

# ZH\_GERICHTE NG170003 vom 19. Dezember 2016

Zh Gerichte, 2016-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_NG170003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_NG170003)

FR: ZH\_GERICHTE NG170003 du 19 décembre 2016

IT: ZH\_GERICHTE NG170003 del 19 dicembre 2016

## Regeste

Gültigkeit einer Kündigung Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 19. Dezember 2016 (MB150006)

## Erwägungen

### E. 24

August 2007 einen Mietvertrag mit einer festen Mindestdauer von zehn Jahren und drei Monaten bis zum 31. März 2018 ab. Der Vertrag konnte mit einer zwölfmonatigen Anzeigefrist jeweils auf Ende März gekündigt werden, erstmals auf den 31. März 2018 (act. 3/1/1-5). 1.2. Im Dezember 2012 kündigte die Vermieterin Sanierungsarbeiten an der Liegenschaft an (act. 3/9) und informierte im August 2013 über das Vorliegen der entsprechenden Baubewilligung (act. 3/10). Mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 kündigte die Mieterin den Vertrag ordentlich per 31. März 2018 (act. 3/24). Zur Begründung gab sie verringerten Platzbedarf aufgrund von Umstrukturierungs- massnahmen an. Sie erklärte, die Räume im F. \_\_\_\_\_ 1 nicht mehr zu benötigen, da alle verbliebenen Mitarbeitenden in den Räumlichkeiten des sog. "F. \_\_\_\_\_ 2" Platz fänden. Sie sei bereit, über eine vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts zu sprechen (act. 3/24). Ab Januar 2014 liess die Vermieterin Sanierungsarbeiten an der Liegenschaft durchführen (vgl. act. 3/29/1-28; act. 3/36/1-20). In der Folge

- 4 - kündigte die Mieterin mit Einschreiben vom 18. August 2014 den Mietvertrag gemäss Art. 259b lit. a OR ausserordentlich auf den 25. August 2014. Als Begründung gab sie an, aufgrund der umfassenden Umbauarbeiten zur Gesamtanierung des F. \_\_\_\_\_ 1 sei der Gebrauch der gemieteten Fläche unzumutbar (act. 3/48). 2. Mit Eingabe vom 16. September 2014 focht die Vermieterin die ausserordentliche Kündigung per 25. August 2014 fristgerecht bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich an. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 11. Dezember 2014 konnte keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden, weshalb die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreitete. Da die Mieterin den Urteilsvorschlag ablehnte, wurde ihr mit Beschluss vom 8. Januar 2015 die Klagebewilligung erteilt (act. 4). 3. Am 13. Februar 2015 gelangte die Mieterin an das Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz, act. 1). Es folgte ein Schriftenwechsel zur Bezifferung des Streitwerts und zur sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichtes (act. 6; act. 9; act. 12; act. 16; act. 19; act. 20). Mit Präsidialverfügung vom 20. April 2015 trat die Vorinstanz auf die Klage ein (act. 23). Der Zuständigkeitsentscheid wurde von der Mieterin angefochten, aber sowohl vom Obergericht als auch vom Bundesgericht bestätigt (act. 35; act. 36). Nachdem die Mieterin den verlangten Kostenvorschuss von Fr. 40'000.– fristgerecht geleistet hatte (act. 32), ging auch die Klageantwort der Vermieterin rechtzeitig ein (act. 40). Am 16. Juni 2016 wurde die Hauptverhandlung durchgeführt (Prot. VI. S. 11 ff.). Am 5. Dezember 2016 fand eine

Instruktionsverhandlung statt, in deren Rahmen erfolglos Vergleichsgespräche geführt wurden (Prot. VI. S. 32). Hernach erachtete die Vorinstanz das Verfahren als spruchreif und fällte das Urteil vom 19. Dezember 2016 (act. 59 = act. 61, fortan act. 61). 4. Der Entscheid wurde der Vermieterin am 21. Dezember 2016 zugestellt (act. 57). Mit Eingabe vom 23. Januar 2017 erhob sie dagegen unter Berücksichtigung der Gerichtsferien fristgerecht Berufung (act. 60). Die Kammer zog vorab die vorinstanzlichen Akten bei und setzte versehentlich der Mieterin, also der Be-

- 5 - rufungsbeklagten, Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 10'000.– an (act. 62). In der Folge wurde diese Frist abgenommen und der Vermieterin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 10'000.– angesetzt, welcher fristgerecht einging (act. 64; act. 66). Eine Berufungsantwort (Art. 312 ZPO) ist nicht einzuholen. Die Sache ist spruchreif. Der Mieterin ist zusammen mit dem Entscheid das Doppel von act. 60 zur Kenntnisnahme zuzustellen. II. (Rechtliche Vorbemerkungen) 1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies trifft hier zu. Die Berufung ist daher zulässig. 2. Mit einer Berufung gerügt werden können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt damit sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht über volle Kognition. Sodann wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden. Entsprechend ist jede unrichtige Rechtsanwendung von der Rechtsmittelinstanz zu korrigieren (BGer 5A\_62/2014 vom 7. Oktober 2014, E. 2.2; BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl. 2017, Art. 310 N 3; BSK ZPO-GEHRI, a.a.O., Art. 57 N 7).

Dennoch muss die Berufung erhebende Partei ihre Berufung in jedem Fall begründen. Es genügt nicht, in der Berufungsschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss das vor der Vorinstanz bereits Vorgebrachte zu wiederholen. Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen und substantiiert mit den Entscheidgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss

- 6 - darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll (vgl. zum Ganzen etwa HUNGERBÜHLER/BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 29-31, N 36-39 und N 44; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.; OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011 = ZR 110/2011 Nr. 80 S. 246 f.; vgl. OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 f., jeweils mit zahlreichen Verweisen, sowie BGE 138 III 374, E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Es genügt indessen nicht, auf die in erster Instanz geltend gemachten Rügen zu verweisen und ebenso wenig, sich auf eine allgemeine Kritik des angefochtenen Entscheides zu beschränken. Die Begründung muss dergestalt sein, dass die Berufungsinstanz sie ohne weiteres verstehen kann. Dies setzt voraus, dass die kritisierten Passagen des Entscheides wie auch die Akten, auf welche die Kritik abstützt, genau bezeichnet werden (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Dies gilt auch in Verfahren in welchen das Gericht den Sachverhalt – wie hier (Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) – von Amtes wegen festzustellen hat und trotz Rechtsanwendung von

Amtes wegen (vgl. OGer ZH LF140026 vom 13. Mai 2014, E. 5 m.w.H.). Fehlt eine hinreichende Begründung, tritt die Berufungsinstanz in- soweit auf die Berufung nicht ein. III. (Zur Berufung im Einzelnen) 1. Zulässigkeit der Kündigung 1.1. Die Mieterin machte vorinstanzlich im Wesentlichen geltend, die Vermieterin habe einen luxuriösen Totalumbau des Mietobjekts durchgeführt, welcher dazu geführt habe, dass die Mietsache über ein Jahr lang in einem gebrauchsunfähigen Zustand gewesen sei. Darüber hinaus seien sowohl vor als auch während der Durchführung der Bauarbeiten die Informations- und Rücksichtnahmepflichten durch die Vermieterin verletzt worden. Die Umbauarbeiten seien auch deshalb unzulässig gewesen, weil sie – die Mieterin – das Mietverhältnis vor Beginn der Umbauarbeiten gekündigt habe. Über eine Mietzinsreduktion habe die Vermieterin zudem nicht vor Abschluss der Arbeiten sprechen wollen. Eine Ersatz- oder

- 7 - Untervermietung sei aufgrund der Bauarbeiten verunmöglicht worden. Daher sei ihr nur die ausserordentliche Kündigung geblieben (vgl. act. 61 S. 5 f., E. II. 2.1.). 1.2. Demgegenüber stellte sich die Vermieterin vorinstanzlich zusammengefasst auf den Standpunkt, es spiele keine Rolle, ob das Renovationsvorhaben für die Mieterin zumutbar und das Mietverhältnis ungekündigt gewesen sei. Die Mieterin habe schon vor Beginn der Arbeiten das Mietobjekt endgültig verlassen gehabt, daher hätten die Bauarbeiten ohne Rücksicht auf die Mieterin durchgeführt werden können und dürfen. Beim fristlosen Kündigungsrecht handle es sich um eine mietrechtliche Notbremse, die nicht gezogen werden könne, wenn der Mieter in seinem Gebrauch nur virtuell, nicht aber tatsächlich eingeschränkt sei. Dass die Mieterin das Mietobjekt habe untervermieten oder gar an einen Dritten übertragen wollen, sei nicht substantiiert behauptet und durch Beweisofferten untermauert worden. Die Mängelkündigung sei daher nicht zulässig gewesen (vgl. act. 61 S. 6 f., E. II. 2.2.). 1.3. Die Vorinstanz bejahte die Zulässigkeit der ausserordentlichen Kündigung. Sie fasste zunächst ausführlich Rechtsprechung und Lehre zur fristlosen Kündigung des Mieters im Kontext von Änderungs- und Erneuerungsarbeiten an der Sache zusammen. Sie wies dabei zutreffend darauf hin, dass dem Mieter nach Art. 259b lit. a OR das Recht zur fristlosen Kündigung zustehe, wenn die Mietsache an einem Mangel leide, der die Tauglichkeit des Mietobjekts zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesse oder erheblich beeinträchtige. Ob ein Mangel in diese Kategorie falle, hänge von den gesamten Umständen ab, wobei ein objektiver Massstab zur Anwendung komme. Für den Mieter unzumutbare Erneuerungs- und Änderungsarbeiten, würden einen solchen schweren Mangel im Sinne von Art. 259b lit. a OR darstellen (vgl. act. 61 S. 8 ff., E. II. 3.).

In der Folge prüfte die Vorinstanz das Vorliegen eines schweren Mangels, mithin das Vorliegen unzumutbarer Sanierungsarbeiten. Sie erwog zusammengefasst, die Bauarbeiten hätten vom Januar 2014 bis Januar 2015 gedauert (act. 61 S. 16, E. II. 4.2.). Die Umbauarbeiten hätten den Rückbau von Leerflächen im 1. bis 4. OG, neue Korridore, Fluchtwege, Brandabschlüsse, neue IV-WCs, die Erweiterung und den Ausbau der Eingangshalle, die Sanierung des Flachdachs,

- 8 - neue Dachterrassen, die Sanierung des Lichthofs und sämtlicher Liftanlagen, die Aufhebung zweier Warenlifte für die neuen Steigzonen, den Einbau der Steigzonen, die Aufwertung der Treppenhäuser sowie die Instandstellung der Umgebung umfasst. Dies habe während der Dauer von 28 Wochen zu Lärmimmissionen geführt, während acht Wochen seien die Immissionen erheblich gewesen. Zudem seien Staubimmissionen aufgetreten, deren Intensität als hoch einzustufen gewesen sei. Während vier Wochen sei es zu Geruchsmissionen gekommen, davon seien insbesondere Archiv und Treppenhaus

betroffen gewesen. Die Cafeteria "G.\_\_\_\_\_" habe während des Umbaus nicht benutzt werden können. Zur Zeit des amtlichen Befunds sei die Wasser- und Stromversorgung in der Cafeteria "H.\_\_\_\_\_" nicht gewährleistet gewesen. Zumindest während fünf Tagen und fünf Stunden sei die Wasserversorgung unterbrochen und während mindestens zwei Tagen seien die WC-Anlagen nicht benutzbar gewesen. Zumindest in sechs Sitzungszimmern sowie im Auditorium habe die Lüftung von Mai bis Oktober 2014, mithin während den heissen Sommermonaten, nicht funktioniert. Der Haupteingang sei ab dem 26. Mai 2014 gesperrt gewesen und in den Treppenhäusern hätten diverse Bauarbeiten stattgefunden, wodurch die Benutzbarkeit der Mietsache durch die Mitarbeiter – aber auch für Kundenkontakte – stark eingeschränkt gewesen sei. Bei den Doppelliftanlagen sei jeweils je einer von zwei aufgehoben gewesen. Insgesamt seien gewichtige Einschränkungen und Behinderungen beim Zugang zu den Mieträumen aufgetreten. Die Nutzung des Archivs 1 sei durch den "modrigen" Geruch, Feuchtsuren sowie stützende Baumstämme eingeschränkt gewesen. Vom 11. bis 22. August 2014 habe aufgrund der fehlenden Lüftungsanlage bzw. der nicht in Betrieb stehenden CO-Alarmanlage die Gefahr einer Kohlenmonoxidvergiftung in der Tiefgarage bestanden, weshalb diese nicht benutzt werden können. Vor diesem Hintergrund kam die Vorinstanz zum Schluss, die Sanierungsarbeiten hätten zu einer erheblichen Einschränkung der Tauglichkeit des Mietobjekts zum vorausgesetzten Gebrauch geführt, weshalb die Mieterin zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt gewesen sei (act. 61 S. 35, E. II. 4.4.12.).

Sodann ging die Vorinstanz auf den Einwand der Vermieterin ein, die Mieterin könne sich nicht auf die baubedingten Einschränkungen der Gebrauchstaug-

- 9 - lichkeit der Sache berufen, weil sie die Sache ab Januar 2014 gar nicht mehr benutzt habe, sodass deren Gebrauch tatsächlich weder ausgeschlossen noch erheblich beeinträchtigt gewesen sei. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, die Vermieterin habe den Mietgegenstand der Mieterin genauso, wie vertraglich vereinbart, zur Verfügung zu stellen. Ob die Mietsache mangelhaft sei, beurteile sich nicht nach den Bedürfnissen des Mieters, sondern anhand des vereinbarten Gebrauchszwecks und eines objektiven Massstabs. Den Mieter betreffe denn auch ohne gegenteilige Vereinbarung keine Gebrauchspflicht (act. 61 S. 36 f., E. II. 4.5.). Weiter erwog die Vorinstanz, das Interesse der Mieterin an einer Untervermietung bzw. an den weiteren Formen der Nutzung durch Dritte sei nicht nur ein virtuelles. Dass Bauarbeiten von Art und Ausmass der vorliegenden jeden Interessenten von einem Vertragsschluss abhielten, sei offensichtlich. Von einem nur virtuellen Interesse der Mieterin an der Einhaltung der Hauptleistungspflicht der Vermieterin könne nicht gesprochen werden (act. 61 S. 36 f., E. II. 4.5.). 1.4. Die Vermieterin wendet dagegen zunächst ein, aus ihrer Sicht sei die Aufhebung der Kündigung in Anwendung von Art. 260 OR nicht zulässig, unabhängig davon, ob die Mieterin bei unzumutbaren Erneuerungen und Änderungen an der Mietsache das Recht zur Mängelkündigung in Anspruch nehmen könne. Die ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit des Mieters diene im Falle von Erneuerungen und Änderungen an der Mietsache dazu, diesem zu erleichtern, eine anderweitige Ersatzlösung zu finden. Vorliegend sei keine Ersatzlösung notwendig gewesen, da die Mieterin bereits andere Räumlichkeiten in der Liegenschaft "F.\_\_\_\_\_" 2" bezogen habe (act. 60 S. 3 RZ. 7).

Weiter macht die Vermieterin geltend, mit der Auslegung von Art. 259b lit. a OR durch die Vorinstanz nicht einig zu sein. Die Auffassung, die Mieterin sei zur Mängelkündigung berechtigt gewesen, obwohl sie die Mieträume bereits endgültig verlassen gehabt

und während den Bauarbeiten nicht benutzt habe, sei unhaltbar. Bei der Mängelkündigung gemäss Art. 259b lit. a OR handle es sich um eine "mietrechtliche Notbremse", die der Mieter beanspruchen könne, wenn er im vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache zumindest schwerwiegend beeinträchtigt sei. Vorausgesetzt sei, dass der Mieter die Mietsache nicht mehr ver-

- 10 - tragsgemäss gebrauchen könne, entweder überhaupt nicht mehr oder unter erheblichen Einschränkungen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz müsse die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch aber auch tatsächlich ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt sein, und nicht nur virtuell. Nur die tatsächliche, erhebliche Beeinträchtigung oder das tatsächliche, gänzliche Fehlen der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch würden die ausserordentliche Mängelkündigung rechtfertigen. Dies ergebe sich auch aus Art. 259c OR, wonach der Anspruch des Mieters auf Mängelbeseitigung entfalle, wenn der Vermieter vollwertigen Ersatz anbiete. Die Norm des Art. 259c OR mache nur Sinn, wenn der Mieter die Mietsache tatsächlich gebrauche, nicht aber, wenn er auf den Gebrauch verzichtet habe, denn für eine nicht gebrauchte Mietsache nütze ihm ein Ersatz nichts. Da die Mieterin aus freien Stücken auf den Gebrauch des Mietobjekts verzichtet habe, sei eine ausserordentliche Mängelkündigung nicht gerechtfertigt gewesen. Die Rechtsauffassung der Vorinstanz stütze sich sodann nicht auf Präjudizien, sondern argumentiere aus eigener Rechtsschöpfung und rein rechtsdogmatisch, ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles (act. 60 S. 4 ff., RZ. 9 ff.). 1.5. Mit ihren Einwendungen setzt die Vermieterin der Argumentation der Vorinstanz im Wesentlichen ihre eigene, bereits vorinstanzlich dargelegte Auffassung entgegen, ohne auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid einzugehen. Sie bringt vor, die Mieterin habe bereits ein Ersatzobjekt gefunden gehabt (act. 60 S. 3 RZ. 7), zeigt aber nicht auf, was sie daraus ableitet bzw. welche vorinstanzlichen Erwägungen deshalb fehlerhaft seien. Damit verkennt die Vermieterin, dass in der Berufungsschrift eine sachbezogene und substantiierte Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu erfolgen hat, ansonsten die Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht erfüllt sind (vgl. hiervor E. II. 2).

Weiter stellt sich die Vermieterin auf den Standpunkt, die Mieterin sei nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen. Die ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz, wonach die Tauglichkeit des Mietobjekts zum vorausgesetzten Gebrauch durch die Sanierungsarbeiten erheblich eingeschränkt gewesen sei

- 11 - (act. 61 S. 18 ff., E. II. 4.4.), bestreitet sie jedoch mit Fug nicht. Sie wendet einzig ein, es habe nur eine virtuelle Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit bestanden, weil die Mieterin die Räumlichkeiten bereits verlassen gehabt und auf deren Gebrauch verzichtet habe. Damit beschränkt sich die Vermieterin auf die blosser Wiederholung ihres vorinstanzlichen Standpunkts (vgl. act. 61 S. 6 f., E. II. 2.2.), ohne sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander zu setzen. Die Vorinstanz legte einlässlich dar, weshalb sie die Argumentation der Vermieterin verworfe. Sie hielt fest, die Vermieterin habe den Mietgegenstand der Mieterin genauso, wie vertraglich vereinbart, zur Verfügung zu stellen. Ob eine Mietsache mangelhaft sei, beurteile sich nicht nach den Bedürfnissen des Mieters, sondern anhand des vereinbarten Gebrauchszwecks und anhand eines objektiven Massstabs. Die Mieterin treffe keine Gebrauchspflicht (act. 61 S. 36 f., E. II. 4.5.). Dem hält die Vermieterin nichts entgegen. Sie legt nicht dar, inwiefern diese Erwägungen fehlerhaft sind und zeigt nicht auf, weshalb das Verlassen des Mietobjekts durch die

Mieterin trotz fehlender Gebrauchspflicht von Relevanz sein soll. Die Vermieterin verkennt damit, dass vom Berufungsgericht die Erwägungen des angefochtenen Entscheides nur im Lichte gezielt dagegen formulierter Beanstandungen überprüft werden und nicht einfach der vorinstanzliche Prozess fortgeführt oder gar wiederholt wird. Die Berufung führende Partei hat daher im Einzelnen aufzuzeigen, welche vorinstanzlichen Erwägungen angefochten werden, sich argumentativ mit den entsprechenden Erwägungen auseinanderzusetzen und deren Fehlerhaftigkeit aufzuzeigen (BGer 4A\_382/2015 vom 4. Januar 2016, E. 11.3; BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.1 m.w.H.). Die Vermieterin beschränkt sich auf die Wiederholung von bereits Vorgebrachtem ohne Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Erwägungen. Damit kommt sie ihrer Begründungspflicht nicht hinreichend nach. Auch die pauschale Kritik, die Rechtsauffassung der Vorinstanz stütze sich nicht auf Präjudizien, sondern argumentiere aus eigener Rechtsschöpfung und rein rechtsdogmatisch, ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles, genügt den Anforderungen an eine Berufung nicht (act. 60 S. 6 RZ. 19). Die Vermieterin hätte konkret aufzuzeigen gehabt, wo die Vorinstanz aus eigener Rechtsschöpfung argumentiert und welche Besonderheiten des Falls nicht berücksichtigt worden sind. Mit ihren pauschalen Vorbringen übersieht die Vermieterin, dass es

- 12 - nicht Aufgabe der Berufungsinstanz ist, die vorinstanzlichen Akten nach allfällig von der Vorinstanz nicht berücksichtigten Argumenten zu durchforschen. Vielmehr ist es an der Berufung erhebenden Partei, substantiiert darzulegen, welche Besonderheiten des Falls die Vorinstanz nicht gewürdigt hat und inwiefern sich daraus die Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Entscheides ergibt. Insofern ist auf die Berufung mangels hinreichender Begründung nicht einzutreten. 1.6.1. Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass die Einwände der Vermieterin auch inhaltlich nicht überzeugen. Soweit die Vermieterin geltend macht, die Mieterin könne sich nicht auf das fristlose Kündigungsrecht nach Art. 259b lit. a OR berufen, weil sie die Liegenschaft bereits verlassen habe, übersieht sie, dass es für die Ausübung der Mängelrechte auf den Umfang des Gebrauchs durch den Mieter nicht ankommt. Die Mängelrechte regeln die nicht gehörige Erfüllung durch den Vermieter. Die Hauptpflicht des Vermieters besteht darin, das Mietobjekt zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Der Vermieter hat also dafür zu sorgen, dass die Mietsache während der gesamten Mietdauer im vertraglich vereinbarten Zustand bleibt. Kommt der Vermieter dieser Pflicht nicht nach, liegt eine Schlechterfüllung seinerseits vor und dem Mieter stehen – bei Mängeln während der Mietdauer – die Mängelrechte von Art. 259 ff. OR zu. Dabei räumt Art. 259b lit. a OR dem Mieter die Möglichkeit ein, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, wenn im Verlaufe der Vertragsdauer ein schwerer Mangel auftritt, den der Mieter nicht zu verantworten hat und der Mangel vom Vermieter trotz Kenntnis nicht innert angemessener Frist beseitigt wird (Art. 259a i.V.m. Art. 259b lit. a OR). Weitere Anforderungen an das Kündigungsrecht, insbesondere was die Intensität der Nutzung des Mietobjekts durch den Mieter anbelangt, statuiert das Gesetz nicht. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, trifft den Mieter denn auch keine Gebrauchspflicht (act. 61 S. 37, E. II. 4.5; vgl. auch BK OR-GIGER, Art. 256 OR N 31 f.; LCHAT ET AL., Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage, Zürich 2016, S. 34 f.). Folglich ist unerheblich, dass die Mieterin vorliegend ihren Geschäftsbetrieb in andere Räumlichkeiten verlegte und das Mietobjekt nur noch beschränkt nutzte. Denn solange ein Vertragsverhältnis besteht, sind die Parteien grundsätzlich gehalten, ihren vertraglichen Pflichten

- 13 - nachzukommen. Die Mieterin hatte daher den Mietzins zu bezahlen und die Vermieterin die Sache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten.

1.6.2. Etwas anderes lässt sich – entgegen der Auffassung der Vermieterin – auch nicht Art. 259c OR entnehmen, wonach die vollwertige Ersatzleistung des Vermieters zum Wegfall des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels führt. Die Vermieterin macht geltend, die Norm mache nur Sinn, wenn der Mieter die Mietsache tatsächlich gebrauchte, denn für eine nicht gebrauchte Mietsache nütze dem Mieter ein Ersatz nichts (act. 60 S. 6, RZ. 16). Dabei verkennt sie, dass es auch im Rahmen von Art. 259c OR auf den Gebrauch der Mietsache durch den Mieter nicht ankommt. Die Norm soll dem Vermieter ermöglichen, statt (aufwendiger) Beseitigungsarbeiten zur Erfüllung seiner Vertragspflichten vollwertigen Ersatz zu leisten und so allfällige Herabsetzungs- und Schadenersatzansprüche des Mieters abzuwenden bzw. gering zu halten (ZK OR-HIGI, Art. 259c N 6 ff.). So wird es dem Vermieter vor allem bei der Miete von beweglichen, austauschbaren Objekten oftmals leichter fallen, dem Mieter ein ähnliches Objekt zu überlassen wie den Mangel sofort zu beseitigen. Die Möglichkeit der Ersatzleistung steht dem Vermieter dabei unabhängig von der Intensität der Nutzung des Mietobjekts durch den Mieter zu. Das blosses Angebot eines vollwertigen Ersatzobjekts genügt denn auch für den Wegfall der Mängelbeseitigungsrechte des Mieters. Eine Annahme durch den Mieter – oder gar der Nachweis, der Mieter werde von der Sache Gebrauch machen – wird nicht vorausgesetzt (SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. Aufl., 2008, Art. 259c N 8, ZK OR-HIGI, Art. 259c N 30 f.).

1.6.3. Nach dem Gesagten hat weder der Vermieter, um zur Leistung einer vollwertigen Ersatzsache berechtigt zu sein, darzulegen, der Mieter werde in Zukunft von der Ersatzsache Gebrauch machen, noch hat der Mieter bei der Ausübung seiner Mängelrechte vorab nachzuweisen, auch in Zukunft auf das Mietobjekt angewiesen zu sein. Immerhin wäre der Umfang der Nutzung des Mietobjekts bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Sanierungsarbeiten zu berücksichtigen gewesen, was die Vermieterin indessen nicht beanstandet. Ergänzend sei den- noch was folgt anzumerken:

- 14 - 1.7.1. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, setzt das Kündigungsrecht nach Art. 259b lit. a OR das Vorliegen eines Mangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt, voraus. Für den Mieter unzumutbare Erneuerungs- und Änderungsarbeiten im Sinne von Art. 260 Abs. 1 OR können einen solchen schweren Mangel darstellen (vgl. act. 61 E. II. 3.3. mit Verweis auf BGer 4C.331/2006 v. 9.10.2007 E. 4.1; ZK OR-HIGI, Art. 260 OR N 53; Mietrecht für die Praxis, a.a.O., S. 288 f.; CPra Bail-AUBERT, Art. 260 OR N 47; vgl. auch CHK-HULLIGER/HEINRICH, 3. Aufl. 2016, Art. 259b N 7). Die Beurteilung der Zumutbarkeit von Erneuerungs- und Änderungsarbeiten hat nach objektiven Kriterien unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu erfolgen. Entscheidend ist, ob die geplanten Arbeiten dem Mieter unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Vertragsverhältnisses vernünftigerweise zugemutet werden können. Dabei sind die Interessen des Mieters an einem ungestörten Gebrauch der Sache und die Interessen des Vermieters am Unterhalt und an der Erneuerung der Mietsache gegeneinander abzuwägen, wobei das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu beachten ist. Je weniger dieses Gleichgewicht durch die Sanierungsarbeiten gestört wird, desto zumutbarer ist die Änderung bzw. Erneuerung. Dabei sind Art, Zweck und Dauer des Mietvertrags, der Umfang der Arbeiten und ihre Auswirkung auf den Mieter, die Dringlichkeit der Sanierung und deren Nützlichkeit für den Mieter sowie der Zeitpunkt der Arbeiten zu berücksichtigen (BGer 4C.382/2002, vom 4.3.2003 = mp 4/03 S. 185, E. 3.2.; ZK

OR-HIGI, Art. 260 N 27 ff.; SVIT- Kommentar, Art. 260 - 206a N 23 ff.). Gemäss Bundesgericht liegt es im Ermessen des Gerichts, welche Elemente bei der Beurteilung der Zumutbarkeit in Betracht zu ziehen sind. Eine Erläuterung sämtlicher in der Lehre erwähnte Umstände ist nicht erforderlich (BGer 4C.382/2002, vom 4.3.2003 = mp 4/03 S. 185, E. 3.2 m.w.H.). 1.7.2. Die Vorinstanz hielt im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit der Erneuerungs- und Änderungsarbeiten zunächst fest, die Mieterin habe aufgrund der festen Mindestdauer des Mietvertrages keine Möglichkeit gehabt, den Bauarbeiten durch eine ordentliche Kündigung auszuweichen. Dies führe dazu, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Sanierungsarbeiten ein strengerer Massstab

- 15 - anzuwenden sei, als wenn die Kündigung auf einen Termin vor Baubeginn möglich gewesen wäre (act. 61 S. 20, E. II. 4.4.2.). Dies wird von der Vermieterin zu recht nicht beanstandet.

Sodann legte die Vorinstanz Umfang und Auswirkungen der Sanierungsarbeiten dar und folgerte, es liege eine erhebliche Einschränkung der Tauglichkeit des Mietobjekts zum vorausgesetzten Gebrauchs vor (siehe hiervor E. III. 1.3.). Daraus zog sie wohl den Schluss, die Sanierungsarbeiten seien für die Mieterin nicht zumutbar. Entsprechende Erwägungen dazu fehlen jedoch. Der Vorinstanz ist insoweit zuzustimmen, als dass das unbestritten gebliebene Ausmass der Bauarbeiten und die damit verbunden erhebliche Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache für die Unzumutbarkeit der Sanierungsarbeiten sprechen. Das Ausmass der Bauarbeiten ist allerdings nur ein weiteres – wenn auch gewichtiges – Element, welches es bei der Beurteilung der Zumutbarkeit zu berücksichtigen gilt. So hätte der Einwand der Vermieterin, die Mieterin habe das Mietobjekt bereits verlassen, ebenfalls in die Beurteilung miteinbezogen werden müssen. Es trifft zwar zu, dass die Mieterin – wie die Vorinstanz ausführt – keine Gebrauchspflicht trifft (vgl. hiervor E. III. 1.6.1.). Der tatsächliche Gebrauch der Mietsache und dessen Intensität wirken sich aber auf die Beurteilung der Zumutbarkeit der Erneuerungs- und Änderungsarbeiten aus (ZK OR-HIGI, Art. 260 N 31). So ist zu berücksichtigen, wenn der Mieter das Mietobjekt nur eingeschränkt benutzt oder nur während eines Teils der Bauphase anwesend ist. Denn selbst immissionsintensive Bauarbeiten können für den Mieter zumutbar sein, wenn sie in einen Zeitraum seiner Abwesenheit fallen.

Die Vermieterin macht diesbezüglich geltend, die Mieterin habe das Mietobjekt Ende Januar 2014 endgültig verlassen (act. 60 S. 3 RZ. 5.4.). Unbestritten ist, dass die Mieterin das Mietverhältnis mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 ordentlich per 31. März 2018 kündigte, mit der Begründung, die Räumlichkeiten würden aufgrund verringertem Platzbedarfs nicht mehr benötigt werden. Mit dem Kündigungsschreiben gab die Mieterin zudem ihr Interesse an einer frühzeitigen Rückgabe des Mietobjekts bekannt (act. 3/24). Mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 hielt die Mieterin sodann fest, eine vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts sei

- 16 - per 1. Februar 2014 möglich, zumal ab dann sämtliche Mitarbeiter in der Liegenschaft "F.\_\_\_\_\_ 2" sein würden (act. 3/22). Vor diesem Hintergrund ist mit der Vermieterin davon auszugehen, dass ab Februar 2014 höchstens noch eine eingeschränkte Nutzung des Mietobjekts (z.B. der Schulungsräume, des Auditoriums, der Parkplätze, des Serverraums und der Archivräume, vgl. act. 1 S. 17, RZ. 49) hätte erfolgen sollen. Dies hat in die Beurteilung der Zumutbarkeit zu Gunsten der Vermieterin einzufließen. 1.7.3. Auch das Argument der Vermieterin, die Mieterin hätte nach Abschluss der Bauarbeiten bis zum 31. März 2018, mithin noch während über drei Jahren, an den Vorteilen der

Renovationsarbeiten teilhaben können (act. 60 S. 6 RZ. 18), wäre zu Gunsten der Vermieterin zu berücksichtigen gewesen. Es wird jedoch dadurch aufgewogen, dass bei einem auf zehn Jahre befristeten Mietverhältnis bereits nach der Hälfte der Vertragsdauer einschneidende Sanierungsarbeiten vorgenommen wurden, welche ein Jahr dauerten und somit einen Zehntel der gesamten Mietdauer in Anspruch nahmen. 1.7.4. Schliesslich hätte auch das Interesse der Mieterin an einer finanziellen Schadloshaltung, sei es durch Mietzinsreduktion, Untervermietung oder Übertragung des Mietvertrags, in die Beurteilung miteinbezogen werden müssen. Aus den unbestritten gebliebenen Erwägungen der Vorinstanz ergibt sich, dass der Mieterin keine Mietzinsreduktion angeboten wurde (vgl. act. 61 S. 40, E. II. 4.6.3.). Zur Untervermietung erwog die Vorinstanz, die Mieterin habe ein Interesse an der Untervermietung der nicht genutzten Räumlichkeiten. Es sei aber offensichtlich, dass Art und Ausmass der Bauarbeiten jeden Interessenten von einem Vertragsabschluss abgehalten hätten (act. 61 S. 37, E. II. 4.5.). Die Vermieterin wendet dagegen ein, es handle sich nur um eine rein virtuelle Benachteiligung. Die Mieterin habe weder substantiiert behauptet noch bewiesen, sie habe – ohne Erfolg – versucht, einen Untermieter zu finden (act. 60 S. 5, RZ. 13). Die Vermieterin übersieht, dass die Vorinstanz nicht von konkreten Suchbemühungen der Mieterin ausging, sondern solche aufgrund der intensiven Bauarbeiten als für vornherein aussichtslos hielt (act. 61 S. 37, E. II. 4.5.). Dem hält die Vermieterin nichts entgegen, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen. Die finanzielle Belastung der

- 17 - Mieterin durch die ungeschmälerete Mietzinszahlungspflicht während der Umbauarbeiten fällt daher zu Ungunsten der Vermieterin ins Gewicht. 1.7.5. Ein Abwägen dieser Elemente ergibt für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Erneuerungs- und Änderungsarbeiten was folgt: Die Bauarbeiten dauerten ein Jahr, verursachten starke Immissionen und schränkten die Nutzung der Räumlichkeiten als Büros erheblich ein bzw. verunmöglichten sie zeitweise. Wegen des befristeten Mietvertrags hatte die Mieterin sodann keine Möglichkeit, den Bauarbeiten durch ordentliche Kündigung auszuweichen. Dennoch waren die Auswirkungen der Bauarbeiten auf die Mieterin gering, zumal sie auf die Mieträume nicht mehr angewiesen war und sie grösstenteils bereits verlassen hatte. Die Umbauarbeiten verunmöglichten jedoch auch eine Unter- oder Weitervermietung der Räumlichkeiten. Eine Mietzinsreduktion wurde der Mieterin nicht angeboten. Die Mieterin war damit gehalten, den vollen Mietzins zu bezahlen, obwohl die Gebrauchsfähigkeit der Mietsache erheblich eingeschränkt war. Damit hat sich das Gleichgewicht im vertraglichen Austauschverhältnis in unzumutbarer Weise zu Ungunsten der Mieterin verschoben. Die Vorinstanz ging somit zu Recht von für die Mieterin unzumutbaren Änderungs- und Erneuerungsarbeiten aus. 1.8. Dieser Mangel wurde unbestrittenermassen nicht von der Mieterin verursacht. Die Vermieterin hatte – ebenfalls unbestrittenermassen – Kenntnis vom Mangel und beseitigte ihn nicht. Damit waren die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung im Sinne von Art. 259b lit. a i.V.m. Art. 260 Abs. 1 OR grundsätzlich erfüllt. 2. Verwirkung des Kündigungsrechts 2.1. Die Vermieterin machte vorinstanzlich weiter geltend, das Recht zur fristlosen Kündigung habe zum Kündigungszeitpunkt nicht mehr bestanden, denn die Mieterin habe das Mietobjekt Ende Januar 2014 bereits verlassen gehabt, aber dennoch den Mietzins bis zur Mängelkündigung vorbehaltlos weiterbezahlt. Daraus sei ein Verzicht auf das Kündigungsrecht zu schliessen. Die Mängelkündigung sei nichtig und wirkungslos (act. 61 S. 7, E. II. 2.2).

- 18 - 2.2. Die Vorinstanz führte zur Verwirkung des Kündigungsrecht zusammengefasst aus, der Mieter müsse die fristlose Kündigung nicht unverzüglich aussprechen, nachdem die angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel verstrichen sei. Ein Zuwarten während längerer Zeit könne jedoch den Anschein eines Verzichts erwecken. Wann ein solcher zu bejahen sei, könne aber nur im Einzelfall aufgrund der gesamten Umstände beurteilt werden. Höchststrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage existiere im Kontext der Kündigung nach Art. 259b lit. a OR nicht. Im Zusammenhang mit Art. 257f Abs. 3 OR habe das Bundesgericht der Frage entscheidendes Gewicht beigemessen, ob sich am vertragswidrigen Verhalten der Gegenseite während der Zeitspanne bis zur Kündigung etwas verändert habe oder nicht. Auch bei der Zahlungsverzugskündigung werde eine Verwirkung oder eine missbräuchliche Ausübung des Kündigungsrechts erst angenommen, wenn der Vermieter trotz abgelaufener Nachfrist die Kündigung erst ausspreche, nachdem der Mieter die Rückstände beglichen habe und seither seiner Mietzinszahlungspflicht seit längerer Zeit wieder nachgekommen sei. Die blosser Nachzahlung reiche für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht aus, schon gar nicht ein Zuwarten des Vermieters, wenn die Ausstände nicht beglichen seien (act. 61 S. 38 ff., E. II. 4.6.2. m.H.). Vorliegend sei die Kündigung am 18. August 2014 ausgesprochen worden, mithin sieben Monate nach Beginn der Bauarbeiten im Januar 2014. Zur Zeit der Kündigung seien gerade ausserordentlich viele Arbeiten im Gang gewesen. Zudem hätten sich Arbeiten verzögert, weshalb vor Ende 2014 nicht mit einem Abschluss zu rechnen gewesen sei. Vergleichsgespräche über eine Mietzinsminderung seien von der Vermieterin abgelehnt worden und auch über eine einvernehmliche Vertragsbeendigung habe keine Einigung erzielt werden können. Es könne aber nicht zum Nachteil der Mieterin ausgelegt werden, dass sie die Mietzinse bis zur fristlosen Kündigung bezahlt habe. Es habe ein gültiges Mietverhältnis vorgelegen, weshalb auch eine Mietzinszahlungspflicht bestanden habe. Obwohl die Vermieterin bei ihrem Bauvorhaben eingeständenermassen keine Rücksicht auf die Mieterin genommen habe, habe die Mieterin nichts unternommen, um die Sanierungsarbeiten zu behindern. Ihre Geduld könne nun nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden. An sich Untolerables brauche nicht deshalb weiter erduldet zu werden, weil sich die unhaltbaren

- 19 - Zustände über Monate hinweg in die Länge gezogen hätten. Ein treuwidriges Verhalten der Mieterin sei bei der von ihr an den Tag gelegten Langmut daher nicht zu erkennen (act. 61 S. 39 f., E. II. 4.6.3.). 2.3. Die Vermieterin wendet dagegen ein, der Mieterin fehle es an der Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung. Die Mieterin habe das Mietobjekt Ende Januar 2014 verlassen, den Mietzins aber vorbehaltlos weiter bezahlt und erst gut ein halbes Jahr später, am 18. August 2014, die Mängelkündigung ausgesprochen. Daraus sei nach Treu und Glauben zwanglos auf einen Verzicht auf das Kündigungsrecht zu schliessen. Die von der Vorinstanz gezogene Analogie zur Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR sei rechtsdogmatisch nicht sachgerecht, da die Mängelkündigung nach Art. 259b lit. a OR das Kriterium der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht kenne. Die Mieterin habe am 5. Dezember 2013 die ordentliche Kündigung ausgesprochen und habe Ende Januar 2014 das Mietobjekt verlassen, worauf die Bauarbeiten begonnen hätten. Am 24. April 2014 (recte: 23. April 2014) hätten erfolglose Vergleichsgespräche stattgefunden. Die Mieterin habe den Mietzins vorbehaltlos weiter bezahlt und die ausserordentliche Kündigung erst am 18. August 2014 ausgesprochen. Dabei habe die Mieterin anlässlich der Vergleichsgespräche auf die Möglichkeit einer Mängelkündigung hingewiesen. Im Lichte dieser Fakten, und da es

mitnichten um die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses gehe, seien die von der Vorinstanz angebrachten Erwägungen nicht hilfreich (act. 60 S. 7, RZ. 20-21). 2.4. Erneut setzt sich die Vermieterin mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander. Sie erschöpft sich stattdessen in der teils wörtlichen Wiederholung ihrer bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Behauptung, das Mängelkündigungsrecht der Mieterin sei verwirkt gewesen, da die Mieterin das Mietobjekt Ende Januar 2014 verlassen und den Mietzins vorbehaltlos weiter bezahlt habe (vgl. act. 43 S. 18, RZ. 68). Dies wurde von der Vorinstanz jedoch bereits in ihre Beurteilung miteinbezogen. Die Vermieterin unterliess es nun aber, konkret aufzuzeigen, inwiefern welche vorinstanzlichen Erwägungen nicht zutreffen. Damit kommt sie ihrer Begründungspflicht nicht hinreichend nach.

- 20 -

Einzig die Beanstandung, die von der Vorinstanz gezogene Analogie zur Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR sei rechtsdogmatisch nicht sachgerecht, da die Mängelkündigung nach Art. 259b lit. a OR das Kriterium der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht kenne, stellt keine Wiederholung von bereits Vorgebrachtem dar. Die Vermieterin legt aber auch hier nicht dar, welche von der Vorinstanz aus dieser Analogie gezogenen Schlüsse deshalb fehlerhaft seien. Sie beschränkt sich darauf, den Geschehensablauf zu schildern und hernach den Schluss zu ziehen, im Lichte dieser Fakten seien die von der Vorinstanz angebrachten Erwägungen "nicht hilfreich" (act. 60 S. 7 RZ. 21). Dies stellt keine genügende Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid dar, weshalb auch diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten ist. 2.5. Der Vollständigkeit halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Mieter die Kündigung ohnehin nicht unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Beseitigungsfrist aussprechen muss (BK OR-GIGER, Art. 259b N 19; BSK-OR WEBER, Art. 259b N 8; SVIT-Kommentar, Art. 259b N 25; ZK OR-HIGI, Art. 259b N 35, CHK OR HULLIGER/HEINRICH, Art. 259 N 7, Praxiskommentar, ROY, S. 277). Somit führt auch nicht jedes Zuwarten zu einer Verwirkung des Kündigungsrechts. Gemäss HULLIGER/HEINRICH kann der Mieter mit der Kündigung so lange warten, bis er einen Ersatz für die Mietsache gefunden hat (CHK OR HULLIGER/HEINRICH, Art. 259 N 7; gl. M.: SVIT-Kommentar, Art. 259b N 25). Demgegenüber erachten HIGI und ROY ein Zuwarten mit der Kündigung als zulässig, sofern dafür stichhaltige Gründe vorliegen (ZK OR-HIGI, Art. 259b N 35; ROY, Praxiskommentar, S. 277). Darüber hinaus fordert GIGER, dass der Mieter gegenüber dem Vermieter die Geltendmachung seines Kündigungsrechts nach Ablauf der angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung zumindest anzeigt (BK OR-GIGER, Art. 259b N 19). Einigkeit besteht darüber, dass ein zu langes Zuwarten gegebenenfalls als Verzicht des Mieters auf das Kündigungsrecht qualifiziert werden kann (BK OR-GIGER, Art. 259b N 19; BSK-OR WEBER, Art. 259b N 8; SVIT-Kommentar, Art. 259b N 25; ZK OR-HIGI, Art. 259b N 35, CHK OR HULLIGER/HEINRICH, Art. 259 N 7, Praxiskommentar, ROY, S. 277, BBl 1985 I, 1435). Zudem kann die vorbehaltlose Weiterleistung des Mietzinses zur Annahme führen, der Mieter habe die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung konkludent als nicht gegeben er-

- 21 - achtet bzw. auf seine Kündigung verzichtet (BK OR-GIGER, Art. 259b N 19; ZK OR-HIGI, Art. 259b N 35 m.w.H.). 2.6. Die Vermieterin geht selbst davon aus, bei der Beurteilung der Verwirkung des Kündigungsrechts komme es auf die Umstände des Einzelfalls an (act. 60 S. 7 RZ. 20). Dem ist zuzustimmen. Eine Verwirkung allein aufgrund

der Tatsache, dass die Mieterin auf das Mietobjekt nicht mehr angewiesen war bzw. bereits ein Ersatzobjekt gefunden hatte, erscheint vorliegend nicht sachgerecht. Es lag denn auch kein klassischer Mangel im Sinne von Art. 259b lit. a OR vor. Die Mängelkündigung erfolgte aufgrund unzumutbarer Sanierungsarbeiten, deren Dauer und Ausmass zu Beginn der Bauarbeiten noch nicht klar abschätzbar waren. Es lässt sich daher kein genauer Zeitpunkt festlegen, ab wann die Mieterin zur Mängelkündigung berechtigt war, zumal bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Sanierungsarbeiten – wie gesehen – diverse Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. hiervor E. III. 1.7.). Mit den Bauarbeiten wurde zwar bereits im Januar 2014 begonnen, erhebliche Immissionen traten aber erst ab März 2014 auf (act. 61 S. 25 ff., E. II. 4.4.4.). Vor März 2014 bestand somit kein Anlass für eine fristlose Kündigung. Das Abwarten der Vergleichsgespräche im April 2014 war ebenfalls gerechtfertigt. Im Rahmen dieser Vergleichsgespräche wies die Mieterin dann auf die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung hin (act. 60 S. 7, N 21 mit Verweis auf act. 3/38). Die Parteien vereinbarten jedoch, bis Ende Juni 2014 eine vergleichsweise Lösung zu erarbeiten und skizzierten ein entsprechendes Vorgehen (act. 3/38). Um die Vergleichsbemühungen nicht zu gefährden, war die Mieterin somit gehalten mit einer Kündigung bis Ende Juni 2014 zuzuwarten und den Mietzins weiter zu bezahlen. Darin kann weder ein Verzicht auf das Kündigungsrecht noch ein Verhalten wider Treu und Glauben erkannt werden. Auch dass sich die Vergleichsgespräche durch das Verhalten der Vermieterin in der Folge verzögerten (act. 61 S. 40, E. II. 4.6.3 mit Verweis auf act. 3/43-47), kann nicht der Mieterin angelastet werden. Vielmehr war das Zuwarten mit der Kündigung durch die Vergleichsgespräche stichhaltig begründet. Ein Anschein, die Mieterin verzichte auf ihr Kündigungsrecht, wurde nicht erweckt.

- 22 - 2.7. Damit könnte – selbst bei einem Eintreten auf die Berufung – offen gelassen werden, ob die von der Vorinstanz gezogene Analogie zur Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR rechtsdogmatisch sachgerecht war. Eine Verwirkung des Kündigungsrecht lag nicht vor. 3. Missbräuchlichkeit der ausserordentlichen Kündigung 3.1. Die Vermieterin rügt sodann, die Mängelkündigung verletze Treu und Glauben. Die Mieterin habe – von den Vergleichsgesprächen am 23. April 2014 abgesehen – nach ihrem Auszug aus dem Mietobjekt nichts unternommen. Sie habe nicht weiter gegen die Unzumutbarkeit des Bauvorhabens remonstriert und ihre Mietzinszahlungspflicht ohne jeden Vorbehalt erfüllt. Es wäre zu erwarten gewesen, die Mieterin spreche die Kündigung nach ihrem Auszug Ende Januar 2014 und vor allem nach dem Scheitern der Vergleichsgespräche im März 2014 aus (act. 60 S. 8 N. 22). 3.2. Erneut geht aus der Berufungsschrift nicht hervor, gegen welche vorinstanzlichen Erwägungen sich die Vermieterin richtet. Aus dem Protokoll der Vergleichsgespräche vom 23. April 2014 ergibt sich sodann, dass bis Ende Juni 2014 versucht werden sollte, eine vergleichsweise Lösung zu finden (act. 3/38). Danach suchte die Mieterin erneut mit der Vermieterin das Gespräch (act. 3/43-48). Woraus die Vermieterin schliesst, die Vergleichsgespräche seien bereits im März 2014 gescheitert, legt sie nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Somit kann vollumfänglich auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (vgl. E. III. 2.6.). 3.3. Schliesslich wendet die Vermieterin ein, die ausserordentliche Mängelkündigung verstosse auch gegen Art. 271 OR, stelle sie doch ein klassisches venire contra factum proprium dar. Die Mieterin habe das Renovationsvorhaben zunächst als unzulässig und gesetzeswidrig bezeichnet, anschliessend aber aus wirtschaftlichen Gründen die ordentliche Kündigung ausgesprochen und das Mietobjekt verlassen. Auch der Mietzins sei vorbehaltlos weiter bezahlt worden. Mit diesem Verhalten habe die Mieterin sie im Glauben bestärkt, bei der Durchführung

der Bauarbeiten keine Rücksicht nehmen zu müssen und sie damit der Mög-

- 23 - lichkeit beraubt, bei der Arbeitsausführung auf die Belange der Mieterin Rücksicht zu nehmen (act. 60 S. 8, RZ. 22-23). 3.4. Auch dieser Einwand verfängt nicht. Aus den Akten ergibt sich ohne Weiteres, dass die Mieterin auch unmittelbar nach der Kündigung daran festhielt, der Umbau dürfe zufolge Unzumutbarkeit nicht durchgeführt werden (act. 3/22). Diesen Standpunkt vertrat die Mieterin auch anlässlich der Vergleichsgespräche vom 23. April 2014 (act. 3/38). Folglich bestand für die Vermieterin nie Anlass, davon auszugehen, bei der Durchführung der Bauarbeiten keine Rücksicht nehmen zu müssen. 3.5. Im Ergebnis erweist sich die Berufung als unbegründet. Die Klage ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. IV. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Ausgangsgemäss hat die Vermieterin die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Beanstandungen hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten und der Parteientschädigung wurden nicht vorgebracht. Sie sind zu bestätigen (Dispositiv Ziffern 3, 4 und 5). 2. Für die Festsetzung der Gerichtskosten ist der Streitwert massgebend. Der Streitwert der Berufung gerechnet ab dem bestrittenen Endtermin vom 25. August 2014 bis 31. März 2018 beträgt Fr. 3'880'728.50 (43 Monate x Fr. 90'249.50; vgl. act. 62 S. 2, E. 2.2.). Daraus resultiert gemäss § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine ordentliche Gerichtsgebühr von Fr. 59'557.–. Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 und 3 sowie § 7 lit. a GebV OG auf Fr. 10'000.– zu reduzieren. Der Betrag ist mit dem von der Vermieterin geleisteten Kostenvorschuss (act. 65) zu verrechnen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Vermieterin nicht, weil sie im Berufungsverfahren unterliegt, der Mieterin nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte (vgl. act. 67).

- 24 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2016 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 10'000.– festgesetzt und mit dem von der Beklagten und Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. 3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 60, sowie an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'880'728.50. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende:

lic. iur. P. Diggelmann Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am: 5. Dezember 2017

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