

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT220141-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Meli

Urteil vom 21. Februar 2023

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch C._____ Rechtsschutz-Versicherung AG

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 8. Februar 2022 (EB210189-I)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 8. Februar 2022 hiess die Vorinstanz das Rechtsöffnungsge- such in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Fällanden, Zahlungsbefehl vom 8. März 2021, gut und erteilte dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend: Gesuchsteller) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 3'520.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Februar 2021, für Fr. 3'520.– nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2021, für die Betreuungskosten sowie für Kosten und Entschädigung gemäss diesem Urteil. Sie auferlegte die Spruchgebühr von Fr. 300.– dem Gesuchsgeg- ner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsgegner) und verpflichtete die- sen, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 376.95 zu bezahlen (Urk. 33 S. 10 = Urk. 36 S. 10). Dagegen erhob der Gesuchsgegner am 15. August 2022 fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 35 S. 2):

- " 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 8. Februar 2022 (EB210189-I) vollumfänglich aufzuheben und es sei das Rechtsöff- nungsbegehren des Beschwerdegegners und Gesuchstellers vollum- fänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 8. Februar 2022 (EB210189-I) vollumfänglich aufzuheben und die Sache dem Be- zirksgericht Uster für eine neue Entscheidung im Sinne der Erwägun- gen zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners und Gesuchstellers."

2. Mit der Beschwerde ersuchte der Gesuchsgegner um Erteilung der auf- schiebenden Wirkung (Urk. 35 S. 2). Das Gesuch um Erteilung der aufschieben- den Wirkung wurde mit Verfügung vom 17. August 2022 abgewiesen (Urk. 38, Dispositiv-Ziffer 1). Gleichzeitig wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Leistung ei- nes Kostenvorschusses von Fr. 450.– angesetzt (Urk. 38, Dispositiv-Ziffer 2), wel- cher fristgerecht einging (Urk. 39). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–34). Da sich die Beschwerde – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – als offensichtlich unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Be- schwerdeantwort (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll (BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; je m.H. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht offensichtlich ist (BGE 147 III 176 E. 4.2.1).

2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (Noven) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet, bestritten oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.H.; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1; zum Ganzen ferner ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4 f.; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 326 N 1 ff.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisangebote im Beschwerdeverfahren bloss erneuert oder Beweismittel abermals eingereicht, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu. Neue rechtliche Ausführungen sind keine Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 6) und können auch im Beschwerdeverfahren vorgetragen werden (vgl. BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3).

3. Im Beschwerdeverfahren gilt ebenfalls der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO; "iura novit curia"). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an

die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21, N 39 ff.; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 57 N 2). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41).

III.

1.

1.1. Der Gesuchsteller stützt sein Rechtsöffnungsgesuch auf den von ihm als Vermieter und vom Gesuchsgegner und von D._____ als Mieter/Solidarmieter unterzeichneten Mietvertrag vom 3. Juli 2017 über das Mietobjekt an der E._____strasse 1 in F._____ (Urk.1 Rz. 3; Urk. 4/3) und behauptet, dass der Gesuchsgegner die Mietzinszahlungen von Februar und März 2021 nicht geleistet habe (Urk. 1 Rz. 4 f.). Dagegen wendete der Gesuchsgegner vor Vorinstanz ein, dass der Gesuchsteller am 29. Dezember 2020 die gemietete Liegenschaft ohne Erlaubnis betreten und damit seine vertraglichen Pflichten verletzt habe, weshalb der Mietvertrag während der laufenden Kündigungsfrist fristlos gekündigt worden sei und er das Mietobjekt vorzeitig zurückgegeben habe (Urk. 19 Rz. 6 f. und 12). Weiter habe der Gesuchsteller die Liegenschaft im Februar und März 2021 selbst genutzt, um Umbauarbeiten vorzunehmen (Urk. 19 Rz. 16).

1.2. Die Vorinstanz setzte dem Gesuchsteller Frist an, um zu den Einwendungen des Gesuchsgegners Stellung zu nehmen (Urk. 21). Der Gesuchsteller bestritt in seiner Stellungnahme vom 21. Oktober 2021, dass er sich am 29. Dezember 2020 unberechtigterweise im Mietobjekt aufgehalten habe. Er verfüge über einen Reserveschlüssel, welcher für Notfälle verwendet werden könne (Urk. 23 Rz. 6). Am 29. Dezember 2020 habe es sich um einen solchen Notfall gehandelt (Urk. 23 Rz. 8). Der Gesuchsgegner stellte sich in der Stellungnahme vom 5. November 2021 auf den Standpunkt, es handle sich bei diesen Ausführungen um unechte Noven, welche nicht zu beachten seien (Urk. 26 Rz. 5 und 7).

2.

2.1. Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid zunächst aus, dass die Novenrechtsschranke im summarischen Verfahren grundsätzlich mit der Stellung des Rechtsöffnungsgesuches eintrete. Davon ausgenommen seien Noven. Es handle sich bei der Behauptung, dass der Mietvertrag durch die Mieter fristlos aufgehoben worden sei, um eine neue Behauptung. Der Gesuchsteller habe dieses Vorbringen nicht antizipieren müssen und es stünde ihm das Recht zu, sich dazu zu äussern. Entsprechend sei ihm mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 die Möglichkeit eingeräumt worden, sich zu dieser Tatsache zu äussern. Es sei mit der genannten Verfügung kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden (Urk. 36 S. 7, E.2.2.11).

2.2. Die Vorinstanz erwog weiter, dass das Vorliegen des Mietvertrages vom 3. Juli 2017 sowie die Rückgabe der Schlüssel am 22. Januar 2021 unbestritten seien. Strittig bleibe, ob dieser Mietvertrag ordentlich per 31. März 2021 oder fristlos gekündigt worden sei (Urk. 36 S. 7, E. 2.2.12). Der Gesuchsgegner habe den ausserordentlichen Kündigungsgrund glaubhaft darzutun. Bei der Miete von unbeweglichen Sachen würden nur schwerwiegende Gründe die ausserordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermögen, weshalb die Einrede nicht leichtfertig zu schützen sei. In seinen Eingaben vermöge der Gesuchsgegner nicht glaubhaft darzulegen, dass der Mietvertrag vom 3. Juli 2017 fristlos aufgelöst worden sei. Dies ergebe sich daraus, dass die Frau des Gesuchsgegners im E-Mail vom 4. Januar 2021 davon ausgehe, dass weiterhin ein Mietvertrag bestehen würde. Wäre der Gesuchsgegner bereits in jenem Zeitpunkt von einer fristlosen Kündigung ausgegangen, hätte er sich nicht noch um Nachmieter gekümmert. Zudem vermöge der Einwand des Gesuchsgegners, er sei mit der Situation vollkommen überfordert gewesen und die Korrespondenz habe nur wenige Tage gedauert, ebenfalls nicht zu überzeugen, um eine fristlose Auflösung des Mietvertrages anzunehmen. Die endgültige Beurteilung, ob die fristlose Kündigung aufgrund einer Verletzung der vertraglichen Pflichten rechtmässig gewesen sei, sei nicht Sache des Rechtsöffnungsrichters (Urk. 36 S. 8, E. 2.2.13).

2.3. Der Gesuchsgegner – so die Vorinstanz weiter – wäre bei vorzeitiger Rückgabe erst von der Mietzinszahlung befreit gewesen, wenn er einen zumutbaren Nachmieter angeboten hätte. Der Vermieter müsse sich Renovationsarbeiten im Sinne von Art. 264 Abs. 3 OR nicht anrechnen lassen, sofern sie Schäden betreffen würden, die der Mieter zu verantworten habe. Der Gesuchsgegner habe nicht glaubhaft dargelegt, dass er einen zumutbaren Nachmieter gestellt habe und die zu behebenden Schäden nicht durch ihn entstanden seien. Die vorzeitige Rückgabe des Mietobjektes sei insgesamt nicht genügend glaubhaft gemacht (Urk. 36 S. 8, E. 2.2.14). Insgesamt würden die Einwendungen des Gesuchsgegners den Mietvertrag vom 3. Juli 2017 als Rechtsöffnungstitel für die Monate Februar und März 2021 nicht entkräften (Urk. 36 S. 8, E. 2.2.15).

3.

3.1. Der Gesuchsgegner führt in seiner Beschwerde aus, dass die Novenschränke im summarischen Verfahren mit der Stellung des Rechtsöffnungsgesuches eintrete (Urk. 35 Rz. 8). Es treffe nicht zu, dass der Gesuchsteller das Vorbringen, wonach das Mietverhältnis fristlos aufgehoben worden sei, nicht habe antizipieren können (Urk. 35 Rz. 9 und 54). Aufgrund der Kommunikation zwischen den Parteien seit dem Eindringen in die gemietete Liegenschaft am 29. Dezember 2020 und weil der Gesuchsgegner die Liegenschaft nach deren Räumung habe zurückgeben wollen, die Schlüssel nach Verweigerung der Entgegennahme dem Gesuchsteller per Post zugestellt, die Mietzinszahlungen eingestellt und einen Strafantrag eingereicht habe, habe der Gesuchsteller davon ausgehen müssen, dass die fristlose Auflösung des Mietverhältnisses in einem allfälligen Rechtsöffnungsverfahren vorgebracht werden könnte (Urk. 35 Rz. 12). Die Vorinstanz blende diese Tatsachen allesamt aus und halte lediglich fest, dass die fristlose Kündigung eine neue Behauptung sei, welche der Gesuchsteller nicht habe antizipieren müssen. Damit habe sie den Sachverhalt offensichtlich nicht richtig festgestellt und das Recht unrichtig angewendet (Urk. 35 Rz. 13). Mit Blick auf die Novenschränke seien den Ausführungen des Gesuchstellers in dessen Eingaben vom 21. Oktober 2021 und vom 11. November 2021 sowie den damit eingereichten Beilagen keine Beachtung zu schenken, da es sich um unechte Noven handle

(Urk. 35 Rz. 14). Indem der Gesuchsteller dem Rechtsöffnungsgesuch bewusst einen "alternativen Sachverhalt" zu Grunde lege, obwohl er gewusst habe, aus welchen Gründen die Mietzinse nicht weiterbezahlt worden seien, habe er es verwirkt, sich nochmals zum tatsächlichen Sachverhalt äussern zu dürfen (Urk. 35 Rz. 19). Die Replikeingabe des Gesuchstellers vom 21. Oktober 2021 (sowie jene vom 11. November 2021) stelle nichts anderes als ein neues Rechtsöffnungsgesuch dar. Dafür sei jedoch ein zweiter Schriftenwechsel nicht vorgesehen. Der Gesuchsteller verletze durch seine Replikeingabe offensichtlich die Novenschranke und versuche, sein Gesuch nachzubessern, was nicht zulässig sei (Urk. 35 Rz. 20).

3.2. Der Gesuchsgegner bringt weiter vor, dass gemäss der "Basler Rechtsöffnungspraxis" der Schuldner die Einrede nicht glaubhaft machen müsse, sondern die blossе Behauptung genüge (Urk. 35 Rz. 21, 41 und 58). Es sei dargelegt und vom Gesuchsteller auch anerkannt worden, dass er und seine Frau am 29. Dezember 2020 ohne Berechtigung in die gemietete Liegenschaft des Gesuchsgegners eingedrungen seien. Aufgrund dieses Umstands sei eine Strafanzeige erstattet und der Mietvertrag fristlos gekündigt worden (Urk. 35 Rz. 22). Indem der Gesuchsteller und seine Frau in die Liegenschaft eingedrungen seien, habe dieser mindestens die vertraglichen Nebenpflichten aus dem Mietvertrag verletzt. Durch dieses Verhalten seien er (der Gesuchsgegner) und seine Frau berechtigt gewesen, den Mietvertrag fristlos zu kündigen (Urk. 35 Rz. 23 und 31). Entsprechend sei entgegen der Auslegung der Vorinstanz keine Glaubhaftmachung notwendig. Auf die Ausführungen in der Stellungnahme vom 5. November 2021 sei die Vorinstanz zu Unrecht nicht eingegangen. Dadurch habe sie sein rechtliches Gehör verletzt, den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt und das Recht unrichtig angewendet (Urk. 35 Rz. 24).

3.3. Die Vorinstanz nehme – so der Gesuchsgegner weiter – fälschlicherweise auf die ausserordentliche Kündigung nach Art. 266g OR Bezug. Vorliegend gehe es jedoch nicht um die Kündigung nach Art. 266g OR, sondern um eine fristlose Kündigung (Urk. 35 Rz. 26). Da das Mietrecht für eine fristlose Kündigung durch den Mieter keine Spezialbestimmungen vorsehe, sei für diesen Fall auf die allge-

meinen Regeln des Obligationenrechts zurückzugreifen (Urk. 35 Rz. 27). Durch den massiven Eingriff in die Privatsphäre sei die Fortführung des Vertragsverhältnisses unzumutbar gewesen (Urk. 35 Rz. 29). Eine Abmahnung hätte vorliegend keine Aussicht auf Erfolg gehabt, denn das Vertrauensverhältnis sei zu stark zerüttet gewesen (Urk. 35 Rz. 30). Die Vorinstanz nehme in ihren Erwägungen zur Glaubhaftmachung in keiner Weise Bezug auf das Eindringen des Gesuchstellers und dessen Frau in die Liegenschaft. Diese Tatsache werde einfach ausgeblendet. Gleichzeitig erkläre die Vorinstanz, dass "nur schwerwiegende Gründe die ausserordentliche Kündigung zu rechtfertigen" vermögen (Urk. 35 Rz. 32). Entweder habe die Vorinstanz die Tatsache, dass der Gesuchsteller und dessen Frau unberechtigtweise in die Liegenschaft eingedrungen seien, übersehen, oder sie erachte die erhebliche Verletzung der Privatsphäre als keinen schwerwiegenden Grund. Beides sei nicht nachvollziehbar (Urk. 35 Rz. 33). Die Vorinstanz begründe ihre Auffassung grundsätzlich nur damit, dass die Frau des Gesuchsgegners aufgrund der E-Mail vom 4. Januar 2021 davon ausgehe, dass weiterhin ein Mietvertrag bestehe. Einerseits begründe die Vorinstanz mit keinem Wort, wie sie zu dieser Auffassung gelange, andererseits lasse sich dies aus dieser E-Mail nicht ableiten. Des Weiteren dürfe die E-Mail vom 4. Januar 2021 aufgrund der Novenschränke im vorliegenden Verfahren gar nicht berücksichtigt werden (Urk. 35 Rz. 34 und 38). Indem die Vorinstanz lediglich auf die E-Mail vom 4. Januar 2021 abstelle und darüber hinaus die E-Mail noch selber interpretiere, hingegen das Eindringen in die gemietete Liegenschaft ausblende, verletze sie das rechtliche Gehör (Urk. 35 Rz. 38).

Der Gesuchsgegner führt zudem aus, dass er und seine Frau nach dem Eindringen des Gesuchstellers in die Liegenschaft mit der Situation vollkommen überfordert gewesen seien. Sie hätten nicht gewusst, dass sie aufgrund der fristlosen Kündigung keine Nachmieter hätten suchen müssen, und sie seien als Ausländer der deutschen Sprache nicht mächtig (Urk. 35 Rz. 35). Zudem hätten sie aufgrund des Zeitpunktes (Weihnachten/Neujahr) nicht umgehend rechtlichen Rat einholen können (Urk. 35 Rz. 36 und 56). Im Falle einer fristlosen Kündigung stehe es einem Mieter sogar zu, einige Tage zuzuwarten, bevor die fristlose Kündigung umgesetzt werde (Urk. 35 Rz. 37 und 57). Die Vorinstanz hätte nur prüfen

müssen, ob der Einwand, wonach das Mietverhältnis fristlos aufgelöst worden sei, genügend glaubhaft gemacht worden sei. Bei der Beurteilung hätte sie sich auf sämtliche vorgetragenen Fakten stützen müssen und nicht nur auf eine ausgewählte E-Mail, welche ohnehin nicht zu beachten sei (Urk. 35 Rz. 40).

3.4. Schliesslich kritisiert der Gesuchsgegner, dass bei einer fristlosen Kündigung gemäss den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts gerade kein Nachmieter gesucht werden müsse. Entsprechend sei der Verweis der Vorinstanz auf Art. 264 OR nicht zielführend (Urk. 35 Rz. 43). Der Gesuchsteller habe die Liegenschaft im Februar und März 2021 selbst genutzt, um diese zu sanieren. Die Liegenschaft sei schon länger sanierungsbedürftig gewesen. Der Gesuchsteller versuche, seine Liegenschaft auf Kosten der Mieter zu sanieren (Urk. 35 Rz. 45). Die weiteren Unterlagen des Gesuchstellers im Rahmen der Eingabe vom 21. Oktober 2021 seien aufgrund der Novenschranke ohnehin unbeachtlich. Aus der vom Gesuchsteller eingereichten Schlussrechnung vom 18. Oktober 2021 ergebe sich, dass wesentliche Arbeiten im Februar und März 2021 erledigt worden seien, welche bei Anwesenheit der Mieter nicht möglich gewesen wären (Urk. 35 Rz. 46).

4.

4.1. Auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur provisorischen Rechtsöffnung (Urk. 36 S. 3 f., E. 2.1) kann vorweg verwiesen werden. Der vom Mieter unterschriebene Mietvertrag berechtigt zur Rechtsöffnung für die darin festgelegten fälligen Mietzinse (Urk. 36 S. 4, E. 2.2; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 114). Der Mietvertrag enthält eine Schuldanerkennung für die Mietzinse nur bis zum Vertragsablauf. Ein gekündigter Mietvertrag taugt für die Zeit nach dem Kündigungstermin nicht mehr als Rechtsöffnungstitel für die Mietzinsen (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 116). Folglich ist zu prüfen, ob das Mietverhältnis zwischen den Parteien – wie vom Gesuchsgegner behauptet – fristlos gekündigt wurde.

4.2. Grundsätzlich ist die Kündigung eines Mietvertrags formfrei möglich. Die Formfreiheit wird allerdings bei der Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen

durch die gesetzlichen Formvorschriften beschränkt. Art. 266I OR verlangt für die Kündigung des Mieters einfache Schriftlichkeit (Abs. 1) und für die Kündigung des Vermieters zudem die Verwendung eines amtlichen Formulars (Abs. 2). Werden die Formvorschriften nicht eingehalten, so ist die Kündigung gemäss ausdrücklicher Anordnung von Art. 266o OR nichtig (vgl. auch Art. 11 Abs. 2 OR). Die Nichtigkeit ist jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (KUKO OR-Blumer, Art. 266I N 9; Müller, in: SVIT-Kommentar, 4. A., 2018, Art. 266I-266o N 50). Kündigung im Sinne von Art. 266I OR meint jede ordentliche oder ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses gemäss Gesetz und/oder Vertrag (ZKHigi/Wildisen, Art. 266I OR N 4; BSK OR I-Weber, Art. 266I N 4; KUKO OR-Blumer, Art. 266I N 1; BK-Giger, Art. 266I OR N 8; Brändli, in: Mietrecht für die Praxis, 10. A., 2022, S. 862; Müller, a.a.O., Art. 266I-266o N 4; Koller, Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters, in: AJP 2010, S. 845 ff., S. 851).

4.3. Der Gesuchsgegner macht allerdings eine fristlose Kündigung gestützt auf die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts geltend. Nach herrschender Lehre und gefestigter Rechtsprechung sind die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts über den sofortigen Vertragsrücktritt bei Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) und bei Verletzung von Nebenpflichten (Art. 97 ff. OR) auch auf Dauerschuldverhältnisse anwendbar. Dabei tritt bei bereits in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen – wie im vorliegenden Fall – an die Stelle des Rechts zum Vertragsrücktritt dasjenige zur Vertragskündigung ex nunc (BGE 97 II 58 E. 7; BGE 123 III 124 E. 3b; BGE 129 III 320 E. 7.1.2; Wolfer, Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung "aus wichtigem Grund", in: AJP 2014 S. 621 ff. mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Das Bundesgericht hat für die Umsetzung des Rücktrittsrechts gemäss Art. 107–109 OR innerhalb eines Mietverhältnisses die mietrechtlichen Kündigungsmodalitäten in analoger Weise herangezogen (BGE 123 III 124 E. 3b; BSK OR I-Weber, Art. 257d N 1a, Art. 266g N 1) und entschieden, dass eine Kündigung des Vermieters gestützt auf Art. 107 ff. OR den Formvorschriften nach Art. 266I OR genügen muss (BGE 132 III 109 E. 5 = Praxis 2007 Nr. 19). Dasselbe hat entsprechend auch für eine fristlose Kündigung des Mieters zu gelten (vgl. auch Art. 11 Abs. 2 OR).

4.4. Der Gesuchsgegner führt in seiner Gesuchsantwort vom 13. September 2021 bloss aus, dass er und seine Frau den Mietvertrag fristlos gekündigt hätten (Urk. 19 Rz. 7, 19 und 34). Er behauptet nie, dass die Kündigung schriftlich erfolgt sei. Ohnehin hat der Gesuchsteller die fristlose Kündigung bestritten (vgl. Urk. 23 Rz. 7 f.). Weiter reicht der Gesuchsgegner im vorliegenden Verfahren keine schriftliche Kündigung ein. Entsprechend ist nicht davon auszugehen, dass die Formvorschriften von Art. 266I OR eingehalten wurden. Folglich ist die behauptete fristlose Kündigung nichtig (Art. 266o OR; vgl. auch Art. 11 Abs. 2 OR), was von Amtes wegen zu beachten ist (vgl. E.4.2).

4.5. Selbst wenn der Gesuchsgegner schriftlich gekündigt hätte, wäre dies unbeachtlich. Eine Kündigung gestützt auf Art. 107 OR ist nur möglich, wenn die Vermieterin ihre vertraglichen (Neben-)Pflichten trotz Fristansetzung weiterhin schwer verletzt (Brändli, a.a.O., S. 865). Auf eine Fristansetzung bzw. auf eine Abmahnung kann nur verzichtet werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 108 OR erfüllt sind. Nach Art. 108 OR kann auf die Ansetzung einer Frist verzichtet werden, wenn aus dem Verhalten des Schuldners klar hervorgeht, dass sich die Frist als unnütz erweisen würde (Ziff. 1), wenn infolge Verzugs die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist (Ziff. 2) oder, wenn sich aus dem Verträge die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll (Ziff. 3). Vorliegend begründet der Gesuchsgegner den Verzicht auf die Fristansetzung damit, dass eine Abmahnung keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, da das Vertrauensverhältnis zu stark zerrüttet gewesen sei (Urk. 19 Rz. 23; Urk. 35 Rz. 30). Mit diesem Vorbringen wird jedoch keine Ausnahme im Sinne von Art. 108 OR geltend gemacht. Es wird nicht behauptet, dass der Gesuchsteller die Wohnung auch bei Abmahnung ein weiteres Mal betreten hätte, weshalb die Abmahnung von vornherein erfolglos gewesen wäre. Entsprechend hätte der schriftlichen fristlosen Kündigung nach Art. 107 ff. OR zwingend eine Fristansetzung vorangehen müssen. Folglich wäre selbst eine schriftliche, fristlose Kündigung aufgrund der fehlenden Abmahnung unberechtigt.

4.6. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die Vorinstanz die Eingabe des Gesuchstellers vom 21. Oktober 2021 (Urk. 23) sowie die damit eingereichten

Beilagen (Urk. 24/1-15) und die Eingabe vom 11. November 2021 (Urk. 28) berücksichtigen durfte. Ebenso wenig braucht entschieden zu werden, ob der Gesuchsteller mit dem Betreten der Wohnung (Neben-)Pflichten aus dem Mietvertrag verletzte.

5.

5.1. Unbestritten ist, dass die Schlüssel der Wohnung am 22. Januar 2021 zurückgegeben wurden (vgl. Urk. 36 S. 7, E. 2.2.12) und der Gesuchsgegner keinen Nachmieter stellte (vgl. Urk. 35 Rz. 43). Der Mietvertrag bleibt auch dann ein gültiger Rechtsöffnungstitel, wenn der Mieter das Mietobjekt vorzeitig zurückgibt, ohne gleichzeitig einen zumutbaren Nachmieter zu stellen (BGE 134 III 267 E. 3), sofern nicht der Mieter dartut, dass der Vermieter das Objekt sonst nutzt (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 116). Zu prüfen bleibt demnach, ob sich der Gesuchsteller die anderweitige Nutzung des Mietobjekts anrechnen lassen muss.

5.2. Gemäss Art. 264 Abs. 3 lit. b OR muss sich der Vermieter anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung der Sache gewinnt oder absichtlich zu gewinnen unterlassen hat. Zur Anrechnung gelangt namentlich die Eigenbenützung, die auch in der Form gewöhnlicher, ordentlicher Instandstellungsarbeiten auftreten kann. Nicht zu diesen Instandhaltungsarbeiten zu zählen sind die Ausbesserung von Schäden, die der Mieter verursacht hat und deren Behebung er im Rahmen von Art. 257h OR hätte dulden müssen (ZK-Higi/Wildisen, Art. 264 OR N 91; BSK OR I-Weber, Art. 264 N 11; Bättig, in: SVIT-Kommentar, 4. A., 2018, Art. 264 N 58).

5.3. Der Gesuchsteller führte in seinem Gesuch vom 8. Juni 2021 aus, dass sich das Mietobjekt nach der Rückgabe in einem desolaten Zustand befunden habe (Urk. 1 Rz. 9), und reichte eine Mängelrüge samt Mängelliste ein (Urk. 4/5). Um weitere Schäden zu verhindern, habe er die Instandstellung im Laufe des Monats März 2021 selbst in die Hand genommen (Urk. 1 Rz. 10). Der Gesuchsgegner bestritt dagegen, dass es sich um eine Instandstellung von Schäden zu Lasten des Mieters gehandelt habe. Die Liegenschaft sei schon länger sanierungsbedürftig gewesen. Der Gesuchsteller könne keinerlei objektive Beweise für

durch ihn (den Gesuchsgegner) angeblich verursachte Schäden vorbringen. Als Beweis habe der Gesuchsteller eine Mängelrüge samt einer selbst erstellten Mängelliste ins Recht gelegt, wobei die pauschal geltend gemachten Beträge einzig den Schluss zuliessen, dass der Gesuchsteller seine Liegenschaft auf Kosten der Mieter zu sanieren versuche (Urk. 19 Rz. 25; Urk. 35 Rz. 45).

5.4. Nachdem die Ausbesserung von Mieterschäden nicht unter Art. 264 Abs. 3 lit. b OR fällt und der Gesuchsteller bereits mit dem Rechtsöffnungsgesuch eine Mängelrüge samt Mängelliste einreichte, kann sich der Gesuchsgegner nicht mit der pauschalen Bestreitung, wonach die aufgelisteten Schäden in der Mängelliste nicht durch ihn verursacht worden seien und er das Mietobjekt vorzeitig zurückgegeben habe, begnügen. Unter diesem Gesichtspunkt fällt die erhobene Einrede der Vorteilsanrechnung im Sinne von Art. 264 Abs. 3 OR unter die Entlastungsgründe von Art. 82 Abs. 2 SchKG, die vom Schuldner glaubhaft zu machen wären. Die blossе Einwendung genügt deshalb nicht. Der Gesuchsgegner legt keine Beweise für seine Behauptung vor und setzt sich auch nicht mit der eingereichten Mängelliste auseinander. Er bringt lediglich vor, dass es sich dabei um ein selbst erstelltes Beweismittel handle. Ebenfalls zeigt er nicht auf, inwiefern die Liegenschaft schon länger sanierungsbedürftig gewesen sein soll. Auf die in der Mängelliste geltend gemachten Wasserschäden und Kratzspuren geht er nicht ein. Aus diesem Grund ist die Feststellung der Vorinstanz, der Gesuchsgegner habe nicht glaubhaft dargelegt, dass die zu behebenden Schäden nicht durch ihn entstanden seien (Urk. 36 S. 8, E. 2.2.14), zu bestätigen. Es liegt weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts vor. Insgesamt wurde damit die Eigenbenützung durch Sanierungsarbeiten (ordentliche Instandstellung) nicht genügend glaubhaft gemacht, weshalb aufgrund des Mietvertrags vom 3. Juli 2017 (Urk. 4/3) für die Mietzinse Februar 2021 und März 2021 ein gültiger Rechtsöffnungstitel vorliegt.

5.5. Die Erwägungen der Vorinstanz zum Verzugszins (Urk. 36 S. 9, E. 2.3) blieben unangefochten, weshalb es dabei sein Bewenden hat. Der Entscheid der Vorinstanz ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

IV.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren beträgt Fr. 7'040.–. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 450.– zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), dem Gesuchsteller mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage eines Doppels von Urk. 35, sowie an die Vorinstanz, 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 Fr. 7'040.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 21. Februar 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Meli

versandt am:
Im