

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG140008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

Beschluss und Urteil vom 12. März 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **AG**,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom
13. August 2014 (MD120019)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 24'672.46 zu bezahlen nebst Zins zu 5% seit 1.7.2011 sowie die Betreuungskosten von CHF 112.00;
2. es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Zahlungsbe-
fehl des Betreibungsamtes Zürich ... vom 20.2.2012, zu beseiti-
gen;
3. es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von
CHF 10'608.85 zu bezahlen nebst Zins zu 5% seit 1.2.2012 sowie
die Betreuungskosten von CHF 108.00;
4. es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Zahlungsbe-
fehl des Betreibungsamtes C._____ vom 19.6.2012, zu beseitigen;
5. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Be-
klagten."

Widerklage:

(act. 30 S. 2)

- "1. Die Klage vom 15. November 2012 sei vollumfänglich abzuweisen,
soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Klägerin sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten
den Betrag von Fr. 12'000.00 samt Zinsen zu bezahlen. Für wei-
tergehende Forderungen (Schadenersatz) behält sich die Beklagte
eine Nachklage-, resp. ein Klagerecht, vor.
3. Der Beklagten sei die unentgeltliche Prozessführung und -verbei-
ständung durch den Unterzeichnenden zu gewähren.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt) zu-
lasten der Klägerin und Widerbeklagten."

Urteil des Mietgerichts Zürich (Kollegialgericht) vom 13. August 2014:

(act. 65 = act. 67)

1. In teilweiser Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 1 wird die Beklagte und
Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 21'057.65
nebst Zins zu 5 % seit 16. September 2011 und Fr. 792.46 nebst Zins zu 5 %
seit 9. Februar 2012 sowie Fr. 112.– Betreuungskosten zu bezahlen. Im
Mehrbetrage wird Rechtsbegehren Ziffer 1 abgewiesen.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 17. Februar 2012) ist im Umfang von Fr. 21'057.65 nebst Zins zu 5 % seit 16. September 2011 sowie im Umfang von Fr. 792.46 nebst Zins zu 5 % seit 9. Februar 2012 aufgehoben.

2. In teilweiser Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 3 wird die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 8'715.– nebst Zins zu 5 % seit 31. Januar 2012 und Fr. 658.85 nebst Zins zu 5 % seit 15. Juni 2012 sowie Fr. 108.– Betreuungskosten zu bezahlen. Im Mehrbetrage wird Rechtsbegehren Ziffer 3 abgewiesen.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts D. _____ (Zahlungsbefehl vom 18. Juni 2012) ist im Umfang von Fr. 8'715.– nebst Zins zu 5 % seit 31. Januar 2012 sowie im Umfang von Fr. 658.85 nebst Zins zu 5 % seit 15. Juni 2012 aufgehoben.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 5'330.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 5'330.00 Kosten total

5. Die Kosten werden der Beklagten und Widerklägerin auferlegt und zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, wobei die Beklagte und Widerklägerin auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen wird. Der Kostenvorschuss wird der Klägerin und Widerbeklagten herausgegeben.
6. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen.
- 7./8. (Mitteilungssatz/Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 66 S. 2 f.):

- "1. Es sei das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 13. August 2014, Dispositiv Ziff. 1, insoweit aufzuheben, als dass der Berufungsbeklagten nicht mehr als ein Betrag von Fr. 633.00 nebst Zins zu 5% seit 16. September 2013 und Fr. 792.45 nebst Zins zu 5% seit 9. Februar 2012 zugesprochen wird sowie Fr. 112.00 Betreuungskosten. Ebenfalls sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 17. Februar 2012) nur im Umfang von Fr. 633.00 nebst Zins zu 5% seit 16. September 2011 sowie im Umfang von Fr. 792.45 nebst Zins zu 5% seit 9. Februar 2012 aufzuheben.
2. Es sei das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 13. August 2014, Dispositiv Ziff. 2, insoweit aufzuheben, als dass der Berufungsbeklagten nicht mehr als ein Betrag von Fr. 1'727.50 nebst Zins zu 5% seit 31. Januar 2012 und Fr. 658.85 nebst Zins zu 5% seit 15. Juni 2012 zugesprochen wird sowie Fr. 108.00 Betreuungskosten. Ebenfalls sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts D. _____ 9 (Zahlungsbefehl vom 18. Juni 2012) nur im Umfang von Fr. 1'727.50 nebst Zins zu 5% seit 31. Januar 2012 sowie im Umfang von Fr. 658.85 nebst Zins zu 5% seit 15. Juni 2012 aufzuheben.
3. Es sei darüber Beweis abzunehmen, inwiefern das besetzte Gelände (E. _____ Areal) auf den Umsatz der gewerblichen Tätigkeit der Berufungsklägerin vom 24. September 2011 bis 15. März 2012 im Mietobjekt auswirkte und der Mietvertrag für das fragliche Mietobjekt per 15. März 2012 von der Berufungsbeklagten herauszuverlangen.
4. Zudem seien die Prozesskosten (Gerichtsgebühr sowie Parteientschädigung, Ziff. 4, 5 und 6 des Dispositiv des Urteils des Mietgerichts vom 13. August 2014) höchstens im Umfang von einem Drittel der Berufungsklägerin aufzuerlegen und zu zwei Dritteln der Berufungsbeklagten.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt) zulasten der Berufungsbeklagten."

prozessualer Antrag:

- "6. Es sei der Berufungsklägerin weiterhin die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren und die unentgeltliche Vertretung durch den Unterzeichnenden zu gewähren."

der Berufungsbeklagten (act. 73):

1. Die Anträge der Berufungsklägerin seien vollumfänglich abzuweisen.

2. Wir halten an unseren Forderungen gemäss dem Urteil des Mietgerichts Zürich (Kollegialgericht) vom 13. August 2014 (MD120019) fest.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. A._____ mietete mit Mietvertrag vom 24./30. März 2010 von der F._____ AG (deren Aktiven und Passiven gingen per 27. Mai 2011 auf die B._____ AG als Vermieterin über) ab dem 1. Mai 2010 einen Gewerberaum/Atelier (217m²) im 3. Obergeschoss der Liegenschaft G._____strasse ... in ... Zürich. Der monatliche Nettomietzins betrug Fr. 3'800.– zuzüglich Heizkosten von Fr. 180.– und quartalsweise verrechneter Nebenkosten. Im Mietvertrag wurde festgehalten, dass das Mietverhältnis automatisch am 30. April 2012 ende und der Mieter vom bevorstehenden Abbruchvorhaben an der H._____strasse .../G._____strasse ... und von Art. 272 Abs. 1 lit. d OR Kenntnis habe. Ziff. 5 des Zusatzes "besondere Vereinbarungen" statuierte überdies, dem Mieter sei bekannt, dass sich auf dem Gewerbeareal H._____strasse ... und G._____strasse ... verschiedene Vereine, Werkstätten, Firmen und Clubs befänden, was mit Lärmemissionen verbunden sei. Dies sei im Mietzins berücksichtigt, der Mieter könne somit keine Einsprache tätigen und (dies) sei daher auch kein Kündigungsgrund oder (Grund) für die Mietzinsreduktion. In Ziffer 3 des genannten Zusatzes wurde weiter festgehalten, der Mieter habe Kenntnis, dass das Mietobjekt in der Zone Z6 liege und nur nach deren Vorschrift genutzt werden könne. Ziffer 4 des Zusatzes statuierte sodann, dass sämtliche eventuellen behördlichen Auflagen, die infolge des Betriebs verlangt würden, vom Mieter auf eigene Kosten eingebaut werden müssten und der Mieter keinen Mietzinserslass oder eine Reduktion verlangen könne, falls seitens der Behörde die Benützung der Räume untersagt werde (act. 3/1). Das als Sicherheitsleistung vereinbarte Mietzinsdepot von Fr. 12'000.–, welches bei Vertragsunterzeichnung an den Vermieter zur Anlage bei einer Bank zahlbar war, bezahlte A._____ rechtzeitig (act. 3/1 S. 2 und act. 32/10).

1.2. Im Atelier betrieb A. _____ ab Mietantritt am 1. Mai 2010 einen sexgewerblichen Salon (act. 30 S. 4 f.), was der Kreisarchitekt des Amts für Baubewilligungen des Hochbaudepartements der Stadt Zürich mit Schreiben vom 15. März 2011 beanstandete. Konkret hielt er fest, es sei kürzlich festgestellt worden, dass der sexgewerbliche Salon (SM-Studio) ohne baurechtliche Bewilligung eingerichtet worden sei. Allenfalls seien damit auch Umbauarbeiten verbunden gewesen. Für beides sei eine baurechtliche Bewilligung notwendig. Daher werde A. _____ aufgefordert, diese Nutzung unverzüglich, d.h. bis spätestens 29. April 2011, wieder aufzuheben oder dem Amt für Baubewilligungen nachträglich ein Baugesuch mit den erforderlichen Unterlagen einzureichen. Dazu sei das Einverständnis der Eigentümerschaft nötig, welche mit separatem Brief auf den Sachverhalt aufmerksam gemacht worden sei (act. 32/2).

Darauf hin teilte A. _____ der B. _____ AG als Vermieterin mit Schreiben vom 30. Mai 2011 mit, I. _____ (seinerzeit für die F. _____ AG tätig) habe ihr mehrere Male bestätigt, dass sie für ihren Massagesalon keine Bewilligung für eine Nutzungsänderung benötige. Ihr Mietvertrag laufe bis April 2012. Falls sie jetzt keine Bewilligung bekomme, müsse sie rechtliche Schritte "zur Wiedergutmachung" einreichen. Unter Auflistung diverser, nach ihrer Ansicht nach seit Mietbeginn aufgetauchter Mängel führte sie weiter aus, auch das Übernahmeprotokoll sei stets hinausgeschoben worden. Sie bitte die B. _____ AG, dem Kreisarchitekten schnellstmöglich eine schriftliche Vollmacht zur Einsicht der letzten bewilligten Baupläne der G. _____ strasse ... auszuhändigen und mit ihr Kontakt aufzunehmen (act. 32/3 = act. 54/5). Die Vermieterin bzw. die Verwaltung reagierte mit Schreiben vom 15. Juni 2011 und nahm – nachdem sie mit A. _____ die Mieträumlichkeiten besichtigt und die von ihr angegebenen Mängel besprochen hatten – Stellung zu den Beanstandungen und hielt im Weiteren fest, A. _____ seien die Umstände aufgrund diverser Nutzungen auf dem Gelände bereits bei Unterzeichnung des Mietvertrags bekannt gewesen. Im Mietvertrag sei sie explizit unter Ziffer 5 der besonderen Vereinbarungen darauf aufmerksam gemacht worden. Bevor sie, die Verwaltung, weiter tätig werde und die Zustimmung zur Einsicht der Baupläne erteile, erwarte sie die Bezahlung der fälligen Mietzinse Februar bis und mit Juni 2011 von total Fr. 19'900.–. Die Verwaltung setzte ihr eine Frist von 30 Tagen an und wies

A._____ darauf hin, dass der Mietvertrag, sollte die Zahlungsfrist unbenützt ablaufen, mit einer Frist von 30 Tagen gemäss Art. 257d OR auf das nächstmögliche Monatsende gekündigt werde (act. 32/4 = act. 54/6).

1.3. Mit Schreiben vom 11. August 2011 stellte die Verwaltung A._____ eine Kündigungsandrohung im Sinne von Art. 257d OR wegen Zahlungsrückstands für die Bruttomietzinse für Januar 2011, Juli 2011 und August 2011 zu (act. 32/16 = act. 54/8). In der Folge führten die Parteien am 27. Oktober 2011 ein Gespräch und arbeiteten einen Vereinbarungsentwurf aus, gemäss welchem sich A._____ verpflichtete, das Mietobjekt bis am 30. November 2011 zu räumen und gereinigt zu übergeben und gemäss welchem sie anerkenne, der Verwaltung Fr. 20'000.– für die Mietzinsen vom 1. Juli 2011 bis 30. November 2011 zu schulden, die durch die Mieterkaution von Fr. 12'000.– und eine einmalige Zahlung von Fr. 8'000.– getilgt werde. Die Vereinbarung wurde mit einer Saldoklausel versehen (act. 32/15 = act. 54/9, act. 32/14). Da A._____ den Vereinbarungsentwurf bis zum 21. November 2011 nicht unterzeichnete, kündigte die Verwaltung das Mietverhältnis mit amtlichem Formular vom 21. November 2011 wegen Mietzinsausstands auf den 31. Dezember 2011 (act. 3/4 = act. 54/3 = act. 54/2). Am 3. Januar 2012 schickte A._____ der Verwaltung drei Haustürschlüssel sowie zwei Lift- und Haupteingangstürschlüssel zu (act. 3/5 = act. 54/1).

1.4. Nachdem A._____ auf eine Betreibungsandrohung vom 30. Januar 2012 nicht reagiert hatte, leitete die Verwaltung am 15. Februar 2012 die Betreibung ein für eine Forderung von Fr. 24'672.46 (Fr. 23'880.– ausstehende Mietzinse von Juli bis Dezember 2011 sowie Fr. 792.46 für die Nebenkosten des ersten Quartals 2011) nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2011 (act. 3/6/1, act. 3/7). A._____ erhob gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag (act. 3/8/1). Mit Schreiben vom 19. Februar 2012 teilte sie der Verwaltung mit, das Nutzungsrecht am Mietobjekt sei als Lager eingetragen und sie habe sich bemüht, dies zu ändern. Die Verwaltung habe dieses Unterfangen aber hinausgezögert, weshalb sie in den letzten zwei Jahren keinen Gewinn habe erzielen können und folglich den gesamten Mietzins als Schadenersatz zurückfordere (act. 32/11).

1.5. Mit Schreiben vom 9. März 2012 sandte die Verwaltung A. _____ eine Abrechnung über den Betrag von Fr. 9'950.– mit der Begründung, sie hafte für die Zeit vom 1. Januar 2012 bis zur Wiedervermietung des Gewerberaums am 15. März 2012 (act. 3/12/1). Gegen den in diesem Zusammenhang erhobenen Zahlungsbefehl des Betreibungsamts D. _____ vom 18. Juni 2012 erhob A. _____ Rechtsvorschlag (act. 3/13).

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Eingabe vom 19. Juli 2012 (Datum Poststempel) machte die Verwaltung das Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Da zwischen den Parteien anlässlich der Schlichtungsverhandlung keine Einigung erzielt werden konnte, wurde der Verwaltung mit Beschluss vom 25. Oktober 2012 die Klagebewilligung im Sinne von Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO ausgestellt (act. 4). Rechtzeitig mit Eingabe vom 15. November 2012 reichte die Verwaltung beim Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz genannt) Klage gegen A. _____ ein mit den eingangs genannten Rechtsbegehren (act. 1). Da der Streitwert über Fr. 30'000.– lag und auch keine vom Katalog von Art. 243 Abs. 2 ZPO erfasste Mietstreitigkeit vorlag, wurde die Angelegenheit vom Mietgericht als Kollegialbehörde im ordentlichen Verfahren behandelt (Art. 219 ff. ZPO und § 21 i.V.m. § 26 GOG). Der soziale Untersuchungsgrundsatz greift damit nicht. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 8). Die mit Präsidialverfügung vom 29. November 2012 einverlangte Klageantwort ging am 19. Februar 2013 ein. Gleichzeitig erhob A. _____ Widerklage (act. 30). Die Widerklageantwort wurde am 11. Juni 2013 eingereicht (act. 41 und act. 45). Nach eingeholter Stellungnahme der Verwaltung sowie durchgeführter Verhandlung betreffend unentgeltliche Rechtspflege wurde A. _____ mit Verfügung vom 21. Mai 2013 die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich die unentgeltliche Rechtsverbeiständung bewilligt (act. 17, act. 22, act. 25, act. 37, Prot. IV S. 9 ff., act. 41). Am 5. September 2013 fanden die mündliche Hauptverhandlung und Vergleichsgespräche statt, wobei letztere scheiterten (act. 51, Prot. VI S. 23 ff.). Am 13. August 2014 erging das schriftliche Urteil (act. 65 = act. 67).

