

**Art. 257d OR, Art. 243 ff. ZPO, Art. 257 ZPO.** Verhältnis zwischen mietrechtlichem Verfahren, eingeleitet durch die Mieterschaft, und Rechtsschutz in klaren Fällen, eingeleitet durch die Vermieterschaft. Nach Wegfall der Bestimmung über die Kompetenzattraktion (Art. 274g aOR) hat das Einzelgericht im summarischen Ausweisungsverfahren die Gültigkeit der Kündigung als Vorfrage zu prüfen, allerdings lediglich mit der verfahrensbestimmenden eingeschränkten Kognition (unbestrittener oder sofort beweisbarer Sachverhalt, klare Rechtslage). Lässt sich die Gültigkeit der Kündigung (als Vorfrage) damit nicht bejahen, ist auf das Ausweisungsverfahren als Ganzes nicht einzutreten (E. II./1.-4., 6. 8.)

**Art. 126 ZPO.** Frage der Sistierung des mietrechtlichen Verfahrens während des Ausweisungsverfahrens offen gelassen (E. II./5., 7.).

**Art. 271, 271a OR.** Der Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit bzw. Treuwidrigkeit verwirkt und kann dann auch vom Ausweisungsrichter nicht mehr (vorfrageweise) geprüft werden, sofern darüber kein mietrechtliches Verfahren eingeleitet wurde (E. 9 c), d).

**Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO.** Bei geringfügigen Zweifeln hat das Gericht im Rechtsschutz in klaren Fällen einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Mit Blick auf die Tatsache, dass im vereinfachten Verfahren in Mietsachen die amtswegige Sachverhaltserhebung vorgesehen ist, erscheint es angezeigt, den Massstab in diesen Fällen eher tiefer anzusetzen (E. 9 d).

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

## 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 ... 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 ... das bei ihm pendente Kündigungsschutzverfahren.

...

## 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 entschieden habe. Nach den Gesuchstellern steht die Einrede der Litispendenz nicht zur Verfügung, wenn nach Einleitung des mietrechtlichen Verfahrens betreffend Kündigungsanfechtung ein Ausweisungsbegehren gestellt wird, andernfalls das Ausweisungsverfahren ausgehöhlt würde.

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 ... 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. ... 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 ... hinterlegte Geldbetrag von Fr. 414.25 an die Vermieter auszubezahlen sei. 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 berechnigte 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 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 Kündi-

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,

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 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.

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 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.

...

9 c) ... Wie bereits erwähnt (Erw. II./3.) kann der Ausweisungsrichter (und anschliessend auch die Rechtsmittelinstanzen) die Rechtsmissbräuchlichkeit 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, 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, 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 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 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

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 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. 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

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

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