

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD140009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 11. November 2014

in Sachen

A. _____,

Mieter, Beklagter und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Vermieter, Kläger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom
6. März 2014 (MG130010)

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 9. Dezember 2013 – unter Beilage der Klagebewilligung vom 22. November 2013 – erhob der Vermieter, Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) Klage beim Einzelgericht des Mietgerichts Hinwil (fortan Vorinstanz) und stellte folgendes Rechtsbegehren (act. 9-10):

"Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Mietzins für den Monat Juli 2013 im Betrag von Fr. 1'200.– zuzüglich Zins von 5% seit dem 1. Juli 2013 sowie die Betreuungskosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Rüti (Zahlungsbefehl vom 3. Juli 2013) von Fr. 73.– zu bezahlen, alles unter Kosten und Entschädigungspflicht des Beklagten."

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2013 setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist an zur Leistung eines Kostenvorschusses (act. 12). Nach Leistung desselben lud die Vorinstanz die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 24. Februar 2014 vor (act. 14; act. 17). Auf Antrag des Mieters, Beklagten und Beschwerdeführers (fortan Beklagter) verpflichtete die Vorinstanz den Kläger mit Verfügung vom 12. Februar 2014 zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung (act. 19; act. 25). Der Kläger leistete diese fristgerecht (act. 29). Nach Durchführung der Hauptverhandlung entschied die Vorinstanz mit Verfügung und Urteil vom 6. März 2014: Sie hiess die Klage gut und verpflichtete den Beklagten, dem Kläger Fr. 1'200.00 nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2013 sowie Fr. 73.00 Betreuungskosten zu bezahlen. Sie setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 700.00 fest, auferlegte sie dem Beklagten und verpflichtete ihn, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.00 (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen (act. 36 S. 2 f. = act. 41 S. 12 f. = act. 47 S. 12 f.). Der Entscheid wurde zunächst unbegründet erlassen und auf Verlangen des Beklagten begründet ausgefertigt (act. 36; act. 38; act. 41). Die begründete Ausfertigung wurde am 21. Mai 2014 verschickt.

2. Mit Eingabe vom 17. Juni 2014 erhob der Beklagte rechtzeitig Beschwerde mit den folgenden Rechtsmittelanträgen (act. 48 S. 2):

- "1. Es sei in Gutheissung der Beschwerde Ziffer 1 – 5 des Dispositivs des vorinstanzlichen Urteils vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Sache sei zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zulasten des Beschwerdegegners."

Prozessualer Antrag:

"Es sei die Vollstreckung aufzuschieben."

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-45). Mit Verfügung der Kammer vom 8. Juli 2014 wurde den Dispositiv-Ziffern 1 und 3-5 des vorinstanzlichen Urteils einstweilen die aufschiebende Wirkung gewährt. Zudem wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um eine Anwaltsvollmacht nachzureichen und einen Kostenvorschuss zu leisten. Dem Kläger wurde Frist zur Stellungnahme zur beantragten aufschiebenden Wirkung angesetzt (act. 51). Mit Eingabe vom 10. Juli 2014 verzichtete er auf eine Stellungnahme (act. 53). Die Anwaltsvollmacht und der Kostenvorschuss gingen rechtzeitig ein (act. 54-56). Daraufhin wurde die Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Beschluss vom 12. August 2014 bestätigt und dem Kläger Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 57). In seiner am 12. September 2014 erstatteten Beschwerdeantwort schloss der Kläger auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten (act. 59). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beklagten zur Kenntnis gebracht.

4. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO)

und es gilt das gegenüber dem Verfahren vor Bundesgericht abgeschwächte Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 321 N 15), das heisst die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen – in der Beschwerde selbst – darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Verletzte Gesetzesartikel müssen nicht explizit genannt werden, da die kantonale Beschwerdeinstanz das Gesetz von Amtes wegen anwendet. Die Rüge in Bezug auf den Sachverhalt muss eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung betreffen; "offensichtlich unrichtig" ist – analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG – gleichbedeutend mit willkürlich im Sinne von Art. 9 BV (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 320 N 5).

2. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 326 N 3 f.).

III.

1.1. Der Beklagte mietete ab dem 1. Juni 2009 eine 3-Zimmerwohnung an der C.____-Strasse ... in D.____ zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 1'200.00 inklusive Nebenkosten in der Höhe von Fr. 250.00 (act. 7/1 = act. 33/1 = act. 35/1). Am 14. Februar 2013 kündigte der Kläger das Mietverhältnis mit amtlichem Formular auf den 30. September 2013 (act. 7/3 = act. 33/2 = act. 35/2). In der Folge kündigte der Beklagte seinerseits mit undatiertem Schreiben auf den 31. Juli 2013 (act. 7/5 = act. 33/5 = act. 35/4).

1.2. Die Parteien stehen im Streit wegen der Bezahlung des Mietzinses für den Monat Juli 2013. Der Kläger vertrat vor Vorinstanz die Auffassung, dieser sei in der Höhe von Fr. 1'200.00 geschuldet. Er bestreitet, dass seitens des Beklagten ei-

ne Forderung aus Schadenersatz und ein Anspruch auf Mietzinsherabsetzung bestehe, welche mit dem Mietzins verrechnet werden können. Der Beklagte vertrat vor Vorinstanz den Standpunkt, dass der Julimietzins – aufgrund einer einvernehmlichen Anpassung – nur Fr. 1'174.00 betrage. Die Julimiete erachtete er als nicht geschuldet, da er diese mit dem ihm wegen Kälte, Feuchtigkeit und Schimmelbefall zustehenden Mietzinsabzug sowie dem Schadenersatzanspruch für schimmelbefallene Möbel verrechnen könne.

2. Die Vorinstanz erwog zur Mietzinshöhe, dass der Beklagte gemäss Art. 8 ZGB eine ihm gewährte Mietzinsreduktion zu beweisen habe. Der Vorschlag des Beklagten, die Nebenkostenpauschale zu senken, sei – entgegen seinen Behauptungen – nicht vorbehaltlos vom Kläger angenommen worden. Letzterer habe sich nur unter der Bedingung damit einverstanden erklärt, dass der Beklagte für die Parkplatzbenützung Fr. 40.00 bezahle. Ob der Beklagte auf das Angebot des Klägers eingegangen sei, könne den Akten nicht entnommen werden. Ebenso wenig befänden sich in den Akten Zahlungsbelege, nach welchen der Beklagte lediglich noch einen Mietzins von Fr. 1'174.00 bezahlt hätte. Mangels Beweises des Gegenteils sei daher von einem monatlichen Mietzins in der Höhe von Fr. 1'200.00 auszugehen (act. 47 S. 5 f.). Auch für die aus den geltend gemachten Mängeln abgeleiteten, bestrittenen Ansprüche auf Mietzinsreduktion und Schadenersatz habe der Beklagte den Beweis zu erbringen. Die zum Beweis eingereichten Fotos sowie die im Weiteren anbotenen Beweise (Expertise, meteorologischer Bericht, Augenschein, Zeugen) seien jedoch untauglich und es sei auf deren Abnahme zu verzichten. Die Untauglichkeit des Zeugenbeweises begründete die Vorinstanz damit, dass die Zeugen die Darstellung des Beklagten nicht würden bezeugen können, weil sie sich nicht die ganze Zeit in dessen Wohnung aufgehalten hätten und sie keine verwertbaren Aussagen zur Raumtemperatur über eine längere Zeit machen könnten. Vielmehr hätte ein Sachverständiger im Zeitpunkt der Mängelentdeckung aufgeboten und zur schriftlichen Bestätigung des Zustands angehalten werden müssen. Der Beklagte habe die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen; die erhobene Verrechnungseinrede schlage somit fehl, weshalb die eingeklagte Forderung im Betrag von Fr. 1'200.00 gutzuheissen sei (act. 47 S. 7 f.).

3.1. In Bezug auf die Mietzinshöhe beanstandet der Beklagte zunächst eine falsche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz. Er bringt vor, im von ihm eingereichten Schreiben vom 6. Oktober 2011 sei unmissverständlich festgehalten, dass der Kläger nichts gegen die Mietzinsreduktion einzuwenden gehabt habe. Dem Schreiben sei weiter zu entnehmen, dass der Kläger – falls kein Mietvertrag über den Parkplatz zustande komme – die nötigen Schritte betreffend die Parkplatzmiete einleiten werde, was unterblieben sei. Seine Behauptung, dass er seit dem 1. September 2011 ohne Beanstandung einen monatlichen Bruttomietzins von Fr. 1'174.00 bezahlt habe, sei vom Kläger weder substantiiert bestritten noch durch Urkunden widerlegt worden. Es könne daher im Rahmen der Beweiswürdigung ohne Weiteres von einem Julimietzins von Fr. 1'174.00 ausgegangen werden (act. 48 S. 4 f.).

3.2. Aus dem vom Beklagten vor Vorinstanz eingereichten Schreiben vom 3. Oktober 2011 ergibt sich dessen Vorschlag an den Kläger, die Nebenkostenpauschale um Fr. 26.00 für die Kabel-TV- und Antennengebühr bzw. die Bruttomiete auf Fr. 1'174.00 zu senken, da er diese Kosten infolge Vertragsabschlusses mit UPC Cablecom durch Direktzahlung begleiche. Zudem fügte er an, dass er ohne schriftliche Zustimmung des Klägers bis zum 17. Oktober 2011 den Herabsetzungsanspruch bei der Schlichtungsbehörde einklagen werde (act. 35/18). Mit Antwortschreiben vom 6. Oktober 2011 entgegnete der Kläger, gegen die vom Beklagten verlangte Mietzinsreduktion soweit nichts einzuwenden zu haben, jedoch seinerseits einen Mietzins von monatlich Fr. 40.00 für den stets durch den Beklagten benutzten Parkplatz geltend zu machen. Sollte der Beklagte sich mit dem "Gesamtpaket" einverstanden erklären, werde er ihm den Mietvertrag für den Parkplatz zukommen lassen. Andernfalls werde er die nötigen Schritte in Sachen Parkplatzmiete veranlassen müssen, unabhängig von der Klage des Beklagten (act. 35/19). Der vom Beklagten gerügte vorinstanzliche Schluss, dass der Kläger nicht vorbehaltlos auf das beklagtische Angebot zur Mietzinssenkung eingegangen und deshalb von einem monatlichen Mietzins in der Höhe von Fr. 1'200.00 auszugehen sei, stellt eine Beweiswürdigung dieses Briefverkehrs und damit eine Sachverhaltsfeststellung dar. Diese kann im Beschwerdeverfahren nur beanstandet werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist (vgl. oben Erw. II.1.). Solches

wird jedoch genaugenommen vom Beklagten gar nicht geltend gemacht und ist – angesichts des aufgeführten Briefverkehrs zwischen den Parteien, ohne Behauptung resp. Beweis des beweisbelasteten Beklagten hinsichtlich einer Einigung über die Parkplatzmiete – auch nicht ersichtlich. Das erstmalige beklagti-sche Vorbringen im Beschwerdeverfahren, dass vom Kläger keine Schritte betreffend die Parkplatzmiete eingeleitet worden seien (act. 48 S. 4), erfolgte verspätet und ist unbeachtlich (vgl. oben Erw. II.2.). Die Äusserung des Beklagten, es sei unbestritten geblieben und urkundlich unwiderlegt, dass er seit dem 1. September 2011 ohne Beanstandung einen monatlichen Bruttomietzins von Fr. 1'174.00 bezahlt habe, beschlägt sodann nicht den Gesichtspunkt der Beweiswürdigung, sondern die Frage, ob allenfalls eine Verletzung von beweisrechtlichen Vorschriften vorliegt (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 26 N 35-36).

4.1. Der Beklagte rügt ferner, dass unbestrittene Behauptungen nicht bewiesen werden müssten. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb er Zahlungsbelege hätte einreichen sollen. Sodann habe er auch dazu die persönliche Befragung bzw. die Beweisaussage angeboten. Die Vorinstanz hätte ihn über den Sachverhalt betreffend die Mietzinshöhe persönlich befragen und ihm Gelegenheit geben müssen, Zahlungsbelege als Beweismittel nachzureichen. Allenfalls hätte das Gericht die Beweise von Amtes wegen erheben müssen. Auch wenn die richterliche Fragepflicht aufgrund seiner anwaltlichen Vertretung allenfalls gemildert sei, dürfe dies nicht dazu führen, dass diese überhaupt nicht wahrgenommen werde (act. 48 S. 5). Überdies rügt der Beklagte, dass die Vorinstanz die gehörig offerierten, objektiv sowie subjektiv tauglichen Zeugen nicht zum Beweis zugelassen habe und sie seine Verrechnungseinrede mit der Begründung verworfen habe, er könne seine Behauptungen nicht beweisen. Die Zeugin E._____ habe als seine Ehefrau mit ihm im beweisrelevanten Zeitpunkt im Mietobjekt gewohnt. Die Zeugen F._____ und G._____ hätten in derselben Liegenschaft gewohnt und seien zum beweisrelevanten Zeitpunkt mehrmals im Mietobjekt gewesen. Die Zeugen seien daher in der Lage, Aussagen über die Raumtemperatur bzw. das Laufen der Heizung zu machen (act. 48 S. 6). Durch die Nichtdurchführung einer persönlichen Befragung bzw. Beweisaussage zur weiteren Abklärung des Sachverhalts betref-

fend die Mietzinshöhe und die Nichtzulassung der gehörig offerierten objektiv und subjektiv tauglichen Zeugen zum Beweis, habe die Vorinstanz sein Recht auf Beweis verletzt, welches aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesse und in Art. 8 ZGB gründe (act. 48 S. 4 und 6).

4.2.1. Betreffend die vorliegende Mietstreitigkeit mit einem Streitwert unter Fr. 30'000.00 gilt die sogenannte abgeschwächte (soziale) Untersuchungsmaxime. Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen *festzustellen*; dabei ist es nicht an Beweisanträge gebunden und kann von sich aus Beweis erheben. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht den Sachverhalt zu erforschen hat, wie die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime das fordert (vgl. dazu etwa Art. 296 Abs. 1 ZPO). Auch sind die Parteien nicht davon befreit, an der Erstellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die zu erhebenden Beweise zu bezeichnen – allenfalls unter Mithilfe des Gerichts. Sie tragen die primäre Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO; vgl. ZK ZPO-Hauck, a.a.O., Art. 247 N 31 und N 33 m.w.H.; BGer 4A_32/2007 vom 16. Mai 2007, E. 4.1; Botschaft ZPO, S. 7313). Das Ausmass der gerichtlichen (Mit-)Hilfe bzw. Fragepflicht, wenn sich zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüber stehen, ist umstritten und wird diskutiert. Gemäss der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung greift die Untersuchungsmaxime nur soweit es wirklich geboten ist; vor allem zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder bei ungleichem Know how. Stehen sich zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüber, darf und soll sich das Gericht *wie im ordentlichen Prozess* zurückhalten (Botschaft ZPO, S. 7348). Daraus kann abgeleitet werden, dass die richterliche Fragepflicht diesfalls nicht über diejenige gemäss Art. 56 ZPO hinausgeht, mithin nur bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen greift. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zu der aus den Normen des sozialen Bundesprivatrechts fließenden Untersuchungsmaxime geäußert, in der Regel dürfe das Gericht auf die Sachkunde des Rechtsvertreters vertrauen und sich darauf verlassen, dass der Prozessstoff sowohl behauptungs- wie beweismässig vollständig vorliege; eine Verletzung der Untersuchungsmaxime könne bei anwaltlicher Vertretung nur in *krassen Fällen* angenommen werden (vgl. ZK ZPO-Hauck, a.a.O., Art. 247 N 35

i.V.m. N 17 mit Hinweis auf BGer 4C_143/2002 vom 31. März 2003, E. 3, vgl. ferner BGer 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 und BGer 5A_705/2013 vom 29. Juli 2014).

4.2.2. Der Beklagte verwies für jede zur Mietzinshöhe aufgestellte Behauptung auf von ihm eingereichte Urkunden (vgl. act. 34 S. 4 f. und act. 35/1, 35/16-19). Einzig zur Behauptung, dass er ohne Beanstandung seit dem 1. September 2011 eine Bruttomiete von Fr. 1'174.00 bezahlt habe, reichte er – obwohl es ihm ein Leichtes gewesen wäre – keine Belege ein (vgl. act. 34 S. 5). Vor diesem Hintergrund musste die Vorinstanz nicht von einer irrtümlichen oder versehentlichen Nichteinreichung der Zahlungsbelege ausgehen; es drängte sich weder eine Beweiserhebung von Amtes wegen noch eine persönliche Befragung des Beklagten dazu auf. Im Weiteren ist dem Beklagten zwar zuzustimmen, dass der Kläger die Behauptung, er (der Beklagte) habe unbeanstandet seit dem 1. September 2011 eine Bruttomiete von monatlich Fr. 1'174.00 bezahlt, nicht (substantiiert) bestritten hat (vgl. Prot. Vi S. 19). Auch wenn diese Behauptung unbestritten geblieben ist oder nachträglich hätte belegt werden können, ist dadurch jedoch noch nicht bewiesen, dass zwischen den Parteien die behauptete (und bestrittene) konsensuale Mietzinssenkung zustande gekommen und ein tieferer Mietzins von Fr. 1'174.00 geschuldet ist. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Parteien gemäss Mietvertrag für jede Mietvertragsänderung – im Sinne einer Gültigkeitsvorschrift – die Schriftform vereinbart hatten (act. 35/1 S. 2). Des Weiteren präsentierte sich der zu beweisende Sachverhalt keineswegs kompliziert und der Beklagte liess durch seinen Rechtsvertreter detaillierte Ausführungen zur Mietzinshöhe machen sowie diverse Beweismittel einreichen. Auch hielt der Rechtsvertreter des Beklagten selber fest, dass das Beweismittelverzeichnis komplett eingereicht werden müsse und es nichts nachzureichen gebe (Prot. Vi S. 13). Es ist daher nicht ersichtlich, über welche konkreten Aspekte des Sachverhalts die Vorinstanz den Beklagten hätte persönlich befragen und welche Beweise sie zusätzlich von Amtes wegen hätte erheben müssen. Der Beklagte macht in seiner Beschwerde auch keine dahingehenden Ausführungen.

4.3.1. Weder die Untersuchungsmaxime noch der Beweisanspruch gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO zwingen das Gericht dazu, alle möglichen Beweise abzunehmen bzw. das Beweisverfahren beliebig auszudehnen. Ferner ist die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht ausgeschlossen (BGer 4A_295/2010 vom 26. Juli 2010, E. 2.2.2; BGer 4A_452/2013 vom 31. März 2014, E. 3.1; Botschaft ZPO, S. 7312). Der Beweisanspruch gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO beinhaltet das Recht einer Partei, für rechtserhebliche und streitige Sachvorbringen (Art. 150 Abs. 1 ZPO) mit gesetzlich vorgesehenen (Art. 168 Abs. 1 ZPO), tauglichen sowie form- und fristgerecht beantragten Beweismitteln zum Beweis zugelassen zu werden (BK ZPO-Brönnimann, a.a.O., Art. 152 N 2). Eine Beweisofferte ist nur dann formgerecht erfolgt, wenn sie sich eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen (BGer 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4). Der Beklagte offerierte die Parteibefragung und Beweisaussage – entgegen seinen Behauptungen in der Beschwerde – nicht zu den Tatsachenbehauptungen betreffend die Mietzinshöhe (vgl. act. 34 S. 4 f.), sondern führte diese einzig im Beweismittelverzeichnis auf (act. 34 S. 9), ohne irgendeinen Bezug zu einem Beweisthema anzugeben. Ein derartiger Pauschalverweis stellt keine formgerechte Beweisofferte im vorgenannten Sinne dar, weshalb in der Nichtdurchführung einer Parteibefragung bzw. Beweisaussage durch die Vorinstanz keine Verletzung des Rechts auf Beweis zu erkennen ist.

4.3.2. Das Gericht kann Beweisanträge ablehnen, wenn es seine Überzeugung durch andere Beweismittel bereits (unerschütterlich) gewonnen hat oder wenn es das offerierte Beweismittel für untauglich hält (Botschaft ZPO, S. 7312). Objektiv untauglich ist das Beweismittel, welches schon von seiner Natur her nicht dazu geeignet ist, den erforderlichen Beweis zu erbringen. Ein subjektiv untaugliches Beweismittel ist zwar seiner Natur nach zur Beweiserbringung geeignet, das Gericht beurteilt seine Beweiskraft jedoch im konkreten Fall als negativ, weil es die Abnahme als unergiebig oder nicht aussichtsreich einschätzt (ZK ZPO-Hasenböhler, a.a.O., Art. 152 N 29; Leu, DIKE Komm-ZPO, Art. 152 N 27-28). Mit der Erwägung, die genannten Zeugen hätten sich nicht die ganze Zeit in der beklagti-

schen Wohnung aufgehalten und würden keine verwertbaren Aussagen zur Raumtemperatur über eine längere Zeit machen können (act. 47 S. 8), stützte die Vorinstanz die Nichtabnahme der Zeugenbeweise auf deren subjektive Untauglichkeit. Die subjektive Untauglichkeit ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen, nämlich wenn vom offerierten Beweismittel *zweifelsfrei keine relevanten Erkenntnisse* zu erwarten sind, nicht schon bei blossen Zweifeln an der Ergiebigkeit der Beweisabnahme (Leu, DIKE Komm-ZPO, Art. 152 N 30). Aus den Ausführungen des Beklagten vor Vorinstanz erschliesst sich, dass es sich bei der Zeugin E. _____ um seine Ehefrau handelt; sie sei oft zu ihren Eltern "gezogen", weil es ihr zu kalt gewesen sei und sie Angst um die Gesundheit ihres (ungeborenen) Kindes gehabt habe (act. 34 S. 5 und Prot. Vi S. 25). Das Vorbringen des Beklagten, dass die Zeugen F. _____ und G. _____ zum beweisrelevanten Zeitpunkt mehrmals im Mietobjekt gewesen seien, stellt zwar ein unzulässiges und damit unbeachtliches Novum im Beschwerdeverfahren dar. Wie jedoch bereits der Adressangabe des Beklagten vor Vorinstanz entnommen werden kann, handelt es sich bei den beiden offerierten Zeugen um Mieter derselben streitgegenständlichen Liegenschaft (vgl. act. 34 S. 8). Vor diesem Hintergrund kann nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden, dass aus der Einvernahme dieser Zeugen relevante Erkenntnisse zur Heizungsproblematik gewonnen werden könnten. Die Vorinstanz stellt mit der impliziten Forderung des ständigen Aufenthalts der Zeugen im Mietobjekt zu hohe Anforderungen an deren (subjektive) Tauglichkeit: Ein Zeugenbeweis wäre diesfalls kaum jemals möglich. Auch lässt sich die Untauglichkeit der Zeugen nicht bereits mit dem Umstand begründen, dass als Beweismittel eine – allenfalls beweistauglichere – schriftliche Bestätigung eines Sachverständigen hätte eingeholt werden müssen oder können. Der Kläger verweist sodann in seiner Beschwerdeantwort darauf, dass die Zeugin E. _____ aufgrund ihrer familiären Verbundenheit mit dem Beklagten eine höchst eingeschränkte Glaubwürdigkeit besitze und per se nur bedingt zum Beweis geeignet resp. untauglich sei (act. 59 Rz. 28). Die subjektive Untauglichkeit ist allerdings auch bei einem befangenen Zeugen nur mit Zurückhaltung anzunehmen. E. _____ ist aufgrund ihrer Ehe mit dem Beklagten nicht gänzlich unfähig, eine Aussage vor Gericht zu machen; eine allfällig geschmälerte Überzeugungskraft ihrer Aussagen in-

folge Befangenheit könnte bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (vgl. dazu Leu, DIKE Komm-ZPO, Art. 152 N 30).

4.3.3. Auf die Zeugeneinvernahme durfte zwar nicht mangels Beweistauglichkeit verzichtet werden, jedoch aus einem anderen Grund: In der beklagtschen Rechtsschrift, insbesondere in den Ausführungen zur geltend gemachten Mietzinsherabsetzung (act. 34 S. 5-7, Ziffer 5), finden sich keine Hinweise auf die Anrufung der Zeugen als Beweismittel. Die Zeugen E._____, F._____ und G._____ sind – wie der Kläger zu Recht vorbringt (act. 59 Rz. 21 ff.) – einzig im Beweismittelverzeichnis unter der Überschrift "Zeugen zum Zustand der Heizung sowie zu den Daten von Mängelrüge und Auszug des Beklagten" aufgeführt (act. 34 S. 8). Die Beweismittelüberschrift "Zustand der Heizung" ist nach Treu und Glauben dahingehend zu verstehen, dass die Zeugen zur beklagtschen Tatsachenbehauptung, die Heizung habe nicht funktioniert (act. 34 S. 3 und 5), offeriert wurden. Dass der Beklagte die Zeugen zu den Tatsachenbehauptungen betreffend die Raumtemperatur und den Schimmel offerieren wollte, lässt sich aus der genannten Überschrift dahingegen nicht ableiten. Zu Letzteren hat der Beklagte diverse – gemäss unangefochten gebliebenen Erwägungen der Vorinstanz beweisuntaugliche – Fotos eingereicht (act. 34 S. 5-7, Ziffer 5; act. 35/20-22). Die Zeugen E._____, F._____ und G._____ könnten folglich nur den Beweis für die Behauptung erbringen, dass die Heizung im massgeblichen Zeitraum nicht lief. Dieser Beweis ist aber insofern nicht erheblich, als das Nichtfunktionieren oder Nichtlaufen der Heizung im Zeitraum April bis Juli an sich noch keinen Mangel im Sinne von Art. 259d OR darstellt. Daraus kann nicht unmittelbar auf eine ungenügende Raumtemperatur im Mietobjekt und eine Schimmelbildung, welche dem Mieter einen Anspruch auf Mietzinsherabsetzung geben würde, geschlossen werden. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Zeugen E._____, F._____ und G._____ nur zu einer nicht rechtserheblichen Tatsachenbehauptung formgerecht offeriert wurden. Die Beweisabnahme durfte deshalb unterbleiben, ohne dass dadurch das Recht des Beklagten auf Beweis verletzt worden wäre.

5. Vor den vorstehenden Ausführungen ist keine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung gegeben und auch keine Verletzung des Rechts auf Be-

weis zu erkennen. Der Beklagte vermag mit seinem Begehren um Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz somit nicht durchzudringen. Seine Beschwerde ist abzuweisen.

IV.

1. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln. Der Beklagte unterliegt und ist demzufolge kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 300.00 festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Die Liquidation der Gerichtskosten erfolgt durch Verrechnung mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss (act. 56; Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2.2. Ferner ist der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das Beschwerdeverfahren eine in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 300.00 festgesetzte Parteientschädigung zu bezahlen. Hinzu kommt antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 24.00.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Beschwerdeverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 324.00 (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 beträgt Fr. 1'200.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: