

ZMP 2020 Nr. 9

Art. 256 OR; Art. 259a OR; Art. 259d OR. Verschiebung der Unterhaltspflicht von der Vermieterin auf die Mieterin. Rohbaumiete. Gleichwertigkeit mit der gesetzlichen Regelung als Voraussetzung für die Einhaltung des zwingenden Rechts. Beweislast.

Art. 256 Abs. 2 OR regelt die Grenzen der Gültigkeit sämtlicher Vereinbarungen, die von der gesetzlichen Rollenverteilung bezüglich der Verpflichtung zur Herrichtung der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch und zu deren Unterhalt abweichen. Das Bundesgericht hat in BGer 4A_606/2015 vom 19. April 2016 zwar entschieden, dass die Mieterin die Beweislast dafür trage, dass sich die vertragliche Regelung im Vergleich zur gesetzlichen für sie nachteilig auswirke (MG, E. 3.2.3). Dies hing aber damit zusammen, dass die Mieterin im Präjudiz einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch eingeklagt hatte. Macht sie dagegen vertragliche Rechte geltend (Behebung von Mängeln, Minderung), hat die Vermieterin die rechtshindernden Tatsachen darzutun, die zeigen dass die getroffene vertragliche Regelung mit der gesetzlichen mindestens gleichwertig ist. Dies ist nicht nur dann zu verneinen, wenn sich der Nachteil sogleich einstellt. Auch eine blossе künftige, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mögliche Benachteiligung des Mieters stellt einen Verstoss gegen zwingendes Recht dar (OG, E. 3.3.3).

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** MG180044-L vom 17. Juni 2019 (OG-Entscheid im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin Ursprung):

«(...)

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Am 27. bzw. 28. März 2003 schlossen die A. AG als Vermieterin und B. sowie C. als Mieter den vorliegenden Mietvertrag über gewerbliche Räume im EG und UG in der Liegenschaft N.-strasse Y in Zürich zum Zwecke des Betriebes eines Speiserestaurants mit Barbetrieb im mittleren und oberen Preissegment (B. und C. handelten laut Vertrag für eine in Gründung befindliche D. AG, gründeten in der Folge aber die heutige Klägerin, die daraufhin unbestrittenermassen Mieterin der genannten Räume wurde (vgl. ... sowie Art. 645 OR). Aufgrund von Eigen-

tümerwechseln ist heute die Beklagte Vermieterin, wie insbesondere aus den letzten beiden Nachträgen zum Mietvertrag hervorgeht, die vom 12. Januar 2012 und vom 19. Mai bzw. 14. Juni 2017 datieren. Gemäss dem zuletzt genannten Nachtrag wurde der Mietvertrag bis mindestens zum 30. April 2023 verlängert. Weiter wurden der Klägerin zwei Verlängerungsoptionen bis (mindestens) 30. April 2028 und 30. April 2033 eingeräumt. Gemäss dem letzten Nachtrag, für den bezüglich des Mietzinses unbestrittenermassen auch eine Anzeige auf dem Formular nach Art. 269d OR erfolgte, betrug der monatliche Bruttomietzins Fr. 19'808.28, was bezogen auf die reine Restaurantfläche im Erdgeschoss von 170 m² einem Mietzins von Fr. 960.– pro m² und Jahr entspricht. Im Mai 2018 wurde der Zins infolge des von 8 auf 7.7 % gesunkenem Mehrwertsteuersatzes auf Fr. 19'753.25 angepasst.

Nach Ziff. 9.2 des Mietvertrages übernimmt die Mieterin die Sache im vorgefundenen Zustand gemäss Ziff. 7 des Vertrages und ist für den Betrieb und Unterhalt von Aus-, Um- und/oder Einbauten in den gemieteten Flächen verantwortlich. Gemäss Ziff. 9.3 des Vertrages ist die Vermieterin nur verantwortlich für den Unterhalt von «Dach und Fach», was im Text der genannten Klausel konkretisiert wird mit der Verantwortung «z.B. für Reparaturen und Erneuerungen an der Fassade (inkl. Fenster, Storen und Tore), Dach, Heizung, Sanitär- und Elektrogrundinstallationen».

Am 19. Juni 2018 unterbreitete die P. Service AG, die jeweils im Auftrag der Klägerin die beiden Lüftungsanlagen in Küche und Restaurant gewartet hatte, der Klägerin eine Reparatufofferte, gemäss welcher insbesondere Schäden an Ventilatoren und Motoren mit voraussichtlichen Kosten von Fr. 7'360.– behoben werden sollten. Darauf gelangte die Klägerin durch ihren Rechtsvertreter mit Schreiben vom 30. August 2018 an die Liegenschaftsverwaltung der Beklagten und verlangte, dass diese die Arbeiten an der Lüftung vornehmen lassen und auch die Osmose-Anlage auf ihre Kosten ersetzen solle.

1.2 Nachdem die Beklagte dies am 20. September 2018 unter Hinweis auf die «Dach-und-Fach»-Klausel im Mietvertrag abgelehnt hatte, gelangte die Klägerin mit ihren Begehren am 28. September 2018 an die Schlichtungsbehörde. Die Schlichtungsverhandlung vom 5. Dezember 2018 brachte keine Einigung, so dass

die Behörde der Klägerin am gleichen Tag die Klagebewilligung ausstellte. Noch während des laufenden Schlichtungsverfahrens hatte die Beklagte sich bereit erklärt, die Osmose-Anlage auf ihre Kosten zu ersetzen. In ihrer fristgerecht eingereichten Klage ans Mietgericht vom 13. Dezember 2019 verlangte die Klägerin von der Beklagten daher nur noch die Reparatur der Lüftungsanlage, um die sich der vorliegende Prozess dreht.

(...)

1.3 Auf die Parteivorbringen ist in Zusammenhang mit den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, und zwar nur soweit sie für das Prozessergebnis von Bedeutung sind.

2. *Prozessuales*

2.1 Unbestrittenermassen ist das Einzelgericht des Mietgerichts zur Behandlung der vorliegenden Klage örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Streitigkeit aus einem Mietverhältnis über in Zürich gelegene Geschäftsräume. Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren, denn der Streitwert liegt unter Fr. 30'000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Dabei gilt nach Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO die sog. soziale Untersuchungsmaxime. Danach hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt die Sachverhaltsdarstellung sowie der Nachweis der relevanten Tatsachen im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht dennoch in erster Linie in der Hand der Parteien. Besonders wenn wie hier Anwälte beteiligt sind, hat sich das Gericht mit eigenen Beweiserhebungen zurückzuhalten. Es hat seinem Entscheid jedoch die gesamten Akten zugrunde zu legen und nach Art. 247 Abs. 1 ZPO durch Fragen darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BSK ZPO-MAZAN, 2. Aufl., Art. 247 N 4; ; KUKO ZPO-FRAEFEL, 2. Aufl., Art. 247 N 8 und 10; DIKE-Komm ZPO-BRUNNER/STEININGER, 2. Aufl., Art. 247 N 12).

Die Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime bewirkt gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO, dass die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung

vortragen können. Die Novenschranke von Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO gilt daher nicht. Das Gericht kann die Phase der Urteilsberatung aktiv einleiten, indem es – wie hier am Ende der Hauptverhandlung – den Prozess für spruchreif erklärt (frz. «garder la cause à juger»), denn damit beginnt nach der Rechtsprechung die Phase der Urteilsberatung, während derer das Gericht nur noch berechtigt, aber nicht mehr verpflichtet ist, auf neue Vorbringen einzugehen, und zwar selbst wenn es sich um echte Noven handelt (BGE 143 III 272 E. 2.3.2 = Pra 2018 Nr. 5; BGE 142 III 413 E. 2.2.5; BGE 138 III 788 E. 5 = Pra 2013 Nr. 53). Das gegenüber den Verfahren mit Verhandlungsmaxime erweiterte Novenrecht wirkt sich auch auf die Zulässigkeit einer Klageänderung in der Hauptverhandlung aus (vgl. Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO).

2.2.1 Die Beklagte vertritt die Auffassung, der Streitwert des vorliegenden Verfahrens sei deutlich höher als die von der Klägerin mit Fr. 7'360.– veranschlagten Kosten für die Arbeiten an der Lüftungsanlage. Einbezogen werden müssten auch die Kosten für den Austausch der Osmoseanlage von Fr. 5'908.32, denn diesen Betrag habe die Beklagte freiwillig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht übernommen; er wirke sich genau besehen auf den Interessewert der Klage aus, so dass der Streitwert in Wahrheit Fr. 13'268.32 betrage.

2.2.2 Die Klägerin widersprach dem und hielt der Beklagten entgegen, wenn deren Auffassung richtig wäre, müsste sie mit einem Betrag von Fr. 5'908.32 als unterliegend betrachtet werden, mithin mit der Summe, die sie im gegenseitigen Einvernehmen für den Austausch der Osmoseanlage aufgewendet habe.

2.2.3 Die Beklagte leitet aus ihrem Standpunkt betreffend Streitwert nichts ab, so dass sich auch das Gericht an sich nicht mit der Frage zu befassen hat. Immerhin ist diese relevant für die Bemessung von Gerichtsgebühr und Parteientschädigung, so dass sie dennoch kurz anzusprechen ist. Für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gilt ohnehin der tiefere Betrag als Streitwert (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO: «... wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren ...»), wobei darüber letztlich erst das Obergericht verbindlich entscheiden könnte.

Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Das Gesetz definiert den massgeblichen Zeitpunkt nicht. In der Lehre wird biswei-

len der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit genannt, der nicht weiter diskutiert wird (z.B. KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 10). Anerkannt ist jedoch, dass eine zulässige Klageänderung – insbesondere eine nach Art. 227 Abs. 3 ZPO jederzeit zulässige Beschränkung der Klage – je nach dem Stadium, in dem sie erfolgt, auf den Streitwert einen Einfluss haben kann (KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 10). Zu beachten ist, dass gemäss der ZPO im Unterschied zu früheren kantonalen Regelungen nicht alle Wirkungen der Rechtshängigkeit gleichzeitig eintreten. So treten die die Sperrwirkung bezüglich eines Zweitverfahrens und die Fixation des Gerichtsstands zwar schon mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs ein (Art. 62 und 64 ZPO). Bezüglich der früher gemeinhin als dritte Wirkung der Rechtshängigkeit betrachteten Fortführungslast, mithin des Zeitpunkts, ab welchem der Kläger die Klage nicht mehr zurückziehen kann, ohne dass der Beklagte einer späteren identischen Klage der Einwand der materiellen Rechtskraft entgegengehalten kann, bestimmt hingegen Art. 65 ZPO, dass diese Wirkung erst mit Zustellung der am Gericht eingereichten Klage an die beklagte Partei eingreift. Das Mietgericht hat als massgeblichen Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitwerts schon wiederholt den Zeitpunkt der Fortführungslast bezeichnet, denn frühestens in diesem Zeitpunkt steht ein für allemal fest, was die klagende Partei vor Gericht getragen hat (z.B. ZMP 2017 Nr. 11). Auf diesen Entscheid hat das Bundesgericht explizit Bezug genommen, als es im Kündigungsschutzverfahren den Mietzins während des dem Gerichtsverfahren vorausgegangenen Schlichtungsverfahrens explizit aus der Streitwertberechnung ausgeklammert hat (BGE 144 III 346 E. 1.2.2.3; vgl. auch schon BGE 141 III 137 E. 2.2). Diese Auffassung deckt sich auch mit den präziser gefassten Lehrmeinungen, welche für die Streitwertberechnung die Einreichung der Klage beim Gericht als massgeblich erachten (DIKE-Komm. ZPO-DIGGELMANN, Art. 91 N 3; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 91 N 7; BK ZPO-STERCHI, Vor. Art. 91 - 94 N 3).

Daraus folgt hier, dass von den Streitwertangabe der Klägerin auszugehen ist. Diese hätte einen Nichteintretensentscheid zu gewärtigen gehabt, wenn sie die Klage im noch vor Schlichtungsbehörde bestehenden Umfang beim Gericht eingereicht hätte, denn nach der Erfüllung der Forderung durch die Beklagte bestand für die Aufrechterhaltung des entsprechenden Teils der Klage nicht einmal mehr ein Rechtsschutzinteresse. Die Beklagte erspart sich durch diese Betrachtungsweise

auch die Auferlegung von Prozesskosten, denn wenn ihre Ansicht richtig wäre, müsste mit der Klägerin von einer sinngemässen Teilanerkennung der Klage ausgegangen werden.

3. *Materielle Behandlung der Klage*

3.1 Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass der Mietvertrag zwischen den Parteien in Ziff. 9.3 eine Beschränkung der Unterhaltsverpflichtung der Vermieterin auf «Dach und Fach» enthält, die insbesondere den Unterhalt der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche des Mietobjekts als Sache der Mieterin bezeichnet. Selbst wenn die Klägerin mit gewissen ihrer Argumente einen anderen Vertragsinhalt behaupten wollte, erfasst der Ausdruck «... Heizung, Sanitär- und Elektrogrundinstallationen ...» in Ziff. 9.3 Abs. 1 des Mietvertrages nach allgemeinem Sprachgebrauch die Lüftung gerade nicht. Für einen vom objektivierten Verständnis abweichenden Vertragsinhalt fehlt es an entsprechenden Behauptungen der Klägerin zu den Umständen und Äusserungen der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses. Dass die Beklagte nach Beginn der vorliegenden Auseinandersetzung den Austausch der Osmoseanlage auf eigene Kosten vorgenommen hat, wofür es nach der nicht näher spezifizierten Auffassung der Klägerin «schon irgendeinen Grund» gegeben haben soll, ist für den historischen Konsens zwischen den Parteien belanglos, zumal die Beklagte eine Rechtspflicht zu der von ihr übernommenen Unterhaltsleistung immer bestritten hat, was auch die Klägerin anerkennt. Für den Standpunkt der Klägerin spricht entgegen ihrer Auffassung auch nicht, dass die Beklagte ihr laut Ziff. 4.4 des Mietvertrags die Kosten für die Klimatisierung und Lüftung der Miet- und Allgemeinräume Nebenkosten in Rechnung stellen dürfte, denn erstens ist auch in der genannten Klausel nur davon die Rede, dass *die Mieterin* die genannten Kosten zu tragen hat, und zweitens erwähnt die Nebenkostenregelung nur Aufwendungen, die der Vermieterin für «allfällige Klimatisierung und Lüftung» anfallen. Ziff. 9.3 des Vertrages stellt aber gerade klar, dass keine solchen Kosten auf der Vermieterseite entstehen können, weil die Lüftung nicht zum Unterhalt von Dach und Fach im dort umschriebenen Sinn gehört. Das weitere Argument der Klägerin, es liege jedenfalls kein Rohbaumietvertrag vor, ist für die Vertragsauslegung ebenfalls bedeutungslos, denn Art. 256 Abs. 2 OR regelt die Grenzen der Gültigkeit sämtlicher Vereinbarungen, die von der gesetzlichen Rol-

lenverteilung bezüglich der Verpflichtung zur Herrichtung der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch und zu deren Unterhalt abweichen. Dazu gehört auch die vorliegende Unterhaltsklausel. Umgekehrt zeigt die von der Klägerin als bedeutungslos erachtete Tatsache, dass sie seit Mietantritt für die Lüftungsanlage ein Serviceabonnement abgeschlossen oder jedenfalls damit verbundene Kosten übernommen hat, sehr deutlich, dass die «Dach-und-Fach»-Klausel als Verschiebung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftung auf die Klägerin zu verstehen ist und von den Parteien vom Vertragsschluss bis zur Entstehung des vorliegenden Streites auch immer so verstanden wurde.

3.2.1 Die Klägerin ist jedoch vor allem der Auffassung, die genannte Vertragsklausel widerspreche Art. 256 OR, der zwingend die Verpflichtung der Vermieterin statuiere, die Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten. Zweck des vorliegenden Mietvertrags sei der Betrieb eines Speiserestaurants mit Bar; dies erfordere entsprechende bauliche Massnahmen wie eine Lüftung. Die Klägerin zahle im Übrigen für das Mietobjekt einen völlig überrissenen Mietzins von fast Fr. 1'000.– pro m² und Jahr alleine für den Restaurantteil. Unter solchen Umständen könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin für die erweiterte Unterhaltspflicht angemessen entschädigt worden sei. Für eine entsprechende Abrede gebe es auch sonst keinen Hinweis. Der befristete Erlass des Mietzinses für die Dauer der initialen Arbeiten der Klägerin sei zeitlich begrenzt gewesen und könne schon deshalb nicht als dauerhafte Entschädigung betrachtet werden.

3.2.2 Die Beklagte wandte dagegen ein, die Klägerin habe beim Mietbeginn zwar ein betriebsbereites Mietobjekt übernommen, allerdings mit der ihr vertraglich zugewiesenen Verpflichtung zum Unterhalt der Mieterausbauten, zu denen auch die für den gehörigen Restaurantbetrieb erforderliche Lüftung gehöre. Der Mietzins liege heute deutlich unter den Marktmietzinsen und sei im Laufe der Vertragsdauer auch nicht wesentlich verändert worden. Den Anfangsmietzins hätten beide Seiten als für den Zustand Rohbau und damit auch unter Berücksichtigung der Unterhaltspflicht der Klägerin als angemessen erachtet. Um nichts zu versäumen, sei bei der letzten Vertragsverlängerung auch das amtliche Formular verwendet worden. Eine Anfechtung durch die Klägerin sei nicht erfolgt. Es sei zwar

richtig, dass der Vertrag von der im Grundsatz beim Vermieter liegenden Unterhaltspflicht abweiche. Das sei aber zulässig und in der Praxis auch verbreitet, weil insbesondere Geschäftsmieter ein Interesse daran hätten, ihren Betrieb nach ihren Vorstellungen einzurichten. Art. 256 Abs. 2 OR verbiete lediglich abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters. Die Klägerin tue nicht dar, worin ein solcher Nachteil im vorliegenden Fall für sie liegen solle. Für die grundsätzlich erforderliche Kompensation für die Übernahme der Unterhaltspflicht durch die Mieterin bedürfe es keiner besonderen Form. Eine solche liege hier schon im festgelegten, deutlich unter dem Marktniveau liegenden Mietzins, ganz abgesehen davon, dass der Klägerin zu Beginn des Mietverhältnisses für die Dauer der damals vorgesehenen Arbeiten eine mietzinsfreie Zeit gewährt worden sei. Dass die Vermieterin damals kulanterweise auch Leistungen erbracht habe, welche an sich nicht ihr obliegen hätten, ändere nichts am Inhalt des Vertrages. Zudem verfüge die Mieterin über eine lange Vertragsdauer und Optionsrechte.

Abgesehen davon sei die Lüftungsanlage zurzeit auch nicht mangelhaft, denn sie funktioniere einwandfrei. Zudem fehle es an einer hinreichend präzisen Mängelrüge der Mieterin.

3.2.3 Der Standpunkt der Beklagten hinsichtlich der Bedeutung von Art. 256 Abs. 2 lit. b OR trifft zu. Zwar bestimmt Art. 256 Abs. 1 OR als Grundsatz, dass der Vermieter verpflichtet ist, die Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und sie in demselben zu erhalten. Tut er dies nicht, kann sich der Mieter auf die grundsätzlich zwingend ausgestalteten Mängelrechte nach Art. 258 und 259a ff. OR berufen, denn diesfalls liegt ein Mangel vor, sei es weil der Mietsache eine vertraglich zugesicherte oder sich aus dem vertraglichen Gebrauchszweck ergebende Eigenschaft fehlt (BGE 135 III 345 E. 3.2; BGer 4A_606/2015 v. 19.4.2016 E. 3).

Nach Art. 256 Abs. 2 lit. b OR sind vom Gesetz abweichende Vereinbarungen in Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume nichtig. Das Gesetz statuiert diese Rechtsfolge aber explizit nur für den Fall, dass die konkrete Vereinbarung *zum Nachteil des Mieters* von der gesetzlichen Ordnung abweicht. Dies ist nach der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht der Fall, wenn der Mieter für die von ihm in Abweichung von der gesetzlichen Ordnung übernommene

Sacherhaltungs- oder -herstellungspflicht eine volle Entschädigung erhält (BGer 4A_606/2015 v. 19.4.2016 E. 3.1; in Bestätigung insbesondere von BGE 104 II 202 E. 3). Für die Vereinbarung einer solchen Entschädigung bestehen keine Formvorschriften. Macht die Mieterin einen Nachteil geltend, so ist sie dafür nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beweisbelastet (BGer 4A_606/2015 v. 19.4.2016 E. 3.3). Dies ist allerdings zu präzisieren, denn ob die vertragliche Regelung der Parteien im Vergleich zur gesetzlichen Ordnung für die Mieterseite nachteilig ist oder nicht, ist eine Rechtsfrage und bedarf daher keines Beweises (Art. 57 ZPO). Die Mieterin hat aber die Tatsachen vorzutragen, aus der sie eine für sie nachteilige Regelung ableitet, und sie trägt dafür nach Art. 8 ZGB im Falle einer Bestreitung auch die Beweislast. Die Vermieterin hat umgekehrt im Rahmen ihrer Mitwirkungsobliegenheit zur Beweisführung beizutragen, insbesondere bezüglich der Umstände, die für eine Gleichwertigkeit zwischen der vertraglichen und der gesetzlichen Regelung sprechen.

Wann ein Nachteil anzunehmen ist, hängt von den gesamten Umständen ab. Massgeblich sind insbesondere die übrigen Leistungen der Parteien, aber auch die vereinbarte Vertragsdauer, denn je nach der Dauer zwischen der Vornahme einer entsprechenden Leistung durch die Mieterin und dem Vertragsende verfügt die Investition zur Zeit der Beendigung nicht mehr über einen Restwert, so dass sich die vertragliche Regelung nicht als nachteilig erweisen kann (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 256 OR N 72). Umgekehrt bedarf ein entstandener Nachteil insbesondere dann keiner weiteren Begründung, wenn die Mieterin erhebliche Investitionen kurz vor dem Ende des Mietverhältnisses vornehmen musste, ohne dafür von der Vermieterin entschädigt worden zu sein. Denn diesfalls ist selbst bei einer grundsätzlichen Berücksichtigung der erweiterten Unterhaltsverpflichtung der Mieterin beim Mietzins in der Regel davon auszugehen, dass die Ermässigung den Restwert der Investition des Mieters nicht mehr abzudecken vermag. Hier stellt sich dann die Frage einer Entschädigung in Form einer Geldleistung (BGer 4A_159/2014 v. 18.6.2014 E. 4.1; CPra-MONTINI/BOUVERAT, Art. 256 OR N 19; BSK OR I-WEBER, 6. Aufl., Art. 256 OR N 6a). In der Lehre wird zum Teil der Versuch unternommen, insbesondere bei der Rohbaumiete zwischen Gebrauchszweck und Gebrauchsmodalitäten zu unterscheiden mit dem Ziel, schon die (noch) nicht zum vorausgesetzten Gebrauch taugliche Sache als vertragskonform

zu definieren und dadurch Entschädigungsansprüche des Mieters für dessen über die gesetzliche Ordnung hinausgehenden Verpflichtungen auszuschliessen. Andere Autoren möchten die Entschädigungspflicht bei Beendigung der Miete analog zu den Regeln von Art. 260a OR über Änderungen oder Erneuerungen der Mieterseite abhandeln, mit der Konsequenz, dass eine Entschädigung beim Mietende gültig wegbedungen werden könnte (z.B. VISCHER, Die Rohbaumiete, Diss., Zürich 2014, S. 96 ff. und 143 ff.; SVIT-Komm.-TSCHUDI, 4. Aufl., Art. 256 N 59 f.; CARRON, Le bail de locaux nus ou bruts [Rohbaumiete], in: 20^e Séminaire sur le droit du bail, Basel/Neuenburg 2018, S. 81 ff.; insbes. S. 136 ff.). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, wie schon aus der zitierten Rechtsprechung hervorgeht. Zwar kommt Art. 260a OR auch bei Rohbaumietverhältnissen und Mietverträgen mit erweiterter Unterhaltsverpflichtung des Mieters durchaus zur Anwendung, aber nur wenn es einzig um Erneuerungen und Änderungen des Mieters geht und nicht nur um die Herstellung oder Erhaltung der Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 260a OR N 4).

Was die formlos mögliche Berücksichtigung der verschobenen Pflicht zur Herrichtung und Erhaltung der Mietsache bei der Festlegung des Mietzinses betrifft, sind einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung im Bereich der Miete von Geschäftsräumen Grenzen gesetzt, denn der Mieter kann die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses nur innerhalb von 30 Tagen seit der Übernahme der Mietsache geltend machen (Art. 270 OR). Danach ist selbst ein Mietzins, der dem Vermieter einen übersetzten Ertrag verschafft, für die Parteien unter Vorbehalt veränderter Verhältnisse verbindlich. Auch eine Mietzinserhöhung im laufenden Mietverhältnis muss der Mieter nach Art. 269d und 270b OR fristgerecht anfechten, denn ansonsten wird sie unabhängig von ihrer materiellen Zulässigkeit wirksam. Dies muss auch für Verträge gelten, bei denen die Mieterseite eine erweiterte Unterhaltspflicht oder die Pflicht zum Ausbau der Mietsache zur Herstellung der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch trifft. Dem Mieter ist daher auch in diesen Fällen grundsätzlich der Einwand verwehrt, der Mietzins sei unter Berücksichtigung seiner erweiterten Unterhaltsverpflichtung von allem Anfang an oder seit der letzten Mietzinsanpassung übersetzt gewesen.

Bei der Überprüfung des Mietzinses ist der konkreten Vertragsgestaltung in einem rechtzeitig eingeleiteten Anfechtungsverfahren im Übrigen durchaus Rechnung zu tragen. Die Vermieterin darf daher etwa im Rahmen einer Ertragsüberprüfung nach Art. 269 oder 269a lit. b - f OR keine Kosten berücksichtigen, die sie nach dem Vertrag nicht selber zu tragen hat. Bei der Bestimmung der Vergleichsmiete nach Art. 269a lit. a OR sind nur Objekte vergleichstauglich, für welche die gleichen Bedingungen bezüglich der Sacherhaltung gelten wie im konkreten Mietverhältnis.

Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Gesagten, dass die Klägerin sich nicht darauf berufen kann, der Anfangsmietzins oder der zuletzt per 1. Mai 2018 neu festgelegte Mietzins sei unter Berücksichtigung der ihr unbestrittenermassen vertraglich überbundenen Unterhaltungspflicht übersetzt gewesen. Was die Frage angeht, ob sich die vertragliche Regelung, die ihr unbestrittenermassen die Reparatur der Lüftungsanlagen überbindet, zu ihrem Nachteil auswirkt, versäumt es die Klägerin, dafür die entsprechenden Tatsachen zu nennen, geschweige denn Beweismittel dafür zu offerieren. Mit Blick auf die erst gerade im Jahre 2017 verlängerte Vertragsdauer und die bis 2033 reichenden Verlängerungsoptionen der Klägerin lässt sich heute von vornherein noch nicht beurteilen, ob sich die Regelung konkret zu ihrem Nachteil auswirkt oder nicht. Zu beachten ist dabei, dass der Mietvertrag – anders als in der ursprünglichen Fassung – gemäss dem Nachtrag vom 19. Mai bzw. 14. Juni 2017 nicht mehr echt, sondern nur noch unecht befristet ist, denn wenn die Verhandlungen der Parteien über eine weitere feste Mindestdauer scheitern sollten, haben sie sich auf einen auf sechs Monate kündbaren Vertrag geeinigt (... Ziff. 3.2 Abs. 4). Dadurch entgeht insbesondere die Beklagte auch einem möglichen Vorwurf, mit der Befristung eine Umgehung der mietrechtlichen Schutzbestimmungen bezüglich des Mietzinses anzustreben (vgl. dazu ZMP 2019 Nr. 8 und neuestens BGer 4A_598/2018 v. 12.4.2019 E. 4), denn wenn die aktuelle feste Mindestdauer und damit die geltende Indexklausel nach (...) Ziff. 4.2 des Mietvertrages ausläuft, sind beidseitig Mietzinsanpassungen gestützt auf die Missbrauchsgesetzgebung möglich, und zwar auch nach absoluter Methode (vgl. zur Rechtslage bei Auslaufen einer festen Mindestdauer mit Indexklausel BGE 123 III 76 E. 4.c), zuletzt bestätigt in BGer 4A_269/2015 v. 2.11.2015 E. 2.3). Sollte die Klägerin also tatsächlich die begründete Annahme haben, der Mietzins sei

missbrauchsrechtlich betrachtet übersetzt, so erhält sie bei Auslaufen jeder festen Vertragsmindestdauer auch die Möglichkeit, dies gerichtlich überprüfen zu lassen. Hinzu kommt, dass die Parteien unbestrittenermassen bei der letzten Vertragsergänzung auch das amtliche Formular verwendet haben. Dies wird im genannten Nachtrag vom 19. Mai bzw. 14. Juni 2017 auch explizit erwähnt. Damit steht fest, dass die Klägerin über die gesetzlichen Anfechtungsmöglichkeiten informiert war und diese auch ohne Druck hätte wahrnehmen können. Dann aber kann sie auf die damalige Mietzinsfestsetzung nicht mehr zurückkommen.

Dies schliesst allerdings einen Entschädigungsanspruch für den Restwert ihrer Investitionen in Zusammenhang mit der Erhaltung der Mietsache bei Beendigung der Miete nicht aus. Bei der Festsetzung des Mietzinses kennen die Parteien die Parameter zur Berechnung dieser Entschädigung (Art, Höhe und Zeitpunkt der Investitionen, Zeitpunkt der Beendigung der Miete) noch nicht. Aus Sicht vernünftiger und redlicher Vertragspartner kann daher nicht davon ausgegangen werden, der nicht angefochtene Mietzins berücksichtige auch den Umstand, dass gewisse Investitionen der Mieterin bei Beendigung der Miete noch einen Restwert haben könnten. Ein entsprechender tatsächlicher Konsens wäre jedenfalls von der Vermieterin zu behaupten und im Streitfall auch nachzuweisen, wobei dieser Nachweis sich nicht führen lassen, soweit nicht ausnahmsweise klar ist, dass den Parteien alle Parameter für die Berechnung auch tatsächlich bekannt waren. Sollte die Klägerin die Mietsache bis mindestens 2033 nutzen können, wären wohl die heute anstehenden Arbeiten an der Lüftung bis dahin längst abgeschlossen, so dass eine für die Klägerin nachteilige Regelung nicht ersichtlich wäre. Der Vertrag sieht zwar eine Entschädigung des Restwerts von Investitionen der Klägerin, die zur Erhaltung der Gebrauchstauglichkeit der Sache gedient haben, beim Mietende nicht vor (... Ziff. 9). Er schliesst eine solche allerdings auch nicht aus, jedenfalls soweit man Ziff. 9.6 nur auf Erneuerungen und Änderungen im Sinne von Art. 260a OR bezieht und nicht auch auf den Unterhalt und die Behebung von Mängeln gemäss Art. 256 und 259a ff. OR. Als Folge von Art. 256 Abs. 2 lit. b OR könnten die Parteien im Übrigen die Entschädigungspflicht der Vermieterin für Arbeiten der zweitgenannten Art auch nicht gültig wegbedingen, so dass eine solche schon nach den Regeln der modifizierten Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR

selbst dann Platz greifen würde, wenn sie durch die genannte Ziff. 9.6 des Mietvertrages hätte ausgeschlossen werden sollen.

Die Klägerin macht auch nicht geltend, dass ihr aus der Pflicht zur Vorfinanzierung der Unterhaltsarbeiten ein konkreter Nachteil entsteht. Selbst wenn sie dazu aus finanziellen Gründen nicht in der Lage wäre, könnte ein Gesetzesverstoss höchstens dann angenommen werden, wenn der genannte Umstand beiden Parteien schon beim Vertragsschluss bekannt gewesen wäre. Nur in einem solchen Fall wäre davon auszugehen, dass der Mieterin eine nicht gebrauchstaugliche Sache hätte vermietet werden sollen, ohne dass eine konkrete Aussicht auf Herstellung der Gebrauchstauglichkeit bestanden hätte, so dass mit der gewählten Unterhaltsklausel eine Gesetzesumgehung einher gehen würde. Hier liegt jedenfalls keine solche Konstellation vor, denn die Klägerin hat die entsprechenden Leistungen unbestrittenermassen bislang immer finanziert und überdies nicht einmal geltend gemacht, sie sei heute zur Finanzierung des Unterhalts der Lüftung nicht mehr in der Lage.

Damit ist die Klage abzuweisen, ohne dass geprüft zu werden braucht, ob die von der Beklagten für den Fall einer herkömmlichen Rollenverteilung bezüglich der Unterhaltspflicht vertretene These zur Mängelfreiheit einer reparaturbedürftigen, aber vorderhand noch funktionstüchtigen Lüftung oder diejenige zum Erfordernis einer Mängelrüge oder -anzeige als Voraussetzung des Anspruchs auf Mängelbehebung zutrifft (vgl. zu letzterem BGer 40.164/1999 v. 22. 6. 1999 E. 2d = Pra 2000 Nr. 49; BGer 4A_628/2010 v. 23.2.2011 E. 4; BGer 4A_476/2015 v. 11.1.2016 E. 4.3.3 und 4.4.2).

3. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Klägerin die Kosten zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung zu leisten. Es besteht wegen des durchschnittlichen Aufwands des vorliegenden Verfahrens kein Grund, von den ordentlichen Ansätzen der Verordnungen des Obergerichts für Verfahren mit einem Streitwert von Fr. 7'360.– (dazu vorn Ziff. 2.2) abzuweichen.

(...)"

* * * * *

Aus dem Urteil des **Obergerichts** PD190010-O vom 23. April 2020 (Beschwerde ans Bundesgericht offen; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Diggelmann, Katzenstein; Gerichtsschreiberin Götschi):

„(...)

1. *Sachverhalt / Prozessgeschichte*

1.1 (...)

Am 1. Juni 2018 wartete der Servicetechniker Q.von der Firma P. Service AG die Lüftungsanlage in den Mieträumlichkeiten. Sodann unterbreitete die P. Service AG der Mieterin am 19. Juni 2018 eine Reparaturofferte, gemäss welcher insbesondere Schäden an Ventilatoren und Motoren mit voraussichtlichen Kosten von Fr. 7'360.– behoben werden sollten. Darauf gelangte die Mieterin durch ihren Rechtsvertreter mit Schreiben vom 30. August 2018 an die Liegenschaftsverwaltung der Vermieterin und verlangte, dass diese die Arbeiten an der Lüftungsanlage vornehmen lassen und auch die Osmose-Anlage auf ihre Kosten ersetzen solle.

(...)

2. *Prozessuales*

2.1 In vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie hier, ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren beträgt Fr. 7'360.–. Das angefochtene Urteil ist daher nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO). Dieses Rechtsmittel hat die Vorinstanz zutreffend belehrt.

2.2 Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO). Es obliegt dem Beschwerdeführer, konkrete Beanstandungen anzubringen, sich also mit dem angefochtenen Entscheid einlässlich auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln dieser seiner Ansicht nach leidet

(sog. Begründungslast). Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten (vgl. Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO; OGer ZH PF130050 vom 25. Oktober 2013, E. II./2.1; siehe im Einzelnen auch BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 321 N 15 ff. und 22). Diese Begründungsanforderungen gelten auch in Verfahren, in welchen – wie vorliegend (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO) – der (soziale) Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; 141 III 569, E. 2.3.3).

2.3 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot gilt für echte und unechte Noven und umfasst auch diejenigen Fälle, in welchen – wie hier – der (soziale) Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. etwa BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.H.).

2.4 Es ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr reicht es aus, wenn sich das Gericht auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränkt (vgl. BGE 134 I 83 ff., E. 4.1 m.w.H.).

3. *Zur Beschwerde im Einzelnen*

3.1 Vorbemerkungen

3.1.1 Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, wer für die Reparatur der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche des Mietobjektes aufkommt. Umstritten ist, ob die Vermieterin für diese unterhaltspflichtig ist oder ob die Unterhaltspflicht gültig auf die Mieterin übertragen wurde.

3.1.2 Ein Vermieter ist verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters sind namentlich nichtig, wenn sie in Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume enthalten sind (Art. 256 Abs. 2 lit. b OR). Insoweit ist Absatz 1 relativ und Absatz 2 absolut zwingender Natur (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, Vorbemerkungen zum 8. Titel [Art. 253 - 273c OR], Art. 253 - 265 OR, 5. Aufl. 2019, Art. 256 N 4).

Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festgehalten hat, ist eine vereinbarte Abweichung von der gesetzlichen Regelung nach Art. 256 Abs. 2 OR gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann *nicht* nichtig, sondern gültig, wenn der Mieter für die von ihm übernommene Sacherhaltungs- oder Sachherstellungspflicht eine volle Entschädigung erhält, vorab durch einen tieferen Mietzins oder anderweitige geldwerte Leistungen des Vermieters.

3.1.3 Somit stellt sich in erster Linie die Frage, ob die Parteien im Mietvertrag die Unterhaltungspflicht für die Lüftungsanlage auf die Mieterin übertragen haben, und wenn ja, ob diese Vereinbarung zum Nachteil der Mieterin vom gesetzlich vorgesehenen Grundsatz abweicht (Art. 256 Abs. 2 OR). Sollte keine oder eine nichtige Vereinbarung getroffen worden und die Vermieterin gemäss Art. 256 Abs. 1 OR unterhaltungspflichtig sein, wäre in zweiter Linie die Frage zu beantworten, ob die weiteren Voraussetzungen des Mängelbehebungsanspruches der Mieterin gegenüber der Vermieterin nach Art. 259a ff. OR gegeben sind.

Letztere Frage liess die Vorinstanz offen, da sie einen Mängelbehebungsanspruch der Mieterin bereits im Rahmen von Art. 256 Abs. 2 OR verneinte.

3.2 Vom gesetzlichen Grundsatz abweichende Vereinbarung

3.2.1.1 Das Zustandekommen und der Inhalt einer Vereinbarung bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Dieser ist – gegebenenfalls empirisch anhand von Indizien – offenzulegen, ohne dabei bei den ungenauen Ausdrücken oder Bezeichnungen, deren sich die Parteien möglicherweise bedient haben, stehen zu bleiben. Indizien in diesem Sinne sind nicht nur der Wortlaut der Willenserklärung, sondern auch der allgemeine Kontext, das heisst alle Umstände, welche erlauben, den Willen der Parteien aufzudecken, mag es sich dabei um Erklärungen vor Vertragsschluss, Vertragsentwürfe, die Korrespondenz, ja selbst das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss handeln (vgl. statt vieler BGE 142 III 239 ff., E. 5.2.1 = Pra 107 [2018] Nr. 7).

Bleibt ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusam-

menhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. statt vieler BGE 140 III 134 ff., E. 3.2; 140 III 86 ff., E. 4.1; 138 III 659 ff., E. 4.2.1; 135 III 410 ff., E. 3.2; 135 III 295 ff., E. 5.2 = Pra 98 [2009] Nr. 121 je m.w.H.). Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Auszugehen ist vom Wortlaut der Erklärungen, wobei diese nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Denn auch wenn der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Während die objektivierte Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip eine Rechtsfrage darstellt (vgl. BGE 133 III 61 ff., E. 2.2.1 m.w.H. = Pra 97 [2008] Nr. 4), beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung und ist daher eine Tatfrage. Dasselbe gilt aber auch für die Feststellungen über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (vgl. BGE 140 III 134 ff., E. 3.2; 138 III 659 ff., E. 4.2.1; 137 III 145 ff., E. 3.2.1 je m.w.H.). Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann aber wie bereits erwähnt allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. BGE 133 III 61 ff., E. 2.2.1 = Pra 97 [2008] Nr. 4; 132 III 626 ff., E. 3.1; 131 III 377 ff., E. 4.2 = Pra 95 [2006] Nr. 31; 129 III 675 ff., E. 2.3 je m.w.H.; BGer 8C_99/2017 vom 22. Juni 2017, E. 5.1 m.w.H.).

3.2.1.2 Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die Unterhaltspflicht sei der Mieterin unbestrittenermassen vertraglich übertragen worden. Auch hielt sie fest, die Mieterin habe nicht in Abrede gestellt, dass der Mietvertrag in Ziffer 9.3 eine Beschränkung der Unterhaltspflicht der Vermieterin auf «Dach und Fach» enthalte, die insbesondere den Unterhalt der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche des Mietobjekts als Sache der Mieterin bezeichne. Gestützt auf eine objektivierte Auslegung kam sie zum Schluss, dass die Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage der Mieterin übertragen war. Für einen vom objektivierten Ver-

ständnis abweichenden Vertragsinhalt fehle es an entsprechenden Behauptungen der Klägerin zu den Umständen und Äusserungen.

Die Mieterin bringt diesbezüglich vor, es treffe nicht zu, dass sie dies nicht in Abrede gestellt habe. Vielmehr habe sie in ihren Plädoyernotizen namentlich vorgebracht, die Bestimmung in Ziffer 9.3 (Unterhalt von Dach und Fach) lasse die Überwälzung der Kosten für Reparatur und Unterhalt an der Lüftungsanlage auf sie (die Mieterin) nicht zu. Damit stellt sie die objektivierte Auslegung der Vorinstanz in Frage.

Der Mietvertrag bezeichnet in Ziff. 9.3 den Unterhalt der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche nicht ausdrücklich als Sache der Mieterin und solches wurde soweit ersichtlich auch nicht behauptet. Damit kann auf jeden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass dies zwischen den Parteien unbestritten war. Davon kann die Vorinstanz auch nicht ausgegangen sein, wäre diesfalls die Begründung und Herleitung eines tatsächlichen und eines mutmasslichen Willens der Parteien zu deren Übertragung auf die Mieterin doch obsolet gewesen.

3.2.1.3 Sodann erwog die Vorinstanz, die Tatsache, dass die Mieterin seit Mietantritt für die Lüftungsanlage ein Serviceabonnement abgeschlossen oder jedenfalls damit verbundene Kosten übernommen habe, zeige sehr deutlich, dass die «Dach-und-Fach»-Klausel als Verschiebung der Unterhaltungspflicht bezüglich der Lüftungsanlage auf die Mieterin zu verstehen und von den Parteien vom Vertragschluss bis zur Entstehung des Streites auch immer so verstanden worden sei.

Diese Würdigung enthält die implizite Feststellung, das Serviceabonnement für die Lüftungsanlage umfasse nicht nur den sog. kleinen Unterhalt der Mietsache. Ansonsten könnte diese Tatsache kein Indiz für einen Konsens der Parteien zur Übertragung der (den kleinen Unterhalt übersteigenden) Unterhaltungspflicht (der Vermieterin) bilden bzw. keinen Umstand darstellen, der auf einen solchen hindeutet.

Die Mieterin stellt nicht in Abrede, seit Mietantritt ein solches Abo abgeschlossen und damit verbundene Kosten übernommen zu haben. Doch behauptet

sie in ihrer Beschwerdeschrift, dieses Abo decke lediglich den kleinen Unterhalt (jährliche Wartung, Filter-Wechsel) ab.

Inwiefern diese Behauptung im Beschwerdeverfahren kein (unzulässiges) Novum darstellt, legt die Mieterin nicht dar. Im Übrigen stünde diese Behauptung scheinbar teilweise in Widerspruch zu ihren vor Vorinstanz gemachten Ausführungen. Dort liess die Mieterin in diesem Zusammenhang geltend machen, die Auferlegung des Wartungsvertrags sei mietrechtlich höchst problematisch, soweit sie über den kleinen Unterhalt hinausgehe. Sie habe viel mehr bezahlt als sie mietrechtlich müsste. Es seien immer Positionen verrechnet worden, welche nicht mehr unter den kleinen Unterhalt subsumiert werden könnten (vgl. Prot. Vi. ...). Sie bestritt auch nicht, bis heute sämtliche mit dem Betrieb und Unterhalt der (Lüftungs-)Anlage angefallenen Kosten übernommen zu haben.

Ob die unbestrittene Tatsache, dass die Mieterin bei Mietantritt ein Serviceabonnement für die Lüftungsanlage abgeschlossen oder jedenfalls damit verbundene Kosten übernommen hat, als Indiz oder Umstand zu werten ist, der auf einen Konsens der Parteien zur Übertragung der Unterhaltungspflicht bezüglich der Lüftungsanlage auf die Mieterin spricht, ist zumindest fraglich. Dies kann jedoch offen bleiben, weil eine allfällige Vereinbarung zur Übertragung der Unterhaltungspflicht bezüglich der Lüftungsanlage auf die Mieterin – wie sogleich darzulegen sein wird – ohnehin nichtig wäre.

3.3 Zum Nachteil der Mieterin

3.3.1 Die Vorinstanz führte hierzu im Wesentlichen unter Verweis auf BGer 4A_606/2015 vom 19. April 2016, E. 3.3 aus, die Mieterin sei beweisbelastet, wenn sie einen Nachteil geltend mache. Die Frage, ob die vertragliche Regelung für die Mieterseite nachteilig sei, sei zwar eine Rechtsfrage und bedürfe keines Beweises; doch habe die Mieterin die Tatsachen vorzutragen, aus der sie eine für sie nachteilige Regelung ableite und hierfür gemäss Art. 8 ZGB im Falle einer Bestreitung die Beweislast zu tragen. Die Mieterin habe es versäumt, die entsprechenden Tatsachen dafür zu nennen und Beweismittel dafür zu offerieren, dass sich die Vereinbarung zur Übertragung der Unterhaltungspflicht bezüglich der Lüftungsanlage zu ihrem Nachteil auswirke.

3.3.2 Die Mieterin stellt sich demgegenüber im Wesentlichen auf den Standpunkt, nicht (voll) entschädigt worden zu sein, insbesondere auch nicht über einen tieferen Mietzins, und beanstandet die Beweislastverteilung der Vorinstanz: Es sei entgegen der Vorinstanz nicht ihre Sache gewesen, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus der sie eine für sie nachteilige Regelung ableite. Im Übrigen könne die Einräumung einer vollen Entschädigung bereits in richtiger Auslegung des Mietvertrages und in Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime ausgeschlossen werden, weil der Mietvertrag eine Entschädigungsregel mit keinem Wort erwähne. Die Vermieterin sei beweispflichtig für ihren Einwand, wonach der vertraglich vereinbarte Mietzins unter dem Marktniveau liege. Diese Schutzbehauptung der Vermieterin sei von ihr bestritten und ausserdem nicht ansatzweise belegt worden.

3.3.3.1 In dem von der Vorinstanz angeführten Bundesgerichtsentscheid hatte die Mieterin – nachdem sie die Unterhaltslasten während mehr als zehn Jahren tatsächlich getragen und ihre entsprechende vertragliche Pflicht vorbehaltlos erfüllt hatte bzw. die vertragliche Forderung untergegangen war – geltend gemacht, sie habe die entsprechenden Leistungen zu Unrecht erbracht. Daher forderte sie diese aus ungerechtfertigter Bereicherung von der Vermieterin zurück. Die Mieterin hatte nach Untergang der vertraglichen Forderung nach den allgemeinen Grundsätzen für *rechtserzeugende* Tatsachen die Beweislast dafür zu tragen, dass es *keinen gültigen Rechtsgrund* für die Leistung gab bzw. dass die Überwälzung der Unterhaltspflicht auf sie *nichtig* war und sie die entsprechenden Leistungen somit ohne gültigen Rechtsgrund erbracht hatte.

Demgegenüber macht die Mieterin hier keine Rückerstattung angeblich zu Unrecht bezahlter Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend. Vielmehr macht sie einen vertraglichen Leistungsanspruch gegenüber der Vermieterin geltend, indem sie von dieser verlangt, den Mangel an der Lüftungsanlage auf eigene Kosten zu beheben.

3.3.3.2 Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Daraus ergibt sich nach überwiegender Auffassung, dass

grundsätzlich das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend ist. Dieses Verhältnis bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der erwähnten Grundregel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt (vgl. etwa BGE 128 III 271 ff., E. 2a).

Der Vermieter ist nach Art. 256 Abs. 1 OR verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten. Damit ist der Vermieter gehalten, dafür zu sorgen, dass die Sache während der gesamten Mietdauer die vereinbarte oder gesetzlich geforderte Gebrauchstauglichkeit nicht einbüsst. Ihn trifft grundsätzlich die Unterhaltspflicht. Diese ist in Bezug auf die Mietsache im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Mieters gegenüber dem Vermieter ausgestaltet (vgl. Art. 256 Abs. 1 OR «D. Pflichten des Vermieters» i.V.m. Art. 259a OR). Die Mieterin hat somit die vertragliche Verpflichtung der Vermieterin zu beweisen. Diese setzt sachlogisch einzig voraus, dass die Parteien einen Mietvertrag über eine Mietsache abgeschlossen haben, um deren Unterhalt es geht. Abs. 2 von Art. 256 untersagt es, vom Grundsatz des Abs. 1 abweichende Vereinbarungen zu treffen, sofern sie sich zum Nachteil des Mieters auswirken und Wohn- oder Geschäftsmieten betreffen. Die Zulässigkeit der Einschränkung ihrer vertraglichen Verpflichtung hat die Vermieterin zu beweisen, da sie damit die Aufhebung des vertraglichen Leistungsanspruchs der Mieterin auf Unterhalt der Sache nach Art. 256 Abs. 1 OR behauptet.

Die Frage, ob sich eine konkrete Vereinbarung zum Nachteil des Mieters auswirkt oder auswirken kann, ist dabei nach objektiven Kriterien des Vertrauensprinzips unter dem Blickwinkel des Vertragsabschlusses zu beurteilen und stellt damit – wie die Vorinstanz zu Recht ausführte – eine Rechtsfrage dar. Eine nachteilige Abweichung im Sinne dieser Bestimmung liegt regelmässig dann vor, wenn

die Vereinbarung eine Schmälerung der Hauptleistungspflicht des Vermieters zum Inhalt hat, ohne dass eine entsprechende Schmälerung der Mietzinspflicht damit einhergeht. Auch ist er namentlich im Verzicht des Mieters auf die Geltendmachung von Mängelrechten zu sehen. Nicht notwendig ist, dass sich der Nachteil sogleich einstellt. Auch eine bloss künftige, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mögliche Benachteiligung des Mieters genügt (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 68 und 69 mit Verweis auf BGer 4A_269/2009).

In der Konsequenz hat in dieser Konstellation entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht die Mieterin, sondern die Vermieterin die dieser Beurteilung nach dem Vertrauensprinzip zugrunde zu legenden Tatsachen zu behaupten und diesbezüglich im Bestreitungsfall die Beweislast zu tragen. Es bleibt somit darauf einzugehen, wie die Behauptungs- und Beweissituation für die Vermieterin diesbezüglich vor der Vorinstanz aussah.

3.3.4.1 Vor Vorinstanz war zwischen den Parteien unbestritten, dass sie einen Mietvertrag über gewerbliche Räume im EG und UG in der Liegenschaft N.-strasse Y in Zürich zum Zwecke des Betriebes eines Speiserestaurants mit Barbetrieb im mittleren und oberen Preissegment abgeschlossen haben.

Die Vermieterin führte jedoch aus, sie habe das Mietobjekt ihren (jeweiligen) Mietern jeweils im Rohbau zur Verfügung gestellt. Auch an die Mieterin sei das Mietobjekt im Rohbau vermietet worden, jedoch im damals (voll) ausgebauten und betriebsbereiten Zustand übergeben worden. Es habe dem übereinstimmenden subjektiven Willen der Parteien entsprochen, das Restaurant im Rohbau zu mieten und die bereits bestehenden Ein- und Ausbauten zu übernehmen. Die Vormieterin der Mieterin habe die Lüftungsanlage eingebaut; es handle sich um Mieterausbau und dieser stehe nicht in ihrem (der Beklagten) Eigentum.

Die Vermieterin behauptete nicht, es handle sich um *Mieterbau* (im Sinne von Art. 260a OR). Vielmehr machte sie geltend, die Lüftungsanlage sei *Mieterausbau*, und dieser stehe nicht in ihrem Eigentum. Damit stellte sie sich zumindest sinngemäss auf den Standpunkt, die Lüftung sei (ungeachtet sachenrechtlicher Regeln) vertragsrechtlich nicht Teil der Mietsache geworden, weshalb sie diese nach Art. 256 Abs. 1 OR nicht zu unterhalten habe.

Gemäss Rechtsprechung und Literatur liegt eine Rohbaumiete dann vor, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Vermieter dem Mieter die Mietsache in *nicht voll ausgebautem* Zustand, nämlich im Rohbau, zum Gebrauch überlässt und der Mieter den Aus- und/oder Umbau, den Endausbau der Räumlichkeiten *zur Erreichung des Verwendungszwecks*, auf eigene Kosten vornimmt oder vollendet (vgl. BIBER, Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, in: MP 2015, S. 79 ff., S. 81 f. mit zahlreichen Verweisen). Da die Vermieterin selber ausführte, die Mieterin habe die Mietsache im damals (voll) ausgebauten und betriebsbereiten Zustand übernommen, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Rohbaumiete vorliegen und die Lüftungsanlage nicht Teil der Mietsache sein soll. Auch ist die Behauptung der Vermieterin, die (eingebaute) Lüftungsanlage stehe nicht in ihrem Eigentum und sei von derjenigen für das restliche Gebäude unabhängig, unsubstantiiert und unbehelflich. Im Übrigen unterläge – was die Vorinstanz bereits zu Recht festhielt – auch eine Rohbaumiete den Grenzen von Art. 256 Abs. 2 OR. Das bedeutet, dass die Parteien die Mietsache vertraglich insbesondere nicht "ohne Vormieterausbau" (bzw. ohne Lüftungsanlage) definieren konnten, ohne die Mieterin namentlich für die Übernahme der Unterhaltspflicht für den Vormieterausbau (bzw. die Lüftungsanlage) voll zu entschädigen.

3.3.4.2 Nach dem Gesagten ist unbestritten bzw. erstellt, dass die Parteien einen Mietvertrag abgeschlossen haben und die Lüftungsanlage Teil der Mietsache ist. Daraus folgt laut Gesetz die Unterhaltspflicht der Vermieterin für die Lüftungsanlage.

Zu prüfen bleibt, ob die Vermieterin den Nachweis erbringen kann, dass eine allfällige Vereinbarung der Übertragung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage auf die Mieterin nicht zu deren Nachteil ist.

3.3.5.1 Vorab ist festzuhalten, dass selbst aus einer allfälligen vorbehaltlosen Erfüllung der vertraglichen Pflicht der Mieterin während eines langjährigen Vertragsverhältnisses nicht unmittelbar auf die Anerkennung geschlossen werden könnte, dass der Mieterin die vertragliche Regelung insgesamt *nicht* zum Nachteil gereichte.

Eine nicht nachteilige bzw. zulässige Abweichung von der gesetzlichen Regelung im Sinne von Art. 256 Abs. 2 OR liegt wie gesehen dort vor, wo der Mieter für die vereinbarte Schmälerung der Hauptleistungen des Vermieters, die Sache im zum vorausgesetzten (vereinbarten oder üblichen) Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten, voll entschädigt wird. Die Entschädigung kann in einem – im Vergleich zur ungeschmälernten Gebrauchstauglichkeit der Sache – reduzierten Mietzins bestehen oder in einer einmaligen, allenfalls in Raten aufgeteilten Entschädigungsleistung, welche z.B. im Voraus oder nach Beendigung des Mietverhältnisses zu entrichten ist, oder die Form eines Entgeltes besitzen, das für Unterhaltsarbeiten ausgerichtet wird. Regelmässig wird die Entschädigungsleistung in Form einer Geldsumme verabredet sein. Auch anderweitige geldwerte Leistungen des Vermieters zugunsten des Mieters (Sach- und/oder Dienstleistungen; Kompensationsgeschäft), die nicht aus seinen Vermieterverpflichtungen fliessen, können jedoch als Form der Entschädigung in Frage kommen (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 70 f.).

3.3.5.2 Zum fehlenden Nachteil der Mieterin hat die Vermieterin im Wesentlichen behauptet, der Netto-Anfangsmietzins habe deutlich unter dem damaligen Marktpreis für Restaurants an dieser Lage gelegen. Ausserdem habe sie der Mieterin für die Monate April und Mai 2003 eine mietzinsfreie Zeit gewährt. Als Beweismittel offerierte sie hierfür einzig den Mietvertrag. Die Mieterin bestreift im Wesentlichen, dass der Mietzins jemals, früher wie heute, unter dem Marktpreis gelegen habe. Die Gewährung der entsprechenden mietzinsfreien Zeit wurde von ihr hingegen nicht in Abrede gestellt.

Wird die Entschädigung in der Form eines reduzierten Mietzinses festgelegt, so ist die Frage nach dem vollen Ersatz anhand jenes Mietzinses zu beantworten, der im Zeitpunkt der Vereinbarung üblicherweise für die Mietsache bezahlt werden müsste, wenn diese ohne Schmälerung der Verpflichtungen des Vermieters vermietet würde. In der Regel sollte dieser Vergleichsmietzins – im Interesse der Rechtssicherheit und nicht zu hoher allfälliger Beweisanforderungen – im marktüblichen Mietzins gesehen werden. Weiteres Kriterium kann der übliche Mietzins sein, der für eine vergleichbare Sache unter vergleichbaren Vertragskonditionen entrichtet wird (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 72).

Die Vermieterin stellte von vornherein keine Tatsachenbehauptungen zu dem im Zeitpunkt der Vereinbarung marktüblichen Mietzins auf. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, was dem einzigen offerierten Beweismittel, dem Mietvertrag, hierzu zu entnehmen sein soll. Somit kann dieser Vergleichsmietzins von vornherein nicht erstellt werden, und es kann folglich auch nicht beurteilt werden, ob und in welchem Umfang die Mieterin über den Mietzins entschädigt worden ist.

3.3.5.3 Die Vermieterin führte zur Entschädigung weiter aus, den Mietern seien eine lange feste Vertragsdauer eingeräumt sowie jeweils Optionen gewährt worden, was bis heute der Fall sei. Eine Regelung wie die vorliegende könne nicht zum Nachteil sein, weil die Mieterin aufgrund ihres besseren Fachwissens habe abschätzen können, welcher Unterhaltsbedarf anfallen werde. Die Mieterin habe sehr genau gewusst, welchen Mietzins sie zahlen könne bzw. welcher Mietzins für die vereinbarte Regelung angemessen sei (vgl. Prot. Vi. ..., mit Verweis auf BGer 4A_606/2015, E. 3.1 und 3.2).

Im zitierten Bundesgerichtsentscheid wurde festgehalten, die Vereinbarung sei – entgegen der Argumentation der betreffenden Mieterin – nicht schon *alleine* deshalb nachteilig für die Mieterin, weil diese die zu erwartenden Kosten betragsmässig nicht habe abschätzen können und daher nicht gewusst habe, um wie viel sich der Nettomietzins durch die Übernahme der Unterhaltskosten erhöhe (vgl. BGer 4A_606/2015, E. 3.1). Dass eine Kompensationsabrede im Umkehrschluss *alleine* deshalb *nicht nachteilig* sei, weil die Mieterin abschätzen könne, welcher Unterhaltsbedarf anfallt, ist damit nicht gesagt.

Zudem ist nicht entscheidend, ob die Mieterin gewusst hat, welcher Mietzins für die vereinbarte Regelung angemessen ist. Entscheidend ist, ob sie für die vereinbarte Regelung voll entschädigt wurde. Da die Vermieterin keine (substantiierten) Behauptungen dazu aufstellte, welchen Unterhaltskosten die behaupteten Entschädigungsleistungen gegenüberzustellen sind, und folglich auch keine Beweismittel hierfür offerierte, kann ein allfälliger Nachteil zulasten der Mieterin von vornherein nicht beurteilt werden. Im Übrigen führte die Vermieterin auch nichts dazu aus, welchen Geldwert die behaupteten Leistungen haben sollen. Es mangelt daher an Tatsachen, welche der Beurteilung nach dem Vertrauensprinzip zugrunde gelegt werden könnten.

3.3.6 Nach dem Gesagten kann nicht erstellt werden, dass die Mieterin für eine allfällige Übertragung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage voll entschädigt wurde, und damit auch nicht, dass eine allfällige Vereinbarung der Parteien nicht zu ihrem Nachteil ist. Da die Vermieterin im Bestreitungsfall wie gesehen die Beweislast zu tragen hat, ist die Vereinbarung zum Nachteil der Mieterin und damit nichtig (vgl. Art. 256 Abs. 2 OR). Dies hat zur Folge, dass die Vermieterin nach wie vor gemäss gesetzlicher Regelung im Grundsatz für die Lüftungsanlage unterhaltspflichtig ist (vgl. Art. 256 Abs. 1 OR).

3.4 Fazit

Die Beschwerde der Mieterin ist somit gutzuheissen und das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 17. Juni 2019 (...) aufzuheben. Die Sache ist zur Prüfung der weiteren Voraussetzungen des Mängelbeseitigungsanspruchs der Mieterin an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO), da diese noch nicht geprüft wurden (vgl. oben E. 3.1.3).

4. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

4.1 Zwar ist die Sache der Vorinstanz zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen. Da mit dem vorliegenden Urteil über die gesonderte Frage der Vereinbarung nach Art. 256 Abs. 2 OR endgültig entschieden ist, sind die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens definitiv festzulegen und zu verteilen (vgl. FISCHER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 104 N 19; BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 104 N 14).

4.2 Ausgangsgemäss unterliegt die Beschwerdegegnerin; sie wird kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 7'360.– ist die zweitinstanzliche Entscheidegebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'380.– festzusetzen und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss zu beziehen. Die Beschwerdegegnerin

ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin diesen vollumfänglich zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

Die Beschwerdeführerin hat eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren verlangt (vgl. act. 35 S. 2). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 4 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV OG auf Fr. 1'900.– inkl. MWST festzusetzen und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, diese der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

(...)

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident