

**ZMP 2018 Nr. 13**

**Art. 273 OR; Art. 210 Abs. 1 lit. b und Art. 211 Abs. 3 ZPO; Art. 98 und 101 ZPO; Art. 53 und 56 ZPO. Kündigungsschutz. Schicksal des Urteilsvorschlags, wenn der ablehnende Vermieter zwar Klage einreicht, aber den Kostenvorschuss nicht leistet. Actio duplex. Recht der Gegenpartei, eigene Anträge zu formulieren. Rechtliches Gehör. Gerichtliche Fragepflicht.**

*Gelangt die ablehnende Partei in einem Kündigungsschutzverfahren betreffend Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen nach Ausstellung der Klagebewilligung an das Gericht, verliert der Urteilsvorschlag grundsätzlich seine Wirkungen. Bezahlte die klagende Partei anschliessend den Kostenvorschuss nicht, bedeutet dies aber zugleich, dass die klagende Partei keine wirksame Klage erhoben hat, so dass es dennoch beim Urteilsvorschlag sein Bewenden hat. Solange das Gerichtsverfahren läuft, kann die beklagte Seite eigene Anträge stellen, insbesondere auch ihren über den Urteilsvorschlag hinausgehenden Standpunkt aus dem Schlichtungsverfahren erneut einnehmen. Sie braucht dazu keine Widerklage zu erheben. Unbeachtlich sind aber unklare Eingaben der beklagten Seite, wenn diese trotz gerichtlichen Hinweises keinen klaren, auf das Kündigungsschutzverfahren bezogenen Antrag stellt.*

Aus dem Beschluss des **Mietgerichts MB180020-L** vom **11. Oktober 2018** (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Gerber, Heusser; Gerichtsschreiberin Ursprung):

*[Ausgangslage: Der Beklagte hatte vom Kläger ein möbliertes Zimmer (unter-) gemietet. Der Kläger kündigte den Vertrag am 25. März 2018 per 30. April 2018 und warf dem Beklagten vor, zur Finanzierung seiner Sucht aus der Wohnung heraus Drogenhandel betrieben zu haben. Als Bestätigung für die Zustellung der Kündigung fertigte der Kläger von einer Postquittung für einen eingeschriebenen Brief ein Foto an, welches er im anschliessenden Verfahren verwendete. Ausgerechnet das Aufgabedatum war aber vom Daumen des Klägers verdeckt. Nach*

dem Kündigungstermin verweigerte der Kläger dem Beklagten den Zutritt zur Wohnung. Kurz danach wurde der Beklagte verhaftet. Mit Eingabe vom 24. Mai 2017 focht der Beklagte die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde an und verlangte die Feststellung der Nichtigkeit, eventuell die Aufhebung der Kündigung und subeventuell eine maximale Erstreckung des Mietverhältnisses. Nach Erhalt der Verfahrensanzeige der Schlichtungsbehörde im Prozess MM180418-L kündigte der Kläger mit einer Eingabe an die Behörde Forderungen gegen den Beklagten an. Die Schlichtungsbehörde eröffnete darüber ein zweites Verfahren (MK180460-L). Am 29. Juni 2018 fand in beiden Verfahren gleichzeitig die Schlichtungsverhandlung statt, die nicht zu einer Einigung führte. Darauf stellte die Behörde dem Kläger im Forderungsverfahren MK180460-L die Klagebewilligung aus. Im Kündigungsschutzverfahren erliess sie am gleichen Tag einen Urteilsvorschlag, mit welchem sie die Kündigung für gültig erklärte und das Mietverhältnis einmalig und definitiv bis 30. Juni 2019 erstreckte. Der Untervermieter lehnte den Urteilsvorschlag ab und erhielt darauf am 18. Juli 2018 auch im Kündigungsschutzverfahren die Klagebewilligung. Darauf gelangte er in beiden Fällen ans Mietgericht, leistete aber die von ihm verlangten Kostenvorschüsse nicht. Während der beiden Gerichtsverfahren reichte der Beklagte durch einen Bekannten eine Eingabe ein, in welcher er mitteilte, er wolle "Klage" erheben, und geltend machte, die Schlichtungsbehörde habe ihm "im Umfang von geschätzten Fr. 8'800.– Recht" gegeben (wie geschildert, liess sich den Schlichtungsakten nichts Derartiges entnehmen). Einen Antrag formulierte er nicht und gab auch nicht an, ob er sich auf das Forderungs- oder das Kündigungsschutzverfahren bezog. Mit den Verfügungen, mit welcher dem Kläger Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt wurde, wurde der Beklagte zur Klarstellung angehalten. Während der Kläger die Vorschüsse weiterhin nicht leistete, unterliess der Beklagte die Klarstellung. Im Forderungsverfahren, das beim Mietgericht unter der Nummer MG180028-L geführt wurde, erging darauf am 11. Oktober 2018 ein Nichteintretensentscheid. Der publizierte Beschluss betrifft das Schicksal des Kündigungsschutzprozesses.]

" (...)

I.

(...)

2. Der Kläger reichte am 19. August 2018 (Poststempel) fristgerecht die vorliegende Klage sowie die ihm am 23. Juli 2018 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde Zürich vom 18. Juli 2018 ein. Mit Beschluss vom 22. August 2018 wurden die Doppel der vorerwähnten Klage samt Beilagen dem Beklagten zugestellt und der Kläger aufgefordert, binnen 10 Tagen einen Kostenvorschuss von Fr. 3'630.– zu leisten. Da innert Frist keine entsprechende Zahlung einging, wurde dem Kläger mit Präsidialverfügung vom 17. September 2018 eine Nachfrist von 10 Tagen eingeräumt, dies unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde. Auch diese Frist liess der Kläger ungenutzt verstreichen.

3. Wird ein Prozesskostenvorschuss auch innert der angesetzten Nachfrist nicht geleistet, so tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Auf die Klage ist daher androhungsgemäss nicht einzutreten. Zu prüfen ist, welche Bedeutung dem abgelehnten Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde vom 29. Juni 2018 zukommt, wenn die ablehnende Partei den Kostenvorschuss (...) nicht leistet.

4. Gemäss einem Teil der Lehre wird der Urteilsvorschlag bei Kündigungsverfahren rechtskräftig, wenn die den Urteilsvorschlag ablehnende Partei später die Klage beim (Miet-)Gericht zurückzieht (THANEI, in: mp 4/09, S. 193 f.; HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Bern 2009, S. 124). RICKLI differenziert hinsichtlich der Rechtsfolgen [des Rückzugs] dahingehend, ob die Klage der Gegenpartei bereits zugestellt und damit die Fortführungslast gemäss Art. 65 ZPO eingetreten ist (DIKE-Komm-RICKLI, Art. 211 N 18 ff.): Solange noch keine Fortführungslast besteht, wächst [dieser Auffassung zufolge] infolge des Klage-

rückzugs der Urteilsvorschlag in Rechtskraft, da ansonsten die Bestimmungen über den Urteilsvorschlag in missbräuchlicher Weise umgangen werden könnten. Nach Eintritt der Fortführungslast zeitigt ein Klagerückzug hingegen analog zu Art. 65 ZPO die Wirkung, dass auf die Geltendmachung der eingeklagten Ansprüche verzichtet wird. Sofern die Schlichtungsbehörde in einem Kündigungsschutzverfahren die Anfechtungsklage der mietenden Partei mit Urteilsvorschlag gutheisst bzw. Erstreckung gewährt und die vermietende Partei den Urteilsvorschlag ablehnt und Klage erhebt und [diese] wieder zurückzieht, fingiert die ZPO also gemäss RICKLI letztlich einen Verzicht auf den Anspruch des Vermieters, die Kündigung durchzusetzen. Angesichts des Umstands, dass es – wenn von Fällen der Bedürftigkeit abgesehen wird – im Belieben des Klägers steht, den verfügten Kostenvorschuss zu leisten oder nicht, könnte man sich fragen, ob auch die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses als Klagerückzug zu behandeln ist. Stellt das Gericht die Klage allerdings von sich aus vorab zur Antwort zu – und nur in diesem Fall stellt sich die Frage überhaupt –, rechtfertigt sich indessen eine Behandlung der Nichtleistung des Kostenvorschusses als Rückzug mit materieller Rechtskraftwirkung nicht (BGE 140 III 159 E. 4.2.2). Infolgedessen wäre in dieser speziellen Konstellation trotz an sich bestehender Fortführungslast gemäss Art. 65 ZPO einstweilen davon auszugehen, dass der Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde in Rechtskraft erwächst.

Vorliegend stellt sich jedoch zusätzlich die Frage, wie mit dem "Klage"-Schreiben des Beklagten umzugehen ist. Dies ist davon abhängig, ob die mit dem Urteilsvorschlag einverständene Partei im Gerichtsverfahren ihre ursprünglichen Anträge wieder stellen kann, wenn in den Fällen von Art. 211 Abs. 3 ZPO nur die Gegenseite von der Klagebewilligung Gebrauch macht, mithin ob die Klage eine *actio duplex* darstellt (so HEDIGER, mp/13, S. 8; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT, Art. 211 N 4). Das Bundesgericht hat unter altem Recht die Frage zwar grundsätzlich bejaht und dazu festgehalten, auch wer nicht selber geklagt habe, könne im Rahmen der Klageantwort oder einer Widerklage seine ursprünglichen Anträge wieder stellen (BGE 135 III 253 E. 2.4 = Pra 2009 Nr. 110; BGE 136 III 90 E. 2.2 =

Pra 2010 Nr. 99). Allerdings hat es in einem früheren Entscheid die Figur der actio duplex abgelehnt und in einem Kündigungsschutzverfahren eine von den Vorinstanzen nach einem Klagerückzug des Vermieters vorgenommene Abschreibung des Verfahrens gebilligt, obwohl der Mieter kurz nach dem Rückzug eigene Anträge formuliert hatte. Es erwog, zwar könne die beklagte Partei im Rahmen einer Widerklage oder auch nur der Klageantwort eigene Anträge stellen. Dieses Recht wahre sie sich aber nur, wenn sie selber rechtzeitig an das Gericht gelange (BGer, 7.3.2006, 4C.367/2005, E. 2; unkommentiert wiedergegeben in BGE 135 III 253 E. 2.3).

In casu kann dies jedoch offen bleiben. Zwar hat der Beklagte mit Schreiben vom 17. August 2018 (Datum Poststempel) erklärt, er wolle "Klage" erheben, habe er doch vor der Schlichtungsbehörde im Umfang von geschätzten Fr. 8'800.– Recht erhalten und die Gegenpartei sei auch deshalb unterlegen, weil sie den tatsächlichen Sachverhalt zu verschleiern versucht habe; zudem sei eine Anzeige bei der Polizei wegen Diebstahls noch hängig. In einem weiteren Schreiben vom 6. September 2018 führte der Beklagte aus, in den eingereichten Unterlagen des Klägers hagle es Unwahrheiten, wobei er davon ausgehe, dass das meiste für das "Urteil des rechtswidrigen Rauswurfs aus der Bleibe" nicht relevant sei. Es benötige jedoch der Klarstellung. In einem dritten Schreiben vom 27. September 2018 bat der Beklagte um Klarstellung, was nach Nichtbezahlung des Kostenvorschusses durch den Kläger geschehen werde. Was genau der Beklagte beantragt bzw. inwieweit er mit dem Urteilsvorschlag, den er [bei der Post] nicht einmal abgeholt hat, nicht einverstanden sein soll, erklärte er jedoch zu keinem Zeitpunkt derart schlüssig, um daraus eigene Anträge oder eine Widerklage ableiten zu können. Insgesamt erwecken seine Eingaben eher den Eindruck, dass er der parallel zur vorliegenden Klage eingereichten Forderungsklage des Klägers (MG180028-L) eigene Forderungen gegenüberstellen will. Erläutert hat er diese trotz gerichtlichen Hinweises nicht. Infolgedessen bleibt es dabei, dass der Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich vom 29. Juni 2018 als anerkannt gilt und die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheides hat (Art. 211

Abs. 3 ZPO). Soweit der Beklagte darüber hinausgehende und nicht mit dem Kündigungsschutzverfahren zusammenhängende Forderungen geltend machen will, hat er ein erneutes Schlichtungsverfahren einzuleiten. (...)"

**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