

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU160066-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Beschlüsse und Urteil vom 14. Dezember 2016

in Sachen

1. **A.**_____ ,

2. **B.**_____ ,

Mieter, Kläger, Widerbeklagte und Beschwerdeführer,

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

gegen

C._____ **AG**,

Vermieterin, Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin ,

vertreten durch D._____ AG, diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ,

betreffend

Revision / Mietobjekt: E._____ **-Strasse 1, F.**_____

Beschwerde gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Hor-
gen vom 7. September 2016 (MN160004)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Mieter, Kläger, Widerbeklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) haben von der Vermieterin, Beklagten, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) eine 3-Zimmerwohnung an der E. _____-Strasse 1 in F. _____ gemietet, welche sie seit Februar 2015 untervermieten. Nachdem die Beschwerdegegnerin das Mietverhältnis mit Schreiben vom 13. Mai 2015 per 30. September 2015 gekündigt hatte, kam es zu einem Mietschlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz), in dessen Rahmen die Parteien am 3. August 2015 einen Vergleich schlossen, wonach das Mietverhältnis letztmals bis zum 30. Juni 2016 erstreckt werde (act. 19 E. 2.1 sowie act. 30/1 = act. 34/1). In der Folge schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Beschluss vom 2. September 2015 als erledigt ab (act. 19 E. 1.1 und act. 30/1 = act. 34/1).

2. Mit Eingabe vom 6. Juli 2016 stellten die Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ein Revisionsgesuch, in welchem sie die Aufhebung des Vergleiches vom 3. August 2015 sowie des Beschlusses der Vorinstanz vom 2. September 2015 beantragten (act. 2). Nachdem anlässlich der Verhandlung vom 11. Juli 2016 keine Einigung hatte erzielt werden können, ergänzten die Beschwerdeführer ihr Revisionsgesuch innert angesetzter Frist (Prot. VI S. 4) mit Eingabe vom 21. Juli 2016, wobei sie zusätzlich um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ersuchten (act. 10). Die Beschwerdegegnerin nahm daraufhin mit Eingabe vom 15. August 2016 Stellung und beantragte die Abweisung der gegnerischen Anträge und die Ausweisung der Beschwerdeführer (act. 14). Unter Zustellung dieser Eingabe an die Gegenseite wies die Vorinstanz das Revisionsgesuch sowie den Antrag betreffend die aufschiebende Wirkung mit Beschluss vom 7. September 2016 ab und erteilte der Beschwerdegegnerin bezüglich des Ausweisungsbegehrens die Klagebewilligung (act. 17 = act. 19 = act. 21; zitiert als act. 19).

3. Gegen diesen Entscheid erhoben die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. Oktober 2016 fristgerecht (vgl. act. 17/2) Beschwerde, wobei sie folgende Anträge stellten (act. 20 S. 2):

- "1. Der Beschluss vom 7. September 2016 der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen, Geschäfts-Nr.: MN160004, sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt wurde;
3. Es sei der Vergleich, geschlossen an der Schlichtungsverhandlung vom 3. August 2015, sowie der Beschluss vom 2. September 2015 der Schlichtungsbehörde Bezirk Horgen, Geschäfts-Nr. MM150055-F, in Revision zu ziehen und aufzuheben;
4. Es sei festzustellen, dass die Kündigung vom 13. Mai 2015 ungültig sei;
5. Eventualiter sei das Mietverhältnis der Parteien bis zum 30. Juni 2019 zu erstrecken;
6. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren;
7. Es sei den Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des unterzeichnenden beizugeben;
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST)."

4. Mit Verfügung vom 28. Oktober 2016 wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Erstattung einer Beschwerdeantwort angesetzt (act. 25). Nach Eingehen der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 21. November 2016 (act. 29) wurde mit Beschluss vom 25. November 2016 auf das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten (act. 31). Die Beschwerdegegnerin reichte ihre vom 30. November 2016 datierende Beschwerdeantwort innert Frist (vgl. act. 26) ein, wobei sie ihrerseits folgende Anträge stellte (act. 33 S. 2):

- "1. Es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Beschwerdeführer."

5. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-17). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Insbesondere ist das Einholen einer weiteren Stellungnahme der Beschwerdeführer nicht erforderlich, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

II.

Prozessuales

Soweit die Beschwerdeführer ihre Beschwerde auch gegen die Erteilung der Klagebewilligung betreffend das Ausweisungsbegehren der Beschwerdegegnerin richten, ist darauf nicht einzutreten. Die Klagebewilligung als solche kann nicht angefochten werden, vielmehr wären allfällige Mängel im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht geltend zu machen (BGE 140 III 227 E. 3.1; BGE 139 III 273 E. 2.3). Die Parteivorbringen im Beschwerdeverfahren beziehen sich im Übrigen alleine auf die Revision, die ein vom Ausweisungsprozess unabhängiges Verfahren ist und auf diesen – insbesondere, da vorliegend dem Revisionsgesuch bis anhin die aufschiebende Wirkung nicht erteilt wurde – grundsätzlich keinen Einfluss hat. Auf den Antrag der Beschwerdeführer betreffend die Klagebewilligung ist daher auch mangels Begründung nicht einzutreten (vgl. OGer ZH PS160051 vom 25. April 2016, E. 2).

III.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Die Vorinstanz begründete ihren abweisenden Entscheid betreffend die Revision damit, die Beschwerdeführer hätten nicht dargetan, dass sie durch den angefochtenen Vergleich beschwert seien. Sodann verneinte sie das Vorliegen der beiden geltend gemachten Revisionsgründe (act. 19 E. 2.4-5). Die Beschwerdeführer hingegen sind der Ansicht, dass sie durch den angefochtenen Vergleich sehr wohl beschwert seien (act. 20 Rz II.12) und auch die fraglichen Revisionsgründe vorlägen (act. 20 Rz II.2-3 und II.13-25). Sodann rügen sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden könne (act. 20 Rz II.6 ff.). Die Beschwerdegegnerin stimmt ihrerseits den Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich der Revisionsgründe (vgl. act. 33 Rz 13, 18, 22 f., 27-29, 32 und 34-43) sowie der Frage der Beschwer (act. 33 Rz 25 und 31) zu und macht geltend, die Beschwerdeführer würden sich nicht mit dem vor-

instanzlichen Entscheid auseinandersetzen und zahlreiche unzulässige neue Behauptungen aufstellen und neue Beweismittel anrufen (act. 33 Rz 6, 8 und 12). Das rechtliche Gehör sei im Übrigen nicht verletzt (act. 33 Rz 14 ff. und 24).

2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) umfasst unter anderem das Recht, von sämtlichen beim Gericht eingereichten Eingaben Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Damit das Replikrecht wahrgenommen werden kann, besteht unabhängig davon, ob die fragliche Eingabe neue oder erhebliche Vorbringen enthält, ein Anspruch auf deren Zustellung, und zwar vor dem Erlass des Entscheides (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 m.w.H.). Da der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur ist, erfolgt bei einer Verletzung auch dann eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides, wenn das Urteil ohne die Verletzung nicht anders ausgefallen wäre. In der Regel ist die Aufhebung mit einer Rückweisung an die Vorinstanz verbunden (BGE 137 I 195 E. 2.2; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, 3. Aufl. 2016, Art. 53 N 26). Ausnahmsweise kann die Gehörsverletzung vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Dies ist aber nur zulässig, wenn die Verletzung nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz. Auch bei einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs ist von einer Rückweisung der Sache abzusehen, wenn dies zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2).

3.1. Die Beschwerdeführer begründen ihren Vorwurf der Gehörsverletzung damit, dass die vom 15. August 2016 datierende Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zum Revisionsgesuch und dessen Ergänzung (act. 14) den Beschwerdeführern nicht vor dem angefochtenen Entscheid zugestellt worden sei, sodass sie sich dazu nicht hätten äussern können (act. 20 Rz II.4 und II.6). Dies trifft zu (vgl. act. 19 Dispositiv-Ziffer 6). Die Vorinstanz verunmöglichte somit die Wahrnehmung des Replikrechts der Beschwerdeführer und verletzte folglich deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin

(vgl. act. 33 Rz 14 f. und 24) ist nicht massgeblich, ob in der besagten Stellungnahme neue oder erhebliche Vorbringen enthalten waren, wie die Vorinstanz diese Frage beurteilte und ob sie auf die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin abstellte oder nicht. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu entscheiden, ob sie zu einer Eingabe Stellung nehmen wollen oder nicht. Die Vorinstanz hat erst später darüber zu befinden, welche Vorbringen relevant sind und ob zulässige Noven vorhanden und zu berücksichtigen sind.

3.2. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Beschwerdeführer hätten keinen aus der Gehörsverletzung entstehenden Nachteil nachgewiesen (act. 33 Rz 15). Zudem hätten sie in einer Stellungnahme zur Eingabe vom 15. August 2016 aufgrund von Art. 229 ZPO nur noch sehr eingeschränkt Noven vorbringen können, weil sich die Parteien bereits an der Verhandlung vom 11. Juli 2016 je zweimal mündlich und später noch schriftlich hätten äussern können. Zur erfolgreichen Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs hätten die Beschwerdeführer aber nicht nur darlegen müssen, dass sie relevante Noven vorgetragen hätten, sondern auch, dass diese im Sinne von Art. 229 ZPO zulässig gewesen wären. Die Beschwerdeführer hätten aber nichts dergleichen ausgeführt (act. 33 Rz 16 f.).

Zu diesen Einwänden ist zunächst anzumerken, dass aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruches für die Bejahung einer Verletzung nicht von Bedeutung ist, ob den Beschwerdeführern Nachteile entstanden. Auch ist in diesem Zusammenhang irrelevant, was die Beschwerdeführer in der verunmöglichten Stellungnahme vorgebracht hätten und ob dies von der Vorinstanz hätte berücksichtigt werden dürfen – letzteres hätte die Vorinstanz nach dem Vorliegen einer entsprechenden Eingabe zu entscheiden gehabt. Die bisher noch ungeklärte Frage, bis wann im Revisionsverfahren uneingeschränkt Noven geltend gemacht werden können, kann daher vorliegend offen gelassen werden.

Ergänzend ist zudem darauf hinzuweisen, dass sich die Parteien zwar anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 11. Juli 2016 auch zum Revisionsgesuch äussern konnten. Dies erfolgte jedoch im Rahmen von Vergleichsgesprächen (vgl. Prot. VI S. 4 sowie act. 19 E. 1.4), sodass entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin (act. 33 Rz 33) auch Abs. 2 von Art. 205 ZPO nicht ein-

schlägig ist. Vielmehr durften aufgrund der Vertraulichkeit der Vergleichsverhandlungen die Parteivorbringen nicht protokolliert und von der Vorinstanz auch nicht für ihren Entscheid verwendet werden. Entsprechend lässt sich auch nicht argumentieren, die Vorinstanz habe die Eingabe vom 15. August 2016 nicht vorgängig zustellen müssen, weil darin lediglich die bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung gemachten Ausführungen schriftlich festgehalten worden seien (vgl. act. 33 Rz 24). Die fragliche Stellungnahme stellt vielmehr die erste und einzige verwendbare Äusserung der Beschwerdegegnerin zur Sache dar, weshalb der Gegenseite das rechtliche Gehör umso mehr hätte gewährt werden müssen.

3.3. Der Entscheid der Vorinstanz betreffend die Revision ist entsprechend aufzuheben und die Sache an sie zurückzuweisen, es sei denn, eine Heilung der Gehörsverletzung käme in Frage. Dies würde vorliegend voraussetzen, dass der Entscheid von der Rechtsmittelinstanz frei überprüft werden kann, was im Beschwerdeverfahren aufgrund des Novenverbotes gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO aber nicht der Fall ist, worauf auch die Beschwerdeführer hinweisen (act. 20 Rz II.11). Die II. Zivilkammer lässt Noven ausnahmsweise zu, wenn die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzte (OGer ZH RU130042 vom 10. Juli 2013 E. 2.1; OGer ZH PC150069 vom 7. April 2016 E. 2.3), sodass eine Heilung erfolgen kann, wenn die vor erster Instanz nicht mehr möglichen Vorbringen in der Beschwerde geltend gemacht werden. Hingegen hat die I. Zivilkammer eine andere Praxis, wonach Noven auch in solchen Fällen nicht zugelassen werden (OGer ZH PC130041 vom 19. September 2013 E. 1.2).

Vorliegend verhält es sich so, dass die Beschwerdeführer zwar einige neue Tatsachen vorbringen (vgl. etwa act. 20 Rz II.18 und II.22 f.). Zu vielen in der Eingabe vom 15. August 2016 ihrer Ansicht nach enthaltenen neuen Aussagen, Beweismitteln und Widersprüchen, welche sie nur teilweise näher bezeichnen, führen sie aber lediglich aus, dass sie dazu hätten Stellung nehmen wollen, ohne dies in der Beschwerde zu tun (act. 20 Rz II.7-10). Es fragt sich nun, ob von den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführern hätte erwartet werden dürfen, dass sie in Kenntnis der Praxis der II. Zivilkammer sämtliche aus ihrer Sicht erforderlichen Bemerkungen zur gegnerischen Eingabe bereits in der Beschwerde dargelegt

hätten. Dies ist zu verneinen. Auch ein Anwalt, der von der besagten Praxis Kenntnis hat, weiss im Voraus nicht, welche Kammer sein Rechtsmittel behandeln wird. Zu verlangen, dass er für den Fall, dass dies die II. Zivilkammer sein wird, Äusserungen tätigt, die sich als unnötigen Aufwand erwiesen, wenn die Beschwerde durch die I. Zivilkammer behandelt werden sollte, geht zu weit. Eine Nachfrist zur Vornahme entsprechender Ausführungen war ferner nicht anzusetzen, weil eine Ergänzung der Beschwerdeschrift innerhalb der Beschwerdefrist hätten erfolgen müssen, welche jedoch am der Einreichung der Beschwerde folgenden Tag ablief. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass vorliegend eine Heilung der Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren zwar grundsätzlich möglich gewesen wäre, sie jedoch faktisch nicht (mehr) erfolgen kann.

3.4. Im Übrigen ist anzufügen, dass aufgrund der Ungewissheit, was die Beschwerdeführer noch vorbringen werden, auch nicht abschliessend beurteilt werden kann, ob eine Rückweisung einen blossen formalistischen Leerlauf darstellen würde. Damit hat es dabei zu bleiben, dass der angefochtene Entscheid betreffend das Revisionsbegehren und den damit zusammenhängenden Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung aufzuheben und zur Ergänzung des Verfahrens und zum Erlass eines neuen Entscheides an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien zur Sache braucht daher nicht eingegangen zu werden.

4. Abschliessend anzumerken ist schliesslich noch Folgendes: Indem den Beschwerdeführern die Beschwerdeantwort direkt mit dem vorliegenden Entscheid zugestellt wird, können sie sich dazu nicht äussern. Anders als durch den vorinstanzlichen Entscheid, in welchem ihr Gesuch abgewiesen wurde, sind sie dadurch aber nicht beschwert, da sie im zweitinstanzlichen Verfahren mit ihrem Anliegen durchdringen. Zwar beantragen sie nicht ausdrücklich die Rückweisung an die Vorinstanz, sondern lediglich die Feststellung der Gehörsverletzung. Sie gehen jedoch selbst davon aus, dass vor der Rechtsmittelinstanz keine Heilung erfolgen kann (vgl. act. 20 Rz II.11), weshalb eine Rückweisung zu erfolgen hat (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

IV.

Unentgeltliche Rechtspflege, Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die Beschwerdeführer stellen für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (act. 20 S. 2). Zur Begründung führen sie aus, eine Revision sei in rechtlicher Hinsicht komplex, weshalb sie auf einen rechtskundigen Beistand angewiesen seien. Die Belege zu den finanziellen Verhältnissen würden baldmöglichst nachgereicht (act. 20 Rz II.F.16).

1.2. Voraussetzung für die Gutheissung eines solchen Antrages ist, dass die gesuchstellende Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist (Art. 117 ZPO). Die Darlegung und der Nachweis, dass diese Kriterien erfüllt sind, obliegen der gesuchstellenden Person, die bei einer Verletzung dieser Mitwirkungspflicht die Folgen der mangelnden Ausführungen zu tragen hat (ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 119 N 6 f. m.w.H.).

1.3. Die Beschwerdeführer haben bis heute keine Belege zu ihrer finanziellen Situation eingereicht, womit sie die ihnen obliegende Mitwirkungspflicht verletzen. Es kann folglich nicht festgestellt werden, ob sie mittellos sind. Da die Beschwerdeführer anwaltlich vertreten sind und seit der Einreichung der Beschwerde mehrere Wochen verstrichen sind, sodass die Beschwerdeführer genügend Zeit hatten, die von ihnen angekündigten Unterlagen nachzureichen, ist ihnen keine Nachfrist zur Ergänzung ihres Gesuches anzusetzen (vgl. BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.2 sowie OGer ZH PS120050 vom 23. März 2012 E. 4.3), sondern es ist ihr Antrag direkt abzuweisen.

2. Gemäss Art. 113 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ZPO werden für das Schlichtungsverfahren betreffend Miete von Wohn- und Geschäftsräumen keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen, was auch für das Revisions – wie auch das Rechtsmittelverfahren gilt (vgl. OGer ZH RU150009 vom 19. Februar 2015 E. 3; OGer ZH PD110005 vom 23. Juni 2011 E. 2).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Entscheid.

Es wird beschlossen und erkannt:

1. Auf die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 3 des Beschlusses der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen vom 7. September 2016 wird nicht eingetreten.
2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Beschlusses der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen vom 7. September 2016 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführer unter Beilage der Doppel von act. 33 und act. 34/1-5, sowie an die Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

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 Be-

schwerde 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 über Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: