

# ZH\_OBERGERICHT RT230140 vom 29. Januar 2024

ZH Obergericht, 2024-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT230140](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT230140)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT230140 du 29 janvier 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT RT230140 del 29 gennaio 2024

## Erwägungen

### E. 1

August 2014 (Urk. 5/15 S. 1). Der Mietvertrag wurde für eine feste Dauer von zehn Jahren abgeschlossen (Urk. 5/12 S. 2) und dauert bis zum 31. Juli 2024 (Urk. 18 S. 8; Urk. 17 Rz. 7). Zur vorzeitigen Rückgabe hielten die Parteien fest (Urk. 5/12 S. 11 f.): " (52) Die Mieterin kann das Mietobjekt zurückgeben, ohne Kündigungsfrist und Kündigungstermin bzw. Mietende einzuhalten. Von ihren Verpflichtungen aus dem Mietvertrag ist sie nur befreit, sofern sie einen für die Vermieterin zumutbaren neuen Mieter vorschlägt. Der neue Mieter muss zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den bestehenden Bedingungen zu übernehmen. (53) Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt oder ist der vorgeschlagene neue Mieter aus einem anderen wichtigen Grund für die Vermieterin nicht annehmbar, muss die Mieterin den Mietzins bis zum Zeitpunkt leisten, in dem das Mietverhältnis nach Vertrag oder Gesetz endet bzw. beendet werden kann. Die Vermieterin muss sich dabei anrechnen lassen, was sie an Auslagen erspart oder durch anderweitige Verwendung des Mietobjekts gewinnt bzw. absichtlich zu gewinnen unterlässt."

### E. 1.1

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Für das Beschwerdeverfahren gilt hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung eine beschränkte Kognition (Art. 320 lit. b ZPO): Erforderlich ist eine qualifiziert fehler-

- 5 - hafte Feststellung des Sachverhalts, wobei offensichtlich unrichtig gleichbedeutend ist mit willkürlich im Sinne von Art. 9 BV. Willkür liegt etwa dann vor, wenn eine Tatsachenfeststellung auf Grund einer willkürlichen Beweiswürdigung erfolgt (BSK ZPO-Spühler, Art. 320 N 3). Die beschwerdeführende Partei hat im Sinne einer Eintretensvoraussetzung hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, das heisst an einem Mangel im Sinne von Art. 320 ZPO leidet. Dazu hat sie die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die sie anführt, sich inhaltlich konkret mit diesen auseinanderzusetzen und mit präzisen Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, dass und wo die massgebenden Behauptungen erhoben wurden beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Beschwerdegrund ergeben soll. Es ist nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Beschwerdegrundes zu suchen. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen den gesetzlichen Begründungsanforderungen grundsätzlich nicht (Art. 321 Abs. 1 ZPO; OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2 m.w.H.). Das Beschwerdeverfahren ist nicht eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte von konkret dagegen

vorgebrachten Beanstandungen. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügender Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz – vorbehaltlich offensichtlicher Mängel – nicht überprüft zu werden (BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179; OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. I.4). Abgesehen von dieser Relativierung gilt aber auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia"; Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; BGE 147 III 176 E. 4.2.1). Auf die Parteivorbringen ist einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 143 III 65 E. 5.2).

- 6 -

### **E. 1.2**

Soweit die Gesuchsgegnerin in ihrer Beschwerdeschrift den Sachverhalt darlegt, ohne sich mit dem vorinstanzlichen Urteil zu befassen (Urk. 17 Rz. 7-16), ist auf ihre Ausführungen nicht einzugehen.

### **E. 1.3**

Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (Noven) ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht (rechtzeitig) vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht beziehungsweise nachgeholt werden. Das Novenverbot ist grundsätzlich umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 326 N 3 f.). Eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gab (BGE 139 III 466 E. 3.4; BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Wer sich auf Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun (OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. I.4).

### **E. 1.4**

Die Gesuchsgegnerin hat in ihrer Beschwerdeschrift eine neue Beilage eingereicht (Urk. 21/3) und dazu Behauptungen aufgestellt (Urk. 17 Rz. 43, Rz. 46). Dass zu diesen Noven erst der vorinstanzliche Entscheid Anlass gegeben hätte, macht sie nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich (vgl. Urk. 11 Rz. 14 ff.). Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, bei der neuen Beilage – einem Mietinserat der Gesuchstellerin auf J. \_\_\_\_\_ [Immobilienportal] – handle es sich um eine allgemein bekannte und gerichtsnotorische Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO, die nicht unter das Novenrecht falle (Urk. 17 Rz. 5). Der Gesuchsgegnerin kann nicht gefolgt werden. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid klargestellt, dass nicht jede im Internet verfügbare Information offenkundig sei. Als offenkundig könnten vielmehr nur Informationen gelten, welchen aufgrund des Umstandes, dass sie leicht zugänglich seien und aus verlässlichen Quellen stammten, ein offizieller Anstrich anhafte (BGer 5A\_1048/2019 vom 30. Juni 2021, E. 3.6.6 m.H.a. BGE 138 I 1 und BGE 143 IV 380). Einem J. \_\_\_\_\_ - Inserat kommen diese Eigenschaften nicht zu, ihm haftet kein offizieller Anstrich an, womit ein solches Inserat keine allgemein bekannte Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO ist. Ebenso wenig handelt es sich um eine gerichtsnotorische Tat-

- 7 - sache. Nichts anderes ergibt sich aus der von der Gesuchsgegnerin erwähnten Erwägung 1.1.5 aus BGE 143 IV 380 (Urk. 17 Rz. 5). Abgesehen davon, dass es in dieser Entscheid um eine Gehörsverletzung in einem Strafverfahren ging, ergibt sich aus der Erwägung 1.1.5 selbst sowie aus dem in der erwähnten Erwägung referenzierten Entscheid (BGer 6B\_103/2015 vom 21. April 2015, E. 2.4) explizit, dass Tatsachen nicht allein deshalb bekannt seien, nur weil sie dem Internet entnommen werden könnten (vgl. zudem Regeste von BGE 143 IV 380). Dass im Übrigen auch die Auswahl der Webseiten an sich in Frage gestellt werden könne, erwähnt das Bundesgericht bloss zusätzlich (BGE 143 IV 380 E. 1.1.5; BGer 6B\_103/2015 vom 21. April 2015, E. 2.4). Bei der neu eingereichten Beilage (Urk. 21/3) und den damit zusammenhängenden Behauptungen (Urk. 17 Rz. 43, Rz. 46) handelt es sich somit um unzulässige Noven, die nicht zu berücksichtigen sind.

**2. Rechtliche Grundlagen** Das Rechtsöffnungsverfahren ist ein Urkundenprozess. Die Prüfungszuständigkeit des Rechtsöffnungsgerichts umfasst ausschliesslich Fragen im Zusammenhang mit der Tauglichkeit der präsentierten Urkunden (BGE 142 III 720 E. 4.1; BGE 133 III 645 E. 5.3). Ziel des Verfahrens ist nicht die Feststellung des materiellen Bestandes der in Betreuung gesetzten Forderung, sondern des Vorhandenseins eines Vollstreckungstitels (BGE 132 III 140 E. 4.1.1). Zweck des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung ist es, rasch im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO) über die Beseitigung des Rechtsvorschlages zu entscheiden und die Parteirollen für einen allfälligen ordentlichen Prozess festzulegen (BGer 5A\_160/2021 vom 11. März 2022, E. 3.1.1 m.w.H.).

**3. Beweismass und Basler Rechtsöffnungspraxis**

## **E. 2**

Mit Schreiben vom 28. Juni 2021 erklärte die Gesuchsgegnerin die vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts per 30. September 2021 (Urk. 5/18). Im selben Schreiben schlug sie sechs Nachmieterinnen vor und erklärte, diese seien bereit, das Mietobjekt per 1. Oktober 2021 zu übernehmen, wobei einige der Interessentinnen aufgrund der langen Wartezeit auf eine Rückmeldung abgesprungen seien (Urk. 5/18). Die Parteien schlossen am 7./8. September 2021 und am 9. März 2022 zwei Nachträge zum Mietvertrag vom April 2014 (Urk. 5/13 f.). In der Vereinbarung vom 7./8. September 2021 hielten sie Folgendes fest (Urk. 5/13 Ziff. I.3 und I.4): " I. Feststellungen [...]"

- 3 -

## **E. 3**

[...] Die Mieterin ist sich bewusst und bestätigt, dass keiner der von ihr im Schreiben vom 28. Juni 2021 genannten "möglichen Nachmieter" bereit gewesen wäre, vorbehaltlos in den bestehenden Mietvertrag (über die gesamte Liegenschaft) einzutreten.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, der Mietvertrag vom April 2014 stelle einen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar und berechtere zur provisorischen Rechtsöffnung, sofern die Gesuchsgegnerin nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräfteten, sofort glaubhaft mache. Eine Einwendung erscheine dann als glaubhaft im Sinne Art. 82 Abs. 2 SchKG, wenn objektive An-

- 8 - haltspunkte vorlägen, die eine Behauptung derart untermauerten, dass die Rechtsöffnungsrichterin überwiegend geneigt sei, an deren Wahrheit zu glauben (Urk. 18 S. 6).

### **E. 3.2**

Die Gesuchsgegnerin rügt, das Rechtsöffnungsverfahren unterliege dem Beweismass der Glaubhaftmachung und nicht der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und schon gar nicht einer irgendwie gearteten überwiegenden Neigung der Rechtsöffnungsrichterin. Zudem gelange bei synallagmatischen Verträgen die Basler Rechtsöffnungspraxis zur Anwendung und Leistungsstörungen seien nur zu behaupten, soweit die Schuldnerin nicht vorleistungspflichtig sei und die Einwendung nicht geradezu haltlos erscheine oder von der Gläubigerin (umgehend) urkundlich widerlegt werde. Die Vorinstanz habe die Basler Rechtsöffnungspraxis zu unrecht nicht angewendet (Urk. 17 Rz. 19 f.).

### **E. 3.3**

Nach Art. 82 Abs. 2 SchKG sind Einwendungen gegen eine Schuldanerkenntnis glaubhaft zu machen. Das Beweismass der Glaubhaftmachung bedeutet, dass das Gericht gestützt auf objektive Anhaltspunkte überwiegend geneigt sein muss, an die Wahrheit der geltend gemachten Umstände zu glauben, ohne aber die Möglichkeit ausschliessen zu müssen, dass es sich anders zugetragen hat (BGE 142 III 720 E. 4.1). Die Glaubhaftmachung unterscheidet sich vom Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit insofern, als bei der Glaubhaftmachung mehr für die Verwirklichung der geltend gemachten Umstände sprechen muss als dagegen (BSK SchKG-Staehelin, Art. 82 N 87 m.H.a. BGE 132 III 140 E. 4.1.2). Dem Gericht kommt beim Entscheid, ob ein Sachverhalt als glaubhaft erscheint, ein gewisses Ermessen zu (BGer 5A\_139/2018 vom 25. Juni 2019, E. 2.6.2; BSK SchKG-Staehelin, Art. 82 N 87). Im Anwendungsbereich der Basler Rechtsöffnungspraxis muss eine Schuldnerin die nicht gehörige Erbringung der Gegenleistung bloss behaupten und – im Unterschied zur üblichen Einredeordnung nach Art. 82 Abs. 2 SchKG – nicht glaubhaft machen (KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 19). Die Einrede der nicht erfüllten Gegenleistung kann sich aber nur auf eine Pflicht beziehen, die im Austauschverhältnis zur betriebenen Zahlung steht (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. 2000, S. 343; vgl. KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 19). Mit anderen Worten müssen die beiden Leistungen jede als

- 9 - der anderen und nicht als blosser Nebenpflicht verstanden worden sein (Stücheli, a.a.O., S. 340, vgl. S. 342).

- 10 -

### **E. 3.4**

Rechtsöffnungstitel bildet vorliegend ein Mietvertrag. Dabei stehen sich die Überlassung einer Sache zum Gebrauch gegen Leistung eines Mietzinses synallagmatisch gegenüber (vgl. Art. 253 OR). Das Austauschverhältnis bezieht sich auf die Leistungen der Überlassung der Sache gegen Mietzins. Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Verletzung der Schadensminderungspflicht im Sinne von Art. 264 Abs. 3 OR (hinten Erw. II.4) bezieht sich nicht auf eine im Austauschverhältnis stehende Gegenleistung. Solche Einwendungen sind glaubhaft zu machen; blosses Behaupten genügt nicht (vorne Erw. II.3.3). Das gilt auch für Umstände, die in Anwendung von Art. 264 Abs. 3 OR zu einer Befreiung oder Reduktion der Leistungspflicht führen (BGE 134 III 267 E. 3; Kantonsgericht GR KSK 17 74 vom 12. April 2019, E. 5.1; wohl a.A. BSK SchKG-Staehelin, Art. 82 N 117 unter Hinweis auf einen älteren Entscheid des Kantonsgericht GR [Kantonsgericht GR PKG 1993 vom 18. Mai 1993, E. 5 S. 78]). Mit anderen Worten obliegt es der Mieterin, die eine vorzeitige Entlassung aus ihrer

Mietzinsleistungspflicht geltend machen will, glaubhaft zu machen, dass sie einen zumutbaren Nachmieter stellte sowie das Mietobjekt zurückgab (BGE 134 III 267 E. 3 m.H.a. Stücheli, a.a.O., S. 368). Anders als die Gesuchsgegnerin argumentiert (Urk. 17 Rz. 19), findet die Basler Rechtsöffnungspraxis nicht immer Anwendung, wenn ein zweiseitiger Vertrag den Rechtsöffnungstitel darstellt, sondern nur dann, wenn sich sowohl die betriebene Forderung als auch die Einwendungen auf synallagmatische Leistungen beziehen. Dem argumentativen Vorgehen der Gesuchsgegnerin, ein Synallagma betreffend die Pflicht zur Nachmietersuche zu konstruieren, ist nicht zu folgen (hinten Erw. II.4.5). Die Basler Rechtsöffnungspraxis findet vorliegend keine Anwendung. Einwendungen sind folglich glaubhaft zu machen (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Die Definition der Vorinstanz, wonach eine Einwendung glaubhaft erscheine, wenn objektive Anhaltspunkte vorlägen, die eine Behauptung derart untermauerten, dass die Rechtsöffnungsrichterin überwiegend geneigt sei, an deren Wahrheit zu glauben, entspricht der wiedergegebenen bundesgerichtlichen Formulierung (BGE 142 III 720; vorne Erw. II.3.3) und ist nicht zu beanstanden.

### **E. 3.5**

Die erste Rüge der Gesuchsgegnerin scheitert.

- 11 - 4. (Erhöhte) Schadensminderungspflicht der Vermieterin

### **E. 4**

Im Nachtrag vom 9. März 2022 hielten die Parteien fest, dass die Flächen überwiegend direkt an Dritte vermietet seien. Für die verbleibenden Stockwerke (2. und 4. Obergeschoss sowie Dachgeschoss) vereinbarten sie ab 1. Februar 2022 einen monatlichen Bruttomietzins von Fr. 11'305.– (Urk. 5/14).

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog, der Regelung von Art. 264 Abs. 3 OR liege das Prinzip zugrunde, dass die Vermieterin das ihr Zumutbare tun müsse, um den Schaden gering zu halten, der ihr aus der Vertragsverletzung der Mieterin entstehe. Die Schadensminderungspflicht werde eingeschränkt, indem vom Gesetz ein absichtlicher Verstoss verlangt werde, was zeige, dass nur bewusste und schwer wiegende Unterlassungen zu einer Reduktion des Mietzinsanspruchs führen könnten. Da die Mieterin nach einem vorzeitigen Auszug vertraglich gebunden bleibe, sofern sie keinen tauglichen Ersatzmieter stelle, habe sie einen solchen zu suchen und vorzuschlagen. Die Vermieterin dürfe das Resultat der Suchbemühungen der Mieterin abwarten und habe grundsätzlich keine eigenen Suchbemühungen vorzunehmen. Dazu sei sie erst verpflichtet, wenn weiteres Untätigbleiben gegen Treu und Glauben verstosse. Den Beweis, dass die Unterlassung eigener Suchbemühungen der Vermieterin treuwidrig sei, habe die Mieterin zu erbringen, die zudem beweisen müsse, dass solche Bemühungen erfolgreich gewesen wären (Urk. 18 S. 6 f.). Die Vorinstanz erwog weiter, im Rechtsöffnungsverfahren sei ausschliesslich von Belang, ob es der Gesuchsgegnerin gelinge, Einwendungen vorzubringen, welche den Vollstreckungstitel zu entkräften vermöchten. Die von ihr angesprochenen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie sowie der damit verbundenen behördlichen Massnahmen auf das Mietverhältnis und insbesondere auf die Schadensminderungspflicht der Vermieterin beträfen jedoch die Frage des materiellen Bestandes der Forderung. Dies zu prüfen bleibe dem Erkenntnisverfahren vorbehalten, ebenso wie gegebenenfalls eine Vertragsanpassung gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* (Urk. 18 S. 9).

#### **E. 4.2**

Die Gesuchsgegnerin rügt, eine Verletzung der Schadensminderungspflicht (Art. 264 Abs. 3 OR) sei ein im Rechtsöffnungsverfahren tauglicher Einwand. Zulässig seien sämtliche materiellrechtlichen Verteidigungsmittel (Urk. 17 Rz. 24 f., Rz. 32). Die Vorinstanz habe verkannt, dass Art. 264 Abs. 3 lit. b OR in Verbindung mit dem notorisch angespannten Geschäftsmietumfeld in Covid-Zeiten eines einzelfallgerechten Ermessensentscheids bedürfe, weshalb es sich nicht um eine aussichtslose Einwendung handle und bereits gestützt darauf die Rechtsöffnung

- 12 - hätte verweigert werden müssen (Urk. 17 Rz. 34). Weiter rügt sie, die Vorinstanz sei von einem falschen Verständnis der vermietetseitigen Schadensminderungspflicht ausgegangen (Urk. 17 Rz. 35 ff.) und habe verkannt, dass die Gesuchsgegnerin ihre Schadensminderungspflicht verletzt habe (Urk. 17 Rz. 40 ff.).

#### **E. 4.3**

Im Verfahren um provisorische Rechtsöffnung sind alle zivilrechtlichen Einwendungen und Einreden gegen die Schuldanerkennung zulässig (BGE 145 III 20 E. 4.1.2). Diesbezügliche materiellrechtliche Fragen sind im Rechtsöffnungsverfahren zu prüfen und können – auch in komplexen Fällen – nicht dem Sachgericht überlassen werden (BSK SchKG-Staehelin, Art. 82 N 84). Bildet ein Mietvertrag den Rechtsöffnungstitel, ist die Geltendmachung einer Reduktion der Leistungspflicht gestützt auf die Schadensminderungspflicht gemäss Art. 264 Abs. 3 OR eine zulässige Einwendung (BGE 134 III 267 E. 3; BGer 5A\_465/2014 vom 20. August 2014, E. 7.2.2). Im Rechtsöffnungsverfahren sind sämtliche materiellen Einwände der Schuldnerin zu prüfen, so auch eine geltend gemachte Reduktion der Leistungspflicht gestützt auf Art. 264 Abs. 3 OR. Den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 18 S. 9) kann nicht zugestimmt werden. Dies ändert aber nichts daran, dass die Gutheissung des Rechtsöffnungsgesuchs im Ergebnis richtig war:

#### **E. 4.4**

Ein Mietvertrag bleibt ein Rechtsöffnungstitel, wenn eine Mieterin das Mietobjekt vorzeitig zurückgibt, ohne eine zumutbare Nachmieterin zu stellen (BGE 134 III 267 E. 3). Umstände, die in Anwendung von Art. 264 Abs. 3 OR zu einer Befreiung oder Reduktion der Leistungspflicht führen, sind glaubhaft zu machen (vorne Erw. II.3.4). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchstellerin habe entgegen ihrer Zusicherung und ihrer gesetzlichen Verpflichtung keine Bemühungen bei der Nachmietersuche geleistet (Urk. 17 Rz. 41 ff.). Dabei übersieht die Gesuchsgegnerin, dass es primär ihre Pflicht ist, als Mieterin bei vorzeitiger Rückgabe nach einem Nachmieter zu suchen. Aus Art. 264 Abs. 3 OR ergibt sich zwar, dass die Vermieterin verpflichtet ist, die Mieterin bei der Suche nach einem Nachmieter zu unterstützen. Dies führt aber nicht zu einer Rollenenumkehr; die vorzeitige Rückgabe der Sache beschlägt den Grundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda), weshalb es in erster Linie der Mieterin obliegt, dafür zu sorgen, dass der Vermieterin kein Schaden erwächst (BGer 4A\_452/2019 vom 1. Juli

- 13 - 2020, E. 4.6). Die Ersatzmietersuche ist damit nicht als Pflicht der Vermieterin zu sehen (vgl. SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 57). Zwar hat sich die Vermieterin – worauf die Gesuchsgegnerin zu Recht hinweist (Urk. 17 Rz. 39, Rz. 42) – insbesondere dann um einen Nachfolgemmieter zu bemühen, wenn sie dies der Mieterin in Aussicht gestellt hat oder wenn – vor allem bei einer langen Restdauer des Mietvertrags – erkennbar

wird, dass die Mieterin keinen Ersatzmieter stellen kann (BSK OR I-Weber, Art. 264 N 10; Brändli, Mietrecht für die Praxis, 10. Aufl. 2022, N 28.2.12.1; weitergehend und per se eine ermessensweise Reduktion der Mietzinsforderung bejahend, wenn keine Anstrengungen zur Wiedervermietung unternommen werden: BK-Giger, Art. 264 N 77). Von der Vermieterin kann aber keine sorgfältigere Herangehensweise als von der Mieterin verlangt werden (SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 57). Dass sich eine Vermieterin anrechnen lassen muss, was sie absichtlich zu gewinnen unterlassen hat (Art. 264 Abs. 3 lit. b OR), setzt treuwidriges Verhalten im Sinne von bewussten und schwerwiegenden Unterlassungen oder Vereitelungshandlungen voraus (BGer 4A\_452/2019 vom 1. Juli 2020, E. 4.6 m.H.a. BGE 117 II 156; BK-Giger, Art. 264 N 70). Fahrlässige Unterlassungen genügen nicht (ZK-Higi/Wildisen, Art. 264 N 84; SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 56). Bei der Wertung des Parteiverhältnisses besteht – wie die Gesuchsgegnerin geltend macht (Urk. 17 Rz. 30) – ein grosser Ermessensspielraum (BGer 4A\_452/2019 vom 1. Juli 2020, E. 4.6). Nicht nur den Nachweis der Treuwidrigkeit, sondern auch, dass die Vermieterin bei ihren Suchbemühungen erfolgreich gewesen wäre beziehungsweise solche mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Erfolg geführt hätten, muss die Mieterin erbringen (SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 36).

#### **E. 4.5**

Vorliegend findet sich der einzige Nachweis für von der Gesuchsgegnerin vorgeschlagene Nachmieter im Schreiben vom 28. Juni 2021. Die Gesuchsgegnerin führt in diesem Schreiben aus, von den sechs Nachmietern – von welchen keiner bereit war, den Mietvertrag unverändert zu übernehmen (Urk. 5/13 Ziff. I.3) – seien aufgrund der langen Wartezeit einige wieder abgesprungen (vorne Erw. I.2; Urk. 5/18). Sie habe – so die Gesuchsgegnerin – bereits am 9. Juni 2021 telefonisch Nachmieterinnen vorgeschlagen (Urk. 11 Rz. 10). Dazu ist Folgendes festzuhalten: Vom Zeitpunkt des telefonischen Vorschlags bis zum Abspringen

- 14 - der Interessentinnen sind zweieinhalb Wochen vergangen. Da eine Vermieterin zur Überprüfung eines Ersatzmieters eine angemessene Zeitspanne zur Verfügung hat, welche bei Geschäftsräumen im Normalfall einen Monat beträgt (BSK OR I-Weber, Art. 264 N 5; Brändli, Mietrecht für die Praxis, 10. Aufl. 2022, N 28.2.11; SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 37; BK-Giger, Art. 264 N 70, N 78), kann der Gesuchstellerin kein unzulässiges Zuwarten vorgeworfen werden, auch wenn sie sich um fehlende Informationen bei der bisherigen Mieterin oder direkt bei der potentiellen Nachmieterin zu bemühen hat (BSK OR I-Weber, Art. 264 N 5). Am 7./8. September 2021 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, in welcher sie festhielten, dass die Vermieterin gehalten sei, ihrerseits Bemühungen zu unternehmen, um geeignete Mieter/-innen als Mietnachfolgerin/-innen für das Mietobjekt zu finden (Urk. 5/13; zum Wortlaut vorne Erw. I.2). Primär trifft aber die Mieterin die Pflicht zur Nachmietersuche. Dieses Verständnis geht auch aus der Vereinbarung vom 7./8. September 2021 hervor, in welcher die Gesuchsgegnerin bestätigt, dass von ihr weitere Mietinteressenten, welche Teile des Mietobjekts mieten wollten, gesucht werden (Urk. 5/13; zum Wortlaut vorne Erw. I.2). Ob die Vorinstanz fälschlicherweise davon ausging, dass die Vermieterin nicht verpflichtet sei, Nachmieter für Teilflächen zu akzeptieren, kann offenbleiben (vgl. Urk. 17 Rz. 35 f.). Selbst wenn die Gesuchstellerin zunächst (bis zum Abschluss der Vereinbarung vom 7./8. September 2021 [Urk. 5/13]) noch auf eine Nachmieterin für die gesamte Liegenschaft bestanden hätte, so wäre ihr dies freigestanden, hat sie doch grundsätzlich Anrecht auf eine Nachmieterin,

welche den Vertrag zu den gleichen Bedingungen übernimmt, und hat die Gesuchsgegnerin die gesamte Liegenschaft gemietet (Urk. 5/12 S. 1 "Mietobjekt"; Art. 264 Abs. 1 OR; vgl. SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 48; BK-Giger, Art. 264 N 86). Ob es sich bei (grossen) Geschäftsliegenschaften grundsätzlich anders verhält, kann offengelassen werden (Urk. 17 Rz. 36-38), da sich das Recht zur Rückgabe von Teilflächen bereits aus der Vereinbarung vom 7./8. September 2021 ergibt. Bis Ende 2021 konnten sämtliche Teilflächen bis auf das 2. und 4. Obergeschoss und das Dachgeschoss an von der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 28. Juni 2021 vorgeschlagene Nachmieter vermietet werden, was die Parteien im Nachtrag vom 9. März 2022 festhielten (Urk. 5/14 Ziff. 3; vgl. Urk. 5/18; Urk. 5/13

- 15 - Ziff. I.3; vorne Erw. I.4). Weitergehende (vergebliche) Bemühungen wurden von der Gesuchsgegnerin – wie bereits die Vorinstanz festhielt (Urk. 18 S. 8) – weder behauptet noch belegt. Die Gesuchsgegnerin behauptet nicht, dass sie für die noch nicht vermieteten Teilflächen zumutbare Nachmieter gesucht oder gestellt hätte. Die Gesuchstellerin durfte aber darauf vertrauen, dass die Gesuchsgegnerin – was diese auch explizit bestätigte (Urk. 5/13 Ziff. I.4; vorne Erw. I.2) – weitere Mietinteressenten suchen würde (vgl. BGer 4C.118/2002 vom 19. August 2002, E. 3.3). Stattdessen stellte die Gesuchsgegnerin per Juli 2022 – und damit vier Monate nach der vertraglichen Feststellung der erfolgreichen Vermietung eines Grossteils der Flächen – ihre Mietzinszahlungen ein. Vier Monate sind – insbesondere auch unter Würdigung der, abgesehen von ihrem Schreiben vom 28. Juni 2021 (Urk. 5/18), fehlenden Suchbemühungen und anders als die Gesuchsgegnerin argumentiert (Urk. 17 Rz. 45, Rz. 49) – noch nicht eine so lange Zeit, dass der Vermieterin eine schwerwiegende Unterlassung im Sinne einer absichtlichen Verletzung ihrer Schadensminderungspflicht vorgeworfen werden könnte (vorne Erw. II.4.4). Obwohl die Gesuchstellerin gehalten gewesen wäre, auch Suchbemühungen zu unternehmen und insbesondere Inserate zu schalten (SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 35) – was sie unterliess (Urk. 17 Rz. 43, Rz. 47 f.; Urk. 13/4; Urk. 11 Rz. 14-16) –, ändert dies nichts daran, dass die Nachmietersuche in erster Linie Aufgabe der Gesuchsgegnerin ist. Von der Vermieterin darf keine sorgfältigere Herangehensweise als von der Mieterin verlangt werden (vorne Erw. II.4.4). Aus diesem Grund kann sie aus den unterbliebenen Bemühungen der Gesuchstellerin nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 36). Auch blendet die Gesuchsgegnerin aus, dass auch sie Inserate hätte aufschalten können. Der Gesuchsgegnerin gelingt damit nicht, eine Verletzung der Schadensminderungspflicht glaubhaft zu machen. Hinzu kommt, dass die Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft macht, dass die Vermieterin mit Suchbemühungen mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich gewesen wäre (vorne Erw. II.4.4). Dass die Gesuchstellerin eine Vorleistungspflicht in der Form einer Mithilfe bei der Nachmietersuche getroffen hätte (Urk. 17 Rz. 44), ist abzulehnen. Auch der Argumentation, die Gesuchstellerin sei aufgrund der Covid-Situation und der damit verbundenen angespannten Marktlage im Sommer/Herbst 2021 ver-

- 16 - pflichtet gewesen, das Mietobjekt zu einem tieferen Mietzins weiterzuvermieten (Urk. 17 Rz. 26-28, Rz. 33), kann nicht gefolgt werden: Ob eine Vermieterin in besonderen Fällen gehalten ist, zu einem tieferen Mietzins weiterzuvermieten (ablehnend: SVIT Kommentar-Bättig, Art. 264 N 39, N 47; bejahend: KUKO OR-Blumer, Art. 264 N 11) respektive, ob das Bestehen auf der Einhaltung der gleichen Vertragsbedingungen einer Vermieterin nur im Falle rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zum Nachteil werden kann

(BSK OR I-Weber, Art. 264 N 10), kann offengelassen werden. Dass die Nachmietersuche an einem übersteuerten Mietzins scheiterte, macht die Gesuchsgegnerin nämlich nicht glaubhaft, wenn sie allgemein auf die Covid-Situation im Sommer/Herbst 2021 hinweist und auf den – ihrer Ansicht nach – überhöhten Mietzins für den Dachstock hinweist (Urk. 17 Rz. 28). Selbst wenn aufgrund der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie erhöhte Schadensminderungspflichten der Vermieterin bejaht würden, gelänge es der Gesuchsgegnerin nicht, eine Verletzung der Schadensminderungspflicht glaubhaft zu machen.

#### **E. 4.6**

Zusammenfasst kann keiner der Argumentationen der Gesuchsgegnerin gefolgt werden: Weder ihre Ansicht, die generell vorgetragene Einwendung, dass die Schadensminderungspflicht in Verbindung mit dem notorisch angespannten Geschäftsmietmarkt in Covid-Zeiten einem einzelfallgerechten Ermessensentscheid bedürfe, stellt eine glaubhaft gemachte Einwendung dar (Urk. 17 Rz. 34), noch überzeugt ihre Argumentation zur Verletzung der Schadensminderungspflicht (Urk. 17 Rz. 40 ff.). Nichts anderes ergibt sich aus dem Verweis auf den Entscheid RT210082 (Urk. 17 Rz. 31, Rz. 33). In diesem Urteil ging es um die Frage, ob im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens eine Vertragsauslegung erfolgen könne zur nicht eindeutigen Rechtsfrage, ob Einschränkungen durch Covid-19-Verordnungen Mängel an der Mietsache bei Geschäftsmieten darstellen, was verneint wurde (OGer ZH RT210082 vom 6.05.2022, E. 3.3.6). Allein aus dem Fakt, dass es sowohl in diesem als auch jenem Verfahren um "Covid und Geschäftsmieten" ging (Urk. 17 Rz. 31, vgl. Rz. 25), kann die Gesuchsgegnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

- 17 -

#### **E. 4.7**

Bei der von der Gesuchsgegnerin angesprochenen Frage, ob statt einer vorzeitigen Rückgabe der Sache (Art. 264 OR) auch eine ausserordentliche Kündigung (Art. 266g) möglich gewesen wäre (Urk. 17 Rz. 31), handelt es sich um eine hypothetische Überlegung, die am Verfahrensausgang nichts ändert.

#### **E. 4.8**

Zusammenfassend gelingt es der Gesuchsgegnerin nicht, Einwendungen gegen den Rechtsöffnungstitel glaubhaft zu machen. Anzumerken ist, dass es im vorliegenden Verfahren ausschliesslich um den Mietzins des Monats Juli 2022 ging und nur zu beurteilen war, ob die Gesuchsgegnerin Einwendungen gegen den Rechtsöffnungstitel glaubhaft machen konnte. Damit ist nicht über den materiellen Bestand der Forderung entschieden (vgl. vorne Erw. II.2). 5. Ergebnis Die Gesuchstellerin dringt mit ihren Rügen nicht durch. Die Beschwerde ist abzuweisen. III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 5**

Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 1 vom 5. September 2022 setzte die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin ("Gesuchstellerin") die Mietzinszahlung für den Monat Juli 2022 inklusive Mahngebühren in der Höhe von Fr. 11'905.– zuzüglich Zins von 5 % seit 1. Juli 2022 gegen die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin ("Gesuchsgegnerin") in Betreibung (Urk. 2; vgl. Urk. 5/10). Am 9. September 2022 erhob die Gesuchsgegnerin gegen diesen Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag (Urk. 2). Am 21. Juni

2023 ersuchte die Gesuchstellerin das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, Audienz, um provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 11'305.– zuzüglich Zins von 5 % seit 1. Juli 2022, Fr. 103.30 (Kosten Zahlungsbefehl), Fr. 400.– zuzüglich Zins von 5 % seit 1. Juli 2022 und Fr. 200.– (Aufwendungen Vorbereitung und Versand Mahnungen; Urk. 1 S. 1). Mit Urteil vom 12. September

- 4 - 2023 hiess die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch teilweise gut und erteilte der Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 5. September 2022), für Fr. 11'305.– nebst Zins zu 5 % seit 2. Juli 2022 (Urk. 15 S. 11 = Urk. 18 S. 11).

#### **E. 6**

Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 25. September 2023 rechtzeitig (vgl. Art. 321 Abs. 2 ZPO; Urk. 16b) Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 17 S. 2): " 1. Das angefochtene Urteil der Vorinstanz (Verfahrensnr. EB230864- L) sei aufzuheben, soweit darin der Beschwerdegegnerin provisorische Rechtsöffnung erteilt wird. 2. In Gutheissung der Beschwerde sei das Rechtsöffnungsgesuch der Beschwerdegegnerin vollumfänglich abzuweisen. 3. Eventualiter sei die Streitsache in grundsätzlicher Gutheissung der Beschwerde an die Vorinstanz zurückzuweisen. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen sowohl für das erstinstanzliche Verfahren als auch das vorliegende Beschwerdeverfahren zulasten der Beschwerdegegnerin."

#### **E. 7**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-16). Mit Verfügung vom 29. September 2023 wurde die von der Gesuchsgegnerin beantragte aufschiebende Wirkung abgewiesen und ihr wurde Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 22). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 23). Mit Schreiben vom 27. November 2023 teilte die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin mit, diese ab sofort nicht mehr zu vertreten (Urk. 24). Da sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist, ist auf weitere Prozesshandlungen zu verzichten (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. II. Materielle Beurteilung 1. Prozessuale Vorbemerkungen

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