

# ZH\_OBERGERICHT NG240007 vom 13. November 2024

ZH Obergericht, 2024-11-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG240007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG240007)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG240007 du 13 novembre 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT NG240007 del 13 novembre 2024

## Erwägungen

### E. 1.1

Im angefochtenen Entscheid hielt die Vorinstanz einleitend fest, dass die von der Berufungsklägerin beabsichtigten Sanierungsarbeiten unbestrittenermassen zu erheblichen Immissionen und Störungen führen würden, die einen Verbleib der Mieterschaft [im Mietobjekt] während der Arbeiten – letztlich für beide Seiten – unzumutbar mache. Unbestritten sei auch, dass die Berufungsklägerin die Mieter der Liegenschaft vor der Kündigung nicht über die bevorstehenden Arbeiten orientiert habe (act. 34 E. IV.2.1).

### E. 1.2

Die Vorinstanz erwog sodann, dass die Berufungsklägerin weder nach Ziff. 9.5 des Mietvertrags noch nach der vom Berufungsbeklagten zur Auszugsgarantie zitierten Rechtsprechung verpflichtet gewesen wäre, die Mieterschaft vor der Kündigung über die Sanierung zu informieren (act. 34 E. IV.2.2). Ziff. 9.5 des Mietvertrags beziehe sich auf Arbeiten die den Verbleib des Mieters im Mietobjekt nicht infrage stellten (m.V.a. Art. 260 OR). Weiter erwog die Vorinstanz, aus der Rechtsprechung zur Auszugsgarantie könne nicht abgeleitet werden, dass eine Verpflichtung oder Obliegenheit des Vermieters bestehe, sein Bauprojekt schon vor der Kündigung näher zu umschreiben. Die Vorinstanz verwies sodann auf den Bundesgerichtsentscheid BGer 4A\_503/2013 vom 5. März 2014 [= MRA 4/14, 182 ff.]. Aus den bundesgerichtlichen Erwägungen (E. 4.3, letzte Sätze: "Or, celles-ci ne commandent pas d'annoncer à l'avance un congé au locataire, ni ensuite d'attendre que celui-ci ait pu trouver une solution pour se reloger. Au demeurant, le locataire n'était pas prêt à accepter un engagement inconditionnel de quitter les locaux pendant les travaux [cf. supra, consid. 3.2], ce qui clôt toute discussion") könne im Umkehrschluss geschlossen werden, dass bei einer hinreichenden Auszugsgarantie offenbar nicht "jede Diskussion geschlossen" gewesen

- 7 - wäre. Zwar könne eine entsprechende Garantie die Kündigung als solche nicht im Nachhinein zur missbräuchlichen machen, jedoch könne das Festhalten des Vermieters an der Kündigung beim Vorliegen einer ernsthaften Auszugserklärung eine nutzlose Rechtsausübung darstellen, die zur Aufhebung der Kündigung führe. Es verhalte sich gleich, wie in der vom Bundesgericht im Entscheid BGer 4A\_142/2017 vom 3. August 2017 beschriebenen – jedoch nicht vorgelegten – Situation, in welcher sich erst nach der Kündigung definitiv herausstelle, dass das Bauprojekt aus öffentlich-rechtlichen Gründen zum Scheitern verurteilt sei (m.V.a. BGer 4A\_142/2017 vom 3. August 2017 E. 4.2). Daraus folge, dass die Auszugsgarantie des Berufungsbeklagten nicht allein deshalb wirkungslos bleiben könne, weil sie erst nach der Kündigung erfolgt sei (act. 34 E. IV.2.3).

### E. 1.3

In der Folge erwog die Vorinstanz, dass die Auszugsgarantie des Berufungsbeklagten ernst gemeint sei (act. 34 E. IV.2.4) und die von der Berufungsklägerin dagegen vorgebrachten Einwendungen nicht überzeugten (act. 34 E. IV.2.4 f.). Richtig sei zwar, dass die Auszugsgarantie erst nach der Kündigung abgegeben worden sei, so dass sie diese nicht nachträglich zur treuwidrigen machen könne. Das ändere aber nichts daran, dass die Berufungsklägerin nichts Stichhaltiges gegen das Argument, ihr fehle infolge der Auszugsgarantie jegliches Interesse am Festhalten an der Kündigung, vorzubringen vermocht habe. Ziehe der Berufungsbeklagte wie verbindlich zugesagt, auf den Baubeginn aus dem Mietobjekt aus und ruhe das Mietverhältnis während der Bauzeit, so sei nicht zu sehen, inwiefern der Berufungsbeklagte dem Projekt im Wege stehen könnte.

#### **E. 1.4**

In Rahmen der allgemeinen Ausführungen zum Kündigungsschutz und zu Sanierungskündigungen stellte die Vorinstanz fest, es sei nicht einzusehen, weshalb das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot im vorliegenden Kontext einen anderen Sinn haben sollte als in der übrigen Rechtsordnung: Ein Beharren auf einem nutzlos gewordenen Recht sei ein Anwendungsfall der nutzlosen Rechtsausübung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB und somit nicht schützenswert. Im Kontext des mietrechtlichen Kündigungsschutzes bedürfe es jedoch zweier Präzisierungen: In einem solchen Fall dürfe auch der Vermieter nicht bei der Ausgangslage behaftet werden, wie sie bei der Kündigung bestanden habe. Sei

- 8 - ders gelagertes, vernünftiges Interesse an der Kündigung entstanden, so sei und bleibe die Kündigung gültig (m.V.a. CHK OR-HULLIGER/HEINRICH, 3. Aufl. 2016, Art. 271-271a N 6). Zudem könne ein treuwidriges Festhalten an der Kündigung nur im Rahmen einer Kündigungsanfechtung überprüft werden, weshalb eine Klage des Mieters innert der Frist von Art. 273 Abs. 1 OR vorausgesetzt werde. So werde die Gültigkeit der Kündigung rasch geklärt, und damit werde ausgeschlossen, dass der Einwand erst im Ausweisungsfahren erhoben werde (act. 34 E. III.1.3 S. 15 f.).

#### **E. 1.5**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, mit Treu und Glauben sei die Haltung der Berufungsklägerin, welche Gründe sie dafür auch haben möge, nicht zu verbahren. Selbst für den Fall, dass die Berufungsklägerin für die Kündigung neben dem Sanierungsprojekt – wie von ihr beteuert – keine weiteren Motive gehabt habe, erweise sich zumindest ihr Festhalten an der Kündigung trotz valabler Auszugsgarantie als missbräuchlich (act. 34 E. IV.2.5 S. 22). Gestützt auf diese Überlegungen hob die Vorinstanz die streitgegenständliche Kündigung auf (act. 34 E. IV.2.5 S. 22). 2. Parteistandpunkte

#### **E. 2.1**

Die Berufungsklägerin macht in ihrer Berufungsschrift geltend, das angefochtene Urteil verstosse gegen Art. 271 OR. Die streitgegenständliche Kündigung erfülle keine der von der Rechtsprechung zusätzlich zu Art. 271a OR entwickelten Fallgruppen. So werfe ihr die Vorinstanz gerade nicht vor, die Kündigung ohne jeden Nutzen ausgesprochen zu haben. Die vorinstanzlichen Erwägungen würden auch im Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung und zur herrschenden Praxis stehen: Das Bundesgericht habe wiederholt festgehalten, dass nachträglich weggefallene Kündigungsgründe nichts an der Gültigkeit der Kündigung ändern würden und Umstände, die sich erst nach dem Kündigungszeitpunkt

zu- tragen, eine ursprünglich zulässige Kündigung nicht im Nachhinein zu einer missbräuchlichen machen würden (m.V.a. BGE 142 III 91; 138 III 59; 132 III 737; BGer 4A\_435/2021 vom 2. Februar 2022; 4A\_127/2017 vom 25. Oktober 2017; 4A\_142/2017 vom 3. August 2017; 4A\_454/2012 vom 10. Oktober 2012; 4A\_545/2013 vom 28. November 2013). Insofern könne bei einer rechtmässigen

- 9 - Kündigung die Missbräuchlichkeit auch nicht aus dem Umstand abgeleitet werden, dass ein Vermieter an der Durchsetzung der Kündigung festhalte (act. 35 Rz. III.2.2). Nach Auffassung der Berufungsklägerin sei der (vorinstanzliche) Verweis auf BGer 4A\_142/2017 nicht einschlägig. Eine Kündigung zwecks Durchführung eines Bau-/Sanierungsprojekts, das aus öffentlich-rechtlichen Gründen gar nicht erstellt werden könne, weise von Anfang an einen Mangel auf. So habe es nichts mit einer nachträglichen Missbräuchlichkeit zu tun, wenn sich der vom Mieter geltend gemachte Anfechtungspunkt des unzulässigen Bauprojekts später als zutreffend erweise (act. 35 Rz. III.2.3). Die (vorliegend zu beurteilende) Kündigung sei gültig und nicht missbräuchlich, so die Berufungsklägerin abschliessend, weshalb die Klage des Berufungsbeklagten auf Ungültigkeit der Kündigung abzuweisen sei (act. 35 Rz. III.3.).

## **E. 2.2**

In seiner Berufungsantwort macht der Berufungsbeklagte mit Blick auf Ziff. 9.5 des Mietvertrags geltend, es sei nicht einzusehen, weshalb diese Bestimmung einzig auf kleinere Sanierungsarbeiten im bewohnten Zustand Gültigkeit haben solle. Für die Informationspflicht gemäss Mietvertrag spiele es keine Rolle, ob die Sanierung in bewohntem oder unbewohntem Zustand erfolgen könne. Für ihn wäre diese Pflicht jedoch von entscheidender Bedeutung gewesen, hätte eine vorgängige Information ihm doch erlaubt, vor der Kündigung eine Auszugsgarantie abzugeben. Dass ein Vermieter eine Leerkündigung vornehme, um damit einen höheren Mietzins zu erheben, könne für die Ungültigkeit einer mietvertraglichen Informationspflicht nicht ausschlaggebend sein (act. 42 Rz. 8 f.). Der Berufungsklägerin wirft er sodann vor, sie verkenne, dass nicht das Aussprechen, sondern das Festhalten an der Kündigung für sie ohne jeden Nutzen sei. Dies stelle einen Anwendungsfall von Art. 271 OR dar. Ihr Einwand, Umstände, welche sich erst nach dem Kündigungszeitpunkt zugetragen hätten, könnten eine zulässige Kündigung nicht im Nachhinein missbräuchlich erscheinen lassen, sei nicht überzeugend. Ein Festhalten an einer Kündigung, die durch die Abgabe einer bedingungslosen Auszugsgarantie ihres Grundes und Nutzens be-

- 10 - raubt worden sei, komme einer nutzlosen Rechtsausübung gleich. Dies stelle ein Verstoss gegen Treu und Glauben dar und sei somit missbräuchlich (act. 42 Rz. 11). Der Berufungsbeklagte macht weiter geltend, der vorliegende Fall sei – entgegen den Vorbringen der Berufungsklägerin – mit dem Bundesgerichtsentscheid BGer 4A\_142/2017 insofern vergleichbar, als bereits im Zeitpunkt der Kündigung die Auszugsgarantie des Berufungsbeklagten möglich bzw. im Grunde genommen vorhanden gewesen sei und die Kündigungsvoraussetzung einer Behinderung der Sanierung durch den Berufungsbeklagten offensichtlich nicht bestanden habe. Er habe nicht wegen eines nachträglichen, nach der Kündigung erfolgten Ereignisses, eine Auszugsgarantie abgeben können bzw. abgegeben. Hätte er von der geplanten Kündigung bzw. vom geplanten Bauvorhaben gewusst, hätte er vor Erhalt der Kündigung eine Garantie abgeben können. Aufgrund der bereits vor Aussprechen der Kündigung bestehenden Tatsachen, welche der anschliessend abgegebenen Auszugsgarantie zugrunde gelegen hätten, sei auch die vorlie-

gende Kündigung bereits im Zeitpunkt der Ausübung zum Scheitern verurteilt gewesen. Wie bei einem nicht bewilligungsfähigen Bauvorhaben habe die Berufungsklägerin im Zeitpunkt der Kündigung nichts von der fehlenden Kündigungsvoraussetzung gewusst, hätte ihr Unwissen aber durch die Erfüllung ihrer vertraglichen Informationspflicht beheben können. Das Unwissen über das Fehlen der Kündigungsvoraussetzung sei somit im Kündigungszeitpunkt erkennbar und mit einer korrekten Ausübung des Ermessens unvereinbar gewesen (m.V.a. BGer 4A\_142/2017 vom 3. August 2017 E. 4.2.1). Auch übersehe die Berufungsklägerin, dass das Bundesgericht in der genannten Entscheidung die Frage aufgeworfen habe, ob noch ein schutzwürdiges Interesse am Festhalten an der Kündigung bestehe, wenn definitiv feststehe, dass nicht gebaut werden könne. Das Bundesgericht schliesse demnach nicht aus, sondern erachte es eben als möglich, dass ein Festhalten an einer Kündigung ohne schützenswertes Interesse zu einer missbräuchlichen Kündigung führen könne bzw. zumindest zum Verlust des Rechts führe, an einer Kündigung trotz weggefallenem Kündigungsgrund festzuhalten (act. 42 Rz. 13).

- 11 -

### **E. 2.3**

Auf die Vorbringen der Berufungsklägerin bzw. des Berufungsbeklagten ist in der Folge im Einzelnen einzugehen.

### **E. 3**

Informationspflicht gemäss Ziff. 9.5 des Mietvertrags

#### **E. 3.1**

Wie vorstehend erwähnt (vgl. E. III.1.2. oben), kam die Vorinstanz durch Auslegung von Ziff. 9.5 des Mietvertrags zum Schluss, diese Bestimmung entspreche inhaltlich Art. 260 OR.

#### **E. 3.2**

Das Zustandekommen und der Inhalt einer Vereinbarung bestimmen sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem tatsächlichen und übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Dieser ist – gegebenenfalls empirisch anhand von Indizien – offenzulegen, ohne dabei bei den ungenauen Ausdrücken oder Bezeichnungen, deren sich die Parteien möglicherweise bedient haben, stehen zu bleiben (vgl. statt vieler BGE 142 III 239 E. 5.2.1 = Pra 107 [2018] Nr. 7). Bleibt ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. statt vieler BGE 140 III 134 E. 3.2; 140 III 86 E. 4.1 = Pra 103 [2014] Nr. 79; 138 III 659 E. 4.2.1; 135 III 295 E. 5.2 = Pra 98 [2009] Nr. 121 je m.w.H.). Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Auszugehen ist vom Wortlaut der Erklärungen, wobei diese nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Denn auch wenn der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Für die Auslegung nach dem

Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann aber allenfalls auf einen tatsächlichen Willen

- 12 - der Parteien schliessen lassen (vgl. BGE 133 III 61 E. 2.2.1 = Pra 97 [2008] Nr. 4; 132 III 626 E 3.1; 131 III 377 E. 4.2 = Pra 95 [2006] Nr. 31; 129 III 675 E. 2.3 je m.w.H.; BGer 8C\_99/2017 vom 22. Juni 2017 E. 5.1 m.w.H.).

### **E. 3.3**

Im vorinstanzlichen Verfahren unterliessen es beide Parteien, Ausführungen zu ihrem tatsächlichen Willen im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses zu machen (vgl. act. 24 Rz. 9 [Berufungsbeklagter]; Prot. Vi. S. 8 [Berufungsklägerin]). Der wirkliche Wille der Parteien kann folglich nicht festgestellt werden, weshalb Ziff. 9.5 des Mietvertrags nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist.

### **E. 3.4**

Bei der Auslegung von Ziff. 9.5 des Mietvertrags nach dem Vertrauensprinzip kommt der gesetzlichen Regelung von Art. 260 OR besondere Bedeutung zu. Gemäss Art. 260 OR kann der Vermieter Erneuerungen oder Änderungen am Mietobjekt nur vornehmen, wenn sie für den Mieter zumutbar sind und das Mietverhältnis nicht gekündigt ist. Der Vermieter muss bei der Ausführung der Arbeiten auf die Interessen des Mieters Rücksicht nehmen; allfällige Ansprüche des Mieters auf Herabsetzung des Mietzinses (Art. 259d) und auf Schadenersatz (Art. 259e) bleiben vorbehalten. Aus der Verpflichtung des Vermieters, auf die Interessen des Mieters Rücksicht zu nehmen, ergibt sich, dass er den Mieter über die Arbeiten rechtzeitig zu informieren hat. Die Information soll dem Mieter Aufschluss über den Umfang und die Art der vorgesehenen Arbeiten, die voraussichtliche Dauer und den Umfang der Störung sowie den Einfluss dieser Investition auf den Mietzins geben. Die Ankündigung hat rechtzeitig zu erfolgen, so dass der Mieter zweckmässige Dispositionen treffen kann (SVIT-Kommentar/BÄTTIG, 4. Aufl. 2018, Art. 260-260a N 28, N 43; MPra-WYTTENBACH, 10. Aufl. 2022, N 12.6.1; CPra Bail-AUBERT, 2. Aufl. 2017, Art. 260 N 40; GIGER, in: Berner Kommentar, Die Miete, 2020, Art. 260 N 38). Insbesondere erhebliche Erneuerungen oder Änderungen sind frühzeitig anzukündigen, damit der Mieter in Kenntnis der Sachlage entscheiden kann, ob er die Arbeiten in Kauf nehmen oder den Mietvertrag künden will (CPra Bail-AUBERT, 2. Aufl. 2017, Art. 260 N 40; vgl. auch HIGI/WILDISEN, in: Zürcher Kommentar, Die Miete, 5. Aufl. 2019, Art. 260 N 56 f.; MPra-WYTTENBACH, 10. Aufl. 2022, N 12.6.1). Ferner gebietet das Gebot der Rücksichtnahme, die Arbeiten schonend

- 13 - vorzunehmen. Dies beinhaltet, dass die Arbeiten nicht an Sonn- und Feiertagen ausgeführt werden dürfen (SVIT-Kommentar/BÄTTIG, 4. Aufl. 2018, Art. 260-260a N 40; MPra-WYTTENBACH, 10. Aufl. 2022, N 12.6.3; Botschaft 1985, BBl 1985 I 1389, S. 1439). Der Mieter ist seinerseits neben der Duldung der Arbeiten u.a. auch verpflichtet, den Zugang zum Mietobjekt zu gewähren (SVIT-Kommentar/BÄTTIG, 4. Aufl. 2018, Art. 260-260a N 47; GIGER, in: Berner Kommentar, Die Miete, 2020, Art. 260 N 42).

### **E. 3.5**

Ziff. 9.5 des Mietvertrags trägt die Überschrift "Erneuerungsarbeiten und bauliche Änderungen des Vermieters". Dies entspricht nahezu dem Wortlaut der Marginale von Art. 260 OR "Erneuerungen und Änderungen durch den Vermieter". Gemäss dem ersten

Abschnitt von Ziff. 9.5 des Mietvertrags sind "Erneuerungen und Änderungen am Mietobjekt (...) ohne Zustimmung des Mieters nur zulässig, wenn sie für den Mieter zumutbar sind und das Mietverhältnis nicht gekündigt ist. Vorbehalten bleiben die Mietzinsherabsetzungs- und Schadenersatzansprüche des Mieters". Auch diesbezüglich besteht eine Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut und der ratio legis von Art. 260 OR. Damit betrifft die vertragliche Regelung nicht nur den gleichen Gegenstand wie Art. 260 OR (Erneuerungen und Änderungen am Mietobjekt durch den Vermieter, zu deren Duldung der Mieter unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet ist), sondern sieht auch die gleichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Arbeiten (Zumutbarkeit und ungekündigtes Mietverhältnis) und die gleichen Rechtsbehelfe für den Mieter vor (Minderung des Mietzinses und Schadenersatz). Gemäss Ziff. 9.5 des Mietvertrags hat der Vermieter den Mieter über die geplanten Arbeiten rechtzeitig zu informieren, in der Regel mindestens einen Monat vor Beginn der Arbeiten und bei erheblichen baulichen Eingriffen oder Erneuerungsarbeiten, welche den Gebrauch der Mietsache beeinträchtigen oder eine Vertragsveränderung zur Folge haben, vier Monate im Voraus (zweiter Absatz). Im dritten Absatz wird der Umfang der Informationspflicht festgelegt. Auch in Bezug auf die Informationspflicht stimmt die vertragliche mit der gesetzlichen Regelung von Art. 260 OR überein. Die vertragliche Regelung von Ziff. 9.5 sieht weiter vor, dass der Mieter den Handwerkern und Lieferanten den Zutritt zu seinem Mie-

- 14 - tobjekt zu ermöglichen hat und auf den Mieter bei den Arbeiten gebührend Rücksicht zu nehmen ist. Während Sonn- und Feiertagen dürften keine Arbeiten durchgeführt werden (vgl. vierter Absatz). Auch dies stimmt mit dem Rücksichtsgebot des Vermieters sowie der Pflicht des Mieters zur Zugangsgewährung gemäss Art. 260 OR überein. Diese Übereinstimmungen sprechen dafür, dass mit Ziff. 9.5 des Mietvertrags die gesetzliche Regelung von Art. 260 OR übernommen werden sollte. Weiter gilt es Ziff. 9.5 im Zusammenhang mit den anderen Vertragsbestimmungen auszulegen. In der vorangehenden Ziff. 9.4 wird der Unterhalt des Mietobjekts (vgl. act. 3/1 S. 6) und in der nachgehenden Ziff. 9.6 die Änderungen am Mietobjekt durch den Mieter geregelt (vgl. act. 3/1 S. 7). Dies entspricht der Gesetzessystematik. So regelt Art. 259 ff. OR Mängel während der Mietdauer und Art. 260a OR Erneuerungen und Änderungen durch den Mieter. Folglich lässt auch das Sinngefüge des Mietvertrags darauf schliessen, dass Ziff. 9.5 des Mietvertrags Art. 260 OR wiedergeben sollte.

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