

ZMP 2022 Nr. 11

Art. 257d und 259d OR; Art. 119 OR; Art. 2 ZGB. Auswirkungen von Corona-Massnahmen auf Geschäftsmietverträge. Mietzinsminderung. Unmöglichkeit. Clausula rebus sic stantibus (richterliche Vertragsanpassung an ausserordentliche Umstände). Zahlungsverzugskündigung.

Bei einem gewöhnlichen Mietvertrag über Geschäftsräume liegt das Betriebsrisiko einzig bei der Mieterin (ZMP 2021 Nr. 10). Die Vermieterin hat nur zu gewährleisten, dass die Sache in einem zum vertraglichen bzw. vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand übergeben und unterhalten wird. Daher kommt eine Vertragskorrektur nach den Regeln über die Teilunmöglichkeit von Verträgen (Art. 119 OR) oder eine Mietzinsminderung (Art. 259d OR) im Falle einer behördlichen Schliessung von Geschäftsbetrieben grundsätzlich nicht infrage. Vorbehalten bleiben besondere Zusicherungen der Vermieterin, mit welchen diese sich am Betriebsrisiko der Mieterin beteiligt hat, etwa in der Gestalt einer Umsatzgarantie (E. IV.1.3-6, E. IV.2). Ohne eine solche Zusicherung kommt eine gerichtliche Vertragsanpassung wegen wesentlich veränderter Umstände in Betracht (clausula rebus sic stantibus). Die Voraussetzungen sind aber streng. Eine Anpassung setzt die Würdigung sämtlicher Umstände bei beiden Vertragsparteien voraus. Die Mieterin hat insbesondere darzulegen, wie sich die behördlichen Massnahmen konkret auf ihren Geschäftsbetrieb ausgewirkt haben, welche betrieblichen Gegenmassnahmen sie mit welchem Erfolg ergriffen hat, welche staatliche Hilfen sie in Anspruch genommen und warum sie auf mögliche Gegenmassnahmen verzichtet hat. Dabei ist es zwar ihr gutes Recht, der Gegenpartei und dem Gericht die Einsicht in ihre Geschäftsbücher zu verweigern. Dies hat aber zur Folge, dass die Grundlagen für eine Vertragsanpassung von vornherein fehlen.

Auch bei Betrieben der Gastronomie-Branche verhält sich dies nicht anders. Es ist zwar klar, dass diese sowohl zeitlich wie auch sachlich in schwer wiegender Weise von behördlichen Massnahmen betroffen waren. Legen sie aber die konkreten Auswirkungen auf ihren Betriebserfolg nicht dar, kommt eine gerichtliche Korrektur des vertraglichen Vereinbarten nicht infrage (E. IV.3).

Dies verhielte sich auch dann nicht anders, wenn ein Anspruch auf eine Mietzinsminderung grundsätzlich zu bejahen wäre, denn damit dessen Höhe bestimmt werden könnte, müsste bekannt sein, wie sich die Summe aller Massnahmen auf den konkreten Geschäftsbetrieb genau ausgewirkt hat (E. III.1.7).

Entstehen aus einer eigenmächtigen Reduktion des Mietzinses Zahlungsrückstände, kann die Vermieterin der Mieterin nach Art. 257d OR eine Nachfrist von 30 Tagen ansetzen und ihr die Kündigung androhen. Erfolgt auch innert der Nachfrist keine Zahlung, kann sie den Vertrag mit einer Frist von 30 Tagen auf ein Monatsende kündigen (E. IV.4).

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** MJ220002-L vom 15. Dezember 2022 (das Verfahren vor Obergericht endete laut dessen Beschluss NG230004-O v. 22. Mai 2023 mit einem Rückzug der Berufung; Gerichtsbesetzung in erster Instanz: Weber, Arnaud, Schenk; Gerichtsschreiberin Vomvoris):

«(...)

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, die 406.43 m² Verkaufsfläche und die zugehörige 161.80 m² Aussengastronomiefläche im Erdgeschoss sowie die 53.71 m² Lagerfläche im Zwischengeschoss und die 53.71 m² Lagerfläche Nr. 2, die 46.41 m² Lagerfläche Nr. 5 sowie die 45.50 m² Lagerfläche Nr. 9, alle im 1. Untergeschoss im Zentrum X. [... in] Zürich, unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss und gereinigt zu übergeben.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, die 343.89 m² Verkaufsfläche sowie die zugehörige 219.51 m² Aussengastronomiefläche im Erdgeschoss und die 387.86 m² Lagerräume/Personalräume/Toiletten im 1. Untergeschoss im Zentrum Y. [... in] Zürich, unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss und gereinigt zu übergeben.
3. Das zuständige Stadtammannamt sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Klägerin zu vollstrecken und es sei eine Ordnungsbusse in der Höhe von CHF 1'000 für jeden Tag der Nichterfüllung anzuordnen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zzgl. Mehrwertsteuer).

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

1.1. Die Parteien schlossen am 7. August 2017 bzw. 18. September 2017 je einen befristeten Mietvertrag für fünf Jahre und drei Monate über Geschäftsräumlichkeiten für den Betrieb des Restaurants (...) im Zentrum X. (...) in Zürich bzw. Restaurant (...) im Zentrum Y. (...) in Zürich. Die Verkaufsfläche in X. beträgt 406.43 m², die Aussengastronomie 161.80 m² und die kumulierte Lagerfläche 189.4 m². Die Verkaufsfläche in Y. beträgt 343.89 m², die Aussengastronomie 219.51 m² und die Lagerfläche 387.86 m².

1.2. Als Mietbeginn wurde für beide Mietobjekte der 1. November 2017 vereinbart. Der Mindestmietzins wird quartalsweise, vorschüssig bezahlt und betrug anfänglich für den Standort X. Fr. 67'500.– (exkl. MwSt.) und für den Standort Y. Fr. 41'550.– (exkl. MwSt.). Hinzu kamen Nebenkosten akonto von Fr. 15'000.– pro Quartal in X. und Fr. 13'000.– pro Quartal in Y. Daraus resultierte ein Bruttomietzins in der Höhe von jährlich mindestens Fr. 270'000.– pro Jahr (X.) bzw. 218'200.– (Y.), je exkl. MwSt. Darüber hinaus wurde zusätzlich zum Mindestmietzins ein Mietzins in Höhe von 6.5% des Fr. 5'000'000.– exkl. MwSt. (X.) bzw. Fr. 2'400'000.– exkl. MwSt. (Y.) übersteigenden Umsatzes vereinbart. Mit Schreiben vom 13. November 2019 wurde eine Mietvertragsänderung angezeigt und der Mindestmietzins für den Standort X. auf Fr. 68'168.25 pro Quartal festgelegt, bei gleichbleibenden Nebenkosten. Für den Standort Y. wurde mit Nachtrag vom 27. November 2017 für die Periode vom 1. Dezember 2020 bis 31. Januar 2023 ein Rabatt von Fr. 16'200.– pro Jahr (exkl. MwSt.) gewährt.

1.3. Die Beklagte forderte von der Klägerin im Zusammenhang mit den ihr behördlich auferlegten, sogenannten Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus in einem umfangreichen Austausch von E-Mails zwischen dem 22. März und dem 28. Dezember 2020 eine Mietzinsreduktion für die Dauer der Schliessungen der Restaurationsbetriebe. Die Klägerin gewährte der Beklagten für die Dauer vom 17. März 2020 bis 10. Mai 2020 eine 50 % - Reduktion auf die Mindestmiete und

die Akontozahlung auf die Nebenkosten für die Monate April und Mai 2020, mit dem ausdrücklichen Vermerk, dies erfolge unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Im gleichen Umfang bot die Klägerin der Beklagten eine weitere Reduktion für die behördlichen Schliessungen/Sperrstunden ab dem 22. Dezember 2020 an. Die Parteien einigten sich daraufhin für die Dauer der Schliessungen während des zweiten «Lockdowns» für die Monate Dezember 2020 bis und mit Mai 2021 mit der Stadt Zürich auf die sogenannte «Drei-Drittels-Lösung» (nachfolgend Drittelslösung). Gemäss dieser Vereinbarung hatte die Beklagte für die relevanten Monate eine um 2/3 oder insgesamt Fr. 75'742.50 (X.) bzw. Fr. 46'166.75 (Y.) reduzierte Nettomiete zu bezahlen. Die weiteren Anteile wurden gemäss Vereinbarung von der Stadt Zürich und der Vermieterin bzw. Klägerin übernommen bzw. erlassen. Von den beiden Einigungen je ausgenommen sind gemäss den jeweiligen Ziff. 3 der Vereinbarungen die Nebenkosten und alle weiteren Bedingungen des Mietvertrages. Die Vereinbarungen wurden von den Parteien am 24. Januar 2021 (Beklagte) bzw. 4. März 2021 (Klägerin) unterzeichnet. Ebenfalls mit Schreiben vom 8. Januar 2021 hielt die Klägerin gegenüber dem damaligen Rechtsvertreter der Beklagten fest, dass auf die übrigen Monatsmietzinse keine Reduktion gewährt und auf der vollständigen Bezahlung bestanden werde.

1.4. Die Klägerin mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 29. März 2021, setzte ihr im Sinne von Art. 257d OR eine Zahlungsfrist von 30 Tagen ab Zustellung an, um die bestehenden Mietzinsausstände zu bezahlen und drohte ihr an, die Mietverhältnisse ansonsten ausserordentlich zu kündigen. Die Mitteilungen wurden der Beklagten je am 6. April 2021 zugestellt. Auf die Schreiben reagierte die Beklagte nicht und sie beglich die geltend gemachten Forderungen nicht. Die Zahlungsverzugskündigung erfolgte sodann jeweils am 16. Juni 2021 mittels amtlichem Formular per 31. Juli 2021, wobei die Beklagte diese am 17. Juni 2021 abholte. Die Kündigungen wurden nicht angefochten. Die Beklagte liess mit Schreiben vom 14. Juli 2021 mitteilen, dass sie die Kündigungen als unwirksam erachte und die Mieträume nicht per 31. Juli 2021 zurückgeben werde. Im Urteilszeitpunkt hält sich die Beklagte nach wie vor in den Geschäftsräumen auf und betreibt an den beiden Standorten je ein Restaurant.

1.5. Strittig ist im vorliegenden Verfahren, ob die Kündigungen infolge Zahlungsverzugs vom 16. Juni 2021 gültig sind.

2. *Prozessgeschichte*

2.1. Mit Eingabe vom 16. August 2021 (Poststempel) machte die Klägerin je ein Ausweisungsverfahren für den Standort X. wie auch den Standort Y. bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 11. November 2021 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, weshalb der Klägerin mit Beschluss desselben Tages je eine Klagebewilligung erteilt wurde.

2.2. Mit Eingabe vom 10. Januar 2022 (Poststempel) reichte die Klägerin – unter Berücksichtigung des Fristenstillstands um Weihnachten rechtzeitig – die vorliegenden Klagen sowie die ihr am 25. November 2021 zugestellten Klagebewilligungen der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich vom 11. November 2021 ein. In der Folge wurden die mit Zirkulationsbeschlüssen vom 13. Januar 2022 verlangten Kostenvorschüsse im Betrag von 13'820.– (X.) und 11'210.– (Y.) fristgerecht geleistet.

2.3. Die Parteien wurden nach Verzicht auf eine Stellungnahme zur Klage seitens der Beklagten am 22. März 2022 bzw. 5. Juli 2022 zur Hauptverhandlung auf den 6. Oktober 2022 vorgeladen. Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre ersten Parteivorträge. Die anschliessenden Vergleichsgespräche scheiterten. In der Folge wurde eine Prozessvereinigung beschlossen und das Verfahren für spruchreif erklärt.

II. Prozessuales

1. *Zuständigkeit und Verfahrensart*

Das Mietgericht des Bezirks Zürich ist in beiden Verfahren als Kollegialgericht im vereinfachten Verfahren zur Behandlung der Streitsachen örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um Klagen aus Mietverhältnissen, denen im Bezirk Zürich gelegene Mietobjekte zugrunde liegen, und betragen die Streitwerte jeweils mehr als Fr. 30'000.– (§ 21 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 26 GOG). Für Prozesse betreffend

Kündigungsschutz 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 das Thema Kündigungsschutz weit zu verstehen ist und alle Streitigkeiten in Zusammenhang mit der gültigen Beendigung des Mietverhältnisses umfasst, also auch Ausweisklagen (BGE 144 III 346 E. 1.2.2.1; BGE 142 III 278; BGE 142 III 402 E. 2 = Pra 2017 Nr. 71; BGE 142 III 515; BGE 142 III 690 E. 3.1 = Pra 2017 Nr. 95). Im Prozess findet die soziale Untersuchungsmaxime Anwendung (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Da beide Parteien anwaltlich vertreten sind, ist die Beschaffung des Prozessstoffes allerdings dennoch primär Sache der Parteien. Das Gericht hat sie dabei allenfalls durch geeignete Fragen zu unterstützen (vgl. 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; zum Ganzen auch ZMP 2020 Nr. 9).

Der von der Klägerin anlässlich der Klagebegründung geltend gemachte Streitwert wurde mit Zirkulations-Beschluss vom 13. Januar 2022 nach den Vorgaben der bundesgerichtlichen Rechtsprechung korrigiert und mit Blick auf die umstrittenen Kündigungen anhand des Mietzinses bis zum ordentlichen Beendigungstermin der beiden Verträge vorläufig auf Fr. 499'009.50 (X.) bzw. Fr. 303'000.– (Y.) festgelegt (BGE 144 III 346 E. 1.2). Anlässlich der Hauptverhandlung wurde dies seitens der Parteien nicht bestritten.

2. *Prozessvereinigung*

2.1. Das Gericht kann zur Vereinfachung des Prozesses selbständig eingereichte Klagen vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Über die Verfahrensvereinigung entscheidet es nach seinem Ermessen.

2.2. Die Vereinigung anlässlich der Hauptverhandlung dient offensichtlich der Vereinfachung des Verfahrens, denn den separat eingereichten Klagen liegen Ausweisungsanträge der Klägerin aufgrund von Zahlungsverzugskündigungen für zwei sehr ähnliche Restaurantmietverträge zugrunde.

III. Parteistandpunkte

1. *Standpunkt der Klägerin*

Die Klägerin brachte im Wesentlichen vor, sie habe die Beklagte mit Schreiben vom 29. März 2021 gestützt auf Art. 257d OR für Mietzinsrückstände von Fr. 89'658.65 (X.) bzw. Fr. 47'557.89 (Y.) gemahnt und ihr eine Zahlungsfrist von 30 Tagen angesetzt. Eine Reaktion der Beklagten sei ausgeblieben. Der Ausstand habe sich aus damaliger Sicht zusammengesetzt aus dem jeweiligen Nettomietzins und den Akontozahlungen für die Periode vom 1. April 2020 bis 31. März 2021 abzüglich der gewährten Mietzinsreduktionen für die Monate April und Mai 2020 sowie für die Zeit zwischen dem 22. Dezember 2020 und dem 31. März 2021. Im Rahmen der Drittelslösung mit der Stadt Zürich vom 24. Januar / 4. März 2021 habe sich der Ausstand um Fr. 15'995.02 bzw. Fr. 4'044.77 reduziert auf Fr. 73'663.62 bzw. Fr. 43'513.12. Zur Zeit der Nachfristansetzungen sei die Regelung mit der Stadt Zürich noch nicht berücksichtigt worden, weil bis dahin die Zahlungen der Stadt noch nicht eingegangen seien. Diese seien erst am 30. März 2021 für das Jahr 2020 und am 3. Juni 2021 für das Jahr 2021 erfolgt. Damit sei klar, dass sowohl im Zeitpunkt der Nachfristansetzungen als auch der Kündigungen ein erheblicher Teil des jeweiligen Mietzinses ausstehend gewesen sei. Da die Beklagte die Kündigungen nicht angefochten habe, könne sie sich auf die Diskrepanz nicht berufen. Es liege im Übrigen wegen des erheblichen Mietzinsausstands auch keine Treuwidrigkeit seitens der Klägerin vor. Was die Diskrepanz zwischen den angeblichen Zahlungen der Beklagten und den von der Klägerin anerkannten Beträge betreffe, halte man an der Darstellung in der Klage fest, bei welcher die Zahlungen der Stadt berücksichtigt seien. Die abweichenden Angaben der Beklagten seien unsubstantiiert, unbelegt und im Übrigen für den Entscheid nicht von Bedeutung.

Die Schreiben betreffend Nachfristansetzung vom 29. März 2021 seien korrekt zugestellt und dem Rechtsvertreter der Beklagten am 6. April 2021 via Postfach zugestellt worden. Die Zahlungsfrist habe am 6. Mai 2021 geendet. Die Kündigungen seien eingeschrieben und unter Verwendung des amtlichen Formulars erfolgt und am 16. Juni 2021 der Post übergeben und dem Rechtsvertreter der Beklagten am

folgenden Tag zur Abholung gemeldet worden, so dass sie am 18. Juni 2021 als zugestellt zu betrachten seien. Demnach hätten beide Mietverhältnisse am 31. Juli 2021 geendet. Die Beklagte habe jeweils eigenmächtig und ohne Zustimmung der Klägerin den Mietzins auf eigenes Risiko herabgesetzt, und zwar auch für die Zeit, in welcher die Restaurants wieder für das Publikum geöffnet gewesen seien. Nicht einmal die von der Klägerin während der behördlichen Schliessungen freiwillig auf 50 % reduzierten Mietzinse habe die Beklagte vollständig bezahlt. Selbst nach erfolgter Zahlungsverzugskündigung habe sie keine Einwendungen betreffend den Forderungsausstand oder dessen Berechnung geltend gemacht. Es habe sich nicht um eine berechtigte Leistungsverweigerung gehandelt; die Beklagte habe auch keine klare oder rechtzeitige Herabsetzungserklärung abgegeben. Das Ausmass der eigenmächtigen Minderung habe die Beklagte bis heute nicht in nachvollziehbarer Weise beziffert oder begründet.

Vorliegend sei keine Unmöglichkeit oder Teilunmöglichkeit gegeben, da die Restaurantschliessungen von beschränkter Dauer gewesen seien.

Ein Mangel an den betroffenen Mietsachen habe nicht vorgelegen, denn die Beschaffenheit derselben sei von den Schliessungen nicht betroffen gewesen. Zwar sei in den Mietverträgen die Gebrauchsüberlassung von Räumlichkeiten vereinbart worden, in welchen die Mieterin ihren Geschäften habe nachgehen können. Der Betrieb des Geschäfts als solcher sei aber nicht Bestandteil der Verträge gewesen und falle in die Risikosphäre der Mieterin. Staatlich angeordnete Betriebschliessungen seien betriebsbezogen, da die Lage, der Zustand und die Beschaffenheit des Mietobjekts nicht betroffen seien. Die Qualität der Mietobjekte und deren Eigenschaften hätten zu jedem Zeitpunkt dem vertraglich vereinbarten Zustand entsprochen. Die Klägerin habe das unternehmerische Risiko der Beklagten nicht vertraglich übernommen, und die Mietverträge könnten auch nicht in diesem Sinne ausgelegt werden. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des Obergerichts im Entscheid PD210016 vom 12. Januar 2022, wo als Vertragszweck die «Benützung als Spielwarengeschäft» angegeben gewesen sei. Dies bedeute gemäss Obergericht nicht, dass eine Zusicherung bezüglich des unternehmerischen Risikos bestehe.

Betreffend *clausula rebus sic stantibus* sei die Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit zwar gegeben, auch ein temporäres Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung könne man bejahen. Betreffend Umsatzeinbusse sei jedoch davon auszugehen, dass die Beklagte staatliche Härtefallentschädigungen habe beanspruchen können. Diese seien *à fonds perdu* geleistet worden und müssten dem Umsatz hinzugerechnet werden. Habe die Beklagte keine solchen Leistungen bezogen, habe sie sich dies selbst zuzuschreiben. Zudem könne in Übereinstimmung mit dem Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 2. August 2021 [ZMP 2021 Nr. 10] die mehrwöchige Betriebsbeschränkung nicht mit einer mehrjährigen Beschränkung durch kriegerische Ereignisse oder mit einem totalen Währungs- und Wirtschaftszerfall wie nach dem Schwarzen Freitag 1929 verglichen werden. Die von der Klägerin freiwillig gewährte Mietzinsreduktion und die Vereinbarung über die Drittelslösung mit der Stadt Zürich hätten die Auswirkungen der Schliessungen sodann abgeschwächt, zumal die Aufrechterhaltung eines Take-Away-Betriebes immer möglich gewesen sei. Substantiierte Behauptungen der Beklagten zu den Auswirkungen der Einschränkungen und zu ihren Gegenmassnahmen fehlten. Die Beklagte habe ihre Geschäftsbücher nicht offengelegt und auch nicht genügend substantiiert, dass sie eine Umsatzeinbusse erlitten habe. Soweit die Beklagte behaupte, ihr sei jeweils ein voll ausgestattetes Restaurant übergeben worden, setze sie sich in Widerspruch zur Tatsache, dass es sich bei den Verträgen um Rohbaumietverhältnisse handle, bei denen lediglich ein Grundausbau vermietet worden sei.

2. *Standpunkt der Beklagten*

Die Beklagte führte aus, dass im Mietvertrag vom 7. August 2017 über den Standort X. unter Ziffer 4 «Verwendungszweck/Gebrauchspflicht/Öffnungszeiten» vereinbart worden sei, dass die Beklagte ein gewisses Dienstleistungsangebot und Sortiment sowie dessen Änderung oder Erweiterung bekanntgeben müsse. Weiter bestehe eine Gebrauchspflicht, habe sie sich doch verpflichtet, das Mietobjekt zur Aufnahme und zur Aufrechterhaltung des vereinbarten Geschäftsbetriebes an festgelegten Zeiten geöffnet zu halten. Der Mietvertrag über den Standort Y. vom 18. September 2017 sehe mit kleineren Abweichungen das Gleiche vor.

Beide Gastronomiebetriebe seien den behördlichen Vorschriften gestützt auf die bundes- und kantonrechtlichen Vorgaben zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie unterlegen. Diesbezüglich habe die Beklagte von der Klägerin eine angemessene Mietzinsherabsetzung verlangt, wobei mehrere Vorschläge unterbreitet worden seien. Im Oktober 2020 habe die Klägerin der Beklagten die Betreuung für die offenen Mietzinse für den Zeitraum ab 7. Mai 2020 angedroht.

Es stelle sich die Frage, ob die Beklagte der Klägerin vom 1. April 2020 bis 31. März 2021 trotz Einschränkungen aufgrund der behördlichen Massnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie den vollen vertraglich vereinbarten Mietzins schulde und falls nicht, in welchem Umfang der Mietzins nicht geschuldet sei.

Die Frage, ob in den behördlichen Corona-Massnahmen ein mietrechtlicher Mangel liege, sei mit der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts beantwortbar. Ob ein Mangel gemäss Art. 259a Abs. 1 OR vorliege, sei durch Vergleich des tatsächlichen Zustands der Mietsache mit dem vereinbarten zu überprüfen. Der Mangel definiere sich als Abwesenheit einer Eigenschaft, die versprochen worden sei oder die der Mieter nach Treu und Glauben habe erwarten dürfen. Der zugesicherte Zustand erschliesse sich aus dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck (in beiden Verträgen jeweils der Betrieb eines Restaurants) und aus der vertraglich vereinbarten Gebrauchspflicht. Die Klägerin habe der Beklagten zugesichert, die Mieträume durchgehend als Restaurant gebrauchen zu können; fehle diese Eigenschaft, so liege ein Mangel nach Art. 259a Abs. 1 OR vor.

Dass ein Mangel vorliege, lasse sich auch über Art. 256 Abs. 1 OR herleiten. Hierzu müsse definiert werden, was unter dem zum vorausgesetzten gebrauchtauglichen Zustand der Sache zu verstehen sei. Danach dürfe man in einem Restaurant jeden Tag während des ganzen Jahres ausserhalb der gesetzlichen Sperrzeit Gäste empfangen und gegen Entgelt bewirten. Sei dieser übliche Gebrauch ganz oder zeit- resp. teilweise ausgeschlossen oder beeinträchtigt, liege ein mietrechtlicher Mangel vor. Der Mieter habe auch einen Mietzinsherabsetzungsanspruch, wenn der Mangel von einer Drittperson zu vertreten oder auf äussere Umstände ohne menschliche Einwirkung zurückzuführen sei.

Weiter könne der Auffassung des Mietgerichts im Urteil vom 2. August 2021 nicht gefolgt werden, wonach nur fehlende Eigenschaften der Sache einen mietrechtlichen Mangel begründen könnten, die objektbezogen, nicht aber solche, die betriebsbezogen seien. Der Beklagte sei der Ansicht, dass weder das Gesetz noch das Bundesgericht eine Unterscheidung mache, ob ein Mangel betriebs- oder objektbezogen sei. Es sei allein der vertraglich vereinbarte Gebrauchszweck oder mangels einer solchen Vereinbarung der übliche Gebrauch für die Bestimmung des geschuldeten Zustands der Mietsache massgebend. Die Parteien hätten vorliegend nicht nur einen besonderen Verwendungszweck «Restaurant» vereinbart, sondern auch eine Gebrauchspflicht. Damit habe die Klägerin das unternehmerische Risiko der Beklagten mitübernommen. Somit liege hier ein Fall vor, den das Mietgericht der in ZMP 2021 Nr. 10 beurteilten Ausgangslage gegenübergestellt habe. Die Klägerin habe somit in der vorliegenden Konstellation das Risiko einer behördlichen Betriebsschliessung mitübernommen, womit in den behördlichen Corona-Massnahmen ein mietrechtlicher Mangel liege, soweit die Beklagte deswegen im Gebrauch der Mietsachen als Restaurant gestört oder beeinträchtigt gewesen sei.

Da ein Mangel vorliege, verfüge die Beklagte über einen Mietzinsherabsetzungsanspruch nach Art. 259d OR, zumal sie diesen weder zu vertreten, noch im Sinne von Art. 259 OR auf eigene Kosten zu beheben habe. Das Bundesgericht habe in BGE 142 III 557 festgehalten, dass der Mieter die Herabsetzung mittels Erklärung an den Vermieter zu kommunizieren habe. Hierfür bestehe keine Frist, eine Erklärung könne auch nach der Mangelbehebung oder Vertragsbeendigung abgegeben werden. Das Bundesgericht scheine dazu zu neigen, Ansprüche aus Art. 259d OR als gesetzliche Minderung des Mietzinses zu qualifizieren; jedenfalls schliesse es die Qualifizierung der Minderung als Gestaltungs- oder Gestaltungsklagerecht aus. Ein Herabsetzungs- und Minderungsanspruch beginne daher ohne weiteres mit der Kenntnisnahme des Vermieters vom Mangel und ende mit dessen vollständigen Beseitigung.

Die Klägerin habe von den behördlichen Corona-Massnahmen Kenntnis gehabt, sodass der Herabsetzungsanspruch am 16. März 2020 begonnen habe. Die Beklagte habe mehrmals mitgeteilt, dass sie den Mietzins herabsetzen werde und während des «Lockdowns» keinen und während der übrigen Zeit nur einen herabgesetzten Mietzins schulde. Deswegen sei es der Klägerin bekannt gewesen, in welchem Umfang und weshalb die Klägerin von ihrem Minderungsrecht Gebrauch mache. Darüber hinaus sei sich die Klägerin stets bewusst gewesen, dass die Beklagte willens und auch in der Lage gewesen sei, den Mietzins im geschuldeten Umfang zu bezahlen. Die Parteien seien sich bloss nicht einig, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beklagten ein Herabsetzungsanspruch zustehe.

Der Umfang der Herabsetzung sei in Übereinstimmung mit TSCHUDI nach gerichtlichen Ermessen unter Einbezug funktionaler und zeitlicher Aspekte sowie nach Massgabe der beeinträchtigten Teilnutzungen zu bestimmen. Im vorliegenden Fall habe die Vorverlegung der Polizeistunde für die Beklagte eine stärkere Einschränkung dargestellt als beispielsweise für ein Café. Die Beklagte mache geltend, dass sie für die beiden Standorte jedenfalls nicht mehr Mietzins schulde, als sie bezahlt habe.

Die Mietzinszahlungen im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 31. März 2021 würden für den Standort X. Fr. 199'866.45 und für den Standort Y. Fr. 132'235.75 betragen. Die Mietzinszahlungen seien mit dem Vermerk «Miete» überwiesen worden, wobei jeweils die Angabe des genauen Zeitraums gefehlt habe. Jedenfalls habe die Beklagte so jeweils gemäss Art. 87 Abs. 1 OR die zuerst fälligen Betreffnisse getilgt.

Die Mietverträge sähen verschiedene Teilflächen und Mietzinse vor. Danach seien für den Standort X die Verkaufsfläche von 406.43 m² zu Fr. 587.– / m² und Jahr, die Aussengastronomiefläche von 161.80 m² zu Fr. 80.– / m² und Jahr und die Lagerfläche von 189.40 m² zu Fr. 100.– / m² und Jahr vermietet worden, für den Standort Y die 343.98 m² Verkaufsfläche zu Fr. 390.– / m² und Jahr, die 219.51 m² Aussengastronomie zu Fr. 40.– / m² und Jahr und die 387.86 m² Lagerfläche

zu Fr. 60.– / m² und Jahr. Die Verkaufsflächen seien während des ersten «Lockdowns» für die Gäste unbenutzbar gewesen, während der Lagerraum zur Aufbewahrung der nicht verderblichen Ware habe genutzt werden können. Insgesamt habe die Beklagte im über den für die Lagerräume geschuldeten Mietzins hinausgehenden Betrag mehr Mietzins bezahlt, als aufgrund der Mangelhaftigkeit der Sache geschuldet gewesen sei. Für den Zeitraum zwischen dem ersten und dem zweiten «Lockdown» habe die Beklagte der Klägerin 60% des Mietzinses bezahlt. Mehr habe sie aufgrund der zeitweisen erheblichen Einschränkungen in sachlicher und zeitlicher Hinsicht durch die behördlichen Corona-Massnahmen nicht geschuldet.

Für den Zeitraum des zweiten «Lockdowns» hätten sich die Parteien auf die Drittellösung mit der Stadt Zürich geeinigt, wobei die Beklagte dieser Zahlungsverpflichtung vollständig nachgekommen sei. Sie sei daher nie mit Mietzinszahlungen im Verzug gewesen. Folglich fehle es an der Grundvoraussetzung der Zahlungsverzugskündigungen.

Die Klägerin habe im Übrigen zweckfremd vom Kündigungsrecht Gebrauch gemacht, denn die Beklagte habe stets kommuniziert, dass sie willens und in der Lage sei, ihrer Zahlungspflicht nachzukommen, soweit eine solche bestehe. Die Beklagte sei sich zwar bewusst gewesen, dass ein Forderungsprozess drohe. Trotz Rechtsvorschlags gegen den Zahlungsbefehl vom 15. Dezember 2020 habe die Klägerin aber nichts zur Durchsetzung der Forderung unternommen, woraus klar werde, dass die Klägerin gar nicht an einer Bezahlung, sondern einzig an einer möglichst baldigen Beendigung der befristeten Mietverhältnisse interessiert sei. Ein solches Vorgehen sei krass missbräuchlich, weshalb die Verzugskündigungen vom 16. Juni 2021 unwirksam seien.

3. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist, soweit für die Entscheidung notwendig, später einzugehen.

IV. Materielles

1. *Mangel am Mietobjekt?*

1.1 Die Mietsache ist mangelhaft, wenn sie nicht oder nicht mehr zum vorausgesetzten Gebrauch taugt, ihr mithin eine vertragliche Eigenschaft fehlt, die den Gebrauchswert beeinträchtigt. Es kann sich dabei um vertraglich zugesicherte oder im Hinblick auf den vertraglichen Gebrauchszweck erforderliche Eigenschaften handeln (BGE 135 III 345 E. 3.2). Die Mietsache hat m.a.W. all diejenigen Eigenschaften aufzuweisen, wodurch der Mieter in die Lage versetzt wird, von ihr den vorausgesetzten Gebrauch zu machen. Die Qualität des Mietobjekts ist also Inhalt der (Dauer-)Leistungspflicht des Vermieters (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 258 OR N 29; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl., Art. 258 N 1). Der Mangel ist damit eine negative Vertragsabweichung, d.h. eine negative Abweichung des Ist- von der vertraglichen Sollbeschaffenheit. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so bestimmt sich der geschuldete Zustand anhand des vorausgesetzten Gebrauchs (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 256 OR N 27 ff.). Sachmängel können körperlicher oder unkörperlicher bzw. tatsächlicher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein. Als Rechtsmangel im Sinne von Art. 259f OR kann jede Beeinträchtigung des Mieters im vertragsgemässen Gebrauch bezeichnet werden, die ein Dritter durch Geltendmachung eines dinglichen oder nachbarrechtlichen Anspruchs an der Mietsache hervorruft (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 258 OR N 31 ff.). Der Mangel einer gemieteten Sache ist demnach ein relativer Begriff und von den Umständen des einzelnen Falles abhängig. Es ist insbesondere auf die Zweckbestimmung der gemieteten Sache, deren Lage, Alter und Bauart sowie die Höhe des Mietzinses abzustellen (BGer 4C.368/2004 vom 25.01.2005 E. 4.1; BGer 4C.387/2004 vom 17.03.2005 E. 2.1; SVIT-Komm.-TSCHUDI, Vorbemerkungen zu Art. 258-259i OR N 47).

1.2 Weder der Anspruch auf Beseitigung des Mangels (Art. 259a Abs. 1 lit. a sowie Art. 259b OR) noch derjenige auf Mietzinsminderung nach Art. 259d OR setzen ein Verschulden des Vermieters voraus. Es genügt bereits, dass der Vermieter oder eine seiner Hilfspersonen einen Mangel kennt und nichts dagegen unternimmt (so das BGer zum Beseitigungsanspruch, zuletzt in BGer 4A_477/2018

und 4A_481/2018 vom 16.07.2019 E. 3.3.2; zum möglichen Vertrauensschutz für den Vermieter bei der Minderung vgl. BGE 142 III 557 E. 8.3.4).

1.3 Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass ein Mangel am Mietobjekt vorliege, wenn Räumlichkeiten wegen eines öffentlich-rechtlichen Verbots nicht mehr benutzt werden könnten. Der Mieter habe in einem solchen Fall keinen Einfluss auf den Mangel, der darin bestehe, dass es unmöglich geworden sei, das Objekt dem beabsichtigten Gebrauch oder vereinbarten Zweck entsprechend zu nutzen (LACHAT/BRUTSCHIN, *Le bail aux temps du coronavirus*, SJ 2020 II, S. 126; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, *Rechtsgutachten: Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie*, <https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/fallbeispiele/a-d/corona-geschaeftsraummietermietzinsreduktion.html>, besucht am 9. November 2022). Die h.L. weist dagegen darauf hin, dass in aller Regel die vereinbarte Beschaffenheit des Mietobjekts nur objektbezogene und nicht auch betriebsbezogene Eigenschaften betrifft (vgl. HAEFELI/GALLI/VISCHER, *Coronavirus SARS-CoV 2: Klärung mietrechtlicher Fragen*, in: Jusletter 14. April 2020, N 28; REICHLI/STEHLE, *Coronavirus und Geschäftsraummiete*, in: Jusletter 18. Mai 2020, S. 8; HIGI, *Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der "Corona-Pandemie"*, Zürich 26. März 2020, <https://www.hev-zuerich.ch/corona-mangel-an-der-mietsache/>, besucht am 9. November 2022). Mit anderen Worten stellen in der Regel nur solche Umstände einen Mangel dar, welche die Beschaffenheit, den Zustand oder die Lage des Mietobjekts betreffen, nicht aber Umstände, welche das Geschäft der Mieterin betreffen (HAEFELI/GALLI/VISCHER, N 28; REICHLI/STEHLE, 38-43; PEDUZZI, *Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge*, MRA 1/20, S. 8; Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Geschäfts-Nr. PD210016, Urteil vom 12. Januar 2022, E.2.4).

1.4 Diese zweite Anschauung überzeugt, sie wurde sinngemäss auch von der Klägerin vorgebracht. So weist HIGI zu Recht darauf hin, dass die Parteien mit dem Abschluss eines Mietvertrages für einen Geschäftsraum ein Dauerschuldverhältnis eingehen, in dessen Rahmen der Vermieter dem Mieter verspricht, ihm gegen

Entgelt Räumlichkeiten zu überlassen, in denen der Mieter seinem Geschäft nachgehen kann – dieses Geschäft ist aber, sofern nicht anders vereinbart, nicht Bestandteil des Mietvertrages, sondern besteht unabhängig davon und gehört zur Rechtssphäre des Mieters (HIGI, a.a.O., S. 1).

Entgegen der Auffassung der Beklagten folgt schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass mit einem Mangel an der Mietsache keine behördlichen Beschränkungen der betrieblichen Tätigkeit im Mietobjekt gemeint sein können, soweit sie nicht unmittelbar mit den Eigenschaften der gemieteten Sache zusammenhängen. Zwar ist richtig, dass Sachmängel ein weites Feld umfassen, etwa auch Immissionen, die auf die Sache einwirken, ohne dass die Vermieterin sie beeinflussen kann. Solche Erscheinungen wie etwa die Lärmexposition gemieteter Räume gehören indessen direkt zu den Sachattributen. Ähnlich verhält es sich mit rechtlichen Einschränkungen: Dass die gemietete Sache etwa nach sicherheitstechnischen oder planungs- und baurechtlichen Vorschriften nicht für den vertraglich vorgesehenen Zweck verwendet werden darf, beeinträchtigt die Sachattribute als solche und damit die Gebrauchstauglichkeit. Anders verhält es sich hingegen mit Vorschriften, die sich ausschliesslich an die Betreiber oder Benützer von Betrieben richten: Diese tangieren die Sachattribute und damit die Tauglichkeit der gemieteten Sache zum Gebrauch von vornherein nicht, und zwar auch dann nicht, wenn sie die Benützung der Sache zum vereinbarten Gebrauch im Ergebnis ausschliessen.

1.5 Eine Mitübernahme des unternehmerischen Risikos der Mieterin durch die Vermieterin bedürfte einer besonderen Abrede, welche hier nicht vorliegt. Der Ansicht der Beklagten, wonach die Klägerin das unternehmerische Risiko mittrage, weil in den vorliegenden Mietverträgen ein besonderer Verwendungszweck sowie eine Betriebspflicht für die Restaurants vereinbart worden seien, kann nicht gefolgt werden. Zwar kann den beiden Mietverträgen in der Gestalt der teilweisen Umsatzmiete durchaus eine beschränkte Risikobeteiligung der Vermieterin entnommen werden (sog. partiarisches Rechtsgeschäft). Deren Gestalt und Umfang ist aber im Vertrag genau umschrieben. Gemäss der getroffenen Regelung ist der Mindestmietzins auch dann zu leisten, wenn die Beklagte – aus welchen betriebli-

chen Gründen auch immer – gar keinen Umsatz zu erzielen vermag. Dies entspricht dem Charakter des Mietvertrags als Austauschvertrag, der im Kern – anders als eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung (vgl. Art. 530 OR) – gerade keine Zweckvereinigungsabrede enthält. Entsprechend garantierte die Klägerin der Beklagten auch keinen bestimmten Mindestumsatz, jene sollte vielmehr lediglich von einem über Fr. 2.4 Mio. bzw. Fr. 5.0 Mio. liegenden Umsatz mitprofitieren. Der Mietvertrag enthält auch keine Klausel, wonach die Vermieterin das Risiko einer behördlichen Schliessung mit zu übernehmen habe. Gewiss konnte die Klägerin ihre betriebliche Tätigkeit in den Restauranträumen aufgrund der behördlichen Einschränkungen nicht oder zumindest nicht in der Weise ausüben, wie die Parteien sich dies beim Vertragsschluss vorgestellt hatten. Dennoch taugten die beiden Mietgegenstände sachlich zu jeder Zeit für das, was von den Parteien vereinbart wurde (HIGI, a.a.O., S. 2). Die in der Literatur getroffene Unterscheidung zwischen sach- und betriebsbezogenen Beschränkungen erweist sich insofern als ungenau, als auch fehlende Sacheigenschaften sich selbstverständlich auf den Betrieb auswirken können. Dies ist aber nicht der springende Punkt. Die Verfechter der Unterscheidung argumentieren korrekt einzig damit, dass staatlich angeordnete Betriebsschliessungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Coronavirus betriebsbezogene Umstände sind, bei denen es nicht um die Lage, den Zustand oder die Beschaffenheit des Mietobjekts, sondern einzig um die Geschäftstätigkeit des Mieters geht (REICHLÉ/STEHLE, a.a.O., S. 12 ff., welche sich auf den Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs XII ZR 189/09 vom 13. Juli 2011 stützen).

1.6 Ob und inwieweit die Parteien Einfluss auf eine Störung haben, spielt für das Vorliegen eines Mangels zwar tatsächlich keine Rolle. So kann etwa wie schon erwähnt übermässiger Lärm durch ein Bauvorhaben in der Nachbarschaft durchaus unabhängig von den Einflussmöglichkeiten der Vermieterin eine Mietzinsminderung zur Folge haben. Voraussetzung dafür ist aber stets ein Mangel an der Sache im beschriebenen Sinn, welcher im Falle von Immissionen gerade vorliegt. Zu kurz greift dagegen die Überlegung, eine Beeinträchtigung des Betriebs der Mieterin bilde nur schon deshalb einen Mangel an der Mietsache, weil die Parteien

keinen Einfluss darauf hätten, wie dies die Beklagte mit ihrem Hinweis darauf aufzuzeigen versucht, dass es das Bundesgericht noch nie interessiert habe, ob eine Diskrepanz zwischen dem vereinbarten und dem tatsächlichen Zustand einen Rechts- oder einen Sachmangel bilde. Bei den behördlichen Schliessungen handelt es sich nach dem Gesagten gerade nicht um einen Sachmangel, und die von der Beklagten ins Feld geführten Beispiele aus der Rechtsprechung betreffen auch allesamt keine Konstellation der vorliegenden Art. Vor diesem Hintergrund ist unerheblich, wer Adressat der behördlichen Massnahmen war. Auf die vertraglich vereinbarten Eigenschaften der vermieteten Sache hatten die Beschränkungen in Zusammenhang mit den Covid-19-Massnahmen jedenfalls offensichtlich keinen Einfluss (ebenso das Obergericht des Kantons Zürich im bereits zit. Urteil PD210016-O vom 12. Januar 2022, E. 2.4).

1.7 Selbst wenn die soeben diskutierte Grundsatzfrage anders zu entscheiden wäre, versäumt es die Beklagte auch aufzuzeigen, wie genau sich die behördlichen Massnahmen auf ihren Betrieb als Ganzes auswirkten. Unbestrittenermassen konnten die Restauranträume ungeachtet der Interventionen immer als Lagerräume, für die Aussengastronomie und für den Take-Away-Betrieb verwendet werden. Klar ist sodann, dass auch der Restaurantbetrieb im Inneren zwischen den beiden «Lockdowns» grundsätzlich möglich war. Zwar offerierte die Beklagte zum konkreten Umfang der Beschränkung ihres Betriebs die Befragung ihrer Organe. Eine solche Beweisofferte vermag jedoch an der auch unter Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime bestehenden Last der Parteien nichts zu ändern, schon im Behauptungsstadium den relevanten Sachverhalt vorzutragen – jedenfalls wenn eine Partei wie hier anwaltlich vertreten ist. Hinzu kommt, dass die Klägerin mit Recht und unbestrittenermassen darauf hinwies, dass die Beklagte keine Angaben zu ihren konkreten Umsätzen machte. Wenn sie schon rein betriebsbezogene Beschränkungen zum Anlass für eine Mietzinsminderung nehmen möchte, wäre von ihr zu erwarten, dass sie ihre Geschäftsbücher offenlegt und kommentiert. Die betrieblichen Auswirkungen der behördlichen Beschränkungen erschöpften sich nicht nur in Geboten und Verboten zur Führung des Betriebs, sondern erstreckten sich auch auf staatliche Unterstützungsmassnahmen in Milliardenhöhe. Die Be-

klagte verliert kein Wort darüber, ob und wie sie von solchen Massnahmen profitiert hat, weshalb sie allenfalls einen entsprechenden Antrag unterlassen und welche Massnahmen sie getroffen hat, um den betrieblichen Auswirkungen der Beschränkungen zu entgehen (vgl. zu den einzelnen Unterstützungsmassnahmen HOHLER/OTT, Wirtschaftshilfen, in: Beck/Kley/Rohner/Vernazza (Hrsg.), Der Corona-Elefant, Vielfältige Perspektiven für einen konstruktiven Dialog, Zürich 2022, S. 232 ff.). Unter solchen Vorzeichen liesse sich ein Minderungsanspruch durch das Gericht auch dann nicht bestimmen, wenn ein solcher aus rechtlicher Sicht grundsätzlich in Betracht käme.

Entgegen der Darstellung der Beklagten hat das Mietgericht im Übrigen in ZMP 2021 Nr. 10 auch nicht angedeutet, Fälle wie der vorliegende seien allenfalls anders zu beurteilen als der damalige. Vielmehr verneinte das Gericht einen Mangel an der Sache klar, soweit sich der Vermieter nicht mit einer besonderen Vereinbarung am Verlustrisiko des Mieters beteiligt hat (a.a.O., E. IV.4). Der vorliegende Fall unterscheidet sich lediglich durch die enge Zweckumschreibung und die Gebrauchspflicht vom damals beurteilten. Dass ihr ein bestimmter Umsatz garantiert worden wäre (vgl. a.a.O., E. IV. 4.5), macht auch die Beklagte nicht geltend, ganz zu schweigen davon, dass sie wie schon die Mieterin im früheren Fall von der Vermieterin ein Entgegenkommen erwartet, obwohl sie ihre finanzielle Situation für sich behält. Offen blieb ansonsten gemäss der damaligen Einschätzung des Gerichts einzig der Weg der gerichtlichen Vertragsanpassung an veränderte Verhältnisse (a.a.O., E. IV.5). Eine solche setzt aber erst recht eine Analyse der konkreten Auswirkungen einer Beeinträchtigung und damit die Offenlegung der Geschäftsbücher durch den Mieter voraus (hinten Ziff. IV.5).

Last but not least sei darauf hingewiesen, dass die Parteien einen Minderungsanspruch für die Zeit vom 1. Dezember 2020 bis 31. Mai 2021 in der Drittellösung mit der Stadt Zürich explizit ausgeschlossen und die dort gefundene Lösung klipp und klar nicht als Herabsetzung nach Art. 259d OR, sondern als Überbrückung der angespannten finanziellen Lage der Mieterschaft bezeichnet haben, in welche diese unverschuldet geraten sei. Soweit die Vereinbarungen reichen, ist daher

eine Minderung so oder anders kein Thema mehr. Wieso sich die Rechtslage ausserhalb des Geltungsbereichs der Vereinbarungen anders gestalten soll, erläutert die Beklagte nicht.

Eine Mietzinsminderung fällt damit so oder anders ausser Betracht.

Die Beklagte beruft sich explizit nicht auf (Teil-)Unmöglichkeit oder die *clausula rebus sic stantibus* als Grundlage für eine Reduktion ihrer Mietzinsverpflichtung. Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden und deshalb einen möglichen Anpassungsanspruch unter allen Titeln zu betrachten hat, ist dennoch kurz auf die beiden Punkte einzugehen (Art. 57 ZPO).

2. *Unmöglichkeit*

2.1 Bei nachträglicher objektiver unverschuldeter Unmöglichkeit ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet, die Leistung zu erbringen, er wird demnach frei (Art. 119 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit festgehalten, dass Unmöglichkeit nur in Betracht komme, wenn diese mit Gewissheit bis zum Vertragsende bestehen bleibe oder ihr Wegfall zumindest nicht abzusehen sei (BGer 4C.334/2002 vom 12.11.2003 E. 4; BGer 4C.34/2000 vom 24.04.2001 E. 4). Es findet sich in der Lehre aber auch die Meinung, dass die Unmöglichkeit nur einen Teil der Leistung betreffen könne (sog. Teilunmöglichkeit). Bei Dauerschuldverhältnissen könne eine sachliche Teilunmöglichkeit in dem Sinne vorliegen, dass der Mieter das Mietobjekt nur noch teilweise gebrauchen könne. Es könne aber auch eine zeitliche Teilunmöglichkeit vorliegen, namentlich wenn der Mieter das Mietobjekt nur während einer gewissen Zeit nicht gebrauchen könne (HAEFELI/GALLI/VISCHER, Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen, in: Jusletter 14. April 2020, S. 5). Massgeblich soll die Unterscheidung zwischen der Zweckverfehlung bzw. dem Zweckfortfall und blosser Verwendungsunmöglichkeit sein, wobei es den Verfechtern dieser These kaum gelingt, die beiden Phänomene überzeugend voneinander abzugrenzen. Klar ist, dass auch eine blosser Teilunmöglichkeit in einem Dauerschuldverhältnis eine erhebliche Zeitspanne umfassen muss (HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 6 ff.; REICHLER/STEHLE, Coronavirus und Geschäftsraummiete, in: Jusletter 18. Mai 2020, S. 8 ff.;

LCHAT/BRUTSCHIN, Le bail aux temps du coronavirus, SJ 2020 II p. 111, S. 131 ff.).

2.2 Selbst wenn vorliegend die Nutzung der Geschäftsräume zum Betrieb zweier Restaurants eingeschränkt war, handelt es sich bezüglich der 6-wöchigen Schliessung im Jahre 2020 um eine im Verhältnis zur gesamten Laufzeit der Mietverhältnisse kurze Dauer. Dabei war die Nutzung der Räume als Lagerräume oder zum Anbieten eines Take-Away-Betriebs jederzeit möglich. Eine dauerhafte Schliessung von Restaurationsbetrieben bzw. die Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lag somit nicht vor und der Wegfall dieser Anordnungen war stets absehbar. Der Zweck der Gebrauchsüberlassung und die Nutzung des Mietobjekts wurde von der Vermieterin gewährleistet. Erst recht gilt dies für die Zeit nach dem ersten «Lock-down». Die zweite Schliessungsperiode war zwar mit über fünf Monaten mehr als drei Mal so lang wie die erste. Weitere Erörterungen erübrigen sich aber nur schon deshalb, weil die Parteien diese Phase mittels Vergleich in Gestalt der Drittelslösung mit der Stadt Zürich verbindlich geregelt haben. Die Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit nach Art. 119 OR kommen daher auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung.

3. *Clausula rebus sic stantibus / Gerichtliche Vertragsanpassung*

3.1. Dem Grundsatz der Vertragstreue zufolge sind Verträge so zu halten, wie sie geschlossen wurden. Davon werden nur in beschränktem Umfang Ausnahmen zugelassen. Die Anpassung eines Vertrags rechtfertigt sich dann, wenn aufgrund einer Verhältnisveränderung die Erfüllung des Vertrages mit seinem ursprünglichen Inhalt mindestens einer Partei nicht mehr zumutbar ist. Dabei steht der Grundgedanke im Vordergrund, dass die Parteien den Vertrag so nicht geschlossen hätten, wenn sie nicht Fehlvorstellungen über die Zustände bei Vertragsschluss oder über die Entwicklung der Verhältnisse gehabt hätten. Der Gedanke der Vertragsanpassung findet sich in verschiedenen Einzelvorschriften wieder, wie beispielsweise der Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR. Liegen hingegen keine besonderen gesetzlichen oder vertraglichen Anpassungsregeln vor, kommt die

clausula rebus sic stantibus als Generalklausel der Vertragsanpassung zur Anwendung (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 95 ff.; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 266g N 1; REICHL/STEHLE, a.a.O., S. 15; LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 137 ff.; HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 9; ZMP 2021 Nr. 10).

Eine planwidrige Entwicklung der Verhältnisse genügt jedoch nicht für eine Vertragsanpassung. Ein richterlicher Eingriff in einen Vertrag aufgrund veränderter Umstände setzt nach Rechtsprechung und herrschender Auffassung voraus, dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, dass diese eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hatte und dass der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde (BGE 127 III 300 E. 5b).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die Parteien bei langfristigen Verträgen damit rechnen, dass sich die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnisse später ändern. Namentlich Änderungen der Gesetzeslage gelten grundsätzlich nicht als unvorhersehbar (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 101 ff.). Wenn die Änderung der gesetzlichen Grundlagen als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag, ist die Voraussehbarkeit jedoch zu verneinen (REICHL/STEHLE, a.a.O., S. 16 f.). Grundsätzlich ist jederzeit mit dem Ausbruch einer Pandemie respektive Epidemie zu rechnen, weshalb die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit einem solchen Ausbruch und damit einhergehenden Änderungen der Gesetzeslage rechnen konnten bzw. mussten. Die getroffenen Massnahmen waren jedoch für die Parteien vorliegend zumindest insofern nicht voraussehbar, als es selbst bei viel schwerer wiegenden Pandemien wie der Spanischen Grippe 1918-1920 nicht zu derart einschneidenden Beschränkungen kam. Die Parteien mussten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mit ausserordentlichen Massnahmen rechnen (vgl. BGE 48 II 249 E. 1).

Durch die Veränderung der Verhältnisse muss eine schwerwiegende Störung des Vertragsäquivalentes ausgelöst werden. Soweit es um den Austausch von vermögenswerten Leistungen geht, wird eine gravierende Störung, d.h. ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, vorausgesetzt. Der Übergang

zwischen einer «noch im Rahmen liegenden» und einer «gravierenden» Äquivalenzstörung lässt sich ausschliesslich aufgrund einer Beurteilung aller Umstände des konkreten Einzelfalls bestimmen (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 104; ENZ, Risikoordnung in Verträgen und die Covid-19-Situation: Teil 1, in: Jusletter 18. Mai 2020, S. 11; LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 139 f.; ZMP 2021 Nr. 10).

3.2. Die Beklagte hat wie erwähnt in Zusammenhang mit der geltend gemachten Mietzinsminderung nicht dargelegt, dass und allenfalls wie sich die behördlich angeordneten Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus konkret auf ihre finanzielle Lage ausgewirkt haben, was sie unternommen hat, um den Auswirkungen zu begegnen, sowie ob und in welchem Mass sie von staatlichen Unterstützungsleistungen profitiert hat – neben den Erleichterungen, die die Klägerin ihr gewährte. Die Restaurants waren stets zumindest in einem beschränkten Masse nutzbar. Für die Feststellung der Schwere einer allfälligen Äquivalenzstörung wären nicht nur die Umsatzzahlen von entscheidender Bedeutung, sondern die gesamte Bilanz und Erfolgsrechnung, denn nur so könnte der Zustand des gesamten Betriebes beurteilt werden, für welchen der Umsatz nur einen eher schwachen Indikator darstellt. Im Fall, der zum bereits zitierten BGE 48 II 249 führte, hatten die Gerichte auf Antrag des Pächters der Gastronomiebetriebe auf den Vierwaldstätterseeschiffen denn auch ein Gutachten eingeholt zur Veränderung der Geschäftszahlen nach dem Einbruch im Tourismusbereich im Anschluss an den Beginn des Ersten Weltkrieges.

Des Weiteren ist vorliegend nicht von einer Dauerhaftigkeit der Äquivalenzstörung auszugehen. Auf das gesamte Mietverhältnis betrachtet, handelte es sich bei den im fraglichen Zeitraum angeordneten Massnahmen um eine verhältnismässig kurze Zeitdauer.

Auch hier kommt bezüglich der Phase des zweiten «Lockdowns» hinzu, dass die Parteien die Folgen der Beschränkungen durch einen Vergleich geregelt haben, so dass sie darauf nicht mehr zurückkommen können (vorn Ziff. IV.2).

4. Kündigung wegen Zahlungsrückstands (Art. 257d OR)

4.1. Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Sinn der Ansetzung einer Zahlungsfrist ist es namentlich, dem Mieter genügend Zeit einzuräumen, um die Mittel zur Tilgung der Ausstände zu beschaffen und ihm damit eine letzte Gelegenheit zu geben, den schwerwiegenden Folgen einer ausserordentlichen Kündigung zu entgehen (BGer 4A_585/2010 v. 2. Februar 2011 E. 2.1, BGer 4A_107/2010 v. 3. Mai 2010 E. 2.4 sowie BGer 4A_44/2017 v. 21. März 2017 E. 3.3). Ihre Warnfunktion kann die Fristansetzung nur erfüllen, wenn sie klar und deutlich abgefasst ist. Dies setzt zum einen voraus, dass der Zahlungsrückstand entweder ziffernmässig bezeichnet wird oder zumindest einwandfrei bestimmbar ist (BGer 4A_306/2015 v. 14. Oktober 2015 E. 2, BGer 4A_585/2010 v. 2. Februar 2011 E. 2.1 und BGer 4C.123/2000 v. 14. Juni 2000 E. 3b). Zum andern muss die Zahlungsaufforderung eine ausdrückliche Kündigungsandrohung enthalten; diese muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass sich der Vermieter bei ausgebliebener Zahlung innert Frist die Kündigung des Mietverhältnisses vorbehält (BGer 4A_541/2015 v. 20. Mai 2016 E. 4.2, BGer 4A_44/2017 v. 21. März 2017 E. 3.3).

Allein der Umstand, dass die Mietzinsschuld umstritten ist, schützt den Mieter grundsätzlich nicht vor der Kündigung (BGE 140 III 591 E. 3.2 = Pra 2015 Nr. 55). Dies gilt besonders, wenn zumindest ein (erheblicher) Teil der Schuld unbestritten ist (BGer 4A_550/2020 v. 29. April 2021 E. 7.2). Eine Anfechtung der Kündigung nach Art. 271 Abs. 1 und 273 OR kommt immerhin in Betracht, wenn statt des vom Vermieter geltend gemachten Ausstandes nur ein unbedeutender besteht oder wenn seine Berechnungen zum Ausstand nicht nachvollziehbar sind (BGE 120 II 31 E. 4; BGer 4C.65/2003 v. 23. September 2003, E. 4.2.2; BGer, 4C.173/2005 v. 24. Oktober 2005; vgl. auch ZMP 2018 Nr. 1 = mp 2018, 224 ff.).

Einer Zahlung innert der Nachfrist ist eine rechtzeitige Verrechnung der Mietzinsschuld mit einer Gegenforderung gleichgestellt. Der Mieter trägt allerdings das Risiko der Wirksamkeit der Verrechnung in Höhe der zu tilgenden Mietzinsschuld. Eine gültige Verrechnung setzt neben einer entsprechenden Erklärung des Hauptschuldners (Art. 124 Abs. 1 OR) gemäss Art. 120 Abs. 1 OR gegenseitige gleichartige Forderungen zwischen Gläubiger und Schuldner der Hauptforderung voraus. Das Gesetz verlangt dem Wortlaut nach Fälligkeit beider Forderungen. Die verrechnende Partei kann ihre fällige Gegenforderung nach der Lehre allerdings auch dann zur Verrechnung bringen, wenn die Hauptforderung des Verrechnungsgegners zwar noch nicht fällig, aber doch bereits erfüllbar ist, denn der Verrechnende kann die bereits erfüllbare Hauptschuld auf jede ihm genehme Weise schon vor Fälligkeit tilgen (statt vieler BUCHER, OR Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, S. 437 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 3227). Auch eine bestrittene Gegenforderung kann nach Art. 120 Abs. 2 OR zur Verrechnung gebracht werden. Im Kontext einer Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR trägt diesfalls allerdings grundsätzlich der Mieter das Risiko dafür, dass seine Gegenforderung auch tatsächlich besteht und fällig ist.

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

4.2. Zwar ist im vorliegenden Fall bestritten geblieben, wie hoch die Ausstände im Zeitpunkt der Zahlungsverzugskündigung tatsächlich waren. Ursache der Differenz sind jedoch einzig die Abweichungen bezüglich der von der Beklagten behaupteten Zahlungen von den entsprechenden Angaben der Klägerin. Unbestritten ist demgegenüber, dass sich der Mindestmietzins für das Objekt in X. seit 1. Januar 2020 inkl. Nebenkostenkonto und MWSt. auf Fr. 89'572.20 pro Quartal oder Fr. 29'857.40 pro Monat belief. Für die Monate April und Mai 2020 gewährte die Klägerin der Beklagten insgesamt einen Erlass von Fr. 29'857.40 (Fr. 24'472.40 plus Fr. 5'385.-, [...]). Gemäss der Drittellösung mit der Stadt Zürich reduzierte sich der (ohne MWSt berechnete) Nettomietzins um Fr. 22'722.75 pro

Monat und betrug daher noch die Hälfte dieses Betrags zuzüglich MWSt. Insgesamt standen im Zeitpunkt der Abmahnung daher Mietzinse und Nebenkosten in Höhe von Fr. 263'171.67 aus (Fr. 195'779.20 + Fr. 64'620.– + Fr. 32'629.87 - Fr. 24'472.40 - Fr. 5'385.–, [...]). Stellt man diesem Betrag die von der Klägerin eingeräumten Zahlungen von Fr. 189'508.05 gegenüber, ergibt sich ein Ausstand von Fr. 73'663.62. Legt man dagegen die behaupteten Zahlungen der Beklagten von Fr. 199'866.45 der Berechnung zugrunde, verbleibt immer noch ein massiver Zahlungsrückstand in Höhe von Fr. 63'305.22.

Bezüglich des Standorts Y. belief sich der Mindestmietzins seit 1. Januar 2020 inkl. Nebenkostenkonto und MWSt. auf Fr. 58'755.70 pro Quartal oder Fr. 19'585.23 pro Monat. Für die Monate April und Mai 2020 gewährte die Klägerin der Beklagten insgesamt einen Erlass von Fr. 19'585.23 (Fr. 14'916.45 plus Fr. 4'668.78, [...]). Gemäss der Drittelslösung mit der Stadt Zürich reduzierte sich der (ohne MWSt. berechnete) Nettomietzins um Fr. 9'233.55 pro Monat und betrug daher noch die Hälfte dieses Betrags zuzüglich MWSt. Insgesamt standen im Zeitpunkt der Abmahnung daher Mietzinse und Nebenkosten in Höhe von Fr. 175'660.37 aus (Fr. 119'331.60 + Fr. 19'888.60 + Fr. 56'025.84 - Fr. 14'916.45 - Fr. 4'668.78, [...]). Stellt man diesem Betrag die von der Klägerin eingeräumten Zahlungen von Fr. 132'147.25 gegenüber, ergibt sich ein Ausstand von Fr. 43'513.12. Legt man dagegen die behaupteten Zahlungen der Beklagten von Fr. 132'325.75 der Berechnung zugrunde, verbleibt immer noch ein Zahlungsrückstand in Höhe von Fr. 43'334.62.

Aus der Diskrepanz zu den in den Abmahnungen genannten Beträgen kann die Beklagte nichts für sich ableiten. Die Ausstände waren so oder anders massiv. Aus dem Wortlaut der beiden Schreiben konnte die Beklagte zudem ohne weiteres ersehen, dass die Drittelslösung noch nicht berücksichtigt war, so dass auch aus ihrer Sicht der effektive Rückstand leicht zu berechnen war. Abgesehen davon hat sie eine Anfechtung der Kündigungen unterlassen und könnte sich nicht mehr auf deren Treuwidrigkeit berufen, soweit ein Verstoss zu bejahen wäre.

4.3 Soweit die Beklagte endlich geltend macht, die Klägerin verhalte sich offensichtlich rechtsmissbräuchlich, da es ihr gar nicht um die ausstehenden Zahlungen, sondern um die vorzeitige Rückerlangung der Mietobjekte gehe, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Der Rückgabeanspruch ist Folge der Zahlungsverzugskündigungen, zu welchen die Beklagte durch ihre Vertragsverletzungen Anlass gegeben hat. Vor diesem Hintergrund verblasst der Umstand, dass der Klägerin die vorzeitige Rückgabe der Mietgegenstände möglicherweise aus anderen Gründen gelegen kommt. Nicht nur das: Die Beklagte hat ihre eigenmächtige Zurückbehaltung nicht näher erläutert. Auch wer ihre mangelrechtliche Argumentation teilen möchte, wird kaum verstehen, warum sie die Mietzinse nicht wenigstens hinterlegt hat (Art. 259g OR).

Die Klägerin mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 29. März 2021 und setzte ihr eine 30-tägige Frist zur Begleichung der offenen Mietzinse, wobei sie ihr die ausserordentliche Kündigung im Falle der Nichtbezahlung androhte. Der Erhalt dieser Briefe wurde seitens der Beklagten nicht bestritten. Da die Mietzins- und Nebenkostenpositionen innert Frist nicht beglichen wurden, erweisen sich die Kündigungen vom 16. Juni 2021 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 31. Juli 2021 als gültig. Da die Beklagte die Mietobjekte auf diesen Zeitpunkt und auch bis dato nicht zurückgegeben hat, ist sie aus den Räumlichkeiten auszuweisen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Grundlage für die Festsetzung der Gerichtsgebühren im Zivilprozess bildet der Streitwert (§ 2 lit. a GebV OG; Art. 96 ZPO). Dieser wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Bei einem Streitwert zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit von Fr. 802'009.50 (addierte Streitwerte aus den Verfahren MJ220002-L und MJ220003-L, vgl. im Übrigen vorn Ziff. II.1) beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr Fr. 26'790.– wobei diese um einen Drittel zu reduzieren ist im Sinne von § 7 GebV, was in einer ermässigten Gerichtsgebühr in Höhe von Fr. 17'860.– resultiert. Eine volle Parteientschädigung würde sich ohne MWSt. auf Fr. 28'430.– belaufen. Auch hier ist jedoch eine Reduktion auf 2/3 angebracht, da

der Streitwertberechnung periodische Leistungen zugrunde liegen (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Dies führt inkl. MWSt. zu einer Parteienschädigung von Fr. 20'410.–.

2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzusetzen (Art. 106 ZPO). Vorliegend unterliegt die Beklagte vollumfänglich und hat daher die Prozesskosten zu tragen.

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2022, 32. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw M. Meienberg, Leitender Gerichtsschreiber;
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident