

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PD130007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

## Urteil vom 3. Juli 2013

in Sachen

1. **A.\_\_\_\_\_ GmbH,**
2. **B.\_\_\_\_\_,**
3. **C.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Beschwerdeführer,

1 - 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**D.\_\_\_\_\_ AG,** Beklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Mietzinshinterlegung**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht)  
vom 16. Mai 2013 (MD130009)

### Erwägungen:

1.1 Die Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend nur Kläger) sind Mieter der Räumlichkeiten im UG, EG und 1. OG in der Liegenschaft E.\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, der Beklagten und Beschwerdegegnerin (Vermieterin; nachfolgend nur Beklagte). Sie betreiben darin das Restaurant "F.\_\_\_\_" samt Bar. Mit Schriftsatz vom 30. April 2013 erhoben die Kläger gegen die Beklagte vor dem Mietgericht Zürich (nachfolgend nur Mietgericht) Klage mit folgendem Rechtsbegehren (act. 5/1):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Mängel am Mietobjekt an der E.\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich (Restaurant 1. OG, UG, Bar EG) fachmännisch und nachhaltig in einer vom Gericht anzusetzenden Frist zu beseitigen, namentlich:
  - Instandstellung / Ersetzen der defekten bzw. nicht mehr herausziehbaren Aussenstoren im 1. OG
  - Instandstellung der Abluftkanäle in der Bar EG
  - Beseitigung des Fäkalgeruchs im UG/EG/1. OG
  - Ersatz des nicht mehr schliessbaren Fensters in der Bar-Toilette im UG
  - Instandstellung der im Mietobjekt vorhandenen, nicht mehr regulierbaren sechs Heizkörper (UG, EG, 1. OG)
  - Instandstellung der undichten Fenster des Mietobjekts im 1. OG.
2. Die Verpflichtung gemäss Ziff. 1 sei mit der Androhung zu verbinden, dass im Unterlassungsfall eine Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) erfolgt, und dass den Klägern bei nicht fristgerechter Mängelbeseitigung das Recht eingeräumt wird, im Sinne einer Ersatzvornahme die Arbeiten auf Kosten der Beklagten auszuführen.

Die Beklagte sei zu verpflichten, die Kosten für die Ersatzvornahme in einer vom Gericht anzusetzenden, angemessenen Frist vorzuschies-  
sen, wobei die Höhe dieser Kosten nach Durchführung eines Beweis-  
verfahrens noch festzulegen sind.

3. Der Nettomietzins sei bis zur Behebung der in Ziffer 1 genannten Mängel seit 26.11.2007 angemessen herabzusetzen.

Die Gerichtskasse sei anzuweisen, im Umfange des den Klägern zustehenden Herabsetzungsanspruches die hinterlegten Mietzin-  
se diesen auszubezahlen.

4. Das Recht der Klageerweiterung bzw. das Nachklagerecht bleibt ausdrücklich vorbehalten.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

1.2 Mit Beschluss vom 16. Mai 2013 auferlegte das Mietgericht den Klägern einen Kostenvorschuss für die (mutmasslichen) Gerichtskosten von Fr. 18'750.-- (act. 3 Dispositiv-Ziffer 2). Weiter ordnete es einen Schriftenwechsel an und setzte den Klägern entsprechend Frist an, um die Klage schriftlich zu begründen (act. 3 Dispositiv-Ziffern 4-5).

Gegen die Höhe des ihnen auferlegten Kostenvorschusses führen die Kläger mit Eingabe vom 30. Mai 2013 fristgemäss Beschwerde. Sie beantragen die Herabsetzung des Vorschusses auf Fr. 5'550.--. In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 4. Juni 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und den Klägern für das Beschwerdeverfahren ein Kostenvorschuss von Fr. 2'880.-- auferlegt, den sie fristgemäss bezahlten (act. 6-8). Die Beklagte verzichtete mit Schreiben vom 27. Juni 2013 auf einen Antrag und auf die Beantwortung der Beschwerde (act. 11).

2. Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO). Entscheide über die Leistung von Kostenvorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (vgl. Art. 320 ZPO). Entsprechend kann geltend gemacht werden, es liege eine Überschreitung des anwendbaren Tarifs im Sinne einer Rechtsverletzung vor oder es werde von einem offensichtlich falschen, nämlich zu hohen Streitwert ausgegangen, was einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsannahme entspreche (BK ZPO-Sterchi, Art. 103 N 7). Das Vorbringen von neuen Anträgen, Tatsachenbehauptungen oder Beweismitteln ist ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. A. Zürich 2013, Art. 326 N 3). Ausnahmen davon rechtfertigt immerhin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

3.1 Das Mietgericht führt zum Kostenvorschuss Folgendes aus: Ohne nähere Begründung hätten die Kläger den Streitwert ihrer Klage mit Fr. 50'000.-- beziffert. Die Schlichtungsbehörde Zürich habe den Streitwert in der Klagebewilligung – ebenfalls ohne nachvollziehbare Begründung – auf Fr. 248'308.85 festgesetzt. Da die Kläger eine angemessene Herabsetzung des Nettomietzinses von (derzeit) Fr. 23'557.35 pro Monat seit 26. November 2007 bis zur Behebung der Mängel beantragten und gemäss der Klagebewilligung im Schlichtungsverfahren eine Herabsetzung des Nettomietzinses um 25% beantragt hätten, sei mangels genauerer Angabe im vorliegenden Verfahren ebenfalls von einer beantragten Herabsetzung des Nettomietzinses um 25% auszugehen. Damit belaufe sich nur schon der Streitwert von Rechtsbegehren Ziffer 3 auf Fr. 382'801.25 (65 Monate à Fr. 5'889.25). In Rechtsbegehren Ziffer 1 beantragten die Kläger zudem die Instandstellung diverser Mängel, wobei die ungefähren Kosten der Mängelbehebung nicht beziffert würden. Es rechtfertige sich daher, einstweilen von einem Streitwert von insgesamt Fr. 400'000.– auszugehen (act. 3 S. 2).

3.2 Die Kläger rügen vorab eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Sie machen geltend, das Mietgericht hätte den Klägern vor der Festlegung des Kostenvorschusses basierend auf einem höheren als dem von ihnen angegebenen Streitwert Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. In der Sache beanstanden die Kläger die Streitwertberechnung des Mietgerichts. Sie beziffern den Streitwert ihrer Klage wie bereits vor dem Mietgericht mit Fr. 50'000.--. Für die Kosten der verlangten Mängelbehebungen (Rechtsbegehren Ziffer 1) setzen sie in der Beschwerde Fr. 15'000.-- ein. Sie erachten ferner eine Herabsetzung von durchschnittlich 2.3% des Nettomietzinses (von Fr. 23'557.35 pro Monat) unter Berücksichtigung der Beeinträchtigung der Mietsache seit 16. [recte wohl: 26.] November 2007, welche nicht immer gleich hoch gewesen sei, als angemessen. Das ergebe (hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 3) einen Betrag von Fr. 35'000.--. Insgesamt ergebe sich so der von ihnen angegebene Streitwert von insgesamt Fr. 50'000.--. Die Kläger seien nicht verpflichtet gewesen, bereits mit der Klageschrift darzulegen, wie sich der errechnete Streitwert im Detail zusammensetze. Das Mietgericht verkenne zudem, dass der von der Schlichtungsbehörde genannte Streitwert von Fr. 248'308.85 nicht massgebend sei. Zu Unrecht habe das

Mietgericht weiter den in der Klagebewilligung angegebenen Prozentsatz von 25% bereits ab dem 26. November 2007 berücksichtigt, obwohl im Schlichtungsverfahren lediglich eine Herabsetzung ab 17. August 2009 beantragt worden sei. Das Mietgericht habe auch übersehen, dass gegenüber dem Rechtsbegehren vor der Schlichtungsbehörde in der Klageschrift diverse Mängel nicht mehr aufgeführt seien (act. 2 S. 3 ff.).

3.3 Nach Art. 244 Abs. 1 lit. d ZPO ist in der Klageschrift der Streitwert anzugeben. Das haben die Kläger getan. Zutreffend halten sie fest, dass sie nicht verpflichtet waren, diese Angabe, wie die Klage überhaupt, bereits bei Klageeinreichung schon zu begründen (Art. 244 Abs. 2 ZPO). Dies gilt umso mehr, als das vereinfachte Verfahren vorliegend unabhängig von der Höhe des Streitwerts gilt (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Nach Art. 91 Abs. 2 ZPO setzt das Gericht den Streitwert nach objektiven Kriterien fest, wenn sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre (übereinstimmende) Angabe offensichtlich unrichtig ist (Art. 91 N 22; ZK ZPO-Stein-Wigger, 2. A. 2013, Art. 91 N 25). Für die Festlegung des Kostenvorschusses hat allerdings keine endgültige Streitwertberechnung zu erfolgen, weshalb die Parteien in diesem Stadium nicht zwingend anzuhören sind, zumal sie dann entgegen der genannten Bestimmung auch im vereinfachten Verfahren gezwungen wären, ihren Standpunkt (bezüglich des Streitwerts) vorab zu begründen. Da das Mietgericht den (vorläufigen) Kostenvorschuss bestimmte, nicht aber den Streitwert (endgültig) festsetzte, war es nicht verpflichtet, die Kläger zu einer Stellungnahme hinsichtlich des Streitwerts anzuhalten. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Kläger liegt nicht vor. Die neuen Vorbringen der Kläger in der Beschwerde zur Streitwertberechnung – dass die Kosten für die Behebung der streitigen Mängel gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 mit Fr. 15'000.-- einzusetzen seien und der Herabsetzungsanspruch gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 durchschnittlich 2.3% des Nettomietzinses von Fr. 23'557.-- pro Monat seit 16. November 2007 bzw. insgesamt Fr. 35'000.-- betrage – sind hier daher nicht zu berücksichtigen.

3.4 Zutreffend weisen die Kläger freilich darauf hin, dass sie in der Klage (anders als noch im Schlichtungsverfahren, vgl. act. 5/3/3 S. 3) nicht (mehr) die

Herabsetzung von 25% des Nettomietzinses ab 17. August 2009, sondern eine "angemessene" Mietzinsherabsetzung ab 26. November 2007 beantragt haben (act. 5/1 S. 3). Richtig ist weiter, dass gegenüber dem Rechtsbegehren vor der Schlichtungsbehörde (act. 5/3/3 S. 2) in der Klageschrift diverse Mängel nicht mehr aufgeführt sind (vgl. act. 5/1 S. 2). Für die Festsetzung des Kostenvorschusses konnte das Mietgericht die klägerische Streitwertangabe von (mindestens) Fr. 50'000.-- (act. 5/1 S. 4) daher nicht als offensichtlich unrichtig abtun und stattdessen den Streitwert ausgehend vom Rechtsbegehren vor der Schlichtungsbehörde schätzen, zumal – wie das Mietgericht korrekt festhält – auch die Streitwertangabe gemäss Klagebewilligung von Fr. 248'308.85 nicht ohne Weiteres nachvollzogen werden kann. Mit den Klägern war vielmehr einstweilen von einem Streitwert von Fr. 50'000.-- auszugehen. Bei diesem Streitwert beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr nach § 4 Abs. 1 GebV OG Fr. 5'550.--. Der Kostenvorschuss ist daher in Gutheissung der Beschwerde auf diesen Betrag herabzusetzen. Die spätere Erhöhung des Vorschusses - namentlich im Hinblick darauf, dass sich im Verlauf des Verfahrens ein höherer Streitwert ergeben kann oder das Verfahren sich ausweitet - bleibt vorbehalten.

4. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben – die Kläger obsiegen, die Beklagte verzichtete auf einen Antrag und eine Beschwerdeantwort. Für einen Anspruch der Kläger auf Parteientschädigung aus der Staatskasse besteht zudem keine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-Jenny, 2. A. 2013, Art. 107 N 26; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, [Online-Stand 21.11.2012], Art. 107 N 12).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
  
"2. Den Klägern wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung des vorliegenden Entscheids angesetzt, um für die sie allenfalls treffenden Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Zürich (80-4713-0) einen Kostenvorschuss von Fr. 5'550.– zu leisten. Die spätere Erhöhung des Vorschusses bleibt vorbehalten."
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
5. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 13'200.--.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: