

**Art. 115 ZPO, Kostenaufgabe bei Mutwilligkeit.** *Diese Bestimmung wird nur zurückhaltend angewendet.*

Die Klägerin schrieb am Tag der (Schlichtungs-)Verhandlung, sie könne wegen eines familiären Notfalls nicht erscheinen. Das belegte sie nicht weiter; die Schlichtungsbehörde schrieb das Verfahren daher gestützt auf Art. 206 Abs. 1 ZPO ab und auferlegte der Klägerin die Kosten. - In der Sache wurde das Nicht-eintreten bestätigt, da Belege auch nachträglich weder der Schlichtungsbehörde noch der Rechtsmittelinstanz vorgelegt wurden. Hingegen hob das Obergericht die Kostenaufgabe auf.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(III) 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 Wiederherstellungsgesuches 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).

Obergericht, II. Zivilkammer

Beschluss und Urteil vom 20. September 2012

Geschäfts-Nr.: RU120053-O/U