

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD110010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Beschluss und Urteil vom 31. Oktober 2011

in Sachen

A. _____,

Mieterin, Klägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Vermieter, Beklagte und Beschwerdegegner,

betreffend **Kündigungsschutz**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Hinwil vom 2. September 2011 (MM110022)

Erwägungen:

1. Die Klägerin mietete von den Beklagten ein möbliertes Zimmer (Nr. 5) an der ...strasse ... in D._____. Mit amtlichem Formular kündigten die Beklagten das Mietverhältnis am 30. März 2011 auf den 30. April 2011 (act. 2/1). Diese Kündigung focht die Klägerin mit Eingabe vom 31. März 2011 bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Hinwil an (act. 1). Es wurde auf den 13. Mai 2011 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Mit Beschluss vom gleichen Datum wurde das Kündigungsschutzverfahren wegen eines inzwischen von den Beklagten gestellten Ausweisungsbegehrens bis zu dessen rechtskräftigen Erledigung sistiert (act. 7). Am 23. Mai 2011 wurde auf das Ausweisungsbegehren mangels Liquidität nicht eingetreten. Da demzufolge die Sistierung aufzuheben und das Kündigungsschutzverfahren wieder aufzunehmen war, schrieb die Kammer die gegen den Sistierungsentscheid erhobene Beschwerde am 23. Juni 2011 ab (act. 11). Mit Beschluss vom 2. September 2011 schrieb auch die Schlichtungsbehörde ihr Verfahren ab, da die Beklagten am 3. Juni 2011 eine neue Kündigung auf den 21. Juni 2011 ausgesprochen und damit auf die Durchsetzung der im vorliegenden Verfahren angefochtenen Kündigung verzichtet hätten (act. 20).

Diese zweite Kündigung per 21. Juni 2011 focht die Klägerin wiederum bei der Schlichtungsbehörde an (act. 6/1 und 6/2/1 im Parallelverfahren NG110008). Mit Klagebewilligung vom 8. Juli 2011 gelangte sie ans Mietgericht Hinwil. Dieses erwog, die Beklagten hätten ausdrücklich (auch) auf die Durchsetzung der Kündigung per 21. Juni 2011 verzichtet, weshalb für deren Beurteilung das Rechtschutzinteresse fehle. In Bezug auf eine weitere der Klage zugrunde liegende Kündigung vom 16. Juli 2011 sei noch kein Schlichtungsverfahren durchgeführt und die Klage deshalb nicht korrekt eingeleitet worden. Demzufolge trat das Mietgericht mit Beschluss vom 19. August 2011 auf die Klage nicht ein und überwies das Verfahren zuständigkeitshalber an die Schlichtungsbehörde (act. 7 in NG110008).

2. Gegen den Abschreibungsbeschluss der Schlichtungsbehörde vom 2. September 2011 erhob die Klägerin rechtzeitig Beschwerde, da sie damit nicht

einverstanden sei. Damit beantragt sie sinngemäss wohl die Durchführung des Schlichtungsverfahrens. Sodann sei ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, und es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (act. 21). In derselben Eingabe erklärte sie sodann Berufung gegen den Nichteintretens- und Überweisungsentscheid des Mietgerichts vom 19. August 2011 (erwähntes Geschäft NG110008).

3. Mit Schreiben vom 16. Juli 2011 teilten die Beklagten der Klägerin mit, sie würden die Kündigung vom 3. Juni 2011 nicht durchsetzen, wohl aber die vorliegende (neue) Kündigung vom 16. Juli 2011 per 31. August 2011. Sie würden deshalb erwarten, dass die Klägerin spätestens Ende August 2011 ausziehe oder ausgezogen sei (act. 3/1 in NG110008).

Wenn die Beklagten ausdrücklich an ihrer letzten auf Ende August 2011 ausgesprochenen Kündigung festhalten und zugleich explizit auf die Durchsetzung der vorangehenden verzichten, muss dieser Verzicht umso mehr auch die erste, dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Kündigung per 30. April 2011 erfassen. Ihr Vorgehen kann nach Treu und Glauben nichts anderes bedeuten, als dass einzig ihre Kündigung per 31. August 2011 greifen soll, und sie die ersten beiden Kündigungen als "zurückgezogen" betrachten. Zwar ist eine Kündigung grundsätzlich - vorbehalten bleibt der Widerruf einseitiger Willenserklärungen nach Art. 9 OR - unwiderruflich, da ihre vertragsauflösende Wirkung mit ihrer Abgabe bzw. dem Eingang beim Adressaten unmittelbar eintritt. Sie kann jedoch mit Einwilligung der Gegenpartei "rückgängig gemacht" werden. In diesem Fall wird das Mietverhältnis zu den bisherigen Bestimmungen weitergeführt, oder es wird, wenn wie vorliegend der Kündigungstermin bereits eingetreten ist, ein neuer Vertrag gleichen Inhalts angenommen. Dieser neue Vertrag kann ausdrücklich oder konkludent vereinbart werden (ZK OR-Higi, 4. Aufl. 1995, Vorbemerkungen zu Art. 266-266o N 46). Dass die Beklagten stillschweigend von der Fortführung des Mietverhältnisses ausgingen, brachten sie nicht zuletzt damit zum Ausdruck, dass sie - soweit ersichtlich - von der Einleitung des ordentlichen Verfahrens zur Durchsetzung der hier massgeblichen ersten Kündigung absahen, nachdem auf ihr Ausweisungsbegehren wegen Illiquidität nicht eingetreten worden war. Statt-

dessen warteten sie zu und stellten erst gestützt auf ihre dritte Kündigung per 31. August 2011 ein erneutes Ausweisungsbegehren (act. 23/3).

Infolge der später ausgesprochenen Kündigungen kommt die erste Kündigung per 30. April 2011 nicht zum Tragen und zeitigt wegen der Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens auch in finanzieller Hinsicht keine nachteiligen Wirkungen zulasten der Klägerin. Letztere ist durch diese Kündigung in ihrer Rechtsstellung nicht (mehr) beeinträchtigt, weshalb ihr schutzwürdiges Interesse an der materiellen Beurteilung entfallen ist. Auf ihre gegen die Kündigung(en) vorgebrachten Einwendungen ist damit nicht weiter einzugehen. Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet und ist abzuweisen.

4.a) Gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO werden für das Schlichtungsverfahren betreffend Miete von Wohn- und Geschäftsräumen keine Gerichtskosten erhoben, was auch für das Rechtsmittelverfahren gilt (OGer ZH PD110005 vom 23. Juni 2011). Damit ist das klägerische Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegenstandslos. Ebenso findet die Regelung, wonach im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen werden (Art. 113 Abs. 1 ZPO), im Rechtsmittelverfahren Anwendung. Den Beklagten sind im Beschwerdeverfahren keine Umtriebe erwachsen, weshalb ihnen auch deshalb keine Entschädigung auszurichten wäre.

b) Das Gesuch der Klägerin um Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters ist hingegen zu behandeln. Grundsätzlich entscheidet jede gerichtliche Instanz über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in ihrem Verfahren (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Für den Fall, dass ein solches Gesuch vor Einreichung der Klage beim Gericht gestellt wird, sieht § 128 GOG die Zuständigkeit des Präsidenten des Obergerichts vor. Grund dafür ist, dass Art. 119 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege einem Gericht zuweist, und im Kanton Zürich die Schlichtungsbehörden ungeachtet ihrer eingeschränkten Entscheidkompetenz keine gerichtlichen Behörden im eigentlichen Sinne sind. Es stellt sich deshalb die Frage, wer über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege in einem Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide der Schlichtungsbehörde befindet. Für die Zuständigkeit des Obergerichtspräsidenten spricht

der Wortlaut des Gesetzes, weil beim Gericht nach wie vor keine Klage hängig ist. Ausschlaggebend erscheint jedoch, dass die Rechtsmittelinstanz wie der Obergerichtspräsident eine richterliche Behörde ist. Aufgrund ihrer Sachnähe ist sie so dann am besten in der Lage, die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels gemäss Art. 117 lit. b ZPO zu beurteilen. Es liegt deshalb aus Gründen der Zweckmässigkeit nahe, dass die mit dem Fall befasste Rechtsmittelinstanz über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entscheidet.

Da sie nicht in der Lage sei, ihre Sache selbst zu vertreten und sie niemanden bezeichnet habe, sei der Klägerin ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 21). Die Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters setzt einerseits voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen und andererseits, dass die ersuchende Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt. Weiter muss die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes zur Wahrung der Rechte der betroffenen Partei notwendig sein (Art. 117 und 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Beschwerde ist als aussichtslos zu bezeichnen. Im Übrigen vermochte die Klägerin ihre Einwendungen durchaus verständlich darzulegen, weshalb es auch aus diesem Grund an einem rechtlich geschützten Interesse an der Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters fehlt. Unter den gegebenen Umständen ist die behauptete Mittellosigkeit der Klägerin nicht weiter zu prüfen, und es kann insbesondere von der Einholung diesbezüglicher sachdienlicher Unterlagen abgesehen werden.

c) Es liegt kein Mietvertrag bei den Akten. Dem jüngsten Ausweisungsbegehren der Beklagten lässt sich ein monatlicher Mietzins von Fr. 1'000.-- entnehmen (act. 23/3). Unter Berücksichtigung der dreijährigen Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR beläuft sich der Streitwert somit auf über Fr. 15'000.--. Ob das Bundesgericht von einem Fr. 15'000.-- übersteigenden Streitwert ausgehen wollte, würde es aber selber zu entscheiden haben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird, soweit es nicht gegenstandslos ist, abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien erfolgt mit nachfolgendem Urteil.
3. Dieser Beschluss unterliegt denselben Anfechtungsmöglichkeiten wie das nachfolgende Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens fallen ausser Ansatz.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 21, sowie - unter Beilage der erstinstanzlichen Akten - an die Vorinstanz.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 15'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: