

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU120053-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## **Beschluss und Urteil vom 20. September 2012**

in Sachen

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

Mieterin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Vermieter und Beschwerdegegner,

betreffend

### **Anfechtung Kündigung**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichtes Horgen vom 29. August 2012 (MM120090)

## Erwägungen:

### I.

1. Mit Kündigung vom 22. Mai 2012, unter Verwendung des entsprechenden amtlichen Formulars, kündigte der Vermieter und Beschwerdegegner (nachfolgende Beschwerdegegner) den Mietvertrag vom 9. November 2009 auf den 30. September 2012 (act. 2, 3).

Mit Eingabe vom 31. Juli 2012 an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen am Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) focht die Mieterin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) diese Kündigung an (act. 1).

2. Mit Vorladung vom 17. August 2012 setzte die Vorinstanz die Schlichtungsverhandlung auf den 29. August 2012 an (act. 7/1-2). Die mit der Sendungsnummer ... versehene eingeschriebene Zustellung an die Beschwerdeführerin (act. 7/2) wurde dieser gemäss [www.post.ch](http://www.post.ch), Track & Trace, am 20. August 2012 zugestellt.

Nachdem die Beschwerdeführerin anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 29. August 2012 säumig geblieben war (Vi-Prot. S. 2), schrieb die Vorinstanz das Schlichtungsverfahren mit Beschluss vom 29. August 2012 gestützt auf Art. 206 Abs. 1 ZPO als zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt ab. Die Säumnis an der Schlichtungsverhandlung wurde der Beschwerdeführerin als Mutwilligkeit angelastet, und gestützt darauf wurden ihr die Kosten des Schlichtungsverfahrens auferlegt (act. 8 = act. 13 = act. 15).

Am 3. September 2012 und damit bereits nach dem Versand des Beschlusses vom 29. August 2012 ging bei der Vorinstanz ein Entschuldigungsschreiben der Beschwerdeführerin vom 29. August 2012 ein (act. 10).

3. Mit Eingabe vom 4. September 2012, der Post übergeben am 7. September 2012, erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen den Beschluss vom 29. August 2012 und stellte die folgenden Anträge (act. 14 S. 1, sinngemäss):

1. Der Beschluss vom 29. August 2012 sei aufzuheben, und die Kündigung vom 22. Mai 2012 sei als missbräuchlich zu erklären.
2. Der Beschwerdeführerin seien keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, bzw. es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
4. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-11). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO), mit Blick auf die angefochtene Kostenaufgabe auch aufgrund der fehlenden Beschwer des Beschwerdegegners.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Die Beschwerdeführerin macht auf den Vorwurf der Säumnis vor der Vorinstanz geltend, sie habe bei der Vorinstanz anzurufen versucht, doch sie habe nur die Ansage "die Leitungen sind besetzt" ab Band gehört. Sie sei, so die Beschwerdeführerin weiter, aufgrund eines familiären Notfalls ("Bruder Epilepsie- und Krebskrank") zu der "kurzfristigen Umdisponierung" gezwungen geworden, da ihr Bruder wie so oft ihre Hilfe gebraucht habe (act. 14 S. 1).

1.1 Die Beschwerdeführerin hat diesen Sachverhalt (familiärer Notfall wegen des an Epilepsie und Krebs leidenden Bruders) bereits im vorerwähnten Entschuldigungsschreiben an die Vorinstanz vom 29. August 2012 erwähnt (act. 10). Die Vorinstanz reagierte darauf mit Schreiben vom 4. September 2012, in welchem sie darauf hinwies, das Entschuldigungsschreiben sei nicht rechtzeitig erfolgt und es sei überdies unbelegt, und worin sie die Beschwerdeführerin im Übrigen auf den Rechtsmittelweg verwies (act. 11).

Sinngemäss macht die Beschwerdeführerin somit geltend, die Vorinstanz hätte ihr eine Fristwiederherstellung nach Art. 148 Abs. 1 ZPO gewähren müssen (dies ist trotz Art. 149 ZPO letzter Satzteil zulässig – lediglich der prozessleitende Entscheid über die Fristwiederherstellung ist endgültig; der Erledigungsentscheid dagegen kann selbstredend mit der Rüge der Verletzung von Art. 148 ZPO ange-

fochten werden; OGer ZH NG110010 vom 7. Oktober 2011 = ZR 110/2011 Nr. 91; vgl. auch ZK ZPO-Staehelin, Art. 149 N 4).

1.2 Versäumte Fristen können wiederhergestellt und versäumte Gerichtsverhandlungen auf einen neuen Termin festgesetzt werden, wenn die säumige Partei innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes (und, wenn ein Entscheid bereits eröffnet wurde, maximal 6 Monate nach Eintritt der Rechtskraft) darum ersucht. Dabei hat die säumige Partei glaubhaft zu machen, dass sie an der Säumnis kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 ZPO).

1.3 Ungeachtet des erwähnten Hinweises der Vorinstanz auf die Pflicht zur Belegung der Entschuldigungsgründe (act. 11) hat die Beschwerdeführerin den geltend gemachten Sachverhalt, der sie an der Befolgung der Vorladung gehindert habe, auch vor dieser Instanz nicht näher verdeutlicht. Sie hat weder einen Beleg für die Krankheit ihres Bruders eingereicht, noch konkret dargelegt, weshalb sie gerade am 29. August 2012 um 15:00 Uhr (Termin für die Schlichtungsverhandlung) aufgrund der Krankheit des Bruders kurzfristig nicht abkömmlich war. Die Beschwerdeführerin vermag daher nicht glaubhaft zu machen, dass sie an der Säumnis vor der Vorinstanz kein oder nur ein leichtes Verschulden traf.

Ob entsprechende neue Behauptungen im Beschwerdeverfahren mit Blick auf Art. 326 ZPO überhaupt zulässig wären, kann danach offen bleiben. Nur nebenbei ist daher darauf hinzuweisen, dass solche Noven zumindest dann mit gutem Grund für zulässig erklärt werden könnten, wenn ein erstinstanzliches Gericht den Anforderungen an die Fragepflicht (Art. 56 ZPO) erst im angefochtenen Entscheid - oder wie vorliegend danach - nachgekommen ist (für diese Frage nach dem alten kantonalen Recht ZR 100/2001 Nr. 27).

1.4 Das Fristwiederherstellungsgesuch der Beschwerdeführerin erweist sich daher als unbegründet. Die Vorinstanz ist somit (nach Eingang des Schreibens vom 29. August 2012, act. 10) zu Recht nicht auf ihren Entscheid vom 29. August 2012 zurückgekommen.

2. Nach dem Gesagten bleibt die Säumnis der Beschwerdeführerin an der vorinstanzlichen Schlichtungsverhandlung massgeblich. Allfällige Gründe für die Nichtigkeit der angefochtenen Kündigung, die von Amtes wegen zu berücksichtigen wären, sind aus den Akten nicht ersichtlich. Mithin hat die Vorinstanz das Schlichtungsverfahren zu Recht als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Art. 206 Abs. 1 ZPO), nachdem sie die Beschwerdeführerin in der Vorladung vom 17. August 2012 auf diese Säumnisfolge hingewiesen hatte (act. 7/2).

Der angefochtene Entscheid betreffend Abschreibung des Schlichtungsverfahrens ist daher zu bestätigen.

### III.

1. Wie eingangs dargelegt, auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten, unter Hinweis auf ihre unentschuldigte Säumnis, die ihr als Mutwilligkeit anzulasten sei (act. 15 S. 2 f.).

2. Auch wenn in den Kommentaren teilweise die Auffassung vertreten wird, wer als Kläger einer Verhandlung unentschuldigt fernbleibe, prozessiere mutwillig nach Art. 115 ZPO (neben dem von der Vorinstanz zitierten Basler Kommentar etwa auch ZK ZPO-Jenny, Art. 6115 N 9), ist dem nicht vorbehaltlos zu folgen:

2.1 Mutwilligkeit nach Art. 115 ZPO setzt ein Verschulden voraus (vgl. ZK ZPO-Jenny, Art. 115 N 6). Entgegen der Situation bei der Abweisung eines Fristwiederherstellungsgesuches kann dabei im Anwendungsbereich von Art. 115 ZPO keine Beweislastumkehr angenommen werden. Der Umstand alleine, dass eine säumige Partei mit ihrem Fristwiederherstellungsgesuch nicht durchdringt, weil sie das Fehlen eines mehr als leichten Verschuldens nicht glaubhaft zu machen vermag, ist daher nicht mit Mutwilligkeit nach Art. 115 ZPO gleichzusetzen.

Art. 115 ZPO könnte in einem solchen Fall zu einer Kostenaufgabe führen, wenn sich die säumige Partei gar nicht um ihre Säumnis schert, d.h. wenn sie sich gar nicht entschuldigt, oder wenn der Inhalt eines Wiederherstellungsgesu-

ches als mutwillig zu bezeichnen wäre. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Die Beschwerdeführerin hat sich bei der Vorinstanz entschuldigt. Ihr noch auf den 29. August 2012 datiertes Entschuldigungsschreiben ging zwar erst am 3. September 2012 bei der Vorinstanz ein (act. 10). Angesichts des nachmittäglichen Verhandlungstermins liegt es jedoch nahe, dass die Sendung der Post frühestens am folgenden Tag zugehen konnte. Danach ist ein Eingang der Sendung bei der Vorinstanz erst am 3. September 2012 angesichts der allgemeinen Erfahrung mit der Dauer, welche die Zustellung von Postsendungen in Anspruch nehmen kann, noch nachvollziehbar, ohne dass der Beschwerdeführerin eine zu späte Reaktion zur Last zu legen wäre.

Sodann ist zu unterscheiden zwischen unbelegten Ausführungen, die den Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Fristwiederherstellungsgrundes nicht genügen, und geradezu mutwilligen Ausführungen. Was unglaublich ist, ist nicht ohne weiteres auch mutwillig. Der Beschwerdeführerin kann vor diesem Hintergrund nicht vorgeworfen werden, ihr geltend gemachter Entschuldigungsgrund (familiärer Notfall infolge Krankheit des Bruders sowie fehlende telefonische Erreichbarkeit der Schlichtungsbehörde) sei geradezu mutwillig.

Mutwilligkeit könnte der Beschwerdeführerin sodann auch nicht etwa aus dem Grund vorgeworfen werden, weil sie entgegen der vorinstanzlichen Empfehlung zu einem Rückzug vom 6. August 2012 (act. 6) an ihrem Begehren festhielt (vgl. dazu Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 115 N 4).

2.2 Nach dem Gesagten ist die Kostenaufgabe im angefochtenen Entscheid aufzuheben.

3. Die Kostenfreiheit des Schlichtungsverfahrens nach Art. 113 Abs. 2 ZPO (insb. betreffend Miete und Pacht von Wohnräumen vgl. lit. c der Bestimmung) gilt nach der Praxis der Kammer auch im Rechtsmittelverfahren (vgl. OGer ZH PD110005 vom 23. Juni 2011, E. 2).

Betreffend Parteientschädigung gilt nach Art.113 Abs. 1 ZPO und nach der erwähnten Praxis dasselbe, wobei vorliegend auch mangels relevanter Aufwendungen des Beschwerdegegners keine Parteientschädigung zuzusprechen wäre.

4. Da keine Kosten auferlegt werden, ist das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichts Horgen vom 29. August 2012 (MM120090) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
"2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz."  
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.  
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.  
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.  
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 14, sowie an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichts Horgen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 15'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: