

ZMP 2025 Nr. 17

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

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

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

«(...)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

1.1. Die Klägerin und die damalige Eigentümerin der Liegenschaft, A., schlossen am 10. März 2014 einen Mietvertrag über ein «Büro im 1. Stock» mit den Nebenräumen «WC auf dem Korridor» an der N.-strasse y in Zürich mit Mietbeginn per 1. April 2014 für eine feste Mietdauer bis zum 31. März 2019 ab. Der Klägerin wurde ein Optionsrecht eingeräumt, das Mietverhältnis zweimal um eine feste Mietdauer von fünf Jahren – jeweils ab 1. April 2019 und 1. April 2024 – zu verlängern. Der vereinbarte Mietzins beträgt monatlich Fr. 2'750.– inkl. Heiz- und Nebenkosten. Am 19. Juni 2023 erwarb die Beklagte die Liegenschaft und wurde damit die Vermieterin des Mietobjekts.

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

1.3. Das Mietobjekt weist eine Fläche von über 230 m² auf und befand sich bei Mietbeginn im Jahr 2014 unbestrittenermassen in einem rohbauähnlichen Zustand. Zuvor wurde das Mietobjekt gewerblich genutzt. Im Anhang zum Mietvertrag wurde vereinbart, dass die Vermieterin auf ihre Kosten die WC-Anlage im Korridor renovieren und eine Dusche einbauen werde, im Übrigen jedoch keine Renovationen vornehme. Die Einteilung beziehungsweise Abtrennung und allfällige Schreinerarbeiten werde durch die Mieterin auf eigene Kosten vorgenommen, wobei sie für das Einholen allfällig benötigter behördlichen Bewilligungen und die Erfüllung der entsprechenden Auflagen, vor allem feuerpolizeiliche, in Zusammenarbeit mit der Vermieterin verantwortlich sei. Die Klägerin baute das Mietobjekt um; sie richtete eine Holz-Werkstatt ein und gleichzeitig wohnten bzw. wohnen darin Untermieter. Gemäss dem Bauplan vom 25. Januar 2018 im Zusammenhang mit der Erstellung einer Terrasse erstellte die Klägerin im Mietobjekt konkret eine Teeküche, drei «Studios», einen Bastelraum und einen Ruheraum.

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

2. *Prozessgeschichte*

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

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

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

II. Prozessuales

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

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

III. Parteistandpunkte

1. *Standpunkt der Klägerin*

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

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

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

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

1.5. Die Behörden hätten von der Wohnnutzung gewusst: Sämtliche Um-, Ein- und Ausbauten im 1. und 3. OG – inklusive neu installierter Elektroanlage – seien behördlich abgenommen und insbesondere auch aus feuerpolizeilicher Sicht für in Ordnung befunden worden. Im Auftrage des Untermieters F. habe die Firma D. GmbH am 9. Januar 2020 eine periodische Sicherheitsnachweis-Kontrolle der Elektroanlagen durchgeführt. Auf der Rechnung vom 13. Januar 2020 an F. sei die Mietsache als «Wohnung» bezeichnet worden. Auch das Baugesuch für die Terrasse sei vom Amt für Baubewilligungen – im Anzeigeverfahren – und der Feuerpolizei bewilligt und abgenommen worden, wobei das Mietobjekt habe betreten

werden müssen. Es sei fraglich, wieso die Behörden über zehn Jahre lang nicht eingegriffen hätten, wenn die Wohnnutzung nicht bewilligt und nicht bewilligungsfähig wäre. Überdies entstünden der Beklagten auch durch ein bewilligungswidriges Wohnen im Mietobjekt keine Nachteile, nachdem die zuständigen Behörden dieses während zehn Jahren geduldet hätten.

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

1.7. Auch den Verein E. habe man aufgrund der vertragswidrigen Nutzung des 3. OG abgemahnt. Dieser habe geltend gemacht, dass die Nutzung dem Vereinszweck entspreche und die Vermieterin mit dieser einverstanden gewesen sei. Obwohl dieser die Nutzung der Mietsache nicht geändert habe, habe man mit ihm am 24. August 2024 einen neuen Mietvertrag – mit der Vereinbarung der Zulässigkeit der Wohnnutzung – abgeschlossen, statt das Mietverhältnis zu kündigen. Nachdem der Verein das Optionsrecht ferner nicht fristgerecht ausgeübt habe, habe kein Anlass für die Beklagte bestanden, einen neuen Mietvertrag abzuschliessen. Damit sei der Beklagten die Fortsetzung des Mietverhältnisses wegen der angeblich vertrags- und bewilligungswidrigen Nutzung sehr wohl zuzumuten. Zudem sei das 3. OG der Stadt Zürich – durch B. – als Wohnung gemeldet worden, wobei eine Registrierung genauso für das 1. OG möglich wäre. Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Situation, namentlich der feuerpolizeilichen Vorschriften, der Elektroanlagen oder des Lärmschutzes, seien keine Unterschiede zwischen dem 1. und 3. Obergeschoss ersichtlich.

1.8. Gegen eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses spreche ferner, dass die Beklagte mit der Kündigung nach dem Schreiben der Klägerin vom

11. Oktober 2023 nicht umgehend ausserordentlich gekündigt habe, sondern damit ein halbes Jahr zugewartet habe.

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

2. *Standpunkt der Beklagten*

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

2.2. Es sei unzutreffend, dass die frühere Vermieterin die Wohnnutzung ausdrücklich geduldet habe. Der langjährige Verwalter der Liegenschaft B. sei über die konkrete Nutzung der Mieträume nicht im Bild gewesen, wobei auch im E-Mailverkehr mit der Klägerin bzw. den Untermietern die Wohnnutzung nie erwähnt worden sei. Der Verwalter habe deshalb auch im Mail vom 20. April 2023 ausdrücklich bestätigt, dass keine mündlichen Absprachen bestünden, welche über die schriftlichen Mietverträge hinausgehen würden. Folgerichtig sei auch der Beklagten im Verkaufsprozess das Mietobjekt als Atelier – und damit als Gewerbe- und nicht Wohnraum – angepriesen worden. Die Klägerin habe überdies verschleiert, dass im Mietobjekt gewohnt werde und die Beklagte habe keinen Zugang zu den Studios gehabt.

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

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

2.5. Auch seitens Behörden sei die Wohnnutzung weder bewilligt noch bewilligungsfähig. Gemäss Lärmschutzbericht vom 4. Oktober 2023 würden die Immissionsgrenzwerte (IGW) entlang der N.-strasse überschritten, weshalb die Studios 2 und 3 nicht über die Nordfassade belüftet werden dürften, wobei die zu öffnenden Fenster überhaupt nicht zulässig seien. Die Küche an der Nordfassade dürfte nicht grösser als 10 m² sein, da sie dadurch als Wohnküche eingestuft würde.

Auch die brandschutzrechtlichen Vorgaben, die Vorschriften der SIA-Norm 500 betreffend Gestaltung von hindernisfreien Bauten, die Vorgaben zu den Mindestzimmergrössen sowie zur Anzahl von Auto- und Fahrradparkplätzen, Kellerräumlichkeiten und Wasch- und Trockenräumen seien nicht eingehalten. Entgegen den mietvertraglichen Bestimmungen seien für die Umbauten der Klägerin die feuerpolizeilichen Auflagen nicht geprüft, eingeholt und bewilligt worden. Es bestehe ein nicht hinnehmbares versicherungstechnisches Risiko für die Beklagte, da im Brandfall eine Nichtzahlung durch die Gebäudeversicherung die Folge sein könnte und sie einen Totalschaden riskiere. Bei einer Kontrolle durch die Baupolizei würde die Wohnnutzung umgehend untersagt. Die Klägerin habe auch keine Kosten für ein Baubewilligungsverfahren ausgewiesen, was zeige, dass keine Bewilligungen eingeholt worden seien. Zwar liege die Liegenschaft in der Wohnzone W5, im heutigen Zustand sei die Wohnnutzung allerdings nicht bewilligt und wäre auch nicht bewilligungsfähig, da die Liegenschaft dazu zuerst umgebaut werden müsse.

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

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

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

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

IV. Materielles

1. Wirksamkeit der Kündigung

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

1.2 Die Sorgfaltspflicht gemäss Art. 257f Abs. 1 OR gebietet ganz allgemein, die Mietsache vertragsgemäss und schonend zu gebrauchen, damit diese im Interesse des Vermieters nicht unnötig an Substanz einbüsst und der Hausfrieden nicht gestört wird (CHK-HULLIGER, 4. Aufl., Art. 257f OR N 4; SVIT-Komm.-REUDET, 5. Aufl., Art. 257f OR N 20). Störendes oder gar strafrechtlich relevantes Verhalten muss der Vermieter nicht dulden (SVIT-Komm.-REUDET, a.a.O., Art. 257f OR N 31; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 34).

1.3 Eine Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR setzt weiter eine schriftliche Mahnung voraus (CHK-HULLIGER a.a.O., Art. 257f OR N 8; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 50 f.; BGer 4A_162/2014 vom 26. August 2014 E. 2.2.2). Die Abmahnung muss innert nützlicher Frist seit der Pflichtverletzung erfolgen (ZK-

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

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

1.5 Wartet der Vermieter lange mit der Kündigung zu, nachdem die Pflichtverletzung erfolgt, stellt dies ein Indiz gegen die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses dar (BGer 4A_87/2012 v. 10. April 2012 E. 5.3; MPra-BRÄNDLI, a.a.O., S. 821). Keine selbständige Tragweite hat die Zumutbarkeit, wenn der Mieter die Sache trotz bestehender Gründe zur Verweigerung der Zustimmung durch den Vermieter untervermietet (BGE 134 III 300 E. 3.1 = Pra 2008 Nr. 130; BGE 134 III 446 = Pra 2009 Nr. 21), wenn der Mieter die Sache anhaltend entgegen dem vertraglich vereinbarten Zweck gebraucht (BGE 132 III 109; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PD170001-O vom 8. Juni 2017, E. 3.1; KUKO OR-

BLUMER, Art. 257f N 9; CHK-HULLIGER a.a.O., Art. 257f OR N 8) oder bei eigenmächtiger Nutzungsänderung (wiederholte zweckwidrige Verwendung von Allgemeinräumen), insbesondere, wenn die Änderung behördlich bewilligungspflichtig ist und/oder Nachbarn beeinträchtigt (SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257f OR N 76; MPra-BRÄNDLI, a.a.O., S. 822; ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257f OR N 61 ff.; BGE 132 III 109; BGer 4A_518/2014 v. 19.11.2014, E. 7). Die Unzumutbarkeit entfällt, wenn der Vermieter die Missstände wesentlich mitverschuldet hat (ZMP 2017 Nr. 12) oder wenn eine psychische Störung die Ursache für das vertragswidrige Verhalten bildet und sich der Gesundheitszustand des Mieters gebessert hat (BGer 4C.273/2005 vom 22. November 2005).

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

2. *Missbräuchlichkeit der Kündigung*

2.1. Nach Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Die Prüfung der Gültigkeit der Kündigung gestützt auf Art. 271 OR hat sich lediglich auf den Blickwinkel von Treu und Glauben zu beschränken (Art. 271 Abs. 1 OR). Da die Frage der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses materielle Voraussetzung von Art. 257f Abs. 3 OR ist, bleibt im Rahmen des Anfechtungsverfahrens für die Prüfung dieser Frage kein Raum mehr. Die Frage der Unzumutbarkeit ist vielmehr im Rahmen der (vorfrageweisen) Prüfung der gesetzlichen Gültigkeit der Kündigung zu prüfen, wobei zu beachten ist, dass der Vermieter, der von seinem Vertragspartner vertragstreues Verhalten erwarten darf, anlässlich einer ausserordentlichen Kündigung nicht gehalten ist, sorgsam wie ein Gericht alle Aspekte gegeneinander abzuwägen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 271a OR N 84 f.) Im Übrigen ist bei Fällen von Vertragsverletzungen des Kündigungsempfängers eine gewisse Zurückhaltung mit der Annahme widersprüchlichen Verhaltens des Kündigenden geboten (vgl. BGer 4A_62/2010 vom 13.4.2010 E.3).

2.2. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt vor, wenn die Kündigung ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse erfolgt oder Interessen der

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

2.3. Art. 271a OR konkretisiert und erweitert die Grundnorm von Art. 271 OR. Der Katalog anfechtbarer Kündigungen in Art. 271a OR bestätigt, dass das Gesetz weit eher von positiven Loyalitätskriterien und vom Sozialschutzgedanken ausgeht denn vom negativ geprägten Missbrauchs begriff (BGE 131 III 33 E. 3.2). Massgeblich sind selbstverständlich auch die Kriterien, die in Zusammenhang mit dem Verbot (offensichtlichen) Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB entwickelt worden sind, wobei Offensichtlichkeit in Art. 271 OR gerade nicht vorausgesetzt wird. Anfechtbar sind daher neben nutzlosen oder gar schikanösen Kündigungen auch solche, die Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens oder schonungsloser Rechtsausübung sind. Nicht jedes Interessenmissverhältnis genügt allerdings für eine Ungültigerklärung einer Kündigung. Nach der Konzeption des Gesetzes bleibt es grundsätzlich bei der Kündigungsfreiheit und es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die kündigende Partei ihr eigenes Interesse über diejenige der gekündigten Partei stellt, solange jenes Interesse nur auch tatsächlich vorhanden ist. Das Gesetz kennt denn auch keinen Katalog gültiger Kündigungsgründe (ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 271a OR N 10 f.; CHK-HULLIGER, a.a.O., Art. 271-271a OR N 2 ff.; SVIT-Komm.-MEYER, a.a.O., Art. 271, N 20 ff.; MPra-THANEI, a.a.O., S. 901 ff.; KUKO OR-BLUMER, a.a.O., Art. 271/271a N 7).

2.4. Massgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung (BGE 142 III 91 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_435/2021 vom 14. Februar 2022 E. 3.1.3; KUKO OR-BLUMER, a.a.O., Art. 271/271a N 16). Dabei obliegt es dem

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

2.5. Fallen zulässige und verpönte Kündigungsmotive zusammen, ist die Frage der Missbräuchlichkeit gestützt auf eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (KUKO OR-BLUMER, Art. 271/271, N 12). Anders ist zu entscheiden, wenn die vom kündigenden Vermieter vorgebrachten Gründe in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen. So etwa im Fall, in dem die Mieterin die Geschäftsräumlichkeiten nicht wie vereinbart als Modegeschäft, sondern als Imbissbetrieb nutzte, wodurch eine Konkurrenzsituation zu einem anderen Mieter im selben Gebäude entstand, zusätzlich eine erhebliche Abfallproblematik verursacht wurde und aufgrund beschränkter Öffnungszeiten eine mangelhafte Bewirtschaftung vorlag. Trotz einer zuvor erfolgten langjährigen Duldung dieser Nutzung kam das Bundesgericht aufgrund einer Gesamtschau zum Schluss, dass die Kündigung nicht missbräuchlich war (vgl. BGer 4A_212/2018 vom 22. Mai 2018, E. 4.3 ff.; zu den Entscheiden aller drei Instanzen vgl. ZMP 2018 Nr. 2). Die Überprüfung einzelner vom Vermieter angeführter Kündigungsgründe kann unterbleiben, wenn das Gericht gestützt auf bereits erhobene Beweise in willkürfreier antizipierter Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, dass zusätzliche Beweiserhebungen an der Gesamtwürdigung nichts zu ändern

vermöchten (BGE 143 III 297 E. 9.3.2; BGE 140 I 285 E. 6.3.1; BGE 138 III 374 E. 4.3.2).

V. Würdigung

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

1. *Pflichtverletzung?*

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

1.2. Der Mietvertrag vom 10. März 2014 ist mit «Mietverträge für Büroräume» betitelt und unter Benutzungsart sind «Büroräume» aufgeführt. Der Anhang zum Mietvertrag betrifft ein «Büro 1. OG Attika, gemäss Planskizze ca. 236 m²». Auch in den eingereichten Mailverläufen zwischen den Parteien ist keine Rede von einer – zusätzliche vereinbarten – Wohnungsnutzung:

Im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie hat die Klägerin im April 2020 eine Mietzinsreduktion verlangt mit der Begründung, dass das Mietobjekt aufgrund der Massnahmen zum Betrieb ihrer beruflichen Tätigkeiten nicht mehr vertragsgemäss

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

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

Die Rechnung der D. GmbH vom 13. Januar 2020 spricht zwar im Zusammenhang mit den Elektroanlagen von einer «periodischen Kontrolle einer Wohnung». Die Rechnung war jedoch an den Untermieter F. adressiert, wobei die Kontrolle gemäss der Klägerin auch durch diesen in Auftrag gegeben wurde. Die Beklagte bestreitet, dass sie oder ihre Rechtsvorgänger jemals eine Kopie dieser Rechnung erhalten hätten. Zwar behauptet die Klägerin, der damalige Verwalter habe eine

Kopie der Rechnung erhalten, reicht hierfür jedoch keinen entsprechenden Beleg ein. Es muss somit davon ausgegangen werden, dass die Beklagte keine Kenntnis von dieser Rechnung hatte, sodass ihr Inhalt für die Beurteilung des vereinbarten Nutzungszwecks unbeachtlich bleiben muss. Unbestritten ist hingegen, dass die Mieterin die Räumlichkeiten tatsächlich zu Wohnzwecken nutzte. Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass die D. GmbH das Mietobjekt in ihrer Rechnung als «Wohnung» bezeichnet hat. Aus dieser Beschreibung der tatsächlichen Sachlage durch eine Drittpartei kann die Klägerin nichts für das Mietverhältnis (inter partes) mit der Beklagten ableiten. Eine Drittwirkung besteht nicht. Folglich bleibt die Rechnung der D. GmbH vorliegend unbeachtlich.

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

Ein anderes Bild ergibt sich aus der anlässlich der Besichtigung vom 25. April 2023 erstellten Fotodokumentation der Beklagten. Darin sind Fotografien von drei Zimmern mit Betten, diversen Kleidungsstücken und Schuhe und aufgehängte Wä-

sche ersichtlich, sodass von einer Wohnnutzung ausgegangen werden muss. Aufgrund dieser Besichtigung erfolgte indessen die Abmahnung vom 13. September 2023, mit welcher die Klägerin aufgefordert wurde, die Wohnnutzung zu unterlassen.

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

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

1.5. Gemäss § 309 lit. b des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich (PBG/ZH; LS 700.1) ist für Nutzungsänderungen bei Räumlichkeiten und Flächen, denen baurechtliche Bedeutung zukommt, eine Baubewilligung nötig. Die Umnutzung eines ursprünglich gewerblich genutzten Mietobjekts in eine gemischte Nutzung mit Erstellung von mehreren abgeschlossen Zimmern stellt eine solche Nutzungsänderung mit baurechtlicher Relevanz dar. Eine Ausnahme von der Baubewilligungspflicht gemäss § 1 der Bauverfahrensverordnung des Kantons Zürichs (BVV/ZH; LS 700.6) liegt nicht vor. Folglich hätte vor Durchführung der Umbauten eine Baubewilligung eingeholt werden müssen.

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

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

Vorliegend wurde weder eine Baubewilligung noch ein Nachweis über eine feuerpolizeiliche Abnahme vorgelegt. Dass die Klägerin sich nicht mehr im Besitz der Baubewilligung befindet, vermag daran nichts zu ändern, zumal sie nicht dargelegt hat, inwiefern ihr eine Wiederbeschaffung nicht möglich gewesen wäre. Hinzu kommt, dass die Klägerin gemäss vertraglicher Vereinbarung ausdrücklich und in erster Linie verpflichtet war, die für die vorgenommenen baulichen Veränderungen allfällig benötigten behördlichen Bewilligungen selbst einzuholen, mithin auch für eine Umnutzung. Es fehlt damit am Nachweis einer behördlich genehmigten Umnutzung. Dies ist dahingehend zu würdigen, dass die Klägerin das Mietobjekt ohne die erforderliche Bewilligung baulich verändert und in einer Weise genutzt hat, die nicht dem vereinbarten Vertragszweck entspricht. Darin ist eine vertragswidrige Nutzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR zu erblicken.

1.6. Die Klägerin macht schliesslich geltend, der Verwalter B. sei seit Mietbeginn regelmässig im Mietobjekt gewesen. Er habe Kenntnis von der gemischte Nutzung

sowie den Untermietern gehabt, weshalb die Wohnnutzung von der Vermieterseite zumindest geduldet worden sei. Die Beklagte bestreitet dies.

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

1.7. Zusammenfassend finden sich in den Akten keine klaren Hinweise auf eine ursprünglich vereinbarte Wohnnutzung. Ob eine solche Nutzung durch die Vermieterseite stillschweigend geduldet wurde, kann offenbleiben. Massgebend ist, dass jedenfalls keine behördliche Bewilligung für die Nutzung des Mietobjekts als Wohnung vorliegt. Das Mietobjekt wird damit in Abweichung vom öffentlichen Baurecht verwendet. Darin ist zugleich eine unzulässige Nutzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR zu erblicken, womit die Klägerin ihre mietvertraglichen Pflichten verletzt hat.

2. *Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses*

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

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

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

2.4. Der Beklagten kann sodann nicht entgegengehalten werden, dass sie mit der Kündigung nach der Abmahnung vom 13. September 2023 gut sechs Monate zuwartete, nachdem sie überzeugend dargelegt hat, dass sie der Klägerin infolge der bestehenden Untermietverhältnisse genügend Zeit zu deren Beendigung habe einräumen wollen. Ebenso erscheint es im Hinblick auf den Zeitpunkt der Kündigung nachvollziehbar, dass die Beklagte diese vor der Schlichtungsverhandlung betreffend Mietzins aussprechen wollte, um anlässlich dieser eine umfassende Lösung zwischen den Parteien zu ermöglichen.

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

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

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

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

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

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

Dies zeigt sich exemplarisch an der andauernden Gefahr in Bezug auf die Gebäudeversicherung: Es ist mit der Rechtsordnung – und insbesondere mit dem Grundsatz von Treu und Glauben – nicht vereinbar, dass der Vermieterin ein baurechtswidriger Zustand dauerhaft aufgedrängt wird. Denn bei einer solchen Lösung müsste die Vermieterin allein aufgrund einer früheren Duldung der Nutzung (noch dazu durch die vormaligen Eigentümer) jederzeit mit einem Totalausfall rechnen, d.h. das Risiko tragen, dass ihre gesamte Investition verloren geht, weil keine behördliche Bewilligung besteht. Die Klägerin verhält sich mit ihrer Argumentation doppelt treuwidrig: Einerseits nutzt sie das Mietobjekt in rechtswidriger Weise, indem sie es ohne entsprechende Bewilligung zu Wohnzwecken verwendet. Andererseits versucht sie, aus der von ihr selbst (möglicherweise im Verbund mit dem früheren Verwalter) geschaffenen Sachlage einen Vorteil auf Kosten der Beklagten zu ziehen, indem sie Letztere dazu zwingen möchte, den rechtswidrigen Zustand weiterhin hinzunehmen. Ein solches Vorgehen ist nicht haltbar. Es wird vom sozialen Schutzzweck der mietrechtlichen Bestimmungen gerade nicht getragen, sondern untergräbt bzw. strapaziert diesen in krasser Weise. Wer sich nicht selbst gutgläubig verhält, kann sich – nach Art. 3 ZGB – auch nicht auf den Schutz des

guten Glaubens berufen. Mit anderen Worten wäre selbst bei beidseitig widerrechtlichem Tun die Position derjenigen Partei zu schützen, die diesem Tun ein Ende setzen möchte.

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

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

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

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Klägerin die Kosten vollumfänglich zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Wie bereits im Zirkulationsbeschluss vom 12. September 2024 festgehalten, ist als Streitwert praxisgemäss der Mietzins während der Sperrfrist plus der Kündigungs-

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

(...))»

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

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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