

ZH_OBERGERICHT LF110128 vom 1. März 2012

ZH Obergericht, 2012-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF110128

FR: ZH_OBERGERICHT LF110128 du 1 mars 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LF110128 del 1 marzo 2012

Erwägungen

E. 1

Die inzwischen konkursite F._____ GmbH sowie G._____ (vormals Gesuchsgegner 1) schlossen am 15. April 2008 mit der B._____ AG (Gesuchstellerin) einen Mietvertrag über die Gastwirtschaft "C._____" an der ...strasse ... in D._____ (act. 3/1). A._____ (Gesuchsgegner 2) hat wenig später die Betriebsführung übernommen. Er überwies alsdann die Mietzinsen an die Gesuchstellerin, kam für die Kautionsauf und traf mit ihr eine Vereinbarung über die Bezahlung weiterer Beträge. Nachdem der Mietzins für den Monat Juni 2011 nicht rechtzeitig bezahlt wurde, setzte die Gesuchstellerin G._____ und dem Gesuchsgegner 2 je separat mit Schreiben vom 14. Juni 2011 unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 257d OR eine Frist von 30 Tagen zur Zahlung des Ausstandes an (act. 3/5). Am 12. Juli 2011 mahnte die Gesuchstellerin ebenfalls unter - 4 - Fristansetzung und Kündigungsandrohung zusätzlich das Mietzinsbetreffnis Juli 2011 (act. 3/7). Da innert der angesetzten Fristen bis 21. Juli 2011 bzw. 19. August 2011 lediglich das Mietzinsbetreffnis für den Monat Juli 2011 überwiesen (act. 17/6), die Miete für Juni 2011 hingegen nicht bezahlt wurde, kündigte die Gesuchstellerin das Mietverhältnis am 22. August 2011 unter Verwendung des amtlichen Formulars mit separaten Schreiben an G._____ und den Gesuchsgegner 2 auf den 30. September 2011 (act. 3/9). Am 22. September 2011 fochten Letztere die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde in H._____ an mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass die ausgesprochene ausserordentliche Kündigung vom 22. August 2011 ungültig sei; eventualiter sei das Mietverhältnis mindestens um 4 Jahre zu erstrecken (act. 15/1 S. 2). Am 3. Oktober 2011 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil (Einzelgericht) ein Ausweisungsbegehren gemäss Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen; vgl. act. 1 und 2).

E. 2

Der Gesuchsgegner 2 schliesst sich dieser rechtlichen Beurteilung in der Berufung an. Zwischen ihm und der Gesuchstellerin sei ein Mietvertrag durch konkludentes Verhalten zustande gekommen; eine ausdrückliche Zustimmung der Gesuchstellerin sei nicht erforderlich gewesen. Demzufolge sei er sowohl legitimiert, die Berufung einzureichen, als auch sehr daran interessiert, das Mietverhältnis aufrechtzuerhalten. Der (vormalige) Gesuchsgegner 1, G._____, habe hingegen am Verfahren kein Interesse mehr und lasse sich von Rechtsanwalt X._____ nicht mehr vertreten (act. 24 S. 3, 6).

E. 3

Der Gesuchsgegner 2 hält in seiner Berufungsschrift an den im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Argumenten fest, insbesondere daran, dass der Mietzins Juni 2011 durch Verrechnung getilgt worden sei. Er anerkennt wie bereits vor dem

Einzelgericht, dass er sich mit den Mietzinszahlungen immer wieder im Rückstand befunden habe. Aufgrund dieser Situation – wegen der wiederholt verspäteten Mietzinszahlungen – hätten die Parteien eine Vereinbarung über ein zusätzliches Depot getroffen, mit dem Zweck, allfällige Zahlungsrückstände kurzfristig auszugleichen. Die zusätzliche, nicht dem Mietvertrag vom 15. April 2008 entsprechende Kautionsleistung sei vereinbarungsgemäss nicht auf ein Sperrkonto – lautend auf die Mieter – einbezahlt worden, sondern stehe der Gesuchstellerin noch heute zur freien Verfügung. Immer wenn die Miete nicht oder verspätet eingetroffen wäre, hätte die Gesuchstellerin das Recht gehabt, von der zusätzlichen Sicherheitsleistung den Ausstand abzuziehen und somit zu verrechnen. Dabei sei eine ausdrückliche Verrechnungserklärung selbstredend nicht notwendig gewesen. Der Gesuchsgegner 2 habe die Vereinbarung analog einem Kontokorrentkredit verstanden und entsprechend danach gehandelt. Die Gesuchstellerin habe das zusätzliche Depot zu Unrecht nicht angetastet und die Kündigung wegen Zahlungsverzug ausgesprochen, weshalb die Kündigung Treu und Glauben widerspreche (act. 24 S. 3 ff.; vgl. act. 18 S. 5).

E. 4

Die Gesuchstellerin macht demgegenüber geltend, die Parteien seien übereinkommen, das im Mietvertrag vorgesehene Depot im Sinne von Art. 257e OR von Fr. 10'000.-- auf Fr. 28'200.-- zu erhöhen, zahlbar in monatlichen Raten à Fr. 3'200.-- (bzw. letzte Rate Fr. 2'200.--), welche vom Gesuchsgegner 2 auch geleistet worden seien. Die Zahlungen seien vom Gesuchsgegner ausdrücklich als Depot geleistet worden, weshalb die Gesuchstellerin nicht berechtigt gewesen

- 13 - sei, diese in Verrechnung der Mietzinsausstände für sich in Anspruch zu nehmen. Die Darstellung des Gesuchsgegners 2, diese Zahlungen seien mit der Abrede verbunden gewesen, Zahlungsrückstände mit Bezug auf den Mietzins kurzfristig ausgleichen zu können, sei eine reine Schutzbehauptung. Selbst wenn das Depot jedoch zur Deckung kurzfristig entstandener Mietzinsausstände gedient hätte, hätte eine Verrechnungserklärung ausdrücklich erfolgen müssen, zumindest im Sinne einer Anweisung, dass die Gesuchstellerin berechtigt sei, sich mit den Depotzahlungen schadlos zu halten bzw. der Zustimmung dazu. Das aber behaupte der Gesuchsgegner 2 gerade nicht. Die Gesuchstellerin gesteht wie bereits vor dem Einzelgericht zu, dass sie die betreffenden Beträge nicht auf ein Sperrkonto einbezahlt habe, was vom Einzelgericht zu Recht moniert worden sei. Interessant sei aber, dass der Gesuchsgegner 2 geltend mache, die zusätzlichen Depotzahlungen hätten vereinbarungsgemäss auf ein Sperrkonto einbezahlt werden müssen. Damit führe er sein Argument selber ad absurdum (act. 35 S. 6 ff.). 5.1 Klarzustellen ist vorweg, dass die Gesuchstellerin zu Unrecht meint, der Gesuchsgegner habe argumentiert, dass die zusätzlichen Leistungen auf ein Sperrkonto hätten einbezahlt werden müssen. Der Gesuchsgegner 2 hat in der Berufungsschrift im Gegenteil wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren ausgeführt, dass die zusätzliche Kautionsleistung vereinbarungsgemäss nicht auf ein Sperrkonto lautend auf den Gesuchsgegner 2 einbezahlt worden sei (vgl. act. 18 S. 3 f.; act. 24 S. 4 f.). 5.2 Die Parteien stimmen darin überein, dass sie – über die vom Gesuchsgegner 2 bezahlte Sicherheitsleistung von Fr. 10'000.-- gemäss Art. 4 des Mietvertrages (vgl. act. 3/1) hinaus – Leistungen im Betrag von Fr. 18'200.--, zahlbar in sechs Raten (fünfmal Fr. 3'200.-- und einmal Fr. 2'200.--) vereinbart haben. Diese Raten wurden vom Gesuchsgegner 2 an die Gesuchstellerin am 12. Januar, 16. Februar, 11. April, 12. Mai 2011 und die letzte Rate am 1. September 2011 bezahlt (vgl. act. 18 S. 3 f., 5; Prot. I S. 6 f.; act. 17/8 und act.

17/19). Unbestritten ist ebenso, dass diese Beträge von der Gesuchstellerin nicht auf ein namens der Mieter eröffnetes Mietersparkonto einbezahlt wurden. Schliesslich ist unbestritten, dass bis zum Ablauf der mit Schreiben der Klägerin vom 12. Juli 2011 (act. 3/7)

- 14 - unter Kündigungsandrohung angesetzten Zahlungsfrist bis 19. August 2011 fünf der genannten Raten (d.h. Fr. 16'000.--) bezahlt waren, hingegen keine Zahlung für den Mietzins Juni 2011 erfolgte (vgl. act. 16 S. 3 f.; Prot. I S. 8). 5.3 Art. 257d Abs. 1 OR wird durchwegs so verstanden, dass die Zahlung innert der genannten Frist erfolgt sein muss, was sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt (ZK OR-Higi, Art. 257d N 10 und 26; Lachat et. al., op. cit., S. 256 f.). Der fristgerechten Zahlung ist allerdings die Verrechnung innert der gesetzten Frist grundsätzlich gleichgestellt. Richtig ist die Erwägung des Einzelgerichts, dass eine Verrechnung von ausstehenden Mietzinsen mit der gesetzteskonform nach Art. 257e Abs. 1 OR hinterlegten Sicherheitsleistung nicht möglich ist. Anderes trifft aber zu, wenn die Kautionsleistung nicht auf ein Sparkonto oder Depot hinterlegt wurde, das auf den Namen des Mieters lautet (ZK OR-Higi, 3. A., Zürich 1994, Art. 257e N 33; SVIT-Kommentar, Art. 257e N 18; Entscheid des Obergerichts Aargau vom 14. November 1991 publ. in SJZ 90/1994, S. 332). Die Mietvertragsparteien können in diesem Fall zudem vereinbaren, dass die Sicherheit zur Deckung ausstehender Mietzinse herangezogen und die Mietzinsschuld damit getilgt wird (Lachat et. al., op. cit., S. 262, 543). Da eine solche Vereinbarung einen Verrechnungsvertrag enthält, bedarf es für den Eintritt der Verrechnungswirkung keiner Verrechnungserklärung (vgl. dazu BSK OR I-Peter, Art. 124 N 7). Von Bedeutung ist weiter, dass auch eine wegen Zahlungsverzugs ausgesprochene ausserordentliche Kündigung treuwidrig im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR sein kann, was aber nur ausnahmsweise in Betracht kommt (BGer 4A_549/2010 vom 17. Februar 2011 mit Hinweisen). Die Frage des Rechtsmissbrauchs bzw. des Verstosses gegen Treu und Glauben stellt sich, wenn Vermieter und Mieter über gegenseitig anerkannte bzw. unbestrittene Ansprüche verfügen und dem Mieter in einer solchen Situation einzig die unterlassene Verrechnungserklärung (vgl. Art. 124 Abs. 1 OR) zum Verhängnis würde. Dies 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 –

- 15 - eine Zahlungsverzugskündigung des Vermieters trotz bestehender Verrechnungsmöglichkeit die Frage der Treuwidrigkeit aufwerfen. 5.4 Der Gesuchsgegner 2 hält in der Berufung wie erwähnt daran fest, dass eine Verrechnungserklärung angesichts der zwischen den Parteien bestehenden Vereinbarung mit dem Zweck der Tilgung kurzfristiger Mietzinsausstände nicht erforderlich gewesen sei. Er macht (sinngemäss) geltend, er habe die Vereinbarung im Sinne eines Kontokorrentkredits mit automatischer Verrechnung verstanden resp. nach Treu und Glauben so verstehen dürfen (act. 18 S. 5; act. 24 S. 4). Dass der Gesuchsgegner 2 die Leistungen auf den betreffenden Einzahlungsscheinen als "Depot" bezeichnete (act. 17/19) und in einer Aktennotiz der Gesuchstellerin von einer "Depoterhöhung auf 6 x 4'700.-- = 28'200.--" die Rede ist (act. 17/17), spricht nicht zwingend gegen einen solchen Verrechnungsvertrag. Angesichts der unbestritten oft nicht rechtzeitig erfolgten Mietzinseinzahlungen ist es grundsätzlich denkbar, dass die Mietvertragsparteien zwecks Ausgleichung solcher Mietzinsausstände der Gesuchstellerin Gelder zur Verfügung stellen wollten, die nicht als Sicherheitsleistung

nach Art. 257e OR zu hinterlegen gewesen wären, sondern im Sinne von Akontozahlungen die Tilgung der Ausstände vorgesehen hätten. Wäre dies der Fall gewesen, wäre der Mietzins für Juni 2011 durch die Depotzahlungen getilgt worden, was die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Zahlungsverzugskündigung zur Folge hätte. 5.5 Die eigene Darstellung der Gesuchstellerin, wonach Gegenstand der streitigen Vereinbarung eine Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 257e OR gewesen sei, entzieht dem Einwand des Gesuchsgegners 2 nicht die Grundlage. Die Gesuchstellerin übersieht, dass für eine Erhöhung der Sicherheitsleistung nach Art. 257e OR die massgeblichen Formvorschriften nicht eingehalten wurden. Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen hat die Vereinbarung über Sicherheitsleistungen, welche nach Abschluss des Mietvertrages getroffen wird (Erhöhung der bestehenden oder erstmalige Vereinbarung der Sicherheitsleistung), in jedem Fall die Formvorschrift von Art. 269d Abs. 3 zu beachten (ZK OR-Higi, Art. 257e N 8, 34; Lachat et. al., op. cit., S. 265). Wird die Formvorschrift, insbesondere die Formularpflicht, nicht eingehalten, ist die einseitige Vertragsänderung

- 16 - nichtig (BSK OR I-Weber, Art. 269d N 7 ff.; BGer 4C.96/2005 vom 20. Juni 2005, E. 1.2.1; BGE 113 II 187 E. 1a, S. 188). Die gemäss den übereinstimmenden Ausführungen erfolgte mündliche Vereinbarung zwischen der Gesuchstellerin und dem Gesuchsgegner 2 genügt dem Formerfordernis nicht. Hätten die Parteien tatsächlich die Erhöhung der Sicherheitsleistung nach Art. 257e OR beabsichtigt, wäre die Vereinbarung nichtig gewesen und hätte der Gesuchsgegner 2 hinsichtlich der zusätzlichen Depotzahlungen einen Rückforderungsanspruch gehabt. Unter dem Titel von Treu und Glauben müsste sich die Gesuchstellerin dann allenfalls entgegenhalten lassen, dass sie von ihrem Verrechnungsrecht des Rückforderungsanspruchs des Gesuchsgegners 2 mit dem ausstehenden Mietzins (wisentlich) keinen Gebrauch gemacht, sondern stattdessen die Kündigung wegen Zahlungsverzuges ausgesprochen hat. 5.6 Wie dem auch sei: Fest steht, dass sich die Parteien über den Zweck der unter dem Titel "Depot" vom Gesuchsgegner 2 bezahlten Fr. 18'200.-- nicht einig sind, und die Situation insofern unklar ist. 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 (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 257 N 11 mit Hinweisen). So oder so trägt der Gesuchsteller – entsprechend der Besonderheiten des Verfahrens – die Beweislast für den Nichtbestand der rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen (vgl. Meier, op. cit., S. 375; KassGer ZH AA090067, E. 4.1; KassGer ZH AA090067, E. 4.1). 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; Vogel, Der Mietprozess, recht 1993, S. 32), und es bleibt auch bei geringfügigen Zweifeln nichts anderes übrig, als einen Nichteintentsentscheid 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.

- 17 - 5.7 Der Umstand, dass die Gesuchstellerin das nicht offensichtlich haltlose Argument des Gesuchsgegners 2 betreffend Tilgung des Mietzinsausstands durch Verrechnungsvertrag nicht sofort hat entkräften können, die von ihr selber behauptete Vereinbarung über eine Sicherheitsleistung nach Art. 257e OR vielmehr aufgrund Formmangels nichtig wäre und einen (verrechenbaren) Rückforderungsanspruch des

Gesuchsgegners 2 begründet hätte, muss vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zu einem Nichteintreten wegen Illiquidität gemäss Art. 257 Abs. 3 ZPO führen. Ist ohnehin ein Nichteintretensentscheid zu fällen, muss der weitere, von der Gesuchstellerin bestrittene Einwand des Gesuchsgegners 2 gegen die Kündigung, die zuständige Sachbearbeiterin der Gesuchstellerin habe nach Zustellung der Kündigungsandrohung am 12. Juli 2011 für die Bezahlung des ausstehenden Mietzinses telefonisch eine Stundung gewährt (act. 18 S. 4; act. 24 S. 6 f.), nicht geprüft werden. IV. 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr (vorinstanzliche Dispositiv-Ziff. 3) ist zu bestätigen. Unter Berücksichtigung der dreijährigen Kündigungssperrfrist von Art. 271 Abs. 1 lit. e OR ergibt sich ein (Rechtsmittel-)Streitwert von Fr. 253'800.-- (vgl. act. 27). Für die Festsetzung der zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr ist von Bedeutung, dass es sich um wiederkehrende Leistungen (§ 4 Abs. 3 GebV OG) sowie um ein summarisches Verfahren (§ 8 Abs. 1 GebV OG) handelt. Zu berücksichtigen ist ausserdem § 10 Abs. 1 GebV OG, da es sich bei einem Nichteintretensentscheid dogmatisch um ein Verfahren ohne Anspruchsprüfung handelt. Nicht einschlägig ist hingegen § 7 lit. a GebV OG, weil die Gültigkeit der Kündigung lediglich als Vorfrage behandelt wird. Die nach § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG bemessene (um ein Drittel ermässigte) Gerichtsgebühr von Fr. 9'900.-- ist daher nach §§ 8 und 10 Abs. 1 GebV OG auf einen Drittel, d.h. auf Fr. 3'300.-- zu reduzieren. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind mit dem vom

- 18 - Gesuchsgegner 2 geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen, und die Gesuchstellerin hat dem Gesuchsgegner 2 Fr. 3'300.-- zu ersetzen. 2. Für die Parteienschädigung sind die einschlägigen Reduktionskriterien wiederkehrende Leistung (§ 4 Abs. 3 AnwGebV), summarisches Verfahren (§ 9 AnwGebV) und Rechtsmittelverfahren (§ 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV) zu berücksichtigen. Gestützt darauf hat die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner 2 für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 2'400.-- zu entschädigen (nach § 4 Abs. 3 AnwGebV ermässigte Gebühr von rund Fr. 12'000.-- reduziert auf ein Fünftel gemäss § 9 AnwGebV) und für das zweitinstanzliche Verfahren mit Fr. 1'200.-- (Fr. 12'000.-- reduziert auf ein Zehntel gemäss § 9 und § 13 Abs. 2 AnwGebV). Das ergibt eine Parteienschädigung für beide Instanzen von Fr. 3'600.--. Ersatz der Mehrwertsteuer hat der Gesuchsgegner 2 nicht verlangt (vgl. act. 24 S. 2; ZR 104/2005 Nr. 76; Kreisschreiben vom 17. Mai 2006, publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab 2000](http://www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab_2000)). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.