



Prozess Nr. MD010023/U

Mitwirkende: Ersatzrichterin lic. iur. M. Schurr als Vorsitzende, die Beisitzer  
lic. iur. F. Gerber und lic. iur. R. Ziegler sowie die juristische  
Sekretärin lic. iur. A. Magyar

**Beschluss und Urteil vom 23. Februar 2006**

in Sachen

A. \_\_\_\_\_, Dr.med.,

Kläger und Widerbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_,

substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_,

gegen

B. \_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

### Rechtsbegehren:

#### Rechtsbegehren Hauptklage (act. 15 S. 2; Prot. S. 17/18)

„Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 271'500.-- zuzüglich Zins seit 12. April 2001 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

#### Reduziertes Rechtsbegehren Hauptklage (act. 79 S. 17)

„Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 213'792.20 zuzüglich Zins seit 12. April 2001 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

#### Rechtsbegehren Widerklage (act. 28 S. 2)

„Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten Fr. 42'072.-- zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.“

### Das Mietgericht zieht in Betracht:

#### **I. Prozessgeschichte**

1. Mit Beschluss vom 19. März 2001 stellte die Schlichtungsbehörde Zürich fest, dass zwischen den Parteien keine Einigung zustande gekommen sei und setzte dem Kläger Frist zur Erhebung der Klage an (act. 2). Mit Eingabe vom 12. April 2001 liess der Kläger in Anwendung von Art. 274f Abs. 1 OR fristgerecht Klage einreichen (act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 19. April 2001 wurde für Klagebegründung und Klageantwort das schriftliche Verfahren angeordnet. Gleichzeitig wurde der klagenden Partei eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung der Verfügung zur Einreichung einer schriftlichen Klagebegründung angesetzt (act. 5). Die Präsidialverfügung wurde dem klägerischen Vertreter am 23. April

2001 zugestellt (act. 6). Mit Eingabe vom 15. Mai 2001 (überbracht am 16. Mai 2001) liess der klägerische Rechtvertreter ein Fristerstreckungsgesuch stellen (act. 8), welches mit Präsidialverfügung vom 16. Mai 2001 abgewiesen wurde, nachdem es erst nach Ablauf der Frist zur Klagebegründung gestellt worden war (act. 9).

2. Mit Beschluss vom 17. Mai 2001 wurde der klagenden Partei in Anwendung von § 130 Abs. 1 ZPO und unter Androhung von Säumnisfolgen eine letzte Frist von 10 Tagen angesetzt, um eine schriftliche Klagebegründung einzureichen (act. 12). Die Klagebegründung wurde in der Folge fristgerecht mit Datum vom 5. Juni 2001 erstattet (act. 15). Mit Präsidialverfügung vom 6. Juni 2001 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 19). Diese wurde – unter gleichzeitiger Erhebung von Widerklage – innert erstreckter Frist am 17. August 2001 erstattet (act. 28). Der Einfachheit halber wird der Kläger und Widerbeklagte im Folgenden nur als Kläger, und die Beklagte und Widerklägerin nur als Beklagte bezeichnet. Mit Präsidialverfügung vom 20. August 2001 wurde für die weiteren Parteivorträge das schriftliche Verfahren angeordnet und der Klägerin Frist zur Erstattung von Replik und Widerklageantwort angesetzt (act. 31). Innert erstreckter Frist wurden die Replik und die Widerklageantwort mit Eingabe vom 12. November 2001 eingereicht (act. 41 und 42). Mit Präsidialverfügung vom 13. November 2001 wurden der klagenden Partei ihre Beilagen zur Eingabe vom 12. November 2001 retourniert, mit der Aufforderung zur Wiedereinreichung zusammen mit einem detaillierten Beilagenverzeichnis (act. 46+47). Nach Eingang des überarbeiteten Beilagenverzeichnisses (act. 49) wurde der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 19. November 2001 Frist zur Einreichung der schriftlichen Duplik und Widerklagereplik angesetzt (act. 50). Duplik und Widerklagereplik wurden innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 4. Februar 2002 erstattet (act. 57). Mit Präsidialverfügung vom 5. Februar 2002 wurde dem Kläger Frist zur Erstattung der schriftlichen Widerklageduplik angesetzt (act. 61). Fristgemäss wurde mit Eingabe vom 8. April 2002 Widerklageduplik erstattet, wobei gleichzeitig zu Noven in der Duplik Stellung genommen wurde (act. 68). Mit Präsidialverfügung vom 9. April 2002 wurde der beklagten Partei ein Doppel der Stellungnahme zu den Noven in der Duplik sowie die Widerklageduplik vom 8. April 2002 zugestellt (act. 70).

3. Am 2. Oktober 2002 wurden die Parteien auf den 29. November 2002 zu einer Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung vorgeladen. Anlässlich dieser Verhandlung fand auch eine kurze Befragung der Parteien nach § 55 ZPO statt. Im Rahmen der anschliessenden Vergleichsverhandlung konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 17-22).

4. Mit Präsidialverfügung vom 27. Januar 2003 wurde der Kläger in verschiedenen Punkten zur Substantiierung seiner Vorbringen aufgefordert (act. 74; Prot. S. 23-28). Er liess sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 11. März 2003 vernehmen, wobei er gleichzeitig die eingeklagte Forderung um Fr. 57'708.65 reduzierte (act. 79, act. 80 und act. 81/1-3). Mit Präsidialverfügung vom 20. März 2003 wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zu den Noven in den klägerischen Eingaben vom 8. April 2002 sowie vom 11. März 2003 angesetzt (act. 82; Prot. S. 29/30). Die Stellungnahme der Beklagten datiert vom 16. Mai 2003 (act. 94, act. 95 und act. 96/1+2).

5. Mit Beschluss vom 26. Juni 2003 wurde der Beweisaufgabebeschluss erlassen (act. 97; Prot. S. 32-37). Die Beweisantragungsschriften wurden unterm Datum vom 1. September 2003 erstattet (Kläger: act. 109; Beklagte: act. 110 und act. 111). Am 23. Oktober 2003 erging der Beweisabnahmebeschluss (act. 114; Prot. S. 40). Mit Beschluss vom 3. Juni 2004 wurde Dr. iur. C. \_\_\_\_\_ ; Treuhänder und diplomierter Steuerexperte als Gutachter ernannt (Prot. S. 62, act. 125), welcher sein Gutachten am 13. August 2004 erstattete (act. 130). Die Beklagte hat auf eine Stellungnahme zum Gutachten verzichtet. Die Stellungnahme des Klägers ging am 4. Oktober 2004 ein (act. 137). Der Kläger stellte darin den Antrag, es sei das Gutachten, zu ergänzen, wobei dem Gutachter nicht nur die bereits als Beweise offerierten Urkunden, sondern die gesamte Buchhaltung des Klägers zur Verfügung zu stellen sei. Dieser Antrag wurde mit Beschluss vom 18. November 2004 abgewiesen. Die Zeugeneinvernahmen fanden zwischen dem 8. und 15. März 2005 statt (Prot. S. 67 bis 177). Mit Verfügung vom 22. März 2005 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis angesetzt. Die Stellungnahmen vom 30. Juni 2005 gingen innert mehrfach erstreckter Frist am 1. Juli 2005 ein (Kläger: act. 188; Beklagte: act. 189). Der Prozess erweist sich nunmehr als spruchreif.

6. Auf die Parteivorbringen ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen nur näher einzugehen, soweit es für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## II. Prozessgegenstand

### 1. Übersicht zum Streitverhältnis

Die Parteien schlossen am 25. September 1984 einen Mietvertrag über 157m<sup>2</sup> Mietfläche im 3. Obergeschoss Trakt West der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_ in E. \_\_\_\_\_ (sog. 'F. \_\_\_\_\_'). Als Verwendungszweck wurde die Nutzung als Arztpraxis FMH vereinbart. Mietbeginn war am 1. Januar 1986. Der als Arzt tätige Kläger richtete in den gemieteten Räumlichkeiten eine Arztpraxis mit insgesamt acht Räumen ein. Das Mietverhältnis war gemäss Art. 2.4 des Mietvertrages vom 25. September 1984 unter Einhaltung einer Frist von 12 Monaten schriftlich kündbar (act. 4/6/1). Der Mietzins betrug zuletzt Fr. 10'518.-- pro Quartal bzw. Fr. 42'072.-- pro Jahr.

Das 'F. \_\_\_\_\_' war eingeteilt in einen sogenannten U-Trakt, in welchem sich unter anderem die Arztpraxis des Klägers befand, sowie in einen Z-Trakt und einen M-Trakt. In den Jahren 1997/1998 wurde das 'F. \_\_\_\_\_' einem Sanierungsombau unterzogen. Die Sanierungsarbeiten begannen im April 1997, wobei zunächst Bauarbeiten im Z-Trakt und im M-Trakt durchgeführt wurden. Ab April/Mai 1998 wurde mit einer Fassadensanierung im westlichen Teil des U-Traktes begonnen. Bereits Ende Februar 1998 wurde der Gebäudeteil in dem sich die klägerischen Arztpraxis befand, mit einem Baugerüst versehen. Unbestritten ist, dass der Kläger während der eigentlichen Fassadenrenovierung im westlichen Teil des U-Traktes mit seiner Praxis nicht im Mietobjekt hätte verbleiben können. Die Parteien führten seit Ende 1997 Gespräche über Ersatzmietobjekte und besichtigten am 26. Februar 1998 die Liegenschaft G. \_\_\_\_\_ 1 wurden nach Darstellung des Klägers aber nicht einig.

Mit Schreiben vom 24. März 1998 (act. 30/7) kündigte der Kläger unter Berufung auf Art. 259b lit. a OR das Mietverhältnis fristlos bzw. mit Auszugsfrist bis 31.

März 1998. Die Übergabe der Mietlokalitäten fand am 27. März 1998 statt. Die letzten Schlüssel wurden am 7. April 1998 an die Beklagte zurückgesandt. Bereits am 13. März 1998 hatte der Kläger mit der Zürcher Kantonalbank einen Vertrag über neue Mietlokalitäten an der G.\_\_\_\_\_ 2 abgeschlossen (act. 69).

## 2. Standpunkt des Klägers (Zusammenfassung)

Der Kläger verlangt Schadenersatz infolge berechtigter fristloser Kündigung gestützt auf Art. 259b lit. a OR (sogenannter Kündigungsschaden). Unter diesem Titel lässt er neben den Umzugskosten, die Einbusse aus unvollständiger Amortisation des Praxismobiliars geltend machen. Sodann verlangt der Kläger gestützt auf Art. 259e OR den Ersatz der Honorareinbusse im Umfang von Fr. 155'000.--, welche er durch die Mangelhaftigkeit des Mietobjekts und die dadurch verursachten Immissionen bis zu seinem Auszug per Ende März 1998 erlitten habe. Für die Zeit von April 1997 bis Ende März 1998 macht der Kläger schliesslich gestützt auf Art. 259d OR eine Mietzinsreduktion in der Höhe von insgesamt Fr. 21'036.-- geltend, was einer durchschnittlichen Reduktion des Mietzinses um 50% pro Monat entspricht.

Im Wesentlichen begründet der Kläger diese Forderungen mit gravierenden Mängeln der Mietsache, nämlich massive Lärmimmissionen und weitere Beeinträchtigungen durch die Bauarbeiten (insbesondere Gerüstbau), die den vertragsgemässen Gebrauch der Mietlokalitäten als Arztpraxis FMH immer mehr beeinträchtigt und zuletzt gar nicht mehr zugelassen hätten. Er habe sich daher zur ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses gezwungen gesehen.

## 3. Standpunkt der Beklagten (Zusammenfassung)

Die Beklagte bestreitet die Forderungen des Klägers sowohl im Grundsatz als auch im Quantitativ. Der Kläger sei zur ausserordentlichen Kündigung des Mietvertrages nicht berechtigt gewesen, weshalb kein Kündigungsschaden geltend gemacht werden könne. Ein solcher sei in der geltend gemachten Höhe auch nicht ausgewiesen. Für die Zeit ab April 1997 bis Ende 1997 liege kein Mangel des Mietobjektes vor, so dass auch kein Anspruch auf Ersatz der geltend ge-

machten Honorareinbusse – eine solche sei bei richtiger Betrachtungsweise auch gar nicht entstanden – oder auf Herabsetzung des Mietzinses bestehe. Vielmehr schulde ihr der Kläger den Mietzins bis zum ordentlichen Kündigungstermin vom 31. März 1999, mithin Fr. 42'072.--. Diesen Anspruch stelle sie einem allfälligen Guthaben des Klägers aus Mietzinsreduktion verrechnungsweise gegenüber.

#### 4. Widerklage

Die Beklagte liess den Mietzins bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin (31. März 1999) in der Höhe von insgesamt Fr. 42'072.-- auch widerklageweise geltend machen. Der Kläger beantragt die Abweisung der Widerklage.

### III. Prozessuales

#### 1. Zuständigkeit

Sowohl die örtliche als auch die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts des Bezirks Zürich zur Behandlung der vorliegenden Streitsache ist gegeben, da es sich um eine Klage aus einem Mietverhältnis betreffend ein im Bezirk Dietikon gelegenes Mietobjekt handelt (Art. 23 Abs. 1 GestG; § 18 Abs. 1 GVG).

#### 2. Klagereduktion

Der Kläger hat gemäss Rechtsbegehren der Klageschrift eine Forderung in der Höhe von insgesamt Fr. 271'500.-- eingeklagt (act. 15 S. 2), jedoch nur eine Forderung in der Höhe von Fr. 227'607.85 begründen lassen (act. 15 S. 20). Im Rahmen der Replik stellte der Kläger bei gleichbleibendem Rechtsbegehren zusätzliche Forderungen im Umfang von Fr. 47'141.60 (act. 42 S. 30 und S. 31/32). Anlässlich der Referentenaudienz vom 29. November 2002 liess der Kläger auf entsprechende Frage hin erklären, dass er zwar gegenüber der Beklagten eine Forderung von insgesamt Fr. 274'749.45 (Fr. 227'607.85 zuzüglich Fr. 47'141.60) habe, sich im Sinne einer Teilklage aber auf den eingeklagten Betrag von Fr. 271'500.-- beschränke (Prot. S.17/18).

Mit Eingabe vom 11. März 2003 reduzierte der Kläger die eingeklagte Forderung von Fr. 271'500.-- um Fr. 57'708.65 (bzw. die volle Forderung von Fr. 274'749.45 um Fr. 60'957.25) (act. 79 S. 17), so dass noch ein strittiger Betrag von Fr. 213'792.20 verbleibt. Von der Klagereduktion im Umfang von Fr. 57'708.65 ist Vormerk zu nehmen und der Prozess in diesem Umfang als durch Rückzug der Klage erledigt abzuschreiben.

Der Kläger macht letztlich einen Betrag von insgesamt Fr. 240'751.55 (Umzugskosten: Fr. 39'426.35, unvollständige Amortisation: Fr. 25'289.20, Honorareinbusse: Fr. 155'000.--, Mietzinsreduktion: Fr. 21'036.--) geltend, hat aber mit Eingabe vom 11. März 2003 die eingeklagte Forderung auf Fr. 213'792.20 reduzieren lassen (act. 79 S. 17). Eine solche Teilklage ist ohne weiteres zulässig, da im Mietrecht die Dispositionsmaxime gilt und die Parteien damit frei über den Streitgegenstand verfügen können. Das Gericht hat jedoch nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen den eingeklagten Anspruch unter allen Rechtstiteln zu prüfen.

### 3. Nachträgliche Substantiierung durch den Kläger

Der Kläger wurde mit Präsidialverfügung vom 27. Januar 2003 zur Substantiierung seiner Vorbringen angehalten, nachdem sich diese in mehrfacher Hinsicht als ungenügend erwiesen hatten (act. 74). Der Kläger kam der Substantiierungsaufforderung mit Eingabe vom 11. März 2003 nach (act. 79). Mit Präsidialverfügung vom 20. März 2003 wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zur klägerischen Eingabe angesetzt (act. 82). Die Beklagte liess sich in der Folge mit Eingabe vom 16. Mai 2003 (act. 94) vernehmen. Sie liess darin unter anderem monieren, dass der Kläger anwaltlich vertreten und zudem von ihr (der Beklagten) vor seinem letzten Vortrag auf die ungenügende Substantiierung seiner Vorbringen hingewiesen worden sei, weshalb mit der Präsidialverfügung vom 27. Januar 2003 die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO "zu einem unzulässigen richterlichen Fragerecht" zugunsten des Klägers umgedeutet worden sei. Die nachträglichen Substantiierungen des Klägers seien daher nicht zuzulassen. In materieller

Hinsicht liess sich die Beklagte zu den nachträglichen Substantierungen des Klägers nicht vernehmen (act. 94 S. 6)

Die in Art. 274d Abs. 3 OR statuierte Untersuchungsmaxime verlangt vom Richter, dass er den Sachverhalt auch seinerseits erforscht, indem er durch eine Befragung der Parteien den für die Rechtsanwendung notwendigen Sachverhalt vervollständigt, soweit er für ihn erkennbar unvollständig ist (Higi, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Zürich 1994 und 1996, N 57/58 zu Art. 274d OR). Da sich die Vorbringen des Klägers in mehrfacher Hinsicht als erkennbar unvollständig erwiesen, wurde dem Kläger in Anwendung von Art. 274d Abs. 3 OR i.V.m. § 55 ZPO die Möglichkeit zur nachträglichen Substantierung eingeräumt, weshalb die entsprechenden Vorbringen des Klägers zuzulassen sind.

#### **IV. Herabsetzung des Mietzinses (Art. 259d OR)**

##### **1. Standpunkt des Klägers**

Der Kläger verlangt für die Zeit von April 1997 bis März 1998 eine Mietzinsreduktion von insgesamt Fr. 21'036.--, da der Betrieb seiner Arztpraxis durch die Bauarbeiten der Beklagten massiv beeinträchtigt worden sei. Er habe bei der Beklagten verschiedentlich ohne Erfolg wegen der unerträglichen Lärmimmissionen reklamiert. Am 9. Oktober 1997 habe er schliesslich schriftlich um eine Reduktion des Mietzinses ersucht. Eine Mietzinsreduktion von durchschnittlich 50% pro Monat sei angesichts der überaus starken Beeinträchtigung im Gebrauch des Mietobjektes (Lärmimmissionen, Entzug von Licht und Aussicht, Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit) allermindestens angezeigt (act. 15 S. 8 und S. 18).

##### **2. Standpunkt der Beklagten**

Die Beklagte bestreitet den geltend gemachten Herabsetzungsanspruch sowohl in quantitativer als auch in zeitlicher Hinsicht. In Anbetracht der konkreten Umstände sei ein 25% übersteigender Herabsetzungsanspruch übersetzt. Aufgrund des Ablaufs des Baugeschehens sei das klägerische Mietobjekt zudem einzig in der Zeit um Oktober 1997 sowie in der Zeit von Mitte Februar 1998 bis Ende März 1998

von überdurchschnittlichen Lärmimmissionen betroffen gewesen. Der Kläger habe denn auch erstmals mit Schreiben vom 10. Oktober 1997 eine verhältnismässige Herabsetzung des Mietzinses verlangt (act. 28 S. 12/13).

### 3. Rechtliche Grundlagen und Beweislast

Wird durch den Mangel die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins ab dem Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt (Art. 259d OR). Zweck der Mietzinsherabsetzung ist es, dem durch Mängel verminderten Gebrauchswert der Mietsache mittels einer Anpassung des Mietzinses Rechnung zu tragen und ein erneutes Gleichgewicht der vertraglich geschuldeten Leistung herbeizuführen (Higi, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Zürich 1994, N 5 zu Art. 259d OR). Zur Quantifizierung der Gebrauchsbeeinträchtigung ist einerseits auf die Art des Mietobjektes und andererseits auf die Art der Beeinträchtigung abzustellen.

Damit ein Herabsetzungsanspruch des Mieters entsteht, muss die Mietsache mit einem Mangel behaftet sein, der weder vom Mieter zu verantworten noch auf dessen Kosten zu beseitigen ist. Der Mangel muss zu einer Beeinträchtigung des vorausgesetzten oder vertraglich vereinbarten Gebrauchs geführt haben. Der Vermieter muss vom Mangel Kenntnis haben. Die Beweislast dafür, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Herabsetzungsanspruches erfüllt sind, trägt der Mieter. Gleiches gilt für den sachlich und zeitlich vom Mieter geltend gemachten Umfang der Herabsetzung (Higi, a.a.O., N 20 zu Art. 259d OR; SVIT-Kommentar, Mietrecht II, Zürich 1998, N 26 zu Art. 259d OR). Der Kläger hatte somit zu beweisen, dass der Mietsache eine Eigenschaft fehlt, die sie nach Vertrag oder Gesetz haben sollte, und dass dadurch die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt bzw. er im vertragsgemässen Gebrauch gestört ist. So dann ist der Kläger beweispflichtig für die Dauer des Herabsetzungsanspruches, mithin für den Zeitraum zwischen Kenntnisnahme des Mangels seitens des Vermieters und der vollständigen Mangelbehebung (bzw. i.c. der Beendigung des Mietverhältnisses).

#### 4. Mangelhaftigkeit des Mietobjektes

##### 4.1. Allgemeine Ausführungen/Parteibehauptungen

###### a) Begriff der Mangelhaftigkeit

Voraussetzung des Herabsetzungsanspruchs ist zunächst ein Mangel an der Mietsache. Ein solcher besteht dann, wenn der Zustand der Mietsache vom vertragsgemäss geschuldeten Zustand abweicht. Als Mangel gilt gemäss Gesetzeswortlaut insbesondere die Störung des vertragsgemässen Gebrauchs (Art. 259a Abs. 1 OR), wobei auch ideelle Immissionen wie Lärm einen Mangel darstellen können (Higi, a.a.O., N 30 zu Art. 258 OR). Aus dem Gesetzeswortlaut geht hervor, dass es sich beim Mangelbegriff um einen relativen Begriff handelt (Züst, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Bern/Stuttgart/Wien 1992, N 334 S. 192; Higi, a.a.O., N 28 zu Art. 258 OR). Der vertragsgemässe Gebrauch hängt vom konkreten Vertrag ab und kann individuell verschieden sein.

Zu beachten ist zudem, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung stets mit gewissen Immissionen zu rechnen ist. Zu einer Mietzinsreduktion berechtigen grundsätzlich nur diejenigen Immissionen, deren Dauer oder Intensität die Aufmerksamkeit des Mieters und somit die allgemein üblichen oder vertraglich vereinbarten Tätigkeiten im Mietobjekt beeinträchtigen. Auch Bauarbeiten gelten nicht stets als Mangel im Sinne des Gesetzes. Sie sind nur dann relevant und führen zu einem Anspruch auf Mietzinsherabsetzung, wenn sie Immissionen verursachen, die über das vom Mieter zu tolerierende Ausmass hinausgehen. Bei der Beurteilung der geltend gemachten Immissionen ist demnach insbesondere auf ihre Dauer, Häufigkeit, Intensität und Üblichkeit am betreffenden Ort und auf deren Auswirkungen auf die klägerische Arztpraxis abzustellen.

###### b) Ausführungen des Klägers zur Mangelhaftigkeit

Der Kläger liess vorbringen, das Mietobjekt habe von April 1997 bis März 1998 an einem Mangel gelitten, da der Praxisbetrieb durch die Bauarbeiten der Beklagten und insbesondere die damit einhergehenden Lärmimmissionen massiv beeinträchtigt worden sei. Ungefähr im April 1997 habe die Beklagte mit ersten Bauarbeiten begonnen. Die Bauarbeiten hätten die Arbeit im medizinisch-

therapeutischen Bereich der Praxis generell sehr stark eingeschränkt und teilweise sogar verunmöglicht. Aufgrund der ungenügenden Informationspolitik der Beklagten sei ein Ausweichen wenigstens mit den empfindlichsten Untersuchungen und Therapien auf Zeiten mit weniger starken Immissionen nicht möglich gewesen (act. 15 S. 5). Die Immissionen in der Praxis seien zeitweise unerträglich gewesen. Es sei nicht mehr möglich gewesen, die Patienten in vertretbarer Weise zu betreuen. So habe man beispielsweise das Telefon nicht mehr läuten hören oder hätten verschiedene Untersuchungen (insbesondere mit dem Ultraschallgerät) nicht mehr durchgeführt werden können (act. 15 S. 6/7). Neben dem Lärm seien auch visuelle Immissionen durch Arbeiter, welche unverhofft auf dem Gerüst vor verschiedenen Zimmern – darunter auch Untersuchungsräumen – aufgetaucht seien, vorgekommen. Damit sei die für ärztliche Untersuchungen und Beratungen notwendige Intimität nicht mehr gegeben gewesen (act. 15 S. 7).

Da die Sanierung etappenweise vorgenommen worden sei, hätten seit April 1997 ständig von irgendeinem Fassadenteil her entsprechende Lärm- und Erschütterungsimmissionen auf die Praxis eingewirkt. Die Sanierung der Praxisräumlichkeiten habe zwar erst bevorgestanden, doch hätten die Wände von Anfang an den Schall und die Vibrationen weitergeleitet (act. 15 S. 7/8). Die von der Bautätigkeit der Beklagten ausgehenden Immissionen seien aus verschiedenen Gründen ungleich lauter gewesen, als man dies von 'normalen' Baustellen gewohnt sei. Aufgrund der spezifischen Arbeitsvorgänge seien um ein vielfaches lautere Arbeitsvorgänge an der Tagesordnung gewesen und hätten das Hauptvorgehen dargestellt. Der Schall sei horizontal auf den U-Trakt reflektiert worden. Aufgrund des freien Innenhofes sei der abgestrahlte Schall durch Resonanzen verstärkt worden. Die Liegenschaft sei sehr schlecht schallisoliert gewesen. Die Distanz zu den schallverursachenden Arbeiten sei mit 50 Metern Luftlinie ungewöhnlich klein gewesen (act. 42 S. 8-10). Das klägerische Mietobjekt sei somit seit April 1997 einer ungewöhnlich hohen Schallbelastung ausgesetzt gewesen (act. 42 S. 7-10). Dazu sei durch die Eingerüstung des U-Traktes das klägerische Mietobjekt durch Bretter und die das Gerüst umgebende Baufolie zusätzlich abgedunkelt worden. Um die Privatsphäre der Patienten zu wahren, hätten stets die Vorhänge gezogen sein müssen (act. 42 S. 10). Der Kläger habe seit Beginn der Arbeiten an, trotz

der stetigen Verlagerung der Fassadenrenovation, stets in etwa dieselben Immissionen gewärtigen müssen (act. 42 S. 18).

c) Ausführungen der Beklagten zur Mangelhaftigkeit

Die Beklagte liess die vom Kläger geltend gemachten Mängel bestreiten. Es sei nicht richtig, dass die klägerische Praxis während rund zwölf Monaten permanent von schwersten Lärmimmissionen betroffen worden sei. Die Bauarbeiten seien zu Beginn zunächst im Z-Trakt und im M-Trakt durchgeführt worden und das Baugeschehen habe sich erst im Verlaufe des Jahres 1997 allmählich westwärts auf die sich im U-Trakt befindliche Praxis des Klägers zu bewegt. Der Kläger spreche denn auch selbst vom Näherkommen der Arbeiten. Der Kläger sei von den Arbeiten lange Zeit nicht betroffen gewesen. Für die Zeit vor dem 10. Oktober 1997 (schriftliche Mängelrüge des Klägers) seien die angeblich extremen Lärmimmissionen auf das klägerische Mietobjekt denn auch in keiner Weise dokumentiert (act. 28 S. 4/5, S. 9 und S. 15).

Es könne nicht bestritten werden, dass es im Rahmen des Sanierungsumbaus in der Praxis des Klägers teilweise zu Lärmimmissionen gekommen sei. Dass die Sanierungsarbeiten seit April 1997 dauernd zu einer ungewöhnlich hohen Schallbelastung des klägerischen Mietobjekts geführt haben sollen, sei indessen nicht zutreffend. Die klägerischen Vorbringen betreffend Innenhof und Aufbau von 'Megashallwellen' hätten mit der akustisch-physikalischen Realität nichts zu tun (act. 28 S. 9; act. 57 S. 10). Die direkte Luftlinie zwischen dem klägerischen Mietobjekt und den Bauarbeiten am Z-Trakt habe rund 50 Meter betragen. Über eine solche Entfernung würden die Auswirkungen von Lärmemissionen bekanntlich gewaltig abnehmen (act. 57 S. 21). Der M- und der Z-Trakt seien sodann bautechnisch/konstruktiv zwei vom U-Trakt abgesetzte Bauteile. Die klägerische Arztpraxis sei erst Ende Februar 1998 eingerüstet worden und der Kläger habe die Praxis rund vier Wochen später aufgegeben (act. 57 S. 10/11).

Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass sie (die Beklagte) alles getan habe, um die Sanierungsarbeiten so erträglich wie möglich zu machen. Die Bauarbeiter hätten stets auf die Mieter Rücksicht genommen. Dies gehe klar aus dem Protokoll des 'Mietercafé' vom 3. März 1998 hervor. Seitens der Mieter sei nämlich damals

festgehalten worden, dass die Bauarbeiten – im Verhältnis zum Volumen – erträglich seien und dank dem sehr kooperativen Verhalten der Bauarbeiter ein gutes Einvernehmen herrsche (act. 57 S. 11/12).

d) Erwägungen zur Mangelhaftigkeit der Mietsache

Die Beklagte hat nicht grundsätzlich bestreiten lassen, dass es während des Sanierungsumbaus zu Lärm- und weiteren Immissionen in der Praxis des Klägers gekommen ist. Sie bestreitet jedoch eine dadurch verursachte Beeinträchtigung des Praxisbetriebs und damit sinngemäss das Vorliegen eines für eine Mietzinsreduktion relevanten Mangels. Art, Intensität und Zeitdauer der geltend gemachten Immissionen sowie deren Auswirkungen auf den klägerischen Praxisbetrieb müssen daher im Rahmen des Beweisverfahrens ermittelt werden. Dem Kläger wurde der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass der Betrieb seiner Arztpraxis durch die Sanierungsarbeiten am F.\_\_\_\_\_ durch die behaupteten Immissionen (Ziff. 7 lit. b oben) beeinträchtigt wurde.

4.2. Beweisführung

a) Der Kläger hat zu diesem Beweisthema (Beweissatz I.1. mit Unterbeweissätzen I. 1.1 bis 1.4) insgesamt zehn Zeugen aufgerufen, welche durch das Gericht zwischen dem 8. und 18. März 2005 befragt wurden. Soweit die nachfolgenden Ausführungen allfällige Beziehungen der Zeugen zu den Prozessparteien oder das generelle Aussageverhalten betreffen und daraus Folgerungen für die Verlässlichkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen abgeleitet werden, gelten diese Ausführungen auch für die später zu würdigenden Aussagen derselben Zeugen. Dass alle Zeugen unter der schweren Strafandrohung von Art. 307 StGB ausgesagt haben, sei vorweg erwähnt; dieser Umstand allein vermag selbstverständlich bei widersprechenden Aussagen keinem Zeugen besonderes Gewicht zu verleihen.

b) Der Zeuge H.\_\_\_\_\_ ist von Beruf Psychotherapeut und hatte seine Praxisräumlichkeiten ebenfalls im U-Trakt des F.\_\_\_\_\_. Er ist mit dem Kläger bekannt, aber nicht befreundet; sie pflegen keine privaten Kontakte. Der

Zeuge ist heute noch Mieter der Beklagten (Prot. S. 68). Der Zeuge, welcher zum Zeitpunkt des Umbaus ebenfalls seine Praxis im I.F. \_\_\_\_\_ betrieb, die Praxis aber im Februar 1998 in die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Ersatzräumlichkeiten verlegte, konnte zur Frage der Immissionen während den Umbauarbeiten Angaben aus eigener Wahrnehmung machen. Er gab zu Protokoll, seine Praxis sei selbst sehr intensiv betroffen gewesen von den Umbauarbeiten. Die Praxis des Klägers habe direkt über der seinigen gelegen. Es habe riesige Lärmimmissionen gegeben. Zu bestimmten Zeiten habe man fast nicht arbeiten können und er gehe davon aus, dass es dem Kläger ebenso ergangen sei. Es sei mit Kompressoren gearbeitet worden und es habe ein Rückbau des ganzen Gebäudes stattgefunden. Es habe sehr starke Lärmimmissionen gegeben. Es habe Phasen gegeben, in denen die Arbeit im psychotherapeutischen Bereich stark durch den Lärm beeinträchtigt worden sei. Allerdings müsse man die verschiedenen Bauphasen unterscheiden (Prot. S. 69). Ob bestimmte Untersuchungen, wie zum Beispiel Ultraschall, wegen des Lärms nicht durchgeführt werden konnten, konnte der Zeuge nicht aus eigener Wahrnehmung bestätigen, er gehe aber davon aus, dass dies so gewesen sei. Das Telefon habe man allerdings schon läuten gehört, da es kein dauernder Lärm gewesen sei, sondern lärmige Phasen und Telefone ja länger läuten würden. Das Telefonieren selbst sei aber ab und zu schwierig gewesen. Dass es zu Erschütterungen gekommen wäre, konnte der Zeuge nicht aus eigener Wahrnehmung bestätigen. Er fügte aber an, dass er in der ganz intensiven Phase, nämlich als die Fassade ausgewechselt wurde, seine Praxis bereits in die Ersatzräumlichkeiten verlegt gehabt habe. Auf die Frage, ob der Praxis des Klägers durch das Baugerüst und eine Folie Licht entzogen wurde, erklärte der Zeuge, es sei richtig, dass, als die Fassade weggenommen wurde, das Ganze mit einer Folie geschützt worden sei (Prot. S. 70). Die zum Beweis verstellte Behauptung, die Immissionen, welche von der genannten Baustelle ausgegangen seien, seien lauter gewesen, als man dies von anderen Baustellen gewohnt sei, konnte der Zeuge nicht bestätigen. So habe er noch nie in einem anderen Gebäude gearbeitet, in welchem ein Umbau stattgefunden habe. Er betonte aber bei dieser Gelegenheit, dass es bedingt durch die Beton-Bauweise des Gebäudes sehr laut gewesen sei. Wenn jemand irgendwo gehämmert habe, habe

man das überall gehört. Die Arbeiten hätten zum Teil in beträchtlicher Entfernung (zu seiner Praxis) stattgefunden, wegen der Offenheit der Anlage sei der Lärm trotz Entfernung immer etwa gleich stark gewesen (Prot. S. 71).

c) Die Zeugin I. \_\_\_\_\_ i war zum Zeitpunkt des Umbaus als Praxisangestellte des Klägers tätig. Heute arbeitet sie nicht mehr beim Kläger. Sie kenne ihn aber durch die Arbeit bereits seit 20 Jahren und es bestehe ein lockeres, freundschaftliches Verhältnis. Sie habe mit dem Kläger in der Woche ihrer Einvernahme als Zeugin Kontakt gehabt. Nach Erhalt der Vorladung habe sie sich bei ihm erkundigt, aber sie hätten nicht gross über den Prozess gesprochen. Sie habe der Vorladung entnommen, worum es bei der Einvernahme gehe; die konkreten Fragen kenne sie nicht. Zur Beklagten steht die Zeugin in keiner Beziehung (Prot. S. 98). Die Zeugin führte aus, ihrer Meinung nach sei der Betrieb der Arztpraxis des Klägers beeinträchtigt worden durch die Lärmimmissionen. Es habe einen enormen Lärm gegeben, so dass man manchmal fast nicht mehr habe telefonieren können, weil man den anderen fast nicht mehr verstanden habe. Auch für die Patienten sei der Lärm im Sprechzimmer sehr unangenehm gewesen. Der Lärmpegel sei aber nicht immer gleich hoch gewesen. Es habe Pausen gegeben, in denen in einer anderen Ecke gearbeitet worden sei. Gewisse Untersuchungen habe man nicht mehr machen können, zum Beispiel den Hörtest oder auch Blutdruckmessungen, weil man dafür Ruhe brauche. Die Arbeit sei auf jeden Fall eingeschränkt gewesen. Ob Ultraschalluntersuchungen unmöglich wären, konnte die Zeugin nicht sagen, wegen der Erosionen habe man aber den EKG Apparat manchmal nicht mehr gebrauchen können, weil das ein sehr empfindliches Gerät sei. Man habe dann warten müssen und das EKG später machen (Prot. S. 99). Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt X2. \_\_\_\_\_ bestätigte die Zeugin zudem, dass die Arbeit mit dem Dopplergerät eingeschränkt gewesen sei. Es handle sich dabei um ein sehr sensibles Gerät und man habe die Patienten dann aufbieten müssen, wenn es ruhig gewesen sei. Das Gerät sei sehr wichtig für Venenuntersuchungen, worauf der Kläger spezialisiert sei (Prot. S. 10). Wenn man ein bisschen entfernt von der Station gestanden habe, habe man auch das Telefon nicht mehr gehört. Sie sei der Ansicht, es habe auch Vibrationen gegeben,

was sie ja auch im Zusammenhang mit dem EKG erwähnt habe. Ob die Immissionen, welche von der Bautätigkeit der Beklagten ausgingen stärker waren, als bei anderen Baustellen, wusste die Zeugin nicht. Sie konnte sich auch nicht an besondere Schallreflexionen erinnern. Die Zeugin sagte weiter aus, sie glaube nicht, dass die Lärmbelastung immer gleich stark gewesen sei. "Wenn die Arbeiten in einer anderen Ecke ausgeführt wurden, die uns gar nicht betroffen hat, so war der Lärm ganz sicher geringer, als wenn auf unserer Seite gearbeitet wurde" (Prot. S. 101.) Auf die Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_, ob aufgrund von Immissionen Patienten abgewiesen werden mussten, antwortete die Zeugin, dies gelte nur in dem Sinne, dass man gewisse Patienten habe zu einem anderen Zeitpunkt bestellen müssen, weil man die notwendigen Untersuchungen nicht habe machen können (Prot. S. 110).

d) Der Zeuge J.\_\_\_\_, Adjunkt und \_\_\_\_\_-Stellvertreter, dessen Amtssitz sich ebenfalls im F.\_\_\_\_ U-Trakt befand, kennt sowohl den Kläger als auch die Beklagte, steht aber zu keiner der Parteien in irgendeiner Beziehung. Er gab zu Protokoll, der Umbau habe sich erheblich auf die tägliche Arbeit im Amtssitz ausgewirkt. Nach seiner Erinnerung habe es zeitweise starke Lärmimmissionen gegeben. Manchmal sei es so extrem gewesen, dass sie nur einen reduzierten Betrieb hätten aufrecht erhalten können. So habe man an manchen Nachmittagen nur ein bis zwei Personen beschäftigt und die anderen nach Hause geschickt. An der Liegenschaft habe es erhebliche Verschiebungen gegeben, da habe es ab und zu sehr laut werden müssen. Das Telefon habe er aber immer läuten gehört (Prot. S. 144). Es sei auch zu Erschütterungen gekommen. Ob der Arztpraxis Licht entzogen worden sei, könne er nicht sagen, da er sich im fraglichen Zeitraum nie in der Praxis aufgehalten habe. In seinen Büroräumlichkeiten sei sogar eine zweite Wand aus Holz eingezogen worden. Da sei es dann wirklich dunkel geworden. Das habe gemacht werden müssen, weil die Fassade weggenommen worden sei. Ob es lauter als bei anderen Baustellen gewesen sei, konnte der Zeuge mangels Vergleichsmöglichkeiten nicht sagen (Prot. S. 145). Auf die Frage, ob es zu Schallreflexionen gekommen sei, antwortete der Zeuge: "Es war ein komplexer Lärm. Wenn jemand an der Aussenwand mit einem Schlagbohr-

hammer arbeitet, wissen Sie schon, woher der Lärm kommt". Er spreche dabei nicht nur von der Zeit, als die Fassade weggenommen worden sei, es habe auch in der Vorphase Lärm gegeben. Das ganze Gebäude habe mit einem Gerüst versehen werden müssen. Die Immissionen seien aber nicht immer gleich stark gewesen, das habe sich verschoben, je nach dem, wo die Haupttätigkeiten stattgefunden hätten (Prot. S. 146).

Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass die Aussagen des Zeugen J.\_\_\_\_\_, soweit sie den Zeitraum nach März 1998 (Auszug des Beklagten) betreffen, für den vorliegenden Prozess irrelevant sind. So befand sich die klägerische Praxis zum Zeitpunkt der Fassadenauswechslung, welche zur völligen Verdunkelung der Büroräumlichkeiten des O.\_\_\_\_s führte, nicht mehr im F.\_\_\_\_\_ (vgl. Prot. S. 145).

e) Der Zeuge K.\_\_\_\_\_, von Beruf Architekt, wurde im Dezember 1997 vom Kläger beigezogen, da der Kläger die Auswirkungen des Umbaus auf seinen Praxisbetrieb abklären lassen wollte. Der Zeuge ging (fälschlicherweise) davon aus, der Kläger habe während dem Umbau nicht im F.\_\_\_\_\_ praktiziert (Prot. S. 114). Auch sei er während der Bauzeit nie auf der Baustelle gewesen (Prot. S. 114). Er konnte entsprechend nichts zur Klärung der Frage der Immissionen beitragen.

f) Der Zeuge X3.\_\_\_\_\_ ist der ehemalige Rechtsvertreter des Klägers und führte aus, zu den Umständen bei Baubeginn könne er sich nicht äussern, da er erst zu einem späteren Zeitpunkt vom Kläger beigezogen worden sei. Als er die Rechtsvertretung des Klägers am 11. Februar 1998 übernommen habe, seien massive Umbauarbeiten im Gang gewesen, welche zumindest mit erheblichen Lärmimmissionen verbunden gewesen seien. Dass es auch zu Erschütterungen gekommen wäre, hat der Zeuge selbst nicht wahrgenommen. Soweit er sich erinnern könne, sei der Praxis jedoch durch das Baugerüst und die Baufolie Licht entzogen worden. Er wisse aber nicht mehr, wann das gewesen sei (Prot. S. 126). Im Übrigen erklärte der Zeuge, er habe sich nur zeitweise für Besprechungen in der Arztpraxis aufgehalten und zum Teil erst am Abend. Vieles habe auch telefo-

nisch und per Fax stattgefunden (Prot. S. 127). Der Zeuge konnte daher keine weiteren Angaben zum Beweisthema machen.

g) Zeuge L.\_\_\_\_ war einerseits Patient des Klägers und führt andererseits gelegentlich Plattenlegerarbeiten für die Beklagte aus. Er gab zu Protokoll, er sei im Zeitraum der Umbauarbeiten Patient beim Kläger gewesen. Er habe nicht das Gefühl, der Praxisbetrieb sei durch die Umbauarbeiten beeinträchtigt gewesen. Es habe in der Praxis keinen Staub und keine Baustelle gegeben. Nach seinem Empfinden sei es nicht sehr laut gewesen. Aber er schaue das natürlich anders an (da er selbst auf dem Bau arbeitet). Wo gearbeitet werde, gebe es auch Lärm. Es sei aber nicht so gewesen, dass man als Arzt nicht hätte arbeiten können. Bei ihm seien auch Ultraschalluntersuchungen gemacht worden und das habe man auch gehört. Er habe keine Kenntnis davon, dass gewisse Untersuchungen wegen des Lärms nicht hätten durchgeführt werden können. Er selbst habe keine Erschütterungen wahrgenommen. Auf die Frage, ob der Praxis Licht entzogen worden sei durch das Baugerüst und die Baufolie, antwortete der Zeuge, nach seiner Kenntnis sei alles ganz normal gewesen, wie wenn er sonst zum Arzt gehe. Er hätte es schon gemerkt, wenn er durch eine Bauabdeckung hätte steigen müssen. Ob die Vorhänge gezogen waren, wisse er nicht mehr (Prot. S. 137, 138).

h) Der Zeuge M.\_\_\_\_ ist ebenfalls ein ehemaliger Patient des Klägers und zwar im Zeitraum zwischen 1989 und 2001. Auf die Frage, ob er wisse, worum es bei der Zeugeneinvernahme gehe, erklärt er, er wisse das ungefähr. Gegen Ende des Behandlungszeitraums sei die Praxis des Klägers in E.\_\_\_\_ umgebaut worden. Er glaube, der Kläger habe ihn damals gefragt, ob er für den Fall, dass es Diskussionen geben sollte, bereit sei, Auskunft zu geben. Er wisse, "dass das ziemlich gestört habe". Es sei nämlich sehr laut gewesen im Besprechungszimmer und er glaube, man habe sogar einmal das Zimmer wechseln müssen. Es sei ziemlich laut gewesen und zum Teil hätten sie Probleme gehabt miteinander zu sprechen. Ob der Betrieb des Klägers in dieser Zeit generell beeinträchtigt worden sei, könne er nicht sagen. Als er dort gewesen sei – er wisse aber nicht mehr, ob

das ein-, zwei- oder dreimal der Fall gewesen sei – habe es mindestens einmal gestört (Prot. S. 140). Ob es Erschütterungen gab oder ob der Praxis Licht entzogen wurde, konnte der Zeuge nicht sagen. Ebenso wenig wusste er, ob die Arbeit im medizinisch-therapeutischen Bereich stark eingeschränkt bzw. verunmöglicht worden war. Auch, ob die Vorhänge gezogen werden mussten, wusste der Zeuge nicht mehr (Prot. S. 141, 142).

i) Der N.\_\_\_\_\_ ist heute ...  
. Zum Zeitpunkt des Umbaus arbeitete er im O.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_  
zusammen mit dem Zeugen J.\_\_\_\_\_. Das O.\_\_\_\_\_ lag im  
gleichen Gebäudeteil des F.\_\_\_\_\_ wie die Praxis des Klägers. Der Zeuge  
sagte aus, der Betrieb der Arztpraxis des Klägers sei durch die Sanierungsarbeiten im Zeitraum vom April bzw. Juni 1997 bis März 1998 beeinträchtigt worden. Das O.\_\_\_\_\_ und die Arztpraxis hätten auf dem gleichen Stockwerk gelegen. Sie seien daher in derselben Situation gewesen. Es habe Lärm und Staub gegeben und dann seien sie auch noch mit Lärmschutzwänden eingekleidet worden. Es habe auch Probleme zwischen dem O.\_\_\_\_\_ und der Beklagten gegeben. Er ziehe den Schluss, dass die Arztpraxis, welche ein sensiblerer Bereich sei als ein normales Büro, beeinträchtigt worden sei. Es habe starke Lärmimmissionen gegeben und sie hätten vom Kanton aus eine Mietzinsreduktion beantragt. Auch wisse er aufgrund seiner Notizen, dass er am 27. September 1997 einen kurzfristigen Notbetrieb habe anordnen müssen, weil wegen des Lärms ein normales Arbeiten nicht mehr möglich gewesen sei. Das heisst, er habe alle Leute nach Hause schicken müssen und eine Person habe dann mit Gehörschutz, wie man ihn im Militär verwendet, die Stellung gehalten (Prot. S. 151). Auf Nachfrage des beklaglichen Rechtsvertreters erklärte der Zeuge, diese Phase habe ungefähr vier Tage angehalten und verwies dabei auf eine Aktennotiz, welche er zu den Akten reichte (act. 164; Prot. S. 155). Weiter verwies der Zeuge auf zwei Schreiben, welche er am 16. und am 29. April 1997, mithin zu einem Zeitpunkt als der Kläger seine Praxis bereits verlegt hatte, an Herrn P.\_\_\_\_\_ von der Beklagten gesandt hatte (Prot. S. 152; act. 164/3 und 164/4).

Er habe aufgrund des Lärms zeitweise das Telefon nicht mehr läuten gehört (Prot. S. 152). Auf Vorhalt der Aussagen des Zeugen J.\_\_\_\_, er habe nie Probleme gehabt, das Telefon zu hören, ergänzte der Zeuge, Herr J.\_\_\_\_ habe ein Einzelbüro im vierten Stock gehabt, er wisse aber von Mitarbeitern, welche im Grossraumbüro mit sieben bis acht Arbeitsplätzen arbeiteten, dass sie das Telefon nicht mehr gehört hätten (Prot. S. 156). Vibrationen habe er auch gespürt und zwar, weil das Dach saniert worden sei und sie die Büro zuoberst gehabt hätten. Da ihnen Licht durch eine in den Büros hochgezogene Holzwand entzogen worden sei, gehe er davon aus, es sei in der Arztpraxis ebenso gewesen. Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_ präzisierte der Zeuge, dass die Holzwand erst eingezogen wurde, als die Fassadenauswechslung vorgenommen wurde (Prot. S. 155). Zur Frage, ob die Immissionen lauter gewesen seien, als man sie üblicherweise von Baustellen gewohnt sei, erklärte der Zeuge, sie seien lauter gewesen, als die Vermieterschaft kommuniziert habe. Aber wahrscheinlich habe die Vermieterschaft selbst nicht im Voraus gewusst, was auf die Mieter zukomme. Es sei auch zu Schallreflektionen gekommen, wenn man zum Beispiel im Keller mit dem Presslufthammer arbeite, dann höre man das bis in den 4. Stock. Während der ganzen Bautätigkeit habe es Immissionen gegeben. Auf die Frage, ob die Immissionen trotz stetiger Verlagerung der Arbeiten von einem Trakt in den anderen immer gleich stark gewesen seien, antwortete der Zeuge, sie seien im September 1997 zentral betroffen gewesen, als er die Notmassnahmen habe treffen müssen, und es habe bis im Frühling, d.h. bis März 1998, angedauert (Prot. S. 153). Ebenso wie beim Zeugen J.\_\_\_\_ ist auch beim Zeugen N.\_\_\_\_ festzuhalten, dass seine Aussagen, soweit sie den Zeitraum nach März 1998 (Auszug des Beklagten) betreffen, für den vorliegenden Prozess nicht relevant sind.

j) Die Zeugin R.\_\_\_\_ arbeitete zur Zeit des Umbaus im " S.\_\_\_\_ im F.\_\_\_\_. Auf die Frage, ob der Kläger im Betrieb seiner Arztpraxis durch die Umbauarbeiten beeinträchtigt worden sei, erklärte die Zeugin, alle seien beeinträchtigt gewesen. Wie genau die Praxis betroffen gewesen sei, wisse sie nicht. Sie habe sich um den Laden gekümmert und nicht um die anderen. Es sei lärmig und staubig gewesen. In der Praxis sei sie aber in der fraglichen Zeit nie gewe-

sen. Es habe zeitweise starke Lärmimmissionen gegeben, aber die Vermieterschaft habe sich sehr bemüht, dass das vor und nach den Ladenöffnungszeiten stattgefunden habe. Von 9:00 bis 17:00 Uhr sei es einigermaßen ruhig gewesen (Prot. S. 158). Sie selbst sei aber auch nicht so empfindlich und es sei sicher etwas anderes, wenn man Patienten und nicht einfach Kunden habe. Ob die Arbeit im medizinisch-therapeutischen Bereich eingeschränkt worden sei, könne sie nicht sagen. Das Telefon habe sie immer gehört in ihrem kleinen Laden, auch habe sie keine Erschütterungen gespürt. Ob der Arztpraxis Licht entzogen wurde, wisse sie nicht, auch nicht, ob man die Vorhänge habe ziehen müssen in der Praxis (Prot. S. 159). Eigentlich wisse sie gar nichts, was die Praxis angehe. Zu den übrigen Fragen, erklärte die Zeugin, sie könne sich nicht mehr erinnern (Prot. S. 160).

k) Die Zeugin Dr. T. \_\_\_\_\_ ist die Praxispartnerin des Klägers. Sie war dies bereits zum Zeitpunkt des Umbaus. Die Zeugin erklärte, der Betrieb der Praxis sei im Zeitraum vom April bzw. Juni 1997 bis Ende März 1998 am meisten durch Lärmimmissionen beeinträchtigt gewesen (Prot. S. 164). Dies habe sich über den ganzen Zeitraum von 1997 bis Ende März 1998 erstreckt. Durch die Umbauarbeiten sei der medizinisch-therapeutische Bereich eingeschränkt gewesen. Einerseits hätten einfache Untersuchungen wie Blutdruckmessen und Abhören von Herz und Lunge mit dem Stethoskop, andererseits auch Spezialuntersuchungen mit Ultraschall, wie der Kläger sie für Venenabklärungen benötigt, nicht mehr durchgeführt werden können. Das Telefon habe man nur noch läuten gehört, wenn man unmittelbar daneben gesessen habe. Zudem sei es auch zu Vibrationen gekommen (Prot. S. 164). Während der ganzen Zeit als das Gerüst gestanden habe, sei der Praxis Licht entzogen worden. Da sich die Arbeiter nicht vorangemeldet hätten, habe man vorsorglich die Vorhänge gezogen. Es wäre höchst unangenehm gewesen, wenn ein Patient sich ausgezogen hätte und dann jemand am Fenster erschienen wäre. Da sie vorher noch nie auf einer Baustelle gearbeitet habe, könne sie nicht sagen, ob die Immissionen lauter als auf anderen Baustellen gewesen seien. Es sei auch zu Schallreflektionen gekommen (Prot. S. 166). Auf Nachfrage erklärte die Zeugin, dass der Schall auf Grund der Metallver-

schalung geleitet worden sei; davon gehe sie aus. Die Immissionen seien trotz stetiger Verlagerung der Sanierungsarbeiten von einem Trakt in den anderen stets gleich stark gewesen (Prot. S. 166). Auf die Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_, ob der Lärm jeden Tag aufgetreten sei, antwortete die Zeugin: "Der Lärm war nicht jeden Tag von 7.00 bis 17.00 Uhr gleich stark. Er trat jedoch sicher jeden Tag auf. Da wir nicht gewusst haben, wann es jeweils ruhig war, war dies sehr unberechenbar. Der Lärm ist sicher jeden Tag zu den Betriebszeiten aufgetreten. Es gab sicher an jedem Tag zu den Betriebszeiten der Baustelle von 07.00 Uhr bis am späten Nachmittag Beeinträchtigungen (Prot. S. 174). Auf weitere Nachfrage des beklagten Rechtsanwalts bekräftigte die Zeugin: Es sei immer zu laut gewesen bzw. es habe immer Lärmbeeinträchtigungen gegeben."

l) Als weitere Beweismittel nannte der Kläger folgende Urkunden: Weitere Beweismittel:

- Schreiben des Klägers vom 09.10.97 (act. 4/6/2)
- Liste 'Störende Sachen' vom 10.02.-25.03.98 (act. 17/5)
- Tonbandaufzeichnung auf Mikrokassette (act. 17/6)
- Amtlicher Befund des Stadtammannamtes Schlieren vom 17.03.98 (act. 17/7)
- Fotodokumentation (act. 17/8)
- Planskizze (act. 30/1)

Weiter reichte der Zeuge N.\_\_\_\_\_ zwei Aktennotizen ins Recht (act. 164/1-2), welche als echte Noven ohne weiteres zu beachten sind (§ 138 i.V.m. § 115 Ziff. 1 ZPO).

#### 4.3. Beweiswürdigung

Bei der Beweiswürdigung ist das Gericht nicht an bestimmte Regeln gebunden. Vielmehr ist einzig entscheidend, ob die erhobenen Beweise die richterliche Überzeugung zu begründen vermögen, ein bestimmter Sachverhalt habe sich

verwirklicht (Zweidler, Die Würdigung von Aussagen, ZBJV 132 (1996) S. 106 f.). Die Parteien haben bei keinem der Zeugen Zweifel an der allgemeinen Glaubwürdigkeit oder Unbefangenheit angebracht. Es bestehen auch keine objektiven Anhaltspunkte dafür, die Glaubwürdigkeit oder Unbefangenheit eines bestimmten Zeugen oder einer bestimmten Zeugin zum vorneherein in Zweifel zu ziehen.

Bei den Zeugen und Zeuginnen I.\_\_\_\_, J.\_\_\_\_, N.\_\_\_\_, H.\_\_\_\_.

n und T.\_\_\_\_ handelt es sich ausnahmslos um Personen, welche während der Bauzeit, ebenso wie der Kläger, im Gebäude gearbeitet haben und sich somit an mehreren Tagen pro Woche dort aufhielten. Alle diese Zeugen berichten, wie oben zitiert, von teilweise starken Immissionen, insbesondere durch Lärm, aber auch Erschütterungen. Der Zeuge N.\_\_\_\_ berichtete von einem eigentlichen Notfallszenario, welches eingerichtet werden musste, weil im September 1997 der Lärm zwischenzeitlich unzumutbar wurde für seine Mitarbeiter. Die Ausführungen von N.\_\_\_\_ werden im Übrigen durch die Aktennotizen des Zeugen J.\_\_\_\_ dokumentiert (act. 164/2). Die Praxispartnerin des Klägers, Dr. T.\_\_\_\_, ist selbst als Ärztin tätig und konnte daher detailliert über die konkreten Einwirkungen der (Lärm-) Immissionen auf die ärztliche Tätigkeit Auskunft geben. Ihre Aussagen sind schlüssig und es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass die Ergebnisse auch von einfachen Untersuchungen wie Blutdruckmessen durch plötzlich auftretenden Lärm verfälscht werden und dass der Lärm das Abhören mit dem Stethoskop verunmöglicht. Die Zeugin T.\_\_\_\_ hat auch mehrfach klar ausgeführt, dass der Lärm während der Bauzeit jeden Tag auftrat. Die Aussagen der Zeugin T.\_\_\_\_ werden durch den Zeugen H.\_\_\_\_ von Beruf Psychotherapeut, bestätigt. Auch er spricht davon, dass er intensiv von den Umbauarbeiten betroffen worden sei, dass es riesige bzw. sehr starke Lärmimmissionen gab, die das Arbeiten im psychotherapeutischen Bereich zeitweise fast verunmöglicht hätten. Die Zeugen j.\_\_\_\_, N.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ bestätigen, dass nicht nur medizinische Untersuchungen, sondern auch Büroarbeiten stark gestört wurden. Die Zeugen I.\_\_\_\_, i und N.\_\_\_\_gaben zu Protokoll, dass man zeitweise das Telefon nicht mehr klingeln hörte. Der Zeuge J.\_\_\_\_ konnte dies nicht bestätigen. Auf Nachfrage erklärte der Zeuge N.\_\_\_\_, dass dies wohl damit zusammenhänge, dass sich das

Büro des Zeugen J. \_\_\_\_\_ auf einem anderen Stockwerk befunden habe als dasjenige des übrigen O. \_\_\_\_\_s. Letzteres sei auf dem selbem Stockwerk wie der Kläger eingemietet gewesen.

Die Zeugin R. \_\_\_\_\_, welche ihr Ladengeschäft im F. \_\_\_\_\_ betrieb, erklärte ebenfalls, es habe zeitweise starke Lärmimmissionen gegeben. Sie fügte aber an, die Vermieterschaft habe sich bemüht, lärmintensive Arbeiten ausserhalb der Ladenöffnungszeiten ausführen zu lassen. Dazu ist festzuhalten, dass die Aussage, die lärmintensiven Arbeiten hätten nach Ladenschluss stattgefunden, so kaum zutreffen kann. Die Totalrenovation des F. \_\_\_\_\_s zog sich über mehrere Monate hin und keine der Parteien hat behauptet, diese Arbeiten hätten zeitweise spät-abends oder nachts stattgefunden, was denn auch aus Gründen des Anwohner-schutzes wohl nicht möglich gewesen wäre.

Einzig der Zeuge L. \_\_\_\_\_ konnte von keinen störenden Einwirkungen berichten. Der Zeuge war zur fraglichen Zeit Patient des Klägers, gleichzeitig ist er als Plattenleger gelegentlich für die Beklagte tätig. Der Zeuge schildert, bei seinem Arztbesuch sei alles normal gewesen. Dazu ist zu sagen, dass der Zeuge sich im Gegensatz zu den oben zitierten Zeugen lediglich einmal zu einem Arztbesuch im Gebäude eingefunden hat und sich daher seine Aussagen auch nicht auf einen längeren Zeitraum beziehen können. Unbestritten ist denn auch, dass es immer wieder zu Pausen ohne Lärm kam, in welchen Untersuchungen normal durchgeführt werden konnten. Zum anderen ist festzuhalten, dass der Zeuge als Plattenleger wohl täglich auf Baustellen arbeitet und daher an gewisse Lärmimmissionen gewöhnt sein dürfte und diese nicht mehr als aussergewöhnlich oder störend empfindet. Ein anderer Patient, der Zeuge M. \_\_\_\_\_, vermittelt denn auch ein ganz anderes Bild. So sei der Lärm ziemlich störend gewesen und man habe fast nicht mehr miteinander sprechen können und einmal sogar das Zimmer wechseln müssen.

Zu den weiteren Beweismitteln ist was folgt festzuhalten: Das Schreiben vom 9. Oktober 1997 (act. 4/6/2) und die Liste der störenden Sachen vom 10. Februar bis 25. März 1998 (act. 17/5) wurden vom Kläger selbst erstellt und sind daher von geringem Beweiswert. Immerhin ist damit jedoch belegt, dass der Kläger im Okto-

ber 1997 die Immission als störend empfand und die Behinderung seines Praxisbetriebes beklagte.

Aus der Fotodokumentation ist lediglich ersichtlich, dass das Gebäude zu einem bestimmten Zeitpunkt eingerüstet wurde (act. 17/8), was aber auch unbestritten ist. Die Planskizze dient lediglich der Orientierung (act. 30/1). Hinweise auf die Art, Intensität und Dauer der Immissionen lassen sich daraus keine ziehen.

Die Tonbandaufzeichnung von Anfang März 1998 (act. 17/6) stellt eine Momentaufnahme dar und es lassen sich daraus keine relevanten Rückschlüsse auf die konstante Beeinträchtigung des klägerischen Praxisbetriebes durch die mehrere Monate andauernden Bauarbeiten ziehen.

Aus dem Amtlichen Befund des Stattammannamtes Schlieren vom 17. März 1998 ist hingegen jedenfalls für den Monat März 1998 erstellt, dass aufgrund der Lärmimmissionen gewisse Untersuchungen nicht mehr vorgenommen werden konnten (act. 17/7), es mithin zu einer Beeinträchtigung des klägerischen Praxisbetriebes gekommen ist. Zudem ist nachvollziehbar, dass es mit der Eingerüstung der Fassade Ende Februar 1998 zu den vom Kläger genannten Einwirkungen auf die klägerische Praxis gekommen ist.

Die vom Zeugen | N.\_\_\_\_ | neu eingereichten Unterlagen (act. 164/1-6) beziehen sich fast ausschliesslich auf den Zeitraum nach März 1998 und damit auf einen Zeitraum, als der Kläger bereits aus dem | F.\_\_\_\_ | ausgezogen war. Act. 164/2, einer Aktennotiz von Herrn | J.\_\_\_\_ | vom 22. April 1998, ist aber immerhin zu entnehmen, dass im | O.\_\_\_\_ | im September 1997 kurzfristig ein Notbetrieb angeordnet werden musste, weil der Lärm effizientes Arbeiten nicht mehr zuliess (act. 164/2). Damit wird die Aussage des Zeugen N.\_\_\_\_ bestätigt.

Zusammenfassend ist rechtsgenügend erstellt, dass die Lärmimmissionen sowie die Erschütterungen zeitweise ein so starkes Ausmass erreichten, dass nicht mehr von blossen Unannehmlichkeiten die Rede sein kann, sondern von einschneidenden Beeinträchtigungen der Benutzung des Mietobjektes zum vertraglich vereinbarten Zweck (Betrieb einer Arztpraxis). Es ist insbesondere erstellt,

dass Patiententermine verschoben werden mussten, dass das Läuten des Telefons nicht mehr hörbar war, dass bestimmte Untersuchungen zeitweise nicht durchgeführt werden konnten und manchmal nicht einmal mehr das Gespräch zwischen Arzt und Patient möglich war. Nicht erbracht werden konnte der Beweis, dass der Lärm trotz Verlagerung der Bauarbeiten von einem Trakt in den anderen stets gleich laut war. Der Kläger liess denn auch selbst ausführen, dass er ein 'Näherkommen' der Arbeiten wahrgenommen habe (act. 15 S. 7). Dies spricht jedenfalls gegen eine permanent gleichbleibende Lärmimmission seit Beginn der Bauarbeiten im April 1997, wobei aber – nach dem allgemeinen Lauf der Dinge – auch die Bauarbeiten in den anderen Trakten aufgrund der unmittelbaren Nähe des klägerischen Mietobjektes zur Baustelle eine ständige Lärmquelle dargestellt haben dürften, was denn auch insbesondere durch die Aussagen der Zeugin

T.\_\_\_\_\_ bestätigt wurde. Zudem ist festzuhalten, dass es bereits im September 1997 zu ganz massiven Lärmimmissionen kam, welche durch den Zeugen N.\_\_\_\_\_ geschildert wurden und durch die Aktennotiz des Zeugen J.\_\_\_\_\_ (act. 164/2) belegt sind. Der Umstand, dass es stets auch zu Phasen (oder Pausen) ohne Lärm gekommen sein muss, ändert nichts an der Tatsache, dass sich die Umbauarbeiten während mehreren Monaten immer wieder negativ auf den Praxisbetrieb auswirkten. So ist festzuhalten, dass es erheblich stört, wenn es unvorhergesehen, plötzlich laut wird, beispielsweise während einem Telefon- oder Patientengespräch. Konzentriertes Arbeiten ist unter solchen Umständen kaum möglich und auch die Arbeitseinteilung wird massiv erschwert, wenn vorher nicht bekannt ist, wann die nächste Störung eintreten wird und wann demzufolge bestimmte Arbeiten nicht ausgeführt werden können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einer Arztpraxis um einen besonders sensiblen Bereich handelt, in welchem sich kranke und damit oft auch ruhebedürftige Menschen aufhalten und wo mit empfindlichen Geräten gearbeitet werden muss. Für den geordneten Ablauf bedarf es daher der Ruhe. Die Immissionen durch die Umbauarbeiten gehen nach dem Gesagten über das tolerierbare Mass hinaus, sind aufgrund ihrer Intensität und Häufigkeit und insbesondere auch, weil sie sich über einen langen Zeitraum hinstreckten, als Mangel im Sinne der Ausführungen unter Ziff. 4.a) zu qualifizieren.

5. Dauer des Herabsetzungsanspruches

a) Der Anspruch des Mieters auf Herabsetzung des Mietzinses besteht vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Mangels durch den Vermieter an bis zu dessen vollständiger Behebung (SVIT-Kommentar II, N 14 zu Art. 259d OR). Wie der Vermieter vom Mangel Kenntnis erhalten hat, ist grundsätzlich ohne Bedeutung. Die Kenntnis des Vermieters vom Mangel kann auf eigener Wahrnehmung des Vermieters oder seiner Hilfspersonen beruhen oder aber auf einer entsprechenden Anzeige des Mieters, wozu dieser aufgrund seiner Meldepflicht gemäss Art. 257g OR in der Regel verpflichtet ist. Eine mündliche Anzeige genügt (SVIT-Kommentar II, N 10 zu Art. 259d OR; Züst, a.a.O., N 299 S. 174). Auch wenn für die Quantifizierung des Herabsetzungsanspruches die Zeit vom Beginn der Bauarbeiten an zu berücksichtigen bleibt, kann der Mieter erst ab dem Zeitpunkt eine Mietzinsreduktion geltend machen, ab welchem dem Vermieter bekannt gegeben worden ist, dass die Bauarbeiten Immissionen verursachen, die über das vom Mieter zu tolerierende Ausmass hinausgehen.

b) Im vorliegenden Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte ohne entsprechende Mitteilung um die Beeinträchtigung des klägerischen Praxisbetriebes durch die Bauarbeiten im Z-Trakt und M-Trakt wusste. Dem Protokoll vom 22. Dezember 1997 lässt sich denn auch entnehmen, dass die Vermieterin die spezifischen Bedürfnisse und Einrichtungen der Arztpraxis zu wenig gekannt habe, um die durch den Bau entstehenden Störungen beurteilen zu können (act. 4/6/4). Ein Herabsetzungsanspruch kommt somit frühestens ab entsprechender Benachrichtigung der Beklagten durch den Kläger in Frage. Schriftlich dokumentiert ist eine solche Benachrichtigung erstmals mit Schreiben vom 9. Oktober 1997. Der Kläger liess zwar ausführen, dass er verschiedentlich wegen der Immissionen reklamiert habe. Er könne sich konkret an eine Begegnung mit Herrn P.\_\_\_\_\_ im Juni 1997 erinnern, wo er diesem mitgeteilt habe, dass die Immissionen ein normales Arbeiten verunmöglichen würden, wofür ein Ausgleich zu suchen sei (act. 42 S. 18). Er könne sich aber nicht daran erinnern, schon früher einmal bei der Beklagten reklamiert zu haben (Prot. S. 19).

Dass der Kläger anlässlich einer Begegnung mit Herrn P. \_\_\_\_\_ von der Beklagten im Juni 1997 wegen der Immissionen reklamiert hat, wurde von der Beklagten nicht bestritten. Es kann somit von der Richtigkeit dieser klägerischen Behauptung ausgegangen werden. Dass er schon in einem früheren Zeitpunkt reklamiert und die Beklagte von den Immissionen in Kenntnis gesetzt hätte, wurde vom Kläger nicht substantiiert geltend gemacht. Eine Mietzinsreduktion kommt somit selbst nach klägerischer Darstellung frühestens für die Zeit ab der Mitteilung an die Beklagte in Frage. Da der Kläger lediglich geltend macht, er habe "im Juni" 1997 seine Beanstandungen angebracht ohne das genaue Datum zu nennen oder wenigstens den Zeitraum einzugrenzen ("Anfang", "Mitte", "Ende" Juni 1997), ist eine Mietzinsherabsetzung ab dem Monat Juli 1997 zuzusprechen. Ein Anspruch für den Zeitraum April bis Juni 1997 ist demgegenüber nicht ausgewiesen. Da es als unbestritten zu gelten hat, dass der Kläger im Juni 1997 bei Herrn P. \_\_\_\_\_ reklamiert hat, wurde dem Kläger der Beweis für den Nachweis der Mangelhaftigkeit der Mietsache erst ab Juni 1997 und nicht schon ab April 1997 auferlegt.

## 6. Ausmass des Herabsetzungsanspruches

### a) Ausführungen des Klägers

Mit Bezug auf das Ausmass der Herabsetzung liess der Kläger vorbringen, eine Mietzinsreduktion von durchschnittlich 50% während eines Jahres sei angesichts der überaus starken Beeinträchtigung im Gebrauch des Mietobjektes allermindestens angezeigt. Eine Mietzinsreduktion sei sowohl aufgrund der Immissionen als auch infolge des wirtschaftlichen Mangels, welcher in einem deutlichen Umsatzrückgang des klägerischen Betriebes liege, gerechtfertigt (act. 42 S. 16). Die von der Praxis für Immissionen bei Wohnungen aufgestellten Entschädigungssätze seien bei Geschäftsliegenschaften, deren Mietzweck eine Nutzung genau während der acht Stunden mit sich bringen, in denen die Bauarbeiten stattfinden würden, zu verdoppeln. Bei der Bemessung der Mietzinsreduktion sei neben der Lärmimmission auch der Entzug von Licht und Aussicht durch das Baugerüst zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen sei sodann, dass bei einer Arztpraxis wie der vorliegenden vornehmlich akustische Diagnoseverfahren zu Anwendung kämen,

die aufgrund der Lärmimmissionen nicht bzw. nur noch eingeschränkt hätten ausgeführt werden können. Zusätzlich zu veranschlagen seien die wirtschaftlichen Mängel (Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit; act. 42 S. 16/17). Die Immissionen seien seit Beginn der Arbeiten immer etwa gleich stark gewesen (act. 42 S. 18).

b) Ausführungen der Beklagten

Es werde bestritten, dass das klägerische Mietobjekt während rund zwölf Monaten permanent von schwersten Lärmimmissionen betroffen gewesen sein solle. Von den im April 1997 aufgenommenen Arbeiten im Z- und M-Trakt habe der Kläger lärmässig noch gar nicht betroffen sein können, da das klägerische Mietobjekt fernab vom Baugeschehen im westlichen Teil des U-Traktes gelegen habe. Erst anfangs November 1997 sei der U-Trakt, in welchem sich die klägerische Praxis befunden habe, von dessen Ostseite her einer Fassadensanierung unterzogen worden. Die Eingerüstung ab Mitte Februar 1998 möge zu einer erheblichen Lärmbelastung geführt haben. Für die damit verbundenen Inkonvenienzen erscheine für die Zeit von November 1997 bis März 1998 eine Mietzinsreduktion von 20-25% angebracht (act. 28 S. 13/14; act. 57 S. 17 und S. 18/19).

Eine (zusätzliche) Mietzinsreduktion für den durch das Baugerüst verursachten Entzug von Licht und Aussicht falle schon aus zeitlichen Gründen ausser Betracht, sei doch die klägerische Arztpraxis erst Ende Februar 1998 eingerüstet worden, der Kläger aber schon vier Wochen später ausgezogen sei (act. 57 S. 19). Entgegen der Ansicht des Klägers könne bei einer Geschäftsmiete nicht einfach eine Verdoppelung der Prozentzahlen der Mietzinsherabsetzung, wie sie bei Wohnungsmieten angemessen sei, vorgenommen werden. Vielmehr sei die Gebrauchsbeeinträchtigung und damit bei der Geschäftsmiete der prozentuale Rückgang des Geschäftsumsatzes von Bedeutung. Ein solcher Rückgang sei beim Kläger jedoch nicht auszumachen (act. 57 S. 19/20). Eine zusätzliche Berücksichtigung von 'nachgewiesenen wirtschaftlichen Mängeln' falle ausser Betracht (act. 57 S. 20/21).

c) Rechtliche Erwägungen

Sind die Voraussetzungen gegeben, kann vom vertraglich vereinbarten Mietzins ein verhältnismässiger Abzug vorgenommen werden. Das Ausmass des Herabsetzungsanspruches richtet sich grundsätzlich nach der Verminderung der Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch und damit nach dem sachlichen und zeitlichen Umfang der Störungen. Für die Bemessung des Herabsetzungsanspruches ist stets auf die konkreten Umstände abzustellen und der vom Mangel verursachte 'Minderwert' der Mietsache nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Bei der Bemessung der Herabsetzung steht dem Gericht ein weites Ermessen zu, ähnlich demjenigen der richterlichen Schätzung des zahlenmässig nicht nachweisbaren Schadens nach Art. 42 Abs. 1 OR.

Der Umfang der Mietzinsherabsetzung nach Art. 259d OR bemisst nach dem Verhältnis zwischen dem mangelhaften Mietobjekt und demjenigen ohne Mängel. Die Herabsetzung soll das Gleichgewicht zwischen den vertraglichen Leistungen wieder herstellen (BGE 126 III 388 E. 11c S. 394). Grundsätzlich ist nach der sogenannten relativen oder verhältnismässigen Methode vorzugehen, wie sie aus dem Kaufvertragsrecht bekannt ist: Man vergleicht den objektiven Wert der Mietsache mit Mangel mit demjenigen, den sie ohne Mangel hätte und reduziert den Mietzins entsprechend.

Diese Berechnung ist aber nicht immer einfach, besonders wenn es sich um einen mittelschweren Mangel handelt. Eine Schätzung nach Billigkeitsregeln, allgemeiner Lebenserfahrung, gesundem Menschenverstand und anhand der Kasuistik aus der Rechtsprechung ist daher nach Bundesrecht ebenfalls zulässig (Bundesgericht, 1. Zivilabteilung, 4C.377/2004, 2. Dezember 2004 in mp 4/05 unter Hinweis auf: BGE 4C.527/1996 vom 29. Mai 1997, publ. in SJ 1997 S. 661 E. 4a S. 665 mit weiteren Hinweisen; ebenso Entscheid 4C.97/2003 vom 28. Oktober 2003 E. 3.5).

Dabei ist auch bei Geschäftsmieten eine immaterielle Beeinträchtigung zu berücksichtigen und es wird nicht vorausgesetzt, dass zusätzlich ein materieller Schaden, etwa ein Gewinnrückgang, zu verzeichnen ist. So kann sich ein Mangel etwa dergestalt auswirken, dass ein der mängelfreien Zeit entsprechendes Ge-

schäftsergebnis nur durch höheren Einsatz oder aufwändige Anpassungen des Betriebsablaufes erreicht werden kann. So kann eine Mietzinsherabsetzung denn auch zusätzlich zum Schadenersatz nach Art. 259e OR gefordert werden. Erleidet der Mieter durch die Verminderung der Gebrauchstauglichkeit der Sache eine Gewinneinbusse, so stellt ihm das Gesetz mit den Instrumenten der Mietzinsherabsetzung und des Schadenersatzanspruches grundsätzlich parallel zueinander zwei Rechtsbehelfe zur Verfügung. Soweit nun aber ein Mietzinsherabsetzungsanspruch besteht, vermindert sich im Falle der Gewinneinbusse infolge von Mängeln der Mietsache gerade durch die Reduktion des Mietzinses (als Kostenfaktor) die Höhe des Schadens (Vorteilsanrechnung). Erhält der Mieter durch die Herabsetzung vollen Ausgleich, bleibt aufgrund der Definition des Schadens als Differenz zwischen dem Vermögensstand des Geschädigten mit und ohne das schädigende Ereignis kein Raum für einen Schadenersatzanspruch. Umgekehrt kann der Mieter selbstverständlich keine Herabsetzung mehr verlangen, soweit ihm die verminderte Gebrauchstauglichkeit bereits unter dem Titel des Schadenersatzes abgegolten worden ist.

Wenn länger andauernde Umbau- oder Unterhaltsarbeiten an einer Liegenschaft vorgenommen werden, ist deren Intensität in der Regel unterschiedlich und beeinträchtigt die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch nicht in gleichbleibendem Masse. Je nach Verminderung oder Verstärkung der Mängel im Laufe der Zeit ist eine grössere oder kleinere Reduktion des geschuldeten Mietzinses vorzunehmen, z.B. in einem Monat eine Reduktion von 10% oder in einem anderen Monat eine solche von 70%. Der Kläger liess denn auch selbst ausführen, dass er ein 'Näherkommen' der Arbeiten wahrgenommen habe (act. 15 S. 7). Dies spricht jedenfalls gegen eine permanent gleichbleibende Lärmimmission seit Beginn der Bauarbeiten im April 1997, wenn auch erstellt ist, dass praktisch täglich Immissionen auftraten.

- d) Als aussergewöhnlich bzw. für einen Mietzinsreduktionsanspruch erheblich ins Gewicht fallend sind im vorliegenden Fall folgende Umstände zu bezeichnen:
- die kurze Distanz zur Baustelle,

- die Bauzeit während eines ganzen Jahres von April 1997 bis Ende März 1998 (Beendigung des Mietvertrages),
- die massive Lärmentwicklung und zeitweise auch Erschütterungen im Zusammenhang mit verschiedenen Arbeiten,
- Eine zusätzliche Herabsetzung des Mietszinses im Zusammenhang mit der Eingerüstung der Liegenschaft fällt nur für die Zeit ab Ende Februar 1998 bis zum Auszug des Klägers Ende März 1998 und damit für eine relativ kurze Zeit in Betracht.

Nach dem oben unter IV.4.3 Gesagten ist erstellt, dass ein erheblicher Mangel (vgl. oben) bestand, wenn auch die Immissionen nicht immer gleich stark waren, so traten sie doch im relevanten Zeitraum von Juli 1997 bis März 1998 praktisch täglich auf. Es bestand zwar keine pausenlose Beeinträchtigung, wohl aber erfolgten immer wieder und unvorhersehbar Störungen, was den Praxisbetrieb zwar sicher nicht über längere Zeit völlig verunmöglicht, wohl aber eingeschränkt hat. Wobei auch erstellt ist, dass bestimmte Untersuchungen manchmal überhaupt nicht durchgeführt werden konnten und die Patienten ein zweites Mal erscheinen mussten, so dass von kurzfristigen 100% Einschränkungen auszugehen ist. Andererseits gab es offensichtlich auch Pausen, in denen die Bautätigkeit ruhte bzw. Arbeiten ausgeführt wurden, welche keine Immissionen verursachten. Da eine Totalrenovation mit einer Vielzahl unterschiedlicher Arbeiten ausgeführt wurde, ist eine klare Aufteilung in längere ruhige und lärmigere Phasen nicht möglich. Immerhin ist aber erstellt, dass bereits im September 1997 zeitweise eine ausserordentlich hohe Lärmbelastung herrschte. Ab November 1997 verlagerten sich die Arbeiten dann direkt in den U-Trakt, wo sich die Praxis des Klägers befand, woraus auf eine entsprechend hohe Lärmbelastung geschlossen werden kann, wurde doch im F.\_\_\_\_\_ keine sanfte, sondern eine Totalrenovation vorgenommen. Angesichts der schwankenden Intensität, die von geringer Belastung bis fast zur Unbrauchbarkeit des Mietobjektes reichte, rechtfertigt es sich daher für die gesamte Dauer von einem Mittelwert von 50% auszugehen und den Mietzins für die Dauer von Juli 1997 bis und mit März 1998 um 50% zu reduzieren. Dies entspricht bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 3'506.-- einem Betrag von Fr. 15'777.--.

## V. Schadenersatz aus mangelhafter Mietsache vor der Mietvertragsauflösung (Art. 259e OR)

### 1. Ausführungen des Klägers

Der Kläger liess ausführen, er habe aufgrund der Bauarbeiten und den damit verbundenen massiven Bauimmissionen in der Zeit von April 1997 bis Ende März 1998 Mindereinnahmen erlitten, wofür er gestützt auf Art. 259e OR zu entschädigen sei. Die relevanten Mindereinnahmen liessen sich auf verschiedene Arten berechnen, würden sich aber durchschnittlich auf Fr. 155'000.-- belaufen (act. 15. S. 18/19; act. 42 S. 18/19).

### 2. Ausführungen der Beklagten

Die Beklagte liess den geltend gemachten Anspruch sowohl vom Grundsatz als auch vom Quantitativ her bestreiten. Die angeblichen Lärmimmissionen hätten keinen Einfluss auf die monatlichen Honorarumsätze des Klägers gehabt, so dass dem Kläger auch kein Schaden entstanden sei. Würden die Umsatzzahlen in gebotener Weise berücksichtigt, ergebe sich nämlich überhaupt kein Umsatzrückgang und damit auch kein Schaden (act. 57 S. 21 und S. 34/35). Im übrigen könne auch nicht einfach die behauptete Umsatzeinbusse mit einer Gewinn-/Honorareinbusse in der gleichen Höhe gleichgesetzt werden. Den vom Kläger selber eingereichten Unterlagen lasse sich nämlich entnehmen, dass sich die Fixkosten stark verändert hätten (act. 28 S. 18).

### 3. Rechtliche Grundlagen und Beweislast

Hat der Mieter durch die Mangelhaftigkeit der Mietsache einen Schaden erlitten, so muss ihm der Vermieter dafür Ersatz leisten, wenn er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 259e OR). Der Mieter kann neben der Mietzinsherabsetzung – soweit ihm diese für seine Einbusse nicht bereits vollen Ersatz bietet (OR-Weber/Zihlmann, N 1 zu Art. 259e OR) – Ersatz des durch den Mangel verursachten Schadens fordern. Das Recht auf Schadenersatz nach Art. 259e OR steht ihm selbst dann zu, wenn er gestützt auf Art. 260 OR Änderungen und Erneuerungen an der Mietsache zu dulden hat.

Nicht direkte Voraussetzung des Schadenersatzanspruches sind die Kenntnis des Vermieters vom Mangel und die Mängelrüge des Mieters (Higi, a.a.O., N 7 zu Art. 259e OR; SVIT-Kommentar II, N 10 zu Art. 259e OR). Für das Entstehen eines Schadenersatzanspruches des Mieters müssen somit die nachfolgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Mangelhaftigkeit der Mietsache, die der Vermieter zu vertreten hat
- Vorliegen eines Schadens
- adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Mangelhaftigkeit der Mietsache
- keine Exkulpation des Vermieters.

Die Beweislast für alle Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches – ausser dem Verschulden, welches vom Gesetz vermutet wird – trifft den Mieter. Den Vermieter trifft die gesetzliche Vermutung des Verschuldens umstossenden Beweis, dass ihn kein Verschulden treffe (Higi, a.a.O., N 20 zu Art. 259e OR; Exkulpationsbeweis; SVIT-Kommentar II, N 23 zu Art. 259e OR).

#### 4. Mangelhaftigkeit der Mietsache

Hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der Mietsache kann auf die entsprechenden Ausführungen unter vorstehend Ziffer IV./5. verwiesen werden.

#### 5. Schaden

##### a) Allgemeine Erwägungen

Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte. Massgebend ist primär das positive Vertragsinteresse. Der Mieter ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, d.h. ein Mangel nicht eingetreten bzw. rechtzeitig behoben worden wäre.

Gemäss Art. 42 OR hat der Kläger neben der Schädigung (Mangelhaftigkeit des Mietobjektes und daraus resultierende Einschränkung der Praxistätigkeit) auch die Schadenshöhe zu behaupten und zu beweisen. Der Schaden aus der umbau-

bedingten Einschränkung der Praxistätigkeit lässt sich jedoch nicht mit mathematischer Genauigkeit nachweisen. Er ist vielmehr gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR vom Richter ermessensweise zu schätzen. Die Schätzung des Erwerbsausfalls infolge Einschränkung der Praxistätigkeit muss daher auf gewissen Annahmen beruhen. Trotz der Erleichterung des Schadensnachweises ist der Kläger jedoch nicht der Pflicht enthoben, dem Richter die Tatsachen, die als Anhaltspunkte für die Entstehung und Höhe des geltend gemachten Schadens in Betracht kommen, anzugeben und dafür Beweise anzubieten. Der Geschädigte hat genügend Fakten zu liefern, die den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen vermögen, seine Grössenordnung genügend fassbar machen und damit als annähernd sicher erscheinen lassen. Der Eintritt eines Schadens und dessen Umfang dürfen sich mit anderen Worten nicht bloss im Bereich des Möglichen bewegen, sondern müssen sich dem Gericht aufgrund der Akten mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (BGE 122 III 222; 98 II 36 f., je mit Hinweisen; Brehm, a.a.O., N 52 zu Art. 42 OR; Weber, Berner Kommentar, Band VI/1/5, Bern 2000, N 220 f. zu Art. 99 OR).

Eine allfällige Umsatzeinbusse kann sodann nicht einfach mit einer Gewinn-/Honorareinbusse und damit einem Schaden gleichgesetzt werden. Vielmehr muss auch eine allfällige Veränderung der Fixkosten mitberücksichtigt werden.

b) Dem Kläger wurde daher der Beweis für die Entstehung eines Schadens und dessen Höhe auferlegt. Der Kläger nannte dazu verschiedene Urkunden aus seiner Buchhaltung als Beweismittel und er beantragte zusätzlich die Erstellung eines Gutachtens. In der Folge wurde durch den Sachverständigen C.\_\_\_\_\_ anhand der vom Kläger als Beweismittel genannten Urkunden ein Gutachten zur Umsatz- und Gewinnentwicklung der klägerischen Praxis im Zeitraum des Umbaus im Vergleich zu anderen Jahren erstellt (act. 130). Der Gutachter stellte die aus den eingereichten Urkunden ersichtlichen Umsatzzahlen einander gegenüber und folgerte in nachvollziehbarer Weise, dass aus diesen Unterlagen nicht ersichtlich ist, dass der Kläger im relevanten Zeitraum eine Umsatzeinbusse erlitten hätte (act. 130 S. 2). Zur Frage, ob der Kläger eine Honorareinbusse (Gewinneinbusse) erlitten habe, erklärte der Gutachter, diese Frage könne er nicht beantwor-

ten, da es ihm aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht möglich sei, die in der relevanten Periode angefallenen Fixkosten zu ermitteln (act. 130 S. 5 Frage 8). Der Kläger beantragte in seiner Stellungnahme zum Gutachten in der Folge, es sei das Gutachten unter Beizug seiner Gesamtbuchhaltung zu ergänzen (act. 137). Die Beklagte hat keine Stellungnahme zum Gutachten eingereicht. Mit Beschluss vom 18. November 2004 wurde der Antrag auf Ergänzung des Gutachtens abgewiesen (act. 138 unter Verweis auf die dortige Begründung).

Als weitere Beweismittel für die Frage, ob er bedingt durch die Bauarbeiten eine Gewinneinbusse erlitten hat, nannte der Kläger Dr.med. T.\_\_\_\_\_ als Zeugin. Diese bejahte zuerst die Frage, ob der Kläger im fraglichen Zeitraum eine Honorareinbusse erlitten habe. Auf Nachfrage erklärte sie, sie wisse das, aufgrund der kleineren Anzahl von Spezialuntersuchungen, die hätten durchgeführt werden können (Prot. S. 166). Indessen fügte sie auf die Ergänzungsfrage des beklagten Rechtsvertreters an, sie habe nie eine Aufstellung über die Minderanzahl von Spezialuntersuchungen gesehen oder erstellt (Prot. S. 175). Aufgrund der Immissionen müsse es zu einer Honorareinbusse gekommen sein. Die Zeugin erklärte jedoch auf weitere Nachfrage, dass sie weder Einblick in die Buchhaltung des Klägers gehabt habe, noch die Höhe des Schadens beziffern oder ungefähre Angaben zur Grössenordnung des Schadens machen könne. Auf Vorhalt der Behauptung des Klägers, er habe eine Honorareinbusse von Fr. 155'000.00 erlitten, bestätigte die Zeugin dies sei „vorstellbar“ (Prot. S. 166, 167). Die Zeugin T.\_\_\_\_\_

konnte somit keine objektiven Angaben machen zum Beweisthema, sondern lediglich Mutmassungen zur Frage aufstellen, ob der Kläger durch die Begleitumstände des Umbaus eine Gewinneinbusse erlitten hat.

Bei den übrigen genannten Beweismitteln handelt es sich um diejenigen Urkunden, welche der Gutachter seinen Ausführungen zugrunde gelegt hat. Es erübrigt sich eine weitere Würdigung durch das Gericht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Gutachten schlüssig und nachvollziehbar begründet ist und demnach keine Veranlassung besteht, von der Feststellung des Gutachters abzuweichen. Der Gutachter kam zum Schluss, dass der Kläger im fraglichen Zeitraum keine Umsatzeinbusse erlitten hat und auch eine

Gewinneinbusse nicht erstellt werden kann. Damit ist dem Kläger der Nachweis eines Schadens nicht gelungen.

Es erübrigt sich somit die weitere Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch zu prüfen.

## **VI. Schadenersatz infolge berechtigter fristloser Kündigung**

### **1. Ausgangspunkt**

Der Kläger hat unbestrittenermassen mit Schreiben vom 24. März 1998 das Mietverhältnis zwischen den Parteien unter Berufung auf Art. 259b lit. a OR fristlos bzw. mit Auszugsfrist bis 31. März 1998 gekündigt. Die Kündigung wurde damit begründet, dass die Arztpraxis aufgrund der einschneidenden Sanierung der Liegenschaft nicht weiter betrieben werden könne und seitens der Beklagten kein vollwertiger Ersatz angeboten worden sei (act. 30/7). Der Kläger verlangt nun Schadenersatz infolge gesetzlich berechtigter Kündigung gestützt auf Art. 259b lit. a OR (Kündigungsschaden).

Die Beklagte lässt die unter diesem Titel vom Kläger geltend gemachten Ansprüche schon vom Grundsatz her bestreiten. Zwar wird die Kündigung von der Beklagten in formaler Hinsicht nicht beanstandet, doch sei der Kläger nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen. Sie (die Beklagte) habe dem Kläger nämlich mit den Räumlichkeiten an der G.\_\_\_\_\_ 1 einen vollwertigen Ersatz angeboten und der Kläger habe diesen auch akzeptiert. Hätte der Kläger nicht einfach fristlos gekündigt, hätte sie ihm etliche andere, geeignete Ersatzobjekte anbieten können.

### **2. Ausführungen des Klägers zum Kündigungsrecht**

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass er seine Praxis während der Dauer der Fassadenerneuerungsarbeiten – damals veranschlagt auf die Dauer von zwei Monaten von April bis Mai 1998 – nicht hätte benützen können. Die Tauglichkeit der Mietlokalitäten zum vorausgesetzten Gebrauch sei für diese Zeit vollständig ausgeschlossen gewesen. Da ihm von der Beklagten kein vollwertiger Er-

satz geleistet worden sei, sei er gestützt auf Art. 259b lit. a OR zur fristlosen Kündigung befugt gewesen. Ein Aufrechterhalten des Mietvertrages sei ihm angesichts des Umstandes, dass er das Mietobjekt während einer gewissen Zeit gar nicht hätte benutzen können, nicht zumutbar gewesen (act. 15 S. 15/16; act. 42 S. 16 und S. 28).

Die Parteien hätten auf sein Betreiben hin über einen Umzug von ihm (dem Kläger) in ein anderes Mietobjekt der Beklagten, bezeichnet als 'U.\_\_\_\_\_', verhandelt. Das fragliche Objekt habe aber mit Bezug auf die Lage, Grösse und Umriss nicht seinen Bedürfnissen genügt und sei zu teuer gewesen (act. 15 S. 9/10). Im Februar 1998 sei dann über Ersatzräume an der G.\_\_\_\_ 1 in E.\_\_\_\_\_ verhandelt worden. Anlässlich der Besichtigung der Räumlichkeiten G.\_\_\_\_\_ 1 vom 26. Februar 1998 habe sich gezeigt, dass einerseits ein Grossteil der Räume bereits an die Praxisgemeinschaft H.\_\_\_\_\_ vergeben gewesen sei und andererseits diverse Bedürfnisse des Klägers nicht hätten befriedigt werden können, da es an Archiv-, Röntgen- und Labormöglichkeiten gefehlt habe. Die Räumlichkeiten seien auch verkehrstechnisch sehr ungünstig gelegen, da sie nicht ausreichend mit öffentlichen Verkehrsmitteln erschlossen gewesen seien (act. 15 S. 17/18; act. 42 S. 12-14 und S. 28/29). Das Ersatzobjekt G.\_\_\_\_\_ 1 sei aber auch deshalb nicht zumutbar gewesen, weil der vertragliche Mietzins für die bisherige Arztpraxis unverändert hätte weiter gelten sollen (act. 42 S. 14/15). Er habe der Beklagten deshalb mit Schreiben vom 10. März 1998 mitgeteilt, dass es sich bei den Räumlichkeiten G.\_\_\_\_\_ 1 nicht um ein geeignetes Objekt handle, weder als Provisorium noch als definitiver Ersatz (act. 15 S. 13/14). Die Beklagte habe ihm (dem Kläger) keine bessere Alternative angeboten (act. 42 S. 15).

Das Ersatzobjekt G.\_\_\_\_\_ 1 müsse ausserdem als reine Alibiübung bezeichnet werden, da bereits ein Mietvertrag mit Herrn H.\_\_\_\_\_ 1 bestanden habe, und die Räumlichkeiten deshalb gar nicht an ihn (den Kläger) hätten vermietet werden können (act. 42 S. 13). Es sei denn auch nicht zutreffend, dass sich die Parteien anlässlich der Besichtigung vom 26. Februar 1998 verbindlich darauf geeinigt hätten, dass er (der Kläger) vorübergehend Ersatzlokalitäten in der Liegen-

schaft G.\_\_\_\_\_ 1 beziehe. Das müsse auf einem Missverständnis seitens der Beklagten beruhen. Er (der Kläger) habe vielmehr seine vielfältigen Vorbehalte zum Ausdruck gebracht (act. 15 S. 14/15; act. 42 S. 29).

Selbst wenn ihm aber die Beklagte einen vollwertigen Ersatz angeboten hätte, sei er zur fristlosen Kündigung gemäss Art. 259b lit. a OR berechtigt gewesen, da gemäss Art. 259c OR bei Angebot eines vollwertigen Ersatzes lediglich der Anspruch auf Beseitigung des Mangels, nicht aber das Recht auf fristlose Kündigung entfalle (act. 15 S. 17). Immer dann, wenn das Mietobjekt überhaupt nicht mehr benutzt werden könne – und sei es auch nur für eine kurze Zeit – stehe dem Mieter ein Kündigungsrecht zu. Da der Mietvertrag für ein ganz bestimmtes Mietobjekt abgeschlossen werde, bestehe dieses Kündigungsrecht des Mieters selbst dann, wenn der Vermieter ein gleichwertiges Ersatzobjekt zur Verfügung stelle (act. 42 S. 29).

Die Fassadenrenovation in diesem Umfang sei im übrigen gar nicht notwendig gewesen. Es hätten auch weniger einschneidende Massnahmen – zum Beispiel das Anbringen einer vorgehängten Fassadenisolation und das Auswechseln der Fenster – ausgereicht (act. 42 S. 7).

### 3. Ausführungen der Beklagten zum Kündigungsrecht

Die Beklagte liess die fristlose Vertragsauflösung durch den Kläger als rechtlich unzulässig bezeichnen. Als Vermieterin dürfe sie gemäss Art. 260 Abs. 1 OR Erneuerungen und Änderungen an der Mietsache vornehmen, wenn es für den Mieter zumutbar sei und wenn das Mietverhältnis nicht gekündigt sei. Dem Kläger sei sodann mit der G.\_\_\_\_\_ 1 ein geeignetes Ersatzobjekt angeboten worden, so dass die bevorstehenden Fassadensanierungsarbeiten zumutbar im Sinne von Art. 260 Abs. 1 OR gewesen seien. Damit entfalle aber gleichzeitig das Recht des Klägers zur Mängelkündigung im Sinne von Art. 259b lit. a OR (act. 28 S. 19-21; act. 57 S. 35).

Es sei unbestritten, dass der Kläger während der Fassadenrenovation des U-Traktes im Frühjahr 1998 und damit für einige wenige Monate nicht im Mietob-

jekt hätte verbleiben können. Aus diesem Grund hätten die Parteien am 22. Dezember 1997 Gespräche hinsichtlich einer Ersatzlösung aufgenommen. Die erste Ersatzvariante ' U.\_\_\_\_\_ ' – dabei sei es um eine definitive Lösung und nicht nur um ein Provisorium gegangen – sei vom Kläger verworfen worden. Am 2. Februar 1998 sei dem Kläger das Ersatzobjekt G.\_\_\_\_\_ 1 angeboten worden. Am 26. Februar 1998 hätten die Parteien dieses Objekt gemeinsam besichtigt. Aus der Sicht des Klägers sei eine vorübergehende Verlegung seines Praxisbetriebes an die G.\_\_\_\_\_ 1 (im Sinne eines Provisoriums) eine akzeptable Lösung gewesen. Er habe anlässlich des Lokaltermins sein grundsätzliches Einverständnis zum angebotenen Ersatzobjekt gegeben. Mit Schreiben vom 10. März 1998 habe er dann aber völlig überraschend mitgeteilt, dass er nicht im ' F.\_\_\_\_\_ ' bleiben wolle, sondern seine Praxis andernorts neu eröffnen werde (act. 28 S. 19-21, act. 57 S. 35 und S. 38). Wenn die angebotenen Ersatzmöglichkeiten an der G.\_\_\_\_\_ 1 für den Kläger keine akzeptable Lösung gewesen seien, hätte er ihr (der Beklagten) dies mitteilen müssen, damit sie ihm weitere Alternativen hätte anbieten können. Stattdessen habe der Kläger aus heiterem Himmel gekündigt. Es sei ihr (der Beklagten) damit die Möglichkeit genommen worden, dem Kläger ein vollwertiges Ersatzobjekt anzubieten, obwohl sie über zahlreiche Ersatzobjekte verfügt hätte (act. 57 S. 38/39).

Aufgrund des Vertrauensprinzips habe sie (die Beklagte) den Kläger anlässlich des Lokaltermins vom 26. Februar 1998 so verstehen dürfen, dass er sein grundsätzliches Einverständnis zum angebotenen Ersatzobjekt gegeben habe. Der Kläger gehe ja selber von einem 'Missverständnis seitens der Beklagten' aus (act. 57 S. 35).

Dem Kläger sei eine provisorische Praxisverlegung während der Dauer der Fassadenrenovation ohne weiteres zumutbar gewesen. Er habe seit dem 'Mietercafé' vom 23. März 1997 von der bevorstehenden Fassadenrenovation gewusst, aber trotzdem keine ordentliche Kündigung ausgesprochen (act. 57 S. 37). Anlässlich der Besprechung vom 22. Dezember 1997 sei der Bezug eines Provisoriums für den Kläger ebenfalls eine akzeptable Lösung gewesen (act. 57 S. 38). Auch anlässlich des Lokaltermins vom 26. Februar 1998 habe der Kläger bekundet, dass

eine vorübergehende Verlegung seines Praxisbetriebes für ihn grundsätzlich eine akzeptable Lösung sei (act. 28 S. 20; act. 57 S. 35 und 38).

Da dem Kläger an der G.\_\_\_\_\_ 1 ein ganzes Stockwerk zur Verfügung gestanden hätte, hätte sich keine Reduktion des Praxisbetriebes ergeben. Einzig das Labor und das Röntgen hätte – selbstverständlich gegen finanzielle Abgeltung durch sie (die Beklagte) – auswärts vergeben werden müssen (act. 28 S. 19-21). Sie (die Beklagte) wäre selbstverständlich auch für die weiteren Umtriebe wie insbesondere Umzugskosten aufgekommen (act. 57 S. 36).

Die bevorstehende Fassadensanierung und das Auswechseln der gesamten Fassade sei im Übrigen eine absolute Notwendigkeit gewesen. Die Fassade sei wärmetechnisch völlig ungenügend isoliert gewesen und habe zudem an zahlreichen Stellen Korrosionsschäden aufgewiesen (act. 28 S. 5; act. 57 S. 8).

#### 4. Schadenersatz wegen gerechtfertigter fristloser Kündigung

##### a) Rechtliche Grundlagen

Der Mieter, der berechtigt das Mietverhältnis gestützt auf Art. 259b lit. a OR auflöst, hat Anspruch auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses (sog. Kündigungsschaden; statt vieler: Higi, a.a.O., N 39 zu Art. 259b OR, mit Verweisen). Der Mieter ist mit anderen Worten durch Ersatzleistungen des Vermieters in seinem Vermögen so zu stellen, wie wenn der Vertrag vom Vermieter korrekt erfüllt und der Mieter nicht gezwungen worden wäre, das Mietverhältnis infolge massiver Schlechterfüllung des Vermieters aufzulösen. Zu ersetzen sind namentlich Kosten, die dem Mieter durch die Vertragsauflösung angefallen sind (Umzugs- und Betriebsausfallkosten), da diese im Falle korrekter Vertragserfüllung nicht angefallen wären. Zu ersetzen sind ferner Investitionen des Mieters, soweit diese nicht amortisiert wurden, aber bei korrekter Vertragserfüllung hätten amortisiert werden können. Zu ersetzen sind endlich all diejenigen Kosten, die dem Mieter dadurch entstanden sind, dass er ein dem bisherigen Mietobjekt vergleichbares Ersatzobjekt beschaffen musste (allfällige Mietzinsdifferenzen, Kapitalkosten, die ihm sonst nicht angefallen wären; vgl. dazu auch ZMP 2/93 Nr. 15 Erw. 3-9).

b) Berechtigung zur fristlosen Kündigung

Den Ersatz eines Schadens kann jedoch nur derjenige Mieter verlangen, der berechtigterweise das Mietverhältnis gestützt auf Art. 259b lit. a OR fristlos aufgelöst hat. Denn jede Auflösung eines Mietvertrages (Dauerschuldverhältnis) bedarf eines sogenannten Beendigungsgrundes, der entweder das Ende des Vertrages selbst herbeiführt oder das Gestaltungsrecht der Kündigung entstehen lässt (Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, S. 25 und 27). Wo ein solcher Beendigungsgrund fehlt, entsteht kein Recht auf Vertragsauflösung (Kündigungsrecht als Gestaltungsrecht), und es bleibt eine trotzdem ausgesprochene 'Kündigung' mangels Kündigungsberechtigung wirkungslos.

Die Beweislast für die Voraussetzungen, die das Kündigungsrecht erst entstehen lassen, trifft den kündigenden Mieter (Higi, a.a.O., N 31 zu Art. 259b OR, mit Hinweis). Berechtigt zur fristlosen Kündigung gestützt auf Art. 259b lit. a OR ist ein Mieter dann (Higi, a.a.O., N 19 ff und N 32 zu Art. 259b OR), wenn

- sich der ausserordentliche und gesetzlich umschriebene Kündigungsgrund des vom Vermieter zu vertretenden schweren Mangels verwirklicht hat,
- wenn der Vermieter vom Mangel Kenntnis hat,
- wenn der Mieter zuvor dem Vermieter Frist zur Beseitigung des Mangels angesetzt hat,
- wenn der Vermieter dieser Aufforderung (vertragswidrig) nicht nachkam.

5. Änderungen und Erneuerungen an der Mietsache (Art. 260 OR)

Der Umbau der Mietsache ist unter bestimmten Voraussetzungen auch während der Dauer des Mietverhältnisses möglich. Art. 260 Abs. 1 OR gestattet dem Vermieter Änderungen und Erneuerungen an der Mietsache (ohne Zustimmung des Mieters oder gegen dessen Willen) vorzunehmen, sofern sie für den Mieter zumutbar sind und das Mietverhältnis nicht gekündigt ist. Sind die Voraussetzungen der Zumutbarkeit und des ungekündigten Mietverhältnisses erfüllt, dann hat der Mieter die Erneuerungs- und Änderungsarbeiten und die damit verbundene Schmälerung des vertraglich vereinbarten Gebrauchs – mithin die Mangelhaftigkeit der Mietsache – zu dulden. Das Gesetz beschränkt die Mängelrechte des

Mieters diesfalls auf die Herabsetzung des Mietzinses sowie auf das Recht zum Schadenersatz (Art. 260 Abs. 2, 2. Satzteil OR). Fehlt eine der Voraussetzungen (ungekündigtes Mietverhältnis und Zumutbarkeit), so stehen dem Mieter alle Mängelrechte im Sinne von Art. 259a OR uneingeschränkt zur Verfügung. Dem Mieter steht insbesondere auch das Recht zur fristlosen Auflösung des Mietverhältnisses zu. Dem Vermieter steht es umgekehrt offen, durch Leistung eines vollwertigen Ersatzes dem Gebrauch dieser Rechte durch den Mieter entgegen zu steuern (Art. 259c OR; Higi, a.a.O., N 53 zu Art. 260 OR; Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, 4. Auflage, Zürich 1999, S. 186).

Im Folgenden ist somit vorab zu prüfen, ob der Kläger unter dem Gesichtspunkt von Art. 260 OR verpflichtet war, die Vornahme von Änderungen und Erneuerungen zu dulden, was zu einem Ausschluss des Rechts zur fristlosen Kündigung gestützt auf Art. 259b lit. a OR führen würde.

#### 6. Dulden von Änderungen/Erneuerungen am Mietobjekt

##### a) Ungekündigtes Mietverhältnis

Unbestrittenermassen lag zu Beginn der Umbauarbeiten ein ungekündigtes Mietverhältnis vor, so dass sich weitere Ausführungen zu diesem Punkt erübrigen.

##### b) Zumutbarkeit der Änderung bzw. Erneuerung

Bei den von der Beklagten ausgeführten Arbeiten handelt es sich um Erneuerungen und/oder Änderungen, d.h. um Renovationsarbeiten, die über die gewöhnliche Behebung eines bestehenden Mangels oder die Abwehr eines drohenden Schadens an der Sache hinausgehen (SVIT-Kommentar II, N 19 zu Art. 260-260a OR). Solche Erneuerungs- und Änderungsarbeiten an der Mietsache hat der Mieter nur zu dulden, wenn sie ihm zumutbar sind. Zu prüfen ist somit im Folgenden, ob die Duldung dieser Arbeiten dem Kläger zumutbar war oder nicht. Erst die Zumutbarkeit der Änderung bzw. Erneuerung erlaubt es dem Vermieter, sein Recht auf Änderung bzw. Erneuerung auszuüben. Der Nachweis, dass die Voraussetzung der Zumutbarkeit im konkreten Fall erfüllt ist, ist somit vom Vermieter zu erbringen (Higi, a.a.O., N 43 und N 52 zu Art. 260 OR; Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., S. 182).

Was als zumutbar zu qualifizieren ist, sagt der Gesetzgeber nicht. Die Zumutbarkeit beurteilt sich nach einem objektiven Massstab. Entscheidend ist, ob die geplanten Arbeiten dem Mieter unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Vertragsverhältnisses vernünftigerweise zugemutet werden können oder nicht. Es ist eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen der Vertragsparteien vorzunehmen (SVIT-Kommentar II, N 26 zu Art. 260-260a OR; Higi, a.a.O., N 27/28 zu Art. 260 OR). Als Kriterien zur Bestimmung der Zumutbarkeit im Einzelfall kommen in Betracht:

- die Art der Miete (vereinbarter Gebrauchszweck)
- der sachliche Umfang der vorgesehenen Arbeiten und deren Auswirkungen auf den Gebrauch der Mietsache (Intensität der Einschränkungen)
- Zeitpunkt und Dauer der Arbeiten
- die Art der vereinbarten Mietdauer und die verbleibende Dauer des Mietverhältnisses
- die bisherige Dauer des Mietverhältnisses (je länger das Mietverhältnis gedauert hat, desto zumutbarer sind Änderungen und Erneuerungen; i.c. rund 11 Jahre)
- die voraussichtlichen Auswirkungen des Umbaus auf den Mietzins
- nur als Hilfskriterium: die Nützlichkeit der Erneuerung oder Änderung für den Mieter

Bei der Ausführung der Arbeiten hat der Vermieter auf die Interessen des Mieters Rücksicht zu nehmen (Art. 260 Abs. 2 OR). Er hat den Mieter über den Beginn, den zeitlichen Ablauf, die zu erwartenden Immissionen und Einschränkungen sowie die allfälligen Auswirkungen auf den Mietzins rechtzeitig zu informieren. Unter dem Aspekt der gebotenen Rücksichtnahme hat der Vermieter alle ihm objektiv zumutbaren Massnahmen zur Minderung der Dauer und des Ausmasses der Störungen des Mieters zu veranlassen. Dazu gehören – je nach Umständen und dem Ausmass der Änderung bzw. Erneuerung – auch das zur Verfügung stellen von Ersatzräumlichkeiten während der Bauzeit und der Transport von Einrichtungsgegenständen zum Ersatzobjekt (SVIT-Kommentar II, N 42 und 44 zu Art. 260-260a OR; Higi, a.a.O., N 58 zu Art. 260 OR; ähnlich Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., S. 184).

c) Erwägungen zur Zumutbarkeit im vorliegenden Fall

Festzuhalten ist vorliegend, dass beide Parteien davon ausgingen, dass der Verbleib des Klägers im Umbauobjekt in den Monaten April und Mai 1998 ausgeschlossen war. So waren mithin beide der Ansicht, dass die Umbauarbeiten in dieser Zeit zu unzumutbaren Auswirkungen auf die Mieter geführt hätten. Zu beachten ist weiter, dass der Kläger gegen eine Verlegung seines Praxisbetriebes für die Dauer der Fassadenarbeiten vom Grundsatz her nichts einzuwenden gehabt hat. So lässt sich dem Schreiben des damaligen klägerischen Rechtsvertreters vom 20. Februar 1998 entnehmen, dass für den Kläger der Bezug von adäquaten Ersatzräumen während der kommenden Bauzeit durchaus in Frage kommen würde (act. 4/6/6). Der Umzug in adäquate Ersatzräumlichkeiten für die Dauer der Fassadenarbeiten muss unter diesen Umständen als zumutbar angesehen werden.

7. Voraussetzungen der fristlosen Kündigung nach Art. 259b lit. a OR

a) Vorliegen eines Mangels

Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass während der Fassadenrenovation des westlichen Teils des U-Traktes im Frühjahr 1998 die vom Kläger gemieteten Räumlichkeiten aufgrund der übermässigen Immissionen nicht hätten für den Praxisbetrieb benutzt werden können. Die Parteien führten jedenfalls ab Dezember 1997 Gespräche über ein (definitives oder provisorisches) Ersatzobjekt. Der Kläger begründet seine fristlose Kündigung denn auch damit, dass er seine Arztpraxis während der Zeit der geplanten Fassadenrenovation im Frühjahr 1998 nicht hätte betreiben können. Damit ist aber ohne weiteres von einer Mangelhaftigkeit des Mietobjektes im Sinne von Art. 259b OR – Ausschluss der Tauglichkeit einer unbeweglichen Sache zum vorausgesetzten Gebrauch (Arztpraxis) – auszugehen.

b) Fristansetzung zur Mängelbehebung

Vom Erfordernis der Fristansetzung kann – analog zu Art. 108 OR – dann Umgang genommen werden, wenn eine der in Art. 108 OR umschriebenen Voraussetzungen erfüllt ist, namentlich wenn sich aus dem Verhalten des Vermieters (im

Lichte des Vertrauensprinzips) ergibt, dass sich das Ansetzen einer Beseitigungsfrist als unnütz erweisen würde (Higi, a.a.O., N 29 zu Art. 259b OR). Im vorliegenden Fall war im Hinblick auf die geplanten Fassadenrenovationsarbeiten von vornherein klar, dass sich das Ansetzen einer Frist zur Mängelbehebung als unnütz erweisen würde. Damit konnte in analoger Anwendung von Art. 108 OR auf die Ansetzung einer solchen Frist verzichtet werden. Die Beklagte hat denn auch zu Recht nicht beanstanden lassen, dass ihr keine solche Frist angesetzt worden ist.

c) Kenntnis der Beklagten vom Vorliegen des Mangels

Dass die Beklagte vom (künftigen) Vorliegen des Mangels – Praxisbetrieb während der Dauer der Fassadenarbeiten ausgeschlossen – Kenntnis hatte, steht ausser Diskussion und wurde von der Beklagten auch eingestanden, weshalb auch diese Voraussetzung der Kündigungsberechtigung als erfüllt zu erachten ist.

d) Vollwertiger Ersatz

1. Art. 259c OR sieht die Möglichkeit des Vermieters vor, bei mangelhafter Mietsache seiner vertraglichen Erfüllungspflicht durch die Leistung eines vollwertigen Ersatzes statt durch die Beseitigung des Mangels nachzukommen. Die Kündigung gestützt auf Art. 259b lit. a OR ist diesfalls von vornherein mangels Vorliegen eines gesetzlichen ausserordentlichen Beendigungsgrundes (Kündigungsberechtigung) nicht zulässig und damit wirkungslos ex tunc (vgl. auch Zihlmann, Das Mietrecht, 2. A., Zürich 1995, S. 76).

Vollwertiger Ersatz im Sinne von Art. 259c OR setzt ein Ersatzobjekt voraus, das nicht gleichartig wie das bisherige Mietobjekt ist, aber gleichwertig. Bei vertretbaren, aber nicht leichthin austauschbaren Mietsachen – wozu auch Wohnungen oder Geschäftsräume gehören – erfüllt die Anforderungen der Gleichwertigkeit jedes Ersatzobjekt, das dem zu ersetzenden Mietobjekt im Lichte des Vertragszweckes (vereinbarter Gebrauchszweck) und der vertraglichen Umschreibung des vertragsgemäss Geschuldeten vergleichbar ist. Das Ersatzobjekt muss also nicht identisch sein, sondern in Bezug auf Grösse, Mietzins, Lage (Quartier, Umgebung, ...) und allenfalls auch verkehrsmässige Erschliessung vergleichbar sein (Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., S. 148; Higi, a.a.O., N 14-20 zu Art. 259c OR). Ob

das Ersatzobjekt gleichwertig ist, bestimmt sich nach dem bisherigen (mängelfreien) Objekt gemäss Abrede der Parteien. Der vollwertige Ersatz kann bloss vorübergehend – bis zur Beseitigung des Mangels – oder bis zum Vertragsende gestellt werden (Higi, a.a.O., N 26 zu Art. 259c OR).

Zum gesetzlich geforderten vollwertigen Ersatz gehört sodann die Deckung von Unkosten durch den Vermieter, die dem Mieter aus dem Umzug vom mangelhaften Objekt in das Ersatzobjekt anfallen. Die Übernahme der zusätzlichen Abgeltungen muss verbindlich versprochen worden sein (Higi, a.a.O., N 31 zu Art. 259c OR).

Art. 259c OR beinhaltet eine Annahmepflicht des Mieters. Der Mieter ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, den vom Vermieter angebotenen vollwertigen Ersatz anzunehmen. Die ungerechtfertigte Ablehnung einer konkreten Offerte eines Ersatzangebotes bzw. die ungerechtfertigte Ablehnung oder Verzögerung der Mitwirkung des Mieters beim Erbringen der Ersatzleistung (z.B. Umzug), führt – wie die Leistung eines vollwertigen Ersatzes selbst – zum Untergang des Beseitigungsanspruchs und der daraus fließenden weiteren Rechte, wie insbesondere des Kündigungsrechts (Higi, a.a.O., N 30 zu Art. 259c OR). Eine solche Offerte setzt die konkrete Bezeichnung und die verbindliche Zusage der Übernahme der weiteren Kosten voraus, die dem Mieter durch den Umzug in das Ersatzobjekt anfallen. Keine ungerechtfertigte Ablehnung liegt folglich dann vor, wenn zwar Ersatz, aber nicht vollwertiger, angeboten wurde.

Die Beweislast für die Vollwertigkeit der Ersatzleistung liegt nach den allgemeinen Grundsätzen von Art. 8 ZGB beim Vermieter. Den Vermieter trifft ebenfalls die Beweislast für eine rechtzeitige und mängelfreie Leistung der Ersatzsache (Higi, a.a.O., N 35 zu Art. 259c OR).

2. Im 'F. \_\_\_\_\_' verfügte der Kläger über insgesamt acht Räume, nämlich ein Wartezimmer, einen Empfangsbereich, ein Labor, einen Raum für Physiotherapie, zwei Sprechzimmer, ein Büro und einen Raum für Röntgenuntersuchungen. Zusätzlich standen Nasszellen zur Verfügung. Weiter stand dem Kläger ein Ar-

chivraum zur Verfügung. Die Räumlichkeiten waren von der Parkgarage aus direkt mit dem Lift erreichbar.

Die Lokalitäten an der G.\_\_\_\_ 1 liegen im gleichen Quartier, sind allerdings nicht von der Parkgarage aus direkt mit dem Lift erreichbar und weisen ein anderes Raumprogramm auf. Dem Kläger soll gemäss Darstellung der Beklagten ein ganzes Stockwerk als Ersatzobjekt angeboten worden sein. Ein Teil der Räume sei zwar von der Praxis H.\_\_\_\_ belegt gewesen, doch hätte dieser problemlos in ein anderes Stockwerk umplatziert werden können. Der Kläger macht demgegenüber geltend, dass ihm nur drei Räume zur Verfügung gestanden hätten, weil die restlichen Räume bereits von der Praxisgemeinschaft H.\_\_\_\_ belegt worden seien und diese mit einer Umplatzierung nicht einverstanden gewesen wäre. Es habe sich bei diesem Ersatzangebot deshalb nur um eine reine Alibiübung gehandelt.

Hätten dem Kläger an der G.\_\_\_\_ 1 nur drei Räume zur Verfügung gestanden, dann könnten diese Lokalitäten sicher nicht als zumutbares Ersatzobjekt für die bisherige Praxis im ' F.\_\_\_\_ ' bezeichnet werden. Hätte dem Kläger indessen – wie von der Beklagten behauptet – ein ganzes Stockwerk zur Verfügung gestellt werden können und wäre die Beklagte für die Umzugskosten, die Kosten für die Herrichtung der Räumlichkeiten und allenfalls auch die Kosten für die auswärtige Vergabe von Labor- und Röntgenarbeiten aufgekommen, dann wäre der Umzug in die Ersatzräumlichkeiten und damit letztlich auch die Vornahme der Änderungen und Erneuerungen als für den Mieter zumutbar zu qualifizieren. Entsprechend wäre der Kläger nicht zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages berechtigt gewesen. Die Beklagte hatte damit den Nachweis zu erbringen, dass sie dem Kläger ein ganzes Stockwerk zur Verfügung hätte stellen können.

Weiter wurde der Beklagten der Beweis dafür auferlegt, dass der Kläger das Ersatzangebot der Beklagten letztlich akzeptiert hat. Sofern die Beklagte den Nachweis erbringen kann, dass sie dem Kläger adäquate Ersatzräumlichkeiten angeboten und die Übernahme der weiteren Kosten verbindlich zugesagt hat, war der Kläger nach Treu und Glauben zur Annahme des Ersatzangebotes verpflichtet. Eine solche Annahmepflicht besteht jedenfalls im Zusammenhang mit Er-

satzangeboten nach Art. 259c OR (siehe dazu die entsprechenden Erwägungen unter Ziffer VI.7.d nachstehend). Es wäre daher von untergeordneter Bedeutung, ob der Kläger das Ersatzangebot ausdrücklich akzeptiert hat oder nicht.

Sofern die Beklagte den Nachweis eines zumutbaren Ersatzobjektes nicht erbringen kann, jedoch beweist, dass der Kläger das Objekt dennoch ausdrücklich akzeptiert hat, so wäre die wenige Tage später erfolgte Kündigung als unzulässiger Verstoss gegen Treu und Glauben zu qualifizieren. Die Beklagte hatte daher den Nachweis zu erbringen, dass der Kläger die ihm angebotenen Räumlichkeiten an der G.\_\_\_\_ 1 als Ersatzobjekt akzeptiert hat.

3. Zu ihren Hauptbeweisen nannte die Beklagte | V.\_\_\_\_ und | Q.\_\_\_\_ als Zeugen. Der ebenfalls als Zeuge angerufene | P.\_\_\_\_ ist am 28. August 2004 verstorben (act. 157). Der Kläger berief sich demgegenüber zum Gegenbeweis auf die Zeugen | H.\_\_\_\_, T.\_\_\_\_, K.\_\_\_\_, | r, | und | X3.\_\_\_\_. Dieselben Zeugen wurden zum besonderen Gegenbeweis des Klägers, dass | H.\_\_\_\_ nicht mit der Umplatzierung seiner Praxis einverstanden gewesen wäre, angerufen (Prot. S. 55, 56).

e) Die Zeugin | V.\_\_\_\_ |, von Beruf Liegenschaftenverwalterin und Buchhändlerin, war zum Zeitpunkt des Umbaus bei der Beklagten angestellt. Das Angestelltenverhältnis endete Ende März 1999 (Prot. S. 76). Die Zeugin erklärt auf entsprechende Frage, man hätte dem Kläger an der | G.\_\_\_\_ 1 ein ganzes Stockwerk zur Verfügung stellen können. Das hätte bedingt, dass Herr | H.\_\_\_\_ umgezogen wäre, sofern der Kläger "das Röntgen hätte hinübernehmen wollen". Es sei zu ergänzen, dass es sich bei Herrn | H.\_\_\_\_ nicht um einen Umzug gehandelt hätte, da er nur "zwei bis drei Massageliegen" hätte mitnehmen müssen. Sie gehe davon aus, dass Herr | H.\_\_\_\_ einverstanden gewesen wäre mit einem nochmaligen Umzug, da Herr | H.\_\_\_\_ sehr kooperativ gewesen sei (Prot. S. 80). | H.\_\_\_\_ habe zwei Büroräumlichkeiten belegt. Es habe dort vier normal grosse Räume, einen sehr grossen Raum sowie eine Küche und WC-Anlagen gegeben. Dies zusätzlich zu den von Herrn | H.\_\_\_\_ belegten Räumen.

f) Der Zeuge Q.\_\_\_\_\_ ist von Beruf Architekt und war zum vorliegend relevanten Zeitpunkt ebenso wie V.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten angestellt. Er sagte aus, man habe dem Kläger ein Ersatzobjekt an der G.\_\_\_\_\_ 1 angeboten, er wisse aber nicht, ob es ein ganzes Stockwerk gewesen sei. Auch könne er sich nicht erinnern, ob man H.\_\_\_\_\_ problemlos hätte umplatzen können (Prot. S. 88). Er wisse aber noch, dass man diskutiert habe, wegen der Fläche und wegen eines Röntgenraumes und ob man das Röntgen allenfalls auswärts geben könnte. Auf die Frage, ob der Kläger die Räumlichkeiten an der G.\_\_\_\_\_ 1 akzeptiert habe, antwortete der Zeuge, der Kläger habe gesagt, es sei allenfalls eine Möglichkeit, er müsse das aber noch prüfen. So sei man dann auseinandergegangen; es sei weder klar ja noch klar nein gesagt worden (Prot. S. 90). Später fügte der Zeuge hinzu, der Kläger habe nicht gesagt, das Objekt käme nicht in Frage (Prot. S. 92). Der Zeuge war weiter der Meinung, man habe sich über die auswärtige Vergabe des Röntgens nicht geeinigt. Ob die Beklagte zum genannten Zeitpunkt über weitere zumutbare Ersatzobjekte für den Kläger verfügt hätte, wusste der Zeuge nicht mehr. Man sei schon auf die G.\_\_\_\_\_ fixiert gewesen und er glaube, man habe nicht gross andere Objekte miteinbezogen (Prot. S. 90).

g) H.\_\_\_\_\_ belegte zum fraglichen Zeitpunkt die dem Kläger als Ersatzobjekt abgebotenen Räumlichkeiten an der G.\_\_\_\_\_ 1. Er erläuterte, dass er in einer Praxisgemeinschaft, bestehend aus vier Psychotherapeuten und Psychotherapeutinnen, arbeite, und sie zusammen drei Räume auf einem Stockwerk an der G.\_\_\_\_\_ belegt hätten. Freigeblichen seien nur ein recht grosser Raum und ein kleiner. Die restlichen Räume auf diesem Stockwerk seien von ihnen belegt gewesen (Prot. S. 72). Auf die Frage, ob er bereit gewesen wäre seine Praxis (ein zweites Mal) zu verlegen, erklärte der Zeuge, das seien sie nie gefragt worden und sie wären damit auch nicht einverstanden gewesen. Der Zeuge glaubte weiter sich erinnern zu können, dass der Kläger die Räumlichkeiten nicht akzeptiert habe, weil sie ihm zu klein gewesen seien. Dies habe der Kläger ihm gesagt. Bei der Besprechung des Klägers mit den Vertretern der Beklagten sei er nicht dabei gewesen. Eine gemeinsame Verwendung durch sie und den Kläger

und dessen Praxiskollegin sei schon von Seiten der Praxisgemeinschaft des Zeugen nicht in Frage gekommen (Prot. S. 74).

h) T.\_\_\_\_\_ gab zu diesem Beweisthema zu Protokoll, sie sei bei den Gesprächen des Klägers mit den Vertretern der Beklagten nicht dabei gewesen. Sie konnte daher weder zur Frage, ob dem Kläger (und ihr selbst) an der G.\_\_\_\_\_ ein ganzes Stockwerk zur Verfügung gestanden hätte, noch dazu, ob der Kläger das Ersatzobjekt akzeptiert hat, Aussagen machen (Prot. S. 171).

i) K.\_\_\_\_\_ erklärte, er habe zusammen mit dem Kläger und den Vertretern der Beklagten am 26. Februar 1998 einen Teil eines Stockwerkes an der G.\_\_\_\_\_ 1 besichtigt. Dieses Stockwerk sei teilweise von Herrn und Frau K'.\_\_\_\_\_ belegt gewesen. Sie, d.h. der Zeuge und der Kläger, hätten keine klare Antwort erhalten, ab wann dem Kläger, wie viel von diesem Stockwerk zur Verfügung stehen würde. Sie hätten dann ausdrücklich einen Plan verlangt, aus welchem hätte ersichtlich sein müssen, welche Räume, zu welchem Termin dem Kläger hätten zur Verfügung gestellt werden können (Prot. S. 118 und S. 122). Er, der Zeuge, habe nie einen solchen Plan gesehen. Die Frage, ob Herr H.\_\_\_\_\_ mit der erneuten Verlegung seiner Praxis einverstanden gewesen wäre, sei nicht klar beantwortet worden. Die Beklagte hätte dem Kläger darüber Klarheit verschaffen müssen; dies sei nicht geschehen. Der Kläger habe das Objekt an der G.\_\_\_\_\_ nicht als Ersatzobjekt akzeptiert, da anlässlich der Besichtigung die genannten Probleme aufgetaucht seien und diese offenen Fragen seien seiner Meinung nach nie präzise genug beantwortet worden (Prot. S. 118, 119). Zum Beweisthema der auswärtigen Vergabe des Röntgens, konnte der Zeuge nichts beitragen (Prot. S. 119), ebenso wenig wusste er, ob die Beklagte dem Kläger weitere Ersatzobjekte angeboten hat (Prot. S. 119).

j) X3.\_\_\_\_\_ der ehemalige Rechtsvertreter des Klägers war bei einem Augenschein im Objekt an der G.\_\_\_\_\_ 1 anwesend. Ob es sich dabei um die Besprechung vom 26. Februar 1998 gehandelt hatte, wusste der Zeuge nicht mehr. Er erklärte, drei Räume auf dem angebotenen Stockwerk seien von Herrn H.\_\_\_\_\_ belegt gewesen. Nach dem Augenschein hätten sie Herrn H.\_\_\_\_\_ 1

zufälligerweise getroffen und dieser habe gesagt, dass er und seine Untermieter die Räume dauernd brauchen würden, so dass es klar gewesen sei, dass der Kläger nicht das ganze Stockwerk hätte belegen können. Aus der Aussage, welche Herr H.\_\_\_\_\_ anlässlich des zufälligen Treffens gemacht habe, schliesse er, dass dieser mit einem Umzug seiner Praxis nicht einverstanden gewesen wäre. Der Kläger habe die Ersatzräumlichkeiten anlässlich des Lokaltermins nicht akzeptiert. Er und der Zeuge selbst hätten das Angebot prüfen wollen und sich deshalb eine Bedenkzeit von einer Woche oder zehn Tagen ausbedungen (Prot. S. 131). Er wisse nicht, ob der Kläger mit der auswärtigen Vergabe der Labor- und Röntgenarbeiten einverstanden gewesen sei. Die Röntgenapparatur hätte man auf jeden Fall nicht an die G.\_\_\_\_\_ verbringen können, da es dazu eine spezielle Installation brauche. Soweit er, der Zeuge, sich erinnern könne, habe der Kläger nie gesagt, dass er damit einverstanden sei (Prot. S. 132). Dem Kläger sei ein weiteres Ersatzobjekt angeboten worden. Diese Räumlichkeiten hätten sich jedoch zum Zeitpunkt der Besichtigung im Innern noch im Rohbau befunden und zudem sei die Lokalität mit dem öffentlichen Verkehr nicht oder schlecht erschlossen gewesen. Viele Patienten des Klägers hätten Beinleiden und könnten daher nicht weit laufen. Diese Räume habe der Kläger anlässlich des Lokaltermins abgelehnt. Weitere Angebote seien von Seiten der Beklagten nicht unterbreitet worden (Prot. S. 133)

k) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagten der Nachweis, dass sie dem Kläger an der "G.\_\_\_\_\_ I" ein zumutbares Ersatzobjekt angeboten hat, mit den von ihr genannten Beweismitteln nicht gelungen ist. Einzig die Zeugin V.\_\_\_\_\_ sagte aus, dem Kläger hätte ein ganzes Stockwerk zur Verfügung gestellt werden können. Sie ging allerdings davon aus, dass H.\_\_\_\_\_ nochmals umgezogen wäre, was dieser jedoch ganz klar verneinte. Die vom Kläger zum Gegenbeweis aufgerufenen Zeugen haben einhellig ausgesagt, dass dem Kläger nur wenige (drei) Räume zur Verfügung gestanden hätten. Dieses Angebot hätte den Platzbedarf des Klägers, welcher im F.\_\_\_\_\_ acht Räume belegte, selbst dann nicht gedeckt, wenn er bereit gewesen wäre, das Röntgen und die Laboruntersuchungen für eine beschränkte Zeit auswärts durchführen zu lassen. H.\_\_\_\_\_ , welcher nach Ansicht der Zeugin V.\_\_\_\_\_ bei einem erneuten Um-

zug nur ein paar Liegen hätte mitnehmen müssen, hat, wie erwähnt, klar zu Protokoll gegeben, dass er und seine Praxisgemeinschaft nicht bereit gewesen wären, die ihm als Ersatzräumlichkeiten zur Verfügung gestellte Praxis an der G.\_\_\_\_ 1 zugunsten des Klägers erneut zu räumen (Prot. S. 73).

Hätte der Kläger jedoch die angebotenen Räume an der \_\_\_\_\_ anlässlich des Lokaltermins vom 26. Februar 1998 effektiv als Ersatzobjekt akzeptiert, obwohl sie seinen Bedürfnissen nicht entsprachen, so hätte er mit seiner Kündigung wider Treu und Glauben gehandelt. Die Beklagte hatte daher zusätzlich den Nachweis zu erbringen, dass der Kläger die ihm angebotenen Räumlichkeiten an der G.\_\_\_\_ 1 als Ersatzobjekt akzeptiert hat.

Die Zeugen X<sup>3</sup>.\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_ welche den Kläger in diesem Zusammenhang beraten und auch zu Besichtigungen begleitet haben, sprechen übereinstimmend davon, man habe sich eine Bedenkzeit ausbedungen, um weitere Abklärungen zu treffen. Der von der Beklagten angerufenen Zeuge Q.\_\_\_\_ bestätigte die Aussagen, war er doch der Meinung, die Frage, ob der Kläger das Ersatzobjekt akzeptiere oder nicht, sei offen geblieben (Prot. S. 89). Er habe gesagt, es wäre denkbar und dann sei man auseinandergegangen (Prot. S. 91). Auch das an den Kläger gerichtete Schreiben von P.\_\_\_\_ vom 9. März 1998 (act. 4/8/9) spricht eher gegen ein Einverständnis des Klägers mit dem Ersatzobjekt

G.\_\_\_\_ 1. Diesem Schreiben lässt sich gerade entnehmen, dass sich der Kläger noch nicht zu einer Entscheidung bezüglich des Standortes sowie der vertraglichen Vereinbarungen habe durchringen können. Dieses Schreiben lässt sich demgegenüber mit dem Vorbringen des Klägers in Einklang bringen, wonach er am 26. Februar 1998 lediglich gesagt haben will, er könne sich prima vista eine provisorische Praxisverlegung vorstellen, wolle sich die Angelegenheit aber nochmals überlegen. Es ist somit nicht erstellt, dass der Kläger das Ersatzobjekt akzeptiert hat.

Zu prüfen ist zudem die Frage, ob der Kläger der Beklagten nicht vor einer allfälligen Kündigung hätte die Möglichkeit gewähren müssen, ihm ein anderes Ersatzobjekt zur Verfügung zu stellen, wenn er mit dem angebotenen Ersatzobjekt an der G.\_\_\_\_ 1 nicht einverstanden gewesen ist. Hier stellt sich auch die

Frage, ob es aufgrund des zeitlichen Rahmens überhaupt möglich gewesen wäre, in einem allfälligen Ersatzobjekt die notwendigen baulichen Massnahmen vorzunehmen, damit der Kläger seine Arztpraxis dort hätte betreiben können. Der Kläger argumentiert gerade damit, dass er aufgrund der Untätigkeit der Beklagten und der immer näher kommenden Fassadenrenovation in zeitliche Bedrängnis gekommen sei und unter höchstem Druck selber eine Ersatzlösung habe suchen müssen (act. 42 S. 15). Nur wenn seitens der Beklagten rechtzeitig ein adäquates Ersatzobjekt zur Verfügung gestellt wurde, ist von einer Zumutbarkeit im Sinne von Art. 260 OR auszugehen. Der Beklagten wurde daher der Beweis dafür auferlegt, dass sie über weitere Ersatzobjekte verfügt hat und es ihr zudem möglich gewesen wäre, die Ersatzräumlichkeiten rechtzeitig bis zum Beginn der Fassadenrenovation zur Verfügung zu stellen bzw. für den Kläger herzurichten.

Dass die Beklagte dem Kläger weitere Ersatzobjekte angeboten hätte, ist ebenfalls nicht erwiesen. Die Zeugin V.\_\_\_\_ zählt zwar zwei Objekte auf, nämlich an der W.\_\_\_\_ und an der AA.\_\_\_\_, welche in Frage gekommen wären (Prot. 82), und führte aus, diese seien dem Kläger auch angeboten worden. Der Nachweis, dass diese Angebote dem Kläger rechtzeitig und verbindlich angeboten worden und für ihn zumutbar gewesen wären, ist mit diesen knappen Zeugaussagen jedoch nicht mit der erforderlichen Sicherheit erbracht. Der Zeuge Q.\_\_\_\_ erklärt, man habe schon geschaut, ob es noch andere Möglichkeiten gegeben hätte, er könne sich aber nicht genau erinnern. Man sei auf die G.\_\_\_\_

fixiert gewesen und man habe nach seiner Erinnerung nicht gross andere Objekte miteinbezogen (Prot. S. 90). Der zum Gegenbeweis aufgerufene Zeuge X3.\_\_\_\_, damals Rechtsvertreter der Klägers, wusste zwar von einem weiteren Angebot und zwar an der W.\_\_\_\_ („dort wo die Beklagte ihren Sitz hat“), es sei aber innen im Rohbau gewesen und verkehrstechnisch nicht genügend erschlossen. Der Kläger habe diese Räume noch am Lokaltermin abgelehnt (Prot. S. 133).

Da die Beklagte somit den Beweis, dass sie dem Kläger rechtzeitig weitere Ersatzobjekte angeboten hat, nicht erbringen konnte, erübrigte es sich, im Rahmen

des Beweisverfahrens einen Augenschein in den Objekten gemäss Beweissatz II.6. vorzunehmen.

l) Fazit

Nach dem Gesagten ist nicht rechtsgenügend erstellt, dass die Beklagte dem Kläger rechtzeitig ein zumutbares Ersatzobjekt angeboten hat. Da der Kläger unbestrittenermassen für einige Monate wegen des Umbaus nicht in seiner Praxis verbleiben konnte, ist der Umbau unter diesen Umständen als unzumutbar im Sinne von Art. 260 OR zu qualifizieren. Dem Kläger standen somit sämtliche Mängelrechte im Sinne von Art. 259a ff. OR, auch das Recht zur fristlosen Kündigung zu.

Steht dem Kläger das Recht zur fristlosen Kündigung zu, so kann er von der Beklagten Ersatz des durch die Kündigung entstandenen Schadens verlangen. Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob und in welchem Umfang dem Kläger ein Kündigungsschaden entstanden ist, der ihm von der Beklagten zu ersetzen ist.

8. Umzugsschaden

a) Ausführungen des Klägers zum Umzugsschaden

Der Kläger liess in der Klagebegründung mit dem Umzug verbundene Kosten in der Höhe von Fr. 51'571.85 als Schaden geltend machen, wobei er auf eine im Rahmen der Schlichtungsverhandlung eingereichte Aufstellung der geltend gemachten Positionen verwies, ohne aber die Notwendigkeit der entsprechenden Ausgaben und deren Zusammenhang mit dem Umzug näher zu begründen (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12+13). Im Rahmen der Replik liess er – nachdem die Beklagte in der Klageantwort moniert hatte, dass die geltend gemachten Positionen in keiner Weise belegt seien – in diesem Zusammenhang 39 Belege einreichen und darauf verweisen (act. 42 S. 30 unter Hinweis auf die Belege in act. 44/9/1-39). Mit Eingabe vom 11. März 2003 liess der Kläger auf entsprechende Aufforderung des Gerichts hin zu den geltend gemachten Positionen nähere Ausführungen machen (act. 79).

Im Rahmen der Replik liess der Kläger unter dem Stichwort 'weitere Umzugskosten' und unter Hinweis auf eine Vielzahl von Belegen zusätzliche Fr. 3'878.80 als Schaden geltend machen (act. 42 S. 30, unter Hinweis auf die Belege in act. 44/10 und act. 44/11/1-48). In seiner Eingabe vom 11. März 2003 hat der Kläger den geltend gemachten Anspruch von Fr. 3'878.80 jedoch wieder fallen lassen (act. 79 S. 9/10). Zudem liess er an weiteren Positionen im Betrag von insgesamt Fr. 12'145.45, welche er im Rahmen der Klagebegründung bzw. der Replik noch als Schaden hatte geltend machen lassen, nicht mehr festhalten (act. 79 S. 3-9). Auf diese Schadenspositionen ist im Folgenden ebenfalls nicht näher einzugehen.

b) Ausführungen der Beklagten zum Umzugsschaden

Mit dem Recht des Klägers auf fristlose Mängelkündigung liess die Beklagte gleichzeitig auch das Recht des Klägers auf Schadenersatz zufolge berechtigter fristloser Kündigung bestreiten (act. 28 S. 21). Die vom Kläger unter dem Stichwort "weiterer Schaden" geltend gemachten Umzugskosten wurden aber auch vom Quantitativ her bestritten. So liess die Beklagte ausführen, dass die vom Kläger selbst auf dem Computer erstellten 'Kontotabellen' den strengen Anforderungen an den Schadensnachweis nicht genügten (act. 28 S. 21; act. 57 S. 40). Für den Fall, dass das Gericht die fristlose Kündigung durch den Kläger gutheisse, werde ein Umzugsschaden von insgesamt Fr. 12'420.45 anerkannt. Da der Kläger jedoch eine Gemeinschaftspraxis betrieben habe, entfalle nur die Hälfte dieser Kosten, mithin Fr. 6'210.--, auf ihn. Die übrigen Positionen würden bestritten, da sie entweder nicht belegt seien, keinen erkennbaren Zusammenhang zum Umzug aufwiesen oder – wenn überhaupt – nur der Zeitwert zu ersetzen sei (act. 57 S. 41-47).

c) Erwägungen zum Umzugsschaden

Schaden ist die unfreiwillig erlittene Vermögenseinbusse, die Folge eines Verhaltens des Schädigers sein muss. Als Schaden kann der Kläger mit anderen Worten nur den Ersatz jener Kosten verlangen, die ihm aus der von der Beklagten zu vertretenden ausserordentlichen Kündigung adäquat kausal entstanden sind und ohne diese Kündigung nicht entstanden wären. Es kann nicht einfach jede Ausgabe, die irgendwie in Zusammenhang mit dem Umzug zu bringen ist, als Schaden gel-

tend gemacht werden. Sowohl Schadenshöhe als auch Kausalzusammenhang sind – soweit bestritten – vom Kläger zu beweisen.

d) Anerkannte Schadenspositionen

Die Beklagte liess für den Fall, dass das Gericht die Berechtigung des Klägers zur fristlosen Kündigung bejahen sollte, die folgenden Schadensposten gemäss Kontotabellen des Klägers (act. 4/6/12+13) dem Grundsatz nach anerkennen (act. 57 S. 41-46):

-	15.05.98	GB-Auszug Notariat	Fr.	53.--
-	15.05.98	Aargauer Zeitung Inserate	Fr.	482.60
-	15.05.98	Aargauer Zeitung Inserate	Fr.	607.35
-	15.05.98	Umzug/Einlagern Firma AB._____	Fr.	1'278.--
-	15.05.98	Transportfirma AC._____	Fr.	2'663.05
-	04.06.98	Werbung AD._____	Fr.	240.--
-	04.06.98	AE.____ AG, Provisorium	Fr.	1'193.80
-	11.06.98	Bauversicherung	Fr.	1'440.50
-	17.08.98	Beschriftung AF._____	Fr.	74.55
-	17.08.98	Röntgenbewilligung	Fr.	110.--
-	17.08.98	Apothekenbewilligung	Fr.	380.--
-	09.09.98	AB.____, BAG Bewilligung	Fr.	1'688.--
-	09.09.98	Inserat Wiedereröffnung	Fr.	202.45
-	11.09.98	AG.____ Bauteam	Fr.	1'702.15
-	07.06.99	BAG-Bewilligung	Fr.	<u>305.--</u>
		<u>Total</u>	Fr.	<u>12'420.45</u>

e) Bestrittene Schadenspositionen

Der Kläger liess zusätzliche 14 Positionen im Betrag von insgesamt Fr. 27'005.75 geltend machen (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12+13; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9/1-13; act. 79 S. 2-9), welche von der Beklagten nicht anerkannt wurden (act. 28 S. 21; act. 57 S. 40-47). Auf diese Positionen ist im Folgenden näher einzugehen. Wie bereits unter Ziffer III./3. vorstehend ausgeführt, sind dabei auch die ergänzenden Vorbringen des Klägers in seiner Eingabe vom 11. März 2003 (act. 79) zu berücksichtigen.

ea) Der Kläger macht unter dem Stichwort 'Umbau/Zügeln, Trsp.' (Empfänger AH.\_\_\_\_) einen Betrag von Fr. 4'049.70 als Schaden geltend (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position im Rahmen der Duplik bestreiten, weil als Beleg nur eine Auftragsbestätigung eingereicht und der Umzug letztlich offenbar von der Firma AC.\_\_\_\_ durchgeführt worden sei (act. 57 S. 41). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 ergänzend ausführen, dass die Demontage der Einbauten in der zu verlassenden Praxis an der D.\_\_\_\_ ..., der Transport des wiederverwendbaren Materials an die G.\_\_\_\_ 2 die Wiedermontage des wiederverwendbaren Materials sowie der Transport des nicht weiter verwendbaren Materials in ein Lager durch die Firma AH.\_\_\_\_ vorgenommen und mit Fr. 4'049.70 in Rechnung gestellt worden sei. Der Umzug der Arzt-Praxis-Einbauten habe im Gegensatz zu den einfacheren Zügelarbeiten, die von der Firma AC.\_\_\_\_ erledigt worden seien, nicht von einem Zügelunternehmen bewerkstelligt werden können. Hierzu sei vielmehr ein Schreinerunternehmen erforderlich gewesen (act. 79 S. 2/3, unter Hinweis auf die neu eingereichte Rechnung act. 81/1). Diese Ausführungen sind unbestritten geblieben und der Betrag von Fr. 4'049.70 ist durch die Rechnung belegt, weshalb dieser Betrag dem Kläger zu ersetzen ist.

eb) Der Kläger liess geltend machen, dass er aufgrund des Umzuges der Praxis bei der AJ.\_\_\_\_ AG für den Betrag von Fr. 380.50 neue Stempel habe erstellen lassen müssen (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9), was von der Beklagten grundsätzlich nicht bestritten wird. Währenddessen die Beklagte aber nur den Ersatz des Zeitwertes der alten Stempel, die infolge des Umzuges nicht mehr gebraucht werden konnten, als Schaden anerkennen will (act. 57 S. 41/42), liess der Kläger am vollen Ersatz für die neuen Stempel festhalten (act. 79 S. 4). Zur Begründung liess er in der Eingabe vom 11. März 2003 ausführen, dass bei Gegenständen, die vom Material her praktisch keiner Alterung unterliegen würden und deren Materialwert zudem vernachlässigbar klein sei, nicht nur der Zeitwert zu ersetzen sei. Wesentlich für den Wert von Stempeln sei der Informationsgehalt, der mit dem Adresswechsel unab-

hängig vom Alter der Stempel schlagartig vernichtet worden sei (act. 79 S. 4, unter Hinweis auf act. 44/9/31).

Dass vom Kläger neue Stempel bestellt und ihm diese mit Fr. 380.50 in Rechnung gestellt wurden, wurde von der Beklagten nicht bestritten.

Mit dem Kläger ist festzuhalten, dass bei einem Stempel nicht der Materialwert (welcher mit den Jahren geringer wird) ausschlaggebend ist, weshalb die Lebensdauer des Stempels nicht massgebend ist. Die Beklagte ist daher zum Ersatz der Kosten der neuen Stempel zu verpflichten

ec) Unter dem Stichwort AK.\_\_\_\_\_ liess der Kläger einen Betrag von Fr. 688.-- als Schaden geltend machen (act. 15 S. 19/29, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30 unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position in der Duplik mit der Begründung bestreiten, dass durch den Umzug und die dadurch bedingte Adressänderung eine neue grafische Gestaltung von Briefpapier und Visitenkarten nicht erforderlich gewesen sei. Der Kläger habe kein neues Logo gebraucht (act. 57 S. 42). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 ergänzend ausführen, dass er mit dem Umzug nicht etwa das Logo gewechselt habe. Vielmehr habe das grafische Material, welches der Drucker aufgrund des Adresswechsels neu in seine Druckmaschinen habe spannen müssen, neu angefertigt werden müssen (act. 79 S. 4, unter Hinweis auf act. 44/9/30).

Die Zeuginnen I.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ sagten aus, dem Kläger seien selbstverständlich Kosten entstanden aufgrund der Änderung und der Anpassung des Briefpapiers. Keine der beiden Zeuginnen vermochte sich zu erinnern, ob gleichzeitig eine Logoänderung stattgefunden hat (Prot. S. 102 und S. 168). Auch die eingereichte Rechnung des Grafikers enthält keinen Hinweis auf eine Logoänderung (act. 44/9/30). Es erscheint hingegen als sehr wahrscheinlich, dass dem Kläger auch ohne Logoänderung Kosten im Zusammenhang mit der durch die Adressänderung bedingten Neugestaltung des Briefpapiers entstanden sind. Der Betrag ist durch die Rechnung des Grafikers ausgewiesen, weshalb dem Kläger der Betrag von Fr. 688.-- in diesem Zusammenhang zu entschädigen ist.

ed) Der Kläger macht unter dem Stichwort 'Architektenhonorar' (Empfänger AL.\_\_\_\_ ) einen Betrag von Fr. 15'975.-- als Schaden geltend (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position duplicando mit der Begründung bestreiten, dass lediglich die Architektenleistung für die Praxiseinrichtung am alten Standort zu ersetzen sei, und auch dies nur im Rahmen des noch vorhandenen Zeitwertes (act. 57 S. 43). Der Kläger liess ausführen, dass eine Arztpraxis angesichts der vielen komplizierten technischen Einrichtungen von einer Fachperson geplant und deren Einrichtung entsprechend begleitet und überwacht werden müsse, was umso mehr für eine spezialisierte Praxis gelte. Die in Rechnung gestellten und eingeklagten Kosten seien unabdingbar und adäquat kausal mit der Notwendigkeit der fristlosen Kündigung verbunden (act. 79 S. 6, unter Hinweis auf act. 44/9/18).

Die Beklagte hat nicht bestreiten lassen, dass vom Kläger für die Planung der neuen Praxis ein Architekt beigezogen wurde und dieser die von ihm erbrachten Leistungen mit Fr. 15'975.-- in Rechnung gestellt hat. Es wurde lediglich bestritten, dass der Kläger diesen Betrag (voll) als Umzugsschaden geltend machen könne. Der Beizug eines Architekten für die Planung und Einrichtung einer Arztpraxis ist allgemein üblich. Die dadurch verursachten Kosten sind als Schaden zu ersetzen.

ee) Unter dem Stichwort 'Hocker, Spiegel' (Empfänger AM.\_\_\_\_ ) liess der Kläger einen Betrag von Fr. 138.-- als Schaden geltend machen (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position duplicando bestreiten, da in act. 44/9 ein entsprechender Beleg fehle (act. 57 S. 43). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 ergänzend vorbringen, dass aufgrund der räumlichen Gegebenheiten am neuen Ort Hocker und Spiegel für das Umkleiden der Patienten hätten angeschafft werden müssen. Der Betrag sei durch act. 44/11/15 belegt (act. 79 S. 6, unter Hinweis auf act. 44/11/15).

Diese Schadensposition wurde von der Beklagten einzig unter Hinweis auf den fehlenden Beleg bestritten. Nachdem sich der entsprechende Betrag aus act. 44/11/15, welcher bereits im Rahmen der Replik eingereicht wurde, ergibt, hat er

als anerkannt zu gelten. Die Beklagte hat sich, denn auch zu den ergänzenden Ausführungen des Klägers nicht mehr vernehmen lassen (act. 94). Die Beklagte hat dem Kläger daher den Betrag von Fr. 138.-- als Schaden zu ersetzen.

ef) Unter dem Stichwort 'EKZ, Ab-, Anschalten' liess der Kläger einen Betrag von Fr. 104.90 als Schaden geltend machen (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Diese Position wurde von der Beklagten im Rahmen der Duplik unter Hinweis auf den fehlenden Beleg nicht anerkannt (act. 57 S. 44). Zusammen mit seiner Eingabe vom 11. März 2003 reichte der Kläger eine Rechnung des EKZ vom 23. Juni 1998 über Fr. 104.90 ins Recht (act. 79 S. 6, unter Hinweis auf act. 81/2).

Diese Schadensposition wurde von der Beklagten ebenfalls einzig unter Hinweis auf den fehlenden Beleg bestritten. Da sich der entsprechende Betrag aus act. 81/2 ergibt und von der Beklagten in ihrer Stellungnahme (act. 94) nicht bestritten wurde, hat er als anerkannt zu gelten.

eg) Der vom Kläger unter dem Stichwort 'Entsorgung Vater' aufgeführte Schadensposten von Fr. 117.60 (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9) wurde von der Beklagten wiederum unter Hinweis auf den in act. 44/9 fehlenden Beleg duplicando nicht anerkannt (act. 57 S. 44). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 ergänzend ausführen, dass sein Vater die Entsorgung eines Teils des Materials, welches an der neuen Adresse nicht mehr habe verwendet werden können, bei der Kehrrichtverbrennungsanlage Limmattal erledigt habe. Die entsprechenden Kosten würden sich gemäss Waagschein auf Fr. 108.40 belaufen, wozu noch ein Bier von Fr. 9.20 für den Vater komme. Diese Kosten wären ohne die fristlose Kündigung nicht angefallen. Der massgebende Beleg sei act. 44/9/14 (act. 79 S. 6/7, unter Hinweis auf act. 44/9/14).

In ihrer Stellungnahme vom 16. Mai 2003 hat sich die Beklagte zu den ergänzenden Vorbringen des Klägers nicht mehr geäussert (weil sie diese als grundsätzlich unbeachtlich qualifizierte). Da sich der entsprechende Betrag von Fr. 108.40 aus act. 44/9/14, welches bereits im Rahmen der Replik eingereicht wurde, ergibt, hat

er als anerkannt zu gelten. Die Kosten für das Bier von Fr. 9.20 sind lediglich durch einen handschriftlichen Vermerk auf act. 44/9/14 "belegt", was als Beweis für die Notwendigkeit dieser Ausgabe nicht ausreicht.

eh) Unter dem Stichwort 'Briefpapier RC' liess der Kläger einen Schadensposten von Fr. 1'287.60 geltend machen (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position dupli- cando mit der Begründung bestreiten, dass nur die Bestände an altem Briefpapier zu ersetzen seien, welche infolge des Umzuges und der dadurch bedingten Ad- ressänderung nicht mehr hätten gebraucht werden können (act. 57 S. 44). Im Rahmen der persönlichen Befragung anlässlich der Verhandlung vom 29. No- vember 2002 liess der Kläger auf entsprechende Frage hin ausführen, er wisse nicht mehr, wie viel Briefpapier er noch gehabt oder was für einen Wert dieser Restbestand gehabt habe. Er habe aber ziemlich viel wegwerfen müssen (Prot. S. 20). In seiner Eingabe vom 11. März 2003 liess er unter Hinweis auf die per- sönliche Befragung anlässlich der Verhandlung vom 29. November 2002 ausfüh- ren, dass das noch bestehende Lager an Briefbögen, Couverts und Visitenkarten beim Auszug aus der alten Praxis mindestens den Umfang gehabt habe, in wel- chem er Ersatz beschafft habe. Die Kosten von Fr. 1'287.60 seien aufgrund des Adresswechsels entstanden und damit kausal (act. 79 S. 7, unter Hinweis auf act. 44/9/13).

Als Umzugsschaden kann nur der Wert des im Zeitpunkt des Umzuges noch vor- handenen und aufgrund des Adresswechsels nicht mehr brauchbaren Vorrats an Briefpapier und Couverts geltend gemacht werden. Der Kläger hatte daher nach- zuweisen, dass er über einen Vorrat im geltend gemachten Wert von Fr. 1'287.60 verfügt hat.

Als Beweismittel nannte der Kläger wiederum die Zeuginnen I.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_. Die I.\_\_\_\_\_ erklärte auf entsprechende Frage, sie könne sich vorstellen, dass der Kläger im Zeitpunkt des Umzuges noch über ein beste- hendes Lager an Briefpapier, Couverts und Visitenkarten verfügt habe, sie wisse es aber nicht genau. Auf Vorhalt des vom Kläger behaupteten Wert dieses Lagers erklärte sie, das wisse sie wirklich nicht mehr (Prot. S. 103). Die Zeugin

T.\_\_\_\_\_ gab zu Protokoll, der Kläger habe über ein entsprechendes Lager verfügt. Zum Wert der Bestände konnte sie nichts sagen. Erst auf Vorhalt des vom Kläger behaupteten Betrages, erklärte sie, das sei möglich (Prot. S. 168). Weitere Beweismittel wurden nicht genannt. Dem Kläger ist damit der entsprechende Beweis nicht gelungen. Die Aussage der Zeugin T.\_\_\_\_\_ weist zwar darauf hin, dass noch Briefpapier, Couverts etc. vorhanden waren, der Wert dieses Lagers und damit die Schadenshöhe ist aber mit den genannten Aussagen nicht bewiesen.

ei) Unter der Bezeichnung Beschriftung AF.\_\_\_\_\_ liess der Kläger die für die Herstellung neuer Türschilder entstandenen Kosten von Fr. 202.35 als Schaden geltend machen (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Schadensposition duplicando bestreiten. Dem Kläger sei einzig der Zeitwert der Türbeschriftungen am alten Praxisstandort zu ersetzen (act. 57 S. 44). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 ergänzend ausführen, dass aufgrund der anderen Gegebenheiten am neuen Ort – Glastüre im Treppenhaus als Zugang zur Praxis – eine zusätzliche Beschriftung notwendig gewesen sei, da die Patienten im Vergleich zur alten Praxis eine Tür mehr zu überwinden gehabt hätten (act. 79 S. 7, unter Hinweis auf act. 44/9/25).

Dass der Kläger eine neue Türbeschriftung hat anfertigen lassen und ihm in diesem Zusammenhang Kosten von Fr. 202.35 entstanden sind, wurde von der Beklagten nicht bestritten. Falls jedoch aufgrund der anderen Lage und Raumaufteilung der neuen Praxis zusätzlich zu den bisherigen Schildern noch weitere Beschriftungen erforderlich waren, hat der Kläger Anspruch auf den Ersatz der entsprechenden Kosten. Dem Kläger wurde daher der entsprechende Beweis auferlegt. Wiederum wurden dazu die Zeuginnen I.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ und zudem die Zeugen K.\_\_\_\_\_ und X3.\_\_\_\_\_ befragt. Die Zeugin T.\_\_\_\_\_ erklärte, es habe eine zusätzliche Tür, meinte aber vorerst, obwohl sie jeden Tag an dieser Türe vorbeilaufe, wisse sie nicht, ob sie beschriftet sei (Prot. S. 169). Auf Nachfrage des klägerischen Rechtsvertreters betätigte sie aber, dass es auf der zusätzlichen Tür ein grosses Logo gebe, welches ihr anfänglich nicht ge-

fallen habe (act. 174). Die Zeugin I.\_\_\_\_\_ antwortete auf die Frage, ob es eine zusätzliche Glastüre gebe, welche eine weitere Beschriftung notwendig gemacht habe, spontan mit: „Ja, klar.“ Zeuge K.\_\_\_\_\_ wusste nichts zu berichten über die Gegebenheiten am neuen Praxisstandort (Prot. S. 115). Der Zeuge X3.\_\_\_\_\_ hingegen bestätigte, dass es eine zusätzliche Glastüre gebe zwischen dem Lift und dem effektiven Praxiseingang. Ob sie beschriftet sei, wisse er nicht (Prot. S. 128). Gestützt auf die Aussagen der Zeuginnen I.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ sowie des Zeugen X3.\_\_\_\_\_ hat als erstellt zu gelten, dass sich in der neuen Praxis im Vergleich zur alten eine zusätzliche Türe befindet, welche nach Aussagen der Zeuginnen auch beschriftet ist. Da sich diese Türe, wie der Zeuge X3.\_\_\_\_\_ bestätigt, zwischen Lift und effektivem Praxiseingang befindet, erscheint auch die Notwendigkeit der Beschriftung ausgewiesen. Der Betrag ist durch die Rechnung der AF.\_\_\_\_\_ (act. 44/9/25) belegt und im Übrigen unbestritten geblieben. Dem Kläger ist daher in diesem Zusammenhang Schadenersatz in Höhe von Fr. 202.35 zuzusprechen.

ej) Der Kläger liess unter dem Stichwort AN.\_\_\_\_\_ einen Betrag von Fr. 350.-- als Schadensposten aufführen (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 44 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position duplicando bestreiten. Sie habe dem Kläger im Rahmen des Umzugsschadens nicht die Kosten für einen Restaurantbesuch zu ersetzen: Der Kläger hätte sich auch ohne fristlose Kündigung ernähren müssen (act. 57 S. 45). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 ergänzend vorbringen, dass er einen Teil des Praxismobiliars zwischengelagert habe. Der Besitzer der fraglichen Räumlichkeiten sei dafür mit einem Nachtessen entschädigt worden, welches mit Fr. 334.80 zuzüglich Trinkgeld zu Buche geschlagen habe. Bei diesem Essen habe es sich um einen realen Gegenwert für die Einlagerung von Gegenständen, mithin um eine Miete, gehandelt. Diese Ausgaben seien kausal zur notwendigen fristlosen Kündigung (act. 79 S. 8, unter Hinweis auf act. 44/9/7).

Dass der Kläger im Restaurant AO.\_\_\_\_\_ ein Nachtessen eingenommen hat, welches mit Fr. 350.-- (inkl. Trinkgeld) zu Buche schlug, wurde von der Beklagten nicht in Frage gestellt. Es wurde lediglich der Kausalzusammenhang mit der frist-

losen Auflösung des Mietvertrages bestritten. Hat der Kläger aufgrund der Auflösung des Mietvertrages einen Teil seiner Möbel vorübergehend einstellen und dafür eine Entschädigung (Miete) bezahlen müssen, so sind diese Kosten als adäquat kausale Folge der berechtigten fristlosen Kündigung durch den Kläger anzusehen. Hat er für die Zwischenlagerung des Mobiliars statt eines Geldbetrages eine andere geldwerte Leistung erbracht, steht ihm ebenfalls eine Entschädigung zu, ansonsten er ungerechtfertigt schlechter gestellt würde. Der Kläger hätte somit Anspruch auf Ersatz der Kosten für das Nachtessen, sofern er nachweist, dass mit der Einladung zum Nachtessen die Kosten für die Zwischenlagerung der Möbel abgegolten wurden. Die für den Kläger selbst angefallenen Kosten für das Nachtessen sind jedoch in jedem Fall nicht zu ersetzen. Neben der Rechnung des Seehotels AO.\_\_\_\_, welcher nichts zur Frage, ob das Nachtessen als Entschädigung für das Einstellen der Möbel bezahlt wurde, zu entnehmen ist, nannte der Kläger wiederum die Zeugin T.\_\_\_\_ als Beweismittel, welche dazu nichts zu berichten wusste (Prot. S. 169). Der Betrag ist daher dem Kläger, mangels Nachweis des Kausalzusammenhanges, von der Beklagten nicht zu ersetzen.

ek) Unter dem Stichwort 'AB.\_\_\_\_ ....' wird vom Kläger ein Betrag von Fr. 610.45 als Schaden geltend gemacht (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position duplicando bestreiten, da es sich nicht um einen Umzugsschaden handle. Es gehe vielmehr um eine Reparatur, in deren Rahmen typische Verschleissteile am Röntgenapparat ersetzt worden seien (act. 57 S. 45). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 demgegenüber vorbringen, dass beim Umzug am Röntgenstativ der Lagersitz beim Drehzapfen beschädigt worden sei. Die Reparatur habe Fr. 610.45 gekostet. Da dieser Schaden im Zusammenhang mit dem Umzug entstanden sei und Umzüge nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nie ganz ohne Schäden vonstatten gingen, sei die adäquate Kausalität zur fristlosen Kündigung zu bejahen (act. 79 S. 8, unter Hinweis auf act. 44/9/22).

Dem Kläger wurde deshalb der Beweis dafür auferlegt, dass der Drehzapfen am Röntgenstativ beim Umzug beschädigt wurde. Die dazu befragte Zeugin T.\_\_\_\_\_

bestätigte, dass die Beschädigung beim Umzug erfolgte (Prot. S. 169). Die Zeugin I.\_\_\_\_\_ erklärte, das könne sein, sie wisse es aber nicht (Prot. S. 103). Als weiteres Beweismittel wurde die Rechnung der AB.\_\_\_\_\_ AG, welche das Röntgenstativ repariert hat, genannt (act 44/9/22). Die Rechnung enthält folgenden Vermerk: „Stativ teilweise zerlegt. Kugellager in Vertikalwagen ausgebaut und ersetzt, da teilweise defekt. Lagersitz von Drehzapfen war angefressen. Lagersitz egalisiert. Dreharmlager geschmiert und Dreharm montiert. Stativ zusammengebaut.“ Die Reparatur war somit wohl in erster Linie wegen eines defekten Kugellagers und eines „angefressenen“ Lagersitzes notwendig geworden. Beide Defekte weisen nicht auf typische Schäden nach Umzügen hin, welche in der Regel durch das Umfallen oder Anstossen von Gegenständen entstehen. Vielmehr spricht der Vermerk, insbesondere die Verwendung des Ausdruckes „angefressen“ für die Behauptung der Beklagten, es habe sich um Abnützungerscheinungen gehandelt, welche behoben worden seien. Gegen die Behauptung des Klägers spricht auch die Tatsache, dass die Reparatur offenbar erst am 3. August 1998, also etwas mehr als vier Monate nach dem Umzug, erfolgte, obwohl er auf die funktionierende Röntgenanlage angewiesen war, wie im Zusammenhang mit der Frage der Ersatzräumlichkeiten im vorliegenden Prozess eingehend diskutiert wurde. Dem Kläger ist damit der Nachweis, dass die Reparatur der Röntgenanlage einzig durch einen beim Umzug entstandenen Schaden notwendig wurde, misslungen.

el) Der Kläger macht als Schadensposition Ap.\_\_\_\_\_ Bilderrahmen einen Betrag von Fr. 543.80 geltend (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position duplicando mit der Begründung bestreiten, dass nicht ersichtlich sei, weshalb das Neurahmen von Bildern oder Fotografien einen Umzugsschaden darstellen sollte (act. 57 S. 45). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 ergänzend ausführen, dass das Verhältnis zwischen Fenster- und Wandfläche in den neuen Praxisräumlichkeiten an der G.\_\_\_\_\_ 2 mit weniger Fenstern ungünstiger ausfalle, weshalb die vorhandenen Bilder zur Auflockerung der kahlen weissen Wände

– wozu als Ersatz der Aussicht aber mindestens Anspruch bestehe – nicht ausgereicht hätten. Es hätten deshalb Fotografien gerahmt werden müssen. Dies sei notwendig gewesen, um auch am neuen Ort ein optisch ansprechendes Praxis-klima zu erreichen. Ohne die Notwendigkeit der fristlosen Kündigung wären diese Kosten nicht angefallen (act. 79 S. 9, unter Hinweis auf act. 44/9/10).

Dass der Kläger im Zusammenhang mit dem Umzug in die neue Praxis bei Bilder & Rahmen AP.\_\_\_\_ Fotos hat rahmen lassen (natürliche Kausalität) und ihm dafür Fr. 543.80 in Rechnung gestellt wurden (Schadenshöhe), wurde von der Beklagten nicht bestritten. Da die Bilder jedoch lediglich aufgrund des rein subjektiven ästhetischen Empfindens des Klägers notwendig wurden und objektiv gesehen keine Notwendigkeit für der Anschaffung bestand, ist der adäquate Kausalzusammenhang zwischen den Kosten für das Rahmen der Bilder und der fristlosen Kündigung zu verneinen.

em) Unter dem Titel 'Parkplatzbeschriftung AF.\_\_\_\_' macht der Kläger einen Betrag von Fr. 293.95 als Schaden geltend (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/12; act. 42 S. 30, unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess diese Position duplicando bestreiten. Dem Kläger sei ausschliesslich die nutzlos gewordene Parkplatzbeschriftung am alten Praxisstandort ihrem Zeitwert gemäss zu ersetzen, nicht aber die neue Beschilderung ihrem Neuwert gemäss (act. 57 S. 46). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 ergänzend ausführen, dass im Gegensatz zur alten Praxis die Parkplatzbeschriftung neu seine (des Klägers) Sache gewesen sei. Eine solche Parkplatzbeschriftung sei am neuen Ort unerlässlich gewesen. Die entsprechenden Kosten seien nur aufgrund der Auflösung des alten Mietverhältnisses angefallen (act. 79 S. 9, unter Hinweis auf act. 44/9/24).

Dass der Kläger im Zusammenhang mit dem Umzug der Praxis neue Parkplatzschilder in Auftrag gegeben hat und ihm diese mit Fr. 293.95 in Rechnung gestellt wurden, wurde von der Beklagten nicht bestritten. Die Beklagte liess einzig den adäquaten Kausalzusammenhang mit der fristlosen Auflösung des Mietverhältnisses bestreiten. Der Kläger hat nur dann Anspruch auf Ersatz der entsprechenden Kosten, wenn er – im Gegensatz zur bisherigen Arztpraxis – neu für die Beschil-

derung selbst aufzukommen hatte, wofür ihm der Beweis auferlegt wurde. Die Zeugin T.\_\_\_\_\_ bestätigte, dass die Parkplatzbeschriftung neu Sache des Mieters gewesen sei (Prot. S. 169). Auf Nachfrage des beklaglichen Rechtsanwaltes bestätigte sie, dass sie dies vom Kläger erfahren habe (Prot. S. 175), allerdings nicht im Zusammenhang mit dem vorliegenden Prozess, sondern zu dem Zeitpunkt als dies aktuell gewesen sei (Prot. S. 176). Der Zeuge x3.\_\_\_\_\_ wusste, dass der Kläger über zwei Parkplätze mit entsprechender Beschriftung verfügt. Wer diese Beschriftung bezahlt hat, wusste er nicht (Prot. S. 128). Der Zeuge K.\_\_\_\_\_ erklärte ein weiteres Mal, dass ihm bezüglich der Liegenschaft

G.\_\_\_\_\_ nichts bekannt sei (Prot. S. 116). Weiter nannte der Kläger den Nachtrag zum Mietvertrag vom 24. Januar 1996 als Beweismittel (act. 69). Diesem ist jedoch kein Hinweis auf Parkplätze zu entnehmen, geschweige denn darauf, wer eine allfällige Beschriftung solcher Parkplätze zu bezahlen hatte. Damit spricht einzig die Aussage der Zeugin T.\_\_\_\_\_ für die Behauptung des Klägers. Die Zeugin T.\_\_\_\_\_ konnte jedoch nicht aus eigener Wahrnehmung berichten, sondern gab zu Protokoll, was sie vom Kläger erfahren hatte. Unter diesen Umständen kann nicht einzig auf die Aussage dieser Zeugin abgestellt werden, weshalb der Beweis des Klägers in diesem Punkt misslungen ist.

en) Unter dem Stichwort 'Tisch Büromüller' verlangt der Kläger Fr. 2'263.90 (act. 15 S. 19/20, unter Hinweis auf act. 4/6/13; act. 42 S. 30. unter Hinweis auf act. 44/9). Die Beklagte liess die vom Kläger geltend gemachten Kosten für einen neuen Tisch duplicando bestreiten. Zum einen sei nicht nachgewiesen, dass der alte Tisch am neuen Praxisstandort nicht mehr verwendbar gewesen sei. Zum anderen sei auch nur der Zeitwert des alten Tisches zu ersetzen (act. 57 S. 46). Der Kläger liess in seiner Eingabe vom 11. März 2003 präzisieren, dass der alte Bürotisch in seinen Abmessungen nicht an den neuen Ort an der G.\_\_\_\_\_ 2 \_\_\_\_\_ angepasst habe, weshalb ein neuer Tisch habe besorgt werden müssen (act. 79 S. 9, unter Hinweis auf act. 44/9/3).

Dass der Kläger einen neuen Tisch erworben und dieser Fr. 2'263.90 gekostet hat, wurde von der Beklagten nicht bestritten, weshalb darüber kein Beweis abzunehmen ist. Die Zeuginnen I.\_\_\_\_\_ (Prot. S. 103) und T.\_\_\_\_\_ (Prot.

S. 170), bestätigten grundsätzlich, dass der Kläger seinen alten Tisch aufgrund seiner Masse in der neuen Praxis nicht wieder verwenden konnte. Die ebenfalls zu dieser Frage angerufenen Zeugen K.\_\_\_\_ (Prot. S. 116) und X3.\_\_\_\_ Prot. S. 128) konnten nichts zum Beweisthema beitragen. Es kann jedoch offen bleiben, ob der Kläger damit den Beweis erbracht hat, dass er den alten Tisch nicht mehr gebrauchen konnte. Zu ersetzen wäre dem Kläger nämlich nicht der Anschaffungswert des neuen Tisches, sondern der Zeitwert des alten Tisches (vgl. hinten Ziff. 9). Der Kläger hat sich jedoch im vorliegenden Prozess weder zum Neuwert des alten Tisches noch zum Anschaffungszeitpunkt geäußert, weshalb ihm unter diesem Titel nichts zuzusprechen ist.

f) Konkrete Schadensberechnung

Die Beklagte liess im Rahmen der Duplik die Behauptung aufstellen, dass der Kläger zusammen mit Frau Dr.med. T.\_\_\_\_ eine Praxisgemeinschaft betrieben habe. Da nicht anzunehmen sei, dass er die Umzugskosten alleine trage, seien die Kosten entsprechend den Regeln der einfachen Gesellschaft zu halbieren (act. 57 S. 47). Der Kläger liess im Rahmen der Stellungnahme zu den Dupliknoten dieses Vorbringen zwar nicht explizit bestreiten. Indem er aber an seinen bisherigen Ausführungen und der Klagesumme festhalten liess, hat er mindestens sinngemäss zum Ausdruck gebracht, dass er mit der beklagti-schen Berechnungsart – und damit eben auch der hälftigen Aufteilung des Schadens auf den Kläger und seine 'Praxiskollegin' – nicht einverstanden ist. Anlässlich der Befragung nach § 55 ZPO vom 29. November 2002 liess der Kläger denn auch ausführen, dass ihm die Praxis alleine gehöre. Frau Dr.med.

T.\_\_\_\_ arbeite auf eigene Rechnung, benutze seine Praxisräumlichkeiten und leiste ihm dafür entsprechende Abgaben (Prot. S. 21). Der Beklagten wurde der Beweis dafür auferlegt, dass der Kläger mit Frau Dr.med. T.\_\_\_\_

in den Räumlichkeiten im F.\_\_\_\_ eine Praxis auf der Basis hälftiger Kostenteilung betrieben haben. Die Beklagte hat diesen Beweis nicht angetreten, weshalb sich weitere Ausführungen erübrigen und dem Kläger der gesamte Schaden, welcher ihm nachweislich entstanden ist, zu ersetzen ist.

g) Zusammenfassung

Unter dem Titel Umzugsschaden ist dem Kläger somit insgesamt ein Betrag von Fr. 34'067.30 zu ersetzen.

9. Unvollständige Amortisation des Praxismobiliars

a) Ausgangspunkt

Kann der Mieter infolge vorzeitiger Vertragsauflösung seine Ausbaukosten bzw. das Mobiliar nicht voll amortisieren, entsteht ihm ein Schaden im Sinne des Erfüllungsinteresses. Dieser Schaden ist dem Mieter zu ersetzen, wenn er – wie in casu – in einem vertragswidrigen Verhalten des Vermieters liegt. Adäquat kausal ist jede vertragswidrige Handlung bzw. Unterlassung des Vermieters, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den beim Mieter entstandenen Schaden herbeizuführen. Zu ersetzen ist indessen nur der Zeitwert der Installationen, die im neuen Mietobjekt nicht weiter verwendet werden können.

b) Ausführungen des Klägers

Im Rahmen der Replik liess der Kläger einen zusätzlichen Schaden in der Höhe von Fr. 43'262.80 geltend machen, welcher ihm aufgrund der unvollständigen Amortisation der von ihm vorgenommenen Investitionen entstanden sei. Er habe insgesamt Fr. 137'426.-- an eigenen Investitionen beim Praxisbau im 'E.\_\_\_\_\_' aufgewendet. Von diesen Investitionen habe er nur Praxismobiliar im damaligen Rechnungsbetrag von Fr. 29'270.-- mit in die neue Praxis nehmen können. Bei den übrigen Investitionen im damaligen Wert von insgesamt Fr. 108'156.-- habe es sich vorwiegend um Einbauten gehandelt, die nicht in die neue Praxis hätten mitgenommen werden können, sondern im abzubrechenden Mietobjekt verblieben seien. Diese Installationen hätten während mindestens 20 Jahren ihren Zweck erfüllt, hätten aber aufgrund der berechtigten fristlosen Kündigung bereits nach 12 Jahren nicht mehr benützt werden können, obwohl sie sich noch in ausserordentlich gutem Zustand befunden hätten. Der damalige Wert der nicht wieder verwendbaren Installationen sei aufgrund des Zeitablaufs im Um-

fang von 40% als Schaden zu berücksichtigen (act. 42 S. 31/32, unter Hinweis auf die Belege in act. 44/12 und act. 44/13/1-13).

In seiner Eingabe vom 11. März 2003 liess der Kläger unter Hinweis auf eine neu eingereichte Auftragsbestätigung der Möbelfabrik AQ.\_\_\_\_\_ ergänzend ausführen, dass es sich beim Praxismobiliar ausschliesslich um massgeschneiderte Einbaumöbel gehandelt habe. Es sei erstaunlich, dass überhaupt Teile der Einbauten im Betrag von Fr. 29'270.-- für die neue Praxis wieder hätten angepasst oder eingebaut werden können. Eine Wiederverwendung sei jedoch bei vielen Teilen aufgrund der Abmessungen gar nicht möglich gewesen oder wäre ungleich teurer als eine Neuanfertigung zu stehen gekommen. Anschlüsse und sanitäre Einrichtungen könnten sodann überhaupt nur einmal verbaut werden, da sie dabei definitiv mit anderen Bauteilen verbunden würden oder nicht ohne Beschädigung wieder neu verbaut werden könnten (act. 79 S. 10-14, unter Hinweis auf act. 81/3). Mit Bezug auf die Apotheke liess der Kläger ausführen, dass sie von der Möbelfabrik AQ.\_\_\_\_\_ AG eingebaut worden sei, wozu Tablare, Wandschienen, Konsolen und eine Blattrosette hätten massgeschneidert werden müssen. Aufgrund anderer Ausmessungen am neuen Ort habe die Apotheke nicht wieder verwendet werden können, was der natürlichen Vermutung der Nicht-Wiederverwertbarkeit von Einbaumöbeln entspreche (act. 79 S. 15, unter Hinweis auf act. 44/13/6).

Die Schadenspositionen Wartezimmermöbel (Fr. 4'349.--) und Röntgenanlage (Fr. 40'584.--) liess der Kläger mit seiner Eingabe vom 11. März 2003 fallen (act. 79 S. 14 und S. 15), weshalb sich Ausführungen zu diesen beiden Positionen erübrigen.

c) Ausführungen der Beklagten

Mit dem Recht des Klägers auf fristlose Mängelkündigung liess die Beklagte gleichzeitig auch das Recht des Klägers auf Schadenersatz bestreiten (act. 28 S. 21). Für den Fall, dass das Gericht die Berechtigung des Klägers zur fristlosen Kündigung bejahen sollte, liess die Beklagte Schadenspositionen in der Höhe von insgesamt Fr. 18'113.25 anerkennen. Ausgehend von einer für eine Arztpraxis

angemessenen Lebensdauer von 15 Jahren ergebe dies einen von ihr zu ersetzenden Schaden von Fr. 3'622.65 (act. 57 S. 47-50).

Mit Bezug auf das Praxismobiliar liess die Beklagte zwar anerkennen, dass der Kläger ursprünglich Fr. 73'826.-- dafür aufgewendet habe. Sie liess aber bestreiten, dass der Kläger in der neuen Praxis lediglich Praxismobiliar im ursprünglichen Wert von Fr. 29'270.-- habe wieder verwenden können. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Kläger einen Grossteil seiner Möbel am neuen Praxisstandort wieder eingebracht habe, da er ausser einem Tisch und zwei Hockern offensichtlich keine neuen Möbel habe anschaffen müssen (act. 57 S. 48). Mit Bezug auf die Apotheke sei nicht nachgewiesen, dass der Kläger diese am neuen Praxisstandort nicht habe wieder verwenden können (act. 57 S. 49). Zu den ergänzenden Vorbringen des Klägers und der neu eingereichten Auftragsbestätigung der Möbelfabrik IAQ.\_\_\_\_\_ liess sich die Beklagte nicht vernehmen, da sie diese nachträglichen Substantiierungen bereits vom Grundsatz her als unzulässig qualifizierte (act. 94).

d) Anerkannte Schadenspositionen (Amortisation)

Die Beklagte liess dem Grundsatz nach die nachfolgenden vom Kläger in der Aufstellung vom 6. November 2001 (act. 44/12) geltend gemachten Schadenspositionen anerkennen (act. 57 S. 47-50), weshalb auf diese Positionen nicht mehr näher einzugehen ist:

- zusätzlicher Ausbau der Praxis	Fr.	13'548.10
- Schlosszylinder	Fr.	135.90
- diverse Beschriftungen	Fr.	1'477.25
- Zusatzsteckdose/Telefon	Fr.	228.80
- Ausbau WC Personal	Fr.	2'099.20
- Schlüssel	Fr.	89.70
- Trennwand/Möbel	Fr.	104.10
- Infrarotstrahler/Elektroanlagen	Fr.	<u>430.20</u>
<u>Total</u>	Fr.	<u>18'113.25</u>

e) Bestrittene Schadenspositionen: Amortisation

Der Kläger hat – da von der Beklagten bestritten – den Nachweis zu erbringen, dass er Praxismobiliar im damaligen Rechnungsbetrag von Fr. 44'556.-- (entsprechend Fr. 73'826.-- [ursprünglich investiert] ./ Fr. 29'270.-- [wieder verwendet]) sowie die Apotheke im damaligen Rechnungswert von Fr. 554.68 in der neuen Praxis nicht mehr verwenden konnte. Nur dann hat er Anspruch auf Ersatz des relevanten Zeitwerts dieses Mobiliar und der Apotheke.

Im Detail handelt es sich um folgendes Mobiliar, mit dem entsprechenden Anschaffungswert von 1985:

Anmeldung	Fr. 8'196.--
Labor	Fr. 10'794.--
Therapieraum	Fr. 533.--
Untersuchungsraum 1	Fr. 1'694.--
Untersuchungsraum 2	Fr. 5'662.--
Röntgenraum	Fr. 5'613.--
Dunkelkammer	Fr. 7'385.--
Apotheke	Fr. 1'736.--
WC Personal	Fr. 2'149.--
Korridor (Einbauschränke)	Fr. 2'070.--

Hinzu kommt die Apotheke im Wert von Fr. 554.68.

Der Zeuge J. \_\_\_\_\_ konnte nichts zum Beweisthema beitragen (Prot. S. 116). Der Zeuge X3. \_\_\_\_\_ konnte zwar einige detaillierte Angaben zur Ausstattung der neuen Praxis machen, wusste aber letztlich nichts darüber, ob bestimmte Möbel der alten Praxis in der neuen Praxis nicht mehr verwendet werden konnten (Prot. S. 129). Auf die Einvernahme der Zeugin R. \_\_\_\_\_ zu diesem Beweissatz hat der Kläger verzichtet (act. 160).

Die Zeugin T. \_\_\_\_\_ bestätigte auf Vorhalt der obigen Liste, dass die Anmeldung nicht habe weiterverwendet werden können. Das Mobiliar sei in einwandfreiem Zustand gewesen und hätte noch lange weiterverwendet werden können. Auch beim Labor habe man nicht alles weiterverwenden können. Dies

gelte aber für alle Positionen auf der Liste. Man habe sehr viele Sachen nicht mehr gebrauchen können (Prot. S. 171). Damit bestätigt die Zeugin zumindest grundsätzlich die Behauptung des Klägers, er habe verschiedene Möbel nicht mehr gebrauchen können, da sie in der alten Praxis eingebaut gewesen seien.

Die Zeugin I.\_\_\_\_\_ machte detaillierte Angaben zu allen obgenannten Einrichtungsgegenständen. Bezüglich der Apotheke erklärte sie, dass man alles habe neu machen müssen, weil die Gestelle andere Masse gehabt hätten (Prot. S. 104). Sie bestätigt, dass die Anmeldung in der alten Praxis eingebaut gewesen sei. Die Räumlichkeiten in der neuen Praxis seien ganz anders gewesen. Es könne aber sein, dass ein Möbel in einem anderen Zimmer wiederverwendet worden sei. Zum Wert der Anmeldung konnte sie nichts sagen (Prot. S. 104 f.). Beim Labor sei wie beim Empfang alles eingebaut gewesen. Man habe nichts mitgenommen, ausser vielleicht einen Tisch. Es sei alles zu lange her und sie arbeite schon lange nicht mehr in der Praxis (Prot. S. 105 f.). Bei den Möbeln im Therapieraum sei es gleich gewesen: Ein Teil sei eingebaut gewesen, ein Teil flexibel. Der Ecktisch für die Blutentnahme sei eingebaut gewesen, diesen habe man nicht mitnehmen können. Das heisst, sie nehme es an, dass man diesen nicht habe mitnehmen können (Prot. S. 106). Dieselbe Auskunft erteilte die Zeugin betreffend Untersuchungsraum 1 und 2, ein Teil sei flexibel gewesen, ein Teil eingebaut. Was in der neuen Praxis davon noch vorhanden gewesen sei, wisse sie nicht mehr (Prot. S. 106). Beim Röntgenraum habe es auch Einbauschränke gehabt. Die Zeugin konnte aber mit Gewissheit lediglich bestätigen, dass man den Röntgentisch aufgrund der Masse nicht habe mitnehmen können (Prot. S. 107). Was das Mobiliar der Dunkelkammer anbelangte, konnte die Zeugin keine Angaben machen („Es ist dort so dunkel gewesen“, Prot. S. 107). Bezüglich des Mobiliars im Personal-WC hätten die eingebauten Garderobenschränke nicht mitgenommen werden können (Prot. S. 107). Auch die Einbauschränke im Korridor hätten nicht mitgenommen werden können (Prot. S. 108).

Die Zeugin I.\_\_\_\_\_ i war eine langjährige Mitarbeiterin des Klägers, welche relativ genaue Angaben zu den wiederverwendbaren Möbeln machte, sich aber auch nicht scheute Erinnerungslücken zuzugeben und auch präziserte, wenn ihre Aussagen nicht auf sicherem Wissen, sondern auf einer Annahme ihrerseits beruhte.

Es kann daher auf die Aussagen der Zeugin abgestellt werden. Die Zeugin hat zusammenfassend bestätigt, dass der Kläger folgende Möbelstücke nicht habe weiterverwenden können: Garderobenschränke im Personal-WC und Einbauschränke im Gang und die Apotheke. Weiter hielt die Zeugin fest, der Röntgentisch habe aufgrund der Masse ausgetauscht werden müssen. Eine Entschädigung des Klägers für den Röntgentisch fällt jedoch schon deshalb ausser Betracht, weil dieser in der vom Kläger geltend gemachten Auflistung der nicht wieder verwendbaren Möbel des Röntgenraumes fehlt (act. 79 S. 12 und 13). Bezüglich des weiteren Mobiliars bestätigte die Zeugin zwar, man habe nicht alles weiterverwenden können, konnte aber die nicht mehr verwendbaren Möbel nicht mehr genau bezeichnen. Dies gilt insbesondere auch für die Anmeldung, wovon nach Aussage der Zeugin allenfalls einzelne Teile in anderen Räumlichkeiten weiterverwendet wurden. Entgegen der Ansicht des Klägers kann auch nicht einfach davon ausgegangen werden, da es sich um massgeschneiderte Einbaumöbel gehandelt habe, liege auf der Hand, dass diese nicht weiterverwendet werden konnten. Daraus kann nicht zu Ungunsten der Beklagten geschlossen werden, die Möbel seien durch den Umzug für den Kläger zum grössten Teil unbrauchbar geworden. Dem Kläger ist nach dem Gesagten lediglich der Nachweis gelungen, dass zwei Einbauschränke und die Apotheke nicht wiederverwendet werden konnten. Was den Anschaffungswert der genannten Gegenstände anbelangt, kann bezüglich der Einbauschränke auf die Angaben in der Offerte der Möbelfabrik A.Q.\_\_\_\_ abgestellt werden (act. 81/3/3) bzw. auf die Ausführungen des Klägers in act. 79 S. 11, worin der Kläger die einzelnen Beträge derjenigen Teile, welche nach seiner Behauptung nicht mehr verwendet werden konnten, aus act. 81/3/3 übernommen hat. Diese Angaben sind grundsätzlich unbestritten geblieben. Was die Apotheke anbelangt, so bezieht sich der Kläger (act. 79 S. 11) einerseits auf den Betrag gemäss act. 81/3/3 andererseits auf den Betrag gemäss act. 44/13/6. Bei act. 81/3/3 handelt es sich um die Offerte der Möbelfabrik A.Q.\_\_\_\_ bei act. 44/13/6 um die Rechnung der Möbelfabrik A.Q.\_\_\_\_, welche auf die Position 10 (Apotheke) der Offerte Bezug nimmt. Vergleicht man die beiden Dokumente miteinander, so erhellt, dass die Apothekenmöbel zwar für Fr. 1'736.00 offeriert wurden (act. 81/3/3 3. letzte Seite), die effektive Rechnung sich aber

schlussendlich nur auf Fr. 554.68 belief (act. 44/13/6). Der Kläger hat damit dieselbe Position zu unterschiedlichen Beträgen zweimal als Schaden aufgeführt. Bei dieser Sachlage ist für die Schadensberechnung vom effektiven Rechnungsbetrag auszugehen. Dem Kläger ist somit der Nachweis gelungen, dass er folgende Möbel im Gesamtanschaffungswert von Fr. 4'773.68 nicht mehr weiterverwenden konnte: Einbauschränke im Personal-WC (Fr. 2'149.00), Schränke im Korridor (Fr. 2'070.00) und Apotheke (Fr. 554.68).

f) Konkrete Schadensberechnung

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass der Kläger Installationen im damaligen Rechnungswert von insgesamt Fr. 22'886.93 (Fr. 4'773.68 zuzüglich anerkannte Beträge von Fr. 18'113.25) in der neuen Arztpraxis nicht hat weiter verwenden können. Es ist somit im Folgenden noch zu prüfen, ob der Kläger die Kosten für den Ausbau des Mietobjektes im Zeitpunkt des Auszuges bereits amortisiert hatte.

Der Kläger geht bei der Berechnung des Zeitwertes von einer Amortisationsdauer von 20 Jahren aus (act. 42 S. 31). Die Beklagte bestreitet die vom Kläger angenommene Lebensdauer nicht grundsätzlich, macht aber geltend, die genannte Lebensdauer sei nur für Wohnräume anzunehmen. Einrichtungen in Geschäftsräumen seien einer besonders starken Abnutzung unterworfen (Plattenarbeiten, Bodenbeläge, allgemeine Schreinerarbeiten, Gipsarbeiten). Eine Arztpraxis werde im Verhältnis zu Wohnräumen übermässig beansprucht, was die Lebensdauer um mindestens 25% verringere. Es rechtfertige sich deshalb die Annahme einer Amortisationsdauer von 15 Jahren (act. 57 S. 50).

Hinsichtlich der Haltbarkeit von einer Mietsache bei ordnungsgemäsem Gebrauch sind sog. Amortisations- oder Lebensdauertabellen erstellt worden (Bewertung von Einrichtungen in Wohn- und Geschäftsräumen, Lebensdauertabelle, Mietrechtspraxis, Ausgabe 2004/2005 und Paritätische Lebensdauer-Tabelle, Mietrechtspraxis Dez. 2005). Eine genaue Bestimmung der grundsätzlichen Lebensdauer jedes einzelnen Postens ist nicht möglich. Zum einen weil Angaben der Parteien zur genauen Qualität der Gegenstände fehlen (wie z.B. Einbauschränke aus Vollholz 30 Jahre oder Spanplatten, PVC/Textile Bodenbeläge

von schlechter (5 Jahre), mittlerer (5-10 Jahre) oder guter Qualität (15 Jahre)), zum anderen weil sich die genannten Positionen, da die nähere Umschreibung fehlt (z.B. „Röntgeneinrichtung“ act. 44/13/1) nicht ohne weiteres der einen oder anderen Kategorie zu ordnen lassen.

Aufgrund der in diesem Punkt übereinstimmenden Ausführungen der Parteien rechtfertigt es sich von einer durchschnittlichen Lebensdauer von 20 Jahren auszugehen. Mit der Beklagten ist jedoch festzuhalten, dass sich die Lebensdauer von Einrichtungen verringert, wenn das Mietobjekt übermässig beansprucht wird. Insbesondere für Boden-, Wand- und Deckenbeläge wird bei Nutzung als Büro eine Reduktion von 20% und bei Nutzung für Gewerberäume und Labors eine solche von 25-50% angenommen (Paritätische Lebensdauer Tabelle, Mietrechtspraxis, Zürich 2005; Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O.; Anhang VIII, A-43). Richtig ist, dass auch bei Büromöbeln grundsätzlich von einer kürzeren Lebensdauer ausgegangen wird als bei Möbeln in einer Privatwohnung. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass die Möbel in einem Büro oder einer Praxis einer höheren Beanspruchung ausgesetzt sind als Möbel in einer Privatwohnung, welche nur von wenigen Personen genutzt werden. Die vorliegend in Frage stehenden Gegenstände wurden in einer Arztpraxis genutzt, welche vom Kundenverkehr her eher mit einem normalen Bürobetrieb als mit einem Ladengeschäft zu vergleichen ist, da sich täglich nur eine begrenzte Anzahl Personen, nämlich die bestellten Patienten und das Personal und nicht eine unbestimmte Anzahl Kunden in der Praxis aufhalten. Zudem sind nur wenige Räume für die Patienten überhaupt frei zugänglich. Es ist daher eine Reduktion der Lebensdauer um 20% gegenüber der Lebensdauer für Wohnräume vorzunehmen und damit von einer durchschnittlichen Lebensdauer von 16 Jahren auszugehen.

Mit den Parteien wird bei der Berechnung des Zeitwertes von einer Praxisdauer von zwölf Jahren ausgegangen. Ausgehend von einer Amortisationsdauer von 16 Jahren hätten die Installationen somit noch während weiteren vier Jahren benutzt werden können. Demzufolge ist dem Kläger im Umfang von Fr. 5'721.75 Schadenersatz zuzusprechen.

### **VII. Zusammenfassung Hauptklage**

Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger folgende Zahlungen zu leisten: Fr. 15'777.-- unter dem Titel Mietzinsherabsetzung, Fr. 34'067.30 unter dem Titel Umzugsschaden und Fr. 5'721.75 unter dem Titel unvollständige Amortisation des Mobiliars. Damit ist die Hauptklage im Umfang von Fr. 55'566.05 gutzuheissen.

Der Kläger verlangt zudem Verzugszins zu 5% ab 12. April 2001 und damit ab Klageeinleitung. Dieser Anspruch ist unbestritten geblieben. Entsprechend ist der Betrag von Fr. 55'566.05 antragsgemäss zu verzinsen.

### **VIII. Verrechnungsforderung der Beklagten**

Die Beklagte lässt einem allfälligen Guthaben des Klägers aus Schadenersatz (Umsatzeinbusse) und Mietzinsherabsetzung eine Verrechnungsforderung in der Höhe von Fr. 42'072.-- gegenüberstellen. Sie begründet ihre Verrechnungsforderung damit, dass der Kläger die Mietsache vorzeitig im Sinne von Art. 264 OR zurückgegeben habe und damit den Mietzins bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin schulde. Diesbezüglich kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Widerklage verwiesen werden (siehe dazu die Erwägungen unter Ziffer IX. nachstehend).

Da der Kläger zur fristlosen Kündigung gestützt auf Art. 259b lit. a OR berechtigt war (siehe dazu die Erwägungen unter Ziff. VI. vorstehend), ist die Verrechnungsforderung der Beklagten ohne weiteres obsolet.

### **IX. Widerklage**

Die Beklagte lässt die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung durch den Kläger bestreiten und macht im Rahmen der Widerklage den Mietzinsausfall bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin geltend. Wie bereits unter Ziff. VI. erstellt, ist die gestützt auf Art. 259b lit. a OR erfolgte fristlose Kündigung durch den

Kläger als zulässig zu qualifizieren, weshalb die Widerklage ohne weiteres abzuweisen ist.

### **X. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Es ist von einem Streitwert der Hauptklage von Fr. 271'500.-- auszugehen. Der Streitwert der Widerklage beläuft sich auf Fr. 42'072.--. Da sich Haupt- und Widerklage (mindestens teilweise) ausschliessen, bestimmt sich der Streitwert allein nach dem Wert des Rechtsbegehrens der Hauptklage (§ 19 Abs. 2 ZPO).

2. Die 100% Gerichtsgebühr beläuft sich auf Fr. 11'580.--. Angesichts des aufwändigen Beweisverfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr gestützt auf § 5 Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung um ein Drittel auf Fr. 15'400.-- zu erhöhen.

Die 100% Prozessentschädigung beläuft sich auf Fr. 15'145.-- (100%). Wegen des erheblichen Aufwandes für das vorliegende Verfahren (zwei bzw. drei Rechtschriften im Hauptverfahren [Klage und Widerklage], Substanziierung, Teilnahme an Referentenaudienzen und Beweisverfahren) ist die Prozessentschädigung bestehend aus Grundgebühr und Zuschlägen gemäss § 4 der Anwaltsgebührenverordnung auf das Maximum von 200% und damit auf Fr. 30'290.-- festzusetzen.

3. Die Auflage der Kosten erfolgt im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Parteien. Der Kläger liess wie erwähnt seine Klage im Umfang von Fr. 57'708.65 reduzieren (act. 79 S. 17; § 68 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen wird die Hauptklage im Betrag von Fr. 158'226.15 abgewiesen. Die Beklagte unterliegt im Umfang von Fr. 55'566.05 bei der Hauptklage und vollumfänglich bei der Widerklage. Insgesamt sind die Kosten somit im Verhältnis 70% (Kläger) zu 30% (Beklagte) aufzuteilen.

Entsprechend ist der Kläger zu verpflichten der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung im Betrag von Fr. 12'116.-- zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

**Das Mietgericht beschliesst:**

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Kläger seine Klage im Umfang von Fr. 57'708.65 reduziert hat. In diesem Umfang wird das Verfahren als durch Rückzug erledigt abgeschlossen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. Ein Rekurs gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und unter Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, eingereicht werden. In der Rekursschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen.

**Das Mietgericht erkennt sodann:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 55'566.05 zuzüglich Zins zu 5% seit 12. April 2001 zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Hauptklage abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	15400.00	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	3855.00	Schreibgebühr
Fr.	840.00	Vorladungsgebühr
Fr.	1881.00	Zustellungsgebühr
Fr.	8691.80	Barauslagen
Fr.	166.00	Fotokopien
Fr.	<u>30833.80</u>	Kosten total
4. Die Kosten werden zu 7/10 dem Kläger und zu 3/10 der Beklagten auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 12'116.-- zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 189, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 188, je gegen Empfangsschein.
7. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Mietgericht des Bezirks Zürich, Postfach, 8026 Zürich, erklärt werden.

Die Vorsitzende:



Die juristische Sekretärin:

