

# **ZH\_OBERGERICHT PF110018 vom 1. Juli 2011**

ZH Obergericht, 2011-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PF110018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF110018)

FR: ZH\_OBERGERICHT PF110018 du 1 juillet 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT PF110018 del 1 luglio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Gesuchsgegner sind Mieter in der Liegenschaft der Gesuchsteller. Von der Nebenkostenabrechnung für die Periode 1. Juli 2008 bis 30. Juni 2009 in der Höhe von Fr. 818.10 bezahlten die Gesuchsgegner einen Betrag von 403.85. Den ausstehend gebliebenen Teilbetrag von Fr. 414.25 setzten die Gesuchsteller in Betreibung, woraus letztlich ein Verlustschein resultierte. In der Folge wurde den Gesuchsgegnern wegen dieses Ausstandes je eine Kündigungsandrohung mit Zahlungsfrist gemäss Art. 257d OR zugestellt, was nach unbenutztem Ablauf der Frist zur a.o. Kündigung des Mietverhältnisses führte.

### **E. 2**

Zunächst stellt sich die Frage nach dem Zusammenspiel des (vereinfachten) mietrechtlichen Verfahrens i.S.v. Art. 243 ff. ZPO und des Ausweisungsverfahrens gemäss Art. 257 ZPO. Die Gesuchsgegner gehen davon aus, dass zuerst über die Kündigungsanfechtung zu entscheiden und bis dahin das summarische Ausweisungsverfahren vor dem Einzelgericht zu sistieren sei. Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 ist Art. 274 ff. OR (ersatzlos) gestrichen worden. Bisher regelte Art. 274g OR die Zuständigkeit bei paralleler Anfechtung der Kündigung im mietrechtlichen Verfahren einerseits und beim summarischen Ausweisungsverfahren andererseits: Vorgesehen war, dass der Ausweisungsrichter (in den namentlich aufgeführten Fällen von lit. a-d) auch über die Kündigungsanfechtung befinden müsse (Art. 274g Abs. 1 OR), und Art. 274 Abs. 3 ZPO ordnete an, dass Begehren von Mietern durch die Schlichtungsbehörde an den durch die Vermieterschaft

### **E. 3**

Die Gültigkeit der Kündigung ist – wenn bestritten – im Ausweisungsverfahren eine Vorfrage (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich)

### **E. 4**

Die Streichung von Art. 274 ff. OR führt dazu, dass es keine Überweisung der mietrechtlichen Anfechtungsverfahren an das summarische Ausweisungsgericht mehr geben kann. Mietrechtliche Anfechtungen sind im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu behandeln, so dass eine Überweisung ins summarische Verfahren ohne eine besondere gesetzliche Grundlage und allein gestützt auf die allgemeinen Vorschriften von Art. 125 ff. ZPO nicht in Frage kommt (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N. 18 zu Art. 257; für die Vereinigung)

### **E. 5**

Schliesslich ist zu prüfen, ob das (summarische) Ausweisungsverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des mietrechtlichen Kündigungsschutzes im vereinfachten

Verfahren zu sistieren wäre, weil „der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist“ (Art. 126 Abs. 1 ZPO), was die Gesuchsgegner verlangen. Dagegen spricht die Natur des summarischen Verfahrens, und eine Sistierung des Ausweisungsverfahrens wäre nur dann in Betracht zu ziehen, wenn berechnete Interessen der Parteien sonst nicht berücksichtigt werden könnten (zum Vorrang des Beschleunigungsgebotes vgl. ZK ZPO-Staehelin, N. 4 zu Art. 126; a.A. Tarkan Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Anm. 27 zu Art. 257 ZPO, für den Fall, dass neben der Frage der formellen Gültigkeit auch die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung [Art. 271 ZPO] mit nicht liquiden Beweismitteln geltend gemacht wird, wobei als Alternative eine Kompetenzattraktion beim Ausweisungsgericht erwogen wird). Das Argument der Gesuchsgegner, die mietrechtlichen Verfahren wären jedenfalls besser geeignet, ist nicht schlüssig. Darauf wurde nämlich auch bisher mit Art. 274g OR keine Rücksicht genommen, indem dort der Ausweisungsrichter – in voller Kognition – die gleichen mietrechtlichen Fragen beurteilt, die er jetzt als Vorfrage und auf einer schmaleren Basis (mit beschränkter Kognition) beurteilen muss. Dass die Interessen der Parteien auch beim neurechtlichen Verfahrensablauf durchaus gewahrt sind, wird sogleich zu zeigen sein.

## E. 6

gungsanfechtung, die im Rahmen des Ausweisungsprozesses eine Vorfrage (vgl. Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel 1990, Rz 141, 562) darstellt, im summarischen Verfahren zu überprüfen. Dass die Gültigkeit der Kündigung im mietrechtlichen Verfahren Hauptsache, im summarischen Ausweisungsverfahren Vorfrage ist, räumen auch die Gesuchsgegner ein, woraus sie allerdings – wie bereits erwähnt – den unrichtigen Schluss ziehen, dass sich das Ausweisungsgericht auch nicht vorfragenweise mit der Gültigkeit der Kündigung befassen dürfe. Die Verpflichtung des Ausweisungsgerichts, die Kündigung vorfragenweise zu überprüfen, führt dazu, dass die Mieter entsprechende Anträge stellen und die Grundlagen für die vorzunehmende Überprüfung beibringen müssen. Sie können sich nunmehr nicht mehr darauf verlassen, dass ihre Vorbringen im mietrechtlichen Verfahren mit der Überweisung „automatisch“ ins Ausweisungsverfahren überführt werden. Gegenüber dem früheren Rechtszustand gemäss Art. 274g OR besteht die Einschränkung, dass die Überprüfung – wegen des summarischen Verfahrens – nicht mit voller Kognition erfolgen kann (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N. 18 zu Art. 257). Das benachteiligt jedoch die beklagten Mieter nicht. Lässt sich die Vorfrage der Gültigkeit der Kündigung mit den Mitteln des summarischen Verfahrens nicht abschliessend beurteilen, weil die Rechtslage oder der Sachverhalt unklar sind, so führt dies zu einem Nichteintretensentscheid (Art. 257 Abs. 3 ZPO), und zwar betrifft das Nichteintreten selbstverständlich nicht nur die Vorfrage, sondern das Ausweisungsbegehren insgesamt (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N. 18 zu Art. 257). Das Ausweisungsbegehren kann dann von der Vermieterschaft bei der Schlichtungsbehörde und danach beim Mietgericht im vereinfachten Verfahren gestellt (wobei hinsichtlich der Rechtshängigkeit Art. 63 ZPO gilt) bzw. allenfalls als Widerklage (im bereits pendenten Kündigungsschutzverfahren der Mieter) geltend gemacht werden. Die im summarischen Verfahren nicht mit der nötigen Sicherheit zu klärende Kündigungsfrage wird alsdann auf der erforderlichen breiten Basis und ohne Beweismittelbeschränkung geklärt. Lässt sich hingegen die Gültigkeit der Kündigung im summarischen Verfahren klären, weil die Rechts- und Sachlage klar sind, so resultiert daraus kein Nachteil; bei einer klaren Sachlage spielt die Beweismittelbeschränkung des summarischen Verfahrens keine Rolle,

## **E. 7**

Ob bei einem pendenten Ausweisungsverfahren, in dem die Kündigung vorfrageweise überprüft wird, das mietrechtliche (Haupt-)Verfahren sistiert werden soll (Art. 126 ZPO), wie dies die Gesuchsteller unter Hinweis auf Dominik Gas-ser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, N. 11 zu Art. 257) verlangen und wie dies das Mietgericht ... getan hat, kann hier offen bleiben, weil die Sistierung des mietrechtlichen Verfahrens nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist. Die Gesuchsteller weisen zu Recht darauf hin, dass die Sistierungsverfügung anfechtbar gewesen wäre, dass das aber offenbar nicht geschehen ist. Rein dogmatisch spricht Einiges dagegen, dass der Hauptprozess eingestellt wird, nur weil in einem anderen Verfahren der Streitgegenstand des Hauptprozesses als Vorfrage geklärt werden muss. Sehr theoretisch wäre es denkbar, dass das mietrechtliche Verfahren das summarische Ausweisungsverfahren „überholen“ würde, und dass der Ausweisungsrichter dann das (rechtskräftige) Ergebnis des mietrechtlichen Verfahrens übernehmen müsste und an dieses vollumfänglich gebunden wäre. Praktisch ist dies in der vorliegenden Konstellation allerdings nicht realistisch, weil das summarische Ausweisungsverfahren erheblich schneller abgeschlossen sein dürfte. Immerhin kann das Anliegen, unnötige Kosten zu vermeiden, gegen ein paralleles Tätigwerden zweier Gerichten angeführt werden. Die Sistierung des mietrechtlichen Hauptsacheverfahrens hat auch dann einen gewissen faktischen Vorteil, wenn nach einem Nichteintreten wegen Illiquidität (Art. 257 Abs. 3 ZPO) die Ausweisungsfrage im mietrechtlichen Verfahren eingebracht wird, weil die „Konservierung“ des mietrechtlichen Verfahrens im Anfangsstadium Widerklagen bzw. Vereinigungen begünstigt; wäre das mietrechtliche Verfahren schon weit fortgeschritten, ev. sogar bereits vor einer oberen Instanz, so entfielen eine Zusammenführung der beiden Verfahren.

## **E. 8**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass verfahrensrechtlich nichts gegen das Vorgehen der Vorinstanz spricht, ja im Gegenteil davon auszugehen ist, dass sie damit an die langjährige Rechtsprechung anknüpft, dass sie aber auch die aus der Streichung von Art. 274g OR folgenden Konsequenzen berücksichtigt. Damit steht auch fest, dass diese Art des Vorgehens nicht allein auf Meinungsäusserungen von interessierten „Vermieteranwälten“ beruht, wie die Gesuchsgegner geltend machen, sondern soweit möglich der bisherigen Praxis und den Leitlinien der allgemeinen Prozessrechtsdogmatik folgt. Wie der Aufsatz von Anita Thanei (Die Auswirkungen der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung auf die mietrechtlichen Verfahren, insbesondere auf das Schlichtungsverfahren, mp 4/2009, S. 179 ff., S. 195 f.) die Richtigkeit des verfahrensmässigen Vorgehens grundsätzlich in Frage stellen könnte, ist nicht ersichtlich. Dass es neu keine Kompetenzattraktion mehr gibt, steht unstreitig fest. Was genau der Hinweis: „dass die Schlichtungsbehörde für die Beurteilung des Anfechtungsbegehrens zuständig (bleibt), womit die Voraussetzung der Liquidität im Ausweisungsverfahren nicht mehr gegeben ist“ meint, ist offen, kann jedoch – im Sinne der Gesuchsgegner – wohl so gedeutet werden, dass sie meint, der Ausweisungsrichter dürfe nicht mehr mit Fragen der Kündigung beschäftigen. Warum dies so sein soll, erwähnt die Autorin allerdings nicht. ...

## **E. 9**

Bei den vorinstanzlichen Akten befinden sich auch die Akten des mietrechtlichen Verfahrens inkl. Schlichtungsakten, was angesichts der Tatsache, dass es nach neuem Recht

keine Kompetenzattraktion gemäss Art. 274g OR mehr gibt, erstaunen mag. Eine Aktenüberweisung hat an sich nicht mehr zu erfolgen, ein Aktenbeizug ist allerdings auch nicht ausgeschlossen. Die Parteien müssen allerdings davon ausgehen, dass das Ausweisungsgericht von einem pendenten Mietverfahren keine Kenntnis erlangt und sind für die Beibringung des Prozessstoffes verantwortlich. Insbesondere müssen sie behaupten und sofort nachweisen, dass in einem allfälligen mietrechtlichen Verfahren die Kündigung wegen Rechtsmissbrauchs bzw. Treuwidrigkeit gemäss Art. 271 f. OR angefochten wurde. Was die Gesuchsgegner im Schlichtungsverfahren mit der „Anfechtung“ geltend gemacht haben, ist nicht abschliessend ersichtlich. Auf die Schwierigkeit, erkennen zu können, was im mietrechtlichen Verfahren geltend gemacht wurde, weisen denn auch die Gesuchsteller hin. In der Eingabe der Gesuchsgegner vom 4. Januar 2011 wird im mietrechtlichen Verfahren immerhin darauf hingewiesen, dass „wir im Schreiben vom 20.09.2010 berechnete Forderungen gestellt haben“. Aus der Eingabe der Gesuchsgegner beim Mietgericht betreffend unentgeltliche Rechtspflege wird auf „weitergehende Ansprüche aus beeinträchtigter Tauglichkeit der Familienwohnung zum vorausgesetzten Gebrauch“ hingewiesen. Damit ist – auch wenn die Gesuchsgegner dies nicht ausdrücklich geltend gemacht haben – davon auszugehen, dass Rechtsmissbrauch und Treuwidrigkeit im mietrechtlichen Verfahren thematisiert wurden. Damit muss im vorliegenden Verfahren ebenfalls darauf eingegangen werden. d) Die Gesuchsgegner machen geltend, dass die Vermieter beim Bestand gegenseitiger Ansprüche gegen Treu und Glauben verstiessen bzw. Rechtsmissbrauch betrieben, wenn sie auf einer Zahlung bestünden, obwohl sie den Gesuchsgegnern aus dem Umbau noch Schadenersatz schulden würden. Das Bundesgericht schliesst trotz Gültigkeit der Zahlungsverzugskündigungen die Berufung auf Treuwidrigkeit und Rechtsmissbrauch nicht gänzlich aus (BGE 120 II 31 ff.; BGer 4C.65/2003 E. 4.2.1; BGer 4C.35/2004 E. 3.1). Danach sind Art. 271

## **E. 10**

Abs. 1 OR bzw. Art. 271a Abs. 1 lit. a OR ausnahmsweise auch bei Zahlungsverzugskündigungen anwendbar, so dass das Kündigungsrecht des Vermieters dem Schutz des Mieters vor missbräuchlicher Kündigung gegenübergestellt wird (BGer 4C.35/2004 E. 3.1). Das Gericht soll allerdings eine Zahlungsverzugskündigung nur aufheben, wenn sie mit Blick auf die Rechtsprechung zu Rechtsmissbrauch und Treu und Glauben unerträglich wäre (BGE 120 II 31 E. 4a, wo es darum ging, dass die Vermieterschaft in der Zahlungsverzugskündigung einen viel zu hohen Betrag als ausstehend eingesetzt hatte und dieses Versehen auch nachträglich nicht richtig stellte). Auszugehen ist damit von Grundsatz, dass die Kündigung wegen Zahlungsverzuges nicht missbräuchlich ist, ausser der Zahlungsverzug wäre nicht der wahre Grund (BGer 4C.35/2004 E. 3.2.2). Die Gesuchsgegner machen geltend, sie hätten die Gesuchsteller mit Schreiben vom 10. September 2010 darauf hingewiesen, dass sie ihres Erachtens noch weitergehende Forderungen wegen des herabgesetzten Gebrauchs der Mietsache hätten. Auf dieses Schreiben seien die Gesuchsteller nicht eingegangen. Die Vorinstanz hätte insbesondere unberücksichtigt gelassen, dass der Anspruch der Gesuchsgegner auf Herabsetzung des Mietzinses bereits ab Aufnahme der Umbauarbeiten am 1. September 2010 entstanden und fällig geworden sei. Die Fr. 414.25 seien daher spätestens nach Beendigung des Umbaus der Wohnung am 22. Oktober 2010 mit dem liquiden, bereits entstandenen Herabsetzungsanspruch verrechenbar, auch wenn die Gesuchsteller die Auszahlung dieses Nettomietzinsbetrages erst nach Ende der Sanierungsarbeiten (gemeint wohl der ganzen Siedlung) in Aussicht gestellt hätten. Dass sich die Frage des Rechtsmissbrauchs bzw. des

Verstosses gegen Treu und Glauben gegebenenfalls stellen kann, wenn Vermieter und Mieter über gegenseitig anerkannte bzw. unbestrittene Ansprüche verfügen und dem Mieter in einer solchen Situation einzig die (versehentlich) unterlassene Verrechnungserklärung (vgl. Art. 124 Abs. 1 OR) zum Verhängnis würde, ist denkbar, und zwar basierend auf der Überlegung, dass die Verrechnung nicht nur ein Recht des Mieters ist, sondern dass auch der Vermieter davon Gebrauch machen kann. Zwar gibt es für keine Partei eine Pflicht zur Verrechnung, hingegen könnte – je nach

#### **E. 11**

Situation – eine Zahlungsverzugskündigung des Vermieters trotz bestehender Verrechnungsmöglichkeit die Frage der Treuwidrigkeit aufwerfen. Im vorliegenden Fall ist die Situation insofern unklar, als ein nicht bezifferter „vorbehaltener Schadenersatzanspruch“ im Raum steht, der nicht als blosser Schutzbehauptung abgetan werden kann, da die erheblichen Einschränkungen behauptet, aktenkundig und dem Grundsatz nach von den Gesuchstellern auch nicht bestritten sind. Diesbezüglich bestünde im Rahmen des vom Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO geprägten vereinfachten Mietverfahrens Klärungsbedarf. Anzumerken ist, dass der Untersuchungsgrundsatz nicht im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand, sondern mit der Verfahrensart aufgestellt wurde, so dass der summarische Ausweisungsrichter – über die allgemein gültige richterliche Fragepflicht von Art. 56 ZPO hinaus – keine Veranlassung und keine Handhabe zu klärenden Fragen hat. Dass die Einschränkungen im Gebrauch und die Umtriebe mit dem einen Monatszins bereits kompensiert sind, wie das die Gesuchsteller für angemessen halten, lässt sich jedenfalls nicht ohne weiteres erkennen. Immerhin ergibt sich aus den Akten zweifelsfrei, dass es sich um eine grundsätzliche „Sanierung Küchen/Bäder/WC-Anlagen“ handelte und auch die Vermieterschaft verweist auf damit verbundene Umtriebe (eingeschränkte Nutzung, Baulärm, Schmutz. Es wird weiter auf die Installation von provisorischen WC und Duschen im Keller hingewiesen und auf die Möglichkeit, ein kleines Rechaud zum Kochen zur Verfügung gestellt erhalten. Die Gesuchsgegner hatten im Schreiben vom 10. August 2010 Folgendes mitgeteilt: „Mit Erstaunen stellten wir fest, dass nicht nur die Küchen-, WC- und Badezimmereinrichtung entfernt wird, sondern darüber hinaus die gesamten Leitungsinstallationen und Ablaufstränge abgebrochen und durch neue Steigstränge für Kalt- und Warmwasserversorgung ersetzt werden. ... Selbstverständlich kann hier kaum mehr von einem vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache gesprochen werden. Wenn eine Wohnung für wichtige Lebensbereiche wie Körperpflege, Ernährung und Erholung nicht mehr zur Verfügung steht, ist sie unbewohnbar. ... Die von Ihnen mit Schreiben vom 10. Mai 2010 unverbindliche Entschädigungsankündigung für Umtriebe durch eingeschränkte Nutzung wird

#### **E. 12**

im Rahmen eines Monatsnettomietzinses liegen, ist für uns nicht akzeptabel. Wir wollen auf keinen Fall aus diesen Sanierungsarbeiten an unserer Wohnung „Kapital schlagen“; da aber die Erfüllung unseres Mietvertrages überhaupt nicht mehr gehörig erfüllt werden kann, und uns ein erheblicher Schaden entsteht, wünschen wir von Ihnen einen brauchbaren Vorschlag, um dafür Ersatz zu leisten“. In der Lehre ist umstritten, ob der Gesuchsgegner beim Rechtsschutz in klaren Fällen seine Einwendungen glaubhaft machen muss oder ob ihn diesbezüglich lediglich die Behauptungslast trifft (vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N. 11 zu Art. 257 mit weiteren Hinweisen). So oder so trägt der Gesuchsteller – entsprechend

der Besonderheiten des Verfahrens – die Beweislast für den Nichtbestand der rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen (vgl. Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 375). An diesem Punkt wirkt sich nun massgeblich der Wegfall der Kompetenzattraktion des Art. 274g OR und damit der Möglichkeit aus, Kündigungsanfechtungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen (vgl. dazu BGE 117 II 558; Oscar Vogel, Der Mietprozess, recht 1993 S. 32) und es bleibt auch bei geringfügigen Zweifeln nichts anderes übrig, als einen Nichteintretensentscheid zu fällen. In Mietsachen trifft dies umso mehr zu, als im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO die amtswegige Sachverhaltserhebung vorgesehen ist, so dass bei nicht unverrückbar feststehenden Tatsachen für einen Entscheid im summarischen Verfahren umso grössere Zurückhaltung geboten ist. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Voraussetzungen der Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR bejahen lassen. Hingegen haben die Gesuchsteller das nicht offensichtlich haltlose Argument, den Gesuchsgegnern könnte ein kompensationsfähiger Anspruch in einem weitergehenden Umfang als die eine Monatsmiete hinaus wegen herabgesetzten Gebrauchs der Mietsache zur Verfügung stehen, nicht sofort entkräften können, was zu einem Nichteintreten wegen Illiquidität gemäss Art. 257 Abs. 3 ZPO führen muss. Den Gesuchstellern bleibt damit der Weg ins mietrechtliche Verfahren offen, wobei die Rechtshängigkeit gemäss Art. 63 Abs. 2 ZPO gewahrt werden kann. Ist ohnehin

### **E. 13**

ein Nichteintretensentscheid zu fällen, so muss das weitere, von den Gesuchstellern bestrittene Argument der Gesuchsgegner, dass es den Gesuchstellern nur darum gehe, unbequeme Mieter loszuwerden, nicht geprüft werden. Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Urteil vom 1. Juli 2011 PF110018

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