

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD190010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 23. April 2020

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____ AG ,

diese vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 17. Juni 2019
(MG180044)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Am 27. bzw. 28. März 2003 schlossen die D. _____ AG als Vermieterin und E. _____ sowie F. _____ als Mieter einen Mietvertrag über gewerbliche Räume im EG und UG in der Liegenschaft G. _____-Strasse ... in Zürich zum Zwecke des Betriebes eines Speiserestaurants mit Barbetrieb im mittleren und oberen Preissegment (vgl. act. 3/2). E. _____ und F. _____ handelten laut Vertrag für eine in Gründung befindliche H. _____ AG, gründeten in der Folge aber die A. _____ AG, Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Mieterin), die daraufhin unbestrittenermassen Mieterin der genannten Räumlichkeiten wurde (vgl. Art. 645 OR). Aufgrund von Eigentümerwechseln ist heute die Beklagte und Beschwerdegegnerin Vermieterin (nachfolgend: Vermieterin) der erwähnten Räumlichkeiten, wie insbesondere aus den letzten beiden Nachträgen zum Mietvertrag hervorgeht, die vom 12. Januar 2012 und vom 19. Mai bzw. 14. Juni 2017 datieren (vgl. act. 35 Rz. 5 und act. 34 S. 2 m.w.H.).

Am 1. Juni 2018 wartete der Servicetechniker I. _____ von der Firma J. _____ AG die Lüftungsanlage in den Mieträumlichkeiten (vgl. Prot. Vi. S. 8 und 15). Sodann unterbreitete die J. _____ AG der Mieterin am 19. Juni 2018 eine Reparaturangebote, gemäss welcher insbesondere Schäden an Ventilatoren und Motoren mit voraussichtlichen Kosten von Fr. 7'360.– behoben werden sollten. Darauf gelangte die Mieterin durch ihren Rechtsvertreter mit Schreiben vom 30. August 2018 an die Liegenschaftsverwaltung der Vermieterin und verlangte, dass diese die Arbeiten an der Lüftungsanlage vornehmen lassen und auch die Osmose-Anlage auf ihre Kosten ersetzen solle (act. 34 S. 3 m.w.H.).

1.2 Nachdem die Vermieterin dies unter Hinweis auf eine „Dach-und-Fach“-Klausel im Mietvertrag abgelehnt hatte, gelangte die Mieterin mit ihren Begehren an die Schlichtungsbehörde. Die Schlichtungsverhandlung vom 5. Dezember 2018 brachte keine Einigung, sodass die Behörde der Mieterin am gleichen Tag die Klagebewilligung ausstellte. Noch während des laufenden Schlichtungsverfahrens hatte die Vermieterin sich bereit erklärt, die Osmose-Anlage auf ihre Kosten

zu ersetzen. In ihrer Klage ans Mietgericht Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) verlangte die Mieterin von der Vermieterin daher nur noch die Reparatur der Lüftungsanlage in Küche und Restaurant (vgl. act. 34 S. 3 m.w.H.).

1.3 Mit Urteil vom 17. Juni 2019 (act. 30 = act. 34 [Aktenexemplar] = act. 37) wies die Vorinstanz die Klage ab, auferlegte die Kosten der Klägerin und verpflichtete diese zur Zahlung einer Parteientschädigung an die Beklagte.

1.4 Gegen diesen Entscheid erhob die Mieterin mit Eingabe vom 15. Juli 2019 rechtzeitig (vgl. act. 30 i.V.m. act. 31 i.V.m. act. 35 S. 1) Beschwerde mit folgenden Anträgen:

1. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 17. Juni 2019 (Geschäfts-Nr. MG180044) sei aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 17. Juni 2019 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den Mangel an der Lüftungsanlage des Mietobjektes auf ihre Kosten zu beheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) für beide Verfahren zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

1.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1 – 32). Mit Verfügung vom 17. Juli 2019 wurde der Mieterin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Die Mieterin leistete diesen fristgerecht (vgl. act. 39/1 i.V.m. act. 40). Mit Verfügung vom 18. Februar 2020 wurde der Vermieterin Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort angesetzt (vgl. Prot. S. 2 f.). Diese verzichtete auf eine solche (act. 43). Eine Kopie dieses Verzichts ist der Mieterin noch mit diesem Entscheid zuzustellen.

2. Prozessuales

2.1 In vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie hier, ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren beträgt Fr. 7'360.– (vgl. act. 34 S. 15). Das an-

gefochtene Urteil ist daher nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO). Dieses Rechtsmittel hat die Vorinstanz zutreffend belehrt (act. 34).

2.2 Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO). Es obliegt dem Beschwerdeführer, konkrete Beanstandungen anzubringen, sich also mit dem angefochtenen Entscheid einlässlich auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln dieser seiner Ansicht nach leidet (sog. Begründungslast). Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten (vgl. Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO; OGer ZH PF130050 vom 25. Oktober 2013, E. II./2.1; siehe im Einzelnen auch BK ZPOSTERCHI, Bern 2012, Art. 321 N 15 ff. und 22). Diese Begründungsanforderungen gelten auch in Verfahren, in welchen – wie vorliegend (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO) – der (soziale) Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; 141 III 569, E. 2.3.3).

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

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

3. Zur Beschwerde im Einzelnen

3.1 Vorbemerkungen

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

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

Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festgehalten hat, ist eine vereinbarte Abweichung von der gesetzlichen Regelung nach Art. 256 Abs. 2 OR gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann *nicht* nichtig, sondern gültig, wenn der Mieter für die von ihm übernommene Sacherhaltungs- oder Sachherstellungspflicht eine volle Entschädigung erhält, vorab durch einen tieferen Mietzins oder anderweitige geldwerte Leistungen des Vermieters (vgl. act. 34 S. 10).

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

Letztere Frage liess die Vorinstanz offen, da sie einen Mängelbehebungsanspruch der Mieterin bereits im Rahmen von Art. 256 Abs. 2 OR verneinte (vgl. act. 34 S. 14).

3.2 Vom gesetzlichen Grundsatz abweichende Vereinbarung

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

Bleibt ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. statt vieler BGE 140 III 134 ff., E. 3.2; 140 III 86 ff., E. 4.1; 138 III 659 ff., E. 4.2.1; 135 III 410 ff., E. 3.2; 135 III 295 ff., E. 5.2 = Pra 98 [2009] Nr. 121 je m.w.H.). Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Auszugehen ist vom Wortlaut der Erklärungen, wobei diese nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Denn auch wenn der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Während die objektivierte Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip eine Rechtsfrage darstellt (vgl. BGE 133 III 61 ff., E. 2.2.1 m.w.H. = Pra 97 [2008] Nr. 4), beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung und ist daher eine Tatfrage. Dasselbe gilt aber auch für die Feststellungen über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten im Rahmen der Aus-

legung nach dem Vertrauensprinzip (vgl. BGE 140 III 134 ff., E. 3.2; 138 III 659 ff., E. 4.2.1; 137 III 145 ff., E. 3.2.1 je m.w.H.). Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann aber wie bereits erwähnt allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. BGE 133 III 61 ff., E. 2.2.1 = Pra 97 [2008] Nr. 4; 132 III 626 ff., E. 3.1; 131 III 377 ff., E. 4.2 = Pra 95 [2006] Nr. 31; 129 III 675 ff., E. 2.3 je m.w.H.; BGer 8C_99/2017 vom 22. Juni 2017, E. 5.1 m.w.H.).

3.2.1.2 Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die Unterhaltspflicht sei der Mieterin unbestrittenermassen vertraglich übertragen worden (vgl. act. 34 S. 12). Auch hielt sie fest, die Mieterin habe nicht in Abrede gestellt, dass der Mietvertrag in Ziffer 9.3 eine Beschränkung der Unterhaltspflicht der Vermieterin auf "Dach und Fach" enthalte, die insbesondere den Unterhalt der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche des Mietobjekts als Sache der Mieterin bezeichne (vgl. a.a.O., S. 7 mit Verweis auf act. 24 S. 1 und 4 f.). Gestützt auf eine objektivierte Auslegung kam sie zum Schluss, dass die Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage der Mieterin übertragen war. Für einen vom objektivierten Verständnis abweichenden Vertragsinhalt fehle es an entsprechenden Behauptungen der Klägerin zu den Umständen und Äusserungen (vgl. act. 34 S. 7 ff.).

Die Mieterin bringt diesbezüglich vor, es treffe nicht zu, dass sie dies nicht in Abrede gestellt habe. Vielmehr habe sie in ihren Plädoyernotizen (act. 24 S. 5) namentlich vorgebracht, die Bestimmung in Ziffer 9.3 (Unterhalt von Dach und Fach) lasse die Überwälzung der Kosten für Reparatur und Unterhalt an der Lüftungsanlage auf sie (die Mieterin) nicht zu (vgl. act. 35 Rz. 7). Damit stellt sie die objektivierte Auslegung der Vorinstanz in Frage.

Der Mietvertrag bezeichnet in Ziff. 9.3 den Unterhalt der Lüftungsanlage in Restaurant und Küche nicht ausdrücklich als Sache der Mieterin und solches wurde soweit ersichtlich auch nicht behauptet (vgl. act. 3/2 S. 7). Damit kann auf jeden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass dies zwischen den Parteien unbestritten war. Davon kann die Vorinstanz auch nicht ausgegangen sein, wäre

diesfalls die Begründung und Herleitung eines tatsächlichen und eines mutmasslichen Willens der Parteien zu deren Übertragung auf die Mieterin doch obsolet gewesen.

3.2.1.3 Sodann erwog die Vorinstanz, die Tatsache, dass die Mieterin seit Mietantritt für die Lüftungsanlage ein Serviceabonnement abgeschlossen oder jedenfalls damit verbundene Kosten übernommen habe, zeige sehr deutlich, dass die "Dach-und-Fach"-Klausel als Verschiebung der Unterhaltspflicht bezüglich der Lüftungsanlage auf die Mieterin zu verstehen und von den Parteien vom Vertragsschluss bis zur Entstehung des Streites auch immer so verstanden worden sei (vgl. act. 34 S. 8 mit Verweis auf act. 24 S. 2 und S. 6 sowie Prot. Vi. S. 16 und 18).

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

Die Mieterin stellt nicht in Abrede, seit Mietantritt ein solches Abo abgeschlossen und damit verbundene Kosten übernommen zu haben. Doch behauptet sie in ihrer Beschwerdeschrift, dieses Abo decke lediglich den kleinen Unterhalt (jährliche Wartung, Filter-Wechsel) ab (vgl. act. 35 Rz. 11).

Inwiefern diese Behauptung im Beschwerdeverfahren kein (unzulässiges) Novum darstellt, legt die Mieterin nicht dar. Im Übrigen stünde diese Behauptung scheinbar teilweise in Widerspruch zu ihren vor Vorinstanz gemachten Ausführungen. Dort liess die Mieterin in diesem Zusammenhang geltend machen, die Auferlegung des Wartungsvertrags sei mietrechtlich höchst problematisch, soweit sie über den kleinen Unterhalt hinausgehe. Sie habe viel mehr bezahlt als sie mietrechtlich müsste. Es seien immer Positionen verrechnet worden, welche nicht mehr unter den kleinen Unterhalt subsumiert werden könnten (vgl. Prot. Vi. S. 16). Sie bestritt auch nicht, bis heute sämtliche mit dem Betrieb und Unterhalt der (Lüf-

tungs-)Anlage angefallenen Kosten übernommen zu haben (vgl. act. 16 Rz. 11 und Rz. 13 i.V.m. act. 24 S. 2 und S. 3; Prot. Vi. S. 14 ff.).

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

3.3 Zum Nachteil der Mieterin

3.3.1 Die Vorinstanz führte hierzu im Wesentlichen unter Verweis auf BGer 4A_606/2015 vom 19. April 2016, E. 3.3 aus, die Mieterin sei beweislasterlastet, wenn sie einen Nachteil geltend mache. Die Frage, ob die vertragliche Regelung für die Mieterseite nachteilig sei, sei zwar eine Rechtsfrage und bedürfe keines Beweises; doch habe die Mieterin die Tatsachen vorzutragen, aus der sie eine für sie nachteilige Regelung ableite und hierfür gemäss Art. 8 ZGB im Falle einer Bestreitung die Beweislast zu tragen (vgl. act. 34 S. 10). Die Mieterin habe es versäumt, die entsprechenden Tatsachen dafür zu nennen und Beweismittel dafür zu offerieren, dass sich die Vereinbarung zur Übertragung der Unterhaltungspflicht bezüglich der Lüftungsanlage zu ihrem Nachteil auswirke (vgl. a.a.O., S. 12).

3.3.2 Die Mieterin stellt sich demgegenüber im Wesentlichen auf den Standpunkt, nicht (voll) entschädigt worden zu sein, insbesondere auch nicht über einen tieferen Mietzins, und beanstandet die Beweislastverteilung der Vorinstanz: Es sei entgegen der Vorinstanz nicht ihre Sache gewesen, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus der sie eine für sie nachteilige Regelung ableite. Im Übrigen könne die Einräumung einer vollen Entschädigung bereits in richtiger Auslegung des Mietvertrages und in Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime abgeschlossen werden, weil der Mietvertrag eine Entschädigungsregel mit keinem Wort erwähne (vgl. act. 35 Rz. 17). Die Vermieterin sei beweispflichtig für ihren

Einwand, wonach der vertraglich vereinbarte Mietzins unter dem Marktniveau liege. Diese Schutzbehauptung der Vermieterin sei von ihr bestritten und ausserdem nicht ansatzweise belegt worden (vgl. a.a.O., Rz. 20).

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

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

3.3.3.2 Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Daraus ergibt sich nach überwiegender Auffassung, dass grundsätzlich das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend ist. Dieses Verhältnis bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der erwähnten Grundregel

hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt (vgl. etwa BGE 128 III 271 ff., E. 2a).

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

Die Frage, ob sich eine konkrete Vereinbarung zum Nachteil des Mieters auswirkt oder auswirken kann, ist dabei nach objektiven Kriterien des Vertrauensprinzips unter dem Blickwinkel des Vertragsabschlusses zu beurteilen und stellt damit – wie die Vorinstanz zu Recht ausführte – eine Rechtsfrage dar. Eine nachteilige Abweichung im Sinne dieser Bestimmung liegt regelmässig dann vor, wenn die Vereinbarung eine Schmälerung der Hauptleistungspflicht des Vermieters zum Inhalt hat, ohne dass eine entsprechende Schmälerung der Mietzinspflicht damit einhergeht. Auch ist er namentlich im Verzicht des Mieters auf die Geltendmachung von Mängelrechten zu sehen. Nicht notwendig ist, dass sich der Nachteil sogleich einstellt. Auch eine bloss künftige, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mögliche Benachteiligung des Mieters genügt (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 68 und 69 mit Verweis auf BGer 4A_269/2009).

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

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

Die Vermieterin führte jedoch aus, sie habe das Mietobjekt ihren (jeweiligen) Mietern jeweils im Rohbau zur Verfügung gestellt. Auch an die Mieterin sei das Mietobjekt im Rohbau vermietet worden, jedoch im damals (voll) ausgebauten und betriebsbereiten Zustand übergeben worden. Es habe dem übereinstimmenden subjektiven Willen der Parteien entsprochen, das Restaurant im Rohbau zu mieten und die bereits bestehenden Ein- und Ausbauten zu übernehmen. Die Vormieterin der Mieterin habe die Lüftungsanlage eingebaut; es handle sich um Mieterausbau und dieser stehe nicht in ihrem (der Beklagten) Eigentum (vgl. act. 16 Rz. 11; Prot. Vi. S. 10 und 11).

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

Gemäss Rechtsprechung und Literatur liegt eine Rohbaumiete dann vor, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Vermieter dem Mieter die Mietsache in *nicht voll ausgebautem* Zustand, nämlich im Rohbau, zum Gebrauch überlässt und der Mieter den Aus- und/oder Umbau, den Endausbau der Räumlichkeiten *zur Erreichung des Verwendungszwecks*, auf eigene Kosten vornimmt oder voll-

endet (vgl. BIBER, Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, in: MP 2015, S. 79 ff., S. 81 f. mit zahlreichen Verweisen). Da die Vermieterin selber ausführte, die Mieterin habe die Mietsache im damals (voll) ausgebauten und betriebsbereiten Zustand übernommen, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Rohbaumiete vorliegen und die Lüftungsanlage nicht Teil der Mietsache sein soll. Auch ist die Behauptung der Vermieterin, die (eingebaute) Lüftungsanlage stehe nicht in ihrem Eigentum und sei von derjenigen für das restliche Gebäude unabhängig, unsubstantiiert und unbehelflich. Im Übrigen unterläge – was die Vorinstanz bereits zu Recht festhielt (act. 34 S. 8) – auch eine Rohbaumiete den Grenzen von Art. 256 Abs. 2 OR. Das bedeutet, dass die Parteien die Mietsache vertraglich insbesondere nicht "ohne Vormieterausbau" (bzw. ohne Lüftungsanlage) definieren konnten, ohne die Mieterin namentlich für die Übernahme der Unterhaltspflicht für den Vormieterausbau (bzw. die Lüftungsanlage) voll zu entschädigen.

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

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

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

Eine nicht nachteilige bzw. zulässige Abweichung von der gesetzlichen Regelung im Sinne von Art. 256 Abs. 2 OR liegt wie gesehen dort vor, wo der Mieter für die vereinbarte Schmälerung der Hauptleistungen des Vermieters, die Sache im zum vorausgesetzten (vereinbarten oder üblichen) Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten, voll entschädigt wird. Die Entschädigung

kann in einem – im Vergleich zur ungeschmälernten Gebrauchstauglichkeit der Sache – reduzierten Mietzins bestehen oder in einer einmaligen, allenfalls in Raten aufgeteilten Entschädigungsleistung, welche z.B. im Voraus oder nach Beendigung des Mietverhältnisses zu entrichten ist, oder die Form eines Entgeltes besitzen, das für Unterhaltsarbeiten ausgerichtet wird. Regelmässig wird die Entschädigungsleistung in Form einer Geldsumme verabredet sein. Auch anderweitige geldwerte Leistungen des Vermieters zugunsten des Mieters (Sach- und/oder Dienstleistungen; Kompensationsgeschäft), die nicht aus seinen Vermieterverpflichtungen fliessen, können jedoch als Form der Entschädigung in Frage kommen (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 70 f.).

3.3.5.2 Zum fehlenden Nachteil der Mieterin hat die Vermieterin im Wesentlichen behauptet, der Netto-Anfangsmietzins habe deutlich unter dem damaligen Marktpreis für Restaurants an dieser Lage gelegen. Ausserdem habe sie der Mieterin für die Monate April und Mai 2003 eine mietzinsfreie Zeit gewährt (vgl. act. 16 Rz. 14). Als Beweismittel offerierte sie hierfür einzig den Mietvertrag (act. 3/2). Die Mieterin bestritt im Wesentlichen, dass der Mietzins jemals, früher wie heute, unter dem Marktpreis gelegen habe. Die Gewährung der entsprechenden mietzinsfreien Zeit wurde von ihr hingegen nicht in Abrede gestellt (vgl. act. 24 S. 3).

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

Die Vermieterin stellte von vornherein keine Tatsachenbehauptungen zu dem im Zeitpunkt der Vereinbarung marktüblichen Mietzins auf. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, was sich aus dem einzigen offerierten Beweismittel, dem Mietvertrag, hierzu zu entnehmen sein soll. Somit kann dieser Vergleichsmietzins

von vornherein nicht erstellt werden, und es kann folglich auch nicht beurteilt werden, ob und in welchem Umfang die Mieterin über den Mietzins entschädigt worden ist.

3.3.5.3 Die Vermieterin führte zur Entschädigung weiter aus, den Mietern seien eine lange feste Vertragsdauer eingeräumt sowie jeweils Optionen gewährt worden, was bis heute der Fall sei. Eine Regelung wie die vorliegende könne nicht zum Nachteil sein, weil die Mieterin aufgrund ihres besseren Fachwissens habe abschätzen können, welcher Unterhaltsbedarf anfallen werde. Die Mieterin habe sehr genau gewusst, welchen Mietzins sie zahlen könne bzw. welcher Mietzins für die vereinbarte Regelung angemessen sei (vgl. Prot. VI. S. 13 mit Verweis auf BGer 4A_606/2015, E. 3.1 und 3.2).

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

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

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

3.4 Fazit

Die Beschwerde der Mieterin ist somit gutzuheissen und das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 17. Juni 2019 (Geschäfts-Nr. MG180044) aufzuheben. Die Sache ist zur Prüfung der weiteren Voraussetzungen des Mängelbeseitigungsanspruchs der Mieterin an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO), da diese noch nicht geprüft wurden (vgl. oben E. 3.1.3).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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

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

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

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

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

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 17. Juni 2019 (Geschäfts-Nr. MG180044) aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'380.– festgesetzt und der Beklagten und Beschwerdegegnerin auferlegt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Klägerin und Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss von Fr. 1'380.– verrechnet. Die Beklagte und Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin Fr. 1'380.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte und Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'900.– inkl. MWST zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Beschwerdeführerin unter Beilage einer Kopie des Verzichts auf Beschwerdeantwort (act. 43), und an die Obergerichtskasse sowie an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'360.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: