

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT110190-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Urteil vom 2. Februar 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Fürsprecher Y. _____,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 24. Oktober 2011 (EB110201)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Urteil vom 24. Oktober 2011 wies die Vorinstanz das vom Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Z. _____ (Zahlungsbefehl vom tt. Januar 2011) gestellte Rechtsöffnungsbegehren ab und auferlegte ihm die Verfahrenskosten (Urk. 16).

1.2. Hiergegen hat der Kläger am 14. November 2011 fristgerecht Beschwerde erhoben und folgende Anträge gestellt (Urk. 15 S. 2):

- " 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 24. Oktober 2011 (unter der Geschäfts-Er. EB110201-C/U IW/ad) aufzuheben;
2. Es sei dem Kläger in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Z. _____ (Zahlungsbefehl vom tt. Januar 2011) für den Betrag von CHF 4'350.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. November 2010 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich MWST) zu Lasten des Beklagten."

1.3. Den von der erkennenden Kammer mit Verfügung vom 18. November 2011 (Urk. 17) eingeforderten Kostenvorschuss von Fr. 450.– hat der Kläger rechtzeitig einbezahlt (Urk. 18).

1.4. Mit Verfügung vom 3. Januar 2012 wurde dem Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt. Am letzten Tag der Frist, am 19. Januar 2012, stellte der Beklagte sodann ein Gesuch um Erstreckung derselben (Urk. 20), welches er nach einem Telefonat mit der zuständigen Gerichtsschreiberin vom 20. Januar 2012 (Urk. 21), worin diese ihn auf die Bestimmung von Art. 144 Abs. 1 ZPO hinwies, wonach gesetzliche Fristen wie die vorliegende nicht erstreckt werden können, am 20. Januar 2012 wieder zurückzog (Urk. 22 A und B). Da der Beklagte die Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort unbenutzt hat verstreichen lassen, wird das Verfahren androhungsgemäss (Urk. 19 S. 2) ohne eine solche weitergeführt.

2. Prozessuales

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand.

3. Materielles

3.1. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen kann bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der provisorischen Rechtsöffnung auf die korrekten Erläuterungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 16 S. 4). Gleiches gilt für die vorinstanzlichen Ausführungen zur "Basler Rechtsöffnungspraxis" (Urk. 16 S. 4 f.).

3.2. Die Vorinstanz hält zunächst fest, dass es sich beim vom Kläger eingereichten "Mietvertrag" vom 9. März 2010 in formeller Hinsicht um eine Schuldanerkenntnis im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG handle. Sie begründet die Abweisung des klägerischen Rechtsöffnungsbegehrens damit, dass der Beklagte die nicht gehörige Erfüllung des Mietvertrages behauptet habe, was der Kläger nicht sofort mit Beweismitteln liquide habe widerlegen können. Die Vorbringen des Beklagten erschienen laut Vorinstanz nicht als offensichtlich haltlos. In Anbetracht der vom Beklagten behaupteten Mängel sei davon auszugehen, dass der Kläger als Vermieter Kenntnis darüber gehabt habe, weshalb dem Beklagten gemäss Art. 258 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 259b lit. a OR keine Pflicht zur Abmahnung obliegen habe, deren Erfüllung er hätte glaubhaft machen müssen. Aus diesem Grund bestehe gemäss "Basler Rechtsöffnungspraxis" kein Rechtsöffnungstitel (Urk. 16 S. 5 ff.).

3.3. Der Kläger macht in seiner Beschwerde geltend, die Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sei offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 320

lit. b ZPO. Ausserdem rügt er als Folge dieser - seiner Meinung nach unrichtigen - Sachverhaltsfeststellung eine falsche Rechtsanwendung im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO.

Die vom Beklagten an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 31. Mai 2011 vorgebrachten Behauptungen, wonach er versucht habe, sich mit dem Kläger in Verbindung zu setzen und seine Beanstandungen anzubringen, worauf jedoch eine Reaktion ausgeblieben sei, seien von diesem durch nichts belegt oder auch nur glaubhaft gemacht worden. Der Kläger habe darauf hingewiesen, dass er von vorgängigen Abmahnungen nichts gewusst habe und erstmals anlässlich der erwähnten Hauptverhandlung davon gehört habe. Das am 9. März 2010 abgeschlossene Mietverhältnis sei bis zum Schreiben des Beklagten vom 2. Oktober 2010 während mehrerer Monate gelebt worden, wobei der Beklagte seiner Zahlungspflicht während insgesamt sechs Monaten unbestrittenermassen ohne Vorbehalte nachgekommen sei. Zudem seien die angeblich so schweren Mängel im Schreiben des Beklagten vom 2. Oktober 2010 mit keinem Wort erwähnt worden. Die Annahme der Vorinstanz, wonach in Anbetracht der erstmals anlässlich der Hauptverhandlung vom 31. Mai 2011 behaupteten Mängel davon auszugehen sei, dass der Kläger als Vermieter über selbige informiert gewesen sei, sei nicht nur klar aktenwidrig, sondern willkürlich.

Weiter macht der Kläger geltend, dass die Anwendung von Art. 259b lit. a OR voraussetzen würde, dass der Vermieter den (schwerwiegenden) Mangel an der Mietsache kennen und man ihm eine angemessene Frist zur Mängelbehebung ansetzen würde. Er habe jedoch vor dem 31. Mai 2011 von den angeblichen Mängeln keine Kenntnis gehabt. Die Handlungen des Beklagten als Mieter wie beispielsweise die vorbehaltlose Nutzung der Mietsache und Bezahlung der Mietzinse sowie das Schreiben vom 2. Oktober 2010 hätten keine Schlüsse auf irgendwelche Mängel zugelassen. Vielmehr sei sogar vom Gegenteil auszugehen. Überdies würden sich die im Nachhinein behaupteten Mängel auf mietrechtsfremde Nebenleistungen beziehen. Von schwerwiegenden Mängeln könne vorliegend keine Rede sein. Das vorerwähnte Verhalten des Beklagten als Mieter sei als konkludente Genehmigung zu qualifizieren, sofern überhaupt Mängel bestanden hätten, was stets bestritten worden sei. Schliesslich sei eine Fristansetzung zur

Mängelbehebung gar nicht erst behauptet worden, weshalb Art. 259b lit. a OR nicht zur Anwendung gelangen könne. Die Pflicht zur Abmahnung für die behauptete Schlechterfüllung sei vorliegend beim Beklagten gelegen. Die rechtzeitig erhobene Mängelrüge wie auch die Einrede der mangelhaften Erfüllung sei durch den Schuldner glaubhaft zu machen. Dies gelinge dem Beklagten nicht (Urk. 15 S. 3 ff.).

3.4. Der Beklagte äusserte sich vor Vorinstanz dahingehend, dass der Kläger ihm im Vertrag genannte Elemente wie einen Telefonanschluss, ein Faxgerät, eine EDV-Anlage, eine Rezeption und ein Wartezimmer nicht zur Verfügung gestellt habe. Er habe versucht, sich mit dem Kläger in Verbindung zu setzen, was ihm jedoch nicht gelungen sei. Der Kläger habe auf Reklamationen nicht reagiert (Prot. I S. 4). Weiter machte der Beklagte geltend, der Kläger habe es unterlassen, im Rahmen seines Rechtsöffnungsgesuches die notwendigen Behauptungen und Beweise vorzubringen. Aus dem Umstand, dass der Beklagte zuerst die "Monatsbeiträge" geleistet habe, könne der Kläger nichts ableiten, da sich der Beklagte über seine Pflichten geirrt habe und die Monatsbeiträge ohne Rechtsgrund bezahlt habe (Urk. 11 S. 2 ff.).

3.5.1. Die vorinstanzliche Feststellung, wonach es sich beim in Frage stehenden Vertrag zwischen den Parteien (Urk. 4/2) um einen Mietvertrag handle, welcher in formeller Hinsicht eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG darstelle, wird von klägerischer Seite nicht gerügt und hat damit bestand. Thema des vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit einzig, ob der Beklagte glaubhaft zu machen vermochte, dass er seiner Rügepflicht nachgekommen ist, beziehungsweise eine Rüge nicht nötig gewesen ist, weil der Kläger von den von ihm behaupteten Mängeln gewusst hat.

3.5.2. Weist die Mietsache einen schweren Mangel auf, kann der Mieter den Mietvertrag kündigen (Art. 258 Abs. 2 OR und Art. 259b lit. a OR). Diese ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit durch den Mieter setzt voraus, dass der Vermieter vom schweren Mangel Kenntnis hat, er den Mangel innert angemessener Frist nicht behoben hat und der Mieter schriftlich kündigt. Die vom Mieter ausgesprochene fristlose Kündigung ist unwirksam, sofern die hierfür verlangten gesetz-

lichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Eine solche Kündigung entfaltet keinerlei Rechtswirkung (BGE 121 III 161). Gibt der Mieter die Sache trotz unwirksamer Kündigung zurück, ist dies nach Art. 264 OR zu beurteilen. Hat der Vermieter bereits Kenntnis vom Mangel, muss ihm der Mieter keine Frist zur Mängelbehebung setzen und kann den Vertrag ohne Weiteres kündigen, wenn der Vermieter innert angemessener Frist die notwendigen Arbeiten nicht ausgeführt hat. Art. 259b lit. a OR sieht vor, dass der Mieter - bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen - fristlos kündigen kann. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass er verpflichtet ist, den Mietvertrag unmittelbar nach Ablauf der gesetzten Frist aufzulösen. Eine gewisse Wartezeit - vor allem um Ersatzlokalitäten zu finden - ist durchaus zulässig, jedoch muss diese durch die Umstände, wie beispielsweise die prekären Verhältnisse auf dem Immobilienmarkt, welche die Suche nach einem Ersatz erschweren, begründet sein. Ein zu langes Zuwarten kann gegebenenfalls nach Treu und Glauben als Verzicht des Mieters auf das Kündigungsrecht qualifiziert werden. Ein solcher ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Mieter in der Zwischenzeit ohne Vorbehalt die Miete bezahlt (Lachat/Roy, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 181 ff.; SVIT-Kommentar "Das schweizerische Mietrecht", 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 4 ff.).

Wenn bereits bei der Übergabe Mängel an der Mietsache bestehen, so steht die richtige Erfüllung durch den Vermieter in Frage. Die bloße Behauptung des Mieters genügt daher als Einrede und es ist Sache des Vermieters nachzuweisen, dass er vertragsgemäss erfüllt hat. Erfolgt jedoch innert angemessener Frist keine Rüge seitens des Mieters, so sind solche Mängel als von ihm gebilligt anzusehen (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss., Zürich 2000, S. 368). Obliegen dem Schuldner Prüfungs- und Rügepflichten, so ist das Bestreiten der Ordnungsmässigkeit ohne Glaubhaftmachung der Mängelrüge eine offensichtlich haltlose Behauptung im Sinne der Basler Praxis. Die nicht ordnungsgemässe Erbringung der Gegenleistung hat nur dann Wirkungen auf die anerkannte Schuld, wenn rechtzeitig Mängelrüge erhoben wurde. Das Bestreiten der Ordnungsmässigkeit ohne Glaubhaftmachung der Mängelrüge ist somit eine offensichtlich haltlose Behauptung im Sinne der Basler Praxis (Stahelin, in: Stahelin/Bauer/Stahelin, Basler Kommentar, SchKG I, Basel 2010, N 104 zu Art. 82).

3.5.3. Die Behauptungen des Beklagten, er habe vergeblich versucht, sich mit dem Kläger in Verbindung zu setzen und der Kläger habe auf Reklamationen nicht reagiert (Prot. I S. 4), werden vom Kläger ebenso ausdrücklich bestritten wie die Annahme der Vorinstanz, der Kläger habe die vom Beklagten behaupteten Mängel gekannt. Ausserdem stellt der Kläger das Vorhandensein von Mängeln an der Mietsache ganz generell in Abrede (Urk. 15 S. 3 ff.). Der Beklagte reichte für seine Behauptungen keinerlei Belege ins Recht. In seinem Schreiben an den Kläger vom 2. Oktober 2010 (Urk. 4/3) erwähnt er die behaupteten Mängel oder die angeblich erfolgten Reklamationen und gescheiterten Versuche der Kontaktaufnahme mit dem Kläger mit keinem Wort. Er begründet seinen Wunsch nach sofortiger Aufhebung des Mietvertrages in gegenseitigem Einverständnis einzig mit dem Umstand, dass die Erweiterung der für ihn zur Verfügung stehenden Praxisräume, worüber klare Absprachen bestanden hätten, nicht möglich sei, da die Firma C._____, deren Büroräume der Kläger ihm versprochen habe, nicht an einen Auszug denke. Überdies hat der Beklagte den Mietzins während eines halben Jahres unbestrittenermassen vorbehaltlos bezahlt.

3.5.4. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beklagte weder glaubhaft macht, dass tatsächlich Mängel an dem Mietobjekt bestanden haben, noch dass er diese angeblichen Mängel gegenüber dem Kläger gerügt oder dieser von selbigen bereits gewusst hat. Das vorbehaltlose Bezahlen des Mietzinses über mehrere Monate schliesslich wäre selbst für den Fall, dass diese behaupteten Mängel tatsächlich glaubhaft gemacht worden wären, als Genehmigung derselben zu werten. Daraus folgt, dass das beklagtische Bestreiten der Ordnungsmässigkeit der Vertragserfüllung durch den Kläger als offensichtlich haltlose Behauptung im Sinne der Basler Rechtsöffnungspraxis zu qualifizieren ist, welche die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung vorliegend nicht zu verhindern vermag.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die von der Vorinstanz korrekt festgesetzte erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– (vgl. Urk. 16 S. 8) ist ausgangsgemäss dem vollumfänglich un-

terliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs 1 ZPO). Dieser ist überdies antragsgemäss (vgl. Urk. 1 S. 2) zu verpflichten, dem Kläger für das vorinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und § 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 400.– zu bezahlen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

4.2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 48 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen und ebenfalls unter Hinweis auf den Ausgang des Verfahrens dem vollständig unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zudem ist er antragsgemäss zu verpflichten, dem Kläger für das Beschwerdeverfahren gestützt auf § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 2 AnwGebV eine angemessene Parteientschädigung von Fr.300.–, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 24. Oktober 2011 (EB110201) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - " 1. Der klagenden Partei wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Z. _____ (Zahlungsbefehl vom tt. Januar 2011) **provisorische** Rechtsöffnung erteilt für Fr. 4'350.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. November 2010.
 - [...]
 3. Die Kosten werden der beklagten Partei auferlegt.
 4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 400.– zu bezahlen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten und Beschwerdegegner auferlegt und mit dem vom Kläger und Beschwerdefüh-

rer geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Kläger und Beschwerdeführer den geleisteten Vorschuss von Fr. 450.– zu ersetzen.

4. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Kläger und Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 324.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 4'350.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. Februar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Subotic

versandt am: js