

ZH_OBERGERICHT NG180007 vom 21. September 2018

ZH Obergericht, 2018-09-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG180007

FR: ZH_OBERGERICHT NG180007 du 21 septembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT NG180007 del 21 settembre 2018

Erwägungen

E. 1

Die A._____ AG ist Mieterin der Geschäftsliegenschaft "... " an der C._____ - strasse ... in D._____. Die B._____ Assets AG (vormals B'._____ Immobilien AG) ist die Vermieterin dieser Liegenschaft (vgl. act. 2 Rz. 3). Gemäss Mietvertrag vom 11. September 2009 haben die Parteien für die streitgegenständliche Gast- ronomiefläche in der Geschäftsliegenschaft folgende Mietzinsgestaltung verein- bart: Der Mietzins besteht aus einer Mindestmiet- und Umsatzkomponente, wobei ein Maximalmietzins von Fr. 200'000.– pro Kalenderjahr vereinbart wurde. Die Mindestmiete ist an die Mietauslastung des Gebäudes gebunden. Die Umsatz- komponente bemisst sich auf 5% des Jahresumsatzes der Mieterin und kommt

- 4 - nur soweit zur Anwendung, als der Mindestmietzins überschritten wird. Sowohl die Mindestmiete als auch die Mietauslastung sind indexiert und folgen dem Lan- desindex der Konsumentenpreise (act. 4/6 Ziff. II.3.1; II.3.2; II.3.8).

E. 1.1

Die Vermieterin verlangte vor Vorinstanz die Bezahlung der ausstehenden Mietzinse für die Monate November und Dezember 2016 (vgl. act. 2). Die Mieterin räumte ein, die Mietzinszahlungen eingestellt zu haben. Sie machte aber geltend, diese Einstellungen seien gerechtfertigt, da die Mietzinsgestaltung teilweise nich- tig sei (vgl. act. 12).

- 7 -

E. 1.2

Die Vorinstanz überprüfte die von den Parteien vereinbarte Mietzinsgestal- tung auf ihre Zulässigkeit und kam zum Schluss, die Indexierung des Mindest- mietzinses sei unzulässig. Sie erwog im Wesentlichen, bei der Indexierung handle es sich um einen ausschliesslichen Mietzinsanpassungsgrund, welcher grund- sätzlich nicht mit anderen Anpassungsklauseln kombiniert werden könne. Folge dieser unzulässigen Mietzinsgestaltung sei die Teilnichtigkeit des Mietvertrages nach Art. 20 Abs. 2 OR. Aufgrund der von den Parteien vereinbarten salvatori- schen Klausel habe dies aber nicht die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge, sondern sei der Vertrag auf Grundlage des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen. Es sei zu entscheiden, auf welchen der beiden Mechanismen in Kennt- nis der Unzulässigkeit der Kombination verzichtet worden wäre (act. 28 E. 4.2.6 f.).

E. 1.3

Es blieb unangefochten, dass die Indexierung der (variablen) Mindestmiet- zinskomponente unzulässig ist und somit eine Teilnichtigkeit des Mietvertrags nach Art. 20 Abs. 2 OR vorliegt. Damit erübrigen sich Weiterungen dazu. Anzufügen ist hingegen noch, dass die Vorinstanz in Erwägung 3.1.3 die von den Parteien im Vertrag (act. 4/6) vereinbarten Elemente der Mietzinsfestle- gung zutreffend dargestellt hat. Zu Recht bringt die Mieterin

dazu keine Beanstandungen vor. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann auf diese Erwägungen verwiesen werden. Ergänzend bzw. verdeutlichend ist dem beizufügen, dass die Bindung des (Mindest-)Mietzinses an die Mietauslastung des Gebäudes vor dem Hintergrund des vereinbarten "Mietzwecks" zu sehen ist, der gemäss Ziff. 2.1 des Mietvertrags (act. 4/6 S. 6 f.) in der Führung eines Gastronomiebetriebs primär zugunsten der Mieterschaft liegt und erst sekundär zugunsten der allgemeinen Öffentlichkeit. Dieser Zweck ist weder unsittlich noch widerrechtlich, und gleiches gilt in Bezug auf die Bindung des Mindestmietzinses an die Mietauslastung, worauf die Vorinstanz richtig verwiesen hat, weshalb das hier ebenfalls nicht zu wiederholen ist (vgl. act. 28 E. 4.2.1.–4.2.2). Denn die Überlegungen, die zur Zulässigkeit der Umsatzmiete im Rahmen von Art. 269 OR (kein übersetzter Ertrag) führen (vgl. dazu nebst BGE 116 II 587 E. 2 auch BGE 4C.420/1999 vom 20. Januar 2000, dort E. 2b), geltend a fortiori für die Bestimmung eines Mindestmiet-

- 8 - zinses, der nur soweit höher geschuldet ist, wie der Vermieter seinem dem Mieter kundschafft in Aussicht stellenden Effort nachkommt, das Gebäude mit (anderen) Mietern möglichst voll auszulasten. 1.4.1. Wie die Vorinstanz sodann zutreffend ausführte, ist die Teilnichtigkeit des Mietvertrages, soweit möglich, durch Vertragsergänzung aufgrund des hypothetischen Parteiwillens zu beheben. Dabei ist zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen der Teilmangel schon bei Vertragsschluss bewusst gewesen wäre (BGE 138 III 29 E. 2.3.3. m.w.H.). Eine generelle Vermutung des Vorrangs der Indexklausel gibt es – entgegen der Auffassung der Mieterin (act. 29 Rz. 28) – nicht. Die Vorinstanz prüfte daher zu Recht, auf welche Klausel – die Indexierung oder die Anpassung an die Mietauslastung – die Parteien verzichtet hätten, hätten sie den Mangel gekannt. 1.4.2. Die Vorinstanz erwog, die Vermieterin verweise zu Recht auf die wirtschaftliche Bedeutung der Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung. Diese führe im Fall einer Vollauslastung zu einer Erhöhung der Mindestmiete um 60% (von Fr. 100'000.– pro Jahr auf Fr. 160'000.– pro Jahr). Eine Indexierung führe dagegen erfahrungsgemäss über mehrere Jahre höchstens zu einer Erhöhung im tiefen einstelligen Prozentbereich. Aus ökonomischer Sicht sei die Vermieterin somit eher bereit, auf die Indexierung zu verzichten, zumal davon auszugehen sei, dass die Mietauslastung schneller als der Landesindex der Konsumentenpreise ansteige. Die Mieterin sei hingegen bereit gewesen, einen sich doppelt erhöhenden Mietzins zu bezahlen, da sie den Vertrag tatsächlich unterzeichnet habe. Sie dürfte daher mit jeder Reduktion, egal ob durch Wegfall der Indexierung oder Wegfall anderer Anpassungsmechanismen, einverstanden gewesen sein, zumal sie nicht vorbringe, dass sie sich aus einer der beiden Varianten noch andere Vorteile erhofft habe. Dass die Streichung der Indexierung eher dem hypothetischen Parteiwillen entspreche, ergebe sich weiter daraus, dass es sich bei der Anpassung an die Mietauslastung um eine spezielle Bestimmung handle, die wohl individuell für den vorliegenden Mietvertrag ausgehandelt worden sei. Bei der Indexierung handle es sich hingegen um eine weit verbreitete Standardklausel. Machten sich die Parteien aber die Mühe, eine spezielle Bestimmung auszu-

- 9 - handeln, sei davon auszugehen, dass sie diese möglichst beibehalten wollten und stattdessen lieber auf eine Standardklausel verzichteten (act. 28 E. 4.2.6 ff.). 1.4.3. Die Mieterin wendet dagegen zusammengefasst ein, den Ausführungen der Vorinstanz zur Eruierung des hypothetischen Parteiwillens könne nicht gefolgt werden. Ihre Argumente seien nicht geprüft worden. Im angefochtenen Urteil werde das einzige Beweismittel, das

auf den hypothetischen Parteiwillen schliessen lasse, nicht einmal erwähnt. Die Parteien hätten knapp zwei Jahre nach dem Abschluss des Mietvertrags zusätzlich den Nachtrag 1 zum Mietvertrag abgeschlossen. Dieser Nachtrag bilde den einzigen und klaren Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien auf die Staffelung verzichtet und stattdessen an der Indexierung festgehalten hätten. Die Vorinstanz habe ausgeführt, über die Staffelungsklausel hätten die Parteien Verhandlungen geführt und somit sei davon auszugehen, dass die Parteien diese beibehalten möchten. Dabei verkenne die Vorinstanz aber, dass aufgrund des Nachtrags auch über die Indexklausel verhandelt worden sei. Folge man der Argumentation der Vorinstanz, bedeute dies, dass die Parteien auch die Indexklausel hätten beibehalten wollen. Die jüngeren Verhandlungen seien über die Indexklausel geführt worden, was zeige, dass eben diese Klausel mehr Gewicht habe. Der Vorrang der Indexklausel stimme auch mit der Vermutung überein, dass eine Indexklausel als vertragliche Wertanpassungsklausel einen Verzicht auf jede andere gleichgerichtete Wertanpassung der Vertragsleistung impliziere. Somit werde die Staffelung hinfällig, nicht dagegen der anfänglich vereinbarte indexierte Mietzins (act. 29 Rz. 25 ff.). 1.4.4. Zunächst ist der Klarheit halber festzuhalten, dass keine Staffelungsklausel vorliegt, obwohl die Mieterin stets diese Bezeichnung verwendet. Eine Staffelungsklausel bedeutet – wie die Mieterin vor Vorinstanz selbst ausführte (act. 12 Rz. 34) –, dass sich ein Mietzins periodisch um einen zum vornherein bestimmten Betrag erhöht (Art. 269c OR). Dies ist hier nicht der Fall. Der von den Parteien vereinbarte monatliche (Mindest-)Mietzins wurde vielmehr an die Mietauslastung des Gebäudes gekoppelt (vgl. act. 4 Ziff. 3.2). Es wurde weder ein genauer Staffelungsbetrag vereinbart, noch der Zeitpunkt der jeweiligen Erhöhung im Vertrag festgehalten. Vielmehr ist ungewiss, wie sich die Mietauslastung des - 10 - Gebäudes entwickelt, mithin ob überhaupt eine Erhöhung des (Mindest-)Mietzins erfolgt oder dieser gar – bei geringer Auslastung des Gebäudes – sinkt. 1.4.5. Mit ihren Einwendungen setzt die Mieterin der Argumentation der Vorinstanz sodann im Wesentlichen ihre eigene, bereits vorinstanzlich dargelegte Auffassung entgegen, ohne auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid einzugehen. Insbesondere hält die Mieterin dem Argument der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der beiden Klauseln nichts entgegen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, hat die Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung einen um 60% höheren Mietzins zur Folge. Die Indexierung wirkt sich hingegen nur im tiefen einstelligen Prozentbereich aus. Dass die Vermieterin vor diesem Hintergrund auf die Anpassung an die Mietauslastung und damit jährliche Mietzinseinnahmen von Fr. 60'000.– verzichtet hätte, erscheint – gerade auch vor dem Hintergrund des vereinbarten Mietzwecks (vgl. vorne E. 1.3) – nicht plausibel. Etwas anderes vermag auch die Mieterin nicht darzulegen. Die Mieterin macht einzig geltend, der von den Parteien abgeschlossene Nachtrag zum Mietvertrag sei von der Vorinstanz nicht gewürdigt worden. So hätten die Parteien zwei Jahre nach Abschluss des Mietvertrags die Indexierung angepasst, was ein klarer Anhaltspunkt dafür sei, dass die Parteien auf die Anpassung an die Mietauslastung verzichtet und stattdessen an der Indexierung festgehalten hätten (act. 29 Rz. 26). Es trifft zu, dass die Indexklausel zwei Jahre nach Vertragsabschluss angepasst wurde. Inwiefern daraus Rückschlüsse auf den hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gezogen werden können, legt die Mieterin aber nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Im Nachtrag wurde einzig festgehalten, dass als neuer Index jeweils der Indexstand im Oktober und nicht im November des Vorjahres gelte (act. 14/5). Die anderen Vertragsbestimmungen wurden nicht thematisiert und blieben somit unverändert bestehen. Es erfolgte also lediglich eine

Anpassung der zeitlichen Anwendungsbestimmung der Index- klausel. Daraus lässt sich aber nichts über das Verhältnis der Indexklausel zu den anderen Vertragsbestimmungen, insbesondere zur Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung, ableiten. Entgegen der Auffassung der Mieterin kann daraus, dass die jüngeren Verhandlungen über die Indexklausel geführt wurden, auch nicht geschlossen werden, dass die Parteien dieser Klausel bei Vertragsab-

- 11 - schluss mehr Gewicht zukommen liessen. Vielmehr zeigen die Ausführungen der Mieterin in ihrer Klage ans Handelsgericht, dass die Parteien bei Vertragsschluss intensive und individuelle Verhandlungen über die Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung führten (act. 14/12 Rz. 20), was deren Bedeutung unter- streicht. Demgegenüber stellt die Indexierung – wie die Vorinstanz zutreffend aus- führt – eine weit verbreitete Standardklausel dar. Deren Zweck liegt dabei im Ausgleich der Teuerung, also einzig in der Wertsicherung des in Franken festge- legten Mietzinses, nicht hingegen in der Mietzinsfestlegung an sich. Es liegt daher mehr als nahe, dass die Parteien auf diese Standardklausel verzichtet hätten und nicht auf die individuell ausgehandelte, mit dem Mietzweck verbundene Bestim- mung über die Anpassung des (Mindest-)Mietzinses an die Mietauslastung. Die Vorinstanz schloss damit zu Recht, der Mietvertrag sei aufgrund des hypotheti- schen Parteiwillens insoweit zu modifizieren, als die Indexierung gemäss Ziff. II.3.8 des Mietvertrages zu streichen sei (vgl. act. 28 E. 4.2.10).

E. 1.5

Die Vorinstanz erwog, für das Jahr 2016 habe eine Mietauslastung von 100% bestanden, weshalb ein monatlicher Mietzins in der Höhe von Fr. 13'333.33 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, mithin Fr. 14'400.–, geschuldet sei (act. 28 E. 4.2.11.). Die Berechnung wurde von der Mieterin nicht beanstandet. Entspre- chend schuldet die Mieterin der Vermieterin aufgrund ausstehender Mietzinse für die Monate November und Dezember 2016 Fr. 28'800.–. 2. Verrechnung

E. 2

Die Klägerin übernimmt die Gerichtskosten und verpflichtet sich, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 11'000.00 zu bezahlen." Das handelsgerichtliche Verfahren wurde in der Folge mit Verfügung vom 11. Ok- tober 2016 zufolge Vergleichs als erledigt abgeschrieben (act. 4/15).

E. 2.1

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 28'800.– und in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 3'850.– festzusetzen. Der Betrag ist mit dem von der Mieterin geleisteten Kos- tenvorschuss (act. 35) zu verrechnen.

E. 2.2

Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Mieterin nicht, weil sie unterliegt, der Vermieterin nicht, da ihr im Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Entscheid des Mietgerichtes des Be- zirksgerichtes Bülach vom 24. April 2018 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'850.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklag- ten und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss ver- rechnet.

E. 2.3

Im Ergebnis beschränkt sich die – anwaltlich vertretene – Mieterin auch in diesem Punkt bei ihrer Kritik an der Vorinstanz im Wesentlichen auf die Wiederholung von bereits Vorgebrachtem, ohne dass damit eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen verbunden wäre. Damit kommt sie ihrer Begründungsobliegenheit nicht nach und ihre Berufung bleibt entsprechend unbegründet, was zu deren Abweisung führt.

E. 2.4

Der Vollständigkeitshalber sei angemerkt, dass die Berufung – auch bei hinreichender Begründung – abzuweisen wäre, da die geltend gemachte Verrechnungsforderung nicht besteht. Die Mieterin begründet ihre Verrechnungsforderung damit, dass der Mietvertrag aufgrund des hypothetischen Parteiwillens insoweit zu modifizieren sei, als die Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung des Gebäudes hinfällig werde und für die ganze Mietdauer vom anfänglich vereinbarten (indexierten) Mietzins auszugehen sei. Damit stehe ihr ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch im Umfang von Fr. 288'916.50 aus zu viel bezahlten Mietzinsen der Jahre 2012 bis September 2016 zu (act. 29 Rz. 29 f.). Dieser Rückforderungsanspruch setze sich aus der Differenz zwischen den monatlich tatsächlich bezahlten Mietzinsen und den aus Sicht der Mieterin geschuldeten indexierten Mietzinsen zusammen (vgl. Tabelle act. 29 Rz. 30). Wie bereits dargelegt, entfällt aufgrund der Teilnichtigkeit die Indexierung und nicht die Anpassung des (Mindest-)Mietzinses an die Mietauslastung (vgl. hiervor E. III./1.). In diesem Umfang besteht daher kein Rückforderungsanspruch aus zu viel bezahlten Mietzinsen. Ob allenfalls Ansprüche aufgrund des Wegfalls der Indexierung bestehen, ist hier nicht zu prüfen, da dies von der Mieterin nicht geltend gemacht wird und die richterliche Rechtsanwendung von Amtes wegen ihre Grenzen darin

- 16 - findet, was die Partei als tatsächliche Begründung ihrer Ansprüche in den Prozess einführt. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss hat die Mieterin die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Beanstandungen hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten und der Parteientschädigung wurden nicht vorgebracht. Sie sind zu bestätigen (Dispositiv Ziffern 3, 4 und 5).

E. 3

Mit Eingabe vom 1. März 2017 reichte die Vermieterin – nach erfolglosem Schlichtungsversuch – Klage beim Mietgericht des Bezirksgerichtes Bülach (fortan Vorinstanz) wegen ausstehender Mietzinse für die Monate November und Dezember 2016 ein (act. 1; act. 2). Nach Eingang des Kostenvorschusses wurde der Beklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt (act. 5; act. 7; act. 8). Mit Eingabe vom 17. Mai 2017 reichte die Mieterin ihre Stellungnahme ein und erhob Widerklage (act. 12). Am 8. September 2017 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. Vi. S. 5 ff.). Mit Verfügung und Urteil vom 24. April 2018 trat die Vorinstanz auf die Widerklage nicht ein und hiess die Klage im eingangs wiedergegebenen Sinne teilweise gut (act. 25 = act. 28 = act. 30; nachfolgend zitiert als act. 28).

E. 4

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

- 17 -

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 29, sowie an das Bezirksgericht Bülach 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. 28'800.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht

hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der

Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Diggelmann MLaw J. Nagel versandt am:

24. September 2018

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