

## **ZMP 2016 Nr. 7**

### **Art. 259b lit. a OR; Art. 260 OR; Art. 271 OR. Fristlose Kündigung der Mieterin wegen unzumutbarer Erneuerungs- und Änderungsarbeiten der Vermieterin.**

*Das ausserordentliche Kündigungsrecht der Mieterin wegen schwerer Mängel an der Mietsache nach Art. 259b lit. a OR entspricht im Dauerschuldverhältnis den Gläubigerrechten im Falle der Schlechterfüllung nach Art. 97 i.V.m. Art. 107-109 OR. Eine fristlose Kündigung setzt daher nicht voraus, dass die Mieterin die Sache tatsächlich nutzt. Die Unzumutbarkeit von Erneuerungs- und Änderungsarbeiten nach Art. 260 OR impliziert einen schweren Mangel im Sinne von Art. 259b lit. a OR. Ein Vorbehalt gilt bezüglich der Voraussetzung des ungekündigten Mietverhältnisses: Kündigt die Mieterin lange vor Ablauf einer festen Mindestdauer und kann sie daher aller Voraussicht nach auch noch von den Vorteilen der baulichen Massnahmen profitieren, beurteilt sich die Zumutbarkeit einzig aufgrund der Auswirkungen der Sanierung auf die Gebrauchstauglichkeit der Sache. Wartet die Mieterin nach Baubeginn mit der Kündigung zu, so verstösst ihr Verhalten nicht gegen Treu und Glauben, wenn im Zeitpunkt der Kündigung schwere Immissionen bestehen und ein Ende binnen kurzer Zeit nicht absehbar ist.*

Aus dem Urteil des Mietgerichts MB150006-L vom 19. Dezember 2016 (Gerichtsbesetzung: Weber, Gerber, Schenk; Leitende Gerichtsschreiberin Mosele; eine Berufung wurde mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich [NG170003-O](#) vom 4. Dezember 2017 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde):

"(...)

#### **1. Sachverhalt**

1.1 Mit Vertrag vom 24. August 2007 mietete die G. AG von der C. AG Büroräume im 3. OG, Lagerräume im EG und UG sowie Autoeinstellplätze in der Liegenschaft N-strasse und M-strasse in Zürich ("Z-L I"). Der Vertrag wurde auf eine feste Mindestdauer von zehn Jahren und drei Monaten bis zum 31. März 2018 abgeschlossen und konnte mit einer 12-monatigen Anzeigefrist jeweils auf Ende März gekündigt werden, erstmals auf den 31. März 2018. Die P. AG schloss den

Vertrag für die Klägerin, ihre Tochtergesellschaft. (...) Mit Nachtrag vom 17. Juli 2008 erfolgte eine auf den 1. April 2008 zurück wirkende Vertragsübertragung auf die Klägerin. Parallel zum hier interessierenden Mietverhältnis nutzte und nutzt die Klägerin auch Räume in der Nachbarliegenschaft, genannt "Z-L II". Per 1. Februar 2009 wurde die Liegenschaft der Beklagten verkauft.

1.1. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 kündigte die Klägerin den Mietvertrag ordentlich auf den 31. März 2018. Als Begründung gab sie verringerten Platzbedarf aufgrund von Umstrukturierungsmassnahmen an. In deren Rahmen hatte sie ihre Geschäftstätigkeit zumindest im Kern in die Räume des "Z-L II" verlegt. In der Kündigung führte sie an, sie benötige die Räume im Z-L I nicht mehr, da alle verbliebenen Mitarbeitenden in den Räumlichkeiten des Z-L II Platz fänden. Sie sei bereit, über eine vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts zu sprechen.

Mit Einschreiben vom 18. August 2014 kündigte die Klägerin den Mietvertrag ausserordentlich gemäss Art. 259b lit. a OR auf den 25. August 2014. Zur Begründung führte sie aus, aufgrund der umfassenden Umbauarbeiten zur Gesamt-sanierung des Z-L I sei der Gebrauch der gemieteten Fläche unzumutbar. Mit Schreiben 27. August 2014 teilte die Beklagte der Klägerin mit, es liege kein Grund vor, welcher eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde, weshalb diese nichtig sei.

(...)

### 3. *Fristlose Kündigung des Mieters im Kontext von Unterhaltsarbeiten, Erneuerungen und Änderungen an der Sache durch den Vermieter*

3.1. Nach Art. 257h Abs. 1 OR muss der Mieter Arbeiten an der Sache dulden, die zur Mängelbehebung oder Vermeidung von Schäden notwendig sind. Sodann kann der Vermieter nach Art. 260 Abs. 1 OR Erneuerungen und Änderungen an der Mietsache vornehmen, wenn sie für den Mieter zumutbar sind und das Mietverhältnis nicht gekündigt ist. Sowohl nach Art. 257h Abs. 3 als auch nach Art. 260 Abs. 2 OR muss der Vermieter bei der Ausführung der Arbeiten auf die Interessen des Mieters Rücksicht nehmen. Dazu gehört nicht nur eine Beschrän-

kung der Arbeiten nach Umfang, Intensität und Dauer. Auch eine fehlende oder falsche Planung der Arbeiten oder eine falsche Information über deren Art, Dauer und Intensität ist als mangelnde Rücksichtnahme im Sinne der genannten Bestimmungen zu werten (BGer 4C.331/2006 v. 9.10.2007 E. 4; ZK-HIGI, Art. 260 N 56 ff.). Das Gesetz behält jeweils allfällige Ansprüche des Mieters auf Mietzinsminderung nach Art. 259d OR sowie auf Schadenersatz nach Art. 259e OR explizit vor. Bezogen auf die weiteren Mängelrechte nach Art. 259a ff. OR handelt es sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes: Beachtet der Vermieter die Grenzen von Art. 257h bzw. 260 OR, stehen dem Mieter ausschliesslich Minderungs- und Schadenersatzansprüche zu, insbesondere aber nicht die Rechte, die Störung zu verbieten, den Mietzins zu hinterlegen oder den Vertrag fristlos zu kündigen. Beachtet der Vermieter die Grenzen jedoch nicht, so steht dem Mieter die gesamte Palette der Mängelrechte zur Seite, insbesondere das Recht zur fristlosen Kündigung nach Art. 259b lit. a OR (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBI 1985 I 1439; ZK-HIGI, Art. 257h OR N 5, 39 und 45, sowie Art. 260 OR N 24 und 52 ff.).

3.2. Kennt der Vermieter einen Mangel und beseitigt er ihn nicht innert angemessener Frist, kann der Mieter einer unbeweglichen Sache nach Art. 259b lit. a OR den Vertrag fristlos kündigen, wenn der Mangel die Tauglichkeit des Mietobjekts zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt. Welche Eigenschaften die Sache aufzuweisen hat, damit sie für den vorausgesetzten Gebrauch taugt, hängt in erster Linie vom vereinbarten Gebrauchszweck ab und ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Massgebend ist, was der Mieter unter den konkreten Umständen vernünftigerweise erwarten darf (BGE 135 III 345 E. 3.2 = Pra 2009 Nr. 135). Die besonderen Bedürfnisse des Mieters sind nur relevant, wenn sie zum Vertragsinhalt gemacht wurden (BGer 4C.291/2000 v. 11.4.2001 E. 4b). Die fristlose Kündigung gemäss Art. 259b lit. a OR erfordert einen schweren Mangel der Sache, mithin zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung ihrer Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch. Ob ein Mangel in diese Kategorie fällt, hängt von den gesamten Umständen ab, insbesondere von Intensität und Dauer der Beeinträchtigung. Auch dabei kommt gemäss Lehre und Rechtsprechung ein objektiver Massstab zur Anwendung. Zu fragen ist danach,

ob der vorausgesetzte Gebrauch der Sache in einer Art geschmälert wird, dass dem Mieter die Benutzung aus der Sicht eines vernünftigen und korrekten Vertragspartners nicht zugemutet werden kann (ZK-HIGI, Art. 258 OR N 43; Mietrecht für die Praxis/ROY, 9. A., Zürich 2016, S. 211 f., 276 f. und 761; CPra Bail-AUBERT, Art. 259b OR N 15; HAP Immobiliarmietrecht-ROHRER, Basel 2016, S. 220 und 227). Schwer sind nicht nur Mängel, die zu einer Gesundheitsgefährdung führen (falsch eingestellte Skibindung, BGE 107 II 426 E. 3; Kälteeinbrüche und Schimmelbildung in einer Wohnung; Verletzung brandschutztechnischer Vorschriften, BGer 4C.333/2004 v. 6.1.2005). Es genügt schon die Verunmöglichung der Nutzung wesentlicher Teile der Sache während einer gewissen Zeit oder die Beeinträchtigung durch Schäden an der Baute oder durch Bauarbeiten mit erheblicher Belastung durch Lärm, Erschütterungen oder Schmutz (BGer 4A\_11/2013 v. 16.5.2013 E. 3.1; BGer 4C.384/2005 v. 22.3.2006 E. 3.1; BGer 4C.168/2001 v. 17.8.2001 E. 4a; Pra 2000 Nr. 49 E. 2d; BGer in mp 1996, S. 23 f.). In der Literatur und in der kantonalen Praxis finden sich weitere Beispiele, etwa der gänzliche Entzug der Sicht auf das Schaufenster eines Ladenlokals, Feuchtigkeit und Wassereinbrüche, schlechte Gerüche oder ideelle Immissionen wegen der Einrichtung eines Salons für Erotikmassagen im gleichen Gebäude (SVIT-K, Vorbem. zu Art. 258-259i OR N 53; Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 276 f.). Eine Anhäufung von isoliert betrachteten schweren Mängeln kann in der Gesamtbetrachtung zu einem schweren Mangel führen. Die Beweislast für den Mangel und dessen Schwere trifft nach Art. 8 ZGB den Mieter, denn er leitet daraus sein ausserordentliches Kündigungsrecht ab.

Die fristlose Kündigung tritt bei der Immobiliarmiete an die Stelle des Vertragsrücktritts, der dem Gläubiger nach allgemeinen Regeln bei einer Vertragsverletzung der Gegenseite nach Art. 97 und 107-109 OR offensteht (Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 761), wobei eine Exkulpation des Vermieters allerdings ausscheidet (SVIT-K, Art. 259b OR N 23). In diesem Sinne dient das Recht zur fristlosen Kündigung ähnlich wie die Mietzinsminderung der Wiederherstellung des aus den Fugen geratenen Vertragsgleichgewichts, indem der Mieter nicht zur Fortführung der Dauerbeziehung soll gezwungen werden können, soweit wesentliche Elemente der Gegenleistung nicht erbracht werden. Schon aus dem klaren

Wortlaut von Art. 259b lit. a OR ergibt sich, dass es auf subjektive Elemente bei der Beurteilung des Mangels unter Vorbehalt besonderer Zusicherungen des Vermieters nicht ankommt (BGE 130 II 504 E. 4.1; BGE 126 III 388 E. 11c; BGer 4C.219/2005 v. 24.10.2005 E. 2.3; ZK-HIGI, Art. 259d OR N 14 f. sowie Art. 258 N 43 ["im Lichte der konkreten vertraglichen Gebrauchs*bestimmung*", Hervorhebung hier]; Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 200 f.; SVIT-K, N 24 f. zu Art. 259b OR). Die Auffassung, ein Mangel liege nicht vor, soweit der Zustand der Sache zwar vom Geschuldeten abweiche, aber keine Beeinträchtigung des vertragsgemässen Gebrauchs bewirke, wurde soweit ersichtlich nur in der 1. Auflage des SVIT-Kommentars vertreten (N 5 der Vorbemerkungen zu Art. 258-259i OR), seither aber längst aufgegeben (vgl. SVIT-K, Vorbem. zu Art. 258-259i OR N 12 ff.). HIGI ist ihr mit Hinweis auf die belegten abweichenden Intentionen des Gesetzgebers und mit dem Argument entgegen getreten, die gegenteilige Lösung würde es dem Vermieter im Ergebnis erlauben, "ohne besonderen Anlass nicht genau die Leistung zu erbringen, die er versprochen hat" (ZK-HIGI, Art. 258 OR N 27). Umso weniger kann der Vermieter einwenden, eine bestimmte Störung bilde keinen Mangel, weil der Mieter die Sache weniger intensiv genutzt hat, als dies vertraglich vereinbart war. Die Hauptleistungspflicht des Vermieters lässt sich einheitlich umschreiben als die Pflicht, dem Mieter den vorausgesetzten Gebrauch der Mietsache zu ermöglichen (SVIT-K, Vorbem. zu Art. 259-259i OR N 2). TSCHUDI spricht zu recht von einer Qualitätspflicht des Vermieters (DERS., Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen, Diss. Zürich 2005, S. 28 ff., S. 31 o.). Diese gilt unabhängig von der Schwere des Mangels. Liegt aber ein schwerer Mangel im Sinne von Art. 259b lit. a OR vor, so berechtigt dieser den Mieter auch dann zur fristlosen Kündigung, wenn er die Sache gar nicht benutzt.

Was das Erfordernis der nicht rechtzeitigen Beseitigung des Mangels als weitere Voraussetzung der fristlosen Kündigung angeht, begnügt sich die Praxis damit, dass der Vermieter den Mangel kennt und dennoch nicht innert angemessener Frist Abhilfe schafft. Eine Nachfristansetzung des Mieters ist nicht erforderlich, soweit eine angemessene Behebungsfrist zur Zeit der Kündigung bereits verstrichen ist (Pra 2000 Nr. 49 E. 2d; BGer 4C.168/2001 v. 17.8.2001 E. 3b;

ebenso die Botschaft, a.a.O., BBI 1985 I 1435). Unabhängig davon besteht Einigkeit darüber, dass sich jedenfalls dann eine Nachfristansetzung erübrigt, wenn die Voraussetzungen von Art. 108 OR erfüllt sind, insbesondere wenn sich aus dem Verhalten des Vermieters ergibt, dass eine solche nutzlos wäre (antizipierter Vertragsbruch; ZK-HIGI, Art. 259b OR N 28 f.).

3.3. Erweisen sich die Auswirkungen von Arbeiten zur Erhaltung der Sache im Sinne von Art. 257h OR oder Erneuerungs- und Änderungsarbeiten nach Art. 260 OR als für den Mieter unzumutbar im Sinne der jeweiligen Bestimmung, bedeutet dies grundsätzlich notwendigerweise auch eine unzumutbare, sprich erhebliche Beeinträchtigung des vertragsgemässen Gebrauchs und damit einen schweren Mangel im Sinne von Art. 259b lit. a OR (BGer 4C.331/2006 v. 9.10.2007 E. 4.1 a.E.; ZK-HIGI, Art. 260 OR N 53; Mietrecht für die Praxis/WYTTEBACH, a.a.O., S. 288 f.; CPra Bail-AUBERT, Art. 260 OR N 47 [die von "travaux raisonnablement imposables" spricht]). Dies gilt nicht nur für Arbeiten, die nach Intensität und Dauer zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Sache führen, sondern auch für solche, die dem Mieter nicht gehörig angekündigt worden sind oder bei denen die tatsächlichen Beschränkungen in unzumutbarer Weise über das angekündigte Bauprogramm hinausgehen (Art. 257h Abs. 3 und Art. 260 Abs. 2 OR). Der Mieter ist nicht verpflichtet, statt zu kündigen einen Baustopp zu verlangen oder gar gerichtlich zu veranlassen, denn die Mängelrechte sind zueinander alternativ, so auch der Beseitigungsanspruch und das Recht auf fristlose Kündigung. Einschränkungen des Rechts zur fristlosen Kündigung können sich allerdings aus Treu und Glauben ergeben, etwa wenn der Vermieter auf Wunsch des Mieters solche Arbeiten an der Sache ausführen lässt. Kritisch kann sodann das auch zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens umstrittene Kriterium von Art. 260 Abs. 1 OR sein, dass das Mietverhältnis bei der Vornahme von Erneuerungen und Änderungen nicht gekündigt sein darf, insbesondere auch nicht durch den Mieter. HIGI erwähnt denn auch als Beispiel für ein treuwidriges Verhalten den Fall, dass der Mieter eine Kündigung ausspricht nur mit dem Zweck, die vom Vermieter lange im Voraus angekündigten Erneuerungs- oder Änderungsarbeiten zu verhindern und so (sachfremde) Zugeständnisse zu er-

zwingen (ZK-HIGI, Art. 260 OR N 54). Vor der Diskussion der Parteistandpunkte des vorliegenden Falles ist daher dieses Kriterium näher zu beleuchten.

3.4. Das Erfordernis der fehlenden Kündigung versteht sich nach der klaren Intention des Gesetzgebers als Anwendungsfall der Zumutbarkeit: Der Mieter hätte sonst bei Erneuerungen und Änderungen "nur die Unannehmlichkeiten zu ertragen, die damit verbunden sind, aber praktisch keinen Nutzen mehr davon" (Botschaft, a.a.O., BBl 1985 I 1439). Die Konsequenzen des Gesetzeszwecks sind allerdings in der Lehre heftig umstritten. Klar ist, dass das bloss Abstellen auf das Vorliegen einer Kündigung zu unbefriedigenden Lösungen führen kann. Gestützt darauf wird etwa postuliert, die Voraussetzung des ungekündigten Mietverhältnisses müsse nach Inangriffnahme der rechtzeitig angekündigten Arbeiten nicht mehr bestehen (ZK-HIGI, Art. 260 OR N 51; SVIT-K III, Art. 260-260a OR N 31). Dies scheint zwar vom Wortlaut von Art. 260 Abs. 1 OR nicht ohne weiteres gedeckt. Allerdings ist tatsächlich der Vermieter spätestens nach Baubeginn schutzwürdig, wenn er der Verpflichtung zur rechtzeitigen Ankündigung der Arbeiten nachgekommen ist (a.a.O., N 51) und sich gegenüber dem kommunizierten Projekt keine wesentlichen Veränderungen ergeben haben, denn sonst drohen ihm Schadenersatzforderungen insbesondere der Unternehmer. Weitere Streitpunkte betreffen die Frage, ob auch ausserordentliche Kündigungen zur Unzulässigkeit der Arbeiten führen oder nicht (verneinend SVIT-K, Art. 260-260a OR N 33; ZK-HIGI, Art. 260 N 46; BSK OR I-WEBER, Art. 260 N 3; a.M. Mietrecht für die Praxis/WYTENBACH, a.a.O., S. 286). Auffällig ist auch hier, dass die Lehre nicht beim Wortlaut des Gesetzes stehen bleibt, und zwar unabhängig davon, welcher Ansicht sie zuneigt: Insbesondere HIGI äussert begründete Zweifel daran, dass der Gesetzgeber ausserordentliche Kündigungen wirklich mitgemeint hat (a.a.O.). WYTENBACH bejaht dies mit dem Argument, die fraglichen Kündigungen seien samt und sonders kurzfristig, so dass das Abwarten der Frist für den Vermieter viel weniger zu einer relevanten Einschränkung seines Bauvorhabens führe als eine ordentliche Kündigung (a.a.O.). Auch die Auffassungen zur Rechtslage bei befristeten Mietverhältnissen nach Art. 255 OR und – als Spezialfall derselben – der Mieterstreckung nach Art. 272 ff. OR gehen auseinander. HIGI erachtet bei befristeten Mietverhältnissen die negative Voraussetzung der fehlenden Kündigung

als "in der Regel erfüllt" (a.a.O., Art. 260 OR N 45). Dies impliziert, dass es Ausnahmen geben kann. Genau den umgekehrten Schluss scheint man insbesondere in der Westschweiz zu ziehen: Aus dem Schweigen des Gesetzes zu befristeten Verträgen wird dort gefolgert, dass grundsätzlich, d.h. unter Vorbehalt einer langen Vertragsdauer oder der Notwendigkeit der Koordination der Arbeiten mit solchen an anderen Mietobjekten in der Liegenschaft, Erneuerungen und Änderungen *unzulässig* seien (CPra Bail-AUBERT, Art. 260 OR N 35). Das erstreckte Mietverhältnis erachtet HIGI nicht als gekündigt, einerseits mit dem Hinweis auf die gesetzliche Befristung, andererseits mit der Begründung, es handle sich hier um ein Mietverhältnis aus besonderem Grund, welchen der Vermieter nicht zu vertreten habe, und nicht einfach um eine blosser Fortsetzung des Mietverhältnisses über den vertraglichen Beendigungstermin hinaus. Letzteres erscheint fraglich, denn das Gesetz liefert keinen Hinweis darauf, dass die Rechte und Pflichten sich in einem erstreckten Mietverhältnis anders verhalten als vor dem vertraglichen Beendigungstermin: Art. 272c Abs. 2 OR statuiert als Grundsatz das Gegenteil. Im SVIT-Kommentar wird zwar ähnlich wie bei HIGI das erstreckte Mietverhältnis als ein "durch obrigkeitlichen Zwang 'angeordnetes' " Rechtsverhältnis bezeichnet und entsprechend die Zulässigkeit von Umbauarbeiten während einer Erstreckung grundsätzlich bejaht. Mit Blick auf den Zweck der Voraussetzung der fehlenden Kündigung verneinen die Autoren aber unter dem Aspekt der allgemeinen Zumutbarkeit die Zulässigkeit von Arbeiten während kurzen Erstreckungen mit einer Dauer von maximal drei Monaten (SVIT-K, Art. 260-260a OR N 34; ähnlich CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 260 OR N 4). Bei AUBERT verkehren sich Grundsatz und Ausnahme auch hier ins Gegenteil: Da sich der Mieter bei einer Erstreckung in einem befristeten Mietverhältnis befinde, soll er nach Auffassung der genannten Autorin nur in Ausnahmefällen gezwungen werden können, in dieser Phase gewisse Arbeiten zu dulden ("... on peut ... *a fortiori* attendre du locataire ... qu'il tolère exceptionnellement certains travaux de rénovation", CPra Bail-AUBERT, Art. 260 OR N 36, mit Querverweis auf Art. 272c OR). Von Bedeutung sind bei befristeten Mietverhältnissen oder solchen mit fester Mindestdauer zwei weitere Aspekte: Einerseits nimmt die Lehre einhellig an, dem Mieter könne Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegengehalten werden, wenn er bei

einem Vertrag mit fester Mindestdauer eine ordentliche Kündigung sehr früh ausspreche, um damit ein Bauvorhaben auf Jahre hinaus zu verhindern (so z.B. Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 287; SVIT-K, Art. 260-260a OR N 32; ZK-HIGI, Art. 260 OR N 54). Andererseits nützt dem Mieter bei befristeten Verträgen oder solchen mit fester Mindestdauer die frühzeitige Ankündigung des Bauprojekts oft nicht so viel wie bei einem unbefristeten Vertrag mit den gesetzlichen Kündigungsmodalitäten, weil er entweder gar nicht über ein ordentliches Kündigungsrecht verfügt oder dann nur über ein solches mit einem Termin, welcher nach den Bauarbeiten liegt. Damit kann ein solcher Mieter gerade nicht frei entscheiden, ob er den Arbeiten mit einer eigenen Kündigung ausweichen will (dazu Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 287; SVIT-K, Art. 260-260a OR N 31). Auch wenn AUBERT diesen Aspekt nicht speziell erwähnt, dürfte sie Verträge mit fester Mindestdauer während deren fester Laufzeit befristeten gleichstellen (CPra Bail-AUBERT, Art. 260 OR N 36). Bei einem erstreckten Mietverhältnis wird überdies diskutiert, welches die Auswirkungen des Kündigungsrechts des Mieters nach Art. 272d OR auf die Zulässigkeit von Erneuerungen und Änderungen sind. Wie HIGI zu recht bemerkt, ändert dieses Kündigungsrecht nichts an der befristeten Natur des erstreckten Mietverhältnisses. Vor allem soll das Kündigungsrecht nicht Erneuerungen oder Änderungen des Vermieters erleichtern, sondern dem Mieter die Suche nach einer Ersatzlösung. Denn der Mieter wird umso eher eine Ersatzlösung finden, je leichter er das bestehende Vertragsverhältnis auflösen kann. Das Kündigungsrecht darf aber nicht als Argument dafür dienen, Erneuerungen und Änderungen zu erleichtern und damit letztlich die vom Gesetz beabsichtigte Milderung der Härte zu unterminieren.

Den bestehenden Interessengegensätzen lässt sich am ehesten mit einer Interpretation der negativen Voraussetzung einer fehlenden Kündigung anhand des Gesetzeszwecks Rechnung tragen (teleologisches Element). Wie HIGI zutreffend bemerkt, lassen sich den Materialien – abgesehen von der schon erwähnten Passage in der Botschaft, wonach der Mieter nicht nur die Unannehmlichkeiten der Arbeiten erdulden, sondern auch in den Genuss der Vorteile gelangen soll – keine Hinweise über die genauen Absichten des Gesetzgebers entnehmen (ZK-HIGI, Art. 260 OR N 51; Amtl. Bull. SR, 7.6.1988, S. 156; Amtl. Bull. NR,

15.3.1989, S. 500 ff.). Plausibel scheint immerhin HIGIS Annahme, der Gesetzgeber müsse bei der Schaffung der Norm gedanklich vom Modellfall eines mit der gesetzlichen Mindestfrist auf einen ortsüblichen Termin hin kündbaren Mietverhältnisses ausgegangen sein (a.a.O., N 51, mit Verweis auf N 26 und 46). Entsprechend findet man bei allen Autoren den Hinweis, die negative Voraussetzung der fehlenden Kündigung sei nur ein besonders hervorgehobener Anwendungsfall der Unzumutbarkeit der Arbeiten (ZK-HIGI, Art. 260 OR N 26; BSK OR I-WEBER, Art. 260 N 3; sinngemäss auch CPra Bail-AUBERT, Art. 260 OR N 30; Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 286 f.; SVIT-K, Art. 260-260a OR N 30 f.). Entspricht der Sachverhalt diesem Modell nicht, darf das Kriterium nicht mehr buchstabengetreu angewandt werden, sondern nur noch im Lichte des Gesetzeszwecks. Von Bedeutung ist dann nur noch die Frage, welche Belastungen mit den Arbeiten zeitlich und sachlich einhergehen, welche Möglichkeiten der Mieter hat, jenen auszuweichen und wie lange er nach Vollendung der Arbeiten mutmasslich noch in den Genuss der Vorteile gelangt. Dafür sind die Umstände des Einzelfalls von Bedeutung. Kann der Mieter die Sache nach einer umfassenden Erneuerung oder Änderungen noch eine längere Zeit nutzen und so in den Genuss der Vorteile gelangen, so kann eine ausgesprochene Kündigung die Zulässigkeit der Arbeiten nicht hindern – sofern sie dem Mieter denn im Lichte der weiteren Kriterien zugemutet werden können. Massgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheids. Dies bedeutet, dass eine ordentliche wie eine ausserordentliche Kündigung der Erneuerung oder Änderung der Sache entgegensteht, dass umgekehrt aber solche Arbeiten in langfristigen Verträgen ausgeführt werden können, ohne dass ein Rechtsmissbrauch seitens des sich weigernden Mieters vorliegen muss. Gleich verhält es sich beim erstreckten Mietverhältnis, soweit die (festgelegte) Erstreckung es dem Mieter erlaubt, noch über eine längere Zeit auch die Vorteile aus den Arbeiten zu ziehen. Einzuräumen ist, dass dieser Ansatz nur retrospektiv uneingeschränkt justiztauglich ist. Ist umstritten, wie lange die Bauarbeiten dauern werden oder wann damit begonnen wird, können sich Beweisprobleme ergeben.

#### 4. Anwendung auf den vorliegenden Fall

4.1. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Arbeiten am Mietobjekt, auf die die Klägerin die Kündigung stützt, den Charakter von Erneuerungen und Änderungen und nicht bloss von Arbeiten zur Erhaltung der Sache hatten. Damit richtet sich ihre Zulässigkeit nach Art. 260 OR.

4.2. Für die Beurteilung der weiteren Fragen ist sodann vorab relevant, von wann bis wann die Bauarbeiten genau dauerten. Beide Parteien machten dazu uneinheitliche Angaben (...). Laut Klägerin soll der Baubeginn am 4. November 2013 gewesen sein. Andernorts führte sie indessen aus, die Kündigung vom 5. Dezember 2013 sei vor Beginn der Arbeiten erfolgt. Die Beklagte behauptete einen Baubeginn im Januar 2014, ergänzte jedoch, im November und Dezember 2013 sei die Baustelleninstallation erfolgt.

Im Bulletin "Sanierung Z-L" vom 17. Januar 2014 wurde der Beginn der Bauplatzinstallationen per 13. Januar 2014 vermerkt. In der Aktennotiz der Baufirma H. vom 4. Dezember 2013 wurde der Beginn der Sanierung ab 6. Januar 2014 festgehalten. Auch dem Terminplan ("Vorgehensplan Z-L Zürich") vom 16. Juni 2014 ist zu entnehmen, dass am 6. Januar 2014 mit den Arbeiten begonnen wurde. Dieser erweist sich aufgrund der Datierung als überarbeitete Version des Balkendiagramms "Bauausführung approximativ Z-L Zürich" vom 10. September 2013, welches die Baustelleninstallation noch im November 2013 vorsah, den Abschluss der Arbeiten dafür aber bereits Ende September/Anfang Oktober und nicht erst Mitte Dezember 2014. Es stimmt im Wesentlichen mit dem Balkendiagramm vom 6. Januar 2014 überein und weist als Beginn der Baustelleninstallation den 6. Januar 2014 aus. Gemäss E-Mail eines Mitarbeiters der Klägerin an die Beklagte vom 6. Februar 2014 wurden ab 4. Februar 2014 Bauarbeiten im Bereich Klägerin, 3. OG, lanciert. Im Lichte dieser Dokumente ist erstellt, dass die Installation der Baustelle im Januar 2014 stattfand und in der Folge zeitnah mit den eigentlichen Bauarbeiten, ebenfalls im Januar, begonnen wurde.

4.3. Vorab ist sodann weiter auf das von der Klägerin – wenn auch eher im Sinne eines "ceterum censeo ..." – vorgetragene Argument einzugehen, schon ihre or-

dentliche Kündigung vom 5. Dezember 2013 per 31. März 2018 führe zur Unzumutbarkeit der Arbeiten im Sinne von Art. 260 Abs. 1 OR. Klar ist nach dem Gesagten, dass die Kündigung vor Inangriffnahme der Arbeiten datiert, so dass sie nicht schon aufgrund ihres Zeitpunkts als irrelevant erachtet werden kann. Die Klägerin sprach die Kündigung allerdings mehr als vier Jahre vor dem erstmöglichen Termin aus. Da die Bauarbeiten nie auf mehr als ein Jahr veranschlagt und unbestrittenermassen spätestens im Januar 2015 beendet waren, steht fest, dass die Klägerin das Mietobjekt nach den Bauarbeiten noch mehr als drei Jahre hätte nutzen können, wenn sie am Vertrag festgehalten hätte. Damit steht zugleich fest, dass sie diesfalls während längerer Zeit in den Genuss der Vorteile der Arbeiten gelangt wäre. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen (E. II.3.4) widerspricht die Berufung der Klägerin auf ihre ordentliche Kündigung einer im Lichte des Gesetzeszwecks vorzunehmenden Auslegung von Art. 260 Abs. 1 OR, letzter Satzteil, und zwar ohne dass die Frage eines Rechtsmissbrauchs weiter zu thematisieren wäre.

Nur der Vollständigkeit halber sei immerhin festgehalten, dass ein missbräuchliches Vorgehen der Klägerin nicht ersichtlich ist: Besonders ihr Verhalten nach der ordentlichen Kündigung vom 5. Dezember 2014 spricht für die Ernsthaftigkeit der von ihr angegebenen Restrukturierungsmassnahmen, in deren Zug sich herausstellte, dass sie das Mietobjekt nicht mehr benötigte. Zwar machte sie im Schreiben vom 19. Dezember 2013 geltend, der Umbau sei u.a. aufgrund der Kündigung vom 5. Dezember 2013 nicht zulässig. Dem liess sie aber nicht etwa Taten folgen. Hätte sie mit der ordentlichen Kündigung dem Umbauprojekt der Beklagten Steine in den Weg legen wollen, so hätte sie bestimmt nicht vorgeschlagen, über eine vorzeitige Rückgabe der Sache und damit letztlich auch über von ihr beizubringende Ersatzmieter zu verhandeln, denn beides setzt den Fortbestand des Mietverhältnisses voraus. Sie hätte auch kaum dem Baubeginn tatenlos zugesehen. Wenn es ihr nur um die Schaffung der Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 259b lit. a OR gegangen wäre, hätte sie nicht monatelang damit zugewartet und während dieser Zeit den Mietzins weiterhin bezahlt, und zwar obwohl spätestens ab März 2014 mit erheblichen Immis-sionen verbundene Arbeiten stattfanden (dazu später). Im Gegenteil zeigt das

Verhalten ihrer Funktionäre, dass sie sich ihrer vertraglichen Verpflichtungen nicht einfach entledigen wollte, sondern im Gegenteil mit deren gegenseitiger Erfüllung rechnete. Dass ihr eine einverständliche Vertragsaufhebung zweifelsohne gelegen gekommen wäre, ändert daran nichts, so wenig wie der Umstand, dass sie bei den Verhandlungen auf ihre Rechte pochte, namentlich auf eine Mietzinsminderung. Dies unterstreicht ihre Vertragstreue nur zusätzlich, denn dabei handelte es sich nicht um ein sachfremdes Zugeständnis, das sie von der Beklagten verlangt hätte. Im Gegenteil wirft der Verlauf der Verhandlungen eher ein schiefes Licht auf die Beklagte, die über diesen Punkt überhaupt erst nach Beendigung der Arbeiten sprechen wollte und sich heute gar auf den Standpunkt stellt, dies erst nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens thematisieren zu können. Entgegen ihrem Standpunkt hängt die Entscheidung über eine Mietzinsminderung jedenfalls für die Zeit vor dem 25. August 2014 nicht vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens ab.

4.4. In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die von der Beklagten veranlassenen Erneuerungs- und Änderungsarbeiten nach Art, Intensität und Dauer der Arbeiten und in Bezug auf die Pflicht zu gehöriger Information und Rücksichtnahme als zumutbar erweisen oder nicht.

4.4.1. Die Parteien haben vorab unterschiedliche Ansichten zu den Anforderungen, denen das vorliegende Mietobjekt gemäss dem *vertraglichen Gebrauchszweck* zu genügen hatte. Dabei ist nicht strittig, dass die gemieteten Räume als Büro-, Archiv- und Lagerräume vermietet worden sind, wie sich dies auch aus dem Mietvertrag vom 24. August 2007 ergibt. Eine spätere Änderung des Verwendungszwecks wird von keiner Seite behauptet.

Die Klägerin führte aus, Z-L I sei ihr repräsentativer Standort für grosse PR-Anlässe und sonstige grosse Veranstaltungen sowie Kundenempfang gewesen und das Auditorium sei der einzige Raum, in welchem die Klägerin habe Kundenschulungen durchführen können, während Z-L II nur als Backoffice gedient habe. Dem entgegnete die Beklagte, im Z-L II befänden sich nebst Büros insbesondere der Kundenempfang und die Repräsentationsräume der Klägerin, derweil im Z-L I das Backoffice eingerichtet gewesen sei.

Da keine Seite sich auf andere Willensäusserungen als den schriftlichen Mietvertrag vom 24. August 2007 beruft, hat die Auslegung nach Vertrauensprinzip zu erfolgen, mithin mit Rücksicht darauf, was die Parteien unter dem schriftlich Festgelegten aus Sicht eines vernünftigen und korrekten Vertragspartners verstehen mussten und durften. Die Vermietung einer Sache zur geschäftlichen Büronutzung, wie sie in Ziff. 2 des vorliegenden Mietvertrags vereinbart wurde, umfasst ohne weiteres auch repräsentative Zwecke. Da im vorliegenden Fall zu den vermieteten Räumen gemäss dem in den Mietvertrag integrierten Grundriss insbesondere des 3. OG der Mietliegenschaft auch ein Auditorium gehört das die Klägerin aufgrund des vertraglichen Verwendungszwecks der Sache ohne weiteres sowohl für Mitarbeitende als auch für Kunden zu nutzen berechtigt war, kann es keinen Zweifel daran geben, dass die Räume nach dem Vertragszweck auch Repräsentationsfunktion hatten. Die Gestaltung der Räume zur Zeit des Vertragschlusses ist massgebend für die Wirkung, die das Mietobjekt auf Kunden und Geschäftspartner des Mieters gemäss Vertrag entfalten sollte. Eine erhebliche Verschlechterung des Erscheinungsbilds des Objekts bildete daher auch einen Mangel im Sinne des Gesetzes.

4.4.2. Bezüglich des *Bewertungsmassstabs* der zu prüfenden Beeinträchtigungen ist vorzuschicken, dass die Klägerin wegen der festen Mindestdauer des Vertrages aufgrund der Kommunikation der Pläne durch die Beklagte keine Möglichkeit hatte, den Bauarbeiten durch eine eigene ordentliche Kündigung auszuweichen. Dies führt wie erwähnt dazu, dass für die sachlichen und zeitlichen Aspekte strengere Zulässigkeitskriterien anzuwenden sind, als wenn eine ordentliche Kündigung auf einen Termin vor Baubeginn möglich gewesen wäre. Dies schlägt durch auf das Kündigungsrecht nach Art. 259b lit. a OR, denn der Vertragsinhalt ist mit Blick auf die Störung des Leistungsgleichgewichts durch die Arbeiten einer der Aspekte der Zumutbarkeit nach Art. 260 OR (Mietrecht für die Praxis/WYTTEBACH, a.a.O., S. 287; CPra Bail-AUBERT, Art. 260 OR N 16; ZK-HIGI, Art. 260 OR N 27 ff., insbes. N 40; SVIT-K, Art. 260-260a OR N 26 ff.) und wenn diese fehlt, greift die Beschränkung der Mängelrechte auf Minderung und Schadenersatz nach Art. 260 Abs. 2 OR wie schon erwähnt nicht (Botschaft, a.a.O, BBl 1985 I 1439; ZK-HIGI, Art. 260 OR N 53).

4.4.3. Zu den *Auswirkungen der vorliegenden Bauarbeiten* machte die Klägerin zunächst geltend, es sei bis zur fristlosen Kündigung ununterbrochen und damit über acht Monate lang zu nicht auszuhaltenden *Lärmimmissionen* gekommen. Insbesondere durch Bohr-, Fräs- und Schneidearbeiten entstehe intensiver, ohrenbetäubender Lärm. Diese Arbeiten seien in jeder Woche durchgeführt worden. Ab Beginn der Bauarbeiten im November 2013 hätten die Räume nicht mehr gemäss ihrem Zweck verwendet werden können. Insbesondere die Büroräume seien aufgrund des massiven Lärms und der umfassenden Umbauarbeiten unbenutzbar gewesen. Die M. AG, welche zwei Stockwerke im Z-L I gemietet habe, habe während einer Woche die Lärmimmissionen gemessen. Diese hätten einen Mittelwert von 89 Dezibel und Spitzenwerte von 94 Dezibel ergeben. In Büroräumlichkeiten müsse man den ganzen Tag ungestört arbeiten und Kunden empfangen können. Besonders bei Ausbildungen, welche in den dafür gemieteten Schulungsräumen und dem Auditorium durchgeführt würden, sei Ruhe besonders wichtig. Der Lärm und das ganze Umfeld seien für die Mitarbeiter extrem belastend gewesen und der Lärm habe auch das ganze Umfeld der Baustelle wie die Arbeitsleitungen der Mitarbeiter beeinträchtigt.

Die Beklagte bestritt ein durch die M. AG in deren Mieträumlichkeiten veranlasstes Lärmgutachten nur mit Nichtwissen. Ein solches sei unbehelflich, weil es sich um ein anderes Mietobjekt auf anderen Stockwerken (1., 4. und 5. OG) handle. Eine substantiierte Darlegung der Störung des vertragsgemässen Gebrauchs durch die Klägerin sei nirgends ersichtlich.

Wie die Beklagte zu recht ausführte, müssen Tatsachenbehauptungen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b m.w.H.). Bezogen auf das vorliegende Thema ist darzutun, welche Mängel während welcher Dauer und in welchem Ausmass die Nutzung des Mietobjekts beeinträchtigt haben (BGer 4C.11/2006 v. 1.5.2006, publ. in: MRA 1/07 S. 32 ff. E. 3.1 f.). Bei der Substantiierung von Lärmimmissionen in Zusammenhang mit einer Mietzinsminderung dürfen nach der Rechtsprechung die Anforderungen an die Substantiierung nicht zu hoch geschraubt werden. Insbesondere ist es nicht erforderlich, alle ein-

zelenen Immissionen während der ganzen Bauzeit aufzulisten (Urteil des Mietgerichts Zürich vom 16. Dezember 1998, publ. in: ZMP 1/97 Nr. 3 und MRA 3/97 S. 139 ff.). Bei länger dauernden Arbeiten sind Lärmimmissionen unterschiedlich intensiv, und es ist nicht möglich, die Beeinträchtigung Tag für Tag genau auszuweisen (Urteil des Mietgerichts Zürich vom 10. Dezember 1999, publ. in: MRA 2/2000 S. 285). Umgekehrt trifft nicht nur die Klägerin die Substantiierungslast. Soweit in der Klage konkrete Ausführungen zu bestimmten Beeinträchtigungen erfolgen, genügt die Beklagte ihrer Obliegenheit zu substantiierter Bestreitung nicht, soweit sie auf die Beeinträchtigungen keinen Bezug nimmt mit dem Argument, die Klägerin sei aufgrund der Konzentration ihrer Aktivitäten in den Räumen des Z-L II von den Auswirkungen gar nicht betroffen gewesen. Dies gilt ganz besonders für die von der Klägerin genannten Schalldruckpegel, die im Mietobjekt der M. AG zumindest zeitweise gemessen worden sein sollen und welche die Beklagte mit dem Hinweis als irrelevant abtut, die Klägerin habe das Mietobjekt nicht benutzt. Aufgrund der Konzentrationsmaxime wäre die Beklagte gehalten gewesen, zumindest nähere Ausführungen zur Lärmintensität der Bauarbeiten zu machen, die sie veranlasst hat.

Mit ihrem Hinweis auf die von der M. AG veranlassten Messungen hat die Klägerin nämlich in sehr präzise substantiierter Weise Lärmimmissionen im Mietobjekt behauptet. Traten dort tatsächlich ein Mittelwert von 89 Dezibel und Spitzenwerte bis 94 Dezibel auf, müsste von einem äusserst intensiven Lärmpegel ausgegangen werden. Unbestritten ist dabei, dass gemäss SUVA für die Tauglichkeit von Räumen für allgemeine Bürotätigkeiten ein Richtwert von 65 Dezibel gilt. Für den Vergleich zum Richtwert ist wichtig, dass die Dezibel-Skala einen logarithmischen Charakter hat, so dass schon ein vermeintlich geringer Anstieg auf der Skala einer massiven Lärmzunahme entspricht. Die logarithmische Formel wurde im Hinblick auf die Übersichtlichkeit der Skala gewählt, denn die Schallwahrnehmung des menschlichen Gehörs weist eine enorme Bandbreite auf – das lauteste wahrnehmbare Geräusch ist mehrere Billionen mal lauter als das leiseste (<http://www.fairaudio.de/hifi-lexikon-begriffe/dezibel.html>; <https://de.wikipedia.org/wiki/Schalldruckpegel>; beide zuletzt besucht am 7. No-

vember 2016). Die Formel für den Schalldruckpegel und damit die Dezibel-Skala lautet:

$$\text{Schalldruck } L_p = 20 \log_{10} (P/P_0) \text{ dB}$$

Gemessen wird dabei zunächst der herrschende Schalldruck  $P$ . Dieser wird ins Verhältnis gesetzt zum Wert  $P_0$ , dem Referenzschalldruck von  $20 \mu\text{Pa}$  (Mikro-Pascal =  $\text{mg}/\text{m}^2$ ), welcher der Schwelle des menschlichen Gehörs entspricht, mithin dem leisesten noch wahrnehmbaren Geräusch bei einer Frequenz von  $1 \text{ kHz}$ . Für das vorliegende Verfahren genügt die Feststellung, dass auf der logarithmischen Skala ein um  $10$  Dezibel erhöhter Schalldruckpegel bedeutet, dass die stärkere Geräuschquelle als doppelt so laut empfunden wird wie die schwächere (a.a.O.; s. auch die Beispiele dort, wonach ein Fernseher auf Zimmerlautstärke einem Schalldruckpegel von  $60$  Dezibel entspricht, während eine Hauptverkehrsstrasse im Abstand von  $10 \text{ m}$  einen Pegel von  $80$  bis  $90$  Dezibel verursacht und ein [ungedämpfter] Presslufthammer einen solchen von  $100$  Dezibel). Sollten also im Mietobjekt während der Bauarbeiten Schalldruckpegel zwischen  $89$  und  $94$  Dezibel aufgetreten sein, würde das für die menschliche Wahrnehmung eine Belastung zwischen dem Sechs- bis Achtfachen des SUVA-Richtwerts für Büros von  $65$  Dezibel entsprechen oder einem Arbeiten im Freien  $10 \text{ m}$  neben einer Hauptverkehrsstrasse. Das dies eine Bürotätigkeit verunmöglicht, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Da sich das vorliegende Mietobjekt im  $3.$  OG des Z-Ls I befindet, bestehen auch keine vernünftigen Zweifel daran, dass während der Bauzeit im Objekt ähnliche Lärmpegel aufgetreten sein müssen wie in den Räumen der M. AG.

Wie es sich damit aber genau verhält, braucht nicht näher geprüft zu werden, denn für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens genügen bereits die im Recht liegenden und unbestrittenen Urkunden. Nicht massgeblich ist zwar das von der Klägerin veranlasste Zustandsgutachten, denn ein Parteigutachten hat nur die Qualität einer Behauptung (BGE  $141 \text{ III } 433 \text{ E. } 2.6 \text{ m.w.H.}$ ). Etwas anderes gilt nur für die integrierten Fotografien, denn diese bilden Urkunden im Sinne von Art.  $177 \text{ ZPO}$  und sind – vom fehlenden Beleg für die korrekte Datierung abgesehen – durchaus beweistauglich. Voll als Beweismittel tauglich ist aber einer-

seits der amtliche Befund des Stadtammannamtes Zürich 2 vom 5. September 2014 (Urk. 3/2/1), denn dieses Instrument stellt eine öffentliche Urkunde und einen Sonderfall der vorsorglichen Beweisführung in der Form eines Augenscheins im Sinne von Art. 179 und 182 ZPO dar (dazu HAUSER/SCHWERI/ LIEBER, § 143 GOG N 2 und 7 f.; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 158 N 12). Ohne weiteres beweiskräftig sind sodann auch die Bulletins der von der Beklagten beauftragten Totalunternehmerin H. über den Bauverlauf und die damit verbundenen Beeinträchtigungen.

Diesen wöchentlichen Bulletins, welche jeweils die in der aktuellen Woche anstehenden Arbeiten auflisteten, ist zu entnehmen, dass vom 13. Januar bis 22. August 2014 Rückbau-, Bohr-, Schneide- und Fräsarbeiten ausgeführt wurden, und zwar zumindest immer eine dieser Arbeitsgattungen. Grösstenteils wird in den Bulletins explizit auf Lärm und in acht von 28 Wochenbulletins auf "erhebliche Lärmimmissionen" hingewiesen. Aufgrund der vermerkten Arbeiten und der damit nach allgemeiner Erfahrung einhergehenden Immissionen muss davon ausgegangen werden, dass während dieser Zeitspanne durchgehend immer wieder Lärm herrschte. Auch im amtlichen Befund, welcher am 5. September 2014, 08.30 bis 11.30 Uhr, aufgenommen wurde, wurden "dumpfe, laute, herabfallende Geräusche" sowie "immer wiederkehrender Baulärm in variierender Lautstärke" festgehalten. Zwar stammt der Befund von einem Zeitpunkt nach dem Kündigungstermin. Es ist aber für die Zeit davor notorisch, dass im Rahmen von Bauarbeiten, insbesondere bei Hammer-, Bohr-, Schneide- und Fräsarbeiten Lärmimmissionen entstehen, die sich umso stärker ausgewirkt haben müssen, als die Arbeiten nicht etwa in einem Nachbargebäude durchgeführt wurden, sondern in der Mietliegenschaft selbst. Wenn schon die Totalunternehmerin diese Immissionen zu einem wesentlichen Teil als erheblich bezeichnete, ist für den vorliegenden Entscheid ebenfalls von immer wiederkehrendem, teils erheblichem Lärm auszugehen, letzteres zumindest während der acht Wochen, für welche die Bulletins solche besonders lauten Phasen ankündigten. Aber auch in der übrigen Zeit sind durch die Bulletins Lärmimmissionen erstellt. Stellvertretend kann auf die Fotos im amtlichen Befund aus dem Eingangsbereich verwiesen werden, woraus ersichtlich ist, dass im Rahmen der Arbeiten eine Decke herausgefräst und abgebrochen worden war, was einen höllischen Lärm verursacht haben muss. Auf zwei weite-

ren Bildern ist zu sehen, dass mit Kernbohrungen und Fräsarbeiten Öffnungen für Lüftungsrohre erstellt wurden und dazu ganze Wandteile herausgefräst wurden. Foto 17 zeigt einen Mauerdurchbruch, der für die Arbeiten an einer der neuen Steigzonen erstellt wurde. Weitere Mauerdurchbrüche erfolgten im Technikraum (Fotos 41-43). Die Fotos 46-48 zeigen einen geöffneten Liftschacht, was Demontage- und Montagearbeiten u.a. mit stark hallenden Bohrgeräuschen indiziert. Die Beispiele liessen sich beliebig vermehren. Dass Lärm von dieser Intensität objektiv betrachtet konzentriertes Arbeiten erschwerte und teils (gemäss den Bulletins insgesamt mindestens rund zwei Monate lang) verunmöglichte, liegt auf der Hand. An Schulungen oder Präsentationen insbesondere für Kunden ist zumindest bei erheblichem Lärm nicht zu denken.

[Diskussion weiterer behaupteter Immissionen]

4.4.12. Aus dem Gesagten ergibt sich bei objektiver Betrachtung insgesamt ohne weiteres eine erhebliche Einschränkung der Tauglichkeit des Mietobjektes zum vorausgesetzten Gebrauch. Die Umbauarbeiten, welche am 13. Januar 2014 begannen beinhalteten den Rückbau von Leerflächen im 1. bis 4. OG, neue Korridore, Fluchtwege, Brandabschlüsse, neue barrierefreie WCs, die Erweiterung und den Ausbau der Eingangshalle, die Sanierung des Flachdachs, neue Dachterrassen, die Sanierung des Lichthofs und sämtlicher Liftanlagen, die Aufhebung zweier Warenlifte für die neuen Steigzonen, den Einbau der Steigzonen für die Haustechnik, die Aufwertung der Treppenhäuser sowie Instandstellung der Umgebung. Im Eingangsbereich wurde die Decke grossflächig geöffnet, um eine repräsentativere Wirkung des Gebäudes zu erzielen. Ab Anfang 2014 bis zur Kündigung am 18. August 2014 herrschte Baulärm. Zwar sind die von der Klägerin behaupteten Messungen der M. AG, welche zwischen 89 und 94 Dezibel ergeben haben sollen, was einer 6- bis 8-facher Belastung im Vergleich zum Grenzwert der SUVA für eine Bürotätigkeit von 65 Dezibel entspräche, nicht in einem Beweisverfahren verifiziert worden. Aufgrund der von der Totalunternehmerin erstellten Bulletins sind Lärmimmissionen für die Dauer von 28 Wochen festgehalten, während acht Wochen gar erhebliche. Allein schon gestützt darauf ist klar, dass das Mietobjekt während insgesamt rund zwei Monaten nicht für eine Büronutzung taugte. In der

gleichen Zeit traten aber auch Staubimmissionen auf. Deren Intensität muss aufgrund der in den Bulletins dokumentierten Bohr- und Fräsarbeiten insbesondere im Eingangsbereich und in den Steigzonen aber als hoch eingestuft werden. Sie traten zudem häufig und regelmässig auf. Gemäss Bulletins herrschten sodann während mindestens vier Wochen Geruchsmissionen, welche zumindest für den 5. September 2014 auch durch den amtlichen Befund festgestellt sind. Davon waren vor allem das Archiv und das Treppenhaus betroffen. Es ist weiter erstellt, dass die Cafeteria "F" während des Umbaus aufgrund von Arbeiten an der Steigzone nicht genutzt werden können. Zur Zeit des amtlichen Befunds war die Wasser- und Stromversorgung in der Cafeteria "G" nicht gewährleistet. Zumindest während fünf Tagen und fünf Stunden war die Wasserversorgung unterbrochen und während mindestens zwei Tagen war zudem eine WC-Anlage nicht benutzbar. Zur Zeit des amtlichen Befunds funktionierte das Licht in einer WC-Anlage nicht. Zumindest in sechs Sitzungszimmern sowie im Auditorium funktionierte die Lüftung von Mai bis Oktober 2014 und damit auch in den heissen Sommermonaten nicht. Der Haupteingang war ab dem 26. Mai 2014 gesperrt und in den Treppenhäusern fanden diverse Arbeiten statt. Dadurch litt die Benutzbarkeit der Mietsache für die Mitarbeiter, aber auch für Kundenkontakte stark. Bei den Doppellift-Anlagen wurde jeweils je einer von zwei aufgehoben. Zwar ist nicht erstellt, dass der Zugang zu den Mieträumen während der Bauzeit nicht gewährleistet war; es traten aber gewichtige Einschränkungen und Behinderungen für die Betroffenen auf. Die Nutzung des Archivs 1 war durch einen "modrigen" Geruch, Feuchtsuren sowie stützende Baumstämme eingeschränkt, wodurch die Türe nicht ganz geöffnet werden konnte. Vom 11. bis 22. August 2014 bestand aufgrund der fehlenden Lüftungsanlage bzw. der nicht in Betrieb stehenden CO-Alarmanlage die Gefahr einer Kohlenmonoxidvergiftung in der Tiefgarage, womit diese nicht genutzt werden können.

Alle diese Mängel beeinträchtigten die Tauglichkeit des Mietobjekts zum Gebrauch als Büro und Archiv sowie zur Durchführung von Schulungen erheblich. Letztlich passt dieser Befund auch zum freimütigen Zugeständnis der Beklagten, man habe wegen der Nichtbenutzung der Sache durch die Klägerin auf diese

auch keine Rücksicht genommen. Dies berechtigte die Klägerin daher grundsätzlich zu einer ausserordentlichen Kündigung im Sinne von Art. 259b lit. a OR.

4.5. Damit ist das Argument der Beklagten zu prüfen, die Klägerin könne sich nicht auf die baubedingten Einschränkungen der Gebrauchstauglichkeit der Sache berufen, weil sie die Sache ab Januar 2014 gar nicht mehr benutzt habe, so dass deren Gebrauch tatsächlich weder ausgeschlossen noch erheblich beeinträchtigt gewesen sei, sondern bloss virtuell. Der Zustand des Mietobjektes während der Bauarbeiten sei bedeutungslos, nachdem die Klägerin es endgültig verlassen habe.

Wie sich schon aus den einleitenden Erwägungen (Ziff. 3.2-3) ergibt, wendet die Klägerin dagegen zu recht ein, die Vermieterin habe den Mietgegenstand der Mieterin genau so wie vertraglich vereinbart zur Verfügung zu stellen. Ob eine Mietsache mangelhaft ist, beurteilt sich nicht nach den Bedürfnissen des Mieters, sondern anhand des vereinbarten Gebrauchszwecks und anhand eines objektiven Massstabs. Da den Mieter ohne gegenteilige Vereinbarung keine Gebrauchspflicht trifft, würde die gegenteilige Lösung bedeuten, dass er – allein weil er die Sache nicht benützt – uneingeschränkt an den Vertrag gebunden wäre oder nach Auffassung der Beklagten zumindest eine Beschränkung seiner Mängelrechte auf Minderung und Schadenersatz hinzunehmen hätte. Das widerspricht sowohl dem Gesetzeswortlaut als auch der einhelligen, bewährten Lehre (a.a.O.).

Damit könnte grundsätzlich auch dahingestellt bleiben, wie es sich mit den Argumenten der Klägerin verhält, sie habe die Räume im Z-L I teils als repräsentativen Standort für grosse PR-Anlässe und sonstige grosse Veranstaltungen behalten und Teile der Mietsache untervermieten wollen. Auch die Übertragung der Miete nach Art. 263 OR sei eine Option gewesen, ebenso wie die Stellung eines Ersatzmieters im Hinblick auf eine vorzeitige Rückgabe der Sache. Tatsächlich war das Interesse der Klägerin an einer Untervermietung bzw. an den weiteren Formen der Nutzung durch Dritte aber nicht nur ein virtuelles. Dass Bauarbeiten von Art und Ausmass der vorliegenden jeden Interessenten von einem Vertragsschluss abhalten, ist offensichtlich. Soweit die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung vortragen liess, es seien ihr keine konkreten Bemühungen der

Klägerin um interessierte Unter-, Ersatz- oder Nachmieter bekannt geworden, widersprach sie sich selber zumindest insofern, als sie auch behauptete, die Klägerin verfüge selbst im von ihr heute benutzten Z-L II über zu viel Raum und habe etwa 2/3 davon untervermietet. Unabhängig davon, ob diese Behauptung zutrifft, anerkannte die Beklagte damit sinngemäss, dass die Klägerin durchaus imstande ist, ein Objekt unterzuvermieten, wenn es denn nicht an erheblichen Mängeln leidet. Von einem nur virtuellen Interesse der Klägerin an der Einhaltung der Hauptleistungspflicht der Beklagten kann jedenfalls nicht gesprochen werden.

4.6. Damit waren die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung nach Art. 259b lit. a OR am 18. August 2014 grundsätzlich erfüllt.

4.6.1. Die Beklagte machte jedoch auch geltend, das Recht der Klägerin zur ausserordentlichen Kündigung sei zum Zeitpunkt der entsprechenden Mitteilung verwirkt gewesen, da die Klägerin das Mietobjekt Ende Januar 2014 verlassen, dennoch vorbehaltlos den Mietzins weiter bezahlt und die Mängelkündigung erst gut ein halbes Jahr später ausgesprochen habe. Dieses Verhalten sei nach Treu und Glauben als Verzicht auf das Kündigungsrecht zu werten. Aus denselben Gründen stelle die Mängelkündigung eine Treuwidrigkeit im Sinne von Art. 271 OR dar. Die Klägerin habe das Bauvorhaben als unzulässig und gesetzeswidrig erklärt, sei aber vor dessen Beginn aus wirtschaftlichem Antrieb ausgezogen. Sie habe den Mietzins vorbehaltlos weiter bezahlt, um über ein halbes Jahr später ausserordentlich zu kündigen, nachdem das Bauprojekt zu mehr als der Hälfte beendet gewesen sei. Dieses Verhalten sei als klassisches venire contra factum proprium sowie als schikanös zu qualifizieren.

4.6.2. Der Mieter muss die fristlose Kündigung nicht unverzüglich aussprechen, nachdem die angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel verstrichen ist. Immerhin kann ein Zuwarten während längerer Zeit den Anschein eines Verzichts erwecken. Wann ein solcher zu bejahen ist, kann nur im Einzelfall aufgrund der gesamten Umstände beurteilt werden (Botschaft, a.a.O., BBI 1985 I 1435 u.; SVIT-K, Art. 259b OR N 25; ZK-HIGI, Art. 259b OR N 34). Höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage existiert im Kontext der Kündigung nach Art. 259b lit. a OR soweit ersichtlich nicht. Allerdings hatte sich das Bundesgericht

schon öfter mit der Verwirkung bzw. Anfechtbarkeit anderer ausserordentlicher Kündigungen zu befassen, namentlich solcher des Vermieters nach Art. 257d und 257f OR. Bezüglich der Dauer, die bis zur Kündigung verstreichen darf, ohne dass die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR infrage gestellt wird, hat es im Urteil 4A\_87/2012 v. 10.4.2012 der Frage entscheidendes Gewicht beigemessen, ob sich am vertragswidrigen Verhalten der Gegenseite während der Zeitspanne bis zur Kündigung etwas verändert hat oder nicht. Im genannten Entscheid stützte es einen Entscheid der Vorinstanz, die eine Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR wegen wiederholter Lärmstörungen durch die Mieterin acht Monate nach der letzten Abmahnung als gültig erachtet hatte. Es hielt fest, auch wenn die letzte Verwarnung wegen Lärmstörung vom 27. April 2010, die Kündigung hingegen erst vom 5. Januar 2011 datiere, habe die Mieterin die ganze Zeit über ihr Verhalten nicht geändert und etwa nach 22.00 Uhr laut Musik gespielt. Dieser Fall liege weit weg von dem von LACHAT angeführten Beispiel für eine Kündigung, die ohne weitere Vorwarnung und damit missbräuchlich ausgesprochen werde, nachdem seit der Mahnung während Jahren Ruhe geherrscht habe, dann aber wieder eine neue Störung eingetreten sei (a.a.O., E. 5.3: "On est loin de la situation ainsi évoquée par DAVID LACHAT (Le bail à loyer, 2008, p. 678 n° 3.1.8): "si, par exemple, il était reproché au locataire de faire du bruit et que dans l'intervalle «le calme est revenu», le bailleur ne peut pas, plusieurs années plus tard, donner le congé suite à de nouvelles manifestations bruyantes"). Auch bei der Zahlungsverzugs-kündigung wird eine Verwirkung oder eine missbräuchliche Ausübung des Kündigungsrechts erst angenommen, wenn der Vermieter trotz abgelaufener Nachfrist die Kündigung erst ausspricht, nachdem der Mieter die Rückstände beglichen hat und seither seiner Mietzinszahlungspflicht seit längerer Zeit wieder nachgekommen ist. Die blosser Nachzahlung reicht für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht aus (BGE 119 II 232 E. 3), schon gar nicht ein Zuwarten des Vermieters, wenn die Ausstände nicht beglichen werden.

4.6.3. Im vorliegenden Fall sprach die Klägerin die fristlose Kündigung am 18. August 2014 aus, mithin sieben Monate nach Inangriffnahme der Arbeiten im Januar 2014 und als die wie gesehen unzumutbaren Umbauarbeiten – mit den Worten der Beklagten – zu etwas mehr als der Hälfte ausgeführt waren. Dass die

Klägerin die Sache vor dem Kündigungstermin vom 25. August 2014 zurückgegeben hätte, ist entgegen der Beklagten nicht ersichtlich, denn diese sah auf das deutliche Rückgabeangebot der Klägerin auf den Kündigungstermin hin eine Begehung des Mietobjekts am 29. August 2014 mit dem Zweck der Erstellung eines Mängelprotokolls vor. Zur Zeit der Kündigung waren gerade ausserordentlich viele Arbeiten im Gang, wie das von der Beklagten eingereichte Balkendiagramm vom 16. Juni 2014 und letztlich auch die Fotos im amtlichen Befund vom 5. September 2014 zeigen. Da sich die Arbeiten um mehr als zwei Monate verzögerten, war vor Ende 2014 nicht mit einem Abschluss zu rechnen. Die Verhandlungen über eine Mietzinsminderung hatten bis zur Kündigung nicht zum Erfolg geführt – die Beklagte lehnt solche Gespräche nach wie vor ab. Auch über eine einvernehmliche Vertragsbeendigung war man sich nicht einig geworden. Während die Klägerin sich an einer einvernehmlichen Lösung interessiert zeigte, zögerte die Beklagte die Verhandlungen hinaus. Dass die Klägerin zwischen Dezember 2013 und August 2014 den Mietzins zahlte, kann nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden, zumal zu dieser Zeit ein gültiges Mietverhältnis und somit auch die Mietzinszahlungspflicht bestand, wovon auch die Beklagte ausgeht. Die Klägerin brachte vor, sie habe im Sinne eines guten Verhältnisses mit der Beklagten die Realisierung des Bauvorhabens nicht verhindern wollen. Sie habe sich deshalb entschieden, keinen Baustopp zu erwirken und habe sich erhofft, mit der Beklagten eine einvernehmliche Lösung zu finden. Tatsächlich hat sie unbestrittenermassen nichts unternommen, um das Vorhaben der Beklagten zu durchkreuzen, und zwar obwohl diese ihr betreffend Mietzinsminderung nicht entgegen gekommen war und zudem eingestandenermassen bei ihrem Bauvorhaben keine Rücksicht auf die Klägerin genommen hatte. Insgesamt kann daher mutatis mutandis gesagt werden, die Klägerin habe in Anbetracht des Verhaltens der Beklagten "tout au plus ... fait montre de patience, sinon de mansuétude, à l'égard d'une [partenaire] qui persistait à ne pas respecter ses devoirs" (BGer 4A\_87/2012 v. 10.4.2012 E. 5.3). An sich Untolerables braucht nicht deshalb weiter erduldet zu werden, weil sich die unhaltbaren Zustände über Monate hinweg in die Länge ziehen. Dies ergibt sich letztlich auch aus der Verwandtschaft des ausserordentlichen Kündigungsrechts mit den Rechtsfolgen von Vertragsverletzungen nach den allgemeinen Re-

geln von Art. 97 i.V.m. Art. 107-109 OR (vorn Ziff. II.3.2, S. 10). Auch dort steht dem Gläubiger die Wahl zu, am Vertrag festzuhalten, sei es mit allen Wirkungen oder unter Verzicht auf die nachträgliche Leistung, oder aber vom Verträge zurückzutreten. Ein treuwidriges Verhalten der Klägerin ist bei der von ihr an den Tag gelegten Langmut daher nicht zu erkennen.

5. Damit erweist sich die Kündigung der Klägerin vom 18. auf den 25. August 2014 als gültig. Die Klage ist gutzuheissen."

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2016, 26. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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