

ZH_OBERGERICHT RT210082 vom 6. Mai 2022

ZH Obergericht, 2022-05-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT210082

FR: ZH_OBERGERICHT RT210082 du 6 mai 2022

IT: ZH_OBERGERICHT RT210082 del 6 maggio 2022

Erwägungen

E. 1

für den Betrag von Fr. 83'010.90 nebst 5 % Zins seit 15. August 2020 sowie Fr. 103.30 (Kosten des Zahlungsbefehls; Urk. 1 S. 2). Mit Urteil vom 23. April 2021 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin unter Kostenauflage zu Lasten der Gesuchstellerin ab (Urk. 19 S. 6 f. = Urk. 22 S. 6 f.).

- 3 -

E. 1.1

Bei der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) handelt es sich um eine in Zürich domizilierte Aktiengesellschaft (Urk. 1 S. 1). Die Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin) ist ebenfalls eine mit Sitz in Zürich konstituierte Aktiengesellschaft und bezweckt gemäss Handelsregister eintrag unter anderem die Führung von Gastronomiebetrieben sowie ... des ...-Unternehmungen. Am 3. Juli 2000 schlossen die C._____ AG (Vermieterin) und die damals im Entstehen begriffene Gesuchsgegnerin (Mieterin) einen Mietvertrag über ein Restaurant und Lagerräume am D._____platz ... in ... Zürich ab (Urk. 1 S. 2; Urk. 3/1). Mit Zessionsvereinbarung vom 31. August 2004 trat die Gesuchstellerin, damals noch firmierend als E._____ AG, per 1. September 2004 mit sämtlichen Rechten und Pflichten der Vermieterin in das Mietverhältnis ein (Urk. 3/2). In der Folge wurde der Bruttomietzins per 1. Januar 2014 geändert (Urk. 3/3) und aufgrund der Senkung des Mehrwertsteuersatzes per 1. Januar 2018 auf Fr. 41'505.45 pro Monat festgesetzt (Urk. 1 S. 3).

E. 1.2

Mit Zahlungsbefehl vom 18. September 2020 leitete die Gesuchstellerin gegen die Gesuchsgegnerin Betreuung für den Betrag von Fr. 83'010.90 nebst Zins ein (Urk. 2 = Urk. 3/9). Damit verlangte sie von der Gesuchsgegnerin die Bezahlung der noch offenen Mietzinse für die Monate August und September 2020 (Urk. 1 S. 4). Gegen den Zahlungsbefehl erhob die Gesuchsgegnerin Rechtsvor-schlag (Urk. 3/9 S. 2).

E. 1.3

Mit Eingabe vom 26. Oktober 2020 ersuchte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) um provisorische Rechtsöffnung in der vorgenannten Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich

E. 1.4

Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig mit Eingabe vom 17. Mai 2021 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 21 S. 2): " 1. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 23. August 2021 (Geschäfts-Nr. EB20201184-L/U) sei aufzuheben und der Gesuchstellerin sei in der Be- treibung Nr. ..., Betreibungsamt

Zürich 1, Zahlungsbefehl vom 18. September 2020, für CHF 83'010.90 nebst Zins zu 5 % seit 15. August 2020, CHF 103.30 Kosten des Zahlungsbefehls, provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

E. 1.5

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-20b). Mit Verfügung vom 19. Mai 2021 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten von Fr. 750.– angesetzt, der fristgerecht einging (Urk. 24 und 25). Die Beschwerdeantwort datiert vom 12. Juli 2021 (Urk. 27). Mit Verfügung vom 9. August 2021 wurde die Beschwerdeantwort der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 30). Die darauf im Rahmen des (unbedingten) Replikrechts erfolgten Eingaben der Parteien wurden der jeweiligen Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 33-38). Weitere Eingaben oder prozessuale Anordnungen sind nicht erfolgt.

E. 1.6

Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. 2. Prozessuales

E. 2

Eventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 23. April 2021 (Geschäfts-Nr. EB20201184-L/U) aufzuheben und die Sache zur Neuerteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 2.1

Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde der vorinstanz unterlegenen und deshalb zur Rechtsmittelerhebung legitimierten Ge-

- 4 - suchstellerin richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO, Art. 142 f. ZPO; Urk. 20a). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

E. 2.2

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). In der schriftlichen Beschwerdebegründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO) ist aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) leidet. Die beschwerdeführende Partei muss (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) die vorinstanzlichen Erwägungen, die sie beanstandet, genau bezeichnen, sich inhaltlich konkret mit diesen auseinandersetzen und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden vor Vorinstanz erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Beschwerdegrund ergeben soll (vgl. zum Ganzen BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.H. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde gelten sinngemäss auch für die Beschwerdeantwort (vgl. BGer 4A_580/2015

vom 11. April 2016, E. 2.2 m.w.H. [betr. Berufungsantwort]; BGer 5A_862/2015 vom 15. März 2016, E. 2.3).

E. 2.3

Was in der Beschwerde oder in der Beschwerdeantwort nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). Diese betrifft jedoch nur das Vorliegen allfälliger Mängel selbst, nicht

- 5 - auch deren rechtliche Subsumtion; letztere ist von Amtes wegen vorzunehmen, und eine unzutreffende rechtliche Einordnung der beanstandeten Mängel schadet der beschwerdeführenden Partei nicht. Überdies ist die Beschwerdeinstanz weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 57 N 2; BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21). 3. Materielle Beurteilung der Beschwerde

E. 3

Es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens zum Beschwerdeverfahren beizuziehen.

E. 3.1

Parteistandpunkte und vorinstanzlicher Entscheid

E. 3.1.1

Die Gesuchstellerin stützt ihr Rechtsöffnungsbegehren auf vorgenannten Mietvertrag vom 3. Juli 2000, den Zessionsvertrag vom 31. August 2004 sowie das Formular zur Mietzinsanpassung vom 13. November 2013 (Urk. 1 S. 2 f.; Urk. 3/1-3, vgl. E. 1.1.). Nachdem die Gesuchsgegnerin den vereinbarten Mietzins für die Monate August und September 2020 von monatlich Fr. 41'505.45 nicht bezahlt habe, verlangt die Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung für die Mietzinse im Umfang von Fr. 83'010.90 zuzüglich Zins und Betreuungskosten (Urk. 1 S. 1 und S. 4).

E. 3.1.2

Die Gesuchsgegnerin beantragte die Abweisung des Gesuchs und macht geltend, sie habe der Gesuchstellerin für den Monat August 2020 Fr. 18'534.25 und für den September 2020 Fr. 21'754.45 überwiesen (Urk. 12 S. 2). Gegen das Rechtsöffnungsbegehren wendet die Gesuchsgegnerin sodann eine mangelhafte Erfüllung des Mietvertrages seitens der Gesuchstellerin ein. Gemäss Mietvertrag sei die Führung eines Restaurants mit Alkoholausschank als Benutzungszweck vereinbart worden, wobei sie sich verpflichtet habe, die Mietlokalität nur zum vereinbarten Zweck zu gebrauchen und den Betrieb korrekt und unter Beachtung aller wirtschaftspolizeilichen Vorschriften zu führen. Mit Schreiben vom 17. März 2020 habe sie die Gesuchstellerin um vollumfängliche Herabsetzung des Mietzinses ersucht, da es der Gesuchstellerin aufgrund der behördlich angeordneten Schliessung der Restaurants vorläufig bis zum 19. April 2020 verunmöglichlicht

ge-

- 6 - wesen sei, ihre vertragliche Zusicherung zu erfüllen. Mit Schreiben vom 20. Juli 2020 habe sie der Gesuchstellerin erklären lassen, dass zusätzlich zum Öffnungsverbot vom 16. März 2020 bis und mit 10. Mai 2020 der Gebrauch der Miet-sache dadurch beeinträchtigt gewesen sei, dass die Anzahl der Gäste in der Bar im Erdgeschoss und im Restaurant im Obergeschoss stark eingeschränkt gewesen sei. Sie habe daher einen Mietzinsherabsetzungsanspruch für die Zeit des Lockdowns im Umfange von 90 % und für die Zeit danach von 60 % geltend gemacht. Vom 16. März 2020 bis zum 11. Mai 2020 habe ein vollständiges Schliessungsgebot resp. Benützungsverbot für die in Frage stehenden Mieträume und Mietflächen gegolten, wodurch der Vertragszweck vollständig verunmöglicht gewesen sei. Ab dem 11. Mai 2020 sei einzig sitzender Konsum in Gästegruppen bis höchstens vier Personen möglich gewesen bei einem Abstand von mindestens 2 Metern von Tisch zu Tisch. Dadurch habe sich das Angebot in der Bar auf 65 Sitzplätze und im Restaurant auf 62 reduziert, bei einer feuerpolizeilichen Höchstauslastung von 400 Personen für die Bar und 200 Personen für das Restaurant bzw. 136 Sitzplätzen im Innenraum des Restaurants. Am 6. Juni 2020 seien zusätzlich die Öffnungszeiten bis 24.00 Uhr beschränkt gewesen. Ab dem 22. Juni 2020 habe aufgrund der Lockerungen das Platzangebot in der Bar und im Restaurant auf jeweils 80 Personen erweitert werden können. Gestützt auf Art. 259d OR mache sie eine Mietzinsherabsetzung für die Zeit des Lockdowns vom 16. März 2020 bis und mit 10. Mai 2020 im Umfang von mindestens 90 % und für die Zeit ab 11. Mai 2020 bis zur Beendigung des Mietverhältnisses am 30. November 2020 im durchschnittlichen Umfange von mindestens 40 % geltend. In absoluten Zahlen schulde sie im Zeitraum vom 1. März 2020 bis 30. September 2020 höchstens Fr. 120'000.–, wobei sie etwa Fr. 103'550.– an Mietzins bezahlt habe. Sie schulde weder den vollen noch den in Betreuung gesetzten Mietzins. Auch im Umfang, für welchen die Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung verlange, sei der Mietzins nicht geschuldet (Urk. 12 S. 4 ff.).

E. 3.1.3

Die Vorinstanz erwog, das Ausmass der behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie sei unbestritten und notorisch. Ebenfalls unbestritten sei die durch die Gesuchsgegnerin abgegebene Herabsetzungs-erklärung für die relevante Periode. Sie ergebe sich auch aus den Schreiben der

- 7 - Gesuchsgegnerin vom 17. März 2020 (Urk. 14/2) und vom 20. Juli 2020 (Urk. 14/3). Der Gesuchstellerin könne in der vorliegenden Konstellation zwar nicht vorgeworfen werden, ihre Vertragsleistung nicht hinreichend erbracht zu haben. Es stehe aber ausser Frage, dass deren Leistung bei der Gesuchsgegnerin nicht in der Art und Weise angekommen sei, wie es aufgrund des abgeschlossenen Mietvertrages zu erwarten gewesen und wie dies auch von der Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin gerügt worden sei. Aufgrund dieser Störung des Synallagmas könne der Mietvertrag aus vollstreckungsrechtlicher Sicht in analoger Anwendung der Basler Rechtsöffnungspraxis keinen tauglichen Rechtsöffnungstitel für die verlangten Mietzinse mehr darstellen (Urk. 22 S. 5). Entscheidend sei sodann, dass im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren nicht die Klärung der materiellen Rechtslage von Belang sei, sondern einzig die Frage, ob es der Gesuchsgegnerin gelinge, Einwendungen vorzubringen, die dem eingereichten Mietvertrag die Qualität eines Rechtsöffnungstitels abzuspochen vermöchten. Wenn die behördlichen Massnahmen nicht bereits eine Unmöglichkeit der Vertragserfüllung aufseiten des

Vermieters oder einen Mangel an der Mietsache begründeten, scheine es in jedem Fall nicht ausgeschlossen, dass dem betroffenen Mieter gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* ein Anspruch auf Mietzinsreduktion zustehe. So habe sich das Bundesgericht vor allem in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg mehrmals mit der Anpassung eines Vertrages an veränderte Verhältnisse befasst (Hochstrasser, Auswirkungen einer Pandemie auf Dauerschuldverhältnisse, SVLR-Bulletin 2020, S. 47 ff.; BGE 48 II 249). Gestützt auf diese Rechtsprechung erscheine es naheliegend, dass das Bundesgericht auch den von den behördlichen Massnahmen betroffenen Mietern gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* eine Mietzinsreduktion gewähren werde. Wenn es nun aber nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht Sache des Rechtsöffnungsgerichts sei, den eingereichten Titel im Rahmen dieses Vollstreckungsverfahrens abschliessend auszulegen (BGer 5A_136/2020 vom 2. April 2020, E. 3.4.1), könne es noch weniger in dessen Kompetenz liegen, den eingereichten Titel in eigenem Ermessen richterlich anzupassen (Urk. 22 S. 5 f.).

- 8 -

E. 3.1.4

In der Beschwerde hält die Gesuchstellerin an ihrer bereits im Rechtsöffnungsgesuch vertretenen Ansicht fest, wonach die von ihr eingereichten Urkunden einen provisorischen Rechtsöffnungstitel für den Betrag von Fr. 83'010.90 nebst Zins und Kosten des Zahlungsbefehls darstellten (Urk. 21 S. 2). Dabei rügt sie, die Vorinstanz habe die Rechtsöffnung verweigert, obwohl die Gesuchsgegnerin nicht dargelegt habe und die Vorinstanz auch nicht davon ausgegangen sei, dass die Gesuchstellerin ihre Leistung nicht ordentlich erbracht habe. Die Verwendungsunmöglichkeit oder Verwendungerschwerung sei keine Unmöglichkeit im Sinne von Art. 97 OR und Art. 119 OR und führe nicht zur Befreiung von der Leistungspflicht (Urk. 21 S. 6 f.). Weiter ergebe sich aus den behördlich angeordneten Covid-19-Massnahmen selbst, dass sie keinen Erfüllungsmangel seitens des Vermieters darstellten. Art. 6 Abs. 1 der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (SR 818.101.24, COVID-Verordnung 2) habe in der Fassung vom 17. März 2020 ein Verbot und in Art. 6 Abs. 2 COVID-Verordnung 2 ein Publikumsöffnungsverbot vorgesehen. Letzteres könne nur dann zu einem Erfüllungsmangel seitens einer Vermieterin führen, wenn es eine Beschneidung bzw. Vereitelung der Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung des Vermieters zur Folge habe. Das Publikumsöffnungsverbot habe sich an den jeweiligen Betreiber einer erfassten Einrichtung gerichtet und damit vorliegend an die Gesuchsgegnerin. Folglich könne das Publikumsöffnungsverbot nicht zu einem Erfüllungsmangel seitens der Vermieterin – in casu der Gesuchstellerin – führen, da es die Leistungen, zu deren Erbringung die Vermieterin gemäss Mietvertrag verpflichtet sei, nicht beschneide. Wenn nun aber das Publikumsöffnungsverbot das Synallagma des Mietvertrages nicht zu beeinflussen im Stande sei, so könnten dies noch weniger die behördlichen Massnahmen wie Hygiene- und Belegungsvorschriften, die nach dem Publikumsöffnungsverbot gegolten hätten. Auch diese Massnahmen hätten sich an die Betreiber gerichtet (Urk. 21 S. 7 ff.). Zudem sei das Herabsetzungsbegehren der Gesuchsgegnerin unklar und ungenügend substantiiert geblieben. So habe sie lediglich eine Mietzinsherabsetzung von "mindestens 90 %" während des Lockdowns vom 16. März 2020 bis 10. Mai 2020 und "im durchschnittlichen Umfange von mindestens 40 %" ab dem 11. Mai 2020 gefordert. Weiter habe sie ausgeführt, im Zeitraum vom 7. März 2020 bis 30. September

2020 höchstens ca. Fr. 120'000.– Mietzins zu schulden (Urk. 21 S. 10).

E. 3.1.5

Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, sie habe rechtsgenügend dargetan, dass die Gesuchstellerin den Mietvertrag im relevanten Zeitraum mangelhaft erfüllt habe (Urk. 27 S. 8). Die Gesuchstellerin habe die Nutzung der Mietsache als Restaurant mit Alkoholausschank gemäss Konzept und Plänen im Anhang zum Mietvertrag zugesichert und sie (die Gesuchsgegnerin) habe sich verpflichtet, die Mietsache nur zu diesem vertraglich vereinbarten Zweck zu gebrauchen. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin erschöpfe sich die von ihr vertraglich geschuldete Leistung nicht in der blossen Gebrauchsüberlassung. Die Nutzung der Mietsache als Restaurant entspreche einer von der Gesuchstellerin vertraglich zugesicherten Eigenschaft. Die Nutzung der Mietsache sei im Anhang zum Mietvertrag spezifiziert worden. Darin werde auf die behördlich bewilligte Nutzung der Mietsache verwiesen und es sei darin beispielsweise die Tischordnung sowie die Anzahl Sitz- und Stehplätze im Restaurant und in der Bar enthalten. In ihrer Gesuchsantwort habe sie substantiiert dargelegt, welche behördlichen Massnahmen sie zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie für jeweils welchen Zeitraum zu befolgen gehabt hätte und welche Einschränkungen in der vertraglich zugesicherten Nutzung diese Massnahmen bewirkt hätten. Damit habe sie die Mangelhaftigkeit der Mietsache im vorinstanzlichen Verfahren rechtsgenügend dargetan (Urk. 27 S. 5 f.). Die behördlichen Massnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie seien als "Nutzungsvorschriften" zu qualifizieren, die sich an den Vermieter richten und deren Erfüllung zur Hauptpflicht des Vermieters gehörten. Entsprechend habe die Gesuchstellerin den Mietvertrag vom 16. März 2020 bis 30. September 2020 mangelhaft erfüllt und der Mietvertrag habe seine Qualität als Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG für den besagten Zeitraum verloren (Urk. 27 S. 6 ff.).

- 10 - Im Sinne einer Eventualbegründung hält die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin weiter entgegen, sie habe ihr mit Schreiben vom 17. März 2020 und vom 20. Juli 2020 mitgeteilt, die behördlichen Massnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie würden aus ihrer Sicht einen Mangel i.S.v. Art. 259a Abs. 1 OR darstellen, der die vertraglich zugesicherte Nutzung ausschliesse resp. beeinträchtige. Mit dem Ersuchen um Mietzinsherabsetzung habe sie ebenso zum Ausdruck gebracht, die behördlichen Einschränkungen würden ein Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung bewirken, dem durch eine Herabsetzung des Mietzinses im Sinne von Art. 259d OR Rechnung zu tragen sei. Die Gesuchstellerin könne sich unter diesen Umständen nicht auf den Schutz des berechtigten Vertrauens berufen, das eine nachträgliche Mietzinsherabsetzung ausschliessen würde. Vielmehr könne sie (die Gesuchsgegnerin) eine Herabsetzungserklärung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 142 III 557 E. 8.3.1., E. 8.3.4 und E. 8.3.5) auch nach Beendigung des Mietverhältnisses, insbesondere im Rahmen einer späteren prozessualen Auseinandersetzung, rechtsgültig abgeben. Sofern aber ein Anspruch auf angemessene Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 259d OR für den relevanten Zeitraum bestehe, sei der Mietvertrag als Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG entkräftet. Über den Umfang der Mietzinsherabsetzung sei nicht im Rechtsöffnungsverfahren, sondern in einem allfälligen Anerkennungsverfahren zu entscheiden (Urk. 27 S. 9 ff.).

E. 3.2

Rechtliche Grundlage

E. 3.2.1

Beruhet die Betreibungsforderung auf einer durch öffentliche Urkunde fest- gestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Rechtsöffnungsrichter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwen- dungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

E. 3.2.2

Das Rechtsöffnungsverfahren ist ein Urkundenprozess: Die Prüfungszu- ständigkeit des Rechtsöffnungsrichters umfasst ausschliesslich Fragen im Zu- sammenhang mit der Tauglichkeit der präsentierten Urkunden (BGE 142 III 720

- 11 - E. 4.1; BGE 133 III 645 E. 5.3). Ziel des Verfahrens ist nicht die Feststellung des materiellen Bestandes der in Betreibung gesetzten Forderung, sondern lediglich die Anerkennung des Vorliegens einer vollstreckbaren Urkunde dafür (BGE 138 III 583 E. 6.1.1; BGE 132 III 140 E 4.1.1; BGE 58 I 363 E. 2). Zweck des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung ist es, rasch im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO) über die Beseitigung des Rechtsvorschlags zu entscheiden und die Parteirollen für einen allfälligen ordentlichen Prozess festzulegen. Dass dabei auch gewisse materiellrechtliche Punkte zu klären sind, ändert an der Rechtsna- tur des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung nichts (BGE 136 III 566 E. 3.3; BGE 133 III 399 E. 1.5). Auch bezüglich der Einwendungen, die der Schuld- ner geltend machen kann, hat das Rechtsöffnungsverfahren summarischen Cha- rakter (BGE 144 III 552 E. 4.1.4.). Die materielle Begründetheit der Einwendun- gen ist daher summarisch zu prüfen und die provisorische Rechtsöffnung zu ver- weigern, wenn eine Einwendung nicht aussichtslos ist (BGE 145 III 213 E. 6.1.3 S. 220; vgl. zudem BGE 117 II 127 E. 3c S. 131; BGer 5A_15/2018 vom 16. April 2019, E. 4.5.; BGer 5A_984/2017 vom 5. September 2018, E. 2.; BGer 5A_467/2015 vom 25. August 2016, E. 3.3.; David Rüetschi, Ausgewählte Ent- wicklungen zum provisorischen Rechtsöffnungstitel, in: Jolanta Kren Kostkiewicz / Alexander R. Markus / Rodrigo Rodriguez, Rechtsöffnung und Zivilprozess, 2014, S. 45 ff., S. 58).

E. 3.2.3

Eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG liegt vor, wenn daraus der vorbehalts- und bedingungslose Wille des Betriebenen hervor- geht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbar Geldsumme zu zahlen (BGE 145 III 20 E. 4.1.1; BGE 139 III 297 E. 2.3.1; BGE 136 III 624 E. 4.2.2). Ein vom Mieter unterschriebener Mietvertrag berechtigt als synallagmati- scher Vertrag grundsätzlich zur Rechtsöffnung für die darin festgelegten fälligen Mietzinse und bezifferten Nebenkosten, solange der Schuldner im Rechtsöff- nungsverfahren (a) nicht behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ord- nungsgemäss erbracht worden, (b) wenn der Schuldner zwar behauptet hat, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, diese Be- hauptung aber offensichtlich haltlos ist, oder (c) wenn der Gläubiger die Behaup- tung des Schuldners, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss er-

- 12 - bracht worden, sofort durch Urkunden liquide widerlegen kann (BSK SchKGI - Staehelin, Art. 82 N 99 und N 114). Behauptet der betriebene Schuldner, der betreibende

Gläubiger habe seine Leistung nicht erbracht, bestreitet er, dass der zweiseitige Vertrag eine Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG darstellt. Eine derartige Urkunde entspricht an sich keiner reinen Schuldanerkennung, sondern sie setzt voraus, dass der Betreibende seine Leistung erbracht hat. Unter diesem Gesichtspunkt fällt die Frage nach der Erbringung der Leistung durch den Betreibenden nicht unter die Entlassungsgründe von Art. 82 Abs. 2 SchKG, die vom Schuldner glaubhaft zu machen wären. Vielmehr obliegt es dem betreibenden Gläubiger darzutun, dass der zweiseitige Vertrag die Qualität einer Schuldanerkennung nach Art. 82 Abs. 1 SchKG aufweist (BGE 145 III 20 E. 4.3.2). Entsprechend kann sich der betriebene Schuldner darauf beschränken zu behaupten, dass der Betreibende die ihm obliegende Leistung nicht erbracht hat (Behauptung der Nichterfüllung der Gegenleistung). Diesfalls trägt der Betreibende, wie im Zivilprozessrecht, die volle Beweislast, dass er seine Gegenleistung erbracht hat (BGE 145 III 20 E. 4.3.3). Macht hingegen – wie vorliegend – der Mieter im Rechtsöffnungsverfahren die nicht gehörige Erfüllung durch den Vermieter aufgrund von Mängeln an der Mietsache oder einer Störung im vertragsgemässen Gebrauch der Sache geltend, so hat er die allfälligen Mängel an der Mietsache sowie seinen daraus resultierenden Herabsetzungsanspruch nicht bloss zu behaupten, sondern (mindestens) substantiiert darzutun und auch zu beziffern (vgl. BSK SchKG -Stahelin, Art. 82 N 117; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 369; ZK-Higi/Wildisen, Art. 259d OR N 22; BGer 5A_480/2019 vom 2. März 2020, E. 2.4.1; OGer ZH RT160096 vom 9. November 2016, E. III/4.4).

E. 3.3

Nachträglich aufgetretener Mangel an der Mietsache

E. 3.3.1

Vorab ist strittig, ob Einschränkungen der Mietsache durch die COVID-19-Verordnung 2 einen nachträglichen Mangel bzw. eine Störung im Gebrauch der Mietsache darstellen, die zu einem Anspruch auf Mietzinsreduktion i.S.v. Art. 259a Abs. 1 lit. a und Art. 259d OR führen können.

- 13 -

E. 3.3.2

Soweit bekannt, äusserte sich das Bundesgericht bis anhin noch nicht zu dieser Frage (vgl. aber für die Bundesrepublik Deutschland BGH XII ZR 8/21 vom 12. Januar 2022). Materiellrechtliche Entscheide hierzu ergingen in erster Instanz in Zürich (Urteil des Mietgerichts Zürich MJ210008 vom 2. August 2021) sowie in Genf (Jugement Tribunal des baux et loyers de Genève JTBL/565/2021 vom 28. Juni 2021). Beiden Entscheiden ist zu entnehmen, dass die von den eidgenössischen oder kantonalen Behörden im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise angeordneten Schliessungen von Betrieben keinen Mangel der Mietsache darstellten, der zu einer Herabsetzung (oder gar vollständigen Befreiung) der Mietzinszahlung gestützt auf Art. 259d OR berechtigt (ZMG ZH MJ210008 vom 2. August 2021 E. 4.5; JTBL GE JTBL/565/2021 vom 28. Juni 2021 E. 4). Der Entscheid des Zürcher Mietgerichts wurde zwar ans Obergericht des Kantons Zürich weitergezogen, eine materielle Überprüfung durch die zweite kantonale Instanz erfolgte jedoch nicht, da die Berufung gestützt auf einen aussergerichtlichen Vergleich abgeschlossen wurde (OGer ZH NG210013 vom 10. Dezember 2021, E. 2). Weiter ist auf das Urteil der Kammer vom 20. August 2021 hinzuweisen, das ebenfalls die provisorische

Rechtsöffnung für ausstehende Mietzinsen von Geschäftsräumen im Zusammenhang mit den Einschränkungen gemäss COVID- 19-Verordnung 2 betraf, wobei die Beschwerde in Ermangelung einer hinreichenden Begründung abgewiesen wurde, ohne dass vorgenannte Fragestellung zur Prüfung gelangte (OGer ZH RT210090 vom 20. August 2021, E. 5.2.). Ebenso liess das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Frage im Zusammenhang mit einer Mietausweisung offen (Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZB.2020.36 vom 2. November 2020, E. 4.3.2., publ. in: BJM 2/2022 S. 118, S. 124).

E. 3.3.3

Die Lehre setzte sich demgegenüber bereits früh nach dem sog. "Lock-down" mit dem Anspruch auf Mietzinsreduktion der Gewerberaummieter (insbesondere mit Publikationen im Internet) auseinander, wobei sich bis anhin keine Lehrmeinung durchsetzen konnte. Ein Teil der Lehre vertritt aktuell die Meinung, dass ein Mangel an der Mietsache vorliege, wenn alle oder einzelne Räume wegen eines öffentlich-

- 14 - rechtlichen Verbots nicht mehr benutzt werden könnten. Der Mieter habe in einem solchen Fall keinen Einfluss auf den Mangel, der darin bestehe, dass es unmöglich geworden sei, das Objekt dem beabsichtigten oder vereinbarten Zweck entsprechend zu nutzen (Sarah Brutschin / Xavier Rubli / Pierre Stastny, Rechtsgutachten: Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Pandemie, www.sbv.ch/userfiles/MB_Rechtsgutachten_Mieterverband.pdf; sämtliche im Vorliegenden Urteil zitierten Internetseiten wurden letztmals am 12. April 2022 besucht; David Lachat / Sarah Brutschin, *Le bail aux temps du coronavirus*, SJ 2020 II S. 111 ff., S. 126; Mario Schenkel, *Schiedsgerichtsent-scheid betreffend Mietzinsherabsetzung infolge Betriebsschliessung Covid-19 Coronavirus*, Luzern vom 30. März 2020, mp 2/20 S. 152 ff., S. 157 f.). Ein anderer Teil der Lehre weist dagegen darauf hin, dass in aller Regel die vereinbarte Beschaffenheit der Mietsache nur objektbezogene und nicht auch betriebsbezogene Eigenschaften betrifft (François Bohnet, *Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19*, Cahiers du Bail 2020 S. 33 ff., S. 35 f.; Andrea Haefeli / Dario Galli / Markus Vischer, *Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen*, in: Jusletter vom 14. April 2020, S. 8; Peter Higi, *Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der "Corona-Pandemie"*, Zürich 26. März 2020, www.hev-zuerich.ch//corona-mangel-an-der-mietsache; Marc Lypedjian, *COVID-19-Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l'obligation de payer le loyer*, S. 3 f., www.cgionline.ch/wp-content/uploads/2020/04/avis-de-droit-fri.pdf; Heinrich Andreas Müller, *Die Behandlung von Vertragsverhältnissen und von Vereinsmitgliedschaften im "Shut-down"/"Lockdown"*, CaS 2020, S. 214 ff., S. 220; Jörg P. Müller, *Der "Lockdown" als Herausforderung für die Vertragsparteien bei der Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen - eine Auslegeordnung*, in: *COVID-19 - Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, S. 77 ff., S. 100; Roberto Peduzzi, *Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge*, MRA 1/20 S. 3 ff., S. 8; Sebastian Reichle / Bernhard Stehle, *Coronavirus und Geschäftsraummietsache*, in: Jusletter vom 18. Mai 2020, S. 12 f.; Nicolas Saviaux, *avis*

- 15 - *de droit [Covid-19-paiement du loyer]*, S. 3, www.cgionline.ch/wp-content/uploads/2020/04/saviaux.-covid-19-loyers.-avis-de-droit-06.04.2020.pdf). Thomas Wetzel und Placidus Plattner liessen die Frage offen und hielten fest, dass ihrer Ansicht

nach ein Gerichtsentscheid in beide Richtungen ergehen könnte (Thomas Wetzel / Placidus Plattner, Coronavirus und die Mietzinszahlungspflicht, S. 2, https://www.wenger-plattner.ch/media/filer_public/53/8a/538ac569-f4a1-4562-9c77-09d28d7ffc8/23_marz_2020_-_coronavirus_und_mietzinszahlungspflicht.pdf).

E. 3.3.4

Der Argumentation der Gesuchstellerin (vgl. vorstehend E. 3.1.4.) ist insoweit zu folgen, als das Verbot der Öffnung für das Publikum nach Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 primär vom Inhaber des Betriebes zu beachten war. Er hatte dafür zu sorgen, dass sein Betrieb für das Publikum nicht zugänglich war. Adressat der Bestimmung war aber nicht nur der Betriebsinhaber, sondern auch das "Publikum", welches sich an das Verbot zu halten hatte (vgl. Jörg P. Müller, a.a.O., S. 96). Ob ein Mangel i.S.v. Art. 259d OR aufgrund der behördlichen Massnahme vorliegt, lässt sich aber nicht über die Bestimmung des Adressaten des öffentlich-rechtlichen Verbotes erschliessen. Entscheidend ist vielmehr, ob eine bestimmte Nutzung der Mietsache Inhalt der vom Vermieter und damit vorliegend von der Gesuchstellerin geschuldeten Leistung war.

E. 3.3.5

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, es liege ein nachträglicher Mangel an der Mietsache vor, da sie in deren vertragsmässigen Gebrauch erheblich beeinträchtigt worden sei (Urk. 12 S. 9). Als Benutzungszweck sei ein "Restaurant mit Alkoholausschank, gemäss Konzept und Plänen im Anhang" zum Mietvertrag vereinbart worden. In den "Vertragsbestimmungen zum Mietvertrag vom 3. Juli 2000" sei weiter festgehalten worden, der Mieter verpflichte sich, die Mietlokalität nur zum vertraglich vereinbarten Zweck zu gebrauchen. Jede Änderung bedürfe der schriftlichen Zustimmung der Vermieterin (Urk. 12 S. 4). Damit stellt sie sich auf den Standpunkt resp. folgt der Lehrmeinung, wonach eine effektive, faktische Nutzbarkeit der Mietsache zum vertraglich vereinbarten Gebrauch geschuldet sei und es aufgrund des öffentlich-rechtlichen Verbots an der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache gefehlt habe.

- 16 - Dem hielt die Gesuchstellerin entgegen, die Mietsache habe der Gesuchsgegnerin bis zur Auflösung des Mietverhältnisses per Ende November 2020 unverändert zur Benutzung zur Verfügung gestanden (Urk. 17 S. 3), womit sie der anderen Lehrmeinung folgt.

E. 3.3.6

Trotz der Tendenz der Gerichte sowie der Lehre, keinen Mangel der Mietsache bei Geschäftsmieten aufgrund der Einschränkungen durch die COVID-19-Verordnung 2 anzunehmen, kann vorliegend nicht von einer gefestigten Rechtsprechung oder herrschenden Lehre hierzu ausgegangen werden. Vielmehr wird die Rechtsauffassung der Gesuchsgegnerin auch von einem Teil der Lehre vertreten, weshalb ihr Rechtsstandpunkt nicht vorweg als haltlos bzw. aussichtslos zu werten ist. Hinzu kommt, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin den Gebrauch der Mietsache als Restaurant mit Alkoholausschank als Vertrags- bzw. Leistungsbestandteil entgegenhält, was diese allein mit Verweis auf eine andere Lehrmeinung nicht zu entkräften vermag. Eine diesbezügliche Vertragsauslegung kann mangels eindeutiger Rechtslage nicht im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren erfolgen (BGer 5A_136/2020 vom 2. April 2020, E. 3.4.1).

E. 3.4

Herabsetzungserklärung

E. 3.4.1

Die Vorinstanz erwog zur Herabsetzungserklärung der Gesuchsgegnerin, es sei unbestritten, dass diese für die relevante Periode abgegeben worden sei (Urk. 22 S. 5). Tatsächlich hielt die Gesuchstellerin aber mit Eingabe vom

E. 3.4.2

Sofern der Mieter dem Vermieter noch während des laufenden Mietverhältnisses zu verstehen gibt, dass ein ihn störender Mangel vorliegt, den er beseitigt haben möchte, kann er die Herabsetzungserklärung auch noch nach Ablauf des Mietverhältnisses rechtsgültig abgeben (BGE 142 III 557 E. 8.3.). Die Herabsetzungserklärung hat dabei das genaue Ausmass der Herabsetzung in sachli-

- cher und zeitlicher Hinsicht (ab wann) unmissverständlich zu enthalten. Eine Erklärung, es werde der Mietzins herabgesetzt, ohne dass dabei das genaue Mass der Herabsetzung und ein konkreter Bezug zu einem Mangel angegeben werden, erfüllt die Anforderungen einer rechtsgültigen Herabsetzungserklärung nicht und bleibt daher wirkungslos (ZK-Higi/Wildisen, Art. 259d OR N 22; BGE 142 III 557 E. 8.3.1.). Das Bundesgericht stellt allerdings keine allzu hohen Anforderungen an den Inhalt der Herabsetzungserklärung: Nach dem Vertrauensgrundsatz (BGE 123 III 165 E. 3a) genüge es, wenn dem Vermieter aufgrund der Erklärung und der Umstände klar sein musste, dass der Mieter keinen oder nur einen reduzierten Mietzins bezahlen wolle (BGer 4C.66/2001 vom 15. Mai 2001, E. 3c).

E. 3.4.3

Mit Schreiben vom 17. März 2020 ersuchte die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin unter Verweis auf Art. 259d OR, die Mietzinsforderungen für die Zeit des behördlichen Verbots auszusetzen bzw. den vertraglich vereinbarten Mietzins vollumfänglich herabzusetzen (Urk. 14/2). Mit Schreiben vom 20. Juli 2020 wies die Gesuchsgegnerin auf die betrieblichen Einschränkungen hin und unterbreitete der Gesuchstellerin einen Vorschlag für eine Vertragsanpassung (Urk. 14/3). In ihrer Gesuchsantwort vom 7. Dezember 2020 führte die Gesuchsgegnerin schliesslich aus, sie mache gestützt auf Art. 259d OR eine Mietzinsherabsetzung für die Zeit des Lockdowns vom 16. März 2020 bis und mit 10. Mai 2020 im Umfang von mindestens 90 % und für die Zeit ab 11. Mai 2020 bis zur Beendigung des Mietverhältnisses am 30. November 2020 im durchschnittlichen Umfang von mindestens 40 % geltend. In absoluten Zahlen mache sie geltend, im Zeitraum vom 1. März 2020 bis 30. September 2020 höchstens ca. Fr. 120'000.– Mietzins zu schulden. Für diesen Zeitraum habe sie ca. Fr. 103'550.– Mietzins bezahlt. Weiter führte sie aus, der Gesuchstellerin für den Zeitraum vom 16. März 2020 bis 30. November 2020 weder den vollen noch den in Betreibung gesetzten Mietzins zu schulden. Auch im Umfang, für welchen die Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung verlange, sei der Mietzins nicht geschuldet (Urk. 12 S. 8 f.).

E. 3.4.4

Unstrittig ist, dass die Gesuchsgegnerin bereits mit Schreiben vom 17. März 2020 Mängel an der Mietsache und eine Herabsetzung des Mietzinses geltend machte. In der Gesuchsantwort vom 7. Dezember 2020 bezifferte die Ge-

- 18 - suchsgegnerin das Herabsetzungsausmass sodann unterschiedlich. Sowohl dem Schreiben vom 17. März 2020 als auch der Gesuchsantwort vom 7. Dezember 2020 ist aber zumindest implizit zu entnehmen und war auch für die Gesuchstellerin erkennbar, dass die Gesuchsgegnerin eine Herabsetzung der Miete in vollem Betrag bzw. bis auf die von ihr geleisteten Zahlungen geltend macht. Die weiteren Vorbringen der Gesuchsgegnerin sind als Mindestherabsetzungen analog eines Eventualbegehrens zu verstehen, welche im Zusammenhang mit der Einwendung der Gesuchsgegnerin vorliegend nicht zu entscheiden sind.

E. 3.5

Würdigung

E. 3.5.1

Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass die Vorbringen der Gesuchsgegnerin betreffend die geltend gemachten nachträglichen Mängel an der Mietsache nicht als aussichtslos zu bezeichnen sind, sie die Abgabe ihrer Herabsetzungserklärung rechtsgenügend darlegte, so dass eine Bestreitung hierzu möglich war, und auch die Höhe der Mietzinsherabsetzung hinreichend bezifferte. Die Einwendung der Gesuchsgegnerin, ihr stünde gegen die Forderung der Gesuchstellerin ein Herabsetzungsanspruch i.S.v. Art. 259d OR zu, ist daher nicht als aussichtslos zu bezeichnen, weshalb für die strittige Mietzinsforderung der Gesuchstellerin die provisorische Rechtsöffnung zu verweigern ist.

E. 3.5.2

Bei dieser Würdigung ist auf die Vorbringen der Parteien zu den vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die *clausula rebus sic stantibus* (vgl. Urk. 21 S. 10 ff.; Urk. 27 S. 13 und Urk. 33 S. 3) nicht näher einzugehen.

E. 3.6

Kosten des Zahlungsbefehls Für die Betreuungskosten ist ebenfalls keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108/2009 Nr. 2). Diese Rechtsprechung stützt sich auf Art. 68 Abs. 2 SchKG, wonach die Betreuungskosten von den Zahlungen des Schuldners vorab zu erheben sind, soweit dieser Kosten tragen muss (BSK SchKG I-Emmel, Art. 68 N 16 ff.).

E. 3.7

Fazit

- 19 - Der Entscheid der Vorinstanz ist, wenngleich mit einer anderen Begründung, die sich allein auf das Einwendungsrecht im Rechtsöffnungsverfahren bezieht, im Ergebnis nicht zu bemängeln. Die Beschwerde ist abzuweisen.

E. 4

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 4.1

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 750.– festzulegen und ausgangsgemäss der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss (Urk. 25) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

E. 4.2

Ausserdem ist die Gesuchstellerin aufgrund ihres vollständigen Unterliegens zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'584.80 (Fr. 2'400.– zuzüglich 7.7. % Mehrwertsteuer) festzusetzen. Es wird erkannt:

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