

# ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MG180044-L vom 17. Juni 2019

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2019-06-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_MG180044-L](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MG180044-L)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MG180044-L du 17 juin 2019

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MG180044-L del 17 giugno 2019

## Erwägungen

### E. 2

Aufl., Art. 247 N 12). Die Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime bewirkt gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO, dass die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung - 4 - vortragen können. Die Novenschranke von Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO gilt daher nicht. Das Gericht kann die Phase der Urteilsberatung aktiv einleiten, indem es – wie hier am Ende der Hauptverhandlung – den Prozess für spruchreif erklärt (frz. «garder la cause à juger»), denn damit beginnt nach der Rechtsprechung die Phase der Urteilsberatung, während derer das Gericht nur noch berechtigt, aber nicht mehr verpflichtet ist, auf neue Vorbringen einzugehen, und zwar selbst wenn es sich um echte Noven handelt (BGE 143 III 272 E. 2.3.2 = Pra 2018 Nr. 5; BGE 142 III 413 E. 2.2.5; BGE 138 III 788 E. 5 = Pra 2013 Nr. 53). Das gegenüber den Verfahren mit Verhandlungsmaxime erweiterte Novenrecht wirkt sich auch auf die Zulässigkeit einer Klageänderung in der Hauptverhandlung aus (vgl. Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO). 2.2.1 Die Beklagte vertritt die Auffassung, der Streitwert des vorliegenden Verfahrens sei deutlich höher als die von der Klägerin mit Fr. 7'360.– veranschlagten Kosten für die Arbeiten an der Lüftungsanlage. Einbezogen werden müssten auch die Kosten für den Austausch der Osmoseanlage von Fr. 5'908.32, denn diesen Betrag habe die Beklagte freiwillig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht übernommen; er wirke sich genau besehen auf den Interessewert der Klage aus, so dass der Streitwert in Wahrheit Fr. 13'268.32 betrage. 2.2.2 Die Klägerin widersprach dem und hielt der Beklagten entgegen, wenn deren Auffassung richtig wäre, müsste sie mit einem Betrag von Fr. 5'908.32 als un- terliegend betrachtet werden, mithin mit der Summe, die sie im gegenseitigen Ein- vernehmen für den Austausch der Osmoseanlage aufgewendet habe. 2.2.3 Die Beklagte leitet aus ihrem Standpunkt betreffend Streitwert nichts ab, so dass sich auch das Gericht an sich nicht mit der Frage zu befassen hat. Immerhin ist diese relevant für die Bemessung von Gerichtsgebühr und Parteientschädi- gung, so dass sie dennoch kurz anzusprechen ist. Für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gilt ohnehin der tiefere Betrag als Streitwert (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO: «... wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren ...»), wobei darüber letztlich erst das Obergericht verbindlich entscheiden könnte. Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Das Gesetz definiert den massgeblichen Zeitpunkt nicht. In der Lehre wird biswei-

- 5 - len der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit genannt, der nicht weiter diskutiert wird (z.B. KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 10). Anerkannt ist jedoch, dass eine zu- lässige Klageänderung – insbesondere eine nach Art. 227 Abs. 3 ZPO jederzeit zulässige Beschränkung der Klage – je nach dem Stadium, in dem sie erfolgt, auf den Streitwert einen Einfluss haben kann (KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 10). Zu beachten ist, dass

gemäss der ZPO im Unterschied zu früheren kantonalen Regelungen nicht alle Wirkungen der Rechtshängigkeit gleichzeitig eintreten. So treten die die Sperrwirkung bezüglich eines Zweitverfahrens und die Fixation des Gerichtsstands zwar schon mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs ein (Art. 62 und 64 ZPO). Bezüglich der früher gemeinhin als dritte Wirkung der Rechtshängigkeit betrachteten Fortführungslast, mithin des Zeitpunkts, ab welchem der Kläger die Klage nicht mehr zurückziehen kann, ohne dass der Beklagte einer späteren identischen Klage der Einwand der materiellen Rechtskraft entgegengehalten kann, bestimmt hingegen Art. 65 ZPO, dass diese Wirkung erst mit Zustellung der am Gericht eingereichten Klage an die beklagte Partei eingreift. Das Mietgericht hat als massgeblichen Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitwerts schon wiederholt den Zeitpunkt der Fortführungslast bezeichnet, denn frühestens in diesem Zeitpunkt steht ein für allemal fest, was die klagende Partei vor Gericht getragen hat (z.B. ZMP 2017 Nr. 11). Auf diesen Entscheid hat das Bundesgericht explizit Bezug genommen, als es im Kündigungsschutzverfahren den Mietzins während des dem Gerichtsverfahren vorausgegangenen Schlichtungsverfahrens explizit aus der Streitwertberechnung ausgeklammert hat (BGE 144 III 346 E. 1.2.2.3; vgl. auch schon BGE 141 III 137 E. 2.2). Diese Auffassung deckt sich auch mit den präziser gefassten Lehrmeinungen, welche für die Streitwertberechnung die Einreichung der Klage beim Gericht als massgeblich erachten (DIKE-Komm. ZPO-DIGGELMANN, Art. 91 N 3; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 91 N 7; BK ZPO-STERCHI, Vor. Art. 91 - 94 N 3). Daraus folgt hier, dass von den Streitwertangabe der Klägerin auszugehen ist. Diese hätte einen Nichteintretensentscheid zu gewärtigen gehabt, wenn sie die Klage im noch vor Schlichtungsbehörde bestehenden Umfang beim Gericht eingereicht hätte, denn nach der Erfüllung der Forderung durch die Beklagte bestand für die Aufrechterhaltung des entsprechenden Teils der Klage nicht einmal mehr ein Rechtsschutzinteresse. Die Beklagte erspart sich durch diese Betrachtungsweise

- 6 - auch die Auferlegung von Prozesskosten, denn wenn ihre Ansicht richtig wäre, müsste mit der Klägerin von einer sinngemässen Teilanerkennung der Klage ausgegangen werden.

### **E. 2.1**

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie hier, ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren beträgt Fr. 7'360.-. Das angefochtene Urteil ist daher nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO). Dieses Rechtsmittel hat die Vorinstanz zutreffend belehrt.

### **E. 2.2**

Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO). Es obliegt dem Beschwerdeführer, konkrete Beanstandungen anzubringen, sich also mit dem angefochtenen Entscheid einlässlich auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln dieser seiner Ansicht nach leidet

- 15 - (sog. Begründungslast). Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten (vgl. Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO; OGer ZH PF130050 vom 25. Oktober 2013, E. II./2.1; siehe im Einzelnen auch BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 321 N 15 ff. und 22). Diese Begründungsanforderungen gelten auch in Verfahren, in

welchen – wie vorliegend (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO) – der (soziale) Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; 141 III 569, E. 2.3.3).

### **E. 2.3**

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot gilt für echte und unechte Noven und umfasst auch diejenigen Fälle, in welchen – wie hier – der (soziale) Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. etwa BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.H.).

### **E. 2.4**

Es ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr reicht es aus, wenn sich das Gericht auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränkt (vgl. BGE 134 I 83 ff., E. 4.1 m.w.H.).

## **E. 3**

Zur Beschwerde im Einzelnen

### **E. 3.1**

Vorbemerkungen

#### **E. 3.1.1**

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, wer für die Reparatur der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche des Mietobjektes aufkommt. Umstritten ist, ob die Vermieterin für diese unterhaltspflichtig ist oder ob die Unterhaltspflicht gültig auf die Mieterin übertragen wurde.

#### **E. 3.1.2**

Ein Vermieter ist verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten gebrauchtauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters sind namentlich nichtig, wenn sie in Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume enthalten sind (Art. 256 Abs. 2 lit. b OR). Insoweit ist Absatz 1 relativ und Absatz 2 absolut zwingender Natur (vgl. ZK OR- HIGI/BÜHLMANN, Vorbemerkungen zum 8. Titel [Art. 253 - 273c OR], Art. 253 - 265 OR, 5. Aufl. 2019, Art. 256 N 4).

- 16 - Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festgehalten hat, ist eine vereinbarte Abweichung von der gesetzlichen Regelung nach Art. 256 Abs. 2 OR gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann nicht nichtig, sondern gültig, wenn der Mieter für die von ihm übernommene Sacherhaltungs- oder Sachherstellungspflicht eine volle Entschädigung erhält, vorab durch einen tieferen Mietzins oder anderweitige geldwerte Leistungen des Vermieters.

#### **E. 3.1.3**

Somit stellt sich in erster Linie die Frage, ob die Parteien im Mietvertrag die Unterhaltspflicht für die Lüftungsanlage auf die Mieterin übertragen haben, und wenn ja, ob diese Vereinbarung zum Nachteil der Mieterin vom gesetzlich vorgesehenen Grundsatz abweicht (Art. 256 Abs. 2 OR). Sollte keine oder eine nichtige Vereinbarung getroffen worden und die Vermieterin gemäss Art. 256 Abs. 1 OR unterhaltspflichtig sein, wäre in zweiter Linie die Frage zu beantworten, ob die weiteren Voraussetzungen des

Mängelbehebungsanspruches der Mieterin gegenüber der Vermieterin nach Art. 259a ff. OR gegeben sind. Letztere Frage liess die Vorinstanz offen, da sie einen Mängelbehebungsanspruch der Mieterin bereits im Rahmen von Art. 256 Abs. 2 OR verneinte.

### **E. 3.2**

Vom gesetzlichen Grundsatz abweichende Vereinbarung 3.2.1.1 Das Zustandekommen und der Inhalt einer Vereinbarung bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Dieser ist – gegebenenfalls empirisch anhand von Indizien – offenzulegen, ohne dabei bei den ungenauen Ausdrücken oder Bezeichnungen, deren sich die Parteien möglicherweise bedient haben, stehen zu bleiben. Indizien in diesem Sinne sind nicht nur der Wortlaut der Willenserklärung, sondern auch der allgemeine Kontext, das heisst alle Umstände, welche erlauben, den Willen der Parteien aufzudecken, mag es sich dabei um Erklärungen vor Vertragsschluss, Vertragsentwürfe, die Korrespondenz, ja selbst das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss handeln (vgl. statt vieler BGE 142 III 239 ff., E. 5.2.1 = Pra 107 [2018] Nr. 7). Bleibt ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusam-

- 17 - menhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. statt vieler BGE 140 III 134 ff., E. 3.2; 140 III 86 ff., E. 4.1; 138 III 659 ff., E. 4.2.1; 135 III 410 ff., E. 3.2; 135 III 295 ff., E. 5.2 = Pra 98 [2009] Nr. 121 je m.w.H.). Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Auszugehen ist vom Wortlaut der Erklärungen, wobei diese nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Denn auch wenn der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Während die objektivierte Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip eine Rechtsfrage darstellt (vgl. BGE 133 III 61 ff., E. 2.2.1 m.w.H. = Pra 97 [2008] Nr. 4), beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung und ist daher eine Tatfrage. Dasselbe gilt aber auch für die Feststellungen über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (vgl. BGE 140 III 134 ff., E. 3.2; 138 III 659 ff., E. 4.2.1; 137 III 145 ff., E. 3.2.1 je m.w.H.). Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Partieverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann aber wie bereits erwähnt allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. BGE 133 III 61 ff., E. 2.2.1 = Pra 97 [2008] Nr. 4; 132 III 626 ff., E. 3.1; 131 III 377 ff., E. 4.2 = Pra 95 [2006] Nr. 31; 129 III 675 ff., E. 2.3 je m.w.H.; BGer 8C\_99/2017 vom 22. Juni 2017, E. 5.1 m.w.H.). 3.2.1.2 Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die Unterhaltspflicht sei der Mieterin unbestrittenermassen vertraglich übertragen worden. Auch hielt sie fest, die Mieterin habe nicht in Abrede gestellt, dass der Mietvertrag in Ziffer 9.3 eine Beschränkung der Unterhaltspflicht der Vermieterin auf «Dach und Fach» enthalte, die insbesondere den Unterhalt der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche des Mietobjekts als Sache der Mieterin bezeichne. Gestützt auf eine objektivierte Auslegung kam sie zum Schluss, dass

die Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage der Mieterin übertragen war. Für einen vom objektivierten Ver-

- 18 - ständnis abweichenden Vertragsinhalt fehle es an entsprechenden Behauptungen der Klägerin zu den Umständen und Äusserungen. Die Mieterin bringt diesbezüglich vor, es treffe nicht zu, dass sie dies nicht in Abrede gestellt habe. Vielmehr habe sie in ihren Plädoyernotizen namentlich vor- gebracht, die Bestimmung in Ziffer 9.3 (Unterhalt von Dach und Fach) lasse die Überwälzung der Kosten für Reparatur und Unterhalt an der Lüftungsanlage auf sie (die Mieterin) nicht zu. Damit stellt sie die objektivierte Auslegung der Vorinstanz in Frage. Der Mietvertrag bezeichnet in Ziff. 9.3 den Unterhalt der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche nicht ausdrücklich als Sache der Mieterin und solches wurde soweit ersichtlich auch nicht behauptet. Damit kann auf jeden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass dies zwischen den Parteien unbestritten war. Davon kann die Vorinstanz auch nicht ausgegangen sein, wäre diesfalls die Begründung und Herleitung eines tatsächlichen und eines mutmasslichen Willens der Parteien zu deren Übertragung auf die Mieterin doch obsolet gewesen. 3.2.1.3 Sodann erwog die Vorinstanz, die Tatsache, dass die Mieterin seit Mietantritt für die Lüftungsanlage ein Serviceabonnement abgeschlossen oder jedenfalls damit verbundene Kosten übernommen habe, zeige sehr deutlich, dass die «Dach-und-Fach»-Klausel als Verschiebung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage auf die Mieterin zu verstehen und von den Parteien vom Vertragschluss bis zur Entstehung des Streites auch immer so verstanden worden sei. Diese Würdigung enthält die implizite Feststellung, das Serviceabonnement für die Lüftungsanlage umfasse nicht nur den sog. kleinen Unterhalt der Mietsache. Ansonsten könnte diese Tatsache kein Indiz für einen Konsens der Parteien zur Übertragung der (den kleinen Unterhalt übersteigenden) Unterhaltspflicht (der Vermieterin) bilden bzw. keinen Umstand darstellen, der auf einen solchen hindeutet. Die Mieterin stellt nicht in Abrede, seit Mietantritt ein solches Abo abgeschlossen und damit verbundene Kosten übernommen zu haben. Doch behauptet

- 19 - sie in ihrer Beschwerdeschrift, dieses Abo decke lediglich den kleinen Unterhalt (jährliche Wartung, Filter-Wechsel) ab. Inwiefern diese Behauptung im Beschwerdeverfahren kein (unzulässiges) Novum darstellt, legt die Mieterin nicht dar. Im Übrigen stünde diese Behauptung scheinbar teilweise in Widerspruch zu ihren vorinstanz gemachten Ausführungen. Dort liess die Mieterin in diesem Zusammenhang geltend machen, die Auflegung des Wartungsvertrags sei mietrechtlich höchst problematisch, soweit sie über den kleinen Unterhalt hinausgehe. Sie habe viel mehr bezahlt als sie mietrechtlich müsste. Es seien immer Positionen verrechnet worden, welche nicht mehr unter den kleinen Unterhalt subsumiert werden könnten (vgl. Prot. VI. ...). Sie bestritt auch nicht, bis heute sämtliche mit dem Betrieb und Unterhalt der (Lüftungs-)Anlage angefallenen Kosten übernommen zu haben. Ob die unbestrittene Tatsache, dass die Mieterin bei Mietantritt ein Serviceabonnement für die Lüftungsanlage abgeschlossen oder jedenfalls damit verbundene Kosten übernommen hat, als Indiz oder Umstand zu werten ist, der auf einen Konsens der Parteien zur Übertragung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage auf die Mieterin spricht, ist zumindest fraglich. Dies kann jedoch offen bleiben, weil eine allfällige Vereinbarung zur Übertragung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage auf die Mieterin – wie sogleich darzulegen sein wird – ohnehin nichtig wäre.

### **E. 3.3**

Zum Nachteil der Mieterin

### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz führte hierzu im Wesentlichen unter Verweis auf BGer 4A\_606/2015 vom 19. April 2016, E. 3.3 aus, die Mieterin sei beweislasterlastet, wenn sie einen Nachteil geltend mache. Die Frage, ob die vertragliche Regelung für die Mieterseite nachteilig sei, sei zwar eine Rechtsfrage und bedürfe keines Beweises; doch habe die Mieterin die Tatsachen vorzutragen, aus der sie eine für sie nachteilige Regelung ableite und hierfür gemäss Art. 8 ZGB im Falle einer Be- streitung die Beweislast zu tragen. Die Mieterin habe es versäumt, die entspre- chenden Tatsachen dafür zu nennen und Beweismittel dafür zu offerieren, dass sich die Vereinbarung zur Übertragung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüf- tungsanlage zu ihrem Nachteil auswirke.

- 20 -

### **E. 3.3.2**

Die Mieterin stellt sich demgegenüber im Wesentlichen auf den Stand- punkt, nicht (voll) entschädigt worden zu sein, insbesondere auch nicht über einen tieferen Mietzins, und beanstandet die Beweislastverteilung der Vorinstanz: Es sei entgegen der Vorinstanz nicht ihre Sache gewesen, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus der sie eine für sie nachteilige Regelung ableite. Im Übrigen könne die Einräumung einer vollen Entschädigung bereits in richtiger Auslegung des Mietvertrages und in Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime ausge- schlossen werden, weil der Mietvertrag eine Entschädigungsregel mit keinem Wort erwähne. Die Vermieterin sei beweispflichtig für ihren Einwand, wonach der ver- traglich vereinbarte Mietzins unter dem Marktniveau liege. Diese Schutzbehaupt- tung der Vermieterin sei von ihr bestritten und ausserdem nicht ansatzweise be- legt worden. 3.3.3.1 In dem von der Vorinstanz angeführten Bundesgerichtsentscheid hatte die Mieterin – nachdem sie die Unterhaltslasten während mehr als zehn Jahren tat- sächlich getragen und ihre entsprechende vertragliche Pflicht vorbehaltlos erfüllt hatte bzw. die vertragliche Forderung untergegangen war – geltend gemacht, sie habe die entsprechenden Leistungen zu Unrecht erbracht. Daher forderte sie die- se aus ungerechtfertigter Bereicherung von der Vermieterin zurück. Die Mieterin hatte nach Untergang der vertraglichen Forderung nach den allgemeinen Grund- sätzen für rechtserzeugende Tatsachen die Beweislast dafür zu tragen, dass es keinen gültigen Rechtsgrund für die Leistung gab bzw. dass die Überwälzung der Unterhaltspflicht auf sie nichtig war und sie die entsprechenden Leistungen somit ohne gültigen Rechtsgrund erbracht hatte. Demgegenüber macht die Mieterin hier keine Rückerstattung angeblich zu Unrecht bezahlter Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend. Vielmehr macht sie einen vertraglichen Leistungsanspruch gegenüber der Vermie- terin geltend, indem sie von dieser verlangt, den Mangel an der Lüftungsanlage auf eigene Kosten zu beheben. 3.3.3.2 Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Daraus ergibt sich nach überwiegender Auffassung, dass

- 21 - grundsätzlich das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweis- lastverteilung massgebend ist. Dieses Verhältnis bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshin- dernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden

Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der erwähnten Grundregel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt (vgl. etwa BGE 128 III 271 ff., E. 2a). Der Vermieter ist nach Art. 256 Abs. 1 OR verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten gebrauchtauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten. Damit ist der Vermieter gehalten, dafür zu sorgen, dass die Sache während der gesamten Mietdauer die vereinbarte oder gesetzlich geforderte Gebrauchstauglichkeit nicht einbüsst. Ihn trifft grundsätzlich die Unterhaltspflicht. Diese ist in Bezug auf die Mietsache im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Mieters gegenüber dem Vermieter ausgestaltet (vgl. Art. 256 Abs. 1 OR «D. Pflichten des Vermieters» i.V.m. Art. 259a OR). Die Mieterin hat somit die vertragliche Verpflichtung der Vermieterin zu beweisen. Diese setzt sachlogisch einzig voraus, dass die Parteien einen Mietvertrag über eine Mietsache abgeschlossen haben, um deren Unterhalt es geht. Abs. 2 von Art. 256 untersagt es, vom Grundsatz des Abs. 1 abweichende Vereinbarungen zu treffen, sofern sie sich zum Nachteil des Mieters auswirken und Wohn- oder Geschäftsmieten betreffen. Die Zulässigkeit der Einschränkung ihrer vertraglichen Verpflichtung hat die Vermieterin zu beweisen, da sie damit die Aufhebung des vertraglichen Leistungsanspruchs der Mieterin auf Unterhalt der Sache nach Art. 256 Abs. 1 OR behauptet. Die Frage, ob sich eine konkrete Vereinbarung zum Nachteil des Mieters auswirkt oder auswirken kann, ist dabei nach objektiven Kriterien des Vertrauensprinzips unter dem Blickwinkel des Vertragsabschlusses zu beurteilen und stellt damit – wie die Vorinstanz zu Recht ausführte – eine Rechtsfrage dar. Eine nachteilige Abweichung im Sinne dieser Bestimmung liegt regelmässig dann vor, wenn

- 22 - die Vereinbarung eine Schmälerung der Hauptleistungspflicht des Vermieters zum Inhalt hat, ohne dass eine entsprechende Schmälerung der Mietzinspflicht damit einhergeht. Auch ist es namentlich im Verzicht des Mieters auf die Geltendmachung von Mängelrechten zu sehen. Nicht notwendig ist, dass sich der Nachteil sogleich einstellt. Auch eine bloss zukünftige, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mögliche Benachteiligung des Mieters genügt (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 68 und 69 mit Verweis auf BGer 4A\_269/2009). In der Konsequenz hat in dieser Konstellation entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht die Mieterin, sondern die Vermieterin die dieser Beurteilung nach dem Vertrauensprinzip zugrunde zu legenden Tatsachen zu behaupten und diesbezüglich im Bestreitungsfall die Beweislast zu tragen. Es bleibt somit darauf einzugehen, wie die Behauptungs- und Beweissituation für die Vermieterin diesbezüglich vor der Vorinstanz aussah. 3.3.4.1 Vorinstanz war zwischen den Parteien unbestritten, dass sie einen Mietvertrag über gewerbliche Räume im EG und UG in der Liegenschaft N.-strasse Y in Zürich zum Zwecke des Betriebes eines Speiserestaurants mit Barbetrieb im mittleren und oberen Preissegment abgeschlossen haben. Die Vermieterin führte jedoch aus, sie habe das Mietobjekt ihren (jeweiligen) Mietern jeweils im Rohbau zur Verfügung gestellt. Auch an die Mieterin sei das Mietobjekt im Rohbau vermietet worden, jedoch im damals (voll) ausgebauten und betriebsbereiten Zustand übergeben worden. Es habe dem übereinstimmenden subjektiven Willen der Parteien entsprochen, das Restaurant im Rohbau zu mieten und die bereits bestehenden Ein- und Ausbauten zu übernehmen. Die Vormieterin der Mieterin habe die Lüftungsanlage eingebaut; es handle sich um Mieterausbau und dieser stehe nicht in ihrem (der Beklagten)

Eigentum. Die Vermieterin behauptete nicht, es handle sich um Mieterbau (im Sinne von Art. 260a OR). Vielmehr machte sie geltend, die Lüftungsanlage sei Mieter- ausbau, und dieser stehe nicht in ihrem Eigentum. Damit stellte sie sich zumindest sinngemäss auf den Standpunkt, die Lüftung sei (ungeachtet sachenrechtlicher Regeln) vertragsrechtlich nicht Teil der Mietsache geworden, weshalb sie diese nach Art. 256 Abs. 1 OR nicht zu unterhalten habe.

- 23 - Gemäss Rechtsprechung und Literatur liegt eine Rohbaumiete dann vor, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Vermieter dem Mieter die Mietsache in nicht voll ausgebautem Zustand, nämlich im Rohbau, zum Gebrauch überlässt und der Mieter den Aus- und/oder Umbau, den Endausbau der Räumlichkeiten zur Erreichung des Verwendungszwecks, auf eigene Kosten vornimmt oder vollendet (vgl. BIBER, Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, in: MP 2015, S. 79 ff., S. 81 f. mit zahlreichen Verweisen). Da die Vermieterin selber ausführte, die Mieterin habe die Mietsache im damals (voll) ausgebauten und betriebsbereiten Zustand übernommen, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Rohbaumiete vorliegen und die Lüftungsanlage nicht Teil der Mietsache sein soll. Auch ist die Behauptung der Vermieterin, die (eingebaute) Lüftungsanlage stehe nicht in ihrem Eigentum und sei von derjenigen für das restliche Gebäude unabhängig, unsubstantiiert und un- behelflich. Im Übrigen unterläge – was die Vorinstanz bereits zu Recht festhielt – auch eine Rohbaumiete den Grenzen von Art. 256 Abs. 2 OR. Das bedeutet, dass die Parteien die Mietsache vertraglich insbesondere nicht "ohne Vormieterausbau" (bzw. ohne Lüftungsanlage) definieren konnten, ohne die Mieterin namentlich für die Übernahme der Unterhaltspflicht für den Vormieterausbau (bzw. die Lüftungs- anlage) voll zu entschädigen. 3.3.4.2 Nach dem Gesagten ist unbestritten bzw. erstellt, dass die Parteien einen Mietvertrag abgeschlossen haben und die Lüftungsanlage Teil der Mietsache ist. Daraus folgt laut Gesetz die Unterhaltspflicht der Vermieterin für die Lüftungsanla- ge. Zu prüfen bleibt, ob die Vermieterin den Nachweis erbringen kann, dass eine allfällige Vereinbarung der Übertragung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüf- tungsanlage auf die Mieterin nicht zu deren Nachteil ist.

### **E. 3.3.5**

.1 Vorab ist festzuhalten, dass selbst aus einer allfälligen vorbehaltlosen Er- füllung der vertraglichen Pflicht der Mieterin während eines langjährigen Vertrags- verhältnisses nicht unmittelbar auf die Anerkennung geschlossen werden könnte, dass der Mieterin die vertragliche Regelung insgesamt nicht zum Nachteil gereich- te.

- 24 - Eine nicht nachteilige bzw. zulässige Abweichung von der gesetzlichen Re- gelung im Sinne von Art. 256 Abs. 2 OR liegt wie gesehen dort vor, wo der Mieter für die vereinbarte Schmälerung der Hauptleistungen des Vermieters, die Sache im zum vorausgesetzten (vereinbarten oder üblichen) Gebrauch tauglichen Zu- stand zu übergeben und zu erhalten, voll entschädigt wird. Die Entschädigung kann in einem – im Vergleich zur ungeschmälernten Gebrauchstauglichkeit der Sa- che – reduzierten Mietzins bestehen oder in einer einmaligen, allenfalls in Raten aufgeteilten Entschädigungsleistung, welche z.B. im Voraus oder nach Beendi- gung des Mietverhältnisses zu entrichten ist, oder die Form eines Entgeltes besit- zen, das für Unterhaltsarbeiten ausgerichtet wird. Regelmässig wird die Entschä- digungsleistung in Form einer Geldsumme verabredet sein. Auch anderweitige geldwerte Leistungen des Vermieters zugunsten des Mieters (Sach- und/oder Dienstleistungen; Kompensationsgeschäft), die nicht aus seinen Vermieterver- pflichtungen fliessen, können jedoch als Form der Entschädigung in Frage kom- men (vgl. ZK

OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 70 f.).

### **E. 3.3.5.2**

Zum fehlenden Nachteil der Mieterin hat die Vermieterin im Wesentlichen behauptet, der Netto-Anfangsmietzins habe deutlich unter dem damaligen Marktpreis für Restaurants an dieser Lage gelegen. Ausserdem habe sie der Mieterin für die Monate April und Mai 2003 eine mietzinsfreie Zeit gewährt. Als Beweismittel offerierte sie hierfür einzig den Mietvertrag. Die Mieterin bestritt im Wesentlichen, dass der Mietzins jemals, früher wie heute, unter dem Marktpreis gelegen habe. Die Gewährung der entsprechenden mietzinsfreien Zeit wurde von ihr hingegen nicht in Abrede gestellt. Wird die Entschädigung in der Form eines reduzierten Mietzinses festgelegt, so ist die Frage nach dem vollen Ersatz anhand jenes Mietzinses zu beantworten, der im Zeitpunkt der Vereinbarung üblicherweise für die Mietsache bezahlt werden müsste, wenn diese ohne Schmälerung der Verpflichtungen des Vermieters vermietet würde. In der Regel sollte dieser Vergleichsmietzins – im Interesse der Rechtssicherheit und nicht zu hoher allfälliger Beweisanforderungen – im marktüblichen Mietzins gesehen werden. Weiteres Kriterium kann der übliche Mietzins sein, der für eine vergleichbare Sache unter vergleichbaren Vertragskonditionen entrichtet wird (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 72).

- 25 - Die Vermieterin stellte von vornherein keine Tatsachenbehauptungen zu dem im Zeitpunkt der Vereinbarung marktüblichen Mietzins auf. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, was dem einzigen offerierten Beweismittel, dem Mietvertrag, hier zu entnehmen sein soll. Somit kann dieser Vergleichsmietzins von vornherein nicht erstellt werden, und es kann folglich auch nicht beurteilt werden, ob und in welchem Umfang die Mieterin über den Mietzins entschädigt worden ist.

### **E. 3.3.5.3**

Die Vermieterin führte zur Entschädigung weiter aus, den Mietern seien eine lange feste Vertragsdauer eingeräumt sowie jeweils Optionen gewährt worden, was bis heute der Fall sei. Eine Regelung wie die vorliegende könne nicht zum Nachteil sein, weil die Mieterin aufgrund ihres besseren Fachwissens habe abschätzen können, welcher Unterhaltsbedarf anfallen werde. Die Mieterin habe sehr genau gewusst, welchen Mietzins sie zahlen könne bzw. welcher Mietzins für die vereinbarte Regelung angemessen sei (vgl. Prot. VI. ..., mit Verweis auf BGer 4A\_606/2015, E. 3.1 und 3.2). Im zitierten Bundesgerichtsentscheid wurde festgehalten, die Vereinbarung sei – entgegen der Argumentation der betreffenden Mieterin – nicht schon alleine deshalb nachteilig für die Mieterin, weil diese die zu erwartenden Kosten betragsmässig nicht habe abschätzen können und daher nicht gewusst habe, um wie viel sich der Nettomietzins durch die Übernahme der Unterhaltskosten erhöhe (vgl. BGer 4A\_606/2015, E. 3.1). Dass eine Kompensationsabrede im Umkehrschluss alleine deshalb nicht nachteilig sei, weil die Mieterin abschätzen könne, welcher Unterhaltsbedarf anfallende, ist damit nicht gesagt. Zudem ist nicht entscheidend, ob die Mieterin gewusst hat, welcher Mietzins für die vereinbarte Regelung angemessen ist. Entscheidend ist, ob sie für die vereinbarte Regelung voll entschädigt wurde. Da die Vermieterin keine (substantiierten) Behauptungen dazu aufstellte, welchen Unterhaltskosten die behaupteten Entschädigungsleistungen gegenüberzustellen sind, und folglich auch keine Beweismittel hierfür offerierte, kann ein allfälliger Nachteil zulasten der Mieterin von vornherein nicht beurteilt werden. Im Übrigen führte die Vermieterin auch

nichts dazu aus, welchen Geldwert die behaupteten Leistungen haben sollen. Es mangelt daher an Tatsachen, welche der Beurteilung nach dem Vertrauensprinzip zugrunde gelegt werden könnten.

- 26 -

### **E. 3.3.6**

Nach dem Gesagten kann nicht erstellt werden, dass die Mieterin für eine allfällige Übertragung der Unterhaltungspflicht bezüglich der Lüftungsanlage voll entschädigt wurde, und damit auch nicht, dass eine allfällige Vereinbarung der Parteien nicht zu ihrem Nachteil ist. Da die Vermieterin im Bestreitungsfall wie gesehen die Beweislast zu tragen hat, ist die Vereinbarung zum Nachteil der Mieterin und damit nichtig (vgl. Art. 256 Abs. 2 OR). Dies hat zur Folge, dass die Vermieterin nach wie vor gemäss gesetzlicher Regelung im Grundsatz für die Lüftungsanlage unterhaltungspflichtig ist (vgl. Art. 256 Abs. 1 OR).

### **E. 3.4**

Fazit Die Beschwerde der Mieterin ist somit gutzuheissen und das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 17. Juni 2019 (...) aufzuheben. Die Sache ist zur Prüfung der weiteren Voraussetzungen des Mängelbeseitigungsanspruchs der Mieterin an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO), da diese noch nicht geprüft wurden (vgl. oben E. 3.1.3).

### **E. 4**

i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV OG auf Fr. 1'900.– inkl. MWST festzusetzen und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, diese der Beschwerdeführerin zu bezahlen. (...)“  
Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang. Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich © Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident

### **E. 4.1**

Zwar ist die Sache der Vorinstanz zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen. Da mit dem vorliegenden Urteil über die gesonderte Frage der Vereinbarung nach Art. 256 Abs. 2 OR endgültig entschieden ist, sind die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens definitiv festzulegen und zu verteilen (vgl. FISCHER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 104 N 19; BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 104 N 14).

### **E. 4.2**

Ausgangsgemäss unterliegt die Beschwerdegegnerin; sie wird kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 7'360.– ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'380.– festzusetzen und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss zu beziehen. Die Beschwerdegegnerin

- 27 - ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin diesen vollumfänglich zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Beschwerdeführerin hat eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren verlangt (vgl. act. 35 S. 2). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1

und

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