

ZH_OBERGERICHT LF200038 vom 11. September 2020

ZH Obergericht, 2020-09-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF200038

FR: ZH_OBERGERICHT LF200038 du 11 septembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LF200038 del 11 settembre 2020

Erwägungen

E. 1

Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte ist Vermieterin einer Liegenschaft an der E.____-strasse 1–2 in Zürich. Sie vermietete diese Liegenschaft mit Mietvertrag vom 13./28. April 2017, ergänzt am 13./30. April 2017, den Gesuchsgebern und Berufungsklägern (nachfolgend Mieter). Der Mietvertrag war befristet bis zum 31. März 2037. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2019 mahnte die Vermieterin die Mieter für ausstehende Mietzinse und drohte ihnen eine Kündigung wegen Zahlungsrückstands an. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2019 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag per 31. Januar 2020. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2019 mahnte die Vermieterin erneut und drohte erneut eine Kündigung wegen Zahlungsrückstands an, diesmal unter Berücksichtigung einer beanspruchten Bankgarantie von Fr. 250'000.–. Die Vermieterin kündigte mit Schreiben vom 28. Januar 2020 den Mietvertrag per 29. Februar 2020 (zum Ganzen act. 33 S. 5 f. Erw. 5).

E. 1.1

Die Mieter beanstanden, das Einzelgericht habe es unterlassen, eine amtliche Befundaufnahme beizuziehen, aus welcher klar hervorgehe, dass die Statik der Liegenschaft beschädigt sei. Wenn es davon ausgehe, es sei erwiesen, dass die Mängel behebbare seien, treffe dies nicht zu. Die zahlreichen Mängel seien dargelegt worden (act. 34 S. 3 Ziff. 2.1).

E. 1.2

Die Mieter legen im Berufungsverfahren nicht dar, wann und wo im erstinstanzlichen Verfahren sie Mängel behauptet und dargetan hatten, die den Schluss der Vorinstanz, es lägen behebbare Mängel vor, als unzutreffend erscheinen liessen. Es ist nicht Sache des Berufungsgerichtes, die vorinstanzlichen Akten danach zu durchforsten. Die Mieter genügen insoweit ihrer Begründungspflicht nicht. Der Vorwurf der Mieter an die Vorinstanz, die Befundaufnahme nicht beigezogen zu haben, obwohl eine entsprechende Beweisofferte vorgelegen habe, geht auch deshalb fehl, weil die Befundaufnahme vom 31. Juli 2019 mit Begleitschreiben vom 3. März 2020 an die Rechtsvertreterin der Mieter gelangte (act. 37/4), weshalb die Mieter diese spätestens mit ihrer Eingabe vom 27. April 2020 oder vom 1.

- 6 - Mai 2020 selbst hätten vorlegen können. Im Berufungsverfahren kann die als Novum eingebrachte Befundaufnahme nicht mehr berücksichtigt werden, zumal weder ersichtlich noch dargetan ist, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sein könnten.

E. 1.3

Die Vorbringen der Mieter erwiesen sich aber auch als unbegründet: Das Einzelgericht befasste sich in Erw. 7.3 (act. 33 S. 12 f.) mit Mängeln. Es erwog zunächst, bei behebbaren Mängeln dürfe der Mieter den Mietzins nicht zurückhalten und ihn auch nicht mit Herabsetzungs- und Schadenersatzansprüchen verrechnen. Es stehe allein die Hinterlegung nach Art. 259g OR offen, da diese eine lex specialis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus) gemäss Art. 82 OR sei (act. 33 S. 12 Erw. 7.3.2). Aus den Vorbringen der Mieter vor Mietgericht ergebe sich, dass sie selbst der Ansicht seien, es handle sich um behebbare Mängel und etwas Gegenteiliges hätten sie nicht substantiiert behauptet. Deshalb hätten die Mieter die Mietzinse nicht zurückhalten, sondern allein hinterlegen dürfen (act. 33 S. 13 Erw. 7.3.3). Das Einzelgericht verwies diesbezüglich auf die Eingabe der Mieter an das Mietgericht (act. 11/1). Mit dieser verlangten sie, dass die Vermieterin diverse Mängel behebe (S. 2 f.: "zu sanieren", "zu versehen", "zu ersetzen", "zu ertüchtigen" etc.). Dabei bezogen sich einzelne Rechtsbegehren auf die Statik. Aber auch in diesen Rechtsbegehren beantragten sie die Verpflichtung der Vermieterin zur Behebung der Mängel (Rechtsbegehren 1.4: "das Vordach zu reparieren, so dass die Statik ausreichend ist"; Rechtsbegehren 1.8: "sämtliche Böden ... zu ertüchtigen, so dass eine Traglast von mindestens 500 kg pro m² gegeben ist"; Rechtsbegehren 1.9: "die Fassadenstütze ... soweit zu ertüchtigen, dass die Stabilität gewährleistet ist"; Rechtsbegehren 1.20: "den Liftschacht zu ertüchtigen, so dass die Statik gewährleistet ist"). Wenn das Einzelgericht aus dem dortigen Rechtsbegehren auf Mängelbehebung nun folgert, die Mieter gingen selbst davon aus, es handle sich um behebbare Mängel, ist dies nicht zu beanstanden. Es war auch nicht Aufgabe des Einzelgerichts und es ist auch nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, die Akten danach zu durchforsten, ob die Mieter neben diesen "zahlreichen" Mängeln, die sie selbst als behebbare bezeichnen, allenfalls auch nicht behebbare Mängel zumindest behauptet hätten, die möglicherweise zur Zurückhaltung des Mietzinses oder zur Tilgung durch Verrechnung berechtigt hätten. Vielmehr wäre es Sache der

- 7 - Mieter gewesen, spätestens im Berufungsverfahren darzulegen, dass und wo sie (auch) nicht behebbare Mängel behaupteten.

E. 1.4

Die Mieter machen in diesem Zusammenhang ausserdem geltend, das Einzelgericht habe die Behauptungs- oder Beweislast falsch verteilt, indem es erwogen habe, sie hätten das Vorliegen nicht behebbarer Mängel behaupten und beweisen (oder zumindest glaubhaft machen) müssen (act. 34 S. 6 Ziff. II.7 Abs. 2). Mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach das eigenmächtige Zurückhalten des Mietzinses unter Berufung auf Mängel an der Mietsache grundsätzlich ausgeschlossen sei und einem Mieter in einem solchen Falle die Möglichkeit der Hinterlegung offenstehe (act. 33 S. 12/13 mit Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung), setzen sich die Mieter dabei nicht auseinander. Sie genügen auch insoweit ihrer Beanstandungspflicht nicht, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

E. 1.5

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die von den Mietern im Zusammenhang mit Mängeln vorgebrachten Beanstandungen unbegründet sind. 2. Bezugsfreigabe Die Mieter führen aus, sie hätten "eindeutig und klar ... geltend gemacht, dass für die fragliche Liegenschaft keine Bezugsfreigabe durch die Baubehörden vorliegt" (act. 34 S. 4 Ziff. II.2.2). Die Mieter bringen indes nicht vor, dass und wo sie das Fehlen der Bezugsfreigabe

im vorinstanzlichen Verfahren bereits geltend gemacht haben. Diese vorgebrachte Beanstandung ist deshalb mangels hinreichender Begründung oder dann als verspätetes Novum nicht zu hören. 3. Mietzinsvereinbarung / Fertigstellung

E. 2

Die Vermieterin beantragte mit Eingabe vom 21. Februar 2020 beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, die Ausweisung der Mieter (vgl. act. 33 S. 2 Erw. 1). Mit Urteil vom 2. Juni 2020 verpflichtete dieses die Mieter, das gemietete Objekt zu verlassen, nebst Vollstreckungsandrohung und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 33 S. 14 f.).

E. 3

Die Mieter geben in einer "Vorbemerkung" zunächst die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen in ganz allgemeiner Weise zutreffend wieder (act. 34 S. 3 Ziff. II.1 Abs. 1). Auf ihre weiteren "Vorbemerkungen" (act. 34 S. 3 Ziff. II.1 Abs. 2 f.) ist jedoch gestützt auf die vorstehenden Grundsätze nicht näher einzugehen, da jegliche Hinweise auf das Urteil der Vorinstanz und auf die erstinstanzlichen Behauptungen der Mieter fehlen.

E. 3.1

Die Mieter machen weiter geltend, das Einzelgericht sei auf ihr in der Stellungnahme vom 9. März 2020 (act. 12) vorgebrachtes Argument nicht eingegangen, wonach der Mietzins nach Vertrag für die unausgebauten Räumlichkeiten geschuldet sei, der Grundausbau aber noch nicht beendet und daher auch kein Mietzins geschuldet sei (act. 34 S. 4 Ziff. II.3). Die Mieter verwechseln die (behauptete) Nicht- mit der (behaupteten) Schlechtleistung (zu dieser Unterscheidung Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, OR AT II, 10. Aufl., N 2627). Die

- 8 - Schlechtleistung zieht allein die besonderen Rechtsbehelfe des jeweiligen Vertragstyps nach sich, beim Mietvertrag insbesondere die Hinterlegung bei behebbaren Mängeln (Gauch et al., a.a.O., N 2632; vgl. schon vorn Erw. III.1.2). Dass es sich hier selbst nach Ansicht der Mieter um behebbare Mängel handelt, ergibt sich aus ihrem Vorbringen, der Grundausbau sei noch nicht beendet. Nicht richtig ist auch das Verständnis der Mieter, Ziff. 13 des Mietvertrags (act. 4/1) als aufschiebende Bedingung für die Mietzins-Schuld zu betrachten. Sie lautet wie folgt: "Der vereinbarte Mietzins versteht sich für rohe, das heisst unausgebaute Mieträumlichkeiten (= Grundausbau) wie folgt: ...". Damit wird klargestellt, dass es sich um eine sog. Rohbaumiete handelt und der Mietzins dafür schon vor dem Innenausbau geschuldet ist. Daraus ergibt sich aber nicht, dass die Parteien die Unterscheidung zwischen Nicht- und Schlechtleistung, die das Gesetz vorsieht, beseitigen und die mängelfreie Bereitstellung der Mietsache zur Bedingung für die Gegenleistung machen wollten. Dass überhaupt keine "Mieträumlichkeiten" bestünden – was man allenfalls als Nichtleistung betrachten könnte –, ist nicht behauptet.

E. 3.2

Auch diese Beanstandung der Mieter ist somit unbegründet.

E. 4

"Geltendmachung der Herabsetzungsklage" Die Mieter machen geltend, sie hätten die Herabsetzungsklage bereits mit Klage vom 28. Mai 2018 geltend gemacht, was das

Einzelgericht nicht beachtet habe (act. 34 S. 4 Ziff. II.4). Die Mieter gehen jedoch mit keinem Wort auf die Begründung der Vorinstanz ein, wonach eine einseitige Herabsetzungserklärung lediglich bei nicht behebbaren Mängeln denkbar ist. Deshalb ist diese Beanstandung nicht zu hören. Es besteht aber ohnehin keine Sperrwirkung einer hängigen Herabsetzungsklage gegenüber einem Ausweisungsverfahren, denn es geht dabei um verschiedene Streitgegenstände (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Die Beanstandung wäre damit auch in der Sache unberechtigt.

- 9 -

E. 5

"Einverständnis, über den Mietzins zu verhandeln"

E. 5.1

Die Mieter verweisen auf ein E-Mail vom 1. November 2017 mit dem Wortlaut: "... by accepting this payment D._____ AG also accepts that an Agreement has yet to be reached". Gestützt darauf machen sie geltend, es habe kein Zahlungsrückstand bestanden, sondern die Vermieterin habe das Geld akzeptiert "und damit auch akzeptiert, dass der Mietzins nicht in dieser Höhe geschuldet ist" (act. 34 S. 5 Ziff. II.5). Das Einzelgericht erwog zum E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien, die Mieter hätten lediglich einseitig versucht, einen tieferen Mietzins auszuhandeln (act. 33 S. 10 Erw. 7.1.1 Abs. 2).

E. 5.2

Inwiefern diese Begründung der Vorinstanz nicht zutreffen soll, legen die Mieter nicht dar, sondern wiederholen ihre bereits vor Vorinstanz geäußerte Meinung. Das hier relevante E-Mail vom 1. November 2017 (act. 11/2 Blatt 6) stammt im Übrigen von C._____, also von der Mieter-Seite. Der Schuldner einer Geldleistung (Mieter) kann seine Zahlung (oder die Erklärung seiner Zahlungsbereitschaft) nicht mit der "Auflage" an den andern verbinden, mit der Annahme der Zahlung über Fr. 76'754.40 sei dieser mit einer Vertragsänderung einverstanden. Infrage kommt allenfalls Art. 6 OR, nach dem sich eine Vertragsänderung auch aus Still-schweigen einer Partei ergeben kann, wenn die andere aus dem Schweigen nach Treu und Glauben das Einverständnis ableiten durfte. Wenn es das Gesetz aber dem Gläubiger überlässt, auch eine Teilzahlung anzunehmen (Art. 69 Abs. 2 OR) – zu deren Leistung der Schuldner verpflichtet ist –, kann allein aus der Annahme einer Teilzahlung nicht gefolgert werden, der Gläubiger sei (dann und für künftige Raten oder Zinsen) mit einer tieferen Zahlung einverstanden. Besondere Umstände, aufgrund derer es hier anders wäre, sind weder behauptet noch ersichtlich.

E. 5.3

Was es mit dem weiteren Hinweis auf die Entgegennahme einer Zahlung von Fr. 143'340.– (act. 34 S. 5 Ziff. II.5 Abs. 2) auf sich hat, erschliesst sich aus der Berufungsschrift nicht.

E. 5.4

Die Beanstandung, die Vermieterin sei mit Verhandlungen über die Mietzinshöhe einverstanden gewesen, ist unbegründet.

- 10 -

E. 6

"Vorwurf, die Vermieterin sei ihrerseits im Verzug"

E. 6.1

Die Mieter bringen vor (act. 34 S. 5 Ziff. II.6), die Vermieterin sei verpflichtet gewesen, Fr. 200'000.– und Fr. 550'000.– auf ein Abwicklungskonto, das sie bisher noch nicht eröffnet habe, einzuzahlen. Dies ergebe sich aus dem Vertrag über Mieterausbauten. Sie verweisen dazu auf ihre Duplik vom 27. April 2020 (act. 24 S. 5). Damit habe sich das Einzelgericht nicht auseinandergesetzt.

E. 6.2

Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR ist eine Einrede im technischen Sinne, muss also vom Schuldner angerufen werden (Leu, Basler Kommentar OR I, Art. 82 N 11). Die Mieter führen in ihrer Berufung selbst aus, dass sie diese Einrede erst in ihrer Duplik vom 27. April 2020 geltend gemacht haben (act. 34 S. 5 Ziff. II.6). Der Rechtsschutz in klaren Fällen wird im summarischen Verfahren behandelt (Art. 248 lit. b ZPO), in dem nur ein Schriftenwechsel stattfindet (Art. 253, 256 Abs. 1 ZPO). Das Vorbringen der Mieter in der Duplik war damit verspätet, sowohl was die Einrede selbst angeht wie auch was das Vorbringen der zugrundeliegenden Tatsachen – die Vermieter seien zu Zahlungen verpflichtet gewesen und sie hätten diese nicht erbracht – angeht. Es wurde auch kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (vgl. act. 17 und 21; dazu BGE 144 III 117 Erw. 2 S. 119). Die Mieter machten auch in ihrer Duplik und machen auch nun in ihrer Berufung nicht geltend, dass und weshalb es sich um zulässige Noven handeln sollte. Das Einzelgericht hat das Vorbringen der Mieter deshalb zu Recht nicht berücksichtigt. Die Beanstandung ist unbegründet.

E. 7

"Unterwanderung des mietrechtlichen Kündigungsschutzes und der Herabsetzungsklage"

E. 7.1

Die Mieter zitieren aus einer Entscheidung des Bundesgerichts, wonach eine Ausweisung im Rechtsschutz in klaren Fällen nur zulässig sei, "wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheint" (act. 34 S. 6 Ziff. II.8, mit Verweis auf BGer 4A_7/2012 Erw. 2.5). Sie hätten jedoch die Kündigungen angefochten.

- 11 -

E. 7.2

Die Mieter bringen hier mit keinem Wort vor, dass und weshalb "Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung" bestehen sollten und dass und wo sie dies allenfalls schon vor Einzelgericht vorgebracht hätten (oder immerhin, woraus das Einzelgericht auf die Unvollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung hätte schliessen müssen). Das genügt der Beanstandungslast klarerweise nicht. Es sind denn auch keine Gründe ersichtlich und schon gar nicht in der Berufung dargelegt, die die Kündigung als missbräuchlich erscheinen lassen, worauf es im Zusammenhang mit der Anfechtung der Kündigung, die hier vorfrageweise zu prüfen ist, allein ankommt. Diese Beanstandung ist nicht zu hören.

E. 7.3

Dass, wie die Mieter auch hier geltend machen, die Herabsetzung lange vor der Kündigung geltend gemacht worden und "die Höhe des Mietzinsen angefochten" seien, ist irrelevant

(vgl. schon vorn Erw. 4). Und dass die "Gültigkeit der Kündigungen ... angefochten" sei, ist nach dem soeben (Erw. 7.1 f.) Ausgeführten auch ohne Bedeutung, da die Gültigkeit der Kündigung auch im Ausweisungsverfahren geprüft werden kann.

E. 8

Weitere Beanstandungen

E. 8.1

Die Mieter äussern sich zur "Rechtslage" (act. 34 S. 7 Ziff. II.9), bringen hier aber nichts Neues vor. Es kann auf das Ausgeführte verwiesen werden. Das gleiche gilt für die Ausführungen auf S. 8 Ziff. II.11 ("Kein Fall für das summarische Verfahren") und die "Schlussbemerkungen" (S. 8 Ziff. III).

E. 8.2

Sie machen weiter geltend, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden (act. 34 S. 7 Ziff. II.10). Das Einzelgericht ist aber nicht gehalten, sich mit jedem einzelnen Vorbringen auseinanderzusetzen, sondern es genügt, wenn die wesentlichen Erwägungen aus dem Entscheid hervorgehen. Das ist hier der Fall. Insbesondere muss sich das Gericht nicht mit allen Vorbringen auseinandersetzen, die am Ergebnis ohnehin nichts geändert hätten (nachfolgend Erw. 9.2; BGer 4A_502/2019 Erw. 4).

E. 8.3

Die Beanstandung, das Einzelgericht habe das rechtliche Gehör der Mieter verletzt, ist damit unbegründet.

- 12 -

E. 9

Zusammenfassung und Ergebnis

E. 9.1

Die Mieter kommen der Beanstandungslast nur teilweise nach. Soweit ihre Beanstandungen zu hören sind, sind sie unbegründet. Die Berufung ist deshalb vollumfänglich abzuweisen.

E. 9.2

Daran ändert auch nichts, dass das Einzelgericht gewisse Vorbringen der Mieter nicht berücksichtigt hat (act. 34 S. 4 Ziff. II.3 Abs. 2 [Mietzinsvereinbarung], Ziff. II.4 [Herabsetzungsklage]). Es wurde dargelegt, dass der Entscheid des Einzelgerichts unter Einbezug dieser Punkte nicht anders ausgefallen wäre (vorn Erw. 3 und 4).

E. 10

Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Höhe und Auferlegung der vorinstanzlichen Gerichtskosten und Parteientschädigung sind nicht beanstandet, weshalb es damit sein Bewenden hat. IV. Aufschiebende Wirkung, Nebenfolgen, Gerichtsbesetzung 1. Die Mieter beantragten die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Diese kommt der Berufung schon von Gesetzes wegen zu (Art. 315 Abs. 1 ZPO), weshalb auf diesen Antrag nicht einzutreten ist. 2. Die Entscheidungsbüher ist auf Fr. 5'000.– festzusetzen (zur Begründung vgl. act. 38 Erw. 4 f.). Die Mieter unterliegen vollständig, weshalb sie kostenpflichtig werden (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– (vgl. act. 38, 40) zu beziehen. Es sind

jedoch keine Parteientschädigungen zuzusprechen; den Mietern nicht, weil sie unterliegen, der Vermieterin nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind. 3. Mit Verfügung vom 15. Juli 2020 (act. 38) wurde die weitere Prozessleitung an Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein delegiert. Diese ist zwischenzeitlich aus dem Amt ausgeschieden, weshalb der Entscheid in der rubrizierten Besetzung ergeht.

- 13 - Es wird beschlossen: 1. Auf den Antrag der Berufungskläger, der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird nicht eingetreten. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 2. Juni 2020 wird vollumfänglich bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt und den Berufungsklägern auferlegt und aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss bezogen. 3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte im Doppel (für sich und zu Händen des Stadtammannamtes, einmal unter Beilage des Doppels von act. 34), und an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (ER200035), je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. 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).

- 14 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 390'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: lic. iur. R. Pfeiffer versandt am:

E. 15

September 2020

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