

ZMP 2023 Nr. 12

Art. 256 Abs. 2 OR; Art. 257d Abs. 2 OR; Art. 259d OR; Art. 259g OR. Rohbaumiete. Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch. Verhältnis zwischen Minderung und Hinterlegung des Mietzinses. Kündigung wegen Zahlungsverzugs.

Auch bei der Rohbaumiete ist ein Verzicht des Mieters auf Mängelrechte nur gültig, soweit die konkrete Vereinbarung der Parteien sich insgesamt nicht zu seinem Nachteil auswirkt. Es genügt daher grundsätzlich nicht, wenn die Mietsache sich beim vertraglichen Mietbeginn in einem Zustand befindet, der zwar die Bauarbeiten des Mieters ermöglicht, diesem aber wegen öffentlich-rechtlicher Schranken selbst bei rechtzeitiger Veranlassung der Arbeiten keine Aussicht bietet, die Sache ab Mietbeginn für den vertraglich vereinbarten Zweck zu gebrauchen. Besteht ein Mangel, ist der Mieter zwar nicht zur Hinterlegung verpflichtet und kann den Mietzins auch eigenmächtig herabsetzen. Allerdings ist er für den Mangel beweisbelastet. Stellt sich im Beweisverfahren heraus, dass bezüglich der Kanalisation im Hausinnern zwar Auflagen der zuständigen Behörden bestanden, dass diese aber weder den Bauarbeiten noch einer Betriebsbewilligung für den Mieter entgegenstanden wären («Inliner-Sanierung»), erweist sich eine Kündigung als gültig, welche die Vermieterin gestützt auf Art. 257d OR wegen unterlassener Mietzinszahlungen ausgesprochen hat.

Aus dem Urteil des **Mietgerichts Zürich** MJ220090-L vom 25. Oktober 2023 (nicht rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Renz, Bauert; Gerichtsschreiberin Schaub):

«(...)

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

1.1. Die Parteien haben am 5. bzw. 10. März 2022 einen Mietvertrag über ein Ladenlokal und zugehörige Nebenräume zum Zweck des Betriebs einer Bäckerei

samt Nebenwirtschaft an der N.-strasse Y in Zürich mit erstmaliger Mietzinszahlung für den Monat April 2022 abgeschlossen. Der vereinbarte Nettomietzins beträgt monatlich Fr. 2'835.– zzgl. Fr. 300.– akonto für Nebenkosten. Die Parteien haben mit diesem Mietvertrag ein bereits einmal im September 2020 begründetes, jedoch aufgrund diverser Streitigkeiten von der Beklagten (Vermieterin) gekündigtes Geschäftsmietverhältnis durch einen aussergerichtlich abgeschlossenen Vergleich neu wieder aufgenommen.

1.2. Der Kläger beabsichtigt im Ladenlokal den Betrieb einer Bäckerei und den Verkauf von Backwaren über die Ladentheke sowie die Bewirtung von Gästen im Bäckereilokal selbst. Dafür ist es notwendig, den Gästen Sanitäranlagen (Lavabo und WC) zur Verfügung zu stellen, wofür dem Kläger von der Beklagten die entsprechenden Nebenräume, befindlich in den angrenzenden Räumen an der O.-strasse M, vermietet wurden. Gemäss Ziff. 7 des Mietvertrags vom 5. bzw. 10. März 2022 sollte der Ausbau der Mietflächen (inkl. Einbau der benötigten Sanitäranlagen) durch den Mieter auf eigene Kosten erfolgen, wobei die Ausbaupläne des Mieters durch die Vermieterin bei Vertragsabschluss bereits genehmigt worden waren und den Baueingabeplänen der «Z. Architektur» vom 15. Januar 2021 entsprachen, welche integrierenden Bestandteil des Mietvertrags bilden.

1.3. Seit Beginn des Mietverhältnisses zeichneten sich Differenzen zwischen dem Kläger und der Beklagten bezüglich des Zustands der Liegenschaftsentwässerung ab. Der Kläger war der Ansicht, dass es in der Verantwortung der Beklagten liege, zunächst die Grundinstallation bzw. Sanierung der Liegenschaftsentwässerung im Mietobjekt vorzunehmen, bevor er selber mit dem beabsichtigten und im Mietvertrag vorgesehenen Ausbau des Ladenlokals beginnen könne, was die Beklagte zu Unrecht nicht getan habe. Der Kläger war folglich der Auffassung, es bestehe keine Aussicht darauf, dass er seinen Betrieb zeitnah würde eröffnen können, solange die Beklagte besagte Arbeiten nicht ausgeführt habe, da er aufgrund der mangelhaften Liegenschaftsentwässerung keine Betriebsbewilligung erhalten würde. Deshalb entrichtete er im Sinne einer eigenmächtigen Mietzinsminderung von Beginn an (also ab April 2022) keine Mietzinszahlungen an die Beklagte. Daraufhin mahnte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 3. Mai 2022 für die ausstehenden Mietzinse für die Monate April und Mai ab, setzte eine Zahlungsfrist

bis am 7. Juni 2022 an und drohte im Falle unbenützten Ablaufs der Frist mit der Kündigung des Mietverhältnisses. Mit Schreiben vom 8. Juni 2022 wurde der Kläger erneut für die ausstehenden Mietzinse der Monate April, Mai und Juni 2022 (total Fr. 9'405.– inkl. NK) abgemahnt und es wurde ihm eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um die offenen Mietzinse zu begleichen, ansonsten werde das Mietverhältnis gekündigt. Nach unbenutztem Ablauf der Zahlungsfrist kündigte die Beklagte das Mietverhältnis mit amtlichem Formular vom 13. Juli 2022 per 31. August 2022.

2. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 12. August 2022 (Datum der Postaufgabe) machte der Kläger das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 3. Oktober 2022 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden und es wurde dem Kläger die Klagebewilligung ausgestellt.

Mit Eingabe vom 7. November 2022 (Poststempel) reichte der Kläger innert Frist (Art. 209 Abs. 4 ZPO) eine begründete Klage [auf Ungültigerklärung der Kündigung] ein. Mit Beschluss vom 10. November 2022 wurde die Klage samt Beilagen der Beklagten zugestellt, die Prozessleitung an den Mietgerichtspräsidenten delegiert und dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 6'680.– angesetzt, welcher fristgemäss einging. Mit Präsidialverfügung vom 24. November 2022 wurde der Beklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Klage angesetzt. Innert Frist reichte die Beklagte am 7. Dezember 2022 (Datum der Postaufgabe) eine Stellungnahme inkl. Beilagen ein und erhob zugleich Widerklage [hauptsächlich auf Ausweisung des Klägers und Bezahlung offener Mietzinse]. Mit Präsidialverfügung vom 12. Dezember 2022 wurde das Doppel der Stellungnahme zur Klage und Widerklage samt Beilagen dem Kläger zugestellt und der Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'950.– angesetzt, welcher fristgemäss einging. Daraufhin wurden die Parteien zur Hauptverhandlung am 16. Februar 2023 vorgeladen.

Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre Parteivorträge und erhielten Gelegenheit zu Replik und Duplik. Die Parteien schlossen anlässlich der

Verhandlung einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt ab, der vom Kläger mit Eingabe vom 27. Februar 2023 (Datum Poststempel) rechtzeitig innerhalb der vereinbarten Frist widerrufen wurde.

Am 30. März 2023 erging der Beweisbeschluss. Das Gericht forderte daraufhin bei Entsorgung und Recycling Zürich (ERZ) sowie bei den zuständigen Baubehörden bzw. der Kreisarchitektin eine schriftliche Auskunft an. Am 10. Mai 2023 erstattete das ERZ dem Gericht die angeforderte schriftliche Auskunft und die Kreisarchitektin erteilte dem Gericht telefonisch die Auskunft, dass sie seitens der Baubehörden keine weiteren sachdienlichen Informationen liefern könne. Den Parteien wurde daraufhin mit Verfügung vom 14. Juni 2023 Frist zur Erstattung der schriftlichen Schlussvorträge angesetzt. Von der den Parteien zugleich eingeräumten Möglichkeit, stattdessen eine die Ansetzung einer mündlichen Schlussverhandlung zu verlangen, wurde beidseits kein Gebrauch gemacht. Der Schlussvortrag der Beklagten erging innert Frist am 4. Juli 2023, derjenige des Klägers innert erstreckter Frist am 28. August 2023. Mit Verfügung vom 31. August 2023 wurden die Doppel der Schlussvorträge jeweils der Gegenpartei zugestellt und das Verfahren für spruchreif erklärt. Die Beklagte und Widerklägerin liess sich daraufhin ein weiteres Mal vernehmen. Weitere Eingaben unterblieben.

II. Prozessuales

1. Zuständigkeit und Verfahrensart

1.1. Die vorliegende Hauptklage betrifft eine Mietstreitigkeit nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO (Kündigungsschutz) und ist deshalb unabhängig vom Streitwert im vereinfachten Verfahren zu behandeln. Die Widerklage bezüglich Geldforderung fällt gestützt auf Art. 243 Abs. 1 ZPO ebenfalls unter das vereinfachte Verfahren. Das Mietgericht Zürich ist als Kollegialgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis, dem ein im Bezirk Zürich gelegenes Mietobjekt zugrunde liegt und beträgt der Streitwert doch mehr als Fr. 30'000.– (Art. 33 ZPO; § 21 Abs. 1 lit. a i. V. m. § 26 GOG).

1.2. Sowohl bezüglich Haupt- als auch bezüglich Widerklage ist der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. a und lit. b Ziff. 1 ZPO). Das Gericht beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl., Art. 247 N 4). Dabei ist für das Ausmass der richterlichen Hilfe u.a. ausschlaggebend, wie kompliziert die Materie ist, wie weit die intellektuellen Fähigkeiten der betroffenen Partei reichen, ob diese anwaltlich vertreten oder rechtskundig ist und ob ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BSK ZPO-MAZAN, a.a.O., Art. 247 N 16 ff.; KUKO ZPO-FRAEFEL, 3. Aufl., Art. 247 N 10; BRUNNER/STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 247 N 12).

2. Widerklage

2.1. Nach Art. 224 i. V. m. Art. 219 und 243 ff. ZPO kann die beklagte Partei auch im vereinfachten Verfahren Widerklage erheben, wenn für beide Klagen die gleiche Verfahrensart zur Anwendung gelangt. Dass vorliegend für beide Klagen die gleiche Verfahrensart anwendbar ist, ergibt sich aus Art. 243 Abs. 2 lit. c bzw. Art. 243 Abs. 1 ZPO. Die gleiche sachliche Zuständigkeit ist nicht erforderlich. Übersteigt die Widerklage die Kompetenz des für die Hauptsache zuständigen Gerichts, so erfolgt eine Überweisung an das Gericht mit der höheren Spruchkompetenz (KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, 3. A., Basel 2021, Art. 224 N 6 f.). Im vorliegenden Fall umfasst die Kompetenz des Kollegialgerichts demzufolge auch die Widerklage. Der Einfachheit halber wird der Kläger/Widerbeklagte nachfolgend jeweils als Kläger, die Beklagte/Widerklägerin als Beklagte bezeichnet.

III. Parteistandpunkte

1. Standpunkt des Klägers

Der Kläger führt zusammengefasst aus, dass er zwar gemäss Mietvertrag für die Installation der für den Betrieb der Bäckerei notwendigen Sanitäreinrichtungen selber

verantwortlich sei, die Beklagte dafür jedoch zunächst diverse Grundinstallationen hätte vornehmen müssen. Die Parteien hätten sich am 30. März 2022, also noch vor dem eigentlichen Mietbeginn, vor Ort an der N.-strasse Y/O.-strasse M mit dem Architekten zu einer Vorbesprechung getroffen. Bereits zu diesem Zeitpunkt habe sich abgezeichnet, dass die Beklagte selber noch eine Vielzahl an baulichen Massnahmen treffen müsse, damit der Betrieb der Bäckerei aufgenommen werden könne. Insbesondere habe sich gezeigt, dass die Liegenschaftsentwässerung nicht in gesetzeskonformem Zustand sei und die Beklagte noch zahlreiche Instandsetzungs- und Umbauarbeiten vornehmen müsse. Entsprechend habe der anwesende Architekt Fabian P. im Auftrag des Klägers bei Lars Q. sowie Ralph R., dem beauftragten Architekten der Beklagten, nachgefragt, ob die Liegenschaftsentwässerung instand gestellt werde und alles wie geplant laufe, worauf Lars Q. mit E-Mail vom 5. April 2022 zugesichert habe, dass das Kanalisationsgesuch der Beklagten bewilligt und alles in Ordnung sei. In der darauffolgenden Zeit habe sich jedoch durch eigene Abklärungen von Fabian P. gezeigt, dass die Liegenschaftsentwässerung mangelhaft sei. Dieser Umstand sei der Beklagten seit langem klar gewesen, wie sich nach Rücksprache mit der Kreisarchitektin S. gezeigt habe. Gleiches zeige auch eine E-Mail des Architekten Ralph R., welcher am 20. Mai 2022 nach einer Begehung mit T. vom ERZ unter anderem festgehalten habe, dass die Spüle im Ladenlokal an die Kanalisation der N.-strasse Y angeschlossen werden müsse, diese Kanalisation jedoch nicht den Vorgaben des ERZ entspreche, wobei der Termin hierfür seit 2019 abgelaufen sei und die entsprechende Sanierung durch die Stockwerkeigentümerschaft dringend realisiert werden müsse. Die Verantwortung für die Vornahme dieser Arbeiten liege alleine bei der Beklagten, in deren Keller sich die entsprechenden Installationen befänden.

Die Beklagte habe sich geweigert, die erforderlichen Arbeiten auszuführen und sich darüber mit den übrigen Stockwerkeigentümern der Liegenschaft in einem Rechtsstreit befunden. Die von der Beklagten vorgenommenen Versuche, die Mängel zu beheben, seien äusserst fahrlässig und unzureichend gewesen, so habe sie beispielsweise die Abflussrohre mit Gewebepapier abgeklebt. Die Instandstellung der Liegenschaftsentwässerung sei jedoch für die Aufnahme des

vertraglich vereinbarten Betriebs durch den Kläger unabdingbar, weil die Sanitäranlagen nur bei sanierter Liegenschaftsentwässerung in Betrieb genommen werden könnten und auch die Entwässerung im Ladenlokal nur dann in die Liegenschaftsentwässerung eingebunden werden könne. Ohne funktionierende Sanitäranlagen könne er keine Betriebsbewilligung für den Betrieb der Bäckerei samt Ladenlokal erhalten (...; vgl. auch die Ausführungen zu den erforderlichen Hygienestandards in ...). Die Ausführungen in der Stellungnahme des ERZ, wonach die Kanalisation jederzeit funktionsfähig gewesen sei, seien lediglich grundsätzlicher Natur und könnten nicht über den desolaten Zustand der Kanalisation hinwegtäuschen. Ergänzend sei auch die Entlüftungsanlage mangelhaft und die Beklagte weigere sich auch hier, die entsprechenden Reparaturen vorzunehmen.

Es habe in der Verantwortung der Beklagten gelegen, den Grundausbau samt funktionstüchtiger Kanalisation sowie Entlüftungsanlage sicherzustellen. Deshalb habe der Kläger im Sinne einer 100% Mietzinsminderung ab April 2022 (Beginn des Mietverhältnisses) keine Mietzinszahlungen geleistet, weil das Mietobjekt nicht zu gebrauchen gewesen sei. Es sei unerheblich, dass er selber bereits Umbauarbeiten in den Räumlichkeiten hätte vornehmen können, denn solange die Beklagte ihrerseits nicht gehandelt habe, hätte der Betrieb der Bäckerei samt Nebenwirtschaft nicht aufgenommen und die Sanitäranlagen nicht genutzt werden können. Ebenfalls sei unerheblich, dass der Kläger den Mietzins nicht hinterlegt habe. Eine förmliche Abmahnung an die Beklagte hätte ohnehin keinen Erfolg gezeitigt, da der Beklagten die Problematik längst bekannt gewesen sei und diese trotzdem nie darum bemüht gewesen sei, entsprechende Sanierungen vorzunehmen. Die Kündigung der Beklagten sei deshalb missbräuchlich und der Zahlungsbefehl vom 14. Juli 2022 sei für eine unberechtigte Forderung ergangen, da der Kläger der Beklagten bis heute keinen Mietzins schulde.

2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte ist der Ansicht, dass sie ihre Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis vollumfänglich erfüllt habe und bestreitet insbesondere, dass das Mietobjekt in irgend einer Weise in einem mangelhaften Zustand (gewesen) sei, der den Betrieb einer Bäckerei verunmöglichen würde. Der Kläger habe jederzeit freien Zugang

zum Mietobjekt gehabt und die Beklagte zu keiner Zeit formal für allfällige Mängel abgemahnt und weder angedroht, den Mietzins zu hinterlegen, noch ihn tatsächlich hinterlegt. Auch sonst habe er kaum und nur knapp mit der Beklagten kommuniziert.

In der Tat habe die Beklagte noch einige offene Bauprojekte in der Liegenschaft N.-strasse Y/O.-strasse M, bzw. habe sie diese gehabt, wobei sie von den übrigen Stockwerkeigentümern der Liegenschaft (...) nicht immer unterstützt worden sei. Diese hätten gegen eine der Baubewilligungen für die Sanierung der Abwasserleitungen Rekurs beim Baurekursgericht eingelegt, nicht jedoch wegen des Inhalts der Bewilligung, sondern wegen der Frage, ob die Baubehörden der Bauherrschaft eine (kürzere) Umsetzungsfrist hätten ansetzen müssen. Das Baurekursgericht habe diese Frage unterdessen bejaht, die Beklagte habe diesen Entscheid akzeptiert und die Sanierung mittlerweile umgesetzt. Durch das Verfahren habe sich die Sanierung jedoch verzögert und die Beklagte habe die Baufreigabe dafür erst im Dezember 2022 erhalten. Dies habe jedoch nichts mit den Umbauten durch den Kläger zu tun. Dieser habe seit Februar 2021 die nötige Baubewilligung für die Arbeiten im Zusammenhang mit seiner Bäckerei gehabt und hätte längstens die Baufreigabe erwirken können, wenn er die ihm dafür auferlegten Auflagen und Bedingungen erfüllt hätte. Dies zu tun sei er seit dem 1. April 2022 und auch schon früher frei gewesen, unabhängig vom Stand der Baufreigabe für die Beklagte und von deren Bauarbeiten. Das habe die Beklagte intern abgeklärt. Der Kläger habe diese Ausgangslage offenbar nicht verstanden, obwohl sowohl der Architekt Lars Q., als auch der Rechtsvertreter der Beklagten ihm die Umstände mehrmals erläutert hätten. Auch die Kreisarchitektin S. habe dem Kläger mit E-Mail vom 7. Juni 2022 bestätigt, dass er die Baufreigabe für die von ihm angestrebten Umbauarbeiten im Mietlokal und den Nebenräumen erhalte, sofern er die ihm in der Baubewilligung erfüllten Auflagen (die nicht im Zusammenhang mit der Liegenschaftsentwässerung stünden) erfüllt habe. Die Baubehörde hätte dem Kläger kaum die Erteilung der Baufreigabe in Aussicht gestellt, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass die vom Kläger zu bauende WC-Anlage gar nicht an das in der Liegenschaft vorhandene und den Behörden bekannte Abwassersystem hätte angeschlossen und deshalb die Bauabnahme (und Betriebsbewilligung) nicht hätte erfolgen können.

Das ERZ habe ausdrücklich bestätigt, dass die Grundleitungen an den beiden Adressen an den relevanten Daten am 1. April 2022 und 8. Juni 2022 funktionstüchtig gewesen seien. Im Frühjahr 2022 hätten keine nachvollziehbaren Zweifel daran bestanden, dass der Kläger für die Kleinbäckerei die Bauabnahme erhalten und keine Probleme mit der Betriebsbewilligung entstehen würden.

Es gelinge dem Kläger nicht nachzuweisen, dass ihm von den Behörden keine Betriebsbewilligung für die Bäckerei erteilt worden wäre ob der Situation betreffend Kanalisation / Entwässerung der Liegenschaft. Er habe nie beim für die Bewilligung zuständigen Amt nachgefragt und einen entsprechenden Vorbescheid verlangt. Massgeblicher Zeitpunkt für diese Frage sei überdies sowieso erst derjenige Moment, in welchem der Kläger seine Kleinbäckerei baulich umgesetzt und dafür vom Bauamt die Abnahme erhalten hätte. Erst dann hätte sich allenfalls überhaupt die Gewässerschutz-Konformitätsfrage gestellt. Dieser Zeitpunkt wäre frühestens Ende 2022 erreicht gewesen. Es genüge nicht, wenn der Kläger einfach behauptete, sein eigener Umbau sei ihm nicht parallel zur Sanierung durch die Vermieterin zumutbar gewesen. Selbst wenn der Kläger bis Ende 2022 mit sämtlichen Umbauten fertig gewesen wäre, hätte er schlimmstenfalls für die Betriebsbewilligung noch eine Wartezeit von drei Monaten bis März 2023 (tatsächlicher Zeitpunkt des vollständigen Abschlusses der Sanierungsarbeiten an der Liegenschaftsentwässerung durch die Vermieterin) auferlegt erhalten und hätte wenn, dann höchstens für diesen Zeitraum im 1. Quartal 2023 Ansprüche auf eine Mietzinsreduktion verlangen können.

Damit stehe fest, dass der Kläger seine Kleinbäckerei spätestens ab 1. April 2022 aktiv hätte umbauen können. Ein Verzugstatbestand sei zu keiner Zeit vorgelegen. Abgesehen davon hätte der Kläger einen allfälligen Mangel anzeigen und rügen sowie die Hinterlegung des Mietzinses androhen müssen, was er nicht getan habe. Die Kündigung des Mietverhältnisses per 31. August 2022 sei deshalb formgültig und fristgerecht erfolgt und stütze sich auf Art. 257d OR. Der Kläger schulde der Beklagten ab dem 1. April 2022 den vereinbarten monatlichen Bruttomietzins von CHF 3'135.-. Mit Zahlungsbefehl vom 14. Juli 2022 des Betreibungsamtes Zürich Y sei der Kläger für die Mietzinse April bis Juli 2022 in der Höhe von total CHF

12'540.– betrieben worden. Der dagegen erhobene Rechtsvorschlag sei zu beseitigen und es sei der Beklagten die definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Des Weiteren schulde der Kläger der Beklagten auch die Mietzinse von August 2022 bis Januar 2023 in der Höhe von CHF 18'350.–. Total schulde der Kläger der Beklagten folglich CHF 31'350.– für die Mietzinse April 2022 bis Januar 2023, wovon CHF 30'000.– im vorliegenden Verfahren im Sinne einer Teilklage geltend gemacht würden.

IV. Rechtliche Grundlagen

1. Ausserordentliche Kündigung bei Zahlungsrückstand des Mieters

1.1. Ist der Mieter nach Übernahme einer Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Objekt des Zahlungsrückstands des Mieters sind die fälligen Mietzinse oder Nebenkosten (vgl. Art. 257-257b OR). Unbedeutend ist, ob der Mieter die Mietzinsforderung bestreitet; Art. 257d Abs. 1 OR verlangt nur die Fälligkeit der Forderung, nicht jedoch, dass ein diesbezüglicher Ausstand unbestritten oder gerichtlich festgestellt ist (BGE 140 III 591 E. 3.2.). Einen Zahlungsrückstand bildet somit jede nicht termingerechte Erbringung der fälligen Leistung, soweit diese als Gegenleistung für die gehörige Gebrauchsüberlassung und den Gebrauch der Mietsache zu gelten hat.

1.2. Der Mieter kann sich gegen eine drohende Kündigung wegen Zahlungsrückstandes auf die Verrechnungseinrede berufen. Falls die Verrechnungseinrede begründet ist, besteht kein Zahlungsrückstand. In der Praxis betrifft die Verrechnungseinrede vor allem behauptete Gegenforderungen des Mieters wegen Mangelhaftigkeit der Mietsache, beispielsweise Schadenersatzansprüche, Ersatz der Mängelbehebungskosten etc. (REUDT, SVIT-Kommentar, N 18 zu Art. 257d OR).

Bei Mängeln an der Mietsache kann der Mieter des weiteren einen Anspruch auf verhältnismässige Herabsetzung des Mietzinses (Herabsetzungseinrede) geltend machen (Art. 259d OR). Bei der Geltendmachung eines Herabsetzungsanspruches handelt es sich nicht um eine eigentliche Verrechnung, sondern nach der einen Lehrmeinung um die Ausübung eines vertragsändernden Gestaltungsrechts (Tschudi, SVIT-Kommentar, N 39 zu Art. 259d OR), nach der anderen um eine gesetzliche Verminderung des geschuldeten Mietzinses (Weber, BSK, N 4 zu Art. 259d OR). Die umstrittene Rechtsnatur der Herabsetzung kann jedoch offen bleiben, weil sie für die vorliegende Fragestellung keine Rolle spielt (vgl. auch BGE 142 III 557 E. 8.3).

1.3. Fraglich ist, wie der Mieter im Falle eines von ihm geltend gemachten Herabsetzungsanspruches vorzugehen hat, ohne eine Zahlungsverzugskündigung zu riskieren. Das Bundesgericht hatte zunächst in einem nicht publizierten Entscheid aus dem Jahr 2014 festgehalten, dass der Mieter bei behebbaren Mängeln an der Mietsache nicht berechtigt ist, von sich aus einseitig eine Mietzinsreduktion vorzunehmen, sondern er in solchen Fällen die Behebung des Mangels verlangen und den Mietzins nach den Regeln von Art. 259g ff. OR hinterlegen muss, wenn er unter Berufung auf eine Mietzinsminderung nach Art. 259d OR eine Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR abwenden will (BGE Urteile 4A_140/2014 und 4A_150/2014 vom 6. August 2014 E. 5.2). Vorliegend handelt es sich beim vom Kläger behaupteten Mangel um einen behebbaren Mangel, weshalb der Kläger gemäss dieser Rechtsprechung zunächst von der Beklagten hätte die Mängelbeseitigung verlangen und den Mietzins hinterlegen müssen, während ihm eine einseitige (nachträgliche) Herabsetzungseinrede nicht mehr zustünde. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde in der Lehre teilweise als Versehen bzw. als unglückliche Urteilsfindung qualifiziert (Reudt, SVIT-Kommentar, N 22 zu Art. 257d OR). Denn einerseits dürfen bloss fällige Mietzinse gemahnt, umgekehrt aber bloss nicht fällige Mietzinse hinterlegt werden. Ergeht eine Zahlungsaufforderung der Vermieterin gestützt auf Art. 257d OR, so hat der Mieter, der seinerseits einen Herabsetzungsanspruch geltend machen will, zu diesem Zeitpunkt gar keine Möglichkeit mehr, den Mietzins gemäss Art. 259g OR zu hinterlegen, um die

Zahlungsverzugskündigung zu verhindern (vgl. dazu BÄTTIG, SVIT-Kommentar, N 17 zu Art. 265 OR).

1.4. Die soeben erwähnte Rechtsprechung wurde jedoch vom Bundesgericht im später ergangenen Leiturteil BGE 142 III 557 nicht mehr erwähnt und scheint obsolet geworden zu sein. Das Bundesgericht bestätigte nämlich im genannten Urteil ausdrücklich, dass sich dem Gesetz keinerlei zeitliche Beschränkung der Minderungserklärung entnehmen lässt (a.a.O. E. 8.3.1) und dass der Minderungsanspruch unabhängig von der Zulässigkeit einer Mietzinshinterlegung besteht (a.a.O. E. 8.3.3). Deshalb wird in der Lehre zu recht die Auffassung vertreten, dass dem Mieter die Minderungserklärung bei Mängeln, die er dem Vermieter angezeigt hat, jederzeit offen stehen muss, ohne dass eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs erfolgen kann, und zwar unabhängig davon, ob er die geschuldeten Mietzinse hinterlegt hat oder nicht (BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, 10. A., Zürich 2022, N. 27.2.3; ablehnend BÄTTIG, SVIT-Kommentar, N 16 zu Art. 265 OR, welcher der Ansicht ist, dass ein Mieter die Gefahr einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs nur abwenden könne, wenn er den Mietzins vor dessen Fälligkeit hinterlegt, weil nur die rechtzeitige Hinterlegung die Verzugsfolgen abwende. Demzufolge sei eine Hinterlegung erst nach Erhalt der Zahlungsaufforderung in keinem Fall geeignet, die Kündigung abzuwenden).

1.5. Hinterlegt der Mieter die Mietzinse jedoch wie vorliegend nicht, so birgt die Geltendmachung der Herabsetzung durch den Mieter im Verfahren um seinen Zahlungsrückstand die Gefahr, dass der Zahlungsrückstand vom Gericht bejaht wird, falls sich erweisen sollte, dass der Mieter zu Unrecht eine eigenmächtige Mietzinsminderung vorgenommen hat. Die gestützt darauf ausgesprochene Kündigung ist in diesem Fall wirksam (vgl. REUDT, SVIT-Kommentar, N23 zu Art. 257d OR). Ob die ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsverzugs vorliegend wirksam ist, hängt nach dem Gesagten also davon ab, ob ein Herabsetzungsanspruch des Klägers gestützt auf Art. 259d OR zu bejahen ist.

2. Herabsetzung des Mietzinses gestützt auf Art. 259d OR

2.1. Wird die Tauglichkeit des Mietobjekts zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er

den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt (Art. 259d OR). Voraussetzung für die Herabsetzung ist also zunächst das Vorhandensein eines Mangels der Mietsache (Art. 259a OR). Dieser muss eine Eigenschaft, die sie nach der Vereinbarung der Parteien eigentlich haben sollte, fehlen (vgl. TSCHUDI, SVIT-Kommentar, N 19 ff. Vorbem. zu Art. 258-259i OR). Weiter ist vorausgesetzt, dass der Mangel weder vom Mieter zu verantworten noch auf dessen Kosten zu beseitigen ist sowie dass der Vermieter vom Mangel Kenntnis hat und der Mieter dem Vermieter zu verstehen gibt, dass er das Austauschverhältnis der Leistungen als durch den Mangel gestört erachtet. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt der Beginn des Herabsetzungsanspruchs also u.U. eine Mitteilung voraus, die darin besteht, dass der Mieter dem Vermieter mitteilt, dass aus seiner Sicht das Synallagma infolge des Mangels ins Ungleichgewicht geraten ist. So reicht es gemäss Bundesgericht für den Beginn des Herabsetzungsanspruchs je nach den Umständen möglicherweise nicht aus, wenn der Vermieter von einem benachbarten Bauprojekt Kenntnis hat, sondern der Mieter muss ihm auch anzeigen, dass er der Ansicht ist, dass das Mietobjekt deshalb an einem Mangel leidet (BGE 142 III 557). Diese Anzeige ist jedoch nicht mit einer Mängelrüge oder der eigentlichen Herabsetzungserklärung zu verwechseln. Die Erklärung des Mieters, dass er einen Herabsetzungsanspruch geltend mache, hat zwar in sachlicher und zeitlicher Hinsicht das Mass der Herabsetzung zu nennen und einen konkreten Bezug zu den beanstandeten Mängeln anzugeben. Die eigentliche Herabsetzungserklärung kann vom Mieter wie bereits dargelegt auch nach Behebung des Mangels und auch noch nach Beendigung des Mietverhältnisses, insbesondere im Prozess abgegeben werden (BGE 142 III 557 E. 8.3.1).

V. Würdigung

1. Vorliegen eines Mangels i. S. v. Art. 259a OR
 - 1.1. Betreffend Mangel an der Mietsache ist zu prüfen, ob die von der Vermieterschaft zu bewerkstellenden und für den Endausbau durch den Mieter benötigten Arbeiten und Bewilligungen im Zusammenhang mit der Liegenschaftsentwässerung (Kanalisation) des Mietobjekts am 1. April 2022 und auch in der Zeit danach

bis zum Ablauf der Fristen gemäss Abmahnungen vom 3. Mai und 8. Juni 2022 nicht vorlagen. Die Beweislast für diesen behaupteten Mangel trägt der Kläger. Als Beweismittel für den Hauptbeweis des Klägers wurde [eine] Urkunde zugelassen und zudem die vom Gericht einzuholende schriftliche Auskunft der zuständigen Baubehörden sowie des ERZ. Als Beweismittel für den Gegenbeweis der Beklagten wurden [mehrere] Urkunden zugelassen, zudem ebenfalls die schriftliche Auskunft der zuständigen Baubehörden sowie des ERZ. Überdies sind im Rahmen der Würdigung auch die weiteren von den Parteien eingereichten Unterlagen zu berücksichtigen.

1.2. Zunächst ist festzuhalten, dass der Kläger mit Bauentscheid xy vom 22. März 2021 die Bewilligung für sein Bauvorhaben «Umbau zu Laden mit Nebenwirtschaft» erhalten hat. Die für den Beginn der Bauarbeiten nötige Baufreigabe lag hingegen zu Beginn des Mietverhältnisses am 1. April 2022 noch nicht vor und es ist offen, wann und ob überhaupt der Kläger diese seither erhalten hat. Aus einem E-Mailverkehr vom 4./5./9. Mai 2022 geht hervor, dass für die Erteilung der Baufreigabe des Klägers unter anderem eine Kanalisationsbewilligung benötigt wurde, die jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits vorlag. So bestätigte T. vom ERZ mit E-Mail vom 5. Mai 2022, dass die entsprechenden Ziffern für die Baufreigabe bei der zuständigen Kreisarchitektin S. freigegeben worden seien (vgl. dazu ..., wo die entsprechenden Punkte «Liegenschaftsentwässerung» für die Baufreigabe des Klägers im Onlinetool der Stadt Zürich am 5. Mai 2022 abgehakt wurden). Diese Bestätigung des ERZ wurde auch dem Kläger weitergeleitet und ihm erläutert, dass das ERZ die Kanalisation «nun freigegeben» habe. Jetzt müssten für die Baufreigabe des Klägers nur noch die aktuellen (geplanten) Sanitäranschlüsse bzw. Anschlusswerte für die WC-Anlagen im EG beim ERZ nachgereicht werden, wozu man den Plan des Klägers mit Angaben zu den Sanitäranschlüssen benötige. Aus einer E-Mail der Kreisarchitektin S. an den Kläger vom 7. Juni 2022 geht weiter hervor, dass für die Erteilung der Baufreigabe für den Kläger zu diesem Zeitpunkt noch folgende Auflagen zu erfüllen waren: Abänderungspläne, Gastroeingabe, EN-Formulare, Lärmschutz. Dass noch irgendwelche Auflagen bezüglich der Liegenschaftsentwässerung bestanden hätten, wird daraus nicht ersichtlich. Dass die Baufreigabe an den Kläger noch nicht erfolgt war, lag also zu diesem

Zeitpunkt nicht an der angeblich mangelhaften Liegenschaftsentwässerung. Gleiches ergibt sich auch aus [der E-Mail von] Lars Q. [vom] 7. Juni 2022, in welcher er die Beklagte informierte, dass die Kreisarchitektin S. ihm bestätigt habe, dass es bei der Baufreigabe des Klägers nicht wegen der Beklagten «Klemme», sondern dass der Kläger selber weitere Auflagen zu erfüllen habe, unabhängig von allfälligen Bauarbeiten der Beklagten. Der Kläger selber gab anlässlich der Verhandlung sogar – wenn auch aus nicht nachvollziehbaren Gründen und wohl fälschlicherweise – an, dass er seit 2020 eine Baufreigabe habe, er wisse aber nicht ganz genau, wann er angefangen habe.

1.3. Bezüglich der parallel dazu laufenden Bauvorhaben der Beklagten präsentiert sich die Ausgangslage etwas unübersichtlicher. Die geplanten Bauarbeiten der Beklagten interessieren hier indes sowieso nur, soweit sie mit den Bauarbeiten des Klägers zusammenhängen. Zwischen den beiden Baugesuchen gibt es laut E-Mail des Architekten Lars Q. vom 16. Juni 2022 zwei Schnittstellen: Die erste Schnittstelle betreffe den Brandschutz, wo die Beklagte als Vermieterin vor Inbetriebnahme der Bäckerei das UG und EG brandschutztechnisch ertüchtigt haben müsse. Die Begehung vor Ort zur Verabschiedung des Brandschutzkonzepts werde nächste Woche stattfinden. Die zweite Schnittstelle bestehe bei der Kanalisation. Die Beklagte müsse die Kanalisation sanieren und bauliche Arbeiten vornehmen. Die Offerten für beide Arbeiten lägen vor. Sobald die Baufreigabe dafür da sei, würden sie starten. Konkret besteht der Zusammenhang betreffend die hier interessierende Kanalisation darin, dass die Entwässerung der geplanten und durch den Kläger zu erstellenden WC-Anlagen der Bäckerei an die Schmutzwasserleitung der O.-strasse angeschlossen werden sollte, die Entwässerung der Spüle im Ladenlokal an die Kanalisation der N.-strasse.

Das ERZ bestätigte im Beweisverfahren, dass für die N.-strasse Y am 10. Dezember 2020 ein Gesuch für die Bewilligung von Abwasseranlagen eingereicht und am 19. Januar 2021 unter gewissen Sanierungsaufgaben bewilligt worden sei. Diese Sanierungsaufgaben seien spätestens am 8. März 2023 erfüllt worden. Für die O.-strasse M habe das ERZ am 2. September 2021 ein Bewilligungsgesuch erhalten, welches am 30. September 2021 unter gewissen Sanierungsaufgaben bewilligt worden sei. Die in der Bewilligung gemachten Sanierungsaufgaben seien ebenfalls

im März 2023 erfüllt worden. Wer diese Gesuche gestellt hat, ergibt sich nicht aus dem Schreiben. Es ist zu vermuten, dass dies die Beklagte war. Ebenfalls ergibt sich aus dem Schreiben des ERZ kein Hinweis darauf, wann die Sanierungsaufgaben genau erfüllt worden sind. Klar wird einzig, dass die Sanierung der Abwasseranlagen in den beiden Liegenschaften spätestens im März 2023, also ein Jahr nach Mietbeginn, abgeschlossen war. Aus den Akten ergibt sich jedoch eindeutig, dass im interessierenden Zeitpunkt im Frühjahr 2022 die Sanierung der Abwasserleitungen durch die Beklagte gemäss Vorgaben des ERZ noch nicht erfolgt war und die Beklagte hierfür noch nicht einmal eine Baufreigabe erhalten hatte, weil sich das Verfahren aufgrund eines Baurekurses der übrigen Stockwerkeigentümer gegen eine der Baubewilligungen der Beklagten verzögert hatte. So schrieb Ralph R. im Auftrag der Beklagten dem Kläger am 15. Juni 2022 per E-Mail: «Unsere Unternehmen für die Kanalsanierung/Sanitärleitungen stehen bereit. Wir müssten auf den Baurekursentscheid warten, doch stellen wir nun ein Gesuch beim Baurekursgericht um vorher mit unseren Arbeiten starten zu können». Am 16. Juni 2022 schrieb [der Rechtsvertreter der Beklagten] dem Kläger ebenfalls eine E-Mail und fasste ihm zusammen, dass die Bauarbeiten der Beklagten mittlerweile von allen Ämtern ausser vom Brandschutz eine Baufreigabe erhalten hätten. Ein Brandschutzkonzept liege jedoch bereits vor und es stehe ein Termin mit dem Brandschutzexperten der Stadt Zürich bevor. Danach könne die Beklagte mit ihren Bauarbeiten beginnen. Das Baurekursverfahren der Stockwerkeigentümer betreffe nur die Frage einer kürzeren Fristansetzung für die Umsetzung der Baubewilligung. Spätestens Ende August 2022 werde das Baurekursgericht entschieden haben und daraufhin könne die Baufreigabe für sämtliche Umbauarbeiten der Beklagten erteilt werden.

1.4. Der Kläger macht es sich zu einfach, wenn er sich damit begnügt, zu behaupten, die Kanalisation sei im fraglichen Zeitpunkt ab April 2022 (und auch bereits davor) in einem mangelhaften bzw. sanierungsbedürftigen Zustand gewesen (vgl. die eingereichten Fotos, ...), da die Beklagte dies an sich gar nicht bestreitet. Die Beklagte wusste, dass sie die Kanalisation sanieren muss und hatte wie aufgezeigt entsprechende Schritte bereits eingeleitet. Entscheidend ist vielmehr die

Frage, ob der Kläger bereits mit seinen Bauarbeiten hätte beginnen können, obwohl die Beklagte die geplante Sanierung der Liegenschaftsentwässerung erwie-senermassen weder im April, noch im Mai, Juni oder Juli 2022 vorgenommen hatte, sondern die Baufreigabe hierfür tatsächlich erst im Dezember 2022 erhalten hat. Es ergibt sich aus den Akten eindeutig, dass der Kläger seine eigene Baufrei-gabe spätestens ab dem 5. Mai 2022 – dem Zeitpunkt, an dem die Kanalisations-bewilligung vorlag und der entsprechende Punkt in seiner Baufreigabe abgehakt wurde – unabhängig von allfälligen Arbeiten der Beklagten an der Kanalisation hätte erhalten und daraufhin sogleich mit seinen Arbeiten hätte starten können, wenn er die ihm gemachten, von den Arbeiten der Beklagten unabhängigen be-hördlichen Auflagen erfüllt hätte. Dies wurde dem Kläger auch mehrfach von ver-schiedener Seite erläutert und bestätigt, unter anderem von der Kreisarchitektin S. Die Beklagte forderte den Kläger denn auch auf, ihr allfällige Dokumente vorzule-gen, falls er anderslautende Informationen habe, die zeigten, dass und in welcher Weise er mit seinem Umbau noch von Aktionen der Beklagten abhängig sei. Der Kläger unterliess dies jedoch und forderte eine verbindliche Terminierung der Be-klagten zur Behebung der baulichen Mängel bezüglich Liegenschaftsentwässe-rung, nachdem er diese bereits bis zum 15. Juni 2022 erfolglos erbeten habe. Er liess zudem am 7. Juli 2022 über seinen Anwalt behaupten, dass die zuständige Behörde ihm einen Baustopp für seine Umbauarbeiten auferlegt habe, weshalb es ihm seit Mietbeginn bis zum heutigen Tag nicht möglich gewesen sei, die Räum-lichkeiten dergestalt umzubauen, um diese dem mit Mietvertrag vereinbarten Zweck entsprechend zu benutzen. Der Baustopp werde seitens der Behörden erst dann zurückgezogen, wenn die Grundausbauten und die Entwässerung im Unter-geschoss gemäss den vom ERZ erlassenen Vorgaben und Auflagen durch die Beklagte saniert würden. Belege für einen solchen Baustopp reichte der Kläger jedoch keine ein und es finden sich dazu keinerlei Hinweise in den Akten. Ein sol-cher Baustopp kann auch überhaupt nicht erfolgt sein, da der Kläger selber ja noch nicht zu bauen begonnen hatte, da er von den Baubehörden noch gar keine Bau-freigabe erhalten hatte. Der Kläger hätte also grundsätzlich spätestens seit dem 5. Mai 2022 mit seinen Bauarbeiten beginnen können. Dass er die hierfür nötige Baufreigabe nicht erhielt, hatte spätestens ab diesem Zeitpunkt nichts mehr mit

allfälligen durch die Beklagte zu behebbenden angeblichen Mängeln an der Liegenschaftsentwässerung zu tun. Und auch für den Zeitraum ab Mietbeginn am 1. April 2022 bis zum 5. Mai 2022 gelingt es dem Kläger nicht nachzuweisen, dass er die erforderliche Kanalisationsbewilligung aufgrund der von der Beklagten zu diesem Zeitpunkt noch auszuführenden Arbeiten nicht erhalten hätte und er behauptet auch nichts dergleichen.

1.5. Eine andere Frage ist diejenige, ob das Vorliegen eines Mangels allenfalls deshalb zu bejahen wäre, weil zwar der Kläger ab Mietbeginn mit seinen Bauarbeiten hätte beginnen und die dafür nötige Baufreigabe unabhängig vom Stand der Arbeiten der Beklagten hätte erhältlich machen können, ihm aber der Baubeginn trotzdem nicht hätte zugemutet werden können, weil er aufgrund des sanierungsbedürftigen Zustands der Liegenschaftsentwässerung hätte damit rechnen müssen, dass er nach erfolgtem Umbau des Mietobjekts keine Betriebsbewilligung für die Bäckerei erhalten würde, solange die Beklagte ihre eigenen Pflichten in Zusammenhang mit der Liegenschaftsentwässerung nicht erfüllt hatte. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass das ERZ in seiner Stellungnahme klar bestätigt, dass die mittlerweile sanierten Grundleitungen sowohl am 1. April 2022 als auch in der Zeit danach jederzeit funktionstüchtig und in der Lage gewesen seien, Schmutzwasser abzuführen. Sie hätten einfach nicht mehr den aktuellsten Vorgaben des Gewässerschutzgesetzes bzw. der städtischen Kanalisationsverordnung entsprochen. Das ERZ vermutet deshalb auch (fälschlicherweise), dass die vorliegende Mietstreitigkeit kaum den Zustand der eigentlichen Liegenschaftsentwässerung betreffen könne, sondern es wohl eher um das Vorhandensein entsprechender Sanitärinstallationen gehe. Dies ist jedoch gerade nicht der Fall, denn für die Sanitärinstallationen wäre unbestrittenermassen der Kläger zuständig gewesen. Damit steht aber fest – zumindest hat der Kläger nichts anderes dargetan – dass einem Bäckereibetrieb keine Hindernisse entgegengestanden wären, schon bevor die Beklagte ihre Auflagen bezüglich Kanalisation erfüllt hatte.

Auch sonst ergeben sich keinerlei Hinweise darauf, dass der Kläger seitens der Behörden die Nichterteilung der Betriebsbewilligung nach erfolgtem Umbau hätte fürchten müssen. Unsinnig ist zwar die Argumentation der Beklagten, wonach der Kläger mit seinen Bauarbeiten ohnehin nicht vor Ende 2022 fertig gewesen wäre,

so dass die Betriebsbewilligung ohnehin erst in diesem Zeitpunkt ein Thema gewesen wäre: Die Arbeiten so zu organisieren, dass sie ihm möglichst rasch einen Betrieb der Bäckerei ermöglicht hätten, war Recht und Pflicht des Klägers. Die Beklagte ihrerseits hatte nur, aber immerhin dafür zu sorgen, dass schon ab dem vereinbarten Mietbeginn ein Bäckereibetrieb aufgenommen werden konnte, sobald der Kläger mit seinen Arbeiten fertig war, und zwar unabhängig davon, welche Auflagen die Beklagte allenfalls noch zu erfüllen hatte. Auch im Rohbau oder Grundausbau vermietete Räume müssen ab Mietbeginn *für den vorausgesetzten Gebrauch der Sache* taugen und nicht nur zu irgendwelchen vorgeschalteten Bauarbeiten.

Es bleibt aber dabei, dass die Beklagte bereits eine Bewilligung für die Sanierung der Abwasseranlagen hatte und in Kürze ein Entscheid des Baurekursgerichts zu erwarten war, in welchem der Beklagten eine (vermutlich sogar relativ kurze) Umsetzungsfrist für die geplante Sanierung angesetzt werden würde. Die Beklagte gab darüber hinaus dem Kläger keinerlei Anlass, daran zu zweifeln, dass sie die entsprechenden Arbeiten so schnell wie möglich vornehmen würde. Sie informierte den Kläger regelmässig über den Stand ihrer Arbeiten und versuchte sogar (jedoch vergeblich), das Verfahren zu beschleunigen, indem sie dem Baurekursgericht beantragte, schon vor dem endgültigen Entscheid über die Ansetzung einer Umsetzungsfrist mit der Sanierung starten zu können (...). Entscheidend ist aber, dass das Beweisverfahren wie erwähnt gerade keine Hinweise dafür lieferte, dass der Kläger – selbst wenn die Arbeiten der Beklagten nicht rechtzeitig abgeschlossen gewesen wären – nach Abschluss seiner eigenen Arbeiten keine Betriebsbewilligung für die Bäckerei erhalten hätte. Sein Verweis auf Art. 9 der Verordnung des EDI über die Hygiene beim Umgang mit Lebensmitteln (HyV, SR.817.024.1) geht fehl, da dieser einzig vorsieht, dass in Lebensmittelbetrieben genügend Toiletten mit Wasserspülung und Kanalisationsanschluss vorhanden sein müssen und Toilettenräume nicht direkt in Räume öffnen dürfen, in denen mit Lebensmitteln umgegangen wird (Abs. 1). Zudem müssen alle sanitären Einrichtungen über eine angemessene natürliche oder künstliche Belüftung verfügen (Abs. 3). Dass in Lebensmittelbetrieben die funktionstüchtige Kanalisation jederzeit den aktuell-

ten Vorgaben des Gewässerschutzes entsprechen müsse, lässt sich daraus jedenfalls nicht entnehmen. Die in der Korrespondenz der Parteien und ihrer Berater ebenfalls angesprochene und bei Mietbeginn noch fehlende Brandschutzertüchtigung hat der Kläger nicht zum Gegenstand seiner Kritik im vorliegenden Verfahren gemacht. Mangels einer substantiierten Darlegung ist darauf nicht weiter einzugehen.

1.6. Dem Kläger gelingt es nach dem Gesagten nicht, nachvollziehbar zu belegen, inwiefern das Mietobjekt ab Mietbeginn nicht im vertraglich vereinbarten Zustand gewesen sein soll. Ein Mangel i. S. v. Art. 259a OR ist demnach zu verneinen und es besteht kein Herabsetzungsanspruch, welcher eine Zahlungsverzugskündigung unwirksam machen würde.

2. Weitere Voraussetzungen der Zahlungsverzugskündigung

2.1. Sobald der Vermieter in Zahlungsrückstand gerät, kann der Vermieter eine 30-tägige Zahlungsfrist ansetzen, verbunden mit der Androhung einer Kündigung. Dies muss schriftlich erfolgen (Art. 257d Abs. 1 OR). Die Frist und die Androhung der Kündigung müssen aus der Aufforderung selbst hervorgehen. Die Zahlungsaufforderung muss nebst der Kündigungsandrohung und der Zahlungsfrist eine klare Bezeichnung des Ausstandes enthalten. Die Schuld muss dabei nicht unbedingt beziffert sein, jedoch einwandfrei bestimmbar. Die Bezeichnung der Monate mit unbezahltem Mietzins genügt beispielsweise (BGer 4A_306/2015 vom 14. Oktober 2015 E. 2). Für den Mieter muss auf jeden Fall klar erkennbar sein, wie hoch der Betrag ist, den er innert Frist zur Abwendung einer Kündigung begleichen muss.

2.2. Vorliegend mahnte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 3. Mai 2022 für die ausstehenden Mietzinse für die Monate April und Mai ab, setzte eine Zahlungsfrist bis am 7. Juni 2022 an und drohte im Falle unbenützten Ablaufs der Frist mit der Kündigung des Mietverhältnisses. Mit Schreiben vom 8. Juni 2022 wurde der Kläger erneut für die ausstehenden Mietzinse der Monate April, Mai und Juni 2022 (total Fr. 9'405.– inkl. NK) abgemahnt und es wurde ihm eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um die offenen Mietzinse zu begleichen, ansonsten werde das Mietverhältnis gekündigt. Nach unbenutztem Ablauf der (zweiten) Zahlungsfrist

kündigte die Beklagte das Mietverhältnis mit amtlichem Formular vom 13. Juli 2022 per 31. August 2022. Die Ansetzung einer Zahlungsfrist unter Androhung einer Kündigung sowie auch die daraufhin erfolgte Kündigung erfolgten form- und fristgerecht, etwas anderes wird auch vom Kläger nicht geltend gemacht.

3. Fazit

Die Kündigung des Mietverhältnisses vom 13. Juli 2022 per 31. August 2022 ist gültig erfolgt. Der Mieter ist daher zu verpflichten, der Vermieterin das Mietobjekt innert einer angemessenen Räumungsfrist zu übergeben.

4. Widerklage

Da die Kündigung des Mietverhältnisses vom 13. Juli 2022 per 31. August 2022 gültig ist und wie dargelegt zu keiner Zeit ein Herabsetzungsanspruch des Klägers bestand, schuldet der Kläger für die Zeit ab Mietbeginn am 1. April 2022 bis zum Ende der Vertragsdauer am 31. August 2022 den vollständigen monatlichen Mietzins. Da der Kündigungstermin am 31. August 2022 verstrichen ist, ohne dass der Mieter das Mietobjekt zurückgegeben hat (Art. 267 OR), ist zu prüfen, inwiefern der Beklagten auch für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses ab dem 1. September 2022 ein Abgeltungsanspruch für die fortdauernde Benützung des Mietobjekts durch den Kläger zusteht.

Nur im Falle der Erstreckung des Mietverhältnisses besteht der Mietvertrag gemäss Art. 272c Abs. 2 OR unverändert fort. Kommt eine Erstreckung nicht in Frage, so verliert der Mieter mit Ablauf des Kündigungstermins seinen Anspruch auf die vertragliche Hauptleistung. Dass er während des Kündigungsschutzverfahrens gleichwohl nicht zur Rückgabe der Mietsache angehalten werden kann, hängt einzig damit zusammen, dass es aus prozessualen Gründen grundsätzlich nicht möglich ist, einen Leistungsanspruch vorläufig zu vollstrecken. Dies bedeutet aber nicht, dass der ehemalige Mieter einen vertraglichen Anspruch zur weiteren Benützung der Sache hat. Im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens wird diese Rechtslage vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt. Beim vergleichbaren Mietzinsanfechtungsverfahren findet sich immerhin in Art. 270e OR eine Regelung: Für die Dauer des Prozesses gilt der Mietvertrag unverändert weiter; dies

ändert aber nichts daran, dass das Gestaltungsurteil auf den Zeitpunkt zurück wirkt, auf den die Mietzinsänderung verlangt wurde, wenn das Urteil nach diesem Datum rechtskräftig wird.

Auch das Bundesgericht ging bislang nicht von einem Fortbestand des Mietvertrages während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses aus. Wenn der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt und im Mietobjekt bleibt, schuldet er dem Vermieter nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Entschädigung, deren Höhe grundsätzlich dem vereinbarten Mietzins entspricht (BGE 131 III 257 E. 2 S. 261; BGer 4A_27/2017 vom 30. August 2017 E. 4.1.2, 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.2). Mit dieser Rechtsprechung wurde die Regelung von § 557 Abs. 1 BGB (seit 2001 ersetzt durch den weitgehend inhaltsgleichen § 546a Abs. 1 BGB) übernommen (BGE 131 III 257 E. 2.1 S. 261; vgl. BGE 119 II 437 E. 3b.bb S. 441 f.; BGer 4A_27/2017 vom 30. August 2017 E. 4.1.2 f.). Das Argument ist das gleiche, nämlich dass ein Vermieter, dem der Gebrauch der Mietsache durch einen Mieter, der seine Rückgabepflicht verletzt, gegen seinen Willen entzogen wird, rechtlich nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn das Mietverhältnis noch bestanden hätte. Teilweise berief sich das Bundesgericht zur Begründung dieses Entschädigungsanspruchs auf die umstrittene Theorie des faktischen Vertragsverhältnisses (vgl. BGE 119 II 437 E. 3b.bb S. 441 f.). In anderen Entscheiden nahm es hingegen einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gemäss Art. 97 Abs. 1 OR (vgl. BGer 4A_27/2017 vom 30. August 2017 E. 4.1.4, 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.2) oder einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung an (BGE 119 II 437 E. 3b.cc S. 442).

Gestützt auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung schuldet der Kläger der Beklagten vorliegend neben den vertraglich geschuldeten Mietzinsen für die Monate April bis August 2022 auch für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses ab September 2022 eine Entschädigung in der Höhe des vereinbarten Mietzinses für die Weiterbenützung des Mietobjekts nach Vertragsende. In Gutheissung des Widerklagebegehrens Ziff. 3 ist der Mieter daher zu verpflichten, der Vermieterin CHF 30'000.– zu bezahlen. Die Beklagte hat den Kläger für die geschuldeten Mietzinse für die Monate April bis Juli 2022 in der Höhe von CHF 12'540.– bereits mit Zahlungsbefehl vom 14. Juli 2022 (Betreibung Nr. 251478) durch das

Betriebsamt Zürich 10 betreiben lassen, wogegen der Kläger Rechtsvorschlag erhoben hat (act. 17/19). Dieser ist zu beseitigen (Art. 79 SchKG; vgl. auch die Parallelbestimmung in Art. 236 Abs. 3 ZPO).

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess verteilt (Art. 106 ZPO) und bemessen sich anhand des Streitwerts der Klage (vgl. Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010, nachfolgend GebV OG, und Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010, nachfolgend AnwGebV; Art. 96 ZPO). Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Massgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitwerts ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung (BGE 141 III 137 E. 2.2). Für die Streitwertberechnung in Zusammenhang mit den Prozesskosten ist der wirtschaftliche Wert von Haupt- und Widerklage massgeblich – so ist die Bestimmung von Art. 94 Abs. 2 ZPO zu verstehen, wonach die Streitwerte zusammenzurechnen sind, soweit die Anträge einander nicht ausschliessen. Vorliegend ist der Streitwert der Klage mit Fr. 131'670.– zu beziffern, derjenige der Widerklage mit Fr. 30'000.–, was ein Total von Fr. 161'670.– ergibt. Aufgrund dieses Streitwerts fallen Gerichtskosten von Fr. 7'480.– an (gemäss § 7 GebV OG um 1/3 ermässigt). Die ordentliche Parteientschädigung beläuft sich gemäss § 4 Abs. 1 und 3 AnwGebV auf Fr. 10'450.– (inkl. Mehrwertsteuer). Da der Kläger vollumfänglich unterliegt, hat er die Gerichtskosten zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung zu leisten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Wegen des Zusatzaufwands durch das Beweisverfahren ist die ordentliche Gebühr von Fr. 9'200.– (die wegen der Berechnung eines grossen Teils des Streitwerts aufgrund periodischer Leistungen um einen Drittel zu reduzieren ist, § 4 Abs. 3 AnwGebV) um einen pauschalen Zuschlag i.S.v. § 11 Abs. 2 AnwGebV von 15 % zu erhöhen.

(...))»

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2023, 33. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw A.I. Altieri, Leitende Gerichtsschreiberin;
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident