

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PD130008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Hodel, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.  
E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## **Beschluss und Urteil vom 31. Juli 2013**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Advokat X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ GmbH,

betreffend

**Nichtigkeit einer fristlosen Kündigung / unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Uster  
vom 5. Juli 2013 (MB130002)

### **Erwägungen:**

1. Am 22. Mai 2013 erhob der Beschwerdeführer Klage beim Mietgericht des Bezirksgerichtes Uster mit den Anträgen, es sei die Nichtigkeit der Kündigung des Untermietverhältnisses durch die Beschwerdegegnerin vom 17. Januar 2013 festzustellen, eventualiter sei die Kündigung aufzuheben. Sodann stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sei zu verzichten (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 27. Mai 2013 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer Frist an, um den Streitwert zu beziffern, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu begründen und die fremdsprachigen Unterlagen in deutscher Sprache nachzureichen (act. 5). Der Beschwerdeführer kam dieser Aufforderung innert erstreckter Frist nach (act. 9-12/1-5). Am 5. Juli 2013 entsprach die Vorinstanz dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht und setzte dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 7). Daraufhin stellte der Beschwerdeführer per Fax ein Gesuch um Wiedererwägung und reichte verschiedene Beilagen ein. Es wurde ihm mitgeteilt, dass ein Fax den Anforderungen an die Schriftform nach Art. 130 ZPO nicht genüge und über das Gesuch während laufender Beschwerdefrist nicht entschieden werde (act. 15-17).

2. Gegen die Verfügung vom 5. Juli 2013 erhob der Beschwerdeführer in der Folge rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren. Ein Kostenvorschuss sei nicht einzuholen (act. 2 S. 2).

3. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer es unterlassen habe darzutun, weshalb gegenüber seiner Rechtsschutzversicherung kein Versicherungsanspruch bestehen soll, würden doch üblicherweise mietrechtliche Streitigkeiten von einer Rechtsschutzversicherung bis zu einem bestimmten Betrag gedeckt. Damit habe er seine Prozessarmut nicht glaubhaft gemacht (act. 3 S. 3).

Dem lässt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift im Wesentlichen entgegenhalten, er habe im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege irrtümlich angegeben, für das vorliegende Verfahren eine Rechtsschutzversicherung zu haben. Gemäss telefonischer Auskunft der C.\_\_\_\_\_ AG in ... habe er lediglich einen Verkehrsrechtsschutz. Zwischenzeitlich habe er seinem Rechtsvertreter bekannt gegeben, dass er bei der D.\_\_\_\_\_ eine Privatrechtsschutzversicherung habe. Auf entsprechende Anfrage habe die D.\_\_\_\_\_ indes mitgeteilt, dass für eine Mietstreitigkeit betreffend Geschäftsraum keine Deckung bestehe. Da er weder über die erforderlichen finanziellen Mittel noch über eine Rechtsschutzversicherung verfüge und Rechtsfragen von erheblicher Tragweite zu beurteilen seien, sei ihm sowohl für das erstinstanzliche als auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu bewilligen (act. 2).

4. Die unentgeltliche Rechtspflege befreit von Vorschussleistungen (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO). Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos gelten Begehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gelten Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Durch das Kriterium der fehlenden Aussichtslosigkeit soll verhindert werden, dass eine Partei einen Prozess auf Staatskosten führt, den eine vermögende Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde. Es gilt der Untersuchungsgrundsatz, der durch das Antragsprinzip sowie Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten eingeschränkt ist (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 33 f., Art. 119 N 10). Die Prozesschancen sind in vorläufiger und summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund des jeweiligen Aktenstandes zu beurteilen und abzuschätzen (Art. 119 Abs. 3 ZPO, BGE 131 I 113 E. 3.7.3).

5.a) Zunächst kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 7 S. 3). Diese hielt fest, dass Ansprüche gegenüber einer Rechtsschutzversicherung ein liquides Aktivum im Vermögen des Versicherten darstellen. Sofern eine entsprechende Kostengutsprache vorliegt, fehlt es an der Prozessarmut und der Versicherungsanspruch schliesst die unentgeltliche Rechtspflege aus (BK ZPO-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117-123 N 58; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 21). Der bereits vor Vorinstanz anwaltlich vertretene Beschwerdeführer gab in seinem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege an, eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen zu haben. Er unterliess es aber darzulegen, weshalb die Versicherung im vorliegenden Fall keine Deckung gewähren soll (act. 12/2). Die Vorinstanz erwog zutreffend, dass der Beschwerdeführer damit seine Mittellosigkeit nicht glaubhaft gemacht habe.

b) In seiner Beschwerde macht der Beschwerdeführer neu geltend, er sei irrtümlich von einer Rechtsschutzversicherung für das vorliegende Verfahren ausgegangen. Inzwischen habe er erfahren, dass er bei der C.\_\_\_\_\_ nur eine Verkehrsrechtsschutzversicherung habe, während die D.\_\_\_\_\_ für Mietstreitigkeiten betreffend Geschäftsräume keine Deckung biete. Mit diesen Vorbringen sowie mit Blick auf die nachgereichten Beilagen verkennt der Beschwerdeführer jedoch, dass im Beschwerdeverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ausgeschlossen sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch in Verfahren, in welchen der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. Aufl., Art. 326 N 4 f.; BGer 5A\_405/2011 E. 4.5.3). Somit sind seine Einwendungen aufgrund des erwähnten Novenverbots nicht zuzulassen.

Damit hat es beim Schluss der Vorinstanz, es fehle an der Glaubhaftmachung der Prozessarmut, sein Bewenden. Bei dieser Sachlage konnte sie von der weiteren Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers sowie der Aussichtslosigkeit absehen. Mit der Vorinstanz bleibt indes anzumerken, dass Angaben zum Geschäftsgang der vom Beschwerdeführer im strittigen Mietobjekt betriebenen "E.\_\_\_\_\_" gänzlich unterblieben.

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, ohne dass die finanzielle Lage des Beschwerdeführers näher zu prüfen wäre. Es bleibt diesem unbenommen, mit einem neuen Gesuch an die Vorinstanz zu gelangen, wobei die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege umfassend darzutun und mit sachdienlichen Unterlagen zu belegen wären (Art. 117 und 119 Abs. 2 ZPO).

6. Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Dies gilt analog auch für das Rechtsmittelverfahren (OGer ZH NQ110017 vom 8. September 2011). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist somit gegenstandslos und abzuschreiben. Da sich die Beschwerde sodann als aussichtslos erweist, ist dem Ersuchen um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das zweitinstanzliche Verfahren nicht zu entsprechen.

Der Beschwerdegegnerin ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

7. Ist die Gültigkeit der Kündigung streitig, berechnet sich der Streitwert nach dem Zeitraum, während dem der Mietvertrag fort dauerte bzw. dem Zeitpunkt, auf welchen gekündigt werden könnte, wäre die Kündigung nicht gültig. Da das Mietverhältnis bis 30. April 2015 befristet ist, beläuft sich der Streitwert ausgehend von der umstrittenen Auflösung am 17. Januar 2013 bis Ende April 2015 unter Berücksichtigung eines Mietzinses von monatlich Fr. 4'000.-- auf rund Fr. 100'000.-- (act. 12/1).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird abgewiesen.

3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Mietgericht des Bezirksgerichtes Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

4. 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 rund Fr. 100'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: