

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210016-O/U

Mitwirkend: Obergerichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Ersatzrichterin lic. iur.
N. Jeker und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 6. Juli 2021

in Sachen

Schweizerische Eidgenossenschaft,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Mieterin),

vertreten durch Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, handelnd durch das
Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,

gegen

A._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (Vermieterin),

betreffend

vorsorgliche Massnahmen

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom
3. Februar 2021 (ET200003)

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 1)

1. Es sei die Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO zu verpflichten, die Dienstleistung des bedienten Empfangs zu den Bürozeiten von 08:00 Uhr bis 17:00 Uhr im B._____ [Geschäftszentrum] in ... Zürich-A._____, Bezirk Bülach, aufrechtzuerhalten bis zu einem definitiven gerichtlichen Entscheid über die Rechtmässigkeit der Einstellung dieser Dienstleistung.
2. Für den Fall der Nichtbeachtung der gerichtlichen Anordnung seien der Gesuchsgegnerin oder deren verantwortlichen Organen Ordnungsbussen und Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB anzu drohen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Gesuchsgegnerin.

Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

(act. 7)

Das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach:

(act. 25)

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'600.-. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
- 5./6. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 26 S. 2 f.):

1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichtes Bülach vom 3. Februar 2021 (ET200003) hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 1 aufzuheben und es sei das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen der Berufungsklägerin gutzuheissen:

- a. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, die Dienstleistungen des bedienten Empfangs zu den Bürozeiten von 08.00 Uhr bis 17.00 Uhr im B._____ in ... Zürich-A._____, Bezirk Bülach, aufrechtzuerhalten bis zu einem definitiven gerichtlichen Entscheid über die Rechtmässigkeit der Einstellung dieser Dienstleistung.
 - b. Für den Fall der Nichtbeachtung der gerichtlichen Anordnung seien der Berufungsbeklagten oder deren verantwortlichen Organen Ordnungs-
bussen und Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB
anzudrohen.
2. Eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 3. Februar 2021 (ET200003) hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 1 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
 3. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 3. Februar 2021 (ET200003) hinsichtlich Dispositiv-Ziffern 3 und 4 aufzuheben und durch eine Fassung zu ersetzen, wonach die Gerichtskosten der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten auferlegt werden und diese verpflichtet wird, der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten.

der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (act. 35 S. 2):

1. Das Rechtsbegehren der Berufungsklägerin sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Gerichtskosten seien der Berufungsklägerin aufzuerlegen und der Berufungsbeklagten sei von der Berufungsklägerin eine Umtriebsentschädigung (zuzüglich MwSt.) im Umfang von zwei Dritteln des Anwaltstarifs zuzusprechen.

Erwägungen:

I.

1.1 Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin mietet von der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten seit 2012 diverse Räumlichkeiten im B._____ in ... Zürich-A._____ (Mietvertrag Nr. 1 vom 14. Dezember 2011, vgl. act. 3/4 und act. 13/19). Mit Vertrag Nr. 2 vom 3. Januar 2017 mietete sie im gleichen Gebäu-

de zusätzliche Mietfläche (vgl. act. 3/5). Das B._____ verfügte seit Mietbeginn über einen bedienten Empfang (vgl. act. 1 S. 5 und 9, act. 12 S. 2 und 4; act. 7 S. 4, act. 16 S. 4). Mit Schreiben vom 13. Dezember 2019 kündigte die Gesuchgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Vermieterin) der Gegenpartei (fortan Mieterin) die Einstellung des von ihr im B._____ betriebenen Empfangs per Februar 2020 an. Noch bevor dieser nach erfolglosen Vergleichsgesprächen definitiv per Ende August 2020 eingestellt wurde (act. 3/13 und act. 3/17), wandte sich die Mieterin mit dem vorstehend wiedergegebenen Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen an das Bezirksgericht Bülach (fortan Vorinstanz, act. 1). Sie machte geltend, der durch die Vermieterin betriebene Empfang sei eine vertraglich geschuldete Leistung und dessen Einstellung stelle eine einseitige Vertragsänderung im Sinne von Art. 269d OR dar, welche bei – wie im vorliegenden Fall – befristeten Mietverträgen grundsätzlich unzulässig sei. Selbst wenn sie zulässig wäre, seien die zwingenden Frist- und Formvorschriften verletzt worden (act. 1 und act. 12). Die Vermieterin bestritt eine vertragliche Verpflichtung zum Betrieb des bedienten Empfangs und damit das Bestehen einer Anspruchsgrundlage. Zudem erachtete sie das von ihr installierte Infoboard als valablen Ersatz (act. 7 und act. 16).

1.2 Nach einfachem Schriftenwechsel im vorinstanzlichen Verfahren (Mieterin act. 1 inkl. Beilagen act. 3/2-18; Vermieterin act. 7 inkl. Beilagen act. 9/1-11) äusserten sich die Parteien – ohne dass ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden war (act. 25 S. 9) – ein zweites Mal schriftlich (Mieterin act. 12 inkl. Beilagen 13/19-23; Vermieterin act. 16). Mit Urteil vom 3. Februar 2021 entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinne (act. 21 = act. 25). Der Entscheid wurde der Mieterin am 10. Februar 2021 zugestellt (act. 22).

2. Gegen diesen Entscheid liess die Mieterin mit Eingabe vom 22. Februar 2021 (Poststempel) rechtzeitig Berufung erheben mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 26 inkl. Beilagen act. 29/3-7). Der ihr mit Verfügung vom 11. März 2021 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.– wurde innert Frist geleistet (act. 30 - 32). Mit Berufungsantwort vom 22. April 2021 (Poststempel) liess die Vermieterin fristgerecht (vgl. act. 33 f.) die vorstehend wiedergege-

benen Anträge stellen (act. 35 inkl. Beilage act. 36). Die Eingabe wurde der Mieterin – ohne Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels – zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 39). Mit Schriftsatz vom 10. Mai 2021 machte die Mieterin von ihrem Replikrecht Gebrauch (act. 38). Die Eingabe wurde der Vermieterin zur Kenntnis gebracht (act. 40), welche ihrerseits mit Datum 27. Mai 2021 eine als Duplik bezeichnete Eingabe einreichte (act. 41).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 - 23). Das Verfahren ist spruchreif.

4. Zwischen den Parteien ist das ordentliche Klageverfahren betreffend Anfechtung einer einseitigen Vertragsanpassung vor dem Mietgericht Bülach hängig (vgl. act. 3/15, act. 26 S. 8).

II.

1. Im Berufungsverfahren sind Noven nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren somit nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und – was bei echten Noven definitionsgemäss immer der Fall ist – trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2. Wie die Vermieterin zu Recht geltend macht, handelt es sich bei den Ausführungen der Mieterin zum angeblich von der Vermieterin betriebenen Café im B. _____ (act. 26 S. 5) um unzulässige neue Tatsachenbehauptungen (act. 35 S. 4). Der Umstand, dass sich in den vorinstanzlichen Beilagen der Mieterin, wie von ihr geltend gemacht, Hinweise auf das Café finden lassen (act. 38 S. 5), zu welchem sie sich jedoch mit keinem Wort geäussert hatte (vgl. act. 1 und act. 12), ändert daran nichts. Ihre erstmaligen Ausführungen im Berufungsverfahren zum Betrieb des Café im B. _____ (act. 26 S. 5) sind daher als nicht unverzüglich nach Entdeckung vorgebrachte unechte Noven unbeachtlich.

3. Weiter hat die Mieterin im Berufungsverfahren nach dem angefochtenen Urteil entstandene e-mail Korrespondenz (act. 29/4-6) sowie einen Printscreen von der Website der Vermieterin vom 19. Februar 2021 eingereicht (act. 29/3). Dabei handelt es sich um zulässige echte Noven.

III.

1. Der Streit der Parteien dreht sich um die Frage, ob der von der Vermieterin im B. _____ seit Beginn des Mietverhältnisses zwischen den Parteien sichergestellte Betrieb eines bedienten Empfangs eine vertraglich geschuldete Leistung und dessen Einstellung folglich eine Vertragsverletzung darstellt.

Unbestritten war und ist (act. 1 S. 4, act. 7 S. 3, act. 12 S. 2; act. 26 S. 4), dass die beiden Geschäftsmietverträge mit den Vertragsnummern 1 und 2 Grundlage des Mietverhältnisses zwischen den Parteien bilden, wobei die ursprünglichen Verträge (Vertrag Nr. 1 vom 14. Dezember 2011 und Vertrag Nr. 2 vom 3. Januar 2017 [vgl. act. 3/4 S. 1 und act. 3/5]) während der Mietdauer insb. infolge Mietflächenanpassungen erneuert wurden (Vertrag Nr. 1 am 21. Mai 2015 [act. 3/4]) und für das vorliegende Verfahren die Vertragsversionen vom 29. August 2019 (Vertrags-Nr. 2) und vom 30. August 2019 (Vertrags-Nr. 1) massgebend sind (vgl. act. 9/2-3, act. 25 S. 10). Es handelt sich um befristete Mietverträge.

2.1 Die Mieterin stützte sich für den Beweis eines Konsenses zwischen den Parteien hinsichtlich des bedienten Empfangs als vertraglich geschuldete Leistung insbesondere darauf, dass dieser seit Mietbeginn bestanden hatte und von der Vermieterin während Jahren ununterbrochen angeboten worden war sowie auf die vertraglichen Nebenkostenpositionen der Vertragsversionen vom 29. und 30. August 2019 (Vertrags-Nrn. 1 und 2, act. 9/2 Ziff. 13 und act. 9/3 Ziff. 12) und die diesen Verträgen vorausgegangenen weiteren Umstände.

Sie machte vor Vorinstanz zusammenfassend geltend, nebst Standort und Infrastruktur seien für sie die in der Vermietung inbegriffenen Nebenleistungen, namentlich der Betrieb des bedienten Empfangs durch die Vermieterin, wesentlich für den Vertragsabschluss mit der Vermieterin gewesen. Dass der bediente Emp-

fang Teil der vertraglich geschuldeten Leistung sei ergebe sich daraus, dass er bereits vor ihrem Einzug in das B. _____ und seit Beginn des Mietverhältnisses zwischen den Parteien im Jahre 2013 und danach noch jahrelang von der Vermieterin zugunsten der Mieter ununterbrochen erbracht worden sei. Dieser habe die Zugangskontrolle (persönlicher Empfang von Besuchern und Gewährung des Zutritts zum B. _____) sowie die rudimentäre Sicherheitsprüfung (Nachfassen nach dem Besuchergrund und der Kontaktperson im B. _____) gewährleistet sowie Pakete und Zustellungen entgegengenommen (act. 1 S. 4 f., 9, 11, act. 12 S. 2, 4 f.). Die unwidersprochene Handhabung eines Dauerschuldverhältnisses komme einer ausdrücklichen Vereinbarung gleich (act. 12 S. 4). Sodann ergebe sich aus den Mietverträgen, dass die typischen Leistungsbestandteile des bedienten Empfangs (Zutrittskontrollsystem, Gebäudebewachung/Sicherheitsdienst sowie zentrale Anlieferung von Waren) als Nebenleistung von der Vermieterin unter dem Titel Nebenkosten erbracht worden seien. Dass nicht nur die elektronischen Zutritts-/Schliesssysteme Teil des mietvertraglichen Zutrittskontrollsystems bilden, sondern auch die Personen- und Zugangskontrolle durch den bedienten Empfang während den Bürozeiten darunter falle, sei für beide Parteien seit Mietbeginn klar gewesen und ergebe sich auch daraus, dass die Vermieterin auf ihrer Website bzw. in den Factsheets zum B. _____ damals wie heute mit dem bedienten Empfang als "gesicherten Zugang" werbe. Daraus ergebe sich, dass die Dienstleistungen des Empfangs Bestandteil des gesicherten Zutrittskontrollsystems seien und somit der bediente Empfang im mietpreisbestimmenden Leistungspaket inbegriffen sei (act. 1 S. 5, 9, act. 12 S. 3-5). Spätestens mit dem Schreiben vom 26. November 2014, mit welchem die Vermieterin den Mietern kommuniziert habe, dass der bediente Empfang nicht mehr durch die C. _____ AG sondern direkt durch die Vermieterin selber betrieben werde, habe sich diese persönlich dazu verpflichtet, den bedienten Empfang zu führen, was sie bis Ende August 2020 auch ununterbrochen getan habe. Dessen Einstellung stelle eine unberechtigte Leistungskürzung dar. Das von der Vermieterin installierte Infoboard sei kein valabler Ersatz für den bedienten Empfang (act. 1 S. 7-9, act. 12 S. 5 f.).

2.2 Die Vermieterin hielt dem zusammengefasst entgegen, der von der Mieterin behaupteten Wesentlichkeit des bedienten Empfangs für den Vertrags-

abschluss stünde entgegen, dass der bediente Empfang in den Mietverträgen nicht explizit stipuliert worden sei, obschon es sich um eine in mietrechtlichen Angelegenheiten versierte Mieterin handle. Es bestehe keine vertragliche Grundlage, wonach der bediente Empfang Teil des mietvertraglichen Leistungspakets sei. Die Mietverträge bilden mit ihren Beilagen nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien alles ab, was dem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand des Mietobjektes entsprechen soll. Hinsichtlich von Änderungen der Mietverträge sei ausdrücklich Schriftlichkeit vereinbart worden, weshalb kein Raum bestehe für allfällige stillschweigende Vereinbarungen. Somit sei unerheblich, dass sie den bedienten Empfang effektiv betrieben habe. Dieser sei nicht Gegenstand der Hauptleistungspflicht und auch nicht erforderlich, damit ein tauglicher Zustand der Mietsache gegeben sei, denn der Zutritt zu den Mieträumlichkeiten sei auch ohne den bedienten Empfang möglich (act. 7 S. 3-5, 7; act. 16 S. 4, 7). Dieser sei eine Dienstleistung gegenüber den Kunden und Besuchern des Gebäudes gewesen, ohne Bindungswille gegenüber der Mieterin. Daran ändere auch der Hinweis auf die Nebenkostenpositionen der Verträge vom 29. und 30. August 2019 nichts, da der bediente Empfang nicht darunter falle. Er sei nicht Teil des Zutrittskontrollsystems, andernfalls hätte sie dessen Kosten der Mieterin belasten können. Vielmehr handle es sich hierbei um eine technische Anlage zwecks Zutrittsregulierung zu einzelnen Bereichen innerhalb des Gebäudes. Eine Personen- und Zugangskontrolle sei durch den bedienten Empfang weder vorgenommen worden, noch sei die Person hiezu instruiert gewesen. Die Position Gebäudebewachung/Sicherheitsdienst betreffe die für die Bewachung zuständige Sicherheitsfirma D. _____ AG und der Punkt zentrale Anlieferung beinhalte die technischen Anlagen wie z.B. die Zufahrt für LKW (act. 7 S. 5 f.). Die im Internet aufgeführten Vorteile seien nur Anpreisungen der Mietsache, keineswegs Zusicherungen der Vermieterin, den bedienten Empfang während der ganzen Mietdauer aufrechtzuerhalten. Vor dem Hintergrund, dass der bediente Empfang bereits bei Abschluss der Mietverträge bestanden habe und mit Blick auf die vereinbarte Schriftlichkeit sowie die professionelle Organisation der Mieterin, dürfe nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien diesbezüglich eine formfreie Vereinbarung getroffen hätten. Aus dem Schreiben vom 26. November 2014 betr.

Wechsel beim Betreiber des bedienten Empfangs lasse sich keine neue mietvertragliche Verpflichtung herleiten. Eine Anspruchsgrundlage sei nicht glaubhaft gemacht. Mit dem bereits seit Januar 2020 betriebenen digitalen Infoboard mit Gegensprechanlage und sofern gewünscht Skype basierter Videoüberwachung sei eine valable Ersatzlösung für den bedienten Empfang geschaffen worden (act. 7 S. 6-9, act. 16 S. 4 f, 7).

3. Die Vorinstanz kam nach einer kurzen Erläuterung zu Art. 18 OR und gestützt auf den Vertragswortlaut zum Schluss, die Auslegung der beiden Geschäftsmietverträge Nr. 2 und Nr. 1 vom 29. und 30. August 2019 ergebe keine Verpflichtung der Vermieterin, einen bedienten Empfang zu führen (act. 25 S. 13). Zusammengefasst habe die Mieterin mit ihren Vorbringen nicht glaubhaft machen können, dass zwischen den Parteien eine stillschweigende Vereinbarung zustande gekommen sei, welche die Vermieterin zum Betrieb eines bedienten Empfangs verpflichten würde (act. 25 S. 15).

Bei diesem Ausgang hatte die Vorinstanz die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 261 ZPO nicht zu beurteilen.

4.1 Die Mieterin moniert in der Berufungsschrift vorab, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig wiedergegeben (act. 26 S. 4). In weitgehender Wiederholung ihrer vorinstanzlichen Ausführungen macht sie geltend, im Zusammenhang mit der Gebäudebewachung/Sicherheitsdienst habe keine Beachtung gefunden, dass der ursprüngliche Mietvertrag auf Grundlage der auf der Website der Vermieterin aufgeschalteten Factsheets zum Mietobjekt geschlossen worden sei. Für sie (die Mieterin) sei der darin aufgeführte "gesicherte Zugang mit Empfang" mitunter für die Wahl des Mietobjektes relevant gewesen, da nur durch einen bedienten Empfang die erforderlichen Zutrittskontrollen und damit die notwendige Sicherheit sowie die Entgegennahme von Postsendungen etc. gewährleistet werden könne. Diese Nebenleistungen habe die Vermieterin seit Mietbeginn auch erbracht. Der bediente Empfang habe sichergestellt, dass nur befugte Personen bzw. jene, die erwartet worden seien, ins Gebäude gelangen konnten, indem die Person am Empfang die erste, rudimentäre, aber zentrale Kontrolle der Personen wahrgenommen habe. Der Sicherheitsaspekt sei für sie als Mieterin ein

zentraler Faktor für den Abschluss des Mietvertrages gewesen, da u.a. die gemieteten Räumlichkeiten vom E. _____ genutzt würden (act. 26 S. 4-8; act. 38 S. 8).

4.2 Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 lit. b ZPO). Damit ist gemeint, dass das Gericht aufgrund von Beweismitteln einen Schluss auf tatsächliche Verhältnisse zieht. Etwas anderes ist es, was an dem von den Parteien Vorgetragenen rechtlich erheblich ist. Falls das Gericht etwas davon zu Unrecht nicht berücksichtigt, ist das ein Fehler in der Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO), und nicht ein Fehler der Tatsachenfeststellung. Der Unterschied bleibt in der Berufung allerdings folgenlos, weil anders als bei der Beschwerde (Art. 320 ZPO) beide Arten von Rügen mit voller Kognition geprüft werden, und weil die rechtliche Einordnung einer Rüge zur richterlichen Rechtsanwendung gehört, welche von der Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen vorzunehmen ist (Art. 57 ZPO).

4.3 Die Rügen der Mieterin zum Sachverhalt beschlagen soweit ersichtlich Punkte, welche die Vorinstanz im Rahmen der Vertragsauslegung zu Unrecht nicht beachtet haben soll. Das ist, soweit prozessrelevant, bei der rechtlichen Einordnung des Geschehenen zu prüfen (vgl. nachstehend Ziff. III.9).

5.1 Weiter wirft die Mieterin der Vorinstanz unrichtige Rechtsanwendung vor, indem sie die im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen geltende Beweismassregel des Glaubhaftmachens überspannt und Art. 8 ZGB unrichtig angewendet habe. Sie (die Mieterin) habe mittels der aufgezeigten vertraglichen Nebenleistungspflichten und der Tatsache, dass der bediente Empfang während Jahren betrieben worden sei, glaubhaft gemacht, dass der bediente Empfang Teil des vermietetseitig geschuldeten Leistungsbündels darstelle und sie damit über einen zivilrechtlichen Anspruch verfüge. Selbst die Vorinstanz habe erwogen, dass die vertraglichen Nebenleistungspositionen durchaus Empfangsleistungen sein könnten. Jedoch habe sie verkannt, dass sich der Hauptsachenanspruch aus der Gesamtheit der Umstände ergebe, weshalb sie unter Berücksichtigung insbesondere der weiteren Elemente, dass der bediente Empfang ab Mietbeginn während sieben Jahren ununterbrochen bestanden und die Zutritts- und damit einhergehend rudimentäre Sicherheitskontrolle vorgenommen habe, indem er den Besucher

empfangen, nach dem Besuchsgrund gefragt und schliesslich den Kontakt zwischen Nutzer und Besucher hergestellt, wie auch Waren- und Postsendungen entgegengenommen habe, das Bestehen einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung als glaubhaft hätte bejahen müssen. Umso mehr, als die Vorinstanz erwogen habe, dass die dauerhafte, unwidersprochene Handhabung der Vertragsbeziehungen bei einem Dauerschuldverhältnis ein Indiz für den ursprünglich vereinbarten Vertragszustand darstelle. In richtiger Anwendung der Beweismassregel des Glaubhaftmachens gemäss Art. 262 ZPO und Art. 8 ZGB hätte die Vorinstanz daher den behaupteten Hauptsachenanspruch bejahen müssen (vgl. act. 26 S. 8-12, 14 f., 19; act. 38 S. 3, 5 f.).

5.2 Sodann habe die Vorinstanz den Vertrag in Verletzung von Art. 18 OR falsch ausgelegt, indem ganz grundsätzlich einzig auf den Wortlaut abgestellt worden sei und alle weiteren Umstände erst in einem zweiten Schritt unter dem Blickwinkel einer stillschweigenden Abrede geprüft worden seien. Nicht nur die notwendige Gesamtbetrachtung sei unterblieben, auch habe die Vorinstanz die einzelnen Tatsachenbehauptungen und Vertragsbestimmungen falsch gewürdigt (act. 26 S. 14). So ergebe sich bereits aus den Vertragstexten, dass der bediente Empfang als vereinbarte Vertragsleistung unter die Nebenkostenvereinbarungen subsumiert werden könne, welche Vertragsauslegung durch die jahrelangen, effektiv erbrachten Nebenleistungen der Vermieterin im Rahmen des Mietverhältnisses – ungeachtet dessen, ob diese im ursprünglichen Mietvertrag oder den späteren Versionen schriftlich aufgeführt worden seien –, bestätigt werde, was die Vorinstanz verkannt habe (act. 26 S. 12-15, 17 f.; act. 38 S. 5). Dass der bediente Empfang Teil des mietvertraglichen Leistungspakets sei, ergebe sich auch aus dem Leistungsbeschrieb auf der Website der Vermieterin bzw. den Factsheets sowie dem Schreiben der Vermieterin vom 26. November 2014, in welchem sie erklärt habe, die Bereitstellung des bedienten Empfangs nicht mehr durch ihre Hilfsperson C._____ sondern direkt selbst zu gewährleisten. Es sei somit offensichtlich, dass beide Parteien davon ausgegangen seien, dass der bediente Empfang eine vertragliche Vereinbarung darstelle und bei beiden diesbezüglich ein langjähriger Bindungswille vorhanden gewesen sei. Wieso sonst hätte die Vermieterin diesen mehr als sieben Jahre lang betrieben, und in dem Fall umsonst (act.

26 S. 16, 18 f.; act. 38 S. 3, 9). Dass die Vermieterin wie von ihr behauptet keinen Bindungswillen gehabt habe, werde bestritten. Selbst wenn dem so wäre, habe sie (die Mieterin) unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände in guten Treuen darauf vertrauen dürfen, dass die Bereitstellung des bedienten Empfangs zur vertraglichen Pflicht gehöre, spätestens seit dem Schreiben der Vermieterin vom 26. November 2014. Darin könne nur eine persönliche Verpflichtung der Vermieterin, die zugesicherten Eigenschaften des Mietobjekts weiterhin zu erfüllen, gesehen werden. Sie (die Mieterin) habe das Bestehen einer vertraglichen Grundlage zur Führung des bedienten Empfangs als Anspruchsgrundlage im Gesuch um vorsorgliche Massnahmen glaubhaft dargetan. Hätte die Vorinstanz die erwähnten Umstände gesamthaft gewürdigt, hätte sie zum selben Schluss kommen müssen (act. 26 S. 18 f.; act. 38 S. 8 f.).

6. Die Vermieterin hält die vorinstanzlichen Erwägungen in der Berufungsantwort für zutreffend (act. 35 S. 9). Der Rüge der falschen Anwendung der Beweismassregel wird im Kern entgegengehalten, der bediente Empfang sei nicht im Vertragswortlaut erwähnt, auf welchen bei der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip in erster Linie abzustellen sei, was die Hürde für ein erfolgreiches Glaubhaftmachen der Anspruchsgrundlage hoch ansetze. Auch lasse sich eine vertragliche Verpflichtung zu dessen Betrieb nicht aus den behaupteten Nebenkostenpositionen herleiten bzw. glaubhaft machen. Die Vorinstanz habe aufgezeigt, dass keine Hinweise bestünden, wonach mit dem Zutrittskontrollsystem das Führen eines bedienten Empfangs zu verstehen sei. Dass dieser eine Sicherheitsprüfung vorgenommen habe, werde bestritten. Seine Aufgabe habe sich darin erschöpft, den Kontakt zum Nutzer herzustellen, was auch vom Infoboard mit Gegensprechanlage sichergestellt werde. Auch aus der effektiven Annahme von Postsendungen und Paketen könne nicht auf eine entsprechend vereinbarte Leistungspflicht der Vermieterin geschlossen werden. Sodann sei keine der von der Mieterin angerufenen Nebenkostenpositionen in den ursprünglichen Geschäftsmietverträge vom 14. Dezember 2011 (Vertrag Nr. 1) und 3. Januar 2017 (Vertrag Nr. 2) enthalten, obschon der bediente Empfang unbestrittenermassen seit Beginn des Mietverhältnisses bestanden habe und die Parteien, wie die Mieterin selbst geltend gemacht habe, mit den neuen Vertragsversionen keine mate-

rielle Änderung bezüglich Rechte und Pflichten vorgenommen hätten. Dies sei ein klares Indiz, dass die Parteien den bedienten Empfang nicht als geschuldete Nebenleistung der Vermieterin vereinbart hätten (act. 35 S. 9-12). Das Bestehen einer vertraglichen Vereinbarung aufgrund des jahrelangen Betriebs des bedienten Empfangs sei sodann vor dem Hintergrund der vereinbarten und gelebten Schriftlichkeit betreffend die Geschäftsmietverträge und deren Änderung zu Recht als nicht glaubhaft beurteilt worden (act. 35 S. 11-15).

7.1 Gesuche um vorsorgliche Massnahmen werden im summarischen Verfahren beurteilt (Art. 248 lit. d ZPO). Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO werden die notwendigen vorsorglichen Massnahmen angeordnet, wenn die gesuchstellende Partei sowohl das Bestehen ihres materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft macht. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1 m.H.).

7.2.1 Der vereinbarte Inhalt eines Vertrages wird im Streitfall durch richterliche Auslegung bestimmt. Im Prozess prüft das Gericht zunächst die wirkliche und gemeinsame Absicht der Parteien (subjektive Auslegung, Art. 18 Abs. 1 OR), gegebenenfalls empirisch auf der Grundlage von Indizien (BGE 140 III 86 E. 4.1 = Pra 103 (2014) Nr. 79). In prozessualer Hinsicht stellt der tatsächliche Wille eine innere Tatsache dar, welche keinem direkten Beweis zugänglich ist. Sie ist lediglich mittelbar durch Indizien beweisbar. Indizien in diesem Sinne bilden nicht nur der Wortlaut der Willenserklärungen, seien sie mündlich oder schriftlich, sondern auch ihr allgemeiner Kontext, das heisst alle Umstände, welche die Entdeckung des wirklichen Willens der Parteien im Zeitpunkt der Vertragsschlusses erlauben, seien es Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses abgegeben wurden oder das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss, das über ihren Willen Aufschluss geben kann. Was die Parteien beim Vertragsschluss gewusst, gewollt oder tatsächlich verstanden haben, ist Tatfrage; die tatsächliche Ermittlung des subjektiven Parteiwillens beruht auf Beweiswürdigung (vgl. BGE 144 III

93 E. 5.2.2 = Pra 108 (2019) Nr. 40, E. 5.2.2; BSK OR-I-Wiegand, 7. Aufl. 2020, Art. 18 N 25 ff.).

7.2.2 Erst wenn sich eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht feststellen lässt, weil die Beweise fehlen oder nicht überzeugen, oder wenn das Gericht feststellt, dass eine Partei den von der anderen erklärten Willen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht verstanden hat – was sich nicht bereits aus der blossen Tatsache ergibt, dass sie es im Verfahren behauptet, sondern aus der Beweiserhebung folgen muss –, ist der Vertrag nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen (objektive oder normative Auslegung). Dabei sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Gemäss diesem Prinzip ist nicht allein der innere Wille des Erklärenden, sich zu verpflichten massgebend; eine Verpflichtung zu seinen Lasten kann sich auch aus seinem Verhalten ergeben, sofern die andere Partei gestützt darauf nach Treu und Glauben auf eine Verpflichtung schliessen durfte. Das Vertrauensprinzip erlaubt es somit, eine Partei auf dem objektiven Sinn ihrer Erklärung oder ihres Verhaltens zu behaften, selbst wenn dies nicht ihrem inneren Willen entsprach. Relevant sind dabei einzig Umstände, die der Willenserklärung vorausgegangen sind oder diese begleitet haben, nicht aber nachträgliche Ereignisse. Die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensgrundsatz ist eine Rechtsfrage. Diese Frage ist allerdings auf Grundlage des Inhalts der Willenserklärung sowie der Umstände zu entscheiden, wobei es sich um Tatfragen handelt (BGE 144 III 93 E. 5.2.3 m.w.H. = Pra 108 (2019) Nr. 40).

7.3 Die Auslegungs- und die Formfrage sind zu trennen. Formbedürftige Rechtsgeschäfte sind nach denselben Grundsätzen auszulegen wie formfreie, das heisst, es ist nach den gesamten Umständen zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich gewollt haben oder – wenn sich dies nicht feststellen lässt – wie ihre Erklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen sind, ohne Rücksicht auf die Formvorschrift. Erst dann ist zu prüfen, ob und inwieweit der so ermittelte Vertragsinhalt unter dem Gesichtspunkt der (gesetzlich vorgeschriebenen oder vertraglich vereinbarten) Formvorschrift gilt (vgl. BGer 4A_265/2018 vom

3. September 2018 E. 2.1.1 m.w.H.; BGer 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017 E. 7).

8.1 Wenn auch der Wortlaut das primäre Willensindiz ist, kann sich die Vertragsauslegung nie allein mit dem Wortlaut begnügen (vgl. auch BSK OR-I-Wiegand, 7. Aufl. 2020, Art. 18 N 18, 25 ff.). Die Rüge der Mieterin, die Vorinstanz habe bei der Vertragsauslegung einzig auf den Wortlaut der Verträge abgestellt und alle weiteren Umstände erst in einem zweiten Schritt separat unter dem Blickwinkel einer stillschweigenden Vereinbarung geprüft (act. 26 S. 14), ist nach dem vorstehend Gesagten (vgl. Ziff. III.7.3) insoweit berechtigt.

8.2 Aus den vorinstanzlichen Erwägungen (act. 25 S. 10 ff.) ist sodann nicht klar, ob die Vorinstanz einen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen hinsichtlich des bedienten Empfangs geprüft – wie er von der Mieterin behauptet wurde (act. 1 S. 5) und wird (act. 26 S. 18) – oder ob sie eine Auslegung (auch) nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen hat; lediglich bezogen auf das Schreiben der Vermieterin vom 26. November 2014 wird beides erwähnt (vgl. act. 25 S. 14 f.).

9. Die Vorinstanz erkannte, dass die vertraglich statuierten Nebenkostenpositionen Zutrittskontrollsystem, Gebäudebewachung/Sicherheitsdienst und zentrale Anlieferung von Waren grundsätzlich von einem bedienten Empfang wahrgenommen werden könnten, verneinte jedoch das Vorhandensein von Indizien, wonach sie im konkreten Fall durch diesen auch sichergestellt werden müssten (act. 25 S. 12).

9.1 Der Empfang ist dem Zugang ins B._____ vorgelagert. Nach dem Empfang befindet sich das elektronische Türöffnungssystem. Zutritt zum nicht öffentlich zugänglichen Bereich des B._____ erhält man mit einem elektronischen Badge oder durch Einlassgewährung, wenn die Türöffnung elektronisch bedient wird (act. 1 S. 5 f.). Dass der bediente Empfang Teil des vertraglichen Zutrittskontrollsystems bildet, wie von der Mieterin geltend gemacht, ist in doppelter Hinsicht plausibel. Einerseits ist unbestritten, dass seit Mietbeginn im Jahre 2013 (gemäss Angaben der Mieterin vor Vorinstanz) bis August 2020 eine Zutrittskontrolle durch

diesen insoweit stattgefunden hat, als der bediente Empfang begriffsnotwendig und unbestritten Besucher empfangen, den Kontakt zum Nutzer hergestellt und dem Besucher schliesslich Zugang ins Gebäude gewährt hat (act. 1 S. 5), wozu er sich andererseits der technischen Anlagen bzw. Steuerungen zu bedienen hatte.

9.2 Bereits aus der Funktion eines bedienten Empfangs ergibt sich sodann, und dies hat die Vermieterin in der Gesuchsantwort (act. 7) nicht bestritten, dass die Besucher im Rahmen der Zutrittskontrolle nach dem Besuchsgrund und der Kontaktperson im B._____ befragt wurden, womit die von der Mieterin behauptete jahrelange rudimentäre Sicherheitsfunktion im Zusammenhang mit der Zutrittskontrolle (act. 1 S. 11), auch ohne eine eigentliche und von der Vermieterin in Abrede gestellte Personenkontrolle als solche (act. 7 S. 6), nicht von der Hand zu weisen ist. Die Behauptung der Vermieterin, wonach die Nebenkostenposition Gebäudebewachung/Sicherheitsdienst ausschliesslich die für die Bewachung des Gebäudes zuständige Sicherheitsfirma D._____ AG betreffe (act. 7 S. 5), blieb unbelegt, obschon dies z.B. mittels Vertrag möglich und zumutbar gewesen wäre.

9.3 Unbestritten ist sodann, dass der bediente Empfang seit Mietbeginn bis zu seiner Einstellung im August 2020, d.h. während mehr als sieben Jahre die Annahme von Postsendungen sichergestellt hat. Dass dies, wie die Vermieterin geltend machte, nur aus Goodwill erfolgt sein soll (act. 7 S. 7), überzeugt nicht. Sodann kann aus ihrem Vergleichsangebot, ein Regal für Postsendungen errichten zu lassen (act. 16 S. 6), auf das bisherige Fehlen eines solchen geschlossen werden, was nur erklärbar ist, wenn Aufgabe des bedienten Empfangs auch die Entgegennahme von Postsendungen war.

9.4 Nach dem Gesagten lässt sich der bediente Empfang wie er seit Mietbeginn betrieben wurde durchaus unter die vertraglichen Nebenleistungen der Verträge Nr. 1 und 2 vom 29. und 30. August 2019 subsumieren. Der weitere Umstand, dass der bediente Empfang beim erstmaligen Vertragsabschluss zwischen den Parteien im Dezember 2011 (vgl. act. 3/4 und act. 13/19) und bei Mietantritt bereits bestanden hatte und damit im Zeitpunkt des Abschlusses der vorliegend relevanten Vertragsversionen vom August 2019 über sieben Jahre lang ununterbrochen und auch danach bis Ende August 2020 von der Vermieterin betrie-

ben und von der Mieterin beansprucht worden war, lässt auf einen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien schliessen, wonach dieser Teil des mietvertraglichen Leistungspakets ist. Darauf muss sich die Vermieterin im Rahmen des vorliegend summarischen Verfahrens behaften lassen.

9.5 Gestützt wird diese Auslegung durch den weiteren Umstand, dass die Vermieterin unbestrittenermassen im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse auf ihrer Website verschiedene Vorteile des B._____ anpries, u.a. einen gesicherten Zugang mit Empfang werktags (act. 3/8). Wenn auch dieser nicht zu den essentialia negotii zählt und nicht die Tauglichkeit der eigentlichen Mietsache beschlägt (act. 7 S. 4 f.), ist er doch als Qualitätsmerkmal des Mietobjektes zu qualifizieren, vergleichbar beispielsweise mit dem Ausbaustandard, welcher grundsätzlich ebenfalls nicht explizit in den Mietverträgen aufgeführt wird. Somit ist nicht per se aussergewöhnlich, dass der bediente Empfang in den Mietverträgen nicht explizit aufgeführt wurde, wenn auch dies angesichts der von der Mieterin behaupteten Wichtigkeit für ihren Standortwechsel ins B._____ doch eher hätte erwartet werden dürfen.

9.6 Sodann gehen beide Parteien davon aus, dass mit den Vertragsversionen vom 29. und 30. August 2019 keine neuen Rechte und Pflichten statuiert wurden (act. 26 S. 4, act. 35 S. 10). Damit stellt die Vermieterin nicht in Abrede, dass die erwähnten Nebenleistungen Zutrittskontrollsystem, Gebäudebewachung/Sicherheitsdienst und zentrale Anlieferung von Waren nicht neu sind, was wiederum den Standpunkt der Mieterin stützt, wonach diese – im konkreten Fall erbracht durch den bedienten Empfang – von Anbeginn Teil des mietvertraglichen Leistungspakets waren (act. 1 S. 5). Deutlich wird das insbesondere am Beispiel des Zutrittskontrollsystems. Dass die Vermieterin ein solches zu gewährleisten hat (unabhängig von der Frage in welcher Form), hat sie nicht bestritten und ergibt sich auch aus der vorstehend erwähnten Bauweise bzw. dem abgesicherten Zugang ins Gebäude, obschon dieser Punkt weder in den ursprünglichen Verträgen noch in den Allgemeinen Bedingungen erwähnt ist (act. 13/19, act. 9/7) und beide Parteien wie gesagt davon ausgehen, dass mit den Vertragsversionen 2019 keine neuen Rechte und Pflichten stipuliert wurden (act. 26 S. 4 und act. 35

S. 10). Die Zutrittskontrolle der Besucher wurde während sieben Jahren durch den bedienten Empfang bewerkstelligt, mit welcher Eigenschaft die Vermieterin das Gebäude auf ihrer Website anpries, nämlich als gesicherten Zugang mit Empfang. Dies lässt den Schluss zu, dass die Parteien bereits beim Abschluss der ursprünglichen Verträge davon ausgegangen sind, dass der bediente Empfang Teil des mietvertraglichen Leistungspakets ist.

9.7 Die Argumentation der Vermieterin, welche einen fehlenden Bindungswillen behauptet und sich diesbezüglich insbesondere auf die fehlende Schriftlichkeit beruft, überzeugt nach dem vorstehend Gesagten nicht. Die Mietverträge wurden zwar stets schriftlich abgefasst (act. 3/3-5, act. 9/2-3), enthalten aber keine Gesamtvertragsklausel (entire agreement clause), welche ein Berufen auf nicht schriftlich Vereinbartes ausschliesst. Die Allgemeinen Bedingungen (act. 9/7 Ziff. 10.1) enthalten einen Schriftlichkeitsvorbehalt für spätere Änderungen. Das Gesagte schliesst ursprünglich stillschweigende Vereinbarungen über Nebenleistungen nicht aus (entgegen der Vorinstanz, die zumindest implizit zum gegenteiligen Schluss kommt, diesen aber nicht begründet, vgl. act. 25 S. 13). Selbst bei gegenteiliger Annahme stellte sich die Frage, ob ein Berufen auf den Formvorbehalt nach so vielen Jahren nicht rechtsmissbräuchlich wäre. Weiter erscheint die Behauptung der Vermieterin, die Dienstleistung des bedienten Empfangs sei zugunsten der Besucher erbracht worden, wenig plausibel, sind es doch primär Mieter, die davon profitieren.

10.1 Zusammenfassend erscheint aufgrund der vorstehend dargelegten Elemente glaubhaft, dass der bediente Empfang Teil des mietvertraglichen Leistungspakets bildet. Der Vertragswortlaut, worunter sich die effektiv ausgeübten Funktionen des bedienten Empfangs subsumieren lassen sowie die weiteren vorstehend dargelegten Anhaltspunkte (Ziff. III.9), insbesondere der seit Mietantritt und während Jahren betriebene bediente Empfang – seit 2014 durch die Vermieterin selber –, lassen im Rahmen der summarischen Prüfung auf einen diesbezüglich übereinstimmenden Parteiwillen schliessen. Im Rahmen des summarischen Verfahrens, in welchem die Glaubhaftmachung des Anspruchs genügt, ist die Mieterin gestützt auf die vorstehend dargelegten Umstände in ihrem Ver-

ständnis zu schützen; sie hat nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass der bediente Empfang Teil der mietvertraglich geschuldeten Leistung ist.

10.2 Damit ist die Berufung insoweit begründet. Dies präjudiziert den laufenden Hauptsachenprozess vor dem Bezirksgericht Bülach freilich nicht.

10.3 Wie das von der Mieterin immer wieder ins Feld geführte "Sicherheitskonzept" als solches vertraglich zu werten ist, kann angesichts des Gesagten offen bleiben und würde den Rahmen des vorliegenden Summarverfahrens ohnehin sprengen.

11. Ein Rechtsschutzinteresse am Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt weiter eine Gefährdungslage voraus, die der Gesuchsgegner durch sein Verhalten (dieses kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen) entstehen lässt, indem er den Anspruch bereits verletzt hat oder zu verletzen droht. Ein Verfügungsgrund ist erst dann gegeben, wenn die Vollstreckung des zu sichernden Rechts ohne den Erlass der Massnahme zumindest als gefährdet erscheint oder – speziell bei Gestaltungs- oder Feststellungsansprüchen – die Veränderung des bestehenden Zustandes zu einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für die gesuchstellende Partei führen würde; dabei spielt es keine Rolle, ob der Nachteil materieller oder immaterieller Natur ist. Der befürchtete Nachteil muss aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung völlig auszuschliessen wäre. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil liegt im Sinne des objektiven Kriteriums von vornherein nur dann vor, wenn ein rein ökonomischer Ausgleich keinen vollwertigen Ersatz begründet. Ist eine Verletzung des Anspruchs bereits eingetreten, ist es erforderlich, dass eine weitere Benachteiligung zu befürchten ist. Die Massnahme soll im Rahmen der Abwägung zwischen den Interessen des Gesuchstellers und denjenigen der Gegenpartei nicht weiter gehen als es zum vorläufigen Schutz des durch den Gesuchsteller glaubhaft gemachten Anspruchs notwendig ist (Verhältnismässigkeit; vgl. ZK ZPO-Huber, 3. A. 2016, Art. 261 N 18 ff. m.w.H.).

12.1 Zu den weiteren Anspruchsvoraussetzungen der beantragten vorsorglichen Massnahme machte die Mieterin vor Vorinstanz geltend, die per Ende

August 2020 erfolgte Schliessung des bedienten Empfangs stelle bei den vorliegend befristeten Mietverträgen eine grundsätzlich unzulässige Leistungsreduktion im Sinne von Art. 269d OR und damit eine Verletzung ihres zivilrechtlichen Anspruchs dar. Selbst wenn man die einseitige Vertragsanpassung als zulässig qualifizieren wollte, wären die zwingenden Frist- und Formvorschriften gemäss Art. 269 Abs. 3 OR und Art. 19 Abs. 1 lit b VMWG verletzt (act. 1 S. 7 - 10).

12.2 Hinsichtlich der Nachteilsprognose stellt sich die Mieterin auf den Standpunkt, das digitale Infoboard sei kein valabler Ersatz für den bedienten Empfang. Es laufe instabil und stürze wiederholt ab, weshalb Besucher die Nutzer nicht hätten erreichen können. Sodann stünden ihr mit 300 Mitarbeitern lediglich fünf Nummern zur Verfügung. Das sei einerseits zu wenig, andererseits könnten aus datenschutz- und sicherheitsrechtlichen Gründen nicht die Kontaktangaben sämtlicher Mitarbeiter öffentlich für jedermann auf dem Infoboard einsehbar gemacht werden. Diesen datenschutz- und sicherheitsrechtlichen Bedürfnissen habe die Vermieterin durch die Führung des bedienten Empfangs entsprochen (act. 1 S. 8, 10-12, act. 12 S. 5). Seit dessen Einstellung funktioniere auch die Postzustellung nicht mehr, sei es, dass der Adressat wegen technischer Probleme des Infoboards nicht habe erreicht werden können, sei es, dass es zu lange gedauert habe, bis er bei einer Mietfläche von 20'000m² und neun Etagen zum Empfang gelangt sei, weshalb Sendungen einfach vor den Haupteingang des B._____ deponiert worden seien. Für die Nutzer und insbesondere das E._____, welches regelmässig höchst sensitive, amtliche und fristauslösende Zustellungen erhalte, sei dies fatal. Diese erheblichen Nachteile liessen sich nicht durch die von der Vermieterin vorgebrachte Kosteneinsparung rechtfertigen. Angesichts der sicherheitsrechtlichen Risiken bestehe Dringlichkeit spätestens mit Ende der Home Office Pflicht (act. 1 S. 11 f., act. 12 S. 5, act. 26 S. 19 ff.). Im Rahmen des vor Vorinstanz nicht angeordneten zweiten Schriftenwechsels reichte die Mieterin eine E-Mail eines ihrer Nutzer vom 11. September 2020 als echtes Novum ein (act. 13/23 = act. 29/7 Blatt 1) und führte in diesem Zusammenhang aus, es bestehe seit der Einstellung des bedienten Empfangs ein Sicherheitsrisiko, weil beim Einlass durch die Schiebetüre auch Unbefugte ins B._____ gelangen könn-

ten und auch schon gelangt seien. Die Vermieterin sei vertraglich verpflichtet, ein funktionierendes Sicherheitskonzept zu betreiben (act. 12 S. 5).

13.1 Die Vermieterin bestreitet das Vorliegen einer einseitigen Vertragsänderung im Sinne von Art. 269d Abs. 3 OR. Sofern von einer Verpflichtung ihrerseits zum Betrieb des bedienten Empfangs ausgegangen werden würde, bestehe eine Verpflichtung zur Verwendung des gesetzlich vorgeschriebenen Formulars gemäss Art. 269d OR nur dann, wenn sich das bisherige Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung im Rahmen des Vertragsverhältnisses einseitig zu Lasten des Mieters verschiebe. Dies sei nicht der Fall. Mit dem Infoboard seien die massgeblichen Leistungen des bisherigen Empfangs, mithin die Kontaktherstellung zwischen Besucher und Mieter, vollumfänglich substituiert. Mit dem sich seit Januar 2020 in Betrieb befindlichen digitalen Infoboard mit Gegensprechanlage und sofern gewünscht mit Skype basierter Videoüberwachung habe sie eine zeitgemässe und moderne Lösung implementiert. Die grösste Mieterin, die F._____ AG, benutze dieses ohne Beanstandungen (act. 7 S. 7-9).

13.2 Die Meldung wonach das Infoboard einen halben Tag "down" gewesen sei, nehme sie ernst und sei bestrebt, solches zu vermeiden. Allerdings habe sie keine weiteren Meldungen über Systemabstürze erhalten. Dass das Infoboard instabil laufe, werde bestritten. Im Weiteren sei der Mieterin zuzumuten, sich so zu organisieren, dass nach der Kontaktaufnahme eines Besuchers über das Infoboard auf eine zentrale Nummer eine Weiterleitung durch einen Mitarbeiter innerhalb der Nutzer erfolge. Diese zentrale Nummer könne ohne Weiteres einem Nutzer zugeordnet werden, ohne dass spezifische Personendaten ersichtlich seien. Damit sei dem datenschutz- und sicherheitsrechtlichen Bedürfnis genüge getan. Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Zustellungen von Postsendungen oder Paketen bzw. ein allfälliges Fehlverhalten von Mitarbeitern der Lieferfirmen könne nicht der Vermieterin angelastet werden. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil sei nicht glaubhaft dargetan worden. Nachdem die Mieterin während des Lockdowns 2020 auf den bedienten Empfang habe verzichten können, ohne ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu stellen, sowie angesichts des funktionierenden digitalen Infoboards, seien die beantragen vorsorglichen Mass-

nahmen unverhältnismässig. Es sei der Mieterin zuzumuten, einen allfälligen richterlichen Entscheid in der Sache abzuwarten. Sie (die Beklagte) sei nicht vertraglich zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden Sicherheitskonzeptes verpflichtet (act. 7 S. 9 f., act. 16 S. 5-7, act. 35 S. 15 ff.).

14.1 Die Vermieterin kündigte der Mieterin mit Schreiben vom 13. Dezember 2019 an, dass der bediente Empfang wegen rückläufiger Nutzung per 1. Februar 2020 geschlossen und durch ein digitales Infoboard ersetzt werde. Der Empfang wurde aktenkundig aufgrund der Corona Massnahmen per 17. März 2020 geschlossen, womit sich die Mieterin einverstanden erklärt hatte, solange die Mitarbeiter massnahmenbedingt im Home Office seien. Ab Mitte Juni 2020 wurde der bediente Empfang wieder besetzt. Nachdem sich die Parteien weder an der Schlichtungsverhandlung vom 29. Juni 2020 noch aussergerichtlich einigen können, wurde der bediente Empfang definitiv per Ende August 2020 eingestellt (vgl. act. 3/14, act. 3/16 f., act. 1 S. 8 f.).

Der bediente Empfang wurde im Rahmen des vorliegenden Summarverfahrens als Bestandteil des mietvertraglichen Leistungspakets qualifiziert, in dem Umfang, in welchem er während Jahren betrieben und genutzt wurde (vgl. vorstehend Ziff. III.9) und nicht beschränkt auf das persönliche Begrüssen der Besucher (vgl. act. 7 S. 8). Die Schliessung des bedienten Empfangs stellt eine einseitige Vertragsänderung zulasten der Mieterin dar; das digitale Infoboard vermag die Dienstleistungen des bedienten Empfangs, insbesondere auch die Entgegennahme von Postsendungen, nicht zu ersetzen. Das Austauschverhältnis zwischen den vertraglichen Leistungen wurde verändert, sodass ohne Weiteres von einer einseitigen Vertragsänderung im Sinne von Art. 269d Abs. 3 OR ausgegangen werden kann. Eine solche ist jedoch bei – wie im vorliegenden Fall – befristeten Mietverträgen ausgeschlossen (vgl. BGE 139 III 145 E. 4.2.3 = Pra 102 (2013) Nr. 96; BGE 128 III 419 E. 2.4.1; BSK OR-I-Weber, 7. A. 2020, N 1 zu Art. 269d).

14.2 Zwar wäre der Mieterin zuzumuten, nach der Kontaktaufnahme ihrer Besucher über das Infoboard auf eine zentrale Nummer eine Weiterleitung durch einen Mitarbeiter innerhalb der Nutzer zu organisieren. Auch könnte sie wegen der geltend gemachten Sicherheitsbedenken dafür besorgt sein, dass ihre jeweili-

gen Nutzer die Besucher hernach persönlich empfangen und nicht per Fernsteuerung ins B. _____ lassen. Allerdings hat sie keinen Einfluss darauf, wie die anderen Mieter im Gebäude diesen Einlass- und schliesslich Sicherheitsaspekt handhaben, welcher bis anhin für alle Mieter vom bedienten Empfang wahrgenommen wurde. Gemäss Mail vom Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) an das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) vom 11. September 2020 sind gleichentags im Rahmen der Öffnung der Schiebetüre Unbefugte ins Gebäude gelangt (act. 13/23 = act. 29/7). Im gleichen Mail ist sodann ein Vorfall erwähnt, wonach eine an das E. _____ adressierte Postsendung von ausländischen Behörden im öffentlich zugänglichen Bereich deponiert wurde. Diese Vorfälle sind unbestritten (act. 16 S. 6). Zwar kann der Vermieterin, wie von ihr zu Recht moniert, ein Fehlverhalten von Mitarbeitern der Post nicht angelastet werden. Allerdings war bis zur Schliessung des bedienten Empfangs eine funktionierende Postzustellung für die Mieterschaft gewährleistet. Die Veränderung des bestehenden Zustandes hat zu einem drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Mieterin geführt und weitere Benachteiligung dieser Art sind zu befürchten, welche auch durch einen finanziellen Ausgleich nicht ersetzt werden könnten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Mieterin mit der temporären Schliessung des Empfangs während des Lockdowns im Frühling 2020 einverstanden war, hat sie doch ihr Massnahmenbegehren noch vor der definitiven Einstellung des bedienten Empfangs gestellt (act. 1) und war der Grund für ihr damaliges Einverständnis die damalige ausserordentliche Situation gewesen. Es erscheint sodann auch verhältnismässig, die Vermieterin bis zum Vorliegen eines definitiven richterlichen Entscheids über den behaupteten Anspruch (vgl. Ziff. I.4) zu verpflichten, den bedienten (baulich und technisch vorbestehenden) Empfang weiter zu führen bzw. wieder aufzunehmen.

14.3 Erst mit Abschluss des Hauptprozesses wird sich zeigen, ob die vorsorglichen Massnahmen gerechtfertigt waren oder nicht. Im letzteren Fall wäre die Mieterin grundsätzlich verpflichtet, den Schaden bzw. finanziellen Aufwand, der der Vermieterin durch den Vollzug der Massnahme entstanden ist, zu ersetzen (Art. 264 ZPO).

15. Die Berufung ist nach dem Gesagten begründet und gutzuheissen. Die Vermieterin ist vorsorglich zu verpflichten, die Dienstleistung des bedienten Empfangs zu Bürozeiten von 08:00 Uhr bis 17:00 Uhr im B._____ in ... Zürich-A._____, Bezirk Bülach, aufrechtzuerhalten bzw. wieder aufzunehmen und zwar bis zu einem definitiven gerichtlichen Entscheid über die Rechtmässigkeit der Einstellung dieser Dienstleistung. Dieser Befehl ergeht in Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Falle der Nichtbefolgung durch die Vermieterin.

IV.

1. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Vermieterin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.1 Die vorinstanzliche Entscheidgebühr in Höhe von Fr. 2'600.– (act. 25 Dispositiv-Ziff. 2) wurde nicht beanstandet. Dabei hat es sein Bewenden. Die Mieterin obsiegt mit ihrem Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils (Dispositiv-Ziff. 1, act. 25) und Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahme. Die Entscheidgebühr des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 2'600.– ist daher der unterliegenden Vermieterin (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO) aufzuerlegen.

2.2 Die Parteientschädigung, welche die Vermieterin der Mieterin zu bezahlen hat, berechnet sich nach Massgabe des Streitwertes von Fr. 40'000.– (vgl. act. 25 S. 15 f.) und ist für das erstinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 3, § 9 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'900.– (zzgl. 7,7% MwSt., total Fr. 3'123.30) festzusetzen.

3.1 Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist beim vorerwähnten Streitwert in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 3 sowie § 8 Abs. 1 GerGebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

3.2 Überdies ist die Vermieterin zu verpflichten, der Mieterin für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3, § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 2'711.– (zzgl. 7,7%

MwSt., total Fr. 2'919.75) zu bezahlen. Im Berufungsverfahren wurde kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet noch war mangels Noven ein solcher nötig, weshalb entsprechender Aufwand nicht zu entschädigen ist.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung der Berufungsklägerin werden die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 3. Februar 2021 aufgehoben.

2. Die Vermieterin wird vorsorglich verpflichtet, die Dienstleistung des bedienten Empfangs zu den Bürozeiten von 08:00 Uhr bis 17:00 Uhr im B. _____ in ... Zürich-A. _____, Bezirk Bülach, aufrechtzuerhalten bzw. wieder aufzunehmen bis zu einem definitiven gerichtlichen Entscheid über die Rechtmässigkeit der Einstellung dieser Dienstleistung.

3. Der Befehl gemäss Ziff. 2 vorstehend ergeht unter der Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Falle der Nichtbefolgung durch die Vermieterin.

Art. 292 StGB lautet wie folgt:

„Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.“

4. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr in Höhe von Fr. 2'600.– wird bestätigt.

5. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Berufungsbeklagten auferlegt.

6. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'900.– (zzgl. 7,7% MwSt., total Fr. 3'123.30) zu bezahlen.

7. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

8. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Berufungsbeklagten auferlegt und von dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.– bezogen. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin diesen Betrag zu erstatten.

9. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Rechtsmittelverfahren eine Entschädigung von Fr. 2'711.– (zzgl. 7,7% MwSt., total Fr. 2'919.75) zu bezahlen.

10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 41, sowie an das Einzelgericht des Bezirksamtes Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

11. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
9. Juli 2021