

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD190002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Prof. Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 14. März 2019

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Beschwerdeführer,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1._____,

gegen

C._____ **AG**,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Forderung aus Mietverhältnis

Beschwerde gegen einen Entscheid des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 23. November 2018 (MG1600004)

Rechtsbegehren:

gemäss Klageschrift (act. 1):

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Schimmel in der von den Klägerin (recte: Klägern) gemieteten 3 ½-Zimmer-Wohnung im 1. Stock rechts an der D. _____-Strasse ... in E. _____ nachhaltig zu beseitigen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern für die Dauer der Mängelbehebung eine angemessene Mietzinsreduktion von 10% pro Monat zu gewähren.
3. Es sei festzustellen, dass die Kläger den von der Beklagten geforderten Betrag von Fr. 3'240.00 nicht schulden.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer; MWSt-Nummer von F. _____ Rechtsanwälte: CHE-103.994.410) zulasten der Beklagten.

angepasst anlässlich der Hauptverhandlung (act. 25):

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Schimmel in der von der Klägerin (recte: Klägern) gemieteten 3 ½-Zimmer-Wohnung im 1. Stock rechts an der D. _____-Strasse ... in E. _____ nachhaltig zu beseitigen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern für die Dauer der Mängelbehebung eine angemessene Mietzinsreduktion von 10% pro Monat zu gewähren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer; MWSt-Nummer von F. _____ Rechtsanwälte: CHE-103.994.410) zulasten der Beklagten.

gemäss schriftlichem Schlussvortrag (act. 90; sinngemäss):

Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern eine Mietzinsherabsetzung von 10% der Nettomiete für den Zeitraum von 12 Monaten und 15 Tagen zu bezahlen.

Entscheid des Mietgerichts Meilen:

(Verfügung)

1. Das klägerische Begehren Ziff. 1 wird als gegenstandslos geworden beschrieben.
2. Das klägerische Begehren Ziff. 3 wird als durch Rückzug erledigt beschrieben.

3. Den Klägern wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
4. Den Klägern wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihnen in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. **Dieser Entscheid wird mit seiner Eröffnung rechtskräftig.** Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

(Urteil)

1. Im Übrigen wird das klägerische Begehren Ziff. 2 der Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

CHF 2'580.--; die weiteren Gerichtskosten betragen
CHF 4'320.-- Gutachten (inkl. MWSt)
CHF 300.-- Dolmetscher
CHF 7'200.-- total
3. Die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 6'000.– werden den Klägern, je zur Hälfte dem Kläger 1 und der Klägerin 2 unter solidarischer Aufteilung auf ihren hälftigen Anteil, auferlegt jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kläger werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Der Beklagten werden Gerichtskosten in der Höhe von CHF 1'200.– auferlegt. Der auf die Beklagte entfallende Anteil der Gerichtskosten wird mit deren Kostenvorschuss von CHF 2'000.– verrechnet und der darüber hinausgehende Betrag wird ihr, vorbehaltlich allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates, zurückerstattet.
5. Die Kläger werden verpflichtet, der Beklagten 5/6 der Parteientschädigung von insgesamt CHF 3'700.– (inkl. MWST von 8% bis Ende 2017, von 7.7% für das Jahr 2018) zu bezahlen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern 1/6 der Parteientschädigung von insgesamt CHF 740.– (inkl. MWST von 8% bis Ende 2017, von 7.7% für das Jahr 2018) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.

8. **Dieser Entscheid wird mit seiner Eröffnung rechtskräftig.** Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Beschwerdeanträge:

der Kläger (act. 98):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 23. November 2018 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den Beschwerdeführern eine Mietzinsherabsetzung von 10% der Nettomiete für den Zeitraum von 12 Monaten und 15 Tagen zu bezahlen.
2. Es sei dem Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 23. November 2018 die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu lasten der Beschwerdegegnerin.

der Beklagten (act. 102):

1. Es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und demgemäss das Urteil des Mietgerichts Meilen vom 23. November 2019 (Geschäfts-Nr.: MG160004-G) zu bestätigen.
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letztere zuzüglich MWSt) unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Kläger und Beschwerdeführer, eventuell zu Lasten des Kantons Zürich.

Erwägungen:

1. Ab 16. April 2013 wohnten die Kläger gestützt auf einen mit der Beklagten geschlossenen Mietvertrag zusammen mit ihren beiden Kindern in einer 3 ½ Zimmer-Wohnung an der D.____-Strasse ... in E.____. Der monatliche Mietzins betrug Fr. 1'297.-- netto (Mietvertrag act. 5/3). Am 15. November 2016 zogen die Kläger aus der Wohnung aus (Plädoyernotizen act. 25 S. 2).

Nach Darstellung der Kläger wurde (wie schon bei ihrem Vormieter, was die Beklagte im Grundsatz anerkennt: Prot. I S. 18 und 32) die Wohnung ab Herbst/Winter 2014 von Schimmel befallen. Die Beklagte liess diesen beseitigen, allerdings (wie sie einräumt: Prot. I S. 11 ff.) ohne nachhaltige Besserung. Unter Berufung darauf verlangten die Kläger im Verfahren der Einzelrichterin eine Herabsetzung des Mietzinses um 10% pro Monat "für die Dauer der Mängelbehebung" (Rechtsbegehren Ziff. 2). In der mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 2017 präzisierten sie, dass die Reduktion für die Zeit vom 1. November 2015 bis zum 15. November 2016 gelten solle, und sie bezifferten die verlangte Reduktion mit Fr. 129.70 monatlich oder gesamthaft Fr. 1'621.25 (act. 25 S. 9).

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid wurde beiden Parteien am 28. November 2018 zugestellt (act. 95/1 und 2). Am 14. Januar 2019 – und damit unter Berücksichtigung der Gerichtsferien – fristgerecht gaben die Kläger ihre Beschwerde zur Post (act. 98). Die Beschwerdeanträge sind eingangs wiedergegeben.

Mit Verfügung vom 15. Januar 2019 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt. Auf einen Kostenvorschuss für das Verfahren des Obergerichts wurde verzichtet, und die Beklagte erhielt Frist zur Beantwortung der Beschwerde (act. 100), was sie nutzte (act. 102).

Am 25. Februar 2019 wurde den Beschwerdeführern antragsgemäss die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (act. 104). Gleichzeitig wurde die Beschwerdeantwort den Klägern zugestellt. Sie erklärten, dass sie ausser einer allgemeinen Bestreitung auf weitere Äusserungen verzichteten (act. 106).

Die Beklagte ist der Meinung, das angefochtene Urteil sei klar, allenfalls könne und solle es im Sinne von Art. 334 ZPO erläutert werden (act. 102 Rz. 6 ff.). Im Übrigen seien die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil richtig und jedenfalls nicht offensichtlich falsch (im Einzelnen act. 102 Rz. 11 ff.). Es ist darauf an der jeweiligen Stelle einzugehen.

2.2 Die Frist für ein Rechtsmittel ist wie gesehen eingehalten.

Zu fragen bleibt, ob das Rechtsmittel eine Beschwerde oder eine Berufung ist. Dem angefochtenen Urteil ist dazu nur zu entnehmen, dass der ursprüngliche Streitwert Fr. 16'022.-- betragen habe (Urteil S. 3), dass sich dieser aus den drei Elementen Mietzinsreduktion (Fr. 7'782.--), Mängelbeseitigung (Fr. 5'000.--) und negative Feststellungsklage (Fr. 3'240.--) zusammen setze, dass die Mängelbeseitigung gegenstandslos und die Feststellungsklage zurück gezogen worden sei (Urteil S. 34 f.). Nicht zu entnehmen ist dem Urteil, gestützt worauf die Einzelrichterin die Positionen Mietzinsreduktion und Mängelbeseitigung beziffert. Für die Mängelbeseitigung ergibt sich bei summarischer Durchsicht des Dossiers kein Hinweis. Zur Mietzinsreduktion präzisierten die Kläger in der mündlichen Verhandlung, ihre etwas merkwürdige Formulierung wolle ausdrücken, dass der Mietzins *bis zur* Beseitigung des geltend gemachten Mangels reduziert werden solle (Prot. I S. 19 Mitte). Sie verlangten eine Herabsetzung ab dem 1. November 2015 bis zu ihrem Auszug aus der Wohnung am 15. November 2016, mithin für 12,5 Monate, und sie gaben die verlangten 10% der Nettomiete ausdrücklich mit monatlich Fr. 129.70 an, den ganzen Anspruch mit Fr. 1'621.25 (act. 25 S. 9). Sollte das Begehren um Reduktion, wie die Einzelrichterin ohne Begründung angibt, ursprünglich einen Wert von Fr. 7'782.-- gehabt haben, wurde es in der mündlichen Verhandlung daher auf Fr. 1'621.25 reduziert. Das erledigte den Prozess im entsprechenden Umfang sofort und ohne ausdrückliche Anordnung des Gerichts (Art. 241 ZPO). Damit waren im Zeitpunkt des Entscheides noch dieser Betrag und die nicht näher bezifferte Mängelbeseitigung offen. Die letztere Position wird im angefochtenen Entscheid wie erwähnt mit Fr. 5'000.-- beziffert. Das lässt sich zwar nicht überprüfen, die Kläger stellen es aber auch nicht in Frage. Damit ist anzunehmen, dass der für den Weiterzug massgebliche Streitwert Fr. 10'000.-- nicht erreichte, und dass damit die Beschwerde das richtige Rechtsmittel ist.

Vor Obergericht sind nach dem Beschwerdeantrag und den vorstehenden Erwägungen noch Fr. 1'621.25 streitig.

2.3 Die Beschwerde ist innert der gesetzlichen Frist mit Anträgen und einer Begründung einzureichen (Art. 321 ZPO). Der Antrag muss bei einem Begehren auf Geldleistung beziffert sein, andernfalls wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (*OGer ZH* PF110013 vom 21. Juni 2011, *BGer* 4D_61/2011 vom 26. Okt. 2011). Der Beschwerdeantrag der Kläger ist für sich allein genommen unverständlich, wie es schon die Klage war. Die Kläger liessen das Begehren aber wie gesehen in der mündlichen Verhandlung präzisieren (act. 25 S. 9). Nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO verpflichtet auch die Gerichte) ist davon auszugehen, sie wollten daran festhalten. Eine Begründung wird ebenfalls gegeben (act. 98). Damit ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.1 Nach dem früheren kantonalen Recht überprüfte die Beschwerdeinstanz nur die geltend gemachten Rügen (§ 290 ZPO/ZH, zumal die so genannten "Nichtigkeits"-Gründe überhaupt keine solchen waren, und die damit behafteten Urteile durchaus Bestand hatten, wenn sie nicht angefochten wurden). Das neue Recht ist nicht ganz so streng. Wohl legt die Formulierung in Art. 320 ZPO "Mit der Beschwerde kann geltend gemacht werden..." eine gewisse Rüge-Obliegenheit nahe, und in der Praxis werden auch primär die gerügten Mängel geprüft. In der Literatur wird allerdings zu Recht ebenso darauf hingewiesen, dass absolute Nichtigkeit eines Urteils jederzeit und auch erst im Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden kann, und es wird darum postuliert, dass die Beschwerdeinstanz einen angefochtenen Entscheid bei offensichtlichen Mängeln auch von Amtes wegen, das heisst also ohne spezifische Rüge kassieren könne (BK ZPO-STERCHI, Art. 321 N. 23). Damit ist es zwar streng zu nehmen. Nicht selten ist es etwa, um ein erläuterndes Beispiel anzufügen, dass den Akten die Zustellung der Vorladung zur Verhandlung nicht zuverlässig entnommen werden kann – weil etwa nach einem erfolglosen ersten Versuch der Zustellung per Gerichtsurkunde, welche als "nicht abgeholt" ans Gericht zurück kam, lediglich eine Zustellung mit nicht eingeschriebener Post erfolgte. Im Bestreitungsfall wäre also anzunehmen, die Partei sei nicht genügend vorgeladen gewesen. Allerdings ist es durchaus möglich, dass die Partei von der nicht eingeschriebenen Sendung Kenntnis nahm. Damit ist ein Mangel der Vorladung nicht offensichtlich, und die Kammer schreitet als Beschwerdeinstanz in einem solchen Fall nicht von Amtes wegen ein. Immer-

hin kann ein Urteil (wie allgemein jeder hoheitliche Akt) indes nichtig sein, wenn der Mangel besonders schwer ist, offenkundig oder zumindest leicht erkennbar, und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 130 III 430, 434).

Der Zivilprozess hat zum Ziel, einen Streit unter Privaten autoritativ und verbindlich zu entscheiden, und Urteile der Gerichte müssen deshalb die Rechtslage im Einzelfall endgültig klarstellen (GULDENER, schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 30 und 203 f.). Bei einem Leistungsurteil muss das Dispositiv, mit dem etwas zugesprochen wird, bestimmt sein, damit die Organe der Vollstreckung wissen, was zu tun ist. Andernfalls hat man ein nicht vollstreckbares Nicht-Urteil vor sich (GULDENER S. 535). Das Dispositiv kann unter Umständen aus sich heraus nicht ausreichend klar sein, sondern der Auslegung in Verbindung mit den Erwägungen bedürfen. Wenn eine Klage nur "gutgeheissen" wird, braucht es zum Verständnis das beurteilte Rechtsbegehren – welches in der Regel den Erwägungen vorangestellt wird, aber auch im Rahmen der Prozessgeschichte wiedergegeben sein kann. Auch wenn die Klage abgewiesen wird, ist das nur zu verstehen, wenn man das Begehren kennt. Die Abweisung kann sodann entweder bedeuten, dass die Klage als unbegründet beurteilt wurde, oder aber, dass z.B. sowohl Klage als auch ein Verrechnungsanspruch begründet seien. Es kommt auch vor, dass zwischen Erwägungen und Dispositiv ein Widerspruch besteht – etwa dann, wenn die Erwägungen eingehend darlegen, dass die Klage begründet sei, im Dispositiv aber steht, "die Klage wird abgewiesen". Oder es kann ein logisch notwendiger Bestandteil des Dispositivs fehlen – etwa wenn in den Erwägungen steht, die obsiegende Partei habe eine Entschädigung zugut und diese sei auf Fr. x festzusetzen, im Dispositiv diese Anordnung aber schlicht fehlt. Für diese Fälle stehen die Erläuterung und die Berichtigung offen. Diese beide Behelfe stehen aber nur zur Verfügung, wenn das Dispositiv unter Beizug der Erwägungen nicht klar gestellt werden kann, nicht hingegen dann, wenn ein notwendig zu behandelnder Punkt aus dem ganzen Urteil heraus nicht zu klären ist (vgl. etwa BK ZPO-STERCHI Art. 334 N. 5, Dike-Komm ZPO-SCHWANDER 2. Aufl., Art. 334 N. 7 f.; ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELD 3. Aufl., Art. 334 N. 6 f.; ZK ZPO-HERZOG 3. Aufl., Art. 334 N. 4 ff.; Commentaire Romand CPC-SCHWEIZER 2^e éd., art. 334 n. 7 ss.).

3.2 Auf den heutigen Fall angewandt, ergibt sich Folgendes:

Sollte die Einzelrichterin das Rechtsbegehren der Kläger zum Urteil erhoben haben, "Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern für die Dauer der Mängelbehebung eine angemessene Mietzinsreduktion von 10% pro Monat zu gewähren", hätte das keinen Wert gehabt, da auch den Erwägungen nicht zu entnehmen ist, was der volle Mietzins ist, und für welche Dauer die Reduktion gutgeheissen werden soll. Die Beklagte weist zwar zutreffend darauf hin (act. 102 Rz. 6), dass im angefochtenen Urteil der Zeitraum für die Herabsetzung genannt ist: vom 1. November 2015 bis zum 15. November 2016 (Urteil S. 8). Das lässt aber immer noch nicht erkennen, wie hoch konkret die verlangte Herabsetzung sein soll, weil dafür der Mietzins bekannt sein müsste. Aus dem von den Klägern zu den Akten gegebenen Mietvertrag liesse sich der Mietzins zwar herausuchen. Von den Parteien eingereichte Akten werden aber nach Beendigung des Prozesses zurückgegeben und stehen dann für die Auslegung eines unvollständigen Urteils nicht mehr zur Verfügung. Darum ist darauf zu bestehen, dass das Urteil aus sich selbst heraus verständlich sein muss – erforderlichenfalls mit Erläuterungen oder Berichtigung, aber ohne Beizug weiterer Unterlagen. Im vorliegenden Fall ist das nicht möglich. Es läge darum bei einer Gutheissung der Klage der seltene Fall eines qualifiziert unrichtigen und damit nichtigen Urteils vor. Die Abweisung der Klage, wie sie die Einzelrichterin erkannte, ist ebenso wertlos: die Abweisung der Klage muss ebenso wie die Gutheissung verbindlich sein. "Die Rechtslage im Einzelfall endgültig klarstellen" im Sinne des zitierten Zweckes des Prozesses bedeutet, dass über die nämliche Frage zwischen den nämlichen Parteien kein weiteres Verfahren geführt werden darf (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO). Auch das ist im vorliegenden Fall nicht klar und nicht erstellbar, und darum ist das Urteil nichtig. Auch wenn das genau gesehen keiner Feststellung bedarf, ist das angefochtene Urteil in Gutheissung der Beschwerde formell aufzuheben.

4. Wird das angefochtene Urteil aufgehoben, ist die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen, ausser sie ist spruchreif (Art. 327 Abs. 3 ZPO).

4.1 Grundlage des noch zu beurteilenden Teils der Klage war und ist die Behauptung der Kläger, die Wohnung sei von Schimmel befallen gewesen, und

das berechtige zu einem Abzug vom Mietzins (act. 25 S. 2 f. und passim). Die Beklagte anerkennt an sich, dass Schimmel auftrat (und implizit, dass Schimmel ein Grund für die Herabsetzung des Mietzinses sein kann), weist die Verantwortung dafür aber den Klägern zu (Prot. I S. 13). Die Einzelrichterin nahm richtig an, dass der Beweis für die Verantwortung bei der Vermieterin liege (auch wenn sie das in der Beweisverfügung nicht ausdrücklich erwähnte), und erhob dazu Beweis. Mit Verfügung vom 8. Juni 2017 ordnete sie entsprechend dem Antrag der Beklagten ein Gutachten zur Behauptung an, dass der Schimmel durch falsches Lüftungs-Verhalten der Mieter verursacht worden sei (Prot. I S. 38). Das angefochtene Urteil stützt sich auf die Ausführungen des Experten G._____ und kommt zum Schluss, "dass die Kläger durch nicht genügendes Heizen und Lüften und somit in Verletzung ihrer Pflichten als Mieter (Art. 97 OR) die Schimmelschäden zumindest erheblich mitverursacht haben" (Urteil S. 26 ff. und 34). In der Folge weist es die Klage auf Herabsetzung des Mietzinses ab.

Die Kläger rügen die Beweiswürdigung. Der Gutachter habe klar gesagt, dass er die ihm gestellte Frage nicht eindeutig beantworten könne. Die Hilfsüberlegungen, die er in der Folge gleichwohl noch anstellte, basierten zum Teil auf unzulässigen Annahmen und seien nicht ausreichend für den strikten Beweis. Sie finden die Annahme, die Beklagte habe den Beweis nicht erbracht, umso weniger stossend, als es die Beklagte nach Kenntnis des (erneuten) Mangels in der Hand gehabt hätte, die nötigen Abklärungen zu treffen oder treffen zu lassen. Dass sie das unterliess, wirke sich nun zu ihren Ungunsten aus (act. 98). Dem gegenüber weist die Beklagte darauf hin, dass die Beschwerde nur bei offensichtlichen Fehlern der Beweiswürdigung erfolgreich sein könnte, und das sei nicht der Fall. Die vom Gutachter genannten Indizien reichten aus für die von der Einzelrichterin deklarierte Überzeugung, die Mieter seien jedenfalls zu 90% für den Schimmelbefall verantwortlich (im Einzelnen act. 102 S. 4 ff.).

In der vermieteten Wohnung trat in den letzten Jahren immer wieder Schimmel auf. Unstreitig war das schon beim Vormieter der Kläger der Fall, und während der dreieinhalb Jahre der Miete durch die Kläger gab es vier Fälle von Schimmel-Befall (so die Beklagte in Prot. I S. 11). Zu Recht haben das weder die

Parteien noch die Einzelrichterin in der einen oder anderen Richtung als beweisbildend gewürdigt: es kann bedeuten, dass das Gebäude ungenügend gebaut ist, und es kann bedeuten, dass die Mieter ungenügend lüfteten – aber keines von beidem ist dadurch bewiesen oder auch nur indiziert.

Keine der Parteien rügt, die Einzelrichterin habe taugliche und korrekt offerierte Beweismittel nicht abgenommen, sondern sie stützen sich beide, wenn auch mit unterschiedlichen Schlussfolgerungen, auf die Antworten des Experten. Diese sind daher im Folgenden zu prüfen.

Der Experte wurde gefragt, ob (erstens) die Ursache des Schimmels nach dem Auszug der Mieter und der Sanierung der Schäden noch feststellbar sei, allenfalls aufgrund noch vorhandener Indizien. Für den Fall (zweitens), dass er das bejahe, sollte der Experte erläutern, ob ein Baumangel die einzige Ursache sei, oder ob auch ein Mitverschulden der ehemaligen Mieter vorliege, in welchem prozentualen Umfang allenfalls ein Mitverschulden der Mieter für den Schimmel ursächlich sei, und, wenn kein Baumangel vorliege, ob der Schimmel dann von den Mietern verschuldet sei (act. 44).

Im Gutachten vom 28. September 2017 erklärte der Experte, um eine Verursachung oder Mitverursachung der Mieter zu eruieren, bedürfte es zwingend einer mehrwöchigen Messreihe in der Wohnung. Nach Auszug der Mieter sei das nicht mehr möglich und die Frage der Verursachung daher nicht mehr eindeutig zu klären. Aufgrund von Fotografien nahm er an, dass es an zahlreichen Stellen in der Wohnung Schimmel der "Kategorien 1 und 2" gehabt habe. Die Fotos seien allerdings nur zum Teil so genau, dass er korrekt kategorisieren könne. Die von den Klägern zu den Akten gegebenen Messungen eines Privaten (welche einen Baumangel indizieren sollten) erachtete er als "entweder trivial oder falsch". Anhand der Fotos erkannte er Schimmel hinter einem Radiator und an der Untersicht von Fensterbrettern, was nach seiner Erfahrung bei eingeschaltetem Radiator nicht möglich sei. Kondensat und nachfolgende Schimmelbildung gebe es bei zweifach verglasten Fenstern nur bei unkorrektem Lüften. In den Eckanschlüssen von Decken und Wänden könne es "bei der vorliegenden Bauweise kurzzeitig einmal zu kleineren Schimmelbildungen" kommen, ebenso in der Dusche "an den betroffe-

nen Stellen, auch wenn ein korrektes Nutzerverhalten vorliegt. Jedoch wäre dies unserer Erfahrung nach nicht so grossflächig und stark". Er schloss "aus all diesen Punkten" auf ein nicht korrektes Lüften. Aus den von den Klägerin in den Prozess eingeführten Messwerten des Privaten (welche er zuvor als "trivial oder falsch" beurteilte) leitete er allerdings ein Verschulden der Mieter ab. Andererseits könne er aus diesen Messwerten keine Folgerungen ableiten. Zahlreiche einzeln aufgeführte Umstände, die für eine Schimmelbildung wesentlich wären, könne er nicht beurteilen. Als Fazit gab der Experte allgemeine Empfehlungen zum Vermeiden von Schimmel ab (act. 57).

Die Einzelrichterin hat sich mit diesem (ersten) Bescheid des Experten nicht zufrieden gegeben. Sie hat zwei Ergänzungen verlangt, welche am 18. Dezember 2017 und am 24. März 2018 verfasst wurden (act. 67 und 69). In der ersten Ergänzung erläuterte der Experte Formeln und Berechnungen, mit welchen er Taupunkttemperatur und Sättigungsdampfdruck ermittelt habe. Die Tabelle 10 der SIA Norm 180 gelte allerdings nur für eine Temperatur von 20°, und daher habe er "den Nachweis nach Anhang E durchgeführt, da die Raumtemperaturen im Bereich von 23 bis 24° erwartet werden". Da bei der Erstellung des Hauses keine "rechtlichen oder normativen Vorschriften" verletzt worden seien (weil es solche damals nicht gab), könne kein Baumangel vorliegen. Gemäss einer Broschüre des BAG könne bei einem Gebäude wie dem vorliegenden vereinzelt Schimmel auftreten, nicht aber in dem in der Fotografien gezeigten Mass. "Die Bauweise wird mit 10% und das Mieterverhalten mit 90% an der Verschuldung eingeordnet" (act. 67). Anfangs März erkundigte sich der Gutachter beim Gericht, was von ihm in der zweiten Ergänzung verlangt werde, er könne die Sache "wohl nicht restlos" klären. Die Sachbearbeiterin empfahl ihm, das festzuhalten (Prot. I S. 48). In der Ergänzung vom 24. März 2018 erklärt der Experte dann erneut, aufgrund der Bauweise könne er Schimmel nicht ausschliessen, auch wenn die Mieter korrekt lüfteten. Erneut stellt er fest, ohne eine mehrwöchige Messreihe in der bewohnten Wohnung könne er keine abschliessende Beurteilung abgeben. "Messungen vom 20.10.2015 bis 02.11.2015", welche er nicht näher erläutert, habe er bisher nicht berücksichtigt, sie bestätigten aber seine Beurteilung eines Mieterverschuldens von 90% (act. 79).

Die Beklagte findet die Würdigung durch die Einzelrichterin richtig. Der Schimmel hinter dem Radiator sei nur möglich, wenn dieser ausgeschaltet war - es wurde also zu wenig geheizt. Das Kondenswasser an den Fenstern belege mangelhaftes Lüften - wären die Wände zu kalt, würde es einzig dort kondensieren. Der grossflächige Schimmel im Badezimmer könne bei korrekter Nutzung nicht auftreten. Die Messungen der Kläger über die Aussentemperaturen könnten nicht stimmen. Aus dem dokumentierten Raumklima müsse auf ein Fehlverhalten der Nutzer geschlossen werden. Die mit Isothermen berechneten Oberflächentemperaturen der Wände lägen viel höher als die von den Klägern behaupteten Temperaturen. Es liege kein baulicher Mangel vor, und die Messwerte aus dem Jahr 2015 bekräftigten die Schlussfolgerung des Gutachters (act. 102 S. 5 f.).

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das Gutachten auch mit den Ergänzungen nicht geeignet, ihre Behauptung zu beweisen. Es ist in sich für Nicht-Fachpersonen weder schlüssig noch in der Gedankenführung nachvollziehbar, und es ist in seiner Folgerung offenkundig grösstenteils spekulativ. Die Beklagte übergeht, dass der Gutachter mehrfach erklärte, er könne keine abschliessende Beurteilung abgeben, und dass er auch noch in der zweiten Ergänzung des Gutachtens (act. 79) festhielt, "aufgrund der Bauweise" (welche er damit offenkundig als jedenfalls nicht besonders günstig beurteilt) könne er Schimmel nicht ausschliessen, auch wenn die Mieter korrekt lüfteten. Dass kein Baumangel vorliege, weil es beim Bau des Hauses noch keine Dämm-Vorschriften gab, mag in einem strengen Sinn so zutreffen. Das schliesst allerdings nicht aus, dass eine aus heutiger Sicht ungenügende Bauweise für den Schimmelbefall ursächlich war. Dass hinter einem dauernd eingeschalteten Heizkörper kein Schimmel zu erwarten ist, scheint zwar plausibel, doch geht der Experte nicht darauf ein, dass die Heizungsleistung in Wohn- und Schlafräumen nachts abgesenkt zu werden pflegt, was die Überzeugungskraft seiner Überlegung erheblich entwertet. Der Experte hat ausdrücklich eingeräumt, in den Eckanschlüssen von Decken und Wänden könne es "bei der vorliegenden Bauweise kurzzeitig einmal zu kleineren Schimmelbildungen" kommen, ebenso in der Dusche "an den betroffenen Stellen, auch wenn ein korrektes Nutzerverhalten vorliegt". Warum diese Schimmelbildung "unserer Erfahrung nach nicht so grossflächig und stark" wäre, erläutert er nicht näher, und es

leuchtet nicht unbedingt ein. Merkwürdig ist, dass der Experte eine ganze Liste von möglichen Faktoren gibt, welche zur Schimmelbildung beitragen könnten, dann aber sogleich erklärt, das sei alles nicht erhärtet (act. 57 S. 6 f.: "nicht prüfbare Fakten"). Die beiden Erläuterungen sind für Nicht-Fachleute im Wesentlichen unverständlich und können die Überzeugung der Einzelrichterin darum nicht stützen, die Behauptung der Beklagten sei richtig. Den Widerspruch, dass die von den Klägern vorgelegten Messungen nicht stimmen könnten, dass er aber dann gleichwohl darauf abstellt, löst der Experte nicht auf.

Alles in allem könnten die Ausführungen des Experten eine mögliche Grundlage sein, wenn die Beklagte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellte und dafür die Nicht-Aussichtslosigkeit ihres Standpunktes glaubhaft machen müsste, oder allenfalls für eine vorsorgliche Massnahme. Für einen strikten Beweis sind sie auf jeden Fall ungenügend. Nur der Vollständigkeit halber ist hier zu erwähnen, dass die Beklagte nach eigener Darstellung bereits im Spätherbst 2015 zum Abklären der Verhältnisse für mehrere Wochen einen "Hydrologger" im Badezimmer der Wohnung hatte aufstellen lassen, um Temperatur und Luftfeuchtigkeit zu messen (Prot. I S. 12). Zwar war sie nicht verpflichtet, die Ergebnisse im Prozess offen zu legen. Gleichwohl: sollten diese Messungen ein ungenügendes Lüften durch die Mieter ergeben haben, hätte es der Beklagten frei gestanden, sie als Beweismittel ins Verfahren einzubringen, um damit allfällige Schwächen der Expertise zu kompensieren. Das hat sie aber nicht getan.

Die Beklagte weist zwar mit Recht darauf hin, dass mit der Beschwerde nur eine qualifiziert unrichtige Beweiswürdigung korrigiert werden kann (Art. 320 ZPO). Das ist allerdings hier der Fall. Daher spielt es auch keine Rolle, dass das Obergericht nach Aufhebung des Urteils aus einem anderen Grund (vorstehend Erwägung 3) selber neu entscheidet und damit an die Beschränkung der Kognition nicht gebunden ist. Auch bei der Prüfung der Beschwerde auf "offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes" nach Art 320 lit. b ZPO wäre diese Rüge begründet.

4.2 Kann die Beklagte den Beweis für ihre Behauptung nicht erbringen, die Kläger seien für die Schimmelbildung in der gemieteten Wohnung verantwortlich,

war deren Tauglichkeit zum Wohnen beeinträchtigt, lag ein von ihnen nicht zu vertretender Mangel vor, und haben die Kläger Anspruch auf eine Herabsetzung des Mietzinses (Art. 259d OR).

Die Mieter verlangen die Herabsetzung im Umfang von 10% des Mietzinses. Schimmelbefall ist ein erheblicher Mangel in einer Mietwohnung, und wie der Experte (in diesem Punkt überzeugend und auch von keiner Partei bestritten) feststellte, war er relativ bedeutend. Eine Herabsetzung um 10% ist angemessen. Wie bereits erwähnt, ergibt sich das Quantitativ dieser 10% aus dem angefochtenen Urteil nicht, wohl aber aus den Akten: ausgehend vom Mietzins (gemäss act. 5/3 Fr. 1'297.--) sind es pro Monat Fr. 129.70.

Die Herabsetzung kann von dem Zeitpunkt an verlangt werden, in welchem der Vermieter vom Mangel Kenntnis erhielt (Art. 259d OR). Die Mieter behaupten, sie hätten einem Vertreter der Vermieterin im November 2015 telefonisch die Schimmelbildung mitgeteilt (act. 25 S. 3). Das bestreitet die Vermieterin, welche zudem darauf verweist, dass nur eine schriftliche Mitteilung gültig wäre (Prot. I S. 12). Tatsächlich haben die Parteien vereinbart, dass Mängel schriftlich geltend zu machen sind (act. 27/7 Ziff. 4 in Verbindung mit act. 5/3 S. 2 unten). Auf diese vereinbarte Form konnten die Parteien selbstredend zurückkommen und sie aufheben (Art. 115 OR analog). Das kann sogar stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR), doch ist das nur mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen. Die Mieter haben die ersten beiden Schimmel-Fälle offenbar nicht schriftlich gemeldet, und gleichwohl sorgte die Vermieterin für Abhilfe. Allerdings ging es dabei jeweils um wenige hundert Franken (Prot. I S. 11). Den dritten und offenbar wesentlich gravierenderen Schadenfall, bei welchem sie auch ausdrücklich Herabsetzung der Miete verlangten, meldeten die Mieter schriftlich (act. 5/4). Damit kann die Vermieterin nicht bei einem stillschweigenden Verzicht auf die Schriftlichkeit behaftet werden, und der Beweisantrag der Kläger für eine mündliche Rüge des vierten Schaden-Falles (Prot. I S. 19) ist nicht relevant.

Als auslösendes Ereignis für die Herabsetzung anerkennt die Beklagte das Schlichtungsbegehren der Kläger (Prot. I S. 12); dieses trug den Poststempel vom

8. Februar 2016 (gemäss der Klagebewilligung act. 3 S. 2) und dürfte der Beklagten an einem der folgenden Tage zugestellt worden sein.

Damit ist die Herabsetzung für die Zeit von Mitte Februar 2016 (Zustellung des Schlichtungsbegehrens) bis Mitte November 2016 (Auszug der Mieter) oder für neun Monate ausgewiesen. Die Klage ist somit im Umfang von 9 x Fr. 129.70, was Fr. 1'167.30 entspricht, begründet.

5.1 Die Kosten der Einzelrichterin sind im Beschwerdeverfahren der Höhe nach nicht in Frage gestellt worden.

Die Einzelrichterin nimmt wie eingangs erwähnt an, bei ihr seien insgesamt rund Fr. 16'000.-- streitig gewesen. Das lässt sich nicht wirklich nachvollziehen, wird aber von den Parteien in der Beschwerde nicht in Zweifel gezogen. Effektiv zu entscheiden war das noch aufrecht erhaltene Begehren um Herabsetzung, welches richtig betrachtet den Streitwert von rund Fr. 1'600.-- hatte und hat. Dafür entstand der grössere Teil vom Aufwand des Verfahrens, und in diesem Punkt geht der Prozess im Verhältnis 3 : 1 zu Gunsten der Kläger aus. Das Begehren auf Beseitigung der Mängel wurde durch den Auszug der Mieter gegenstandslos, wäre aber nach dem heutigen Urteil wohl ebenfalls zu Gunsten der Kläger ausgegangen. Andererseits haben die Kläger am Begehren um Herabsetzung, welches die Einzelrichterin mit Fr. 7'782.-- quantifiziert, nur in einem kleinen Bruchteil festgehalten, und das Begehren um Feststellung, sie schuldeten einen Betrag von Fr. 3'240.-- nicht, haben sie ebenfalls zurückgezogen. Alles in Allem ist es gerechtfertigt, die Kosten der ersten Instanz den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Damit entfallen Parteientschädigungen (und es kann der Versuch unterbleiben, den missglückten Formulierung der Dispositiv-Ziffern 4 und 5 [Parteientschädigungen] des angefochtenen Urteils einen Sinn beizulegen).

5.2 Im Verfahren vor Obergericht geht es noch um Fr. 1'621.25. Die Gebühr dafür beträgt zunächst Fr. 370.--, ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG aber auf Fr. 600.-- festzusetzen. Sie ist den Parteien ausgangsgemäss zu einem resp. zu drei Vierteln aufzuerlegen, den Klägern unter Berücksichtigung der unentgeltlichen Prozessführung.

Damit hat die Beklagte den Klägerin die Hälfte einer ganzen Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 700.-- festzusetzen; die Hälfte davon ist Fr. 350.--. Der Ersatz der Mehrwertsteuer wurde verlangt. Die andere Hälfte der Anwaltsentschädigung ist der Vertreterin der Kläger aus der Gerichtskasse auszuführen, wenn die Auslagen bekannt sind (§ 23 Abs. 2 AnwGebV)

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Mietgericht, vom 23. November 2018 aufgehoben.
2. Es wird vorgemerkt, dass im Rechtsmittelverfahren noch eine Forderung der Kläger von Fr. 1'621.25 streitig ist.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 1'167.30 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen, so weit sie noch zu beurteilen ist.
4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, den Klägern unter sich in solidarischer Haftung. Der Anteil der Kläger wird unter Berücksichtigung der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Vorbehalt der Nachforderung (Art. 123 ZPO). Der auf die Beklagte entfallende Anteil wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- verrechnet. Im darüber hinausgehenden Betrag wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.
5. Für das Verfahren der Einzelrichterin werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf Fr. 600.-- festgesetzt. Davon werden der Beklagten drei Viertel (Fr. 450.--) auferlegt. Ein Viertel (Fr. 150.--) wird den Klägern unter sich in solidarischer Haftung auferlegt, aber unter Berücksichtigung der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen - unter Vorbehalt der Nachforderung (Art. 123 ZPO).
7. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Beschwerdeverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 350.-- zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,7% zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Mietgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.
9. 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. 1'621.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. A. Götschi

versandt am: