

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG140011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 1. Juni 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Uster vom 22. Oktober 2014
(MD120001)

Rechtsbegehren:

– des Klägers (act. 2 S. 2):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 99'800.00, zzgl. Zins zu 5% seit dem 01.10.2011, zu bezahlen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zu Lasten der Beklagten."

Erweitertes Rechtsbegehren (act. 26 S. 1):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 112'700, zzgl. Zins zu 5% seit dem 01.10.2011, zu bezahlen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolge (einschliesslich Friedensrichter-Kosten) zzgl. MWST zu Lasten der Beklagten."

– der Beklagten (act. 13 S. 2):

- "1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Der Kläger sei zu verpflichten, Sicherheit für die Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'000.– zu leisten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich MwSt., zulasten des Klägers."

Urteil des Mietgerichts Uster (Kollegialgericht) vom 22. Oktober 2014:

(act. 89 S. 45 f. = act. 92 S. 45 f. = act. 94 S. 45 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 12'000.00 die Barauslagen betragen:
Fr. 310.00 Zeugenentschädigungen
Fr. 1'150.00 Übersetzungskosten
Fr. 13'460.00 total Gerichtskosten
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit den von den Parteien im Verfahren geleisteten Vorschüssen verrechnet.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 24'000.-- zu bezahlen. Zudem hat der Kläger der Beklagten deren Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00 zu ersetzen.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage].

Berufungsanträge:

(act. 93 S. 2)

"Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 22. Oktober 2014 sei aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zwecks Fortsetzung des Hauptverfahrens zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) mietete ab dem 1. September 2010 eine zirka 90m² Gewerbefläche (im Rohbau) von der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte). Die Beklagte hatte ihrerseits die entsprechenden Räumlichkeiten von der C._____ AG im 3. Obergeschoss an der ...strasse ... in D._____ gemietet. Die Beklagte betrieb darin den Club ..., der Kläger mietete die genannte Fläche zum Betrieb eines Bistros (Prot. Vi S. 10 und 12; act. 2 Rz. 7; act. 13 Rz. 7-11; act. 85 Rz. 2 f.; act. 93 Rz. 5; act. 92 S. 2 und 6). Für die Planung des Bistros wurde der Architekt E._____ beigezogen. Auf das Abfassen schriftlicher Verträge wurde verzichtet.

Das Baugesuch für das Bistro datiert vom 6. Mai 2009. Dieses, sowie die beigelegten Pläne, wurden von der Grundeigentümerin C. _____ AG, der Beklagten als Gesuchstellerin resp. Bauherrin und dem Architekten E. _____ als Projektverfasser unterzeichnet (act. 15/2). Die Baubewilligung für das Bistro wurde mit Verfügung vom 29. Juni 2009 erteilt (act. 15/3). Davon erhielt der Kläger von der Beklagten resp. deren Geschäftsführer F. _____ mündliche Mitteilung (act. 26 Rz. 72; act. 85 Rz. 16). Mit Rechnung vom 10. Februar 2010 kaufte der Kläger u.a. einen Kochherd und baute diesen in der Bistroküche ein (act. 28/24). Nach der feuerpolizeilichen Kontrolle am 25. Oktober 2010 erging am 22. Dezember 2010 ein Nutzungsverbot für die Küche, weil, wie sich herausstellte, in der Bistroküche ein Herd eingebaut war, welcher von der Baubewilligung nicht erfasst war (act. 5/4; act. 15/5). Der Kläger erfuhr vom Nutzungsverbot der Küche (act. 5/4) durch G. _____, dem Hauswart der Grundeigentümerin (act. 2 Rz. 9; act. 13 Rz. 27 und 74; act. 84 S. 6; act. 85 Rz. 24). In der Folge blieb der Betrieb des Bistros bzw. der Küche eingestellt. Das Untermietverhältnis der Parteien endete durch Kündigung seitens des Klägers am 31. März 2012 (act. 2 Rz. 33; act. 5/21; act. 13 Rz. 128).

2. Der Kläger verlangt von der Beklagten den Ersatz des Schadens, welcher ihm durch Vertragsverletzung entstanden sei (act. 2 Rz. 25; act. 26 Rz. 82-83; act. 85 Rz. 1). In der Klagebegründung stützte der Kläger seinen Anspruch auf die Haftung resp. Verantwortung der Beklagten für die Tauglichkeit des Mietobjekts zum Betrieb als Bistro mit Herd. Als Schaden machte er den entgangenen Gewinn geltend und verlangte zudem die Entschädigung des Zeitwerts der Installationen (act. 2 Rz. 10, 16, 21, 26 und 35). In der Replik erweiterte der Kläger seine Anspruchsgrundlage. Er stützte seine Ansprüche darauf, dass die Beklagte als angebliche Treuhänderin ihre Rechenschafts- und Treuepflicht verletzt habe. Zudem habe sie als Untervermieterin ihre Pflicht zur Überlassung der Mietsache im zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand und ihre Informations- sowie Mitwirkungspflichten zur Erstellung des regelkonformen Zustandes der Mietsache verletzt (act. 26 Rz. 73 ff.).

II.

1. Mit Eingabe vom 27. Januar 2012 – unter Beilage der Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirks Uster vom 12. Dezember 2011 – erhob der Kläger Klage beim Mietgericht Uster (fortan Vorinstanz) mit dem vorstehend aufgeführten Rechtsbegehren (act. 1-2). Die schriftliche Klageantwort der Beklagten datiert vom 17. April 2012 (act. 13). Die Replik mit dem eingangs wiedergegebenen erweiterten Rechtsbegehren erstattete der Kläger anlässlich der auf den 13. Juli 2012 anberaumten Hauptverhandlung (Prot. Vi S. 8 ff.; act. 26). In der Folge beschränkte die Vorinstanz das Verfahren einstweilen auf die Fragen des Inhalts des Mietvertrages, des Vertragsverhältnisses mit dem Architekten E. _____ und der Baubewilligung des Bistros mit oder ohne Herd (Prot. Vi S. 12). Die Beklagte erstattete ihre (entsprechend eingeschränkte) Duplik und der Kläger erhielt die Gelegenheit zur Stellungnahme dazu (Prot. Vi S. 8-17). Anlässlich der Hauptverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt. Mit Schreiben vom 24. Juli 2012 wurde der Vergleich von der Beklagten widerrufen (Prot. S. 17-19; act. 30-31). Am 14. Januar 2013, 10. April 2013, 26. August 2013 und 31. Januar 2014 wurden Beweisverhandlungen mit Zeugen- bzw. Parteieinvernahmen durchgeführt (Prot. Vi. S. 27, 30 f., 33 und 39 f.). Die Schlussvorträge wurden von den Parteien am 3. resp. 17. März 2014 schriftlich erstattet (act. 84-85). Mit Urteil vom 22. Oktober 2014 entschied die Vorinstanz über die Klage im obgenannten Sinne (act. 89 S. 45 f.).

2. Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 22. Oktober 2014 erhob der Kläger mit Eingabe vom 24. November 2014 rechtzeitig Berufung, wobei er die eingangs genannten Rechtsmittelanträge stellte (act. 93). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-90). Mit Verfügung der Kammer vom 26. November 2014 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Der Kläger leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 95-97).

3. Da sich die Berufung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Gegenpartei ist lediglich ein Doppel der Beru-

fungsschrift zuzustellen. Auf die Vorbringen des Klägers ist nachfolgend – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

III.

1. Im streitgegenständlichen (ordentlichen) Verfahren gelten die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime (vgl. Art. 247 i.V.m. Art. 243 Abs. 1 und 2 lit. c ZPO e contrario, Art. 55 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 ZPO).

2.1. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle darf sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung auferlegen (vgl. auch Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 10).

2.2.1. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich und begründet einzureichen. Enthält die Berufungsschrift keine Begründung, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Ist die Begründung nicht geradezu ungenügend, aber in der Substanz mangelhaft, lässt dies das Eintreten auf die Berufung zwar unberührt, kann sich aber in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken. Es genügt nicht, in der Berufungsschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss das vor der Vorinstanz bereits Vorgebrachte (und von ihr Diskutierte) zu wiederholen. Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen und substantiiert mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung resp. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll (vgl. zum Ganzen etwa Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 29-31, N 36-39 und N 44; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Kom-

mentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 36 f.; ZR 110/2011 S. 246; vgl. OGer ZH, LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 f., jeweils mit zahlreichen Verweisen).

2.2.2. Soweit der Kläger in seiner Berufungsschrift den Sachverhalt aus seiner Sicht schildert (insbes. act. 93 Rz. 5-10, 13, 15, 23, 53, 55-57, 60, 66) und vorinstanzliche Erwägungen wiedergibt (insbes. act. 93 Rz. 11-12, 14, 24), ohne konkret darzutun, inwieweit die vorinstanzlichen Erwägungen von seiner Sicht abweichen, seiner Ansicht nach nicht zutreffen und was er daraus für sich ableitet, genügt er den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht. Auf diese Ausführungen ist nicht weiter einzugehen.

2.3. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). In prozessualer Hinsicht hat eine Partei, welche neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz (und der Gegenpartei) jeweils darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 14 f., ZK ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 49; siehe auch OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweist sich die Berufung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet und bleiben diese insofern unbeachtlich.

IV.

A. Unbestrittenes

Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger die Erwägungen der Vorinstanz zum Zweck der Miete resp. Inhalt des Mietvertrages in seiner Berufungsschrift nicht bestreitet. In Übereinstimmung mit den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen

ist daher vom Vorliegen einer Rohbau(unter-)miete zwischen den Parteien auszugehen, mit der mietvertraglich vereinbarten Pflicht der Beklagten, dem Kläger das Mietobjekt in einem für den Ausbau zu einer Verpflegungseinrichtung namens Bistro geeigneten Zustand zu übergeben. Konkrete Vorgaben der Beklagten für die Ausgestaltung der Verpflegungseinrichtung (Einbau eines Herds oder nicht) bestanden gemäss Untermietvertrag nicht. Planung, Bau und Betrieb des Bistros waren vertraglich zur Sache des Klägers gemacht worden (vgl. act. 92 S. 6 und 21).

B. Vertragsverhältnis zum Architekten

1. Die Vorinstanz erwog, das Hauptproblem bestehe darin, dass der Kläger sich für eine Küche mit Kochherd entschieden habe und davon ausgegangen sei, dass entsprechende Pläne zur (Bau-)Bewilligung eingereicht sowie genehmigt worden seien. Bei Vorliegen einer Rohbaumiete sei grundsätzlich der Mieter/Kläger für den Mieterausbau bzw. die Ausführung der entsprechenden Arbeiten verantwortlich. Er trage dementsprechend die Verantwortung für all seine für den Ausbau beigezogenen Hilfspersonen, wie Architekt und Handwerker. Ein zwischen dem Kläger und den Hilfspersonen eingetretenes Kommunikationsversagen könne dem/der am Mieterausbau unbeteiligten Vermieter/Beklagten nicht angelastet werden. Zwischen den Parteien hätte Uneinigkeit darüber bestanden, in wessen Auftrag E._____ die Bistropäne erstellt hatte und wer für deren korrekte Eingabe bei der Baubehörde verantwortlich gewesen war. Die Vorinstanz kam im Rahmen der Beweiswürdigung zum Schluss, dass von einem zwischen dem Kläger und dem Architekten E._____ bestehenden Vertragsverhältnis auszugehen sei (act. 92 S. 21-23, 34).

2.1. Der Kläger bringt vor, der Architekt habe hinsichtlich der Erstellung der Pläne unbestrittenermassen mit ihm zusammengearbeitet. Nach einer Besprechung mit der vom Lebensmittelinspektorat empfohlenen externen Beraterin, Frau H._____, habe sich der Architekt allerdings von seinen Vorgaben gelöst und sei aufgrund des Rats von Frau H._____ zur Auffassung gelangt, man könne u.a. den Kochherd weglassen. Für ihn sei klar geblieben, dass die Küche einen Kochherd brauche. Entscheidend sei sein Wille als interner Projektleiter gewesen. Die auf-

grund der Aussagen des Architekten vorgenommene vorinstanzliche Interpretation des Gesprächs mit Frau H._____ als "das entscheidende Gespräch für die Endversion der Pläne" sei aus der Luft gegriffen und durch die aktenkundigen Fakten nicht ausgewiesen. Der Kläger moniert in diesem Zusammenhang, dass die Vorinstanz aus seiner Bestätigung, es sei eine Planänderung mit der Beraterin H._____ diskutiert worden, seine implizite Zustimmung zur Planänderung ableite resp. von einem entsprechenden Beschluss anlässlich des Gesprächs ausgehe. Dass ein solcher nicht vorgelegen habe, indiziere schon der durch ihn vorgenommene Einbau der Küche mit Kochherd (act. 93 Rz. 15-16, 21-22).

2.2. Abgesehen davon, dass es sich bei der pauschalen Rüge des Klägers, die vorinstanzlichen Erwägungen seien "aus der Luft gegriffen" und "durch die aktenkundigen Fakten nicht ausgewiesen" um appellatorische Kritik handelt, welche den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht genügt, verkennt der Kläger auch den Zusammenhang der vorinstanzlichen Erwägungen. Die Ausführungen der Vorinstanz zum Gespräch mit Frau H._____ waren im Rahmen der Beweiswürdigung zur Frage, mit wem der Architekt E._____ in einem Vertragsverhältnis stand, erfolgt: Die Erwägungen der Vorinstanz zielen in diesem Zusammenhang darauf, wer bei den Gesprächen – gestützt auf welche der Architekt schliesslich seine der Baueingabe zugrundeliegende "Endversion" der Pläne entworfen hat – anwesend war. Ob die "Endversion der Pläne" in zulässiger oder nicht zulässiger Weise mit (impliziter) Zustimmung des Klägers erstellt wurden oder nicht, war an der vom Kläger beanstandeten Stelle nicht Gegenstand der vorinstanzlichen Ausführungen (vgl. act. 92 S. 29). Die Beanstandungen des Klägers sind damit unbehelflich; sie zielen an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei resp. reissen diese aus dem Zusammenhang der vorinstanzlichen Begründung.

3.1. Der Kläger bringt weiter vor, die Vorinstanz habe befunden, dass er sich die in der Faxübermittlung vom Architekten unterbreitete Planvariante als verbindlich anrechnen lassen müsse, weil eine Nachrichtenübermittlung gemäss Fax-Sendebericht effektiv stattgefunden habe. Der Kläger wendet unter Hinweis darauf, dass der Architekt ihm eine neue provisorische resp. grobe Planskizze gefaxt habe,

ein, er hätte selbst bei Kenntnisnahme der Faxnachricht nach Treu und Glauben nicht annehmen müssen, der Architekt werde sein Schweigen auf die Nachricht als verbindliche Zusage resp. Zustimmung interpretieren. Konkret rügt er, dass die Vorinstanz ihn darauf behaftet habe, mit seiner blossen Bestätigung der Diskussion über eine Planänderung mit der Beraterin H._____ resp. seinem Schweigen auf den Ideenskizzen-Fax stillschweigend seine Zustimmung zur Planänderung gegeben zu haben (act. 93 Rz. 17-18, 20-21).

3.2. Auch hier reisst der Kläger die vorinstanzlichen Erwägungen im Rahmen seiner Beanstandungen aus dem Zusammenhang. Die vorinstanzlichen Erwägungen erfolgten wiederum zur Frage, mit wem der Architekt in einem Vertragsverhältnis stand. Es kann keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz den Kläger auf seine stillschweigende Zustimmung "behaftet" hat. Sie führte lediglich aus, angesichts des Sendebereichs sei von der Zustellung sowie Kenntnisnahme des Klägers von den abgeänderten Plänen auszugehen. Der Architekt habe mangels Reaktion des Klägers auf dessen Zustimmung geschlossen und keine Veranlassung gehabt, an der Zustellung zu zweifeln, immerhin habe er die Bestätigung im Sendebereich gehabt und die Kommunikationsart sei mit dem Kläger nur wenige Tage zuvor erfolgreich praktiziert worden. Es lasse nicht automatisch auf ein nicht bestehendes Vertragsverhältnis schliessen, dass E._____ keine ausdrückliche (Plan-)Genehmigung vom Kläger eingeholt habe (vgl. act. 92 S. 32). Aus seinen Vorbringen kann der Kläger folglich nichts für sich gewinnen.

4.1. Des Weiteren beanstandet der Kläger zusammengefasst, dass die Vorinstanz in den Tatsachen, gemäss denen die Pläne nicht ihm abgeliefert worden seien, er das Baugesuch mit den beigelegten Plänen nicht gesehen habe und er keine Kopie der Baubewilligung erhalten habe, keine schlüssigen Indizien für ein Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Architekten gesehen habe. Diese Tatsachen liessen sich nur damit erklären, dass der Architekt die Beklagte als Auftraggeber betrachtet habe. Gegen ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Architekten spreche auch nicht, dass er gemäss Mietvertrag die Pläne inhaltlich habe bestimmen dürfen und für deren Herstellung habe bezahlen müssen (act. 93 Rz. 19-20, 26-27, vgl. auch act. 93 Rz. 31 und 36). Zudem habe die Vor-

instanz – obwohl von ihm in seinem Schlussvortrag einlässlich thematisiert – im Zusammenhang mit der Frage des Auftraggebers des Architekten keine Rechenschaft darüber abgelegt, wer dem Architekten die Zeitvorgaben ("rassig") für die Planerstellung gegeben habe. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber den Zeitrahmen für den Dienstleister vorgebe. Der zeitliche Druck sei von der Beklagten ausgegangen, sicherlich nicht von ihm (act. 93 Rz. 25).

4.2. Vorauszuschicken ist, dass die Entscheidbegründung kurz die wesentlichen Überlegungen nennen muss, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Es ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt (vgl. statt vieler BGE 133 III 439 E. 3.3). Diesen Anforderungen ist die Vorinstanz in Bezug auf die Frage des Vertragsverhältnisses mit dem Architekten E. _____ – wie es der Kläger selber nennt "in extensiver Erörterung" über 14 Seiten des Urteils – nachgekommen. Sie hat sich insbesondere auch zur Aussage von E. _____, dass es "rassig" habe gehen müssen, und den klägerischen Entgegnungen dazu geäußert (vgl. act. 92 S. 21-34; act. 93 Rz. 12). Damit setzt sich der Kläger zum einen in seiner Berufungsschrift nicht auseinander. Zum anderen erscheint eine weitere Erörterung der Frage, wer dem Architekten den Zeitrahmen vorgab, nicht als angezeigt. Die Vorinstanz hat in nachvollziehbarer und zutreffender Würdigung der Beweise dargelegt, dass alle charakteristischen Merkmale für die Annahme eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Architekten zu finden seien. Auch legte die Vorinstanz dar, worin der Antrag des Klägers zum Vertragsschluss und die Annahme des Architekten zu sehen seien (act. 92 S. 29). Die vom Architekten erstellten Pläne wurden dem Kläger per Fax zugestellt. Eine Zustellung erfolgte zunächst am 16. März 2009, die geänderten Pläne wurden dem Kläger am 22. März 2009 zugestellt (act. 92 S. 29 und 32). Auf diesen Plänen basieren die Baugesuchsunterlagen (act. 15/2; act. 44/6). In Anbetracht all dessen deutet die Tatsache, dass der Kläger das Baugesuch mit Plänen und die Baubewilligung nicht eingesehen hat, nicht zwingend auf den Vertragsschluss zwischen der Beklagten und dem Architekten hin, sondern vielmehr auf ein Versäumnis des Architekten resp. des Klägers selber.

5. Zusammengefasst ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass von einem Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Architekten E. _____ auszugehen ist.

C. Treuhänderische Funktion der Beklagten

1. Der Kläger bringt sodann vor, dass im Verhältnis zwischen den Parteien und dem Architekten nicht entscheidend sei, welche der Parteien der Auftraggeber unter dem Architekturvertrag gewesen sei. Auch sei letztlich das von der Vorinstanz kolportierte Kommunikationsversagen zwischen ihm und dem Architekten irrelevant. Gleichermassen führt er aus, es könne dahingestellt bleiben, welche Informationspflichten auch immer unter was für einem Architektenvertrag bestanden haben mögen und aus welchen Gründen und Motiven die Beklagte als Gesuchstellerin der Baueingabe aufgetreten sei. Vielmehr komme es darauf an, dass die Beklagte – indem sie selbst als Gesuchstellerin bei der Einholung der behördlichen Bewilligungen für den Mieterausbau agiert habe und habe agieren wollen – eine Aufgabe oder Dienstleistung im Interessensbereich des Mieters übernommen habe. Die Geschäftsbesorgungsaufgabe habe sich inhaltlich aus dem Mietvertrag ergeben. Er habe dies vor Vorinstanz (untechnisch) als Treuhandverhältnis charakterisiert, gemeint habe er ein Auftragsverhältnis. Aus dem Mietvertrag in Verbindung mit der Übernahme des Mandats zur Vertretung im Baubewilligungsverfahren leitet der Kläger sodann diverse Pflichten resp. Pflichtverletzungen der Beklagten ab: So habe sich die Beklagte pflichtwidrig nicht um die Genehmigung der Innenausbaupläne durch ihn gekümmert. Sie habe es versäumt, ihm die Baubewilligung in Schriftform zu übergeben resp. sie ihm vorenthalten, obwohl sie von der Nichtzustellung durch den Architekten gewusst habe. Mit der mündlichen Mitteilung, dass die Baubewilligung erteilt worden sei, habe die Beklagte ihre aktive Informationspflicht nicht erfüllt, vor allem weil sie ihm schon die Baupläne nicht zugestellt habe und diese nicht von ihm habe genehmigen lassen. Aufgrund dieser Versäumnisse habe sie – obwohl er projektverantwortlich für das Bistro gewesen sei – die Verantwortung für den bewilligungskonformen Vollzug des Projekts behalten und es pflichtwidrig versäumt, ihn auf die Diskrepanz zwischen der Bauausführung und der Baubewilligung hinzuweisen (vgl. act. 93 Rz. 30 S. 13,

Rz. 32-34, 38, 43, 45, 47-48, 52; vgl. auch die Zusammenfassung in act. 93 Rz. 68, S. 25-26). Der Kläger moniert, die Vorinstanz habe die Frage, ob eine Form der Treuhand im Sinne des Auftrages vorgelegen habe, faktisch offen gelassen und sich mit Inhalt sowie Rechtswirkungen des Auftrages bzw. den aus dem Auftragsverhältnis resultierenden Sorgfaltspflichten nicht auseinandergesetzt (act. 93 Rz. 44).

2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass es nicht darauf ankommt, ob der Kläger vor Vorinstanz von einem Treuhandverhältnis oder von einem Auftrag gesprochen hat. Ebenso kann die Beklagte – wie es der Kläger beabsichtigt (act. 93 Rz. 43) – nicht auf ihre Wortwahl, sie habe die Pläne entgegengenommen und "im Auftrag" des Klägers zwecks Einreichung der Baubewilligung unterschrieben, behaftet werden (act. 13 Rz. 22). Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen verpflichtet das Gericht, die zutreffenden Rechtssätze auf den Sachverhalt anzuwenden, wie er unter der Herrschaft der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime von den Parteien behauptet und bewiesen worden ist (BGE 115 II 464 E. 1). Die Beklagte stützte sich vor Vorinstanz wiederholt darauf, dass der Kläger das Mietobjekt im Rohbau gemietet habe; zusammengefasst brachte sie zu den klägerischen Behauptungen vor, der Ausbau etc. sei Sache des Klägers gewesen, sie habe den Bewilligungsprozess nicht kontrolliert, dies seien der Kläger und sein Architekt gewesen. Sie habe alle vertraglichen Pflichten erfüllt, insbesondere Ausbaurbeiten des Klägers zugelassen und bewilligt, sowie die ihr obliegenden Pflichten betreffend die öffentlichen Vorschriften und Auflagen erfüllt. Es sei ihr keine Pflicht zugekommen, den Kläger aufzuklären, und sie habe dies auch nicht versäumt (act. 13 Rz. 25 ff., 70 ff.). Die Vorinstanz setzte sich sehr wohl mit den klägerischen Behauptungen betreffend eine treuhänderische Funktion der Beklagten resp. die aus ihrer Verantwortung als Bauherrin und Vermieterin ergebenden Pflichten auseinander. Sie ging auf die Behauptungen des Klägers ein, kam allerdings in zutreffender Weise zum Schluss, dass *sich nur ein Vertragsverhältnis über eine Rohbaufläche mit vermierterseitiger Pflicht zur Bewilligung des Ausbaus der Räumlichkeiten zu einer Verpflegungseinrichtung namens Bistro habe beweisen lassen. Die Mieterausbauten (mitunter Planung und Bau des Bistros) seien vertraglich zur Sache des Klägers gemacht worden, welcher dazu ein Vertrags-*

verhältnis mit dem Architekten E._____ eingegangen sei. Mit Entgegennahme sowie Unterzeichnung des Baugesuches und der Einreichung der dazugehörigen Pläne bei den Behörden habe die Beklagte ihre Pflichten erfüllt, es habe sie (daraus) keine Pflicht zur Prüfung der Pläne, Kontrolle der Mieterausbauten und Einhaltung der Bauvorschriften getroffen. Bezüglich der Einhaltung der Bauvorschriften lasse sich nur eine Verantwortung von ihr gegenüber den Behörden ableiten. Bei Mieterausbauten sei primär der Mieter für die Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften zuständig. Der Kläger habe als Baufachmann die Konsequenzen seiner Nachlässigkeit (dass er sich die Baubewilligung nicht schriftlich hat geben lassen) selber zu tragen (act. 92 S. 21, 35 ff. und 38 ff.).

2.2. Auf die sorgfältigen und insgesamt zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz kann vollumfänglich verwiesen werden. Hervorhebend bzw. ergänzend ist anzufügen, dass der Mieterausbau inklusive Einholung der Baubewilligungen bei Vorliegen einer Rohbaumiete grundsätzlich Sache des Mieters ist. Soll eine entgegengesetzte Abrede vorliegen (Zuständigkeit des Vermieters für die Baubewilligungseinholung und weitere Pflichten daraus), ist der Mieter mit entsprechenden Behauptungen und dem Beweis belastet (vgl. Art. 8 ZGB). Im vorliegenden Fall hat das Beweisverfahren ergeben, dass ein Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Architekten E._____ bestand. Auf die Frage anlässlich der Parteibefragung, in wessen Auftrag der Architekt im Zusammenhang mit dem Projekt "Bistro" gehandelt habe, antwortete der Kläger selber, dieser habe in seinem Auftrag gehandelt, *um die Bewilligung einzuholen* (act. 58 S. 2). Für das Bestehen einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien, wonach der Beklagten aus dem Rohbauuntermietverhältnis über die Überlassung einer zum Ausbau zu einer Verpflegungseinrichtung namens Bistro geeignete Nutzungsfläche im Rohbau hinausgehende Pflichten zugekommen wären, bestehen keine Anhaltspunkte. Nach der schweizerischen Rechtsauffassung können zwar aufgrund von Art. 2 ZGB – ohne konkrete diesbezügliche Willensäusserungen der Parteien – gewisse Neben- resp. Verhaltenspflichten (sog. Schutz-, Obhuts-, Beratungs-, Unterlassungs-, Informations- und Aufklärungspflichten) unmittelbar zum Vertragsinhalt werden (BSK OR I-Wiegand, 5. A., Basel 2011, Art. 97 N 34 f.). Eine Verletzung solcher denkbaren und mindestens sinngemäss vom Kläger ins Feld geführten

vertraglichen Nebenpflichten braucht vorliegend jedoch nicht weiter erörtert werden bzw. führt nicht zu einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Die Beweislast (und damit auch die Behauptungslast) für einen Schadenersatzanspruch aus Vertrag, obliegt der Partei, die diesen geltend macht, vorliegend also dem Kläger. Die zu behauptenden Tatsachen ergeben sich aus den Tatbestandsmerkmalen von Art. 97 OR. Es sind dies im Wesentlichen die Vertragsverletzung, der Schaden sowie der Kausalzusammenhang zwischen nicht gehöriger Vertragserfüllung und Schaden, während das Verschulden vermutet wird (Art. 8 ZGB; vgl. BGE 127 III 365, E. 2.b m.w.H.; BSK OR I-Wiegand, a.a.O., Art. 97 OR N 5 ff.). Der Kläger machte keine bzw. nur allgemeine Ausführungen zur Kausalität (vgl. act. 26 Rz. 43.8 und 83). Zur natürlichen Kausalität zwischen der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten und dem behaupteten Schaden fehlt es seinerseits m.a.W. an substantiierten Behauptungen. Seine erstmals in der Berufungsschrift aufgestellte Behauptung, dass das Vorenthalten der Baubewilligung mit den übrigen Versäumnissen der Beklagten (Nicht-Einholen der klägerischen Genehmigung für die Baupläne, Nicht-Informieren über die Unzulässigkeit des Kochherdeinbaus, Nicht-Informieren über das Nutzungsverbot und die erforderlichen Massnahmen zu dessen Beseitigung, Nicht-Kooperieren bei Massnahmen zur Beseitigung des Nutzungsverbots) die adäquat kausale Ursache für den Eintritt des geltend gemachten Schadens sei (act. 93 Rz. 48 letzter Satz), ist verspätet. Es handelt sich dabei um ein (unzulässiges) Novum, welches nicht zu berücksichtigen ist (vgl. oben Erw. III.2.3.). Im Übrigen ist anzufügen, dass eine Aufklärungspflicht im Sinne einer Nebenpflicht (welche bei Verletzung unter Umständen eine Schadenersatzpflicht auslösen kann) ohnehin nur soweit besteht, als eine Informationsasymmetrie zwischen den Vertragsparteien vorliegt (vgl. BSK OR I-Wiegand, a.a.O., Einl. zu Art. 97-109 N 6 und Art. 97 N 34). Eine Informationsasymmetrie im Sinne der Rechtsprechung liegt hier nicht vor: Beim Kläger handelt es sich um einen erfahrenen Bauunternehmer und er war – wie gezeigt – für das Bauvorhaben zuständig; gemäss eigenen Zugaben plante er dieses nach seinen Vorstellungen sowie ohne Auflagen (vgl. act. 26 Rz. 12-13, 16 und act. 93 Rz. 6). Abschliessend anzufügen ist zudem, dass entgegen den klägerischen Ausführungen (vgl. act. 93 Rz. 41 und 48) nicht von einem "Vorenthalten" der Baubewilligung durch die Be-

klage auszugehen ist. Der Kläger behauptet selbst nicht, dass er die Bewilligung jemals angefordert oder gar herausverlangt hätte.

D. Nutzungsverbot

1. Die Vorinstanz erwog zum Nutzungsverbot im Wesentlichen, dass der Kläger die Verfügung der Feuerpolizei vom 22. Dezember 2010 – ob mit oder ohne Zutun der Beklagten – erhalten habe. Er sei rechtzeitig (vor Wiedereröffnung des Bistros nach den Betriebsferien vom 15. Dezember 2010 bis zum 15. Januar 2011) über das Nutzungsverbot informiert worden. Der für die (seinen Zwecken dienenden) Mieterausbauten verantwortliche Kläger sei auch ohne besondere Vereinbarung für Reparaturen, Unterhalt sowie Mängelbehebung an den Mieterausbauten verantwortlich. Die brandabschnittsbildende Abtrennung sei vorliegend nicht zum vermierterseitigen Grundausbau zu zählen. Daher sei der Kläger für die Beseitigung des Nutzungsverbotes zuständig gewesen. Aufgrund des festgestellten Vertragsverhältnisses zum Architekten E._____ hätte dem Kläger die Abweichung seiner Ausbauten von der Baubewilligung bzw. die Tatsache, dass aufgrund des eingebauten Herdes eine (umfassendere) brandabschnittsbildende Abtrennung notwendig gewesen wäre, bekannt sein müssen. Überdies sei völlig unklar, warum der Kläger sich nicht selbst bei der Feuerpolizei bezüglich der zu erfüllenden Auflage erkundigt habe; durch Übergabe der Verfügung sei ihm der zuständige Sachbearbeiter, dessen Telefonnummer und Emailadresse bekannt gewesen (act. 92 S. 41-43).

2.1. Der Kläger bringt vor, dass ihm das feuerpolizeiliche Nutzungsverbot für die Bistroküche nicht durch die Beklagte, sondern rein zufällig rund zwei Wochen nach Eingang der Verfügung bei der Beklagten durch G._____, den Hauswart der Hauseigentümerin, mitgeteilt worden sei. Er rügt, die Vorinstanz habe sich mit der Feststellung begnügt, dass er – ob mit oder ohne Zutun der Beklagten – rechtzeitig über das Nutzungsverbot informiert worden sei. Dabei habe sie ignoriert, dass die Beklagte ihre vermierterseitige Pflicht, ihn *umgehend* über das Nutzungsverbot zu informieren, nicht oder verspätet erfüllt habe. Dadurch seien zwei wertvolle Wochen vergangen, in denen nichts getan worden sei, er vergeblich eingekauft

und vergeblich betriebliche Dispositionen getroffen habe (act. 93 Rz. 53-54, 58-59 und 63).

2.2. Selbst wenn es zutrifft, dass die Beklagte vom Nutzungsverbot früher Kenntnis erhalten hatte, sie die Verfügung der Feuerpolizei vom 22. Dezember 2010 dem Kläger nicht (umgehend) zukommen liess und insofern eine vertragliche Nebenpflicht verletzte, so kann der Kläger aus seinen Rügen dennoch nichts für sich gewinnen. Zunächst einmal versäumte er es, (substantiiert) zu behaupten, welche konkreten Vorhaben er in den zwei Wochen über die Feiertage resp. die Jahreswende 2010/2011 veranlasst hätte oder wenigstens konkret hätte veranlassen können, und welcher konkrete Schaden ihm aus den nicht getätigten Vorhaben entstanden sein soll; zugegebenermassen hatte das Bistro infolge Betriebsferien vom 15. Dezember 2010 an geschlossen und war die Wiedereröffnung erst um den 15. Januar 2011 herum geplant (vgl. Prot. VI S. 11; act. 26 Rz. 40; act. 58 S. 3; act. 85 Rz. 24). Im Weiteren sagte G._____ anlässlich der Zeugenbefragung aus, der Kläger sei zum Einkaufen zu ihm gekommen und habe mit ihm sprechen wollen. Auf Nachfrage, ob der Kläger schon etwas über das Nutzungsverbot gewusst habe, antwortete G._____, der Kläger sei darüber informiert gewesen, dass er nicht mehr kochen dürfe, deshalb habe er (der Kläger) mit ihm sprechen wollen (act. 56 S. 6). Aus dieser Aussage sowie den Angaben des Klägers (vgl. auch act. 26 Rz. 33) ist nicht eingängig, weshalb vergebliche Einkäufe für das Bistro getätigt worden sein sollen. Der Kläger behauptet insbesondere nicht, erst nach dem Einkauf G._____ getroffen bzw. vom Nutzungsverbot Kenntnis erhalten zu haben. Ebenfalls lässt sich aus den Vorbringen des Klägers nicht schliessen, dass er Einkäufe tätigte, welche keine Verwendung fanden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Kläger diese Tatsachenbehauptungen bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte. Hinsichtlich der vergeblich getroffenen betrieblichen Dispositionen führt der Kläger in seiner Berufungsschrift schliesslich selber an, diese seien vor Vorinstanz nicht zur Sprache gekommen (act. 93 Rz. 59). Dass es ihm trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, die Tatsachenbehauptungen bereits vor Vorinstanz vorzubringen, macht er nicht geltend. Die Tatsachenbehauptungen stellen daher nicht zu berücksichtigende Noven dar (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. oben Erw. III.2.3.).

3.1. Der Kläger führt aus, für den Leser der feuerpolizeilichen Verfügung sei völlig klar gewesen, dass der Bau oder die Verbesserung der Brandschutzmauer vorzukehren gewesen wäre, doch die Vorinstanz finde es völlig unklar, warum er sich nicht selber bei der Feuerpolizei erkundigt habe. Effektiv unklar sei nur geblieben, wie genau der Mangel der Brandschutzmauer beschaffen gewesen sei. Für ihn habe es keine Veranlassung zur Annahme gegeben, dass die Auflage einzig auf den eingebauten Kochherd zurückzuführen sei (act. 93 Rz. 61-62). Da das Konzept und die Gestaltung des Bistros unbestrittenermassen seinem Gutdünken überlassen worden sei, sei ihm mietvertraglich das Recht zugekommen, die Küche mit Kochherd zu bauen. Damit habe er auch ein Anrecht darauf gehabt, die Brandschutzmauer zu errichten oder errichten zulassen (act. 93 Rz. 65).

3.2. Diesen Vorbringen des Klägers fehlt es an einer erkennbar sachbezogenen Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen. Sie genügen daher den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht (vgl. oben Erw. III.2.2.1.). Ferner erübrigen sich Weiterungen insofern, wie der Kläger in Fortführung seiner Äusserungen beanstandet, dass die Vorinstanz jegliche Mängel des Innenausbauprojekts seiner Risikosphäre zugeordnet habe, und er zudem anführt, die Verantwortung für seine Unkenntnis über die Inkongruenz der Bauausführung mit der Baubewilligung sei aufgrund der unzulänglichen Erfüllung der auftragsrechtlichen Informationspflicht durch die Beklagte nicht ihm, sondern dieser zuzuschreiben. Gleiches gilt für seine Behauptungen, dass die Beklagte aufgrund der übernommenen Vertretung des Bistro-Bauprojektes nach aussen gegenüber den Behörden dafür zuständig gewesen sei, für ihn die Voraussetzungen zur Erfüllung der behördlichen Brandschutzauflagen zu schaffen, wozu primär der Bau der Brandschutzmauer gehört habe (act. 93 Rz. 64-65). Darauf ist nicht weiter einzugehen, es kann vollumfänglich auf vorstehende Erwägungen (vgl. oben Erw. IV.C.2.1.-2.2.) verwiesen werden. Dass der Bau der Brandschutzmauer mit der Beklagten abzusprechen gewesen wäre, sie den Bau nicht ohne ihre ausdrückliche Zustimmung und Genehmigung geduldet hätte und er die Brandschutzmauer nicht ohne die Mitwirkung der Beklagten sowie der Hauseigentümerin habe bauen können, da eine solche mit tragenden Aussenmauern hätte verbunden werden müssen (act. 93 Rz. 64 und 67), stellen abermals nicht zu berücksichtigende Noven dar.

E. Fazit

Die vom Kläger im Berufungsverfahren erhobenen Rügen vermögen an den zutreffenden sowie sorgfältigen Erwägungen der Vorinstanz und ihrem Schluss, dass keine Grundlage für die vom Kläger gegenüber der Beklagten gestellte Forderung auf Schadenersatz und entgangenen Gewinn bestehe, nichts zu ändern. Der Kläger dringt mit seinem Antrag um Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung der Sache zwecks Fortsetzung des Hauptverfahrens nicht durch. Seine Berufung ist folglich abzuweisen, und das Urteil des Mietgerichts Uster vom 22. Oktober 2014 (MD120001-I/U01) ist zu bestätigen.

V.

1. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 112'700.00, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 9'000.00 festzusetzen und dem Kläger aufzuerlegen. Die Liquidation der Gerichtskosten erfolgt durch Verrechnung mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss (act. 38; Art. 111 Abs. 1 ZPO).
2. Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteienschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Kläger nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Mietgerichts Uster vom 22. Oktober 2014 (MD120001-I/U01) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 9'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 93, sowie an das Mietgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 112'700.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Würsch

versandt am: