

ZH_OBERGERICHT NG170016 vom 2. November 2017

ZH Obergericht, 2017-11-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG170016

FR: ZH_OBERGERICHT NG170016 du 2 novembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT NG170016 del 2 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Klägerin, die A._____ AG, wurde im Juni 2010 gegründet und be- zweckt den Betrieb von Restaurants und Barlokalen. Seit ihrer Gründung hat sie ihren Sitz an der C._____-Str 1 in D._____ [Ortschaft] und ist E._____ das einzige Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschriftsberechtigung (vgl. act. 64/2 [Handelsregisterauszug] bzw. act. 4/3). B._____, der Beklagte, ist Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung "B._____, Hotel Restaurant F._____", deren Zweck im "Hotel und Restaurationsbetrieb" liegt (vgl. act. 64/2 [Handelsregisterauszug] bzw. act. 4/4). Er betreibt in der Liegenschaft "F._____" an der C._____-Str 1 sowie in der Nachbarliegenschaft C._____-Str 2 in D._____ das gleichnamige Hotel (vgl. auch act. 1 S. 4 Ziff. 4.4).

E. 1.2

Mit einem auf den 31. Mai 2010 datierten Vertrag mietete die A._____ AG, vertreten durch E._____, von B._____ "Restaurant / Bar"(act. 4/2 S. 2) in der Lie- genschaft Hotel F._____ an der C._____-Str 1 in D._____. Das Mietobjekt um- fasst gemäss Vertrag neben Kellerräumen im UG ein Restaurationslokal mit Kü- che im EG, ferner das Zimmer Nr. 16 im OG sowie im Aussenbereich eine Gar- tenwirtschaft bzw. Terrasse von ca. 140 m2. Überdies wurden Mitbenutzungsrech- te der A._____ AG an Parkplätzen sowie Mitbenutzungsrechte beider Parteien am Treppenhaus und WC-Anlagen in der Liegenschaft vereinbart. In den Art. 9.1 bis 9.3 des Vertrages trafen die Parteien Regelungen zum vertragsgemässen Gebrauch, zu "Anbringungen" des Mieters im Aussenbereich und zu Erneuerun- gen und Änderungen (vgl. a.a.O., S. 13), die sie mit einer Regelung in Art. 36 des

- 4 - Vertrages wie folgt ergänzten (vgl. a.a.O., S. 22 [im Original ist der Text in Lettern abgefasst]): "Küchengeräte, Mobiliar, Kühlzelle-Raum, Keller, Beschattungssystem Terasse, Elektroinstallationen, sämtliches Gross + Kleininventar bleiben im Besitz der A._____ AG. Allfällige Umbauten im Restaurant gehen zu Lasten des Mieters ohne Einwil- ligung des Vermieters. Es besteht keine Rückbaupflicht. Verkauf von Ge- tränken frei. Es bestehen keine Bierverträge" (vgl. a.a.O., S. 22). Der Mietbeginn wurde auf den 1. Juni 2010 angesetzt, und es wurde eine feste Vertragsdauer von fünf Jahren vereinbart (Mietende per 31. Mai 2015). Der A._____ AG wurden sodann zwei Optionen auf Vertragsverlängerung um je fünf Jahre eingeräumt (Mietenden per 31. Mai 2020 bzw. per 31. Mai 2015). Der Miet- zins wurde grundsätzlich auf Fr. 36'000.- pro Jahr fixiert, entsprechend Fr. 3'000.- pro Monat; Nebenkostenzahlungen wurden keine vereinbart. Ab Mietbeginn bis Ende Mai 2012 war zwecks Abgeltung einer Restzahlung für Inventar von total Fr. 24'000.- jährlich ein Mietzins von Fr. 48'000.- zu zahlen (vgl. act. 4/2 S. 3 ff.). Ende September 2014 übte die Klägerin ihre Option auf Vertragsverlänge- rung bis Ende

Mai 2020 aus (vgl. act. 4/5).

E. 1.3

Unbestrittenermassen kam es zwischen den Parteien mit der Zeit zu Differenzen, so u.a. um die Parkplatzbenützung, um Kühlcontainer der Klägerin auf der Hoffläche, um den Standort eines Grüncontainers, um Holz-Beigen der Klägerin und aussen von der Klägerin angebrachte Klimageräte. Zu Konfliktpunkten wurden sodann die Entfernung der Reklametafel "Hotel Restaurant F._____" durch die Klägerin, die Einlassung des Briefkastens ins Mauerwerk durch die Klägerin sowie endlich der von der Klägerin 2015 veranlasste Anstrich der Fassade der Liegenschaft bis zur Höhe des ersten Stockwerks in einer von der übrigen Fassadenfarbe abweichenden Farbe, der ohne Einwilligung des Beklagten (und gegen den der Klägerin bekannten Willen des Beklagten; vgl. act. 43 S. 4: Dies ist der Grund ...) ausgeführt wurde, und zwar während der Ferienabwesenheit des Beklagten. Unstrittig ist ebenso, dass der Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 31. Juli 2015 wegen Vertragsverletzungen, namentlich wegen des Fassadenanstrichs anmahnte und ihr Frist bis Ende August 2015 ansetzte, um den rechtmäs-

- 5 - sigen Zustand wieder herzustellen. Für den Fall, dass die Klägerin dem nicht nachkomme und allenfalls neue oder gleichartige Pflichtverletzungen begehe, drohte ihr der Beklagte die Kündigung des Mietverhältnisses an (vgl. act. 16/1). Unbestrittenermassen kam die Klägerin den Aufforderungen des Beklagten nicht nach; der Beklagte kündigte daher das Mietverhältnis unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars am 11. September 2015 auf Ende Oktober 2015 (vgl. act. 16/11). In einem Begleitschreiben begründete er seine Kündigung zudem (vgl. act. 16/12; vgl. auch act. 4/7). Unstrittig ist schliesslich bzw. darf aufgrund der Akten als erstellt gelten, dass der von der Klägerin veranlasste Anstrich der Fassade einer baurechtlichen Bewilligung bedurft hätte, eine solche nicht eingeholt worden war und der Beklagte als Grundeigentümer von der Gemeinde deshalb angehalten wurde, ein Farbkonzept für die Fassade zur Bewilligung vorzulegen, das er nach Erhalt der Bewilligung auf seine Kosten umzusetzen hatte (vgl. dazu act. 16/2 - 3, act. 45/14 - 18). Diese Umsetzung erfolgte gegen Ende 2016 und kostete rund Fr. 35'000.- (vgl. act. 44/19 - 20).

E. 2

2.1 Die Klägerin focht die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Uster an und machte die Klage anhängig. Im Wesentlichen beantragte sie die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 11. September 2015, eventualityer die Ungültigerklärung dieser Kündigung. Mit Beschluss vom 25. Januar 2016 stellte die Schlichtungsbehörde ihr die Klagebewilligung aus (vgl. act. 9/1).

E. 2.2

2.2.1 Die Klägerin erklärt in der Berufungsschrift, sie sei mit diesem Entscheid nicht einverstanden. Sie wirft dem Mietgericht unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor (vgl. act. 50 S. 4, oben). Im Wesentlichen bringt sie vor, das Mietgericht habe den Sachverhalt im Hinblick auf das "gefasste Urteil" (vgl. act. 50 S. 5) willkürlich reduziert. Die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung seien nicht gegeben. Die Klägerin habe sich bei allen beanstandeten Handlungen vertragskonform verhalten und die Abmahnungen des Beklagten seien zu Unrecht erfolgt (vgl. a.a.O. S. 7). Willkürlich habe das Mietgericht auf die Abnahme von Beweisen verzichtet (a.a.O., S. 8). In der Generalerlaubnis des Art. 36 des Mietvertrages sei die Zustimmung des Beklagten

für den Fassadenunterhalt – jedenfalls im Bereich des Restaurants – mitenthalten (vgl. a.a.O., S. 9). Von besonderer Bedeutung sei daher die Auslegung des Art. 36 des Mietvertrages im Blick der gesamten Umstände des Vertragsschlusses (vgl. a.a.O., S. 11 ff.), und diese zeigten, worauf sie – die Klägerin – wiederholt hingewiesen habe (vgl. a.a.O., S. 12), dass mit dem Art. 36 des Mietvertrages "eine umfassende Ermächtigung zum Unterhalt im Bereiche des gesamten Mietobjektes" (vgl. a.a.O., S. 13.) erteilt worden sei, "falls und insoweit dieser Unterhalt den Beklagten nichts kostete" (a.a.O.). Der Wortlaut "im Mietobjekt" sei nicht bloss im Sinne von "innen" als Gegensatz zu "ausen" bzw. "Fassade" zu verstehen, sondern umfassend, was auch der Interessenlage ex tunc entspreche. Ihre Auffassung, dass auch die Fassade von der Generalermächtigung des Art. 36 des Mietvertrages erfasst gewesen sei, habe das Obergericht in act. 53/2 (Beschluss der III. Strafkammer vom 24. Januar 2017 betr. Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung) geteilt (vgl. a.a.O., S. 14). Die Auslegung des Art. 36 des Mietvertrages durch das Mietgericht sei eingeleisig, rein grammatikalisch bzw. formalistisch. Falsch sei zudem die Auffassung des Mietgerichtes, der Fassadenzustand sei nicht vertragswidrig gewesen. Die von der Klägerin angerufene Schlichtungsbe-

- 10 - hörde habe bereits im Mai 2013 einen Augenschein vorgenommen und sich vom desolaten Zustand der Liegenschaft inklusive Fassade überzeugen können (vgl. a.a.O., S. 15). Die Individualabrede gemäss Art. 36 des Mietvertrages gehe vor und es spiele daher keine Rolle, ob ein schwerer oder mittlerer Mangel vorliege, wenn die Klägerin die Kosten der Renovation selbst bezahle, wie sie es in casu ja getan habe (vgl. a.a.O., S. 16). Der Fassadenanstrich sei daher durch Art. 36 des Mietvertrages ebenso gedeckt wie durch den Art. 259b lit. b. OR (vgl. a.a.O., S. 17). Das Mietgericht habe sich zudem gar nicht hinreichend mit der Prozessgeschichte dieses Falles befasst, denn immerhin gehe es hier um die dritte von vier ausserordentlichen Kündigungen und sei ein Mängelbehebungsverfahren hängig (vgl. a.a.O., S. 18). Sie – die Klägerin – habe vor dem Fassadenanstrich Kontakt mit dem Bauamt wegen der korrekten Farbe gehabt und erfahren, dass die historisch korrekte Farbe weiss sei (a.a.O.). Daran habe sich der Beklagte nicht gehalten und sein Rosa-Konzept erst nach dem Anstrich durch die Klägerin im Jahre 2015 genehmigen lassen. Dass das Bewilligungsverfahren für den Fassadenanstrich nicht optimal verlaufen sei, habe er mindestens ebenso seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben (vgl. a.a.O., S. 19). Nicht von der Hand zu weisen sei die Feststellung des Mietgerichtes, die ausserordentliche Kündigung habe in direktem Zusammenhang auch mit der Fassadenrenovation gestanden. Soweit das Mietgericht daraus schliesse, in dieser Renovation habe trotz der vertraglichen Generalermächtigung eine abgemahnte schwere Sorgfaltspflichtverletzung gelegen, so werde das als unrichtige Rechtsanwendung in Abrede gestellt. Richtig besehen könne nämlich die Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustandes keine schwere Sorgfaltspflichtverletzung darstellen, umso mehr, als sich ja der Beklagte geweigert habe, den vertragsgemässen Zustand selber wieder herzustellen (vgl. a.a.O.). Schliesslich macht die Klägerin geltend, die Parteien wirkten seit nunmehr sieben Jahren, insbesondere auch seit dem Oktober 2015 bis zum Mai 2017 sowie "heute mehr oder weniger einträchtig" zusammen (vgl. a.a.O., S. 21), weshalb keine Unzumutbarkeit der Fortsetzung bestehe, zumal der Beklagte den Mietvertrag selbst nicht richtig erfülle und dadurch die Klägerin zu Selbsthilfemassnah-

- 11 - men nötige, mit einem Strauss ausserordentlicher Kündigungen überziehe (vgl. a.a.O., S. 21 und S. 22).

E. 2.2.2

Der Beklagte hält das angefochtene Urteil für richtig. Er weist wiederholt daraufhin, dass der Sachverhalt, der zur Beurteilung stehe, unstrittig sei und das Mietgericht richtigerweise von einem Beweisverfahren abgesehen habe (vgl. etwa act. 60 Rz. 28 f., 46 f.). Weiter macht er im Wesentlichen geltend, die Klägerin beanstande die mietgerichtlichen Erwägungen nicht hinreichend, setze sich mit diesen nicht auseinander, verharre in appellatorischer Kritik (vgl. a.a.O., Rz. 8, 19 f., 30, 37, 39, 44, 48 f., 55 f., 85) und wiederhole z.T. über Seiten schon früher Vorgebrachtes (vgl. a.a.O., Rz. 59). Der Vorfall mit dem Fassadenanstrich rechtfertige für sich allein eine ausserordentliche Kündigung (vgl. a.a.O., Rz. 35, 87), weshalb Weiteres nicht erheblich sei (vgl. etwa a.a.O., Rz. 82, 89). Die Klägerin vermöge denn auch nicht aufzuzeigen, inwiefern das Mietgericht den rechtlich erheblichen Sachverhalt willkürlich reduziert habe, was auch immer damit genau gemeint sei (vgl. a.a.O., Rz. 30). Der Art. 36 des Mietvertrages sei klar und nicht auslegungsbedürftig. Die Aussenfassade gehöre nicht zum Mietobjekt. Selbst wenn man den Art. 36 des Mietvertrages auslege, ergebe sich nichts Abweichendes (a.a.O., Rz. 70). Im Übrigen behaupte die Klägerin zu den Umständen des Vertragsschlusses Abenteuerliches, das weder im Vertrag noch in ausservertraglicher Korrespondenz eine Stütze finde; die behaupteten Umstände spielten für die Auslegung der Klausel zudem keine Rolle, und zu deren Beweis habe die Klägerin – wie das Mietgericht richtig erkannt habe – zudem keine geeigneten Beweismittel bezeichnet (vgl. a.a.O., S. 22 f.). Heute stelle die Klägerin überdies zu den Umständen des Vertragsschlusses neue Behauptungen auf, die unzulässige Noven darstellten und die man zudem als frei erfunden bezeichnen müsse (vgl. a.a.O., S. 23). Ebenso habe die Klägerin zum von ihr behaupteten (und bestrittenen) schlechten Zustand der Fassade keine Beweismittel bezeichnet, die geeignet gewesen wären, um darüber ein Beweisverfahren durchzuführen (vgl. a.a.O., Rz. 74). Die Klägerin habe sich in dem von ihr erwähnten Verfahren betreffend Mängelbehebung schliesslich selbst auf den Standpunkt gestellt, ohne richterliche Ermächtigung sei sie nicht berechtigt, Maler- oder Renovationsarbeiten an der Fassade vorzunehmen, was die Beilage act. 16/13 zeige (vgl. a.a.O.,

- 12 - Rz. 77). Soweit sich die Klägerin auf einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichtes wegen Nichtanhandnahme berufe, verkenne die Klägerin, dass es dort um anderes gegangen sei, als es im Kündigungsschutzverfahren gehe (vgl. a.a.O., Rz. 42 f.), wobei sich das Obergericht einzig auf die Einvernahme von E. _____ gestützt habe und er – der Beklagte – sich zur Sache gar nicht habe äussern können (vgl. a.a.O., Rz. 42). Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses sei vom Mietgericht schliesslich zu Recht festgestellt worden (vgl. a.a.O., Rz. 99). Es grenze an Hohn, wenn die Klägerin behaupte, die Parteien hätten seit sieben Jahren mehr oder weniger einträchtig zusammengewirkt, habe sie doch im bisherigen Verfahrensverlauf keine Gelegenheit ausgelassen, dem Beklagten moralisches und rechtliches Fehlverhalten vorzuwerfen (vgl. a.a.O., Rz. 86).

E. 2.3

Die Standpunkte und Ausführungen der Parteien im Berufungsverfahren sind hier nur knapp skizziert worden. Im Folgenden werden indessen alle ihre Ausführungen berücksichtigt, auch dann und dort, wenn und wo das nicht ausdrücklich vermerkt ist.

E. 3

3.1 Zu beurteilen ist eine ausserordentliche Kündigung, die der Beklagte gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR ausgesprochen hat. Das Mietgericht hat das in seinem Urteil zutreffend erkannt. Zutreffend hat es ebenso die Voraussetzungen dargelegt, die erfüllt sein müssen, damit eine solche Kündigung wirksam und im Übrigen gültig ausgesprochen werden kann; es kann daher zur Vermeidung von Wiederholungen auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (vgl. act. 49, Erw. 4.1 bis 4.6). Lediglich ergänzend ist noch auf die Erw. 5.1 des bundesgerichtlichen Urteils 4A_277/2007 vom 26. September 2007 zu verweisen, weil sich die Parteien im mietgerichtlichen Verfahren auf dieses Urteil bezogen haben (vgl. etwa act. 13 Rz. 19 und act. 43 S. 13), und es kann verknüpft rekapituliert werden: "Cette résiliation suppose ainsi, cumulativement: une violation du devoir de diligence du locataire, un avertissement écrit préalable du bailleur, la persistance du locataire à ne pas respecter son devoir en relation avec le manquement évoqué par le bailleur dans sa protestation, le caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur".

- 13 -

E. 3.2

Das Mietgericht hat den Fassadenanstrich durch die Klägerin als erhebliche Sorgfaltspflichtverletzung erachtet, die zur ausserordentlichen Kündigung berechtigte, und festgestellt, die Kündigung habe sich auf diese Sorgfaltspflichtverletzung abgestützt. Letzteres ist richtig (vgl. act. 16/12, S. 1, unten). Und richtig ist ebenso die dahinter stehende Auffassung des Mietgerichtes, dass es dann, wenn eine Sorgfaltspflicht gegeben sei, die zur ausserordentlichen Vertragsauflösung berechtigte, nicht mehr darauf ankommen könne, ob in einer Kündigung zusätzlich aufgeführte Pflichtverletzungen ebenfalls erfüllt seien oder nicht. Denn selbst dann, wenn diese weiteren Pflichtverletzungen nicht gegeben sind, macht das die eine, die gegeben ist und zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt, nicht ungeschehen. Daher ist es nicht zu beanstanden, dass sich das Mietgericht bei der Prüfung der ausserordentlichen Befugnis des Beklagten zur Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR vorab auf die Frage konzentrierte, ob der in der Kündigung an erster Stelle aufgeführte und von der Klägerin trotz Aufforderung nicht beseitigte Farbanstrich eine hinreichend schwere Pflichtverletzung dargestellt hat, und die weiteren im Kündigungsschreiben aufgeführten Gründe ungeprüft liess, nachdem es die Frage bejahend beantwortet hatte.

E. 3.2.1

Den für die Beurteilung dieser Kündigung massgeblichen Sachverhalt (vgl. vorn Erw. I/1.2 - 1.3) hat das Mietgericht als unstrittig erachtet, was grundsätzlich ebenfalls zutrifft. Das wird von der Klägerin mit der Berufung grösstenteils auch nicht in Abrede gestellt, und zwar mit Fug. Hervorzuheben bleibt an dieser Stelle, dass die Klägerin im mietgerichtlichen Verfahren – und darauf kommt es hier mit Blick auf Art. 317 ZPO an – namentlich nicht behauptet hat, der Beklagte sei anwesend gewesen, als sie die Fassade anstreichen liess. Und sie bestritt auch nicht die Behauptung des Beklagten in act. 13 S. 4 (dort Rz. 8), sie habe diese Arbeiten während seiner Ferienabwesenheiten ausgeführt, so dass er keine Möglichkeiten gehabt habe, dagegen vorzugehen, und somit bei seiner Rückkehr vor vollendete Tatsachen gestellt worden sei. Die Klägerin nahm vielmehr lediglich eine Wertung der Behauptung des Beklagten in act. 13 Rz. 8 aus ihrer Optik vor und unterstellte dem Beklagten damit eine Behauptung, die er so nicht vorgebracht hatte, indem sie bestritt, sie

habe mit dem Farbanstrich böswillig zugewar- tet, bis der Beklagte einmal ferienabwesend gewesen sei (vgl. act. 43 S. 4, un-

- 14 - ten). Zugleich räumte die Klägerin ein, der Beklagte sei immer wieder wochen- oder gar monatelang abwesend gewesen (vgl. a.a.O., S. 5), und sie behauptete nicht, es sei ihr das verborgen geblieben. Aufgrund dieser Darstellung der Kläge- rin dem Mietgericht gegenüber ist es folglich nicht zu beanstanden, wenn dieses davon ausging, der Farbanstrich sei von der Klägerin unbestrittenermassen wäh- rend der Ferienabwesenheit des Beklagten angebracht worden. Und wollte man das so nicht gelten lassen, wäre diese Tatsache aufgrund der klägerischen Dar- stellung gegenüber dem Mietgericht jedenfalls als erstellt zu betrachten.

E. 3.2.2

Die Klägerin wirft dem Mietgericht im Übrigen pauschal vor, es habe willkür- lich auf die Abnahme von Beweisen verzichtet (vgl. act. 50 S. 8) und verweist auf ihre Ausführungen in der Berufungsschrift unter Rz. 6.1 (vgl. a.a.O.). Weder in dieser Rz. 6.1 von act. 50 noch bei ihrer Beanstandung des Urteils auf S. 8 von act. 50 zeigt die Klägerin allerdings auf, zu welchen strittigen und rechtserhebli- chen Sachverhalten das Mietgericht welche ihm offerierten Beweismittel nicht ab- genommen hat. Und es folgt dergleichen auch nicht aus übrigen Ausführungen der Klägerin namentlich zum Fassadenunterhalt (vgl. act. 50 S. 9 ff.). Die Klägerin kommt insoweit der Begründungsobliegenheit nicht nach und es bleibt ihre Beru- fung entsprechend unbegründet.

E. 3.3

Das Mietgericht erachtete im Ergebnis seiner Erwägungen den Farbanstrich als unbewilligte Veränderung der Mietsache i.S. des Art. 260a OR, damit als Ver- letzung des Mietvertrages, die einen nicht zu übergehenden Eingriff der Klägerin in die Eigentumsrechte des Beklagten als Vermieter zum Gegenstand hatte. Die Klägerin stellt – mit Blick etwa auf das vorhin erwähnte bundesgerichtliche Urteil 4A_277/2007 vom 26. September 2007 – richtigerweise nicht in Abrede, dass sol- che Vertragsverletzungen als Sorgfaltspflichtverletzungen i.S. des Art. 257f Abs. 3 OR gelten. Sie machte jedoch dem Mietgericht gegenüber geltend, sie sei zum Farbanstrich berechtigt gewesen, und zwar aufgrund des Mietvertrages, in dem ihr eine Generalerlaubnis zu Änderungen an der Mietsache erteilt worden sei (vgl. etwa act. 1 S. 9 [Ziff. 9.1.2] und S. 19 [Ziff. 10.10]; siehe überdies etwa act. 43 S. 13 [im dortigen Fall war der Untermieter nicht wie vorliegend die Klägerin ver- traglich zu Umbau und Renovation berechtigt], S. 14 [Einbau Briefkasten eben-

- 15 - falls von der pauschalen Umbauerlaubnisgemäss Ziff. 36 MV abgedeckt], S. 15 [die Beschriftung ist wie die Fassadenrenovation in der allgemeinen Umbaubewil- ligung gemäss Ziff. 36 MV und in Art. 9.2 MV enthalten]). Und sie wirft dem Miet- gericht nun vor, es habe das bei seiner Auslegung des Vertrages bzw. von des- sen Art. 36 verkannt und damit Recht unrichtig angewandt und überdies den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, weil es bei seiner Auslegung nicht alle Um- stände des Vertragsschlusses berücksichtigt habe (vgl. act. 50 S. 11 f., S. 14 [auslegungsrelevante Umstände]), was zur Ermittlung des wahren Willens der Parteien unerlässlich sei (vgl. a.a.O., S. 12 [unten]). Und sie fügt dem bei, selbst wenn letztlich der damalige subjektive Vertragswille der Parteien nicht ermittelbar wäre – was sie bestreite –, müsste auch eine korrekte objektiviert Auslegung des Vertrags nach dem Vertrauensprinzip "zu dem von der Klägerin postulierten Aus-

legungsergebnis führen" (a.a.O., S. 15).

E. 3.3.1

Die Klägerin beanstandet die Auslegung des Art. 36 des Vertrages durch das Mietgericht, macht hingegen nicht fassbar geltend, es habe ein vom Wortlaut des Art. 36 des Vertrages sowie der übrigen vertraglichen Bestimmungen abweichender übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien bestanden, über den das Mietgericht keinen Beweis abgenommen hätte, obwohl sie dafür Beweismittel bezeichnet habe. Solche nicht abgenommenen Beweismittel führt sie zudem in der Berufung nicht an, sieht man vom Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichtes vom 24. Januar 2017 mal ab (vgl. act. 50 S. 9), das sie allerdings zur Stützung ihrer Rechtsauffassung anruft, sie sei gemäss Art. 36 des Mietvertrages ausdrücklich berechtigt gewesen und es sei die Ermächtigung für den Fassadenunterhalt in Art. 9.1.2 des Vertrages mitenthalten (vgl. a.a.O.), nicht hingegen zum Beleg der weiteren Umstände beim Vertragsschluss usw. Sie kommt auch insoweit ihrer Begründungsobliegenheit nicht nach und es bleibt die Berufung wiederum entsprechend unbegründet. Weiteres erübrigt sich insoweit grundsätzlich, und es bleibt zur Bestimmung des Vertragsinhaltes im Wesentlichen beim Vertrag als solchem. Die Auffassung der Klägerin, es gehe heute um eine Auslegungsfrage, erweist sich im Übrigen, um ebenfalls das noch zu erwähnen, mit Blick auf das mietgerichtliche Verfahren durchaus richtig. Denn die anwaltlich vertretene Klä-

- 16 - rin hat schon damals keinen übereinstimmenden, vom Wortlaut des Vertrages abweichenden Willen der Parteien so hinreichend konkret dargetan, dass darüber ein Beweisverfahren hätte durchgeführt werden können, und sie hat vor allem auch keine Beweismittel zu ihren Behauptungen offeriert, mit denen ihre jeweiligen Behauptungen hätten beweismässig überprüft werden können. Das oblag ihr jedoch selbst unter der Verfahrensmaxime von Art. 247 Abs. 2 ZPO (vgl. zum Ganzen etwa BGE 141 III 569, dort Erw. 2.3.1 und 2.3.2, ferner die bundesgerichtlichen Urteile 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, dort Erw. 4.1, 4A_360/2015 vom 12. November 2015, dort Erw. 4.2, 4A_333/2015 vom 27. Januar 2016, dort Erw. 6.1). Folglich wäre selbst dann, wenn man die – sich sachlich übrigens z.T. widersprechenden – Behauptungen der Klägerin im mietgerichtlichen Verfahren zu einem vom Vertrag abweichenden übereinstimmenden Willen der Parteien noch als hinreichend klar betrachten würde, kein Beweisverfahren dazu durchzuführen gewesen.

E. 3.3.2

In act. 1 auf S. 9 unter Ziffer 9.1.2 hat die Klägerin – um das eben Dargelegte noch etwas zu vertiefen – beispielsweise die Erlaubnis zum Fassadenanstrich aus dem Art. 38 (recte: 36) des Vertrages abgeleitet, "nach dem Grundsatz in maiore minus". In act. 43 liess sie demgegenüber ausführen, der Fassadenanstrich sei schon während der Vertragsverhandlungen ein Thema gewesen und der Beklagte habe seine ausdrückliche Erlaubnis erteilt (vgl. a.a.O., S. 12); sie erklärte aber weder wo noch wann die Erlaubnis erteilt worden sein soll, und ebenso wenig, warum diese Erlaubnis erforderlich war (vgl. a.a.O.), wenn sie schon nach dem Grundsatz "in maiore minus" im Art. 36 des Vertrages bestanden haben soll. Konzis und mit dem "maiore minus" ohne weiteres vereinbar wäre das in act. 43 auf S. 12 vorgetragene immerhin dann, wenn die Klägerin damit lediglich zum Ausdruck hatte bringen wollen, der Art. 36 des Vertrages enthalte eben diese Erlaubnis. Was auch immer die Klägerin in act. 43 S. 12 genau behaupten wollte oder

behauptet hat, kann allerdings offen bleiben, weil sie in diesem Zusammenhang keine Beweismittel offerierte. Beweismittel hat sie nur in anderen Zusammenhängen offeriert (vgl. etwa act. 1 S. 11, 12, 13, 14, 15, 16, act. 43 S. 3, 5, 6, 7, 10, 11 [vor "Rechtliche Ausgangslage"], 16), die mit der in act. 43 auf S. 12 behaupteten Erlaubnis oder weiteren Behauptungen zum Inhalt von Art. 36 des Ver-

- 17 - trages nichts zu tun haben. Dabei traf sie die Beweislast für einen vom Wortlaut des Vertrages abweichenden wirklichen Willen der Parteien ebenso wie hinsichtlich der (bestrittenen) weiteren Umstände, aus denen sie ihr Verständnis von Art. 36 des Vertrages herleitet. Gleich verhält es sich mit der Behauptung der Klägerin auf S. 14 von act. 43, beim Vertragsschluss sei vereinbart und vorausgesetzt worden, dass die Fassade renoviert werde. Beweismittel dazu wurden wiederum nicht offeriert, obwohl die Behauptung der Klägerin im Vertragstext (vgl. act. 4/2) keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat, namentlich nicht im Wortlaut von Art. 36, der "Generalerlaubnis" bzw. "Pauschalermächtigung" (a.a.O. S. 17), auf die sich die Klägerin ja auch heute beruft. Auf S. 3 von act. 43 machte die Klägerin bloss eine Vertragsintention geltend, ohne zu sagen, wer diese Intention hatte (insbesondere, ob es eine übereinstimmende Intention war), und sie berief sich ebenfalls in diesem Zusammenhang auf Art. 36 des Mietvertrages, der es ihr erlaubt habe, sich wie eine Eigentümerin zu verhalten (vgl. a.a.O., S. 2), bzw. pauschal erlaubt habe, allfällige "Umbauten im Restaurant" auf eigene Kosten zu tätigen, und es sei damit gemeint gewesen, "im Bereich des Restaurants", also auch hinsichtlich der Fassade (vgl. a.a.O., S. 4). Auch dazu offerierte die anwaltlich vertretene Klägerin wiederum keine Beweismittel, namentlich nicht etwa die Beweisaussage ihres einzigen Verwaltungsrates E._____ und/oder des Beklagten, obwohl sie das ohne weiteres gekonnt hätte und anderweitig auch getan hat. Die von den Parteien dem Mietgericht im Übrigen eingereichten Beweismittel (vgl. act. 4, act. 16, act. 44 und act. 45) enthalten sodann keine, die – aus objektiver Warte betrachtet – tauglich sein könnten, um die Vertragsintention, das beim Vertragsschluss Vereinbarte und Vorausgesetzte, die beim Vertragsschluss erteilte Ermächtigung usw. sowie die von der Klägerin behaupteten und heute wiederholten weiteren Umstände zu beweisen, ausser dem Vertrag selbst (worauf der Beklagte verweist, wenn er – wie gesehen – vorbringt, die von der Klägerin aufgestellten Behauptungen fänden weder im Vertrag noch in der ausservertraglichen Korrespondenz eine Stütze).

- 18 - Für das Mietgericht bestand somit, wie schon erwähnt kein sachlich irgendwie begründeter Anlass, ein Beweisverfahren durchzuführen. Und das gilt nur schon mit Blick auf Art. 317 ZPO erst recht im Berufungsverfahren.

E. 3.3.3

Die Auslegung hat sich, wie das Mietgericht richtig erkannte, somit primär auf den Vertrag abzustützen. Auf weitere Umstände war vom Mietgericht gemäss dem vorhin Dargelegten nur soweit zurückzugreifen, wie diese unstrittig waren oder als erstellt gelten durften. Das Mietgericht hat das bei seiner Auslegung des Vertrages beachtet, bei der es zum Ergebnis gelangte, Art. 36 beinhalte keine Ermächtigung zum Anstrich der Fassade. Die Klägerin setzt sich mit dem in der Berufung nicht näher auseinander, sondern beanstandet über alles gesehen und in streckenweiser Wiederholung dessen, was sie insbesondere in act. 43 auf den S. 2/3 und S. 12 ff. vortragen hat (vgl. act. 50 S. 10 ff.), dass das Mietgericht von ihr behauptete Umstände, die bestritten waren, nicht berücksichtigte. Dazu bestand für das Mietgericht aber gerade kein Anlass, was die Klägerin mit ihren Wiederholungen zu ver-

kennen scheint. Die Berufung erweist sich auch insoweit als unbegründet. Die Klägerin wirft dem Mietgericht im Zusammenhang mit dem Art. 36 des Mietvertrages und dessen Bedeutung zudem vor, es habe den Beschluss des Obergerichtes, III. Strafkammer betreffend Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung vom 24. Januar 2017 unberücksichtigt gelassen (vgl. a.a.O., S. 9 und 10). Und sie erwähnt dabei der Sache nach, weil das Recht, die Fassade anstreichen zu lassen, im Art. 36 mitenthalten sei, sei es dem Beklagten nicht zugestanden, den Mietvertrag einseitig mündlich abzuändern. Art. 35 Abs. 2 des Vertrages schliesse solches vielmehr ausdrücklich aus (vgl. a.a.O., S. 9). Sie setzt in dieser Argumentation das Ergebnis ihrer Vertragsdeutung als richtig voraus, was kreis-schlüssig ist, weil das Mietgericht in Prüfung der ihm vorgetragenen Behauptungen (und Bestreitungen) beider Parteien sowie deren (wie gesehen z.T. fehlenden) Beweismittelofferten genau zu einem anderen Ergebnis gelangte. Dass das Mietgericht zur Prüfung der Frage berufen war, ob der Art. 36 eine Ermächtigung enthielt, wie es die Klägerin gelten macht, stellt die Klägerin immerhin zu Recht nicht in Abrede. Denn verhielte es sich so, wäre der Beklagte zur ausserordentlichen Kündigung gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR nicht befugt ge-

- 19 - wesen. Und genau die Prüfung dieser Frage war gemäss Rechtsbegehren der Klägerin ausschliessliches Thema des mietgerichtlichen Verfahrens. Inwiefern daher eine Rechtsauffassung der III. Strafkammer des Obergerichtes zu Art. 36 des Mietvertrages für das Mietgericht von wesentlicher Bedeutung hätte sein können (oder gar müssen), ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin daher richtigerweise auch nicht näher dargetan. Mit Fug behauptet die Klägerin insbesondere nicht, die III. Strafkammer habe im Januar 2017 zu Art. 36 des Vertrages exakt den Sachverhalt zu beurteilen gehabt, den die Parteien dem Mietgericht z.T. erst im Mai 2017 im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens mit den für das Mietgericht massgeblichen Sachverhaltsbehauptungen und Beweismittelofferten vorgetragen haben. Die Beanstandungen der mietgerichtlichen Auslegung bzw. deren Ergebnis durch die Klägerin im Berufungsverfahren erweisen sich somit insgesamt als unbegründet.

E. 3.4

Die Auslegung durch das Mietgericht erweist sich im Ergebnis im Übrigen auch als korrekt. Denn bei ihr war – wie in Erw. II/3.3.3, a.A., erwähnt – das als Auslegungsmaterial zu berücksichtigen, was aufgrund der Parteivorbringen und den entsprechenden Beweisofferten als unstrittig bzw. als erstellt betrachtet werden durfte. Im Wesentlichen stand daher nur der Vertrag (act. 4/2) als Auslegungsmittel zur Verfügung und das ist auch hier nicht anders, weshalb im Wesentlichen nur die Grundsätze der Auslegung einer Vertragsurkunde zum Zuge kommen. Auszugehen ist dabei im Wesentlichen vom Wortlaut, der nicht nur grammatikalisch zu betrachten ist, sondern ebenfalls im Lichte einer allfälligen Verkehrsübung bzw. einem entsprechenden Sprachgebrauch; es ist gegebenenfalls das Prinzip von Treu und Glauben anzuwenden und es hat die Auslegung stets ganzheitlich zu sein (Beurteilung aus dem konkreten Sinngefüge), weshalb namentlich systematische Gesichtspunkte ebenso zu beachten sind wie der Vertragszweck und die übrigen Bestimmungen des Vertrages als Auslegungshilfe; endlich hat die Auslegung gesetzeskonform zu erfolgen und es kommt allenfalls die Unklarheitsregel zum Zuge (vgl. zum Ganzen etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 10. A., Zürich 2014, Rz. 1205 - 1211,

- 20 - 1218 - 1220, und 1222 - 1232 mit zahlreichen Hinweisen auf Judikatur und Literatur).

E. 3.4.1

Der Wortlaut des Vertrages ist unstrittig. Aus dem Vertrag selbst folgt zudem, dass die Parteien sich eines sog. branchenüblichen Formularvertrags bedienten (vgl. act. 4/2), dessen Text sich am sog. allgemeinen Sprachgebrauch orientiert. Individualisiert haben sie diesen vorformulierten Vertrag bzw. dessen Text bei der Bestimmung des Mietobjektes (vgl. a.a.O., S. 2), bei der Mietzinsfestsetzung (a.a.O., S. 3) und der Abfassung der Nebenkostenregelung (a.a.O., S. 6), bei der Bestimmung der Vertragsdauer (a.a.O., S. 10 und 11), bei Art. 23 hinsichtlich der Rückgabepflicht bei Kaufinventar (keine Rückgabepflicht; vgl. a.a.O., S. 19), bei den Art. 28 und 31 (Vorkaufsrecht und Konkurrenzverbot) und auf der letzten Seite insbesondere durch die Aufnahme eines Art. 36 als besondere Bestimmung. Deren Wortlaut ist in Erw. I/1.2 wiedergegeben. Der Wortlaut von Art. 36 enthält die Regelung, dass Umbauten im Restaurant zu Lasten des Mieters gehen, es dafür keine Einwilligung des Vermieters braucht und keine Rückbaupflicht besteht. Das Mietgericht hat das richtig erkannt (vgl. act. 49 Erw. 5.5) wie es auch richtig erkannt hat, dass dieser Wortlaut klar und unzweideutig ist. Die Regelung des Art. 36 stellt unter systematischen Gesichtspunkten eine Ausnahmebestimmung zu den Abs. 1 und 2 von Art. 9.3 des Vertrages dar, der sich mit Änderungen und Erneuerungen der Mietsache durch den Mieter befasst; im Abs. 1 wird eine schriftliche Zustimmung des Vermieters dazu verlangt; Abs. 2 verpflichtet nur den Mieter bei bewilligten Änderungen nur dann zur Wiederherstellung des früheren Zustands wenn das zuvor schriftlich vereinbart worden war. Abs. 4 des Art. 9.3 befasst sich – um selbst das noch zu erwähnen – mit unbewilligten Erneuerungen/Änderungen durch den Mieter und berechtigt den Vermieter, die Wiederherstellung des früheren Zustandes auf Kosten des Mieters zu verlangen. Der Art. 9.3 des Vertrages ist Teil der Bestimmungen zu den Rechten und Pflichten des Mieters, zu denen ebenso der Art. 9.2 zählt, der sich mit "Anbringungen durch den Mieter im Aussenbereich" befasst. Es geht um Schilder und andere Reklameeinrichtungen an der Fassade und im Übrigen Aussenbereich.

- 21 - Diese dürfen nur mit schriftlicher Bewilligung des Vermieters angebracht werden, wobei dem Mieter das Recht zugestanden wird, ein Schild sowie je eine beleuchtete und unbeleuchtete Aussenschrift anzubringen; für Weiteres bedarf es der ausdrücklichen, nämlich vorgängigen schriftlichen Bewilligung des Vermieters. Mit einer Befugnis des Mieters, die Aussenfassade nach seinem Geschmack zu gestalten, also sie zu verändern und namentlich anstreichen zu lassen, befasst sich der Art. 9.2 des Vertrages somit von der Sache her gerade nicht. Er stellt daher insofern auch offensichtlich keine Ausnahmeregel zum Art. 9.3 des Vertrages dar, und ebenso wenig zum von den Parteien formulierten Art. 36, der sich ausschliesslich mit Änderungen "im Restaurant" befasst, also in einem gemäss allgemeinem Sprachverständnis örtlich klar definierten Bereich, der sich auf Räume im Gebäudeinneren beschränkt. Zu diesem gehört – wiederum im allgemeinen Sprachverständnis – die Fassade des Gebäudes, in dem sich die von der Klägerin gemieteten Lokalitäten befinden, nachgerade offensichtlich nicht. Dass die Parteien bei der Formulierung von Art. 36 des Vertrages übereinstimmend vom allgemeinen Sprachverständnis abwichen und insofern etwas anderes meinten, als Geschrieben wurde, ist wie schon erwähnt nicht hinreichend dargetan.

E. 3.4.2

Der von den Parteien in Art. 36 verwendeten Umschreibung "im Restaurant" (Unterstreichung beigelegt) lässt sich zudem ebenfalls weder vor dem Hintergrund der weiteren Regelungen, die die Parteien in Art. 36 getroffen haben, noch mit Bezug auf übrigen individualisierten Abmachungen eine inhaltliche Bedeutung beimessen, die sich auf das Gebäudeäussere bezieht. Der Art. 36 selbst zeigt zudem in seinen weiteren Regelungen an, dass die Parteien mit dem Begriff "Restaurant" eine Räumlichkeit meinten, die von anderen Räumlichkeiten verschieden ist. Denn sie erwähnen ausser dem Restaurant an Räumen ausdrücklich den Kühlzelle-Raum und den Keller. Die Erwähnung dieser weiteren Räume wäre entbehrlich gewesen, wenn sie damit ebenfalls das "Restaurant" gemeint hätten, zumal zu diesen Räumen einzig gesagt wird, sie blieben im Besitz der Klägerin. Mit Blick auf die auf S. 2 des Vertrages getroffene Umschreibung des Mietobjektes und in Anbetracht der Regelung von Mitbenützungsrchten am Treppenhaus sowie den WC-Anlagen, ist das sachlich zudem kohärent, weil auf ein ausschliessliches Benützungsrecht hingewiesen wird.

- 22 - Diese Umschreibung auf S. 2 listet separat auf, aus welchen Räumen usf. sich das Mietobjekt zusammensetzt. Neben dem "Restaurant ca. 80m²" sind das namentlich die Küche (ca. 20m²), ein Zimmer Nr. 16 sowie die Kellerräume (gan- zes UG, ca. 50m²). Separat wird zudem im Aussenbereich die Gartenwirtschaft / Terrasse erwähnt, auf die wiederum auch der Art. 36 Bezug nimmt, und zwar hinsichtlich des Beschattungssystems, das im Besitz der Klägerin verbleibe. Dem Begriff "Restaurant" wird hier somit ebenfalls einzig eine Bedeutung beigegeben, die sich auf einen ganz bestimmten, den Parteien bekannten Raum bezieht. Und es zeigt das, dass die Parteien mit der Auflistung der verschiedenen Räume begrifflich durchwegs zu differenzieren wussten und auch differenzierten, m.a.W. mit dem Begriff "Restaurant" einen Teil des Mietobjektes bezeichneten und nicht das Mietobjekt als solches, nicht das Mietobjekt und dessen Aussenbereich und schon gar nicht die Liegenschaft, in dem sich das Mietobjekt befindet, und zwar neben anderen Räumen, an denen die Klägerin kein Benützungsrecht oder bloss ein Mitbenützungsrecht hat, und dann auch noch deren gesamten Aussenbereich. Nichts anderes ergibt sich ebenso aus der Regelung von Art. 28 des Vertrages, um selbst das noch zu erwähnen, weil dort ein Vorkaufsrecht an der ganzen Liegenschaft eingeräumt wird und nicht bloss am Mietobjekt, wie es auf S. 2 des Vertrages umschreiben ist. Sachlich steht die im Art. 36 getroffene Lösung, die sich auf das Restaurant als Raum bezieht und damit bloss auf den Innenbereich des Mietobjekts, endlich im Einklang mit den übrigen Bestimmungen des Vertrages, so insbesondere mit dem Art. 9, aber ebenso z.B. mit den Art. 14.1, 15 und 16. Sie ist zudem gesetzeskonform, denn zum einen ist es Sache der Parteien, den Mietgegenstand zu bestimmen, womit es ihnen auch überlassen ist, wie sie das tun. Der Art. 260a OR verbietet es dem Vermieter sodann nicht, seine Zustimmung zu Änderungen bzw. Erneuerungen auf bestimmte Elemente bzw. Bereiche eines Mietobjektes zu beschränken, namentlich wenn er diese Zustimmung – was ebenfalls erlaubt und nicht unüblich ist – bereits im voraus erteilt. Damit ist zugleich gesagt, dass die Regelung, die die Parteien in Art. 36 des Vertrages getroffen haben, insofern nicht unüblich ist, wie denn überhaupt der Vertrag, den sie unter Verwendung eines Formularvertrages geschlossen haben, dem im Gastrobereich Gängigen ent-

- 23 - spricht. Das gilt insbesondere auch in Bezug auf Art. 28 (Vorkaufsrecht i.S. der Art. 216 Abs. 3 OR und Art. 216c Abs. 1 OR) und auf Art. 29 des Vertrages. Letzterer berechtigt die Klägerin, den Mietvertrag im Grundbuch auf eigene Kosten vormerken zu

lassen und ermächtigt zugleich die Klägerin ausdrücklich zur alleinigen Anmeldung der Vormerkung. Schliesslich lässt sich die Ermächtigung zu Änderungen usw. im Restaurant auch nicht als dem Vertragszweck widersprechend darstellen. Dieser Zweck besteht darin, dass die Klägerin im Mietobjekte einer gastgewerblichen Tätigkeit nachgehen kann. Dafür hat sie ein Recht zur Aussenwerbung gemäss Art. 9.2 des Vertrages und das Recht, die Gaststube gestützt auf Art. 36 nach ihren Betriebsvorstellungen bzw. ihrem Konzept auf eigene Kosten zu gestalten, ohne dass sie zum Rückbau verpflichtet wäre. Letzteres nimmt sich für die Klägerin zudem vor allem dann vorteilhaft aus (aber nicht nur), wenn sie ihren Betrieb nur während fünf Jahren führt und auf die Ausübung einer Option verzichtet, weil sich innert dieser fünf Jahre ja zeigt, ob sich der Geschäftsgang aufgrund des von der Klägerin gewählten Konzeptes am von der Klägerin gewählten Standort des Mietobjektes für sie zufriedenstellend entwickelt oder nicht; das ist im Zeitpunkt des beim Vertragsabschluss ja noch ungewiss und erhellt insoweit ebenfalls den Zweck von Optionen, deren Vereinbarung der von den Parteien gewählte Formularvertrag denn auch ausdrücklich vorsieht.

E. 3.4.3

Weitere Gesichtspunkte von Belang, die bei der Auslegung zu berücksichtigen wären und am eben gezeichneten Ergebnis etwas zu ändern vermöchten, sind nicht ersichtlich. Demnach enthält der Mietvertrag keine vom Beklagten erteilte Ermächtigung der Klägerin, die Fassade anstreichen zu lassen, namentlich nicht im Art. 36, dessen "pauschale" Ermächtigung sich nur auf Änderungen/Erneuerungen im Restaurant bezieht, und ebenso namentlich nicht im Art. 9.2, der sich damit gar nicht befasst. Bei diesem Ergebnis ist es müssig danach zu fragen, inwieweit der Raum "Restaurant" überhaupt sachlich etwas Grösseres sein kann, in dem die Fassade der Liegenschaft, in dem sich das Restaurant nebst anderen Objekten befindet, irgendwie als sachlich Kleineres mitenthalten sein könnte, wie es die Klägerin mit Hinweis auf "in maiore minus" darzutun versucht. Und es erübrigt sich anzumer-

- 24 - ken, dass die Klägerin das auch nie klar und logisch nachvollziehbar dargelegt hat (vgl. etwa act. 1 S. 9 ["Zweifellos ... ohne weiteres enthalten"]; vgl. auch act. 50 S. 9 in Ziff. 6.2.2). War die Klägerin vertraglich zum Fassadenanstrich nicht ermächtigt und liess sie die Fassade gleichwohl – und entgegen dem ihr bekannten Willen des Beklagten (vgl. vorn Erw. I/1.3 mit Verweis) – anstreichen, so griff sie nicht einfach in die Eigentumsrechte des Klägers ein, sondern benahm sich wie ein Eigentümer, was sie letztlich selbst zugesteht (vgl. act. 50 S. 13: war die Klägerin ... be-reit ... wie eine Eigentümerin in die eigene Liegenschaft zu investieren). Richtig ist sodann die Auffassung des Mietgerichtes, es komme bei solchen Verletzungen nicht darauf an, dass mit ihnen ein (angeblicher oder tatsächlicher) Mehrwert entstanden sei (vgl. dazu wiederum auch das vorhin erwähnte bundesgerichtliche Urteil 4A_277/2007 vom 26. September 2007).

E. 3.5

Das Mietgericht erachtete den Fassadenanstrich auch nicht durch Art. 259b OR gedeckt. Und es erwähnte dabei, die Klägerin habe einen entsprechenden Entscheid des Gerichts nicht abgewartet (vgl. act. 49 S. 16 [Erw. 5.9]). Dem Sinn nach verwies es damit auf das von der Klägerin im Februar 2015 hängige Verfahren betr. Mängelbehebung.

E. 3.5.1

Die Klägerin behauptet in der Berufung nicht, dieser Entscheid sei damals schon gefällt worden, und sie trägt auch nicht vor, der Zustand der Fassade und eine durch das Gericht auszusprechende Verpflichtung des Beklagten zur Mängelbehebung bzw. allenfalls eine gerichtliche Ermächtigung an sie, die Mängelbehebung vorzunehmen, sei gerade nicht Gegenstand dieses Verfahrens gewesen, was das Mietgericht verkannt habe (vgl. act. 50 S. 16 f.). Suchte die Klägerin aber im Februar 2015 gerichtlichen Schutz u.a. zwecks Anstrichs der Fassade, so stellte sich damals selbst noch sogleich erkennbar auf den Standpunkt, der Zustand der Fassade sei nicht so mangelhaft, dass sie zur Ersatzvornahme nach Art. 259b OR berechtigt gewesen wäre. Sie behauptet in der Berufung zudem weder, sie habe dem Mietgericht im Kündigungsschutzverfahren dargetan, zwischen dem Februar 2015 und dem Sommer 2015, als sie den Fassadenanstrich in Abwesenheit des Beklagten hat vornehmen lassen, es habe sich der Zustand der Fassade

- 25 - erheblich verschlechtert, weshalb sie dann zum Anstrich nach Art. 259b OR berechtigt worden sei, noch behauptet sie, dass sie dem Beklagten vor diesem Anstrich wegen einer zwischenzeitlich eingetretenen Verschlechterung nutzlos eine Frist zur Mängelbehebung angesetzt hat, was das Mietgericht übersehen habe. Von daher erweist sich der Anstrich, den sie dann während des hängigen Verfahrens veranlasst, als typisches widersprüchliches Verhalten im Sinne eines "Venire contra factum proprium", was gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Schutz verdient. Die Klägerin kann sich somit nicht auf erlaubte Selbsthilfe gemäss Art. 259b OR berufen, und es ist daher fast müssig darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen des Mietgerichts zu schweren Mängeln, welche allenfalls zur Selbsthilfe ohne Fristansetzung berechtigt hätten (vgl. act. 49 Erw. 5.7), in diesem Kontext zutreffend sind; insoweit kann daher ergänzend darauf verwiesen werden kann. Die Klägerin trägt im Übrigen heute mit Fug nichts zu einer Verschlechterung des Fassadenzustands zwischen dem Februar und dem Sommer 2015 usw. vor, weil sie dem Mietgericht anderes hatte vortragen lassen. So machte sie geltend, es habe sich der Beklagte im Mängelstreit einer gemeinsamen Lösung verschlossen, was der Grund gewesen sei, die Fassade im Sommer 2015 auf eigene Kosten teilweise anstreichen zu lassen (vgl. act. 43 S. 4). Weiter hatte sie dem Mietgericht vorgetragen, aufgrund der seit Jahren anhaltenden Rechtssituation sei es für sie nicht absehbar gewesen, dass die Fassade bis 2025 jemals einvernehmlich renoviert werden könne, weshalb sie "verständlicherweise endlich von ihrem vertraglichen Recht Gebrauch gemacht" habe, "die Restaurant-Fassade selber auf eigene Kosten zu renovieren" (vgl. a.a.O., S. 5). Zu diesem vertraglichen Recht trug sie dem Mietgericht endlich vor (vgl. a.a.O., S. 14), es sei bei Vertragsabschluss ja auch vereinbart und vorausgesetzt gewesen, dass die Fassade im Restaurantbereich, wie der Rest des Betriebes, auf Kosten der Klägerin renoviert werde; ob sie damit den Art. 36 des Vertrages meinte, oder anderes, kann offen bleiben – erstes ist wie gesehen unzutreffend, zweites hat im Vertrag keinen irgendwie erkennbaren Niederschlag gefunden. Das dem Mietgericht Vorgetragene ist zudem alles andere als sachlich kohärent, sondern streckenweise in sich widersprüchlich. Das in act. 43 auf S. 4 und 5 Vorgetragene verdeutlicht zudem das eben zum "Venire contra factum proprium" Ausgeführte.

- 26 -

E. 3.5.2

Es ist somit ebenfalls nicht zu beanstanden, sondern im Ergebnis richtig, dass das Mietgericht davon ausging, die Klägerin sei nicht berechtigt gewesen, den Fassadenanstrich gestützt auf Art. 259b OR ohne Zustimmung des Beklagten vorzunehmen. Der

Fassadenanstrich der Klägerin war eigenmächtig, wurde von ihr entgegen dem ihr bekannten Willen des Beklagten während dessen Abwesenheit veranlasst. Mit der Berufung bringt die Klägerin nichts vor, was eine andere Sicht der Dinge erlaubte. Die Klägerin verhielt sich folglich beim Fassadenanstrich insgesamt so, wie wenn sie Eigentümerin wäre (hinsichtlich der fehlenden Baubewilligung sogar pflichtvergessene Eigentümerin), und beging vorsätzlich eine nicht leicht zu nehmende, also erhebliche Sorgfaltspflichtverletzung i.S. des Art. 257f Abs. 3 OR.

E. 3.6

Die Beseitigung des Anstrichs nach der Abmahnung durch den Beklagten Ende Juli 2015 unterliess die Klägerin. Mit der Berufung macht sie nicht geltend, sie sei – objektiv gesehen – nicht in der Lage gewesen, den Anstrich innert der ihr vom Beklagten angesetzten Frist zu beseitigen, und sie zeigt ebenso wenig auf, dass die ihr vom Beklagten dafür angesetzte Frist, die das Mietgericht als angemessen betrachtet hat, zu knapp bemessen gewesen sei. Dergleichen wäre denn auch nicht ersichtlich. Das Mietgericht ging davon aus, die vom Beklagten am 11. September 2015 ausgesprochene ausserordentliche Kündigung stehe in direktem Zusammenhang mit dem eigenmächtigen Fassadenanstrich. Die Klägerin beanstandet das in der Berufung richtigerweise nicht, sondern räumt ein, diese Feststellung sei nicht von der Hand zu weisen (vgl. act. 50 S. 19 [Ziff. 6.5]). Weiteres zu diesem Gesichtspunkt erübrigt sich.

E. 3.7

3.7.1 Das Mietgericht hat im angefochtenen Urteil die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Beklagten bejaht (vgl. act. 49 Erw. 5.11 - 5.13). Die entsprechenden Erwägungen greifen die wesentlichen Gesichtspunkte auf und erweisen sich grundsätzlich als zutreffend, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen vorab darauf verwiesen werden kann. Ergänzend anzumerken ist, dass die Klägerin im mietgerichtlichen Verfahren sowie in der Berufungsschrift Vorwürfe an die Adresse des Beklagten erhebt, die

- 27 - die zutreffende Feststellung des Mietgerichtes bekräftigen, das Mietverhältnis der Parteien erweise sich als zerrüttet (vgl. etwa act. 43 S. 4 [beklagtische Verweigerung des Fassadenanstrichs als einer von zahllosen Versuchen, das Geschäft der Klägerin zu schädigen], S. 13 [seit Jahren vom Beklagten plagen lassen], S. 17 [der Beklagte selbst den Mietvertrag systematisch torpediert]). Vor diesem Hintergrund wirkt es in der Tat befremdlich, wie der Beklagte vermerkt (vgl. act. 60 Rz. 86), wenn die Klägerin heute dem Mietgericht deswegen falsche Sachverhaltsfeststellung vorwirft und überdies vortragen lässt, die Parteien wirkten seit fast sieben Jahren mehr oder weniger einträchtig zusammen (vgl. act. 51, S. 21). Dass die Klägerin dem dann nachschickt, vor allem der Beklagte habe in den vergangenen Jahren immer wieder Ursachen gesetzt, welche das Mietverhältnis belasteten, und die Antwort auf die Frage nach der Zumutbarkeit müsse sich im wesentlichen "am Befinden der Klägerin bzw. ihrer Hilfspersonen orientieren, welche unter diesen schwierigen Umständen ihr Bestes tun, um den Mietvertrag zu erhalten" (a.a.O.), so wirkt das insgesamt widersprüchlich. Betont werden damit zudem die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin, längstens bis zum Jahr 2025 (vgl. act. 1, S. 19 [Ziff. 10.10]) ihren Barbetrieb im Mietobjekt weiter zu führen. Denn das legt die Annahme nahe, der Barbetrieb gestalte sich für die Klägerin recht erträglich, trotz den Vorwürfen vertragswidrigen Verhaltens, die sie gegen den Beklagten erhebt, zumal sie u.a. der "hochgradig geschäftsschädigende"

(act. 1 S. 9) Zustand der Fassade im Jahr 2014 nicht davon abhielt, die Option auf Vertragsverlängerung bis zum Jahr 2020 auszuüben. Nicht näher in Abrede stellt die Klägerin bei ihren Rügen an die Adresse des Mietgerichts (vgl. act. 50 S. 19 ff.) dessen Feststellung, die Befürchtung des Beklagten, bei einer erneuten Abwesenheit seinerseits werde das Mietobjekt erneut entgegen seinem Willen umgestaltet, liege auf der Hand (vgl. act. 49 Erw. 5.13). Das darf daher als erstellt gelten. Und es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn das Mietgericht diesem Umstand ausschlaggebendes Gewicht beigemessen und erwogen hat, auf einer solchen Ebene könne und solle ein Mietverhältnis nicht weiter geführt werden (vgl. a.a.O.). Dem gibt es eigentlich nichts mehr beizufügen.

- 28 - Im Zusammenhang mit dem eigenmächtigen Verhalten der Klägerin ist es im Übrigen müssig und nicht erforderlich (vgl. aber act. 60 Rz. 89 und 91), auch noch darauf hinzuweisen, dass die Klägerin anerkanntermassen den Briefkasten beim Hinterausgang im Aussenbereich ohne Bewilligung des Beklagten entfernte bzw. in die Wand einbauen liess (vgl. act. 1 S. 15 und act. 43 S. 14). Immerhin: Die von der Klägerin dabei dem Mietgericht gegenüber behauptete Gefährlichkeit des Briefkastens (vgl. act. 1 S. 15), bei der es – träfe die Darstellung der Klägerin zu – um einen vom Beklagten zu vertretenden Mangel ginge, lag und liegt nicht irgendetwie auf der Hand (vgl. act. 4/19); sie wurde sodann bestritten (vgl. act. 13 Rz. 25) und bliebe unbewiesen, weil die Klägerin auch dafür dem Mietgericht keine Beweismittel bezeichnet hatte (vgl. act. 1 S. 15 und act. 43 S. 14); eine Rechtsfertigung der Klägerin gestützt auf Art. 36 des Mietvertrages (vgl. act. 43 S. 14) bzw. auf Selbsthilfe (vgl. z.B. act. 50 S. 22: immer wieder Selbsthilfemassnahmen) erwiese sich nach dem vorhin zur Tragweite von Art. 36 des Vertrages usf. Dargelegten endlich als unrichtig.

E. 3.7.2

Mit den sachlich zutreffenden Erwägungen 5.14 und 5.15 des mietgerichtlichen Urteils, auf die – zur Vermeidung von Wiederholungen – verwiesen werden kann, setzt sich die Klägerin nicht näher auseinander, legt sie insbesondere nicht dar, inwieweit diese falsch sein sollen (vgl. act. 50 S. 21 - 23 [Ziff. 6.9]). Der Beklagte merkt das richtig an (vgl. act. 60 Rz. 85) und weist u.a. ebenso richtig (vgl. vorn Erw. II/1) darauf hin (vgl. a.a.O., z.B. Rz. 20), dass der Begründungsobliegenheit nicht genügt, wer im Wesentlichen bloss geltend macht, er sei mit dem Urteil nicht einverstanden (so aber act. 50 S. 22), ohne sich mit dessen Begründung aber näher auseinander zu setzen (vgl. a.a.O., S. 22 f.).

E. 4

Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an das Bezirksgericht Uster, Mietgericht, sowie an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 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 rund Fr. 345'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II.

Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. I.
Vourtsis-Müller

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