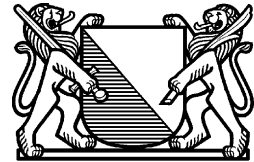


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD180010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin M^{Law} M. Schnarwiler

Urteil vom 22. November 2018

in Sachen

A._____,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ GmbH,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Kündigungsschutz / Anfechtung / Kostenvorschuss

Beschwerde gegen einen Beschluss des Mietgerichtes (Kollegialgericht) des Bezirkes Zürich vom 22. August 2018 (MB180022)

Erwägungen:

1.

1.1. A._____ (Klägerin und Beschwerdeführerin, fortan Beschwerdeführerin) und die B._____ GmbH (Beklagte und Beschwerdegegnerin, fortan Beschwerdegegnerin) schlossen am 30. August 2010 einen (Unter-) Mietvertrag über Geschäftsräume an der C._____ -Strasse ... in ... Zürich (act. 6/3/2). Im August 2011 gründete die Beschwerdeführerin die D._____ GmbH mit Domizil in den genannten gemieteten Geschäftsräumen und mit dem Zweck des Betriebs von Restaurants, ..., ... und weiteren Betrieben sowie dem Handel mit Waren aller Art (act. 6/1 S. 3 u. act. 6/3/3).

1.2. Mit zwei Kündigungen vom 9. Februar 2018 kündigte die Beschwerdegegnerin unter jeweiliger Verwendung des amtlich genehmigten Formulars das Mietverhältnis über die Geschäftsräume an der C._____ -Strasse ... in Zürich gegenüber der Beschwerdeführerin. Als Begründung ist einmal angeführt, die Kündigung erfolge, sofern zwischen den Parteien ein "faktisches / mietvertragsähnliches, etc. Vertragsverhältnis bestehen sollte". Die zweite Kündigung erfolgte mit der Begründung, "sofern der Lizenzvertrag vom 23. Dezember 2015 noch Gültigkeit hat" (act. 6/3/1). Ebenso sprach die Beschwerdegegnerin Kündigungen über dieselben Räumlichkeiten gegenüber der D._____ GmbH aus; offenbar besteht auf Seiten der Beschwerdegegnerin eine Unsicherheit, wer zum Zeitpunkt der Kündigungen Mieterpartei war (vgl. act. 2 Rz. 3 f.).

1.3. Die Beschwerdeführerin machte nach Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens und Erhalt der Klagebewilligung ihre Klage am 16. August 2018 beim Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz) anhängig mit dem Begehren, die beiden Kündigungen seien für unwirksam zu erklären, eventualiter sei das Mietverhältnis zu erstrecken. Das Mietgericht behandelt diese Klage im Verfahren MB180022. Mit Beschluss vom 22. August 2018 wurde die Beschwerdeführerin zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 11'930.- verpflichtet (act. 3 = act. 5 = act. 6/8).

Aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin ergibt sich, dass unter der Verfahrensnummer MB180023 bei der Vorinstanz ebenfalls ein Verfahren der

D._____ GmbH hängig ist, in welchem diese die gegen sie ausgesprochenen Kündigungen der Beschwerdegegnerin anfecht; im Rahmen jenes Verfahrens wurde ebenfalls ein Kostenvorschuss in derselben Höhe einverlangt (act. 2 Ziff. 3 ff.). Die Höhe dieses Vorschusses ist Gegenstand des Verfahrens PD180011 am Obergericht.

1.4. Gegen den im hier relevanten Verfahren ergangenen Beschluss zur Leistung eines Kostenvorschusses erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 3. September 2018 Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

1. Es sei der Beschluss des Mietgerichts Zürich vom 22. August 2018 (Geschäftsnummer MB180022) aufzuheben und
2. es sei die Beschwerdeführerin zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von maximal Fr. 5'000.– zu verpflichten oder
3. eventualiter zu Ziffer 2 sei die Beschwerdeführerin zur Leistung eines angemessenen Gerichtskostenvorschusses zu verpflichten;
4. eventualiter zu den Ziffern 2 bis 3 sei die Sache zur Neufestsetzung des Gerichtskostenvorschusses an die Vorinstanz zurückzuweisen;
5. es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren;
6. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zulasten der Beschwerdegegnerin.

1.5. Mit Verfügung vom 6. September 2018 wurde auf das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten mit dem Hinweis, es werde von einem eventualiter gestellten Gesuch um Fristerstreckung ausgegangen und die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses könne vor dem Entscheid über die Beschwerde nicht (säumniswirksam) ablaufen. Sodann wurde die Beschwerdeführerin zur Leistung eines Kostenvorschusses über Fr. 800.– verpflichtet und die Prozessleitung delegiert (act. 7). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 8/1 i.V.m. act. 9).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–10). Vom Beizug der Akten des Verfahrens MB180023 wurde – entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin – abgesehen. Sie sind für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde nicht notwendig. Weiter wurde davon abgesehen, eine Beschwerdean-

twort einzuholen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Beschwerdegegnerin ist mit dem Entscheid ein Doppel von act. 2 zuzustellen.

2.

2.1. Entscheide über die Leistung von Sicherheiten und Vorschüssen sind selbstständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 103 ZPO).

Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Umfasst wird davon auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.2. Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde aus, sie gehe davon aus, Mieterin der Geschäftsräume sei zum Zeitpunkt der Kündigungen die D._____ GmbH gewesen. Indes bestehe seitens der Beschwerdegegnerin diesbezüglich zumindest Unsicherheit, weshalb diese diverse Kündigungen sowohl gegenüber der Beschwerdeführerin als auch gegenüber der D._____ GmbH ausgesprochen habe. Entsprechend würden in den vorinstanzlichen Verfahren mit den Verfahrensnummern MB180022 und MB180023 einmal durch die Beschwerdeführerin und einmal durch die D._____ GmbH diverse Kündigungen für dieselben Geschäftsräume an der C._____ -Strasse ... in ... Zürich angefochten.

Bei Kündigungen an zwei verschiedene Parteien über dieselben Geschäftsräume infolge Unsicherheit über die Mieterpartei zum Zeitpunkt der Kündigung sei es zwingende Konsequenz, dass die Beschwerdegegnerin in einem der Verfahren

unterliegen werde, und entsprechend gingen auch die Kosten eines der Verfahren zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Eine Kündigungen gegenüber einer Nichtvertragspartei sei ohnehin als nichtig zu qualifizieren und die Nichtigkeit sei von Amtes wegen zu beachten. Entsprechend wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, vorab die Nichtigkeit der entsprechenden Kündigungen festzuhalten, anstatt in beiden Verfahren die üblichen Gerichtskosten einzuverlangen und damit in einem Verfahren diesen Vorschuss trotz nichtiger Kündigung zusätzlich zum Gerichtskostenvorschuss für die Anfechtung der "richtigen" Kündigung aufzuerlegen. So seien sowohl die Beschwerdeführerin als auch die D._____ GmbH der Auffassung, dass der Vertrag auf Letztere laute und die Beschwerdeführerin infolge Übertragung ihrer Stammanteile an E._____ überdies über kein eigenes Interesse an der Miete der Geschäftsräume mehr verfüge, weshalb die D._____ GmbH zusätzlich zu den ihr in ihrem Verfahren anfallenden Kosten die Kosten für die Abwehr der Kündigungen, welche gegenüber der Beschwerdeführerin ausgesprochen worden seien, übernehme. Eine Zahlung für beide Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 23'860.– sei indes für den Betrieb der D._____ GmbH eine ausserordentlich hohe Summe, deren Leistung innert 10 Tagen nicht ohne weiteres machbar sei. Ohnehin erscheine es unbillig, dass die Beschwerdegegnerin durch mehrere Kündigungen gegenüber verschiedenen Parteien die Kostenhürde verdopple (act. 2).

3.2. Gestützt auf Art. 98 ZPO kann das Gericht einen Vorschuss verlangen. Die Erhebung eines Kostenvorschusses gehört zur Verfahrensleitung und wird üblicherweise nach Eingang der Klage und vor Zustellung an die Gegenpartei erhoben. Zum Vorschuss verpflichtet ist die klagende Partei. Klagende Partei ist, wer dem Gericht die Prüfung eines Rechtsanspruchs beantragt. Von der beklagten Partei darf hingegen kein Vorschuss verlangt werden (vgl. zum Ganzen: URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 98 N 3 ff.). Obere Grenze des Gerichtskostenvorschusses sind die mutmasslichen Gerichtskosten. Im Zeitpunkt der Einforderung des Vorschusses muss das Gericht die mutmasslichen Gerichtskosten unter Berücksichtigung des Tarifs, welcher in erster Linie, aber nicht nur, auf dem Streitwert beruht, abschätzen (vgl. BGer 4A_186/2012 vom 19. Juni 2012, E. 6). Da das Einverlangen eines Kostenvorschusses nicht zwin-

gend ist, räumt Art. 98 ZPO dem Gericht ein grosses Ermessen ein und es kann aus Billigkeitsgründen auf einen Vorschuss auch ganz oder teilweise verzichten; insbesondere liegt es auch im Ermessen des Gerichts, auf die finanzielle Leistungsfähigkeit und/oder die finanzielle Liquidität einer vorschusspflichtigen Partei bei der Festlegung des Vorschusses gebührend Rücksicht zu nehmen (vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 98 N 2).

3.3.1 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass vor Vorinstanz durch zwei verschiedene Klägerinnen – einmal durch die Beschwerdeführerin, einmal durch die D. _____ GmbH – zwei verschiedene Verfahren eingeleitet wurden, welche auch unter zwei unterschiedlichen Verfahrensnummern angelegt wurden und unabhängig voneinander geführt werden.

3.3.2 Wie gezeigt, liegt es im (pflichtgemässen) Ermessen der Vorinstanz, ob und in welcher Höhe sie für ein eingeleitetes Verfahren einen Vorschuss einverlangt. Ein Vorschuss kann bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden. Der hier verlangte Vorschuss von Fr. 11'930.– liegt mit Blick auf den von der Vorinstanz angenommenen und von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellten Streitwert von Fr. 357'000.– und unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen zur Festsetzung der Gerichtskosten (§ 4 u. § 7 lit. a der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG]) im zulässigen Rahmen – die Vorinstanz hat das ihr zustehende Ermessen insoweit nicht überschritten.

3.3.3 Es ist auch nicht zu bemängeln, wenn die Vorinstanz für zwei Verfahren, deren jeweiliger Ausgang *allenfalls* einen Einfluss auf den Ausgang des anderen Verfahrens haben kann, je einen vollen Kostenvorschuss verlangt. Weder ist eine Grundlage dargetan, noch ist eine solche ersichtlich, gestützt auf welche die Vorinstanz in einem solchen Fall verpflichtet wäre, am Ende in jedem der zwei Verfahren geringere Gerichtskosten festzusetzen und folglich auch einen geringeren Vorschuss zu verlangen. Es werden unabhängig vom jeweiligem Ausgang für jedes Verfahren Gerichtskosten anfallen, welche unter jeweiliger Berücksichtigung auch des Streitwerts zu bemessen sein werden. In diesem Sinne verfängt das Argument der Beschwerdeführerin nicht, es sei zwingende Konsequenz und daher bei der Festsetzung des Kostenvorschusses zu berücksichtigen, dass die Be-

schwerdegegnerin zumindest in einem der Verfahren unterliegen werde, nicht. Der Kostenvorschuss kann – wie gezeigt – nur bei der *klagenden* Partei eingeholt werden, selbst wenn allfällige Umstände von Anbeginn an für deren Obsiegen sprechen sollten. Zweckgedanke des Kostenvorschusses ist es, das Inkassorisiko des Kantons zu minimieren, weshalb das Risiko auf die klagende Partei – welche das Verfahren im Endeffekt verursacht hat – überwälzt wird (vgl. z.B. BK ZPO-STERCHI, Art. 98 N 2 ff.; KUKO ZPO-SCHMID, 2. Aufl. 2014, Art. 98 N 1 f.). Dass sie im Falle des Obsiegens das Inkassorisiko trägt, ist vom Gesetzgeber durch Erlass der entsprechenden Regelung bewusst so gewollt (vgl. Art. 111 ZPO) und stellt für eine klagende Partei – selbst bei guten Prozesschancen – ein übliches und bekanntes Verfahrensrisiko dar, und es ist nicht zu bemängeln, wenn die Vorinstanz im Rahmen ihrer Prozessleitung für jedes der Verfahren einen Kostenvorschuss in voller Höhe einverlangt.

3.3.4.1 Eine Berücksichtigung eines anderen Verfahrens bei Festsetzung des Kostenvorschusses durch die Vorinstanz erschiene aber auch aus anderen Überlegungen als problematisch: So stehen sich in den beiden Verfahren andere Parteien gegenüber, sind doch die Klägerinnenseiten nicht identisch. Zwar kann es so sein, dass die Klägerinnen im Hintergrund wie eine Partei handeln und daher über beide Verfahren vollständig informiert sind. Davon durfte die Vorinstanz aber nicht von sich aus ausgehen, nachdem entsprechendes nicht vorgebracht wurde. Die Interessenlagen der zwei Klägerinnen sind zudem objektiv gesehen unterschiedlich bzw. einander entgegengesetzt. Das alles rechtfertigt sachlich durchaus eine getrennte Behandlung ihrer Klagen.

3.3.4.2 Die Beschwerdeführerin hat es im Übrigen versäumt, bereits im vorinstanzlichen Verfahren von sich aus darauf hinzuweisen, dass die D._____ GmbH sämtliche Kosten auch für die Abwehr der Kündigungen der Beschwerdeführerin übernehme, da letztere aufgrund der Übertragung ihrer Stammanteile an E._____ kein eigenes Interesse mehr am Ausgang des Verfahrens habe, und für die D._____ GmbH die Leistung beider Vorschüsse innert zehn Tagen nicht ohne Weiteres machbar sei. Diese Vorbringen erfolgen das erste Mal vor Rechtsmittelinstanz, weshalb sich die Vorinstanz nicht damit auseinandersetzen konnte, und

es sich bei ihnen ohnehin um ein im Beschwerdeverfahren unbeachtliches Novum handelt (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Auch das Argument, als Folge des Fehlens eines Vertragsverhältnisses zu einer der klagenden Parteien seien die Kündigungen zumindest in einem der Verfahren nichtig, was das Gericht von Amtes wegen festzustellen habe und was gegen die Einholung eines Vorschusses in einem der beiden Verfahren spreche, erfolgt verspätet und verfängt ohnehin nicht: Entgegen der Beschwerdeführerin ist keine Grundlage ersichtlich und auch nicht dargetan, gestützt auf welche das Gericht gehalten wäre, *zuerst* in einem Verfahren die Nichtigkeit einer Kündigungen festzustellen, bevor es einen Kostenvorschuss festsetzt. Selbst im Falle der Bejahung der Nichtigkeit werden Gerichtskosten anfallen, für die sich das Einholen eines Vorschusses rechtfertigt.

3.3.4.3 Unabhängig vom eben Dargelegten gilt auch Folgendes: Selbst wenn vor Vorinstanz Umstände geltend gemacht worden wären, aus welchen diese hätte schliessen müssen, dass die Leistung eines Vorschusses aufgrund finanzieller Umstände Schwierigkeiten bereiten könnte, oder dass sämtliche Vorschüsse für die zwei voneinander unabhängig geführten Verfahren von der D._____ GmbH geleistet würden, wäre es nicht Sache des Gerichts gewesen, zu prüfen, was für Abreden zwischen Verfahrens- und Nichtverfahrensparteien (worum es sich bei der D._____ GmbH für das vorliegende Verfahren handelt) zur Tragung der Verfahrenskosten resp. zur Leistung eines Kostenvorschusses bestehen, und ob es durch diese internen Abreden allenfalls für eine der Parteien zu einer faktischen Verdoppelung der "Kostenhürde" kommt. Die vorinstanzlichen Verfahren wurden von zwei verschiedenen Klägerinnen eingeleitet und es ist jeweils die klagende Partei, welche für die Leistung des Vorschusses besorgt zu sein hat und für diese besteht die gesetzlich vorgesehene "Verfahrenshürde" des Kostenvorschusses nur einmal. Sollte es im Hinblick auf die Leistung des Vorschusses sodann – wie von der Beschwerdeführerin nun geltend gemacht – allenfalls an der Dauer der festgesetzten Frist scheitern resp. diese zu Schwierigkeiten führen, ist sie darauf hinzuweisen, dass ihr die Möglichkeit offen gestanden hätte, vor Vorinstanz eine Erstreckung der Frist oder allenfalls auch eine Ratenzahlung zu beantragen.

3.3.5 Nur der Vollständigkeit halber ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass ein unbilliges Verhalten der Beschwerdegegnerin darin, dass sie die Kündigungen sowohl gegenüber der Beschwerdeführerin als auch gegenüber der D. _____ GmbH aussprach, um angeblich die Kostenhürde für die Anfechtung zu verdoppeln, nicht zu erkennen ist. Dieses Argument der Beschwerdeführerin verfängt wie gezeigt schon deshalb nicht, weil es sich bei den Klägerinnen in den zwei Verfahren nicht um eine identische Person handelt, weshalb die Kostenhürde jeweils ohnehin nur einmal gegeben ist. Hinzu kommt die Unklarheit, wer Vertragspartei ist. Dass die Beschwerdegegnerin eine solche Unklarheit wider besseres Wissen vortrage, behauptet die Beschwerdeführerin nicht, und das doch wohl zu Recht.

3.4. Der von der Vorinstanz auferlegte Kostenvorschuss ist mit Blick auf das Ausgeführte nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 325 Abs. 1 ZPO), weshalb die von der Vorinstanz angesetzte Frist zur Leistung des Kostenvorschusses trotz Rechtsmittelerhebung weiterlief. Jedoch wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerdeführerin nach ständige Praxis der Kammer als sinngemäss eventualiter gestelltes Gesuch um Fristerstreckung entgegengenommen (vgl. E. 1.5.). Die Vorinstanz wird der Beschwerdeführerin daher die Frist zu Leistung des Kostenvorschusses neu anzusetzen haben.

5.

Die Entscheidgebühr im Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1–2 GebV OG und unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 6'930.– (im Hauptantrag beantragte Reduktion des Vorschusses) auf Fr. 800.– festzusetzen.

Die Beschwerdeführerin unterliegt und wird daher für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, 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 innert 10 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 beträgt Fr. 6'930.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
23. November 2018