

# **ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MB160030-L vom 26. Juni 2017**

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2017-06-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_MB160030-L](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MB160030-L)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MB160030-L du 26 juin 2017

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MB160030-L del 26 giugno 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Missbräuchlichkeit der Kündigung [1.1-2 Parteistandpunkte]

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Das bedeutet einerseits, dass konkrete Rechtsmittelanträge zu stellen sind. Dabei darf nicht nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheides verlangt werden, vielmehr müssen auch Anträge zur Sache gestellt werden. Diese müssen bestimmt sein und es muss aus ihnen ersichtlich sein, wie genau die Rechtsmittelinstanz entscheiden soll. Sind die Berufungsanträge unklar formuliert, sind sie nach den allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben auszulegen. Genügt ein Antrag den Anforderungen nicht, ist darauf nicht einzutreten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 34 f. m.w.H.). Im Rahmen der Begründung ist andererseits darzulegen, an welchen Mängeln der vorinstanzliche Entscheid leidet. Der Berufungskläger hat sich mit anderen Worten mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und im Einzelnen aufzuzeigen, aus welchen Gründen er falsch ist. Das gilt auch im Bereich der – hier zur Anwendung gelangenden (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) – sozialen Untersuchungsmaxime. Genügt die Begründung den Anforderungen nicht, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 ff. m.w.H.).

#### **E. 1.2**

Mit den in der Berufungsschrift vom 24. Juli 2017 gestellten Anträgen er sucht die Mieterin nicht nur um Aufhebung des angefochtenen Entscheides, sondern führt grundsätzlich auch auf, wie die Rechtsmittelinstanz in der Sache entscheiden soll. Allerdings erweist sich der Eventualantrag betreffend die Erstreckung als zu unbestimmt: Es geht daraus nicht hervor, wie lange das Mietverhältnis erstreckt werden soll. Auch der Begründung lässt sich dies nicht entnehmen.

- 15 - Da im Antrag aber auf eine gesetzliche Bestimmungen zur Erstreckung verwiesen wird, lässt sich das Begehren jedoch dahingehend auslegen, dass die Mieterin die maximal mögliche Erstreckungsdauer von sechs Jahren im Sinne von Art. 272b Abs. 1 OR beantragt. Davon ausgehend kann auf den Antrag eingetreten werden.

#### **E. 1.3**

Was die Begründung betrifft, so macht die Vermieterin geltend, die Kritik der Mieterin sei rein appellatorischer Natur; sie erkläre nicht, welche Stellen des angefochtenen Entscheides nicht korrekt seien und setze sich mit der stringenten und nachvollziehbaren Begründung

der Vorinstanz nicht auseinander. Zudem enthalte die Berufung diverse unzulässige Noven. Da die Mieterin im Hintergrund von einem Rechtsanwalt vertreten werde, gälten für sie keine herabgesetzten Anforderungen. Auf die Berufung sei daher nicht einzutreten. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Mieterin geht auf die von der Vorinstanz behandelten Fragen ein und legt grundsätzlich dar, weshalb die entsprechenden Erwägungen ihrer Ansicht nach falsch seien. Es ist daher von einer den Anforderungen genügenden Begründung auszugehen und auf die Berufung einzutreten. Ob die Argumente der Mieterin inhaltlich zu überzeugen vermögen oder nicht – etwa weil sie sich auf unzulässige Noven stützen –, ist eine andere Frage, auf welche nachfolgend einzugehen sein wird.

#### **E. 1.4**

Würdigung Im Folgenden sind die vier geltend gemachten Kündigungsgründe auf ihre Zulässigkeit hin zu untersuchen. Die Klägerin kündigte das Mietverhältnis unter anderem mit der Begründung "Änderung des Verwendungszweckes" und "Nichteinhaltung des vertraglich vereinbarten Verwendungszweckes". Unbestritten ist, dass im Mietvertrag vom 7./9. September 2004 bzw. in der dazugehörigen Zusatzvereinbarung als Verwendungszweck die Nutzung des Lokals als "Fashion Galerie" vereinbart wurde und die Beklagte seit Oktober 2004 das Lokal als Take-away und Getränk Laden nutzte. Strittig ist dagegen, ob die Klägerin ihre Einwilligung zu dieser Nutzungsänderung erteilt hat. Die Beklagte machte dabei geltend, dass sie von P., der bis Ende 2004 als Verwalter für die Klägerin tätig war, eine ausdrückli-

- 5 - che, mündliche Bewilligung zum Betrieb eines Take-aways und Getränk Ladens im Lokal erhalten habe und ihr daher nicht vorgeworfen werden könne, sie halte den Verwendungszweck nicht ein. Die Klägerin brachte demgegenüber vor, dass sie dieser Nutzungsänderung nie zugestimmt habe und sie mit der Nutzung des Ladenlokals als Take-away und Getränk Laden bis heute nicht einverstanden sei. Sollte sich herausstellen, dass P. der Beklagten tatsächlich eine solche Zustimmung erteilt habe, wolle die Klägerin nun diesen Verwendungszweck ändern. Mit den beiden Kündigungsgründen "Änderung des Verwendungszweckes" und "Nichteinhaltung des vertraglich vereinbarten Verwendungszweckes" wird deutlich, dass die Klägerin mit der aktuellen Nutzungsart des Ladenlokals nicht (bzw. nicht mehr) einverstanden ist. Mit der Kündigung verfolgte sie offensichtlich die Absicht, die Nutzung des Ladenlokals wieder in den Modebereich zurückzuführen. Wird der klägerischen Überzeugung gefolgt, dass die Beklagte nie eine Zustimmung zur Nutzungsänderung erhalten habe und somit der vereinbarte Verwendungszweck nicht eingehalten wurde, läge tatsächlich eine "Nichteinhaltung des vertraglich vereinbarten Verwendungszweckes" und damit ein Kündigungsgrund vor. Gestützt auf ihre Überzeugung wies die Klägerin die Beklagte mit [ihren diversen zitierten] Schreiben darauf hin, dass sie mit der Nutzung des Lokals als Take-away bzw. Getränk Laden nicht einverstanden sei. Es ist daher naheliegend, dass die Klägerin sodann auch bei der Kündigung diese Ansicht vertrat und die Nichteinhaltung des Verwendungszwecks als einen Kündigungsgrund angab. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin sehr lange mit der Kündigung zugewartet hat. So forderte sie die Beklagte bereits ein Jahr nach Vertragsschluss unter Kündigungsandrohung auf, das Lokal wie vertraglich vereinbart als Fashion Galerie und nicht als Take-away zu nutzen, kündigte das Mietverhältnis aber trotz Wissen um die Verwendung des Lokals als Take-away bzw. Getränk Laden schliesslich erst im Jahr 2016, mithin mehr als 10 Jahre später. Die Klägerin hat die Beklagte aber nachweislich mehrfach darauf hingewiesen, dass sie mit der Nutzung des

Ladenlokals als Take-away bzw. Getränk Laden nicht einverstanden sei. Von einem widerspruchslosen Dulden dieser Nutzungsart kann somit nicht die Rede sein. Zwischen den einzelnen Schreiben liegen zwar teils

- 6 - mehrere Jahre, sodass anzunehmen ist, dass die Klägerin die Nutzungsänderung wohl zeitweise auf Zusehen hin tolerierte. Die Beklagte konnte jedoch nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin ihr nicht doch einmal aufgrund dieser Nutzungsänderung kündigen werde, insbesondere wenn sich die bisherigen Umstände verändert haben und nachdem der Versuch einer Kompromisslösung in Form eines neuen Vertrags gescheitert war. Wird der Überzeugung der Beklagten gefolgt, dass P. als damaliger Vertreter der Klägerin der Änderung des Verwendungszweckes zugestimmt habe, ist der Kündigungsgrund "Änderung des Verwendungszweckes" zu prüfen. Auch die Klägerin schloss im Zeitpunkt der Kündigung offenbar nicht ganz aus, dass P. der Beklagten eine Zustimmung zur Änderung des Verwendungszweckes erteilt hatte bzw. dass diesbezüglich ein Missverständnis zwischen den Parteien vorgelegen haben musste, zumal die Beklagte vehement den Standpunkt vertrat, eine Zustimmung zum Take-away-Betrieb erhalten zu haben und die Einwände der Klägerin grösstenteils ignorierte oder bestritt. Dementsprechend führte die Klägerin als weiteren Kündigungsgrund die Änderung des aktuellen Verwendungszweckes an, und zwar unabhängig davon, ob dieser nun damals bewilligt worden ist. Es kann offen bleiben, ob P. der Beklagten im Jahr 2004 eine Zustimmung zum Take-away Betrieb und Getränk Laden erteilt hatte oder nicht, und eine entsprechende Zeugenbefragung kann unterbleiben. Denn ginge man davon aus, dass er der Beklagten keine Zustimmung zur Zweckänderung erteilt hatte, so hätte die Klägerin – wie weiter oben bereits ausgeführt – zu Recht immer wieder die Nichteinhaltung des vereinbarten Verwendungszweckes moniert und schliesslich mitunter aus diesem Grund gekündigt. Ginge man umgekehrt davon aus, dass P. die Zweckänderung bewilligt hatte, hätte die Klägerin folglich fälschlicherweise angenommen, dass die Beklagte keine Zustimmung zum Betrieb eines Getränk Ladens bzw. Take-away hatte. Dennoch wäre die Klägerin berechtigt, diese damalige Bewilligung mit der Kündigung zu widerrufen bzw. mittels Kündigung den Verwendungszweck erneut zu ändern, sofern sich die Umstände verändert haben und eine Neuurteilung sowie ein allfälliger Widerruf der erteilten Zustimmung als legitim erscheinen.

- 7 - Grundsätzlich ist es als durchaus legitim zu erachten, dass die Klägerin das Ladenlokal wieder in den Bereich "Mode" zurückführen möchte, dies umso mehr als der Take-away-Betrieb resp. der Getränk Laden den Whiskey Laden und das Restaurant, welche ebenfalls in der Liegenschaft eingemietet sind, zu Konkurrenzieren scheint. Auch die Beklagte hat nicht bestritten, dass es zu Unstimmigkeiten zwischen ihr und den Mietern der benachbarten Mietobjekte kam. Namentlich fühlten sich der Restaurantbetrieb sowie Q., der Inhaber des Whiskey Ladens, durch die Beklagte konkurrenziert, da sie in ihrem Geschäft Speisen verkaufte, während der Street Parade ein Barbecue veranstaltete und Single Malt Whiskey im Schaufenster ausstellte und verkaufte. Mit der Änderung des Verwendungszweckes kann die Klägerin solchen Problemen entgegenwirken. [W]enn sich zwei Mietparteien streiten, [ist] es der Vermieterschaft freigestellt ..., welcher Partei sie notfalls den Mietvertrag kündigt, wenn sich keine andere, mildere Lösung abzeichnet. [... E]ntgegen der Vorbringen der Beklagten, Grund für die Kündigung seien die Streitigkeiten mit dem Inhaber des Whiskey Ladens gewesen, [scheint der Streit] keinen selbständigen Kündigungsgrund für die Klägerin dargestellt zu haben. Anzeichen dafür, dass die

Auseinandersetzungen den einzigen wahren Grund für die Kündigung dargestellt haben und die angegebenen Kündigungsgründe lediglich vorgeschoben sind, bestehen jedenfalls keine. Denkbar ist natürlich, dass diese Streitigkeiten in den Entscheidungen der Klägerin einflusslos sind, den Verwendungszweck zu ändern, was aber nicht zu beanstanden wäre. Weiter erscheint die angestrebte Zweckänderung auch legitim, da die Beklagte – wie sie selber ausführte – das Ladenlokal aus gesundheitlichen Gründen seit ein paar Jahren nicht mehr so oft und nur von 12:00 Uhr bis 14:00 Uhr sowie von 17:00 Uhr bis 24:00 Uhr geöffnet hat, sofern das Wetter schön ist. (...) Unbestritten blieben auch die klägerischen Ausführungen, dass spätestens seit dem 21. März 2016 und bis mindestens zum 2. März 2017 ein Schild an der Tür des Ladenlokals angebracht gewesen sei, mit welchem die Beklagte sinngemäss mitteilte, die Öffnungszeiten des Geschäfts seien wegen ihres Gesundheitszustandes unregelmässig, man solle sie bei Bedarf aber anrufen, sie sei dann gleich vor Ort. Der Rechtsvertreter der Klägerin führte weiter aus, regelmässig am Ladenlo-

- 8 - kal vorbeizufahren, wobei dieses im Frühling, anfangs Juni 2016 sowie auch am Verhandlungstag tagsüber nicht geöffnet gewesen sei. Auch diese Ausführungen blieben unwidersprochen. Die Klägerin hat aber ein berechtigtes Interesse daran, dass ihre Gewerberäume an guter Passantenlage auch tagsüber geöffnet und bewirtschaftet sind. In diesem Sinne ist wohl auch der dritte Kündigungsgrund "Nichteinhaltung der orts- und branchenüblichen Öffnungszeiten" zu verstehen. Zwar hatten die Parteien keine konkreten Öffnungszeiten vereinbart, jedoch wurde in den Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Geschäftsräume unter Ziffer 4 lit. B festgehalten, dass den Mieter eine Gebrauchspflicht treffe, wenn es die Werterhaltung der Liegenschaft oder der Mietsache erfordere. Insbesondere bei Gaststätten und Verkaufsläden solle sich der Geschäftsbetrieb an die orts- und branchenüblichen Öffnungszeiten halten. Ob Öffnungszeiten von 12:00 Uhr bis 14:00 Uhr und von 17:00 Uhr bis 24:00 Uhr – je nach Sichtweise – für eine Fashion Galerie oder aber für einen Take-away und Getränk Laden als orts- und branchenüblich gelten, kann vorliegend offengelassen werden. Denn wenn ein Laden werktags nicht täglich, sondern nur ab und zu geöffnet hat, ist dies unzweifelhaft nicht orts- und branchenüblich und macht auf einen Aussenstehenden den Eindruck, als würde ein Geschäft an diesem Standort nicht rentieren, was sich nicht gerade werterhaltend auf die Liegenschaft auswirkt. Das Interesse der Klägerin daran, dass das Ladenlokal auch tagsüber regelmässig geöffnet hat und der Geschäftsraum aktiv bewirtschaftet wird, erscheint legitim, weshalb die angestrebte Zweckänderung auch unter diesem Aspekt nachvollziehbar ist und sich überdies der angegebene Kündigungsgrund der "Nichteinhaltung der orts- und branchenüblichen Öffnungszeiten" als zutreffend erweist. Die Absicht, die Nutzung des Ladenlokals wieder in den Modebereich zurückzuführen, ist sodann auch aus dem Kündigungsgrund "Mietobjekt wird an einen Mitmieter vermietet zwecks Vergrösserung dessen Verkaufsfläche" ersichtlich. Die Klägerin machte geltend, im Frühling 2016 habe R., der Mieter des Business-Kleiderladens im EG neben der Beklagten, gefragt, ob die Möglichkeit bestehe, zusätzliche Flächen zu mieten. Daraufhin habe sich die Klägerin (...) entschlossen, der Beklagten das Mietverhältnis zu kündigen, zumal deren Ladenlokal seit dem 21. März 2016 fast immer geschlossen gewesen sei. Die Klägerin sei unter

- 9 - anderem davon ausgegangen, dass die Beklagte gar kein Interesse mehr an der Führung des Ladenlokals gehabt habe. Die Klägerin reichte dazu eine von R. un-terzeichnete Bestätigung vom 25. Juli 2016 ein, in welcher dieser ausführte, er sei interessiert, das Lokal

an der M./N.-Strasse, mithin das Ladenlokal der Beklagten, schnellstmöglich und langfristig als Änderungsatelier anzumieten. Die Beklagte bestritt die Echtheit dieser Bestätigung nicht, stellte jedoch das Interesse von R. an der zusätzlichen Ladenfläche in Frage. Es sei unglaubwürdig, dass dieser seine Verkaufsfläche vergrössern wolle, indem er ihr Lokal miete, denn sein Laden befinde sich am anderen Ende des Erdgeschosses und zwischen ihrem Lokal und seinem befänden sich noch der Whiskeyladen und das Restaurant. Zudem sei ihr Lokal mit 21 m<sup>2</sup> viel zu klein, um für ihn interessant zu sein, habe er ja bereits ein Ladenlokal mit einer Fläche von etwa 300 bis 400 m<sup>2</sup>. Da sich bereits drei angegebene Kündigungsgründe als nicht missbräuchlich erwiesen haben, kann grundsätzlich offenbleiben, ob der geltend gemachte Kündigungsgrund "Mietobjekt wird an einen Mitmieter vermietet zwecks Vergrösserung dessen Verkaufsfläche" ebenfalls nicht missbräuchlich ist. Ein entsprechendes Beweisverfahren, insbesondere die Zeugeneinvernahme von R., kann deshalb unterbleiben. Festzuhalten bleibt in diesem Zusammenhang aber, dass die Klägerin mittels eines Grundrissplans nachvollziehbar darlegen konnte, dass R. das Ladenlokal der Beklagten nicht als weitere Verkaufsfläche, sondern als Änderungsatelier nutzen würde, um so die Verkaufsfläche in seinem bisherigen Mietobjekt im Umfang der Fläche des bisherigen Änderungsateliers ausdehnen zu können. Dies lässt sich auch dem Schreiben von R. entnehmen. Am Interesse von R. scheinen keine ernsthaften Zweifel zu bestehen und es ist zudem legitim, ein Mietverhältnis aufzulösen, um einem anderen Mieter die Vergrösserung seiner Geschäftsfläche zu ermöglichen. Folglich scheint auch dieser Kündigungsgrund nicht missbräuchlich. (...)

## **E. 2**

Von der Vermieterin vorgebrachte Kündigungsgründe

### **E. 2.1**

Ihr kann nicht gefolgt werden, wenn sie vorbringt, die Vorinstanz hätte von Amtes wegen Einblick ins Grundbuch nehmen und im Hinblick auf die Prozessvoraussetzung des schutzwürdigen Interesses (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) die Eigentumsverhältnisse an der Liegenschaft abklären müssen, in denen sich die gemieteten Räumlichkeiten befinden. Die Beschwerdeführerin hat die von der Beschwerdegegnerin am 9. Juni 2016 ausgesprochene Kündigung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietverhältnisses bei der Schlichtungsbehörde angefochten. Nachdem diese den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreitet hatte, der die Kündigung für ungültig erklärte, konnte der Beschwerdegegnerin ein schutzwürdiges Interesse an der Klage nicht abgesprochen werden, hätte der Urteilsvorschlag doch sonst nach Art. 211 Abs. 3 ZPO als anerkannt gegolten und die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids gehabt.

- 31 - Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin konnte der Beschwerdegegnerin ein schutzwürdiges Interesse an der Klage nicht mit dem Einwand angesprochen werden, sie sei in Tat und Wahrheit gar nicht Vermieterin gewesen. Die Vorbringen zur Vermieterstellung der Beschwerdegegnerin betreffen nicht die - von Amtes wegen zu prüfende (Art. 60 ZPO) - Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, sondern die Aktivlegitimation und damit die materielle Begründetheit des eingeklagten Anspruchs (Urteil 4A\_35/2008 vom 13. Juni 2008 E. 2.3). Entsprechend erübrigte sich eine amtswegige Tatsachenforschung, wie sie von der Beschwerdeführerin unter Berufung auf Art. 60 ZPO und das Urteil 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017 gefordert wird, und es braucht auf die Ausführungen in der Beschwerdeschrift zur Zulässigkeit von Noven im

Berufungsverfahren nicht eingegangen zu werden. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht ist der Vorinstanz keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen, indem sie die Prozessvoraussetzungen als erfüllt erachtete. Von nichtigen Entscheiden kann keine Rede sein.

#### **E. 2.1.4**

Gemäss Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Dies ist etwa bei widersprüchlichem Verhalten der kündigenden Partei der Fall, beispielsweise wenn entgegen einer zuvor gegebenen Zusage gekündigt wird (ZK-HIGI, Art. 271 N 68 f.). Auch ist es treuwidrig, sich bei der Kündigung auf einen Umstand – wie etwa eine nicht vertragskonforme Nutzung – zu berufen, der bei Vertragsabschluss bekannt war oder während einer langen Zeitperiode trotz Kenntnis toleriert wurde (BGer 4A\_583/2008 vom 23. März 2009 E. 5.1; BSK OR I-WEBER,

#### **E. 2.1.5**

Da die Vorinstanz zur Frage, ob die Vermieterin der Nutzung des Mietobjektes als Take-away und Getränkeladen zustimmte, kein Beweisverfahren durchführte, ist dieser Umstand nach wie vor ungeklärt. Wie aufzuzeigen sein wird, ist das Resultat jedoch in beiden Fällen dasselbe, sodass es dabei bleiben kann.

#### **E. 2.1.6**

Erteilte die Vermieterin der Mieterin im Oktober 2004 die Zustimmung zur Führung eines Take-away und Getränkeladens, so hätte sie sich mit einer Kündigung wegen dieser Verwendung widersprüchlich verhalten. Dies würde zur Ungül-

- 17 - tigkeit der Kündigung gestützt auf den entsprechenden Kündigungsgrund führen, was die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Vermieterin zumindest sinngemäss ebenso gesehen zu haben scheint.

#### **E. 2.1.7**

Lag hingegen keine Zustimmung vor, so hätte die Mieterin wohl gegen den vertraglich vereinbarten Verwendungszweck verstossen. Wie die Vorinstanz richtig festhielt, wurde die Mieterin von der Vermieterin auch wiederholt schriftlich darauf hingewiesen, wobei erstmals im Schreiben vom 8. September 2005 für den Fall einer vertragswidrigen Weiternutzung die Kündigung angedroht wurde. Obwohl die Mieterin die Anweisung nicht befolgte, unternahm die Vermieterin aber rund fünf Jahre lang nichts. Erst am 14. Juni 2010 kam es erneut zu einer Abmahnung mit Kündigungsandrohung, worauf jedoch wiederum nichts passierte. Dasselbe geschah nochmals im Jahr 2012, in welchem mit Schreiben vom 15. August 2012, 10. September 2012, 18. September 2012 und 26. Oktober 2012 innert kurzer Zeit sogar viermal entsprechende Abmahnungen erfolgten, wobei in drei Schreiben auch Kündigungsandrohungen ausgesprochen wurden, ohne dass die Vermieterin in der Folge tätig wurde. Zuletzt verhandelten die Parteien Anfangs des Jahres 2016 – allerdings erfolglos – über die Nutzungsart, wobei die Vermieterin vergleichsweise bereit war, der Mieterin dahingehend entgegen zu kommen, als dass sie ihr die Führung eines Getränke- und Tabakwarenladens erlaubt hätte. Die Vermieterin tolerierte folglich wissentlich – dass ihr die effektive Verwendung des Lokals nicht bekannt gewesen wäre, widerspricht nicht nur ihren wiederholten Mahnschreiben an die Mieterin, sondern brachte sie auch erstmals und damit verspätet in der Berufungsantwort vor – rund elf Jahre lang eine potentiell nicht vertragsgemässe Verwendung des Mietobjektes. Entgegen der

Mieterin erfolgte dies zwar keineswegs widerspruchlos, und die Mieterin wusste – sofern sie zu Beginn tatsächlich von einer Zustimmung der Vermieterin ausgegangen sein sollte – auch spätestens seit dem Schreiben vom 8. September 2005, dass die Vermieterin mit der Nutzung als Take-away und Getränkeladen eigentlich nicht einverstanden war. Wie die Mieterin jedoch richtig ausführt, ist es nicht relevant, ob ihr der Standpunkt der Vermieterin bewusst war oder nicht. Durch das Verhalten der

- 18 - Vermieterin, ihr zwar wiederholt die Kündigung anzudrohen, sie dann jedoch jeweils wieder jahrelang ohne Einwände gewähren zu lassen, durfte die Mieterin nach über zehn Jahren darauf vertrauen, dass sie ihr Lokal wie bisher nutzen durfte, ohne dass dies zu einer Kündigung führen würde. Dass die Duldung widerspruchlos zu erfolgen habe, ist entgegen der Vorinstanz unter diesen Umständen nicht vorauszusetzen. Ebenso wenig sind die Gründe der Vermieterin für das Zuwarten mit der Kündigung von näherer Bedeutung. Eine Veränderung der Umstände, wie dies die Vorinstanz ausführt, ist sodann nicht ersichtlich, bestand doch etwa der Konflikt zwischen der Mieterin und gewissen Nachbarn bereits seit dem Jahr 2012, ohne dass dies Konsequenzen gehabt hätte. Auch die Verhandlungen der Parteien im Januar 2016 stellen keine relevante Änderung der Situation dar, zumal sich die Vermieterin damals sogar entgegenkommend zeigte, was die Mieterin in ihrem Glauben, die aktuelle Nutzungsart werde zumindest geduldet, bestärkt haben dürfte. Im Übrigen ist das Kriterium der veränderten Verhältnisse ohnehin nicht im vorliegenden Kontext, sondern vielmehr bei der Zulässigkeit der Kündigung aufgrund einer angestrebten Änderung des Verwendungszweckes zu prüfen. Nach dem Gesagten erscheint es jedenfalls als treuwidrig, aufgrund eines Verstosses gegen die Nutzungsart zu kündigen, auch wenn die Vermieterin nie ihre Zustimmung dazu gegeben haben sollte. Ob dies bereits bei einer Kündigung im Jahr 2010 so zu beurteilen gewesen wäre, ist nicht von Bedeutung, massgebend sind die aktuellen Verhältnisse. Auf die Frage eines Interessensmissverhältnisses und die diesbezüglichen Ausführungen der Mieterin ist sodann erst bei der Prüfung des Kündigungsgrundes der Änderung des Verwendungszweckes einzugehen. (...)

- 19 -

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin bringt im Zusammenhang mit der von ihr bestrittenen Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin vor Bundesgericht nunmehr vor, die Beschwerdegegnerin sei seit 2013, spätestens ab dem 12. Juli 2017, nicht Vermieterin gewesen, weshalb sie eine Kündigung gar nicht wirksam aussprechen können und sie zur Klage nicht aktivlegitimiert sei. Sie stützt sich in tatsächlicher Hinsicht insbesondere auf einen Grundbuchauszug, aus dem unter anderem hervorgeht, dass seit dem Jahre 2013 bis zum 12. Juli 2017 die F. \_\_\_\_\_ AG Alleineigentümerin der fraglichen Liegenschaft gewesen sei und nicht die Beschwerdegegnerin, wobei sie unter anderem eine Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG erhebt und zudem geltend macht, es handle sich bei ihren Vorbringen um zulässige Noven (Art. 99 Abs. 1 BGG) bzw. um notorische Tatsachen (Art. 151 ZPO). Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, selbst wenn auf die von der Vorinstanz als unzulässige Noven unberücksichtigt gelassenen Unterlagen abgestellt würde. Bei Mietverträgen ist zu beachten, dass die Rechtsstellung der Vermieterin deren Eigentum an der Mietsache nicht voraussetzt (Urteile 4A\_35/2008

- 32 - vom 13. Juni 2008 E. 2.3; 4C.245/1993 vom 19. April 1994 E. 5b). Der fragliche Mietvertrag vom 9. September 2004 wurde nach den - für das Bundesgericht verbindlichen (Art. 105 Abs. 1 BGG) - Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin abgeschlossen. Aus dem eingereichten Grundbuchauszug vom 10. April 2018 ergibt sich abgesehen von der Eigentumsübertragung von der F. \_\_\_\_\_ AG an die G. \_\_\_\_\_ AG vom 12. Juli 2017, dass die Beschwerdegegnerin weder im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags vom 9. September 2004 noch später Eigentümerin der fraglichen Liegenschaft war. Ein gesetzlicher Vertragsübergang nach Massgabe von Art. 261 OR scheidet deshalb aus, weil die Mietsache nicht durch den Vermieter veräussert wurde (Urteil 4C.245/1993 vom 19. April 1994 E. 5a). Einen rechtsgeschäftlichen Eintritt der Erwerberin in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrag behauptet auch die Beschwerdeführerin nicht (vgl. Urteile 4A\_35/2008 vom 13. Juni 2008 E. 2.4/2.5; 4C.245/1993 vom 19. April 1994 E. 5a). Im Gegenteil legt sie in keiner Weise dar, auf welche Weise der Mietvertrag von der Beschwerdegegnerin auf eine andere Vermieterin übergegangen sein soll, womit sie die gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Beschwerdebegründung verfehlt. Entsprechend stossen die Vorbringen ins Leere, die Beschwerdegegnerin sei weder im Zeitpunkt der Kündigung noch der Klage Vermieterin der fraglichen Liegenschaft gewesen, weshalb die von ihr ausgesprochene Kündigung nichtig sei und ihr die Aktivlegitimation fehle. 3. Hinsichtlich der von der Vorinstanz verneinten Missbräuchlichkeit der Kündigung beruft sich die Beschwerdeführerin auf verschiedene Sachverhaltselemente, die sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen lassen. Sie bringt zwar vor, die Vorinstanz habe das Novenrecht in verschiedener Hinsicht falsch angewendet, vermag jedoch mit ihren Ausführungen nicht aufzuzeigen, dass der angefochtene Entscheid im Ergebnis bundesrechtswidrig wäre. Insbesondere verkennt sie mit ihren Vorbringen, dass die Vorinstanz ihre Behauptung, die Vermieterin habe sich lediglich darum gegen die Nutzung als Kiosk gewendet, um mit der Mieterin einen günstigeren Vertrag abzuschliessen, in einer selbstständigen Eventu-

