

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD120001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Beschluss und Urteil vom 30. Januar 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner,

betreffend **Aberkennungsklage**

(Kostenvorschuss)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Mietgerichtes Winterthur vom 12. Dezember 2011 (MD110003)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. In der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes X._____ wurde dem Beklagten und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) vom Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht summarisches Verfahren, mit Urteil vom 1. November 2011 (act. 4/3/9) gegen die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) provisorische Rechtsöffnung erteilt für Fr. 5'500.– nebst Zins zu 5% seit 1. August 2010, Fr. 6'600.– nebst Zins zu 5% seit 1. März 2011, Fr. 4'400.– nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2011 und Fr. 103.– Betreuungskosten sowie Kosten und Entschädigung gemäss Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 des Urteils. Im Mehrbetrag (Zins) wurde das Begehren abgewiesen (Dispositiv-Ziffer 1). Die Spruchgebühr wurde festgesetzt auf Fr. 400.– und vom Beschwerdegegner bezogen. Die Beschwerdeführerin wurde aber verpflichtet, dem Beschwerdegegner diese Kosten zu ersetzen und ihm eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4).

1.2. Mit Eingabe vom 21. November 2011 klagte die Beschwerdeführerin beim Mietgericht des Bezirkes Winterthur (Vorinstanz) auf Aberkennung der Forderung des Beschwerdegegners und stellte folgende Rechtsbegehren (act. 4/1):

- Die definitive Rechtsöffnung sei zu verweigern.
- Der Mietminderungsanspruch der Beklagten sei gutzuheissen und die Herabsetzung des Mietzinses gemäss Art. 259a OR im Rahmen von 60% seit Beginn der Mietdauer (1.12.2004) zu befürworten.
- Die Forderung des Klägers sei mit der um ein Vielfaches höheren Rückforderung der Beklagten zu verrechnen. Nach Vornahme der Verrechnung sei die Forderung des Klägers als vollumfänglich erledigt zu qualifizieren.
- Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten den seine Forderung überschüssenden Betrag, unter Anrechnung einer 5%-igen Verzinsung ab 1.12.2004, innert einer Zahlungsfrist von 30 Tagen geldwert auszuzahlen.
- Der Kläger sei zu verpflichten, für allfällige gesundheitliche Spätfolgen des Bewohners der Attikawohnung an der ...strasse ... in Y._____, gemietet durch die Beklagte, welche auf die Ver-

schimmelung der Wohnung und des Hauses zurückzuführen sind, aufzukommen.

- Sämtliche Gebühren und Kosten für das Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren seien vom Kläger zu beziehen.
- Die Eintragung im Betreibungsregister bezüglich dieses Verfahrens sei zu löschen.

1.3. Mit Verfügung vom 24. November 2011 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine nicht erstreckbare Frist von 10 Tagen an, um hinsichtlich ihres 5. Rechtsbegehrens den Streitwert anzugeben. Bei Säumnis werde der betreffende Streitwert vom Gericht festgelegt (act. 4/4). Im Schreiben vom 9. Dezember 2011 bezifferte die Beschwerdeführerin den Streitwert des 5. Rechtsbegehrens mit mindestens Fr. 3'000.– (act. 4/6). Die Vorinstanz setzte der Klägerin mit Verfügung vom 12. Dezember 2011 eine Frist von 10 Tagen an, um für die Gerichtskosten einen Kostenvorschuss von Fr. 5'345.– zu leisten (act. 4/7= act. 2).

1.4. Mit Eingabe vom 6. Januar 2012 reichte die Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 12. Dezember 2011 (Auferlegung des Kostenvorschusses) rechtzeitig Beschwerde ein (act. 1) und stellte folgenden Antrag:

"Der Kostenvorschuss für das vorliegende Verfahren sei entsprechend des tatsächlichen Streitwertes und zusätzlich, unter Berücksichtigung der an sich klaren Sachlage sowie der eingetrübten Wirtschaftskonjunktur in der Schweiz, angemessen zu reduzieren."

1.5. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wird mangels Beschwer des Beschwerdegegners abgesehen.

1.6. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Anpassung des Rubrums

Da die als Vertreterin des Beschwerdegegners bisher aufgeführte "C. _____ GmbH" im Rechtsmittelverfahren nicht als Vertreterin des Beschwerdegegners zugelassen ist (vgl. Art. 68 ZPO), ist das Rubrum entsprechend anzupassen und die Vertreterin zu streichen.

3. Eintreten

3.1. Erstinstanzliche Entscheide über die Leistung von Kostenvorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Ein drohender, nicht leicht wiedergutmachender Nachteil wird nicht vorausgesetzt (vgl. Art. 319 lit. b ZPO).

3.2. Ein Rechtsmittel hat zwingend einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. Fehlen Antrag und/oder Begründung, so ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (vgl. die Ausführungen des Obergerichts in OGer ZH, NQ110031 vom 9. August 2011 [www.gerichte-zh-ch/entscheide], welche nicht nur für die Berufung, sondern auch für die Beschwerde gelten). Zu einem genügenden Antrag bei der Berufung gehört (gemäss Art. 84 Abs. 2 ZPO analog) auch die Bezifferung des Rechtsbegehrens, sofern mit dem Rechtsmittel eine auf Geldleistung gerichtete Forderung durchgesetzt werden soll (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N. 34). Dies gilt auch für die Beschwerde, wenn die Sache bei Spruchreife von der Rechtsmittelinstanz (reformatorisch) entschieden werden kann, was bei der Anfechtung eines Entscheides über den Kostenvorschuss der Fall ist. Ungenügend ist dann auch ein schlichter Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. OGer ZH, PF110013 vom 21. Juni 2011 [www.gerichte-zh-ch/entscheide]).

3.3. Die Beschwerdeführerin stellte den Antrag auf eine angemessene Reduktion des Kostenvorschusses. Für sich alleine betrachtet reicht dies für einen genügenden Antrag nicht aus. In ihrer Begründung konkretisierte die Beschwerdeführerin ihren Antrag dann aber wenigstens teilweise. Sie verlangte mindestens eine Halbierung des nach ihren Berechnungen ermittelten Vorschussbetrages, d.h. einen Kostenvorschuss von Fr. 2'192.50, oder eine noch grössere Reduktion. Sinngemäss stellt die Beschwerdeführerin somit einen Hauptantrag auf Reduktion des Kostenvorschusses auf Fr. 2'192.50, eventualiter eine angemessene höhere Reduktion. Auf den Hauptantrag ist einzutreten; auf den Eventualantrag ist mangels genügender Bezifferung hingegen nicht einzutreten.

4. Rechtliches

4.1. Der Kostenvorschuss nach Art. 98 ZPO richtet sich nach den mutmasslichen Gerichtskosten, über welche grundsätzlich dereinst im Endentscheid entschieden wird (Art. 104 ZPO). Die Gerichtskosten bemessen sich nach den kantonalen Tarifen (Art. 96 ZPO), d.h. im Kanton Zürich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts GebV OG vom 8. September 2010. Nach § 2 Abs. 1 lit. a GebV OG richten sich die Gerichtsgebühren in Zivilprozessen nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse. Ob die Sache einen Streitwert hat (und gegebenenfalls dessen Berechnung) richtet sich nach Art. 91 ff. ZPO und damit nach Bundesrecht (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 96 N 12). Die Höhe des Streitwerts kann das Gericht von Amtes wegen überprüfen (vgl. Art. 57 ZPO).

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Er richtet sich grundsätzlich nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit. Änderungen des Klageumfangs, welche beispielsweise durch nachträgliche Erhöhung der Forderung mittels Klageänderung, teilweise Anerkennung oder teilweisen Rückzug der Klage entstehen, sind aber zu berücksichtigen (vgl. ZK ZPO-Stein-Wigger, Art. 91 N. 12). Zu berücksichtigen sind auch Reduktionen des Klageumfangs.

Im Zeitpunkt des Erlasses einer (ersten) Kostenvorschussverfügung liegt in der Regel nur die Klagebegründung im Recht. Allfällige Veränderungen des Klageumfangs sind zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt und können auch nicht berücksichtigt werden. Der Streitwert wird in einer (ersten) Kostenvorschussverfügung deshalb lediglich *vorläufig* bestimmt. Eine Kostenvorschussverfügung kann bei veränderter Prozesslage nachträglich erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben werden; dies ergibt sich zwar nicht direkt aus dem Gesetz, gilt aber analog zu Art. 100 Abs. 2 ZPO (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 98 N. 11). Der in einer Kostenvorschussverfügung errechnete Streitwert präjudiziert den Streitwert im Endentscheid also nicht.

4.2. Bei der Aberkennungsklage handelt es sich um eine materiellrechtliche Klage, mit welcher der Kläger eine rechtskräftige Feststellung verlangt, dass die ge-

samte (oder ein Teil) der in Betreibung gesetzten Forderung nicht oder nicht mehr besteht oder dass sie zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht fällig war (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 83 N. 14). Der Streitwert richtet sich bei der Bestreitung des Bestandes der Forderung nach dem Betrag der Forderung (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 83 N. 48).

4.3. Die Beschwerdeführerin verlangte bei der Vorinstanz nicht nur die Verweigerung der Rechtsöffnung, sondern auch die Rückzahlung von bereits entrichteten Mietzinsen sowie der Mietzinskaution im Umfang von Fr. 44'440.– plus Zinsen (5%) seit Beginn der Mietdauer am 1. Dezember 2004. Der Beschwerdegegner sei ausserdem zu verpflichten, für allfällige gesundheitliche Spätfolgen des Bewohners der Attikawohnung aufzukommen; diesen Antrag bezifferte die Beschwerdeführerin mit mindestens Fr. 3'000.– (vgl. act. 4/1 S. 1 und S. 7 sowie act. 4/6). Zusätzlich zur Aberkennungsklage (negative Feststellungsklage) reichte die Beschwerdeführerin somit zwei Forderungsklagen ein, deren Streitwert sie selbst mit insgesamt Fr. 47'440.– bezifferte.

4.3.1. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bemisst sich der Streitwert in dieser Konstellation (Forderungsklage nebst Aberkennungsklage) nach dem höheren Rechtsbegehren, da sich – obwohl beide Rechtsbegehren von derselben Partei gestellt werden – ein Anspruch des Klägers und ein solcher des Beklagten entgegenstehen (mit dieser Rechtsprechung stimmt BGE 124 III 207 nicht überein, in welchem eine objektive Klagenhäufung angenommen wurde; vgl. zum Ganzen ZK ZPO-Stein-Wigger, Art. 94 N. 9). Es werden also die Bestimmungen über die Widerklage angewandt, weshalb Art. 94 ZPO zu beachten ist. Abs. 1 von Art. 94 ZPO besagt zwar, dass sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren bestimmt. Abs. 2 von Art. 94 ZPO macht davon jedoch eine Ausnahme, wenn es um die Bestimmung der Prozesskosten geht. Demnach werden die Streitwerte zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen. Zum selben Ergebnis gelangte man auch, wenn man von einer objektiven Klagenhäufung der Aberkennungsklage und der Forderungsklage ausginge (vgl. BGE 124 III 207 und Art. 93 Abs. 1 ZPO).

4.3.2. Um den Streitwert für die Berechnung der mutmasslichen Gerichtskosten bestimmen zu können, ist auch der Streitwert der Aberkennungsklage zu bestimmen. Mit Urteil vom 1. November 2011 wurde die provisorische Rechtsöffnung erteilt für Fr. 5'500.– nebst Zins zu 5% seit 1. August 2010, Fr. 6'600.– nebst Zins zu 5% seit 1. März 2011, Fr. 4'400.– nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2011 und Fr. 103.– Betreuungskosten sowie Kosten und Entschädigung gemäss den Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 des Urteils (act. 4/3/9). Da Zinsen bei der Streitwertermittlung unberücksichtigt bleiben, wenn sie akzessorisch zu einer streitigen Kapitalforderung geltend gemacht werden (vgl. Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO; ZK ZPO-Stein-Wigger, Art. 91 N. 28 ff.), beträgt der Streitwert der Aberkennungsklage Fr. 16'500.– (Summe von Fr. 5'500.–, Fr. 6'600.–, Fr. 4'400.–).

4.3.3. Es ist kurz festzuhalten, dass der Streitwert der Forderungsklage von der Beschwerdeführerin selbst mit Fr. 47'440.– bei der Vorinstanz beziffert wurde und der Streitwert der Aberkennungsklage Fr. 16'500.– beträgt. Wenn die Beschwerdeführerin zum Streitwert der Forderungsklage nun vorbringt, dass die Mietkaution von Fr. 2'200.– nicht zu berücksichtigen sei, weil es sich hierbei um eine gesetzlich geregelte Rückzahlung handle, so kann ihr nicht zugestimmt werden. Jeder geldwerte Betrag, der gerichtlich eingefordert wird, ist bei der Streitwertberechnung zu berücksichtigen. Die jeweilige rechtliche Grundlage für die Forderung ist dabei unerheblich. Beim Vorbringen der Beschwerdeführerin, der Streitwert der medizinischen Untersuchung betrage maximal Fr. 2'000.–, handelt es sich um eine im Beschwerdeverfahren unzulässige neue Tatsachenbehauptung (Art. 326 Abs. 1 ZPO); schliesslich hatte die Beschwerdeführerin ihr 5. Rechtsbegehren selbst mit einem Streitwert von mindestens Fr. 3'000.– veranschlagt (vgl. act. 4/1 S. 1 und S. 7 sowie act. 4/6).

Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, die Beträge von Fr. 6'600.– und Fr. 2'200.–, bei welchen es sich um je 40% der Forderungen des Beschwerdegegners gegenüber der Beschwerdeführerin handle, seien vom von der Vorinstanz festgesetzten Streitwert von Fr. 47'440.– abzuziehen. Damit macht die Beschwerdeführerin wohl sinngemäss geltend, dass sie ihre Forderung gegenüber dem Beschwerdegegner mit der Forderung des Beschwerdegegners im Um-

fang von Fr. 8'800.– verrechnen möchte. Im Rechtsbegehren an die Vorinstanz machte die Beschwerdeführerin zwar geltend, die Forderung des Beschwerdegegners sei mit ihrer Rückforderung gemäss Art. 259a OR zu verrechnen (mit der "Rückforderung gemäss Art. 259a OR" meinte die Beschwerdeführerin ihre Forderung im Umfang von Fr. 44'440.–; vgl. act. 4/1 S. 1 und S. 7). Den Umfang der Verrechnung bezifferte die Beschwerdeführerin jedoch nicht – dies tat sie, wie gesagt, erst in ihrer Beschwerdeschrift. Die Vorinstanz hatte aber auf das Rechtsbegehren abzustellen, welches ihr vor Erlass der Kostenvorschussverfügung vorlag. Mangels Bezifferung der Verrechnung durfte einstweilen davon ausgegangen werden, dass sich der Wert der Verrechnung dem Wert Null annäherte.

Die Hinweise auf eine "an sich klare Sachlage" und eine "eingetrübte Wirtschaftskonjunktur" sowie der Vergleich mit Gebühren in den umliegenden Ländern sind nicht zielführend. Solche Faktoren sind weder bei der Streitwertermittlung noch bei der Gebührenfestsetzung zu berücksichtigen.

4.4. Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

4.5. Obwohl für die Berechnung der Prozesskosten der Streitwert der Forderungsklage von Fr. 47'440.– und der Streitwert der Aberkennungsklage von Fr. 16'500.– zusammenzurechnen gewesen wären (Fr. 63'940.–) und der Prozesskostenvorschuss noch höher hätte ausfallen können (rund Fr. 6'600.–), ist die vorinstanzliche Verfügung nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin abzuändern. Die Änderung eines vorinstanzlichen Entscheids zu Ungunsten der Beschwerde führenden Partei (reformatio in peius) ist nicht zulässig.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Für die Bemessung des Streitwerts des Beschwerdeverfahrens ist vom Streitwert der Hauptsache vor Vorinstanz auszugehen, welcher gemäss Rechtsbegehren Fr. 63'940.– betrug. Es ist jedoch angemessen zu berücksichtigen, dass nur eine prozessleitende Verfügung angefochten wurde

und damit nur ein Teilaspekt der Hauptsache zu beurteilen war (vgl. Peter Diggelmann, DIKE-Komm -ZPO, Art. 91 N. 7).

5.2. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

5.3. Einen Antrag auf Parteientschädigung stellte die Beschwerdeführerin nicht. Mangels Umtrieben ist dem Beschwerdegegner keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Die "C._____ GmbH" wird als Vertreterin des Berufungsbeklagten aus dem Rubrum gestrichen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und von dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 1, sowie an das Mietgericht des Bezirkes Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: