

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF190029-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 8. November 2019

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Vollstreckung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 29. Mai 2019 (EZ190014)

Erwägungen:

1. Die Parteien schlossen einen Untermietvertrag über eine Ladenfläche inkl. Lager in der Liegenschaft an der ...-Strasse ..., ... Zürich. Am 4. November 2014 kündigte die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) das Mietverhältnis auf den 30. September 2015 (act. 3/1). Die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) focht die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde ... an. In Ziffer 2 des anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 11. Februar 2015 geschlossenen Vergleiches verpflichtete sich die Beschwerdeführerin, das Mietobjekt per 31. März 2019 zu verlassen. Eine weitere Erstreckung schlossen die Parteien aus (act. 3/2). Da sich die Beschwerdeführerin nach wie vor in den Räumlichkeiten aufhält, gelangte die Beschwerdegegnerin am 2. Mai 2019 mit einem Vollstreckungsbegehren an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich. Dieses gab dem Begehren statt und befahl der Beschwerdeführerin, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und der Beschwerdegegnerin gereinigt zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 14).

2. Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 21. Juni 2019 innert Frist Beschwerde und wehrt sich gegen die Vollstreckung des Vergleiches vom 11. Februar 2015. Am 25. Juni 2019 teilte sie der Kammer telefonisch mit, das Stadtammannamt C._____ habe sie gleichentags schriftlich davon in Kenntnis gesetzt, dass die Ausweisung am 27. Juni 2019 vollzogen werde (act. 18). Darin erblickte die Kammer ein sinngemässes Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welchem sie mit Verfügung vom 26. Juni 2019 vorerst ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin entsprach. Zugleich wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur freiwilligen Stellungnahme zum Vollstreckungsaufschub sowie zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 19). Mit rechtzeitig erfolgter Eingabe vom 8. Juli 2019 verlangte die Beschwerdegegnerin den Entzug der aufschiebenden Wirkung und beantwortete weiter die Beschwerde (act. 22). Am 18. Juli 2019 beschloss die Kammer, die aufschiebende Wirkung einstweilen nicht zu entziehen (act. 25).

3.a) Die Beschwerdeführerin stellt den abgeschlossenen Vergleich vom Februar 2015 nicht in Frage. Sie bestreitet aber die Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin, da diese derzeit weder Eigentümerin noch Mieterin sei. Weiter wendet sie im Wesentlichen ein, die Parteien hätten sich im September 2016 dahin geeinigt, den erwähnten Vergleich aufzuheben und ein neues, unbefristetes Mietverhältnis mit einem leicht höheren Mietzins abzuschliessen. Seit Oktober 2016 bezahle sie nun den höheren Mietzins, den die Beschwerdegegnerin stets entgegengenommen habe. Ferner habe die Beschwerdegegnerin sie nie über ihren Wegzug / ihre Kündigung informiert (act. 15).

b) Die Beschwerdegegnerin moniert in formeller Hinsicht, die Beschwerdeführerin habe sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht auseinandergesetzt, weshalb die Beschwerde von vornherein abzuweisen sei, soweit überhaupt darauf eingetreten werde. Die Beschwerdeanträge 2-4 seien neu, weshalb auch darauf nicht einzutreten sei. Bei den Einwendungen der fehlenden Aktivlegitimation und des neuen Mietvertrages handle es sich schliesslich um unzulässige Noven. In der Sache bestreitet die Beschwerdegegnerin die Ausführungen der Beschwerdeführerin weitestgehend. Zwar treffe es zu, dass die Beschwerdeführerin seit Oktober 2016 einen um monatlich Fr. 50.– höheren Mietzins bezahle. Dem liege allerdings nicht ein neuer (Unter-)Mietvertrag zugrunde, sondern es handle sich um eine einvernehmliche Mietzinserhöhung. Sie (die Beschwerdegegnerin) habe die Beschwerdeführerin loswerden wollen, weshalb sie ihr auch gekündigt habe. Die vorgelegten Kontoauszüge würden kein neues Mietverhältnis belegen, zumal im vor der Schlichtungsbehörde abgeschlossenen Vergleich eine weitere Erstreckung ausdrücklich ausgeschlossen worden sei (act. 22).

4.a) Dem Einwand der Beschwerdegegnerin, es sei auf die Beschwerde mangels Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid nicht einzutreten, ist nicht zu folgen. Wie die Beschwerdegegnerin selbst ausführt, werden bei Beschwerden von juristischen Laien nur minimale Anforderungen an die Begründung gestellt. Es reicht, wenn wenigstens rudimentär dargestellt wird, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei leidet (statt vieler OGer ZH PF110034 vom 22. August 2011). Diesem Erfordernis kam die Be-

schwerdeführerin nach. Ihrem Einwand, die Parteien hätten während der Dauer der Erstreckung einen neuen Mietvertrag mit einem höheren Mietzins abgeschlossen (act. 9), hielt die Vorinstanz entgegen, dieser Argumentation könne nicht gefolgt werden. Bei den (höheren) Mietzinszahlungen handle es sich um die geschuldeten Zinse für das erstreckte Mietverhältnis. Eine weitere Erstreckung über den 31. März 2019 hinaus sei im Vergleich ausdrücklich ausgeschlossen worden. Mit der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens rund einen Monat nach Ablauf des erstreckten Mietverhältnisses habe die Beschwerdegegnerin unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie am Abschluss eines neuen Mietvertrages nicht interessiert sei (act. 14 S. 3). Damit erachtete die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin unter Verweis auf den Vergleich und das Vollstreckungsgesuch als unbegründet, ohne auf den rechtlichen Hintergrund der (unbestrittenen) höheren Mietzinszahlungen einzugehen. Indem die Beschwerdeführerin in zweiter Instanz an ihrer Darstellung, der Vergleich sei ja gerade aufgehoben und durch einen neuen, unbefristeten Mietvertrag ersetzt worden, festhält, ist ihre Begründung hinreichend genau. Weitere Entscheidungsmotive, mit denen sie sich hätte auseinandersetzen können bzw. müssen, lassen sich den erstinstanzlichen Erwägungen nicht entnehmen. Ebenso wenig ging die Vorinstanz auf den Einwand der fehlenden Aktivlegitimation ein, den die Beschwerdeführerin entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeantwort – wenn auch ohne Verwendung der juristischen Fachbegriffe – bereits damals angesprochen hat (act. 9 S. 2, act. 14, act. 15, act. 22 Rz 16). Der Vorwurf der Beschwerdegegnerin, die Beschwerde erschöpfe sich in unzulässiger appellatorischer Kritik, ist demnach unzutreffend, und auf die Beschwerde ist einzutreten (act. 22 Rz 6).

b) Weiter trifft es nicht zu, dass es sich bei den Beschwerdeanträgen 2-4 um neue und damit unzulässige Anträge handelt. Auch bei der Formulierung und der Systematik der Anträge ist bei Laien ein weniger strenger Massstab anzusetzen als bei Bestehen einer anwaltlichen Vertretung. Die Beschwerdeführerin verlangt in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und damit – wie bereits vor Vorinstanz – die Abweisung des Vollstreckungsbegehrens, weil ein neuer Vertrag zustande gekommen sei (vgl. Antrag 1 in act. 9 und Antrag 1-2 in act. 15). Dies unterstreicht sie mit den Anträgen 3-4, wonach das neue Miet-

verhältnis ungekündigt und somit weiterzuführen sei. Diesen Anträgen ist demnach keine selbständige Bedeutung beizumessen; namentlich kann in Antrag 3 kein eigentliches Feststellungsbegehren im Sinne von Art. 88 ZPO erblickt werden.

5.a) Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin seit Oktober 2016 – also während der Dauer der Erstreckung – einen um Fr. 50.– höheren Mietzins, neu Fr. 3'350.– im Monat, bezahlt. Über den Rechtsgrund des höheren Mietzins sind sie sich hingegen nicht einig. Während die Beschwerdeführerin wie gesehen von einem neuen, unbefristeten Mietvertrag mit höherem Mietzins ausgeht, handelt es sich nach Ansicht der Beschwerdegegnerin um eine einvernehmliche Mietzinserhöhung ohne weitere Abrede. Das geltend gemachte Fehlen der Aktivlegitimation wird von der Beschwerdegegnerin sodann als unzulässiges Novum zurückgewiesen und im Übrigen bestritten (act. 9, act. 15 und act. 17/2-3, act. 22 Rz 11 ff.).

b) Grundlage des Vollstreckungsbegehrens ist Art. 341 ZPO. Nach dessen Absatz 3 kann die unterlegene Partei einwenden, dass seit Eröffnung des Entscheids Tatsachen eingetreten sind, welche der Vollstreckung entgegenstehen, wie insbesondere Tilgung, Stundung, Verjährung oder Verwirkung der geschuldeten Leistung. Einen solchen Einwand erhebt die Beschwerdeführerin, indem sie den Abschluss eines neuen Mietvertrages mit unbestimmter Dauer geltend macht.

Aufgrund der materiellen Rechtskraft des zu vollstreckenden Entscheides sind im Vollstreckungsverfahren die materiell-rechtlichen Einwendungen beschränkt. Soweit solche aber zur Verfügung stehen, prüft sie der Vollstreckungsrichter gemäss dem Wortlaut des Gesetzes in dem ihm zustehenden eng bemessenen Spielraum selbst, ohne dass ihm indes Erkenntniskompetenz zukommt. Da es gerade nicht um die Ergänzung oder Abänderung bzw. Anpassung des zu vollstreckenden Vergleichs vom 11. Februar 2015 an nachträglich eingetretene, veränderte Umstände geht, ist die Beschwerdeführerin auch nicht auf den Rechtsmittelweg (Revision) oder das Abänderungsverfahren zu verweisen. Auf die Besonderheiten bei der Vollstreckung von Besuchs- und Ferienrechten ist hier nicht nä-

her einzugehen (vgl. zum Ganzen ZK ZPO-Staehelin, 3. A., Art. 341 N 9 ff., N 12; BK ZPO-Kellerhans, Art. 341 N 26 ff., N 37 ff.). Demzufolge hatte sich die Vorinstanz mit dem Einwand des neuen Vertrags auseinanderzusetzen.

c) Es ist weiter zu prüfen, mit welcher Kognition die vollstreckungshindernden Einwendungen zu prüfen sind. Die belastete Partei hat eine behauptete Tilgung oder Stundung mit Urkunden zu beweisen (Art. 341 Abs. 3 ZPO). Dies steht in Einklang mit den Bestimmungen zur definitiven Rechtsöffnung (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Für alle anderen echten Noven, die der Vollstreckung entgegenstehen, sind e contrario sämtliche Beweismittel zuzulassen. Da sich in vielen Bereichen (etwa bei Unmöglichkeit, bei der Erfüllung einer Verpflichtung zur Unterlassung einer gewissen Tätigkeit oder wie hier bei der Modifikation der ursprünglich geschuldeten Leistung durch Abschluss eines neuen, mündlichen Vertrages) ein Urkundenbeweis kaum erbringen lässt, erscheint in solchen Fällen eine Abkehr von der Beweismittelbeschränkung auch sachgerecht (BK ZPO-Kellerhans, Art. 341 N 26 und 28 a. E.; Jenny, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 341 N 26 f.; Bommer, Stämpflis Handkommentar ZPO, Art. 341 N 9). Zum Nachweis ihrer Behauptungen ist die Beschwerdeführerin demzufolge nicht auf den Urkundenbeweis beschränkt.

d) Im konkreten Fall substantiierte die Beschwerdeführerin ihre Einwendungen – neuer Mietvertrag mit höherem Zins – vor Vorinstanz nicht näher. Ebenso wenig bezeichnete sie Beweismittel oder reichte solche ein (act. 9). Die Vorinstanz entschied ohne Weiterungen gegen die Beschwerdeführerin in der Erwägung, die (höheren) Mietzinszahlungen würden keinen neuen Mietvertrag bedeuten (act. 14, vgl. oben E. 4.a). Im Rechtsmittelverfahren wiederholt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte aufgrund ihrer Ausführungen einen neuen Mietvertrag annehmen müssen. Zum Nachweis reichte sie nunmehr diverse Auszüge ihres Kontos bei der PostFinance ein. Daraus ergibt sich, dass sie seit Oktober 2016 einen um Fr. 50.– höheren monatlichen Mietzins bezahlt (act. 17/2-3). Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz entscheiden durfte, ohne näher nachzufragen.

Art. 56 ZPO weist das Gericht an, einer Partei durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung zu geben, wenn ihr Vorbringen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder "offensichtlich unvollständig" ist. Wie weit sich die richterliche Fragepflicht auf unzulängliche Anträge bezieht, ist in der Lehre umstritten (bejahend ZK ZPO-Sutter-Somm/Grieder, 2. A., Art. 56 N 17 f.; BK ZPO-Hurni, Art. 56 N 14 und 22; ablehnend: Glasl, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 56 N 19 ff.). Der Zweckgedanke der gerichtlichen Fragepflicht besteht darin, dass eine Partei nicht wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll. So geht es einerseits um die Vermeidung von Überraschungsentscheiden und andererseits um die Prozessbeschleunigung und Sicherstellung der Urteilsrichtigkeit. Die Fragepflicht darf immerhin nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen und dient nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeit auszugleichen, denn primär sind die Parteien für die Sachverhaltsaufklärung zuständig (BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016 E. 7; KUKO ZPO-Oberhammer, 2. A., Art. 56 N 1 ff, N 5; Sutter-Somm/Grieder, a.a.O., Art. 56 N 11 ff., N 16). Vorliegend wäre ein Eingreifen des Gerichts geboten gewesen. Die Vorbringen der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin waren offensichtlich unvollständig. Die Vorinstanz hätte daran anknüpfen und ihr durch gezielte Fragen und Substantiierungshinweise Gelegenheit zur Behebung der Mängel geben müssen. Namentlich wäre die Beschwerdeführerin dabei zu unterstützen gewesen, den Hintergrund der Mietzinserhöhung bzw. die genauen Umstände des behaupteten Vertragsabschlusses und den Vertragsinhalt darzulegen, zumal ihrerseits keine vorwerfbare prozessuale Unsorgfalt erkennbar ist. Umstritten ist, inwieweit die gerichtliche Fragepflicht greift, wenn eine Partei für eine wesentliche Behauptung überhaupt kein Beweismittel offeriert. Zwar wurde die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 7. Mai 2019 dazu angehalten, mit ihrer Stellungnahme zum Vollstreckungsgesuch die Beweismittel beizulegen (act. 4). Ein solch allgemeiner Hinweis ist jedoch namentlich bei einer Laienpartei unzureichend. Kommt sie wie im konkreten Fall der Aufforderung nicht nach, hat das Gericht in einer für sie verständlichen Form nachzufragen und ihr den Mangel konkret aufzuzeigen (Sutter-Somm/Grieder, a.a.O., Art. 56 N 19, N 32; Glasl, a.a.O., Art. 56 N 16; Oberhammer, a.a.O., Art. 56 N 9 f.; BGer 4A_444/2013 E. 6.3.3 vom 5. Februar

2014; OGerZH LF190001 vom 30. Januar 2019). Da die Vorinstanz davon absah, sind die erst im Beschwerdeverfahren eingereichten Kontoauszüge (act. 17/2-3) wie auch die weiteren neuen Tatsachenbehauptungen (vgl. act. 22 Rz 16 ff.) trotz des geltenden Novenverbots von Art. 326 ZPO grundsätzlich zuzulassen (OGerZH RU130042 vom 10. Juli 2013). Für den vorliegenden Entscheid sind die Noven allerdings nicht von Belang, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. Was die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte fehlende Aktivlegitimation betrifft, verkennt die Beschwerdegegnerin, dass es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt. Rechtliche Ausführungen zu diesem Thema können auch erst im Beschwerdeverfahren gemacht werden, sofern sie auf der Grundlage und nach Massgabe des rechtzeitig behaupteten Sachverhalts erfolgen.

Indem die Vorinstanz unter Hinweis auf den Vergleich vom 11. Februar 2015, den die Beschwerdeführerin ja gerade aufgehoben wissen will, dem Vollstreckungsgesuch stattgab, ohne der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zur Ergänzung ihrer Darstellung einzuräumen, nahm sie ihre gerichtliche Fragepflicht nicht hinreichend wahr.

6. Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen, und die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird der Beschwerdeführerin in geeigneter Form Gelegenheit zu geben haben, ihren Sachvortrag mit Blick auf die Mietzinserhöhung und den behaupteten neuen Mietvertrag zu vervollständigen und ihre Beweismittel zu offerieren. Ebenfalls wird sich die Vorinstanz mit der Frage der Aktivlegitimation zu befassen haben. Hinsichtlich der durch die gerichtliche Fragepflicht ausgelösten Ausführungen wird das rechtliche Gehör der Beschwerdegegnerin zu wahren sein.

7.a) Es rechtfertigt sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit vorliegendem Entscheid zu verlegen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Das Beschwerdeverfahren wurde durch einen Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens verursacht, den die Parteien an sich nicht zu vertreten haben. Da sich die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren aber mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat, wird sie für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Zu einer Parteientschädigung ist die Beschwerdegegnerin hingegen nicht zu verpflichten. Einerseits stellte die Beschwerdeführerin keinen Antrag auf eine Entschädigung, andererseits sind ihr keine erheblichen Umtriebe entstanden, die zu ersetzen wären (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).

b) Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit mit einem ausgehend vom monatlichen Mietzins von Fr. 3'350.– (act. 17/2-3) und einer sechsmonatigen Kündigungsdauer (Art. 266d OR) Fr. 15'000.– übersteigenden Streitwert. Im Falle eines Weiterzuges entscheidet das Bundesgericht darüber, ob der erforderliche Streitwert erreicht ist, allerdings ohne Bindung an die Auffassung der kantonalen Instanzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. Mai 2019 aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 22, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

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 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. S. Bohli Roth

versandt am:
12. November 2019