

## ZMP 2014 Nr. 10

**Kein Nichteintretensentscheid trotz verspäteter Einreichung der Klagebewilligung: Das Mietgericht kam zum Schluss, dass ein Nichteintreten einer faktischen Rechtsverweigerung gleichkäme und einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen würde. Weiter hielt es fest, dass eine Zahlungsverzugskündigung bei einem Irrtum über die Höhe des Zahlungsausstandes und entsprechender Abmahnung über einen falschen Betrag nicht generell zur Ungültigkeit der darauf gestützten Kündigung führt. Ist ein zu hoher Betrag abgemahnt, aber der wirklich ausstehende Betrag dennoch als nicht unbedeutend anzusehen, so ist bei nicht fristgemäßem Bezahlen auch die darauf gestützte Kündigung gültig.**

*Dem Kündigungsschutzverfahren gingen verschiedene mietrechtliche Streitigkeiten zwischen den Parteien voraus. Wegen ausstehender Mietzinszahlungen kam es schliesslich zur ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs, welche die Mieterin (=Klägerin) anfocht. Nachdem anlässlich der Schlichtungsverhandlung keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte, reichte die Klägerin fristgerecht Klage beim Mietgericht ein, jedoch ohne die Klagebewilligung beizulegen, weshalb ihr eine nicht erstreckbare Frist angesetzt wurde, um die Klagebewilligung einzureichen, unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf die Klage nicht eingetreten werde. Bei genauerer Prüfung der daraufhin eingereichten Klagebewilligung stellte das Mietgericht schliesslich fest, dass diese nicht die dem Verfahren zugrundeliegende Kündigung betraf. Die richtige Klagebewilligung wurde noch vor Urteilsfällung nachgereicht.*

Aus dem Urteil des Mietgerichts vom 25. Februar 2014:

"III.

2. Klagebewilligung

2.1. (...)

2.2. Eine durch die Schlichtungsbehörde erteilte gültige Klagebewilligung ist eine Prozessvoraussetzung, welche das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (BGE 139 III 273; BORIS MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 68; BBI 2006 7333), und zwar auch dann, wenn es erst nach dem Fällen eines Entscheids über das Eintreten erkennt, dass es das Gesetz falsch angewendet hat, oder von Tatsachen erfährt, welche die Parteien zuvor versehentlich oder absichtlich nicht vorgetragen haben (BORIS MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 41). Gleichzeitig ist aber auch zu beachten, dass die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorliegen müssen (BSK ZPO-GEHRI, 2. Aufl., Art. 60 N 5).

2.3. Fehlende Beilagen sind innert einer vom Gericht angesetzten Frist nachzureichen, andernfalls gelten sie als nicht eingereicht. Handelt es sich bei den fehlenden Beilagen um solche, die für die Klageeinreichung gesetzlich vorgeschrieben sind (z.B. Klagebewilligung gemäss Art. 244 Abs. 3 lit. b i.V.m. Art. 209 ZPO), liegt ein Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO vor (MICHAEL LAZOPOULOS, in: Gehri/Kramer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 244 N 20; HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl., Art. 244 N 11). Nach Art. 132 Abs. 1 ZPO sind Mängel innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern, andernfalls die Eingabe als nicht erfolgt gilt. Reicht die betroffene Partei die gesetzlich vorgeschriebenen Eingaben (z.B. die Klagebewilligung) also nicht innert der ihr zur Behebung eines Mangels oder zur Verbesserung ihrer Eingabe angesetzten Nachfrist nach, gilt die Klageeinreichung als nicht erfolgt (RETO M. JENNY, in: Gehri/Kramer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 132 N 2; BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, Art. 132 N 36). Das Gericht tritt in diesem Fall auf die Klage nicht ein (vgl. HEINZMANN/EGLOFF, in: ZBJV 146 [2010], S. 1070; BSK BGG-MERZ, 2. Aufl., Art. 42 N 107 per analogiam). Zu beachten ist dabei allerdings, dass den Parteien nicht aus überspitzt formalistischen Gründen das Recht verweigert werden darf. Ein Rechtsverweigerung darstellender überspitzter Formalismus liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die von der Behörde und namentlich vom Gericht im Zusammenhang mit Eingaben verlangte Beachtung formeller Bestimmungen als exzessive Formstrenge erscheint, die von keinen schutzwürdigen Interessen ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirkli-

chung des materiellen Rechts erschwert oder gar verhindert (BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 2. Aufl., Art. 132 N 3; BGE 128 II 139 E. 2a).

2.4. Mit Beschluss vom 21. Juni 2012 wurde der Klägerin vom Gericht eine Nachfrist angesetzt, um die fehlende Klagebewilligung nachzureichen. Mit Schreiben vom 12. Juli 2012 reichte diese eine Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde vom 26. April 2012 ins Recht. Bei genauerer Prüfung der Prozessvoraussetzungen stellte das Gericht fest, dass diese Klagebewilligung nicht die vom 21. März 2012 datierende Kündigung des Mietverhältnisses betreffen konnte. Die Klägerin hat also innert der ihr angesetzten Nachfrist nicht die korrekte Klagebewilligung eingereicht, innert Frist den Mangel der fehlenden Klagebewilligung folglich nicht behoben.

Die Ansetzung einer weiteren Nachfrist sehen – entgegen der Meinung des klägerischen Rechtsvertreters – weder Literatur noch Rechtsprechung vor. Der Verweis auf LEUENBERGER geht fehl, sieht dieser doch nur vor, dass der klagenden Partei eine Nachfrist für die Nachreichung der Klagebewilligung anzusetzen ist, falls eine solche fehlt (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl., Art. 220 N 3). Da allerdings im vorliegenden Fall die richtige Klagebewilligung mittlerweile vom klägerischen Rechtsvertreter eingereicht wurde, käme es einer faktischen Rechtsverweigerung gleich, sich auf die fehlende Prozessvoraussetzung wegen verspäteter Einreichung der Klagebewilligung zu berufen und auf die Klage nicht einzutreten. Die Parteien und insbesondere die Klägerin durften über ein Jahr lang davon ausgehen, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen gegeben seien, weshalb nun ein Nichteintreten einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen würde. Im Moment der Urteilsberatung sind alle erforderlichen Prozessvoraussetzungen gegeben. Zwar ist die verspätete Einreichung der Klagebewilligung vorab auf das klägerische Verhalten zurückzuführen. Allerdings hat das Gericht erst spät – die beklagtische Seite gar nicht – bemerkt, dass die Klägerin eine falsche Klagebewilligung nachreichte. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, keinen Nichteintretensentscheid zu erlassen, sondern das Verfahren fortzuführen.

(...)

#### 4. Zahlungsausstand

(...)

4.6. Der klägerische Rechtsvertreter machte weiter geltend, es widerspreche krass Treu und Glauben, wenn der Beklagte einen offensichtlich völlig falschen, nicht geschuldeten Betrag abmahne, um dann kündigen zu können, wenn die Klägerin diesen Betrag nicht bezahle. Ein solches Vorgehen sei illoyal und widersprüchlich, die Kündigung sei daher missbräuchlich.

(...) Eine Zahlungsrückstandskündigung kann nur in ganz wenigen Ausnahmefällen missbräuchlich (treuwidrig i.S.v. Art. 271 f. OR) sein; eine Missbräuchlichkeit ist nicht leichthin anzunehmen (CHK-HEINRICH, Art. 257d N 13). So kann eine Zahlungsverzugskündigung beispielsweise gegen Treu und Glauben verstossen, wenn nur ein ganz minimaler Zahlungsrückstand besteht oder wenn der Vermieter die Kündigung ausspricht, bevor er Gewissheit darüber hat, dass der Mieter den geforderten Betrag schuldet (BGE 120 II 31 E. 4a). Die Treuwidrigkeit der ausserordentlichen Kündigung ist jeweils anhand der gesamten Umstände des Einzelfalls zu prüfen.

Im vorliegenden Fall ist kein Verstoss gegen Treu und Glauben ersichtlich. Der Beklagte irrte sich zwar über die Höhe des Zahlungsausstandes, ging aber in guten Treuen davon aus, dass dieser abgemahnte Zahlungsausstand korrekt sei. Soweit sich der klägerische Rechtsvertreter auf BGE 120 II 31 (Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: MRA 0/94 S. 30 ff.) beruft und erklärt, es handle sich um "einen absolut vergleichbaren Fall", ist ihm entgegenzuhalten, dass dem eben gerade nicht so ist: In diesem BGE ging es um eine bedingte Fristansetzung des Vermieters, die nur gelten sollte, wenn der Mieter nach Prüfung seiner geleisteten Zahlungen auch zum Ergebnis käme, mit dem abgemahnten Betrag im Rückstand zu sein. Der Vermieter drohte demnach die Kündigung an, bevor er über die rückständigen Beträge Gewissheit erlangt hatte, und forderte die Bezahlung eines wesentlich übersetzten Betrags (vgl. dazu die Kommentare in MRA 1/11 S. 39 sowie MRA 3/04 S. 91, welche sich ebenfalls auf den BGE beziehen). Dieses Vorgehen wertete das Bundesgericht als stossend und bestä-

tigte dies im Entscheid 4C.65/2003 vom 23. September 2003, E. 4a (Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: MRA 2/04 S. 60 ff.). BGE 120 II 31 kann sich jedoch nicht generell und grundsätzlich auf das Vorgehen gemäss Art. 257d OR in dem Sinne auswirken, dass jeder bezüglich Höhe falsch abgemahnte und mit einer Kündigungsandrohung verbundene Mietzinsrückstand bei nicht fristgemässer Zahlung zur Ungültigkeit der darauf gestützten Kündigung führt. Ist ein zu hoher Betrag abgemahnt, aber der wirklich ausstehende Betrag dennoch als nicht unbedeutend anzusehen, so ist bei nicht fristgemäßem Bezahlen auch die darauf gestützte Kündigung gültig. Das Bundesgericht beurteilte im Entscheid 4A\_366/2008 vom 25. November 2008 einen offen gebliebenen Betrag von Fr. 645.60 als nicht unbedeutend. Mithin handelt es sich beim vorliegenden Ausstand von Fr. 873.75 nicht um einen unbedeutenden Betrag, der überdies in etwa einer Monatsmiete entspricht."

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2014, 24. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8026 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber