

Beschluss vom 5. März 2018

ZK2 2017 71

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,
Gerichtsschreiberin lic. iur. Gabriela Thurnherr.

In Sachen **A.** _____,
Kläger und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,
Beklagte und Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt C. _____,

betreffend Forderung
(Beschwerde gegen die Verfügung des Vermittleramtes Höfe vom 23. August
2017, SFR 2017 110);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Der A. _____ (nachfolgend Beschwerdeführer) reichte am 15. August 2017 beim Vermittleramt Höfe ein Schlichtungsgesuch ein (Vi-act. 01). Mit Verfügung vom 23. August 2017 trat der Vermittler auf das Schlichtungsgesuch mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein (Vi-act. 03). Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 5. September 2017 Beschwerde mit dem Antrag, das Vermittleramt sei anzuweisen, die Schlichtung durchzuführen (KG-act. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 9. Oktober 2017 beantragt die B. _____ AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (KG-act. 12).

2. Dem Entscheidverfahren vor einer gerichtlichen Instanz geht in der Regel ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde (Vermittleramt, § 69 Abs. 1 JG) voraus (Art. 197 ZPO). Für Streitigkeiten aus Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist die paritätische Schlichtungsbehörde für Mietstreitigkeiten sachlich zuständig (Art. 200 Abs. 1 ZPO; § 69 Abs. 2 JG). Demnach ist im Hinblick auf die sachliche Zuständigkeit für das Schlichtungsverfahren zu prüfen, ob der Vermittler den von den Parteien abgeschlossenen Vertrag, welcher der geltend gemachten Forderung zugrunde liegt, zu Recht als Mietvertrag qualifizierte oder ob wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht ein Beherbergungsvertrag vorliegt.

a) Der angefochtene Nichteintretensentscheid erfolgte unmittelbar nach Einreichen des Schlichtungsgesuches (Vi-act. 01), welchem der Kläger keine Beweise beigelegt hatte. Für den Zuständigkeitsentscheid waren demnach weder ein schriftlicher Vertrag noch Tatsachenbehauptungen der beklagten Partei, sondern lediglich die Behauptungen der klagenden Partei im Schlichtungsgesuch vorhanden. Eine eigentliche Vertragsauslegung zur Qualifikation des Rechtsverhältnisses war demnach nicht möglich. Zweitinstanzlich bringt der Beschwerdeführer zahlreiche Tatsachenbehauptungen vor, welche dem

Schlichtungsgesuch nicht zu entnehmen sind. Insbesondere macht er geltend, sie würden wie ein Gasthof funktionieren und ausschliesslich Beherbergungsverträge ausstellen. Die Schlichtungsstellen der Bezirke Horgen, Meilen und Hinwil hätten mehrfach bestätigt, dass die Schlichtungsstelle in Mietsachen nicht zuständig sei (KG-act. 1). Diese Ausführungen sind zweitinstanzlich neu. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven. Der Grund für diese Regelung ist, dass das Beschwerdeverfahren keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Prozesses ist, sondern im Wesentlichen eine Rechtskontrolle des angefochtenen Entscheides beinhaltet (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 3 f. zu Art. 326 ZPO). Die neuen Tatsachenbehauptungen in der Beschwerde können somit nicht berücksichtigt werden. Im Folgenden kann lediglich geprüft werden, ob die Vorinstanz die Frage der Vertragsqualifikation anhand der Angaben im Schlichtungsgesuch rechtmässig vornahm.

b) Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten (Art. 253 OR). Der Vermieter hat die Sache ausserdem in einem zum vereinbarten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Der Mieter hat nebst dem Mietzins – und sofern vereinbart den Nebenkosten (Art. 257a OR) – auch kleinere Mängel selber zu bezahlen (sog. kleiner Unterhalt, Art. 259a OR). Der Mietvertrag kommt formfrei zustande (Weber, in: Basler Kommentar zum OR, 6. A., Basel 2015, N 7 zu Art. 253 OR). Der Beherbergungsvertrag ist ein Innominatkontrakt, mit welchem sich der Gastwirt verpflichtet, einen Gast für eine vereinbarte Zeit ein oder mehrere möblierte Zimmer bewohnen zu lassen und diese instand zu halten (Huguenin, Obligationenrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 3979). Der Gastwirt schuldet die Überlassung von bestimmten Räumen sowie eine angemessene Bedienung, deren Umfang und Qualität

vom Standard der Herberge abhängt. Der Gast verpflichtet sich, das Entgelt für die Beherbergung zu bezahlen (Huguenin, a.a.O., Rz. 3994 f.).

c) Der Beschwerdeführer machte im Schlichtungsgesuch u.a. geltend, die Beschwerdegegnerin habe ein möbliertes Zimmer für monatlich Fr. 800.00 bestellt. Von der *Mieterin* hätten sie eine Zahlung von Fr. 80.00 erhalten. Der ausstehende Restbetrag (von Fr. 1'720.00) sei von der Beschwerdegegnerin nicht bezahlt worden (Vi-act. 01). Aus dieser Umschreibung des Rechtsverhältnisses geht hervor, dass der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin ein möbliertes Zimmer für eine monatliche Entschädigung von Fr. 800.00 zur Verfügung stellte. Dass er für die Beschwerdegegnerin oder die Bewohnerin des Zimmers weitere Dienstleistungen im Sinne eines Beherbergungsvertrages erbracht hätte (z.B. Empfangs- oder Reinigungsdienst; vgl. Entscheid Cour de justice Genf vom 5. September 2005, E. 2.1, in: mp 1/02, S. 14 ff.; Claire Huguenin/Arnold F. Rusch, Der Bewirtungsvertrag, in: Jusletter 5. Oktober 2005, Rz. 2), behauptete er nicht. Sodann bezeichnete er die Bewohnerin des Zimmers als *Mieterin* anstatt als *Gast*, wie dies für einen Beherbergungsvertrag zuträfe. Schliesslich spricht auch die kurze Dauer der Zimmernutzung von etwas mehr als zwei Monaten (Totalforderung von Fr. 1'800.00 bei Fr. 800.00/Monat) nicht gegen einen Mietvertrag, weil ein Mietverhältnis auch befristet abgeschlossen werden kann (Art. 255 Abs. 1 OR) und keine Mindestdauer vorgeschrieben ist. Zusammenfassend qualifizierte die Vorinstanz somit das Vertragsverhältnis anhand des damaligen Behauptungs- und Beweisstandes zu Recht als Mietvertrag, sodass sich das Vermittleramt zu Recht als unzuständig erachtete. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

3. Ausgangsgemäss gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegner hat die Beschwerdegegnerin angemessen zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

a) In Zivilsachen mit einem Streitwert unter Fr. 2'000.00 wird das Honorar grundsätzlich nach dem notwendigen Aufwand bestimmt. Das Gesamthonorar beträgt höchstens Fr. 1'500.00 und der Stundenansatz je nach Bedeutung der Sache Fr. 180.00 bis Fr. 220.00 (§ 8 Abs. 1 GebTRA i.V.m. Art. 96 ZPO). Eine Partei kann eine spezifizierte Kostennote einreichen. Erscheint sie angemessen, ist sie der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen. Andernfalls wird die Vergütung nach pflichtgemäsem Ermessen festgelegt (§ 6 Abs. 1 GebTRA). Der Rechtsanwalt der Beschwerdegegnerin reichte eine Kostennote mit einem Aufwand von 4,2 Stunden (Fr. 1'470.00) und Auslagen von Fr. 60.00, total Fr. 1'530.00 (inkl. Auslagen, exkl. MWST) ein (KG-act. 23/1). Der geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 350.00 liegt wesentlich über dem gemäss Gebührentarif zulässigen Höchstansatz. Ausserdem erscheint der Aufwand angesichts der unzulässigen Noven in der Beschwerde und der geringen Schwierigkeit der Streitsache als zu gross. Die Entschädigung für die Beschwerdeantwort und das Studium der zweitinstanzlichen Eingaben (KG-act. 1 und 14) ist daher ermessensweise auf pauschal Fr. 800.00 (inkl. Auslagen und MWST) festzulegen.

b) Der Beschwerdeführer beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (KG-act. 14). Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat diejenige Person, welche nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Mittellosigkeit) und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Mittellos ist, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie braucht (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 4 zu Art. 117 ZPO). Als aussichtslos erscheinen Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und daher nicht mehr 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

(Rüegg/Rüegg, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. A., Basel 2017, N 18 zu Art. 117 ZPO). Die gesuchstellende Person hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Der gesuchstellenden Person kommt somit eine umfassende Mitwirkungspflicht zu (Rüegg/Rüegg, a.a.O., N 3 zu Art. 119 ZPO; Emmel, a.a.O., N 6 zu Art. 119 ZPO). Grundsätzlich steht dieser Anspruch nur natürlichen Personen zu. Eine juristische Person kann ausnahmsweise einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (Urteil BGer vom 22. Mai 2017, 4A_75/2017, E. 3; vgl. KG-act. 15).

Der Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 24. Oktober 2017 (KG-act. 15) und mit Verfügung vom 9. November 2017 (KG-act. 18) aufgefordert, das Formular „Auskünfte zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege“ ausgefüllt und mit Beilagen einzureichen sowie darzulegen, dass sowohl der Beschwerdeführer (Verein) als auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos seien. Der Beschwerdeführer kam dieser Aufforderung jedoch nicht nach. Der Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgte demnach vollkommen unbegründet und unbelegt. Hinzu kommt, dass angesichts der novenrechtlich grösstenteils unzulässigen Beschwerdebegründung und der eigenen Qualifikation im Schlichtungsgesuch als Mietvertrag die Beschwerde als aussichtslos anzusehen ist. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist somit abzuweisen;-

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 800.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 800.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu entschädigen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der gleichen Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 1'720.00.
6. Zufertigung an den A. _____ (1/R), an Rechtsanwalt C. _____ (2/R), die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

6. März 2018 kau