

## **ZMP 2018 Nr. 8**

### **Art. 135 und 148 ZPO; Art. 245 f. i.V.m. Art. 223 und 234 ZPO. Überprüfung eines Arztzeugnisses betr. Verhandlungsunfähigkeit mittels Gutachten. Säumnisfolgen im vereinfachten Verfahren.**

*Für die Verschiebung eines Verhandlungstermins sind zureichende Gründe erforderlich. Solche liegen für gewöhnlich vor, wenn die betroffene Partei ein Arztzeugnis vorlegt, welches ihr für den Zeitraum des Termins Verhandlungsunfähigkeit bescheinigt. Ergeben sich am Zeugnis indessen Zweifel, kann das Gericht den Befund durch ein Gutachten überprüfen lassen (E. I.4).*

*Entgegen einem Teil der Lehre folgt aus Art. 223 ZPO kein allgemeines Prinzip, wonach die beklagte Partei auch im vereinfachten Verfahren stets eine zweite Chance bekommen muss. Versäumen die Parteien den Termin der Hauptverhandlung, richten sich die Folgen allein nach Art. 234 i.V.m. Art. 219 und 243 ff. ZPO. Art. 223 ZPO gelangt im vereinfachten Verfahren nur zur Anwendung, wenn das Gericht gestützt auf Art. 246 Abs. 2 ZPO einen Schriftenwechsel angeordnet hat (E. I.5).*

Aus dem Urteil des **Mietgerichts MG170026-L vom 1. März 2018** (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin Schenk):

"(...)

## **I. Prozessuales**

### *1. Unbestrittener Sachverhalt*

1.1 Mit Vertrag vom 24. Mai 2006 vermietete die Z. AG dem Beklagten 175 m<sup>2</sup> Praxisräume im 1. OG sowie 50 m<sup>2</sup> Archiv im 2. UG und die Parkreihen Nr. 4, 5, und 6 im Sockelgeschoss der Liegenschaft N.-strasse x in Zürich. Der Mietzins betrug brutto Fr. 7'183.35 pro Monat. Der Mietvertrag war kündbar sechsmonat-

lich im Voraus auf Ende März, Ende Juni und Ende September, jedoch frühestens auf Ende Juni 2007. (...)

1.2 Die Z. AG wurde am 23. Oktober 2007 mit der Z. Holding AG (nachfolgend Klägerin) fusioniert. Hierbei gingen die Aktiven und Passiven der Z. AG [durch Universalsukzession] auf die Klägerin über, sodass letztere Vermieterin aus dem Mietvertrag vom 24. Mai 2006 wurde.

## 2. *Prozessgeschichte*

2.1 Mit Eingabe vom 17. August 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin fristgerecht die vorliegende Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren sowie die Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde vom 11. Juli 2017 ein. Der mit Verfügung vom 21. August 2017 verlangte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'630.– ging fristgerecht beim Gericht ein. Mit Verfügung vom 28. August 2017 wurde dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zur Klage angesetzt. Diese Verfügung konnte dem Beklagten nicht zugestellt werden und wurde mit dem postalischen Vermerk "nicht abgeholt" dem Gericht retourniert. In der Folge wurden die Parteien am 6. Oktober 2017 zur Hauptverhandlung auf den 22. November 2017 vorgeladen.

2.2 An der Hauptverhandlung erstattete zunächst die Klägerin ihren Parteivortrag, wobei sie vollumfänglich auf ihre Klageschrift verwies. Im Anschluss und damit kurz nach Beginn der Hauptverhandlung verlangte der Beklagte sinngemäss die Verschiebung der Verhandlung und machte geltend, er leide an einem Migräneanfall. Nach längerer Debatte verliess er die Verhandlung. Zuvor verpflichtete ihn das Gericht, ein Arztzeugnis beizubringen, und behielt sich die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung seiner Verhandlungsfähigkeit vor, da der Beklagte nicht krank wirkte. Dabei wurde ihm eröffnet, dass er als unentschuldigt abwesend zu betrachten wäre, wenn er das verlangte Arztzeugnis nicht einreiche oder die vertrauensärztliche Untersuchung seine Verhandlungsfähigkeit ergebe. Im Anschluss daran wurden die Schlichtungsakten beigezogen, da

die Klägerin geltend gemacht hatte, der Beklagte habe schon das Schlichtungsverfahren mit angeblichen Krankheiten verzögert.

2.3 In der Folge reichte der Beklagte zwar ein Arztzeugnis ein, welches ihm Verhandlungsunfähigkeit bescheinigte. Aufgrund der bestehenden Verdachtsmomente wurde dennoch mit Verfügung vom 27. November 2017 eine ärztliche Untersuchung des Beklagten angeordnet und Dr. X. damit beauftragt. Diese Untersuchung wurde am 4. Dezember 2017 durchgeführt. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2017 erstattete Dr. X. sein Gutachten (act. 28-29). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2017 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme angesetzt. Die Klägerin verzichtete auf eine Stellungnahme und der Beklagte liess die Frist unbenutzt verstreichen.

### *3. Zuständigkeit und Verfahren*

Das Mietgericht Zürich ist als Einzelgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis, dem ein im Bezirk Zürich gelegenes Mietobjekt zugrunde liegt und beträgt der Streitwert weniger als Fr. 30'000.– (Art. 33 ZPO; § 21 i.V.m. § 26 GOG). Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO). Es beschränkt sich darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl., Art. 247 N 4). Die gerichtliche Untersuchungspflicht ersetzt die Mitwirkungspflicht der Parteien nicht (BGE 141 III 569 E. 2.3; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N 11).

### *4. Verschiebungsgesuch*

4.1 Aus zureichenden Gründen kann eine Partei die Verschiebung einer Verhandlung verlangen (Art. 135 lit. b ZPO). An das Vorliegen solcher Gründe wer-

den hohe Anforderungen gestellt, besonders im vereinfachten Verfahren, da hier ein verstärktes Beschleunigungsgebot gilt (Art. 246 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-BRÄNDLI/BÜHLER, Art. 135 N 15, 18; BK ZPO-FREI, Art. 135 N 7; KUKO ZPO-WEBER, 2. Aufl., Art. 135 N 4). Im Falle einer Krankheit ist für eine Verschiebung eine ärztlich attestierte Verhandlungsunfähigkeit erforderlich. Erachtet das Gericht den Verschiebungsgrund nicht als glaubhaft gemacht, fordert es den Gesuchsteller auf, den Verschiebungsgrund innert einer Nachfrist gehörig nachzuweisen (BSK ZPO-BRÄNDLI/BÜHLER, Art. 135 N 13; BK ZPO-FREI, Art. 135 N 10).

Nach Ablauf einer Frist oder Durchführung einer Verhandlung ist kein Gesuch um Verschiebung, sondern nur noch ein solches um Wiederherstellung im Sinne von Art. 148 ZPO denkbar (BSK ZPO-BRÄNDLI/BÜHLER, Art. 135 N 10; BK ZPO-FREI, Art. 135 N 3; STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 135 N 4). Die Anforderungen an eine Wiederherstellung sind strenger als jene an ein Verschiebungsgesuch nach Art. 135 ZPO (BK ZPO-FREI, Art. 148 N 11). Die Wiederherstellung nach Art. 148 ZPO setzt insbesondere voraus, dass die betreffende Partei glaubhaft macht, dass ihr die Wahrung einer Frist oder eines gerichtlichen Termins unmöglich war (BSK ZPO-GOZZI, Art. 148 N 9, 38). Die Partei darf sodann an der Unmöglichkeit der Terminwahrung kein oder nur ein leichtes Verschulden treffen (BSK-WILLISEGGER, Art. 234 N 15 und 29).

Im vorliegenden Fall ist von einem Verschiebungsgesuch des Beklagten auszugehen, denn er machte Verhandlungsunfähigkeit geltend, während die Hauptverhandlung noch im Gange war.

4.2 Der Beklagte erklärte anlässlich der Hauptverhandlung am 22. November 2017, dass er aufgrund eines akut auftretenden Migräneschubs verhandlungsunfähig sei. Er werde sogleich zu einem Neurologen gehen. Man habe in einem solchen Zustand vorwiegend hinter den Augen Kopfschmerzen, in der Mitte des Gesichtsfeldes beginne es zu flimmern und man sehe dann regenbogenartige, konzentrische Kreise, welcher grösser und grösser würden. Als Gründe für den angeblichen Migräneanfall gab der Beklagte an, er habe sich auf der Fahrt zur

Hauptverhandlung über die Kündigung seiner Praxis aufgeregt; vielleicht sei auch Föhnwetter. Vor einigen Wochen sei er zudem von jemandem niedergeschlagen worden. Nach längerer Debatte mit dem Einzelrichter, die inklusive der Gespräche ausserhalb des Gerichtssaals rund eine halbe Stunde gedauert hatte und bei welcher dem Beklagten vorgehalten worden war, er wirke nicht krank, verliess der Beklagte das Gericht, sicherte aber zu, seinen Neurologen Dr. Y aufzusuchen. Tatsächlich stellte Dr. Y. dem Beklagten noch gleichentags ein ärztliches Zeugnis aus, welches ihm aus gesundheitlichen Gründen am 22. November 2017 Verhandlungsunfähigkeit bescheinigte. Dieses Zeugnis enthielt aber weder die genauen Gründe für die Verhandlungsunfähigkeit noch den vom Gericht explizit verlangten Hinweis auf Art. 318 StGB.

Die darauf vom Gericht angeordnete vertrauensärztliche Untersuchung des Beklagten durch Dr. X. ergab, dass kaum Zweifel an der grundsätzlichen Verhandlungsfähigkeit des Beklagten beständen, habe dieser doch während einer halben Stunde vor Gericht konzis Auskunft geben und seinen Standpunkt vertreten können. Womöglich habe Dr. Y. zu wenig Zeit für vertiefte Abklärungen gehabt. Vielfach setzten behandelnde Ärzte Arbeitsunfähigkeit mit Verhandlungsunfähigkeit gleich und hätten – auch mit Blick auf eine erfolgreiche Behandlung – die Tendenz, ihren Patienten bezüglich geklagten Symptomen uneingeschränkt zu glauben. Die vom Beklagten geschilderten Migränesymptome seien nicht objektivierbar, weil die Migränediagnose über die Angaben des Patienten gestellt worden sei. Üblicherweise äussere sich die Migräne durch streng halbseitige Schmerzen mit Übelkeit, Lärm- und Lichtempfindlichkeit. Für die Zukunft sei mit weiteren kurzfristigen Absenzen eigentlich nicht zu rechnen.

Aus dem Gutachten von Dr. X. ergibt sich klar, dass der Beklagte die von ihm geltend gemachte Verhandlungsunfähigkeit nur vorgeschoben hat. Dies deckt sich mit dem Eindruck des Gerichts bei und nach der Verhandlung vom 22. November 2017: Wer in der Lage ist, eine halbe Stunde lang ein Gespräch zu führen und seinen Standpunkt bezüglich eines Verschiebungsgesuchs zu vertreten, und dabei auch ausführlich Nebensächliches zur Sprache bringt, leidet jedenfalls nicht

an einer Krankheit, die ihn verhandlungsunfähig macht. Hinzu kommt, dass der Beklagte laut seiner eigenen Darstellung öfter Migräneattacken erleidet, die u.a. durch Konfrontation mit emotionsauslösenden Ereignissen wie der Kündigung seiner Praxisräume ausgelöst werden könnten. Als Arzt waren allfällige Beschwerden für ihn daher voraussehbar und es erweist sich als unverständlich, dass er der entsprechenden Gefahr nicht durch die Einnahme von geeigneter Medikation begegnete, wie dies auch der Gutachter in einer Empfehlung festhielt.

Damit ist das Verschiebungsgesuch des Beklagten abzuweisen.

Für den Fall, dass die Einreichung des Arztzeugnisses im Widerspruch zur hier vertretenen Auffassung als sinngemässes Wiederherstellungsgesuch zu behandeln wäre, wäre ein solches erst recht unbegründet.

## *5. Säumnis und Säumnisfolgen*

5.1 Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht rechtzeitig erscheint (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Für die Säumnis bei einer Hauptverhandlung im Sinne von Art. 234 i.V.m. Art. 219 und 245 ZPO wird die gehörige Vorladung sowie das Fernbleiben einer Partei vorausgesetzt. Eine Vorladung ist korrekt, wenn sie den entsprechenden Inhalt gemäss Art. 133 ZPO – insbesondere die Androhung der Säumnisfolgen – enthält und mindestens zehn Tage vor dem Erscheinungstermin versandt wurde, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 134 ZPO).

Teilweise wird in der Lehre für das vereinfachte Verfahren gefordert, eine unentschuldigt abwesende beklagte Partei sei zu einem zweiten Termin vorzuladen. Zur Begründung wird angeführt, im ordentlichen Verfahren erhalte die beklagte Partei eine zweite Chance, wenn sie die schriftliche Klageantwort versäume, denn Art. 223 ZPO sehe in solchen Fällen die Ansetzung einer Nachfrist vor. Die Vertreter dieser Auffassung verlangen konsequenterweise auch die Ansetzung einer Nachfrist, wenn bei einer schriftlich begründeten Klage im vereinfachten Verfahren die beklagte Partei keine schriftliche Stellungnahme einreicht (z.B. BSK ZPO-MAZAN, Art. 245 N 15 und 19). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Das verein-

fachte Verfahren ist bewusst einfacher gestaltet als das ordentliche. Daraus erklärt sich auch der grundsätzliche Verzicht auf einen Schriftenwechsel vor der Hauptverhandlung. Die zitierte Lehrmeinung beachtet zu wenig, dass ein durchgehendes "Prinzip der zweiten Chance" das Anliegen eines beschleunigten Verfahrensablaufs durchkreuzen würde, welches ganz besonders in der Anweisung an das Gericht zum Ausdruck kommt, die Streitsache nach Möglichkeit in einem einzigen Termin zu einem Ende zu führen (Art. 246 Abs. 1 ZPO). Die Vertreter der genannten Ansicht weichen auch vom Wortlaut und der Systematik des Gesetzes ab, denn eine schriftliche Stellungnahme im vereinfachten Verfahren entspricht gerade nicht einer (vollständigen) Klageantwort. Zudem ordnet Art. 219 ZPO klar an, dass die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für die übrigen Verfahrensarten sinngemäss zur Anwendung kommen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Dies verbietet es, Säumnisfolgen in Zusammenhang mit dem Schriftenwechsel im ordentlichen Verfahren auf die Hauptverhandlung im vereinfachten Verfahren zu übertragen. Vielmehr richten sich die Säumnisfolgen hier allein nach Art. 234 i.V.m. Art. 219 und 245 ZPO (zutreffend BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 223 N 28 und Art. 234 N 40).

Die Nichtbeachtung einer Frist oder eines Termins hat zur Folge, dass die betreffende Partei von der versäumten prozessualen Handlung ausgeschlossen wird (Präklusivwirkung). So kann das Gericht eine korrekt anberaumte Verhandlung trotz Fernbleibens einer Partei durchführen. Zudem kann das Gericht die Akten sowie die unbestrittenen Vorbringen der anwesenden Partei seinem Entscheid zugrunde legen, soweit dem nicht die eingeschränkte Untersuchungsmaxime entgegensteht (Art. 234 ZPO i.V.m. Art. 219 und Art. 245 ZPO; Art. 153 Abs. 2 i.V.m. Art. 247 ZPO). Auch im Bereich derselben liegt die gerichtliche Hilfestellung als Folge der Mitwirkungsobliegenheit der Parteien (BGE 125 III 231 E. 4a; BGE 141 III 569 E. 2.3) nur noch darin, dass das Gericht auf die Akten abstellen kann. Dabei hat es auch Tatsachen beziehungsweise Umstände zu berücksichtigen, die sich im Laufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen haben (BGE 107 II 233 E. 2b). Darüber hinaus braucht es – ausser bei ernsthaften Zweifeln an der Darstellung der anwesenden Partei –

keine eigenen Untersuchungen anzustellen, zumal die säumige Partei ihre Mitwirkungspflicht durch Ausbleiben am Termin verletzt und es dadurch auch verschuldet, dass das Gericht sie nicht zur vollständigen Darstellung ihres Standpunkts und zu entsprechenden Beweisofferten anhalten kann (Urteil des Bundesgerichts 4A\_360/2015 vom 12. November 2015 E. 4.2).

5.2 Im vorliegenden Fall wurde der Beklagte korrekt und unter Hinweis auf die Säumnisfolgen zur Hauptverhandlung vorgeladen. Auch an der Verhandlung selbst wurde er auf die Säumnisfolgen aufmerksam gemacht. Nach dem Gesagten erweist sich das Verlassen der Hauptverhandlung als unentschuldigt, so dass die Hauptverhandlung androhungsgemäss als durchgeführt gilt. Da sich der Beklagte zu den Vorbringen der Klägerin nicht äusserte, blieben diese unbestritten. Somit können grundsätzlich deren Tatsachenbehauptungen sowie die im Recht liegenden Akten dem Entscheid zugrunde gelegt werden, soweit dem nicht die eingeschränkte Untersuchungsmaxime entgegensteht und sich der Fall als spruchreif erweist (dazu BSK ZPO-STECK/BRUNNER, Art. 236 N 12 f.).

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2018, 28. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident