

ZMP 2017 Nr. 12

Art. 266g OR; Art. 257f OR; Art. 262 OR; Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. Nichtigkeit (Unwirksamkeit) einer Kündigung aus "wichtigen Gründen", welche der Kündigende wesentlich mitverschuldet hat. Verfahrensart bezüglich der vermögensrechtlichen Folgen der Kündigung.

Die Mieterseite kann im vereinfachten Verfahren über die Gültigkeit einer Kündigung aus wichtigen Gründen für den Fall der Gültigkeit auch ihre Entschädigungsforderung nach Art. 266g Abs. 2 OR geltend machen (E. III.3.1).

Die Sondernorm zur Kündigung wegen Pflichtverletzungen hat grundsätzlich Vorrang vor einer Kündigung aus wichtigen Gründen (E. IV.1.2). Der Vermieter kann sich unabhängig von der angerufenen Kündigungsbestimmung nicht auf eine Untervermietung der Sache im Bereich des Sexgewerbes berufen, wenn er diese Art der Nutzung vor Abschluss des Mietvertrages selber initiierte und während der Vertragsdauer jahrelang duldete und wenn die Nutzung bereits mehrere Monate vor der Kündigung beendet wurde (E. IV.2.2). Eine vorzeitige Kündigung wegen Untervermietung zu missbräuchlichen Bedingungen setzt den Nachweis der missbräuchlichen Bedingungen durch den Vermieter voraus. Sie scheidet aus, wenn der Hauptvermieter den Mietern hinsichtlich der Konditionen der Untervermietung freie Hand gelassen hat (E. IV.2.3). Trotz Übertragung der Unterhaltspflicht auf die Mieter kann sich der Vermieter nicht auf mangelnden Unterhalt berufen, wenn die aufgetretenen Schäden vorwiegend auf die Vernachlässigung der bei ihm verbliebenen Pflicht zum Unterhalt der Gebäudehülle zurückzuführen sind (E. IV.2.4).

Aus dem Urteil des Mietgerichts MB170010-L vom 16. Oktober 2017 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Gasche, Meier; Gerichtsschreiberin Musarra):

"I. Ausgangslage. Prozessgeschichte

1. Mit Vertrag vom 9. Oktober 2008 vermietete der Kläger den Beklagten die Liegenschaft N-strasse (...) in Zürich zum Betrieb eines Appartement- und Geschäftshauses zu einem Mietzins von Fr. 144'000.– pro Jahr. Der Vertrag war be-

fristet bis Ende 2013. Den Beklagten wurden indessen zwei Optionen auf Verlängerung des Vertrages bis Ende 2018 bzw. Ende 2023 eingeräumt, von denen sie bislang die erste ordnungsgemäss ausübten. Der Mietvertrag sieht vor, dass die Unterhaltsarbeiten grundsätzlich von den Beklagten durchzuführen sind. Die Parteien sind sich einig, dass dies nur den laufenden Unterhalt betrifft, konkret die technischen Installationen im Haus sowie ästhetische Unterhaltsarbeiten wie das Streichen der Zimmer oder die Instandhaltung der Möbel, während aperiodische Unterhaltsarbeiten etwa an der Gebäudehülle im Verantwortungsbereich des Klägers liegen. Dieser investierte nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens im Jahre 2017 Fr. 300'000.– in die Sanierung des Dachs, das undicht geworden war. Entsprechend dem vertraglichen Verwendungszweck der Mietsache ist den Beklagten die Untervermietung der insgesamt 23 Einheiten im Haus gestattet. Lediglich für die Untervermietung der Liegenschaft als Ganzes bedingte sich der Kläger seine Zustimmung aus.

Im Jahre 2014 sprach der Kläger zweimal Kündigungen bezüglich des vorliegenden Mietvertrages aus. Auf entsprechende Klage der Beklagten hin erklärte die Schlichtungsbehörde die Kündigungen mit Urteilsvorschlägen vom 17. April und 28. August 2014 für ungültig. Mit dem dafür vorgesehenen amtlich bewilligten Formular kündigte der Kläger sodann am 22. Juli 2016 den Mietvertrag auf den 31. Januar 2017 unter Berufung auf Art. 266g OR. Diese Kündigung ist Thema des Prozesses.

(...)

III. Prozessuales

1. Zuständigkeit und Verfahrensart

Das Kollegialgericht des Mietgerichts Zürich ist zur Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits örtlich und sachlich unbestrittenermassen zuständig, denn das Mietobjekt befindet sich in Zürich und der Streitwert beläuft sich auf mehr als Fr. 30'000.– (Art. 33 und 35 Abs. 1 lit. b ZPO; § 21 GOG). Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren. Dies gilt auch für den Eventualantrag der Beklagten, den

Kläger im Falle einer gültigen Kündigung zu einer Entschädigung von Fr. 276'000.– zu verpflichten, denn die Frage der Entschädigung nach Art. 266g Abs. 2 OR ist eng mit derjenigen nach der Gültigkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund verknüpft und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es nach Möglichkeit zu vermeiden, dass die Parteien in Fällen, wo sämtliche gestellten Anträge einen Bezug zum Kündigungsschutz aufweisen, mehrere Verfahren gegeneinander führen müssen (BGE 142 III 478 E. 4.2, gültige Ausübung einer Option).

2. *Res iudicata*

2.1 Die Beklagten machen geltend, der Kläger habe schon am 17. April und 28. August 2014 insgesamt drei Kündigungen aus wichtigem Grund ausgesprochen. Die Schlichtungsbehörde habe den Parteien in allen drei Fällen Urteilsvorschläge unterbreitet, mit welchen die Kündigungen für nichtig bzw. ungültig erklärt worden seien. Keine Partei habe die Verfahren jeweils vor Gericht getragen. Die geltend gemachten Gründe seien teils die gleichen gewesen wie heute, darunter auch der Vorwurf eines missbräuchlichen Ertrages aus der Untermiete. Eine materielle Behandlung der Klage durch das Mietgericht verbiete sich in diesem Punkt, denn es bestehe eine abgeurteilte Sache (*res iudicata*).

2.2 Aufgrund der sog. materiellen Rechtskraft von Urteilen und Urteilssurrogaten können die Parteien die gleiche Streitsache nicht zweimal vor Gericht tragen. Geschieht dies trotzdem, so fällt das zweite angerufene Gericht einen Nichteintretensentscheid (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO). Gegenstand der materiellen Rechtskraft ist nur das Dispositiv des Ersturteils; nicht erfasst (jedenfalls nicht direkt) werden die Entscheidungsgründe oder gar Tatsachen (BGE 136 III 345 E. 2.1; BGE 138 III 261 E. 1.2). Die Sperrwirkung bestimmt sich dabei aufgrund des Streitgegenstands, der ebenfalls primär aufgrund des Dispositivs zu ermitteln ist. Bei Unklarheiten ist immerhin die Begründung heranzuziehen. Entscheidend ist, ob der gleiche Lebenssachverhalt erneut beurteilt werden soll (statt vieler KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 236 N 28, 40 und 48 ff.).

Zwar ist es richtig, dass im Falle der Kündigung(en) vom 17. April 2014 die Schlichtungsbehörde einen Urteilsvorschlag erliess, der in der Folge vom damaligen Beklagten und heutigen Kläger abgelehnt wurde. Dieser gelangte darauf nicht ans Gericht, so dass der Urteilsvorschlag trotz Ablehnung Bestand hatte (Art. 211 Abs. 3 ZPO). Wie schon aus dem Dispositiv der Schlichtungsbehörde hervorgeht, war Gegenstand des Verfahrens allerdings nicht die heute zu beurteilende Kündigung. Damit beruht die vorliegende Klage nicht – und selbst bezüglich der Kündigungsgründe jedenfalls nicht durchwegs – auf demselben Lebenssachverhalt wie das frühere Verfahren, so dass der Einwand der Beklagten sich als unberechtigt erweist. Gleiches gilt für den von keiner Seite abgelehnten Urteilsvorschlag vom 14. Oktober 2014 betreffend Kündigung vom 28. August 2014.

(...)

IV. Materielle Beurteilung der Klage

1.1 Gemäss Art. 266g OR kann eine Partei den Mietvertrag aus wichtigen Gründen, welche die Fortsetzung für sie unzumutbar machen, mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Termin kündigen. Das Gericht bestimmt die finanziellen Folgen der vorzeitigen Kündigung in Würdigung der gesamten Umstände. Die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ist nicht leichthin anzunehmen. Das Gesetz verweist das Gericht auf sein Ermessen im Sinne von Art. 4 ZGB. Relevant sind damit einerseits die Kündigungsmotive, andererseits aber auch der Grundsatz der Verbindlichkeit der Verträge, die Rechtssicherheit und die Interessen der Gegenpartei (SVIT-K, Art. 266g OR N 10; Pra 2001 Nr. 177; BGer 4C.201/2003 v. 28.10.2003, E. 2.2 = MRA 2004, 1 ff.). Als wichtige Gründe kommen ausschliesslich im Moment des Vertragsschlusses unbekannte, nicht voraussehbare und ausserordentlich schwerwiegende Umstände in Betracht (BGE 122 III 262 E. 2a/aa; Pra 1995 Nr. 142 E. 1a; BGer in mp 1996, 11 ff.; Pra 2001 Nr. 177 E. 3a). Subjektive Vorstellungen der kündigenden Partei genügen nicht; vielmehr müssen die Gründe für die Kündigung objektiv schwer wiegen (BGer 4A_536/2009 v. 2.2.2010, E. 2.4). Dazu gehören etwa systematische Schikanen und andere Vertragsverletzungen durch die Vermieter eines Reitzentrums (BGer

4C.35/2006 v. 30.5.2006), gesundheitliche Gründe wie panikartige Angstzustände der Mieterin nach einem Einbruch in die Wohnung (Pra 2001 Nr. 177 E. 3b–d), gravierende Veränderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen (BGE 60 II 209; vgl. auch BGE 122 III 262; BGer, mp 1996, 17 f.). Ungenügend sind bloss Konjunkturschwankungen oder Veränderungen auf dem Mietmarkt (ZK-HIGI, Art. 266g OR N 41). Gleiches gilt für persönliche Differenzen der Vertragsparteien (BGE 113 II 31 E. 2c), die nichts mit der Erfüllung der Vertragspflichten als solchen zu tun haben. Nicht schwer genug wiegt eine nicht dringliche Sanierung des Gebäudes, schon gar nicht, wenn damit eine laufende Sperrfrist ausgehebelt werden soll (BGer 4A_594/2010 v. 12.1.2011, E. 2.3). Ausgeschlossen sind Gründe, die der Kündigende (massgeblich mit-)verschuldet hat (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBI 1985 I 1451; BGE 116 II 512 E. 3 = Pra 1991 Nr. 184; 122 III 262 E. 2a/aa; Pra 1995 Nr. 142 E. 1a; Pra 2001 E. 3a; Mietgericht Zürich in ZMP 1993 Nr. 22; CALAMO, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Diss. Bern 1994, S. 29; SVIT-K, Art. 266g OR N 10; Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, S. 735; ZK-HIGI, Art. 266g OR N 36 ff.; CPra Bail-WESSNER, 2. A., Basel 2017, Art. 266g OR N 21; BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge, SPR VII/3, Basel 2012, Rz 912).

Wer sich auf einen wichtigen Grund berufen will, hat sofort zu kündigen. Wartet er trotz Kenntnis des Grundes zu, kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses ihm nicht mehr zugemutet werden kann. Vorbehalten bleiben Dauerzustände, die im Zeitpunkt der Kündigung anhalten oder sich im Laufe der Zeit gar verschlimmern (BGer 4A_536/2009 v. 2.2.2010, E. 2.4; CPra Bail-WESSNER, Art. 266g OR N 22a; Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, S. 737; ZK-HIGI, Art. 266g OR N 33 und 59; BSK OR I-WEBER, Art. 266g N 6).

Beim gemeinsamen Mietvertrag genügt es, dass der wichtige Grund bei einem von mehreren Mitmietern bzw. Mitvermietern gegeben ist, denn entscheidend ist einzig die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses aus Sicht der kündigenden Partei (WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, Diss. Zürich

1993, S. 177; ZK-HIGI, Vorbem. Art. 266–266o N 90; a.M. SCHMID, Der gemeinsame Mietvertrag, SJZ 1991, 376).

1.2 Die offenere Formulierung gegenüber dem vor dem 1. Juli 1990 geltenden Recht (aArt. 269 OR) schafft Abgrenzungsprobleme zu anderen ausserordentlichen Kündigungen, insbesondere zu den Kündigungen wegen Pflichtverletzungen des Mieters und des Vermieters (Art. 257d, 257f und 259b lit. a OR). Die genannten Bestimmungen setzen z.T. explizit für die Kündigung voraus, dass das entsprechende vertragswidrige Verhalten zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vertragspartner führt. Ein Teil der Lehre nimmt aufgrund der unterschiedlichen Modalitäten einer Kündigung nach Art. 266g OR im Vergleich zu den anderen ausserordentlichen Kündigungen an, die Kündigungsmöglichkeiten konkurrierten echt miteinander (CALAMO, a.a.O., S. 279 f.).

Dies würde aber zum widersprüchlichen Resultat führen, dass man die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Kündigenden aufgrund desselben Verhaltens der Gegenpartei unter dem Aspekt von Art. 266g OR verneinen, unter demjenigen der übrigen ausserordentlichen Kündigungsgründe jedoch bejahen könnte – und umgekehrt. Richtigerweise sind daher die übrigen ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeiten als *leges speciales* zu Art. 266g OR zu betrachten (Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, S. 734 f.; CHK-HEINRICH, Art. 266g OR N 4; ZK-HIGI, Art. 257f OR N 87, Art. 266g OR N 13 f.; SVIT-Komm., Art. 266g N 3 ff.; KUKO OR-BLUMER, N 3; BLUMER, SPR VII/3, Rz 910; BGE 123 III 124; Pra 2000 Nr. 49 E. 2c; BGer 4A_536/2009 v. 2.2.2010, E. 2.2). Vorbehalten bleibt die falsche Bezeichnung der Kündigung (BGE 135 III 441 E. 3.1 = Pra 2010 Nr. 30). Auf Art. 266g OR kann in solchen Fällen lediglich zurückgegriffen werden, wo zusätzliche Elemente die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung beeinflussen, etwa wenn eine ordentliche Kündigung vertraglich auf längere Zeit ausgeschlossen ist (ähnlich Botschaft Mietrecht, 1451, wo die Fälle als selten bezeichnet werden, in denen der wichtige Grund in der Person der gekündigten Partei liegt). Nur in diesem Sinne lässt sich die vorliegende Bestimmung als Auffangtatbestand zu den übrigen ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeiten begreifen (SPIRIG, mp 2012, S. 9). Beispiele wären etwa schleppende Mietzinszahlungen des Mieters oder die

dauernd verletzte Unterhaltspflicht des Vermieters in einem Mietverhältnis, das erst drei Jahre später ordentlich gekündigt werden kann (BGer 4C.395/2006 v. 23.1.2007; vgl. ZK-HIGI, Art. 257d N 30, Art. 266g N 51; SVIT-Komm., Art. 266g OR N 16; krit. SPIRIG, mp 2012, 10). Das Bundesgericht grenzt die verschiedenen ausserordentlichen Kündigungen deutlich voneinander ab, räumt Art. 266g OR dabei allerdings insofern eine selbständige Stellung ein, als es den Anwendungsbereich von Art. 257f OR auf unsorgfältigen und vertragswidrigen Gebrauch der Sache beschränkt (BGE 132 III 109, s. dazu Art. 257f N 6; BGer 4C.255/2004 v. 17.11.2004, E. 5.3; ROHRER, MRA 2005, 51 ff.; SPIRIG, mp 2012, 9 ff.). Richtigerweise sollten Vertragsverletzungen der einen wie der anderen Partei allerdings, wenn immer möglich, an den darauf zielenden ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeiten des Gesetzes gemessen werden und nicht an der vorliegenden Norm (SPIRIG, mp 2012, 16 ff.; A. KOLLER, AJP 2010, 847).

