

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG220011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.
Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Beschluss und Urteil vom 17. April 2023

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch C._____ AG

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Kündigungsschutz / Anfechtung**

Berufung gegen einen Entscheid des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom
2. Juni 2022 (MJ210067)

Rechtsbegehren

der Klägerin (act. 1 S. 2; act. 12 S. 1):

- "1. Es seien die gegenüber der Klägerin je mit amtlichen Formularen vom 29. Januar 2021 auf den 31. März 2022 ausgesprochenen Kündigungen für die klägerischen Mietobjekte (4-Zimmerwohnung im EG, links, und Aussenparkplatz, Lagerraum im 1. UG neben Heizungsraum und Lagerraum im 1. UG neben Toilette) an der D._____-Strasse ... in ... Zürich allesamt für missbräuchlich zu erklären und aufzuheben.
2. Eventualiter 1: Die Mietverhältnisse seien erstmals um 4 Jahre, das heisst bis zum 31. März 2026, zu erstrecken.
3. Eventualiter 2: Es sei der Nettomietzins für die 4-Zimmerwohnung gestützt auf Art. 272 c OR während der Erstreckungsdauer an die veränderten Berechnungsgrundlagen anzupassen und auf CHF 2'383.– festzusetzen.
4. All dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zu 7.7% zu Lasten des Beklagten."

des Beklagten (act. 15 S. 2):

- "1. Die Klage sei abzuweisen, und es sei die Gültigkeit und Wirksamkeit der Kündigung per 31. März 2022 festzustellen.
2. Das Mietverhältnis sei einmalig und definitiv bis längstens zum 30. September 2022 zu erstrecken.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST, zulasten der Klägerin."

Beschluss und Urteil des Mietgerichtes:

Es wird beschlossen:

1. Die prozessualen Anträge der Klägerin um Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Baubewilligungsverfahrens werden abgewiesen.

2. Das Verfahren wird abgeschrieben, soweit sich der Beklagte mit einer einmaligen und definitiven Erstreckung des Mietverhältnisses bis zum 30. September 2022 sowie einer Reduktion des Mietzinses während der Erstreckungsdauer auf Fr. 2'383.– netto pro Monat einverstanden erklärt hat. Dieser Mietzins beruht auf einem Hypothekar-Referenzzinssatz von 1.25% und einem Indexstand per Ende März 2022 von 162.7 Punkten (Basis Dezember 1982 = 100).
3. [Mitteilungen]
4. [Rechtsmittel]

Es wird erkannt:

1. In Abweisung von Rechtsbegehren Ziff. 1 der Klage werden die Kündigungen der Mietverhältnisse (4-Zimmerwohnung, Aussenparkplatz sowie zwei Lagerräume) an der D._____-Strasse ... in ... Zürich jeweils vom 29. Januar 2021 per 31. März 2022 für gültig erklärt.
2. Das Eventualrechtsbegehren Ziff. 2 der Klage betreffend Erstreckung der Mietverhältnisse wird in Bezug auf den Zeitraum von 1. Oktober 2022 bis 31. März 2026 abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 6'560.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 6'560.00 Kosten total

4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und von dieser unter Verrechnung ihres Kostenvorschusses bezogen.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.
6. [Mitteilungen]

7. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

(act. 30 S. 3)

- "1. Der Entscheid des Mietgerichts Zürich Nr. MJ210067 vom 2. Juni 2022 sei aufzuheben.
2. Die Sache sei wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs und fehlerhafter Feststellung des Sachverhaltes sowie falscher Rechtsanwendung zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Eventualiter: Es seien die gegenüber A. _____ je mit amtlichen Formularen vom 29. Januar 2021 auf den 31. März 2022 ausgesprochenen Kündigungen für die klägerischen Mietobjekte (4-Zimmerwohnung im EG, links, und Aussenparkplatz, Lagerraum im 1. UG neben Heizungsraum und Lagerraum im 1. UG neben Toilette) an der D. _____-Strasse ... in ... Zürich allesamt für missbräuchlich zu erklären und aufzuheben.
4. Subeventualiter: Die Mietverhältnisse seien erstmals um vier Jahre, das heisst bis zum 31. März 2026, zu erstrecken.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuern zu Lasten von B. _____."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) schloss am 5. bzw. 7. Oktober 2006 mit dem Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagter), vertreten durch C. _____ AG, Mietverträge mit Mietbeginn am 1. November 2006 für eine 4-Zimmerwohnung an der D. _____-Strasse ... in ... Zürich und einen Parkplatz ab (act. 3/2 und act. 3/4). Am 29. April bzw. 21. Mai 2014 sowie am 20. Mai bzw. 21. Mai 2014 unterzeichneten die Parteien weitere Mietverträge für zwei Lagerräume (act. 3/5-6). Der Bruttomietzins betrug bis zum 31. März 2022 insgesamt Fr. 3'028.– (act. 12 Rz. 4). Diese Mietverhältnisse wurden mit amtlichen Formularen vom 29. Januar 2021 per 31. März 2022 gekündigt (act. 3/7-9).

1.2. Mit Eingabe vom 18. Februar 2021 reichte die Berufungsklägerin ein Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirks Zürich ein (act. 6/1). Nachdem anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 29. Juni 2021 keine Einigung zwischen den Parteien zustande gekommen war, wurde der Berufungsklägerin die Klagebewilligung zugestellt (act. 5; act. 6 Prot. Schlichtungsbehörde). In der Folge machte die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 20. Oktober 2021 (Datum Poststempel) eine Klage beim Mietgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) betreffend Kündigungsschutz und Erstreckung anhängig (act. 1). Mit Urteil und Beschluss vom 2. Juni 2022 beschloss die Vorinstanz, dass das Verfahren abgeschrieben werde, soweit sich der Berufungsbeklagte mit einer einmaligen und definitiven Erstreckung des Mietverhältnisses bis zum 30. September 2022 sowie einer Reduktion des Mietzinses während der Erstreckung auf Fr. 2'383.– netto pro Monat einverstanden erklärt habe, und erkannte, dass das Haupt- und Eventualbegehren der Berufungsklägerin abgewiesen werde (act. 25 = act. 29 [Aktenexemplar] = act. 31 S. 35 f.).

1.3. Mit Eingabe vom 14. Juli 2022 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin dagegen Berufung mit obengenannten Anträgen (act. 30). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessuale Vorbemerkungen zur Berufung

2.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit Blick auf den von der Vorinstanz angenommenen, von der Berufungsklägerin nicht beanstandeten Streitwert (act. 29 S. 40; act. 31) und die in der Berufung gestellten Anträge (vgl. hiervor S. 5) ist der Streitwert vorliegend ohne Weiteres erreicht, womit die Berufung zulässig ist.

2.2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue

Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Dies gilt auch in Verfahren, in welchen der eingeschränkte (oder soziale) Untersuchungsgrundsatz herrscht. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungslast ergibt sich, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. In der Begründung hat eine Berufung führende Partei der Rechtsmittelinstanz daher im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll. Es genügt nicht, in einer Berufungsschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und/oder pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben (wie z.B. es sei falsch oder willkürlich), oder bloss das zu wiederholen, was bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurde (vgl. OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 m.w.H.; OGer ZH PF120022 vom 1. Juni 2012, E. 4.1). Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht (sondern nur eine Rügeobliegenheit), aber die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung resp. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll. Dies gilt selbst im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. zum Ganzen HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Auflage, 2016, Art. 311 N 30 ff. und N 36 ff.; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 311 N 36 f.; vgl. OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 f., je m.w.H.). Ist die Begründung nicht geradezu ungenügend, aber in der Substanz mangelhaft, lässt dies das Eintreten auf die Berufung zwar unberührt, doch es kann sich in der materiellen Beurteilung zum Nachteil auswirken (OGer ZH NG210006 vom 27. Juli 2021, E. 2).

3. Verletzung des rechtlichen Gehörs

3.1. Die Berufungsklägerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren geltend. Dazu führt sie aus, dass die vorinstanzliche Hauptverhandlung um 13.25 Uhr begonnen und um 18.35 Uhr geendet habe. Sie sei 69 Jahre alt und gesundheitlich angeschlagen. Sie habe während der Hauptverhandlung mehrfach die Unterbrechung und Vertagung der Hauptverhandlung verlangt, da sie sich nicht mehr habe konzentrieren können. Sie sei müde und durch die Situation überfordert gewesen. Deshalb habe sie nicht mehr sachgemäss und adäquat reagieren können. Der Antrag auf Vertagung der Hauptverhandlung sei von der Vorinstanz jedoch abgewiesen worden. Die Vorinstanz habe trotz des schlechten Zustandes der Berufungsklägerin die Verhandlung fortgeführt und damit ihr Recht auf Äusserung verletzt, da sie dieses nicht mehr habe ausüben können. Sie beantrage deshalb die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung (act. 30 Rz. 13 ff.).

3.2. Zu diesem Vorbringen der Berufungsklägerin ist vorerst festzuhalten, dass sie anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz anwaltlich vertreten war. Es kam nach dem im Protokoll festgehaltenen (einmaligen) Antrag der Berufungsklägerin auf Vertagung der Verhandlung lediglich noch zu Replik und Duplik durch die Rechtsvertreter der Parteien (Prot. Vi. S. 23 ff.). Die Berufungsklägerin legt nun nicht konkret dar, wie sich die unzulässige Verhandlungsfortsetzung nachteilig auf ihren Standpunkt ausgewirkt haben soll. Insbesondere zeigt sie nicht auf, wie die Vertagung der Hauptverhandlung die vorinstanzliche Entscheidungsfindung hätte beeinflussen können bzw. welche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die zu einer anderen Entscheidung geführt hätten, sie noch hätte vorbringen wollen. Eine relevante Gehörsverletzung ist daher nicht erkennbar. Die Dauer von fünf Stunden und zehn Minuten stellt ferner noch keine ausserordentlich lange Verhandlung dar, dies insbesondere, da die Verhandlung mehrere Male, bis zu einer halben Stunde, unterbrochen wurde (Prot. Vi. S. 12 und S. 23). Zudem wurde im Protokoll festgehalten, dass die Berufungsklägerin ihren Antrag um Vertagung der Verhandlung damit begründet habe, dass es nicht möglich sei, die ein-

gereichten Unterlagen der Gegenseite zu sichten (Prot. VI. S. 23). Konkrete Vorbringen zum gesundheitlichen Zustand der Berufungsklägerin wurden nicht vorgebracht. Auch befindet sich kein Arztzeugnis zum Nachweis einer allfälligen Verhandlungsunfähigkeit in den Akten. Eine allfällige Verhandlungsunfähigkeit der Berufungsklägerin ist somit ebenfalls nicht belegt.

Im Ergebnis ist vorliegend keine Verletzung des rechtlichen Gehörs anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung auszumachen.

4. Gültigkeit der Kündigung

4.1. Die Berufungsklägerin kritisiert im Wesentlichen, dass sich die Vorinstanz nur am Rande mit ihren Einwänden zur Gültigkeit der Kündigung auseinandergesetzt habe. An einer konkreten Auseinandersetzung mit ihren Vorbringen fehle es vollständig. Insbesondere habe die Vorinstanz zu Unrecht den Vorwurf, das Baugesuch habe sich auf falsche Pläne gestützt und es liege daher diesbezüglich ein formeller Fehler des Gesuchs vor, als unwesentlich qualifiziert und diese Thematik offen gelassen. Interessant sei im Zusammenhang mit dem geltend gemachten formellen Fehler des Baugesuchs Folgendes: Sobald dem Berufungsbeklagten bekannt geworden sei, dass im Baurekursverfahren ein Augenschein durchgeführt werde, seien korrekte Pläne erstellt und nachträglich eingereicht worden. Auch werde ihr Einwand, das Bauvorhaben sei aus lärmschutzrechtlichen Gründen nicht realisierbar, durch die Vorinstanz als Nebensächlichlichkeit beschrieben und zu Unrecht erwogen, diese würden einer Baubewilligung und damit einer konkreten Realisierung nicht im Wege stehen, da durch kleinere Modifikationen die Baubewilligungsfähigkeit erreicht werden könne. Es sei jedoch so, dass bereits das Bauvorhaben gemäss Bauentscheid vom 3. November 2021 diverse Anpassungen benötige und es seien verschiedene Auflagen zu erfüllen, bevor das Bauprojekt überhaupt realisierbar sei. Ihren Einwand, das Projekt sei nicht behindertengerecht, habe die Vorinstanz gar nicht geprüft. Vor diesem Hintergrund könne nicht davon die Rede sein, dass das Bauvorhaben des Berufungsbeklagten bereits im Zeitpunkt der Kündigung (29. Januar 2021) realisierbar gewesen sei, zumal eine Realisierbarkeit eineinhalb Jahre später immer noch zu tätige Anpassungen und Auflagen der Baudirektion erfordert habe. Ferner könne der Bau-

entscheid sogar im Rahmen des Baurekursverfahrens aufgehoben werden. Der Sachverhalt sei somit unter Berücksichtigung aller vorgebrachten Argumente von der Vorinstanz nicht hinreichend festgestellt und berücksichtigt worden, ansonsten bereits die Vorinstanz festgestellt hätte, dass im Zeitpunkt der Kündigung kein realisierbares Bauprojekt vorgelegen habe (act. 30 Rz. 29 ff.).

Weiter habe es die Vorinstanz unterlassen, im Rahmen der Überprüfung des Sanierungswillens dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Berufungsbeklagte – wie erwähnt – anlässlich der Baueingabe falsche Pläne und mangelhafte Ausführungen zu bestimmten notwendigen Angaben im Baugesuch gemacht habe. Es sei aufgrund der Einreichung von falschen Plänen nicht davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte im Zeitpunkt der Kündigung über einen ernsthaften Sanierungswillen verfügt habe. Bestehe kein ernsthafter Sanierungswille oder habe im Zeitpunkt der Kündigung kein realisierbares Bauprojekt bestanden, sei die Kündigung als missbräuchlich zu qualifizieren. Es liege auch zum heutigen Zeitpunkt kein realisierbares Bauprojekt des Berufungsbeklagten vor, geschweige denn zum Zeitpunkt der Kündigung. Die Kündigung sei deshalb als missbräuchlich zu qualifizieren und aufzuheben.

4.2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, sowohl die Projektpläne als auch die Kostenschätzung mit Kurzbaubeschrieb seien spätestens am 14. Januar 2021 erstellt worden. Die Schätzungen würden auf dem Vorprojekt vom 1. Dezember 2020 basieren. Auch der ins Recht gelegte Terminplan datiere vom 11. Dezember 2020 und damit vor der Kündigung. Das Architekturbüro habe am 1. Februar 2021 Arbeiten aus dem Jahr 2020 in Rechnung gestellt und der Betrag für diese Arbeiten von Fr. 19'386.– sei beglichen worden. Es könne folglich festgestellt werden, dass der Berufungsbeklagte sein Sanierungsvorhaben vor der Kündigung habe ausarbeiten lassen. Dies unterstreiche die Ernsthaftigkeit des Projekts (act. 29 E. III.2.2.3). Zum Vorbringen der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte habe für die Baubewilligung falsche Pläne eingereicht und die Baubehörde habe aufgrund der fehlerhaften Pläne die Wesentlichkeit der Änderung der Baute nicht erkannt und entsprechend keine lärmschutzrechtlichen Abklärungen getroffen, erwog die Vorinstanz, dass nicht leichthin von einer offensichtlich fehlenden Bewilli-

gungsfähigkeit gesprochen werden könne. Die Baubewilligung sei mit Bauteilscheid vom 3. November 2021 unter gewissen Bedingungen und Auflagen erteilt worden. Dies verdeutliche, dass das Projekt grundsätzlich bewilligungsfähig sei, da Auflagen und Bedingungen gerade den Zweck hätten, die Bewilligungsfähigkeit durch die Beseitigung von behebbaren Mängeln eines Projekts zu erreichen, und das Sanierungsobjekt nicht an gravierenden Mängeln leide. Die verschärfte Rechtsprechung betreffend Lärmschutz schliesse zwar nicht aus, dass dem Berufungsbeklagten im baurechtlichen Rechtsmittelverfahren aus umweltrechtlicher Sicht Schwierigkeiten entstehen könnten. Daraus könne aber nicht per se auf ein offensichtlich nicht bewilligungsfähiges Projekt geschlossen werden. Auch die Erteilung einer allfällig notwendigen Ausnahmbewilligung oder eine Projektmodifikation seien nicht ausgeschlossen. Es könne demnach offenbleiben, inwieweit die [mit dem Baugesuch] eingereichten Pläne korrekt seien. Denn selbst, wenn das Baurekursgericht die Baubewilligung korrigiere, würde es der Bewilligungsfähigkeit eines leicht modifizierten Projekts keinen Abbruch tun. Sodann erwog die Vorinstanz, dass die Lärmschutzbestimmungen einem vollständigen Rückbau mit anschliessendem Neuausbau, einer Strangsanierung sowie einer Fassadendämmung nicht entgegenstehen würden. Diese Sanierungsarbeiten wären selbst beim Vorliegen einer wesentlichen Änderung (durch die Grundrissanpassung) in sämtlichen Wohneinheiten der Liegenschaft des Berufungsbeklagten möglich.

Insgesamt könne dem Berufungsbeklagten weder der Sanierungswille abgesprochen noch gesagt werden, dass dem Sanierungsprojekt (aus lärmschutzrechtlicher Sicht) die Bewilligungsfähigkeit von Anfang an offensichtlich fehle (act. 29 E. III.2.2.4). Damit erweise sich die ausgesprochene Kündigung als gültig und die Klage sei in diesem Punkt abzuweisen (act. 29 E. III.2.3).

4.3. Auf die zutreffenden rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zu den Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Kündigung kann verwiesen werden (vgl. act. 29 E. III.2.1). Zu ergänzen bleibt Folgendes: Ob die Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, ist eine Rechtsfrage. Dafür muss das tatsächliche Motiv des Kündigenden festgestellt werden, was eine Tatfrage darstellt. Es ist hierbei auf den Zeitpunkt, in welchem die Kündigung ausgesprochen wurde, abzustellen

(BGer 4A_435/2021 vom 14. Februar 2022, in: mp 2/2022, S. 132, E. 3.1.1, m.w.H.). Bezüglich der Kündigung im Hinblick auf ein Bauprojekt hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Kündigung gegen die Regeln von Treu und Glauben verstosse, wenn der Vermieter nicht wirklich vorhabe, das in Erwägung gezo-gene oder abgeklärte Projekt auszuführen, sondern nur beabsichtige, die Woh-nungen wieder zur Vermietung anzubieten, ohne das Projekt zu realisieren (BGer 4A_247/2021 vom 4. Mai 2022, E. 3.2.2, in: mp 2022, S. 205 ff.). Zur Realisier-barkeit eines Bauprojekts hat das Bundesgericht erwogen, dass die Kündigung des Vermieters gegen die Regeln von Treu und Glauben verstosse, wenn das Renovationsprojekt offensichtlich gegen die anwendbaren öffentlich-rechtlichen Bestimmungen verstosse oder objektiv unmöglich sei, so dass es mit Sicherheit nicht bewilligt werde (BGer 4A_247/2021 vom 4. Mai 2022, E. 3.2.2, in: mp 2022, S. 205 ff., m.w.H.; BGE 142 III 91, E. 3.2.1). Für die Beurteilung der offensichtli-chen Unvereinbarkeit des Renovationsprojekts mit dem öffentlichen Recht ist wiederum auf den Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung abzustellen. Spätere Ereignisse können diese Beurteilung nicht umstossen, da eine gültige Kündigung nicht nachträglich ungültig werden kann. Sie können aber allenfalls helfen, die Chancen des Projekts zur Zeit der Kündigung zu beurteilen. Eine Kündigung verstösst jedoch nicht bereits deswegen gegen Treu und Glauben, weil das ur-sprüngliche Projekt für eine Bewilligung geändert werden muss (BGer 4A_435/2021 vom 14. Februar 2022, in: mp 2022 S. 132 ff., m.w.H.).

4.4. Vorliegend stellte die Vorinstanz fest, dass der Berufungsbeklagte das Sa-nierungsvorhaben vor den Kündigungen habe ausarbeiten lassen. Er habe für Planungsarbeiten des Projekts aus dem Jahr 2020 dem Architekturbüro eine Rechnung von Fr. 19'386.– bezahlt. Weiter seien durch den Architekten bis zum 20. April 2021 Kosten von Fr. 98'000.– angefallen, wovon der Berufungsbeklagte eine Akontozahlung über Fr. 40'000.– bereits beglichen habe (vgl. act. 29 E. III.2.2.3). Diese vorinstanzlichen Feststellungen beanstandet die Berufungsklä-gerin nicht. Die Leistungen des Architekturbüros und die damit zusammenhän-genden Zahlungen des Berufungsbeklagten sowie, dass er zeitnah nach der Kün-digung das Baubewilligungsverfahren einleitete, berücksichtigte die Vorinstanz korrekt als starke Indizien für die Ernsthaftigkeit des Sanierungswillens des Beru-

fungsbeklagten. Es obliegt der Berufungsklägerin als Kündigungsempfängerin zu beweisen, dass die Kündigung aus einem verpönten oder ohne schützenswerten Grund erfolgte (vgl. BGE 135 III 112, E. 4.1, m.w.H.). Der Berufungsklägerin gelingt dies auch unter dem Aspekt, dass der Berufungsbeklagte angeblich falsche Pläne mit dem Baugesuch eingereicht und mangelhafte Ausführungen zu bestimmten notwendigen Angaben im Baugesuch gemacht habe, nicht. Massgebend ist der tatsächliche ernsthafte Sanierungswille zum Zeitpunkt der Kündigung. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Berufungsbeklagte bereits Sanierungspläne ausarbeiten lassen, woraus auch einige Kosten entstanden sind. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Einreichung von angeblich falschen Plänen im Baugesuch zu einem Zeitpunkt nach der Kündigung gegen einen ernsthaften Sanierungswillen zum Kündigungszeitpunkt sprechen sollte. Schliesslich habe der Berufungsbeklagte – gemäss der Berufungsklägerin – die korrekten Pläne im Baurekursverfahren nachgereicht (act. 30 Rz. 32). Dieses von der Berufungsklägerin geltend gemachte Novum spräche – wenn es in zeitlicher Hinsicht darauf ankäme – gerade für den Sanierungswillen des Berufungsbeklagten. Er unternahm demnach auch nach Einreichung des Baugesuchs weitere Handlungen, damit ihm die Baubewilligung für das Sanierungsprojekt ausgestellt wird. Es erübrigt sich damit, die Akten des Baurekursgerichts für den Beweis, dass der Berufungsbeklagte im Baurekursverfahren tatsächlich Pläne der Liegenschaft nachreichte, zu edieren. Denn auch unter der Annahme, dass die Liegenschaftspläne anfangs nicht korrekt waren, kann daraus keineswegs von einem fehlenden Sanierungswillen des Berufungsbeklagten geschlossen werden. Der Antrag auf Edition der Akten des Baurekursgerichts (Verfahrens-Nr. R1S.2021.05169d) ist somit abzuweisen. Im Sinne der Vorinstanz ist zu bestätigen, dass der ernsthafte Sanierungswille des Berufungsbeklagten zum Zeitpunkt der Kündigung gegeben war (vgl. act. 29 E. III.2.23.).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, wurde das Bauprojekt mit Bauentscheid vom 3. November 2021 unter gewissen Auflagen und Bedingungen bewilligt (vgl. act. 14/18 und act. 32/18). Aus dieser nachträglich erteilten Bewilligung ist zu schliessen, dass das Bauprojekt im Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung an die Berufungsklägerin nicht offensichtlich mit den Regeln des öffentlichen Bau-

rechts unvereinbar war, sondern vielmehr unter Vorbehalt der entsprechenden Auflagen und Bedingungen bewilligt werden kann. Den Umstand, dass ursprünglich nicht korrekte Pläne eingereicht worden seien, hat der Berufungsbeklagte spätestens mit der von der Berufungsklägerin geltend gemachten Einreichung der richtigen Pläne korrigiert (vgl. act. 30 Rz. 32). Auch aufgrund dieser Pläne, bei welchen gewisse eingezogene Wände neu eingezeichnet sind, kann nicht der Schluss gezogen werden, das Bauprojekt sei im Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung mit dem öffentlichen Recht nicht vereinbar gewesen. In wieweit das Projekt den lärmtechnischen Vorgaben nicht entsprechen soll, verdeutlicht die Berufungsklägerin im Übrigen nicht. Ihren pauschalen Einwänden, dass das Bauvorhaben aufgrund lärmschutzrechtlicher Vorgaben und fehlender Berücksichtigung der Behindertengerechtigkeit eindeutig nicht realisierbar sei, kann somit nicht gefolgt werden.

Zusammengefasst dringt die Berufungsklägerin mit ihren Beanstandungen gegen die Kündigung nicht durch. Die Vorinstanz kam somit zu Recht zum Ergebnis, die Berufungsklägerin habe die Treuwidrigkeit der Kündigung nicht nachgewiesen. Die Berufung ist damit hinsichtlich der Kündigungsanfechtung abzuweisen.

5. Erstreckung des Mietverhältnisses

5.1. Das Mietverhältnis kann erstreckt werden, wenn die Beendigung der Miete für den Mieter oder seine Familie eine Härte zur Folge hat, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist (Art. 272 Abs. 1 OR). Für Wohnräume kann es um höchstens vier, für Geschäftsräume um höchstens sechs Jahre erstreckt werden (Art. 272b Abs. 1 OR). Als Härte kommen Umstände in Betracht, die es dem Mieter verunmöglichen, in der bis zur Vertragsbeendigung verbleibenden Zeit ein Ersatzobjekt zu finden. Darunter fallen von vornherein nur Schwierigkeiten und Unannehmlichkeiten, die sich durch eine Erstreckung des Mietverhältnisses abwenden oder mindern lassen. Gewöhnliche mit einer Kündigung verbundene Umstände rechtfertigen eine Erstreckung dagegen nicht (siehe Urteile 4A_552/2019 vom 21. April 2020 E. 5.2.2; 4A_639/2018 vom 21. November 2019 E. 6.1; 4A_556/2015 vom 3. Mai 2016 E. 4.2; je mit Hinweisen). Die regelmässig

unangenehmen und teilweise als hart empfundenen Folgen sind jeder Kündigung inhärent und werden durch eine Verlängerung des Mietverhältnisses nicht aufgehoben, sondern bloss aufgeschoben. Der Kündigungsaufschub muss somit dazu beitragen, dass der Umzug zu einem späteren Zeitpunkt für die Mieterschaft weniger Nachteile bringt und die Härtefolgen mindert. Die Erstreckung kann daher erst sinnvoll sein, wenn sie mit der Verschiebung der Vertragsauflösung zugleich eine Milderung der Folgen verspricht, also erwartet werden kann, dass der Umzug später für den Mieter weniger nachteilig sein werde, als er bei Ablauf der Kündigungsfrist wäre (BGer 4A_292/2021 vom 31. August 2021 E. 4.1; BGE 105 II 197, E. 3a; BGer 4A_552/2019 vom 21. April 2020, E. 5.2., je m.w.H.).

5.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Suchbemühungen bereits im ersten Erstreckungsverfahren zu berücksichtigen (BGer 4A_292/2021 vom 31. August 2021 E. 4.1; BGE 125 III 226 E. 4b; BGE 116 II 448, E. 1; BGE 110 II 254; Cour de justice Genf vom 7. April 2003 in: mp 2003, S. 137). Es wird vorausgesetzt, dass sich die mietende Partei sofort nach Erhalt der Kündigung ernsthaft um die Miete anderer Räume bemüht (HULLIGER, SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage, Art. 272 N 38 mit Hinweis auf BGE 102 II 256; BGE 110 II 249, E. 4; BGer 4A_577/2009 vom 4. März 2010, in: MRA 1/11, S. 19 ff. und BGer 4A_452/2010 vom 22. November 2010, in: MRA 3/11, S. 107 ff.). Denn umfassend belegte und ernsthafte Suchbemühungen bilden das beste Beweismittel für eine konkrete Härte. Dabei darf der Mieter im Rahmen einer ersten Erstreckung nach einem gleichwertigen Mietobjekt punkto Preis, Lage, Grösse, Zustand und Ausstattung suchen. Allerdings sind die Anforderungen an die Suchbemühungen von Personen die infolge Alter, Krankheit oder Invalidität hilflos sind, tiefer (BSK OR I-WEBER, 7. Auflage 2020, Art. 272 N 13).

5.3. Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen, mithin nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB), ob das Mietverhältnis zu erstrecken ist, und wenn ja, für welche Dauer. Dabei hat es den Zweck der Mieterstreckung zu berücksichtigen, der darin besteht, dem Mieter mehr Zeit für die Suche nach Ersatzräumlichkeiten zu geben, als ihm nach der ordentlichen Kündigung zur Verfügung stünde (vgl. BGE 135 III 121, Pra 98 (2009) Nr. 88; BGE 105 II 197 E. 3a). Die Berufungsinstanz

auferlegt sich grundsätzlich bei der Überprüfung von Ermessenentscheiden der Vorinstanz insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere dann, wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht näher steht (STERCHI, Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, ZPO, 2012, Art. 310 N 3; BLICKENSTORFER, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2016, Art. 310 N 10).

5.4. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, es seien keine substantziellen Suchbemühungen der Berufungsklägerin im vorliegenden Fall zu erkennen. Die Berufungsklägerin behaupte nur in allgemeiner Art und Weise, dass ihre Suchbemühungen erfolglos geblieben seien und dass es keine Objekte auf dem Markt gebe, welche ihren Anforderungen entsprechen würden (act. 29 E. III.3.3). Aus ihren Ausführungen lasse sich ableiten, dass sie sich für keine einzige Wohnung beworben habe. Insgesamt könne festgehalten werden, dass ernsthafte Suchbemühungen weder substantiiert behauptet noch genügend dokumentiert seien. Die ungenügend aufgezeigten Suchbemühungen würden jedenfalls keine Härte auf dem Wohnungsmarkt zu belegen vermögen (act. 29 E. III.3.3).

5.5. Die Berufungsklägerin vertritt die Ansicht, sie habe sehr wohl nach Wohnungen gesucht. Die Anstrengungen seien zwar ohne Erfolg geblieben, jedoch als genügend einzustufen. Aufgrund ihres Alters, ihres gesundheitlichen Zustandes und ihrer mangelnden technischen Kenntnisse könnten Suchbemühungen zudem gar nicht – oder nicht in einem grösseren Umfang als den erfolgten – gefordert werden (act. 30 Rz. 53 f.). Die Berufungsklägerin stellt sich weiter auf den Standpunkt, es sei bekannt, dass der Wohnungsmarkt in Zürich nicht gut sei. Bei der Wohnungssuche falle erschwerend ins Gewicht, dass beim Ersatzobjekt eine bestimmte Grösse und Lage der Wohnung erforderlich sei. Zudem benötige sie vom neuen Vermieter die Erlaubnis zur Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit in der Wohnung. Ferner sei es wichtig, dass die Wohnung mindestens 3¹/₂ Zimmer aufweise und die Eingangstüre nicht direkt ins Wohnzimmer führe. Es müsse einen abgeschlossenen Vorraum geben, so dass die Kundschaft ohne Einsicht in die

Privaträume in das Kosmetikstudio gehen könne. Ausserdem brauche es für die Kundinnen und Kunden eine separate Toilette. Schliesslich müsse die Wohnung aufgrund des gesundheitlichen Zustandes der Berufungsklägerin in der Nähe einer Verbindung des öffentlichen Verkehrs sein, der Weg zur Wohnung dürfe nicht steil sein und die Wohnung müsse im Erdgeschoss oder mit einem Lift erreichbar sein (act. 30 Rz. 49).

5.6. Die Berufungsklägerin beanstandet zunächst die Feststellung der Vorinstanz, wonach sie sich bisher für keine Wohnung beworben habe, nicht substantiiert. Auch reicht sie im Berufungsverfahren keine neuen Nachweise über konkrete Bemühungen zur Wohnungssuche ein und stellt diesbezüglich auch keine Behauptungen auf. Vielmehr scheint sie sich auf den Standpunkt zu stellen, eine Suche wäre nicht erfolgversprechend. Allein mit dem Hinweis auf den notorisch ausgetrockneten Wohnungsmarkt in der Stadt Zürich kommt die Berufungsklägerin ihrer Behauptungslast indessen nicht nach. Damit kann grundsätzlich auf die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz zu den Suchbemühungen abgestellt werden.

Dass der gesundheitliche Zustand die Berufungsklägerin bei der Wohnungssuche behindere, ist ein im Berufungsverfahren erstmals geltend gemachtes Novum. Die Berufungsklägerin hat weder ihre gesundheitliche Beeinträchtigung substantiiert noch die Novenqualität begründet. Das Novum ist folglich nicht zuzulassen. Zu ihren behaupteten fehlenden technischen Kenntnissen und ihrem Alter ist festzuhalten, dass die Berufungsklägerin bei der Vorinstanz ausführte, sie habe für die Wohnungssuche ein Tablet gekauft (act. 12 Rz. 70). Damit habe sie mehrmals am Tag nach geeigneten Mietobjekten gesucht. Sie habe dabei jeweils umgehend gesehen, wenn die Wohnung beispielsweise wegen einer fehlenden separaten Toilette ungeeignet sei (Prot. Vi. S. 8 und S. 11). Da Wohnungsinserate grösstenteils auf Plattformen im Internet aufgeschaltet werden und die Berufungsklägerin diese sogar mehrmals am Tag überprüft habe, ist kein Nachteil aufgrund der behaupteten fehlenden technischen Kenntnisse erkennbar.

Die Berufungsklägerin stützt sich ferner für ihre Behauptung der erfolglosen Suchbemühungen auf einen Entscheid des Genfer Cour de justice vom 7. April

2003 (Cour de justice Genf vom 7. April 2003 in: mp 2003, S. 137). Der Fall betraf einen 79-jährigen Mieter, welcher seit 30 Jahren Mieter der betreffenden Wohnung war. Ausserdem lagen Betreibungen gegen ihn vor und er befand sich in schwierigen finanziellen Verhältnissen. Die Mietdauer von 30 Jahren bewertete das Gericht als aussergewöhnlich lang. Weiter wurde angenommen, dass eine bejahrte Person mehr Mühe mit einem Auszug habe (act. 30 S. 19). Die dort zu beurteilenden Umstände sind indes mit den vorliegenden nicht vergleichbar. Es liegt weder ein derart langes Mietverhältnis vor noch ist die Berufungsklägerin in demselben hohen Alter. Die Beschwerdeführerin war im Zeitpunkt der Kündigung knapp 68 Jahre alt. Inwiefern sie aufgrund ihres Alters mehr Mühe bei der Wohnungssuche haben soll, ist nicht erkennbar und führt sie auch nicht anschaulich aus. Zudem geht sie noch heute einer regelmässigen Arbeitstätigkeit nach. Es ist unter diesen Umständen nicht davon auszugehen, sie wäre derart hilflos, dass die Anforderungen an die zu belegenden Suchbemühungen tiefer anzusetzen wären. Sie kann daher aus dem zitierten Entscheid nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Was ein angemessenes Ersatzobjekt darstellt, hängt von den Bedürfnissen des Mieters ab. Bei der im Einzelfall stets im Auge zu behaltenden Ersatzlösung kann sich der Mieter nicht nach dem idealen Ersatzobjekt ausrichten, sondern hat sich auf ein Ersatzobjekt zu konzentrieren, das für ihn objektiv ohne Weiteres als tragbar gleichwertig erscheint. Das kann unter Umständen auch ein kleineres Lokal als das bisherige sein, ein ungünstiger gelegenes Geschäftslokal, ein weniger preiswertes Objekt usw. (HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 272 N 99 ff., m.w.H.). Vorliegend ist aufgrund der gemischt genutzten Wohnung nachvollziehbar, dass ein separates WC – welches vom privaten Badezimmer räumlich getrennt ist – für die Berufungsklägerin notwendig ist. Hierzu ist der Berufungsklägerin in ihrer Argumentation zu folgen, dass sich im Badezimmer viele persönliche Gegenstände befinden, weshalb es ihr nicht zumutbar ist, dieses mit den Kundinnen und Kunden zu teilen. In den von der Berufungsklägerin eingereichten Wohnungsinseraten befinden sich jedoch diverse Anzeigen, welche ein vom Badezimmer separates WC aufweisen (vgl. act. 14/28 "E._____-Strasse ..., ... Zürich"; "F._____-Strasse ..., ... Zürich"; "G._____-Strasse 1, ... Zürich"; "H._____-Strasse ..., ... Zürich"; "G._____-Strasse 2, ... Zürich"). Selbst mit den wenigen, von der Be-

rufungsklägerin dokumentierten Inseraten lässt sich somit nicht nachweisen, dass das Erfordernis eines separaten WCs ihre Wohnungssuche derart erschwert und eine Härte begründen würde. Hinsichtlich der Lage des Ersatzobjekts ist zwar verständlich, dass die Berufungsklägerin möglichst nahe am bisherigen Standort verbleiben möchte. Mangels hinreichender Suchbemühungen vermag die Berufungsklägerin aber nicht darzutun, dass sich die Suche nach einem Ersatzobjekt in der Nähe einer Verbindung des öffentlichen Verkehrs (act. 90 Rz. 48), besonders schwierig gestaltet. Mit der Vorinstanz fällt aufgrund des gut ausgebauten öV-Netzes in der Stadt Zürich auch durchaus ein Standort, in der Nähe des Quartiers I._____, in Betracht. Somit erweisen sich die Suchbemühungen der Berufungsklägerin auch bezüglich der Auswahl der ins Auge gefassten Wohnungen als ungenügend. Hinzu kommt, dass die Berufungsklägerin die Kündigung des Mietverhältnisses vierzehn Monate vor dem Kündigungstermin erhielt und ihr überdies vom Berufungsbeklagten eine sechsmonatige Erstreckung bis Ende September 2022 gewährt wurde, so dass ihr mehr als eineinhalb Jahre für die Suche zur Verfügung gestanden wären (act. 29 E. III.3.1). Insgesamt vermag die Berufungsklägerin mangels hinreichender Suchbemühungen nicht nachzuweisen, dass die Suche nach einem geeigneten Ersatzobjekt für sie mit einer Härte im Sinne von Art. 272 OR verbunden ist.

Im Einklang mit der Vorinstanz ist deshalb festzuhalten, dass zumutbare Suchbemühungen von der Berufungsklägerin weder substantiiert behauptet noch genügend dokumentiert wurden (vgl. act. 29 E. III.3.3). Eine Härte kann daher bereits aus diesem Grund nicht angenommen werden.

5.7. Fazit

Zusammenfassend ist die Abweisung der Erstreckung – über die vom Berufungsbeklagten anerkannte einmalige Erstreckung von sechs Monaten hinaus – nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Ausgangsgemäss hat die Berufungsklägerin die Prozesskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Beanstandungen hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten und der Parteientschädigung wurden nicht vorgebracht. Sie sind zu bestätigen.

6.2. Grundlage der Gebührenfestsetzung für die zweitinstanzliche Entscheidung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 127'176.– (vgl. act. 29 E. IV) ist die Entscheidunggebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 bis 3, § 7 lit. a sowie § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

6.3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, da ihr im Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen

1. Der prozessuale Antrag auf Edition der Akten des Baurekursverfahrens wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

3. Die Berufung wird hinsichtlich des Haupt- und Eventualbegehrens abgewiesen. Das Urteil des Mietgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Juni 2022 wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss verrechnet.

5. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 30 und 32/1-19, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um ein mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 127'176.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw N. Gautschi

versandt am: