

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG160006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

## **Beschluss vom 24. Februar 2016**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger,

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_,

2. **C.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend

## **Kündigungsschutz / Anfechtung**

Berufung gegen Beschluss und Urteil des Mietgerichtes Dietikon vom 17. Dezember 2015 (MB120003)

**Rechtsbegehren der Kläger:**

(act. 67 S. 2)

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Rechtsbegehren bezüglich Kündigungsschutz/Erstreckung als gegenstandslos geworden abzuschreiben seien.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern für die Mietdauer vom 1. November 2011 bis zum 31. Januar 2013 eine Mietzinsreduktion von 50% zu gewähren.
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern den Betrag von Fr. 82.60 zu bezahlen.
4. Die bei der Bezirksgerichtskasse hinterlegten Mietzinse in der Höhe von Fr. 9'056.- seien an die Kläger herauszugeben.
5. Die vom Beklagten gestellte Forderung sei vollumfänglich abzuweisen.
6. All dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zu Lasten des Beklagten."

**Rechtsbegehren des Beklagten:**

(act. 71 S. 1 f.)

- "1. Es seien die Rechtsbegehren der Kläger, Nr. 1, 2, 3, 4, u. 5 alle vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei die Sache mit dem angeblich unbrauchbarem Herd als erstes zu klären.
3. Es seien die wirren Forderungen der Kläger zurück zu weisen.
4. Es seien event. Zahlungen an die Bezirksgerichts-Kasse an den Beklagten zu überweisen.
5. Es seien die Kläger zu verpflichten, meine Forderung von Fr. 36'334.20 u. 5% Zins ab 1. Juli 2012 zu bezahlen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge plus MwSt. zu Lasten der Kläger."

**Urteil und Beschluss des Mietgerichts Dietikon:**

(act. 75 = act. 78)

(Beschluss):

1. Auf die Widerklage des Beklagten wird nicht eingetreten.

2. Das Verfahren wird in Bezug auf Kündigungsschutz/Erstreckung als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

(Urteil):

1. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 6'137.60 zu bezahlen.  
Die Kasse des Bezirksgerichts Dietikon wird angewiesen, den im Verfahren MB120003-M hinterlegten Betrag von Fr. 9'056.00 im Umfang von Fr. 6'137.60 den Klägern und im Umfang von Fr. 2'918.40 dem Beklagten auszuzahlen.  
  
Im Mehrbetrag wird die Klage der Kläger abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden zu 20% unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern und zu 80% dem Beklagten auferlegt. Der auf die Kläger entfallende Kostenanteil wird einstweilen zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen, wobei die Nachzahlungspflicht vorbehalten bleibt (Art. 123 ZPO).
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern insgesamt eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 3'000.00 (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen. Im Übrigen wird Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ für ihren Aufwand mit Fr. 2'000.00 aus der Gerichtskasse entschädigt, wobei eine Nachzahlungspflicht der Kläger vorbehalten bleibt (Art. 123 ZPO).
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

**Berufungsantrag des Beklagten:**

(act. 79 S. 3)

Bitte sorgen Sie dafür, dass als Mietgerichtspräsident ein Baufachmann eingesetzt wird.

**Erwägungen:**

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Die Kläger und Berufungsbeklagten (im Folgenden: Kläger) mieteten vom Beklagten und Berufungskläger (im Folgenden: Beklagter) mit zwei Verträgen vom 13. Oktober 2011 eine 4-Zimmer-Wohnung sowie eine Garage an der D. \_\_\_\_\_ - Strasse ... in E. \_\_\_\_\_. Für die Wohnung wurde ein Mietzins von CHF 1'280.00 pro Monat zuzüglich CHF 146.00 Nebenkosten (CHF 80.00 akonto Heizung, CHF 40.00 Warmwasserpauschale, CHF 26.00 Treppenhausreinigung und Hauswartung) vereinbart. Der Mietzins für die Garage wurde auf CHF 156.00 pro Monat festgelegt. Mietbeginn für die Wohnung und die Garage war der 1. November 2011 (act. 4/3/9 und act. 4/3/10). Nachdem es zwischen den Parteien bereits kurz nach Mietantritt zu einem Konflikt über behauptete Mängel an der Mietsache gekommen war, kündigte der Beklagte die Mietverträge am 16. Dezember 2011 per 31. März 2012 (act. 4/3/16 und 4/3/17). Die Kläger fanden per 1. Dezember 2012 eine neue Wohnung, zogen aus dem Mietobjekt an der D. \_\_\_\_\_ - Strasse ... in E. \_\_\_\_\_ aber erst am 22. Januar 2013 vollständig aus. Bezüglich der Einzelheiten wird auf die Begründung im angefochtenen Entscheid verwiesen.

Mit Eingabe vom 12. Januar 2012 reichten die Kläger ein Schlichtungsgesuch ein und stellten das Rechtsbegehren, die Kündigung vom 16. Dezember 2011 per 31. März 2012 sei ungültig zu erklären, eventualiter sei das Mietverhältnis um 4 Jahre zu erstrecken. Nachdem anlässlich der Schlichtungsverhandlung keine Einigung zustande kam, stellte die Schlichtungsbehörde den Klägern am 8. März 2012 die Klagebewilligung aus (act. 3/6). Mit Eingaben vom 15. und 23. März 2012 stellten die Kläger bei der Schlichtungsbehörde ein Begehren um Miet-

zinshinterlegung. Mit Verfügung vom 27. März 2012 hielt die Schlichtungsbehörde fest, dass die Kläger den Mietzins erstmals per 1. April 2012 auf einem Konto des Bezirksgerichts Dietikon hinterlegen können (act. 3/7).

Mit Schriftsatz vom 30. März 2012 erhoben die Kläger beim Mietgericht Dietikon Klage bezüglich Kündigungsschutz (act. 1 (Verfahren MD120003)). Am 10. Juli 2012 erfolgte eine Klage im Zusammenhang mit der Mietzinshinterlegung (act. 34 (Verfahren MD120002)). Nach einem ersten Schriftenwechsel fand am 16. November 2012 eine Instruktionsverhandlung statt. Die Parteien einigten sich nicht. Mit Beschluss vom 22. November 2012 vereinigte die Vorinstanz das Verfahren MD120002 mit dem Prozess MD120003 (act. 34/14 und act. 35).

Nach Anordnung des zweiten Schriftenwechsels wurde den Klägern eine rechtskundige Vertretung bestellt, und Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wurde als unentgeltliche Rechtsvertreterin eingesetzt (act. 53). Bereits mit Beschluss vom 30. Mai 2012 war den Klägern die unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligt worden (act. 13). Mit Replik vom 2. April 2014 stellten die nunmehr rechtskundig vertretenen Kläger die eingangs genannten Anträge (act. 67). Anlässlich der Duplik vom 12. April 2014 stellte der Beklagte die obgenannten Anträge (act. 71). Am 17. Dezember 2015 fällte die Vorinstanz ihren Entscheid (75 = act. 78). Dieser wurde dem Beklagten am 13. Januar 2016 zugestellt (act. 76/2). Mit Eingabe vom 1. Februar 2016 (Datum Poststempel) erhob er dagegen rechtzeitig Berufung (act. 79). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2.

2.1. Das Mietgericht hielt zunächst fest, die Parteien seien sich darüber einig, dass der Mietvertrag gekündigt und das Mietobjekt zurückgegeben worden sei. Das Verfahren sei bezüglich Kündigungsschutz bzw. Erstreckung des Mietverhältnisses gegenstandslos geworden und sei abzuschreiben.

2.2. In Ziffer 5 des in der Duplik gestellten Antrages habe der Beklagte Widerklage erhoben. Eine Widerklage sei indes gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO spätestens

mit der Klageantwort zu erheben. Auf die Widerklage sei wegen Verspätung nicht einzutreten.

2.3. Weiter erwog die Vorinstanz, die Kläger hätten behauptet, der Herd/Backofen sei defekt gewesen. Der Beklagte habe dies eingeräumt und selber von einem Totalschaden gesprochen, indes behauptet, das defekte Gerät sei von den Klägern in die Wohnung gebracht worden. Die Kläger hätten das ursprünglich vorhandene funktionstüchtige Gerät durch ein defektes ersetzt. Die Vorinstanz hielt dafür, dass für diese Behauptung der Beklagte beweispflichtig sei. Er habe kein Beweismittel bezeichnet, der Beweis sei nicht erbracht. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Kläger den Defekt bereits vor dem Einzug gemeldet hätten. Die Behauptung des Beklagten, die Mieter hätten einen funktionstüchtigen Herd durch einen schadhafte n Apparat ausgetauscht, sei abwegig.

Die Kläger hätten weitere Mängel behauptet: Das Mischventil in der Küche habe gewackelt und sei locker, die Mischbatterie im Baderaum sei schwergängig und habe nicht richtig geschlossen, die Heizkörperventile in allen Räumen seien schwer bedienbar und teilweise seien die Griffe abgebrochen und die Sonnerietastatur und das Namensschild seien defekt. Mangels genügender Bestreitung sei diese Behauptung erstellt.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, aufgrund der Mängel hätten die Kläger einen Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses (Art. 259d OR). Bei der Bemessung sei zu Lasten der Kläger zu berücksichtigen, dass diese zur Ersatzvornahme im Sinne von Art. 259b lit. b OR berechtigt gewesen wären. Hätten sie die Mängel auf Kosten des Beklagten behoben, wäre die Mietsache nicht während der ganzen Vertragsdauer mangelhaft gewesen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände sei der Nettomietzins während der ganzen Mietdauer im Umfang von 20% zu reduzieren. Das Mietverhältnis habe vom 1. November 2011 bis am 31. Januar 2013, also 15 Monate gedauert. Dies ergebe bei einem monatlichen Mietzins von CHF 1'280.00 einen Herabsetzungsanspruch von insgesamt CHF 3'840.00.

2.4. Der Beklagte habe für den den Klägern durch die Mängel an der Mietsache entstandenen Schaden aufzukommen. Die Kläger hätten wegen des defekten Herdes/Backofens einen Schadenersatzanspruch von CHF 11'070.00 geltend gemacht, und zwar für täglich eine warme Mahlzeit im Wert von CHF 30.00 in der Zeit vom 25. November 2011 bis am 1. Dezember 2012 (369 Tage). Die Vorinstanz hielt dafür, der Schaden wäre kleiner gewesen, wenn die Kläger auf dem Weg der Ersatzvornahme das defekte Gerät ausgewechselt hätten. Dies hätten sie innert eines Monats tun können. Da die Kläger ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen seien, sei der Schadenersatz auf die Kosten für täglich eine warme Mahlzeit im Wert von CHF 30.00 für die Dauer von 30 Tagen sowie die Kosten für die Neuanschaffung eines Herdes/Backofens (ermessensweise CHF 1'100.00) zu begrenzen. Dies entspreche einem Totalbetrag von CHF 2'000.00.

Die defekte elektrische Anlage hätten die Kläger zu Recht auf dem Weg der Ersatzvornahme reparieren lassen, was unbestrittenermassen CHF 297.60 gekostet habe. Der Beklagte habe sich nicht exkulpieren können und sei zum Ersatz dieses Betrages zu verpflichten.

Die Schadenersatzforderung von CHF 293.60 wegen eines fehlenden Kabel-TV-Anschlusses sei abzuweisen, insbesondere da ein Kabel-TV-Anschluss vertraglich nicht geschuldet sei.

Da auf die Widerklage des Beklagten bezüglich nicht bezahlter Mietzinse nicht einzutreten sei, sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern CHF 6'137.60 (3'840.00 + 2'000.00 + 297.60) zu bezahlen. Im Verfahren MB120003 sei ein Betrag von CHF 9'056.00 hinterlegt worden [vgl. act. 74]. Dieser sei im Umfang von CHF 6'137.60 den Klägern und im Umfang von CHF 2'918.40 dem Beklagten auszuführen.

3.

3.1. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Dass mit der Begründung auch Berufungsanträge gestellt werden

müssen, geht nicht ohne Weiteres aus dem Gesetz hervor, ergibt sich jedoch aus der Begründungspflicht. Da die Beschwerde auch reformatorische Wirkung haben kann, ist ein Aufhebungsantrag mit einem Antrag in der Sache zu verbinden (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 34). Die Berufungsanträge sind so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung der Berufung zum Urteil erhoben werden können. Weil der Berufung in der Regel reformatorische Wirkung zukommt (Art. 318 Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO), muss grundsätzlich ein Antrag zur Sache gestellt werden. Der Berufungskläger kann sich nicht auf die Beantragung der Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheids beschränken (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 33 ff.; IVO W. HUNGERBÜHLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 11 und N 15 sowie N 18).

In der Begründung ist daraufhin darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb aus Sicht des Rechtsmittelklägers abgeändert werden muss. Es obliegt dem Berufungskläger, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Dies gilt auch im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime (OGer ZH, II. ZK, NG110004). Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer ZH, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80).

3.2. Der Beklagte stellt den Antrag, die Berufungsinstanz habe dafür zu sorgen, dass als Mietgerichtspräsident ein Baufachmann eingesetzt werde. Sinngemäss und nach Treu und Glauben verstanden stellt der Beklagte damit den prozessualen Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache sei zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese habe in neuer Besetzung zu entscheiden. Als Mietgerichtspräsident müsse ein Baufachmann eingesetzt werden. Einen Antrag in der Sache, der zum Urteil erhoben werden könnte, stellt der Beklagte nicht. Ein solcher kann auch nicht sinngemäss aus der Be-

gründung der Berufung abgeleitet werden. Auf die Berufung ist deshalb nicht einzutreten.

Der Beklagte kritisiert den angefochtenen Entscheid, setzt sich aber mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander und bringt keine konkreten Rügen vor. Auch aus diesem Grund ist auf die Berufung nicht einzutreten.

4.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen, dem Beklagten nicht wegen Unterliegens, den Klägern nicht mangels erheblicher Umtriebe.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 800.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage je eines Doppels von act. 79, sowie an das Mietgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt CHF 15'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am:  
25. Februar 2016