

**Art. 247 ZPO, Feststellung des Sachverhaltes im vereinfachten Verfahren.**

*Nur eingeschränkte Fragepflicht, wenn eine anwaltlich vertretene Partei Ausführungen zur Sache macht, die sich als nicht vollständig erweisen (E. 3.3.1-4). Andererseits aber muss das Gericht auch einer vertretenen Partei Gelegenheit geben, angebotene aber noch nicht eingereichte Beweismittel nachzubringen (E. 3.3.5):*

Es geht um die Erstreckung eines Mietverhältnisses. In der Berufung ist streitig, wie weit die Pflicht des Mietgerichtes zur Feststellung des Sachverhaltes ging.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

### 3.3 Wirtschaftliche Verhältnisse der Beklagten

3.3.1 Die Beklagte bringt vor, sie habe vor Vorinstanz Ausführungen zur wirtschaftlichen Situation gemacht und die Edition der Bilanz- und Erfolgsrechnungen sowie weiterer sachdienlicher Belege angeboten. Indem die Vorinstanz davon ausgegangen sei, die Beklagte habe den Nachweis für das Vorliegen einer finanziellen Härte nicht erbringen können, habe sie Art. 247 ZPO verletzt. Der Vorsitzende hätte bei Zweifeln nachfragen und allenfalls auch ein Beweisverfahren durchführen müssen. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte mangels liquider Mittel keine Ablösesumme und wegen der Ertragsituation keine Fr. 150'000.– übersteigende Jahresmiete aufbringen könne. Wie vor Vorinstanz ausgeführt, habe die Beklagte während der letzten Jahre Umsätze zwischen Fr. 350'000.– und Fr. 450'000.– erzielt. Zu berücksichtigen seien auch die Schulden. Sollten weitere Abklärungen zur wirtschaftlichen Situation notwendig sein, sei die Sache zur Vervollständigung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beklagte reichte mit ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2012 bei der Vorinstanz zum Beweis für ihre wirtschaftliche Situation je eine Übersicht über den Verkaufserlös im Jahre 2009 und im Jahre 2010 ein. Zudem offerierte sie Bilanzen und Ertragsrechnungen (Edition im Bestreitungsfall), insbesondere die Erfolgsrechnung für das Jahr 2011 sowie sämtliche sachdienliche Buchhaltungsunterlagen. Sie führte zudem aus, dass sie zur Zeit keine Ablösesumme bezahlen und auch keinen Mietzins über Fr. 150'000.– bezahlen könne. Es sei davon aus-

zugehen, dass sich ihre wirtschaftliche Situation ab Mitte 2016 besser präsentieren werde, da dannzumal sämtliche Schulden getilgt sein würden. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 31. Januar 2013 reichte die Beklagte zudem die Bilanz des Jahres 2011 ins Recht. Als Beilage zur Berufungsantwort reichte die Beklagte endlich die Erfolgsrechnung für das Jahr 2011 ein.

3.3.2 Die Klägerin wendet ein, die Beklagte sei darauf hingewiesen worden, dass sie als buchführungs- und bilanzpflichtige Gesellschaft in der Lage sein müsse, aussagekräftige Dokumente über die wirtschaftlichen Verhältnisse vorzulegen. Trotz dieser Hinweise habe es die Beklagte nicht für nötig erachtet, die sachdienlichen Aufschlüsse über ihre finanziellen Verhältnisse vorzulegen. Der Vorinstanz angesichts des eigenen prozessualen Verhaltens vorzuwerfen, sie habe eine als bestehend erachtete Fragepflicht verletzt, gehe an der Sache vorbei. Die Beklagte lege im Übrigen nicht einmal heute aussagekräftige Unterlagen über ihre finanziellen Verhältnisse vor. So werde lediglich eine Erfolgsrechnung für das Jahr 2011, nicht aber eine Bilanz und auch nicht ein Revisionsstellenbericht für das entsprechende Geschäftsjahr vorgelegt, und es fehlten auch Unterlagen über das Geschäftsjahr 2012. Für den Eventualfall, dass das neu vorgelegte Dokument im Berufungsverfahren, die Erfolgsrechnung für das Jahr 2011, bedeutsam sei, äussert sich die Klägerin ausführlich dazu.

3.3.3 Die Vorinstanz erachtete eine nähere Feststellung des Sachverhalts sowie das damit verbundene Einholen der angebotenen Beweismittel nicht für notwendig, da ihr der Hinweis der Beklagten, sie könne keinen Mietzins über Fr. 150'000.– bezahlen, genügte. Denn daraus folgerte die Vorinstanz, es sei der Beklagten *immerhin* möglich, einen Mietzins bis Fr. 150'000.– aufzubringen. Damit vermöge die Beklagte den rechtsgenügenden Nachweis für das Vorliegen einer finanziellen Härte nicht zu erbringen. Ausserdem sei zu bemerken, dass die Beklagte diese Limite angesichts ihrer hohen Anforderungen an ein Ersatzobjekt wohl noch erhöhen müsse. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte nicht in der Lage sei, eine höhere Ablösesumme und jeden geforderten Mietzins zu bezahlen. Angesichts der Verhältnisse in der Stadt Zürich bezüglich Ladengeschäften enge dies die Möglichkeiten für die Beklagte ein (act. 32 S. 25).

3.3.4 Wie die Beklagte zutreffend ausführt, ist die richterliche Fragepflicht im vereinfachten Verfahren verstärkt. Der Richter hat eine höhere Mitwirkungspflicht als in Verfahren, die allein durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime bestimmt sind. Das Gericht hat darauf hinzuwirken, dass die Parteien erkennbar lückenhafte oder sonst wie ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Fraglich ist allerdings, inwieweit das Ausmass der richterlichen Hilfestellung davon abhängig zu machen ist, ob eine Partei im Verfahren anwaltlich vertreten ist oder nicht (vgl. Obergericht, II. Zivilkammer, Beschluss vom 17. April 2012, Geschäfts-Nr. NP110007, E. II/2.1.; ZK ZPO-Hauck, 2. Aufl. 2013, Art. 247 N. 14 und 17). Nach bundesgerichtlicher Auffassung ist sie bei anwaltlicher Vertretung wohl stark gemildert (vgl. ZK ZPO-Hauck, a.a.O., N. 17 mit Verweisen). Der Vorinstanz kann insofern nicht vorgeworfen werden, sie habe die anwaltlich vertretene Beklagte nicht eingehend über die finanziellen Verhältnisse befragt, zumal diese breite Ausführungen zu den finanziellen Verhältnissen gemacht und darüber hinaus Beweismittel angeboten hatte.

3.3.5 Zu prüfen bleibt hingegen, wie sich die Vorinstanz hinsichtlich der angebotenen Beweismittel hätte verhalten müssen, nachdem die Beklagte entsprechende Rüge erhoben hat und die Klägerin zu allem auch die Darstellung der Beklagten zu den wirtschaftlichen Verhältnissen auch im Berufungsverfahren in Frage stellt.

Art. 244 Abs. 3 lit. c ZPO verlangt die Einreichung der verfügbaren Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, als Klagebeilage. Aber damit ist keine gesetzliche Pflicht zur Nennung und Einreichung aller Beweismittel bereits vor der Hauptverhandlung statuiert, geschweige denn eine gar abschliessende Pflicht, Beweismittel nur vor der Hauptverhandlung beizubringen. Die frühzeitige Vorlage der relevanten Urkunden soll Gericht und Gegenpartei lediglich ermöglichen, sich bereits in einem frühen Verfahrensstadium ein Bild von der Streitsache zu machen und zu den Urkunden Stellung zu nehmen (vgl. zur gleichen Problematik im ordentlichen Verfahren Eric Pahud, DIKE-online-Komm-ZPO, Art. 221 N. 22). Beweismittel können im ordentlichen Verfahren denn auch noch mit der zweiten

Rechtsschrift oder in der Instruktionsverhandlung bzw. – wenn weder das eine noch das andere stattgefunden hat – zu Beginn der Hauptverhandlung eingereicht, d.h. genannt, werden (sinngemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO). Eine Verschärfung der Vorlageobliegenheit im vereinfachten Verfahren gegenüber dem ordentlichen Prozess und damit eine Pflicht zur Einreichung der Beweismittel vor einem allfälligen zweiten Schriftenwechsel oder vor der Hauptverhandlung stünde mit dem Charakter und dem Zweck dieser Verfahrensart in deutlichem Widerspruch (Obergericht, II. Zivilkammer, Beschluss und Urteil vom 22. November 2011, Geschäfts-Nr. PP110019; Obergericht, II. Zivilkammer, Beschluss vom 17. April 2012, Geschäfts-Nr. NP110007).

Es kann daher im Ergebnis festgehalten werden, dass die Beklagte rechtzeitig Beweismittel zu ihrer wirtschaftlichen Situation offeriert hatte.

Gemäss Art. 152 ZPO hat jede Partei das Recht auf Abnahme der von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel. Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, wie im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO, erhebt es die Beweise zudem von Amtes wegen (vgl. Art. 153 Abs. 1 ZPO). Auf die Abnahme von Beweismitteln kann immerhin dann verzichtet werden, wenn die angebotenen bzw. gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO allenfalls zusätzlich zu berücksichtigenden (weil erkennbar vorhandenen) Beweismittel untauglich sind. Dergleichen hat die Vorinstanz allerdings nicht festgehalten.

Verzichtet werden kann zudem auf die Abnahme dann, wenn der Sachverhalt in den rechtlich erheblichen Punkten bereits aus anderen Gründen feststeht. Vor der Vorinstanz war strittig (und ist es auch heute, wie vorhin vermerkt), ob sich die Beklagte auf eine Härte i.S. des Art. 272 OR aus wirtschaftlichen bzw. finanziellen Gründen berufen kann. Die Beurteilung dieser Frage hängt massgeblich von den Verhältnissen auf dem örtlichen Markt ab et vice versa: Eine finanzielle Härte ist dann zu verneinen, wenn die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt es der Beklagten ohne Mühe erlauben, im Rahmen der ihr zur Verfügung stehenden Mittel eine zumutbare Ersatzlösung zu finden. Und sie ist zu bejahen, wenn das nicht der Fall ist. Das verdeutlicht auch die Schlussfolgerung der Vo-

rinstanz, nur dass diese nicht stringent ist: Denn es besteht ein Widerspruch zwischen der Verneinung einer finanziellen Härte bei der Beklagten, wenn zugleich angenommen wird, deren finanzielle Verhältnisse engten angesichts der Verhältnisse in der Stadt Zürich bezüglich Ladengeschäften ihre Möglichkeiten ein, ein Ersatzobjekt zu finden. Entscheidend ist, wie stark die Möglichkeiten eingeengt sind, gerade auch mit Blick auf die Usanz im Bereich der Ladenmiete, an bisherige Mieter auch noch Schlüsselgelder bzw. Ablöse-gelder bezahlen zu müssen. Auch darauf verweist die Vorinstanz durchaus, wenn sie davon ausgeht, die Beklagte sei immerhin nicht in der Lage eine höhere Ablösesumme und jeden geforderten Mietzins zu bezahlen. Nur lässt sie offen, was denn aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Beklagten angebracht wäre, weil sie diese anhand der gegebenen Beweismittel gar nicht näher geprüft hatte und damit auch nicht die behauptete Härte. Der Sachverhalt ist daher in einem wesentlichen Teil ungeklärt geblieben und insoweit zu vervollständigen. Die Vorinstanz hätte das vermeiden können, indem sie der Beklagten in der Hauptverhandlung vom 31. Januar 2013 eine kurze Frist angesetzt hätte, um die offerierten Beweismittel einzureichen. Die Verhandlung hätte danach an einem späteren Datum fortgesetzt werden können und müssen.

Indem die Vorinstanz darauf verzichtete, der Beklagten Frist anzusetzen, um die offerierten Beweismittel einzureichen, verletzte sie insbesondere deren Recht auf Beweis (Art. 152 ZPO). Das Recht auf Beweis fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör und gründet in Art. 8 ZGB (vgl. ZK ZPO-Hasenböhler, 2. Aufl. 2013, Art. 152 N. 9).

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 16. April 2014  
Geschäfts-Nr.: NG130014-O/U