

# ZH\_OBERGERICHT NG140011 vom 1. Juni 2015

ZH Obergericht, 2015-06-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG140011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG140011)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG140011 du 1 juin 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT NG140011 del 1 giugno 2015

## Erwägungen

### E. 1

September 2010 eine zirka 90m<sup>2</sup> Gewerbefläche (im Rohbau) von der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte). Die Beklagte hatte ihrerseits die entsprechenden Räumlichkeiten von der C.\_\_\_\_\_ AG im 3. Obergeschoss an der ...strasse ... in D.\_\_\_\_\_ gemietet. Die Beklagte betrieb darin den Club ..., der Kläger mietete die genannte Fläche zum Betrieb eines Bistros (Prot. Vi S. 10 und 12; act. 2 Rz. 7; act. 13 Rz. 7-11; act. 85 Rz. 2 f.; act. 93 Rz. 5; act. 92 S. 2 und 6). Für die Planung des Bistros wurde der Architekt E.\_\_\_\_\_ beigezogen. Auf das Abfassen schriftlicher Verträge wurde verzichtet.

- 4 - Das Baugesuch für das Bistro datiert vom 6. Mai 2009. Dieses, sowie die beigelegten Pläne, wurden von der Grundeigentümerin C.\_\_\_\_\_ AG, der Beklagten als Gesuchstellerin resp. Bauherrin und dem Architekten E.\_\_\_\_\_ als Projektverfasser unterzeichnet (act. 15/2). Die Baubewilligung für das Bistro wurde mit Verfügung vom 29. Juni 2009 erteilt (act. 15/3). Davon erhielt der Kläger von der Beklagten resp. deren Geschäftsführer F.\_\_\_\_\_ mündliche Mitteilung (act. 26 Rz. 72; act. 85 Rz. 16). Mit Rechnung vom 10. Februar 2010 kaufte der Kläger u.a. einen Kochherd und baute diesen in der Bistroküche ein (act. 28/24). Nach der feuerpolizeilichen Kontrolle am 25. Oktober 2010 erging am 22. Dezember 2010 ein Nutzungsverbot für die Küche, weil, wie sich herausstellte, in der Bistroküche ein Herd eingebaut war, welcher von der Baubewilligung nicht erfasst war (act. 5/4; act. 15/5). Der Kläger erfuhr vom Nutzungsverbot der Küche (act. 5/4) durch G.\_\_\_\_\_, dem Hauswart der Grundeigentümerin (act. 2 Rz. 9; act. 13 Rz. 27 und 74; act. 84 S. 6; act. 85 Rz. 24). In der Folge blieb der Betrieb des Bistros bzw. der Küche eingestellt. Das Untermietverhältnis der Parteien endete durch Kündigung seitens des Klägers am 31. März 2012 (act. 2 Rz. 33; act. 5/21; act. 13 Rz. 128).

### E. 2

Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 22. Oktober 2014 erhob der Kläger mit Eingabe vom 24. November 2014 rechtzeitig Berufung, wobei er die eingangs genannten Rechtsmittelanträge stellte (act. 93). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-90). Mit Verfügung der Kammer vom 26. November 2014 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Der Kläger leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 95-97).

#### E. 2.1

Der Kläger bringt vor, dass ihm das feuerpolizeiliche Nutzungsverbot für die Bistroküche nicht durch die Beklagte, sondern rein zufällig rund zwei Wochen nach Eingang der Verfügung bei der Beklagten durch G.\_\_\_\_\_, den Hauswart der Hauseigentümerin, mitgeteilt worden sei. Er rügt, die Vorinstanz habe sich mit der Feststellung begnügt, dass

er – ob mit oder ohne Zutun der Beklagten – rechtzeitig über das Nutzungsverbot informiert worden sei. Dabei habe sie ignoriert, dass die Beklagte ihre vermietetseitige Pflicht, ihn umgehend über das Nutzungsverbot zu informieren, nicht oder verspätet erfüllt habe. Dadurch seien zwei wertvolle Wochen vergangen, in denen nichts getan worden sei, er vergeblich eingekauft

- 17 - und vergeblich betriebliche Dispositionen getroffen habe (act. 93 Rz. 53-54, 58-59 und 63).

### **E. 2.2**

Selbst wenn es zutrifft, dass die Beklagte vom Nutzungsverbot früher Kenntnis erhalten hatte, sie die Verfügung der Feuerpolizei vom 22. Dezember 2010 dem Kläger nicht (umgehend) zukommen liess und insofern eine vertragliche Nebenpflicht verletzte, so kann der Kläger aus seinen Rügen dennoch nichts für sich gewinnen. Zunächst einmal versäumte er es, (substantiiert) zu behaupten, welche konkreten Vorhaben er in den zwei Wochen über die Feiertage resp. die Jahreswende 2010/2011 veranlassen hätte oder wenigstens konkret hätte veranlassen können, und welcher konkrete Schaden ihm aus den nicht getätigten Vorhaben entstanden sein soll; zugegebenermassen hatte das Bistro infolge Betriebsferien vom 15. Dezember 2010 an geschlossen und war die Wiedereröffnung erst um den 15. Januar 2011 herum geplant (vgl. Prot. VI S. 11; act. 26 Rz. 40; act. 58 S. 3; act. 85 Rz. 24). Im Weiteren sagte G.\_\_\_\_\_ anlässlich der Zeugenbefragung aus, der Kläger sei zum Einkaufen zu ihm gekommen und habe mit ihm sprechen wollen. Auf Nachfrage, ob der Kläger schon etwas über das Nutzungsverbot gewusst habe, antwortete G.\_\_\_\_\_, der Kläger sei darüber informiert gewesen, dass er nicht mehr kochen dürfe, deshalb habe er (der Kläger) mit ihm sprechen wollen (act. 56 S. 6). Aus dieser Aussage sowie den Angaben des Klägers (vgl. auch act. 26 Rz. 33) ist nicht eingängig, weshalb vergebliche Einkäufe für das Bistro getätigt worden sein sollen. Der Kläger behauptet insbesondere nicht, erst nach dem Einkauf G.\_\_\_\_\_ getroffen bzw. vom Nutzungsverbot Kenntnis erhalten zu haben. Ebenfalls lässt sich aus den Vorbringen des Klägers nicht schliessen, dass er Einkäufe tätigte, welche keine Verwendung fanden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Kläger diese Tatsachenbehauptungen bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte. Hinsichtlich der vergeblich getroffenen betrieblichen Dispositionen führt der Kläger in seiner Berufungsschrift schliesslich selber an, diese seien vor Vorinstanz nicht zur Sprache gekommen (act. 93 Rz. 59). Dass es ihm trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, die Tatsachenbehauptungen bereits vor Vorinstanz vorzubringen, macht er nicht geltend. Die Tatsachenbehauptungen stellen daher nicht zu berücksichtigende Noven dar (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. oben Erw. III.2.3.).

- 18 -

### **E. 2.3**

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). In prozessualer Hinsicht hat eine Partei, welche neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz (und der Gegenpartei) jeweils darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa Volkart,

DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 14 f., ZK ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 49; siehe auch OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweist sich die Berufung in Bezug auf die darin vorgetragene Noven als unbegründet und bleiben diese insofern unbeachtlich. IV. A. Unbestrittenes Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger die Erwägungen der Vorinstanz zum Zweck der Miete resp. Inhalt des Mietvertrages in seiner Berufungsschrift nicht bestreitet. In Übereinstimmung mit den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen

- 8 - ist daher vom Vorliegen einer Rohbau(unter-)miete zwischen den Parteien auszugehen, mit der mietvertraglich vereinbarten Pflicht der Beklagten, dem Kläger das Mietobjekt in einem für den Ausbau zu einer Verpflegungseinrichtung namens Bistro geeigneten Zustand zu übergeben. Konkrete Vorgaben der Beklagten für die Ausgestaltung der Verpflegungseinrichtung (Einbau eines Herds oder nicht) bestanden gemäss Untermietvertrag nicht. Planung, Bau und Betrieb des Bistros waren vertraglich zur Sache des Klägers gemacht worden (vgl. act. 92 S. 6 und 21). B. Vertragsverhältnis zum Architekten 1. Die Vorinstanz erwog, das Hauptproblem bestehe darin, dass der Kläger sich für eine Küche mit Kochherd entschieden habe und davon ausgegangen sei, dass entsprechende Pläne zur (Bau-)Bewilligung eingereicht sowie genehmigt worden seien. Bei Vorliegen einer Rohbaumiete sei grundsätzlich der Mieter/Kläger für den Mieterausbau bzw. die Ausführung der entsprechenden Arbeiten verantwortlich. Er trage dementsprechend die Verantwortung für all seine für den Ausbau beigezogenen Hilfspersonen, wie Architekt und Handwerker. Ein zwischen dem Kläger und den Hilfspersonen eingetretenes Kommunikationsversagen könne dem/der am Mieterausbau unbeteiligten Vermieter/Beklagten nicht angelastet werden. Zwischen den Parteien hätte Uneinigkeit darüber bestanden, in wessen Auftrag E. \_\_\_\_\_ die Bistropäne erstellt hatte und wer für deren korrekte Eingabe bei der Baubehörde verantwortlich gewesen war. Die Vorinstanz kam im Rahmen der Beweiswürdigung zum Schluss, dass von einem zwischen dem Kläger und dem Architekten E. \_\_\_\_\_ bestehenden Vertragsverhältnis auszugehen sei (act. 92 S. 21-23, 34).

### **E. 3**

Da sich die Berufung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Gegenpartei ist lediglich ein Doppel der Berufungsschrift zuzustellen. Auf die Vorbringen des Klägers ist nachfolgend – soweit entscheidrelevant – einzugehen. III. 1. Im streitgegenständlichen (ordentlichen) Verfahren gelten die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime (vgl. Art. 247 i.V.m. Art. 243 Abs. 1 und 2 lit. c ZPO e contrario, Art. 55 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 ZPO).

- 6 -

#### **E. 3.1**

Der Kläger führt aus, für den Leser der feuerpolizeilichen Verfügung sei völlig klar gewesen, dass der Bau oder die Verbesserung der Brandschutzmauer vorzukehren gewesen wäre, doch die Vorinstanz finde es völlig unklar, warum er sich nicht selber bei der Feuerpolizei erkundigt habe. Effektiv unklar sei nur geblieben, wie genau der Mangel der Brandschutzmauer beschaffen gewesen sei. Für ihn habe es keine Veranlassung zur Annahme gegeben, dass die Auflage einzig auf den eingebauten Kochherd zurückzuführen sei (act. 93 Rz. 61-62). Da das Konzept und die Gestaltung des Bistros unbestrittenermassen seinem Gutdünken überlassen worden sei, sei ihm mietvertraglich das Recht

zugekommen, die Küche mit Kochherd zu bauen. Damit habe er auch ein Anrecht darauf gehabt, die Brandschutzmauer zu errichten oder errichten zulassen (act. 93 Rz. 65).

### **E. 3.2**

Diesen Vorbringen des Klägers fehlt es an einer erkennbar sachbezogenen Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen. Sie genügen daher den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht (vgl. oben Erw. III.2.2.1.). Ferner erübrigen sich Weiterungen insofern, wie der Kläger in Fortführung seiner Äusserungen beanstandet, dass die Vorinstanz jegliche Mängel des Innenaus- bauprojekts seiner Risikosphäre zugeordnet habe, und er zudem anführt, die Verantwortung für seine Unkenntnis über die Inkongruenz der Bauausführung mit der Baubewilligung sei aufgrund der unzulänglichen Erfüllung der auftragsrechtlichen Informationspflicht durch die Beklagte nicht ihm, sondern dieser zuzuschreiben. Gleiches gilt für seine Behauptungen, dass die Beklagte aufgrund der übernommenen Vertretung des Bistro-Bauprojektes nach aussen gegenüber den Behörden dafür zuständig gewesen sei, für ihn die Voraussetzungen zur Erfüllung der behördlichen Brandschutzauflagen zu schaffen, wozu primär der Bau der Brandschutzmauer gehört habe (act. 93 Rz. 64-65). Darauf ist nicht weiter einzugehen, es kann vollumfänglich auf vorstehende Erwägungen (vgl. oben Erw. IV.C.2.1.- 2.2.) verwiesen werden. Dass der Bau der Brandschutzmauer mit der Beklagten abzusprechen gewesen wäre, sie den Bau nicht ohne ihre ausdrückliche Zustimmung und Genehmigung geduldet hätte und er die Brandschutzmauer nicht ohne die Mitwirkung der Beklagten sowie der Hauseigentümerin habe bauen können, da eine solche mit tragenden Aussenmauern hätte verbunden werden müssen (act. 93 Rz. 64 und 67), stellen abermals nicht zu berücksichtigende Noven dar.

- 19 - E. Fazit Die vom Kläger im Berufungsverfahren erhobenen Rügen vermögen an den zutreffenden sowie sorgfältigen Erwägungen der Vorinstanz und ihrem Schluss, dass keine Grundlage für die vom Kläger gegenüber der Beklagten gestellte Forderung auf Schadenersatz und entgangenen Gewinn bestehe, nichts zu ändern. Der Kläger dringt mit seinem Antrag um Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung der Sache zwecks Fortsetzung des Hauptverfahrens nicht durch. Seine Berufung ist folglich abzuweisen, und das Urteil des Mietgerichts Uster vom 22. Oktober 2014 (MD120001-I/U01) ist zu bestätigen. V. 1. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 112'700.00, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 9'000.00 festzusetzen und dem Kläger aufzuerlegen. Die Liquidation der Gerichtskosten erfolgt durch Verrechnung mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss (act. 38; Art. 111 Abs. 1 ZPO). 2. Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Kläger nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Mietgerichts Uster vom 22. Oktober 2014 (MD120001-I/U01) wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 9'000.00 festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

- 20 - 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

## **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 93, sowie an das Mietgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

## **E. 6**

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. 112'700.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. K. Würsch versandt am:

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