Was das Verhältnis zwischen Art. 266g OR (Kündigung aus wichtigem Grund) und Art. 257f OR (Kündigung wegen Pflichtverletzungen des Mieters) angeht, ist daran zu erinnern, dass nach allgemeinen vertraglichen Regeln eine Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund zwar grundsätzlich keine Abmahnung voraussetzt. Fehlt es allerdings an einer Abmahnung, so muss der Kündigungsgrund besonders schwer wiegen, damit die Kündigung einer Überprüfung stand hält (BGE 138 III 305 E. 7, zum Markenschutz). Die gleiche allgemeine Regel hat in Art. 257f Abs. 3 und 4 OR ihren Niederschlag gefunden. Danach ist eine (fristlose) Kündigung nur möglich, wenn der Mieter der Sache vorsätzlich schweren Schaden zufügt, während der Vermieter von Wohn- oder Geschäftsräumen nur nach Abmahnung und mit einer kurzen Frist von 30 Tagen auf ein Monatsende kündigen kann, wenn die Vertragsverletzung weniger schwer wiegt. Selbst wenn man annehmen würde, Art. 257f OR als speziellere Norm gehe Art. 266g OR nicht vor, wäre folglich eine Kündigung nach Art. 266g OR ohne vorgängige Abmahnung nur bei besonders schweren Pflichtverletzungen zulässig.

2.1 Die Kündigung des Klägers vom 22. Juli 2016 hält einer Überprüfung nach den genannten Kriterien nicht stand. Unbestritten ist zunächst, dass die Kündigung auf behaupteten Pflichtverletzungen beruht, die ohne Ausnahme in den An-

wendungsbereich von Art. 257f OR fallen. Deren Voraussetzungen sind offensichtlich nicht erfüllt, denn der Kündigung ging keine Abmahnung voraus und eine vorsätzliche Zufügung von schwerem Schaden im Sinne von Abs. 4 der genannten Norm ist nicht ersichtlich (dazu später). Selbst wenn man von einer alternativen Anwendbarkeit der Kündigung wegen schwerer Pflichtverletzung nach Art. 257f OR und der Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR ausgehen wollte, fehlt es jedenfalls als Folge der fehlenden Abmahnung an einer besonders schwer wiegenden Pflichtverletzung, die die Kündigung zu rechtfertigen vermöchte. Wie es sich damit genau verhält, braucht aber nicht geprüft zu werden, denn die Kündigung hielte unter allen Titeln einer Prüfung auch nicht stand, wenn eine Abmahnung erfolgt wäre, wie sogleich zu zeigen ist.

2.2 Soweit der Kläger als Kündigungsgrund anführt, die Beklagten hätten den Betrieb eines sexgewerblichen Lokals geduldet, ist einzuräumen, dass ein solches Vorgehen grundsätzlich einen schweren Verstoss gegen die Vertragspflichten darstellt, soweit es der vertraglichen Abmachung der Parteien widerspricht. Das Bundesgericht hat zur Kündigung nach Art. 257f OR entschieden, dass die vertragswidrige Umnutzung eines Büros in einen erotischen Massagesalon per se zur Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Vermieter führe (BGE 132 III 109). Der vorliegende Fall verhält sich hingegen anders. Der Kläger räumte anlässlich seiner Befragung an der Hauptverhandlung ein, dass die fraglichen Mieterinnen schon vor Beginn des Mietvertrags zwischen den Parteien in den Räumlichkeiten im Erdgeschoss wohnten. Anfänglich hätten sie auch nur dort gewohnt, als dann aber "diese Gogo-Läden" nicht mehr so gut gelaufen seien, hätten sie das Geschäft in die Mietliegenschaft verlagert, wörtlich "dies [d.h. die gemieteten Zimmer] irgendwie in ein Studio umgewandelt". Der Kläger habe sich gedacht, das seien transsexuelle Personen, das seien auch Randständige, die immer versucht hätten anständig und ruhig zu sein. Später habe er gedacht, das gehe nicht mehr so, denn "dadurch bekommen Sie nirgendwo einen Kredit". Also habe er den betreffenden Mieterinnen gekündigt. Anfangs Februar 2009 wäre der Mietvertrag ausgelaufen, wenn die Beklagten ihn nicht zu einem um Fr. 1'200.– höheren Mietzins erneuert hätten. Auf die Frage, seit wann er gewusst habe, dass der Salon nach wie vor bestehe bzw. zu einem höheren Zins weiterhin vermietet gewe-

sen sei, antwortete er zunächst mit "unmittelbar danach, vielleicht drei bis vier Monate später". Auf die weitere Frage, ob er sich auf die Übernahme der Sache durch die Beklagten beziehe, wich der Kläger aus. Auf etliche Nachfragen meinte er, er habe "erst viel später" davon erfahren. Auf die weiteren Fragen, ob es 2009 gewesen sei oder Monate oder Jahre später, wiederholte er nur "viel später" bzw. "ein paar Jahre später". Auch der weiteren Frage, ob er es schon zur Zeit der Kündigungen im Jahre 2014 gewusst habe, wich er zunächst aus ("Also gut. Ich weiss es nicht haargenau. Ich habe nur gedacht, es sei eine riesige Sauerei."). Schliesslich bestätigte er doch noch, dass er im Zeitpunkt der Kündigungen im Jahre 2014 gewusst habe, dass "die Transsexuellen" noch im Haus gewesen seien. Deshalb habe er auch gekündigt. Für die Zeit davor machte er sinngemäss geltend, wegen seiner schweren Autoimmunerkrankung habe er sich nicht um die Liegenschaft kümmern können; dabei räumte er ein, dass er in der Zeit zwischen 2008 und 2014 bisweilen zumindest versuchte, in die Liegenschaft zu gelangen. Er sei aber nicht hineingekommen, weil der Beklagte 1 zu einem Termin nicht erschienen sei. Auf den Vorhalt, die Beklagten machten geltend, der Kläger habe sie um die Fortführung des Mietvertrages mit den Betreiberinnen des Salons gebeten, meinte er nur, die Beklagten sollten ihm etwas Schriftliches dazu bringen. Die Nachfrage, ob die Behauptung der Beklagten wahr sei, verneinte er. Weiter bestätigte er auf Vorhalt der beiden Schreiben der Baupolizei vom 8. und 18. März 2016, dass das fragliche Etablissement vor Abfassung der Briefe und damit zumindest mehrere Monate vor der Kündigung polizeilich geräumt worden war. Darum gehe es auch nicht, so der Kläger weiter, sondern darum dass die Beklagten keine Bewilligung für den Betrieb des illegalen Bordells eingeholt hätten und dadurch den Ruf des Hauses und den Kredit des Klägers geschädigt hätten.

Damit steht zumindest fest, dass der Kläger in einem Gesundheitszustand, der eine Intervention erlaubt hätte, mindestens zwei Jahre vor der Kündigung Kenntnis davon hatte, dass der erotische Massagesalon, der schon zu seiner Zeit als Betreiber des Hauses bestanden hatte, auch gestützt auf einen Vertrag der Untermieterinnen mit den Beklagten weiterhin betrieben wurde. Der Betrieb endete sodann auf Intervention der Baupolizei zu einem unbekanntem Zeitpunkt vor dem 8. März 2016, mithin mindestens 4 ½ Monate vor der Kündigung, die der

Kläger am 22. Juli 2016 aussprach. Was den Ruf des Hauses betrifft, räumte der Kläger überdies ein, dass er als Betreiber seiner Liegenschaft schon vor der Vermietung an die Beklagten Wohnungen an Tänzerinnen vermietet hatte, die ihm über eine Tänzerinnenagentur vermittelt worden waren. Damit steht nicht nur fest, dass der Kläger selber eine erhebliche Mitverantwortung daran hat, wenn die Mietliegenschaft heute einen zweifelhaften Ruf hat, denn er duldete zunächst die Umfunktionierung der blossen Wohnnutzung durch Tänzerinnen in ein Erotik-Etablissement und schaffte durch die Beherbergung der Tänzerinnen schon zuvor zumindest eine äusserlich wahrnehmbare Nähe des Hauses zum Sex-Gewerbe. Schon wegen seiner Mitverantwortung für das Geschehen im Haus und seiner jahrelangen Untätigkeit bis zur Kündigung kann daher nicht gesagt werden, die Vermietung der Räume im Erdgeschoss als Massagesalon habe ihm die Fortsetzung des Mietvertrages nach Treu und Glauben unzumutbar gemacht. Dies gilt umso mehr, als die umstrittene Nutzung im Zeitpunkt der ausserordentlichen Kündigung vom 22. Juli 2016 schon seit Monaten nicht mehr bestand.

Damit sprechen gleich mehrere Argumente gegen einen wichtigen Grund in Form der Untervermietung als Massagesalon: Der Kläger initiierte diese ursprünglich, indem er vor Mietbeginn eine gleichartige Nutzung zumindest duldete, er intervenierte mindestens zwei Jahre seit eingestandener Kenntnis nicht gegen die fragliche Nutzung und er sprach die Kündigung erst Monate nach Beendigung des Untermietverhältnisses aus. An sich könnte es daher dahingestellt bleiben, aber eine Inhaltsanalyse liefert gewichtige Hinweise dafür, dass der Kläger die Ereignisse heute uminterpretiert: So ist unbestritten, dass er den Vertrag über das Etablissement vor der Übergabe des Mietobjektes kündigte. Dass das Motiv damals aber das heute Angegebene ist, erscheint mehr als zweifelhaft, denn es ist ebenso unbestritten, dass der Kläger auch alle anderen Mietverhältnisse kündigte, um den Beklagten den Betrieb des Apartment- und Geschäftshauses zu ermöglichen und bei der Untervermietung freie Hand zu lassen. Der Mietvertrag zwischen den Parteien machte die Kündigung der bestehenden Mietverträge sogar zur Bedingung für den Beginn der (weiteren) Vertragspflichten. Nach eigenen Angaben hat der Kläger sich an der Nutzung der Räume im Erdgeschoss als erotischer Massagesalon denn auch erst gestört, als er sich um seine Kreditwürdig-

keit und damit um den Ruf der Liegenschaft zu sorgen begann. Kreditbedarf hatte er nach eigenen Angaben aber nicht schon zur Zeit des Mietbeginns, sondern erst Jahre später, als es unter anderem um die anstehende Dachsanierung ging. Dies bestätigen auch die vom Kläger eingereichten und erst kürzlich erstellten Unterlagen, gemäss welchen Fachleute sich Gedanken zum Wert der Liegenschaft gemacht haben. Auch der Beklagte 1 führte aus, der Kläger habe den Beklagten "irgendwann in den letzten fünf Jahren" die Liegenschaft zum Kauf angeboten, wodurch die Finanzierung zu einem Thema geworden sei.

Soweit der Kläger sodann bezüglich des Rufs des Hauses einwendet, die Beklagten hätten nichts gegen die nach wie vor im Internet zu findenden Hinweise auf die ehemalige Nutzung der fraglichen Räume unternommen, bestritt er zwar die Darstellung der Beklagten, dass sie entsprechende Interventionen unternommen hätten, die aber fruchtlos geblieben seien. Da der Kläger aber für den Ruf der Liegenschaft wegen seiner eigenen Vermietungspraxis und der jahrelangen Duldung derjenigen der Beklagten in erheblicher Weise mitverantwortlich ist, obläge es ihm mindestens so sehr wie den Beklagten, für die Tilgung der Spuren des Erotik-Etablissements besorgt zu sein. Einen wichtigen Kündigungsgrund könnte er aus einer Unterlassung der Beklagten daher so oder anders nicht ableiten. Zudem ist es bekanntermassen nicht einfach, alle Spuren von nicht mehr aktuellen Einträgen aus dem Internet entfernen zu lassen, besonders wenn die Urheber der entsprechenden Informationen nicht zur Kooperation bereit sind.

2.3 Die Frage der Untervermietung eines Teils der Räume für eine sexgewerbliche Nutzung steht in engem Zusammenhang mit dem Vorwurf des Klägers, die Beklagten erzielten aus der Untervermietung einen missbräuchlichen Ertrag. Besonders in Zusammenhang mit dem ehemaligen Etablissement im Erdgeschoss macht der Kläger geltend, er selber habe für die Räume Fr. 2'800.– pro Monat verlangt, die Beklagten dann Fr. 4'000.–.

Zwar ist nach Art. 262 OR die Untervermietung von Gesetzes wegen von der Zustimmung des Hauptvermieters abhängig. Dieser kann seine Einwilligung u.a. verweigern, wenn der Untervermieter aus der Untermiete einen missbräuchlichen Ertrag erzielt (Art. 262 Abs. 2 lit. b OR). Dies schliesst es indessen nicht

aus, dass der Hauptvermieter die Bewilligung voraussetzungslos erteilt. Dies kann auch im Hauptmietvertrag geschehen. Da die Zustimmung keiner bestimmten Form bedarf, ist auch eine stillschweigende Zustimmung oder eine konkludente, d.h. eine solche durch ein Verhalten möglich, aus dem die Zustimmung zu schliessen ist. Im vorliegenden Fall ist die Untervermietung der Appartements oder Geschäftsräume just der Zweck des Hauptmietvertrages. Die entsprechende Vertragsklausel enthält zwar auch die Einschränkung, die Vermietung der Appartements habe "unter Einhaltung der gesetzlichen Vorlagen" zu erfolgen. Explizit wurde das Erfordernis einer Zustimmung des Klägers zur Untervermietung aber nur für den Fall der Vermietung des ganzen Gebäudes vereinbart. Dies schliesst es zwar nicht aus, dass der Kläger soll einschreiten können, falls die Untervermietung tatsächlich zu im Vergleich zum Hauptmietzins missbräuchlichen Bedingungen erfolgt, denn dies gehört letztlich zu den gesetzlichen Vorgaben im weiteren Sinne. Zwischen den Parteien ist jedoch unbestritten, dass nicht für jede Appartement-Vermietung eine Zustimmung eingeholt wurde und dass während all der Jahre der Kläger auch nie darauf bestanden hat, dass ihm die Untermietverträge zur Genehmigung unterbreitet werden. Unter diesen Umständen vermögen die Konditionen der bestehenden Untermietverhältnisse von vornherein keine objektive Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Kläger zu begründen, denn selbst wenn die Konditionen missbräuchlich wären, hätten die Parteien dies durch die Vertragsgestaltung und der Kläger zudem durch sein Verhalten nach dem Vertragsschluss hingenommen.

Der Kläger substantiierte die behauptete Missbräuchlichkeit der Sache nach auch nicht in zureichender Weise. Unbestritten ist der Mietzins von Fr. 12'000.– pro Monat, den die Beklagten dem Kläger laut Vertrag zu entrichten haben. Zumindest nicht substantiiert bestritten sind die Untermieteinnahmen von rund Fr. 20'000.– pro Monat, auch wenn der Kläger vage andeutete, die Einnahmen seien wohl höher. Der Hauptmietzins versteht sich exklusive Nebenkosten. Laut Ziff. 3 der AGB zum Mietvertrag sind nicht nur die Kosten für Heizung und Warmwasser zusätzlich von den Beklagten zu tragen, sondern auch zahlreiche sog. Betriebskosten, von Allgmeinstrom und Wasser über Entsorgung bis zur Hauswartung. Weiter verpflichtet der Mietvertrag die Beklagten auch zur Tragung der

laufenden Unterhaltsarbeiten an den Appartements inkl. der Möblierung, wobei sich die Parteien einig sind, dass davon der strukturelle Unterhalt der Gebäudehülle ausgenommen ist. Bei der Festlegung der Überwälzung von Kostensteigerungen in Art. 13 VMWG legte der Bundesrat seinen Überlegungen das Berechnungsmodell zugrunde, wonach durchschnittlich 70% eines Mietzinses der Fremd- und Eigenkapitalfinanzierung dienen und 30% der Finanzierung des laufenden Unterhalts und des Betriebs der Liegenschaft. Mit der vertraglichen Übernahme des Unterhalts durch die Beklagten repräsentiert der monatliche Nettomietzins nur gerade 70% der gesamten Kosten der Liegenschaft. Rechnet man die zu bezahlenden Fr. 12'000.– auf 100% hoch, müssen die Beklagten bei Anwendung dieses Modells nur schon mit Erträgen von Fr. 17'143.– pro Monat kalkulieren, um überhaupt alle Rechnungen bezahlen zu können. Da die Vermietung von immerhin 23 Appartements einen nicht unbedeutenden Aufwand verursacht, da der Unterhalt der Möblierung zu zusätzlichen Aufwendungen führt und da unbestrittenermassen in den Untermietzinsen auch mietfremde Nebenleistungen wie das Wechseln der Bettwäsche enthalten sind, kann von einer missbräuchlichen Rendite von vornherein nicht die Rede sein. Selbst die vom Kläger kritisierte Erhöhung des Mietzinses für das Erotik-Etablissement im Erdgeschoss nach Übernahme der Liegenschaft durch die Beklagten erweist sich bei näherem Hinsehen als nachvollziehbar. Wie der Beklagte 1 überzeugend ausführte, bestand das Lokal aus vier Zimmern, die neu wie alle ähnlichen im Haus für Fr. 1'000.– pro Raum vermietet wurden. Dies nährt auch die Vermutung des Beklagten 1, bei den früheren Abmachungen zwischen dem Kläger und den Betreiberinnen des Etablissements sei ein Spezialpreis vereinbart gewesen.

2.4 Was den Vorwurf des Klägers betrifft, die Beklagten unterhielten die Liegenschaft mangelhaft und liessen diese zu einem "Gammelhaus" verkommen, sind seine Behauptungen über weite Strecken unsubstantiiert oder fallen auf ihn selber zurück. Es genügt keineswegs für eine gehörige Substantiierung, dass der Kläger geltend machen lässt, die Liegenschaft sei "einfach nicht gut unterhalten", die Beklagten wüssten "ganz genau, worum es geht" oder alle wüssten doch, was unter ordnungsgemäsem Unterhalt einer Liegenschaft zu verstehen sei, wie er auf den gerichtlichen Substantiierungshinweis hin ausführen liess. Der Mangel lässt sich

auch nicht durch Durchführung eines Augenscheins oder Anhörung von Zeugen beheben, wie der Kläger dies anstrebt. Bevor das Gericht Beweise abnimmt, bedarf es substantiierter Behauptungen. Auch unter der Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime hat sich das Gericht trotz verstärkter Fragepflicht (Art. 56 und Art. 247 Abs. 1 und 2 ZPO) insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien zurückzuhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; bestätigt in BGer 4A_46/2016 v. 20.6.2016 E. 7.1.2). Damit ist es nicht vereinbar, Beweise zu erheben, die einer Partei die gehörigen Behauptungen erst ermöglichen sollen ("fishing expedition"). Es liegt entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht an den Beklagten zu belegen, welche Unterhaltsaufwendungen sie getätigt haben.

Das Gericht hat dennoch den Beklagten 1 gestützt auf Art. 56 und 247 ZPO mit den wenigen konkreten Kritikpunkten sowie mit den Bildern konfrontiert, anhand derer der Kläger angebliche Mängel aufzuzeigen versuchte. Den Zustand der Liegenschaft bei der Übernahme im Jahre 2008 bezeichnete der Beklagte 1 als desolat. Die Zimmertüren seien so verzogen gewesen, dass man aus dem Flur in die Zimmer habe sehen können. Die Elektroinstallationen hätten aus den 20er oder 30er Jahren des letzten Jahrhunderts gestammt. Die Bau- und die Feuerpolizei hätten darauf bestanden, dass sie saniert würden, ebenso der Heizkessel, denn die Abgaswerte hätten den Normen nicht mehr genügt. Diese Arbeiten seien von den Beklagten finanziert worden; das EWZ habe nur die Zähler bezahlt. Was die Schliessung der neuen Türen angehe, stimme es zwar, dass man die Schnapper der Zimmertüren mit einer Kreditkarte öffnen könne, allerdings nur, wenn der Bewohner nicht zusätzlich den Schlüssel gedreht habe. Die Rede sei zudem von den Zimmertüren. Auf jedem Stockwerk gebe es daneben eine Haustüre, die man ohnehin nicht so leicht öffnen könne. Kein Untermieter habe sich je über die Anlage beschwert. Was die Kontrollen in der Liegenschaft angehe, beschäftigten die Beklagten einen Hauswart, der auch die anfallenden Arbeiten erledige. Der Beklagte 1 sei ca. einmal pro Monat vor Ort, bei Umbauten oder Umzügen auch öfter. Gefragt nach bestehenden Mängeln sprach der Beklagte 1 die Duschen an, von denen eine auch auf einem vom Kläger eingereichten Bild zu sehen sei. Vor der (vor)letzten Schlichtungsverhandlung hätten die Beklagten die Sanierung geplant gehabt, dann aber die schon bestellten Arbeiten nach der neu-

erlichen Kündigung zurückgestellt, weil sie Angst gehabt hätten, das investierte Geld gehe ihnen verloren. Während des vorliegenden Verfahrens habe der Kläger selber gesagt, er wolle keine Sanierung, dies sei uninteressant mit Blick auf seine eigenen Pläne mit der Liegenschaft. Der Auftrag zur Sanierung der vier (Etagen-) Duschen sei schon vergeben gewesen an eine Firma P. aus dem Tessin.

Auf Vorhalt des Fotos eines Fensterrahmens konnte der Beklagte 1 dieses nicht einem bestimmten Raum zuordnen oder erklären, was damit gezeigt werden solle. Feuchtigkeit habe es im Haus immer wieder gegeben, weil die Duschen Wasser verlören und auch das Dach undicht gewesen sei. Urk. 36/11/3+11 zeige die Gartenwohnung. Dort habe man Probleme mit Wasser und Schimmelbildung. Die Wohnung sei schon zweimal renoviert worden und feucht wegen des undichten Daches; das Wasser sei von der Untersicht direkt in die Wohnung geflossen. Dies habe auch zu einer Mietzinsreduktion für den betroffenen Untermieter geführt. Die Beklagten hätten im Garten eine neue Drainage gemacht. Das habe aber nichts genützt, solange es in die Wohnung geregnet habe. Gleiches gelte für die Toilette der fraglichen Wohnung.

Auf Vorhalt des Fotos einer Tür meinte der Beklagte 1, die Feuerwehr habe diese bei der Bekämpfung eines Brandes eingeschlagen. Die Tür sei inzwischen repariert worden. Urk. 36/11/6 zeige eine Umzugssituation. Die Beklagten bestellten einmal pro Monat einen Lieferwagen zur Entsorgung. Urk. 36/11/12 zeige das Entlüftungsrohr für die Toilettenkanalisation im 4. Stock. Weil das Rohr auf dem Dach nicht abgedeckt gewesen sei, habe Wasser eindringen können, und das Rohr sei durchgerostet.

Es stimme auch nicht, dass die Beklagten eine Besichtigung der Liegenschaft verweigert hätten. Im Zuge der Verkaufsabsichten des Klägers habe der Beklagte 1 bestimmt 50 Personen die Liegenschaft gezeigt bei wöchentlichen Terminen. Das sei eine riesige Arbeit gewesen, denn viele der Untermieter hätten Probleme, so dass der Beklagte 1 ihnen habe erklären müssen, dass wieder jemand komme für eine Besichtigung. Richtig sei, dass die Beklagten dem Kläger selber keinen unangemeldeten Zutritt gewährt hätten, denn jedes Mal, wenn er gekommen sei, habe er mit den Mietern gestritten und Probleme verursacht. Ge-

gen eine Besichtigung mit Voranmeldung und in Begleitung sei aber nichts einzuwenden. Der Beklagte 1 habe noch nie einen Termin verpasst.

Diesen ausführlichen Erläuterungen hatte der Kläger nichts entgegen zu setzen. Im zweiten Parteivortrag liess er sie nicht bestreiten. Sie sind daher nicht nur stimmig und plausibel, sondern haben als anerkannt zu gelten. Ein wichtiger Kündigungsgrund lässt sich daraus jedenfalls nicht ableiten. Bezüglich der Gartenwohnung beruft sich der Kläger letztlich auf eigenes Verschulden, wenn die Ursache für Feuchtigkeit und Schimmel der von ihm versäumte Unterhalt des Dachs ist. Weshalb es den Beklagten zum Vorwurf gereichen soll, dass die Feuerwehr zur Bekämpfung eines Brands eine Zimmertür einschlagen musste, hat der Kläger nicht erläutert. Auch wenn die Beklagten für ein allfälliges Verschulden ihrer Untermieter verantwortlich gemacht werden können (Art. 262 Abs. 3 OR), könnte selbst ein von einem Untermieter schuldhaft verursachtes Feuer nicht ohne weiteres einen wichtigen Kündigungsgrund bilden, denn für gewöhnlich sind potentielle Brandverursacher nicht leicht zu erkennen und bei der Vermietung an sozial Schwache – die hier den Vertragszweck [des Hauptvertrages] bildete – besteht wohl generell ein erhöhtes Risiko für solche Schäden.

Soweit der Kläger einwandte, die Vermietung an sozial Benachteiligte und Asylsuchende schaffe besondere Probleme, die die Einrichtung eines Sicherheitsdienstes oder den Beizug von Sozialarbeitenden erforderlich mache, kann ihm nicht gefolgt werden. Er war denn auf entsprechende Frage auch nicht in der Lage, auch nur einen einzigen Untermieter zu bezeichnen, der konkret Probleme gemacht hätte. Die Beschäftigung eines zuverlässigen Hauswarts genügt im Übrigen zusammen mit den persönlichen Kontrollen durch den Beklagten 1 den vertraglichen Schutzpflichten der Beklagten durchaus. Dass sie solidarisch haften, bedeutet im Übrigen entgegen der Ansicht des Klägers nicht, dass sie wie Beauftragte oder Arbeitnehmer ihre Vertragspflichten persönlich zu erfüllen hätten, denn die Leistung des Mieters ist gerade nicht persönlichkeitsbezogen im Sinne von Art. 68 OR. Aus dem Umstand, dass der Beklagte 2 sich nicht auch persönlich um Betrieb und Untervermietung der Zimmer kümmert, vermag der Kläger daher nichts abzuleiten.

Dass die Beklagten eingestandenermassen die Sanierung der Duschen aufgeschoben haben, kann ihnen mit Blick auf die Unsicherheiten in Zusammenhang mit der nun schon dritten ausserordentlichen Kündigung durch den Kläger innert drei Jahren nicht zum Vorwurf gemacht werden, denn trotz der grundsätzlichen Entschädigungsansprüche bei einer vorzeitigen Beendigung der Miete für nicht amortisierte Unterhaltsarbeiten, die den Beklagten im Vertrag in Abweichung von der teilzwingenden gesetzlichen Regelung zugeschoben wurden, entstand durch jede dieser Kündigungen doch eine Unsicherheit, die nicht die Beklagten zu vertreten haben. Der Kläger hat es in der Hand, durch Aufgabe seiner obstruktiven Haltung die Renovation der Duschen zu ermöglichen. Selbst wenn man das Verhalten der Beklagten in diesem Punkt als Vertragsverletzung werten wollte, rechtfertigte dies keinesfalls eine Kündigung aus wichtigem Grund, schon gar nicht eine solche ohne vorgängige Abmahnung.

2.5 Zusammenfassend liegt offensichtlich kein wichtiger Kündigungsgrund im Sinne von Art. 266g OR vor, schon gar kein besonders schwerwiegender, der wegen der fehlenden vorausgegangenen Abmahnung für eine gültige Kündigung erforderlich wäre. Auch die Voraussetzungen für eine Kündigung nach Art. 257f OR oder eine solche analog zu den Verzugsregeln sind nicht erfüllt. Damit ist die Klage abzuweisen.

(...)"

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2017, 27. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident