

# Bezirksgericht Zürich

Einzelgericht Audienz



---

Geschäfts-Nr. EB201184-L / U

Bezirksrichterin lic. iur. T. Aladag de Capitani  
Gerichtsschreiber MLaw M. Vollenweider

## Urteil vom 23. April 2021

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsöffnung**

### **Rechtsbegehren** (sinngemäss):

Es sei der Gesuchstellerin *provisorische* Rechtsöffnung zu erteilen in  
Betreibung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 1,  
Zahlungsbefehl vom 18. September 2020, für  
Fr. 83'010.90 nebst Zins zu 5 % seit 15. August 2020,  
Fr. 103.30 Kosten des Zahlungsbefehls,  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

### **Erwägungen:**

#### 1. Prozessverlauf

Am 26. Oktober 2020 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin das genannte Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 28. Oktober 2020 gab das Gericht der Gesuchsgegnerin Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme (act. 4). Mit Eingabe vom 7. Dezember 2020 nahm die Gesuchsgegnerin innert zweifach erstreckter Frist zum Gesuch Stellung (act. 6, 9 und 12). Diese stellte das Gericht der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 22. Januar 2021 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zu (act. 15). Hierauf liess sich die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 4. Februar 2021 ein weiteres Mal vernehmen (act. 17). Der Fall ist spruchreif.

#### 2. Zweite Eingabe der Gesuchstellerin

Am 4. Februar 2021 reichte die Gesuchstellerin eine weitere Eingabe ein (act. 17). Darin nimmt sie zwar nur auf das Parallelverfahren EB201177-L ausdrücklich Bezug, inhaltlich äussert sie sich jedoch auch zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb dies als Versehen und nicht als Verzicht auf eine Stellungnahme im vorliegenden Verfahren zu betrachten ist. Die Eingabe vom 4. Februar 2021 ist daher in Anwendung von Art. 52 ZPO auch als Eingabe zum vorliegenden Verfahren zu betrachten.

#### 3. Begründung des Gesuchs

Die Gesuchstellerin stützt das Rechtsöffnungsgesuch auf den zwischen der C.\_\_\_\_\_ und der damals im Entstehen begriffenen Gesuchsgegnerin abgeschlossenen Mietvertrag vom 3. Juli 2000, worin sich letztere verpflichtet hat, einen monatlichen Mietzins von Fr. 33'333.– zuzüglich Akontobeiträge von Fr. 2'000.– für die Nebenkosten zu entrichten (act. 3/1). Das Mietverhältnis wurde am 31. August 2004 auf die damals unter D.\_\_\_\_\_ firmierende Gesuchstellerin übertragen (act. 3/2). Mit Schreiben vom 13. November 2013 wurde der Bruttomietzins per 1. Januar 2014 auf Fr. 41'625.05 angepasst (act. 3/3). Dieser Betrag wurde aufgrund der Senkung der Mehrwertsteuer per 1. Januar 2018 auf Fr. 41'505.45 pro Monat

reduziert (act. 1 Rz. 4). Die Gesuchstellerin verlangt nun provisorische Rechtsöffnung für die Mietzinsen für die Monate August und September 2020 zuzüglich Zins und Betreuungskosten (act. 1 Rz. 7 ff.).

#### 4. Voraussetzungen der Rechtsöffnung

Beruhet die von der Gläubigerin geltend gemachte Forderung auf einer durch die Unterschrift der Schuldnerin bekräftigten Schuldanerkennung, so spricht das Gericht die provisorische Rechtsöffnung aus, wenn die Schuldnerin keine Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften (Art. 82 SchKG). Ein von der Mieterin unterzeichneter Mietvertrag berechtigt grundsätzlich zur provisorischen Rechtsöffnung für die darin vereinbarten fälligen Mietzinse und bezifferten Nebenkosten (SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 82 N 16). In Anwendung der Basler Rechtsöffnungspraxis ist die Rechtsöffnung aber zu verweigern, wenn die Mieterin behauptet, die Vermieterin habe ihre Leistung für die betreffende Periode nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht und die Bestreitungen nicht offensichtlich haltlos sind. Allfällige Mängel des Mietobjektes sowie den daraus resultierenden Herabsetzungsanspruch im Sinne von Art. 259a Abs. 1 lit. b OR muss die Mieterin dabei substantiiert dartun und beziffern. Zudem hat sie glaubhaft zu machen, dass sie rechtzeitig eine Herabsetzungserklärung abgegeben hat (OGer ZH RT160096 vom 9. November 2016 E. II.3; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 104 und N 117 m.w.H.). Ob ein rechtsgenügender Titel vorliegt, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen (BGer 5A\_434/2020 vom 17. November 2020 E. 4.2.1, zur Publ. vorgesehen).

#### 5. Einwendungen der Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin verlangt die kostenfällige Abweisung des Gesuchs. Sie begründet dies damit, dass die Führung eines Restaurants mit Alkoholausschank gemäss Mietvertrag als Benutzungszweck vereinbart worden sei, wobei sie sich verpflichtet habe, die Mietlokalität nur zum vereinbarten Zweck zu gebrauchen und den Betrieb korrekt und unter Beachtung aller wirtschaftspolizeilichen Vorschriften zu führen. Mit Schreiben vom 17. März 2020 habe sie die Gesuchstelle-

rin um vollumfängliche Herabsetzung des Mietzinses ersucht, da es der Gesuchstellerin aufgrund der behördlich angeordneten Schliessung der Restaurants vorläufig bis zum 19. April 2020 verunmöglicht gewesen sei, ihre vertragliche Zusage zu erfüllen. Mit Schreiben vom 20. Juli 2020 habe sie der Gesuchstellerin erklären lassen, dass zusätzlich zum Öffnungsverbot vom 16. März 2020 bis und mit 10. Mai 2020 der Gebrauch der Mietsache dadurch beeinträchtigt gewesen sei, dass die Anzahl der Gäste in der Bar im Erdgeschoss und im Restaurant im Obergeschoss stark eingeschränkt gewesen sei. Sie habe daher einen Mietzinsherabsetzungsanspruch für die Zeit des Lockdowns im Umfange von 90 % und für die Zeit danach von 60 % geltend gemacht. Vom 16. März 2020 bis zum 11. Mai 2020 habe ein vollständiges Schliessungsgebot resp. Benützungsverbot für die in Frage stehenden Mieträume und Mietflächen gegolten, wodurch der Vertragszweck vollständig verunmöglicht gewesen sei. Ab dem 11. Mai 2020 sei einzig sitzender Konsum in Gästegruppen bis höchstens vier Personen möglich gewesen bei einem Abstand von mindestens 2 Metern von Tisch zu Tisch. Dadurch habe sich das Angebot in der Bar auf 65 Sitzplätze und im Restaurant auf 62 reduziert, bei einer feuerpolizeilichen Höchstausslastung von 400 Personen für die Bar und 200 Personen für das Restaurant und 136 Sitzplätze im Innenraum des Restaurants. Am 6. Juni 2020 seien zusätzlich die Öffnungszeiten bis 24.00 Uhr beschränkt gewesen. Ab dem 22. Juni 2020 habe aufgrund der Lockerungen das Platzangebot in der Bar und im Restaurant auf jeweils 80 Personen erweitert werden können. Ab dem 28. Oktober 2020 habe der Betrieb um 23.00 Uhr geschlossen werden müssen, wodurch insbesondere am Wochenende die umsatzstärksten Stunden in der Bar verloren gegangen seien. Sie mache gestützt auf Art. 259d OR eine Mietzinsherabsetzung für die Zeit des Lockdowns vom 16. März 2020 bis und mit 10. Mai 2020 im Umfange von mindestens 90 % und für die Zeit ab 11. Mai 2020 bis zur Beendigung des Mietverhältnisses am 30. November 2020 im durchschnittlichen Umfange von mindestens 40 % geltend. In absoluten Zahlen schulde sie im Zeitraum vom 1. März 2020 bis 30. September 2020 höchstens Fr. 120'000.–, wobei sie etwa Fr. 103'550.– an Mietzins bezahlt habe (act. 12).

## 6. Synallagma

Der Ablauf der Pandemie und das Ausmass der behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie sind unbestritten und notorisch, weshalb hierfür auf die Ausführungen der Gesuchsgegnerin verwiesen werden kann. Ebenfalls unbestritten ist die durch die Gesuchsgegnerin abgegebene Herabsetzungserklärung für die relevante Periode. Sie ergibt sich auch aus den Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 17. März 2020 (act. 14/2) und vom 20. Juli 2020 (act. 14/3). Zwar kann der Gesuchstellerin in der vorliegenden Konstellation nicht vorgeworfen werden, ihre Vertragsleistung nicht hinreichend erbracht zu haben. Es steht aber ausser Frage, dass deren Leistung bei der Gesuchsgegnerin nicht in der Art und Weise angekommen ist, wie es aufgrund des abgeschlossenen Mietvertrages zu erwarten gewesen und wie dies auch von der Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin gerügt worden war. Aufgrund dieser Störung des Synallagmas kann der Mietvertrag aus vollstreckungsrechtlicher Sicht in analoger Anwendung der Basler Rechtsöffnungspraxis keinen tauglichen Rechtsöffnungstitel für die verlangten Mietzinse mehr darstellen.

## 7. Clausula rebus sic stantibus

Entscheidend ist sodann, dass im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren nicht die Klärung der materiellen Rechtslage von Belang ist, sondern einzig die Frage, ob es der Gesuchsgegnerin gelingt, Einwendungen vorzubringen, die dem eingereichten Mietvertrag die Qualität eines Rechtsöffnungstitel abzusprechen vermögen. Wenn die behördlichen Massnahmen nicht bereits eine Unmöglichkeit der Vertragserfüllung aufseiten des Vermieters oder einen Mangel am Mietobjekt begründen, scheint es in jedem Fall nicht ausgeschlossen, dass dem betroffenen Mieter gestützt auf die clausula rebus sic stantibus ein Anspruch auf Mietzinsreduktion zusteht. Dieses Rechtsinstitut erlaubt es dem Gericht, unter bestimmten Umständen einen Vertrag mit einer von ihm selbst gesetzten Regel an veränderte Verhältnisse anzupassen (zum Ganzen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1280 ff.). Vor allem in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg hatte sich das Bundesgericht mehrmals mit der Anpassung ei-

nes Vertrags an veränderte Verhältnisse zu befassen (vgl. den Überblick in HOCHSTRASSER, Auswirkungen einer Pandemie auf Dauerschuldverhältnisse, SVLR-Bulletin 2020, S. 47 ff.). Im aktuellen Kontext interessant ist vor allem BGE 48 II 249, wo das Bundesgericht einem Pächter eines Restaurationsbetriebs auf den Schiffen des Vierwaldstättersees eine Reduktion des Pachtzinses gewährte, da die Passagierzahlen und damit auch die Einnahmen des Pächters nach dem Ausbruch des Ersten Weltkriegs stark zurückgegangen waren. Gestützt auf diese Rechtsprechung erscheint es naheliegend, dass das Bundesgericht auch den von den behördlichen Massnahmen betroffenen Mietern gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* eine Mietzinsreduktion gewähren wird. Wenn es nun aber nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht Sache des Rechtsöffnungsgerichts ist, den eingereichten Titel im Rahmen dieses Vollstreckungsverfahrens abschliessend auszulegen (BGer 5A\_136/2020 vom 2. April 2020 E. 3.4.1), kann es noch weniger in dessen Kompetenz liegen, den eingereichten Titel in eigenem Ermessen richterlich anzupassen.

## 8. Fazit

Unter den gegebenen Umständen stellt der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag vom 3. Juli 2000 keinen Rechtsöffnungstitel für die Forderung der Gesuchstellerin dar. Ihr Gesuch ist deshalb abzuweisen.

## 9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Verfahrens der Gesuchstellerin aufzuerlegen (siehe Art. 48 GebV SchKG, Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie ist ferner antragsgemäss zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung enthält die gesetzliche Mehrwertsteuer.

### **Es wird erkannt:**

1. Das Rechtsöffnungsgesuch in  
Betreibung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 1,  
Zahlungsbefehl vom 18. September 2020,  
wird abgewiesen.

2. Die Spruchgebühr von Fr. 500.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung von Fr. 3'770.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Bei-lage des Doppels von act. 17 samt Beilage, und an das genannte Betrei-bungsamt.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert *10 Tagen* von der Zu-stellung an unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwer-deschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Eingaben und Beila-gen sind in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei ein-zureichen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Der Gerichtsschreiber: