

# ZH\_OBERGERICHT NG150020 vom 17. November 2015

ZH Obergericht, 2015-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG150020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG150020)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG150020 du 17 novembre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT NG150020 del 17 novembre 2015

## Erwägungen

### E. 1

März 2006 eine 4 ½-Zimmerwohnung im 5. OG in der Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ - Strasse ..., sowie mit Mietvertrag für Nebenobjekte vom 11. November 2005 (act. 3/2) ab dem 1. März 2006 einen Einstellplatz. Die Mietverträge sind kündbar auf jedes Monatsende ausser Dezember, wobei die Kündigungsfrist für die Wohnung drei Monate und für den Einstellplatz einen Monat beträgt. Der monatliche Bruttomietzins für den Einstellplatz beträgt seit Mietbeginn CHF 150.00, derjenige für die 4 ½-Zimmerwohnung seit dem 1. Februar 2014 CHF 2'215.00 pro Monat (act. 3/8). Die Wohnung wurde mit Wirkung ab 1. November 2011 an G.\_\_\_\_\_ – den Bruder der Klägerin – sowie an dessen Ehefrau H.\_\_\_\_\_ untervermietet. Die Beklagte gab am 11. Oktober 2011 ihr Einverständnis dazu (act. 3/7). Nachdem die Beklagte verschiedene Mängel in der Überbauung festgestellt hatte, wurde im Herbst 2010 ein Teil der Gipsdecke im Wohnzimmer der Wohnung der Kläger saniert. In der Folgezeit bereitete die Beklagte eine Sanierung der Gipsdecken, der Nasszellen, des Flachdaches, der Loggien sowie der Sitzplätze vor. Die Beklagte informierte die Mieter mehrmals über geplante Massnahmen und sie liessen von I.\_\_\_\_\_, Fachexperte Gipsergewerbe SMGV, eine Expertise anfertigen (act. 24/2). J.\_\_\_\_\_, eidg. dipl Gipsermeister und akkreditierter Fachexperte SMGV und GVZ erstellte ebenfalls eine Expertise. Diese war vom Mieterinnen-

- 6 - und Mieterverband in Auftrag gegeben worden (act. 24/14). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden wird im Übrigen auf die detaillierte Darstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 45 S. 2-14). Am 26. Februar 2014 kündigte die Beklagte die Mietverträge per 30. September 2014. Sie teilte die Kündigung den beiden Klägern je separat und unter Verwendung des amtlichen Formulars mit (act. 3/3 und 3/5). Eine Begründung der Kündigung erfolgte mit zwei separaten Schreiben vom 17. Februar 2014 (act. 3/4 und 3/6). Mit Eingabe vom 23. März 2014 gelangten die Kläger an die Schlichtungsbehörde und stellten das Rechtsbegehren, die Kündigung vom 26. Februar 2014 sei als missbräuchlich zu erklären, eventualiter sei das Mietverhältnis bis am 30. September 2018 zu erstrecken. Die Schlichtungsverhandlung fand am 28. August 2014 statt. Nachdem keine Einigung zustande gekommen war, wurde den Klägern gleichentags die Klagebewilligung ausgestellt (act. 4). Mit Schriftsatz vom 7. Oktober 2014 erhoben die Kläger beim Mietgericht Klage und stellten die eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Dezember 2014 modifizierten die Kläger die Klage (act. 27). Nach durchgeführtem Verfahren – die detaillierte Prozessgeschichte ist dem angefochtenen Entscheid (act. 45 S. 14) zu entnehmen – wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 8. September 2015 ab (act. 45). Der Entscheid wurde den Klägern am 9. September 2015 zugestellt (act. 42). Mit Eingabe vom 8. Oktober 2015 (Datum Poststempel) erhoben die Kläger rechtzeitig Berufung und stellten die oben aufgeführten

Berufungsanträge (act. 46). Mit Verfügung vom 13. Oktober 2015 wurden die Kläger verpflichtet, für das Berufungsverfahren einen Gerichts- kostenvorschuss von CHF 6'500.00 zu bezahlen, und es wurde die Prozesslei- tung delegiert (act. 50). Der Vorschuss wurde am 23. Oktober 2015 einbezahlt (act. 52). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruch- reif.

- 7 -

## E. 2

Begründung der Vorinstanz Die Vorinstanz hielt zunächst fest, die Kündigung sei frist-, form- und terminge- recht ausgesprochen worden. Sie sei damit grundsätzlich gültig, könne aber vom Gericht aufgehoben werden, wenn die Beklagte mit der Kündigung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen habe. Die Missbräuchlichkeit der Kündigung sei von den Klägern zu beweisen. Die Beklagte treffe eine Mitwir- kungspflicht, was dazu führe, dass sie den geltend gemachten Kündigungsgrund zumindest glaubhaft machen müsse. Entgegen der Ansicht der Kläger sei die Begründung der Kündigung weder un- vollständig, noch missverständlich, noch falsch. Der Entscheid über die Art und den Umfang der Sanierung sei Sache der Beklag- ten. Es könne ihr kein Verstoß gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden, wenn sie den Mietvertrag kündige, um die Arbeiten rasch und günstig erledigen zu können. Sie müsse auch nicht zuwarten, bis die Renovationsarbeiten dringend geworden seien. Beide Experten seien zum Schluss gekommen, dass die Gips- decken mangelhaft erstellt worden und sanierungsbedürftig seien. J. \_\_\_\_\_ habe zwar festgestellt, dass die Putzablösungen keine Gefahr für die Mieter darstellten, doch habe sein Gutachten im Vergleich zu demjenigen von I. \_\_\_\_\_ weniger Ge- wicht, weil er im Gegensatz zu I. \_\_\_\_\_, der alle Wohnungen begutachtet habe, nur neun Wohnungen besichtigt habe. Die ganze Überbauung umfasse 82 Woh- nungen, 20 Maisonette-Wohnungen, vier Ateliers und zwei Gewerberäume. Nach den massgeblichen Feststellungen von I. \_\_\_\_\_ sei in mehreren Fällen eine kurz- fristige Putzablösung möglich. Der Beklagten sei kein Vorwurf zu machen, wenn sie nicht nur diese, sondern sämtliche Decken sanieren wolle, zumal die Beklagte den Mietern gegenüber im Falle einer Ablösung der Gipsdecken schadenersatz- pflichtig würde. Die Leerkündigung zur Vornahme einer Gesamtsanierung sei nicht zu beanstanden, da die Anwesenheit der Mieter zu zusätzlichen Komplika- onen und höheren Kosten führen würde. Der Einwand der Kläger, sie könnten während der Sanierungszeit an einem anderen Ort wohnen und in dieser Zeit die Möbel auf der Terrasse lagern, sei nicht stichhaltig, da die Terrassen dem Regen ausgesetzt und zur Lagerung von Möbeln nicht geeignet seien.

- 8 - Das Argument der Kläger, die Beklagte wolle mit der Leerkündigung die Schutz- bestimmung gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. b OR umgehen und nach der Sanierung einen missbräuchlich hohen Mietzins verlangen, erscheine reichlich gesucht. Denn zum einen würde kein vernünftiger Vermieter praktisch eine ganze Über- bauung zu diesem Zweck leer künden und zum anderen sei fraglich, ob eine Überbauung, die im Jahr 2000 erstellt und nach knapp fünfzehn Jahren für rund acht Millionen Franken gesamtsaniert werde, in absehbarer Zeit eine angemessene Rendite abwerfen könne. Aus den genannten Gründen wies die Vorinstanz das Hauptbegehren ab. In Bezug auf das Erstreckungsbegehren erwog das Mietgericht, die Wohnung sei untervermietet worden. Die Kündigung stelle deshalb für die Kläger keine Härte dar. Betroffen seien allenfalls die Untermieter, was unberücksichtigt zu bleiben habe. Das Erstreckungsbegehren sei deshalb abzuweisen. Auf die Einzelheiten der Begründung ist soweit erforderlich im Rahmen der Wür- digung einzugehen.

### E. 3

Argumente der Kläger Die Kläger rügen, die Vorinstanz sei in willkürlicher Beweiswürdigung davon ausgegangen, dass die Sanierung der Gipsdecken dringlich sei. Die Vorinstanz hätte nicht einseitig auf das Parteigutachten der Beklagten abstellen dürfen. Dies auch deshalb nicht, weil die Beklagte über mehr technische und finanzielle Mittel verfügt hätte. Die Beklagte sei selber davon ausgegangen, dass eine Sanierung ohne Kündigung möglich sei. Bis zum 10. Februar 2014 seien die Empfehlungen von Herrn I.\_\_\_\_\_ (act. 24/2 S. 4) umgesetzt und entsprechend kommuniziert worden. Auch in der Kostenermittlung der K.\_\_\_\_\_ vom 10. Februar 2015 (richtig: 10. Februar 2014; act. 24/6) sei bei einem Sanierungsbeginn ab April 2014 von ungekündigten Mietverhältnissen ausgegangen worden. Das gleiche ergebe sich aus der Werkpreisermittlung vom September 2014 (act. 24/7). Im Februar 2014 sei bei der Beklagten offenbar ein Gesinnungswandel eingetreten. Sie sei zum Schluss gekommen, dass die Sanierungsmassnahmen so umfangreich seien,

- 9 - dass sie nicht ohne Kündigungen durchgeführt werden könnten. Wenn sie die Kündigung dennoch lediglich mit der Sanierung der Gipsdecken begründet habe, so sei dies nicht zutreffend gewesen. Die Kläger hätten im vorinstanzlichen Verfahren eine unabhängige Expertise verlangt über die Frage der Möglichkeit der Durchführung, des Zeitbedarfs, sowie all-fälliger Mehrkosten der Sanierung, falls der Ersatz der Gipsdecken bei gleichzeitiger Lagerung der Möbel in der überdeckten Loggia der Wohnung der Kläger durchgeführt werde. Auf diese Beweisofferte sei die Vorinstanz mit dem Hinweis auf die freie Beweiswürdigung nicht eingegangen. Zu Unrecht sei die Vorinstanz davon ausgegangen, die Sanierung der Gipsdecken sei dringlich. Der von der Beklagten genannte Experte I.\_\_\_\_\_ habe in seinem Bericht (act. 24/2) eine klare Differenzierung bezüglich des Zustandes der Decken der einzelnen Mietobjekte vorgenommen. Die dringenden Massnahmen seien umgesetzt worden. Weiter bringen die Kläger vor, sie seien von der Beklagten irregeführt worden. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 17. Dezember 2013 (act. 29/6) gehe hervor, dass eine Sanierung ohne Kündigung geplant sei. Darauf hätten die Kläger vertrauen dürfen. Nur zehn Wochen später habe die Beklagte eine 180-Grad-Wendung vollzogen und die Kündigung ausgesprochen, diese aber nur mit der Sanierung der Gipsdecken begründet. Nicht mitgeteilt habe die Beklagte den Klägern, dass auch die Sanierung der Dächer, Loggias, Balkone und Nasszellen geplant sei. Diese irreführende Kommunikation habe dazu geführt, dass die Kündigungen von rund 90 Prozent der 80 Mieter, die eine Kündigung erhalten hätten, angefochten worden seien. Nach der Praxis des Bundesgerichts habe der Mieter das Recht, vom Vermieter eine Begründung zu erhalten, die es ihm erlaubt, seine Chancen für eine erfolgreiche Kündigungsanfechtung abzuschätzen. Die Beklagte verhalte sich widersprüchlich, wenn sie einerseits die Kündigung mit der Begründung ausspreche, die Sanierung der Gipsdecken sei dringlich, diese Sanierung dann aber erst nach dem 30. September 2014 habe durchführen wollen. Aus der Begründung der Kündigung ergebe sich, dass alle Gipsdecken dringend saniert werden müssten. Dies sei falsch, denn aus dem Bericht I.\_\_\_\_\_ (act. 24/2) gehe hervor, dass nur ein Drittel der Wohnungen sofort zu sanieren seien. Bei

- 10 - vielen Objekten sei kein Mangel festgestellt worden. Die Sanierung der Wohnung der Kläger sei im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr dringlich gewesen, weil bereits am 18. November 2013 die festgestellten Hohlstellen entfernt worden seien. Am 17. Dezember 2013 sei den Untermietern sodann mitgeteilt worden, dass die Hohlstellen erfolgreich

entfernt worden seien und die definitive Sanierung zwischen dem 30. Juli 2014 und dem 27. August 2014 durchgeführt werde. Entgegen der Behauptung der Beklagten sei es nicht so, dass zuerst die Gebäudehülle zu sanieren und abzudichten sei, bevor die Gipsdecken saniert werden könnten. Ungeachtet der Bestimmung von Art. 260 OR gehe die Beklagte in Wahrheit davon aus, dass die Sanierungsarbeiten während laufendem Mietverhältnis zumutbar seien. Aus dem Schreiben der D.\_\_\_\_\_ vom 24. Oktober 2015, das als zulässiges Novum eingereicht werde, gehe hervor, dass die Spitzarbeiten in den Wohnungen bis im Sommer 2016 abgeschlossen seien (act. 48). Zwischenzeitlich seien die Sanierungsarbeiten auch weit fortgeschritten. Trotz der noch bestehenden Mietverhältnisse seien auch die Treppenhäuser in die Renovationen einbezogen worden. Nach Ansicht der Beklagten seien Staubentwicklung und starke Lärmimmissionen offenbar auch zumutbar, auch wenn die Wohnungen nicht leer seien. Die Kläger hätten im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt, dass die Möbel für die Dauer der Sanierung auf der Loggia untergebracht werden könnten. Die Loggia biete auch bei starkem Regen genügend Schutz. Die Kläger hätten diesbezüglich eine Expertise als Beweismittel offeriert. Dennoch sei die Vorinstanz ohne Beweisverfahren und insbesondere auch ohne einen Augenschein genommen zu haben von der Behauptung der Beklagten ausgegangen, wonach ein Lagern der Möbel in der Loggia nicht möglich sei. Aufgrund der Kostenschätzung der K.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte im Februar 2014 gewusst, dass die Sanierung ohne Kündigung möglich sei, dann aber 8 Millionen Franken koste. Kurze Zeit später habe die Beklagte den Mietvertrag gekündigt. Zieht man weiter in Betracht, dass die Beklagte anlässlich der letzten Mietzinsanpassung einen Vorbehalt von über CHF 600.00 bzw. über 30% des Nettomietzinses unter dem Titel Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit gemacht habe, sei klar, dass die Beklagte mit der Kündigung eine Ertragssteigerung

- 11 - beabsichtige. Obwohl die Beklagte nie behauptet habe, eine ungenügende Rendite zu erwirtschaften, sei die Vorinstanz davon ausgegangen, dass aufgrund der Sanierungskosten nicht davon ausgegangen werden könne, dass in absehbarer Zeit wieder eine angemessene Rendite erzielt werden könne. Dies zeige, dass die Vorinstanz einseitig zugunsten der Beklagten argumentiert habe. Auch wenn das Objekt untervermietet sei, hätten die Kläger nach wie vor ein Interesse daran, ihre Ansprüche aus dem Mietvertrag geltend zu machen. Sie könnten dabei auch Härtegründe der Untermieter geltend machen, zumal auch die Beklagte die Untermieter als Ansprechpersonen betrachtet habe. Das Untermietverhältnis habe im Zeitpunkt der Kündigung schon über zwei Jahre andauert. Das Kind der Untermieter sei im Jahr 2009 geboren und besuche heute den Kindergarten. Die Beklagte habe kein schutzwürdiges Interesse an der baldigen Beendigung des Mietverhältnisses, weshalb dieses eventualiter längstmöglich zu erstrecken sei.

## **E. 4**

### **Würdigung**

#### **E. 4.1**

Anforderungen an die Berufungsschrift Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Es obliegt dem Berufungskläger, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, 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 (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II. ZK, Entscheid vom

#### **E. 4.2**

Voraussetzungen für die Anfechtung der Kündigung im Allgemeinen Die Parteien eines Mietvertrages können den Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine kündigen, sofern sie keine längere Frist oder kei-

- 12 - nen anderen Termin vereinbart haben (Art. 266a Abs. 1 OR). Als *lex specialis* zum allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) bestimmt Art. 271 Abs. 1 OR, dass die Kündigung eines Wohn- oder Geschäftsraumes angefochten werden kann, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Art. 271 Abs. 1 OR beinhaltet gegenüber Art. 2 Abs. 2 ZGB für den Kündigungsempfänger einerseits eine Erleichterung, da bereits die Treuwidrigkeit und nicht erst der offenbare Rechtsmissbrauch sanktioniert wird, und andererseits eine Erschwerung, da selbst im Fall des offenbaren Rechtsmissbrauchs die Kündigung fristgerecht angefochten werden muss, andernfalls sie Wirkung entfaltet (BGE 133 III 175). Da bei der Beantwortung der Frage, ob der Kündigende nach Treu und Glauben gehandelt hat, der Grund der Kündigung zentral ist, muss die Kündigung auf Verlangen begründet werden (Art. 271 Abs. 2 OR). Die Begründung muss wahr und so aussagekräftig sein, dass der Kündigungsempfänger in die Lage versetzt wird, innert der Frist von 30 Tagen zu entscheiden, ob er die Kündigung anfechten will (BGE 140 III E. 4.2.2.). Der Grundsatz der Wahrheit verlangt nicht, dass sogleich bei Kündigung alle Gründe im Detail genannt werden müssen. Eine spätere Ergänzung oder Präzisierung bleibt ohne weiteres zulässig. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Begründung genügend ist, kommt es auch auf das Wissen des Kündigungsempfängers an. Was der Kündigungsempfänger bereits kennt, bedarf nicht noch der expliziten Begründung. Heikler als die Ergänzung oder Präzisierung ist das spätere Nachschieben zusätzlicher Kündigungsgründe, da ein solches Verhalten als Indiz für eine Treuwidrigkeit betrachtet wird. Ausgeschlossen ist die Berücksichtigung von neuen Gründen jedoch nicht, selbst wenn sie erst im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden (BGE 138 III 59; PETER HIGI, ZK Art. 271-274g OR, Art. 271 N 111-123). Will der Vermieter eine Mietliegenschaft sanieren, so kann sich daraus ein Konflikt mit den dem Mieter zustehenden Rechten ergeben. Entscheidet sich der Vermieter dazu, das Mietverhältnis nicht zu kündigen, so kann sich der Mieter gegen die Bauarbeiten wehren, wenn diese für ihn unzumutbar sind (Art. 260 Abs. 1 OR). Kündigt der Vermieter umgekehrt den Mietvertrag, um die Sanierung am leerstehenden Objekt vornehmen zu können, kann sich dies unter Umständen als treuwidrig erweisen, und der Mieter kann die Kündigung durch Klage beseitigen las-

- 13 - sen (Art. 271 Abs. 1 OR). Art. 260 Abs. 1 OR könnte im Zusammenwirken mit Art. 271 Abs. 1 OR dahingehend interpretiert werden, dass der Mieter zumutbare Erneuerungen und Änderungen einerseits hinnehmen muss, diesfalls aber auch auf den Fortbestand des Mietvertrages einen Anspruch hat und eine entsprechende Kündigung durch den Vermieter treuwidrig wäre. Davon scheinen die Kläger auszugehen (act. 46 S. 16). In einem eingehend begründeten Entscheid verwarf das Bundesgericht diese Ansicht. Es hielt fest, dass Art. 260 Abs. 1 OR nur die Durchführung von bestimmten Arbeiten während eines bestehenden Mietverhältnisses regelt, nicht jedoch die Frage der Zulässigkeit der Kündigung im Hinblick auf bevorstehende Umbau- bzw. Renovationsarbeiten. Ob

eine solche Kündigung missbräuchlich (also: treuwidrig) und anfechtbar sei, beantwortete sich allein nach der Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR. Der Vermieter müsse somit nicht jede dem Mieter zumutbare Erneuerung bzw. Änderung am Mietobjekt unter Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses vornehmen (BGE 135 III 112, insbesondere E. 3.3.4 und 3.3.5.). Im soeben genannten Entscheid präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Frage der Treuwidrigkeit einer Kündigung im Zusammenhang mit Arbeiten an der Mietsache. Eine Kündigung ist danach treuwidrig, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse ausgesprochen wird, was namentlich dann der Fall ist, wenn die angegebene Begründung bloss vorge-schoben ist. Es obliegt dem Empfänger der Kündigung zu beweisen, dass diese aus einem verpönten oder ohne schützenswerten Grund erfolgt ist. Der Entscheid über die Art und den Umfang einer Sanierung ist Sache des Vermieters. Er kann ein Interesse daran haben, die Mietverhältnisse aufzulösen, um die Arbeiten rasch und günstig zu erledigen, anstatt eine längerdauernde Renovationphase mit Mietzinsreduktionen zugunsten der Mieter in Kauf zu nehmen. Schränken die Bauarbeiten die Weiterbenutzung des Mietobjekts erheblich ein, so erweist sich eine Kündigung in der Regel nicht als treuwidrig, selbst wenn eine Weiterbenutzung des Mietobjekts denkbar sein sollte. Der Vermieter, der die Arbeiten nach bautechnischen und -ökonomischen Kriterien durchzuführen beabsichtigt, ist diesfalls auf eine Kündigung zwecks vorgängiger Räumung des Miet-

- 14 - objekts angewiesen, weshalb ihm ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht vorgeworfen werden kann. Ohne schützenswerten Grund wäre eine Kündigung des Vermieters im Hinblick auf Modernisierungsarbeiten demgegenüber dann, wenn deren Durchführung durch das Verbleiben des Mieters im Mietobjekt nicht oder nur unerheblich erschwert oder verzögert würde, wie dies etwa beim Streichen von Wänden, blossen Aussenrenovationen oder Balkonanbauten der Fall sein dürfte (BGE 135 III 112 E. 4). Diese Praxis wurde seither vom Bundesgericht mehrfach bestätigt und präzisiert. In einem Urteil aus dem Jahr 2009 entschied das Bundesgericht, eine Kündigung im Hinblick auf eine Sanierung sei treuwidrig, wenn das Sanierungsprojekt noch nicht ausgereift und die Ausführung noch nicht greifbar sei (BGer 4A\_425/2009). Im Jahr darauf bestätigte das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid, mit dem eine Kündigung wegen Treuwidrigkeit aufgehoben worden war, weil das Projekt des Vermieters aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht umsetzbar war (BGer 4A\_518/2010). In einem neuen Leitentscheid bestätigte das Gericht wiederum seine Praxis und führte aus, eine Kündigung sei treuwidrig, wenn das Projekt des Vermieters mit den Bestimmungen des öffentlichen Rechts offensichtlich unvereinbar sei, so dass die notwendigen Bewilligungen mit Sicherheit nicht erlangt werden könnten (BGE 140 III 496 E. 4.2.).

### **E. 4.3**

Frage der Treuwidrigkeit der Kündigung im vorliegenden Fall

#### **E. 4.3.1**

Die Beklagte begründete die Kündigung im Schreiben vom 17. Februar 2014 mit der dringenden Sanierung der Gipsdecken der Überbauung F.\_\_\_\_\_ (act. 3/4 und 3/6). Die Kläger monierten im vorinstanzlichen Verfahren, die Beklagte habe erst später, nämlich anlässlich der Schlichtungsverhandlung, weitere Gründe nachgeschoben und offengelegt, dass sich die Sanierungsarbeiten nicht auf die Gipsdecken beschränken würden, sondern drei Schwerpunkte aufwiesen, welche aufeinander abgestimmt werden müssten, nämlich

Flachdach- und Loggi- enabdichtungen samt Spenglerarbeiten, Gipsdecken und Nasszellenabdichtungen. Die Beklagte habe ausgeführt, dass vom Bauablauf her zuerst die undichten Loggien und Flachdächer saniert werden müssten, bevor die Gipsdecken und Nasszellen repariert werden könnten. Die Beklagte rechne unter der Vorausset-

- 15 - zung, dass die Wohnungen leer seien, mit einer Sanierungszeit von 15 Monaten (act. 27 S. 8). Mit ihren Ausführungen anlässlich der Schlichtungsverhandlung hat die Beklagte keine vorher nicht kommunizierte Kündigungsgründe genannt, sondern die ursprüngliche Begründung ergänzt und präzisiert, indem sie näher erläuterte, dass die Sanierung der Gipsdecken im Rahmen einer Gesamtsanierung der Liegenschaft vorgenommen werden. Die Kläger machen nicht geltend, die ursprüngliche Begründung sei so wenig aussagekräftig gewesen, dass sie nicht in der Lage gewesen wären zu entscheiden, ob sie die Kündigung anfechten wollen oder nicht. Die Begründung der Kündigung lässt diese in dieser Hinsicht nicht als treuwidrig erscheinen. Die Kläger rügen, die Sanierung der Gipsdecken in ihrer Wohnung sei im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr dringlich gewesen, weil die festgestellten Hohlstellen bereits am 18. November 2013 entfernt worden seien. Die Kündigungsbe- gründung, wonach die Sanierung dringend sei, sei somit falsch. In der mit Schreiben vom 17. Februar 2014 erfolgten Begründung der Kündigung nahm die Beklagte Bezug auf die Sanierung der Gipsdecken in sämtlichen Wohnungen der Überbauung. Sie stufte diese insgesamt als dringend ein. Die Kläger rügen, diese Begründung sei falsch. Denn bereits am 18. November 2013 seien die festgestellten Hohlstellen entfernt worden, weshalb ab diesem Zeitpunkt keine Gefahr mehr bestanden habe (act. 46 S. 14). Dieses Argument ist nicht stichhaltig, weil Dringlichkeit nicht mit Gefahr gleichzusetzen ist, sich eine rasche – oder eben dringende – Sanierung also auch aufdrängen kann, wenn keine Gefahr für die Mieter zu erwarten ist. Bei einer Gesamtsanierung kann sich im Übrigen die Dringlichkeit in Bezug auf das gesamte Projekt als unaufschiebbar erweisen, auch wenn nur ein Teil der Wohnungen umgehend in Stand gestellt werden muss. Die Kläger bestreiten nicht, dass die Sanierung einzelner Wohnungen sofort erfolgen muss. Vor diesem Hintergrund kann die Kündigungsbegründung, wonach die Sa- nierung dringend sei, nicht als falsch und treuwidrig bezeichnet werden.

- 16 -

#### **E. 4.3.2**

Wie dargelegt ist es Sache des Vermieters, über die Art und den Umfang einer Sanierung zu entscheiden. Die Beklagte machte im vorinstanzlichen Verfahren geltend, die Liegenschaft weise zahlreiche Mängel auf, beim Bauen sei gepfuscht worden (Protokoll Vorinstanz S. 21). Dies wurde von den Klägern nicht bestritten – sie sprechen selber von einem Baupfusch (act. 27 S. 24) – und ist durch die von der Beklagten eingereichten Unterlagen glaubhaft gemacht und insbesondere durch die Fotodokumentation veranschaulicht (act. 24/6). Es kann der Beklagten kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie nun die Sanierung in Angriff nahm. Der von den Klägern monierte Umstand, dass die Mängel schon seit Jahren bekannt waren (Protokoll Vorinstanz S. 52), ändert daran nichts. Im Berufungsverfahren rügen die Kläger, es hätte über die Frage der Dringlichkeit der Sanierung der Gipsdecken ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen (act. 46 S. 6). Dem ist nicht zuzustimmen. Ein Vermieter muss mit der Behebung von Mängeln nicht warten, bis die Arbeiten unaufschiebbar sind. Die Frage der Dringlichkeit ist nicht rechtserheblich, weshalb dazu kein Beweis abzunehmen ist (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Es ist deshalb auch nicht auf die von den Klägern gerügte Beweiswürdigung durch die Vorinstanz

näher einzugehen. Die Kläger machen weiter geltend, die Sanierung könnte auch ohne Kündigung durchgeführt werden. Gemäss den Ausführungen des Experten J.\_\_\_\_\_ sei es möglich, die Sanierung der Wohnung in zwei Etappen vorzunehmen. Entgegen der Auffassung der Beklagten und der Vorinstanz sei es somit nicht zwingend, dass in der Wohnung ein vollflächiges Bockgerüst aufgestellt werde. Die Zimmer könnten etappenweise geräumt und die Möbel auf der Loggia gelagert werden. Obwohl die Kläger diesbezüglich Beweise offeriert hätten, sei die Vorinstanz ohne Beweisverfahren zum Schluss gekommen, dass nicht überall gedeckte Terrassen vorhanden seien, auf welchen die Möbel während der Gipsdeckensanierung gelagert werden könnten. Die Kläger räumen selber ein, dass eine Sanierung der Gipsdecken ohne die Räumung der einzelnen Zimmer nicht möglich ist und dass während der Dauer der Arbeiten die Möbel ausserhalb der Wohnung gelagert werden müssten. Die Nutzung der Wohnung wird damit durch die Bauarbeiten erheblich eingeschränkt,

- 17 - weshalb sich nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts der Vermieter dafür entscheiden kann, das Mietverhältnis zu beenden und die Sanierung nach der Räumung der Wohnung vorzunehmen. Eine vollständig leere Wohnung kann in einem Zug renoviert werden. Würde die Beklagte auf eine Kündigung verzichten, so wäre – was auch die Kläger einräumen (act. 27 S. 19 und act. 46 S. 17) – eine Etappierung nötig. Dies würde zu einem höheren organisatorischen Aufwand führen und sachgemäss wohl auch zu höheren Kosten. Die Beklagte verhielt sich nicht treuwidrig, wenn sie zur Vermeidung dieses organisatorischen Mehraufwandes die Kündigung aussprach. Die Frage, ob die Bauarbeiten im Sinne von Art. 260 Abs. 1 OR zumutbar wären, ist nicht relevant. Irrelevant ist daher auch die Vorstellung der Kläger, sie würden sich der Beklagten gegenüber verpflichten, die Zimmer entsprechend dem Baufortschritt zu räumen, um die Renovation während des bestehenden Mietverhältnisses zu ermöglichen. Die Kläger bewohnen die Wohnung im übrigen nicht selbst, sondern haben das Mietobjekt untervermietet. Eine der Beklagten gegenüber übernommene Verpflichtung können sie nicht den Untermietern überbinden, weshalb die Kläger der Beklagten gegenüber keine Gewähr dafür bieten können, dass die Untermieter die Wohnung etappenweise tatsächlich räumen. Dies verdeutlicht zusätzlich, dass es nicht gegen Treu und Glauben verstösst, wenn die Beklagte durch Kündigung des Mietvertrages sicherstellt, die Wohnung in einem Zug sanieren zu können. Eine Treuwidrigkeit ist auch nicht erkennbar, wenn mit den Klägern (act. 46 S. 7) davon ausgegangen wird, dass die Beklagte geplant hatte, die Sanierung während laufender Mietverhältnisse vorzunehmen, schliesslich aber im Februar 2014 entschieden hatte, Kündigungen auszusprechen. Die Beklagte legte im vorinstanzlichen Verfahren dar, dass sie nach Auswertung von 600 Proben der Gipsdecken zum Schluss gekommen sei, dass die nötigen Sanierungsarbeiten so umfangreich seien, dass eine Kündigung der Mietverträge unumgänglich sei (act. 30 S. 11). Es ist weder ungewöhnlich noch treuwidrig wenn ein Vermieter seine Planung aufgrund neuer Erkenntnisse anpasst und sich erst nach umfangreichen Abklärungen dazu entschliesst, Kündigungen auszusprechen.

- 18 - Da wie dargelegt die Kündigung des Mietvertrages zu einer organisatorischen Vereinfachung der Sanierungsarbeiten führt (Instandstellung in einem Zug statt Etappierung) und die Bauarbeiten die Weiterbenutzung des Mietobjekts erheblich einschränken, durfte die Beklagte die Kündigung aussprechen, ohne sich dem Vorwurf der Treuwidrigkeit auszusetzen. Ob die Variante mit Kündigung zusätzlich zu

Kosteneinsparungen führt, ist insoweit irrelevant. Der Vollständigkeit halber bleibt folgendes zu bemerken: Da die Kläger für die behauptete Treuwidrigkeit beweisbelastet sind, wäre es an ihnen, zunächst substantiiert zu behaupten, dass der Verzicht auf die Kündigung nicht zu Mehrkosten führen würde. Dies taten die Kläger nicht, sondern setzten sich im vorinstanzlichen Verfahren lediglich mit einer Position der von der Beklagten eingereichten Werkpreisermittlung der K.\_\_\_\_\_ AG vom September 2014 auseinander und schlossen daraus, seit der ersten Kostenermittlung im Februar 2014 sei das Projekt verändert worden (act. 27 S. 29). Entgegen der Auffassung der Kläger wäre mangels substantzierter Behauptung auch dann kein Beweis über die Kosten abzunehmen, wenn diese Frage entscheidrelevant wäre. Die Kläger reichen als Novum im Berufungsverfahren ein Schreiben der Beklagten vom 24. August 2015 ein, aus dem hervorgeht, dass die Beklagte trotz noch laufender Mietverhältnisse die Sanierung vorantreibt und beabsichtigt, die Arbeiten im Frühsommer 2016 abzuschliessen (act. 48). Daraus lässt sich nichts zu Gunsten der Kläger ableiten, denn zu beantworten ist die Frage der Treuwidrigkeit der Kündigung vom 26. Februar 2014 im Zeitpunkt, als sie ausgesprochen wurde. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass das Verhalten des Kündigenden nach der Kündigung Rückschlüsse auf dessen Absichten im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung zulässt. Doch selbst wenn sich mit dem Schreiben vom 24. August 2015 erstellen liesse, dass die Sanierung der Gipsdecken während laufender Mietverhältnisse möglich und zumutbar wäre, wäre daraus wie dargelegt nicht auf eine treuwidrige Kündigung zu schliessen. Kann die Beklagte wie geplant die Sanierung bis im Frühsommer 2016 abschliessen, bedeutet dies nicht, dass der Verbleib der Mieter im Objekt nicht zu einem organisatorischen Mehraufwand geführt hätte. Auch aus diesem Grund erweist sich die Kündigung als nicht treuwidrig.

- 19 - Schliesslich machten die Kläger im vorinstanzlichen Verfahren geltend, die Beklagte wolle nach der Sanierung die Wohnungen zu einem missbräuchlich hohen Zins wieder vermieten. Sie machen damit geltend, der Kündigungsgrund der dringenden Sanierung sei bloss vorgeschoben. Die Kläger leiten dies aus dem Umstand ab, die Beklagte habe bei der letzten Mietzinssenkung vom 30. September 2013 einen Vorbehalt bezüglich der Orts- und Quartierüblichkeit gemacht. Dies sei ein klares Indiz dafür, dass der wirkliche Kündigungsgrund nicht die Sanierung, sondern die Erhöhung der Mietzinse gewesen sei. Gleichzeitig behaupten die Kläger, die Beklagte habe noch im Februar 2014 eine Sanierung ohne Kündigung geplant und ihre Meinung erst dann geändert. Die Kläger sind beweisbelastet, weshalb die Nennung blosser Indizien ungenügend ist. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass ihre Argumentation widersprüchlich ist. Hätte die Beklagte die Sanierung nur vorgeschoben, um den wahren Grund der Erhöhung der Mietzinse durch Kündigung und Neuvermietung zu verdecken, so hätte sie spätestens ab September 2013, als sie erkannt hatte, dass sie keinen orts- und quartierüblichen Mietzins erzielt, eine Kündigung der Mietverhältnisse angestrebt. Davon ist aber nicht auszugehen, da die Kläger selber einräumen, die Beklagte habe noch im Februar 2014 – kurz bevor sie sich dann doch zur Kündigung entschlossen habe – die Sanierung ohne Kündigung durchführen wollen (act. 27 S. 22-24). Die Argumentation der Kläger ist nicht schlüssig. Die geltend gemachte Treuwidrigkeit der Kündigung wegen Verschleierung des wahren Kündigungsgrundes ist nicht erstellt.

#### **E. 4.4**

Erstreckung Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für eine Erstreckung nach Art. 272 OR korrekt dargestellt und darauf hingewiesen, dass die Härte für einen Dritten unberücksichtigt bleibt. Darauf ist mit nachfolgender Ergänzung zu verweisen. Die Nichtberücksichtigung der Härte für einen Dritten wird damit begründet, dass Vertragsbeziehungen von den Interessen der Parteien geprägt sind, weshalb sie sich Drittinteressen nicht entgegenhalten müssen. Es ist indes nicht nur dem Mieter verwehrt, sich auf Interessen eines Dritten – insbesondere des Untermieters –

- 20 - zu berufen. Auch der Vermieter kann sich nicht auf das Interesse eines neuen Mieters berufen, mit dem er bereits einen Mietvertrag geschlossen hat (PETER HIGI, ZK Art. 271-274g OR, Art. 272 N 98-99). Entgegen der Auffassung von Weber ist es nicht stossend, wenn sich der Mieter nicht auf die Interessen des Untermieters berufen kann (ROGER WEBER, BSK OR I, 6. Auflage, Art. 272 N 4a). Im Gegenteil wäre es nicht nachvollziehbar, wenn dem Mieter erlaubt würde, sich auf Drittinteressen zu berufen, während dies dem Vermieter verwehrt bliebe. Der Umstand, dass ein Drittinteresse dennoch relevant sein kann, wenn es sich um ein öffentliches Interesse handelt (BGE 113 II 406 E. 5), ändert daran nichts, denn auf das öffentliche Interesse kann sich entsprechend den Verhältnissen des Einzelfalles sowohl der Mieter als auch der Vermieter berufen. Im vorliegenden Fall wohnen die Kläger nicht selbst in der gemieteten Wohnung, sondern haben diese untervermietet. Sowohl im vorinstanzlichen Verfahren als auch in der Berufungsschrift stützen sich die Kläger ausschliesslich auf Interessen der Untermieter an einer Erstreckung. Diese können der Beklagten nicht entgegengehalten werden, weshalb die Vorinstanz zu Recht auch das Eventualbegehren abgewiesen hat. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Untermieter selber über eine andere Wohnung in der Stadt Zürich verfügen (act. 29/20). Die Kläger behaupteten, die Untermieter könnten für die Dauer der Sanierung in diese Wohnung zurückkehren (act. 27 S. 27). Sie behaupten nicht, dass es den Untermietern unmöglich wäre, auch auf Dauer in ihrer Mietwohnung zu bleiben. Die Untermieter können also kurzfristig und dauerhaft in die Wohnung zurückkehren, die sie als Hauptmieter besitzen. Eine Härte für die Untermieter wäre deshalb zu verneinen, käme es darauf an.

#### **E. 4.5**

Ergebnis Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Kündigung vom 26. Februar 2014 nicht treuwidrig und damit nicht aufzuheben ist. Erstreckungsgründe liegen nicht vor. Die Vorinstanz hat sowohl das Haupt- als auch das Eventualbegehren zu Recht

- 21 - abgewiesen. Die Berufung ist ebenfalls abzuweisen und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen. 5. Prozesskosten Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten den Klägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, den Klägern nicht wegen Unterliegens, der Beklagten nicht mangels Aufwendungen, die es zu entschädigen gäbe. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil Mietgerichts Zürich vom 8. September 2015 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf CHF 6'500.00 festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern und Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 6'500.00 verrechnet. 4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 46, 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. 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

- 22 - 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 übersteigt CHF 15'000.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. M. Hinden versandt am:

## **E. 9**

August 2011, ZR 110 Nr. 80).

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