2.2. Rechtzeitig innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 145 Abs. 1 lit. b und Art. 142 Abs. 3 ZPO) erhob A. _____ bei der Kammer Be-

rufung mit den eingangs genannten Berufungsanträgen und dem Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren (act. 63 und act. 66). Auf die Einholung eines Kostenvorschusses im Sinne von Art. 98 ZPO wurde aufgrund des Armenrechtsgesuchs verzichtet (BGer 5A_499/2013 vom 3. September 2013, Erw. 3.4; BGE 138 III 163). Mit Verfügung vom 14. Januar 2015 wurde der Verwaltung eine 30-tägige Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 71), welche mit Eingabe vom 29. Januar 2015 fristgerecht einging (act. 73). Die Verwaltung beantragte die vollumfängliche Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von A._____. Die Berufungsantwort wurde A._____ in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 132 I 45 Erw. 3.3; BGE 133 I 99 f.; vgl. auch ZR 111 Nr. 56) zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 74). Sie blieb unkommentiert.

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Geschäfts-Nr. MD120019 als act. 1-63). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. A._____ wird fortan Berufungsklägerin genannt, und die Verwaltung wird als Berufungsbeklagte bezeichnet.

3. Umfang der Berufung und Streitwert

3.1. Die Berufung beschränkt sich gemäss der Berufungsklägerin (act. 66 S. 8 f.) auf die Mietzinsherabsetzung wegen der Arealbesetzung (angefochtenes Urteil act. 65 S. 21-23), die eingeklagte Gesamtsumme (angefochtenes Urteil act. 65 S. 2) sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen (angefochtenes Urteil act. 65 S. 28). Nicht angefochten sind demnach folgende Punkte: Betriebskostenabrechnung (angefochtenes Urteil act. 65 S. 10), Schadenersatz wegen Zahlungsverzugskündigung (angefochtenes Urteil act. 65 S. 11-14), Mietzinsherabsetzung wegen fehlender baurechtlicher Bewilligung (angefochtenes Urteil act. 65 S. 14-18), Mietzinsherabsetzung wegen anderer Mängel (angefochtenes Urteil act. 65 S. 18-21), Schadenersatz wegen Mangelhaftigkeit der Mietsache (angefochtenes Urteil act. 65 S. 23) und Widerklage betreffend Herausgabe der Mietkaution (angefochtenes Urteil act. 65 S. 24-26).

3.2. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich der Streitwert nach Massgabe dessen, was noch im Streit liegt (vgl. dazu § 12 Abs. 2 GebV OG).

3.2.1. Die Berufungsklägerin nennt in der Begründung der Berufungsschrift einen Streitwert von Fr. 16'582.50 (Fr. 9'120.– und Fr. 7'462.50). Hierbei handelt es sich um den Betrag, welchen die Berufungsklägerin als Herabsetzung des Netto- bzw. Bruttomietzinses um 75% für den Zeitraum vom 24. September bis 31. Dezember 2011 (3,2 x Fr. 3'800.– x 75 % während Arealbesetzung) und vom 1. Januar 2012 bis 15. März 2012 (2,5 x Fr. 3'890.– x 75 %) fordert. Die Berufungsklägerin will für den genannten Zeitraum also noch 25% des Netto- bzw. Bruttomietzinses des Mietobjekts bezahlen. Unter Berücksichtigung der geleisteten Mieterkaution von Fr. 12'000.–, wobei die Berufungsklägerin angibt, nicht sicher zu sein, ob diese zum Streitwert hinzuzurechnen sei, erhöht sich der Streitwert auf Fr. 28'582.50 (act. 66 S. 3 ff.).

3.2.2. Leicht abweichend präsentiert sich der Streitwert laut den eingereichten Berufungsanträgen. Gemäss diesen anerkennt die Berufungsklägerin betreffend Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids die Beträge von Fr. 633.– und von Fr. 792.45 (aufsummiert Fr. 1'425.45) und betreffend Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids die Beträge von Fr. 1'727.50 und von Fr. 658.85 (aufsummiert Fr. 2'386.35). Alles, was darüber hinaus gehe, sei aufzuheben (act. 66 S. 2). Die Vorinstanz verpflichtete die Berufungsklägerin in Dispositiv-Ziffer 1 zur Bezahlung von Fr. 21'057.65 und Fr. 792.45 (nebst Zinsen und Betreuungskosten von Fr. 112.–) und in Dispositiv-Ziffer 2 zur Bezahlung von Fr. 8'715.– und Fr. 658.85 (nebst Zinsen und Betreuungskosten von Fr. 108.–), aufsummiert also zu Fr. 21'850.11 und Fr. 9'373.85. Dies führt unter Berücksichtigung der von der Berufungsklägerin anerkannten Beträge von Fr. 1'425.45 und Fr. 2'386.35 betreffend Dispositiv-Ziffer 1 bzw. Berufungsantrag Ziff. 1 zu einer Differenz von Fr. 20'424.65 und betreffend Dispositiv-Ziffer 2 bzw. Berufungsantrag Ziff. 2 zu einer solchen von Fr. 6'987.50. Entsprechend resultiert hier ein Streitwert von Fr. 27'412.15 (ohne Berücksichtigung der Betreuungskosten).

3.2.3. Bei dieser Ausgangslage besteht kein Anlass, die zurückgeforderte Mieterkaution von Fr. 12'000.– bei der Berechnung des Streitwerts für das Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen. Die Berufungsklägerin geht ihren *Berufungsanträgen* folgend selbst davon aus, dass die Mieterkaution Teil des Streitwerts bildet. Da sich die Berufungsbeklagte zum Streitwert nicht äusserte, wird dieser von der Kammer – in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO – auf Fr. 28'000.– festgesetzt.

4. Rechtliches

4.1. Mit Berufung anfechtbar sind unter anderem erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide, soweit der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 ZPO). Diese Erfordernisse sind vorliegend erfüllt. Geltend gemacht werden können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO). Eine unrichtige Beurteilung einer Rechtsfrage bzw. eine Rechtsverletzung liegt grundsätzlich dann vor, wenn eine Rechtsnorm auf einen bestimmten Sachverhalt gar nicht oder falsch angewendet wird (ZK ZPO-Reetz/Theiler, N 12 zu Art. 310). Mit der Rüge der unrichtigen Feststellung des Sachverhalts kann der Berufungsinstanz die Ermittlung des tatsächlichen Ablaufs der Geschehnisse bzw. die Tatsachenfeststellungen, welche die erste kantonale Instanz vorgenommen hat, zur Überprüfung vorgelegt werden (ZK ZPO-Reetz/Theiler, N 27 zu Art. 310). Zu den Tatfragen gehören unter anderem die Beweiswürdigung (inklusive der antizipierten Beweiswürdigung), wobei bei der Prüfung der Frage, ob eine konkrete Beweiswürdigung innerhalb des dem Gericht eingeräumten Ermessens liegt, eine Rechtsfrage vorliegt. Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

4.2. Zum geltend gemachten Anspruch auf Mietzinsherabsetzung wegen Arealbesetzung erwog die Vorinstanz (act. 65 S. 22f.), die Berufungsbeklagte könne für die Besetzung des E.____-Areal nichts und es sei nicht einzusehen, was sie dagegen hätte vorkehren können. Dass es durch die Besetzung am 24. September 2011 zu einer Zunahme des Lärmpegels gekommen sei, sei unbestritten. Das gleiche gelte für die zunehmende Verschmutzung der Areal-Umgebung und die Erschwernisse beim Zugang zum Mietobjekt. Die Zunahme des Lärmpegels falle

aber insofern nicht gross ins Gewicht, als in Ziffer 5 des Mietvertrags bereits darauf hingewiesen worden sei, dass durch die verschiedenen Gewerbe im Areal Lärmimmissionen entstünden. Verheerende Auswirkungen auf die Umsatzzahlen der Berufungsklägerin seien durch die Besetzung nicht auszumachen. Es sei zwar naheliegend, dass Freier Diskretion vorziehen würden und diese bei besetzten Arealen nicht gesichert sei, doch sei nicht ersichtlich, inwiefern eine Expertise Aufschluss geben könnte über die Auswirkungen des besetzten Geländes auf den Umsatz der sexgewerblichen Tätigkeit der Berufungsklägerin, zumal diese spezielle bzw. sadomasochistische Dienstleistungen anbiete. Die angeführte Behauptung, bei den anderen Gewerben, insbesondere im Rotlicht-Milieu, seien die Geschäfte ebenfalls schlecht gelaufen, seien durch nichts belegt. Infolge des bevorstehenden Abbruchs der Liegenschaft sowie aufgrund der damit einhergehenden Beendigungen der Mietverträge sei es zudem naheliegend, dass sich die Mieter des Areals nach Ersatzräumlichkeiten umsehen würden. Insofern könne aus dem Suchen nach einem Ersatzobjekts nichts zugunsten der Berufungsklägerin abgeleitet werden. Insgesamt sei aber nachvollziehbar, dass die Nutzung des Ateliers aufgrund der Besetzung des Areals ab dem 24. September 2011 eingeschränkt war, weshalb eine Herabsetzung des Mietzinses um 5% als angemessen erscheine. Vom 24. September bis 31. Dezember 2011 ergebe dies eine Mietzinsreduktion von Fr. 614.35 (5% von Fr. 3'800.– = Fr. 190.– x 3 Monate = Fr. 570.– + anteiliger September 2011 = Fr. 44.35). Für den Zeitraum vom 1. Januar bis 15. März 2012 sei eine Reduktion von Fr. 475.– angebracht (2,5 x Fr. 190.–).

4.2.1. Dem hält die Berufungsklägerin in der Berufung entgegen, es sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht zutreffend, dass die Berufungsbeklagte für die Besetzung des E.____-Areals nichts könne und sie dagegen auch nichts habe vorkehren können. Einerseits handle es sich bei der Berufungsbeklagten um einen grossen Immobilieninvestor, welcher durch aggressives Trading von Immobilien auffalle, was provoziere und entsprechend die Besetzung eines Geländes auslösen könne, und andererseits hätte die Berufungsbeklagte die Möglichkeit gehabt, rechtzeitig die Räumung des Areals zu bewirken. Entscheidend sei aber, dass die Berufungsbeklagte als Vermieterin das Geschäftsrisiko für Umstände wie eine Besetzung trage. Als Vermieterin sei sie verpflichtet, dem Mieter den uneingeschränkt-

ten Gebrauch der Mietsache zu ermöglichen. Dies stelle die Vorinstanz sinngemäss auch nicht in Abrede, da sie eine minimale Reduktion von 5% gewähre. Völlig unbegründet und willkürlich komme sie zum Schluss, dass keine verheerenden Auswirkungen auf die Umsatzzahlen der Berufungsklägerin auszumachen seien. Dies obschon die Berufungsklägerin bereits anlässlich der Hauptverhandlung als Beweismittel das Kassabuch 2011 ins Recht gelegt habe, aus welchem der Umsatzrückgang ersichtlich sei. Auf das Kassabuch gehe die Vorinstanz jedoch gar nicht ein. Gemäss dem Kassabuch habe die Berufungsklägerin im Januar 2011 Fr. 300.– Umsatz erzielt, im Februar 2011 Fr. 0, im März Fr. 3'100.–, im April 2011 Fr. 3'500.–, im Mai Fr. 4'200.–, im Juni Fr. 3'000.–, im Juli Fr. 3'800.–, und im August 2011 Fr. 4'500.–. Im September 2011 sei der Umsatz sodann auf Fr. 300.–, im Oktober 2011 auf Fr. 500.–, im November 2011 auf Fr. 500.– und im Dezember 2011 auf Fr. 0 zurückgegangen. Zwar gehe aus dem Kassabuch nicht zwingend hervor, dass wegen der Arealbesetzung ab dem 24. September 2011 keine Umsätze mehr hätten erzielt werden können, doch habe die Berufungsklägerin bereits vor Vorinstanz dargelegt, dass ausser einem Gast, welchem die Besetzung egal gewesen sei, sich keine Freier mehr gemeldet hätten bzw. ihr die Freier mitgeteilt hätten, dass sie wegen des besetzten Geländes nicht zu ihr ins Studio kommen wollten. Abgesehen von einem Besuch des genannten Gastes im Oktober und im November habe sie nur noch mit Escortbegleitungen Umsatz erzielt. Vergleiche man den Umsatz vor und nach der Besetzung des Areals, so sei eine Mietzinsherabsetzung von 75% des Nettomietzinses von Fr. 3'800.– für den Zeitraum vom 24. September bis am 31. Dezember 2011 (Fr. 9'120.–) sowie von 75% des Bruttomietzinses von Fr. 3'980.– für den Zeitraum vom 1. Januar bis 15. März 2012 (Fr. 7'462.50) angezeigt. Bis zur Wiedervermietung habe das Mietobjekt nicht beheizt werden müssen.

Dass diese Mietzinsherabsetzung angebracht sei, würde sich auch durch eine gerichtliche Expertise über die Auswirkungen des besetzten Geländes auf den Umsatz der sexgewerblichen Tätigkeit erhellen. Die Vorinstanz habe jedoch sowohl die Erstellung einer Expertise als auch die Edition des neuen Mietvertrags über das fragliche Mietobjekt betreffend die Neuvermietung ab 15. März 2012 verweigert. Daraus wäre ersichtlich geworden, dass die Berufungsbeklagte aufgrund der

Besetzung nicht mehr in der Lage gewesen sei, das Mietobjekt zu den gleichen Konditionen, sondern nur noch zum halben Mietzins zu vermieten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz gehe die Berufungsklägerin davon aus, dass ein entsprechender Experte durchaus in der Lage sein dürfte, die ökonomischen Auswirkungen der Besetzung auf den Betrieb abzuschätzen. Dass die Berufungsklägerin spezielle sexuelle Dienstleistungen angeboten habe, spreche dem keineswegs entgegen. In der Berufung gerügt würden also die völlig unverhältnismässige Herabsetzung von bloss 5% des Mietzinses sowie die Weigerung, Beweise abzunehmen, welche geeignet erscheinen würden, die Behauptungen der Berufungsklägerin zu untermauern. Gestützt auf Art. 316 Abs. 3 ZPO werde deshalb im Berufungsverfahren eine gerichtliche Expertise sowie die Edition des Mietvertrags ab März 2015 beantragt (act. 66 S. 9 ff.).

4.2.2. Die Berufungsbeklagte hielt dem entgegen, sie erachte die angeführten Beweismittel wie Umsatzzahlen, Kassabuch 2011 sowie eine Expertise als unbeachtlich. Die Berufungsklägerin habe ihre Tätigkeit nicht nur innerhalb des Mietobjekts ausgeführt, sondern auch als Escortbegleiterin, worauf die Arealbesetzung keinen Einfluss gehabt habe. Die beantragte Herabsetzung des Mietzinses von 75% sei völlig haltlos. Was die Ausgestaltung des neuen Mietvertrags ab 15. März 2012 betreffe, so seien die Parteien frei, insbesondere bei der Höhe des Mietzinses (act. 73 S. 2).

4.2.3. Der Beweisanspruch gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO beinhaltet das Recht einer Partei, für rechtserhebliche und streitige Sachvorbringen (Art. 150 Abs. 1 ZPO) mit gesetzlich vorgesehenen (Art. 168 Abs. 1 ZPO), tauglichen sowie form- und fristgerecht beantragten Beweismitteln zum Beweis zugelassen zu werden (BK ZPO-Brönnimann, N 2 zu Art. 152). Das Gericht kann Beweisanträge jedoch ablehnen, wenn es seine Überzeugung durch andere Beweismittel bereits (unerschütterlich) gewonnen hat oder wenn es das offerierte Beweismittel für untauglich hält (Botschaft ZPO, S. 7312). Insofern zwingt der Beweisanspruch gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO das Gericht nicht dazu, alle möglichen Beweise abzunehmen bzw. das Beweisverfahren beliebig auszudehnen. Dies gilt auch für Verfahren, in welchen der Untersuchungsgrundsatz gilt. Ferner ist die vorweggenommene Be-

weiswürdigung nicht ausgeschlossen (BGer 4A_295/2010 vom 26. Juli 2010, Erw. 2.2.2; BGer 4A_452/2013 vom 31. März 2014, Erw. 3.1; Botschaft ZPO S. 7321). Dabei ist zu beachten, dass das Substantiieren vor dem Beweisen kommt. Mängel des Behauptungsverfahrens können nicht im Beweisverfahren behoben werden (ZR 102 Nr. 15). An die Substantiierung des Schadens (und dazu gehört auch ein Umsatzrückgang im Sinne des entgangenen Gewinns als positives Interesse) sind hohe Anforderungen zu stellen. Ein Beweismittel ist dann objektiv untauglich, wenn es schon von seiner Natur her nicht dazu geeignet oder nicht dazu in der Lage ist, den erforderlichen Beweis zu erbringen. Ein subjektiv untaugliches Beweismittel ist zwar seiner Natur nach zur Beweiserbringung geeignet, das Gericht beurteilt seine Beweiskraft im konkreten Fall jedoch als negativ, weil es die Abnahme als unerheblich oder nicht aussichtsreich einschätzt (ZK ZPO-Hasenböhler, N 29 zu Art. 152; Leu, DIKE-Komm-ZPO, N 27-28 zu Art. 152). Da die Berufungsbeklagte bestreitet, dass die Arealbesetzung Einfluss auf den Umsatz der Berufungsklägerin gehabt habe und damit den geltend gemachten Mietzinsherabsetzungsanspruch verneint, trifft die Berufungsklägerin die Beweislast für die Behauptung, dass der Umsatzrückgang ihres Studios auf der Arealbesetzung basiert. Ebenso ist sie beweispflichtig für den Umfang des Umsatzrückgangs. An dieser die Berufungsklägerin treffenden Beweislast ändert auch nichts, dass ein Vermieter verpflichtet ist, dem Mieter den uneingeschränkten Gebrauch der Mietsache zu ermöglichen. Der Beweis der Umstände hiezu liegt dennoch beim Mieter.

Zwar fällt die Begründung der Vorinstanz zur *Verweigerung einer Expertise* über den Umsatzrückgang der Berufungsklägerin gestützt auf die Arealbesetzung sehr knapp aus; sie ist im Resultat jedoch nicht zu beanstanden. Die antizipierte Beweiswürdigung ist hier als zulässig zu erachten. Grundsätzlich kann eine Expertise ein geeignetes Beweismittel sein, um die finanziellen Auswirkungen einer Arealbesetzung auf die Geschäftstätigkeiten von Mietern darzustellen, erscheint im vorliegenden Fall jedoch (subjektiv) untauglich. Um eine Expertise zu erstellen, muss sich ein Gutachter auf Fakten stützen können, welche erhärtet sind. Dazu gehören beispielsweise eine detaillierte Buchhaltung über die monatlichen Einnahmen, Belege bzw. Quittungen über die einzelnen Kundenbesuche sowie eine Liste über die Anzahl und Dauer der Besuche oder eine Kundenkartei. Dass derartige Fakten

vorliegen, macht die Berufungsklägerin jedoch selbst nicht geltend, sondern reichte bloss das rudimentär geführte Kassabuch ein und stellte weitere Belege in Aussicht (act. 68/6, Prot. I S. 43). Dies alleine reicht als Grundlage für eine Expertise nicht, denn es ist nicht Aufgabe des Gutachters, den relevanten Sachverhalt selbst zu erstellen, sondern seine Aufgabe beschränkt sich auf die fachliche Beurteilung des vorgegebenen Sachverhalts. Dessen Elemente hat die beweisbelastete Partei vorzutragen. Im Weiteren erkannte die Vorinstanz richtig, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern konkret der monatliche Umsatz in einem Studio, welches sadomasochistische Dienstleistungen anbietet, durch einen Gutachter ermittelt werden kann. Einerseits fehlt es wie gesehen an den erforderlichen buchhalterischen Grundlagen, andererseits bedürfte es der Kennzahlen von Referenzobjekten, welche nicht von einer Arealbesetzung betroffen sind. Dass derartige Daten von anderen Studios in ähnlicher Lage erhältlich gemacht werden können, ist zu bezweifeln. Die Berufungsklägerin hat offenbar selbst keine Vorstellung davon, auf welche konkreten Angaben sich ein Gutachter stützen soll, sondern hält einzig fest, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei ein "entsprechender" Experte zur Erstellung einer Expertise in der Lage. Einen möglichen Experten nennt sie jedoch ebenso wenig wie einen Zeugen, welcher über den behaupteten Umsatzrückgang bzw. über das Fernbleiben aufgrund der Arealbesetzung Auskunft geben könnte. Insofern geht sie selbst nicht davon aus, dass die Art der angebotenen Dienstleistung für die Erstellung einer Expertise unwesentlich ist. Ihr Einwand, die speziellen sexuellen Dienstleistungen stünden einer Expertise keineswegs entgegen, überzeugt somit nicht.

Zusammengefasst handelt es sich bei der beantragten Expertise um ein subjektiv untaugliches Beweismittel, welches von der Vorinstanz zurecht abgelehnt wurde. Der Willkürvorwurf verfängt nicht. Damit ist auch der Antrag, es sei im Rechtsmittelverfahren darüber Beweis abzunehmen, inwiefern sich das besetzte Gelände auf den Umsatz der gewerblichen Tätigkeit der Berufungsklägerin im Mietobjekt auswirkte (Antrag Ziff. 3 der Berufungsschrift als act. 66), abzuweisen.

Dass sich die Vorinstanz mit dem eingereichten *Kassabuch* im angefochtenen Entscheid nicht auseinandersetzte, wurde von der Berufungsklägerin hingegen zu-

recht beanstandet. Die Vorinstanz hätte sich zumindest in groben Zügen zur Beweiskraft des Kassabuchs äussern müssen. Hiezu ist allerdings festzuhalten, dass die Aussagekraft des Kassabuchs zum Beweis des Umsatzrückgangs wegen der Arealbesetzung in der Tat stark eingeschränkt ist, weshalb sich selbst bei dessen Berücksichtigung in der vorinstanzlichen Begründung am Entscheid nichts geändert hätte. So weist das Kassabuch wie erwähnt weder detaillierte Buchungsvorgänge auf, noch ist es mit Quittungen über die angebotenen Dienstleistungen oder mit einer Unterschrift versehen. Insofern stellt es eine blosser Parteibehauptung der Berufungsklägerin dar. Anders verhielte es sich dann, wenn die behaupteten Buchungsvorgänge durch weitere Beweismittel wie zum Beispiel durch Zeugen erhärtet werden könnten. Zeugen offerierte die Berufungsklägerin jedoch keine. Abgesehen davon hätte die Berufungsklägerin substantiiert dartun müssen, mit welchen erfolgten oder eben nicht erfolgten Buchungsvorgängen sie welchen Schaden beweisen will. Mängel des Behauptungsverfahrens können im Beweisverfahren nicht behoben werden. Einzig mit dem Kassabuch gelingt es ihr folglich nicht, den Zusammenhang zwischen der Arealbesetzung und dem Umsatzrückgang darzulegen. So nahm sie nicht nur von September bis Dezember 2011 wenig bis gar nichts ein, sondern betrogen die Einnahmen auch im Januar 2011 bloss Fr. 300.– und im Februar 2011 sogar Fr. 0.–. Zu diesem Umstand gab sie jedoch keine Erklärung ab. Ob allenfalls auch Ferien oder krankheitsbedingte Abwesenheiten zum Umsatzrückgang geführt hatten, bleibt damit offen.

Dass ihr Freier mitgeteilt hätten, sie würden aufgrund der Arealbesetzung ihre Dienstleistungen nicht mehr in Anspruch nehmen wollen oder dass sie bereits bestehende Termine abgesagt hatten, konnte sie ebenfalls durch nichts belegen. Sie reichte weder eine Auflistung über die behaupteten Absagen noch entsprechende E-Mails oder SMS-Nachrichten ein. Damit bleibt die behauptete verheerende Umsatzeinbusse aufgrund der Arealbesetzung unbewiesen. Da das vorliegende Verfahren nach den Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens geführt wird (vgl. dazu vorstehend Ziff. 2.1), kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, sie hätte im Sinne des sozialen Untersuchungsgrundsatzes durch entsprechende Fragen darauf hinwirken müssen, dass die Berufungsklägerin ihre ungenügenden Angaben zum Sachverhalt ergänzt und die Beweismittel bezeichnet (Art. 247 Abs. 1

ZPO e contrario). Das Mietgericht war nicht gehalten, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 ZPO e contrario), ganz abgesehen davon, dass die Berufungsklägerin anwaltlich vertreten und insofern auch die gerichtliche Fragepflicht eingeschränkt war (Art. 56 ZPO).

Die Berufungsklägerin macht sodann geltend, die Vorinstanz habe auch zu unrecht die *Edition des neuen Mietvertrags* verweigert, aus welchem ersichtlich sei, dass das Mietobjekt ab dem 15. März 2012 nur noch zur Hälfte des bisherigen Mietpreises von Fr. 3'800.– habe vermietet werden können (act. 66 S. 11). Zu welchem Mietzins die Berufungsbeklagte das Mietobjekt nach dem Auszug der Berufungsklägerin ab 15. März 2012 vermietete, ist zur Beurteilung der im Streit liegenden Rechtsfrage nicht von Bedeutung. Im Lichte der Vertragsfreiheit stand es der Berufungsbeklagten – in Übereinstimmung mit der Argumentation der Berufungsbeklagten (act. 73 S. 2) – in den Schranken des Gesetzes frei, den Mietzins stark zu reduzieren, und das hat die Berufungsklägerin nicht zu stören. Aus dem Umstand der behaupteten Mietzinsreduktion kann somit kein Anspruch auf Mietzinsherabsetzung wegen der Arealbesetzung abgeleitet werden. Nicht zuletzt war eine Reduktion des Mietzinses ab März 2012 auch deshalb angebracht, weil das Areal bereits besetzt war und das Mietobjekt nur noch für kurze Zeit zur Verfügung stand. Insofern war die Ausgangslage ab März 2012 eine ganz andere als zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im März 2010.

4.2.4. Damit kam die Vorinstanz richtig zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Mietzinsreduktion wegen Arealbesetzung im beantragten Umfang (100%, vgl. act. 65 S. 21) nicht erfüllt sind und sich lediglich eine Reduktion von 5% rechtfertige. Daraus erhellt, dass auch die in der Berufung beantragte Herabsetzung um 75% nicht erfolgreich ist und die entsprechenden Anträge abzuweisen sind. Es scheitert am Beweis. Die vorgenommene Reduktion um 5% ist von der Berufungsklagten nicht angefochten.

4.3. Zur geltend gemachten Widerklage (bzw. zur Thematik der angeblich um Fr. 12'000.– zu hoch eingeklagten Gesamtsumme von Rechtsbegehren Ziff. 1) erwog die Vorinstanz – unter zutreffender Darlegung der Rechtslage zu Art. 257e Abs. 1 OR und Art. 92 OR –, dass sowohl die Berufungsbeklagte als auch die Be-

rufungsklägerin je die Möglichkeit gehabt hätten, die Hinterlegung der Fr. 12'000.– gemäss Art. 257e OR gerichtlich durchzusetzen. Beide hätten dies indes unterlassen, womit die Sicherheit von Fr. 12'000.– nicht ordnungsgemäss hinterlegt sei. Allerdings habe die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin mit Schreiben vom 19. Juli 2011 aufgefordert, das Formular zur Eröffnung eines Mieterkautionssparkontos zu unterzeichnen und zu retournieren (act. 47/17-18 = act. 54/7) und die Berufungsklägerin, nachdem diese der Aufforderung nicht nachgekommen sei, mit Schreiben vom 5. September 2011 erneut dazu aufgefordert. Die Berufungsklägerin habe jedoch nicht reagiert. Unter diesen Umständen stelle das Verhalten der Berufungsklägerin ein klassisches venire contra factum proprium dar, so dass es als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren und die Widerklage auf Herausgabe der Mietkaution abzuweisen sei (act. 65 S. 25 f.). Es sei jedoch darauf hinzuweisen, dass die Berufungsbeklagte die Fr. 12'000.– zuzüglich Zinsen bei der Rechnungsstellung zu Gunsten der Berufungsklägerin zu berücksichtigen haben werde (act. 65 S. 26).

4.3.1. Ohne die Abweisung der Widerklage zu beanstanden, womit diese in Rechtskraft erwachsen ist, vertritt die Berufungsklägerin in der Berufung die Ansicht, die eingeklagte Summe von Rechtsbegehren Ziff. 1 sei um Fr. 12'000.– zu hoch ausgefallen, was sich die Berufungsbeklagte entgegenhalten lassen müsse. Der Betrag für die zu leistende Mieterkaution von Fr. 12'000.– sei jedoch von der Berufungsbeklagten zu unrecht zur eingeklagten Gesamtsumme hinzugerechnet worden. Der berechtigte Saldo von Rechtsbegehren Ziff. 1 betrage nicht Fr. 24'672.45 sondern unter Berücksichtigung der geleisteten Mieterkaution von Fr. 12'000.–, der beantragten Mietzinsherabsetzung (wegen Arealbesetzung) von Fr. 9'120.– und der Mietzinsreduktion wegen Schimmelbefalls von Fr. 2'128.– nur Fr. 1'424.45 bzw. Fr. 1'536.45 (inklusive der Betriebskosten von Fr. 112.–).

Zur Begründung führt die Berufungsklägerin aus, ursprünglich habe sie einen Betrag von Fr. 12'000.– für eine Mieterkaution überwiesen. Dieses Geld sei jedoch stets im Eigentum der Berufungsbeklagten geblieben. Die Hinterlegung einer Kaution sei grundsätzlich nur während eines bestehenden Mietverhältnisses möglich, was sich sowohl aus dem Sinn und Zweck von Art. 257a OR als auch aus BGE

127 III 273 Erw. 4 c/bb ergebe. Am 31. Dezember 2011 habe das Mietverhältnis geendet, weshalb eine Hinterlegung bei einer Bank nicht mehr möglich gewesen sei. Demgegenüber habe die Berufungsbeklagte ihre Forderungsklage am 19. Juli 2012 bei der Schlichtungsbehörde, resp. am 15. November 2012 beim Mietgericht erhoben, in jedem Fall aber nach dem Ende der Mietzinshaftung bis Ende März 2012. Das Mietgericht Zürich habe ausgeführt, die Widerklage der Berufungsklägerin auf Herausgabe des nicht hinterlegten Depots sei zufolge venire contra factum proprium als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren und daher sei die Herausgabe des nicht hinterlegten Betrags abzulehnen (act. 65 S. 25 f.). Daraus zu folgern wäre also, so die Berufungsklägerin, dass sich die Berufungsbeklagte ein Verrechnungsverbot von nicht hinterlegten Kautionsbeträgen nicht vorhalten lassen müsse. Andererseits, so die Berufungsklägerin weiter, habe die Berufungsbeklagte das Depot bei Übertragung des Betrags nicht gesetzeskonform bei einer Bank hinterlegt und müsse diesen Umstand vertreten. Da das Mietverhältnis per 31. Dezember 2014 geendet habe und die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin auf deren Verlangen den nicht hinterlegten Betrag nicht herauszugeben gedachte, hätte sie den Kautionsbetrag im Sinne von Art. 92 OR hinterlegen müssen, um sich der Sache zu entledigen. Als Erfüllungssurrogat ersetze die korrekt erfolgte Hinterlegung die geschuldete Leistungserbringung und befreie den Schuldner. Die Befreiung umfasse das Erlöschen der Schuld, während die Verrechnung nunmehr ausgeschlossen sei (act. 66 S. 14 mit Verweis auf ZR 1919, Nr. 122). Da die Berufungsbeklagte die Hinterlegung im Sinne von Art. 92 OR nach beendetem Mietverhältnis unterlassen habe, überdies den Betrag auch auf Verlangen der Berufungsklägerin nicht herausgeben wollte und sich das Geld im Eigentum der Berufungsbeklagten befunden habe, andererseits die Berufungsklägerin aufgrund ihres Verhalten das nicht hinterlegte Geld nicht herausfordern könne (venire contra factum proprium), gehe es nicht an, dass die Vorinstanz befände, das Geld sei vorhanden und könne nach Urteilsfällung angerechnet werden (act. 66 S. 15 mit Verweis auf act. 65 S. 24 unten und S. 26 Mitte). Viel mehr habe sich die Berufungsbeklagte die Summe von Fr. 12'000.– bereits vor Klageerhebung anrechnen zu lassen, was zu einer Reduktion der eingeklagten Summe von Rechtsbegehren Ziff. 1 um Fr. 12'000.– führe (act. 66 S. 15).

4.3.2. Die Berufungsklagte machte hiezu geltend, die Berufungsklägerin habe zwar die Sicherheitsleistung von Fr. 12'000.– bezahlt, doch habe sie es selber zu verantworten, dass der Betrag nicht gesetzeskonform bei einer Bank hinterlegt werden können. Mit der Widerklage habe sie die Herausgabe des Betrags verlangt. Obwohl die Widerklage zurecht abgewiesen worden sei, mache sie in der Berufung neu Verrechnung geltend. Ein Vermieter dürfe die geleistete Sicherheit jedoch nicht mit Forderungen gegenüber dem Mieter verrechnen, insbesondere auch dann nicht, wenn die Sicherheit nicht ordnungsgemäss hinterlegt sei. Ein solcher Vermieter dürfe nicht besser gestellt werden als der korrekt vorgehende Vermieter. Aus diesem Grund erachte sie eine Reduktion der eingeklagten Forderung als rechtsmissbräuchlich (act. 73 S. 2 mit Verweis auf Lachat et al. S. 266, Ziff. 15/2.3.1).

4.3.3. Nachdem die Vorinstanz die Widerklage abwies und die Berufungsklägerin nicht dagegen opponierte, macht sie nun in der Berufung geltend, die von der Berufungsbeklagten eingeklagte Forderungssumme (Rechtsbegehren Ziff. 1) sei um genau denjenigen Betrag zu hoch, wie die von ihr geleistete Mieterkaution betrage, nämlich Fr. 12'000.–. Um diesen Betrag sei das Rechtsbegehren Ziff. 1 zu reduzieren. Damit bringt die Berufungsklägerin materiell-rechtlich erneut die abgewiesene Forderungssumme der Widerklage ein und macht damit sinngemäss Verrechnung geltend. Damit dringt sie bereits aus prozessualen Gründen nicht durch:

Zwar steht die Berufung der Erklärung der Verrechnung nach Art. 120 OR nicht grundsätzlich entgegen, sofern nicht gegen das Novenregime von Art. 229 i.v.m. Art. 317 Abs. 1 ZPO verstossen wird (vgl. dazu statt vieler BSK OR II-Peter, N 2 zu vor Art. 120-126 und N 4 zu Art. 124), doch bietet die eidgenössische Zivilprozessordnung kein Rechtsinstrument, welches es der beklagten Partei erlauben würde, das klägerische Rechtsbegehren erfolgreich als zu hoch erklären zu lassen. Im Rahmen der geltenden Dispositionsmaxime im Sinne von Art. 58 Abs. 1 ZPO stand es der Berufungsbeklagten frei, ihr Rechtsbegehren so zu formulieren, wie sie es als richtig erachtete, womit es ihr auch frei stand, die Höhe der Forderung zu beziffern. Daraus erhellt, dass die Dispositionsmaxime die Verantwortung der Parteien für die Klage beschreibt, was bedeutet, dass der Kläger es ist, der mit seiner Klage

das Thema und den Umfang des Prozesses festlegt. Dazu gehört auch, dass er festlegt, was er von wem in welcher Höhe fordert. Entsprechend kann sich die Berufungsklägerin zur Formulierung des Rechtsbegehrens nicht erfolgreich äussern. Die Dispositionsmaxime hat ihrem Inhalt nach denn auch nichts mit den prozessrelevanten Tatsachen zu tun, womit die Berufungsbeklagte in ihrem Rechtsbegehren auch eine Fantasieforderung hätte nennen können. Daraus erhellt, dass sich die Rolle der Beklagten viel mehr darauf beschränkt zu entscheiden, ob sie die Forderung bestreiten oder anerkennen will. Mit anderen Worten kann sie im Rahmen ihrer Antworten und Stellungnahmen (bloss) die Höhe der Forderung oder beispielsweise die rechtlichen Grundlagen oder ihre Passivlegitimation bestreiten, nicht aber die Formulierung der Klage abändern (statt vieler ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, N 6 zu Art. 58 Abs. 1).

Vorliegend kommt hinzu, dass die Berufungsklägerin gegen die Abweisung der Widerklage über die Forderungssumme von Fr. 12'000.– keine Berufung führte. Demzufolge akzeptierte sie, dass ihr zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils kein Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Mietkaution von Fr. 12'000.– zustand (was nicht heisst, dass nach Abschluss des Verfahrens nicht verrechnet werden kann, wie die Vorinstanz richtig feststellte). Diesen abgewiesenen Anspruch in anderer Form wie vorliegend durch Verrechnung wieder in die Berufung einzubringen, ist nicht zulässig. Es wurde rechtskräftig festgestellt, dass aktuell kein Anspruch auf Rückerstattung des Betrags von Fr. 12'000.– besteht. Nichts anderes ergibt sich auch nach den Regeln der Verrechnung. Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen schulden, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jede ihre Schuld, sofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Voraussetzungen der Verrechnung sind also Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit und Durchsetzbarkeit der Verrechnungsforderung. Hiezu gehört, dass die Verrechnungsforderung, vorliegend also der Betrag von Fr. 12'000.–, fällig ist. Zwar ist die Berufungsklägerin als Mieterin unbestritten Gläubigerin der Verrechnungsforderung und, wie vorstehend ausgeführt, Schuldnerin der Hauptforderung (ausstehende Mietzinszahlungen), doch ist die Verrechnungsforderung noch nicht fällig. Selbst wenn das Mietverhältnis Ende Dezember 2011 beendet wurde und ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich

auch der Mieter Verrechnung erklären kann, ist aufgrund der nicht geleisteten Mietzinszahlungen nach wie vor ein Forderungsprozess hängig, was zur Folge hat, dass die überwiesene Mietkaution von Fr. 12'000.– nicht fällig ist (Art. 257e Abs. 3 e contrario OR). Genau gleich würde es sich auch verhalten, wenn sich die Berufungsklägerin als Mieterin korrekt verhalten und das Formular für die gesetzeskonforme Hinterlegung des Mietzinsdepots unterzeichnet hätte. Auch dann stünde das laufende Verfahren einer Verrechnung des Depots entgegen. Es fehlt am rechtskräftigen Gerichtsurteil betreffend die Hauptforderung (Art. 257e Abs. 3 OR). Die Berufungsklägerin, welche sich unkorrekt verhielt, kann somit nicht besser gestellt werden als die sich korrekt verhaltende Mieterin.

Einzig der Vollständigkeit halber sei noch angeführt, dass es entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin in der Verantwortung des Mieters liegt, sich um die gesetzeskonforme Hinterlegung der Kautions zu kümmern, und nicht in derjenigen des Erwerbers (BGE 127 III 273 ff., Erw. 4c/bb). Insofern kam die Vorinstanz zu recht zum Schluss, dass die Berufungsklägerin aufgrund der Verweigerung der Unterzeichnung des ihr zweimal zugestellten Mieterkautionsformulars nicht erfolgreich Widerklage führen kann (*venire contra factum proprium*).

Dies führt dazu, dass der Antrag der Berufungsklägerin, das Rechtsbegehren Ziff. 1 sei um Fr. 12'000.– zu reduzieren, abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

4.4. Zuletzt beanstandet die Berufungsklägerin die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen und beantragt, die Gerichtsgebühr sowie die Parteientschädigung sei ihr – entsprechend ihren Berufungsanträgen, die den Mietzins für die Zeit der Arealbesetzung um 75% zu reduzieren – höchstens im Umfang von einem Drittel aufzuerlegen und zu zwei Dritteln der Berufungsbeklagten (act. 66 S. 15 f.). Ohne dass es einer detaillierten Wiedergabe ihrer Berechnung bedarf, steht von vornherein fest, dass diesem Antrag der Berufungsklägerin kein Erfolg beschieden ist. Die Berufung erweist sich wie dargelegt als unbegründet und ist in allen Punkten abzuweisen, womit kein Raum für eine andere Regelung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt. Die Vorinstanz verteilte die Kosten korrekt nach Obsiegen und Unterliegen und legte zutreffend

und nachvollziehbar dar, dass die Berufungsklägerin bezüglich der Hauptklage zu 9/10 und bezüglich der Widerklage vollumfänglich unterliege, was dazu führe, dass die Berufungsklägerin die Gerichtskosten ganz zu tragen habe (act. 65 S. 28).

5. Unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren

5.1. Die Berufungsklägerin beantragt für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der unentgeltlichen Prozessführung (Art. 118 lit. a und b ZPO) und der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege wird dann gewährt, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügt und ihre Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Zur Begründung führt die Berufungsklägerin aus, an ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen habe sich seit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz am 21. Mai 2013 nichts Wesentliches geändert. Sie arbeite immer noch in einem 40%-Pensum als Büroangestellte und erziele dabei ein monatliches Einkommen von Fr. 2'286.25. Weil sie zeitweise unter psychischen Problemen leide, sei sie teils ganz arbeitsunfähig. Die Schulden im Umfang von Fr. 80'000.– seien ihr jedoch erlassen worden. Ihr aktueller Notbedarf betrage gemäss den Richtlinien des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts Fr. 2'328.50 und liege somit leicht über dem Monatseinkommen. Hinzukomme, dass der Prozess sowohl sachverhältnismässig als auch rechtlich komplex sei und sie aufgrund ihrer psychischen Instabilität kaum in der Lage wäre, ordnungsgemäss Rechtshandlungen vorzunehmen. Deshalb sei sie auf einen Rechtsvertreter angewiesen (act. 66 S. 4 f. mit Verweis auf act. 68/3 und act. 70/1-4).

5.2. Der Berufung ist wie dargelegt kein Erfolg beschieden, womit die Berufungsklägerin grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO; zur Höhe der Kosten sogleich nachstehend Ziff. 6). Allerdings zeigt sich anhand der eingereichten Unterlagen (act. 68/3 und act. 70/1-4), dass die Berufungsklägerin mittellos ist. Nebst dem bescheidenen Einkommen verfügt sie über kein Vermögen, womit sie offensichtlich nicht in der Lage ist, die notwendigen finanziellen Mittel aufzubringen, um die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Da dieses – zum Zeitpunkt der Erhebung der Berufung – gerade noch knapp als

nicht aussichtslos im Sinne des Art. 117 ZPO bezeichnet werden kann, ist es gerechtfertigt, der Berufungsklägerin auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zu gewähren (Art. 119 ZPO). Entsprechend sind die Kosten der Berufungsklägerin aufzuerlegen, aber einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsklägerin ist jedoch zur Nachzahlung der Gerichtskosten verpflichtet, sobald sie dazu finanziell in der Lage ist (Art. 123 ZPO). Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ändert nichts an der zwingend zu leistenden Prozessentschädigung an die Berufungsbeklagte.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Für die Festsetzung der Gerichtskosten ist der Streitwert massgebend. Dieser beträgt im Berufungsverfahren Fr. 28'000.– (vgl. dazu vorstehend Ziff. 3.2 f.). Daraus resultiert gemäss § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine ordentliche Gerichtsgebühr von Fr. 3'790.–. Diese ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 2 und 3 GebV OG, unter Berücksichtigung der mittleren Schwierigkeit des Falles und des entsprechenden Zeitaufwands der Kammer, auf Fr. 2'500.– zu reduzieren.

6.2. Die von der Berufungsklägerin an die Berufungsbeklagte zu entrichtende Parteientschädigung richtet sich nicht nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010. Zu entschädigen ist der Aufwand für die Erstattung der Berufungsantwort (act. 74). Fr. 300.– erscheinen angemessen.

Es wird beschlossen:

1. Der Berufungsklägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von Gerichtskosten und Vorschüssen dazu) bewilligt.
2. Der Berufungsklägerin wird für das Berufungsverfahren Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

3. Der Antrag der Berufungsklägerin, es sei darüber Beweis abzunehmen, inwiefern sich das besetzte Gelände (E. _____-Areal) auf den Umsatz der gewerblichen Tätigkeit vom 24. September 2011 bis 15. März 2012 im Mietobjekt auswirkte, wird abgewiesen.
4. Der Antrag der Berufungsklägerin, es sei der Mietvertrag für das fragliche Mietobjekt per 15. März 2012 herauszuverlangen, wird ebenfalls abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz mit nachstehendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 13. August 2014 (Geschäfts-Nr. MD120019) wird bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 4-6) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 300.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 28'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am:
13. März 2015