- 33 - albegründung als unzutreffend erachtet hat. Damit stossen die novenrechtlichen Ausführungen in der Beschwerde ins Leere. Abgesehen davon vermag sie nicht mit Aktenhinweisen aufzuzeigen, entgegen den vorinstanzlichen Feststellungen bereits vor der Erstinstanz, und nicht bloss im Schlichtungsverfahren, entsprechende Behauptungen aufgestellt zu haben. Insgesamt vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz eine nach Art. 271 f. OR missbräuchliche Kündigung zu Unrecht verneint hätte. Im Übrigen verlangt sie zwar subeventualiter eine weitgehendende Erstreckung des Mietverhältnisses (Art. 272 ff. OR), geht jedoch mit keinem Wort auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid ein. 4. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren kann nicht entsprochen werden, da die Beschwerde nach dem Gesagten von vornherein als aussichtslos erscheint (Art. 64 Abs. 1 BGG; BGE 139 III 475 E. 2.2; 138 III 217 E. 2.2.4; je mit Hinweisen). (...) Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2018, 28. Jahrgang. Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich © Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident

#### E. 2.2.4

Gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR verstösst eine Kündigung dann, wenn sie rein schikanös ist, wenn die Begründung nur als Vorwand dient, weil kein objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse vorhanden ist oder wenn ein objektiv sehr gewichtiges Missverhältnis der Interessen der Mieter- und Vermieterschaft besteht. Eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen ist im Allgemeinen aber zulässig. So darf etwa gekündigt werden, wenn von einem neuen Mieter ein höherer Mietzins verlangt werden soll, sofern der Zins mit Art. 269 OR vereinbar ist. Art. 271 Abs. 1 OR verbietet dem Vermieter auch nicht auf unbestimmte Zeit, die im Mietvertrag vereinbarte Nutzungsart zu ändern und dafür gegebenenfalls den Mietvertrag zu kündigen. Vielmehr hat der Vermieter das Recht, den Vertrag aufzulösen, um die Nutzung seiner Güter so anzupassen, wie dies seines Erachtens am besten seinen Interessen entspricht. Zwar verhält er sich aus objektiver Sicht widersprüchlich, wenn er erklärt, nicht mehr zu wollen, was er im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewollt oder akzeptiert habe. Diese Meinungsänderung verstösst jedoch nicht automatisch gegen Treu und Glauben. Geprüft werden muss, ob ein Interessensmissverhältnis vorliegt. Das Interesse des Vermieters, die Sache für sich bestmöglich nutzen zu können, geht dabei grundsätzlich vor, anders ist dies lediglich bei Vorliegen besonderer Umstände (BGE 136 III 190 E. 2-5; zustimmend TH. KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, in: ZBJV 147/2011, S. 969 ff., insb. S. 1002). Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid ergab die Abwägung der konkreten Umstände, insbesondere der 15-jährigen Mietdauer, der Veränderung des Quartiercharakters während dieser Zeit, Unannehmlichkeiten, über die sich die anderen Mieter beklagt hatten, aber auch, dass die Mieterin mutmasslich in derselben Lage keine angemessenen Räumlichkeiten mehr finden werde, dass die Kündigung gültig sei (vgl. BGE 136 III 190). Anders wäre der Fall wohl zu beurteilen gewesen, wenn die von der Vermieterschaft geplante neue Nutzung etwa aus

- 20 - bau- und zonenplanrechtlichen Gründen unzulässig gewesen wäre (vgl. BGE 136 III 190 E. 4; KOLLER, a.a.O., S. 1002). Auch erachtete das Bundesgericht eine ausserordentlich schwierige persönliche Situation der Mieterschaft – zwei 77-jährige Eheleute, der Ehemann schwer krebskrank, die seit 38 Jahren in der Wohnung gelebt hatten und auch ihren behinderten Sohn zu Hause pflegten, wobei ihr Verhalten nie Grund für Beschwerden gegeben hatte und auch keine Zahlungsschwierigkeiten bestanden hatten – als überwiegendes Interesse gegenüber den Interessen des professionell im Immobiliengeschäft tätigen Vermieters, der diverse weitere Liegenschaften besass und keine finanziellen Schwierigkeiten hatte, am Verkauf des Mietobjektes mit einer höheren Rendite bei Leerstand. Dies führte zur Ungültigkeit der Kündigung (BGer 4A\_300/2010 vom 2. September 2010 E. 4.3). Auch die Interessen einer über 50-jährigen, arbeitslosen, sozial isolierten, herzkranken und dadurch in ihrer Mobilität eingeschränkten sowie depressiven Mieterin, die bereits 23 Jahre im Mietobjekt gewohnt hatte und von der Sozialhilfe abhängig war, überwogen gemäss dem Bundesgericht gegenüber denjenigen der Vermieterin, einer im Immobiliengeschäft tätigen AG, welche die Wohnung dem Sohn ihres einzigen Aktionärs zur Verfügung stellen wollte, der wegen seines Studiums nach Genf ziehen wollte und wegen seines Hundes eine Wohnung mit Garten suchte (BGer 4A\_297/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 2.3).

#### E. 2.2.5

Wie die Vermieterin richtig ausführt, bestritt die Mieterin im erstinstanzlichen Verfahren nicht, dass die Vermieterin effektiv die Nutzungsart ändern wolle bzw. der angegebene Kündigungsgrund dem tatsächlichen Willen der Vermieterin entspreche. Erst im Rechtsmittelverfahren bringt sie vor, die Vermieterin wolle dies gar nicht wirklich, vielmehr sei ein anderer Grund ausschlaggebend gewesen. Diese Behauptung stellt ein unzulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar, zumal die Mieterin auch nicht darzutun vermochte, weshalb sie ihre entsprechende Behauptung nicht bereits vor Vorinstanz hätte geltend machen können. Solches wäre denn auch nicht ersichtlich. Es ist damit nach wie vor davon auszugehen, dass die Vermieterin den Zweck tatsächlich ändern will und künftig im Mietobjekt ein Geschäft im Modebereich geführt werden soll.

- 21 -

#### **E. 2.2.6**

Wie dies auch die Mieterin in ihrer Berufung vorbringt, darf die Vermieterin eine Änderung des vertraglich vereinbarten Zweckes verlangen bzw. eine bestimmte, zuvor geduldete Nutzungsart untersagen, um den Verwendungszweck zu ändern, und dafür nötigenfalls auch kündigen. Veränderte Verhältnisse sind dafür entgegen der Vorinstanz nicht zwingend vorausgesetzt, vielmehr ergibt sich dies aus der Eigentümerstellung der Vermieterin. Damit ist auch irrelevant, ob das Mietobjekt vor der Vermietung an die Mieterin als Kiosk genutzt wurde und ob dies gut funktionierte, wie die Mieterin behauptet (und die Vermieterin bestreitet) – letzteres ist ohnehin ein weiteres unzulässiges Novum, wie die Vermieterin richtig ausführt. Ebenso wenig ist massgebend, ob der Take-away der Mieterin einem normalen Kioskbetrieb entspricht. Die Vermieterin darf den Verwendungszweck grundsätzlich unabhängig von derartigen Umständen ändern. Allerdings ist eine Interessensabwägung zwischen den Interessen der Vermieterin an der beabsichtigten Zweckänderung und denjenigen der Mieterin am Verbleib im Mietobjekt vorzunehmen. Dabei ist unter anderem auch zu berücksichtigen, ob sich die Umstände geändert haben.

#### **E. 2.2.7**

Die Mieterin hat ein Interesse an der Fortführung ihres Geschäftes, weil sie daraus ein Einkommen erwirtschaften und so keine Sozialhilfe mehr beziehen möchte. Dieses an sich positiv zu wertende Interesse wird im vorliegenden Kontext allerdings durch den Umstand abgeschwächt, dass die Mieterin in den letzten Jahren lediglich noch Gewinne von einigen hundert Franken jährlich erzielte. Es würde demnach auch nach dem Verlassen des Mietobjektes nicht zu einer irgendwie wesentlichen Änderung ihrer finanziellen Situation kommen. Die Erzielung eines Einkommens ist zudem an die Führung des Geschäftes und nicht an das Mietobjekt gebunden, es wäre der Mieterin zumindest theoretisch auch möglich, andernorts in der Stadt Zürich einen Kiosk und Take-away zu betreiben. Ihre Pensionskasse hat die Mieterin sodann – wenn überhaupt – ebenfalls in ihren Geschäftsbetrieb und nicht in das Mietobjekt als solches investiert, sodass sie diese bei einem Umzug nicht verlieren würde. Die Behauptung, sie habe sich einen Kundenstamm aufgebaut, ist zudem ein weiteres unzulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO und bleibt unbeachtlich. Zu berücksichtigen ist

- 22 - schliesslich, dass die Mieterin anscheinend während längerer Zeit gesundheitlich angeschlagen war, es ihr nun aber wieder besser geht.

#### **E. 2.2.8**

Die Vermieterin hat – wie die Vorinstanz richtig festhielt – ein Interesse daran, dass im Mietobjekt künftig kein Take-away-Betrieb und Getränkeladen mehr geführt wird, weil ein solcher mit den von anderen Mietern geführten Unternehmen in Konkurrenz steht. Dass die Konkurrenz im Quartier belebend sei, wie die Mieterin vorbringt, ist eine neue und gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO unzulässige Behauptung. Hinzu kommt, dass mit einer Zweckänderung der durch die Konkurrenz, aber auch der durch die mit dem Kioskbetrieb zusammenhängende Abfallbelastung verursachte Konflikt der Mieterin mit weiteren Mietern beigelegt wird. Entgegen der Mieterin besteht damit durchaus ein schützenswertes Interesse der Vermieterin an der Änderung des Verwendungszweckes. Der Vorwurf, die Vermieterin wende sich lediglich darum gegen die Nutzung als Kiosk, weil sie die Mieterin dadurch dazu habe bringen wollen, einen für die Vermieterin günstigeren Vertrag einzugehen, ist abgesehen davon, dass es sich bei dieser Behauptung ebenfalls um ein unzulässiges Novum handelt, das nicht zu beachten ist, auch ungerechtfertigt: Die Vermieterin rügte bereits seit Jahren den Take-away, unterbreitete der Mieterin aber erst im Januar 2016 den Vorschlag, einen neuen Vertrag abzuschliessen. Zum von der Vermieterin im Januar 2016 vorgeschlagenen neuen Vertrag ist sodann Folgendes anzumerken: Zunächst einmal scheint die Vermieterin entgegen der Ansicht der Mieterin nicht primär eine Kürzung der erlaubten Öffnungszeiten angestrebt zu haben – laut den Angaben der Mieterin ist sie gewerbepolizeilich berechtigt, ihren Betrieb von 6.00 Uhr bis 24.00 Uhr geöffnet zu haben, was vier Stunden mehr sind als die im Entwurf vorgeschlagenen Zeiten von 8.00 Uhr bis 22.00 Uhr. Vielmehr ging es um eine regelmässige und vor allem durchgehende Öffnung des Geschäftes. Wie die Vorinstanz zutreffend erkannte und auch die Vermieterin vorbringt, entspricht dies einem berechtigten Interesse der Vermieterin. Sodann fällt auf, dass der Vertragsentwurf, der wohl einen Kioskbetrieb, nicht aber einen Take-away zugelassen hätte und zudem eine Regelung zum Whiskey-Verkauf enthielt, auch auf die Konkurrenzbeseitigung und die Entschärfung des

- 23 - Konfliktes mit den Nachbarn abzielte, was wie bereits gezeigt ebenfalls legitime Interessen der Vermieterin sind. Das damalige Verhandlungsangebot ist damit als zulässiger Versuch der Vermieterin zu werten, die bestehenden Probleme mittels einer mildereren Massnahme als einer ordentlichen und damit regelhaften Kündigung zu beheben bzw. als Kompromisslösung, wie die Vermieterin es ausdrückt. Angesichts dessen, dass es die Mieterin war, welche nicht darauf einging, kann es der Vermieterin auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie danach von ihrem vergleichsweise angebotenen Zugeständnis der Zulassung eines Tabak- und Getränkeladens abrückte und zum ursprünglich geforderten Verwendungszweck, dem Modegeschäft, zurückkehrte. Ihre Interessenslage hat sich dadurch nicht geändert. Schliesslich ist zu beachten, dass der vertragliche Verwendungszweck die Führung eines Fashion-Shops ist. Hätte die Vermieterin im Jahr 2004 dem Betrieb eines Kioskes zugestimmt, was wie erwähnt umstritten ist, könnte ihr nach über zehn Jahren kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn sie diese Nutzungsart nun wieder ändern möchte. A fortiori hat das dann zu gelten, wenn die Vermieterin keine Zustimmung erteilt und sie die vertragswidrige Verwendung lediglich lange geduldet hätte, weshalb das Anliegen einer Änderung als legitim anzusehen ist. Anhaltspunkte dafür, dass die geplante neue Nutzungsart unzulässig sein sollte, bestehen im Übrigen keine, zumal sich in derselben Liegenschaft bereits ein Kleidergeschäft befindet. Abschliessend ist anzufügen, dass vom Vorliegen wesentlicher Veränderungen im Quartier oder in den sonstigen Verhältnissen – sei es seit Vertragsabschluss im Jahr 2004 oder seit den Verhandlungen zwischen den

Parteien im Januar 2016 – nicht auszugehen ist, wurde dies doch von der Vermieterin gar nicht vorgebracht.

### **E. 2.2.9**

Zusammenfassend ist von ernsthaften und schützenswerten Interessen der Vermieterin an der Änderung des Verwendungszweckes des Mietobjektes auszugehen. Diese Interessen überwiegen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Interessen der Mieterin, welche keine derart schwerwiegenden Gründe für sich ins Feld führen kann wie die Mieter in den zitierten Entscheidungen. Entgegen der Mieterin liegt damit kein krasses Interessenmissverhältnis vor, wel-

- 24 - ches die ordentliche, bei unbefristeten Mietverhältnissen regelhafte Kündigung als treuwidrig erscheinen liesse. Auf das von der Mieterin angegebene Kündigungsmotiv der Rache ist nachfolgend einzugehen. Die Ausführungen der Mieterin zum Kündigungsgrund der Nutzungsänderung zur Erhöhung des Mietzinses oder zur Wertsteigerung der Liegenschaft sind im Übrigen nicht weiter beachtlich, da diese von der Vermieterin gar nie als Kündigungsgründe genannt wurden und entsprechend auch im vorinstanzlichen Verfahren gar nicht zur Sprache kamen.

### **E. 2.3**

"Nichteinhaltung der orts- und branchenüblichen Öffnungszeiten" 2.3.1-3 [Erwägungen der Vorinstanz und Parteistandpunkte]

#### **E. 2.3.4**

Dass sie eine Gebrauchspflicht trifft und sie insbesondere vertraglich verpflichtet ist, sich an die orts- und branchenüblichen Öffnungszeiten zu halten, bestreitet die Mieterin nicht. Es hat das daher als erstellt zu gelten. Auf ihre Argumente, weshalb Öffnungszeiten von 12.00 Uhr bis 14.00 Uhr und 17.00 Uhr bis 24.00 Uhr zulässig und orts- und branchenüblich seien, braucht sodann nicht weiter eingegangen zu werden, sah die Vorinstanz den Verstoss gegen die Verpflichtung der Mieterin doch nicht darin, sondern in der nicht täglichen Öffnung des Geschäfts. Auch ist nicht von Bedeutung, ob die Mieterin abgemahnt wurde, geht es doch um eine ordentliche Kündigung und nicht um eine ausserordentliche im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR, welche die Abmahnung voraussetzen würde. Ausschlaggebend ist, dass das Geschäft seit dem Jahr 2010 nicht mehr täglich, sondern nur eingeschränkt, aktuell jeweils bei gutem Wetter, geöffnet war.

#### **E. 2.3.5**

Es ist der Vorinstanz und der Vermieterin zuzustimmen, dass dies nicht orts- und branchenüblich ist und nach aussen den Eindruck erweckt, das Geschäft sei nicht gewinnbringend, was sich nicht werterhaltend auf die Liegenschaft auswirkt. Entgegen der Ansicht der Mieterin ist ihr ganzjährig geführter Take-away und Getränkela- den mit den nur im Sommer betriebenen Kiosken am See nicht vergleichbar, befindet er sich doch anders als diese in einer Geschäftsliegenschaft an guter Lage innerhalb der Stadt rund 500 Meter vom See entfernt und nicht in einer Fahrnisbaute direkt am Seeufer. Anders als an der Seepromenade, wo bei schlechtem Wetter deutlich weniger Fussgänger vorbeikommen, ist in der

- 25 - Stadt selbst, auch wenn eine Nähe zum See besteht, auch bei schlechtem Wetter mit einem regelmässigen Passantenaufkommen zu rechnen. So führt denn auch die Mieterin selbst in anderem Zusammenhang aus, die Restaurationsbetriebe im Quartier würden vor

allem Arbeitnehmer der dort angesiedelten Banken- und Versicherungsindustrie bedienen. Diese müssen aber unabhängig vom Wetter arbeiten und sich verpflegen. Ein vorübergehender Passant wird die konkreten Öffnungszeiten der Mieterin zudem nicht näher studieren, sondern das Geschäft lediglich anhand des Umstandes, dass es an einem Werktag geschlossen ist, beurteilen. Dies legt entgegen der Mieterin nicht den Schluss nahe, das Geschäft sei sehr profitabel. Wer die Öffnungszeiten eines profitablen Geschäfts freiwillig einschränkt, verzichtet auf zusätzliche Einnahmen und verhält sich ökonomisch nicht rational. Ein oftmals geschlossenes und dem Anschein nach nicht profitables Geschäft in einer Geschäftsliegenschaft wirkt sich sodann naturgemäss negativ auf den Gesamteindruck der Liegenschaft aus, was durchaus zu einer Wertverminderung führen kann.

#### **E. 2.3.6**

Es liegt folglich ein Verstoss gegen die vertraglich vereinbarte Gebrauchspflicht und die Verpflichtung zur Einhaltung der orts- und branchenüblichen Öffnungszeiten vor. Der entsprechende Kündigungsgrund ist damit berechtigt. Da die Vermieterin nach dem Gesagten und wie auch andernorts aufgeführt (vgl. E. III.2.2.8) ein berechtigtes Interesse an der regelmässigen Öffnung der Geschäfte in ihrer Liegenschaft hat, ist der fragliche Kündigungsgrund weder rein schikanös noch erscheint er als bloss vorgeschoben. Dass die Mieterin beabsichtigt, in Zukunft wieder durchgängig und regelmässig geöffnet zu haben, ist schliesslich nicht relevant. Massgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung, wie die Vermieterin richtig geltend macht. Im Übrigen handelt es sich bei der Behauptung, in Zukunft werde wieder regelmässig und durchgehend geöffnet sein, ebenso um ein unzulässiges Novum wie bei der Behauptung, aktuell sei bei gutem Wetter von 12.00 Uhr bis 24.00 Uhr geöffnet. Diese neuen Behauptungen sind somit unbeachtlich, und es bleibt beim Sachverhalt, wie er von der Vorinstanz beurteilt wurde.

- 26 -

#### **E. 2.4**

"Mietobjekt wird an einen Mitmieter vermietet zwecks Vergrösserung dessen Verkaufsfläche"

##### **E. 2.4.1**

Hierzu hielt die Vorinstanz fest, ein Beweisverfahren zur Frage, ob R. tatsächlich ein Interesse an der Anmietung des Lokals der Mieterin habe, könne unterbleiben. Weil sich bereits drei der angegebenen Kündigungsgründe als nicht missbräuchlich erwiesen hätten, müsse die Zulässigkeit des vierten Grundes nicht mehr abgeklärt werden. Es sei dennoch festzuhalten, dass die Ausführungen der Vermieterin zum Interesse von R. nachvollziehbar seien und keine ernsthaften Zweifel daran zu bestehen schienen. Es sei legitim, ein Mietverhältnis aufzulösen, um einem anderen Mieter die Vergrösserung seiner Geschäftsfläche zu ermöglichen, weshalb auch dieser Kündigungsgrund als nicht missbräuchlich erscheine.

##### **E. 2.4.2**

Die Mieterin wendet gegen diese Erwägungen erneut ein, die Abänderung des Zweckes in ein Modegeschäft sei wie aufgezeigt ein bloss vorgeschobener Grund. Sie bringt die ihrer Ansicht nach wahren Kündigungsgründe vor und macht geltend, es bestünde ein krasses Interessensmissverhältnis.

### E. 2.4.3

Die Mieterin erhebt somit gegen die Überlegungen der Vorinstanz keine konkreten Einwände. Auf das Interessensmissverhältnis und die Änderung des Verwendungszwecks wurde bereits eingegangen (vgl. E. III.2.2), zu den von der Mieterin geltend gemachten Kündigungsgründen sind nachfolgend Überlegungen anzustellen (vgl. E. III.3). Es bleibt darauf hinzuweisen, dass der Verzicht der Vorinstanz auf die Durchführung eines Beweisverfahrens zwar nicht zu beanstanden ist, wenn auch nicht drei, sondern bloss zwei der angegebenen Gründe als nicht missbräuchlich zu qualifizieren sind (vgl. hierzu auch E. III.4.5). Entsprechend hat dann aber effektiv offen zu bleiben, ob die Kündigung gestützt auf den letzten der vier Kündigungsgründe zulässig wäre. Es ist zwar richtig, dass dies bei tatsächlich bestehendem Interesse R.s der Fall wäre, doch geht es nicht an, einerseits kein Beweisverfahren durchzuführen, andererseits aber dennoch zu erwägen, am Interesse von R. beständen keine ernsthaften Zweifel.

- 27 - 3. Von der Mieterin vorgebrachte Kündigungsgründe 3.1. Im erstinstanzlichen Verfahren gab die Mieterin an, ihrer Ansicht nach sei der Streit mit dem Inhaber des Whiskey-Geschäftes der eigentliche Kündigungsgrund gewesen. Die Vorinstanz kam diesbezüglich jedoch zum Schluss, dies trifft nicht zu, die Streitigkeiten unter den Mietern hätten keinen selbständigen und vor allem keinen die anderen Gründe überwiegenden Kündigungsgrund für die Vermieterin dargestellt. In der Berufung wendet die Mieterin nichts gegen diese Erwägungen ein, sodass es damit sein Bewenden hat. Im Übrigen wäre eine Kündigung, die ausgesprochen wird, weil sich Mieter nicht vertragen, nicht treuwidrig. Denn es ist Sache des Vermieters zu entscheiden, welchem der Mieter, die sich nicht ertragen, er (ordentlich) kündigen will und welchem nicht. 3.2. Hingegen bringt die Mieterin in der Berufung wie bereits erwähnt vor, eigentlich sei ihr gekündigt worden, weil sie der extremen Schlechterstellung im neuen Vertrag nicht zustimmen wollen. Auch macht sie geltend, mit der Kündigung wolle die Vermieterin eine Vertragsänderung zu ihren Lasten durchsetzen und sie durch einen neuen Mieter ersetzen, ohne Eigenbedarf oder eine Mietzinserhöhung geltend zu machen. Diese Behauptungen werden jedoch erstmals im Berufungsverfahren gemacht, ohne dass die Mieterin darlegt, weshalb sie dies nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätte einwenden können. Es handelt sich dabei – wie die Vermieterin richtig vorbringt – um unzulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO, welche folglich nicht weiter zu beachten sind. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nicht bloss Kündigungen wegen Eigenbedarfs oder ohne Mietzinserhöhung zu einer Vertragsauflösung führen können. 4. Verhältnis der Kündigungsgründe zueinander 4.1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, mindestens drei der vier Kündigungsgründe seien nicht missbräuchlich. Die hinter diesen stehenden Absichten bzw. Interessen der Vermieterin seien legitim und die Kündigung vom 9. Juni 2016 per 31. März 2017 daher gültig.

- 28 - 4.2. Die Mieterin macht davon ausgehend, dass alle Kündigungsgründe ungültig seien und in Tat und Wahrheit andere Gründe ausschlaggebend gewesen seien, geltend, aus einer Gesamtsicht gehe klar hervor, dass die hinter der Kündigung stehende Absicht nicht mit Treu und Glauben vereinbar sei. Sollte die Rechtsmittelinstanz wider Erwarten zum Schluss kommen, dass einer der vier Kündigungsgründe nicht missbräuchlich sei, sei zu prüfen, ob dieser nicht einen sekundären Charakter habe und nur der Tarnung der wahren missbräuchlichen Gründe diene. 4.3. Die Vermieterin, welche grundsätzlich davon ausgeht, keiner der vier Kündigungsgründe sei missbräuchlich, stellt sich auf den Standpunkt,

selbst wenn einer der Gründe nicht zulässig gewesen sein sollte, bliebe die Kündigung in einer Gesamtwürdigung gültig, da die hinter der Kündigung steckende Absicht mit Treu und Glauben vereinbar sei. 4.4. Eine Kündigung, für die mehrere Gründe angegeben werden, ist grundsätzlich dann gültig, wenn von den geltend gemachten Kündigungsgründen mindestens einer nicht treuwidrig ist (vgl. BGer 4C\_400/1998 vom 23. März 1999 E. 4). Ist der nicht treuwidrige Grund allerdings bloss sekundär und dient er der Tarnung der wahren, gegen Treu und Glauben verstossender Kündigungsgründe, ist die Kündigung ungültig (BGer 4A\_189/2008 vom 26. Januar 2009 E. 6.1 = mp 2/09, S. 100 ff.; BGer 4C\_365/2006 vom 16. Januar 2007 E. 3.2). Insofern ist stets eine Gesamtschau (gesamthafte Würdigung) angebracht, bei der zu prüfen ist, ob die legitimen Gründe bloss sekundär sind und im Vergleich zu den treuwidrigen Gründen als vorgeschoben erscheinen. Das ist dann zu verneinen, wenn die Gründe, die vor Treu und Glauben standhalten, für sich allein gewichtigen realen, berechtigten Interessen an der Vertragsauflösung entsprechen, zumal dann, wenn es – wie hier – um die regelhafte ordentliche Auflösung eines unbefristeten Mietverhältnisses geht. 4.5. Die Vermieterin hat vier Gründe bezeichnet, die sie zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses bewogen. Davon erweist sich der Grund der Nichteinhaltung des vertraglichen Verwendungszweckes als treuwidrig. Der Grund, die Mieterin halte die üblichen Öffnungszeiten nicht ein, erweist sich hingegen als - 29 - stichhaltig und berührt – wie gesehen – ein vertragswidriges Verhalten der Mieterin, nämlich einen erheblichen Verstoss gegen die vereinbarte Gebrauchspflicht. Das rechtfertigte bereits für sich die Kündigung, zumal die in diesem Zusammenhang von der Mieterin als wahre Gründe genannten Sachverhalte wie Streit mit dem Mietmieter eine Kündigung ebenfalls nicht als treuwidrig erscheinen liessen (vgl. E. III.3.1). Plausibel erscheint zudem der Grund der Änderung des Verwendungszweckes. Der treuwidrige und der nicht näher beurteilte Grund der Weitervermietung an einen anderen Mieter erscheinen daher – selbst dann, wenn letzterer im ungünstigsten Fall ebenfalls treuwidrig sein sollte – nicht als die alleine ausschlaggebenden Kündigungsgründe. Vielmehr stehen sie höchstens auf gleicher Stufe neben den anderen beiden, plausiblen bzw. stichhaltigen Gründen, welche damit nicht bloss als sekundär erscheinen zwecks Tarnung wahrer unlauterer Gründe. Die Kündigung vom 9. Juni 2016 per 31. März 2016 verstösst folglich nicht gegen Treu und Glauben und erweist sich als gültig. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen. Es bleibt daher noch auf die Erstreckung des Mietverhältnisses einzugehen. 5. Erstreckung 5.1-3 [Erwägungen der Vorinstanz und Parteistandpunkte] 5.4. Die Erwägungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar und richtig. Wie die Vermieterin richtig aufzeigt, rügt die Mieterin diese denn auch nicht, sondern bringt zur Begründung der von ihr geltend gemachten Härte praktisch ausschliesslich Umstände vor, welche von der Vorinstanz bereits in ihre Erwägungen miteinbezogen wurden. Die Mieterin liegt nicht dar, inwiefern die Vorinstanz diese Umstände falsch gewichtet haben soll, und das ist auch nicht ersichtlich. Neu ist zudem seitens der Mieterin die Behauptung der Überlebensfähigkeit aufgrund der Nähe zum See. Es handelt sich dabei um ein unzulässiges und damit nicht zu berücksichtigendes Novum. Anzuführen bleibt, dass eine Befreiung von der Sozialhilfe zwar durchaus ein begrüssenswertes Ziel der Mieterin ist. Allerdings ist zu beachten, dass ihr Geschäft seit längerem nicht gewinnbringend ist und keine Anhaltspunkte für eine Änderung dessen in näherer Zukunft bestehen (vgl. E. III.2.2.7). Damit vermag dieses Interesse der Mieterin an der von der Vor-

- 30 - instanz vorgenommenen Interessensabwägung nichts zu ändern. Entsprechend hat es bei der von der Vorinstanz gewährten Erstreckung zu bleiben und die Berufung ist auch im Eventualpunkt abzuweisen. [IV. Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Beklagte auch im Berufungsverfahren. Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen] (...) \* \* \* \* \* Aus dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_121/2018 vom 22. Mai 2018 (Gerichtsbesetzung: Kiss, Klett, Niquille; Gerichtsschreiber Leemann): "(...) 2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Beschwerdegegnerin sei entgegen dem angefochtenen Entscheid weder im Zeitpunkt der Kündigung noch der Klageerhebung "Eigentümerin und damit Vermieterin der prozessrelevanten Liegenschaft gewesen", weshalb sie weder ein schutzwürdiges Interesse an der Klage gehabt habe noch aktivlegitimiert gewesen sei.

## **E. 6**

Aufl. 2015, Art. 271/271a N 5; ZK OR-HIGI, Art. 271 N 71).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.