

## **ZMP 2018 Nr. 1**

### **Art. 257d OR; Art. 271 OR; Art. 120 OR. Verrechnung nach Ansetzung einer Nachfrist. Anfechtbarkeit einer Zahlungsverzugskündigung.**

*Eine gültige Verrechnung nach Androhung einer Zahlungsverzugskündigung setzt die Fälligkeit der Gegenforderung des Mieters voraus. Diese fehlt, wenn die Parteien einen vertraglich vereinbarten Beitrag des Vermieters an Ausbaurkosten des Mieters von der Vorlage einer Abrechnung und entsprechender Belege abhängig gemacht haben und der Mieter dieser Obliegenheit nicht bis zur Verrechnungserklärung nachgekommen ist (E. IV.1.2).*

*Im (vereinfachten) Kündigungsschutzverfahren kann der Vermieter Widerklage auf Ausweisung erheben, denn eine solche bildet nur das Spiegelbild der Hauptklage und betrifft daher ebenfalls das Thema Kündigungsschutz (E. II.2).*

*Die vorvertragliche Pflicht, sich bei Verhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten, gilt erst recht, wenn die Parteien miteinander schon vertraglich verbunden sind. Vereinbaren die Parteien eine Besprechung, an welcher insbesondere (Gegen-)Forderungen des Mieters in Zusammenhang mit einer angedrohten Zahlungsverzugskündigung Thema sein sollen, und kann diese Besprechung erst einige Tage nach Ablauf der 30-tägigen Nachfrist stattfinden, so muss der Vermieter darauf hinweisen, dass er ungeachtet des Termins sofort nach Fristablauf die Kündigung aussprechen wird, wenn die Mietzinsrückstände nicht beglichen werden. Andernfalls verstösst die Kündigung gegen Treu und Glauben (E. IV.2).*

Aus dem Urteil des Mietgerichts MB170006-L vom 13. Februar 2018 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Grieder-Martens, Leiser; Gerichtsschreiberin Ursprung):

### **"I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

#### **1. Sachverhalt**

Mit Vertrag vom 23. Juni bzw. 5. August 2016 vermietete die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend Beklagte) dem Kläger und Widerbeklagten (nachfolgend Kläger) Büroraum von rund 122 m<sup>2</sup> im 4. OG der Liegenschaft Y.-strasse ... in

Zürich. Der Mietzins betrug Fr. 13'399.95 pro Quartal. Der Vertrag wurde mit einer festen Dauer für die Zeit vom 16. August 2016 bis zum 31. August 2026 geschlossen, wobei dem Kläger zwei Verlängerungsoptionen von je fünf Jahren eingeräumt wurden. Trotz der Bezeichnung als Büroraum war die Benützung der Räume als Arztpraxis vorgesehen. Zu diesem Zwecke wurde dem Kläger die Anpassung der Räume gestattet. In Ziff. 25.2 des Mietvertrages vereinbarten die Parteien eine Kostenbeteiligung der Beklagten von Fr. 20'000.–, sofern der Kläger Arbeiten im Wert von mindestens Fr. 40'000.– vornehmen lasse. Unbestrittenermassen bezahlte der Kläger bis zur Vertragsunterzeichnung das vereinbarte Mietdepot von Fr. 27'000.– sowie einen halben Quartalsmietzins in Höhe von Fr. 6'700.–. In Zusammenhang mit den Verzögerungen durch die vom Kläger vorzunehmenden baulichen Anpassungen vereinbarten die Parteien in Ziff. 25.1 des Vertrages eine mietzinsfreie Zeit vom 16. August bis 15. September 2016, mithin in Höhe einer Monatsmiete von Fr. 4'066.65. Mit Nachtrag vom 22. September 2016 vermietete die Beklagte dem Kläger sodann auf den 1. Oktober 2016 hin zusätzlich einen Lagerraum im UG der gleichen Liegenschaft zu einem Mietzins von Fr. 410.– pro Monat.

Nachdem der Kläger zwischen Anfang August und Anfang September 2016 Bauarbeiten am Mietobjekt hatte ausführen lassen, teilte er der Liegenschaftsverwaltung der Beklagten mit, die investierte Summe übersteige den Betrag von Fr. 40'000.– um ein Vielfaches. Auf Verlangen der Verwaltung stellte er dieser sodann per E-Mail eine von beiden Parteien als rudimentär bezeichnete Aufstellung vom 6. September 2016 über die entsprechenden Kosten zu und verlangte die Zahlung der vereinbarten Kostenbeteiligung der Vermieterin. Die Verwaltung bestand in der Folge auf der Vorlage einer Endabrechnung und der entsprechenden Handwerkerrechnungen. Darauf bezahlte der Kläger die Miete für das vierte Quartal 2016 nicht. Mit Schreiben vom 2. November 2016 mahnte die Beklagte einen Ausstand von Fr. 10'563.30 und drohte dem Kläger für den Fall, dass der gemahnte Betrag nicht innert 30 Tagen beglichen werde, die Kündigung gestützt auf Art. 257d OR an. Der Kläger nahm den Brief am folgenden Tag entgegen. In der Folge fanden mehrere Kontakte zwischen ihm und der zuständigen Liegenschaftsverwalterin sowie dreien ihrer Vorgesetzten statt. U.a. versuchten die Be-

teiligten einen Besprechungstermin zu vereinbaren. Die Parteien verabredeten schliesslich auf den 7. Dezember 2016 ein Treffen im Mietobjekt. Am 5. Dezember 2016 kündigte die Verwaltung das Mietverhältnis per 31. Januar 2017 wegen Zahlungsverzugs. Die Kündigung wurde vom Kläger am 6. Dezember 2016 in Empfang genommen. Die Besprechung am folgenden Tag fand wie vereinbart statt; anwesend waren der Kläger sowie A.A. und B.B. von der Liegenschaftsverwaltung der Beklagten. Dabei beanstandete der Kläger einige Unzulänglichkeiten des Mietobjekts. Die Verwaltung kam den Wünschen des Klägers in der Folge entgegen und veranlasste u.a. Änderungen an der Schliessanlage des Hauseingangs, die Anbringung eines Handlaufs im Treppenhaus der Mietliegenschaft sowie die Ausgleichung eines Niveau-Unterschieds bei einem Lifteingang. Unbestrittenermassen erkundigte sich der Kläger bei der Besprechung vom 7. Dezember 2016 nach einer Möglichkeit, das Mietverhältnis weiterzuführen. A.A. und B.B. äusserten ihre Bereitschaft, mit den Funktionären der Beklagten über die allfällige Möglichkeit einer Fortsetzung zu sprechen, falls der Mietzinsausstand umgehend beglichen werde. Mit Valutadatum vom 12. Dezember 2016 bezahlte der Kläger darauf den Ausstand. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 hielt die Verwaltung [nach Rücksprache mit der Beklagten] an der Kündigung fest.

Nachdem der Kläger das Mietobjekt am 31. Januar 2017 nicht zurückgegeben hatte, versuchte die Beklagte dessen Ausweisung in einem Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen im Sinne von Art. 257 ZPO zu erreichen. Das Einzelgericht Audienz [BGZ, Urteil ER170017-L v. 29.3.2017] und das Obergericht des Kantons Zürich [OG ZH, Urteil LF170028-O v. 26.6.2017] traten mit Entschieden vom 29. März und 26. Juni 2017 auf das Gesuch jedoch mangels liquider Verhältnisse nicht ein.

(...)

### III. Prozessuales

(...)

#### 2. Zulässigkeit der Widerklage

Wie die Beklagte zu recht und unbestritten ausführte, erweist sich die Widerklage als zulässig, denn das Ausweisungsbegehren ist letztlich nur das Spiegelbild des Antrags auf Abweisung der Hauptklage. Es gehört deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kündigungsschutz im weit zu verstehenden Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, so dass für Haupt- und Widerklage die in Art. 224 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 und 243 ff. ZPO geforderte gleiche Verfahrensart gegeben ist (vgl. BGE 142 III 402 E. 2.5.4; BGE 142 III 278 E. 3 und 4; BGE 132 III 65 E. 3; BGE 139 III 457 E. 5.3; BGE 142 III 515 E. 2.2.4; BGE 142 III 690 E. 3.2; vgl. demgegenüber BGer 4A\_87/2012 v. 10.4.2012 E. 3.2.3, wo die hier interessierende Frage offen gelassen wurde).

(...)

### IV. Erwägungen

#### 1. Kündigung wegen Zahlungsrückstands (Art. 257d OR)

1.1. Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzins oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Sinn der Ansetzung einer Zahlungsfrist ist es namentlich, dem Mieter genügend Zeit einzuräumen, um die Mittel zur Tilgung der Ausstände zu beschaffen und ihm damit eine letzte Gelegenheit zu geben, den schwerwiegenden Folgen einer ausserordentlichen Kündigung zu entgehen (BGer, Urteile 4A\_585/2010 v. 2. Februar 2011 E. 2.1, 4A\_107/2010 v. 3. Mai 2010 E. 2.4 sowie 4A\_44/2017 v. 21. März 2017 E. 3.3). Ihre Warnfunktion kann die Fristansetzung nur erfüllen, wenn sie klar und deutlich abgefasst ist. Dies setzt zum einen voraus, dass der Zahlungsrückstand entweder

ziffernmässig bezeichnet wird oder zumindest einwandfrei bestimmbar ist (BGer, Urteile 4A\_306/2015 v. 14. Oktober 2015 E. 2, 4A\_585/2010 v. 2. Februar 2011 E. 2.1 und 4C.123/2000 v. 14. Juni 2000 E. 3b). Zum andern muss die Zahlungsaufforderung eine ausdrückliche Kündigungsandrohung enthalten; diese muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass sich der Vermieter bei ausgebliebener Zahlung innert Frist die Kündigung des Mietverhältnisses vorbehält (BGer, Urteile 4A\_541/2015 v. 20. Mai 2016 E. 4.2 und 4A\_44/2017 v. 21. März 2017 E. 3.3).

Bezahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen.

Art. 257d OR enthält keine Definition des Zahlungsrückstandes. Es handelt sich dabei um das Ausbleiben der Mietzinsleistung am Fälligkeitstag (ZK-HIGI, Art. 257d OR N 7 m.w.H.). Eine Zahlungsverzugskündigung setzt nicht voraus, dass die Mietzins- oder Nebenkostenforderung unbestritten ist oder gerichtlich festgestellt wurde, sondern lediglich, dass sie fällig ist (BGE 140 III 591 E. 3.2.).

Einer Zahlung innert der Nachfrist ist eine rechtzeitige Verrechnung der Mietzinsschuld mit einer Gegenforderung gleichgestellt. Der Mieter trägt allerdings das Risiko der Wirksamkeit der Verrechnung in Höhe der zu tilgenden Mietzinsschuld. Eine gültige Verrechnung setzt neben einer entsprechenden Erklärung des Hauptschuldners (Art. 124 Abs. 1 OR) gemäss Art. 120 Abs. 1 OR gegenseitige gleichartige Forderungen zwischen Gläubiger und Schuldner der Hauptforderung voraus. Das Gesetz verlangt dem Wortlaut nach Fälligkeit beider Forderungen. Die verrechnende Partei kann ihre fällige Gegenforderung nach der Lehre allerdings auch dann zur Verrechnung bringen, wenn die Hauptforderung des Verrechnungsgegners zwar noch nicht fällig, aber doch bereits erfüllbar ist, denn der Verrechnende kann die bereits erfüllbare Hauptschuld auf jede ihm genehme Weise schon vor Fälligkeit tilgen (statt vieler BUCHER, OR Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, S. 437 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 3227; missverständlich BSK OR I-LEU, Art. 120 N 4). Auch eine bestrittene Gegenforderung

kann nach Art. 120 Abs. 2 OR zur Verrechnung gebracht werden. Im Kontext einer Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR trägt diesfalls allerdings grundsätzlich der Mieter das Risiko dafür, dass seine Gegenforderung auch tatsächlich besteht.

1.2. Dass der Kläger zur Zeit der Mahnung vom 2. November 2016 mit Mietzinsen in Höhe von total Fr. 10'563.30 in Verzug war, ist zwischen den Parteien nicht streitig. Soweit der Kläger den Wortlaut der Mahnung für zu wenig unmissverständlich hält, kann ihm nicht gefolgt werden. Dass die Beklagte ihm mitgeteilt hat, nach unbenütztem Ablauf der Frist *könne* eine Kündigung erfolgen, und nicht, eine solche *werde* erfolgen, entspricht der Rechtslage und tut der Deutlichkeit der Warnung auch aus Laiensicht keinen Abbruch.

Nicht zu folgen ist auch der Kritik des Klägers, wonach die Kündigung verfrüht ausgesprochen worden sei. Richtig ist zwar, dass ob des Zugangs der Mahnung beim Kläger am 3. November 2016 das Ende der Nachfrist auf den Montag, 5. Dezember 2016 zu liegen kam, so dass die Beklagte die Kündigung bereits am letzten Tag der Frist zur Post gab. Und gewiss hat schon das Obergericht darauf hingewiesen, die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzustellende Tendenz, auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen (BGer, Urteile 4C.96/2006 v. 4. Juli 2006 E. 2.2 und 4A\_585/2010 v. 2. Februar 2011 E. 3.5), vermöge dogmatisch womöglich nicht ganz zu überzeugen (OG ZH, Urteil LF170028-O v. 26.6.2017, S. 7, m. Hinw. auf ZK-HIGI, Art. 257d OR N 47, der ausführt, die Berechtigung des Vermieters zur Kündigung entstehe erst mit Ablauf der Nachfrist; vgl. auch BSK OR I-WEBER, Art. 257d N 6, der Fälle im Visier hat, wo es zwischen Versand und Zugang der Kündigung ausnahmsweise einmal länger dauert). Dennoch werden mit dieser Auslegung des Gesetzes zumindest keine schützenswerten Interessen des Mieters verletzt, denn falls dieser den Ausstand noch vor Fristablauf bezahlt, ist die zuvor ausgesprochene Kündigung des Vermieters jedenfalls nichtig. So oder anders stehen dem Mieter ganz im Sinne des Gesetzeszweckes daher die ganzen 30 Tage zur Verfügung, um den ausstehenden Betrag zu beschaffen. Anders als bei einer Kündigung, die dem Mieter während laufender Nachfrist zugeht und die lediglich auf einen Termin ausge-

sprochen wird, auf welchen auch eine korrekte Kündigung hätte erklärt werden können (dazu BGE 119 II 147 E. 3c), besteht hier nicht die Gefahr, dass der Mieter, entmutigt durch die Kündigung, seine Zahlungsbemühungen vorzeitig einstellt. Die vorliegende Kündigung ging dem Kläger unbestrittenermassen am 6. Dezember 2016 und damit nach Ablauf der Nachfrist zu und ist unter dem Aspekt der Fristwahrung daher als gültig zu erachten.

Nicht zu hören ist auch die Verrechnungseinrede des Klägers. Es kann offen bleiben, ob er tatsächlich bei einem der Telefonate im November 2016 den Funktioniären der Verwaltung der Beklagten zu erkennen gegeben hat, dass er von seinem Verrechnungsrecht Gebrauch machen wolle (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO). Zwar ist dem Obergericht darin beizupflichten, dass die in Ziff. 25.2 vorgesehene Bauabrechnung sowie die Vorlage von Belegen dazu nach Treu und Glauben nicht als Bedingung für die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung eines Baukostenbeitrags verstanden werden kann, sondern nur als Zahlungsmodalität. (Die Beklagte lässt dazu vortragen, die Konstruktion als Bedingung habe dem tatsächlichen Parteiwillen entsprochen. Sie führt aber nicht aus, aus welchen konkreten Äusserungen der Parteien auf einen solchen übereinstimmenden Willen geschlossen werden könnte. Dies wäre aber Voraussetzung dafür, um Beweis über einen solchen Willen erheben zu können (vgl. dazu BGer 4A\_131/2017 v. 21. September 2017 E. 4.3.1-2 [unpubl. Teil von BGE 143 III 558]; OG ZH, Urteil LB120044-O v. 21.3.2013, E. 3.3.2).) Auch als blosser Zahlungsmodalität beschlägt Ziff. 25.2 des Mietvertrages aber die Fälligkeit der vom Kläger ins Spiel gebrachten Verrechnungsforderung, denn diese tritt erst 60 Tage nach Vorlage der Abrechnung und der Belege über die Bauarbeiten ein ("Die Zahlung erfolgt innert 60 Tagen seit Vorlage der einseitig bezahlten Rechnungen."). Wie gezeigt, genügt nur bezüglich der Hauptforderung (hier also bezüglich des längst fälligen Mietzinses) die blosser Erfüllbarkeit für eine gültige Verrechnung, während die Verrechnungsforderung fällig sein muss. Da der Kläger bis heute der Beklagten keine Belege über die Forderungen der von ihm beauftragten Handwerker vorgelegt hat – vielmehr hat er selbst an der Hauptverhandlung die Einreichung der Unterlagen nur offeriert – war seine Beteiligungsforderung im Zeitpunkt einer allfälligen Verrechnungserklärung während der 30-tägigen Nachfrist jedenfalls nicht

fällig, so dass die Beklagte sie sich damals nicht entgegenhalten lassen musste. Auf dem Vereinbarten zu bestehen, war entgegen dem entsprechenden Einwand des Klägers auch nicht rechtsmissbräuchlich, sondern im Gegenteil nachvollziehbar.

Zusammenfassend leidet die Zahlungsverzugskündigung vom 5. Dezember 2016 folglich nicht an einem Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsgrund.

## 2. *Missbräuchlichkeit der Kündigung*

2.1. Nach Art. 271 Abs. 1 OR ist die Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Allgemein gilt eine Kündigung als treuwidrig, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse und damit aus reiner Schikane erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen. Die typischen Fälle des Rechtsmissbrauchs (fehlendes Interesse an der Rechtsausübung, zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts, schonungslose Rechtsausübung/krasses Interessenmissverhältnis, widersprüchliches Verhalten) können auch zur Ungültigkeit von Kündigungen wegen Zahlungsverzugs führen, wobei es hier ausserordentlicher Umstände bedarf, damit eine solche Kündigung für ungültig erklärt wird (BGer, Urteil 4A\_195/2011 v. 16. Juni 2011 E. 4).

Es ist allgemein anerkannt, dass sich die Parteien im Rahmen der Verhandlungen zu einem Vertragsabschluss nach Treu und Glauben verhalten müssen. Dies umfasst insbesondere die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln, deren Verletzung im Vorfeld eines Vertrages eine Schadenersatzpflicht nach sich ziehen kann (sog. culpa in contrahendo; vgl. dazu BGer, Urteil 4C.320/2002 v. 3. Februar 2003 E. 3.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 963 ff.; BSK OR I- ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Einl. vor Art. 1 ff., N 96). Die Verhandlungspartner sollen gegenseitig auf die Richtigkeit, die Ernsthaftigkeit und die Vollständigkeit ihrer Erklärungen vertrauen dürfen. Sie schulden einander nach Massgabe von Treu und Glauben Schutz und Aufklärung (BGE 120 II 331 E. 5a). Wie weit diese Schutz- und Aufklärungspflichten reichen, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt



von den Umständen des einzelnen Falles ab (BGE 120 II 331 E. 5a; BGE 105 II 75 E. 2a). Das Vertragsverhandlungsverhältnis verpflichtet die Parteien zwar nicht dazu, einen Vertrag abzuschliessen. Nicht treuwidrig handelt deshalb jene Partei, die sich dazu entschliesst, die Vertragsverhandlungen abubrechen. Sie hat darüber grundsätzlich auch nicht Rechenschaft zu geben (BGE 105 II 75 E. 2a). Eine Haftung aus culpa in contrahendo kommt in einem solchen Fall selbst dann nicht zum Zug, wenn die Parteien vorgängig zeitaufwendige Verhandlungen unterhielten oder Investitionen im Vertrauen in den Vertragsabschluss tätigten. Grundsätzlich hat jede Partei das Risiko für vergeblich aufgebrauchte Zeit und nutzlosen Aufwand selbst zu tragen (SJ 2002 I 164 ff., S. 168 = BGer, Urteil 4C.152/2001 v. 29. Oktober 2001). Ein Verstoss gegen Treu und Glauben kann aber darin liegen, dass eine Partei den Verhandlungspartner über ihren fehlenden Vertragsabschlusswillen nicht aufklärt und den Partner im falschen Glauben lässt, dass es zu einem Vertragsabschluss kommen werde (SJ 2002 I 168). Auch hinhaltendes Verhandeln verstösst gegen Treu und Glauben. Treuwidrig ist nicht nur die absichtliche Verletzung der genannten Pflichten; vielmehr genügt schon Fahrlässigkeit, um das erforderliche Verschulden zu begründen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 968).

Besteht bereits ein Vertragsverhältnis und entstehen daraus Differenzen, bestehen die gleichen Pflichten erst recht, wenn sich die Parteien auf Verhandlungen über einen strittigen Punkt verständigen. Dies folgt aus den Schutzpflichten, die das Vertragsrecht beiden Parteien bei der Erfüllung auferlegt. Die Verletzung solcher Nebenpflichten zieht wie bei der culpa in contrahendo zwar grundsätzlich nur eine Schadenersatzpflicht nach sich. Allerdings wurzelt die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln letztlich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (BGer, Urteil 4C.320/2002 v. 3. Februar 2003 E. 3.2, m. Hinw. auf BGE 120 II 331 E. 5a sowie BGE 125 III 86 E. 3c). Wird sie in Zusammenhang mit Verhandlungen zu einem (potentiellen) mietrechtlichen Kündigungsgrund verletzt, so liegt wie bei allen anderen Tatbeständen der vom Bundesgericht unter dem Dach der Vertrauenshaftung zusammengefassten Erscheinungen zugleich ein Verstoss gegen Art. 271 OR vor, denn wie bei der culpa-Haftung ist auch für eine Aufhebung einer Kündigung kein *offensichtlicher* Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB er-

forderlich (zu letzterem Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechts v. 27. März 1985, BBl 1985 I 1458; BGE 136 III 190 E. 2; BGE 120 II 105 E. 3; BGE 120 II 31 E. 4a; BGer, Urteil 4C.267/2002 v. 18. November 2002 E. 2.2; ZK-HIGI, Art. 271 OR N 11).

2.2. Im vorliegenden Fall hat sich die Beklagte mit der Kündigung vom 5. Dezember 2016 tatsächlich treuwidrig verhalten, wie der Kläger dies geltend macht. Nach dem Gesagten ist der Beklagten zwar zuzustimmen, dass sie nach der Mahnung vom 2. November 2016 nicht zu Verhandlungen mit dem Kläger über den Zahlungsrückstand oder die von ihm veranlassten Arbeiten verpflichtet war. Ihr könnte aus einer Weigerung kein Vorwurf gemacht werden, ebenso wenig aus der blossen Ablehnung einer Vereinbarung insbesondere über die Baukosten des Klägers bei oder nach dem Termin vom 7. Dezember 2016. Allerdings liess die Beklagte sich auf den Vorschlag des Klägers zu Verhandlungen explizit ein. Dass es nichts zu verhandeln gegeben habe, wie sie [anlässlich der Hauptverhandlung] geltend machte, trifft offensichtlich nicht zu, und zwar auch nach ihren eigenen Angaben nicht: So bestand die Absicht des Klägers auch nach ihrer Darstellung darin zu zeigen, wie schön die Praxis geworden war. Sie räumt ein, dass A.A. und B.B. als Funktionäre der Verwaltung in der Folge auch mit dem Zweck am Gespräch im Mietobjekt teilnahmen, sich ein Bild von den Arbeiten zu machen, die der Kläger hatte ausführen lassen und von denen seitens der Beklagten oder der Verwaltung vorher niemand genaue Kenntnis hatte. Weiter war der Beklagten bzw. der Verwaltung auch bewusst, dass der Kläger den eigenmächtigen Mietzinsrückbehalt in der Meinung gemacht hatte, ihm stehe gestützt auf Ziff. 25.2 des Mietvertrags ein Anspruch auf Vergütung der Fr. 20'000.– in Zusammenhang mit den Bauarbeiten zu, die Thema der Besprechung sein sollten. Bei der Vereinbarung des Termins und auch im Vorfeld gab die Verwaltung dem Kläger zu verstehen, dass sie an einer einvernehmlichen Lösung interessiert sei. Die Beklagte ist mit dem Argument, die entsprechende Formulierung in der Mahnung vom 2. November 2016 sei standardmässig erfolgt, nicht zu hören: Aus der Sicht eines vernünftigen und redlichen Vertragspartners durfte und musste der Kläger die signalisierte Gesprächsbereitschaft bezüglich des Zahlungsrückstandes und des damit zusammenhängenden vermeintlichen Guthabens aus der Umbaubeteiligung ernst

nehmen, umso mehr als die Verwaltung gar seinem Wunsch nachgegeben hatte, die Besprechung nicht mit der zuständigen Bewirtschafterin C.C., sondern mit deren Teamleiter B.B. und gar dem Leiter der Zürcher Niederlassung der Verwaltung A.A. zu führen. Gerade wenn B.B. und A.A. ob ihrer Funktionen kurz vor Weihnachten 2016 nicht über viele offene Termine verfügten, wie die Beklagte geltend macht, unterstrich gerade die Tatsache, dass sie trotzdem kurzfristig Gespräche zu führen bereit waren, das besondere Gewicht der Besprechung. Indirekt schuf auch der von der Beklagten gemachte Terminvorschlag selbst bei einem vorsichtigen Empfänger den Eindruck, es seien Gespräche zur Lösung aller offenen Fragen geplant und vorher würde insbesondere nicht schon mit einer Zahlungsverzugskündigung ein *fait accompli* geschaffen: Mit dem Hinweis [in einer E-Mail], wegen der grossen vorweihnachtlichen Belastung von B.B. und A.A. könne man "nur noch folgende Terminvorschläge unterbreiten", stellte die Beklagte selber zumindest indirekt einen Bezug zur Nachfrist her, die – wie alle Beteiligten schon wussten – vor den beiden vorgeschlagenen Terminen ablaufen würde. In dieser Situation wäre die Beklagte bzw. die Verwaltung deshalb nach Treu und Glauben gehalten gewesen, bei oder nach der Terminvereinbarung explizit darauf hinzuweisen, die signalisierte Gesprächsbereitschaft ändere nichts daran, dass sie – kurz vor dem Besprechungstermin – eine Zahlungsverzugskündigung auszusprechen gedenke, wenn der Kläger den Mietzinsrückstand nicht innert Frist begleiche. Dass sie dies getan hat, geht aus der Korrespondenz der Parteien nicht hervor. Dass es mündlich geschehen wäre, behauptet die Beklagte nicht. Zwar liess sie die Behauptung des Klägers bestreiten, ihm sei nicht gesagt worden, er müsse den Rückstand unabhängig vom Gesprächstermin begleichen, und sie macht auch geltend, keiner der Funktionäre der Beklagten habe je die angesetzte Nachfrist relativiert, vielmehr hätten alle immer auf der Zahlung der Ausstände bestanden. Sie legte aber nicht dar, wer wann und bei welcher Gelegenheit zwischen der Vereinbarung des Termins und dem Zeitpunkt der Kündigung mit welchen Worten klargestellt haben soll, dass man ungeachtet der Besprechung oder deren Ergebnisses zwei Tage vor derselben eine Kündigung aussprechen werde, wenn keine Zahlung erfolge. Auch wenn die Funktionäre der Verwaltung dem Kläger nicht explizit gesagt haben, "dass er die Miete nicht bezahlen müsse, man sich das anschau und dann entscheide, was gemacht werde" [so

die Behauptung der Beklagten an der Hauptverhandlung], hatten sie beim Kläger durch ihre signalisierte, thematisch nicht beschränkte Gesprächsbereitschaft gerade zu verstehen gegeben, vor dem Gespräch werde der Konflikt nicht auf die Spitze getrieben. Gerade wenn B.B. und A.A. "stets" gesagt haben sollten, "es gehe um einen Augenschein und man wolle sich einen Überblick zu den Mieterausbauten verschaffen", hätten sie dem Kläger mit aller Deutlichkeit zu verstehen gegeben, man gehe auf den Wunsch des Klägers ein, die Ausbauten zu beurteilen und in eine einvernehmliche Lösung einzubeziehen. Dies gilt umso mehr, als Liegenschaftsverwalter für gewöhnlich über einige Erfahrung mit der Bewertung von Bauarbeiten verfügen, was auch einen der Gründe bildet, weshalb die Gesetzgeber von Bund und Kanton Zürich Vertrauen in paritätisch zusammengesetzte Mietbehörden setzen. Dass die Beklagte ohne explizite Warnung im Rahmen der Vereinbarung des Gesprächs zwei Tage vor demselben die Zahlungsverzugskündigung vom 5. Dezember 2016 aussprach, ist mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, denn dies stellte einen Verstoss gegen die Schutzpflichten in Zusammenhang mit Verhandlungen dar und erweist sich mit den Erwägungen der Summarinstanzen im vorliegenden Fall auch im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen zugleich als widersprüchliches Verhalten (OG ZH, Urteil LF170028-O v. 26.6.2017, S. 10 f.; BGer, Urteil 4C.65/2003 v. 23. September 2003 E. 4.2.1). Dass man der Beklagten bzw. der Verwaltung wohl eher keine Hinhaltetaktik unterstellen kann, spielt keine Rolle, denn schon ein fahrlässiges Verhalten ist wie gezeigt als schuldhaft und damit unter dem Aspekt von Treu und Glauben als relevant zu erachten. Abgesehen davon bestehen durchaus Indizien für eine gegenteilige Annahme, denn die Beklagte bzw. die Verwaltung hatte eingestandenermassen seit Oktober 2016 Kenntnis vom Betreibungsregisterauszug des Klägers und damit ein Motiv, die Kündigung zu forcieren. Zudem folgte die Kündigungserklärung am letzten Tag der Nachfrist und damit ausgesprochen eilig. Auffallend ist auch, dass die Beklagte ihrer Darstellung zufolge nichts dabei findet, eine Besprechung zu vereinbaren, wo es doch angeblich nach ihrer heutigen Darstellung nichts zu besprechen gab.

Selbst wenn der Kläger sich bei der Vereinbarung des Gesprächs vorgestellt haben sollte, er müsse die Belege für seine Bautätigkeit dann u.U. nicht mehr bei-

bringen, könnte man dies nicht einfach als naiv abtun. Die Beklagte führte selber aus, B.B. und A.A. hätten sich beim Termin vom 7. Dezember 2016 keineswegs ein Bild von den dem Kläger entstandenen Kosten machen und insbesondere auch nicht abschätzen können, dass sicher mehr als Fr. 100'000.– investiert worden seien. Vor dem Besprechungstermin konnten sie einen anderen Ausgang aber auch nicht ausschliessen, zumal auch nach der Darstellung der Beklagten keiner der Funktionäre der Verwaltung vor dem 7. Dezember 2016 eine Vorstellung von Inhalt und Umfang der Arbeiten hatte, die der Kläger veranlasst haben will. Richtig ist zwar, dass A.A. und B.B. *während und nach* der Besprechung keine Rücknahme der Kündigung bzw. Fortsetzung des Mietverhältnisses zusicherten. Für die Beurteilung der Gültigkeit der Kündigung spielt das nach dem Gesagten aber keine Rolle. Gleiches gilt letztlich auch für die Beseitigung eines wesentlichen Teils der vom Kläger spätestens am 7. Dezember 2016 geltend gemachten Unzulänglichkeiten im Innenhof und im Eingangsbereich der Liegenschaft. Immerhin kann man die in der Folge von der Beklagten getroffenen Massnahmen durchaus als Indiz für ihre bei der Vereinbarung des Termins sehr wohl vorhandene und auch signalisierte Bereitschaft deuten, mit dem Kläger bei der Besprechung Lösungen für alle offenen Fragen zu suchen.

2.3. Damit bleibt zu prüfen, ob der Kläger sich selber nach Treu und Glauben verhält, wenn er der Beklagten eine Treuwidrigkeit vorwirft. In keinem Zusammenhang zur Mahnung und Zahlungsverzugskündigung steht, dass der Kläger entgegen den Versprechungen im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss des Mietvertrages keinen Betreibungsregisterauszug beigebracht hat. Zudem wäre der Auszug zwar für die Abschlussbereitschaft der Beklagten wohl von zentraler Bedeutung gewesen. Primär hat es sich die Beklagte aber selber zuzuschreiben, wenn sie vor der Unterzeichnung des Mietvertrags mit Rücksicht auf die Eigenschaft des Klägers als Schweizer Arzt mit langjähriger Praxiserfahrung auf ihr standardisiertes Vorgehen verzichtet und den Vertrag im Wissen darum geschlossen hat, dass ihr die genannte Information fehlte.

Der Kläger muss sich auch nicht vorwerfen lassen, er sei selber nicht zu ernsthaften Verhandlungen bereit gewesen. Zwar trifft es zu, dass er sich nicht die Mühe

gemacht hat, die Belege zu den von ihm behaupteten Arbeiten für die Besprechung vom 7. Dezember 2016 zusammenzustellen, ja dass er nicht einmal bis zur Hauptverhandlung im vorliegenden Verfahren in der Lage gewesen zu sein scheint, die Belege zusammenzutragen und einzureichen. Als ihm jedoch bei der Besprechung vom 7. Dezember 2016 klar wurde, dass die Verwaltung sich bezüglich der Höhe seiner Investitionen nicht mit einem blossen Augenschein zufrieden geben würde, bezahlte er die ausstehenden Mietzinse unbestrittenermassen am 12. Dezember 2016. Die Beklagte macht zwar in Zusammenhang mit der damals von A.A. und B.B. in Aussicht gestellten Prüfung, ob ein neues Mietverhältnis geschlossen werden könnte, geltend, der Kläger habe nicht umgehend bezahlt, sondern erst eine Woche später. Zwischen dem Termin und der Buchung des Betrages liegen aber nur fünf Kalendertage. Da die Besprechung an einem Mittwoch stattfand und der ausstehende Betrag der Beklagten am darauf folgenden Montag gutgeschrieben wurde, kann man ohne weiteres von einer umgehenden Bezahlung des Ausstands im Anschluss an den Termin sprechen, denn bei der Erfassung des Zahlungsauftrages war es dem Kläger nicht möglich, das Valutadatum auf ein Wochenende zu setzen. Die Reaktion des Klägers auf die Kündigung zeigt zugleich, dass er eine entsprechende Warnung bei der Vereinbarung des Termins vom 7. Dezember 2016 bestimmt nicht einfach ignoriert hätte.

Dass sich die finanziellen Schwierigkeiten des Klägers seit Einleitung des vorliegenden Verfahrens möglicherweise vergrössert haben, wie dies der neuste Betriebsregisterauszug nahelegt, kann für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens keine Rolle spielen, denn hier geht es nur um die Gültigkeit der Kündigung vom 5. Dezember 2016. Abgesehen davon scheint der Kläger in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle die betriebenen Forderungen beglichen zu haben, auch wenn gerade einige der Betreibungen über sehr hohe Beträge nur durch Rechtsvorschlag gehemmt sind. Sollte es zu einem weiteren Zahlungsverzug kommen, kann die Beklagte überdies ohne weiteres wiederum nach Art. 257d OR vorgehen.

2.4. Zusammenfassend ist die Zahlungsverzugskündigung vom 5. Dezember 2016 per 31. Januar 2017 für ungültig zu erklären.

3. Da der Mietvertrag vom 23. Juni bzw. 5. August 2016 zwischen den Parteien infolge der ungültigen Zahlungsverzugskündigung vom 5. Dezember 2016 nach wie vor besteht, ist die Widerklage auf Ausweisung des Klägers abzuweisen.

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2018, 28. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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