

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MB170024-L vom 4. Dezember 2018

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2018-12-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MB170024-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MB170024-L du 4 décembre 2018

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MB170024-L del 4 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Der Kläger und sein damaliger Partner A. schlossen am 22. Juni 2004 mit dem Beklagten per 1. Oktober 2004 einen Mietvertrag samt Zusatzvereinbarung für das Restaurant "B." an der N.-strasse ... in Zürich ab. Im Mietvertrag wurde explizit festgehalten, vom 15. Mai bis 30. September werde "jeweils das private Trottoir für ca. 20 Plätze unentgeltlich zur Verfügung gestellt (Hausflucht ca. 9,7 x

E. 1.2

(...)

E. 2

Wesentliche Parteistandpunkte

E. 2.1

Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, die Kündigung vom 6. März 2017 sei kurz nach der Einstellung der Strafuntersuchung gegen die Tochter des Beklagten erfolgt und habe den Zweck gehabt, den Kläger wegen seines Wider-

- 4 - stands gegen das vertragswidrige Verhalten des Beklagten und vor allem seiner Tochter abzustrafen. Bis 2013 habe es keine Probleme gegeben. Als der Kläger damals begonnen habe, sich für seine Rechte zu wehren, namentlich was die Bezahlung von nicht in seiner Verantwortung liegenden Rechnungen und die Behebung von Mängeln angegangen sei, hätten der Beklagte und dessen Tochter ihn zu schikanieren begonnen. So hätten sie ihm die Eröffnung der Gartenwirtschaft an Pfingsten 2016 (15. und 16. Mai) nicht erlaubt und die seit Jahren übliche Be- stuhlungsfläche auf die exakte Hausflucht zu verkleinern versucht. Die Tochter des Beklagten habe kein Recht gehabt, die Blumentöpfe des Klägers bei ihrer Ak- tion vom 27. Mai 2016 zu entfernen. Entsprechend sei der Kläger berechtigt ge- wesen zu versuchen, sie daran zu hindern. Damit habe die Tochter des Beklagten den Streit und die Unverträglichkeit provoziert, auf welche der Beklagte sich bei der Kündigung berufen habe. (...) Die langfädigen Ausführungen des Beklagten in der Klageantwort über Vorfälle ab dem Jahr 2013 seien zum grössten Teil erst im vorliegenden Verfahren zum Thema gemacht worden und betreffen Verhaltenswei- sen, die dem Kläger erlaubt gewesen oder doch zumindest über Jahre geduldet worden seien. Ein solches Verhalten sei widersprüchlich, die Kündigung mithin auch aus diesem Grund treuwidrig. Im Übrigen sei die Tochter des Beklagten am 9. Februar 2017 im Rahmen einer

Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft aufgestanden, habe dem Kläger die Hand gegeben und zu ihm gesagt, man fange neu an. Wenig später sei am 27. Februar 2017 die Strafuntersuchung gegen die Tochter eingestellt und wieder kurze Zeit später die Kündigung ausgesprochen worden, was die Tochter des Beklagten an der Hauptverhandlung vom 8. März 2018 damit begründet habe, dass sie einige Tage nach der Einvernahme begonnen habe, ihren Willen auszusprechen und denjenigen des Klägers nicht mehr zu berücksichtigen. (...) Die Kündigung sei auch während einer Sperrfrist erfolgt, denn die Tochter des Beklagten habe ihren Strafantrag wegen Tätlichkeit beim Stadtrichter am 31. Oktober 2016 zurückgezogen und zudem dem Kläger (...) einen Neuanfang versprochen. Auch das Verhalten des Beklagten und seiner Tochter nach der Kündigung zeige, dass die beiden vor dem Kläger keinen Respekt hätten. So sei der Beklagte bei den Schlichtungsverhandlungen vom 14. August 2017 und 16. Mai 2018 gegenüber dem Kläger ausfällig und beleidigend geworden und habe gar Todesdrohungen ausgestossen.

- 5 -

E. 2.2

Der Beklagte liess dagegen in erster Linie einwenden, er sei nicht hauptsächlich für das Zerwürfnis zwischen den Parteien verantwortlich. Zur Kündigung sei er aufgrund der Kündigungsfreiheit im Mietrecht auch dann berechtigt, wenn eine nur subjektiv empfundene Unverträglichkeit vorliege. Er bzw. seine Tochter hätten auf die Mängelanzeigen des Klägers sehr wohl reagiert. Auf die Mängelliste vom 6. November 2013 hin habe er am 23. Dezember 2013 zusammen mit seiner Tochter, dem Kläger sowie C., dem Vater der Ehefrau des Klägers, einen Augenschein vorgenommen, um den Zustand des Objektes vor Ort zu prüfen. Es sei festgestellt worden, dass die gesamte Bodenfläche mit einem dicken Ölfilm überzogen gewesen und nicht sachgerecht gereinigt worden sei. Des Weiteren sei dem Beklagten aufgefallen, dass der Siphon unter dem Abwaschbecken undicht sei. Der Kläger schliesse jeweils einen Gartenschlauch an die Wasserversorgung an und reinige damit den Müllcontainer im Hof. Dies sei ihm vom Beklagten und seiner Tochter mehrfach untersagt worden, da dies zu Verunreinigungen führe und einen Wasseraustritt im Bereich des Siphons begünstige. Im Januar 2014 sei der defekte Siphon repariert worden. Der Defekt habe zu einem Wasserschaden und zu den festgestellten Verfärbungen bzw. zum Schaden an der Decke im Kühlkeller geführt. Diesen habe der Kläger nicht gemeldet, obwohl er habe feststellen können, dass das Möbelstück aufgequollen sei. (...). Am 6. August 2015 habe D. vom Umwelt- und Gesundheitsschutz der Stadt Zürich eine Inspektion am Mietobjekt vorgenommen. Dabei sei unter anderem festgestellt worden, dass die Bodenfugen teilweise mangelhaft bzw. ausgeschlagen seien und sich Fettrückstände und Schmutz in den Fugen angesetzt habe. Mangelhaft sei auch die Trennung von reinen und unreinen Gegenständen gewesen. In der Folge habe der Beklagte E. mit der Erstellung eines Gutachtens über den Küchenbodenbelag beauftragt und anschliessend eine Grundreinigung des Küchenbodens vornehmen lassen. (...)

E. 3

Prozessuales

E. 3.1

[Zuständigkeit und Verfahrensart]

E. 3.2

[Soziale Untersuchungsmaxime]

E. 3.3

Der Beklagte bemängelte, dass die in Ziff. 29 des Mietvertrages vorgesehene Mediation zum Zwecke der Streitbeilegung im vorliegenden Fall nicht stattgefunden habe. Zu recht leitet er allerdings daraus nichts ab. Um eine Schiedsabrede handelt es sich bei der genannten Klausel offensichtlich nicht, denn diese sieht nur eine Vergleichsverhandlung vor dem Leiter der Treuhandstelle des Schweizer Wirtschafterverbandes vor. Selbst wenn man diese Abrede als Mediationsvereinbarung betrachten wollte, könnte eine Mediation nur an die Stelle der Schlichtungsverhandlung vor der paritätischen Schlichtungsbehörde treten, wenn beide Parteien damit einverstanden wären (Art. 213 Abs. 1 ZPO).

E. 4

Gültigkeit der Kündigung

E. 4.1

Grundlagen

E. 4.1.1

Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 271 Abs. 1 OR). Dies ist der Fall, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem erheblichen Missverhältnis zueinander stehen. Zu beachten sind zunächst die aus dem allgemeinen Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben entwickelten Kriterien. Es ist zu fragen, ob auch ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner in der gleichen Situation zur Kündigung gegriffen hätte (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Der Katalog anfechtbarer Kündigungen in Art. 271a OR bestätigt, dass das Gesetz weit eher von positiven Loyalitätskriterien und vom Sozialschutzgedanken ausgeht denn vom negativ geprägten Missbrauchsbegriff (BGE 131 III 33 E. 3.2). Massgeblich sind selbstverständlich auch die Kriterien, die in Zusammenhang mit dem Verbot (offensichtlichen) Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB entwickelt worden sind, wobei Offensichtlichkeit in Art. 271 OR gerade nicht vorausgesetzt wird. Anfechtbar sind daher neben nutzlosen oder gar schikanösen Kündigungen auch solche, die Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens oder schonungsloser Rechtsausübung sind. Nicht jedes Interessenmissverhältnis genügt allerdings für eine Ungültigerklärung einer Kündigung. Nach der Konzeption des Gesetzes ist es

- 7 - nicht zu beanstanden, wenn die kündigende Partei ihre eigenes Interesse über diejenigen der gekündigten Partei stellt, solange dieses Interesse nur auch tatsächlich vorhanden ist (CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 271-271a OR N 3 f.; Mietrecht für die Praxis/THANEI, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 782). Das Gesetz kennt auch keinen Katalog gültiger Kündigungsgründe. Wann ein Interessenungleichgewicht zur Aufhebung der Kündigung führt, ist im Einzelfall zu entscheiden, aber jedenfalls nicht leichthin anzunehmen (bejaht z.B. in den Urteilen des Bundesgerichts 4A_300/2010 v. 2.9.2010 sowie 4A_297/2010 v. 6.10.2010, wo sich die Mieter in einer äusserst schwierigen Situation befanden, vor welcher die geltend gemachten Kündigungsgründe verblassten). Die

Interessenabwägung beim Kündigungsschutz im engeren Sinn hat eine andere Qualität als jene bei der Erstreckung: Dort führt eine durch die Kündigung ausgelöste Härte des Mieters zu einer Erstreckung des Mietverhältnisses, soweit das Interesse des Vermieters an der Auflösung diese nicht überwiegt. Beim Kündigungsschutz im engeren Sinn genügt dagegen nur ein erhebliches Interessengefälle zum Nachteil des Mieters für eine Aufhebung der Kündigung (vgl. BGE 125 III 231 E. 4b; BGE 135 III 112 E. 4; BGE 140 III 496 E. 4.1; BGer 4A_703/2016 vom 24.5.2017 E. 4.1 und 4.2 [nur im Internet publ. Teil von BGE 143 III 344]; BGer 4A_131/2008 vom 25.6.2008; BGer 4A_518/2010 vom 6.12.2010 E. 2.4.2).

E. 4.1.2

Massgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung, wobei spätere Ereignisse u.U. Rückschlüsse auf die Umstände bis zur Kündigung zulassen. Laut Bundesgericht obliegt es grundsätzlich dem Empfänger der Kündigung zu beweisen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Verstoss gegen Treu und Glauben gegeben sind, mithin darzutun dass die Kündigung etwa aus einem verpönten oder nicht schützenswerten Grund erfolgte; der Kündigende hat jedoch redlich zur Wahrheitsfindung beizutragen und die Kündigung auf Ersuchen hin zu begründen (vgl. Art. 271 Abs. 2 OR; BGE 138 III 59 E. 2.1). Die kündigende Partei ist an die von ihr gegebene Begründung der Kündigung grundsätzlich gebunden (BGer 4A_342/2007 vom 2. November 2007 E. 2.2.1), und muss den Kündigungsgrund zumindest glaubhaft machen (BGer 4A_518/2010 vom 16. Dezember 2010 E. 2.4.1 = MRA 2/11, S. 59 ff.). Eine trotz entsprechendem Begehren unvollständig gebliebene oder falsche Begründung stützt sich nach der neueren in der amtlichen

- 8 - Sammlung des Bundesgerichts publizierten Rechtsprechung im Allgemeinen nicht auf ein schutzwürdiges Interesse und kann zur Ungültigerklärung führen (BGE 140 III 496 E. 4.1). Zwar ist die Begründung der Kündigung also nicht Gültigkeitserfordernis. Sie kann insbesondere noch während des Verfahrens geliefert, ergänzt oder präzisiert werden. Auf der faktischen Ebene hat die Begründungsobliegenheit jedoch oft eine zentrale Bedeutung: Wird im Laufe des Verfahrens ein ganz anderer Grund genannt als noch in der Kündigung selbst, oder bleibt der angegebene Grund vage und pauschal, obwohl der kündigenden Partei nähere Angaben bei Ernsthaftigkeit des genannten Motivs möglich sein müssten, so kann dies ein Indiz dafür bilden, dass die Kündigung ohne schützenswertes Interesse erfolgt ist (BGE 143 III 344 E. 5.3.3-4; ebenso das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG170019-O v. 9.3.2018, E. 4.2 und 7.2).

E. 4.1.3

Als legitimen Kündigungsgrund anerkennen Lehre und Rechtsprechung auch die Absicht, einen gestörten Hausfrieden wiederherzustellen. Bei Streitigkeiten unter den Mietern oder zwischen Mieter und Vermieter, die ein gewisses Ausmass angenommen haben, scheint eine Kündigung oft unumgänglich, um die Querelen zu beenden (SVIT-Komm.-FUTTERLIEB, [4. Aufl.], Art. 271 OR N 34; CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 271-271a OR N 3; CALAMO, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Diss. Bern 1994, S. 296, FN 465; ZK-HIGI, Art. 271 OR N 60; GIRÓN, Die missbräuchliche Kündigung von Wohn- und Geschäftsraummiete, Jusletter 25.8.2014, S. 19; THANEI, Ausgewählte Entscheide zum Kündigungsschutz, Fachheft Mietrecht, Zürich 1996, S. 28; ähnlich auch TSCHUDI M., MRA 1/2013, 19 ff.; vgl. als Beispiele für gültige Kündigungen BGer 4C.106/2002 vom

18.6.2002 sowie BGer 4A_735/2011 vom 16.1.12 E. 2.3–4). Aus dem zit. BGer 4A_735/2011 lassen sich die Leitlinien ablesen: Kündigungs- grund waren unbestrittene Unverträglichkeiten zwischen mehreren Mietparteien im Hause. Vor dem Einzug der Beschwerdeführer hatten die Hausbewohner zwölf Jahre lang in Frieden miteinander gelebt. Ein Zeuge hatte bestätigt, dass sich mehrere Hausbewohner über die Beschwerdeführer beklagt hatten. Gestützt auf diese Informationen durften die Vermieter die Kündigung aussprechen – zumin- dest war die entsprechende Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nicht willkürlich (a.a.O., E. 2.3-4). Ebenso liegt durchaus ein vernünftiger Grund für

- 9 - eine Kündigung vor, wenn im Haus Spannungen herrschen, nachdem die Bezie- hung zwischen einem Mitglied der vermietenden Personengesellschaft und der Mieterin in die Brüche gegangen ist und beide Beteiligten – die Mieterin mit ihrem neuen Freund – nach wie vor im Haus wohnen. Hier erübrigt sich für gewöhnlich eine nähere Prüfung der Ursachen, denn es würde auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben zu weit führen, beim Auseinanderbrechen einer Liebesbezie- hung nach einem Verschulden zu forschen (BGer 4A_421/2017 vom 27.9. 2017 E. 4.4). Ungültig ist die Kündigung hingegen, wenn die Missstimmung zur Hauptsache auf das vertragswidrige Verhalten der kündigenden Partei zurückzuführen ist (BGer 4A_269/2015 vom 2.11.2015 E. 3.2.2), denn diesfalls muss die Kündigung als blosser Vorwand und damit als treuwidrig eingestuft werden. Selbst wenn die Unverträglichkeit auch zu einem nicht unerheblichen Teil auf das Verhalten der gekündigten Partei zurückzuführen ist, kann ein Verstoss gegen Treu und Glau- ben als Ausfluss des Verbots widersprüchlichen Verhaltens dennoch vorliegen, wenn entgegen begründeten Vertrauens der Gegenseite gekündigt wird (vgl. ZK- HIGI, Art. 271 OR N 60, 69 und 71 ff.).

E. 4.1.4

Art. 271a OR konkretisiert und erweitert die Grundnorm von Art. 271 OR. Eine Konkretisierung findet sich in Art. 271a Abs. 1 lit. a-c und f OR, wo bestimmte Kündigungsmotive als treuwidrig definiert werden (sachlicher Kündigungsschutz). Einer davon ist eine sog. Vergeltungs- oder Rache Kündigung im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. a OR, die ausgesprochen wird, um den Mieter dafür zu bestra- fen, dass er Ansprüche aus Vertrag oder Gesetz geltend macht. Die Bestimmung soll dafür sorgen, dass die Mieterschaft ihre Rechte wahrnehmen kann, ohne eine Kündigung befürchten zu müssen (Mietrecht für die Praxis/THANEI, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 794 f.). Der Ausdruck "Ansprüche" ist weit zu verstehen und umfasst alle Arten von Forderungen (positive wie negative, d.h. solche zu einem Tun, Unter- lassen oder Dulden), soweit sie sich auf Gesetz oder Vertrag stützen (SVIT- Komm.-FUTTERLIEB, Art. 271a N 9). Sie müssen allerdings ein gewisses Gewicht haben; es darf sich nicht um Bagatellen handeln (ZK-HIGI, Art. 271a OR N 41; Mietrecht für die Praxis/THANEI, a.a.O, S. 794 f.). Blosser Reklamationen genügen nicht. Verlangt wird ferner ein Kausalzusammenhang zwischen der ausgespro- chenen Kündigung des Vermieters und der Geltendmachung der Ansprüche aus

- 10 - dem Mietverhältnis. Ob ein solcher Zusammenhang besteht, hängt von den Um- ständen der Kündigung ab. Gewichtiges Indiz ist etwa ein naher zeitlicher Zu- sammenhang (BGE 111 II 384 E. 2, BGE 113 II 460, BGE 115 II 484; die Ent- scheidungen sind alle noch unter der Herrschaft des BMM [Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen] ergangen). Ein direkter Bezug besteht auch zum geltend gemachten Kündigungsgrund: Erweist sich der geltend gemachte Grund als nicht überzeugend oder

fehlt gar jede Begründung, so legt dies ein Rachemotiv in Zusammenhang mit einem vorausgegangenem Streit nahe (BGE 111 II 384 E. 2b und 2d). Die Würdigung der entsprechenden Umstände ist Tat-, nicht Rechtsfrage (BGE 115 II 484).

E. 4.1.5

Art. 271a Abs. 1 lit. d und e sowie Art. 271a Abs. 2 OR sehen sodann eine Erweiterung des Kündigungsschutzes während eines mietrechtlichen Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens sowie während dreier Jahre nach dessen Abschluss vor (zeitlicher Kündigungsschutz). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, ist eine Kündigung auch aufzuheben, wenn sie – an den herkömmlichen Massstäben gemessen – mit Treu und Glauben vereinbar wäre (BGE 141 III 101 E. 2.2; BGE 131 III 33 E. 3.3-5). Als Forderung aus dem Mietverhältnis ist dabei jeder mietrechtliche Anspruch zu werten, der eine gewisse Bedeutung aufweist. Nach herrschender Lehre sind mit den sperrfristrelevanten Verfahren primär zivile Schlichtungs- und Gerichtsverfahren in Mietsachen gemeint. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht es allerdings aus, dass ein Zusammenhang des Verfahrens "mit der Mietsache" besteht, denn der Zweck der Regelung liegt darin, die Beendigung eines missliebigen Verfahrens mittels Kündigung durch den Vermieter zu verhindern sowie dem Mieter die Durchsetzung seiner mietrechtlichen Ansprüche zu ermöglichen, ohne eine Kündigung befürchten zu müssen. Dies spricht gegen eine einschränkende Auslegung der Kündigungssperre (BGE 141 III 101 E. 2.2 und 2.7). Selbst der einer weiten Interpretation der Norm skeptisch gegenüberstehende Teil der Lehre anerkennt zumindest, dass auch Verwaltungs- und Strafprozesse zu einer Sperrfrist führen können, soweit sie unmittelbar mietrechtliche Ansprüche zum Gegenstand haben, wie etwa im Falle einer adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilansprüchen im Strafverfahren (ZK-HIGI, Art. 271a N 244; SVIT-Komm.-FUTTERLIEB, der bei Art. 271a in N 32 a.E. auf HIGI

- 11 - verweist). Die gleichen Autoren anerkennen zudem, dass sich ob der vergleichbaren Interessenlage selbst bei Ablehnung einer Sperrfrist die Frage einer Missbräuchlichkeit nach Art. 271 Abs. 1 stellt (a.a.O., jeweils unter Berufung auf BAR-BEY, *Commentaire du droit du bail*, chap. III, *Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux*, Genf 1991, Art. 271a N 108). Nicht Voraussetzung ist für die Auslösung der Sperrfrist während eines Verfahrens oder im Anschluss daran, dass sich der Streit um eine Geldforderung gedreht hat (BGE 141 III 101 E. 2.2 und 2.7; vgl. zum Fall einer Einigung ausserhalb eines Verfahrens BGE 130 III 563 E. 2.1; BGer 4C.266/1993 vom 5.1.1994 E. 4a, publ. in MRA 1995, S. 39 ff.; CPra Bail-CONOD, Art. 271a OR N 50; ZIHLMANN, *Das Mietrecht*, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 218 FN 51, m. Verweis auf Amtl. Bull SR 1989, S. 4004). Bloss Bagatellen lösen allerdings tatsächlich keine Sperrfrist aus, etwa der zunächst nicht formgerechte Entzug eines Tiefkühlfaches, für das ein Mietzinsanteil von Fr. 6.50 pro Monat zu bezahlen war oder die Korrektur einer Mietzinserrhöhung um einen Franken (BGer 4C.266/1993 vom 5.1.1994 E. 4a; BGE 118 II 365 E. 1; BGE 130 III 563 E. 2.1).

E. 4.2

Anwendung auf den vorliegenden Fall

E. 4.2.1

Begründetes Vertrauen des Klägers auf das Unterbleiben einer Kündigung Es ist unbestritten, dass es zwischen den Parteien am 27. Mai 2016 zu einem Streit bezüglich der

Ausdehnung der Aussenbestuhlung des Restaurants kam, an welchem in erster Linie der Kläger und die Tochter des Beklagten in ihrer Eigenschaft als Verwalterin der Liegenschaft, am Rande auch der Beklagte selber beteiligt waren. Die Parteien sind sich einig, dass die Tochter des Beklagten bei einer Einvernahme vom 9. Februar 2017 bei der Staatsanwaltschaft aufstand, dem Kläger die Hand gab und zu ihm sagte, man fange jetzt neu an. Im Zeitpunkt dieses Handschlags waren die Konflikte zwischen den Parteien beiden Seiten bekannt, unabhängig davon, wer sie verursacht hatte und in welchem Ausmass. Gut zwei Wochen später stellte die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 27. Februar 2017

- 12 - die Untersuchung gegen die Tochter des Beklagten in Zusammenhang mit dem Vorwurf falscher Anschuldigung ein. Eine Woche später erfolgte die Kündigung vom 6. März 2017, für die zunächst kein Grund angegeben wurde. Auf Nachfrage gab der Beklagte dann die Unverträglichkeit zwischen den Parteien an und "laufende[...] Eskalationen", die den Fortbestand des Mietverhältnisses nicht mehr länger als zumutbar erscheinen lassen sollen. Dass sich zwischen dem Handschlag zum Zwecke des Neuanfangs und der Kündigung neuerliche Konfliktpunkte ergeben hätten, liess der Beklagte nicht geltend machen. Gestützt auf Art. 56 ZPO nach den Gründen für den Meinungsumschwung befragt, gab seine Tochter anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. März 2018 an, sie habe innerhalb von "diesen sieben Tagen" angefangen, ihren Willen auszusprechen und denjenigen des Klägers nicht mehr zu berücksichtigen, nachdem sie zuvor auf die Frage, ob der Neuanfang nicht geklappt habe, nur knapp mit "Nein, hat er nicht" geantwortet hatte. Was den ursprünglichen Streitpunkt Aussenbestuhlung angeht, ist klar, dass diese in der relevanten Phase zwischen dem

E. 4.2.2

Eventualbegründungen Selbst ohne den Handschlag zu einem Neuanfang hätte die Kündigung aber vor Gesetz und Vertrag keinen Bestand.

- 14 -

E. 4.2.2.1

Sperrfrist Vorab ist zu prüfen, ob zur Zeit der Kündigung nicht eine Sperrfrist lief (zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zu dieser Frage vgl. ...). Unbestrittenermassen meldete sich der Kläger bei der Polizei, nachdem die Tochter des Beklagten ihm eigenmächtig die um die Aussenbestuhlung herum aufgestellten Blumentröge entzogen und zumindest teilweise in ihren eigenen Machtbereich gestellt hatte. Dies geht auch aus dem Polizeirapport vom 9. Juli 2016 hervor, denn auf S. 4 gab der Beklagte in jenem Verfahren zu Protokoll, der Kläger habe nach der Aktion der Tochter des Beklagten die Polizei verständigt, was die Einsatzzentrale dem Beklagten bestätigt und dabei überdies von diesem verlangt habe, dass er die Blumenkisten wieder zurückstelle. Im Anschluss daran ist im Rapport auch der Journaleintrag der Einsatzzentrale über den Telefonanruf des Klägers vermerkt. Zwar kam das so in Gang gesetzte Strafverfahren nicht über das Stadium eines Vorverfahrens nach Art. 299 ff. StPO hinaus, weil der Beklagte und seine Tochter wenige Tage später, nach Angaben des Klägers zwei Wochen später, der polizeilichen Aufforderung nachkamen und die Töpfe ausserhalb ihrer Werkstatt platzierten, wo der Kläger sie wieder in Besitz nehmen und bei der Gartenwirtschaft aufstellen konnte. Es kann aber keinen Zweifel geben, dass der Kläger mit seiner Intervention ein Strafverfahren in Gang gesetzt und dabei die Herausgabe der Blumenkisten verlangt hat: Zur adhäsionsweisen Anmeldung von Zivilansprüchen genügt bereits die mündliche Erklärung

bei einer Strafverfolgungsbehörde (wozu auch die Polizei gehört, vgl. Art. 12 StPO sowie ZK StPO-LIEBER, Art. 118 N 11) mit dem Inhalt, man leite aus einer Straftat Zivilansprüche ab (Art. 118 Abs. 3 und Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b StPO; dazu ZK StPO-LIEBER, Art. 118 N 6). Liegt eine Konstituierung als Privatkläger im genannten Sinne vor, so bewirkt dies zugleich die Rechtshängigkeit der adhäsionsweise geltend gemachten Zivilklage (Art. 122 Abs. 3 StPO; ZK StPO-LIEBER, Art. 122 N 8). Was den Gegenstand der Zivilklage angeht, hat der Kläger die Polizei kontaktiert, um seine Blumentöpfe zurückzubekommen. Dass im vorliegenden Fall der eigenmächtige Entzug der Blumentöpfe nicht nur eine unerlaubte Handlung nach Art. 41

- 15 - ff. OR, sondern zugleich auch die Verletzung einer mietvertraglichen Pflicht bedeutete (Gewährleistung des ungestörten Gebrauchs der Sache, vgl. Art. 256 und 259a ff. OR ...), bedarf keiner näheren Erläuterung. Selbst wenn es im Übrigen bei der Prüfung der zivilrechtlichen Lage auf den Straftatbestand der Sachentziehung gemäss Art. 141 StGB ankäme, würde es entgegen der Meinung des Beklagten durchaus schon für die Annahme eines erheblichen Nachteils genügen, dass die betroffene Sache dem Berechtigten für einige Zeit nicht zum Gebrauch zur Verfügung stand (OFK StGB-DONATSCH, 20. Aufl., Zürich 2018, Art. 141 N 5). Keine Rolle spielt nach dem Gesagten, dass das Strafverfahren in der Folge wegen der Rückgabe der Töpfe nicht weiter verfolgt wurde, denn die Rechtshängigkeit der mit der Strafanzeige eingereichten adhäsionsweisen Zivilklage wurde bereits mit der mündlichen Anmeldung des Anspruches bei der Polizei ausgelöst (Art. 122 Abs. 3 i.V.m. Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO). Die Herausgabe der Töpfe stellt letztlich eine sinngemässe Anerkennung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs dar, ganz abgesehen davon, dass der Beklagte bzw. seine Tochter trotz des Streits um die Positionierung der Tröge mit einer Gutheissung der Adhäsionsklage hätten rechnen müssen, da sie bei ihrer Aktion die auch im Vertragsrecht zu beachtenden Grenzen erlaubter Selbsthilfe überschritten hatten (Art. 52 Abs. 3 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR). Wie die Begleitumstände zeigen, handelte es sich beim eigenmächtigen Vorgehen der Tochter des Beklagten auch nicht um eine Bagatelle: Zwar kann man von aussen betrachtet die Heftigkeit der mit dem Streit verbundenen Emotionen mit Blick auf die effektive Bedeutung der Sache nur schwer nachvollziehen. Gerade wegen dieser Heftigkeit verbietet es sich aber, den Konflikt als blosser Kleinigkeit abzutun. Dass mit dem Verfahren nicht auch geklärt wurde, wo genau der Kläger die Töpfe aufzustellen berechtigt ist, spielt keine Rolle, denn diese Frage war nicht Verfahrensgegenstand. Damit erfolgte die Kündigung innerhalb von drei Jahren seit Abschluss einer in einem Strafverfahren adhäsionsweise erhobenen Zivilklage, in welchem die Parteien sich über einen (u.a.) mietrechtlichen Anspruch des Klägers "sonstwie" einigten (vgl. Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR), nämlich durch eine Anerkennung des Beklagten. Die Kündigung ist daher unabhängig davon aufzuheben, ob der Beklagte mit der Kündigung treuwidrige Motive verfolgte oder nicht.

- 16 -

E. 4.2.2.2

Überwiegende Verursachung des Zerwürfnisses durch den Beklagten Eine nähere Prüfung ergibt überdies, dass die vom Beklagten geltend gemachte Unverträglichkeit vorwiegend auf sein Verhalten und auf dasjenige seiner Tochter zurückzuführen ist. Es trifft zwar zu, dass zum Streiten immer mindestens zwei gehören, wie der Beklagte vorbringen lässt, und dass in gewissen Punkten eine Mitverantwortung des Klägers für das Zerwürfnis zumindest nicht ausgeschlossen werden kann. Dennoch senkt sich insgesamt die Waage recht deutlich

zuungun- ten des Beklagten, wie nachfolgend zu zeigen ist. Dabei sollen allerdings nur die wichtigsten Vorwürfe herausgegriffen werden, da diese Elemente nach dem Ge- sagten für den Entscheid nicht von zentraler Bedeutung sind: a) Was zunächst die Grenzen der Aussenbestuhlung angeht, ist dem Beklagten zuzustimmen, dass er auf Einhaltung der vertraglichen Abmachungen bestehen darf und durfte. Entgegen seiner Annahme sind die Grenzen jedoch rechtlich kei- neswegs so klar, wie er und seine Tochter dies mit den von derselben erst für das vorliegende Gerichtsverfahren [auf einem Foto; Anm. d. Red.] gezogenen roten Linien aufzeigen möchten. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, der Beklagte habe dem Kläger und seinem damaligen Partner beim Abschluss des Mietvertrags im Jahre 2004 den mit der Duplik (...) eingereichten Plan vorgelegt, vermöchte dieser die Grenzen des Benützungsrechts jedenfalls nicht genauer zu umschrei- ben, als dies der Mietvertragstext tut, der keinen Hinweis auf den Plan enthält: Hier wie dort ist nicht etwa von genau 20 Sitzgelegenheiten die Rede, sondern von "ca." 20 Stühlen. Die Pfeile auf dem Plan deuten zwar mehr oder weniger auf die Hausflucht als seitliche Grenze, wie dies auch in Ziff. 1 des Mietvertrags ge- schieht. Zweifel an der scharfen Abgrenzung ergeben sich aber aus den Massen im Vertrag, die dort mit "ca. 9,7 x 2 m" angegeben und im Plan überhaupt nicht vermerkt sind. Wer Zirka-Angaben verwendet, gibt nach Treu und Glauben zu ver- stehen, dass es auf einige Zentimeter mehr oder weniger nicht ankommt. Dass die Parteien etwas anderes besprochen hätten als das im Vertrag (und allenfalls im Plan) vermerkte, macht auch der Beklagte nicht geltend. Vor diesem Hintergrund erhält die konkrete Vertragspraxis eine erhöhte Bedeutung. Nicht substantiiert wi- dersprochen hat der Beklagte der Darstellung des Klägers, er habe von allem An- fang an die Grenzen nicht als unverrückbar betrachtet. Der Beklagte habe ihm

- 17 - gesagt, er könne die Tische bei Bedarf auch verschieben und die Bestuhlung bis unter einen (auf den Fotos nicht zu sehenden) Baum aufstellen. Der Beklagte und seine Tochter machen zwar letztlich geltend, es habe schon vor 2016 Diskussio- nen in Zusammenhang mit der Bestuhlung gegeben. Sie unterliessen es aber, konkrete Diskussionen über diesen Punkt genau zu bezeichnen: Auf Fragen nach Art. 56 ZPO bestätigte die Tochter des Beklagten die Darstellung des Klägers, indem sie ausführte, "in besagtem Sommer" – soweit sie sich erinnere 2015 – sei ihr aufgefallen, dass die Blumentöpfe so aufgestellt gewesen seien wie auf dem Foto in Urk. 23/35. Wenn ihr das vorher nicht aufgefallen war, ist das ein deutli- cher Hinweis darauf, dass es über die Bestuhlung jedenfalls vor 2015 auch keine Differenzen gab, wie der Kläger zu recht vorbringen lässt. In die gleiche Richtung zielte zunächst auch das entsprechende Plädoyer, liess der Beklagte am 8. März 2018 doch ausführen, soweit der Kläger geltend mache, er habe zehn Jahre lang seine Pflanzen und Bestuhlung innerhalb des Grenzbereiches aufgestellt und es habe keine Beanstandungen gegeben, so möge das sein, denn dann habe es auch keinen Anlass zu Beanstandungen gegeben. Bemerkenswert vage schob der Beklagte später nach, wenn der Grenzverlauf aber verletzt worden sei, so sei dies auch beanstandet worden; er machte aber zu den genauen Zeiten keine An- gaben und offerierte auch keine Beweise. Die Tochter des Beklagten äusserte sich am 8. März 2018 ähnlich: Auf Frage der klägerischen Rechtsvertreterin, wes- halb sie erst 2016 reklamiert habe, wenn das Foto doch schon aus dem Jahre 2015 stamme, meinte sie, sie habe im Jahr 2016 schriftlich reklamiert, weil der Druck von den Nachbarn auch erheblich gewesen sei und sie es dann wirklich nicht mehr geduldet habe. Vorher habe sie darum gebeten. Die Nachfrage, ob sie jedes Jahr seit 2004 darum gebeten habe, wollte sie zunächst nicht beantworten und meinte dann, der Beklagte habe den Kläger um Dinge gebeten und es dann schleifen lassen. Sie habe 2013 den Betrieb in einer solch desolaten

Verfassung übernehmen müssen. Im späteren Verlauf stellte der Beklagte einen Zusammenhang her zur Feuerwehrzufahrt in die H.-strasse [Querstrasse zur N.-strasse; Anm. d. Red.] im Kontext der dort befindlichen Parkplätze und machte zunächst ohne Beweisofferten geltend, es habe Auseinandersetzungen wegen der Aussenbestuhlung gegeben.

- 18 - Bei der Fortsetzung der Hauptverhandlung unterstellte der Beklagte dem Kläger dann zwar, er sage nicht die Wahrheit, wenn er behaupte, er habe nicht gewusst, wo er die Stühle aufzustellen habe. Eine konkrete Rüge zur Bestuhlung vor 2016 lässt sich aber daraus nicht ableiten. Der Beklagte liess anfügen, "seit der Einreichung der Fotografie der mit Rot eingezeichneten Grenzlinien" – welche die Tochter des Beklagten nach ihren eigenen Angaben erst im Hinblick auf das Gerichtsverfahren hin angefertigt hat – sei die Auffassung des Klägers zu dem ihm zustehenden Bestuhlungsbereich widerlegt. Zugestanden hat der Beklagte dem Kläger sodann, dass er keine Einwendungen gegen die Anschaffung neuen, grösseren Mobiliars durch den Kläger hatte, auch wenn er dabei gesagt haben will, dass "der Bereich" nicht überschritten werden dürfe. Was die angeblichen Auseinandersetzungen mit Behörden oder Nachbarn angeht, wollte seine Tochter noch am 8. März 2018 keine genaueren Angaben machen und sagte, das (...) sei Privatsache. Bei der Fortsetzung der Hauptverhandlung am 16. August 2018 liess der Beklagte dann I. von Schutz und Rettung Zürich als Zeugen offerieren und reichte ein E-Mail desselben vom 28. November 2014 zu den Akten, ein Dokument, das nicht aus der Sommerzeit stammt und das sich nur mit den Parkplätzen in der H.-strasse befasst, welche gemäss Plan (...) das einzige wirkliche Zufahrtshindernis und überdies auch das einzige Thema der Ende November 2014 verfassten Mail bilden. Gleiches gilt für die überdies präsentierte E-Mail I.s an den Beklagten vom 27. Februar 2015, welches mit der Forderung nach Aufhebung eines bestimmten Parkplatzes schliesst. Konkreter wurde der Beklagte nicht. Zwar bezeichnete er auch noch gewisse Nachbarn als Zeugen, so einen K. und einen Herrn L. von einer M. AG, ohne zu erläutern, wann und wie genau diese Personen der Tochter des Beklagten gegenüber verlangt haben sollen, "dass der definierte Aussenbereich vom Kläger eingehalten" wird. Zu recht kritisierte der Kläger diese Darstellung als zu wenig substantiiert. Freimütig räumte der Beklagte danach ein, die aktuelle Situation habe sich erst aufgrund der neuen Parkplatzanordnung ergeben. Dass das für die Beurteilung der mietrechtlichen Situation keine Rolle spielen soll, trifft entgegen seiner Auffassung nicht zu. Hat man die Bestuhlungsweise des Klä-

- 19 - gers jahrelang geduldet, so wäre mindestens zu erwarten gewesen, dass man dem Kläger auch die Gründe für die plötzliche Änderung bekannt gibt. Doch nicht nur das: Die existierenden Auseinandersetzungen mit Nachbarn und Behörden beziehen sich nur auf die Parkplätze, und dabei nicht etwa auf das Verhalten des Klägers, sondern u.a. darauf, dass die Tochter des Beklagten ohne die erforderliche Bewilligung auf der H.-strasse einen Längsparkplatz einzeichnen liess und von der zuständigen Baubehörde mit Beschluss vom 22. April 2015 aufgefordert wurde, diesen wieder zu beseitigen. Dieser eingebüsst Parkplatz war der Hintergrund des widerstrebenden Verhaltens insbesondere der Tochter des Beklagten in Zusammenhang mit der Aufstellung der Aussenbestuhlung an Pfingsten 2016 (dazu sogleich). b) Das veränderte Verhalten des Beklagten und seiner Tochter bezüglich der räumlichen Gestaltung der Aussenbestuhlung musste dem Kläger unter den gegebenen Umständen zumindest als widersprüchlich erscheinen. Dass er von einer Schikane ausging, scheint umso verständlicher, als der Beklagte und seine Tochter sich

(...) in Zusammenhang mit der Eröffnung der Aussenwirtschaft an Pfingsten 2016 eingestandenermassen vertragswidrig verhalten hatten: Wie aus der eingereichten E-Mail-Korrespondenz hervorgeht, ersuchte der Kläger den Beklagten mit E-Mail vom 3. April 2016 darum, die Gartenwirtschaft in Abweichung von der vertraglichen Regelung bereits einen Monat früher eröffnen zu dürfen. Die Tochter des Beklagten versprach eine Prüfung, verwies jedoch darauf, dass sie und ihr Vater den Platz beim Privat-Trottoir wegen der unsicheren Rechtslage in Zusammenhang mit den Parkplätzen in der H.-strasse u.U. benötigen, um ihren Lieferwagen aufzustellen. In der Folge bot sie eine frühere Eröffnung an, falls der Kläger die Kosten für eine Parkkarte in der Blauen Zone von Fr. 450.– (30 Tageskarten à Fr. 15.–) für den zusätzlichen Monat übernehme. Das war dem Kläger zu teuer. Er bot an, die Kosten für eine Jahresparkkarte für die Blaue Zone zu übernehmen, die nur Fr. 225.– betragen. Schon die Antwort der Tochter des Beklagten scheint schikanös, bestand sie doch auf den teureren Tageskarten mit der Begründung: "Eine Jahreskarte brauchen wir nicht für einen einzelnen Monat". Weiter gab sie ihre Vorstellungen von der Gestaltung der Aussenbestuhlung bekannt und beharrte darauf, dass das Trottoir nicht vor dem 17. Mai 2016 benützt werden dürfe, weil

- 20 - der 15. und 16. Mai auf Pfingstsonntag und -montag fielen, also auf gesetzliche Feiertage. Dagegen protestierte der Kläger und verwies (korrekt) auf den Mietvertrag, der ihm die Aussenbestuhlung ab 15. Mai zusichere. Die Tochter des Beklagten liess sich von ihrer absurden Auffassung, an Feiertagen gelte die besagte Mietvertragsklausel nicht, nicht abbringen, selbst nachdem der Kläger sie ebenfalls korrekt darauf hingewiesen hatte, dass in seinem Restaurant auch an Sonntag und Feiertagen gearbeitet werden dürfe. Im vorliegenden Prozess brachte der Beklagte dazu nur vor, der Kläger habe das Restaurant am Sonntag ohnehin geschlossen und "man" habe an den genannten Feiertagen keine übermässigen Immissionen haben wollen. Tatsache ist, dass der Beklagte und seine Tochter sich mit der Weigerung willkürlich verhielten, den Trottoirbereich wie vertraglich vorgesehen bereits am 15. Mai 2016 für die Aussenbestuhlung freizugeben. Von einem Irrtum kann nicht ausgegangen werden, führte der Beklagte vor Jahren das Restaurant doch selber, so dass ihm die einschlägigen Feiertagsregeln bekannt sein mussten. Der Vorfall liefert auch einen Hinweis bezüglich Absprachefähigkeit der Parteien: Während die Tochter des Beklagten dem Kläger in abenteuerlicher Weise vorwarf, das Mietrecht zu biegen, wie es ihm beliebt, verzichtete der Kläger auf sein vertragliches Recht und nahm dadurch Ertragsausfälle hin. Das Muster gleicht demjenigen beim Streit um die Platzierung der Bestuhlung: Auch hier war es letztlich der Kläger, der sich im Anschluss an den Streit um die Ausdehnung der Bestuhlung trotz zumindest unklarer Rechtslage an die von der Tochter des Beklagten nach vielen Jahren Mietdauer erstmals kommunizierten rigiden Grenzen hielt, während letztere und ihr Vater dem Kläger noch heute unsubstantiiert und unbelegt vorwerfen, den Vertrag zu verletzen. c) In eine ähnliche Kategorie fällt die Geschichte mit der PET-Flasche, welche verhindern soll, dass das Fett aus dem Abluftkanal der Restaurantküche zusammen mit dem Kondenswasser, für welches am Abluftkanal ein Abflussrohr angebracht ist, in den Innenhof tropft (...). Unbestrittenermassen kam der Kläger auf die Idee, die PET-Flasche am offenen Rohr bei der Lüftung anzubringen, um Wasser und Fett aufzufangen. Der Beklagte war damit nicht nur einverstanden,

- 21 - sondern stellte dem Kläger jeweils seine Leiter zur Verfügung, um die Flasche regelmässig zu leeren. Im vorliegenden Verfahren lässt der Beklagte dem Kläger vorwerfen, er leere die Flasche nicht mehr oder nicht mehr häufig genug. Das Thema war auch

Gegenstand von Korrespondenz im Dezember 2017, also neun Monate nach der Kündigung. In der Duplik führte dann der Beklagte in anderem Zusammenhang aus, der Kläger habe (bis zum Streit im Mai 2016) jeweils die Leiter aus der Werkstatt des Beklagten geholt, die er dann aber (aufgrund des Streits) "nicht mehr haben konnte und wollte". Später liess er – erneut bemerkenswert – vortragen, er selber habe dem Kläger die Leiter nicht mehr gegeben bzw. geben können, da sie "an diesem Tag" auf einer Baustelle im Einsatz gewesen sei. Daraus erhellt, dass der Kläger sehr wohl nach der Leiter gefragt haben muss, um die PET-Flasche auswechseln zu können, sie aber an besagtem Tag vom Beklagten nicht erhalten hat. Dass der Beklagte sie ihm an einem anderen Tag angeboten hätte, um das seit Jahren praktizierte Vorgehen zu ermöglichen, macht der Beklagte nicht geltend. Stattdessen verstieg er sich neu zur sinngemässen Behauptung, schuld am Fettaustritt seien zerrissene Fettfilter. Hätte sich das Aus-treten von Fett indessen mittels intakter Filter verhindern lassen, so hätte der Be- klagte wohl nicht jahrelang seine Zustimmung zum vom Kläger erdachten Verfah- ren unter Einsatz von PET-Flaschen gegeben. Auch hier hat es den Anschein, dass der Beklagte und seine Tochter bewusst Probleme kreierte haben, um sie hinterher dem Kläger anlasten zu können. Das ist mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren. d) Zumindest aufgebauscht wirken die Vorwürfe des Beklagten und seiner Tochter in Zusammenhang mit der Installation einer Steckdose für den neuen Backofen. Die Tochter des Beklagten erkundigte sich beim Kläger nach dem Na- men des Installateurs und nahm anschliessend Kontakt mit dessen (Temporär-) Arbeitgeber auf, der von der Installation nichts wusste. Dies wiederum nahm die Tochter des Beklagten zum Anlass für eine äusserst scharfe Korrespondenz, in welcher sie ihren Standpunkt auf einem fehlenden Sicherheitsnachweis betr. Elektroinstallationen aufbaute. Unbestritten blieb aber, dass die Steckdose durch- aus durch einen ausgebildeten Elektriker und zudem ordnungsgemäss installiert wurde und auch funktioniert. Es mag sein, dass der Kläger sich die Dienstleistung

- 22 - über einen Freund besorgte, der diese nicht über seinen Arbeitgeber abrechnete. An der fachgerechten Ausführung der vom Kläger veranlassten Arbeiten änderte das indessen nichts. Die Tochter des Beklagten räumte in anderem Zusammen- hang ein, dass der Sicherheitsnachweis der Vorrichtung nicht von der Art und Weise ihrer Installation abhängt, sondern periodisch ohnehin im ganzen Haus durchgeführt werden muss. Die angebliche Unzulänglichkeit des Vorgehens des Klägers diente der Tochter des Beklagten letztlich dazu, den Kläger in unange- messenem Ton mit überzogenen Vorwürfen einzudecken, und zwar obwohl sie wusste, dass es dem Kläger aus betrieblichen Gründen damit geeilt hatte, den neuen Backofen in Betrieb nehmen zu können. e) Auch der Vorwurf der Verletzung der Getränkebezugsverpflichtung fällt letzt- lich auf den Beklagten zurück. Richtig ist, dass das Bundesgericht in einem be- sonders gelagerten Fall eine Bezugsverpflichtung für gültig und überdies als Grundlage für eine ausserordentliche Kündigung betrachtete (BGer 4C.255/2004 vom 17. November 2004 E. 4). Damals war die Bezugsverpflichtung allerdings Teil einer umfassenden Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen den Parteien. Der Mieter hatte das Recht, vier nicht über den Vermieter bezogene Weinsorten aus- zuschenken. Zudem führte die Bezugsverpflichtung laut Vertrag zu einer gestaffel- ten Mietzinsreduktion. Auch im genannten Entscheid betonte das Bundesgericht jedoch seine Rechtsprechung, wonach es für die Beurteilung der Zulässigkeit ei- ner solchen Verpflichtung im Lichte des Verbotes von Koppelungsgeschäften nach Art. 254 OR in erster Linie darauf ankommt, ob zwischen Leistung und Gegenleis- tung ein Missverhältnis besteht, und zwar selbst dann, wenn grundsätzlich ein Zu- sammenhang

zwischen dem Geschäft und dem vorausgesetzten Gebrauch der Mietsache besteht (a.a.O., E. 4.3; ebenso schon BGE 118 II 157 E. 3c; HAP-FERTIG, 350 f.; SVIT-Komm.-BIBER, Art. 254 N 10, 13 und 16). Der vorliegende Fall präsentiert sich anders als das Präjudiz. Die Bierverpflichtung gemäss Ziff. 40 des Zusatzvertrages vom 22. Juni 2004 sieht keinerlei Ausnahmen vor und ist für den Kläger mit keinen Vorteilen verbunden. Aus der Korrespondenz und der Parteidarstellung auch des Beklagten ist ersichtlich, dass dieser finanziell von der Verpflichtung profitiert, ohne die Vorteile auch nur teilweise dem Kläger zugute kommen zu lassen. Die Verpflichtung ist daher Ausdruck eines er-

- 23 - heblichen Missverhältnisses und somit nichtig, wie der Kläger zu recht vorbringen lässt. Zudem hat der Kläger unwidersprochen ausgeführt, dass er zwar seit Mietbeginn auf Wunsch seiner Kunden Mythos-Bier ausschenke, aber mit Wissen des Beklagten. Beim Mietbeginn habe die vertraglich vorgesehene Lieferfirma kein griechisches Bier im Angebot gehabt. Zudem beziehe er nicht nur sein (sonstiges) Bier, sondern – über den eigentlichen Wortlaut der Verpflichtung hinaus – alle übrigen Getränke über die im Vertrag bezeichnete Firma. Eine Vertragsverletzung durch den Kläger ist damit nicht auszumachen. Wäre die Kündigung vor diesem Hintergrund erfolgt, müsste sie wegen eines Verstosses gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. a OR für ungültig erklärt werden. f) Was sodann den bereits am 6. August 2015 und damit 19 Monate vor der Kündigung entstandenen Inspektionsbericht des Lebensmittelinspektorates angeht, taugt dieser nicht als Beleg für andauernde Vertragsverletzungen des Klägers. Unbestritten blieb, dass am 9. Dezember 2015 eine Nachkontrolle durchgeführt wurde, welche zu keinen Beanstandungen Anlass gab. Richtig ist zudem der Einwand des Klägers, dass etliche Beanstandungen Kleinigkeiten betrafen, die im Bericht vom 6. August 2015 zudem teils nur vage beschrieben wurden, wie etwa ein leerer Handtuch-Dispenser oder die teilweise mangelhafte Trennung von "rein und unrein" mit der Begründung, eine Geldbörse sei in einem Lebensmittelgebinde aufbewahrt worden. Gerügt wurden zudem auch Mängel, deren Behebung dem Beklagten oblag. Gerade was den nach Auffassung des Beklagten durch den Kläger ungenügend gereinigten Küchenboden angeht, hielt der zuständige Inspektor keineswegs eine mangelhafte Reinigung fest, sondern monierte – wie der Kläger dies geltend machte – nur, die teilweise mangelhaften bzw. ausgeschlagenen Bodenfugen erschwerten die Reinigung und begünstigten die Ablagerung von Fettrückständen und Schmutz. Der Bericht widerspricht daher der Behauptung des Klägers nicht, der Boden sei immer gründlich gereinigt worden. Der Rapport steht aber in auffälligem Kontrast zum im Auftrag des Beklagten erstellten Parteigutachten E.s, der zwar die Feststellungen des Lebensmittelinspektorates als zutreffend bezeichnete, dann aber von sehr starken fettigen / öligen Verunreinigungen auf der Plattenoberfläche und vor allem in den Plattenfugen sowie von teils "katastrophalen" Verschmutzungen sprach, ohne dass dies im Bericht eine Stütze finden

- 24 - würde. Auch ihm scheint immerhin klar gewesen zu sein, dass die Behebung des Problems nicht ohne Reparatur des defekten Bodens zu erreichen war (...). Was die im Inspektionsbericht unter Ziff. 4 erwähnten Schimmelspuren im Kühlkeller betraf, deren Ursache der Inspektor in einem Wasserschaden vermutete, wiederholten der Beklagte und seine Tochter im vorliegenden Verfahren und in der vorausgegangenen Korrespondenz mehrmals, das eingedrungene Wasser sei auf einen undichten Siphon unter einem Spülbecken in der Küche zurückzuführen, der leck geworden sei, weil der Kläger zur Reinigung des Müllcontainers im Hof dort jeweils einen Gartenschlauch angeschlossen

habe. Eine plausible Erklärung für ein schuldhaftes Verhalten vermochten sie jedoch nicht substantiiert darzulegen: Ein Siphon gehört zum Abflusssystem und kann daher mit dem Ausspülen der Container, für welches man Frischwasser benötigt, nichts zu tun haben. Soweit durch Zug auf dem Schlauch der Siphon verschoben und leck geworden sein soll, ist nicht vorstellbar, wie eine genügend grosse Menge Wasser unbemerkt unter das Spülbecken hätte gelangen, durch eine massive Kellerdecke dringen und schliesslich im Kühlkeller zu einem Feuchtigkeitsschaden hätte führen sollen. Der Beklagte unterlässt sowohl hinreichende Vorbringen dazu wie auch taugliche Beweisofferten. Den präsentierten Handwerkerrechnungen über die Reparaturarbeiten im Keller lässt sich jedenfalls zu einer Verursachung des Schadens durch den Kläger oder seine Mitarbeitenden nichts entnehmen, ebenso wenig den eingereichten Fotos. Aus einzelnen Belegen ergeben sich eher Hinweise für einen bauseitigen Mangel. So geht aus dem Regierapport zur Rechnung der P. GmbH vom 30. November 2015 hervor, dass am 6. Oktober 2015 "Sanitärleitungen" [Mehrzahl] freigespitzt wurden, was wohl nur mit der Darstellung des Klägers erklärt werden kann, dass Ursache für den Wasserschaden ein leckes Wasserrohr gewesen sei. Ähnliches gilt für die (...) eingereichte Sanitärrechnung, die entgegen der Auffassung des Beklagten jedenfalls nicht als Beleg dafür taugt, dass der Wasserschaden auf einen undichten Siphon zurückzuführen ist. Unerfindlich ist unter solchen Umständen, wie der Beklagte dem Kläger eine Verletzung der Meldepflicht vorwerfen kann, ganz abgesehen davon, dass sich der vom Lebensmittelinspektor festgestellte Schimmel unter einer Abdeckplatte befunden hat und der Beklagte nicht in der Lage ist, Indizien dafür zu substantiieren,

- 25 - geschweige denn taugliche Beweismittel dafür zu nennen, dass der Kläger oder Personen, für die dieser verantwortlich ist, das Leitungsleck zu einem bestimmten Zeitpunkt hätte erkennen können, und schon gar nicht, dass dies vor dem 23. Dezember 2013 der Fall war, als die Parteien den Schaden gemeinsam erkannten. Zum Schimmel liess er selber ausführen, dass dieser sich erst gebildet habe, nachdem sich die Reparatur des entdeckten Wasserschadens bis ins Jahr 2015 verzögert habe. Unzutreffend ist sodann die Behauptung, der Kläger habe dem Beklagten den defekten Boden unter dem Kühschrank nicht gemeldet. Dies geschah bereits mit der Mängelanzeige vom 6. November 2013. g) Ähnlich sind die Vorwürfe zu beurteilen, Handwerker hätten Reparaturarbeiten nicht durchführen können, weil der Kläger ihnen den Zugang nicht ermöglicht oder Vorbereitungsarbeiten nicht ausgeführt habe. Der Beklagte beruft sich dazu einzig auf E-Mails seiner Tochter, aus denen aber nicht hervorgeht, wann und aus welchem Grund man den Kläger gebeten haben will, bestimmte Unterstützungsleistungen zu erbringen. Umgekehrt existiert unbestrittenermassen die mehr als drei Jahre vor der Kündigung erstellte Mängelmeldung des Klägers vom 6. November 2013, die mehrere der vom Beklagten monierten Punkte beschränkt und die – aus welchen Gründen auch immer – erst im Spätsommer 2015 zu Behebungsarbeiten geführt hat. Soweit der Beklagte eine Erschwerung des Zugangs für einen Sicherheitsnachweis für die Elektroinstallationen am 21. Januar 2015 durch den Kläger rügt, geht aus der E-Mail der Tochter des Beklagten von besagtem Datum hervor, dass nur ein einziger Kellerraum verschlossen vorgefunden wurde. Warum es sich dabei um etwas anderes gehandelt haben könnte denn um ein Versehen, wie der Kläger dies geltend macht, erläutert der Beklagte nicht. Es ist auch anzunehmen, dass die entstandenen Mehrkosten, die der Beklagte gemäss Mail dem Kläger in Rechnung zu stellen beabsichtigte, vom Kläger getragen wurden, denn wenn es sich anders verhalten hätte, wäre aufgrund des sonstigen Verhaltens des Beklagten im vorliegenden Verfahren zu erwarten gewesen, dass er auch das moniert hätte. Was den Zugang des Handwerkers Q. zum Restaurant am 29.

März 2017 – 23 Tage nach der Kündigung – angeht, stimmt die Darstellung der Tochter des Beklagten (...) durchaus insofern mit der Behauptung des

- 26 - Klägers überein, Q. habe vorgeschlagen, den Beklagten selber um Zugang zu bitten, als weder die Tochter des Beklagten noch der Beklagte im vorliegenden Prozess geltend machte, Q. habe ihr etwas anderes gesagt. Immerhin war Q. im Auftrag des Beklagten oder seiner Tochter vor Ort. Da scheint es auch nicht ungewöhnlich, dass die Tochter eine nicht näher spezifizierte Sitzung kurz unterbrechen musste, um ihrem Vertragspartner Zugang zum Mietobjekt zu verschaffen. h) Soweit der Beklagte die Unverträglichkeit zwischen den Parteien in Ereignissen sucht, die sich erst nach der Kündigung zugetragen haben, ist er daran zu erinnern, dass diese auf den Kündigungsentschluss schlicht keinen Einfluss gehabt haben können. Zudem ist auch hier festzustellen, dass in erster Linie er und seine Tochter es sind, die sich (auch) in neuerer Zeit im Ton vergriffen – wobei der Beklagte zur heftigsten Äusserung auch hat ausführen lassen, sie tue ihm leid. Auch was der Beklagte insbesondere für die Phase bis zur Kündigung sonst noch vorbringt, ist nicht geeignet, die Sache in einem anderen Licht erscheinen zu lassen. i) Vor dem Hintergrund dieser teils an den Haaren herbeigezogenen Vorwurfslitanen verblässen mögliche tatsächliche Pflichtverletzungen des Klägers oder seiner Hilfspersonen, so etwa das Abstellen eines Fahrzeugs auf dem Privatgrund des Beklagten, welches zu einer Busse führte, oder das vorübergehende Aufstellen von Getränke-Harassen ausserhalb der Lagerräume aus Platzmangel. Die Busse gegen die Ehefrau des Klägers wurde auf Betreiben der Tochter des Beklagten ausgestellt, noch dazu für einen Vorgang am Pfingstdienstag 2016, an welchem der Kläger und seine Ehefrau die Aussenwirtschaft in Betrieb nehmen wollten (vgl. die Anzeige vom 17. Mai sowie den Strafbefehl vom 13. Juli 2016). Unter normalen Umständen hätte man hier nicht sofort die Polizei gerufen, sondern zunächst das Gespräch gesucht. Den Einwand des Klägers, er benütze das Auto nur, wenn er etwas zu transportieren habe, und das Fahrzeug sei nur für kurze Zeit an besagter Stelle geparkt gewesen, liess der Beklagte zwar bestreiten, ohne aber anzugeben, wie lange der Wagen dort gestanden sein soll. Strafanzeige und Strafbefehl lässt sich entnehmen, dass die Tochter des Beklagten regelrecht die Zeit gestoppt und eine Dauer von 12:57 Uhr bis 13:40 Uhr angegeben

- 27 - hat, die dann auch der Bestrafung zugrunde gelegt wurde. Unter solchen Umständen ist nicht einmal klar, dass eine Einsprache von vornherein erfolglos gewesen wäre, denn der vom Kläger behauptete (erlaubte) Güterumschlag (... vgl. Urk. ..., "Wortlaut des Verbots") scheint jedenfalls mit einer "Parkdauer" von lediglich einer $\frac{3}{4}$ Stunde vereinbar. Unbestritten ist sodann, dass sich der Kläger bezüglich der Lagerung von Getränke-Harassen nach einer Beanstandung korrekt verhielt und sich einmal mehr absprachefähig zeigte. Unklar blieb hingegen trotz Nachfrage zunächst, wann genau, wie oft und bis wann der Kläger Harasse im Treppenhaus aufgestellt haben soll (...). Unbestritten blieb die Angabe des Klägers, durch die Positionierung sei keine Gefahr geschaffen worden, da die auf Urk. 23/11 abgebildete Tür "nur" in den Weinkeller führe. Mit der Duplik reichte der Beklagte bezüglich des Zeitpunkts der Beanstandung eine E-Mail vom 3. September 2014 ein, welche sich allerdings nur mit einer defekten Lampe im Keller befasst. Weiter liess er zwar daran festhalten, es sei ein Fluchtweg verstellt worden. Die eingereichten zusätzlichen Bilder dürften allerdings die gleiche Situation zeigen wie Urk. 33/11; sie sind ebenfalls nicht datiert, und die weiteren Bilder in der Sammlung nehmen offenbar Bezug auf einen Lampen-Defekt. Klar ersichtlich ist auf allen Bildern, dass die

Harasse in eine Ecke gestapelt waren und jedenfalls die Tür zum Weinkeller frei liessen. Unbestritten blieb sodann die Darstellung des Klägers, dass er seit der Reklamation nicht mehr so viele Getränke bestellt und im genannten Bereich keine Harasse mehr aufgestellt habe. Das bedeutet, dass das Problem zur Zeit der Kündigung schon seit mehr als zwei Jahren nicht mehr bestanden hat. h) Abgesehen davon stehen sämtliche vom Beklagten erhobenen Vorwürfe nicht in einem zeitlichen Zusammenhang zur Kündigung. Vielmehr waren die Probleme am 6. März 2017 ausnahmslos bereinigt. Zur Kündigung hat der Beklagte bzw. seine Tochter erst gegriffen, als man sich sicher sein konnte, dass der Vorwurf der falschen Anschuldigung in Zusammenhang mit der von der Tochter behaupteten Tötlichkeit nicht weiter verfolgt werden würde (wobei die Tochter des Beklagten froh sein kann, dass der Staatsanwalt nichts von ihrer – im konkreten Kontext allerdings nicht zum Nennwert zu nehmenden – Aussage vom 8. März 2018 weiss, sie habe die Strafanzeige gegen den Kläger eingereicht, obwohl sie

- 28 - als Juristin gewusst habe, dass eine versuchte Tötlichkeit nicht strafbar sei, ...). Dies zeigt deutlich, dass die Kündigung nur den Zweck hatte, dem aufgestauten Ärger Luft zu verschaffen, als man dies wieder gefahrlos tun konnte, Ärger nota bene, der grösstenteils auf eigenes Fehlverhalten zurückzuführen war. Dies ist mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren.

E. 4.3

Die Klage ist gutzuheissen. 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Der Beklagte hat daher die Gerichtskosten zu tragen und ist zur Leistung einer Parteientschädigung an den Kläger zu verpflichten. Bei der Bemessung von Gerichtsgebühr und Parteientschädigung sind das umfangreiche Aktenmaterial und die lange Hauptverhandlung zu berücksichtigen, für die ein zweiter Termin benötigt wurde. Bei der Gerichtsgebühr ist dem mit einer Erhöhung der (grundsätzlich um einen Drittel reduzierten, § 7 GebV) Grundgebühr um 20% gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV auf Fr. 10'050.–, bei der (nach § 4 Abs. 2 AnwGebV vorab um einen Drittel reduzierten) Parteientschädigung mit einem Zuschlag von ebenfalls 20% gemäss § 11 AnwGebV auf Fr. 13'560.– (inkl. MwSt.) Rechnung zu tragen. (...)“ Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2019, 29. Jahrgang. Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich © Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident

E. 9

Februar und dem 6. März 2017 bedingt durch die Jahreszeit nicht aufgestellt war. Auf die Frage nach dem Verhalten des Klägers im Sommer 2017 wich die Tochter des Beklagten zunächst aus: "Wissen Sie, was ich seit dem Jahr 2016 mache? Ich schaue weg, damit ich mich nicht täglich ärgern muss". Auf Nachfrage, ob sie nicht sagen könne, wie die Aussenbestuhlung im Jahr 2017 ausgesehen habe, räumte sie dann ein, dass der Kläger "sich sicherlich mehrheitlich daran [d.h. an die ihm von der Tochter des Beklagten aufgezeigte Grenzlinie] gehalten hat". Im späteren Verfahren versuchte der Beklagte diese Aussage durch seinen Rechtsvertreter teilweise zu relativieren und liess insbesondere geltend machen, der Kläger habe die Blumentöpfe nach der Auseinandersetzung im Mai 2016 wieder an dieselbe Stelle gestellt wie vor dem Zwischenfall. Dazu berief er sich je-

doch einzig auf die Aussage des Klägers. Dieser hat aber im Gegenteil am 8. März 2018 zu Protokoll gegeben, nachdem die Tochter des Beklagten auf Aufforderung der Polizei hin die Töpfe nach einigen Tagen vor die Tür der Werkstatt gestellt habe, habe er sie von dort geholt und sie nach den Sommerferien innerhalb der (monierten) Grenze wieder aufgestellt. Dies stimmt überein mit dem vom Kläger eingereichten Polizeirapport, in welchem vermerkt ist, dass der rapportierende

- 13 - Polizeibeamte sich die Sache am 15. Juni 2016 ansah und dabei "nichts feststellen [konnte], was hindernd auf der Strasse stand, alle Töpfe standen auf Privatgrund". Abgesehen davon war die Art und Weise der Bestuhlung im Sommer 2016 der Tochter und Verwalterin des Beklagten bekannt, als es am 9. Februar 2017 zum Handschlag kam. Weiter liess der Beklagte vorbringen, noch heute verletze der Kläger bei der Bestuhlung die ihm aufgezeigten Grenzen. Zur Aussage seiner Tochter, sie schaue weg, um sich nicht ärgern zu müssen, liess er aber nur fragen, wo sie noch hinsehen müsse, sie wisse, dass der vorgegebene Perimeter verletzt werde, und hinzuschauen bringe ja nichts – nicht eben eine überzeugende Argumentation. Aus der zum Beweis offerierten Fotografie ist eine Überschreitung der vom Beklagten gezeichneten Grenzen selbst in der Zeit nach der Kündigung nicht ersichtlich: Die äussere Grenze des Privatrottoirs wird durch die abgebildete Bestuhlung jedenfalls nicht verletzt; auch bezüglich Hausflucht ist das nicht anzunehmen, auch wenn das Foto aus einer Perspektive aufgenommen ist, aus der sich die Einhaltung der Hausflucht beidseits nicht mit letzter Gewissheit beurteilen lässt. Selbst wenn eine Überschreitung vorgelegen haben sollte, könnte es sich schlimmstenfalls um Zentimeter handeln. Nach dem Gesagten liegen für ein vertragswidriges Verhalten des Klägers selbst bei Zugrundelegung der beklagtischen Vertragsauffassung weder rechtsgenügende Behauptungen noch taugliche Beweisofferten vor, schon gar nicht bezüglich des relevanten Zeitraums zwischen dem Handschlag am 9. Februar 2017 und der Kündigung am 6. März 2017. Damit bleibt als einzige Erklärung für den Sinneswandel, dass es der Beklagte und seine Tochter waren, die dem per Handschlag vereinbarten Neuanfang keine Chance geben wollten, so dass die Kündigung sich ohne weiteres als Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens und damit als treuwidrig gemäss Art. 271 Abs. 1 OR erweist.

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