

# ZH\_OBERGERICHT PD190015 vom 30. August 2019

ZH Obergericht, 2019-08-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PD190015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PD190015)

FR: ZH\_OBERGERICHT PD190015 du 30 août 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT PD190015 del 30 agosto 2019

## Erwägungen

### E. 2

Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die für den 2. September 2019 ausgestellte Vorladung der Schlichtungsstelle vom 28. Juni 2019 (Geschäfts-Nr. MM190046- C) sei abzunehmen.

#### E. 2.1

Das Gericht bzw. die Schlichtungsbehörde leitet den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO). Eine Verfügung, die sich – wie die hier angefochtene – nicht auf den Streitgegenstand an sich bezieht und sich nicht zur Begründetheit der Klage äussert, betrifft die Prozessleitung im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO (vgl. BGer 4A\_105/2016 vom 13. September 2016, E. 3.4.1; BGer 5D\_160/2014 vom 26. Januar 2015, E. 2.3 je m.w.H.). Sie ist folglich nur dann beschwerdefähig, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO), wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) oder wenn die darin getroffenen Anordnungen einen Fall von Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung darstellen (vgl. Art. 319 lit. c ZPO). Da Ersteres und Letzteres hier nicht gegeben ist und die Mieterin anderes auch nicht geltend macht, muss der Mieterin aufgrund der Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung am 2. September 2019 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen.

- 4 - Der Entscheid, ob unter den konkret dargelegten Umständen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (ZK ZPO-FREIBURGHAUS/ AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 319 N 13). Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil muss nach der Praxis der Kammer, welche der herrschenden Lehre entspricht, nicht zwingend rechtlicher Natur sein, sondern es kann unter Umständen auch ein bloss tatsächlicher Nachteil genügen. Vorausgesetzt ist aber auf jeden Fall die Erheblichkeit des geltend gemachten Nachteils (ZK ZPO- FREIBURGHAUS/AFHELDT, a.a.O., Art. 319 N 15; BLICKENSTORFER, DIKE- Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 319 N 39). Bei der Annahme eines solchen Nachteils ist grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7377). Ist das Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht von vornherein offenkundig, hat die Beschwerde führende Partei deren Vorliegen darzutun, d.h. sie ist behauptungs- und beweispflichtig. Fehlt diese Rechtsmittelvoraussetzung, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. OGer ZH PC140011 vom 7. April 2014, E. II./2.1;

PC140001 vom 3. Juli 2014, E. II./3 je m.w.H.).

## **E. 2.2**

Die Mieterin begründet den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil damit, in BGE 137 III 380 ff., E. 1.2.4 habe das Bundesgericht namentlich festgehalten, wenn die Einigungsverhandlung ausfalle, könne sie nicht nachgeholt werden. Dann müssten Angelegenheiten, welche Gegenstand der Einigungsverhandlung bilden würden, allenfalls in anderem Zusammenhang behandelt werden. Selbst wenn die Möglichkeit bestehen sollte, die übergangenen Verfahrensinhalte in einer anderen Prozessphase nachzuholen, ändere dies aber nichts daran, dass in womöglich rechtswidriger Weise ein Prozessabschnitt übersprungen worden sei (vgl. act. 2 Rz. 33).

- 5 - Die Rechtsprechung in BGE 137 III 380 ff. kann zur Begründung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils der Mieterin nicht herangezogen werden. Zum einen äusserte sich das Bundesgericht darin ausschliesslich dazu, ob die Nichtdurchführung einer Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil im Scheidungsverfahren bewirken kann. Zum anderen kommt die Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung vom 2. September 2019 – entgegen der Mieterin – nicht deren Ausfall gleich. Die Parteien sind von der Vorinstanz zu dieser Verhandlung vorgeladen (vgl. act. 3) und diese Vorladung wurde den Parteien bis dato nicht abgenommen. Von einem Überspringen eines Prozessabschnitts kann daher nicht die Rede sein. Die Frage kann demnach nur sein, ob der Mieterin aufgrund der Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

## **E. 2.3**

Nach Art. 197 ZPO geht dem Entscheidverfahren – abgesehen von bestimmten Ausnahmefällen (vgl. Art. 198 f. ZPO) – ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Die Schlichtungsbehörde versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen, wobei auch ausserhalb des Verfahrens liegende Streitfragen einbezogen werden können (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Die Parteien müssen deshalb persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen (vgl. Art. 204 Abs. 1 ZPO). Der Zweck der Pflicht zum persönlichen Erscheinen besteht darin, ein persönliches Gespräch zwischen den Parteien vor der allfälligen Klageeinreichung zu ermöglichen (vgl. BGE 140 III 70 ff., E. 4.3). Die Zivilprozessordnung sieht jedoch in bestimmten Fällen die Möglichkeit vor, sich vertreten zu lassen (vgl. Art. 204 Abs. 3 ZPO). Die Möglichkeiten, sich gemäss Art. 204 Abs. 3 ZPO vertreten zu lassen, d.h. nicht persönlich zu erscheinen, sind deutlich weiter gefasst als die Ausnahmen von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen in einer scheidungsrechtlichen Einigungsverhandlung (Art. 278 i.V.m. Art. 291 ZPO; DOLGE, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 278 N 3). Nimmt eine Partei aufgrund des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 204 Abs. 3 lit. a-c ZPO nicht an der Verhandlung teil, hat sie sich vertreten zu lassen; tut sie das nicht, gilt sie

- 6 - im Sinne von Art. 206 ZPO als säumig (vgl. ZK ZPO-HONEGGER, 3. Aufl. 2016, Art. 206 N 1; EGLI, in: DIKE-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 204 N 15; OFK ZPO-MÖHLER, 2. Aufl. 2015, Art. 206 N 1). Auch ist die Gegenpartei vorgängig über die Vertretung zu informieren (vgl. Art. 204 Abs. 2 ZPO). Kommt auch die Vertretung der dispensierten Partei nicht zur Verhandlung, ist sie säumig und es wird so verfahren, wie wenn keine Einigung zustande gekommen wäre (vgl. Art. 206 Abs. 2 i.V.m. Art. 209-212

ZPO). Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (Kündigungsschutz) kann die Schlichtungsbehörde bei Säumnis des beklagten Vermieters entweder zunächst einen Urteilsvorschlag unterbreiten (vgl. Art. 210 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 211 Abs. 1 und 2 lit. a ZPO). Dieser hätte bei Ablehnung die Ausstellung der Klagebewilligung an die ablehnende Partei zur Folge. Oder die Schlichtungsbehörde kann der Mieterin direkt die Klagebewilligung ausstellen (vgl. Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Artikel 204 und 206 der Zivilprozessordnung regeln das Erscheinen vor der Schlichtungsstelle und die Folgen einer Säumnis (auch für die Verfahren vor der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen) abschliessend (vgl. BGer 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.3). Es ist der Mieterin zwar darin zuzustimmen (vgl. act. 2 Rz. 18 ff.), dass es die ratio legis des Artikels 204 der Zivilprozessordnung bzw. des Grundsatzes des persönlichen Erscheinens ist, ein persönliches Gespräch zwischen den Parteien zu ermöglichen und zwar vor der allfälligen Klageeinreichung. Für den Fall des blossen Nicht-persönlich-Erscheinens der beklagten Partei zur Schlichtungsverhandlung sehen die Artikel 204 und 206 der Zivilprozessordnung jedoch keine Vollstreckungsmassnahmen oder über die Säumnis hinausgehenden "Sanktionen" vor, und solche sind in der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung (vgl. act. 3) auch nicht angedroht worden. Zum einen fehlt es somit an einem durchsetzbaren Anspruch der Mieterin auf das Führen eines persönlichen Gesprächs mit dem Vermieter an der Schlichtungsverhandlung. Zum anderen ist nicht ersichtlich, inwiefern der Mieterin durch die Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung ein erheblicher Nachteil drohen soll, der ihr ohne Dispensation des Vermieters nicht drohte. Zum einen steht es auch einem dispensierten Vermieter grundsätzlich frei, dennoch an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen. Zum anderen kann sich ein Vermieter

- 7 - faktisch und unabhängig von der Frage, ob er dispensiert wurde und ob dies zu Recht oder zu Unrecht erfolgte, einem persönlichen Gespräch im Rahmen des Schlichtungsverfahrens (oder im übrigen auch im Rahmen eines allfälligen Gerichtsverfahrens) mit der Mieterin entziehen. Auf die Frage, ob es in der Situation der Parteien und mit Blick auf allfällige künftige Gerichtsprozesse sinnvoll erscheint, kein persönliches Gespräch – im Rahmen eines Verfahrens oder ausserhalb eines solchen – miteinander zu führen, muss an dieser Stelle nicht eingegangen werden, zumal die Parteien (wie gesehen) von der Vorinstanz ordnungsgemäss zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen wurden.

#### **E. 2.4**

Da nach dem Gesagten nicht ersichtlich ist, inwiefern die Mieterin aufgrund der Dispensation des Vermieters vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung vom 2. September 2019 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, ist auf die Beschwerde der Mieterin nicht einzutreten. Es bleibt bei der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung vom 2. September 2019.

#### **E. 2.5**

Mit dem Endentscheid werden die prozessualen Anträge der Mieterin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Abnahme der Vorladung gegenstandslos, soweit die Kammer zu deren Beurteilung überhaupt zuständig gewesen wäre.

#### **E. 3**

Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

### **E. 3.1**

Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen werden im Schlichtungsverfahren keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen (Art. 113 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ZPO). Das gilt gemäss Rechtsprechung der Kammer auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. etwa OGer ZH PD110005 vom 23. Juni 2011 E. 2; PD110010 vom 31. Oktober 2011 E. 4a).

### **E. 3.2**

Die Mieterin stellt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsbeistandung (für das Beschwerdeverfahren) und beantragt eine Parteientschädigung (vgl. act. 2 S. 2). Da im Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten erhoben werden und die Beschwerdeführerin ausgangsgemäss unterliegt, ist ihr Gesuch insoweit gegenstandslos.

- 8 -

### **E. 3.3**

Soweit die Mieterin die Bestellung von Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren beantragt, ist ihr Gesuch nach dem Gesagten insoweit wegen fehlender Nichtaussichtslosigkeit abzuweisen. Es wird beschlossen:

### **E. 4**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten des Beschwerdegegners." 1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 7/1-8). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort wird verzichtet (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.