

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF110018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 1. Juli 2011

in Sachen

1. A. _____,

2. B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

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

gegen

1. C. _____

2. D. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirkes Andelfingen vom 29. März 2011 (ER110002)

Erwägungen:

Rechtsbegehren der Gesuchsteller (act. 1 S. 2):

- „1. Es sei den Gesuchsgegnern unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die von ihnen gemietete 4-Zimmerwohnung im 1. OG in der Liegenschaft ... in W. _____ (inkl. Kellerabteil), ordnungsgemäss geräumt und gereinigt umgehend zu verlassen und den Gesuchstellern zu übergeben.
2. Das zuständige Gemeindeammannamt F. _____ sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Gesuchsteller zu vollstrecken; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegner“.

Rechtsbegehren der Gesuchsgegner (act. 9 S. 2):

1. Auf das Gesuch sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei das Gesuch vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren zu sistieren, bis über die Klage von A. _____ und B. _____ auf Nichtigerklärung der Kündigung der Familienwohnung vom 13. Dezember 2010 per 31. Januar 2011 rechtskräftig entschieden worden ist.
3. Subeventualiter sei das Gesuch abzuweisen.
4. Es sei den Gesuchsgegnern 1 und 2 die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihnen in der Person von RA lic. iur. X. _____, LL.M., in Z. _____, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Verfahren vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren beizugeben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (Letztere zuzüglich MwSt) zu Lasten der Gesuchsteller 1 und 2“.

Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 29. März 2011 (act. 19 S. 17 ff.)

Das Einzelgericht verfügt:

- „1. Das Sistierungsgesuch der Gesuchsgegner 1 und 2 wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Gesuchsgegner 1 und 2 um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel“.

Das Einzelgericht erkennt:

- „1. Das Gesuch der Gesuchsteller 1 und 2 wird gutgeheissen.

Demgemäss wird den Gesuchsgegnern 1 und 2 unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall befohlen, die 4-Zimmerwohnung im 1. OG in der Liegenschaft ... W._____ (inkl. Kellerabteil), **bis spätestens am 25. Mai 2011, 12.00 Uhr**, ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen.
2. Das Gemeindeammannamt F._____ wird angewiesen, diesen Befehl (nach Ablauf der Frist gemäss vorstehender Ziff. 1 und nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Gesuchsteller 1 und 2 zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Gesuchsteller 1 und 2 haben die Vollstreckungskosten vorzuschliessen, doch sind sie ihnen von den Gesuchsgegnern 1 und 2 zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr wird pauschal festgesetzt auf Fr. 750.--.
4. Die Kosten werden den Gesuchsgegnern 1 und 2, je zur Hälfte und je unter solidarischer Haftung für die gesamten Kosten, auferlegt.
5. Die Gesuchsgegner 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Gesuchstellern 1 und 2 eine Parteientschädigung von Fr. 700.-- (zuzüglich 8.0 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel“.

Rechtsmittelanträge:

der Gesuchsgegner (act. 20 S. 2):

1. In Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen, Einzelgericht im summarischen Verfahren vom 29. März 2011 sei auf das Gesuch von C._____ und D._____ vom 7. Februar 2011, „1. Es sei den Beklagten unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die von ihnen gemietete 4-Zimmerwohnung im 1. OG in der Liegenschaft im ... W._____ (inkl. Kellerabteil), ordnungsgemäss geräumt und gereinigt umgehend zu verlassen und den Klägern zu übergeben. 2. Das zuständige Gemeindeammannamt F._____ sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Kläger zu vollstrecken“ nicht einzutreten.

Eventualiter sei die Sache in Aufhebung des Entscheides vom 29. März 2011 an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie einen Nichteintretensentscheid erlässt, subeventualiter damit sie das Ausweisungsverfahren vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren sistiert, bis über die Klage von A._____ und B._____ auf Nichtigerklärung der Kündigung der Familienwohnung vom 13. Dezember 2010 per 31. Januar 2011 durch das Mietgericht des Bezirkes Andelfingen rechtskräftig entschieden worden ist.

2. In Aufhebung der Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 29. März 2011 sei den Beschwerdeführern 1+2 die unentgeltliche Rechtspflege vor dem Bezirksgericht Andelfingen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, zu gewähren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letztere zuzüglich MWSt.) zu Lasten der Beschwerdegegner 1 + 2“.

I.

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 Betreuung, 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.

2. Die Gesuchsgegner fochten die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde in Andelfingen fristgerecht am 4. Januar 2011 an und überwiesen gleichentags

den offenen Betrag von Fr. 414.25 an die Bezirksgerichtskasse. Mangels Einigung in der Schlichtungsverhandlung wurde den Gesuchstellern die Klagebewilligung erteilt. Die Gesuchsgegner haben die Wohnung nicht verlassen, so dass die Gesuchsteller beim Einzelgericht im summarischen Verfahren ein Ausweisungsbegehren gemäss Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) stellten.

Mit Verfügung vom 6. April 2011 sistierte das Mietgericht des Bezirkes Andelfingen das bei ihm pendente Kündigungsschutzverfahren (act. 23 S. 2).

3. Die Vorinstanz hiess das Ausweisungsbegehren gut und nannte in der Rechtsmittelbelehrung das Rechtsmittel der Beschwerde (act. 21 S. 18 f.), welche von den Gesuchsgegnern auch rechtzeitig ergriffen wurde. Die Kammer hat die von den Gesuchsgegnern eingereichte Beschwerde als Berufung entgegengenommen (act. 26). Dass die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO und nicht die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zur Anwendung kommt, ist auf die Praxis der Kammer zur Berechnung des Streitwertes in Ausweisungsfällen zurückzuführen. Massgeblich ist, dass bei angefochtener Kündigung im Ausweisungsverfahren die dreijährige Sperrfrist von Art. 271 Abs. 1 lit. e OR beachtet werden muss. Unter Berücksichtigung der dadurch bedingten Erhöhung ergibt sich ein Streitwert von rund Fr. 71'000.--, so dass der Berufungsstreitwert von Fr. 10'000.-- (Art. 308 Abs. 2 ZPO) überschritten ist. Auf das ebenfalls gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde demzufolge nicht eingetreten, weil die Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat (act. 26; Art. 315 Abs. 1 ZPO).

4. Grundlage des vorliegenden Verfahrens ist die Beschwerde-/Berufungsschrift der Gesuchsgegner als Berufungskläger. Mit Eingabe vom 20. Juni 2011 erstatteten die Gesuchsteller und Berufungsbeklagten rechtzeitig die Berufungsantwort (act. 30). Die Sache ist damit spruchreif.

5. Zu beurteilen ist das Begehren um unentgeltliche Prozessführung und zwar sowohl im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens gegen den abweisenden Entscheid der Vorinstanz als auch für das vorliegende zweitinstanzliche Berufungsverfahren, wofür die Regeln des summarischen Verfahrens anzuwenden sind (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist. Die Vorinstanz hat die Mittellosigkeit bejaht (act. 21 S. 15); im vorliegenden Verfahren haben die Gesuchsgegner eine Verfügung der Durchführungsstelle AHV/IV in W. _____ betreffend Zusatzleistungen zur eidgenössischen AHV eingereicht (vgl. act. 24 f.). Damit steht die Mittellosigkeit fest, weil Ergänzungsleistungen der sozialen Existenzsicherung dienen und deshalb i.S.v. Art. 92 SchKG auch stets unpfändbar sind (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N. 22 zu Art. 117). Auf eine zusätzliche Klärung der Vermögensverhältnisse kann verzichtet werden, weil Ergänzungsleistungen unter Einbezug der Vermögensverhältnisse ermittelt werden. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass die Gesuchsgegner prozessarm sind.

Die Vorinstanz hält den Standpunkt der Gesuchsgegner hingegen für aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO) und hat ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung deshalb abgewiesen (act. 21 S. 15 f.). Wie unter II. aufzuzeigen sein wird, ist ihr Entscheid aufzuheben und ein Nichteintretensentscheid zu fällen, so dass das Anliegen der Gesuchsgegner auch nicht als aussichtslos bezeichnet werden kann. Den Gesuchsgegnern ist die unentgeltliche Prozessführung daher für das erst- und für das zweitinstanzliche Verfahren zu gewähren und der sie vertretende Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ist zu ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand zu ernennen.

II.

1. Die Gesuchsgegner machen geltend, die Vorinstanz hätte einen Nichteintretensentscheid fällen, allenfalls hätte sie das Ausweisungsverfahren sistieren müssen, bis das Mietgericht über die Klage der Gesuchsgegner betreffend Anfechtung der Kündigung (MF110001) entschieden habe. Nach den Gesuchstellern steht die Einrede der Litispendenz nicht zur Verfügung, wenn nach Einleitung des mietrechtlichen Verfahrens betreffend Kündigungsanfechtung ein Ausweisungs-

begehren gestellt wird (act. 30 S. 5 ff.), andernfalls das Ausweisungsverfahren ausgehöhlt würde (act. 30 S. 6).

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 angerufenen Ausweisungsrichter zu überweisen seien. Das führte zur sog. Kompetenzattraktion im summarischen Verfahren, und der Ausweisungsrichter musste über die überwiesene Kündigungsanfechtung entscheiden. Die Gültigkeit von Kündigungen hatte und hat der Ausweisungsrichter auch dann zu beurteilen, wenn die beklagte Partei die Gültigkeit der Kündigung lediglich im Ausweisungsverfahren (und ohne ein mietrechtliches Verfahren in Gang gesetzt zu haben) anzweifelte. Der wesentliche Unterschied von Art. 274g OR bestand darin, dass er dies im Überweisungsfall mit voller Kognition tun musste – weil er diesbezüglich die Funktion des Mietgerichts zu übernehmen hatte –, während er ohne eine solche Überweisung die Gültigkeit der Kündigung ausschliesslich nach den Regeln des summarischen Verfahrens entscheiden kann.

Fehlt es nach Inkrafttreten des neuen Rechts an einer Bestimmung, die die parallel eingeleiteten Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung und betreffend Ausweisung koordiniert, so hat sich das Vorgehen nach den allgemeinen zivilprozessualen Bestimmungen und Grundsätzen zu richten.

Die Gesuchsgegner machen geltend, dass die Rechtshängigkeit des zuerst eingeleiteten mietrechtlichen Verfahrens bei der Schlichtungsbehörde bzw. beim Mietgericht Andelfingen (vgl. act. 23) wegen der damit verbundenen Sperrwirkung (Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO) verbiete, ein summarisches Ausweisungsbegehren einzuleiten. Das trifft nach Ansicht der Kammer nicht zu. Die Sperrwirkung der Rechtshängigkeit betrifft parallele Verfahren mit dem identischen Streitgegenstand (gl.A. ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, N. 38 zu Art. 257; Raymond Bisang, Neue Zivilprozessordnung: Neuerungen im Schlichtungsverfahren bzw. Mietprozess unter besonderer Berücksichtigung der Ausweisung, MRA 3/2010, S. 101 ff., S. 113, der zu Recht darauf hinweist, dass dies auch gelten müsse, nachdem die Rechtshängigkeit gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO neu auf den Zeitpunkt der Einleitung des Schlichtungsverfahrens vorverlegt worden ist). Ausweisung und Kündigung sind in diesem Sinne nicht identisch, wobei die Gültigkeit der Kündigung feststehen muss, bevor die Ausweisung angeordnet wird.

3. Die Gültigkeit der Kündigung ist – wenn bestritten – im Ausweisungsverfahren eine Vorfrage (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, Rz 56 zu § 21; Bisang, a.a.O., S. 114; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N. 18 zu Art. 257). Für die Behandlung einer Vorfrage ist nie eine Überweisung erforderlich (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N. 18 zu Art. 257), weil Vorfragen unabhängig davon, ob sie – als Hauptsache – anderweitig rechtshängig sind, behandelt und entschieden werden können. Anzumerken ist, dass auch Mieter, die (nichtige oder unwirksame) Kündigungen nicht separat im mietrechtlichen Schlichtungsverfahren anfechten bzw. angefochten haben, im (summarischen) Ausweisungsverfahren Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit geltend machen können, weil die Geltendmachung dieser Mängel nicht von einer förmlich erfolgten gerichtlichen Anfechtung abhängig ist. Anders ist dies hingegen bei gültigen, aber allenfalls missbräuchlichen Kündigungen, die – wenn sie nicht innert der Frist von Art. 273 OR angefochten werden – gültig sind, der Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit verwirkt [BGE 122 III 95] und dann auch vom Ausweisungsrichter nicht mehr (vorfrageweise) geprüft werden kann. Soweit die Gesuchsgegner nicht nur die Zahlungsverzugskündigung anfechten, sondern zusätzlich eine rechtsmissbräuchliche Kündigung geltend machen (vgl. SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht,

3. Auflage, Zürich 2008, N. 16 zu Art. 271; BGer 4C.35/2004), ist letztere nur zu prüfen, wenn darüber ein mietrechtliches Verfahren eingeleitet wurde, in dem Rechtsmissbrauch bzw. Treuwidrigkeit geltend gemacht wurden. Die Gesuchsgegner haben ein mietgerichtliches Verfahren eingeleitet, wie sich zweifelsfrei aus act. 2/12 ergibt. Sie verlangen in jenem Verfahren, dass die ausgesprochene ausserordentliche Kündigung vom 13. Dezember 2010 für unwirksam erklärt werde und dass der bei der Gerichtskasse Andelfingen hinterlegte Geldbetrag von Fr. 414.25 an die Vermieter auszubezahlen sei (act. 2/12 S. 2). Auf den Umfang der Überprüfung wird unten Erw. II./8 c noch zurückzukommen sein.

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 gilt, was insbesondere auch für die Klagenhäufung [Art. 90 ZPO] gilt (vgl. ZK ZPO-Staehelin, N. 6 zu Art. 125; Daniel Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, N. 3 zu Art. 90) bzw. für die Widerklage (BSK ZPO-Ruggle, N. 25 zu Art. 14; BSK ZPO-Frei/Willisegger, N. 4 zu Art. 224). Sofern allerdings das Ausweisungsbegehren ebenfalls im mietrechtlichen (und damit im vereinfachten) Verfahren gestellt wird, was möglich ist und sich empfiehlt, wenn zum vorneherein feststeht, dass die Verhältnisse unklar sind), steht einer Vereinigung nichts im Wege (Art. 125 lit. c ZPO). Dieser Fall liegt hier allerdings nicht vor.

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 könn-

ten (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 beurteilte, 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.

6. Kann nach jetzt geltendem Recht keine Überweisung des Verfahrens betreffend Kündigungsanfechtung (mehr) erfolgen und ist eine Sistierung des (summarischen) Ausweisungsverfahrens nicht opportun, so bleibt nur, die Kündigungsanfechtung, 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 (act. 9 S. 4), 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, weil über unbestrittene und sofort und liquid widerlegte Tatsachenbehauptungen auch im mietrechtlichen Verfahren kein Beweis abgenommen würde. Daraus ergibt sich, dass die Behandlung als Vorfrage für die Gesuchsgegner und Mieter – ausser einer überschau- und vertretbaren Doppelspurigkeit, weil die Grundlagen der Kündigungsanfechtung in zwei parallelen Verfahren vorzubringen sind – nicht nachteilig ist.

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 Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, N. 11 zu Art. 257) verlangen (vgl. act. 1 S. 3) und wie dies das Mietgericht Andelfingen getan hat (act. 23), 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 (act. 30 S. 7). 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.

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 unstrittig fest. Was genau der Hin-

weis: „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.

9. In einem nächsten Schritt ist die Kündigungsanfechtung – als Vorfrage – nach den Kriterien des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO: klares Recht und unbestrittene bzw. sofort beweisbare Tatsachen) zu prüfen. Die Vorinstanz ist von einem in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht klaren Fall ausgegangen. Die Gesuchsteller weisen darauf hin, dass der Betrag der offenen Nebenkosten von Fr. 414.25 nicht durch Verrechnung getilgt worden sei, was die Gesuchsgegner auch eingestehen würden, wenn sie am 4. Januar 2011 – verspätet – den genannten Betrag bei der Gerichtskasse in Andelfingen hinterlegt hätten (act. 30 S. 4 f.). Es würden in tatsächlicher Hinsicht – und nur das sei massgeblich – liquide Verhältnisse vorliegen: Die Kündigung gestützt auf Art. 257d OR sei gültig, was Zahlungsverzug, Kündigungsandrohung mit nachträglicher Zahlungsfrist sowie korrekte Formalien voraussetze. Die Forderung von Fr. 414.25 sei mindestens bis zum 4. Januar 2011 offen gewesen, woran die Behauptung, dass mit einer Gegenforderung hätte verrechnet werden können, nichts ändere. Eine hypothetische Verrechnungsmöglichkeit lasse keine Forderung untergehen, dafür brauche es eine tatsächliche Verrechnung, welche unbestrittenermassen nicht erfolgt sei (act. 30 S. 8 f.). Auch die Rechtslage sei klar und es sei nie darum gegangen, unbequeme Mieter loszuwerden; letzteres sei als blosser Schutzbehauptung zu qualifizieren (act. 30 S. 9 f.).

a) Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die ausserordentliche Kündigung am 13. Dezember 2011 form-, frist- und termingerechtl. erfolgte und eine Zahlung innert Frist nicht eingegangen ist (vgl. act. 21 S. 5 f.). Die Gesuchsteller erliessen am 10. November 2010 eine Kündigungsandrohung je einzeln an die beiden Gesuchsgegner (act. 1 S. 6, act. 2/6 und 2/7), was die Gesuchsgegner nicht bestreiten, und sie behaupten auch in der Berufung (Art. 317 Abs. 1 ZPO)

nicht, dass sie innert der angesetzten Zahlungsfrist bezahlt hätten. Hingegen machen sie geltend, sie hätten den streitigen Betrag von Fr. 414.25 bereits am 4. Januar 2011 beim Bezirksgericht Andelfingen hinterlegt (was die Gesuchsteller ihrerseits nicht bestreiten [act. 1 S. 7; act. 30 S. 4] und sich ausserdem aus act. 2/11 ergibt) und den Antrag gestellt hätten, den genannten Betrag den Gesuchstellern auszubezahlen. Wenn trotz der vorausgegangenen gerichtlichen Hinterlegung am 7. Februar 2011 ein Ausweisungsbegehren gestellt worden sei, sei dies geradezu rechtsmissbräuchlich (act. 20 S. 19).

Art. 257d Abs. 1 OR wird nach herrschender Lehre und Praxis, woran sich auch die Rechtsprechung der Kammer orientiert, durchwegs so verstanden, dass die Zahlung *innert der genannten Frist* erfolgt sein muss, was sich schon aus dem Wortlaut von Art. 257d OR ergibt und auch für Nebenkosten (Art. 257a-b OR) gilt (ZK-Higi, N. 10 und 26 zu Art. 257d OR; Lachat/Lachat/Beguïn, Das Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 256 f., Rz 14/8.3). Darauf weisen die Gesuchsteller denn auch hin (act. 1 S. 7, act. 30 S. 4). Wenn die Gesuchsgegner geltend machen, den Ausstand am 4. Januar 2011 und damit geraume Zeit nach Ablauf der angesetzten Frist bei der Bezirksgerichtskasse hinterlegt zu haben, war dies erheblich zu spät, ist doch die Frist nur gewahrt, wenn am letzten Tag der Frist die gesamte ausstehende Leistung erbracht wird (ZK-Higi, N. 40 zu Art. 257d OR). Die Behauptung, dass ein Betrag von rund Fr. 400.-- – auch wenn er verspätet erfolge – nicht so gravierende Konsequenzen wie Kündigung und Ausweisung haben könne, ist nicht stichhaltig. Bereits die Vorinstanz hat auf die einschlägige Rechtsprechung hingewiesen (act. 19 S. 14), wonach bei Fr. 286.-- und Fr. 217.-- nicht von einem minimalen Betrag ausgegangen wurde, was auch in der Literatur nicht kritisiert wird (vgl. z.B. ZK-Higi, N. 56 zu Art. 257d OR). Darauf kann verwiesen werden. Damit ist erstellt, dass keine Zahlung erfolgt war und daher die Voraussetzungen für eine Zahlungsverzugskündigung gegeben waren.

b) Die Gesuchsgegner berufen sich auf ihr Schreiben vom 20. September 2010 (act. 10/8), auf das die Gesuchsteller nicht eingegangen seien, sondern wegen der ausstehenden Fr. 414.25 einfach gekündigt hätten (act. 20 S. 19

Rz 2.2.2). Wörtlich teilen die Gesuchsgegner im genannten Schreiben mit: „Aufgrund dessen, dass die Gebrauchstauglichkeit der Wohnung für mehrere Wochen ausgeschlossen ist, werden auch Sie verstehen, dass es uns als Mieter objektiv nicht mehr zuzumuten ist, für die nächsten Wochen im betreffenden Mietobjekt zu verbleiben. Für diesen Zeitraum mussten wir eine Ersatzvornahme organisieren, was selbstverständlich mit Kosten verbunden ist, und Sie werden Verständnis haben, dass wir bei der nächsten Mietzinsfälligkeit den Mietzins als Teilausgleich für unsere Aufwendungen in voller Höhe von SFR 1.264,-- einbehalten werden. Ausserdem behalten wir uns Schadenersatzansprüche vor und beabsichtigen eine Verrechnung mit der durch das Bezirksgericht Andelfingen erlassenen Verfügung in der Höhe von SFR 864.25 und betrachten diese vorerst als eine a’Kto.-Zahlung“. Anzumerken ist, dass sich der erwähnte Betrag von Fr. 824.25 aus der Verfügung betreffend Rechtsöffnung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 11. August 2010 (act. 2/4) ergibt, und sich aus der Restanz der Nebenkosten in der Höhe von Fr. 414.25 sowie der den Gesuchstellern zu ersetzenden Spruchgebühr von Fr. 150.-- und der diesen zu bezahlenden Prozessentschädigung von Fr. 300.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zusammensetzt.

Der fristgerechten Zahlung ist die Verrechnung innert der gesetzten Frist grundsätzlich gleichgestellt. Dass eine formgültige und rechtzeitige Verrechnungserklärung erfolgt sei, behaupteten die Gesuchsgegner zunächst nicht (act. 9 S. 11) und bestreiten die Gesuchsteller (act. 30 S. 4). Die Gesuchsgegner machen aber geltend, dass die Gesuchsteller sehr wohl wüssten, dass die Gesuchsgegner weitergehende Ansprüche wegen der beeinträchtigten Tauglichkeit der Familienwohnung zum vorausgesetzten Gebrauch geltend machen wollten (act. 9 S. 11). Sie hätten im September 2010 den Gesuchstellern mitgeteilt, die geschuldeten Fr. 414.25 mit weitergehenden Forderungen wegen des herabgesetzten Gebrauches der Mietsache verrechnen zu können (act. 20 S. 19). In act. 20 S. 19 f. ändern die Gesuchsgegner dann ihren Standpunkt und behaupten, dass sie die Verrechnung geltend gemacht hätten. Der Anspruch auf Herabsetzung sei bereits ab 1. September 2010, dem Beginn der Umbauarbeiten, fällig gewesen und die Forderung sei am 13. Dezember 2010 bereits verrechnet gewesen (act. 20 S. 20).

Bei der Ankündigung der Gesuchsgegner im Schreiben vom 20. September 2010 (act. 10/8), bei „der nächsten Mietzinsfälligkeit den Mietzins als Teilausgleich für unsere Aufwendungen in voller Höhe von SFR 1.264.--“ einzubehalten, dürfte von einer Verrechnung auszugehen sein, wobei diese Frage hier nicht geklärt werden muss. Beim Betrag von Fr. 1'264.-- geht es nicht um die Restanz aus der Nebenkostenabrechnung, sondern um eine Brutto-Monatsmiete (vgl. act. 2/2). Gegenforderung ist die im Schreiben der E. _____ vom 12. Mai 2010 (act. 10/3) in Aussicht gestellte Entschädigung für Umtriebe (eingeschränkte Nutzung, Baulärm, Schmutz, etc.) im Rahmen eines Monatsnettomietzinses, wobei die Gesuchsteller allerdings von einer späteren Fälligkeit ausgehen („nach Abschluss aller Arbeiten“ [act. 30 S. 3 Rz 1.2]).

Ausserdem haben die Gesuchsgegner weitere Schadenersatzansprüche vorbehalten und angekündigt, dass sie „eine Verrechnung mit der durch das Bezirksgericht Andelfingen erlassenen Verfügung in der Höhe von SFR 864.25 (beabsichtigten) und diese vorerst als eine a'Kto.-Zahlung“ betrachten. Das reicht als Verrechnungserklärung nicht aus. Die (neue) Behauptung, die Verrechnung sei erfolgt, stützt sich nicht auf neue Behauptungen, was unter die Novenbeschränkung von Art. 317 ZPO fallen würde, sondern ist eine unzutreffende Schlussfolgerung aus bereits vorgebrachten Tatsachen. Ein solches Vorbringen ist zwar zulässig, allerdings in der Sache nicht zutreffend. Fehlt es damit bezüglich der ausstehenden Nebenkosten an einer gültigen Verrechnungserklärung, so ist die Verzugskündigung auch aus dieser Sicht zu Recht erfolgt.

c) Die Gesuchsgegner haben vor Vorinstanz darauf hingewiesen, dass sie nicht geltend machen würden, die Kündigung vom 13. Dezember 2010 sei formell falsch erfolgt, sondern sie berufen sich darauf, dass die Kündigung rechtsmissbräuchlich und damit nichtig sei (act. 9 S. 6) bzw. dass sie bei objektiver Betrachtung aus rechtsmissbräuchlichen Gründen erfolgte und zudem gegen Treu und Glauben verstosse, was sie anfechtbar mache (act. 20 S. 18). Die Gesuchsteller würden die Hintergründe, warum die Nebenkosten im Betrage von Fr. 414.25 nicht bezahlt worden seien, vollkommen ausblenden (act. 9 S. 8). Die Gesuchsgegner seien seit 2002 Mieter der Wohnung. Im Mai 2010 sei den Mietern die Sa-

nierung der Wohnungen, verbunden mit einem Mietzinsaufschlag (für die Gesuchsgegner von Fr. 210.--/Monat), angekündigt worden. Im Anschluss an eine Mieterversammlung am 2. Juni 2010 sei das wahre Ausmass der Sanierung, welche zwischen dem 1. September und dem 29. Oktober 2010 geplant war, ersichtlich geworden. Die Wohnungssanierung als solche sei auf vier Wochen veranschlagt worden. Dafür sollte den Gesuchsgegnern eine Entschädigung in der Höhe von nur einem Mietzins zukommen, wogegen diese protestiert hätten, hingegen mit einem belanglosen Brief abgespeist worden seien (act. 9 S. 9 f.). Die Gesuchsgegner hätten sich sodann ab September 2010 auf den Standpunkt gestellt, sie könnten die Nebenkostenrestanz verrechnen, was sie die Gesuchsteller bzw. die Verwaltung E. _____ AG mit Schreiben vom 20. September 2010 wissen liessen. Nach Erhalt der Kündigung hätten sich die Gesuchsgegner am 15. Dezember 2010 an die Gesuchsteller gewandt und darauf hingewiesen, dass sie den am 9. Dezember 2010 gemahnten Betrag bereits überwiesen hätten (act. 9 S. 10), worauf ihnen die Antwort erteilt worden sei, die ausserordentliche Kündigung sei inzwischen per 31. Januar 2011 erfolgt. Es möge sein, dass der Betrag von Fr. 414.25 nicht rechtzeitig hinterlegt worden sei; mit der Hinterlegung bei der Gerichtskasse hätten die Gesuchsgegner jedoch zum Ausdruck gebracht, dass sie die Nebenkostenschuld von Fr. 414.25 anerkennen würden (act. 9 S. 11). Es widerspreche damit Treu und Glauben, wenn eine Kündigung ausgesprochen werde, obwohl die Gesuchsgegner weitergehende Ansprüche aus der Nutzungsbeeinträchtigung gegen die Gesuchsteller hätten. Den Gesuchstellern gehe es offensichtlich darum, unbequeme Mieter loszuwerden (act. 9 S. 11). Wegen der höchst bescheidenen finanziellen Verhältnisse der Gesuchsgegner könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass sie das Geld schlicht nicht gehabt hätten, auch wenn sie dies gegenüber den offensichtlich wohlhabenden Gesuchstellern nie zum Ausdruck gebracht hätten (act. 9 S. 12). Daher sei von einer nichtigen, allenfalls anfechtbaren Kündigung i.S.v. Art. 271 f. OR auszugehen (act. 9 S. 12). Sie sei bei objektiver Betrachtungsweise aus rechtmisbräuchlichen Gründen erfolgt, was keinen Rechtsschutz verdiene.

Wie bereits erwähnt (Erw. II./3.) kann der Ausweisungsrichter (und anschliessend auch die Rechtsmittelinstanzen) die Rechtmisbräuchlichkeit einer

Kündigung nur dann überprüfen, wenn sie im mietrechtlichen Verfahren angefochten wurde, weil – mangels form- und fristgerechter Anfechtung – der Missbrauchseinwand verwirkt (vgl. z.B. KUKO OR-Walter, N. 2, N. 9 zu Art. 271), was sich auch aus der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt (BGE 122 III 92 ff.). Die Gesuchsgegner verlangten im mietrechtlichen Verfahren, die ausserordentliche Kündigung für **unwirksam** zu erklären (act. 2/12 S. 2), was die Kündigungsvoraussetzungen betrifft. Die Unwirksamkeit der Kündigung kann jederzeit – und damit unabhängig von einer selbständigen mietrechtlichen Anfechtung – im Ausweisungsverfahren geltend gemacht werden.

Bei den vorinstanzlichen Akten befinden sich auch die Akten des mietgerichtlichen Verfahrens inkl. Schlichtungsakten (act. 11), 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 pendenden 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 (act. 30 S. 7 Rz 2.6). 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“ (act. 4/1). Aus der Eingabe der Gesuchsgegner beim Mietgericht (act. 11/1) 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 Rechts-

missbrauch und Treuwidrigkeit im mietgerichtlichen 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 verstieszen 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 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 (act. 9 S. 10, act. 20 S. 19). Auf dieses Schreiben seien die Gesuchsteller nicht eingegangen (act. 20 S. 19). 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 (act. 20 S. 19 f.). Die Fr. 414.25 seien daher spätestens nach Beendigung des Umbaus der Wohnung am 22. Oktober 2010 mit dem liquiden, bereits entstandenen Her-

absetzungsanspruch 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 Rechtsmissbrauches 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 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; act. 10/3). 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 (act. 10/4 S. 3). 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 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“ (act. 10/5/1).

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 vereinfachte 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 ein Nichteintretensentscheid zu fällen, so muss das weitere, von den Gesuchstellern bestrittene Argument (act. 30 S. 9 f.) der Gesuchsgegner, dass es den Gesuchstellern nur darum gehe, unbequeme Mieter loszuwerden, nicht geprüft werden.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Gesuchsteller für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren je zur Hälfte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO), unter solidarischer Haftung für das Ganze. Als Bemessungsgrundlagen für die Gerichtsgebühr ist insbesondere von Bedeutung, dass es sich um wiederkehrende Leistungen (§ 4 Abs. 2 GerGebV) sowie um ein summarisches Verfahren (§ 7 lit. a GerGebV) handelt. Zu berücksichtigen ist ausserdem § 10 Abs. 1 GerGebV, weil es sich bei einem Nichteintretensentscheid dogmatisch um ein Verfahren ohne Anspruchsprüfung handelt. Nicht einschlägig ist § 7 lit. a GerGebV, weil die Gültigkeit der Kündigung lediglich als Vorfrage behandelt wird.

Für die Parteientschädigung sind die beiden Reduktionskriterien (§ 4 Abs. 3 AnwGebV [wiederkehrende Leistung]) und summarisches Verfahren (§ 10 Abs. 1 AnwGebV) zu berücksichtigen.

Die Entschädigung ist dem Vertreter der unentgeltlich prozessierenden Gesuchsgegner direkt zuzusprechen (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N. 17; ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N. 12; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 122 N. 5; a.M. nur BSK ZPO-Rüegg, Art. 122 N. 4)

Es wird erkannt:

1. Den Gesuchsgegnern 1 und 2 wird für beide Instanzen die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und es wird ihnen Rechtsanwalt lic. iur. X._____, LL.M als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
2. Die Berufung wird gutgeheissen, und auf das Gesuch der Gesuchsteller 1 und 2 wird nicht eingetreten.
3. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr (vorinstanzliche Dispositiv-Ziff. 3) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
5. Die Kosten beider Instanzen werden den Gesuchstellern 1 und 2 je zur Hälfte mit solidarischer Haftung für das Ganze auferlegt.
6. Die Gesuchsteller 1 und 2 werden je zur Hälfte und mit solidarischer Haftung für das Ganze verpflichtet, dem Vertreter der Gesuchsgegner 1 und 2 für beide Instanzen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'500.-- (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen, je gegen Empfangsschein.
8. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 71'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: