

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MJ220002-L vom 15. Dezember 2022

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2022-12-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MJ220002-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MJ220002-L du 15 décembre 2022

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MJ220002-L del 15 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

Die Mietsache ist mangelhaft, wenn sie nicht oder nicht mehr zum vorausgesetzten Gebrauch taugt, ihr mithin eine vertragliche Eigenschaft fehlt, die den Gebrauchswert beeinträchtigt. Es kann sich dabei um vertraglich zugesicherte oder im Hinblick auf den vertraglichen Gebrauchszweck erforderliche Eigenschaften handeln (BGE 135 III 345 E. 3.2). Die Mietsache hat m.a.W. all diejenigen Eigenschaften aufzuweisen, wodurch der Mieter in die Lage versetzt wird, von ihr den vorausgesetzten Gebrauch zu machen. Die Qualität des Mietobjekts ist also Inhalt der (Dauer-)Leistungspflicht des Vermieters (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 258 OR N 29; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl., Art. 258 N 1). Der Mangel ist damit eine negative Vertragsabweichung, d.h. eine negative Abweichung des Ist- von der vertraglichen Sollbeschaffenheit. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so bestimmt sich der geschuldete Zustand anhand des vorausgesetzten Gebrauchs (ZK-HIGI/BÜHL-MANN, Art. 256 OR N 27 ff.). Sachmängel können körperlicher oder unkörperlicher bzw. tatsächlicher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein. Als Rechtsmangel im Sinne von Art. 259f OR kann jede Beeinträchtigung des Mieters im vertragsgemässen Gebrauch bezeichnet werden, die ein Dritter durch Geltendmachung eines dinglichen oder nachbarrechtlichen Anspruchs an der Mietsache hervorruft (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 258 OR N 31 ff.). Der Mangel einer gemieteten Sache ist demnach ein relativer Begriff und von den Umständen des einzelnen Falles abhängig. Es ist insbesondere auf die Zweckbestimmung der gemieteten Sache, deren Lage, Alter und Bauart sowie die Höhe des Mietzinses abzustellen (BGer 4C.368/2004 vom 25.01.2005 E. 4.1; BGer 4C.387/2004 vom 17.03.2005 E. 2.1; SVIT-Komm.-TSCHUDI, Vorbemerkungen zu Art. 258-259i OR N 47).

E. 1.2

Weder der Anspruch auf Beseitigung des Mangels (Art. 259a Abs. 1 lit. a sowie Art. 259b OR) noch derjenige auf Mietzinsminderung nach Art. 259d OR setzen ein Verschulden des Vermieters voraus. Es genügt bereits, dass der Vermieter oder eine seiner Hilfspersonen einen Mangel kennt und nichts dagegen unternimmt (so das BGer zum Beseitigungsanspruch, zuletzt in BGer 4A_477/2018 - 15 - und 4A_481/2018 vom 16.07.2019 E. 3.3.2; zum möglichen Vertrauensschutz für den Vermieter bei der Minderung vgl. BGE 142 III 557 E. 8.3.4).

E. 1.3

Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass ein Mangel am Mietobjekt vorliege, wenn Räumlichkeiten wegen eines öffentlich-rechtlichen Verbots nicht mehr benutzt werden könnten. Der Mieter habe in einem solchen Fall keinen Einfluss auf den Mangel, der darin bestehe, dass es unmöglich geworden sei, das Objekt dem beabsichtigten Gebrauch oder vereinbarten Zweck entsprechend zu nutzen (LACHAT/BRUTSCHIN, Le bail aux temps du coronavirus, SJ 2020 II, S. 126; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, Rechtsgutachten: Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie, <https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/fallbeispiele/a-d/corona-geschaeftsraummietermietzinsreduktion.html>, besucht am 9. November 2022). Die h.L. weist dagegen darauf hin, dass in aller Regel die vereinbarte Beschaffenheit des Mietobjekts nur objektbezogene und nicht auch betriebsbezogene Eigenschaften betrifft (vgl. HAEFELI/GALLI/VISCHER, Coronavirus SARS-CoV 2: Klärung mietrechtlicher Fragen, in: Jusletter 14. April 2020, N 28; REICHLI/STEHLE, Coronavirus und Geschäftsräume, in: Jusletter 18. Mai 2020, S. 8; HIGI, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der "Corona-Pandemie", Zürich 26. März 2020, <https://www.hev-zuerich.ch/corona-mangel-an-der-mietsache/>, besucht am

E. 1.4

Diese zweite Anschauung überzeugt, sie wurde sinngemäss auch von der Klägerin vorgebracht. So weist HIGI zu Recht darauf hin, dass die Parteien mit dem Abschluss eines Mietvertrages für einen Geschäftsraum ein Dauerschuldverhältnis eingehen, in dessen Rahmen der Vermieter dem Mieter verspricht, ihm gegen

- 16 - Entgelt Räumlichkeiten zu überlassen, in denen der Mieter seinem Geschäft nachgehen kann – dieses Geschäft ist aber, sofern nicht anders vereinbart, nicht Bestandteil des Mietvertrages, sondern besteht unabhängig davon und gehört zur Rechtssphäre des Mieters (HIGI, a.a.O., S. 1). Entgegen der Auffassung der Beklagten folgt schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass mit einem Mangel an der Mietsache keine behördlichen Beschränkungen der betrieblichen Tätigkeit im Mietobjekt gemeint sein können, soweit sie nicht unmittelbar mit den Eigenschaften der gemieteten Sache zusammenhängen. Zwar ist richtig, dass Sachmängel ein weites Feld umfassen, etwa auch Immissionen, die auf die Sache einwirken, ohne dass die Vermieterin sie beeinflussen kann. Solche Erscheinungen wie etwa die Lärmexposition gemieteter Räume gehören indessen direkt zu den Sachattributen. Ähnlich verhält es sich mit rechtlichen Einschränkungen: Dass die gemietete Sache etwa nach sicherheitstechnischen oder planungs- und baurechtlichen Vorschriften nicht für den vertraglich vorgesehenen Zweck verwendet werden darf, beeinträchtigt die Sachattribute als solche und damit die Gebrauchstauglichkeit. Anders verhält es sich hingegen mit Vorschriften, die sich ausschliesslich an die Betreiber oder Benutzer von Betrieben richten: Diese tangieren die Sachattribute und damit die Tauglichkeit der gemieteten Sache zum Gebrauch von vornherein nicht, und zwar auch dann nicht, wenn sie die Benützung der Sache zum vereinbarten Gebrauch im Ergebnis ausschliessen.

E. 1.5

Eine Mitübernahme des unternehmerischen Risikos der Mieterin durch die Vermieterin bedürfte einer besonderen Abrede, welche hier nicht vorliegt. Der Ansicht der Beklagten,

wonach die Klägerin das unternehmerische Risiko mittrage, weil in den vorliegenden Mietverträgen ein besonderer Verwendungszweck sowie eine Betriebspflicht für die Restaurants vereinbart worden seien, kann nicht gefolgt werden. Zwar kann den beiden Mietverträgen in der Gestalt der teilweisen Um- satzmiete durchaus eine beschränkte Risikobeteiligung der Vermieterin entnom- men werden (sog. partiarisches Rechtsgeschäft). Deren Gestalt und Umfang ist aber im Vertrag genau umschrieben. Gemäss der getroffenen Regelung ist der Mindestmietzins auch dann zu leisten, wenn die Beklagte – aus welchen betriebli-

- 17 - chen Gründen auch immer – gar keinen Umsatz zu erzielen vermag. Dies ent- spricht dem Charakter des Mietvertrags als Austauschvertrag, der im Kern – an- ders als eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung (vgl. Art. 530 OR) – gerade keine Zweckvereinigungsabrede enthält. Entsprechend garantierte die Klägerin der Beklagten auch keinen bestimmten Mindestumsatz, jene sollte vielmehr ledig- lich von einem über Fr. 2.4 Mio. bzw. Fr. 5.0 Mio. liegenden Umsatz mitprofitieren. Der Mietvertrag enthält auch keine Klausel, wonach die Vermieterin das Risiko einer behördlichen Schliessung mit zu übernehmen habe. Gewiss konnte die Klä- gerin ihre betriebliche Tätigkeit in den Restauranträumen aufgrund der behördli- chen Einschränkungen nicht oder zumindest nicht in der Weise ausüben, wie die Parteien sich dies beim Vertragsschluss vorgestellt hatten. Dennoch taugten die beiden Mietgegenstände sachlich zu jeder Zeit für das, was von den Parteien ver- einbart wurde (HIGI, a.a.O., S. 2). Die in der Literatur getroffene Unterscheidung zwischen sach- und betriebsbezogenen Beschränkungen erweist sich insofern als ungenau, als auch fehlende Sacheigenschaften sich selbstverständlich auf den Betrieb auswirken können. Dies ist aber nicht der springende Punkt. Die Verfechter der Unterscheidung argumentieren korrekt einzig damit, dass staatlich angeord- nete Betriebsschliessungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Corona- virus betriebsbezogene Umstände sind, bei denen es nicht um die Lage, den Zu- stand oder die Beschaffenheit des Mietobjekts, sondern einzig um die Geschäfts- tätigkeit des Mieters geht (REICHL/STEHLE, a.a.O., S. 12 ff., welche sich auf den Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs XII ZR 189/09 vom 13. Juli 2011 stützen).

E. 1.6

Ob und inwieweit die Parteien Einfluss auf eine Störung haben, spielt für das Vorliegen eines Mangels zwar tatsächlich keine Rolle. So kann etwa wie schon erwähnt übermässiger Lärm durch ein Bauvorhaben in der Nachbarschaft durch- aus unabhängig von den Einflussmöglichkeiten der Vermieterin eine Mietzinsmin- derung zur Folge haben. Voraussetzung dafür ist aber stets ein Mangel an der Sache im beschriebenen Sinn, welcher im Falle von Immissionen gerade vorliegt. Zu kurz greift dagegen die Überlegung, eine Beeinträchtigung des Betriebs der Mieterin bilde nur schon deshalb einen Mangel an der Mietsache, weil die Parteien

- 18 - keinen Einfluss darauf hätten, wie dies die Beklagte mit ihrem Hinweis darauf auf- zuzeigen versucht, dass es das Bundesgericht noch nie interessiert habe, ob eine Diskrepanz zwischen dem vereinbarten und dem tatsächlichen Zustand einen Rechts- oder einen Sachmangel bilde. Bei den behördlichen Schliessungen han- delt es sich nach dem Gesagten gerade nicht um einen Sachmangel, und die von der Beklagten ins Feld geführten Beispiele aus der Rechtsprechung betreffen auch allesamt keine Konstellation der vorliegenden Art. Vor diesem Hintergrund ist un- erheblich, wer Adressat der behördlichen Massnahmen war. Auf die vertraglich vereinbarten Eigenschaften der vermieteten Sache

hatten die Beschränkungen in Zusammenhang mit den Covid-19-Massnahmen jedenfalls offensichtlich keinen Einfluss (ebenso das Obergericht des Kantons Zürich im bereits zit. Urteil PD210016-O vom 12. Januar 2022, E. 2.4).

E. 1.7

Selbst wenn die soeben diskutierte Grundsatzfrage anders zu entscheiden wäre, versäumt es die Beklagte auch aufzuzeigen, wie genau sich die behördlichen Massnahmen auf ihren Betrieb als Ganzes auswirkten. Unbestrittenermassen konnten die Restauranträume ungeachtet der Interventionen immer als Lager- räume, für die Aussengastronomie und für den Take-Away-Betrieb verwendet werden. Klar ist sodann, dass auch der Restaurantbetrieb im Inneren zwischen den beiden «Lockdowns» grundsätzlich möglich war. Zwar offerierte die Beklagte zum konkreten Umfang der Beschränkung ihres Betriebs die Befragung ihrer Organe. Eine solche Beweisofferte vermag jedoch an der auch unter Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime bestehenden Last der Parteien nichts zu ändern, schon im Behauptungsstadium den relevanten Sachverhalt vorzutragen – jedenfalls wenn eine Partei wie hier anwaltlich vertreten ist. Hinzu kommt, dass die Klägerin mit Recht und unbestrittenermassen darauf hinwies, dass die Beklagte keine Angaben zu ihren konkreten Umsätzen machte. Wenn sie schon rein betriebsbezogene Beschränkungen zum Anlass für eine Mietzinsminderung nehmen möchte, wäre von ihr zu erwarten, dass sie ihre Geschäftsbücher offenlegt und kommentiert. Die betrieblichen Auswirkungen der behördlichen Beschränkungen erschöpften sich nicht nur in Geboten und Verboten zur Führung des Betriebs, sondern erstreckten sich auch auf staatliche Unterstützungsmassnahmen in Milliardenhöhe. Die Be-

- 19 - klagte verliert kein Wort darüber, ob und wie sie von solchen Massnahmen profitiert hat, weshalb sie allenfalls einen entsprechenden Antrag unterlassen und welche Massnahmen sie getroffen hat, um den betrieblichen Auswirkungen der Beschränkungen zu entgehen (vgl. zu den einzelnen Unterstützungsmassnahmen HOHLER/OTT, Wirtschaftshilfen, in: Beck/Kley/Rohner/Vernazza (Hrsg.), Der Corona-Elefant, Vielfältige Perspektiven für einen konstruktiven Dialog, Zürich 2022, S. 232 ff.). Unter solchen Vorzeichen liesse sich ein Minderungsanspruch durch das Gericht auch dann nicht bestimmen, wenn ein solcher aus rechtlicher Sicht grundsätzlich in Betracht käme. Entgegen der Darstellung der Beklagten hat das Mietgericht im Übrigen in ZMP 2021 Nr. 10 auch nicht angedeutet, Fälle wie der vorliegende seien allenfalls anders zu beurteilen als der damalige. Vielmehr verneinte das Gericht einen Mangel an der Sache klar, soweit sich der Vermieter nicht mit einer besonderen Vereinbarung am Verlustrisiko des Mieters beteiligt hat (a.a.O., E. IV.4). Der vorliegende Fall unterscheidet sich lediglich durch die enge Zweckumschreibung und die Gebrauchspflicht vom damals beurteilten. Dass ihr ein bestimmter Umsatz garantiert worden wäre (vgl. a.a.O., E. IV. 4.5), macht auch die Beklagte nicht geltend, ganz zu schweigen davon, dass sie wie schon die Mieterin im früheren Fall von der Vermieterin ein Entgegenkommen erwartet, obwohl sie ihre finanzielle Situation für sich behält. Offen blieb ansonsten gemäss der damaligen Einschätzung des Gerichts einzig der Weg der gerichtlichen Vertragsanpassung an veränderte Verhältnisse (a.a.O., E. IV.5). Eine solche setzt aber erst recht eine Analyse der konkreten Auswirkungen einer Beeinträchtigung und damit die Offenlegung der Geschäftsbücher durch den Mieter voraus (hinten Ziff. IV.5). Last but not least sei darauf hingewiesen, dass die Parteien einen Minderungsanspruch für die Zeit vom 1. Dezember 2020 bis 31. Mai 2021 in der Drittelslösung mit der Stadt Zürich explizit ausgeschlossen

und die dort gefundene Lösung klipp und klar nicht als Herabsetzung nach Art. 259d OR, sondern als Überbrückung der angespannten finanziellen Lage der Mieterschaft bezeichnet haben, in welche diese unverschuldet geraten sei. Soweit die Vereinbarungen reichen, ist daher

- 20 - eine Minderung so oder anders kein Thema mehr. Wieso sich die Rechtslage ausserhalb des Geltungsbereichs der Vereinbarungen anders gestalten soll, erläutert die Beklagte nicht. Eine Mietzinsminderung fällt damit so oder anders ausser Betracht. Die Beklagte beruft sich explizit nicht auf (Teil-)Unmöglichkeit oder die *clausula rebus sic stantibus* als Grundlage für eine Reduktion ihrer Mietzinsverpflichtung. Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden und deshalb einen möglichen Anpassungsanspruch unter allen Titeln zu betrachten hat, ist dennoch kurz auf die beiden Punkte einzugehen (Art. 57 ZPO). 2. Unmöglichkeit

E. 2

Prozessgeschichte

E. 2.1

Bei nachträglicher objektiver unverschuldeter Unmöglichkeit ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet, die Leistung zu erbringen, er wird demnach frei (Art. 119 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit festgehalten, dass Unmöglichkeit nur in Betracht komme, wenn diese mit Gewissheit bis zum Vertragsende bestehen bleibe oder ihr Wegfall zumindest nicht abzusehen sei (BGer 4C.334/2002 vom 12.11.2003 E. 4; BGer 4C.34/2000 vom 24.04.2001 E. 4). Es findet sich in der Lehre aber auch die Meinung, dass die Unmöglichkeit nur einen Teil der Leistung betreffen könne (sog. Teilunmöglichkeit). Bei Dauerschuldverhältnissen könne eine sachliche Teilunmöglichkeit in dem Sinne vorliegen, dass der Mieter das Mietobjekt nur noch teilweise gebrauchen könne. Es könne aber auch eine zeitliche Teilunmöglichkeit vorliegen, namentlich wenn der Mieter das Mietobjekt nur während einer gewissen Zeit nicht gebrauchen könne (HAEFELI/GALLI/VISCHER, Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen, in: Jusletter 14. April 2020, S. 5). Massgeblich soll die Unterscheidung zwischen der Zweckverfehlung bzw. dem Zweckfortfall und blosser Verwendungsunmöglichkeit sein, wobei es den Verfechtern dieser These kaum gelingt, die beiden Phänomene überzeugend voneinander abzugrenzen. Klar ist, dass auch eine blosser Teilunmöglichkeit in einem Dauerschuldverhältnis eine erhebliche Zeitspanne umfassen muss (HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 6 ff.; REICHLER/STEHLE, Coronavirus und Geschäftsraummiete, in: Jusletter 18. Mai 2020, S. 8 ff.;

- 21 - LCHAT/BRUTSCHIN, Le bail aux temps du coronavirus, SJ 2020 II p. 111, S. 131 ff.).

E. 2.2

Selbst wenn vorliegend die Nutzung der Geschäftsräume zum Betrieb zweier Restaurants eingeschränkt war, handelt es sich bezüglich der 6-wöchigen Schliessung im Jahre 2020 um eine im Verhältnis zur gesamten Laufzeit der Mietverhältnisse kurze Dauer. Dabei war die Nutzung der Räume als Lagerräume oder zum Anbieten eines Take-Away-Betriebs jederzeit möglich. Eine dauerhafte Schliessung von Restaurationsbetrieben bzw. die Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lag somit nicht vor und der Wegfall dieser

Anordnungen war stets absehbar. Der Zweck der Gebrauchsüberlassung und die Nutzung des Mietobjekts wurde von der Vermieterin gewährleistet. Erst recht gilt dies für die Zeit nach dem ersten «Lock-down». Die zweite Schliessungsperiode war zwar mit über fünf Monaten mehr als drei Mal so lang wie die erste. Weitere Erörterungen erübrigen sich aber nur schon deshalb, weil die Parteien diese Phase mittels Vergleich in Gestalt der Drittelslösung mit der Stadt Zürich verbindlich geregelt haben. Die Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit nach Art. 119 OR kommen daher auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung. 3. Clausula rebus sic stantibus / Gerichtliche Vertragsanpassung 3.1. Dem Grundsatz der Vertragstreue zufolge sind Verträge so zu halten, wie sie geschlossen wurden. Davon werden nur in beschränktem Umfang Ausnahmen zugelassen. Die Anpassung eines Vertrags rechtfertigt sich dann, wenn aufgrund einer Verhältnisveränderung die Erfüllung des Vertrages mit seinem ursprünglichen Inhalt mindestens einer Partei nicht mehr zumutbar ist. Dabei steht der Grundgedanke im Vordergrund, dass die Parteien den Vertrag so nicht geschlossen hätten, wenn sie nicht Fehlvorstellungen über die Zustände bei Vertragsschluss oder über die Entwicklung der Verhältnisse gehabt hätten. Der Gedanke der Vertragsanpassung findet sich in verschiedenen Einzelschriften wieder, wie beispielsweise der Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR. Liegen hingegen keine besonderen gesetzlichen oder vertraglichen Anpassungsregeln vor, kommt die

- 22 - clausula rebus sic stantibus als Generalklausel der Vertragsanpassung zur Anwendung (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 95 ff.; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 266g N 1; REICHL/STEHLE, a.a.O., S. 15; LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 137 ff.; HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 9; ZMP 2021 Nr. 10). Eine planwidrige Entwicklung der Verhältnisse genügt jedoch nicht für eine Vertragsanpassung. Ein richterlicher Eingriff in einen Vertrag aufgrund veränderter Umstände setzt nach Rechtsprechung und herrschender Auffassung voraus, dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, dass diese eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hatte und dass der Vertrag nicht vorhaltlos erfüllt wurde (BGE 127 III 300 E. 5b). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die Parteien bei langfristigen Verträgen damit rechnen, dass sich die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnisse später ändern. Namentlich Änderungen der Gesetzeslage gelten grundsätzlich nicht als unvorhersehbar (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 101 ff.). Wenn die Änderung der gesetzlichen Grundlagen als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag, ist die Voraussehbarkeit jedoch zu verneinen (REICHL/STEHLE, a.a.O., S. 16 f.). Grundsätzlich ist jederzeit mit dem Ausbruch einer Pandemie respektive Epidemie zu rechnen, weshalb die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit einem solchen Ausbruch und damit einhergehenden Änderungen der Gesetzeslage rechnen konnten bzw. mussten. Die getroffenen Massnahmen waren jedoch für die Parteien vorliegend zumindest insofern nicht voraussehbar, als es selbst bei viel schwerer wiegenden Pandemien wie der Spanischen Grippe 1918-1920 nicht zu derart einschneidenden Beschränkungen kam. Die Parteien mussten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mit ausserordentlichen Massnahmen rechnen (vgl. BGE 48 II 249 E. 1). Durch die Veränderung der Verhältnisse muss eine schwerwiegende Störung des Vertragsäquivalentes ausgelöst werden. Soweit es um den Austausch von vermögenswerten Leistungen geht, wird eine gravierende Störung, d.h. ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, vorausgesetzt. Der Übergang

- 23 - zwischen einer «noch im Rahmen liegenden» und einer «gravierenden» Äquivalenzstörung lässt sich ausschliesslich aufgrund einer Beurteilung aller Umstände des konkreten Einzelfalls bestimmen (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 104; ENZ, Risikoordnung in Verträgen und die Covid-19-Situation: Teil 1, in: Jusletter 18. Mai 2020, S. 11; LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 139 f.; ZMP 2021 Nr. 10). 3.2. Die Beklagte hat wie erwähnt in Zusammenhang mit der geltend gemachten Mietzinsminderung nicht dargelegt, dass und allenfalls wie sich die behördlich angeordneten Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus konkret auf ihre finanzielle Lage ausgewirkt haben, was sie unternommen hat, um den Auswirkungen zu begegnen, sowie ob und in welchem Mass sie von staatlichen Unterstützungsleistungen profitiert hat – neben den Erleichterungen, die die Klägerin ihr gewährte. Die Restaurants waren stets zumindest in einem beschränkten Masse nutzbar. Für die Feststellung der Schwere einer allfälligen Äquivalenzstörung wären nicht nur die Umsatzzahlen von entscheidender Bedeutung, sondern die gesamte Bilanz und Erfolgsrechnung, denn nur so könnte der Zustand des gesamten Betriebes beurteilt werden, für welchen der Umsatz nur einen eher schwachen Indikator darstellt. Im Fall, der zum bereits zitierten BGE 48 II 249 führte, hatten die Gerichte auf Antrag des Pächters der Gastronomiebetriebe auf den Vierwaldstätterseeschiffen denn auch ein Gutachten eingeholt zur Veränderung der Geschäftszahlen nach dem Einbruch im Tourismusbereich im Anschluss an den Beginn des Ersten Weltkrieges. Des Weiteren ist vorliegend nicht von einer Dauerhaftigkeit der Äquivalenzstörung auszugehen. Auf das gesamte Mietverhältnis betrachtet, handelte es sich bei den im fraglichen Zeitraum angeordneten Massnahmen um eine verhältnismässig kurze Zeitdauer. Auch hier kommt bezüglich der Phase des zweiten «Lockdowns» hinzu, dass die Parteien die Folgen der Beschränkungen durch einen Vergleich geregelt haben, so dass sie darauf nicht mehr zurückkommen können (vorn Ziff. IV.2).

- 24 - 4. Kündigung wegen Zahlungsrückstands (Art. 257d OR) 4.1. Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzins oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenützttem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Sinn der Ansetzung einer Zahlungsfrist ist es namentlich, dem Mieter genügend Zeit einzuräumen, um die Mittel zur Tilgung der Ausstände zu beschaffen und ihm damit eine letzte Gelegenheit zu geben, den schwerwiegenden Folgen einer ausserordentlichen Kündigung zu entgehen (BGer 4A_585/2010 v. 2. Februar 2011 E. 2.1, BGer 4A_107/2010 v. 3. Mai 2010 E. 2.4 sowie BGer 4A_44/2017 v. 21. März 2017 E. 3.3). Ihre Warnfunktion kann die Fristansetzung nur erfüllen, wenn sie klar und deutlich abgefasst ist. Dies setzt zum einen voraus, dass der Zahlungsrückstand entweder ziffernmässig bezeichnet wird oder zumindest einwandfrei bestimmbar ist (BGer 4A_306/2015 v. 14. Oktober 2015 E. 2, BGer 4A_585/2010 v. 2. Februar 2011 E. 2.1 und BGer 4C.123/2000 v. 14. Juni 2000 E. 3b). Zum andern muss die Zahlungsaufforderung eine ausdrückliche Kündigungsandrohung enthalten; diese muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass sich der Vermieter bei ausgebliebener Zahlung innert Frist die Kündigung des Mietverhältnisses vorbehält (BGer 4A_541/2015 v. 20. Mai 2016 E. 4.2, BGer 4A_44/2017 v. 21. März 2017 E. 3.3). Allein der Umstand, dass die Mietzinsschuld umstritten ist, schützt den Mieter grundsätzlich nicht vor der Kündigung (BGE 140 III 591 E. 3.2 = Pra 2015 Nr. 55). Dies gilt besonders, wenn zumindest ein (erheblicher) Teil der Schuld unbestritten ist (BGer 4A_550/2020 v. 29. April 2021 E. 7.2). Eine Anfechtung der Kündigung nach Art. 271 Abs.

1 und 273 OR kommt immerhin in Betracht, wenn statt des vom Vermieter geltend gemachten Ausstandes nur ein unbedeutender besteht oder wenn seine Berechnungen zum Ausstand nicht nachvollziehbar sind (BGE 120 II 31 E. 4; BGer 4C.65/2003 v. 23. September 2003, E. 4.2.2; BGer, 4C.173/2005 v. 24. Oktober 2005; vgl. auch ZMP 2018 Nr. 1 = mp 2018, 224 ff.).

- 25 - Einer Zahlung innert der Nachfrist ist eine rechtzeitige Verrechnung der Mietzinsschuld mit einer Gegenforderung gleichgestellt. Der Mieter trägt allerdings das Risiko der Wirksamkeit der Verrechnung in Höhe der zu tilgenden Mietzinsschuld. Eine gültige Verrechnung setzt neben einer entsprechenden Erklärung des Hauptschuldners (Art. 124 Abs. 1 OR) gemäss Art. 120 Abs. 1 OR gegenseitige gleichartige Forderungen zwischen Gläubiger und Schuldner der Hauptforderung voraus. Das Gesetz verlangt dem Wortlaut nach Fälligkeit beider Forderungen. Die verrechnende Partei kann ihre fällige Gegenforderung nach der Lehre allerdings auch dann zur Verrechnung bringen, wenn die Hauptforderung des Verrechnungsgegners zwar noch nicht fällig, aber doch bereits erfüllbar ist, denn der Verrechnende kann die bereits erfüllbare Hauptschuld auf jede ihm genehme Weise schon vor Fälligkeit tilgen (statt vieler BUCHER, OR Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, S. 437 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 3227). Auch eine bestrittene Gegenforderung kann nach Art. 120 Abs. 2 OR zur Verrechnung gebracht werden. Im Kontext einer Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR trägt diesfalls allerdings grundsätzlich der Mieter das Risiko dafür, dass seine Gegenforderung auch tatsächlich besteht und fällig ist. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen. 4.2. Zwar ist im vorliegenden Fall bestritten geblieben, wie hoch die Ausstände im Zeitpunkt der Zahlungsverzugskündigung tatsächlich waren. Ursache der Differenz sind jedoch einzig die Abweichungen bezüglich der von der Beklagten behaupteten Zahlungen von den entsprechenden Angaben der Klägerin. Unbestritten ist demgegenüber, dass sich der Mindestmietzins für das Objekt in X. seit 1. Januar 2020 inkl. Nebenkostenkonto und MWSt. auf Fr. 89'572.20 pro Quartal oder Fr. 29'857.40 pro Monat belief. Für die Monate April und Mai 2020 gewährte die Klägerin der Beklagten insgesamt einen Erlass von Fr. 29'857.40 (Fr. 24'472.40 plus Fr. 5'385.-, [...]). Gemäss der Drittelslösung mit der Stadt Zürich reduzierte sich der (ohne MWSt berechnete) Nettomietzins um Fr. 22'722.75 pro

- 26 - Monat und betrug daher noch die Hälfte dieses Betrags zuzüglich MWSt. Insgesamt standen im Zeitpunkt der Abmahnung daher Mietzinse und Nebenkosten in Höhe von Fr. 263'171.67 aus (Fr. 195'779.20 + Fr. 64'620.- + Fr. 32'629.87 - Fr. 24'472.40 - Fr. 5'385.-, [...]). Stellt man diesem Betrag die von der Klägerin eingeräumten Zahlungen von Fr. 189'508.05 gegenüber, ergibt sich ein Ausstand von Fr. 73'663.62. Legt man dagegen die behaupteten Zahlungen der Beklagten von Fr. 199'866.45 der Berechnung zugrunde, verbleibt immer noch ein massiver Zahlungsrückstand in Höhe von Fr. 63'305.22. Bezüglich des Standorts Y. belief sich der Mindestmietzins seit 1. Januar 2020 inkl. Nebenkostenkonto und MWSt. auf Fr. 58'755.70 pro Quartal oder Fr. 19'585.23 pro Monat. Für die Monate April und Mai 2020 gewährte die Klägerin der Beklagten insgesamt einen Erlass von Fr. 19'585.23 (Fr. 14'916.45 plus Fr. 4'668.78, [...]). Gemäss der Drittelslösung mit der Stadt Zürich reduzierte sich der (ohne MWSt. berechnete) Nettomietzins um Fr. 9'233.55 pro Monat und betrug daher noch die Hälfte dieses Betrags

zuzüglich MWSt. Insgesamt standen im Zeitpunkt der Abmahnung daher Mietzinse und Nebenkosten in Höhe von Fr. 175'660.37 aus (Fr. 119'331.60 + Fr. 19'888.60 + Fr. 56'025.84 - Fr. 14'916.45 - Fr. 4'668.78, [...]). Stellt man diesem Betrag die von der Klägerin eingeräumten Zahlungen von Fr. 132'147.25 gegenüber, ergibt sich ein Ausstand von Fr. 43'513.12. Legt man dagegen die behaupteten Zahlungen der Beklagten von Fr. 132'325.75 der Berechnung zugrunde, verbleibt immer noch ein Zahlungsrückstand in Höhe von Fr. 43'334.62. Aus der Diskrepanz zu den in den Abmahnungen genannten Beträgen kann die Beklagte nichts für sich ableiten. Die Ausstände waren so oder anders massiv. Aus dem Wortlaut der beiden Schreiben konnte die Beklagte zudem ohne weiteres ersehen, dass die Drittelslösung noch nicht berücksichtigt war, so dass auch aus ihrer Sicht der effektive Rückstand leicht zu berechnen war. Abgesehen davon hat sie eine Anfechtung der Kündigungen unterlassen und könnte sich nicht mehr auf deren Treuwidrigkeit berufen, soweit ein Verstoß zu bejahen wäre.

- 27 - 4.3 Soweit die Beklagte endlich geltend macht, die Klägerin verhalte sich offensichtlich rechtsmissbräuchlich, da es ihr gar nicht um die ausstehenden Zahlungen, sondern um die vorzeitige Rückerlangung der Mietobjekte gehe, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Der Rückgabeanspruch ist Folge der Zahlungsverzugskündigungen, zu welchen die Beklagte durch ihre Vertragsverletzungen Anlass gegeben hat. Vor diesem Hintergrund verblasst der Umstand, dass der Klägerin die vorzeitige Rückgabe der Mietgegenstände möglicherweise aus anderen Gründen gelegen kommt. Nicht nur das: Die Beklagte hat ihre eigenmächtige Zurückbehaltung nicht näher erläutert. Auch wer ihre mängelrechtliche Argumentation teilen möchte, wird kaum verstehen, warum sie die Mietzinse nicht wenigstens hinterlegt hat (Art. 259g OR). Die Klägerin mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 29. März 2021 und setzte ihr eine 30-tägige Frist zur Begleichung der offenen Mietzinse, wobei sie ihr die ausserordentliche Kündigung im Falle der Nichtbezahlung androhte. Der Erhalt dieser Briefe wurde seitens der Beklagten nicht bestritten. Da die Mietzins- und Nebenkostenpositionen innert Frist nicht beglichen wurden, erweisen sich die Kündigungen vom 16. Juni 2021 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 31. Juli 2021 als gültig. Da die Beklagte die Mietobjekte auf diesen Zeitpunkt und auch bis dato nicht zurückgegeben hat, ist sie aus den Räumlichkeiten auszuweisen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Grundlage für die Festsetzung der Gerichtsgebühren im Zivilprozess bildet der Streitwert (§ 2 lit. a GebV OG; Art. 96 ZPO). Dieser wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Bei einem Streitwert zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit von Fr. 802'009.50 (addierte Streitwerte aus den Verfahren MJ220002-L und MJ220003-L, vgl. im Übrigen vorn Ziff. II.1) beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr Fr. 26'790.– wobei diese um einen Drittel zu reduzieren ist im Sinne von § 7 GebV, was in einer ermässigten Gerichtsgebühr in Höhe von Fr. 17'860.– resultiert. Eine volle Parteientschädigung würde sich ohne MWSt. auf Fr. 28'430.– belaufen. Auch hier ist jedoch eine Reduktion auf 2/3 angebracht, da

- 28 - der Streitwertberechnung periodische Leistungen zugrunde liegen (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Dies führt inkl. MWSt. zu einer Parteientschädigung von Fr. 20'410.–. 2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzusetzen (Art. 106 ZPO). Vorliegend unterliegt die Beklagte vollumfänglich und hat daher die Prozesskosten zu tragen. Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2022, 32. Jahrgang. Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich,

Postfach, 8036 Zürich © Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw M. Meienberg, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident

E. 2.3

Die Parteien wurden nach Verzicht auf eine Stellungnahme zur Klage seitens der Beklagten am 22. März 2022 bzw. 5. Juli 2022 zur Hauptverhandlung auf den

E. 6

Oktober 2022 vorgeladen. Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre ersten Parteivorträge. Die anschliessenden Vergleichsgespräche scheiterten. In der Folge wurde eine Prozessvereinigung beschlossen und das Verfahren für spruchreif erklärt. II. Prozessuales 1. Zuständigkeit und Verfahrensart Das Mietgericht des Bezirks Zürich ist in beiden Verfahren als Kollegialgericht im vereinfachten Verfahren zur Behandlung der Streitsachen örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um Klagen aus Mietverhältnissen, denen im Bezirk Zürich gelegene Mietobjekte zugrunde liegen, und betragen die Streitwerte jeweils mehr als Fr. 30'000.– (§ 21 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 26 GOG). Für Prozesse betreffend

- 6 - Kündigungsschutz bei Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), wobei das Thema Kündigungsschutz weit zu verstehen ist und alle Streitigkeiten in Zusammenhang mit der gültigen Beendigung des Mietverhältnisses umfasst, also auch Ausweisungsklagen (BGE 144 III 346 E. 1.2.2.1; BGE 142 III 278; BGE 142 III 402 E. 2 = Pra 2017 Nr. 71; BGE 142 III 515; BGE 142 III 690 E. 3.1 = Pra 2017 Nr. 95). Im Prozess findet die soziale Untersuchungsmaxime Anwendung (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Da beide Parteien anwaltlich vertreten sind, ist die Beschaffung des Prozessstoffes allerdings dennoch primär Sache der Parteien. Das Gericht hat sie dabei allenfalls durch geeignete Fragen zu unterstützen (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2 = Pra 2013 Nr. 105; BGE 125 III 231 E. 4a; zum Ganzen auch ZMP 2020 Nr. 9). Der von der Klägerin anlässlich der Klagebegründung geltend gemachte Streitwert wurde mit Zirkulations-Beschluss vom 13. Januar 2022 nach den Vorgaben der bundesgerichtlichen Rechtsprechung korrigiert und mit Blick auf die umstrittenen Kündigungen anhand des Mietzinses bis zum ordentlichen Beendigungstermin der beiden Verträge vorläufig auf Fr. 499'009.50 (X.) bzw. Fr. 303'000.– (Y.) festgelegt BGE 144 III 346 E. 1.2). Anlässlich der Hauptverhandlung wurde dies seitens der Parteien nicht bestritten. 2. Prozessvereinigung

E. 9

November 2022). Mit anderen Worten stellen in der Regel nur solche Umstände einen Mangel dar, welche die Beschaffenheit, den Zustand oder die Lage des Mietobjekts betreffen, nicht aber Umstände, welche das Geschäft der Mieterin betreffen (HAEFELI/GALLI/VISCHER, N 28; REICHLI/STEHLE, 38-43; PEDUZZI, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MRA 1/20, S. 8; Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Geschäfts-Nr. PD210016, Urteil vom 12. Januar 2022, E.2.4).

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