

# ZH\_OBERGERICHT PD120019 vom 21. Dezember 2012

ZH Obergericht, 2012-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PD120019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PD120019)

FR: ZH\_OBERGERICHT PD120019 du 21 décembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT PD120019 del 21 dicembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Die Klägerin reduziert ihre Forderung wegen des Mangelfolgeschadens des Kühlschranks i.S. von Art. 259e OR auf CHF 1'200.00 und der Beklagte anerkennt die Forderung in diesem Umfang.

#### E. 1.1

Der Beklagte hat in seiner Zahlungsaufforderung vom 9. Februar 2012 einen Zahlungsausstand von Fr. 1'971.75 abgemahnt. Für die Zusammensetzung des Betrags verwies er auf einen von ihm erstellten Kontoauszug, woraus sich, wenn man einen darin noch nicht verbuchten Zahlungseingang vom 2. Februar 2012 berücksichtigt, per 2. Februar 2012 ein Saldo von Fr. 2'161.25 ergibt. Davon zog er einen Betrag von Fr. 189.50 (unter anderem Kosten für das Öffnen der Wohnungstür der Klägerin) ab (act. 7/29/12 f. und 7/29/8; vgl. insbes. die Buchungen vom 4. September 2008 und 2. März 2009). Der Kontoauszug weist letztmals per Ende März 2008 einen Saldo von Null aus. In den Monaten September bis November 2009, die im Folgenden eine Rolle spielen, sieht er wie folgt aus (act. 7/29/8): Text Soll Haben Saldo (in Fr.) (in Fr.) (in Fr.) 01.09.2009 Sollstellung 09.09 911 3'837.50 04.09.2009 A. \_\_\_\_\_ 850 2'987.50 16.09.2009 A. \_\_\_\_\_ 850 2'137.50 30.09.2009 Kostengutsprache 1'500 637.50 01.10.2009 Sollstellung 10.09 896 1'533.50 01.11.2009 Sollstellung 11.09 896 2'429.50 06.11.2009 A. \_\_\_\_\_ 850 1'579.50

#### E. 1.2

Die Klägerin reagierte auf die Kündigungsandrohung mit einem als "Verrechnungseinsprache" überschriebenen Schreiben vom 4. März 2012 (act. 7/27/2). Sie verwies auf eine von den Parteien in einem mietgerichtlichen Verfahren geschlossene "Vergleichsvereinbarung" vom 4./7. September 2009 (gerichtliche Abschreibungsverfügung: 9. September 2009) mit folgendem Inhalt (act. 7/8/1 = act. 7/29/4):

- 4 -

#### E. 1.3

Vor Vorinstanz stellte der klägerische Vertreter die Forderung des Beklagten in Frage (Prot. I S. 8; vgl. act. 7/1 S. 3). Aus der Zeit vor der Vergleichsvereinba-

- 5 - rung vom September 2009 sei als Folge von Ziff. 6 der Vereinbarung nichts mehr offen. Auch dass der Rest der Forderung noch offen sei, werde bestritten. Der klägerische Vertreter machte geltend, es sei ihm nicht möglich gewesen, aus all den Belegen und Quittungen – es sei immer per Post bezahlt worden – zu eruieren, ob Forderungen gegen die Klägerin offen seien (Prot. I S. 8 f., 17). Weiter berief sich der klägerische Vertreter vor Vorinstanz darauf, dass die Klägerin mit Schreiben vom 4. März 2012 (act. 7/27/2) Verrechnung erklärt habe, unter anderem mit Forderungen aus Mängeln. Mit der

Vergleichsvereinbarung vom September 2009 habe der Beklagte wegen des defekten Kühlschranks einen Mängelfolgeschaden von Fr. 1'200.– anerkannt. Der Kühlschrank sei noch immer nicht ersetzt. Deshalb sei weiterer Schaden entstanden, welcher den Betrag von Fr. 1'900.– übersteige (Prot. I S. 9, 10, 15 f.). Dem Beklagten sei sodann seit drei Jahren bekannt, dass das innere Glas des Backofens defekt sei und die Klägerin den Backofen nicht mehr gebrauchen könne. Auch der Wandschrank sei unbrauchbar, weil eine Heisswasserleitung hindurchführe (Prot. I S. 16). Schliesslich sei zu prüfen, ob das lange Zuwarten des Beklagten mit der Kündigung nicht missbräuchlich sei, zumal die Forderung des Beklagten vor allem Mietzinse für die Monate März und Oktober 2009 betreffe (Prot. I S. 10).

#### **E. 1.4**

Der Beklagte bestritt vor Vorinstanz, dass der Vergleich vom September 2009 die ausstehenden Mietzinse betroffen habe (Prot. I S. 10). Er machte geltend, dass die Verrechnungserklärung vom 4. März 2012 ungültig sei, weil sie nicht bezugsfähig beziffert sei. Auch bestehe keine verrechenbare Gegenforderung. Die Klägerin habe das Auswechseln des Kühlschranks trotz der seitens des Beklagten bestehenden Bereitschaft nie ermöglicht. Für andere Mängel sei nichts geschuldet; sicherlich nichts im geltend gemachten Umfang (Prot. I S. 13). Der Mangel bezüglich des Wandschranks sei im Vergleich der Parteien geregelt worden. Der Mangel des Backofens sei nicht bekannt (Prot. I S. 18). Während der 30-tägigen Zahlungsfrist sei keine Zahlung erfolgt, nicht einmal eine Teilzahlung. Das Argument, dass mit der Vereinbarung vom September 2009 alle alten Forderungen getilgt worden seien, sei vom klägerischen Vertreter schon damals vorgebracht worden. Der Vertreter des Beklagten habe ausdrücklich entgegnet, die

- 6 - Klägerin solle doch den Betrag bezahlen, welcher sowieso geschuldet sei, sie solle wenigstens jenen Betrag bezahlen, welcher nach Abschluss der Vereinbarung entstanden sei. Auch das habe sie nicht getan. Die von der Klägerin am 6. März 2012 – und damit innerhalb der 30-tägigen Zahlungsfrist – geleistete Zahlung von Fr. 858.– sei für den Monat März 2012 bestimmt gewesen (Prot. I S. 13/14). 2. Die Vorinstanz erwog, dass der Kontoauszug des Beklagten von der Klägerin nicht substantiiert bestritten worden sei. Unbestritten sei insbesondere, dass die Mietzinse für März 2009 (Fr. 911.–) und Oktober 2009 nicht bezahlt worden seien und seit Oktober 2009 diverse Mietzinsausstände aufgelaufen seien, weil die Klägerin jeweils nur Fr. 850.– pro Monat bezahlt habe, wohl in der fälschlichen Annahme, der Mietzins belaufe sich gemäss Vergleichsvereinbarung ab Oktober 2009 auf insgesamt Fr. 795.–. Dazu seien aber noch Fr. 101.– Nebenkosten hinzugekommen (Erw. II/5.1). Dafür, dass die Vereinbarung der Parteien vom September 2009 mit der Verpflichtung des Beklagten, der Klägerin einen Saldobetrag von Fr. 1'500.– zu zahlen (act. 7/8/1 = act. 7/11/7), in dem Sinn habe verstanden werden dürfen, dass die Parteien damit bezüglich des Mietverhältnisses per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt gewesen seien, spreche nichts (Erw. II/5.2–5.3). Die Verrechnungseinrede der Klägerin habe kaum Aussicht auf Erfolg. Ein Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses wegen Mangelhaftigkeit des Kühlschranks stehe der Klägerin kaum zu. Aus den Schreiben des Beklagten an die Klägerin vom 18. November 2009, 26. Januar 2010 und 9. Februar 2012 (act. 7/29/1, 7/29/9, 7/29/12) ergebe sich genügend klar, dass er sich bemüht habe, den Kühlschrank zu ersetzen, dies aber am Verhalten der Klägerin gescheitert sei. Mehr als fraglich erscheine, dass die Klägerin wegen Mangelhaftigkeit des Backofens einen Herabsetzungsanspruch habe, jedenfalls kaum in

Höhe von Fr. 1'971.75. Beim Wandschrank handle es sich, wie sich aus Entscheiden des Miet- und Obergerichts ergebe, nicht um einen Mangel (Erw. II/5.5–5.6).

- 7 - Das alles indiziere, dass von einer gültigen Zahlungsverzugskündigung auszugehen sein dürfte. Das lange Zuwarten des Beklagten mit der Kündigung ändere daran kaum etwas (Erw. II/5.6). 3. Mit der Beschwerde rügt die Klägerin, dass die Vorinstanz die Aussichtslosigkeit der Klage "nicht in vorläufig summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage geprüft" habe, sondern in unzulässiger Weise einen "Endentscheid in der Sache" vorweggenommen habe, ohne ihr "das rechtliche Gehör (Parteivorträge, Beweisverfahren etc.)" zu gewähren (act. 2 S. 5 Ziff. 10, S. 8 Ziff. 22, S. 9 Ziff. 27). Dem klägerischen Vertreter sei vor der Instruktionsverhandlung versichert worden, dass keine Parteivorträge zur Sache anständen und nur die in der Vorladung erwähnten Themen, insbesondere das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, behandelt würden (act. 2 S. 4 Ziff. 8). "Unabhängig von der gerügten nicht vorläufig summarischen Prüfung" beanstandet die Klägerin, dass die Vorinstanz von der Aussichtslosigkeit der Klage ausgegangen sei und dadurch Art. 117 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 und Abs. 2 BV verletzt habe (act. 2 S. 5 ff., S. 9 Ziff. 28). Der vorinstanzlichen Erwägung, dass der Kontoauszug des Beklagten nicht substantiiert bestritten worden sei, hält die Klägerin entgegen, dass keine detaillierte und substantiierte Stellungnahme zu den diversen angeblich offenen Zahlungen habe verlangt werden dürfen. Es sei mit Sinn und Zweck des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege nicht vereinbar, dass sich der Rechtsbeistand bereits vor Stellung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege abschliessend mit dem Prozessstoff befassen müsse (act. 2 S. 6 Ziff. 15 f.). Die Vergleichsvereinbarung vom September 2009 (Auszahlung von Fr. 1'500.–) sei ein starkes Indiz dafür, dass damals ausserhalb der im Vergleich geregelten Ansprüche keine offenen Forderungen bestanden hätten (act. 2 S. 7 Ziff. 20, S. 8 Ziff. 23). Die hinter der Vereinbarung stehende Absicht der Parteien müsse, eventuell mittels Parteibefragung/Zeugenaussagen, geklärt werden (act. 2 S. 7 Ziff. 19). Auch die Behauptung, dass der Beklagte sich um den Ersatz des Kühlschranks gekümmert habe, die Klägerin aber dazu nicht Hand geboten habe,

- 8 - bedürfe der Untersuchung und des Beweises (act. 2 S. 8 Ziff. 24). Der vorinstanzliche Vorwurf, dass die Herabsetzungsansprüche in Bezug auf den Backofen nicht ansatzweise spezifiziert seien (act. 6 Erw. II/5.6), sei vor den Parteivorträgen verfrüht (act. 2 S. 8 Ziff. 25). Schliesslich könne auch die Missbräuchlichkeit der Kündigung wegen mehrjährigen Zuwartens nicht verneint werden ohne eingehende Prüfung der Gründe und Umstände des Zuwartens. Zu prüfen sei auch, ob die Kündigung nicht deshalb missbräuchlich sei, weil der Beklagte seinen eigenen Verpflichtungen aus dem Vergleich vom September 2009 nicht nachgekommen sei (act. 2 S. 8/9 Ziff. 26). III. 1. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt voraus, dass der Gesuchsteller nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO hat die gesuchstellende Partei nicht nur ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen, sondern sich auch zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. 2. Der Vertreter des Beklagten hat, wie er vor Vorinstanz ausführte, dem klägerischen Vertreter, als dieser während der 30-tägigen Zahlungsfrist geltend machte, dass mit der Vergleichsvereinbarung vom September 2009 die alten Forderungen getilgt worden seien, geantwortet, die Klägerin solle wenigstens den nach Abschluss der Vereinbarung entstandenen Betrag bezahlen (Prot. I S. 13/14). Hat die Klägerin diesen Betrag bezahlt, erscheint die Klage für sie im Rahmen des hier vorläufig zu

Prüfenden nicht aussichtslos. Eine Prüfung des Kontoauszuges des Beklagten führt zu folgendem Ergebnis (act. 7/29/8):

- 9 - Im Zeitpunkt der Kündigungsandrohung belief sich der Saldo unter Berücksichtigung der Mietzinszahlung vom 2. Februar 2012 auf Fr. 2'161.25 zugunsten des Beklagten (= Fr. 3'011.25 – Fr. 850.–). Der Beklagte zog einen der Klägerin vor Abschluss der Vergleichsvereinbarung vom September 2009 belasteten Betrag von Fr. 189.50 ab und forderte die Klägerin auf, Fr. 1'971.75 zu zahlen (= Fr. 2'161.25 – Fr. 189.50; act. 7/29/12). Die vom Beklagten gemäss Vergleichsvereinbarung vom September 2009 geschuldete Zahlung von Fr. 1'500.– ist in diesem Betrag berücksichtigt (Gutschrift vom 30. September 2009). Im Zeitpunkt der Vergleichsvereinbarung vom 4./7. September 2009 hatte sich der Saldo auf Fr. 2'987.50 belaufen (vorn Erw. II/1.1). Setzt man diesen Betrag auf Null und korrigiert man den Schlussaldo von Fr. 2'161.25 entsprechend, ergibt sich ein korrigierter Schlussaldo von Fr. 826.25 zugunsten der Klägerin (= Fr. 2'161.25 – Fr. 2'987.50). Rechnet man, wie die Parteien es übereinstimmend tun (Prot. I S. 10, 11, act. 2 S. 8 Ziff. 26), die Zahlung der Klägerin vom 16. September 2009 in Höhe von Fr. 850.– an die vor der Vergleichsvereinbarung vom 4./7. September 2009 verfallenen Mietzinse an, beträgt der Saldo Fr. 23.75 zugunsten des Beklagten. Ergibt sich somit, dass die Forderung des Beklagten aus der Zeit nach der Vergleichsvereinbarung ganz oder zumindest fast ganz beglichen war, ist die Aussichtslosigkeit der Klage zu verneinen. Zur Klarstellung sei festgehalten, dass die von der Klägerin Anfang März 2012 geleistete Zahlung von Fr. 858.– vom Beklagten an den damals laufenden März-Mietzins in ebendieser Höhe angerechnet wurde, was der Erklärung der Klägerin in der "Verrechnungseinsprache" vom 4. März 2012, dass sie einschliesslich März 2012 alle Mietzinse bezahlt habe, entspricht (Prot. I S. 14, act. 7/29/7, act. 7/27/2 S. 3). 3. Ob bzw. mit welcher Wahrscheinlichkeit aus der Zeit vor der Vergleichsvereinbarung eine Schuld der Klägerin offen ist, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben. Offenbleiben kann auch, ob ein Mietzinsherabsetzungsanspruch der

- 10 - Klägerin wahrscheinlich ist. Was schliesslich den im Zusammenhang mit dem Kühlschrank geltend gemachten Mängelfolgeschaden betrifft, lässt sich aus dem Umstand, dass der Beklagte im September 2009 einen Schaden von Fr. 1'200.– anerkannte, nicht auf einen aktuellen Anspruch schliessen (Prot. I S. 9, 10, 15). Alles das hier offen zu Lassende wird gegebenenfalls im Verfahren zur Hauptsache einlässlich zu prüfen sein. IV. 1. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Befreiung von Vor-schussleistungen und Gerichtskosten, Bestellung eines Rechtsbeistandes; Art. 118 ZPO). Die Bedürftigkeit der Klägerin im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO und die Notwendigkeit anwaltlicher Vertretung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) sind zu be-jahren. 2. Antragsgemäss ist der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege auch für das Rechtsmittelverfahren zu gewähren, allerdings beschränkt auf die unentgeltliche Rechtsverteidigung. Gerichtskosten werden nach der Praxis der Kammer auch im zweitinstanzlichen Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege nicht erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Für die Zusprechung einer Parteientschädigung gibt es keine gesetzliche Grundlage. 3. Bei einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 838.– (ab 1. April 2012; act. 7/29/7) ergibt sich, wenn man die dreijährige Kündigungssperre nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR berücksichtigt, ein Fr. 15'000.– übersteigender Streitwert (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG).

- 11 - Es wird beschlossen:

## **E. 2**

Der Vermieter verpflichtet sich, den Kühlschrank in der Küche fachgerecht [...] zu ersetzen.

## **E. 3**

Der Beklagte bezahlt der Klägerin CHF 1'294.40 als Mietherabsetzung aufgrund der erlittenen Bauimmissionen.

## **E. 4**

Der Vermieter reduziert seine Nachforderung für die Mietzinserhöhung vom 1. April 2008 bis zum 30. September 2009 auf den Betrag von CHF 994.40. Im Gegenzug zieht die Mieterin die Anfechtung der Mietzinserhöhung beim Mietgericht Proz. Nr. MA080008 unter Kosten- [...] und Entschädigungsfolgen [...] zurück.

## **E. 5**

Der neue Mietzins beträgt CHF 795.– [...]

## **E. 6**

Die Forderungen aus Ziff. 1, 4 und 5 [so!] werden gegenseitig verrechnet. Der Vermieter verpflichtet sich, der Mieterin den daraus resultierenden Saldobetrag von CHF 1'500.– innert 30 Tagen nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung auszusahlen.

## **E. 7**

[...] Im Übrigen machte die Klägerin im Wesentlichen Folgendes geltend (act. 7/27/2): – Der Beklagte verzichte in der Vergleichsvereinbarung auf Mietzinsnachforderungen. Die Nachforderung der Mietzinse für die Zeit von 2008 bis September 2009 sei deshalb nicht rechtmässig. – Für die Zeit nach 2009 habe das Gericht eine Mietzinshöhe von "Fr. 794.–" festgesetzt; sie habe laut Kontoauszug immer mehr bezahlt, nämlich Fr. 850.–. – Für die Zeit von 2010 bis März 2012 seien alle Mietzinse bezahlt. – Der Betrag von Fr. 1'500.– gemäss Vergleichsvereinbarung Ziff. 6 sei ihr nicht überwiesen worden. – Das Mietobjekt weise seit 3 ½ Jahren Mängel auf, welche es um 25 % "verminderten". Dennoch habe sie immer den Mietzins für ein intaktes Mietobjekt bezahlt. Der Kochherd, der Kühlschrank und Schränke seien unbrauchbar. Zudem müsse sie wegen des defekten Kühlschranks immer wieder verdorbene Lebensmittel wegwerfen (ca. Fr. 60.– pro Woche). Wegen verdorbener Lebensmittel habe sie drei Spitalaufenthalte gehabt. Seit dem Vergleich vom September 2009, in welchem abgerechnet worden sei, seien wieder mehr als 2 ½ Jahre vergangen ohne Instandstellung. Es treffe nicht zu, dass sie diese nicht zugelassen habe.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.