

ZMP 2025 Nr. 17

Art. 257f Abs. 3 OR; Art. 271 OR. Ausserordentliche Kündigung des Mietvertrags wegen Verwendung der Sache im Widerspruch zum öffentlichen Baurecht.

Verwendet die Mieterin die Sache wissentlich im Widerspruch zum öffentlichen Baurecht nicht als Geschäftsraum, sondern zur Untervermietung als Wohnraum, so erweist sich eine ausserordentliche Kündigung wegen schwerer Pflichtverletzung im Anschluss an eine Abmahnung als gültig. Keine Rolle spielt, ob die frühere Eigentümerin bzw. deren Liegenschaftsverwaltung von der Nutzungsweise gewusst hat. Zwar müsste sich die neue Eigentümerin dieses Verhalten anrechnen lassen. Die Berufung der Mieterin darauf würde diesfalls aber (ebenfalls) gegen Treu und Glauben verstossen, so dass der Standpunkt der Vermieterin zu schützen ist, welche mit ihrer Kündigung der rechtswidrigen Nutzung ein Ende setzen möchte.

Das Obergericht bestätigt den Entscheid im Ergebnis, kommt aber zum Befund, eine Vertragsverletzung könne nicht allein in einem bewussten Verstoss gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften liegen. Dass die frühere Eigentümerin die dem öffentlichen Recht widersprechende Nutzung der Sache geduldet habe, sei jedoch in antizipierter Beweiswürdigung auszuschliessen.

Aus dem Urteil des **Mietgerichts Zürich** MJ240050-L vom 8. Juli 2025 (nicht rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Trepp, Meier; Gerichtsschreiberin Moshir Omer):

«(...)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

1.1. Die Klägerin und die damalige Eigentümerin der Liegenschaft, A., schlossen am 10. März 2014 einen Mietvertrag über ein «Büro im 1. Stock» mit den Nebenräumen «WC auf dem Korridor» an der N.-strasse y in Zürich mit Mietbeginn per 1. April 2014 für eine feste Mietdauer bis zum 31. März 2019 ab. Der Klägerin

wurde ein Optionsrecht eingeräumt, das Mietverhältnis zweimal um eine feste Mietdauer von fünf Jahren – jeweils ab 1. April 2019 und 1. April 2024 – zu verlängern. Der vereinbarte Mietzins beträgt monatlich Fr. 2'750.– inkl. Heiz- und Nebenkosten. Am 19. Juni 2023 erwarb die Beklagte die Liegenschaft und wurde damit die Vermieterin des Mietobjekts.

1.2. Die Klägerin übte die beiden Optionsrechte jeweils fristgerecht aus. Mit Schreiben vom 13. September 2023 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass mit der Ausübung des Optionsrechts der Mietzins erhöht werde. Zudem mahnte sie die Klägerin aufgrund einer zwecks- und bewilligungsfremden Nutzung des Mietobjekts ab und drohte bei deren Fortdauer die Kündigung des Mietverhältnisses gestützt auf Art. 257f OR an. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2023 erklärte die Klägerin, die ehemalige Eigentümerin habe von Anfang an gewusst, dass die Klägerin und ihre Untermieterinnen die Räume nicht als Büro, sondern als Studio nutzen würden. Am 13. Oktober 2023 focht die Klägerin sodann die Mietzinserhöhung an. Mit Schreiben und amtlichem Formular vom 21. März 2024 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis mit der Begründung der fortdauernden vertragswidrigen Nutzung. Am 18. April 2024 fand die Schlichtungsverhandlung im Zusammenhang mit der Mietzinserhöhung statt, wobei zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte und der Beklagten die Klagebewilligung erteilt wurde (... ; SB-Nr. MO234294-L). Die Beklagte verfolgte dieses Verfahren nicht weiter bzw. machte von der Klagebewilligung keinen Gebrauch.

1.3. Das Mietobjekt weist eine Fläche von über 230 m² auf und befand sich bei Mietbeginn im Jahr 2014 unbestrittenermassen in einem rohbauähnlichen Zustand. Zuvor wurde das Mietobjekt gewerblich genutzt. Im Anhang zum Mietvertrag wurde vereinbart, dass die Vermieterin auf ihre Kosten die WC-Anlage im Korridor renovieren und eine Dusche einbauen werde, im Übrigen jedoch keine Renovationen vornehme. Die Einteilung beziehungsweise Abtrennung und allfällige Schreinerarbeiten werde durch die Mieterin auf eigene Kosten vorgenommen, wobei sie für das Einholen allfällig benötigter behördlichen Bewilligungen und die Erfüllung der entsprechenden Auflagen, vor allem feuerpolizeiliche, in Zusammenarbeit mit der Vermieterin verantwortlich sei. Die Klägerin baute das Mietobjekt um;

sie richtete eine Holz-Werkstatt ein und gleichzeitig wohnten bzw. wohnen darin Untermieter. Gemäss dem Bauplan vom 25. Januar 2018 im Zusammenhang mit der Erstellung einer Terrasse erstellte die Klägerin im Mietobjekt konkret eine Teeküche, drei «Studios», einen Bastelraum und einen Ruheraum.

1.4. Zwischen den Parteien ist im Wesentlichen strittig, ob die Wohnnutzung des Mietobjekts – neben der gewerblichen Nutzung – vereinbart wurde bzw. ob die Rechtsvorgängerin der Beklagten diese gestattete oder davon zumindest Kenntnis hatten und diese damit (stillschweigend) duldeten. Überdies sind sich die Parteien uneins, ob die Klägerin für die Umbauten die erforderlichen behördlichen Bewilligungen eingeholt hat, eine Wohnnutzung des Mietobjekts im jetzigen Zustand öffentlich-rechtlich bewilligungsfähig wäre und es der Beklagten zumutbar ist, eine rechtswidrige Nutzung dulden zu müssen.

2. *Prozessgeschichte*

2.1. Mit Eingabe vom 22. April 2024 (Datum der Postaufgabe) machte die Klägerin das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 25. Juni 2024 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden und es wurde der Klägerin die Klagebewilligung ausgestellt.

2.2. Mit Eingabe vom 9. September 2024 (Poststempel) reichte die Klägerin innert Frist (Art. 209 Abs. 4 ZPO) eine unbegründete Klage mit den vorstehenden Rechtsbegehren ein. Mit Zirkulationsbeschluss vom 12. September 2024 wurde die Klage samt Beilagen der Beklagten zugestellt, die Prozessleitung an den Mietgerichtspräsidenten delegiert und der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 6'250.– angesetzt, welcher fristgerecht einging. Daraufhin wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vom 30. Januar 2025 vorgeladen. Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre Parteivorträge und erhielten Gelegenheit zu Replik und Duplik. Nachdem Vergleichsgespräche scheiterten, wurde den Parteien mit deren Einverständnis eine Frist von zwei Wochen gewährt, um einen aussergerichtlichen Vergleich einzureichen. Die Frist verstrich ungenutzt.

2.3 Mit Schreiben vom 19. März 2025 wurde den Parteien ein Wechsel in der Gerichtsbesetzung mitgeteilt. Das Verfahren ist spruchreif. Die Urteilsberatung erfolgte auf dem Zirkularweg.

II. Prozessuales

1. Das Mietgericht 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 mehr als Fr. 30'000.– (Art. 33 ZPO; § 21 i.V.m. Art. 26 GOG ZH).

2. Für Prozesse betreffend Kündigungsschutz und Erstreckung bei Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), wobei die soziale Untersuchungsmaxime Anwendung findet (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 ZPO). Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest, beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2 = Pra 2013 Nr. 105; BGE 125 III 231 E. 4a; BSK ZPO-MAZAN, 4. Aufl., Art. 247 N 4 und 16 ff.). Dabei ist für das Ausmass der richterlichen Hilfe u.a. ausschlaggebend, wie kompliziert die Materie ist, wie weit die intellektuellen Fähigkeiten der betroffenen Partei reichen, ob diese anwaltlich vertreten oder rechtskundig ist und ob ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht (BGE 141 III 569 E. 2.3.1). Neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt das Gericht bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

III. Parteistandpunkte

1. *Standpunkt der Klägerin*

1.1. Die Klägerin macht geltend, die Kündigung vom 21. März 2024 sei unwirksam, da die Voraussetzungen des ausserordentlichen Kündigungsrechts nach Art. 257f Abs. 3 OR offensichtlich nicht erfüllt seien. Subsidiär sei die Kündigung infolge Treuwidrigkeit für ungültig zu erklären.

1.2. Es sei ausdrücklich eine gemischte Nutzung zum Wohnen und Arbeiten vereinbart worden. Hinweise dafür seien u.a. die Rohbaumiete, die Holzwerkstatt und die beantragte Mietzinsherabsetzung während der Covid-19-Pandemie. Beim Vertragsabschluss sei mit der damaligen Vermieterin A. mündlich eine gemischte Nutzung besprochen worden, wobei das Mietobjekt entgegen der Bezeichnung im Mietvertrag nicht als Büro dienen sollte. Die Vermieterin sei gegenüber unterschiedlichen Nutzungsformen offen gewesen, solange keine wesentlichen Zusatzkosten entstanden, weshalb sie sich lediglich dazu bereit erklärt habe, im WC auf dem Korridor eine Dusche einzubauen. Ursprünglich habe die Klägerin ein Design-Studio zum Arbeiten und Wohnen sowie ein Yoga-Studio vorgesehen, schliesslich jedoch eine Holzwerkstatt eingerichtet. Den von der Klägerin nicht zur alleinigen Nutzung beanspruchte Teil der Mietsache habe diese diversen und wechselnden Personen untervermietet.

1.3. Der langjährige Verwalter B. sei während zehn Jahren etwa zweimal jährlich im Mietobjekt gewesen und stets über die konkrete gemischte Nutzung sowie über die Untermieter informiert gewesen. Anliegen seien unkompliziert mündlich oder per E-Mail gelöst worden.

1.4. Das 3. OG sei seit dem 1. August 2014 durch den Verein E. ebenfalls gemischt – gewerblich und zum Wohnen – genutzt worden. Auch im 4. OG befänden sich Wohnungen, wobei die Klägerin davon ausgehe, dass darin schon seit Erstellung der Liegenschaft im Jahr 1963 gewohnt werde. Die Liegenschaft liege gemäss Zonenplan der Stadt Zürich in der Bauzone W5.

1.5. Die Behörden hätten von der Wohnnutzung gewusst: Sämtliche Um-, Ein- und Ausbauten im 1. und 3. OG – inklusive neu installierter Elektroanlage – seien

behördlich abgenommen und insbesondere auch aus feuerpolizeilicher Sicht für in Ordnung befunden worden. Im Auftrage des Untermieters F. habe die Firma D. GmbH am 9. Januar 2020 eine periodische Sicherheitsnachweis-Kontrolle der Elektroanlagen durchgeführt. Auf der Rechnung vom 13. Januar 2020 an F. sei die Mietsache als «Wohnung» bezeichnet worden. Auch das Baugesuch für die Terrasse sei vom Amt für Baubewilligungen – im Anzeigeverfahren – und der Feuerpolizei bewilligt und abgenommen worden, wobei das Mietobjekt habe betreten werden müssen. Es sei fraglich, wieso die Behörden über zehn Jahre lang nicht eingegriffen hätten, wenn die Wohnnutzung nicht bewilligt und nicht bewilligungsfähig wäre. Überdies entstünden der Beklagten auch durch ein bewilligungswidriges Wohnen im Mietobjekt keine Nachteile, nachdem die zuständigen Behörden dieses während zehn Jahren geduldet hätten.

1.6. Im Jahr 2023 habe A. die C. AG mit dem Verkauf der Liegenschaft beauftragt. In der Verkaufsdokumentation seien die Mietobjekte im 1. und 3. OG als «Atelier», dasjenige im 2. OG hingegen als «Gewerbe» bezeichnet worden. Die in der Verkaufsdokumentation enthaltenen Fotos vom 1. und 3. OG würden eher den Eindruck erwecken, dass darin ausschliesslich gewohnt werde, wobei darin auch keine Arbeits- oder Gewerberäume abgebildet seien. Das Gleiche gelte auch für die Bilder, die die Beklagte anlässlich der Besichtigung vom 25. April 2023 aufgenommen habe. Der Mietzins im 2. OG sei zudem deutlich höher, obwohl die Fläche vergleichbar sei.

1.7. Auch den Verein E. habe man aufgrund der vertragswidrigen Nutzung des 3. OG abgemahnt. Dieser habe geltend gemacht, dass die Nutzung dem Vereinszweck entspreche und die Vermieterin mit dieser einverstanden gewesen sei. Obwohl dieser die Nutzung der Mietsache nicht geändert habe, habe man mit ihm am 24. August 2024 einen neuen Mietvertrag – mit der Vereinbarung der Zulässigkeit der Wohnnutzung – abgeschlossen, statt das Mietverhältnis zu kündigen. Nachdem der Verein das Optionsrecht ferner nicht fristgerecht ausgeübt habe, habe kein Anlass für die Beklagte bestanden, einen neuen Mietvertrag abzuschliessen. Damit sei der Beklagten die Fortsetzung des Mietverhältnisses wegen der angeblich vertrags- und bewilligungswidrigen Nutzung sehr wohl zuzumuten. Zudem sei

das 3. OG der Stadt Zürich – durch B. – als Wohnung gemeldet worden, wobei eine Registrierung genauso für das 1. OG möglich wäre. Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Situation, namentlich der feuerpolizeilichen Vorschriften, der Elektroanlagen oder des Lärmschutzes, seien keine Unterschiede zwischen dem 1. und 3. Obergeschoss ersichtlich.

1.8. Gegen eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses spreche ferner, dass die Beklagte mit der Kündigung nach dem Schreiben der Klägerin vom 11. Oktober 2023 nicht umgehend ausserordentlich gekündigt habe, sondern damit ein halbes Jahr zugewartet habe.

1.9. Schliesslich sei als eigentlicher Grund für die Kündigung der geplante Umbau der Liegenschaft zur ertragreichen Vermietung anzusehen. Mit Ausnahme des Restaurants im Erdgeschoss sollten in der Liegenschaft Wohnungen bzw. Lofts erstellt werden, weshalb das Verbleiben der Klägerin während der Bauzeit nicht möglich sei.

2. *Standpunkt der Beklagten*

2.1. Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin nutze das Mietobjekt entgegen dem vertraglich umschriebenen Zweck und trotz schriftlicher Mahnung als Wohnung statt als Büro, was eine schwere Pflichtverletzung im Sinne von Art. 257f OR darstelle und zur Kündigung geführt habe. Eine solche Nutzung sei öffentlich-rechtlich weder bewilligt noch bewilligungsfähig und daher unzumutbar. Die Klägerin habe die «Studios» vor der Beklagten verheimlicht und erst im Frühherbst 2024 sei letzterer klar geworden, dass die Klägerin das Mietobjekt vertragswidrig zum Wohnen nutze. Nachdem die Klägerin trotz einer entsprechenden Abmahnung ausdrücklich an der Wohnnutzung festgehalten habe, sei das Mietverhältnis androhungsgemäss ausserordentlich gekündigt worden.

2.2. Es sei unzutreffend, dass die frühere Vermieterin die Wohnnutzung ausdrücklich geduldet habe. Der langjährige Verwalter der Liegenschaft B. sei über die konkrete Nutzung der Mieträume nicht im Bild gewesen, wobei auch im E-Mailverkehr mit der Klägerin bzw. den Untermietern die Wohnnutzung nie erwähnt worden sei. Der Verwalter habe deshalb auch im Mail vom 20. April 2023 ausdrücklich

bestätigt, dass keine mündlichen Absprachen bestünden, welche über die schriftlichen Mietverträge hinausgehen würden. Folgerichtig sei auch der Beklagten im Verkaufsprozess das Mietobjekt als Atelier – und damit als Gewerbe- und nicht Wohnraum – angepriesen worden. Die Klägerin habe überdies verschleiert, dass im Mietobjekt gewohnt werde und die Beklagte habe keinen Zugang zu den Studios gehabt.

2.3. Eine Wohnnutzung sei nicht vereinbart worden, was sich aus dem durchgehend verwendeten Begriff «Büronutzung» im Vertragstitel, bei der Objektbezeichnung und der Benützungsart sowie aus der Anwendung der AGB für Geschäftsräume ergebe. Gemäss Ziff. 4 lit. A. der AGB bedürfe jede Änderung des Verwendungszwecks der schriftlichen Zustimmung des Vermieters, wobei eine solche nicht vorliege. Vertragsinhalte wie eine feste Laufzeit von fünf Jahren, zwei Optionsrechte à fünf Jahre, Mietzinsrabatt als Starthilfe und die Vereinbarung als Rohbaumiete seien typisch für Geschäftsmieten. Auch im Lagervertrag sei von «Gewerbe» die Rede. Die in der Baubewilligung vom 21. Juni 2018 verwendeten Bezeichnungen «Studio», «Teeküche» und «Bastelraum» wiesen auf eine gewerbliche Nutzung und nicht eine Wohnnutzung hin. In einer Wohnung gäbe es eine normale Küche und nicht eine Teeküche. «Studio» im Sinne einer Wohnnutzung sei faktisch eine in sich abgeschlossene Einzimmerwohnung. Vorliegend seien aber mehrere Zimmer in einem grossen Raum verteilt, was öffentlich-rechtlich nicht zulässig sei.

2.4. Ferner sei dem Mietobjekt keine amtliche Wohnungsnummer zugewiesen. Eine Zustimmung zur Wohnnutzung hätte spätestens mit der Meldung der Wohnung im 3. OG im März 2021 zur Nacherfassung geführt. Der Terrassenausbau lasse keine Rückschlüsse auf die vertragliche Nutzung zu, da auch Gewerberäume über Terrassen verfügen könnten. Die von der Klägerin beantragte Herabsetzung des Mietzinses während der Covid-19-Pandemie würde gegen eine Wohnnutzung sprechen. Überdies hätten die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin von der Rechnung für den Sicherheitsnachweis vom 13. Januar 2020 der D. GmbH an den Untermieter F., in der das Mietobjekt als Wohnung bezeichnet worden sei, keine Kenntnis gehabt.

2.5. Auch seitens Behörden sei die Wohnnutzung weder bewilligt noch bewilligungsfähig. Gemäss Lärmschutzbericht vom 4. Oktober 2023 würden die Immissionsgrenzwerte (IGW) entlang der N.-strasse überschritten, weshalb die Studios 2 und 3 nicht über die Nordfassade belüftet werden dürften, wobei die zu öffnenden Fenster überhaupt nicht zulässig seien. Die Küche an der Nordfassade dürfte nicht grösser als 10 m² sein, da sie dadurch als Wohnküche eingestuft würde. Auch die brandschutzrechtlichen Vorgaben, die Vorschriften der SIA-Norm 500 betreffend Gestaltung von hindernisfreien Bauten, die Vorgaben zu den Mindestzimmergrössen sowie zur Anzahl von Auto- und Fahrradparkplätzen, Kellerräumlichkeiten und Wasch- und Trockenräumen seien nicht eingehalten. Entgegen den mietvertraglichen Bestimmungen seien für die Umbauten der Klägerin die feuerpolizeilichen Auflagen nicht geprüft, eingeholt und bewilligt worden. Es bestehe ein nicht hinnehmbares versicherungstechnisches Risiko für die Beklagte, da im Brandfall eine Nichtzahlung durch die Gebäudeversicherung die Folge sein könnte und sie einen Totalschaden riskiere. Bei einer Kontrolle durch die Baupolizei würde die Wohnnutzung umgehend untersagt. Die Klägerin habe auch keine Kosten für ein Baubewilligungsverfahren ausgewiesen, was zeige, dass keine Bewilligungen eingeholt worden seien. Zwar liege die Liegenschaft in der Wohnzone W5, im heutigen Zustand sei die Wohnnutzung allerdings nicht bewilligt und wäre auch nicht bewilligungsfähig, da die Liegenschaft dazu zuerst umgebaut werden müsse.

2.6. Aus dem Mietverhältnis mit dem Verein E. könnten keine Rückschlüsse auf jenes mit der Klägerin gezogen werden, da eine andere Ausgangslage bestanden habe. Der Verwalter B. habe im Unterschied zum 1. OG für das 3. OG eine Wohnanmeldung vorgenommen, da ihm die dortige Wohnnutzung bekannt gewesen sei. Im Gegensatz dazu hätten sich im 1. OG weder die Klägerin noch andere dort wohnhafte Personen bei der Einwohnerkontrolle angemeldet, während dies im 3. OG erfolgt sei. Auch lärmschutzrechtlich bestünden gemäss Gutachten erhebliche Unterschiede, wobei die Problematik im 1. OG deutlich gravierender sei. Mit dem Verein sei zudem nach Verpassen der Optionsfrist kein Mietvertrag sondern eine Aufhebungsvereinbarung getroffen worden, in der ausdrücklich festgehalten worden sei, dass künftig niemand mehr im 3. OG wohnen dürfe.

2.7. Das Zuwarten mit der Kündigung um ein halbes Jahr nach der Abmahnung sei unproblematisch, da die vertragswidrige Nutzung fortbestanden habe. Die Kündigung sei bewusst vor der Schlichtungsverhandlung erfolgt, um anlässlich dieser eine Lösung zu ermöglichen. Man müsse der Beklagten ausserdem zugutehalten, dass sie der Klägerin genügend Zeit habe einräumen wollen, um die Auflösung der Untermietverhältnisse zu regeln.

2.8. Die Klägerin habe von ihrem Optionsrecht Gebrauch gemacht, obwohl sie im Mietobjekt selbst nicht wohne. Sie habe die Wohnnutzung, Untermietverhältnisse und deren Bedingungen gegenüber der Beklagten verschwiegen. Dieses Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz. Sanierungsarbeiten seien auch möglich, wenn Mietobjekte – unabhängig ob als Wohn- oder als Geschäftsraum – in Betrieb seien.

3. Auf diese und weitere Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit eingegangen, als dies für den Entscheid von Belang ist. Findet sich zu einer Behauptung kein Kommentar, so hat das Gericht diese als irrelevant eingestuft.

IV. Materielles

1. Wirksamkeit der Kündigung

1.1 Gemäss Art. 257f Abs. 3 OR kann der Vermieter von Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf ein Monatsende kündigen, wenn der Mieter trotz schriftlicher Mahnung seine Pflicht zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme weiter verletzt, so dass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist (BGer 4A_140/2019 vom 26. September 2019 E. 4.1 = mp 2020 S. 45 f.; Mietrecht für die Praxis/BRÄNDLI, 10. Aufl., S. 816 ff.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl., Art. 257f OR N 50 ff.).

1.2 Die Sorgfaltspflicht gemäss Art. 257f Abs. 1 OR gebietet ganz allgemein, die Mietsache vertragsgemäss und schonend zu gebrauchen, damit diese im Interesse des Vermieters nicht unnötig an Substanz einbüsst und der Hausfrieden nicht gestört wird (CHK-HULLIGER, 4. Aufl., Art. 257f OR N 4; SVIT-Komm.-REUDT, 5. Aufl., Art. 257f OR N 20). Störendes oder gar strafrechtlich relevantes Verhalten

muss der Vermieter nicht dulden (SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257f OR N 31; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 34).

1.3 Eine Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR setzt weiter eine schriftliche Mahnung voraus (CHK-HULLIGER a.a.O., Art. 257f OR N 8; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 50 f.; BGer 4A_162/2014 vom 26. August 2014 E. 2.2.2). Die Abmahnung muss innert nützlicher Frist seit der Pflichtverletzung erfolgen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 52; SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257f OR N 53; MPra-BRÄNDLI, 10. Auflage, S. 818). Eine explizite Kündigungsandrohung wird nicht vorausgesetzt (ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 51 und 54; SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257f OR N 54 f.; MPra-BRÄNDLI, a.a.O., S. 819). Die ausserordentliche Kündigung darf erst erfolgen, wenn die abgemahnte Pflichtverletzung nach der schriftlichen Abmahnung andauert oder erneut erfolgt. Es genügt ein sachlicher und nicht allzu ferner zeitlicher Zusammenhang (MPra-BRÄNDLI, a.a.O., S. 819; CHK-HULLIGER a.a.O., Art. 257f OR N 8; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 56; BGer 4C.270/2007 vom 26. November 2001 E. 3b/cc).

1.4 Darüber hinaus setzt die ausserordentliche Kündigung eine schwere Vertragsverletzung i.S. des Vorliegens eines wichtigen Grundes voraus (SVIT-Komm.-REUDT a.a.O., N 38; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 58 ff.). Dafür muss die erneute oder andauernde Pflichtverletzung eine gewisse objektive Schwere aufweisen, so dass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zuzumuten ist (BGE 136 III 65 E. 2.5; BGer 4A_647/2017 vom 7. März 2018 E. 3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 58; MPra-BRÄNDLI, a.a.O., S. 820). Auch hier ist ein objektiver Massstab anzulegen. Der Entscheid erfolgt unter Würdigung der gesamten Umstände (Art. 4 ZGB; BGE 136 III 65 E. 2.5; BGer 4A_647/2017 vom 7. März 2018 E. 3; MPra-BRÄNDLI, a.a.O., S. 820; SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257f OR N 41).

1.5 Wartet der Vermieter lange mit der Kündigung zu, nachdem die Pflichtverletzung erfolgt, stellt dies ein Indiz gegen die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses dar (BGer 4A_87/2012 v. 10. April 2012 E. 5.3; MPra-BRÄNDLI,

a.a.O., S. 821). Keine selbständige Tragweite hat die Zumutbarkeit, wenn der Mieter die Sache trotz bestehender Gründe zur Verweigerung der Zustimmung durch den Vermieter untervermietet (BGE 134 III 300 E. 3.1 = Pra 2008 Nr. 130; BGE 134 III 446 = Pra 2009 Nr. 21), wenn der Mieter die Sache anhaltend entgegen dem vertraglich vereinbarten Zweck gebraucht (BGE 132 III 109; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PD170001-O vom 8. Juni 2017, E. 3.1; KUKO OR-BLUMER, Art. 257f N 9; CHK-HULLIGER a.a.O., Art. 257f OR N 8) oder bei eigenmächtiger Nutzungsänderung (wiederholte zweckwidrige Verwendung von Allgemeinräumen), insbesondere, wenn die Änderung behördlich bewilligungspflichtig ist und/oder Nachbarn beeinträchtigt (SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257f OR N 76; MPra-BRÄNDLI, a.a.O., S. 822; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 61 ff.; BGE 132 III 109; BGer 4A_518/2014 v. 19.11.2014, E. 7). Die Unzumutbarkeit entfällt, wenn der Vermieter die Missstände wesentlich mitverschuldet hat (ZMP 2017 Nr. 12) oder wenn eine psychische Störung die Ursache für das vertragswidrige Verhalten bildet und sich der Gesundheitszustand des Mieters gebessert hat (BGer 4C.273/2005 vom 22. November 2005).

Der Vermieter ist für das Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 257f Abs. 3 OR beweisbelastet (Art. 8 ZGB; BGer 4C.273/2005 vom 22. November 2005 E. 2).

2. Missbräuchlichkeit der Kündigung

2.1. Nach Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Die Prüfung der Gültigkeit der Kündigung gestützt auf Art. 271 OR hat sich lediglich auf den Blickwinkel von Treu und Glauben zu beschränken (Art. 271 Abs. 1 OR). Da die Frage der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses materielle Voraussetzung von Art. 257f Abs. 3 OR ist, bleibt im Rahmen des Anfechtungsverfahrens für die Prüfung dieser Frage kein Raum mehr. Die Frage der Unzumutbarkeit ist vielmehr im Rahmen der (vorfrageweisen) Prüfung der gesetzlichen Gültigkeit der Kündigung zu prüfen, wobei zu beachten ist, dass der Vermieter, der von seinem Vertragspartner vertrags-treues Verhalten erwarten darf, anlässlich einer ausserordentlichen Kündigung nicht gehalten ist, sorgsam wie ein Gericht alle Aspekte gegeneinander abzuwägen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 271a OR N 84 f.) Im Übrigen ist bei Fällen

von Vertragsverletzungen des Kündigungsempfängers eine gewisse Zurückhaltung mit der Annahme widersprüchlichen Verhaltens des Kündigenden geboten (vgl. BGer 4A_62/2010 vom 13.4.2010 E.3).

2.2. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt vor, wenn die Kündigung ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem erheblichen Missverhältnis zueinander stehen. Zu beachten sind zunächst die aus dem allgemeinen Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben entwickelten Kriterien. Es ist zu fragen, ob auch ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner in der gleichen Situation zur Kündigung gegriffen hätte (Art. 2 Abs. 1 ZGB; CHK-HULLIGER a.a.O., Art. 271-271a OR N 3; SVIT-Komm.-MEYER a.a.O., Art. 271 N 22 und 28; MPra-THANEI, 10. Aufl. 2022, S. 887 ff.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 271 OR N 10 ff. und 56; KUKO OR-BLUMER, 1. Aufl. 2014, Art. 271/271a N 6). Jede Kündigung, der ein legitimes, sachlich oder persönlichen nachvollziehbares Interesse oder Motiv unterliegt, ist demnach gültig (CHK-HULLIGER, a.a.O., Art. 271-271a OR N 3).

2.3. Art. 271a OR konkretisiert und erweitert die Grundnorm von Art. 271 OR. Der Katalog anfechtbarer Kündigungen in Art. 271a OR bestätigt, dass das Gesetz weit eher von positiven Loyalitätskriterien und vom Sozialschutzgedanken ausgeht denn vom negativ geprägten Missbrauchs begriff (BGE 131 III 33 E. 3.2). Massgeblich sind selbstverständlich auch die Kriterien, die in Zusammenhang mit dem Verbot (offensichtlichen) Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB entwickelt worden sind, wobei Offensichtlichkeit in Art. 271 OR gerade nicht vorausgesetzt wird. Anfechtbar sind daher neben nutzlosen oder gar schikanösen Kündigungen auch solche, die Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens oder schonungsloser Rechtsausübung sind. Nicht jedes Interessenmissverhältnis genügt allerdings für eine Ungültigerklärung einer Kündigung. Nach der Konzeption des Gesetzes bleibt es grundsätzlich bei der Kündigungsfreiheit und es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die kündigende Partei ihr eigenes Interesse über diejenigen der gekündigten Partei stellt, solange jenes Interesse nur auch tatsächlich vorhanden ist. Das Gesetz kennt denn auch keinen Katalog gültiger Kündigungsgründe (ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 271a OR N 10 f.; CHK-HULLIGER, a.a.O., Art. 271-271a OR N

2 ff.; SVIT-Komm.-MEYER, a.a.O., Art. 271, N 20 ff.; MPra-THANEI, a.a.O., S. 901 ff.; KUKO OR-BLUMER, a.a.O., Art. 271/271a N 7).

2.4. Massgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung (BGE 142 III 91 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_435/2021 vom 14. Februar 2022 E. 3.1.3; KUKO OR-BLUMER, a.a.O., Art. 271/271a N 16). Dabei obliegt es dem Empfänger der Kündigung zu beweisen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Verstoss gegen Treu und Glauben gegeben sind, mithin darzutun dass die Kündigung ohne schützenswerten oder gar aus einem verpönten Grund erfolgte; der Kündigende hat jedoch redlich zur Wahrheitsfindung beizutragen und die Kündigung auf Ersuchen hin zu begründen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 271 OR N 165; SVIT-Komm.-MEYER a.a.O., Art. 271 N 51; vgl. Art. 271 Abs. 2 OR und Art. 8 ZGB; BGE 145 III 143 E. 3.1; 138 III 59 E. 2.1; 135 III 112 E. 4.1). Da es sich beim Grundsatz von Treu und Glauben um einen Rechtsbegriff handelt, sind diejenigen Tatsachen zu beweisen, die auf einen Verstoss gegen diesen Grundsatz schliessen lassen (Urteil des Bundesgerichts 4A_345/2007 vom 8. Januar 2008 E. 2.4.3). Die kündigende Partei ist an die von ihr gegebene Begründung der Kündigung grundsätzlich gebunden (Urteil des Bundesgerichts 4A_342/2007 vom 2. November 2007 E. 2.2.1) und muss den Kündigungsgrund zumindest glaubhaft machen (Urteil des Bundesgerichts 4A_518/2010 vom 16. Dezember 2010 E. 2.4.1).

2.5. Fallen zulässige und verpönte Kündigungsmotive zusammen, ist die Frage der Missbräuchlichkeit gestützt auf eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (KUKO OR-BLUMER, Art. 271/271, N 12). Anders ist zu entscheiden, wenn die vom kündigenden Vermieter vorgebrachten Gründe in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen. So etwa im Fall, in dem die Mieterin die Geschäftsräumlichkeiten nicht wie vereinbart als Modegeschäft, sondern als Imbissbetrieb nutzte, wodurch eine Konkurrenzsituation zu einem anderen Mieter im selben Gebäude entstand, zusätzlich eine erhebliche Abfallproblematik verursacht wurde und aufgrund beschränkter Öffnungszeiten eine mangelhafte Bewirtschaftung vorlag. Trotz einer zuvor erfolgten langjährigen Duldung dieser Nutzung kam das Bundesgericht aufgrund einer Gesamtschau zum

Schluss, dass die Kündigung nicht missbräuchlich war (vgl. BGer 4A_212/2018 vom 22. Mai 2018, E. 4.3 ff.; zu den Entscheiden aller drei Instanzen vgl. ZMP 2018 Nr. 2). Die Überprüfung einzelner vom Vermieter angeführter Kündigungsgründe kann unterbleiben, wenn das Gericht gestützt auf bereits erhobene Beweise in willkürfreier antizipierter Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, dass zusätzliche Beweiserhebungen an der Gesamtwürdigung nichts zu ändern vermöchten (BGE 143 III 297 E. 9.3.2; BGE 140 I 285 E. 6.3.1; BGE 138 III 374 E. 4.3.2).

V. Würdigung

Vorliegend hat die Beklagte das Mietverhältnis infolge der ihrer Ansicht nach nicht vereinbarten Wohnnutzung durch die Klägerin gekündigt. Es ist unbestritten, dass eine Abmahnung erfolgte und die Beklagte das Mietverhältnis kündigte, nachdem die Klägerin an der vereinbarten Wohnnutzung festgehalten hatte. Auch erfolgte die Kündigung formell korrekt.

1. Pflichtverletzung?

1.1. Gemäss Art. 261 Abs. 1 OR geht bei einer Veräusserung nach Abschluss des Mietvertrages das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Namentlich muss der neue Vermieter dem bisherigen Mieter die Sache im gleichen Umfang und Rahmen wie der frühere Eigentümer überlassen (vgl. SVIT-Komm.-BÄTTIG, a.a.O., Art. 261-261a OR N 11; ZK-HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 261/261a OR N 21 ff.). Die Klägerin macht geltend, es liege keine Pflichtverletzung vor, weil die gemischte Nutzung über Jahre hinweg geduldet worden sei, die Rechtsvorgängerin der Beklagten mithin Kenntnis von ihr gehabt habe (act. 13 S. 15; Prot. S. 21). Da das Mietverhältnis mit der ehemaligen Vermieterin A. geschlossen wurde, ist zu eruieren, ob eine gemischte Nutzung damals – ausdrücklich oder stillschweigend – vereinbart wurde.

1.2. Der Mietvertrag vom 10. März 2014 ist mit «Mietverträge für Büroräume» betitelt und unter Benutzungsart sind «Büroräume» aufgeführt. Der Anhang zum Mietvertrag betrifft ein «Büro 1. OG Attika, gemäss Planskizze ca. 236 m²». Auch

in den eingereichten Mailverläufen zwischen den Parteien ist keine Rede von einer – zusätzlich vereinbarten – Wohnungsnutzung:

Im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie hat die Klägerin im April 2020 eine Mietzinsreduktion verlangt mit der Begründung, dass das Mietobjekt aufgrund der Massnahmen zum Betrieb ihrer beruflichen Tätigkeiten nicht mehr vertragsgemäss und vollumfänglich genützt werden könne. Die Klägerin beantragte eine Mietzinsreduktion von 100%. Der damalige Verwalter B. antwortete darauf, dass er eine solche Reduktion etwas frech finde, da die Klägerin nicht wie Restaurants oder andere Unternehmen ganz geschlossen habe und sie sich dort auch aufhalten würden und das Mietobjekt auch als Lager benützt werde. Von einer Wohnnutzung wurde nicht gesprochen und vor dem Hintergrund einer diesbezüglichen Vereinbarung erscheint es fraglich, dass die Klägerin bei einer entsprechenden Vereinbarung eine vollständige Mietzinsreduktion von 100 % verlangt hätte. Gleiches gilt für die von der Klägerin geltend gemachte Reduktion um zwei Monatsmietzinse, die sie mit dem Umstand begründete, dass im Mietobjekt infolge von Baulärm im Zeitraum vom 20. Dezember 2016 bis zum 20. Februar 2017 nicht habe gearbeitet werden können. Auf diese Forderung verzichtete die Klägerin jedoch im Hinblick auf die Beteiligung der Beklagten an den Kosten für die Terrassenerweiterung.

Die Beteiligung der Vermieterin an den Kosten der Terrassenerweiterung lässt weder Rückschlüsse auf eine Wohnnutzung zu, noch spricht sie dagegen, da eine solche Beteiligung ebenso bei Geschäftsräumlichkeiten erfolgen kann. Auch die Anmietung eines Lagerraums lässt keinen Schluss auf eine Wohnnutzung zu, zumal der Mietvertrag vom 1. Dezember 2020 ausdrücklich mit «Mietvertrag für Gewerbe» betitelt ist. Die im Bauplan vom 25. Januar 2018 im Zusammenhang mit der Erstellung der Terrasse gewählten Bezeichnungen «Teeküche», «Studios», «Bastelraum» und «Ruheraum» sprechen im Übrigen eher für eine gewerbliche als für eine Wohnnutzung. Wie die Beklagte zutreffend geltend macht, weist eine reguläre Mietwohnung weder eine «Teeküche» noch einen «Ruheraum» auf. Zudem wird der Begriff «Studio» im Wohnkontext regelmässig für eine Einzimmerwohnung und nicht synonym für ein Schlafzimmer verwendet.

Die Rechnung der D. GmbH vom 13. Januar 2020 spricht zwar im Zusammenhang mit den Elektroanlagen von einer «periodischen Kontrolle einer Wohnung». Die Rechnung war jedoch an den Untermieter F. adressiert, wobei die Kontrolle gemäss der Klägerin auch durch diesen in Auftrag gegeben wurde. Die Beklagte bestreitet, dass sie oder ihre Rechtsvorgänger jemals eine Kopie dieser Rechnung erhalten hätten. Zwar behauptet die Klägerin, der damalige Verwalter habe eine Kopie der Rechnung erhalten, reicht hierfür jedoch keinen entsprechenden Beleg ein. Es muss somit davon ausgegangen werden, dass die Beklagte keine Kenntnis von dieser Rechnung hatte, sodass ihr Inhalt für die Beurteilung des vereinbarten Nutzungszwecks unbeachtlich bleiben muss. Unbestritten ist hingegen, dass die Mieterin die Räumlichkeiten tatsächlich zu Wohnzwecken nutzte. Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass die D. GmbH das Mietobjekt in ihrer Rechnung als «Wohnung» bezeichnet hat. Aus dieser Beschreibung der tatsächlichen Sachlage durch eine Drittpartei kann die Klägerin nichts für das Mietverhältnis (inter partes) mit der Beklagten ableiten. Eine Drittwirkung besteht nicht. Folglich bleibt die Rechnung der D. GmbH vorliegend unbeachtlich.

In der Verkaufsdokumentation aus dem Jahr 2023 wurden das 1. OG sowie das 3. OG als «Atelier» bezeichnet. Hinsichtlich der darin enthaltenen Fotografien wurde geltend gemacht, dass die Ebenen des 1. OG und 3. OG miteinander verwechselt worden seien. Festgehalten werden kann, dass in Bezug auf diese beiden Mietobjekte – im Gegensatz zu den Wohnungen im 4. OG – keine Fotografien von Schlafzimmern bzw. Räumen mit Betten enthalten waren. Den enthaltenen Grundrissen zufolge sind im 1. OG lediglich zwei «Büros» und im 3. OG drei «Büros» und eine «Werkstatt» als separate Räume eingezeichnet. Diese Grundrisse stimmen indessen nicht mit demjenigen des Bauplans vom 25. Januar 2018 überein. Die grosse Küche mit einem grossen Esstisch herum vermittelt eher den Eindruck einer Wohnung, während die weitläufige, leere Fläche in der Mitte der Einheit wiederum auf eine gewerbliche Nutzung hindeutet. Es erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass in einem Atelier, in dem mehrere Personen tätig sind und längere Zeit verweilen, eine solche Küche eingerichtet wird. Damit ergibt sich, dass die Verkaufsdokumentation keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bot, dass in

den bezeichneten Räumen eine Wohnnutzung stattfand, weshalb die Beklagte eine solche Nutzung nicht als gegeben annehmen musste.

Ein anderes Bild ergibt sich aus der anlässlich der Besichtigung vom 25. April 2023 erstellten Fotodokumentation der Beklagten. Darin sind Fotografien von drei Zimmern mit Betten, diversen Kleidungsstücken und Schuhe und aufgehängte Wäsche ersichtlich, sodass von einer Wohnnutzung ausgegangen werden muss. Aufgrund dieser Besichtigung erfolgte indessen die Abmahnung vom 13. September 2023, mit welcher die Klägerin aufgefordert wurde, die Wohnnutzung zu unterlassen.

1.3. Da die Verwaltung nicht nur mit der Klägerin, sondern auch mit dem Untermieter F. in Kontakt stand, hatte sie offensichtlich Kenntnis davon, dass die Klägerin das Mietobjekt untervermietete. Ob die Beklagte von weiteren Untermietverhältnissen Kenntnis hatte, kann vorliegend offen bleiben, da eine Untervermietung sowohl in einem Büro als auch in einem Atelier oder bei einer gemischten Nutzung möglich ist. Da die Beklagte zudem weder die Untermietverhältnisse noch die fehlende Bekanntgabe der Untermietbedingungen als Kündigungsgrund anführt, ist hierauf nicht weiter einzugehen.

1.4. Die Klägerin beruft sich auf die Vereinbarung zwischen der Beklagten und dem Verein E., in welcher das fragliche Mietverhältnis bis zum Erhalt der Baubewilligung, mindestens jedoch bis 31. Juli 2026, fortgesetzt wird. Zwischen den Parteien ist strittig, ob darin auch die Nutzung des Mietobjekts zu Wohnzwecken durch den Verein E. vereinbart wurde. Die Frage kann indessen offenbleiben, da die Klägerin aus einem Mietverhältnis mit einer Drittpartei keine Rechte ableiten kann. Hinzu kommt, dass jenes Mietobjekt – im Gegensatz zum vorliegenden – unbestrittenermassen als Wohnung angemeldet wurde und sich die Lärmsituation im 1. und im 3. OG unterscheidet. Weiterführende Ausführungen dazu erübrigen sich.

1.5. Gemäss § 309 lit. b des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich (PBG/ZH; LS 700.1) ist für Nutzungsänderungen bei Räumlichkeiten und Flächen, denen baurechtliche Bedeutung zukommt, eine Baubewilligung nötig. Die Umnut-

zung eines ursprünglich gewerblich genutzten Mietobjekts in eine gemischte Nutzung mit Erstellung von mehreren abgeschlossenen Zimmern stellt eine solche Nutzungsänderung mit baurechtlicher Relevanz dar. Eine Ausnahme von der Baubewilligungspflicht gemäss § 1 der Bauverfahrensverordnung des Kantons Zürichs (BVV/ZH; LS 700.6) liegt nicht vor. Folglich hätte vor Durchführung der Umbauten eine Baubewilligung eingeholt werden müssen.

In der von der Klägerin eingereichten Kostenübersicht über die Arbeiten zum Innenausbau des Mietobjekts sind weder Kosten für die Einholung einer Baubewilligung noch für eine feuerpolizeiliche Überprüfung aufgeführt. Die Klägerin macht zwar geltend, sämtliche Um-, Ein- und Ausbaten im Mietobjekt seien von den zuständigen Behörden abgenommen worden, und offeriert hierfür eine behördliche Auskunft des Amts für Baubewilligungen der Stadt Zürich als Beweis. Weshalb sie jedoch keine schriftliche Baubewilligung eingereicht hat, ist nicht nachvollziehbar, zumal ihr diese – sofern tatsächlich eingeholt – ebenso wie den Behörden vorliegen müsste.

In der Lehre wird im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime gefordert, dass Auskünfte von Amtsstellen subsidiär sind und nur dann infrage kommen, wenn die Information durch die Parteien nicht selber beschafft werden kann (vgl. WEIBEL/WALZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-Komm., 4. Aufl., Art. 190 N 9; BSK ZPO-HAFNER, 4. Aufl., Art. 190 N 3b). Das gleiche muss auch in Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime gelten, zumindest soweit die Parteien – wie vorliegend - anwaltlich vertreten sind.

Vorliegend wurde weder eine Baubewilligung noch ein Nachweis über eine feuerpolizeiliche Abnahme vorgelegt. Dass die Klägerin sich nicht mehr im Besitz der Baubewilligung befindet, vermag daran nichts zu ändern, zumal sie nicht dargelegt hat, inwiefern ihr eine Wiederbeschaffung nicht möglich gewesen wäre. Hinzu kommt, dass die Klägerin gemäss vertraglicher Vereinbarung ausdrücklich und in erster Linie verpflichtet war, die für die vorgenommenen baulichen Veränderungen allfällig benötigten behördlichen Bewilligungen selbst einzuholen, mithin auch für eine Umnutzung. Es fehlt damit am Nachweis einer behördlich genehmigten Umnutzung. Dies ist dahingehend zu würdigen, dass die Klägerin das Mietobjekt ohne

die erforderliche Bewilligung baulich verändert und in einer Weise genutzt hat, die nicht dem vereinbarten Vertragszweck entspricht. Darin ist eine vertragswidrige Nutzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR zu erblicken.

1.6. Die Klägerin macht schliesslich geltend, der Verwalter B. sei seit Mietbeginn regelmässig im Mietobjekt gewesen. Er habe Kenntnis von der gemischten Nutzung sowie den Untermietern gehabt, weshalb die Wohnnutzung von der Vermieterseite zumindest geduldet worden sei. Die Beklagte bestreitet dies.

Selbst wenn man unterstellt, die Rechtsvorgängerin der Beklagten oder eine ihrer Hilfspersonen habe die gemischte Nutzung des Mietobjekts stillschweigend geduldet, kann ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht dauerhaft geschützt werden. Zwar kann widersprüchliches Verhalten eines Vermieters grundsätzlich treuwidrig sein. Die Parteien hätten sich unter dieser Annahme indessen beidseitig widerrechtlich verhalten. Der Beklagten muss es jedoch erlaubt sein, den baurechtswidrigen Zustand zu korrigieren. Die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands – namentlich durch Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften – hat demnach Vorrang vor einem allfälligen Vertrauen in die Duldung eines widerrechtlichen Verhaltens, denn dieses könnte jederzeit zu Interventionen der Verwaltungsbehörden führen, jedenfalls soweit mit entsprechenden Vorschriften wie hier ein hinreichendes öffentliches Interesse verfolgt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_235/2023 v. 11. März 2024 E. 6). Deshalb wäre bereits die frühere Eigentümerschaft berechtigt und verpflichtet gewesen, den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen; dies gilt demzufolge gleichermassen für die neue Eigentümerschaft. Selbst unter Zugrundelegung einer früheren Duldung bleibt die baurechtswidrige Nutzung unzulässig und zu beseitigen. So oder anders hat die Beklagte mit ihrem Hinweis auf die Pflicht zu einer zweck- und bewilligungskonformen Nutzung des Mietobjekts in der Kündigungsandrohung sowie der Kündigung einen tragfähigen und legitimen ausserordentlichen Kündigungsgrund geltend gemacht.

1.7. Zusammenfassend finden sich in den Akten keine klaren Hinweise auf eine ursprünglich vereinbarte Wohnnutzung. Ob eine solche Nutzung durch die Vermieterseite stillschweigend geduldet wurde, kann offenbleiben. Massgebend ist, dass jedenfalls keine behördliche Bewilligung für die Nutzung des Mietobjekts als

Wohnung vorliegt. Das Mietobjekt wird damit in Abweichung vom öffentlichen Bau-recht verwendet. Darin ist zugleich eine unzulässige Nutzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR zu erblicken, womit die Klägerin ihre mietvertraglichen Pflichten verletzt hat.

2. Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses

2.1. Zu prüfen ist sodann, ob die Fortsetzung des Mietverhältnisses der Beklagten angesichts der Schwere der Pflichtverletzung unzumutbar ist. Dabei sind sämtliche Umstände zu würdigen.

2.2. Die Beklagte bringt zur Unzumutbarkeit vor, dass ein Verstoß eines Mieters gegen vertragliche Abmachungen – wie im vorliegenden Fall – stets als schwerwiegend zu qualifizieren sei, da solche Abmachungen für die andere Vertragspar-tei eine wesentliche Grundlage des Mietverhältnisses bildeten. Sie seien daher objektiv und per se unzumutbar. Der Beklagten sei es folglich unzumutbar, eine vertragswidrige, öffentlich-rechtlich nicht bewilligte und nicht bewilligungsfähige Nutzung hinzunehmen.

2.3. Wie bereits erwähnt, kommt der Unzumutbarkeit keine selbstständige Tragweite zu, wenn der Mieter die Sache dauerhaft entgegen dem vertraglich vereinbarten Zweck oder entgegen den öffentlich-rechtlichen Normen gebraucht (BGE 132 III 109; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PD170001-O vom 8. Juni 2017, E. 3.1). Zwar begründet nicht jede vertragswidrige Nutzung die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses, erforderlich ist viel mehr eine gewisse Schwere der Pflichtverletzung (vgl. etwa BGer 4A_38/2010 vom 1. April 2010, E. 3). Vorliegend wird das Mietobjekt derweil – seit Jahren – entgegen den Vorschriften statt nur gewerblich auch zu Wohnzwecken gemischt genutzt, so dass die Unzumutbarkeit ohne Weiteres bejaht werden kann.

2.4. Der Beklagten kann sodann nicht entgegengehalten werden, dass sie mit der Kündigung nach der Abmahnung vom 13. September 2023 gut sechs Monate zu-wartete, nachdem sie überzeugend dargelegt hat, dass sie der Klägerin infolge der bestehenden Untermietverhältnisse genügend Zeit zu deren Beendigung habe

einräumen wollen. Ebenso erscheint es im Hinblick auf den Zeitpunkt der Kündigung nachvollziehbar, dass die Beklagte diese vor der Schlichtungsverhandlung betreffend Mietzins aussprechen wollte, um anlässlich dieser eine umfassende Lösung zwischen den Parteien zu ermöglichen.

2.5. Die Kündigung vom 13. Oktober 2023 erweist sich nach dem Ausgeführten als wirksam.

3. *Vereinbarkeit des angegebenen Kündigungsgrundes mit dem Grundsatz von Treu und Glauben*

3.1. Die Klägerin bestreitet, dass die Beklagte mit der Kündigung einen vertrags- und bewilligungswidrigen Zustand beenden wolle. Die Erklärung der Mietzinserhöhung per 1. April 2024 und die Abmahnung wegen angeblicher vertrags- und bewilligungswidriger Nutzung diene ausschliesslich dazu, die Klägerin unter Druck zu setzen, das Mietverhältnis freiwillig zu beenden und die Mietsache zurückzugeben. Es gehe der Beklagten einzig darum, das Bauvorhaben, nämlich den Umbau der Liegenschaft zu Wohnungen und deren ertragreiche Vermietung, möglichst zeitnah realisieren zu können. Ihr Ziel, das Mietverhältnis vor dem Ablauf der zweiten Optionsdauer am 31. März 2029 zu beenden, könne sie somit nur auf dem Weg der ausserordentlichen Kündigung erreichen. Das Vorgehen der Beklagten sei krass widersprüchlich und treuwidrig. Die ersten drei Obergeschosse würden nicht nur saniert, sondern zu Wohnungen umgebaut, was der Klägerin eine weitere Nutzung des Mietobjekts während der Bauphase faktisch verunmögliche.

3.2. Die Beklagte begründet die Kündigung ausschliesslich mit der widerrechtlichen und vertragswidrigen Nutzung der Sache durch die Klägerin. Diese bestreitet zwar nicht, dass Sanierungsarbeiten geplant sind, macht jedoch geltend, dass diese problemlos bei fortbestehendem Mietverhältnis durchgeführt werden könnten. Der Klägerin wäre nicht gekündigt worden und das Mietverhältnis hätte sich um weitere fünf Jahre verlängert, hätte sie das Mietobjekt vertragsgemäss als Büro genützt. Eine Sanierung sei sehr wohl auch im bewohnten Zustand möglich.

3.3. Der Umstand, dass die Klägerin nach der Rückgabe der Sache einen Umbau bzw. Sanierungsarbeiten mit dem Ziel einer Wohnnutzung plant, vermag die Kündigung nicht zu entkräften. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beklagte eine Wohnnutzung anstrebt, welche mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften anders als beim heutigen Zustand in Einklang steht, insbesondere die Vorgaben zum Lärmschutz erfüllt.

3.4. Wer sich selbst vertragswidrig oder widerrechtlich verhält, kann im Lichte von Treu und Glauben für sich nicht auch noch den Schutz vor den Folgen dieses Tuns reklamieren (vgl. Art. 3 ZGB; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 271 OR N 86). So kann sich ein Mieter, der sich selbst in treuwidriger Weise verhält – insbesondere durch anhaltende Nutzung der Mietsache in offenkundigem Widerspruch zu Vertrag und öffentlichem Recht – nicht mit Erfolg auf den Schutz von Treu und Glauben berufen, um die Folgen seines eigenen pflichtwidrigen Verhaltens abzuwenden. Dieser Aspekt ist in Art. 271a Abs. 1 lit. a OR explizit auch für das Mietrecht verankert: Zwar kann der Vermieter der Mieterin nicht kündigen, weil sie die Sache dem Vertrag entsprechend oder in einer jahrelang geduldeten Weise genutzt hat. «Nach Treu und Glauben» i.S. der genannten Bestimmung nimmt sie dieses Recht aber nur wahr, wenn sie selber damit nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstösst.

Dies zeigt sich exemplarisch an der andauernden Gefahr in Bezug auf die Gebäudeversicherung: Es ist mit der Rechtsordnung – und insbesondere mit dem Grundsatz von Treu und Glauben – nicht vereinbar, dass der Vermieterin ein baurechtswidriger Zustand dauerhaft aufgedrängt wird. Denn bei einer solchen Lösung müsste die Vermieterin allein aufgrund einer früheren Duldung der Nutzung (noch dazu durch die vormaligen Eigentümer) jederzeit mit einem Totalausfall rechnen, d.h. das Risiko tragen, dass ihre gesamte Investition verloren geht, weil keine behördliche Bewilligung besteht. Die Klägerin verhält sich mit ihrer Argumentation doppelt treuwidrig: Einerseits nutzt sie das Mietobjekt in rechtswidriger Weise, indem sie es ohne entsprechende Bewilligung zu Wohnzwecken verwendet. Andererseits versucht sie, aus der von ihr selbst (möglicherweise im Verbund mit dem früheren Verwalter) geschaffenen Sachlage einen Vorteil auf Kosten der Beklagten

zu ziehen, indem sie Letztere dazu zwingen möchte, den rechtswidrigen Zustand weiterhin hinzunehmen. Ein solches Vorgehen ist nicht haltbar. Es wird vom sozialen Schutzzweck der mietrechtlichen Bestimmungen gerade nicht getragen, sondern untergräbt bzw. strapaziert diesen in krasser Weise. Wer sich nicht selbst gutgläubig verhält, kann sich – nach Art. 3 ZGB – auch nicht auf den Schutz des guten Glaubens berufen. Mit anderen Worten wäre selbst bei beidseitig widerrechtlichem Tun die Position derjenigen Partei zu schützen, die diesem Tun ein Ende setzen möchte.

3.5. Die fehlende behördliche Bewilligung stellt einen Verstoß gegen zwingendes öffentliches Recht dar, welcher rechtlich weder geduldet noch geschützt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist die neue Eigentümerschaft nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und damit der Unmöglichkeit der vertragswidrigen Nutzung wirksam entgegenzutreten.

3.6. Nach den vorstehenden Erwägungen ist die Auffassung der Klägerin nicht zu teilen, dass die Kündigung gegen Art. 271 Abs. 1 OR verstosse. Nach Berücksichtigung sämtlicher Umstände bewegte vorliegend hauptsächlich die widerrechtliche Nutzung der Klägerin die Beklagte zur Kündigung. Es handelt sich dabei um das entscheidende Kündigungsmotiv, welches geeignet war auch einen vernünftigen und korrekten Vermieter zur Kündigung zu veranlassen. Der Kündigung liegt ein legitimes, sachlich nachvollziehbares Interesse zugrunde, noch dazu ein solches mit der Qualität eines ausserordentlichen Kündigungsgrunds nach Art. 257f OR. Folglich erweist sich die Kündigung vom 13. Oktober 2023 als gültig, wirksam und nicht missbräuchlich. Ausführungen zur behördlichen Bewilligung(-sfähigkeit) der Wohnnutzung erübrigen sich. Die Klage ist abzuweisen.

3.7. Bei dieser Ausgangslage kommt auch eine Erstreckung des Mietverhältnisses nicht in Betracht (Art. 272a Abs. 1 lit. b OR).

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Klägerin die

Kosten vollumfänglich zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Wie bereits im Zirkulationsbeschluss vom 12. September 2024 festgehalten, ist als Streitwert praxisgemäss der Mietzins während der Sperrfrist plus der Kündigungsfrist im Anschluss daran einzusetzen, und zwar auch dann, wenn wegen der beantragten Erstreckung oder einer festen Mindestdauer des Vertrages eine längere Vertragsperiode die Folge des Obsiegens der Mieterin wäre (ZMP 2017 Nr. 11; ZMP 2019 Nr. 6; vgl. BGE 144 III 346 E. 1.2). Infolge der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von sechs Monaten ergibt sich ein Streitwert von 42 Monatsmietzinsen oder Fr. 115'500.–. Ausgehend von diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 6'250.– festzusetzen (gem. § 7 lit. a GebV um 1/3 ermässigt). Bei der Parteientschädigung ist die ordentliche Gebühr praxisgemäss um einen Drittel zu reduzieren, da die Streitwertberechnung auf wiederkehrenden Leistungen beruht (§ 4 Abs. 3 AnwGebV). Dies führt zu einer Parteientschädigung von Fr. 8'520.– (inkl. MwSt.).

(...))»

* * * * *

Aus dem Urteil des **Obergerichts des Kantons Zürich** NG250013-O vom 17. August 2026 (Weiterzug ans Bundesgericht offen; Gerichtsbesetzung: Bantli Keller, Glur, Pahud; Gerichtsschreiber Clinard)

«(...)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.

1.1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Klägerin) ist Mieterin von Räumlichkeiten im 1. Obergeschoss an der N.-strasse y in Zürich gestützt

auf einen Mietvertrag vom 10. März 2014, den sie mit der damaligen Eigentümerin der Liegenschaft, A., schloss. Der vereinbarte Mietzins beträgt Fr. 2'750.– pro Monat, inklusive Heiz- und Nebenkosten. Das Mietverhältnis begann am 1. April 2014 für eine feste Dauer bis zum 31. März 2019. Der Klägerin wurden zwei Optionsrechte eingeräumt, um das Mietverhältnis um je eine feste Mietdauer von fünf Jahren zu verlängern. Infolge der Ausübung des ersten Optionsrechts wurde die Mietdauer bis zum 31. März 2024 verlängert.

1.2. Im Anhang zum Mietvertrag wurde das Mietobjekt als «Büro 1. OG Attika, gemäss Planskizze ca. 236 m²» bezeichnet. Die Räumlichkeiten befanden sich bei Mietbeginn im Jahr 2014 in einem rohbauähnlichen Zustand, waren aber zuvor gewerblich benutzt worden. Die Vertragsparteien vereinbarten, dass die Vermieterin auf ihre Kosten die WC-Anlage im Korridor renovieren und eine Dusche einbauen, im Übrigen jedoch keine Renovationen vornehmen werde. Die Einteilung bzw. Abtrennung und allfällige Schreinerarbeiten werde durch die Mieterin auf eigene Kosten vorgenommen, wobei sie für das Einholen allfällig benötigter behördlicher Bewilligungen und die Erfüllung der entsprechenden Auflagen, vor allem feuerpolizeiliche, in Zusammenarbeit mit der Vermieterin verantwortlich sei. In der Folge – zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt – baute die Klägerin die Mietsache um und erstellte dabei eine Werkstatt, eine Teeküche, mehrere «Studios», einen Bastelraum und einen Ruheraum. Dies lässt sich einem Bauplan vom 25. Januar 2018 für die Erstellung einer Terrasse entnehmen. Ausserdem untervermietete die Klägerin die Räumlichkeiten.

1.3. Am 25. April 2023 besichtigte die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Beklagte) die Liegenschaft im Hinblick auf einen möglichen Kauf, stellte dabei fest, dass die Mieträume im 1. Stock teilweise zum Wohnen genutzt werden, und dokumentierte dies fotografisch. Am 17. Mai 2023 übte die Klägerin das zweite Optionsrecht aus, womit der Mietvertrag auf den 31. März 2029 verlängert wurde. Am 19. Juni 2023 erwarb die Beklagte die Liegenschaft und trat damit in die Rechte und Pflichten der ehemaligen Eigentümerin ein (Art. 261 Abs. 1 OR). Mit Schreiben vom 13. September 2023 teilte die Beklagte der Klägerin eine – durch die Ausübung des Optionsrechts bedingte – Mietzinserhöhung per 1. April

2024 mit. Gleichzeitig mahnte sie die Klägerin aufgrund der zweck- und bewilligungsfremden Nutzung des Mietobjekts zu Wohnzwecken und drohte bei deren Fortdauer die Kündigung des Mietverhältnisses gestützt auf Art. 257f OR an. Darauf antwortete die Klägerin mit Schreiben vom 11. Oktober 2023, die ehemalige Eigentümerin habe von Anfang an gewusst, dass die Klägerin und ihre Untermieterinnen die Räume nicht als Büro, sondern als Studio nutzen würden. Es sei ihr unmöglich und sie sei auch nicht verpflichtet, die Wohnnutzung unverzüglich aufzugeben. Am 13. Oktober 2023 focht die Klägerin die Mietzinserhöhung bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich an.

1.4. Mit Schreiben und amtlichem Formular vom 21. März 2024 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis ausserordentlich auf den 30. April 2024 mit der Begründung der fortdauernden vertragswidrigen Nutzung. Am 18. April 2024 fand die Schlichtungsverhandlung im Zusammenhang mit der Anfechtung der Mietzinserhöhung statt, wobei zwischen den Parteien kein Vergleich erzielt werden konnte und der Beklagten die Klagebewilligung erteilt wurde. Die Beklagte machte von dieser Klagebewilligung keinen Gebrauch.

2.

2.1. Mit Schlichtungsgesuch vom 22. April 2024 focht die Klägerin die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich an. Nach erfolglosem Schlichtungsversuch erhob die Klägerin beim Mietgericht des Bezirks Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) Klage mit den eingangs zitierten Rechtsbegehren. Der Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist im angefochtenen Urteil vom 8. Juli 2025 dargestellt. Hierauf kann verwiesen werden. Das Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils, womit die Klage abgewiesen wurde, ist vorne wiedergegeben.

2.2. Mit Eingabe vom 9. September 2025 (Poststempel gleichentags) erhob die Klägerin Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen.

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen. Den mit Verfügung vom 16. September 2025 von der Klägerin verlangten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'200.– bezahlte diese rechtzeitig.

2.4. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2025 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten. Die Berufungsantwort vom 30. Januar 2026 ging fristgerecht hierorts ein und wurde der Klägerin mit Verfügung vom 16. Februar 2026 unter Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zugestellt. Die Klägerin liess sich – innert erstreckter Frist – am 19. März 2026 vernehmen. Diese Stellungnahme kann der Beklagten ohne Rechtsnachteil mit dem vorliegenden Entscheid zugestellt werden. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1.

1.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Da es sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt und die Streitwertgrenze erreicht ist, steht das Rechtsmittel der Berufung offen.

1.2. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen, vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4; ZR 110 [2011] Nr. 80). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (OGer ZH NP250015 vom 16. Dezember 2025 E. II.2).

1.3. Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen, d.h. die gerügten Mängel in Rechtsfragen, das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (sog. Motivsubstitution; vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1).

1.4. Neue Tatsachen und Beweismittel (sogenannte Noven) dürfen im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1; OGer ZH NP250015 vom 16. Dezember 2025 E. II.2).

2. Vorliegend wurde die Berufung fristgerecht erhoben und die Klägerin ist durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert. In formeller Hinsicht ist festzuhalten, dass der Standpunkt der Klägerin stellenweise durch Wiederholungen ih-

rer Ausführungen vor Vorinstanz überlagert oder ohne genügende Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen vorgetragen wird. Entgegen der Ansicht der Beklagten genügt die Berufungsschrift jedoch insgesamt den gesetzlichen Begründungsanforderungen. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

III. Materielles

1. Erwägungen der Vorinstanz

1.1. Im angefochtenen Entscheid hielt die Vorinstanz vorab fest, dass die ausserordentliche Kündigung vom 21. März 2024 formell korrekt erfolgte. Zur strittigen Frage, ob die Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR materiell berechtigt sei, erwog sie zusammengefasst, der Mietvertrag vom 10. März 2014 sei mit «Mietverträge für Büroräume» betitelt und unter Benutzungsart seien «Büro-räume» aufgeführt. Der Anhang zum Mietvertrag betreffe ein «Büro 1. OG Attika». In den Akten würden sich keine klaren Hinweise auf eine ursprünglich vereinbarte Wohnnutzung finden. Es sei jedoch unbestritten, dass die Klägerin die Räumlichkeiten tatsächlich zu Wohnzwecken genutzt habe. Was die Arbeiten zum Innenausbau des Mietobjekts angehe, sei weder eine Baubewilligung noch ein Nachweis über eine feuerpolizeiliche Abnahme vorgelegt worden. Dies sei dahingehend zu würdigen, dass die Klägerin das Mietobjekt ohne die erforderliche Bewilligung baulich verändert und in einer Weise genutzt habe, die nicht dem vereinbarten Vertragszweck entspreche. Darin sei eine vertragswidrige Nutzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR zu erblicken. Selbst wenn man unterstelle, die Rechtsvorgängerin der Beklagten oder eine ihrer Hilfspersonen habe die gemischte Nutzung des Mietobjekts stillschweigend geduldet, könne ein Verstoss gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht dauerhaft geschützt werden. Die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands – namentlich durch Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften – habe Vorrang vor einem allfälligen Vertrauen in die Duldung eines widerrechtlichen Verhaltens, denn diese könnte jederzeit zu Interventionen der Verwaltungsbehörden führen. Die Beklagte habe mit ihrem Hinweis auf die Pflicht zu einer zweck- und bewilligungskonformen Nutzung des Mietobjekts in der Kündigungsandrohung sowie der Kündigung einen

legitimen ausserordentlichen Kündigungsgrund geltend gemacht. Ob die Wohnnutzung durch die Vermieterseite stillschweigend geduldet worden sei, könne damit offenbleiben.

1.2. Weiter erwog die Vorinstanz, der Unzumutbarkeit komme keine selbstständige Tragweite zu, wenn der Mieter die Sache dauerhaft entgegen dem vertraglich vereinbarten Zweck oder entgegen den öffentlich-rechtlichen Normen gebrauche. Da das Mietobjekt seit Jahren entgegen den Vorschriften statt nur gewerblich auch zu Wohnzwecken gemischt genutzt werde, könne die Unzumutbarkeit ohne Weiteres bejaht werden. Der Beklagten könne sodann nicht entgegengehalten werden, dass sie mit der Kündigung nach der Abmahnung vom 13. September 2023 sechs Monate zuwartete, da sie überzeugend dargelegt habe, dass sie der Klägerin genügend Zeit zur Beendigung der bestehenden Untermietverhältnisse habe einräumen wollen. Die ausserordentliche Kündigung erweise sich daher als wirksam.

1.3. Schliesslich verwarf die Vorinstanz den Einwand der Klägerin, dass die Kündigung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 271 Abs. 1 OR verstosse.

2. *Parteistandpunkte*

2.1. Die Klägerin hält in ihrer Berufung daran fest, dass die ausserordentliche Kündigung vom 21. März 2024 unwirksam sei. Sie rügt im Wesentlichen eine unrichtige Anwendung von Art. 257f Abs. 3 OR, eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Beweis (Art. 53 und 152 ZPO). An der vor Vorinstanz erhobenen Rüge der Missbräuchlichkeit der Kündigung gemäss Art. 271 OR hält sie nicht mehr fest. Neu macht sie aber geltend, dass die angefochtene Kündigung eine nichtige Teilkündigung darstelle. Ihrerseits beantragt die Beklagte die vollständige Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist, sowie die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides.

2.2. Ausgehend von den im Berufungsverfahren noch strittigen Punkten ist im Folgenden zunächst zu prüfen, ob die Nutzung des Mietobjekts zu Wohnzwecken eine vertragliche Pflichtverletzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR darstellt oder ob diese Nutzung vertraglich vereinbart bzw. von der Rechtsvorgängerin der Beklagten über eine längere Zeit geduldet wurde. Anschliessend ist auf die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Umnutzung der Mietsache einzugehen. Danach ist zu prüfen, ob der Beklagten die Fortsetzung des Mietverhältnisses trotz der beanstandeten Nutzung zumutbar war. Schliesslich ist der neu erhobene Einwand der Klägerin zu beurteilen, wonach die Kündigung als nichtige Teilkündigung zu qualifizieren sei. Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien wird nur insoweit eingegangen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

3. *Vertragliche Pflichtverletzung*

3.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die angefochtene Kündigung sei mangels einer Verletzung der Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme im Sinne von Art. 257f Abs. 1 und 2 OR unwirksam. Zusammengefasst bringt sie vor, entgegen dem Wortlaut des Mietvertrages sei kein Büro, sondern eine Halle von ca. 236 m² in einem rohbauähnlichen Zustand gemietet worden. Sie habe es übernommen, die Mietsache in einen gebrauchstauglichen Zustand zu bringen (Renovierungsarbeit, Einbau einer Werkstatt, vier Studios und einer Küche). Sie habe als Designerin gearbeitet. Vor diesem Hintergrund könne ausgeschlossen werden, dass die Parteien eine Nutzung als Büro vereinbart hätten. Die Vorinstanz habe den Vertragszweck offengelassen, der Vorwurf der vertragswidrigen Nutzung setze aber unabdingbar die Feststellung des Vertragszwecks voraus. Sodann habe sie (die Klägerin) die teilweise Nutzung der Mieträume zum Wohnen mit der früheren Eigentümerin ausdrücklich vereinbart bzw. die frühere Eigentümerin habe die Wohnnutzung während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses bis zum Verkauf der Liegenschaft mit Wissen und Willen geduldet. Der damalige Verwalter der Liegenschaft, B., sei stets über die konkrete Nutzung informiert gewesen; er habe sich in den rund zehn Jahren, während denen er die Liegenschaft verwaltet habe, circa zwei Mal pro Jahr in der Mietsache aufgehal-

ten, um sich mit der Klägerin und den Untermieterinnen und Untermietern auszutauschen. Zum Beweis dieser Tatsachen habe die Klägerin vor Vorinstanz beantragt, sie als Partei sowie den Untermieter S. und B. als Zeugen zu befragen. Die Vorinstanz habe diese Beweisanträge abgewiesen, ohne darzulegen, aus welchen Gründen, und damit den Gehörsanspruch der Klägerin verletzt.

3.2. Demgegenüber macht die Beklagte im Wesentlichen geltend, aus dem Mietvertrag und den weiteren relevanten Umständen gehe klar hervor, dass die Klägerin einen Gewerberaum gemietet habe und keinen Raum, der zum Wohnen verwendet werden dürfe. Es liege auch kein Akzept der Wohnnutzung durch die Beklagte oder deren Rechtsvorgänger vor. Die Behauptung der Klägerin, die frühere Eigentümerschaft habe davon gewusst, dass im Mietobjekt gewohnt werde, und habe dies geduldet, sei unzutreffend. Der langjährige Verwalter der Liegenschaft habe mit E-Mail vom 20. April 2024 ausdrücklich bestätigt, dass keine mündlichen Absprachen mit den Mietern der Liegenschaft bestünden, welche über die schriftlichen Mietverträge hinausgingen oder diesen widersprächen. Jede Änderung des Verwendungszwecks bedürfe der schriftlichen Zustimmung des Vermieters. Eine solche schriftliche Zustimmung liege nicht einmal nach den Behauptungen der Klägerin vor. Entgegen dem vertraglich genau umschriebenen Zweck nutze die Klägerin bzw. nutzten ihre Untermieter das Mietobjekt unbestrittenemassen als Wohnung. Im Übrigen könne es nicht darauf ankommen, ob die Vermieterschaft oder deren Rechtsvorgängerin (bzw. deren Verwalter) Kenntnis von der Wohnnutzung oder gemischten Nutzung gehabt habe, da die Beklagte jedenfalls berechtigt und verpflichtet sei, den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen.

3.3.

3.3.1. Gemäss Art. 257f Abs. 3 OR kann der Vermieter von Wohnräumen dem Mieter mit einer Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monat ausserordentlich kündigen, wenn der Mieter trotz schriftlicher Mahnung seine Pflicht zur Sorgfalt oder Rücksichtnahme weiterhin verletzt, sodass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Nach

Lehre und Rechtsprechung ist die Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme gemäss Art. 257f OR weit auszulegen und umfasst auch die Pflicht zur vertragsgemässen Nutzung der Mietsache (BGE 123 III 124 E. 2.a; BGE 132 III 109 E. 2; OGer ZH PD170001 vom 8. Juni 2017 E. III/2; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. A., Art. 257f N 14; BSK OR-WEBER, 8. A., Art. 257f N 1).

3.3.2. Was vertragsgemässer Gebrauch der Mietsache ist, ergibt sich in erster Linie aus dem Mietvertrag und dem damit festgelegten Verwendungszweck (ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f N 10; REUDT, in: Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 5. A., N 9 zu Art. 257f OR). Mit der Umschreibung des Verwendungszwecks soll in der Regel sichergestellt werden, dass der Mieter das Mietobjekt – ohne vorgängige Zustimmung der Vermieterin – nicht anders verwendet als im Mietvertrag vorgesehen (BGer 4A_37/2025 vom 11. September 2025 E. 4.4.2). Der Inhalt des Mietvertrages bestimmt sich nach den üblichen Regeln zur Auslegung von Willenserklärungen. In erster Linie ist durch subjektive Auslegung der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien zu eruieren (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt dieser unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der objektivierten Auslegung nicht von Bedeutung; es kann aber allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 142 III 239 E. 5.2.1 = Pra 107 [2018] Nr. 7; BGE 140 III 134 E. 3.2; BGE 136 III 186 E. 3.1.1; BGE 132 III 626 E 3.1). Der vertragsgemässe Gebrauch der Mietsache kann sich konkludent aus einer während längerer Zeit vom Mieter ausgeübte Nutzung der Mietsache ergeben, gegen welche die Vermieterin, obwohl sie davon Kenntnis hatte, keinen Einwand erhoben hat (BGer 4A_521/2021 vom 3. Januar 2023 E. 3.2.1). Ein nachträglicher langjährig geduldeter Gebrauch der Mietsache kann überdies als konkludente Vertragsänderung (sog. *actus contrarius*) verstanden werden, was jedoch nicht leichthin anzunehmen ist (BSK OR-WEBER, a.a.O., Art. 256 N 3). Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Fall zu erwähnen, in welchem die

Nutzung einer Wohnung zur Erteilung von Zeichnungsunterricht trotz vertraglichen Verbots zur Ausübung beruflicher Tätigkeiten im Mietobjekt von der Vermieterin 14 Jahre lang geduldet wurde, sodass die Mieterin nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass ihre Tätigkeit konkludent akzeptiert wurde (BGer 4A_413/2009 vom 11. November 2009 E. 3).

3.3.3. Ergänzend zum Parteiwillen kann für die Bestimmung des vertragskonformen Gebrauchs auf den *üblichen* Gebrauch abgestellt werden. Damit ist der Gebrauch zu verstehen, den jedermann als obligatorisch berechtigter Mieter unter den gegebenen Umständen von einer wie der gemieteten Sache gewöhnlich zu machen pflegt (ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 23 ff. und Art. 257f N 10). So darf, mangels anderweitiger Vereinbarung der Parteien, eine Wohnung nicht als Gewerberaum, ein Büroraum nicht als Werkstatt, ein Lagerraum nicht als Fabrik verwendet werden. Solche grundlegende Änderungen des Verwendungszwecks dürften regelmässig vertragswidrig sein. Erst recht sind sie es, wenn ihnen öffentlich-rechtliche Bestimmungen entgegenstehen, insbesondere solche des öffentlichen Baurechts, die Zweckänderung somit widerrechtlich ist (REUDT, a.a.O., N 9 f. zu Art. 257f OR).

3.4. Vorliegend dient für die Bestimmung des vertragsgemässen Gebrauchs der Mietsache der Mietvertrag vom 10. März 2014 und dessen Anhang als Ausgangspunkt. Die Überschrift lautet «Mietvertrag für Büroräume», das Mietobjekt «Büro» und die Benutzungsart «Büroräume». Zwar lässt sich die von der Klägerin tatsächlich ausgeübte Nutzung der Räumlichkeiten als Werkstatt nicht als Büro­tätigkeit bezeichnen. Daraus folgt indessen nicht, dass eine Wohnnutzung vertraglich zugelassen worden wäre. Der Begriff «Büroräume» lässt vielmehr auf eine gewerbliche Nutzung schliessen, die – ähnlich wie intellektuelle und administrative Tätigkeiten – keine besonderen Immissionen verursacht (vgl. die Auslegung von «bureaux» in BGE 132 III 109 E. 3). Hinzu kommt, dass der Mietvertrag den Allgemeinen Bedingungen zu Geschäftsräumen untersteht und mehrere Klauseln enthält, die typischerweise nur bei Geschäftsmietverträgen vorkommen, namentlich die Vereinbarung einer festen Mietdauer und die Einräumung von fixen Optionsrechten. Auch die Vereinbarung einer Rohbaumiete weist in diese

Richtung. Dass der Klägerin der Ausbau der Räumlichkeiten überlassen wurde, erlaubt noch nicht den Schluss, sie habe damit auch den für eine Geschäftsmiete üblichen Nutzungsrahmen bis hin zu einer Wohnnutzung überschreiten dürfen. Eine objektivierte Auslegung des Mietvertrages nach Wortlaut und Systematik ergibt somit nicht, dass eine Nutzung der Mietsache für Wohnzwecke vorbehalten gewesen wäre. Konkrete und stichhaltige Anhaltspunkte für einen vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Parteiwillen zeigt die Klägerin nicht auf. Es ist daher davon auszugehen, dass die Parteien ursprünglich eine gewerbliche Nutzung der Mietsache vereinbart hatten.

3.5. Vor diesem Hintergrund wäre es der Klägerin oblegen, ein nachträgliches ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis der Vermieterschaft mit einer gemischten Nutzung der Mietsache zu Wohnzwecken nachzuweisen. Vor Vorinstanz behauptete sie, mit der Vorvermieterin eine entsprechende mündliche Vereinbarung getroffen zu haben; zumindest habe die Vorvermieterin die gemischte Nutzung wissentlich geduldet. Die Vorinstanz liess diese Frage offen, mit der Begründung, dass massgebend gewesen sei, dass jedenfalls keine behördliche Bewilligung für die Nutzung des Mietobjekts als Wohnung vorliege. Diese Argumentation überzeugt nicht vollends, da bei Vorliegen eines ausdrücklichen oder konkludenten Akzepts der Wohnnutzung eine eigenmächtige Nutzungsänderung und damit auch eine vertragliche Pflichtverletzung zu verneinen wären. In dieser Hypothese würde sich erst in einem zweiten Schritt die Frage stellen, inwieweit die Umnutzung der Mietsache bewilligungspflichtig ist. Der Klägerin ist folglich insoweit beizupflichten, als die Vertragswidrigkeit nicht einzig aus der öffentlich-rechtlichen Unzulässigkeit der Wohnnutzung abgeleitet werden kann. Ebenso berechtigt ist der Einwand, dass hinsichtlich der rechtserheblichen, bestrittenen Tatsachenbehauptung des mündlichen oder konkludenten Akzepts der Wohnnutzung eine Gehörsverletzung vorliegt, indem die Vorinstanz ohne Begründung auf die offerierten Beweisanträge nicht einging. Diese Gehörsverletzung kann im vorliegenden Verfahren jedoch geheilt werden, da die hiesige Kammer die Rechts- und Sachverhaltsfragen mit uneingeschränkter Kognition überprüft und der Nachweis der betreffenden Tatsachenbehauptung, wie zu zeigen sein wird, der Klägerin nicht zu gelingen vermag. Eine Rückweisung würde unter

diesen Umständen zu einem formalistischen Leerlauf führen (vgl. hierzu: OGer ZH RU250026 vom 13. Juni 2025 E. 3.2 m.w.H.).

3.6.

3.6.1. Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Der Beweisanspruch einer Partei setzt einen Beweisgegenstand nach Art. 150 Abs. 1 ZPO, also rechtserhebliche und streitige Tatsachen, voraus. Im ordentlichen Verfahren – unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes – haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel zu nennen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Daraus folgt eine Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast. Die Behauptungslast erfordert das Aufstellen eines schlüssigen, vollständigen und widerspruchsfreien Tatsachenvortrags. Bestreitet die Gegenpartei die Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, trifft diese eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls in Einzeltatsachen zergliedert umfassend und klar darzulegen und dazugehörige Beweisanträge so zu stellen, dass darüber (der offerierte) Beweis abgenommen und der Gegenbeweis angetreten werden kann. Die Obliegenheit zur Substantiierung ist dem Beweisverfahren vorgelagert und hat dieses gleichsam zu ermöglichen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGE 144 III 67 E. 2.1; BGE 127 III 365 E. 2.b; BGer 4A_539/2024 vom 7. Januar 2025 E. 3.3; OGer ZH NG210002 vom 19. April 2021 E. 3.2.4). Handelt es sich – wie vorliegend – um eine Streitigkeit im vereinfachten Verfahren aus Miete und Pacht betreffend Kündigungsschutz, stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Es bleibt jedoch grundsätzlich Sache der Parteien, das Tatsächliche des Streites vorzutragen sowie die zu erhebenden Beweismittel nach Möglichkeit zu benennen. Sind beide Parteien anwaltlich vertreten, so soll sich das Gericht genauso zurückhalten wie im ordentlichen Verfahren (OGer ZH NG210002 vom 19. April 2021 E. 3.2.4; DIKE-Komm-ZPO-BRUNNER/STEININGER, 3. A., Art. 247 N 10 und N 12).

3.6.2. Das Recht auf Beweis schliesst eine antizipierte Beweiswürdigung nicht aus. Eine solche liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern (BGE 143 III 297 E. 9.3.2; BGE 140 I 285 E. 6.3.1). Von einer antizipierten Beweiswürdigung ist ebenfalls die Rede, wenn das Gericht einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder die Tauglichkeit abspricht, um die behauptete Tatsache zu erstellen, zu deren Beweis es angerufen wurde. Das Gericht verzichtet diesfalls darauf, das von ihm als untauglich eingestufte Beweismittel abzunehmen, und zwar losgelöst von seiner Überzeugung hinsichtlich der Verwirklichung der damit zu erstellenden Tatsache. Oftmals liegt eine Kombination der beiden Varianten vor, indem einem Beweismittel mit zweifelhafter Tauglichkeit die Eignung abgesprochen wird, eine aufgrund anderer Beweismittel bereits gewonnene Überzeugung noch erschüttern zu können (OGer ZH NG240006 vom 16. April 2025 E. 2.5 m.w.H.).

3.7.

3.7.1. Vorliegend offerierte die Klägerin für den Nachweis einer mündlichen Vereinbarung mit der früheren Vermieterin nicht deren Zeugeneinvernahme, sondern diejenige des ehemaligen Verwalters B., von ihrem Untermieter sowie ihre eigene Parteibefragung. Demgegenüber reichte die Beklagte die E-Mail-Bestätigung des ehemaligen Verwalters ein, wonach keine mündlichen, vom Vertrag abweichenden Abmachungen hinsichtlich der Nutzung der Mietsache bestünden (. Mit diesem gewichtigen Gegenbeweis setzt sich die Klägerin nicht auseinander und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass B. in einer Zeugenaussage von seiner schriftlichen Erklärung abweichen würde. Ebenso wenig erscheinen die offerierten Aussagen der Klägerin selbst oder einer ihr nahestehenden Person geeignet, die aus der Erklärung von B. gewonnene Überzeugung zu erschüttern. Der Verzicht der Vorinstanz auf eine Beweisabnahme ist daher bereits unter dem Gesichtspunkt einer antizipierten Beweiswürdigung nicht zu beanstanden. Zudem fehlt es an einem substantiierten und schlüssigen Tatsachenvortrag. Die Klägerin legt weder dar, wann die behauptete Vereinbarung geschlossen worden

sein soll, noch welchen genauen Inhalt sie gehabt hätte – insbesondere unter welchen Bedingungen eine Wohnnutzung zugelassen worden wäre. Dass die Vermieterin gegenüber unterschiedlichen Nutzungsformen offen gewesen sei, solange keine wesentlichen Zusatzkosten entstünden, genügt für sich allein nicht, um einen *actus contrarius* hinsichtlich des vertragsgemässen Gebrauchs der Mietsache zu begründen. Wie die Beklagte zu Recht anmerkt, bedürfte eine Änderung des Verwendungszwecks ferner der schriftlichen Zustimmung der Vermieterin (vgl. Allgemeine Bedingungen zum Mietvertrag für Geschäftsräume Ziff. 4.A ...). Zwar kann ein solcher Schriftvorbehalt konkludent aufgehoben werden, hierzu wären jedoch qualifizierte Umstände – namentlich Erfüllungshandlungen – erforderlich, die darauf hinweisen, dass sich die Parteien über die vereinbarte Form hinweggesetzt hätten (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. A., Rz. 593). Solche legt die Klägerin nicht dar. Somit besteht auch mangels rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen kein Anspruch auf Abnahme der offerierten Beweismittel.

3.7.2. Das Gesagte gilt auch für die Behauptung der Klägerin, die frühere Vermieterin habe die gemischte Nutzung wissentlich geduldet. Die Darstellung der Klägerin, der Verwalter habe die Räumlichkeiten etwa zweimal jährlich besucht und sich dabei mit ihr und/oder den Untermietern ausgetauscht, ist wenig bestimmt. Es fehlen insbesondere konkrete Angaben dazu, wann diese Besuche stattgefunden hätten, welchem Zweck sie dienten und ab welchem Zeitpunkt dem Verwalter – und in der Folge auch der Vorvermieterin – ein qualifiziertes Wissen über die gemischte Nutzung zugerechnet werden könnte. Die blosses Anwesenheit des Verwalters in den Räumlichkeiten genügt jedenfalls nicht, um auf ein bewusstes Nichteinschreiten oder gar ein konkludentes Akzept zu schliessen. Es fehlt somit auch in diesem Zusammenhang an einem schlüssigen und substantiierten Tatsachenvortrag als Grundlage für die Beweisabnahme.

3.7.3. Hinsichtlich der weiteren Behauptung der Klägerin, wonach der Verwalter B. eine Kopie der Rechnung der P. Gmbh vom 13. Januar 2020 an den Untermieter S. erhalten hätte, in welcher von der «periodischen Kontrolle einer Woh-

nung» die Rede sei, hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass aus der Beschreibung der tatsächlichen Sachlage durch eine Drittpartei die Klägerin nichts für das Mietverhältnis mit der Beklagten ableiten könne. Dem setzt die Klägerin nichts Stichhaltiges entgegen. Selbst wenn der Verwalter eine Kopie der genannten Rechnung erhalten hätte, liesse sich daraus noch keine qualifizierte Kenntnisnahme der Wohnnutzung im Sinne einer Duldung nachweisen. Die behauptete Tatsache ist damit nicht rechtserheblich, weshalb auch insoweit keine Einvernahme des Verwalters vorzunehmen war. Der weitere Einwand der Klägerin, es sei nicht ersichtlich, welchen Beleg sie vor Vorinstanz zum Nachweis des Erhalts der Rechnungskopie durch den Verwalter hätte beibringen können, zielt ins Leere.

3.7.4. Zusammengefasst fehlt es an rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen und tauglichen Beweismitteln für den Nachweis, dass ein nachträgliches ausdrückliches oder konkludentes Akzept der gemischten Wohnnutzung zustande gekommen wäre. Die Vorinstanz durfte daher von einer Beweiserhebung absehen, ohne Art. 152 ZPO zu verletzen.

3.8. Nach dem Dargelegten widerspricht die Nutzung der Mietsache zu Wohnzwecken dem vertragsgemässen Gebrauch. Darin liegt eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR.

4. *Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Umnutzung der Mietsache*

4.1. Eine weitere strittige Frage ist die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Umnutzung der Mietsache zu Wohnzwecken. Sie ist zwar – wie erwähnt – nicht allein ausschlaggebend für das Vorliegen einer Pflichtverletzung, fällt aber bei der Würdigung ihrer Schwere und der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses ins Gewicht. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

4.2. Die Klägerin macht berufsungsweise geltend, die baulichen Änderungen und die Wohnnutzung hätten keiner behördlichen Bewilligung bedurft. Die Liegenschaft liege in der Wohnzone W5; eine Wohnnutzung sei deshalb zonenkonform. Die Beklagte beabsichtige, in alle Obergeschosse Wohnungen einzubauen.

Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, weshalb es einer behördlichen Bewilligung bedürfen solle, bisher gewerblich genutzte Räume künftig zum Wohnen zu nutzen. Im Übrigen seien die von ihr erneuerten Elektroinstallationen ausserhalb eines Baubewilligungsverfahrens mittels Sicherheitsnachweises (SiNa) geprüft worden; auch die Feuerpolizei habe die Einbauten geprüft und für in Ordnung befunden. Die Vorinstanz habe in Verletzung des Gehörsanspruchs der Klägerin unterlassen, bei den zuständigen Behörden abzuklären, ob und inwieweit die baulichen Änderungen und die Wohnnutzung behördlich geprüft worden seien. Für den Bau der Terrasse im Jahre 2018 habe die Klägerin ein Baugesuch gestellt und dieses sei im Anzeigeverfahren bewilligt worden. Auch die Feuerpolizei habe das Bauvorhaben für in Ordnung befunden. Die Baubewilligungsbehörde und die Feuerpolizei hätten das Baugesuch für die Terrasse nicht ohne Berücksichtigung der Nutzung der Mieträume prüfen können. Es sei ausgeschlossen, dass die zuständigen Behörden im Zeitpunkt der Bewilligung der Terrasse keine Kenntnis von der Wohnnutzung im 1. Obergeschoss gehabt hätten.

4.3. Die Beklagte hält dem entgegen, die Wohnnutzung sei gemäss § 309 Abs. 1 lit. b PBG baubewilligungspflichtig, der heutige Zustand des Mietobjekts und die Wohnnutzung seien jedoch nie bewilligt worden. Die Beweisofferte der Amtsauskunft sei nicht zu hören, denn es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin die von ihr behauptete Baubewilligung nicht eingereicht habe. Sie müsste in deren Besitz sein und sie habe nicht ansatzweise dargelegt, warum eine Wiederbeschaffung der behaupteten Baubewilligung nicht möglich gewesen sein solle. Im Übrigen müsste der Eigentümerin eine solche Bewilligung bekannt sein, weil sie das entsprechende Baugesuch mitunterzeichnen müsse. Weder die Beklagte noch ihre Rechtsvorgänger hätten je ein solches Baugesuch mitunterzeichnet. Eine Einsichtnahme ins Bauarchiv der Stadt Zürich habe gezeigt, dass eine Baubewilligung für die Ausbauten der Klägerin oder eine Wohnnutzung nicht vorliege. Mit der Baubewilligung vom 23. August 2018 sei keine Wohnnutzung bewilligt und auch keine entsprechende feuerpolizeiliche Bewilligung erteilt worden.

4.4. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist für Nutzungsänderungen bei Räumlichkeiten und Flächen, denen baurechtliche Bedeutung zukommt, eine Baubewilligung nötig (§ 309 Abs. 1 lit. b des Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich [PBG]). Die Klägerin legt nicht dar, weshalb die von ihr vorgenommenen baulichen Änderungen – nämlich eine Umnutzung des Mietobjekts mit Erstellung von mehreren abgeschlossenen Zimmern – nicht unter diese Bestimmung fallen sollten. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass eine Ausnahme der Bewilligungspflicht gemäss § 1 Bauverfahrensverordnung (BVV) oder ein Tatbestand für das Anzeigeverfahren gemäss § 14 BVV erfüllt wäre. Der Hinweis auf die Zonenkonformität der Wohnnutzung ist unbehelflich, denn er betrifft lediglich die planungsrechtliche Zulässigkeit einer Wohnnutzung in der betreffenden Zone. Daraus folgt nicht, dass die konkret realisierte Umnutzung ohne vorgängige behördliche Bewilligung zulässig wäre. Soweit sich die Klägerin auf den Sicherheitsnachweis für die Elektroinstallationen oder eine feuerpolizeiliche Kontrolle beruft, geht ihre Argumentation an der Sache vorbei, denn solche Vorkehren betreffen einzelne technische oder sicherheitsrelevante Aspekte und ersetzen keine baurechtliche Bewilligung der Nutzungsänderung. Ebenso lässt sich aus der im Jahr 2018 erteilten Bewilligung für den Bau der Terrasse weder ableiten, dass die Wohnnutzung des 1. Obergeschosses bewilligt wurde, noch dass eine solche Bewilligung entbehrlich gewesen wäre.

4.5. Da das Fehlen der erforderlichen Baubewilligung für die Begründung des ausserordentlichen Kündigungsgrunds relevant ist, obliegt der entsprechende Beweis der Beklagten (Art. 8 ZGB; vgl. BGer 4A_209/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 4.1). Dieser Beweislast ist sie hinreichend nachgekommen, indem sie behauptete, dass keine Bewilligung eingeholt worden sei und keine Bewilligung im Bauarchiv der Stadt Zürich vorliege. Letzteres bestreitet die Klägerin nicht substantiiert. Sie beantragte vor Vorinstanz lediglich die Einholung einer Amtsauskunft, ohne darzulegen, weshalb sie eine angeblich bestehende Bewilligung nicht selbst beibringen könne. Angesichts ihrer Beweisnähe zum bewilligungspflichtigen Sachverhalt kam sie damit ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht genügend nach. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei durfte sich die Vorinstanz zudem vom Grundsatz leiten lassen, dass Auskünfte von Amtsstellen subsidiär nur

eingeholt werden, wenn sich die Parteien die Information nicht selber beschaffen können (vgl. WEIBEL/SINGH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 4. A., Art. 190 N 9). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von der Einholung der beantragten Amtsauskunft absah. Spätestens aufgrund des vorinstanzlichen Entscheides wäre die Klägerin denn auch gehalten gewesen, mit der Berufung die behauptete Bewilligung einzureichen oder zu erklären, weshalb sie diese nicht erhältlich machen könne. Auch dies unterblieb. Die Klägerin beschränkte sich auf die Erklärung, sie sei nicht in der Lage, ihre Behauptung zu belegen, wonach die von ihr unternommenen Umbauten behördlich abgenommen worden seien. Damit steht fest, dass die von der Klägerin vorgenommene Umnutzung des Mietobjekts zu Wohnzwecken bewilligungspflichtig war und eine entsprechende Bewilligung nicht vorliegt.

4.6. Auf die weitere strittige Frage, ob es Sache der Mieterin oder der Vermieterin gewesen wäre, die erforderliche Baubewilligung einzuholen und allfällige behördliche Auflagen zu erfüllen, braucht nicht eingegangen zu werden, denn – wie dargelegt – ist die Umnutzung der Mietsache zu Wohnzwecken nicht vom vertragsgemässen Gebrauch gedeckt. Ebenso wenig ist entscheidend, ob eine Wohnnutzung im heutigen Zustand des Gebäudes bewilligungsfähig wäre. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass sie als Vermieterin Anspruch darauf hat, dass die Klägerin das Objekt vertrags- und gesetzeskonform nutzt.

4.7. Nach dem Dargelegten ist aufgrund des bewilligungswidrigen Zustands der Mietsache eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR erst recht zu bejahen.

5. *Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses*

5.1. Eventualiter macht die Klägerin geltend, selbst wenn eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 257f OR vorläge, könnte der Beklagten ohne Weiteres zugemutet werden, das Mietverhältnis mit ihr fortzusetzen. Nach ihrem Dafürhalten könnte die Beklagte selbst ein Umnutzungsgesuch stellen oder die Klägerin zu diesem Schritt anhalten. Die Beklagte gehe selbst davon aus, dass eine Wohn-

nutzung des 1. Obergeschosses bewilligungsfähig sei, denn sie habe ein Baugesuch eingereicht, aus dem hervorgehe, dass nach der Realisierung des Umbaus eine Vermietung des 1. Obergeschosses ausschliesslich zu Wohnzwecken beabsichtigt werde. Sodann sei die Rechtslage für das 1. Obergeschoss nicht entscheidend anders als im 3. Obergeschoss, das an den Verein Z. vermietet werde. Mit diesem habe die Beklagte trotz festgestellter Wohnnutzung und trotz Abmahnung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR einen Mietvertrag mit einer Mindestdauer bis 31. Juli 2026 abgeschlossen; der Vertrag gelte ab 31. Dezember 2026 unbefristet weiter, sollte bis dahin das Baubewilligungsverfahren zu keiner Bewilligung geführt haben. Vor diesem Hintergrund sei es der Beklagten zumutbar, das Mietverhältnis mit der Klägerin fortzusetzen, selbst wenn die Wohnnutzung bewilligungspflichtig wäre und eine solche behördliche Bewilligung nicht vorläge.

Weiter bringt die Klägerin vor, sie nutze die Mietsache seit über zehn Jahren auch zum Wohnen, ohne dass der früheren Vermieterin oder der Beklagten daraus ein Nachteil entstanden wäre. Die Wohnnutzung im 1. Obergeschoss begründe kein Versicherungsrisiko für die Deckung des Schadens durch die Gebäudeversicherung im Brandfall, selbst wenn die Wohnnutzung bewilligungspflichtig wäre und dafür keine behördliche Bewilligung vorläge. Deshalb könne keine Rede davon sein, dass es der Beklagten nicht zugemutet werden könne, eine allfällig bewilligungspflichtige und nicht behördlich bewilligte Wohnnutzung bis zur Beendigung des Mietverhältnisses mit der Klägerin durch eine ordentliche Kündigung zu dulden. Mit der Bewilligung des von der Beklagten gestellten Baugesuches würde die baurechtliche Rechtslage jedenfalls geklärt.

Schliesslich macht die Klägerin geltend, die zeitlichen Verhältnisse würden für die Zumutbarkeit der Weiterführung des Mietverhältnisses sprechen. Die Beklagte habe sie erst fünf Monate nach der Besichtigung vom 25. April 2023 und drei Monate nach dem Kauf der Liegenschaft mit Schreiben vom 13. September 2023 wegen der Wohnnutzung abgemahnt. Nochmals sechs Monate später sei die ausserordentliche Kündigung auf den 30. April 2024 erfolgt. Die vorinstanzli-

che Erwägung, wonach die Beklagte mit dem Zuwarten mit der Kündigung genügend Zeit zur Beendigung der Untermietverhältnisse habe einräumen wollen, überzeuge nicht, denn die Klägerin habe die Untermietverhältnisse bis zum Zeitpunkt der Kündigung nicht beendet und die Beklagte habe die Kündigung nicht mit den Untermietverhältnissen begründet. Vielmehr habe sie sich mit den Erklärungen der Klägerin im Schreiben vom 11. Oktober 2023 zu den Untermietverhältnissen zufriedengegeben.

5.2. Dem hält die Beklagte entgegen, es könne auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach der Kündigungsvoraussetzung der Unzumutbarkeit keine selbständige Tragweite zukomme, wenn ein Mieter das Mietobjekt wie vorliegend dauerhaft entgegen dem vertraglich vereinbarten Zweck oder entgegen den öffentlich-rechtlichen Normen gebrauche. Sodann wäre es an der Klägerin gewesen, ein Umnutzungsgesuch einzureichen und eine Bewilligung erhältlich zu machen. Ein Umnutzungsgesuch wäre aber nicht bewilligungsfähig, zumal die Fläche im heutigen Zustand nicht den lärmschutzrechtlichen Anforderungen entspreche. Auch die brandschutzrechtlichen Vorgaben seien nicht eingehalten, was besonders schwer ins Gewicht falle. Eine nicht bewilligte Wohnnutzung könne haftungs- und versicherungsrechtliche Risiken begründen, welche weder der Vermieterin noch Dritten zugemutet werden könnten. Schliesslich könne die Klägerin aus dem Drittmietverhältnis mit dem Verein Z. nichts zu ihren Gunsten ableiten. Hinzu komme, dass sich die Lärmsituation im 1. und 3. OG unterscheide und dass das Mietobjekt des Vereins – im Gegensatz zum Mietobjekt der Klägerin – als Wohnung angemeldet sei.

5.3.

5.3.1. Damit sie zur ausserordentlichen Vertragsauflösung berechtigt, muss die Pflichtverletzung des Mieters eine gewisse objektive Schwere aufweisen, sodass der Vermieterin oder den Hausbewohnern nach den konkreten Umständen des Einzelfalles die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zuzumuten ist (Art. 257f Abs. 3 OR; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f N 48; REUDT, a.a.O., N 37 f. zu Art. 257f OR). In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, welche Tragweite

dem Kriterium der Unzumutbarkeit zukommt, wenn der Mieter die Sache anhaltend entgegen dem vertraglich vereinbarten Zweck gebraucht. Im Leitentscheid 132 III 109 betrachtete das Bundesgericht Art. 257f Abs. 3 OR als *lex specialis* zu Art. 107 OR und erwog, es würde die Vertragsfreiheit des Vermieters einschränken, könnte er sich gegen einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache nur dann wehren, wenn er nachweise, dass dies für ihn objektiv gesehen nicht mehr zumutbar sei. In einer solchen Konstellation dränge sich daher auf, auf das Erfordernis der unzumutbaren Verhältnisse zu verzichten (BGE 132 III 109 E. 5; im Grundsatz bestätigt u.a. in BGer 4A_38/2010 vom 1. April 2010 E. 3.1 und BGer 4A_94/2017 vom 27. Juni 2017 E. 3.1).

5.3.2. Diese Rechtsprechung wurde im Schrifttum teilweise kritisch rezipiert (vgl. HIGI, Urteil 4C.302/2005 der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 9. Januar 2006 i.S. X. ca. Y. SA; Berufung [publiziert als BGE 132 III 109], in: AJP 2006 S. 882 ff.; KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 - Veröffentlicht im Band 132, in: ZBJV 143/2007 S. 831 ff.). Die Einordnung von Art. 257f Abs. 3 OR als Verzugstatbestand erscheint insoweit fraglich, als diese Bestimmung nicht die verspätete Erfüllung der Hauptleistungspflicht des Mieters im Synallagma – namentlich die fristgerechte Mietzinszahlung –, sondern qualifizierte Verstösse gegen vertragliche Nebenpflichten sanktioniert (vgl. HIGI, a.a.O., S. 884; KOLLER, a.a.O., S. 841). Systematisch betrachtet lässt sich Art. 257f Abs. 3 OR auch als besonders geregelter Anwendungsfall der für Dauerschuldverhältnisse typischen ausserordentlichen Beendigung aus wichtigem Grund einordnen, dem das Erfordernis der Unzumutbarkeit inhärent ist (Art. 266g Abs. 1 OR; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f N 48; WESSNER, Sorgfaltspflichten des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen [Fortsetzung], in: mp 2007 S. 197 ff., S. 201). Ferner sprechen teleologische Gesichtspunkte dagegen, dass die Vermieterin jede – auch geringfügige – Abweichung vom vereinbarten Gebrauch zum Anlass nehmen könnte, das Vertragsverhältnis mit der schärfsten Sanktion des ausserordentlichen Kündigungsrechts aufzulösen. Daher und mit Blick auf den klaren Gesetzeswortlaut erscheint es sachgerecht, dem Erfordernis der Unzumutbarkeit jedenfalls im Rahmen der Gesamtwürdigung des Einzelfalles Rechnung zu tragen (vgl. pro: ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. A., Art. 257f N 48; BSK

OR-WEBER, a.a.O., Art. 257f N 6; SPIRIG, Ausserordentliche Kündigungen ausserhalb des mietrechtlichen Katalogs?, in: mp 2012 S.1 ff. S. 13 f.; KOLLER, a.a.O., S. 842 f.; contra: BK OR-GIGER, Art. 257f N 26; MAAG, Die Bundesgerichtspraxis zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f OR bei Vertragsverletzungen, in: MRA 4/06 S. 127 ff., S. 134). Die durch BGE 132 III 109 ausgelöste Kontroverse lässt sich immerhin insoweit relativieren, als das Kriterium der objektiven Schwere der Vertragsverletzung ebenfalls eine wertende Betrachtung verlangt, die sich in der Rechtsanwendung regelmässig mit der Prüfung der Unzumutbarkeit überschneidet (vgl. OGer ZH PD170001 vom 8. Juni 2017 E. III/3.1 f.; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f N 58 f.).

5.3.3. Ob ein ausserordentlicher Kündigungsgrund vorliegt, hat das Gericht stets unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls nach Recht und Billigkeit im Sinne von Art. 4 ZGB zu beurteilen (BGer 4A_468/2020 vom 9. Februar 2021 E. 4.1.2; BGer 4A_621/2019 vom 26. Februar 2020 E. 3.1; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f N 59; REUDT, a.a.O., N 41 zu Art. 257f OR). Die Fortsetzung des Mietverhältnisses ist in der Regel als unzumutbar zu werten bei einer eigenmächtigen Nutzungsänderung (Büro statt Wohnung, Wohnung in Waschsalon, Laden in Kino, Fabrik statt Lager) – insbesondere wenn die Änderung behördlich bewilligungspflichtig, die Nachbarn beeinträchtigt oder damit eine erhebliche Steigerung der Gebrauchsintensität verbunden ist (ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f N 61; REUDT, a.a.O., Art. 257f N 42). Hat die Vermieterin jedoch den vertragswidrigen Zustand während längerer Zeit geduldet, kann dies gegen die Unzumutbarkeit sprechen (BACHOFNER, Die Mieterausweisung, Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, Rz. 170). Ebenso ist die Zeitspanne zwischen der letzten Mahnung der Vermieterin und der Kündigung in die Würdigung einzubeziehen (REUDT, a.a.O., N 41 und 61 zu Art. 257f OR). Die Kündigung hat darüber hinaus den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität zu entsprechen (BGer 4A_468/2020 vom 9. Februar 2021 E. 4.1.2; WESSNER, a.a.O., S. 202). Die Fortsetzung des Mietverhältnisses ist einer Partei eher zuzumuten, wenn das Mietverhältnis nach verhältnismässig kurzer Zeit – im Gegensatz zu einem nächstmöglichen Beendigungstermin in mehreren Jahren – ordentlich beendet werden kann (vgl. HGer ZH HG150198 vom 11. Dezember

2017 E. 4.1.3 im Zusammenhang mit einer Kündigung gestützt auf Art. 266g OR).

5.4.

5.4.1. Im vorliegenden Fall bejahte die Vorinstanz die Unzumutbarkeit der Fortführung des Mietverhältnisses mit der Begründung, das Mietobjekt werde seit Jahren entgegen den Vorschriften statt nur gewerblich auch zu Wohnzwecken gemischt genutzt. Sofern sie offenliess, ob die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin die langjährige Wohnnutzung geduldet hatte, ist ihr zwar nicht vorbehaltlos zu folgen, könnte doch ein qualifiziertes Nichteinschreiten der Vermieterschaft gegen die Unzumutbarkeit sprechen. Wie aufgezeigt (vgl. E. III.3.4.4), lässt sich eine solche Duldung jedoch nicht erstellen, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

5.4.2. In der Gesamtwürdigung wiegt die seit Jahren anhaltende eigenmächtige Nutzung der Mietsache zu Wohnzwecken ohne entsprechende Bewilligung schwer und lässt bereits für sich genommen die Fortsetzung des Mietverhältnisses als unzumutbar erscheinen, denn die Beklagte hat ein überwiegendes Interesse an einer zeitnahen Beseitigung dieses vertrags- und bewilligungswidrigen Zustands. Entgegen der Auffassung der Klägerin hat die Beklagte nicht darzutun, dass ihr konkrete Nachteile entstehen. Daher braucht auf die Frage der möglichen haftungs- und versicherungsrechtlichen Risiken nicht näher eingegangen zu werden. Zusätzlich ins Gewicht fällt, dass aufgrund des zuletzt ausgeübten Optionsrechts das Mietverhältnis erst auf den 31. März 2029 ordentlich gekündigt werden könnte. Es wäre unter diesen Umständen nicht zumutbar, die Beklagte auf die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung zu verweisen. Ebenso wenig erschiene es mit Recht und Billigkeit vereinbar, dass sich die Klägerin trotz der erwiesenen Wohnnutzung der Mietsache auf die verlängerte feste Vertragsdauer berufen könnte, welche sie in Ausübung des für die Geschäftsmiete vereinbarten Optionsrechts erwirkte.

5.4.3. Da die Wohnnutzung *per se* vertragswidrig ist, kann auch an dieser Stelle offenbleiben, ob sie nachträglich bewilligungsfähig wäre. Die Beklagte kann weder angehalten werden, eine Bewilligung nachträglich einzuholen, noch musste

sie die Klägerin als mildere Massnahme auffordern, ein Umnutzungsgesuch einzureichen oder öffentlich-rechtliche Auflagen zu erfüllen. Auch aus dem im Berufungsverfahren neu eingereichten Baugesuch der Beklagten, das sich unbestrittenermassen auf den Umbau der ganzen Liegenschaft mit Ausnahme des Erdgeschosses zu einer Wohnliegenschaft bezieht, vermag die Klägerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

5.4.4. Der Vergleich mit der Situation im 3. Obergeschoss ändert in der Gesamtwürdigung nichts an der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses. Selbst wenn der dortigen Mieterschaft – wie die Klägerin vorbringt – eine einvernehmliche Verlängerung des Mietverhältnisses gewährt worden wäre, könnte die Klägerin daraus keinen Anspruch auf Gleichbehandlung ableiten. Es handelt sich um unterschiedliche Mietobjekte und eigenständige Vertragsverhältnisse. Zudem stellt die Klägerin die vorinstanzliche Feststellung nicht in Abrede, dass sich die lärmschutzrechtlichen Verhältnisse im 1. und 3. Obergeschoss unterscheiden und für das 3. Obergeschoss eine Anmeldung als Wohnung erfolgt ist.

5.4.5. Was die zeitlichen Verhältnisse betrifft, ist festzuhalten, dass es der Vermieterin freisteht, nach erfolgter Mahnung und Feststellung der fortdauernden Pflichtverletzung mit der Kündigung noch etwas zuzuwarten, um namentlich den Mieter zu schonen, sich über das weitere Vorgehen klar zu werden oder weitere Abklärungen zu treffen (ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f N 62). In seiner Rechtsprechung würdigte das Bundesgericht eine Zeitspanne von 18 Monaten zwischen der letzten Abmahnung und der Kündigung als Indiz gegen die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses, während es eine Zeitspanne von fünf bzw. acht Monaten als vertretbar erachtete (BGer 4A_87/2012 E. 5.3 mit Hinweisen auf BGer 4C.118/2001 vom 8. August 2001 sowie BGer 4C.264/2002 vom 25. August 2003).

Vorliegend ist gemäss der Feststellung der Vorinstanz von einer effektiven, der Beklagten zurechenbaren Kenntnissnahme der Wohnnutzung im Zeitpunkt der Besichtigung der Mietsache am 25. April 2023 auszugehen ([...] E. V/1.2). Am 19. Juni 2023 fand der Eigentümerwechsel statt. Die Abmahnung erfolgte am 13. September 2023 und die Kündigung am 21. März 2024. In Nachachtung der

vorgenannten Rechtsprechung erscheinen weder die knapp fünf Monate zwischen der Besichtigung und der Abmahnung noch die rund sechs Monate zwischen der Abmahnung und der Kündigung als derart lang, dass sich die Beklagte nicht mehr auf die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses berufen dürfte. Die Klägerin bestreitet denn auch nicht, dass die Beklagte mit der Kündigung unter anderem deshalb zuwartete, um ihr genügend Zeit zur Beendigung der Untermietverhältnisse einzuräumen. Diese Erklärung ist nachvollziehbar. Dass die Untermiete als solche von der Beklagten nicht beanstandet wurde, ändert daran nichts, da die Beendigung des Hauptmietverhältnisses auch zur Beendigung der Untermietverhältnisse führen muss. Bei diesem Ergebnis kann der weitere strittige Punkt offenbleiben, ob das Zuwarten mit der Kündigung zusätzlich durch das Bestreben motiviert war, eine umfassende Lösung zwischen den Parteien anlässlich der Schlichtungsverhandlung betreffend das Anfechtungsbegehren der Klägerin gegen die Mietzinserhöhung zu erzielen.

5.5. Zusammengefasst erweist sich die Fortsetzung des Mietverhältnisses aufgrund der jahrelangen gemischten Nutzung der Mietsache zu Wohnzwecken in Verletzung des vertraglich vereinbarten Gebrauchs sowie des andauernden bewilligungswidrigen Zustands als unzumutbar. Damit liegt ein ausserordentlicher Kündigungsgrund im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR vor, auf den sich die Beklagte berufen durfte.

6. *Nichtige Teilkündigung*

6.1. Schliesslich macht die Klägerin in ihrer Berufung geltend, die angefochtene Kündigung vom 21. März 2024 sei als nichtige Teilkündigung zu qualifizieren. Am 1. Dezember 2020 habe sie mit der früheren Vermieterin einen unbefristeten Mietvertrag mit Mietbeginn ab 1. Januar 2021 über einen Lagerraum im 1. Untergeschoss abgeschlossen. Beide Mietverträge würden ein einheitliches Mietverhältnis bilden. Ohne das gemietete 1. Obergeschoss hätten die Parteien keinen Mietvertrag über den Lagerraum im Untergeschoss abgeschlossen; der Lagerraum wäre ohne die Mieträume im 1. Obergeschoss nutzlos, was für die Vermieterin ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Damit habe die Klägerin eine

Nebensache im Sinne von Art. 253a Abs. 1 OR zu den Mieträumen im 1. Obergeschoss als Hauptsache dazu gemietet.

6.2. Dem hält die Beklagte entgegen, der Einwand der Klägerin sei nicht zu hören, da es sich um unzulässige Noven handle. Der Lagerraum sei im Übrigen bereits im vorinstanzlichen Verfahren ein Thema gewesen, ohne dass sich die Klägerin auf eine nichtige Teilkündigung berufen hätte. Ferner sei unglaublich, dass die Anmietung des Lagers für die Klägerin ohne das 1. Obergeschoss nutzlos sei. Die Klägerin nutze das Mietobjekt im 1. Obergeschoss gar nicht selbst, weshalb es ohne Weiteres möglich sei, dass sie den Lagerraum selbst nutze. Gegen die Annahme eines einheitlichen Mietverhältnisses würde auch sprechen, dass die Mietverträge nicht gleichzeitig abgeschlossen worden seien, nicht dieselbe Laufzeit aufwiesen sowie unterschiedlichen Kündigungsmodalitäten unterlägen.

6.3. Die erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachte Qualifikation als nichtige Teilkündigung stellt für sich allein kein Novum dar, sondern ein rechtliches Vorbringen. Dieses wird jedoch auf neue Tatsachenbehauptungen gestützt – namentlich darauf, dass der Lagervertrag ohne das Mietverhältnis über das 1. Obergeschoss nicht abgeschlossen worden wäre, der Lagerraum ohne dieses objektiv nutzlos sei und dies für die Vermieterschaft erkennbar gewesen sei. Dass diese Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig wären, ist weder ersichtlich noch dargelegt. Vor Vorinstanz hatte die Klägerin zwar auf den Abschluss des separaten Mietvertrags hingewiesen und den entsprechenden Mietvertrag samt der vorangegangenen Korrespondenz eingereicht. Allein auf dieser Grundlage ist ein einheitliches Mietverhältnis jedoch nicht dargetan, weshalb der Einwand der nichtigen Teilkündigung als verspätet zurückzuweisen ist. Wie nachfolgend zu zeigen ist, erwiese sich der Einwand aber selbst dann als unbegründet, wenn die Tatsachenbehauptungen der Klägerin berücksichtigt würden.

6.4.

6.4.1. Gemäss Art. 253a Abs. 1 OR gelten die Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen auch für Sachen, die der Vermieter zusammen mit diesen Räumen dem Mieter zum Gebrauch überlässt. Als derartige Nebensa-

chen kommen nicht nur bewegliche Sachen in Betracht, sondern auch Immobilien wie beispielsweise Garagen, Abstellplätze und Lager. Ein Zusammenhang der Nebensache mit der Hauptsache besteht, wenn sie der Hauptsache funktionell dient und nur wegen des über diese geschlossenen Mietvertrags zum Gebrauch überlassen bzw. in Gebrauch genommen wird. Dabei ist erforderlich, dass die Parteien beider Mietverträge dieselben sind. Dagegen kommt dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Anzahl der abgeschlossenen Verträge keine entscheidende Bedeutung zu (BGE 125 III 231 E. 2; OGer ZH NG200015 vom 26. November 2020 E. 2.1).

Die Qualifikation als Haupt- und Nebensache gemäss Art. 253a Abs. 1 OR indiziert zwar, bedeutet jedoch nicht zwingend, dass ein untrennbares Mietverhältnis vorliegt, mit der Folge, dass eine lediglich gegen ein Mietobjekt gerichtete Kündigung nichtig wäre. Vielmehr kann über die Qualifikation als einheitliches Mietverhältnis nicht ohne Rücksicht auf die Interessen der beteiligten Parteien und die von ihnen getroffenen Vereinbarungen entschieden werden (BGE 137 III 123 E. 2.2 f.; BGer 4A_283/2013 vom 20. August 2013 E. 4.4.1). Bezieht sich ein Kündigungsgrund nur auf die Nebensache, kann es sich zur Wahrung des Schutzzwecks von Art. 253a Abs. 1 OR aufdrängen, eine isolierte Kündigung der Nebensache zuzulassen, wenn die Mieterseite an der Benutzung der Hauptsache auch ohne Überlassung der Nebensache ein Interesse hat und es der Vermieterin zumutbar ist, die Nebensache selbständig anderweitig zu vermieten (BGE 137 III 123 E. 2.2 f.; BGer 4A_283/2013 vom 20. August 2013 E. 4.4.1; BSK OR-WEBER, a.a.O., Art. 253a N 15a f.). Bezieht sich dagegen der Kündigungsgrund auf die Hauptsache, ist regelmässig davon auszugehen, dass die Parteien kein Interesse an einer separaten Weiterführung der Vermietung der Nebensache haben. Die Mieterseite wird sich in solchen Fällen hinsichtlich der Nebensache auch nicht auf eine besondere Schutzwürdigkeit berufen können. Diesfalls bleibt es dabei, dass die Nebensache dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache folgt (vgl. DIETSCHY, Tribunal fédéral, 21.02.2011, X. c. Y., 4A_622/2010, ATF 137 III 123, in: DB 2011 S. 20 f., S. 21).

6.4.2. *In casu* liegt hinsichtlich der beiden Mietverträge Parteiidentität vor. Inwieweit der Lagerraum der Nutzung der Räume im 1. Obergeschoss tatsächlich dient, ergibt sich aus der Sachdarstellung der Klägerin nicht. Ihre Behauptung, der Lagerraum sei für sie ohne die Räume im 1. Obergeschoss nutzlos, ist unsubstantiiert. Unklar ist auch, inwieweit der Lagerraum von der Klägerin selbst oder von einem Untermieter genutzt wird. Eine Qualifikation des Lagerraums als hinzugemietete Nebensache gemäss Art. 253a Abs. 1 OR erscheint daher fraglich. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Parteien zwei eigenständige Verträge mit unterschiedlichen Laufzeiten und Kündigungsregimen abgeschlossen haben. Während der Mietvertrag über das 1. Obergeschoss eine feste Dauer mit Optionsrechten vorsieht, ist der Vertrag über den Lagerraum unbefristet und unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten auf Ende März, Juni oder September kündbar. Dies spricht dafür, dass die Parteien ein unterschiedliches rechtliches Schicksal der beiden Verträge in Kauf genommen haben. In dieselbe Richtung weist die vorvertragliche Korrespondenz: Danach sollte die Anmietung des Lagerraums auf Wunsch des Untermieters gerade nicht zusammen mit dem Mietverhältnis über das 1. Obergeschoss, sondern separat erfolgen. Insofern ist nicht erkennbar, dass die Parteien beide Verträge zu einem untrennbaren Ganzen verbinden wollten. Unter diesen Umständen würde der teilzwingende Schutz von Art. 253a Abs. 1 OR selbst dann nicht zur Nichtigkeit der Kündigung führen, wenn der Lagerraum als funktional mit den Räumen im 1. Obergeschoss zusammenhängende Nebensache zu qualifizieren wäre. Die Klägerin kann namentlich nicht geltend machen, sie werde durch die Kündigung der Räumlichkeiten im 1. Obergeschoss gerade deshalb besonders getroffen, weil der Lagerraum nicht mitgekündigt wurde. Aufgrund der Interessenlage und der Vereinbarungen der Parteien besteht kein Anlass, die fehlende Kündigung des Lagerraums auf die im Übrigen berechnete ausserordentliche Kündigung der Hauptsache durchschlagen zu lassen.

6.5. Die Kündigung des Mietverhältnisses über das 1. Obergeschoss stellt nach dem Gesagten keine nichtige Teilkündigung dar.

7. Im Ergebnis ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen und die vorinstanzliche Beurteilung zu bestätigen, wonach die ausserordentliche Kündigung vom 21. März 2024 gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR rechtswirksam ist.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss hat die Klägerin die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Beanstandungen hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten und der Parteientschädigung wurden keine vorgebracht. Damit hat es bei der Kostenregelung der Vorinstanz sein Bewenden.

2. Grundlage für die Festsetzung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr bilden der Streitwert, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 115'500.– (vgl. act. 6 E. VI und act. 8), der auf wiederkehrenden Leistungen beruht, ist die Grundgebühr um einen Drittel zu ermässigen. Da die Klägerin um Kündigungsschutz ersuchte, erweist sich eine weitere Ermässigung von rund 20% als angemessen. Die Entscheidgebühr ist damit auf Fr. 4'200.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 bis 3 und § 7 lit. a GebV OG). Die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 8'520.– (inklusive 8.1 % MwSt.) festzusetzen.

(...))»

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2025, 35. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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