

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU120066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## Urteil vom 3. Dezember 2012

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Mieterin und Berufungsklägerin,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Vermieter und Berufungsbeklagter,

vertreten durch C.\_\_\_\_ AG,

betreffend **Mietzinsanfechtung**

Berufung gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen vom 1. Oktober 2012 (MK120082)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Eingabe vom 21. Mai 2012 leitete die Mieterin und Rechtsmittelklägerin das Schlichtungsverfahren bei der Vorinstanz ein und beantragte, es sei die mit Formular vom 18. April 2012 auf den 1. Oktober 2012 mitgeteilte einseitige Vertragsänderung für die 4-Zimmer-Wohnung im 1. OG links an der ...strasse ... in D.\_\_\_\_\_ für missbräuchlich zu erklären (act. 1; Prot. I S. 2). Mit am 23. Mai 2012 versandter Vorladung setzte die Vorinstanz die Schlichtungsverhandlung auf den 10. Juli 2012 an (act. 3). Nachdem die Rechtsmittelklägerin anlässlich der Schlichtungsverhandlung säumig geblieben war und mangels Zustellung der Vorladung in der Form gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO (vgl. act. 3) der Nachweis deren Erhalts nicht erbracht werden konnte, wurden die Parteien mit Schreiben vom 10. Juli 2012 erneut zur Schlichtungsverhandlung auf den 21. September 2012 vorgeladen (act. 8). Die Vorladung wurde der Rechtsmittelklägerin am 20. Juli 2012 zugestellt (act. 9/2). Nachdem sie mit Schreiben vom 12. August 2012 bei der Vorinstanz darum ersuchte, ihr die mit eingeschriebener Post zugestellte Vorladung noch einmal zukommen zu lassen (act. 10 und 12), wurde ihr diese am Folgetag mit normaler Post zugeschickt (act. 11).

Da die Rechtsmittelklägerin auch anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 21. September 2012 säumig geblieben war (Prot. I S. 2), schrieb die Vorinstanz das Schlichtungsverfahren mit Zirkulationsbeschluss vom 1. Oktober 2012 gestützt auf Art. 206 Abs. 1 ZPO als zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt ab. Die Säumnis wurde der Rechtsmittelklägerin als Mutwilligkeit angelastet und gestützt darauf wurden ihr die auf Fr. 450.-- festgesetzten Kosten des Schlichtungsverfahrens auferlegt (act. 14 = act. 17 Dispositiv-Ziff. 1 bis 3).

2.1 Gegen diesen Entscheid erhob die Rechtsmittelklägerin mit Eingabe vom 1. November 2012 (hierorts eingegangen am 7. November 2012) rechtzeitig "Beschwerde" mit den folgenden (sinngemässen) Anträgen (act. 18):

1. Das Fernbleiben an der Schlichtungsverhandlung sei nicht als unentschuldig zu werten.
2. Das Verfahren sei nicht als zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt abzuschreiben.
3. Der Mieterin sei keine Gebühr für das Schlichtungsverfahren aufzuerlegen.

2.2 Nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) ausgelegt, sind die ersten beiden Anträge als Antrag um Aufhebung des Entscheides vom 1. Oktober 2012 zu verstehen (mit Rückweisung zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens). Dieser Antrag hat im vorliegenden Fall, da die Vorinstanz noch keinerlei Verfahrensschritte vornahm, sondern nach dem Erlass der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung unmittelbar das Verfahren als gegenstandslos geworden abschrieb, trotz Fehlens eines Antrags in der Sache ausnahmsweise zu genügen (vgl. OGerZH RU120018 vom 12. Juni 2012 E. II.3.2.1).

3. Der konkrete Streitwert ist vorliegend nicht bekannt, da die Einlegerakten den Parteien bereits retourniert wurden (vgl. nachstehend Ziff. I.4) und sich auch der angefochtene Zirkulationsbeschluss vom 1. Oktober 2012 nicht darüber ausspricht. Nachdem die Vorinstanz die Kosten des Schlichtungsverfahrens gestützt auf § 3 Abs. 1 GebV OG jedoch auf Fr. 450.-- festsetzte, ist von einem Streitwert von über Fr. 10'000.-- auszugehen. Entscheide von Schlichtungsbehörden, wenn dabei ein Schlichtungsverfahren über eine Zivilstreitigkeit mit einem Streitwert von über Fr. 10'000.-- (Art. 308 Abs. 2 ZPO) als gegenstandslos abgeschrieben wird, sind mit Berufung anfechtbar (vgl. ZK ZPO-Leumann Liebster, N 8 zu Art. 242 ZPO; OGerZH RU110046 vom 21. Oktober 2011 E. II.2). Somit wäre im angefochtenen Entscheid richtigerweise auf die Berufung statt auf die Beschwerde als Rechtsmittel hinzuweisen gewesen. Dies bleibt allerdings ohne Nachteil für die Rechtsmittelklägerin, da die Kammer nach konstanter Praxis unrichtig bezeichnete Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt (vgl. OGerZH NQ110026 vom 23. Juni 2011 E. 2.2 und NQ110029 vom 5. September 2011 E. 1). Das vorliegende Rechtsmittel ist demnach als Berufung zu behandeln. Damit verbunden ist auch die Anfechtung des vorinstanzlichen Kostenentscheides.

4. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-16). An dieser Stelle ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eingelegte Urkunden den jeweils berechtigten Parteien erst nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens zurückzugeben sind (§ 130 Abs. 2 GOG; § 12 Akturierungsverordnung). Zwar spricht § 130 Abs. 1 GOG vom *Gericht*. Allerdings sind auch Entscheide der Schlichtungsbehörden mit einem Rechtsmittel anfechtbar und ist es diesfalls wesentlich, dass die Rechtsmittelinstanz die akturierten vorinstanzlichen Akten vollständig, d.h. samt den Einlegerakten erhält. Entsprechend müssen § 130 GOG und die gestützt darauf erlassene Akturierungsverordnung des Obergerichts auch für das Verfahren vor Schlichtungsbehörden gelten.

Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde gestützt auf Art. 312 Abs. 1 ZPO und mit Blick auf die angefochtene Kostenaufgabe auch aufgrund der fehlenden Beschwer des Berufungsbeklagten abgesehen (vgl. OGerZH PF120051 vom 1. November 2012 E. 4). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1.1 Die Mieterin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) macht zum Vorwurf der Säumnis vor der Vorinstanz in der Rechtsmittelschrift geltend, sie sei an der Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung vom 21. September 2012 zufolge Erkrankung im fraglichen Zeitraum verhindert gewesen. Für die Umtriebe bitte sie um Entschuldigung, es tue ihr ausserordentlich leid, dass sie zur Erledigung ihrer persönlichen Angelegenheiten nicht fähig gewesen sei (act. 18). Zum Beleg ihrer Darstellung reichte sie ein Arztzeugnis von Dr. med. E. \_\_\_\_\_ vom 21. September 2012 ein, gemäss welchem sie (die Berufungsklägerin) vom 22. September bis 7. Oktober 2012 in Behandlung und zu 100% arbeitsunfähig sei (act. 20).

1.2 Dass die Berufungsklägerin die Vorinstanz von der geltend gemachten Verhinderung an der Befolgung der Vorladung informiert und ihren Entschuldigungsgrund dargelegt und belegt (oder gar ein Fristwiederherstellungsgesuch im

Sinne von Art. 148 ZPO gestellt) hat, macht sie weder geltend, noch lässt sich entsprechendes den erstinstanzlichen Akten entnehmen. Die Vorinstanz ist somit zu Recht vom unentschuldigtem Nichterscheinen der Berufungsklägerin an der Schlichtungsverhandlung vom 21. September 2012 ausgegangen. Die Abschreibung des Schlichtungsverfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit ist nicht zu beanstanden.

2.1 Wie eingangs dargelegt, auferlegte die Vorinstanz der Berufungsklägerin die Verfahrenskosten, unter Hinweis auf ihre unentschuldigte Säumnis, die ihr als Mutwilligkeit anzulasten sei (act. 17 S. 3).

2.2 Auch wenn im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten wird, wer als klagende Partei einer Verhandlung unentschuldig fern bleibe, prozessiere mutwillig nach Art. 115 ZPO (vgl. ZK ZPO-Jenny, N 9 zu Art. 115 ZPO m.w.H.; BSK ZPO-Rüegg, N 2 zu Art. 115 ZPO), ist dem nicht vorbehaltlos zu folgen. In Analogie zu aArt. 274d Abs. 2 OR ist vielmehr zusätzlich ein vorsätzliches, sachlich nicht leicht zu rechtfertigendes prozessuales Fehlverhalten einer Partei zu fordern (vgl. ZK OR-Higi, Teilband V 2b, Die Miete, Zürich 1996, N 107 und 113 zu aArt. 274d OR).

Die Berufungsklägerin, welche mit ihrer Eingabe vom 21. Mai 2012 (act. 1) das Schlichtungsverfahren eingeleitet hatte, ist weder zur Schlichtungsverhandlung vom 10. Juli 2012 noch zu jener vom 21. September 2012 erschienen. Von Letzterer hatte sie nachweislich Kenntnis (act. 9/2; vgl. vorstehend Ziff. I.1) und zwar doppelt, nachdem sie mit Schreiben vom 12. August 2012 (vorab per Fax) um nochmalige Zustellung der Vorladung gebeten hatte (act. 10 und 12), und die Zusendung am 13. August 2012 erfolgte (act. 11). Dennoch ist sie zur Schlichtungsverhandlung vom 21. September 2012 nicht erschienen und hat sich bei der Vorinstanz weder für ihre Versäumnis entschuldigt noch um eine Fristwiederherstellung ersucht. Vielmehr begnügte sie sich damit, erst knapp eineinhalb Monate nach dem Schlichtungsverhandlungstermin bzw. drei Wochen nach Zustellung des Abschreibungsbeschlusses durch Erhebung eines Rechtsmittels zu reagieren. Sodann ist zu erwähnen, dass das erst im Rechtsmittelverfahren eingereichte Arztzeugnis den Tag der Schlichtungsverhandlung (21. September 2012) nicht

mitumfasst; die Arbeitsunfähigkeit wird erst ab dem 22. September 2012 attestiert (act. 20). Eben so wenig sagt das Arztzeugnis etwas über die Verhandlungsunfähigkeit der Berufungsklägerin aus, welche nicht mit der Arbeitsunfähigkeit gleichzusetzen ist.

Wenn eine Partei in einem von ihr selber veranlassten Prozess trotz der auf eigenen Wunsch sogar zweifach erhaltenen Vorladung und somit in Kenntnis des (zweiten) Verhandlungstermins ohne sachliche Gründe der Verhandlung unentschuldigt fernbleibt und weder zuvor noch bald danach etwas von sich hören lässt, bringt sie zum Ausdruck, dass sie sich nicht um ihre Säumnis und den Prozess schert. Dieses Verhalten ist als mutwillig zu werten und darf durch Auferlegung von Gerichtskosten sanktioniert werden.

2.3 Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen. Selbst, wenn man in der Rechtsmittelschrift der Berufungsklägerin ein Wiederherstellungsgesuch sehen wollte, wäre auf dieses nicht einzutreten, da der entsprechende Entscheid in die Zuständigkeit der Vorinstanz fällt.

### III.

1. Die grundsätzliche 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. OGerZH PD110005 vom 23. Juni 2011 E. 2). Ob in der mit unrichtigen Gründen begründeten Rechtsmittelergreifung - das Arztzeugnis umfasst wie dargelegt den relevanten Tag des 21. Septembers 2012 nicht - auch eine mutwillige Prozessführung in zweiter Instanz zu erblicken ist (vgl. Higi, a.a.O., N 109 zu aArt. 274d OR), kann daher vorliegend offen bleiben.

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

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und der angefochtene Beschluss vom 1. Oktober 2012 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 18, sowie an die Schlichtungsbehörde in Miet-sachen des Bezirksgerichtes Meilen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-telfrist 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 Be-schwerde 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. 10'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: