorinstanzliche Verfahren oder dasjenige vor Rechtsmitte-linstanz beantragt. Sollte sich das Gesuch auf das vorinstanzliche Verfahren be-ziehen, wäre ein solches an die Vorinstanz zu richten. Die Vorinstanz hat bereits über ein entsprechendes Gesuch des Klägers mit Beschluss vom 25. Oktober 2018 entschieden (act. 8). Der Kläger hätte diesen Beschluss separat anzufech-ten gehabt, was er nicht tat. Die unentgeltliche Rechtspflege vor Vorinstanz bildet nicht Gegenstand des hier angefochtenen Entscheids, weshalb in diesem Rechtsmittelverfahren nicht darüber zu befinden ist.

5.3. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestel-lung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Rechtsmittelverfahren ist ge-genstandslos und daher abzuschreiben, da wie gezeigt keine Kosten erhoben werden und der Kläger ohnehin obsiegt, womit er nicht kostenpflichtig würde. So-dann verfügt er über keinen Rechtsbeistand, der zu entschädigen wäre.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers und Berufungsklägers um Gewährung der unent-geltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbei-standes für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Er-kenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und der Entscheid des Mietgerichtes Zürich vom 13. Dezember 2018 (MB180032-L) wird aufgehoben. Die Sache wird zur weiteren Durchführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage von act. 28 u. 29/1–2, sowie an das Mietgericht Zürich (mit den nämlichen Beilagen), je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG:

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 45'400.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: