

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD210008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender, Ersatzrichterin
lic. iur. N. Jeker und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 29. Juni 2021

in Sachen

1. ...
2. **A.** _____,
3. ...

Kläger und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Kündigungsschutz usw. / unentgeltliche
Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 4. Mai 2021 (MB180007)

Erwägungen:

I.

1.1. Die B._____ AG vermietete die Liegenschaft C._____ -strasse 1-2 in Zürich mit Mietvertrag vom 13./28. April 2017, ergänzt am 13./30. April 2017, an die D._____ GmbH, A._____ und E._____ (alle zusammen nachfolgend als Kläger bezeichnet) zum Benützungszweck "Restaurant/Food Court" (act. 6/3/2-3; act. 6/23/3-4, act. 6/51/2). Im Zusammenhang mit dem Um-/Ausbau resp. dem Zustand des Mietobjektes kam es zu Differenzen zwischen den Parteien, welche schliesslich in vermierterseitigen ausserordentlichen Kündigungen des Mietvertrages mündeten (act. 6/23/26+29+41).

Die Parteien stehen sich seit dem 4. April 2018 in einem Verfahren vor dem Mietgericht Zürich gegenüber, welches die Kläger mit Einreichung einer Klage betreffend Kündigungsschutz/Anfechtung/Mietzinshinterlegung anhängig machten (act. 6/1). Nachdem die Parteien sich auf gerichtliche Aufforderung hin einer Bezifferung des Verfahrensstreitwerts enthielten, errechnete die Vorinstanz in der Verfügung vom 5. Juli 2018 einen vorläufigen Streitwert von Fr. 9'148'166.00 und verlangte von den Klägern einen Kostenvorschuss von einstweilen Fr. 68'500.00 (act. 6/26, act. 6/32 und act. 6/35). Dieser wurde mit Zahlung über Fr. 22'833.40 durch die D._____ GmbH und im Betrag von Fr. 45'666.30 im Namen von A._____ geleistet (act. 6/38-39). Im weiteren Verlauf des Verfahrens wurden die Klagebegründung, Klageantwort, Replik und Duplik schriftlich erstattet (act. 6/21, act. 6/49, act. 6/149+152, act. 6/162). Ein klägerisches Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme wurde von der Vorinstanz abgewiesen (act. 6/105). Es fanden zudem zwei Instruktionsverhandlungen statt (Prot. Vi S. 12 f. und 26 f.). Anlässlich derselben sowie der aussergerichtlich geführten Vergleichsgespräche konnten die Parteien keine Einigung finden. Am 27. März 2020 teilte die Rechtsvertreterin der Kläger u.a. mit, dass sie A._____ nicht mehr vertrete (act. 6/126). Mit Urteil vom 2. Juni 2020 gab das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, dem Begehren der B._____ AG um Ausweisung der Kläger aus der streitgegenständlichen Liegenschaft statt. Dagegen erhobene Rechtsmittel der Kläger beim Obergericht des

Kantons Zürich und beim Bundesgericht wurden abgewiesen (OGer ZH LF200038 vom 11. September 2020 und BGer 4A_549/2020 vom 7. Dezember 2020).

1.2. Nach den aufgeführten Verfahrensschritten stellte A._____ (Kläger und Beschwerdeführer, fortan Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 8. Februar 2021 (Eingang 9. Februar 2021) ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____ (act. 6/192). Mit Verfügung vom 22. März 2021 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer Frist an, um das Gesuch zu ergänzen (act. 6/193). Fristgerecht reichte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. April 2021 (Datum Poststempel: 8. April 2020) weitere Belege ein. Er beantragte sodann die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____ als unentgeltliche Rechtsvertretung (act. 6/197 und act. 6/198/1-6). Mit Präsidialverfügung vom 4. Mai 2021 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ab (act. 6/200 = act. 5 S. 8). Der Entscheid wurde dem Beschwerdeführer am 14. Mai 2021 zugestellt (act. 6/202). Im vorinstanzlichen Verfahren wird als nächster Verfahrensschritt am 7. Juli 2020 eine Hauptverhandlung durchgeführt werden (act. 6/213).

2. Mit Eingabe vom 23. Mai 2021 (Datum Poststempel) erhob der Beschwerdeführer gegen die vorinstanzliche Präsidialverfügung vom 4. Mai 2021 rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich; er verlangt sinngemäss die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (act. 2).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-214). Der Gegenseite im Hauptsachenprozess kommt im Verfahren betreffend unentgeltlicher Rechtspflege keine Parteistellung zu, sofern die unentgeltliche Rechtspflege nicht von einer Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung befreien soll (BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2 m.w.H.; BGE 139 III 334, E. 4.2), weshalb von ihr 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. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V. m. Art. 121 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. 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.

III.

1. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wegen dessen guten Vermögensverhältnissen ab (act. 5 S. 5). Der Beschwerdeführer müsse sein Vermögen auch nicht für den laufenden Lebensunterhalt einsetzen, da ihm ein monatlicher Freibetrag von Fr. 851.00 verbleibe (act. 5 S. 7). Die Vorinstanz ging somit von der fehlenden Mittellosigkeit des Beschwerdeführers aus, wobei sie nicht weiter prüfte, ob die Klage aussichtslos und die Bestellung eines Rechtsbeistandes zur Rechtswahrung notwendig wäre (act. 5 S. 7).

Die Vorinstanz erwog im Einzelnen, vorläufig sei der Streitwert auf Fr. 9'148'166.00 festgesetzt und für die zu erwartenden Gerichtskosten ein Kostenvorschuss von einstweilen Fr. 68'500.00 verlangt worden, wobei der Beschwerdeführer einen Anteil von Fr. 45'666.30 bezahlt habe. Nach dem Streitwert berechnet, liege die ordentliche Parteientschädigung bei Fr. 100'011.00. Aufgrund der Reduktion für denjenigen Teil des Streitwertes, dessen Berechnung auf periodischen Leistungen beruhe, sei eine Parteientschädigung von Fr. 64'465.00 (inkl. MwSt.) zu erwarten. Die Vorinstanz hielt weiter fest, der Beschwerdeführer und seine Ehefrau würden gemäss Wertschriften- und Guthabenverzeichnis der Steu-

erunterlagen 2020 und den entsprechenden Kontoauszügen (nebst GmbH-Anteilen und Aktien über Fr. 220'000.00) über ein Sparguthaben von Fr. 47'916.00 auf verschiedenen Bankkonten verfügen, was den Freibetrag des sog. Notgroschens deutlich übersteige. Berücksichtige man den bereits geleisteten Anteil des Gerichtskostenvorschusses, so sei das Vermögen des Beschwerdeführers (ohne GmbH-Anteile und Aktien) mit zirka Fr. 93'582.00 zu beziffern. Die Vorinstanz ergänzte unter Bezug auf die zu erwartenden Kosten und mit Hinweis auf Art. 106 Abs. 3 ZPO, dass nebst dem Beschwerdeführer noch zwei weitere Personen als Hauptparteien auftreten würden. Sie schloss, dass die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers bei gesonderter Betrachtung seiner Vermögensverhältnisse zu verneinen sei (act. 5 S. 5 f.).

Gestützt auf die eingereichten Lohnausweise für das Jahr 2020 ging die Vorinstanz von einem monatlichen Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 6'686.00 und von einem solchen seiner Ehefrau über Fr. 1'627.00 aus. Zuzüglich der Kinderzulagen von Fr. 600.00 errechnete die Vorinstanz monatliche Familieneinkünfte von Fr. 8'913.00. Auf der Bedarfsseite berücksichtigte die Vorinstanz einen belegten Bruttomietzins (für Wohnung und zwei Tiefgaragenplätze) von Fr. 2'955.00, Krankenkassenprämien von insgesamt Fr. 1'059.00 sowie Steuern von zirka Fr. 278.00. Mangels weiterer Unterlagen seien die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 1. Juli 2009 bzw. gerichtsbliche Ansätze heranzuziehen. Für das Ehepaar sei ein Grundbetrag von Fr. 1'700.00, für zwei Kinder ein solcher von je Fr. 600.00 und für ein Kind ein solcher von Fr. 400.00 anzurechnen. Für die Benutzung des öffentlichen Verkehrs sei den Ehegatten je Fr. 85.00 einzuberechnen. Mangels Nachweises seien keine Auslagen für auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen. Jedoch seien dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau im Rahmen der gerichtsblichen Ansätze je Fr. 120.00 für Kommunikationskosten, Fr. 30.00 für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung sowie Fr. 30.00 für Radio- bzw. TV-Kosten zu veranschlagen. Insgesamt errechnete die Vorinstanz einen monatlichen Bedarf von Fr. 8'062.00. Folglich müsse der Beschwerdeführer das Vermögen nicht für den laufenden Lebensunterhalt einsetzen (act. 5 S. 6 f.).

2. Der Beschwerdeführer beanstandet, die Vorinstanz habe viele Faktoren nicht in Betracht gezogen: Zum einen habe die Vorinstanz die im Schuldenverzeichnis der Steuererklärung aufgeführten Schulden nicht berücksichtigt. Seine Schulden seien höher als sein Vermögen. Zum anderen habe die Vorinstanz zu Unrecht eine monatliche Ersparnis von Fr. 851.00 errechnet. Er sei im Oktober, November und Dezember 2020 aus gesundheitlichen Gründen in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt gewesen, sodass er nur 80% seines Gehalts erhalten habe. Seine Ehefrau und er würden im Gastgewerbe arbeiten. Im Jahr 2021 hätten sie wegen Kurzarbeit eine Lohneinbusse um 20% hinnehmen müssen. Sein Nettoeinkommen betrage neu Fr. 6'617.00 (inkl. Kinderzulagen), jenes seiner Ehefrau Fr. 1'301.60. Entgegen der vorinstanzlichen Berechnung resultiere nach Abzug des Ausgabentotal von Fr. 8'062.00 vom Gesamteinkommen von Fr. 7'918.00 ein monatliches Minus von Fr. 144.00 (act. 2 S. 1 f.). Im Weiteren unterstütze er seine kranke Mutter in F. _____ [Staat] mit Fr. 15'000.00 bis Fr. 20'000.00 pro Jahr. Im Jahr 2018 habe er zudem eine Zahlung von Fr. 23'000.00 für Gerichtskosten leisten müssen und dafür einen Kredit aufgenommen. Auch seien ihm Anwaltskosten von Fr. 27'513.00 aufgelaufen, wovon derzeit noch rund Fr. 16'000.00 offen seien. Da er sich eine Rechtsvertretung nicht mehr leisten können, habe die Vertretung durch Rechtsanwältin Y2. _____ im Mai/Juni 2019 geendet. Der Beschwerdeführer erklärt, aufgrund der geschilderten finanziellen Situation, der aktuellen Betreibungen gegen ihn sowie seiner solidarischen Haftung über Fr. 300'000.00 aus Darlehensvertrag gegenüber der G. _____, sei es ihm auch nicht möglich, einen weiteren Kredit aufzunehmen. Der Beschwerdeführer hält zusammenfassend fest, ihm würden die Mittel zur Prozessführung fehlen und es sei vom Anfall weiterer Anwaltskosten auszugehen. Das Verfahren sei ferner keinesfalls aussichtslos und er sei auf eine Rechtsvertretung angewiesen, dies wegen der Komplexität des Sachverhaltes, der schwierigen Rechtsfragen und der grossen Tragweite des Verfahrens sowie der anwaltlichen Vertretung der Gegenpartei (act. 2 S. 3 f.). Der Beschwerdeführer erklärt, sich im Moment selber zu vertreten und erst nach dem Entscheid über die Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters einen anderen Rechtsanwalt suchen zu wollen (act. 2 S. 5).

3. Es kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den rechtlichen Grundlagen verwiesen werden (vgl. act. 5 S. 3 f., Erw. II.2.). Hervorhebend bzw. ergänzend ist festzuhalten, dass eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wenn sie mittellos ist und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos erscheint. Wer diese Bedingungen erfüllt, hat auch Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 117 ZPO; Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Aufgrund der aus der Unterhalts- oder Beistandspflicht (Art. 163 Abs. 1 ZGB, Art. 159 Abs. 3 ZGB) der Ehegatten fliessenden familienrechtlichen Pflicht, die Prozesskosten des anderen Ehegatten mitzufinanzieren, beurteilt sich die Mittellosigkeit des einzelnen Ehegatten anhand einer Gesamtrechnung über Einkommen, Bedarf und Vermögen der ganzen Familie (BGer 4A_148/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3; vgl. auch Bühler, Die Prozessarmut in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 143 f. sowie BK ZPO-Bühler, Bd. I, Bern 2012, Art. 117 N 205).

Bei der Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege gilt die (beschränkte) Untersuchungsmaxime; sie wird durch das Antragsprinzip und die Offenlegungs- sowie Mitwirkungsobliegenheiten des Gesuchstellers eingeschränkt. Es obliegt dem Gesuchsteller, die finanziellen Verhältnisse umfassend offenzulegen und zu belegen. Er hat Belege einzureichen, aus denen der aktuelle familiäre Grundbedarf hervorgeht, und die über sämtliche finanziellen Verpflichtungen sowie über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse seiner Familie Aufschluss geben. Die Darlegung der finanziellen Verhältnisse hat umso exakter, umfassender und klarer zu geschehen, je komplexer die finanziellen Verhältnisse sind. Im Rahmen der richterlichen Fragepflicht ist der Gesuchsteller mindestens einmal auf die Unvollständigkeit, Unklarheit, Widersprüchlichkeit oder Missverständlichkeit seiner Darlegung der finanziellen Verhältnisse aufmerksam zu machen und es ist ihm – unter Hinweis auf die Unterlassungsfolgen – Gelegenheit zu geben, diese zu ergänzen oder klarzustellen (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. BGer 4A_563/2014 vom 25. Februar 2015, E. 2.1.; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. A., Basel 2014, Art. 119 N 10; ZK ZPO-Emmel, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 119 N 6;

BK ZPO-Bühler, a.a.O., Art. 119 N 106 f. m.w.H.). Kommt der Gesuchsteller seiner Offenlegungs- und Mitwirkungsobliegenheit (bei Kenntnis derselben) nicht nach, so hat er die Folgen einer fehlenden oder mangelnden Darlegung oder Beweisführung zu tragen (ZK ZPO-Emmel, a.a.O., Art. 119 N 7 mit Hinweis auf BGE 120 Ia 179, E. 3.a; BGer 4D_22/2014 vom 22. April 2014, E. 2.1; BGer 5P.395/2005 vom 22. Mai 2006, E. 6.2).

4.1.1. Die Vorinstanz verneinte die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers aufgrund des Vorliegens eines den Notgroschen übersteigenden Vermögens. Es ist daher zunächst auf das Argument des Beschwerdeführers einzugehen, mit welchem er sinngemäss geltend macht, vermögenslos zu sein, wenn bestehende Schulden berücksichtigt und vom Vermögen abgezogen werden.

4.1.2. Der Beschwerdeführer verwendete vor Vorinstanz zur Stellung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ein behördlich bereitgestelltes Formular, in welchem er betragsmässig Angaben unter dem Titel "Auslagen (pro Monat)", "Einkommen (pro Monat)", "Vermögen" und "Schulden" machte (act. 6/192). Mit Verfügung vom 22. März 2021 wies die Vorinstanz ihn im Allgemeinen auf seine umfassende Mitwirkungsobliegenheit und die Säumnisfolgen hin. Sie hielt sodann im Besonderen fest, dass der Beschwerdeführer im Formular unter den genannten Titeln – darunter "Schulden" – betragsmässige Bezifferungen vorgenommen habe, aber anders als im Formular vermerkt, keine Unterlagen zur Dokumentierung seiner Angaben und damit zum Nachweis der Mittellosigkeit eingereicht habe. Dafür setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer Frist an (act. 6/193 S. 3 f.), woraufhin dieser Belege nachreichte (act. 6/198). In Bezug auf behauptete Schulden legte der Beschwerdeführer einzig die Steuererklärung 2020 von ihm und seiner Ehefrau vor, welche im Vergleich zu den Angaben des Beschwerdeführers im Formular abweichende Schulden (Höhe, Gläubiger) enthält; es sind dort Privatschulden gegenüber der H._____ GmbH von Fr. 110'041.00, der I._____ GmbH von Fr. 15'000.00 und der J._____ GmbH von Fr. 69'000.00 aufgeführt (act. 6/199/1). Die im Wertschriften- und Guthabenverzeichnis der Steuererklärung 2020 enthaltenen Konten belaufen sich auf insgesamt Fr. 47'916.00. Dazu liegen Kontoauszüge vor (act. 6/199/2). Zudem sind Aktien der K._____ AG

über Fr. 100'000.00 sowie GmbH-Anteile an diversen Gesellschaften über insgesamt Fr. 120'000.00 angegeben, darunter auch solche der I. _____ GmbH und der J. _____ GmbH im Umfang von je Fr. 20'000.00 (act. 6/199/1).

Wo Schulden unmittelbar die Werthaltigkeit eines bestimmten Vermögensgegenstandes resp. -betrages schmälern, so etwa die Hypothek auf einer Liegenschaft, muss ein Abzug vorgenommen werden. Ob jedoch darüber hinaus Schulden ohne Weiteres und unabhängig von Struktur sowie Fälligkeit vom vorhandenen Vermögen abzuziehen sind, erscheint vor dem Hintergrund der restriktiven bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Schuldenamortisation im zivilprozessualen Notbedarf äusserst fraglich (vgl. OGer ZH PC130053 vom 27. November 2013, E. 2.5. und 2.6.5. sowie OGer ZH RB150002 vom 23. April 2015, E. III.1.a-c, je mit weiteren Hinweisen; Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, DIKE, Zürich/St. Gallen 2019, N 133 ff. S. 50 f. m.w.H.). Bevor man jedoch überhaupt zu dieser Fragestellung gelangt, muss der Bestand der Schulden hinreichend nachgewiesen sein. Vorliegend ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich anders als vom Beschwerdeführer behauptet aus der eingereichten Steuererklärung nicht ergibt, dass die Schulden das Vermögen übersteigen. Vielmehr weist diese ein die Schulden um Fr. 73'875.00 übersteigendes Vermögen des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau aus (act. 6/199/1). Der Beschwerdeführer erklärt die zu den Angaben im Gesuchs-Formular bestehenden Abweichungen in der Steuererklärung 2020 nicht und macht keine weiteren Erläuterungen zur Steuererklärung bzw. den darin enthaltenen Vermögenswerten sowie Schulden und reicht keine weitergehende Belege ein. Auch führte er nicht aus, dass bzw. weshalb die Verhältnisse des Ehepaares keine gemeinsame Betrachtung der Vermögens- und Schuldensituation zulassen.

In der Beschwerde an die Kammer erwähnt der Beschwerdeführer neu zusätzliche Schulden, nämlich den angeblichen Bestand eines schon im Jahr 2018 aufgenommenen Kredits für Gerichtskosten sowie noch offener Anwaltskosten. Er erwähnt weiter, dass gegen ihn Betreibungen laufen würden. Sowohl diese Vorbringen als auch die zu den Anwaltskosten eingereichten Belege sind neu und können als Noven im vorliegenden Verfahren keine Berücksichtigung finden

(vgl. oben Erw. II.). Insgesamt betrachtet lässt die divergierende Darstellung seiner Schulden durch den Beschwerdeführer Zweifel an der Richtigkeit der Angaben in der Steuererklärung 2020 aufkommen. In Bezug auf die in der Steuererklärung 2020 aufgeführten Schulden fällt auf, dass es sich bei zwei Gläubigerinnen (I. _____ GmbH und J. _____ GmbH) um Gesellschaften handelt, deren Stammanteile im Wertschriftenverzeichnis der Steuererklärung des Beschwerdeführers aufgeführt sind (act. 199/1). Die K. _____ AG, von welcher Aktien im Wert von Fr. 100'000.– im Wertschriftenverzeichnis des Beschwerdeführers aufgeführt sind (act. 199/1), ist seine Arbeitgeberin (act. 6/199/3). Die Schulden- und Vermögenslage des Beschwerdeführers präsentiert sich als nicht einfach, weshalb von ihm umfassende und klare Darlegungen zu erwarten gewesen wären, namentlich zu Art und Bestand der Schulden sowie auch zur Veräusserbarkeit der GmbH-Anteile und Aktien. Allein mit der Einreichung der Steuererklärung 2020 ist der Bestand der darin aufgeführten Schulden jedenfalls nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Nachdem sich bereits aus dem vom Beschwerdeführer verwendeten behördlich bereitgestellten Formular ergab, dass die finanziellen Verhältnisse darzulegen und alle Angaben zu belegen sind (vgl. act. 6/192 S. 1 und 5), und die Vorinstanz ihn zudem konkret zur Einreichung von Belegen zu seinen Schulden aufforderte, sind die aus der ungenügenden Darlegung bzw. Dokumentierung des Beschwerdeführers resultierenden verbleibenden Unsicherheiten zu seinen Ungunsten auszulegen (vgl. Art. 157 und Art. 164 ZPO; BGE 120 Ia 179). Dies führt dazu, dass der Bestand der in der Steuererklärung 2020 aufgeführten Schulden als nicht glaubhaft gemacht anzusehen ist.

Auf der Vermögensseite klammerte die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer in der Steuererklärung 2020 aufgeführten GmbH-Anteile sowie Aktien bei der Verneinung der Mittellosigkeit aus. Konsequenterweise ist zu beachten, dass auch hinsichtlich dieser Vermögenswerte weitere Ausführungen und Belege fehlen. Fraglich bzw. offen ist die kurzfristige Realisierbarkeit der GmbH-Anteile und Aktien als Liquidität für den Prozess. Wie jedoch nachfolgend aufzuzeigen sein wird, ist selbst unter Ausklammerung der GmbH-Anteile und Aktien von genügenden Mitteln des Beschwerdeführers zur Prozessführung auszugehen. Gemäss Steuererklärung 2020 und den dazu zusätzlich eingereichten Kontobelege-

gen verfügen der Beschwerdeführer und seine Ehefrau über ein Sparvermögen auf diversen Konten von Fr. 47'916.00 (act. 6/199/2). Bestehendes Vermögen hat in einem beschränkten Umfang den Charakter einer Notreserve (sog. "Notgroschen") für laufende und künftige Bedürfnisse und ist der Partei, die um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht, in diesem Umfange zu belassen, wie die Vorinstanz ausführte in der Regel im Umfang von Fr. 10'000.00 bis Fr. 20'000.00 (vgl. act. 5 S. 4 Erw. 2.3). Reserven die höher als Fr. 20'000.00 sind, setzen in aller Regel besonders prekäre ökonomische und soziale Verhältnisse voraus, nämlich hohes Alter, schwere Krankheit, kein oder kein die Existenz sicherndes Einkommen (KUKO ZPO-Ingrid Jent-Sorensen, a.a.O., Art. 117 N 24 m.w.H.). Solche prekären Verhältnisse sind weder ersichtlich noch dargetan. In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse bzw. Lebensumstände des Beschwerdeführers ist allerdings zu beachten, dass er drei Kinder im Alter von zehn und fünf Jahren hat. Es scheint daher angemessen, dem Beschwerdeführer einen Notgroschen von rund Fr. 20'000.00 zuzugestehen.

4.1.3. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer, selbst wenn man nur das Kontoguthaben von ihm und seiner Ehefrau von Fr. 47'916.00 (mithin ohne die GmbH-Stammanteile und Aktien) berücksichtigt, über ein den "Notgroschen-Freibetrag" übersteigendes Vermögen verfügt. Ob der Beschwerdeführer gar nicht oder teilweise als mittellos anzusehen ist, hängt von der Höhe des Einkommens- und/oder Vermögensüberschusses und der Höhe der mutmasslichen Prozesskosten ab (BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, E. 2.2). Dies ist im Folgenden zu prüfen:

4.2. Die Behauptungen des Beschwerdeführers, mit welchen er begründet, weshalb ihm der von der Vorinstanz berechnete monatliche Freibetrag nicht zur Verfügung stehe bzw. im Budget seiner Familie ein monatliches Minus resultiere, bringt er allesamt erstmals im Beschwerdeverfahren vor. Auch reicht er neue Belege zu seinen Angaben ein. Im Beschwerdeverfahren können solche Noven indessen keine Berücksichtigung finden (vgl. oben Erw. II.).

Selbst bei Beachtung der neuen Tatsachenbehauptungen und neu eingereichten Belege würde sich aber nichts an dem von der Vorinstanz errechneten Einkom-

mensüberschuss von Fr. 851.00 pro Monat ändern: Für das dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau angerechnete Einkommen stützte sich die Vorinstanz auf die ihr eingereichten Lohnausweise für das Jahr 2020. Allfällige durch den Beschwerdeführer behaupteten, aus gesundheitlichen Gründen erlittenen Lohneinbussen im Oktober, November und Dezember 2020 sind damit berücksichtigt. Zur behaupteten Lohneinbusse um 20 Prozent im Jahr 2021 reicht der Beschwerdeführer (neu) einzig drei seiner Lohnabrechnungen Februar, März, April 2021 ein (act. 4/2-3). Es geht aus den Belegen keine krankheitsbedingte Lohnreduktion oder Kurzarbeit hervor, insbesondere beträgt die Differenz zu dem von der Vorinstanz angenommenen Einkommen des Beschwerdeführers nicht 20 Prozent, sondern lediglich rund ein Prozent. Belege zu einer Reduktion des Einkommens seiner Ehefrau liegen gar keine vor. Die zu den behaupteten Unterstützungsleistungen an die kranke Mutter (L._____) in F._____ eingereichten Belege zeigen keine Überweisung an dieselbe auf; ihr Name figuriert in den Belegen nicht. Es sind lediglich zwei Zahlungen im Jahr 2019 und drei Zahlungen im Jahr 2020 ersichtlich, erfolgt von M._____, der Ehefrau des Beschwerdeführers, an den Beschwerdeführer (act. 4/4). Eine Berücksichtigung von Unterstützungsleistungen im Bedarf des Beschwerdeführers käme vor diesem Hintergrund nicht in Frage. Im Weiteren ist die behauptete Kreditaufnahme im Jahr 2018 für Gerichtskosten (auch vor der Kammer) nicht belegt. Ein noch bestehender Kredit für die Gerichtskosten geht insbesondere nicht aus der Steuererklärung 2020 hervor. Dasselbe gilt für die behaupteten noch offenen Anwaltskosten. Ohnehin wären nur fällige und ausgewiesene Schuldverpflichtungen im prozessualen Notbedarf zu berücksichtigen, deren regelmässige Amortisation nachgewiesen ist (BK ZPO-Bühler, a.a.O., Art. 117 N 198). Dies ist nicht der Fall.

4.3.1. Der Überschuss des Beschwerdeführers an finanziellen Mitteln ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und den eigenen Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Die Anwaltskosten der Gegenpartei haben – sofern wie vorliegend kein Sicherstellungsbegehren gestellt wurde – unberücksichtigt zu bleiben (BGer 4A_696/2016 vom 21. April 2017, E. 2.1.; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 353 S. 126). Zu beachten ist, dass die finanziellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind und die Wirkungen einer erteilten

unentgeltlichen Rechtspflege ab dem Datum des Gesuchs eintreten. Das Gesuch wirkt also grundsätzlich nur für die Zukunft (ex nunc et pro futuro). Dagegen sind vor der Gesuchseinreichung entstandene Kosten und Aufwendungen grundsätzlich nicht zu entschädigen (BGE 122 I 203 E. 2.c und 2.f, S. 205 und 208; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, E. 4.5; BK ZPO-Bühler, a.a.O., Art. 119 N 126). Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der finanzielle Überschuss die Tilgung der Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres resp. bei anderen innert zweier Jahre ermöglichen sollte (Bühler, a.a.O., S. 182 f. und 185 f.; BGer 4A_87/2007 vom 11. September 2007, E. 2.1; BGer 5A_663/2007 vom 28. Januar 2008, E. 3.1; BGer 5A_26/2008 vom 4. Februar 2008, E. 3.1).

4.3.2. Für die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens wurde vorliegend bereits ein Vorschuss geleistet, und zwar vom Beschwerdeführer über Fr. 45'666.30 und demzufolge im Verhältnis zu den beiden Mitklägern zu rund zwei Dritteln. Angesichts des gleichgerichteten Vorgehens resp. derselben Antragsstellung der Kläger ist vorderhand von einer internen Haftung für die Gerichtskosten zu gleichen Teilen auszugehen (vgl. auch Art. 106 Abs. 3 ZPO). Der Beschwerdeführer geht selber nur von einer Tragung der Prozesskosten im Umfang von einem Drittel, resp. 33 Prozent, aus (act. 2 S. 1, Ziff. 2.1. und S. 4, Ziff. 6). Er wird damit voraussichtlich keine weitergehenden Gerichtskosten zu tragen haben. Vielmehr ist von einem Rückforderungsanspruch des Beschwerdeführers im internen Verhältnis der Kläger auszugehen. In Bezug auf die eigenen Anwaltskosten ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer seit Ende März 2020 keinen Rechtsvertreter hat, sein Gesuch keine Rückwirkung zeitigt, und nur künftig anfallende Kosten für den eigenen Rechtsvertreter in Frage stehen.

Aufgrund des vorgerückten Stadiums, in welchem sich das vorinstanzliche Verfahren befindet (bereits je zwei Parteivorträge erstattet), und des beschränkten Beitrags, den ein Rechtsvertreter noch zu leisten hätte, ist die von der Vorinstanz errechnete, mutmasslich zu erwartende Parteientschädigung nach § 12 Abs. 2 AnwGebV zu reduzieren. Insgesamt betrachtet ist nicht anzunehmen, dass die vom Beschwerdeführer noch zu tragenden Prozesskosten über Fr. 48'340.00

(Überschuss von monatlich Fr. 851.00 x 24 Monate [= Fr. 20'424.00] zuzüglich Vermögensfreibetrag [= Fr. 27'916.00]) liegen werden. Folglich wird er in der Lage sein, die (künftig noch) auf ihn entfallenden Kosten einer Rechtsvertretung im Prozess innert angemessener Frist zu begleichen. Es fehlt damit an der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO.

IV.

1. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO im Grundsatz keine Gerichtskosten zu erheben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Bestimmung auf das kantonale Beschwerdeverfahren nicht anwendbar (vgl. BGE 137 III 470 ff., E. 6.5), weshalb für das vorliegende Verfahren Kosten zu erheben sind.

2.1. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer damit für das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sollte er (sinngemäss) auch für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege verlangen, könnte diesem Gesuch wegen fehlender Mittellosigkeit ebenfalls nicht entsprochen werden. Demgemäss ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren aufgrund von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 600.00 festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

2.2. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, der Beklagten und Beschwerdegegnerin nicht, weil sie im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht unmittelbar betroffene Gegenpartei ist und ihr daher keine Kosten entstanden sind, die zu entschädigen wären (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.00 festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
6. 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 Fr. 9'148'166.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: