

# ZH\_OBERGERICHT PF110022 vom 15. Juli 2011

ZH Obergericht, 2011-07-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PF110022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF110022)

FR: ZH\_OBERGERICHT PF110022 du 15 juillet 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT PF110022 del 15 luglio 2011

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt / Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Am 10. Juni 2010 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über ein Ladenlokal im EG (inkl. Lagerraum im EG sowie Kellerraum im UG) an der ...strasse ... in C.\_\_\_\_\_ zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'312.– (act. 2/1). Am 6. August 2010 schlossen die Parteien einen Mietvertrag für den Autoabstell- platz Nr. ... im Freien an derselben Adresse zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 30.– (act. 2/2). Mit Mahnung vom 13. Oktober 2010 forderte die Beschwerde- gegnerin die Beschwerdeführerin zur Bezahlung ausstehender Mietzinse auf (act. 2/3 und act. 2/4). Mit Schreiben vom 22. Oktober 2010 setzte die Beschwer- degegnerin der Beschwerdeführerin eine Frist von 30 Tagen an für die Bezahlung der ausstehenden Mietzinse von Fr. 1'312.– beziehungsweise Fr. 30.– und wies darauf hin, dass bei nicht fristgerechter Zahlung das Mietverhältnis gemäss Art. 257d OR aufgelöst werde (act. 2/5 und act. 2/6). Mit Schreiben vom 9. Dezember 2010 kündigte die Beschwerdegegnerin schliesslich die Mietverträge auf den 31. Januar 2011 (act. 2/7). Am 2. März 2011 (Poststempel) stellte die Be- schwerdegegnerin beim Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) ein Ausweisungsbe- gehren (act. 1).

#### E. 1.2

Mit Urteil vom 18. April 2011 wurde der Beschwerdeführerin befohlen, die Mietobjekte sofort ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen, unter An- drohung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 12 = act. 16). Die Beschwerdeführerin gelangte rechtzeitig mit Beschwerde vom 6. Mai 2011 (Post- stempel) an die II. Zivilkammer und beantragte, es sei das Urteil vom 18. April 2011 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach betreffend Ausweisung auf- zuheben und an die Erstinstanz zurückzuweisen (act. 17 und act. 13).

#### E. 1.3

Mit Verfügung vom 20. Mai 2011 setzte die Kammerpräsidentin der Beschwerdeführerin eine Frist von 10 Tagen an zur Bezahlung eines Barvor- schusses von Fr. 700.– und der Beschwerdegegnerin eine nämliche Frist, um die bisherigen, vor Gericht getätigten Handlungen der E.\_\_\_\_\_ AG bzw. jene von F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ zu genehmigen. Die Prozessleitung wurde an Oberrichterin

- 3 - lic. iur. M. Stammbach delegiert (act. 21). Mit Schreiben vom 25. Mai 2011 (Post- stempel) genehmigte die Beschwerdegegnerin die fraglichen Handlungen (act. 23). Die Beschwerdeführerin leistete den Barvorschuss fristgerecht (act. 27).

#### E. 1.4

Mit Verfügung vom 20. Juni 2011 setzte die prozessleitende Oberrichterin der Beschwerdegegnerin eine Frist von 10 Tagen an zur Beantwortung der Beschwerde (act. 30). Die Beschwerdegegnerin reichte die Beschwerdeantwort am 22. Juni 2011 (Poststempel) innert Frist ein und beantragte (act. 32): "1. Die Beschwerde sei abzuweisen und entsprechend das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 18. April 2011 (Geschäfts-Nr. ER110021-C/U) zu bestätigen.

### **E. 1.5**

Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (act. 33). Sie reichte mit Schreiben vom 29. Juni 2011 (Poststempel) ihre Stellungnahme ein (act. 34). Das Verfahren ist spruchreif. 2. Rügepflicht der Beschwerdeführerin

### **E. 2**

Demgemäss sei der Beschwerdeführerin unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, das Ladenlokal im Erdgeschoss an der ...strasse ... in C.\_\_\_\_\_ inkl. Kellerabteil sowie den Parkplatz Nr. ... sofort ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin brachte in ihrer Begründung vor, die nicht juristisch erfassten Mängel seien von der Vorinstanz nicht anerkannt worden, obwohl diese zur Klage geführt hätten (act. 17 S. 1). Am Tag der Übergabe (1. Juli 2010) seien ein extremer Geruch (Gestank) sowie laute Stimmen im Lokal wahrgenommen worden. Im Übergabeprotokoll sei dies festgehalten worden mit dem Vermerk, dies werde erledigt. Der Beauftragte der Beschwerdegegnerin habe mündlich und schriftlich erklärt, er werde sich der Sache sofort annehmen. Geschehen sei jedoch nichts. In den allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag sei

- 4 - unter Punkt 4 klar festgehalten worden, dass ein Gewerbe mit lästigen Dünsten oder üblen Gerüchen untersagt sei. Ein Mieter könne sich nur mit der Einstellung der Mietzinszahlungen, indem diese auf ein spezielles Konto geleistet würden, wehren. Der Beschwerdeführerin sei ein massiver Schaden entstanden, weil sie die Lokalitäten nicht so verwenden könne, wie dies vorgesehen sei und weil sie Investitionen getätigt habe, die bei einer definitiven Kündigung verloren seien (act. 17 S. 2).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdegegnerin brachte in ihrer Beschwerdeantwort vor, mit Beschwerde könne gemäss Art. 320 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Beschwerdeführerin rüge aber weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Es handle sich um rein appellatorische Kritik, ohne Bezug zum angefochtenen Entscheid. Die Beschwerdeführerin versuche mit dem vorliegenden Rechtsmittel bloss, Zeit zu gewinnen. Sie habe seit dem 1. Oktober 2010 keine Mietzinszahlungen mehr geleistet (act. 32 Rz. 6 f.).

### **E. 2.3**

Es trifft zu, dass im Beschwerdeverfahren eine Rügepflicht besteht. Demnach hat sich die Beschwerdeführerin mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen und allfällige konkrete Mängel zu rügen. Während sich bei einer

anwaltlich vertretenen Partei eine gewisse Strenge recht- fertigt, scheint bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien eine grosszügigere Hal- tung der Rechtsmittelinstanz angebracht zu sein (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Af- heldt, Art. 321 N. 15).

#### **E. 2.4**

Aus der Begründung der Beschwerdeführerin lässt sich unschwer er- kennen, dass sie den Entscheid der Vorinstanz deshalb in Zweifel zieht, weil die von ihr erwähnten Mängel an der Mietsache bei der Entscheidungsfindung überhaupt nicht berücksichtigt worden seien. Dieses Vorbringen genügt – in Anbetracht der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin anwaltlich nicht vertreten ist – den Anfor- derungen an die Rügepflicht. Implizit rügt die Beschwerdeführerin also die (offen-

- 5 - sichtlich) unrichtige Feststellung des Sachverhalts und gestützt darauf die unrich- tige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz. 3. Rechtsschutz in klaren Fällen

#### **E. 3**

Das Gemeindeammannamt C.\_\_\_\_\_ sei anzuweisen, den genannten Befehl auf erstes Verlangen der Be- schwerdegegnerin zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei.

#### **E. 3.1**

Das Einzelgericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtsklage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Fehlen diese Voraussetzungen, kann kein materieller Entscheid ergehen, und es ist ein ordentlicher Prozess anzustreben (ZK ZPO- Sutter-Somm/Lötscher, Art. 257 ZPO N. 31).

#### **E. 3.2**

Es obliegt dem Gesuchsteller (vorliegend Beschwerdegegnerin), den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen des Begehrens erfüllt sind, wobei der Rechtsschutz in klaren Fällen keiner Beweisstrengebeschränkung un- terliegt; es ist der volle Beweis zu erbringen. Bestreitet der Gesuchsgegner die vom Gesuchsteller behaupteten Tatsachen, trifft den Gesuchsgegner lediglich eine Behauptungslast, weshalb er seine Einwendungen nicht glaubhaft zu ma- chen hat. Dies bedeutet, dass der Gesuchsteller zusätzlich die Beweislast für den Nichtbestand von rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen trägt (vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 257 N. 11). Jedoch reichen offensichtlich unbegründete bzw. haltlose Behauptungen seitens eines Gesuchgegners nicht aus, um das Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen aufzuhalten (vgl. ZR 2008 Nr. 13).

#### **E. 3.3**

Rechtsschutz in klaren Fällen wird durch das Gericht im summarischen Verfahren gewährt (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Dabei gilt der Verhandlungsgrundsatz, wonach die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stüt- zen, darzulegen und die Beweismittel so anzugeben haben (Art. 255 ZPO e contrario und Art. 55 Abs. 1 ZPO), dass der Sachverhalt, auf den sich das Begeh- ren abstützt, sogleich bewiesen ist, soweit er nicht unbestritten blieb (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO).

- 6 -

#### **E. 4**

Kündigung vom 9. Dezember 2010 Die Beschwerdegegnerin reichte im vorinstanzlichen Verfahren diverse Unterlagen ein, um die Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung zu belegen. Die Vorinstanz kam zu Recht zum Schluss, dass die Vorschriften der ausserordentlichen Kündigung zufolge Zahlungsverzugs gemäss Art. 257d OR eingehalten wurden (act. 16 Erw. 4.1). Mit Schreiben vom 22. Oktober 2010 mahnte die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin wegen ausstehender Mietzinse für den Monat Oktober 2010 und setzte ihr eine Zahlungsfrist von 30 Tagen an, um die Mietzinsen im Betrag von Fr. 1'3'12.– beziehungsweise Fr. 30.– zu bezahlen, unter der Androhung, dass bei nicht fristgerechter Zahlung das Mietverhältnis gemäss Art. 257d OR aufgelöst werde (act. 2/5 und act. 2/6). Die Beschwerdeführerin nahm die per Einschreiben zugestellte Zahlungsaufforderung / Kündigungsandrohung nicht entgegen. Die Mietzinsausstände wurden innerhalb der gesetzlichen Frist (bis 1. Dezember 2010, act. 2/5, 11) nicht beglichen, woraufhin die Beschwerdegegnerin das Mietverhältnis mit einem vom Kanton genehmigten Formular am 9. Dezember 2010 fristgerecht auf den 31. Januar 2011 kündigte (act. 2/7). Diesen Sachverhalt stellen weder die Beschwerdegegnerin noch die Beschwerdeführerin in Frage. Insbesondere stellt die Beschwerdeführerin den geltend gemachten Zahlungsausstand als solchen nicht in Abrede (vgl. vorinstanzliches Protokoll und act. 17). Darauf weist auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort hin (act. 32 Rz. 8). Es kann festgehalten werden, dass die Kündigung vom 9. Dezember 2010 frist- und formgerecht erfolgte.

## **E. 5**

Herabsetzungs- oder Verrechnungserklärung

### **E. 5.1**

Es stellte sich vorerst die Frage, ob die Beschwerdeführerin sinngemäss eine Erklärung (auf Verrechnung mit einer Herabsetzungsforderung wegen Mängeln) abgegeben hatte. Die Beschwerdeführerin führte aus, sie habe der Beschwerdegegnerin am 21. September 2010 ein Schreiben zukommen lassen und darauf aufmerksam gemacht, dass sie die Mietzinszahlungen einstellen würde, falls die von ihr festgestellten Missstände nicht beseitigt würden (vorinstanzliches Protokoll S. 5 f.). Die Vorinstanz sei auf die von ihr genannten Mängel (bzw. Miss-

-stände) nicht eingegangen. Ein Mieter könne sich nur mit der Einstellung der Mietzinszahlungen, indem diese auf ein spezielles Konto geleistet würden, wehren (act. 17). Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Schreiben vom 21. September 2010 (act. 9/3) enthielt folgenden Satz: "Sollten Sie auf unsere Forderungen auch weiterhin nicht reagieren, werden wir die Mietzinszahlungen auf ein separates Konto einzahlen bis Sie unsere Forderungen erfüllt haben."

### **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin brachte vor, das eigenmächtige Zurückhalten des Mietzinses unter Berufung auf Mängel der Mietsache oder auf eine Verrechnung sei ausgeschlossen (act. 32 Rz. 11). Die Beschwerdegegnerin habe das Schreiben vom 21. September 2010 nicht erhalten (vorinstanzliches Protokoll S. 7 und act. 32 Rz. 11), und die Beschwerdeführerin habe innert der gesetzlichen Zahlungsfrist keine Verrechnungserklärung abgegeben (act. 32 Rz. 12).

### **E. 5.3**

Eine gültige Herabsetzungs- oder Verrechnungserklärung seitens der Beschwerdeführerin hätte die Wirksamkeit der Kündigung vom 9. Dezember 2010 verhindern können. Die Beschwerdeführerin wies in ihrer Stellungnahme vom 29. Juni 2011 jedoch ausdrücklich darauf hin, sie habe keine Herabsetzungs- oder Verrechnungserklärung abgegeben (act. 34 S. 2). Damit entzieht die Beschwerdeführerin ihrer Beschwerde die Grundlage, denn sie kann der Gültigkeit beziehungsweise Wirksamkeit der Kündigung vom 9. Dezember 2010 nichts mehr entgegen halten.

#### **E. 5.4**

Selbst wenn die Beschwerdeführerin nicht einräumen würde, keine Herabsetzungs- oder Verrechnungserklärung abgegeben zu haben – immerhin hält sie fest, dass nicht erbrachte Leistungen der aufgeführten Mängel einen grossen Einfluss auf vertraglich geregelte Termine (Mietzinszahlung) haben (act. 34 S. 3) –, und man annehmen würde, dass die Beschwerdegegnerin das Schreiben vom 21. September 2010 erhalten hätte – was diese bestreitet –, genügte das besagte Schreiben dennoch weder den Anforderungen an eine gültige Mietzinsherabsetzung noch den Anforderungen an eine gültige Verrechnungserklärung.

- 8 - Eine Herabsetzungserklärung muss das Mass der Herabsetzung nennen. Die blosser Erklärung, es werde der Mietzins herabgesetzt, ohne den Umfang der Herabsetzung anzugeben, ist unwirksam (vgl. BGer 4C.248/2002 Erw. 4.2; MRA 4/2006 S. 144). Es muss eine Verrechnungslage vorliegen; die vom Mieter erhobene Gegenforderung muss fällig sein. Im Schreiben vom 21. September 2010 kündigte die Beschwerdeführerin lediglich die Sistierung der Mietzinszahlungen an und verlangte somit nicht die Herabsetzung des Mietzinses, sondern machte weitere Zahlungen von der Vertragserfüllung der Beschwerdeführerin abhängig. Darin kann keine klare Herabsetzungserklärung erblickt werden (vgl. BGer 4C.248/2002 Erw. 4.3 und 4.4.). Eine Mietzinsschuld kann durch Verrechnung mit einer eigenen Forderung des Mieters gegenüber dem Vermieter getilgt werden, zumal Art. 265 OR das Verbot des Verrechnungsverzichts statuiert. Eine Verrechnung tritt insofern ein, als der Mieter dem Vermieter zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht der Verrechnung Gebrauch machen wolle (Art. 124 Abs. 1 OR). Die Tilgungswirkung tritt nicht automatisch ein, sondern erfordert eine Gestaltungserklärung des verrechnungswilligen Mieters (vgl. BGer 4C.248/2002 Erw. 5.2 mit Hinweis auf BGE 118 II 382 E. 5b S. 391). Da die Hauptforderung erst mit der Kundgabe des Verrechnungswillens an den Vermieter erlischt, hat die Verrechnungserklärung vor Ablauf der Zahlungsfrist zu erfolgen, um die drohende Kündigung zu verhindern (Rajower, prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, AJP 1998, S. 809). Aus der Verrechnungserklärung selber oder den Umständen muss der Gegenstand der Verrechnung – die Verrechnungsforderung und die Hauptforderung – hervorgehen (Aepli, Zürcher Kommentar, Art. 124 OR N. 44). Im Schreiben vom 21. September 2010 fehlt jeglicher Hinweis auf eine – fällige – Gegenforderung beziehungsweise Verrechnungsforderung (vgl. BGer 4C.228/2006 Erw. 2.3). Der nachträgliche Hinweis auf eine mögliche Gegenforderung (Investitionen von circa Fr. 100'000.– und einen Betriebsausfall von circa Fr. 50'000.–) in ihrer Stellungnahme vom 29. Juni 2011 (act. 34) würde der Beschwerdeführerin auch nichts (mehr) nützen, da dieser Hinweis zu spät erfolgte.

## **E. 5.5**

Im Sinne der dargelegten Erwägungen vermag die Beschwerdeführerin nichts vorzubringen, was die Gültigkeit der Kündigung vom 9. Dezember 2010 entkräften könnte. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin erweisen sich als unbegründet beziehungsweise haltlos. Es liegt somit keine Illiquidität der Ausweisklage vor und die Beschwerde ist somit abzuweisen. Das angefochtene Urteil vom 18. April 2011 des Einzelgerichtes des Bezirksgerichts Bülach ist zu bestätigen.

## **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolge

### **E. 6.1**

Da vorliegend der Ausweisungsanspruch im Zentrum steht, kommt es bei der Streitwertberechnung nicht auf die Kündigungsfristen und -Termine an. Vielmehr bestimmt sich der Streitwert im Ausweisungsverfahren danach, wie lange der Vermieter mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann (Diggelmann, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 91 N. 45). Praxisgemäss rechnet die II. Zivilkammer bis zur effektiven Ausweisung mit einer Verfahrensdauer von sechs Monaten. Dies gilt sowohl für die erstinstanzliche als auch für die zweitinstanzliche Streitwertberechnung. Bei einem monatlichen Mietzins von insgesamt Fr. 1'342.– ergibt sich demnach ein Streitwert von Fr. 8'052.–. Beim in Frage stehenden Streitwert betragen die Kosten für das Beschwerdeverfahren Fr. 700.– (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr von Fr. 540.– für das erstinstanzliche Verfahren ist trotz des von der Vorinstanz angenommenen höheren Streitwerts von Fr. 9'177.– zu bestätigen; die Vorinstanz hatte die ordentliche Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG zusätzlich reduziert.

### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin ist zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Umtriebsentschädigung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Parteientschädigung wird im Kanton Zürich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010 festgesetzt. Gemäss § 2 Abs. 1 lit. a der AnwGebV bildet im Zivilprozess der Streitwert bezie-

- 10 - hungsweise der Interessewert Grundlage für die Festsetzung der Gebühr. Beim in Frage stehenden Streitwert von Fr. 8'052.– beträgt die Parteientschädigung Fr. 1'000.– (§ 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV). Die Beschwerdegegnerin beantragte, die Prozessentschädigung sei ihr zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen, da sie selber nicht der Mehrwertsteuer unterstehe (act. Rz. 17). Die Beschwerdeführerin opponierte in ihrer Stellungnahme nicht gegen diesen Antrag (act. 34). Der Beschwerdegegnerin ist deshalb die Prozessentschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006). Die Parteientschädigung von Fr. 100.– für das erstinstanzliche Verfahren ist zu bestätigen; jene wurde nicht in Anwendung des AnwGebV festgesetzt, da die Beschwerdegegnerin vor der Vorinstanz nicht anwaltlich vertreten war. Es wird erkannt:

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