

## **ZMP 2024 Nr. 6**

**Art. 271 Abs. 1 OR, Art. 2 Abs. 2 ZGB. Festhalten an einer Sanierungskündigung trotz hinreichender Auszugsgarantie ist nicht mit Treu und Glauben zu vereinbaren.**

*Das Festhalten an einer Sanierungskündigung der Vermieterin trotz entsprechender Auszugsgarantie des Mieters kann eine nutzlose Rechtsausübung darstellen, die nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben zu vereinbaren ist und somit zur Aufhebung der Kündigung führt. Die Garantie muss in Form einer verbindlichen und vorbehaltlosen Zusage des Mieters ergehen, gemäss welcher er für die Dauer der Sanierungsarbeiten das Mietobjekt freigibt und auf weitere Ansprüche verzichtet. Sie muss inhaltlich genügend bestimmt und ernsthaft formuliert sein. Mit dem Vorliegen einer hinreichenden Auszugsgarantie wird das Interesse der Vermieterschaft an der Auflösung des Mietverhältnisses hinfällig. Die Auszugsgarantie kann auch nach dem Aussprechen der Sanierungskündigung abgegeben werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Mieter dazu zuvor keine Möglichkeit hatte. Eine Garantie ist nur beachtlich, wenn die Kündigung fristgerecht angefochten wurde.*

Aus dem Urteil des **Mietgerichts Zürich** MJ230057-L vom 19. Februar 2024 (Weiterzug offen; Gerichtsbesetzung: Weber, Gasche, Heusser; Gerichtsschreiber Marques):

«(...)

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

#### **1. Sachverhalt**

Mit Vertrag vom 24. April 2012 mietete der Kläger ab dem 16. Mai 2012 eine 3-Zimmerwohnung im ersten Obergeschoss an der C.-str. x in Zürich, zu einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 1'240.– zuzüglich Fr. 260.– Nebenkosten.

Mit amtlichem Formular vom 14. März 2023 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis ordentlich auf den 30. September 2023. Aus der Kündigungsbegründung geht der Kurzvermerk «Infolge Totalsanierung» hervor. In einem an die Mieterschaft

gerichteten Schreiben vom 15. März 2023 erklärte die Beklagte, dass eine Gesamtsanierung der Liegenschaft an der C.-str. x und die damit verbundene Kündigung unumgänglich seien. Namentlich seien die wesentlichen Bauteile der Liegenschaft älteren Standards und würden nicht mehr den heutigen Anforderungen entsprechen. Auch seien die Küchen und Bäder sowie die Bodenbeläge am Ende ihrer Lebensdauer angelangt und die Versorgungs- und Entsorgungsleitungen stark unterhaltsbedürftig. Zudem stehe eine energetische Erneuerung im Zentrum, welche die gesamte Gebäudehülle – mithin die Fassade, das Dach und die Fenster – betreffe und einen Wechsel des Energieträgers zur Folge habe. Im selben Schreiben bot die Beklagte der Mieterschaft ohne Anerkennung einer Rechtspflicht an, das Mietverhältnis bis längstens 31. März 2025 zu erstrecken.

Wie sich dem beidseitig unbestrittenen Sachverhalt sowie der im Recht liegenden E-Mail-Korrespondenz entnehmen lässt, teilte der Kläger der Beklagten mit E-Mails vom 20. März und 4. April 2023 u.a. mit, dass er nicht über die Sanierungsbestrebungen der Beklagten informiert wurde, bevor die Kündigung ausgesprochen wurde. Andernfalls hätte er der Beklagten eine Garantie geben können, um während der Dauer der Sanierungsarbeiten an einem anderen Ort zu wohnen. Die Beklagte wies den Kläger darauf auf die Möglichkeit einer Erstreckung des Mietverhältnisses bis zum 31. März 2025 hin. In einer späteren Nachricht informierte die Beklagte den Kläger über die bevorstehende Planaufgabe des Bauvorhabens und wies ihn auf die Möglichkeit hin, sich im Hinblick auf eine Neuvermietung als Mietinteressent eintragen zu lassen. Unter Hinweis auf die damit verbundenen Unsicherheiten lehnte der Kläger dies mit E-Mail vom 11. April 2023 ab und erklärte, die Wohnung auf erstes Verlangen der Beklagten hin zu räumen und für die Dauer der Sanierungsarbeiten bei seiner Lebensgefährtin in A in Österreich zu wohnen. Die Möbel werde er im Estrich der nahegelegenen Alterswohnung seiner Mutter an der C.-str. y lagern.

## 2. *Prozessgeschichte*

Mit Eingabe vom 14. April 2023 (Datum Poststempel) machte der Kläger das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Nachdem es anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 19. Juni 2023 zu keiner

Einigung kam, stellte die Schlichtungsbehörde dem Kläger mit Beschluss vom 19. Juni 2023 die Klagebewilligung aus.

Mit Eingabe vom 25. Juli 2023 (Datum Poststempel) reichte der Kläger die vorliegende Klage sowie die ihm am 28. Juni 2023 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde Zürich vom 19. Juni 2023 ein. Mit Zirkulationsbeschluss vom 2. August 2023 wurde der Beklagten das Doppel der Klage samt Beilagen zugestellt, dem Kläger Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 4'555.– angesetzt sowie die Prozessleitung an den Mietgerichtspräsidenten delegiert. In der Folge leistete der Kläger den Kostenvorschuss fristgerecht am 11. August 2023. Mit Präsidialverfügung vom 15. August 2023 wurde der Beklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Klage angesetzt. Die Stellungnahme der Beklagten vom 8. September 2023 (Datum Poststempel) ging innert erstreckter Frist am 11. September 2023 ein. Mit Verfügung vom 11. September 2023 wurde dem Kläger das Doppel zugestellt. Am 15. September 2023 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 30. November 2023 vorgeladen.

Nach Durchführung der Hauptverhandlung, erweist sich der Prozess als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

### **I. Prozessuales**

1. Das Mietgericht des Bezirks Zürich ist als Kollegialgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis, dem ein im Bezirk Zürich gelegenes Mietobjekt zugrunde liegt und beträgt der Streitwert – wie im Zirkulationsbeschluss vom 3. August 2023 dargelegt – mehr als Fr. 30'000.– (Art. 33 und 35 ZPO; § 21 GOG i.V.m. § 26 GOG).

2. Die vorliegende Klage richtet sich gegen die am 14. März 2023 ausgesprochene Kündigung der Beklagten. Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO sind Prozesse betreffend Kündigungsschutz bei Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen ungeachtet des Streitwerts im vereinfachten Verfahren zu behandeln.

Im vereinfachten Verfahren gilt der beschränkte (soziale) Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247

Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 ZPO). Es beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche substantiiert vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht – besonders bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien – durch Belehrungen und Befragungen darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 [= Pra 2016 Nr. 99]; BGE 139 III 13 E. 3.2 [= Pra 2013 Nr. 105]; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N 4). Die soziale Untersuchungsmaxime hat auch ein erweitertes Novenrecht zur Folge. Neue Tatsachen können bis zum Beginn der Urteilsberatung vorgetragen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Dies gilt erst dann nicht mehr, wenn das Gericht – wie hier – die Phase der Urteilsberatung einleitet, indem es das Verfahren für spruchreif erklärt («garder la cause à juger», vgl. BGE 144 III 394 E. 4.3; BGE 143 III 272 E. 2.3.2 = Pra 2018 Nr. 5; BGE 142 III 413 E. 2.2.5; BGE 138 III 788 E. 5 = Pra 2013 Nr. 53).

## II. Parteistandpunkte

### 1. *Standpunkt des Klägers*

Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, die Beklagte habe die Kündigung unbestrittenermassen im Hinblick auf die bevorstehenden Sanierungsarbeiten ausgesprochen. Für den Kläger sei es wesentlich, dass das Mietverhältnis fortbestehe. Aus diesem Grund habe er nach Erhalt der Kündigung deren Rücknahme gegen eine Auszugsgarantie angestrebt. Trotz seiner unmissverständlichen Offerte mit E-Mail vom 11. April 2023, das Mietobjekt auf erstes Verlangen hin zu verlassen, sein Mobiliar in der nahegelegenen Alterswohnung seiner Mutter an der C.-str. y in Zürich einzulagern und für die Dauer der Sanierungsarbeiten bei seiner Lebenspartnerin in A in Österreich wohnen, habe die Beklagte auf der Auflösung des Mietverhältnisses beharrt und ihm lediglich angeboten, sich nach der Sanierung wieder für das Mietobjekt zu bewerben. Der Kläger habe die Auszugsgarantie erst im Nachgang zur Kündigung erbringen können, da die Beklagte die Mieterschaft im Vorfeld nicht über ihre Sanierungspläne informiert habe. Aufgrund des Zustands der Liegenschaft habe er auch nicht annehmen müssen, dass eine Sanierung unmittelbar bevorstehe. Die Beklagte sei nicht auf die Auszugsgarantie des

Klägers eingegangen, sondern habe lediglich eine Erstreckung des Mietverhältnisses sowie die Berücksichtigung auf einer Interessentenliste angeboten. Aus Sicht des Klägers fusse das Festhalten der Beklagten an der Kündigung auf keinem schutzwürdigen Interesse, weshalb sie für missbräuchlich und demzufolge für ungültig zu erklären sei.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fehle es einer Vermieterin an einem schutzwürdigen Kündigungsinteresse, wenn Sanierungsarbeiten durch den Verbleib des Mieters nicht oder nur unerheblich erschwert oder verzögert würden. Namentlich könne eine Sanierung erschwerungs- und verzögerungslos durchgeführt werden, wenn seitens des Mieters eine hinreichende Auszugsgarantie vorliege. Das Bundesgericht fordere dafür zwar, dass der Mieter eine hinreichende Auszugsgarantie erbringt, bevor die Kündigung ausgesprochen werde. Dies sei aber nur möglich, wenn den betroffenen Mietern im Vorfeld zur Kündigung die Möglichkeit offen gestanden sei, eine Auszugsgarantie abzugeben, was entweder eine Information über das Bauvorhaben durch die Vermieterin oder konkrete Anzeichen für eine bevorstehende Kündigung bzw. Sanierung voraussetze. Zudem müsse ein Mieter Kenntnis von den Einzelheiten des Sanierungsprojekts, namentlich von dessen voraussichtlicher Dauer haben, um eine ernsthafte Auszugsgarantie erbringen zu können. Fehle es an einer vermierterseitigen Information über ein bevorstehendes Sanierungsprojekt, könne eine Vermieterin nicht gutgläubig davon ausgehen, dass sämtliche Mieter auf die Abgabe einer Auszugsgarantie verzichtet hätten. In einer solchen Konstellation habe es zu genügen, wenn der Mieter seine Auszugsgarantie unmittelbar nach Aussprechen der Kündigung abgebe. Ermöglichte der Vermieter dem Mieter eine solche Garantie abzugeben nicht oder weigere er sich, eine solche anzunehmen, zeige dies im Übrigen, dass es ihm mit der Kündigung nicht um die ungehinderte Sanierung, sondern wohl eher darum gehe, durch die Leerkündigung nach erfolgter Sanierung einen erheblich höheren Mietzins zu erzielen, sodass sich nicht nur das Festhalten an der Kündigung, sondern auch die Kündigung selbst als treuwidrig erweise.

Der Kläger habe bis zum Erhalt des Kündigungsschreibens vom 14. März 2023 sowie des im Nachgang dazu ergangenen Begründungsschreibens vom 15. März

2023 keine Kenntnis über die geplanten Sanierungsarbeiten sowie der Sanierungsbedürftigkeit der von ihm bewohnten Liegenschaft gehabt. Mangels konkreter Informationen zum Sanierungsvorhaben habe der Kläger zu Beginn – mithin mit E-Mail vom 20. März 2023 – lediglich eine pauschal formulierte Auszugsgarantie abgeben können und erklärt, dass er gewillt sei, das Mietobjekt für die Dauer der Sanierungsarbeiten zu räumen und erst nach deren Vollendung wieder einzuziehen. Der Bitte des Klägers mit E-Mail vom 4. April 2023 um weitere Informationen zum Sanierungsprojekt im Hinblick auf eine Auszugsgarantie sei die Beklagte nicht nachgekommen. Spätestens seit dem E-Mail des Klägers vom 11. April 2023 liege eine detaillierte und verbindliche Auszugsgarantie vor, so dass der Beklagten beim Sanierungsvorhaben auch bei Fortbestand des Mietverhältnisses weder zeitliche noch finanzielle oder organisatorische Nachteile entstehen würden.

Aus Sicht des Klägers sei die Beklagte bestrebt gewesen, allfällige Auszugsgarantien der Mieterschaft vorweg zu verhindern, indem sie keine Informationen zur geplanten Sanierung habe durchsickern lassen, ehe sie die Kündigung ausgesprochen habe. Auch die Aussteckung der Liegenschaft sei erst am 4. April 2023 und damit nach der Kündigung erfolgt. Dabei datiere der Grobterminplan zum Sanierungsvorprojekt bereits vom 16. September 2022.

Die Einhaltung der in der Auszugsgarantie festgehaltenen Verpflichtungen habe der Kläger auf eigene Gefahr sicherzustellen. Es treffe deshalb nicht zu, dass der Kläger sich widersprüchlich verhalte, wenn er im Rahmen des Eventualbegehrens Erstreckung geltend gemacht habe, um in der Nähe seiner betagten Mutter bleiben zu wollen, während er mit einem Umzug zur Lebenspartnerin nach Österreich einen grossen Abstand zu Zürich in Kauf nehme. Einerseits könne sich bis zum Baubeginn noch eine bessere Lösung ergeben und andererseits sei es dem Kläger mit dem vorübergehenden Auszugsangebot dennoch ernst. Er habe einen Bruder, der in B im Kanton Zürich wohne und sich ebenfalls um die Mutter kümmern könne. Hätte die Beklagte tatsächlich Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Auszugsgarantie des Klägers gehabt, wäre es ihr offen gestanden, entsprechende Abklärungen bei

der Lebensgefährtin sowie der Mutter des Klägers zu treffen. Dies habe sie nicht getan.

Die Beklagte habe im Übrigen eine Nebenpflicht des Mietvertrags verletzt, indem sie die Mieter nicht über die bevorstehende Sanierung informiert habe, denn Ziff. 9.5 des Mietvertrags sehe bei erheblichen Arbeiten eine rechtzeitige Information explizit vor.

Eine Sachverhaltskonstellation wie die vorliegende sei bislang noch nicht durch das Bundesgericht entschieden worden. Vielmehr liege den gegenwärtig zugänglichen Bundesgerichtsentscheiden jeweils ein Sachverhalt zugrunde, bei welchem eine vorgängige Auszugsgarantie möglich gewesen wäre und wo eine vermietetseitige Information über das Kündigungsvorhaben erfolgt sei. Die in den Präjudizien behandelten Auszugsgarantien seien nicht ernsthaft oder nur vage gewesen bzw. verspätet oder nicht vorbehaltlos erklärt worden. Dies verhalte sich hier anders.

Eventuell beantragt der Kläger eine Erstreckung des Mietverhältnisses um mindestens drei Jahre. Er habe Ersatzobjekte gesucht, welche über eine Wohnfläche zwischen 60 bis 65 m<sup>2</sup> sowie ein separates Arbeitszimmer verfügten, sich in Gehdistanz zur Alterswohnung der Mutter des Klägers befinden und nicht mehr als 150% des gegenwärtigen Mietzinses – also bis zu Fr. 2'250.– – kosten würden. Diesen Kriterien habe lediglich ein Mietobjekt entsprochen, wofür der Kläger allerdings eine Absage erhalten habe.

## 2. *Standpunkt der Beklagten*

Die Beklagte bringt im Wesentlichen vor, dass der Kläger nichts aus der von ihm zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ableiten könne. Zum einen müsse der Mieter vor der Kündigung und von sich aus eine Auszugsgarantie abgeben. Zum anderen sähen es weder das Gesetz noch die Praxis vor, dass eine Vermieterin die Mieterschaft im Vorfeld über eine geplante Sanierung zu informieren habe. Angesichts der Grösse der vorliegenden Überbauung mit 19 Mietverhältnissen wäre solches auch weder sinnvoll noch zumutbar, sondern völlig praxisfremd.

Zudem könne eine nachträglich angebrachte Auszugsgarantie eine gültige Kündigung nicht im Nachhinein zu einer missbräuchlichen werden lassen. Das Bundesgericht habe wiederholt festgehalten, dass es bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit auf die Umstände im Zeitpunkt der Kündigung ankomme. Entsprechend bestehe für die Haltung des Klägers kein Raum, wonach es für die Ungültigkeit der Kündigung ausreichend sei, wenn die Auszugsgarantie im Nachgang dazu abgegeben werde. In den E-Mails vom 20. März 2023 und 4. April 2023 habe der Kläger lediglich das Vorgehen der Beklagten bemängelt und eine allfällige Auszugsgarantie zu einem späteren Zeitpunkt in Aussicht gestellt. Die Auszugsgarantie in der Nachricht vom 11. April 2023 sei verspätet erfolgt und nicht glaubwürdig, denn der Kläger müsste während der mehr als einjährigen Bauzeit eine grosse Distanz zur Mutter hinnehmen, in deren Nähe er gemäss seinen Angaben in Zusammenhang mit dem Erstreckungsantrag bleiben wolle. Später habe er nur noch angegeben, sich um ein Zimmer im Altersheim seiner Mutter bemühen zu wollen.

Der Beginn des bereits rechtskräftig bewilligten Bauprojekts sei per 1. April 2025 vorgesehen. Da sämtliche Bauteile der Liegenschaft umfassend zu überholen seien, müssten sämtliche Wohneinheiten ab diesem Datum leer stehen. Die wesentlichen Bauteile der Überbauung – darunter die Küche, das Bad und die Bodenbeläge – würden den heutigen Anforderungen nicht mehr entsprechen. Dem Sanierungsvorhaben der Beklagten liege ein konkretes und ausgereiftes Projekt zugrunde, in welches die Beklagte ungefähr Fr. 6.5 Mio. investieren werde. Die Detailplanung zu den Baumeisterarbeiten, Fassaden und Fenstern sei inzwischen fertiggestellt. Das Bauvorhaben befinde sich gegenwärtig im Submissionsverfahren. Durch die Sanierungsarbeiten werde die Kanalisation mindestens teilweise erneuert, auch würden beispielsweise vergrösserte Balkone erstellt, die Fassade mit einem hinterlüfteten System mit Mineralwollplattendämmung ausgestattet, die bestehenden Fenster ersetzt sowie neue sanitäre Anlagen installiert und Nasszellen installiert. Zudem werde die Liegenschaft um ein weiteres Stockwerk erweitert. Insgesamt werde die Überbauung rundum erneuert. Der Kläger habe den Kündigungsgrund der Totalsanierung zu Recht und zu keinem Zeitpunkt infrage gestellt. Angesichts der beabsichtigten Sanierungsmassnahmen könne der Kläger nicht geltend machen, dass kein Modernisierungsbedarf bestehe. Die Mietliegenschaft sei noch nie modernisiert oder renoviert worden.



Die Kündigung werde entgegen dem Kläger nicht zur missbräuchlichen, weil die Beklagte die Mieterschaft erst mit der Kündigung über die Sanierung der Liegenschaft informiert habe. Die Beklagte habe den Kläger nie davon abgehalten, eine Auszugsgarantie abzugeben. Vielmehr sei es dem Kläger im Rahmen seines zehnjährigen Mietverhältnisses offen gestanden, eine prophylaktische Garantie abzugeben. Eine solche sei schon wegen des Alters und des Zustands der Liegenschaft mit Baujahr 1958/1959 angezeigt gewesen. Stattdessen habe der Kläger aus unerklärlichen Gründen darauf verzichtet, diesbezüglich mit der Beklagten in Kontakt zu treten. Es munde deshalb grotesk an, wenn der Kläger der Beklagten vorwerfe, ihn nicht in ihre Sanierungspläne eingeweiht zu haben. Es bestehe keine gesetzliche oder vertragliche Pflicht, die Mieter vor der Kündigung über ein umfassendes Bauprojekt zu informieren. Von der Beklagten könne nicht ernsthaft gefordert werden, dass sie zuerst alle Mieter nach ihrer Befindlichkeit frage. Andernfalls hätte sie auf zahlreiche Fragen, individuelle Wünsche und Anliegen der 19 Mietparteien einzugehen, ehe mit dem Bauvorhaben begonnen werden könne.

Die Beklagte habe der Mieterschaft angeboten, das Mietverhältnis längstens bis zum 31. März 2025 zu erstrecken und dabei allen Mietern eine vorzeitige Auszugsmöglichkeit angeboten. Abgesehen vom Kläger hätten sämtliche Mieter dieses Angebot in Anspruch genommen. Entgegen den Ausführungen des Klägers habe die Beklagte mit ihrem Angebot eine grosszügige Vergleichsbereitschaft signalisiert. Sie habe dem Kläger auch eine mögliche Rückkehr in das Mietobjekt nach Abschluss der Sanierungsarbeiten in Aussicht gestellt, wobei der Kläger im Rahmen der Neuvermietung privilegiert behandelt werden würde. Weitere Verhandlungen habe die Beklagte nicht mehr führen wollen, da es im Nachgang zur Schlichtungsverhandlung zu einem unangenehmen Wortwechsel mit dem Kläger gekommen sei. Insgesamt sei es für die Beklagte unverständlich, weshalb der Kläger auf die Angebote der Beklagten nicht eingegangen sei, zumal für den Kläger keinerlei Nachteile bestanden hätten. Zudem stehe es dem Mieter sowohl bei Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses als auch bei Abschluss eines neuen Mietvertrages offen, den Mietzins anzufechten. Es treffe nicht zu, dass es der Beklagten bei der Kündigung um finanzielle Interessen gegangen sei oder um die Person des Klägers. Sie habe sich auch nicht des Klägers entledigen wollen. Insgesamt könne von einer missbräuchlichen Kündigung nicht die Rede sein.

Bezüglich Erstreckung seien ihre Interessen höher zu gewichten sein als diejenigen des Klägers. Der Baubeginn per 1. April 2025 sei durch die vorliegenden Erstreckungsvereinbarungen sowie die befristeten Zwischennutzungen verbindlich sichergestellt. Eine Verzögerung würde die Beklagte aus Planungs- und Kostengründen hart treffen. Je nach Dauer der Verzögerung müssten unterschiedliche Arbeiten in Etappen ausgeführt werden, zudem seien die Werkverträge zeitlich beschränkt. Da mit der Sanierung auch sämtliche Leitungen erneuert werden müssten, müssten sämtliche Arbeiten in einem Zug durchgeführt werden. Der Kläger habe keine angemessenen Suchbemühungen vorgenommen, auch sei er nicht auf die Angebote der Beklagten eingegangen. Aus dem Umstand, dass die Mutter des Beklagten wenige Gehminuten von ihm entfernt lebe, lasse sich zudem weder eine Quartier- noch eine Ortsverbundenheit ableiten.

### **III. Materielles**

#### *1. Kündigungsschutz und Sanierungskündigungen im Allgemeinen*

1.1 Die ordentliche Kündigung eines Mietvertrags setzt keine besonderen Gründe voraus (vgl. BGE 142 III 91 E. 3.2.1). Eine Kündigung ist nach Art. 271 Abs. 1 OR indessen anfechtbar, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst. Treuwidrig ist eine Kündigung, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, welche in einem erheblichen Missverhältnis zueinander stehen (CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 271-271a N 3). Es ist zu fragen, ob auch ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner in der gleichen Situation zur Kündigung gegriffen hätte (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Im Rahmen von Art. 271 Abs. 1 OR wird für die Annahme einer Treuwidrigkeit nicht vorausgesetzt, dass ein Missbrauch offensichtlich ist. Das Gesetz ist weit eher von positiven Loyalitätskriterien geprägt als vom negativen Missbrauchs begriff, wie sich auch an der beispielhaften Aufzählung in Art. 271a OR ablesen lässt, namentlich beim Familienschutz und bei den Sperrfristen (BGE 141 III 101 E. 2.7; BGE 131 III 33 E. 3.2; vgl. ZK-HIGI/BÜHLMANN, Vor Art. 271–273c N 50; BSK OR I-WEBER, Art. 271-271a N 1). Umgekehrt sind alle Kündigungen missbräuchlich, die den Kriterien des offensichtlichen Missbrauchs i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB entsprechen. So sind neben nutzlosen und schikanösen Kündigungen auch Kündigungen

anfechtbar, welche Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens oder schonungsloser Rechtsausübung sind (BGE 135 III 112 E. 4.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271 OR N 161-172).

Nicht jedes Interessensmissverhältnis, welches sich zum Nachteil des Mieters auswirkt, vermag die Ungültigkeit einer Kündigung nach sich zu ziehen. So ist es grundsätzlich legitim, wenn der Vermieter seine Eigeninteressen höher gewichtet als diejenigen des Mieters. Vielmehr ist im Einzelfall zu entscheiden, welche Schwelle ein Interessenungleichgewicht zu erreichen hat, damit eine Kündigung ungültig ist. Der Frage der Interessenabwägung kommt im Kündigungsschutz im engeren Sinne eine andere Qualität zu als bei der Erstreckung eines gekündigten Mietverhältnisses (Kündigungsschutz im weiteren Sinn). Gemäss bundesgerichtlicher Praxis führt eine durch die Kündigung ausgelöste Härte des Mieters schon dann zur Erstreckung des Mietverhältnisses, wenn das Interesse der Vermieterin an der Auflösung des Mietverhältnisses die Härtesituation des Mieters nicht überwiegt. Für die Ungültigerklärung einer Kündigung bedarf es indessen eines erheblichen Interessengefälles zum Nachteil des Mieters (vgl. BGE 125 III 231 E. 4b; BGE 135 III 112 E. 4; BGE 140 III 496 E. 4.1; BGer 4A\_703/2016 vom 24.05.2017; BGer 4A\_131/2008 vom 25.08.2008; BGer 4A 518/2010 vom 06.12.2010 E. 2.4.2, ZMP 2019 Nr. 9; ZMP 2023 Nr. 9). Solange ein tatsächliches Interesse der Vermieterin an der Kündigung besteht, ist diese grundsätzlich nicht zu beanstanden. Erweist sich der Grund indessen als vorgeschoben, ist die Kündigung auch dann aufzuheben, wenn ihr wahrer Grund nicht ermittelt werden kann (BGE 143 III 344 E. 5.3.1; CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 271-271a N 3 f.; MPra-THANEI, 10. A., Zürich 2022, S. 886).

1.2 Nach Lehre und Praxis verstösst eine Kündigung, welche im Hinblick auf die Durchführung von Sanierungsarbeiten ausgesprochen wurde, grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, sofern der Kündigung ein baureifes und realisierbares Sanierungsprojekt zugrunde liegt, welches eine weitere Bewohnung der davon betroffenen Mietobjekte unmöglich oder unzumutbar macht (BGE 135 III 112 E. 4; MPra-THANEI, S. 790). Gleich verhält es sich, wenn die Durchführung der Sanierungsarbeiten durch den weiteren Verbleib der Mieter im Mietobjekt auf eine für den Vermieter unzumutbare Art und Weise erschwert oder verzögert würde. In

diesen Fällen wird dem Vermieter ein schützenswertes Kündigungsinteresse zugestanden, und sei es nur mit Blick auf die geringeren Kosten (HULLIGER/HEINRICH, N 3a zu Art. 271-271a OR). Vorausgesetzt wird in diesem Zusammenhang das Vorhandensein eines konkreten, mithin umsetzbaren und realitätsnahen Sanierungsprojekts. Entscheidend ist, ob und inwiefern die weitere Anwesenheit der Mieterschaft im Mietobjekt die Durchführung der Arbeiten zu tangieren vermag. Dies ist nur bei untergeordneten Arbeiten nicht der Fall, denn auch wenn ein Projekt den Auszug der Mietenden nicht zwingend erfordert, hat ihr Verbleib oft negative Auswirkungen auf die Bauzeit und die Baukosten (vgl. BGE 135 III 112 E. 4; BGE 143 III 344 E. 5.3.3; BGer 4A\_127/2017 vom 25.10.2017). Das Vorliegen einer Baubewilligung ist für die Gültigkeit der Kündigung im Hinblick auf ein Sanierungsprojekt nicht erforderlich. Ungültig ist die Kündigung nur, wenn von vornherein feststeht, dass eine Bewilligung nicht erteilt werden kann (BGE 143 III 344 E. 5.3; BGer 4A\_491/2018 v. 8.5.2019 E. 3.6; BGer 4A\_327/2015 vom 9.2.2016 E. 3; ZMP 2022 Nr. 6; ZMP 2020 Nr. 2; ZMP 2018 Nr. 3; HULLIGER/HEINRICH, a.a.O., N 3a zu Art. 271-271 OR), wenn mithin das Projekt des Vermieters baurechtlich in den Sternen steht oder wenn es derart unausgereift ist, dass von einem fehlenden aktuellen Interesse an der Kündigung gesprochen werden muss («Kündigung auf Vorrat», BGE 140 III 496 E. 4.2.2; vgl. auch BGE 142 III 91 E. 3.2.1 sowie die Relativierung dieser Entscheide in BGE 143 III 344). Ungeachtet des Vorliegens eines realisierbaren Sanierungsprojekts entbehrt eine Sanierungskündigung gemäss Bundesgericht dann eines schutzwürdigen Interesses und erfolgt demzufolge treuwidrig, wenn die geplanten Arbeiten durch den weiteren Verbleib der Mieterschaft im Mietobjekt nicht oder nur unerheblich erschwert oder verzögert würden (BGer 4A\_142/2017 vom 3. August 2017; BGE 135 III 112 E. 4.2).

Treuwidrig und missbräuchlich ist eine Kündigung wegen einer Sanierung ferner dann, wenn eine Vermieterin im Zeitpunkt der Kündigung über eine hinreichende Auszugsgarantie verfügt, mit welcher der Mieter versichert, das Mietobjekt für die Dauer der Sanierungsarbeiten zu verlassen. Bei einem zeitweiligen Wegzug kann der Mieter die Sanierungsarbeiten weder verzögern noch behindern. Mit dem Vorliegen einer hinreichenden Auszugsgarantie wird mithin das Interesse der Mieterschaft an der Auflösung des Mietverhältnisses hinfällig (BGE 135 III 112 E. 2.4 und 4.2; BGer 4A\_126/2012 vom 3.8.2012; vgl. MPra-THANEI, S. 790 f.).

Eine Auszugsgarantie muss allerdings in Form einer verbindlichen und vorbehaltlosen Zusage des Mieters ergehen, gemäss welcher er das Mietobjekt während der Arbeiten freigibt und für diese Dauer auch auf weitere Ansprüche verzichtet. Eine Erklärung muss grundsätzlich erfolgen, bevor die Kündigung ausgesprochen wird (vgl. BGer 4A\_503/2013 vom 5.3.2013 E. 4.2). Die Vorbehaltlosigkeit einer Auszugsgarantie ist zu verneinen, wenn die Mieterin Schadenersatzansprüche aufgrund der Nichtbenutzbarkeit der Wohnung stellt (vgl. BGer 4A\_127/2017 vom 3.8.2017, E. 3.3). Weiter muss die Garantie inhaltlich bestimmt und ernsthaft formuliert sein. Gibt der Mieter lediglich eine vage Erklärung ab, ist diese unbeachtlich, denn der kündigende Vermieter benötigt Gewissheit über die Räumung des Mietobjekts vor Beginn der Sanierungsarbeiten (vgl. BGer 4A\_126/2012 vom 3.8.2012 E.4.2; BGer 4A\_437/2018 vom 4.2.2019, E.4.1.3, auch enthalten in ZMP 2018 Nr. 6).

1.3 Für die Beurteilung der Frage, ob eine Kündigung nach Art. 271 Abs. 1 OR treuwidrig ist, sind die Umstände in dem Zeitpunkt der Kündigung massgebend (BGE 142 III 91 E. 3.2.1; BGer 4A\_435/2021 vom 2.2.2022 E. 3.1.3). Gemäss Bundesgericht hat der Empfänger der Kündigung deren Treuwidrigkeit zu beweisen und darzulegen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Verstoss gegen Treu und Glauben erfüllt sind – etwa, ob eine Kündigung ohne schützenswertes Interesse erfolgte (BGE 142 III 91 E. 3.2.1; BGer 4A\_435/2021 vom 14.02.2022 E. 3.1.3; KUKO OR-BLUMER, 2. Aufl., Art. 271/271a N 16). Der Kündigende ist in diesem Zusammenhang aber zur Mitwirkung verpflichtet und hat die Kündigung auf Verlangen hin zu begründen (vgl. Art. 271 Abs. 2 OR). Eine ausbleibende oder fehlerhafte Begründung kann als Indiz dafür gelten, dass die Kündigung ohne schützenswertes Interesse ausgesprochen würde (BGE 143 III 344 E. 3.4). Umstände, die sich erst nach dem Kündigungszeitpunkt zutragen, können eine ursprünglich zulässige Kündigung nicht im Nachhinein zu einer missbräuchlichen machen. Diese können immerhin Rückschlüsse auf die Situation im Kündigungszeitpunkt geben (BGE 138 III 59 E. 2.1 S. 62; BGE 132 III 737 E. 3.4.2; BGer 4A\_127/2017 vom 25.10.2017 E. 3.2; BGer 4A\_142/2017 vom 03.08. 2017 E. 4.1).

Auch nachträglich weggefallene Kündigungsgründe vermögen daher grundsätzlich nichts an der Gültigkeit der Kündigung zu ändern (BGE 138 III 59 E. 2.1 a.E.;

Urteil des BGer 4A\_454/2012 vom 10.10.2012 E. 2.5; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271 OR N 153; SVIT-Kommentar-FUTTERLIEB, Art. 271 OR N 75; BSK OR I-WEBER, Art. 271-271a N 33a). Eine andere Frage ist, ob sich das Festhalten an einer Kündigung als rechtsmissbräuchlich erweisen kann, an welcher die kündigende Partei jedes Interesse verloren hat. Ein Teil der Lehre bejaht dies unter Hinweis auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot (MPra-THANEI, S. 885; WEHRMÜLLER, Die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters bei der Miete von Wohnräumen, Ein Vergleich der Rechtslage in der Schweiz und Deutschland, Luzerner Diss., Zürich 2019, S. 70 ff., 102 f. und 242 f.; BSK OR I-WEBER, Art. 271-271a N 33a). Das Bundesgericht hatte die Frage noch nicht vertieft zu analysieren. Immerhin liess es sie just in Zusammenhang mit einer Sanierungskündigung offen: Die Mieterseite hatte argumentiert, die angefochtene Kündigung sei ungültig, weil das Bauprojekt vom Bauinspektorat des Kantons Basel-Stadt nur unter Bedingungen und Auflagen bewilligt worden war und zudem die Baurekurskommission die von den Mietern erhobenen Rekurse teilweise gutgeheissen und die Sache zur Beurteilung durch den Denkmalrat und zum Erlass eines neuen Bauentscheides an das Bauinspektorat zurückgewiesen hatte. Damit stand indessen nicht fest, dass die Bewilligung überhaupt nicht erteilt werden konnte, so dass die Kündigung sich als gültig erwies. Anschliessend merkte das Bundesgericht an, es könnte sich allenfalls die Frage stellen, ob noch ein schützenswertes Interesse am Festhalten an der Kündigung besteht, wenn dereinst definitiv feststehen würde, dass nicht gebaut werden kann – diese Voraussetzung sei hier aber nicht gegeben (Urteil des BGer 4A\_142/2017 vom 3.8.2017 E. 4.2).

Es ist nicht einzusehen, weshalb das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot im vorliegenden Kontext einen anderen Sinn haben sollte als in der übrigen Rechtsordnung: Ein Beharren auf einem nutzlos gewordenen Recht ist ein Anwendungsfall der nutzlosen Rechtsausübung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB und somit nicht schützenswert. Im Kontext des mietrechtlichen Kündigungsschutzes bedarf dies allerdings zweier Präzisierungen: Einerseits darf in einem solchen Fall dann auch der Vermieter nicht bei der Ausgangslage behaftet werden, wie sie bei der Kündigung bestand: Entstand seither ein anders gelagertes, vernünftiges Interesse an der Kündigung, so ist und bleibt diese gültig (CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 271-271a OR N 6). Andererseits besteht ein legitimes Interesse des Vermieters an der

raschen Klärung der Gültigkeit der Kündigung: Ein treuwidriges Festhalten an der Kündigung kann daher nur im Rahmen einer Kündigungsanfechtung überprüft werden und setzt insbesondere eine Klage des Mieters innert der Frist von Art. 273 Abs. 1 OR voraus. Es ist daher ausgeschlossen, den Einwand erst im Ausweisungsverfahren zu erheben. Insofern besteht Parallelität zur offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Kündigung (vgl. zum Anfechtungsprinzip in diesem Bereich BGE 133 III 175).

## 2. *Anwendung auf den vorliegenden Fall*

2.1 Unbestrittenermassen führen die von der Beklagten beabsichtigten Sanierungsarbeiten zu erheblichen Immissionen und Störungen, welche einen Verbleib der Mieterschaft während der Arbeiten – letztlich für beide Seiten – unzumutbar macht.

Unbestritten ist auch, dass die Beklagte die Mieter der Liegenschaft vor der Kündigung nicht über die bevorstehenden Arbeiten orientiert hat. Beide Seiten beziehen sich in ihren Ausführungen weitgehend auf dieselben Urteile des Bundesgerichts (so z.B. BGE 135 III 112, BGE 140 III 496, BGer 4A\_414/2009, BGer 4A\_227/2010, BGer 4A\_126/2012). So stellen weder der Kläger noch die Beklagte in Abrede, dass eine Auszugsgarantie grundsätzlich vor der Kündigung abzugeben ist und unmissverständlich sein muss, dass auf der anderen Seite sich eine Sanierungskündigung aber als unnötig und damit treuwidrig erweist, falls der Vermieter auch ohne Kündigung die Gewähr gehabt hätte, sein Sanierungsprojekt ungehindert umzusetzen.

2.2 Der Kläger leitet einerseits aus der zit. Rechtsprechung und andererseits aus Ziff. 9.5 des Mietvertrags ab, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, ihn vor der Kündigung über das Bauprojekt zu informieren. Daraus will der Kläger zumindest indirekt eine Obliegenheit der Vermieterschaft ableiten, ihre Mieter vorab über eine bevorstehende Sanierungskündigung zu informieren. Verzichte eine Vermieterin auf eine solche Vorinformation, so seine Argumentation, würde der Mieterschaft das legitime Recht verwehrt werden, eine im Sinne der Rechtsprechung und Praxis Auszugsgarantie abzugeben, soweit man eine solche hier nicht ausnahmsweise auch nachträglich berücksichtige.

Beide Argumente sind nicht stichhaltig: Ziff. 9.5 des Mietvertrages bezieht sich auf Arbeiten, die den Verbleib des Mieters im Mietobjekt nicht infrage stellen (vgl. Art. 260 OR). Die Klausel findet keine Anwendung, wenn der Vermieter aufgrund des Umfangs der geplanten Arbeiten in legitimer Weise zur Kündigung greift. Was die Rechtsprechung zur Auszugsgarantie angeht, ist diese nicht so zu verstehen, dass daraus eine Verpflichtung oder auch nur eine Obliegenheit der Vermieterin abgeleitet werden kann, ihr Bauprojekt schon vor der Kündigung näher zu umschreiben. Art. 271 Abs. 2 OR sieht sogar nach der Kündigung nur vor, dass die Vermieterin sie auf Verlangen zu begründen hat, so dass die Gründe auch noch im laufenden Anfechtungsverfahren genannt werden können, ohne dass dadurch die Gültigkeit der Kündigung per se infrage gestellt wird (dazu und zu den Nuancen BGE 143 III 344). Damit ist es ausgeschlossen, eine Begründungspflicht aus dem Umstand abzuleiten, dass eine zureichende Auszugsgarantie die Kündigung womöglich als treuwidrig hätte erscheinen lassen. Deutlich genug ist das Urteil des Bundesgerichts 4A\_503/2013 v. 5.3.2014 E. 4.3:

«A juste titre, [le locataire] ne plaide pas que la consultation préalable du locataire serait une condition de validité du congé motivé par des travaux de rénovation, cette question étant régie par le droit civil fédéral. Les règles de la bonne foi sont seules déterminantes à cet égard (art. 271 al. 1 CO). Or, celles-ci ne commandent pas d'annoncer à l'avance un congé au locataire, ni ensuite d'attendre que celui-ci ait pu trouver une solution pour se reloger. Au demeurant, le locataire n'était pas prêt à accepter un engagement inconditionnel de quitter les locaux pendant les travaux (cf. supra, consid. 3.2), ce qui clôt toute discussion.»

2.3 Es fragt sich aber, welches die Folge des Umkehrschlusses aus dem letzten Satz der zitierten Passage ist. Offenbar wäre nicht «jede Diskussion geschlossen» gewesen, wenn die Auszugsgarantie den skizzierten Erfordernissen entsprochen hätte. Zwar kann eine solche Garantie die Kündigung als solche nicht im Nachhinein zur missbräuchlichen machen, denn für die Beurteilung derselben sind wie schon erwähnt die Verhältnisse im Zeitpunkt ihrer Erklärung massgeblich. Gibt der Mieter aber wie hier eine Auszugserklärung ab und ist diese als ernsthaft zu beurteilen, so kann sich das Festhalten der Vermieterin an der Kündigung als nutzlose Rechtsausübung darstellen, die zur Aufhebung der Kündigung führt. Es verhält



sich gleich, wie in der vom Bundesgericht im Urteil 4A\_142/2017 v. 3.8.2017 umschriebenen, wenn auch in jenem Fall nicht vorgelegenen Situation, in welcher sich erst nach der Kündigung definitiv herausstellt, dass das Bauprojekt aus öffentlich-rechtlichen Gründen zum Scheitern verurteilt ist (a.a.O., E. 4.2).

Daraus folgt aber, dass entgegen der Beklagten die Auszugsgarantie des Klägers nicht allein deshalb wirkungslos bleiben kann, weil sie erst nach der Kündigung erfolgte.

2.4 Dass die Garantie ernst gemeint ist, kann zumindest im heutigen Zeitpunkt nicht mehr infrage gestellt werden, denn der Kläger hat explizit anerkannt, dass im Falle der Aufhebung der Kündigung ein vollstreckbarer Ausweisungstitel auf den Beginn der Sanierungsarbeiten bestehen würde, da er bereit sei, «auf erste Anfrage bedingungslos aus[zu]ziehen». Auch die Beklagte bestreitet zumindest die hinreichende Deutlichkeit der Erklärung des Klägers mit E-Mail vom 11. April 2023 nicht. Soweit sie geltend macht, die Garantie sei nicht glaubwürdig, macht der Kläger mit Recht geltend, es sei seine Sache, wie er seinen anderweitigen Verbleib organisiere, nachdem er aus dem Mietobjekt für die Dauer der Bauzeit ausgezogen sei: Soweit nur sichergestellt ist, dass der Kläger die Durchführung Arbeiten der Beklagten nicht durch seine Anwesenheit behindert oder verteuert, spielt es keine Rolle, ob er bei seiner Freundin unterkommt oder eine anderweitige Lösung wählt. Mit der Anerkennung seiner Auszugspflicht vor Schranken ist erstellt, dass der Kläger schon seine Erklärung vom 11. April 2023 jedenfalls in Bezug auf seine Auszugsbereitschaft ernst gemeint hat. Dass die ersten Reaktionen des Klägers vom 20. März und 4. April 2023 an Deutlichkeit zu wünschen übrig gelassen hätten, trifft im Übrigen entgegen der Beklagten ebenfalls nicht zu. In beiden E-Mails betonte der Kläger, er hätte die Garantie geben können, woanders zu wohnen, wenn er vor der Kündigung etwas von den Sanierungsarbeiten und ihrem Umfang gewusst hätte. Der Kläger hatte vor der Kündigung unbestrittenermassen keine Ahnung von der geplanten Sanierung und ihrem Umfang. Selbst aus dem Begleitschreiben zur Kündigung vom 15. März 2023 gehen zwar Informationen zum Sanierungsvorhaben hervor; allerdings waren diesen weder der Baubeginn noch die Dauer der Sanierungsarbeiten zu entnehmen. Wie der Kläger richtig ausführen lässt, sind solche Informationen aber unerlässlich für eine glaubhafte Auszugsgarantie.

2.5 Was die Beklagte gegen Auszugsgarantie sonst einwendet, hält einer Überprüfung nicht stand. Der Kläger erklärte unbestritten, dass er in Deutschland eine unbesoldete Dozententätigkeit ausübe, die er weitgehend von zuhause aus betreiben könne. Er lebe von seinem Vermögen und von wissenschaftlichen Publikationen. Mit Jahrgang 1960 wird er zur Zeit des Baubeginns im Jahr 2025 das ordentliche Pensionsalter erreichen und damit bezogen auf sein Einkommen noch weniger von einem bestimmten Wohnort abhängig sein als heute. Die Idee, während der Bauzeit in Österreich zu wohnen, ist daher zumindest nicht so abwegig, wie die Beklagte es geltend macht, ganz abgesehen davon, dass dem Kläger bis zum Baubeginn noch Zeit bleibt, eine andere Lösung zu finden. Auch eine Aufenthaltbewilligung in Österreich stellt aufgrund des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU so lange kein Problem dar, als er eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt oder sein Auskommen aufgrund seines Vermögens gesichert ist (vgl. Art. 12 FZA sowie Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 FZA).

Soweit die Beklagte geltend machte, schon das Alter der Liegenschaft mit Baujahr 1958/1959 sowie die Tatsache, dass das Gebäude noch nie modernisiert worden sei, hätten den Kläger zu einer Auszugsgarantie schon vor der Kündigung veranlassen müssen, erweist sich ihr Standpunkt als wenig nachvollziehbar. Dies hätte zur Folge, dass der Kläger gehalten gewesen wäre, eine floskelhafte Erklärung auf Vorrat abzugeben. Die Vermutung des Klägers, bei einer solchen Äusserung wäre ihm just deren mangelnde Konkretheit angelastet worden, ist jedenfalls nicht ganz von der Hand zu weisen. Abgesehen davon bedeutet die Modernisierungsabsicht der Beklagten nicht, dass die Mietliegenschaft mit Mängeln behaftet ist, welche den Sanierungsbedarf ins Auge springen liessen. Insbesondere machte die Beklagte nicht geltend, dass dringende Sanierungsauflagen bestehen. Zudem ist im Grobterminplan zum Sanierungsvorprojekt vom 16. September 2022 von einer Sanierungsauflage nicht die Rede. Daraus geht lediglich hervor, dass die «Küche und Nasszellen sowie einzelne Zimmer [...] für heutige Bedürfnisse eher klein geschnitten» seien. Die Beklagte hat eingeräumt, dass sie bislang ihrer Unterhaltspflicht bei Bedarf sehr wohl nachgekommen ist. Insbesondere habe sie im Haus punktuelle Massnahmen getroffen und etwa einen Kühlschrank ausgewechselt, wenn dieser in die Jahre gekommen sei.

Richtig ist zwar sodann, dass die Auszugsgarantie erst nach der Kündigung abgegeben wurde, so dass sie diese nicht nachträglich zur treuwidrigen machen kann. Das ändert aber nichts daran, dass die Beklagte nichts Stichhaltiges gegen das Argument vorzubringen vermochte, infolge der Auszugsgarantie fehle ihr jegliches Interesse am Festhalten an der Kündigung. Zieht der Kläger wie verbindlich zugesagt auf den Baubeginn aus dem Mietobjekt aus und ruht das Mietverhältnis während der Bauzeit, so ist nicht zu sehen, inwiefern der Kläger dem Projekt im Wege stehen könnte. Die Beklagte machte auch keinen Grund geltend, den ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner zum Anlass nehmen könnte, trotz der Garantie an der Kündigung festzuhalten. Soweit die Beklagte dem Kläger Renitenz vorwirft, weil er ihr Angebot einer Erstreckung bis zum mutmasslichen Baubeginn sowie seiner Aufnahme in eine Liste künftiger Mietinteressenten für das renovierte Objekt abgelehnt habe, bleibt vor allem sie selber eine Erklärung dafür schuldig, weshalb ihr ein Verzicht auf die Kündigung nicht möglich gewesen sein soll. Der Kläger brachte seinen Standpunkt in durchaus rücksichtsvoller Weise ein: «Wenn Sie meine Auszugsgarantie anerkennen, behalte ich die Sicherheit des Wohnsitzes, und in der Zwischenzeit finde ich vielleicht eine vergleichbare Wohnung in Gehweite des Altersheims [der Mutter], oder Sie haben eine solche Wohnung zur Verfügung, sodass sich ein zweimaliger Umzug erübrigen würde». Dagegen ist, wie der Kläger richtig ausführte, das von der Beklagten Offerierte nicht einleuchtend und offensichtlich nicht mit einem fortbestehenden Mietverhältnis gleichzusetzen. Dass der Kläger es nicht auf sich nehmen wollte, für eine solche «Taube auf dem Dach» eine Zwischenlösung zu organisieren, ist mehr als nur verständlich. Das Gleiche gilt für den Umstand, dass er sich fragte, welche Motive die Beklagte denn sonst umgetrieben haben könnten, wenn es nicht die reibungslose Sanierung war.

Nicht richtig ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis der Beklagten auf die Möglichkeit der Anfechtung des Anfangsmietzinses nach einem Wiedereinzug. Ein Platz auf einer blossen Interessentenliste verschaffte dem Kläger allein jedenfalls keinen Anspruch auf einen Vertragsschluss. Und selbst wenn dies anders zu beurteilen wäre, ist eine Anfangsmietzinsanfechtung besonders hinsichtlich des Nachweises der Missbrauchsgründe keineswegs gleichzusetzen mit der Anfechtung einer Mietzinserhöhung als Folge von wertvermehrenden Investitionen. Eine Mietzinserhöhung in einem laufenden Mietverhältnis gestützt auf Art. 269a lit. b

OR schafft für die Vermieterseite im Übrigen gerade wegen des grosszügigen Überwälzungssatzes von 50 - 70% bei Totalsanierungen wie der geplanten anerkanntermassen durchaus einen erheblichen Investitionsanreiz (vgl. Art. 14 Abs.1 VMWG). Dies lässt sich mit einem einfachen Rechenbeispiel zeigen: Wählt man einen wertvermehrenden Anteil von 50%, so bedeutet dies, dass die neuen Installationen gegenüber den alten als doppelt so teuer veranschlagt werden ( $100\% / 50\%$ ). Nimmt man einen Satz von 60% an, entspricht dies einer Erhöhung des Werts der Vorrichtung in der Renditerechnung um das 2.5-fache ( $100\% / 40\%$ ); bei einem Satz von 70% kann die Vermieterin sogar das 3.33-fache des bisherigen Betrags in ihre Investitionsrechnung einsetzen ( $100\% / 30\%$ ).

Welche Gründe die Beklagte für ihre Haltung auch haben mag, mit Treu und Glauben sind sie nicht zu vereinbaren. Wenn der Kläger dies im Kontext des Schlichtungsverfahrens offen angesprochen haben sollte, hätte er dies mit Fug getan. Dies wiederum könnte indirekt sogar auf die Kündigung selber zurückwirken: Ereignisse nach der Kündigung zeigen nämlich wie erwähnt mitunter treuwidrige Motive an. Wie es sich damit genau verhält, kann aber offen bleiben. Selbst für den Fall, dass die Beklagte für ihre Kündigung neben ihrem Sanierungsprojekt keine weiteren Motive hatte, wie sie beteuert, erweist sich zumindest ihr Festhalten an der Kündigung trotz einer valablen Auszugsgarantie als missbräuchlich.

Um der vorliegenden Konstellation Rechnung zu tragen, ist im Urteil nur die Kündigung der Beklagten aufzuheben. Was die Auszugsgarantie des Klägers betrifft, entfaltet diese zwar schon durch die Erklärung vor Schranken die erforderliche Rechtswirkung (vgl. Art. 241 ZPO). Um der Klarheit willen ist sie im Dispositiv aber dennoch explizit zu umschreiben.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess verteilt (Art. 106 ZPO) und bemessen sich anhand des Streitwerts der Klage (vgl. Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010, nachfolgend GebV OG, und Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010, nachfolgend AnwGebV; Art. 96 ZPO). Bei der Bemessung der

Gerichtsgebühr sind § 4 und § 7 lit. a GebV OG und bei der Festlegung der Parteientschädigung ist § 4 AnwGebV angemessen zu berücksichtigen.

Bei der Anfechtung einer Kündigung entspricht der Streitwert dem Mietzins, der vom angefochtenen bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin geschuldet ist, zuzüglich des dreijährigen Kündigungsschutzes gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR, der bei einer Gutheissung der Klage ausgelöst wird (BGE 144 III 346 E. 1.2.2.2; Urteil des BGer 4A\_444/2022 v. 23.3.2023 E. 1).

2. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 66'000.– ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 4'555.– festzusetzen (gem. § 7 lit. a GebV um 1/3 ermässigt). Die Parteientschädigung ist – unter Berücksichtigung einer Reduktion der ordentlichen Entschädigung wegen der Berechnung des Streitwerts gestützt auf periodische Leistungen gestützt auf § 4 Abs. 3 AnwGebV um einen Drittel – auf Fr. 6'060.– (inkl. MwSt.) festzusetzen.

(...))»

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2024, 34. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich  
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw G. Marques, Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber,  
Mietgerichtspräsident