

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD180004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 3. April 2018

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Beschwerdeführer,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

C._____ **AG**,

Beklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Erstreckung des Mietverhältnisses / Ausweisung / unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 26. Februar 2018 (MF170001)

Erwägungen:

I.

1. Am 28. Juni 2016 schlossen A._____ und B._____ (Kläger und Beschwerdeführer 1 und 2; nachfolgend Mieter) mit der C._____ AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin; nachfolgend Vermieterin) einen Mietvertrag für die befristete Zeit vom 1. Juli 2016 bis 31. Dezember 2016 ab (act. 7/4/1 = act. 37/4). Im Mietvertrag fand sich unter anderem die folgende Klausel:

"Erstreckungsausschluss: Dieser Mietvertrag wird ausdrücklich nur für die befristete Zeit vom 01.07.2016 bis 31.12.2016 abgeschlossen. Dadurch ist jegliche Erstreckung des Mietverhältnisses ausgeschlossen. (Art. 272a Abs. 1 lit. d OR)"

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 teilte die Vermieterin den Mietern mit, die Auszugsfrist aus der Wohnung um drei Monate bis am 31. März 2017 zu verlängern (act. 7/4/3). Am 4. April 2017 schlossen die Mieter mit der Vermieterin eine "Vereinbarung betreffend Auszugsfrist", gemäss welcher Letztere den Mietern eine allerletzte Auszugsfrist für die Wohnung bis zum 30. Juni 2017 einräumte (act. 7/4/2). Am 19. Mai 2017 machten die Mieter ein Verfahren bei der Schlichtungsbehörde betreffend Erstreckung anhängig (act. 4), am 26. Juni 2017 die Vermieterin ein solches betreffend Ausweisung (act. 7/3). Nachdem in beiden Verfahren anlässlich der Schlichtungsverhandlungen am 14. Juli 2017 keine Einigung erzielt werden konnte, wurde den Mietern und der Vermieterin je die Klagebewilligung erteilt (act. 4 u. act. 7/3).

Am 4. August 2017 reichte die Vermieterin beim Einzelgericht in Mietsachen des Bezirksgerichtes Meilen (nachfolgend: Vorinstanz) Klage auf Ausweisung der Mieter ein (act. 7/1). Am 12. September 2017 reichten die Mieter bei der Vorinstanz Klage auf Erstreckung des Mietverhältnisses ein und stellten das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (act. 1). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 wurden die beiden Verfahren vereinigt und die Mieter aufgefordert, ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu ergänzen (act. 6). Am 14. November 2017 ging die Ergän-

zung des Gesuchs innert erstreckter Frist bei der Vorinstanz ein (act. 11 und act. 12). Mittels Verfügung vom 16. November 2017 setzte die Vorinstanz den Mietern Nachfrist, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hinsichtlich der fehlenden Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens zu ergänzen (act. 14). Innert erstreckter Frist ging die Ergänzung am 8. Dezember 2017 (Datum Poststempel) bei der Vorinstanz ein (act. 17).

2. Am 12. Dezember 2017 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. Vi. S. 7 ff.). Zu Beginn der Verhandlung teilte die Richterin mit, sie beurteile das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als aussichtslos, weshalb dieses abzuweisen sei (vgl. Protokollnotiz Prot. Vi. S. 7 f.). Im Nachgang an die Verhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich, welchen sie der Vorinstanz einreichten (act. 26 f.). Das Verfahren wurde mit Verfügung vom 26. Februar 2018 als durch Vergleich erledigt abgeschlossen. Weiter wurde Folgendes verfügt (act. 28 = act. 33 = act. 35 S. 8):

" 1.–3. ...

4. Das Gesuch der Kläger 1 und 2 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie der Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ wird abgewiesen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'500.–.
6. Die Gerichtskosten werden den Klägern 1 und 2 unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Kläger 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten CHF 1'500.– zu ersetzen.

7.–9. ..."

3. Dagegen erhoben die Mieter am 9. März 2018 rechtzeitig Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (act. 34; vgl. zu Rechtzeitigkeit: act. 29/1).

" 1. Ziff. 4. der Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen, Miet-Einzelgericht, vom 26. Februar 2018 sei aufzuheben und es sei der vor erster Instanz gestellte prozessuale Antrag der Kläger und Beschwerdeführer vollumfänglich gutzuheissen, welcher lautet:

- '1. Den Gesuchstellern und Klägern sei die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 ZPO für das erstinstanzliche Verfahren zu bewilligen, und es sei ihnen in der Person des Unterzeichnenden [Rechtsan-

walt Dr. iur. X. _____] ein unentgeltlicher Rechtsbeistand im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO zu bestimmen.

2. Das Gesuch sei mit Wirkung ab Zustellung der Klagebewilligung (20.7.2017) zu bewilligen.'
2. Ziff. 5. und 6. der Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen, Miet-Einzelgericht, vom 26. Februar 2018 seien aufzuheben, und es seien die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen und der Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren, der C. _____ AG, der einverlangte Vorschuss vollumfänglich zurückzuerstatten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen nebst 7,7% Zins zu Lasten der Staatskasse."
4. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1–31). Beim Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich um ein Verfahren zwischen den Mietern und dem Staat. Dem Vermieter, der im Hauptsachenprozess Beklagter ist, kommt im Verfahren betreffend unentgeltlicher Rechtspflege keine Parteistellung zu (vgl. BGer 5A_381/2013 E. 3.2 m.w.H., BGE 139 III 334 E. 4.2), weshalb von ihm keine Beschwerdeantwort einzuholen ist (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

Der Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt wird, kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven. Ausnahmen davon rechtfertigt immerhin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. OGer ZH RU130042 vom 10. Juli 2013 E. 2.1.).

III.

1.1.1 Zu Beginn der Hauptverhandlung erklärte die Richterin gegenüber den Parteien, das Verfahren erweise sich zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung als aussichtslos. Es könne zu diesem Zeitpunkt nicht von Rechtsmissbrauch ausgegangen werden; die Mieter hätten sich nicht zum angeblichen Rechtsmissbrauch geäußert und entsprechend seien keine Gründe für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgebracht worden. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei abzuweisen (vgl. Protokollnotiz Prot. Vi. S. 7 f.).

1.1.2 Die Vorinstanz lehnte das Gesuch der Mieter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Verfügung vom 26. Februar 2018 wegen ungenügender Begründung der fehlenden Aussichtslosigkeit ab. Sie erwog, das Begehren um Erstreckung eines befristeten Mietverhältnisses sei spätestens 60 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer bei der Schlichtungsbehörde einzureichen. Diese Frist sei eine Verwirkungsfrist und damit weder verlänger- noch erstreckbar. Eine Ausnahme könne jedoch vorliegen, wenn die Berufung auf die Verwirkungsfrist rechtsmissbräuchlich sei. Die Mieter hätten das Ersuchen um Erstreckung spätestens Ende Oktober 2017 einreichen müssen, was sie nicht getan hätten. Sie behaupteten, die Voraussetzung für den Ausschluss der Erstreckung sei nicht erfüllt, die Vermieterin habe sie mit dem unberechtigt vermerkten Erstreckungsausschluss im Mietvertrag von einer rechtzeitigen Einreichung des Erstreckungsgesuchs abgehalten. Gemäss Vorinstanz hätten die Mieter aber in der Folge nicht dargelegt, weshalb ein Ausschluss einer Erstreckung nicht möglich gewesen sei. Es werde insbesondere nicht behauptet, es seien keine Umbau- oder Abbruchvorhaben im Sinne von Art. 272 Abs. 1 lit. d OR geplant gewesen. Weitere Vorbringen, weshalb das Verhalten der Vermieterin rechtsmissbräuchlich gewesen sein sollte, fehlten. Es sei nicht ausreichend, einer Gegenpartei, welche sich auf eine Frist berufe, ohne weitere begründete Ausführungen Rechtsmissbräuchlichkeit entgegenzuhalten. Folglich sei das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen (act. 33 S. 5 ff.).

1.2. Die Mieter wenden in ihrer Beschwerde ein, sehr wohl rechtsgenügend dargelegt zu haben, weshalb ein Erstreckungsbegehren nicht möglich gewesen sei. Wenn geltend gemacht werde, die Voraussetzungen für die Erstreckung seien nicht erfüllt gewesen, so könne dies nur so verstanden werden, dass ein Fall des in der Ausschlussklausel vorgesehenen Art. 272a Abs. 1 lit. d OR nicht vorgelegen und es mithin keine konkret bevorstehenden Umbau- und Abbruchvorhaben gegeben habe. Da die Mieter nie etwas von einem allfälligen Bauvorhaben gehört hätten, hätten sie auch nichts dagegen vorbringen können. Der Aspekt sei genügend ausgeführt worden, die Rechtsmissbräuchlichkeit dieser Erläuterungen liege auf der Hand. Die Substantiierung dieser Frage sei sodann im weiteren Verfahren zur Genüge vorgenommen worden, namentlich im Rahmen des Plädoyers, welches die Mieter an der Hauptverhandlung vom 12. Dezember 2017 vortragen liessen (act. 34 S. 5 ff.).

2. Grundsätzlich ist es Sache des Gesuchstellers, in seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege die fehlende Aussichtslosigkeit bzw. den Sachverhalt, der die fehlende Aussichtslosigkeit zu begründen vermag, glaubhaft zu machen. Die prozessrechtliche oder materiellrechtliche Aussichtslosigkeit ist nicht glaubhaft zu machen; das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an. Soweit das Gesuch zusammen mit der Klage in der Hauptsache eingereicht wird, ist die tatsächliche Nichtaussichtslosigkeit nach den Sachvorbringen im Hauptverfahren und den dort angebotenen Beweisen zu beurteilen (LUKAS HUBER, in: DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016; N 6 f. und N 21 zu Art. 119; ALFRED BÜHLER, in: BK ZPO, Band I, Bern 2012, N 103 zu Art. 119; dies ergibt sich auch aus Urteil BGer vom 1. September 2017, 4A_272/2017, E. 4.2 zweiter Absatz).

3. Wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid zutreffend festhielt, äusserten sich die Mieter in der Klageschrift vom 12. September 2017 zur fehlenden Aussichtslosigkeit mit der durch die Vorinstanz zusammengefassten Begründung (act. 1 S. 4). Diese Ausführungen wiederholten die Mieter im Rahmen der Ergänzung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege und gingen insbesondere zusätzlich darauf ein, genügende Suchbemühungen ihrerseits unternommen zu haben, weshalb die

Voraussetzungen für eine Erstreckung erfüllt seien (act. 17 insb. S. 3; zu den entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz: act. 33 S. 6, insb. Ziff. 3.3.). Die Vorinstanz beschränkte sich im Rahmen ihrer Erwägungen darauf, diese Ausführungen zu berücksichtigen.

Mit Blick darauf, dass die Vorinstanz bereits zu Beginn der Hauptverhandlung am 12. Dezember 2017 die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege in Aussicht stellte und somit das Gesuch auf diesen Zeitpunkt materiell geprüft hatte, ist das Vorgehen, nur die Vorbringen der Parteien bis zu diesem Zeitpunkt zu berücksichtigen, an sich korrekt. Allerdings fällt die Vorinstanz durch die mündliche Eröffnung, welche in Form einer Protokollnotiz zur Protokoll genommen wurde, keinen Entscheid, welcher den Anforderungen von Art. 238 f. ZPO entspricht. Dieser erging erst mit der hier angefochtenen Verfügung vom 26. Februar 2018, welche den Parteien formell korrekt eröffnet wurde. Indem die Vorinstanz erst zu diesem Zeitpunkt den Entscheid um Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 238 f. ZPO gefällt, eröffnet und begründet hat, und die Rechtsmittelfrist dagegen erst ab dem Zeitpunkt von dessen Zustellung zu laufen begann, genügte es nicht mehr, nur die Vorbringen bis zur Hauptverhandlung zu berücksichtigen. Vielmehr wären im Rahmen der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege auch die Sachvorbringen im Hauptverfahren zu würdigen gewesen.

Die Mieter liessen durch ihren Rechtsvertreter an der Hauptverhandlung ausführlich darlegen, weshalb ihrer Auffassung nach kein hinreichend konkretes Bauvorhaben bestanden habe und die Klausel folglich nicht zulässig sei. Sodann machten sie geltend, die Berufung auf die Verwirkungsfrist sei rechtsmissbräuchlich, da die Vermieterin die Mieter mit einem unwirksamen Erstreckungsausschluss getäuscht und vom rechtzeitigen Einreichen eines Erstreckungsbegehrens im Oktober 2016 abgehalten habe und machen weitere Ausführungen dazu (vgl. ausführlich: act. 19A1 S. 6 f. Rz. 20 ff.).

Die Erwägungen der Vorinstanz, die Mieter hätten nicht geltend gemacht, dass keine Umbauarbeiten geplant gewesen seien, treffen mit Blick auf diese Ausführungen nicht zu. Vielmehr haben die Mieter ihrer Begründungspflicht

in Bezug auf die fehlende Aussichtslosigkeit ohne weiteres Genüge getan. Indem die Vorinstanz die Ausführungen der Mieter anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. Dezember 2017 ausser Acht liess, verletzte sie das rechtliche Gehör der Mieter (GEHRI, in: BSK ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N 25 zu Art. 53). Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege wäre es an der Vorinstanz gewesen, sämtliche Vorbringen bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung vorläufig und summarisch zur Beurteilung der Gewinnaussichten zu würdigen.

4. Den Mietern ist somit zuzustimmen, dass sie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hinreichend begründet haben. Die Vorinstanz hätte diese Begründung in der Verfügung vom 26. Februar 2018 zu berücksichtigen gehabt. Wie nachfolgend zu zeigen ist, ändert die Berücksichtigung dieser Vorbringen aber am Ergebnis letztlich nichts. So ist das Gesuch auch unter Berücksichtigung dieser Vorbringen infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis zu bestätigen.

5.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Begehren als aussichtslos anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie – zumindest vorläufig – nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches massgebend sind (vgl. zum Ganzen etwa BGE 142 III 138 E. 5.1 m.w.H.).

5.2.1 In der Hauptsache geht es – wie gezeigt – unter Anderem um die Frage, ob den Mietern die Verwirkungsfrist nach Art. 273 Abs. 2 lit. b OR entgegenzuhalten ist. Der Rechtsvertreter der Mieter machte diesbezüglich geltend, die Vermieterin habe die Mieter mit dem unberechtigten Erstreckungsausschluss von der recht-

zeitigen Einreichung des Erstreckungsbegehrens abgehalten. Dieser Erstreckungsausschluss sei der Grund dafür, wieso die Erstreckung durch die Mieter nicht rechtzeitig eingereicht worden sei. Die Mieter seien zum Zeitpunkt, als die Einreichung der Erstreckung rechtzeitig habe erfolgen können, davon ausgegangen, dass der Ausschluss der Erstreckung gültig sei. Im Glauben, das Erstreckungsbegehren sei wirkungslos, hätten sie auf die Einreichung verzichtet (act. 34 S. 5 Rz. 11). In der weiteren Rechtschrift wird denn wiederholt darauf hingewiesen, der Erstreckungsausschluss – welcher als täuschendes Verhalten zu qualifizieren sei –, sei kausal für das Nichteinreichen gewesen.

5.2.2 Diese Darlegung des Rechtsvertreters steht im Widerspruch zu den Vorbringen der Mieter anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. Dezember 2017. So führten beide ihm Rahmen ihrer Befragung durch das Gericht aus, die Klausel sei nicht ursächlich dafür gewesen, dass sie das Erstreckungsgesuch nicht rechtzeitig eingereicht hätten. Der Mieter (Kläger 2) erklärte, sich der Klausel gar nicht bewusst gewesen zu sein. Die Frage, weshalb er das Erstreckungsgesuch nicht früher gestellt habe, beantwortete er mit: "Es gibt Dinge im Leben, die man langfristig vorbereitet. Und es gibt Dinge im Leben, die man macht, wenn man aufgefordert wird" (Prot. Vi. S. 23 f.). Er hätte auch ohne diese Klausel genau gleich gehandelt – sprich, das Begehren um Erstreckung im Mai 2017 gestellt und nicht bereits im Oktober 2016 (Prot. Vi. S. 29). Auch aus der Befragung der Mieterin (Klägerin 1) ergibt sich nicht, dass die Klausel ursächlich für das Nichtstellen des Erstreckungsgesuchs war (Prot. Vi. S. 31).

5.2.3 Entsprechend ist die Darstellung des Rechtsvertreters, die Klausel und folglich das angeblich täuschende Verhalten der Vermieterin sei ursächlich für das Nichteinreichen des Erstreckungsbegehrens, durch die Aussagen seiner Klientenschaft widerlegt. Die Mieter erklärten, so oder anders kein Erstreckungsgesuch gestellt zu haben. Dies führt – im Rahmen einer vorläufigen, summarischen Einschätzung – zum Schluss, dass die Berufung auf die Verwirkungsfrist von Art. 273 Abs. 2 lit. b OR nicht rechtsmissbräuchlich ist, da die Klausel nicht ursächlich für das Nichteinreichen des Erstreckungsbegehrens im Sinne der von den Mietern zitierten Literatur war (WEBER, in: BSK OR I, 6. Aufl., Basel 2015, N 3 zu Art. 273).

Die Chancen des Unterliegens überwiegen die Chancen des Obsiegens klar. Das Verfahren erscheint daher als aussichtslos.

6. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

IV.

Umstände halber sind für dieses Verfahren keine Kosten zu erheben. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. Den Mietern nicht, weil sie im Rechtsmittelverfahren unterliegen, der Vermieterin nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 34, sowie an das Bezirksgericht Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Beschwerde 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 23'880.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: