

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PD210016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 12. Januar 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

sowie

**C.\_\_\_\_\_ AG,**

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Z.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung / Herabsetzung des Mietzinses**

Beschwerde gegen ein Urteil des Mietgerichtes Dietikon vom 16. Juli 2021  
(MJ210004)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Der vorliegende Prozess dreht sich um einen Geschäftsraum, welcher seit dem 1. April 2003 zur Benützung als Spielwarengeschäft vermietet wird (vgl. act. 4/2). Bei der B.\_\_\_\_\_ GmbH handelt es sich um die Mieterin, bei der A.\_\_\_\_\_ AG um die Vermieterin des Geschäftsraums. Am 17. März 2020 ordnete der Bundesrat als Massnahme zur Bekämpfung des Coronavirus unter anderem die Schliessung von Einkaufsläden für das Publikum an (Art. 6 Abs. 2 lit. a der Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus ([COVID-19-Verordnung 2], Fassung vom 17. März 2020). Die Einkaufsläden durften am 11. Mai 2020 wieder öffnen (Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2, Fassung vom 11. Mai 2020). Strittig ist nun die Frage, ob die Mieterin für diese Zeit des Lockdowns lediglich einen Teil des Mietzinses schuldet (über den weiteren strittigen Punkt "Mietzinsherabsetzung zufolge Bauarbeiten zur Erstellung der C.\_\_\_\_\_ sowie des Umbaus des D.\_\_\_\_\_ -gebäudes im Zeitraum von 2019 bis 2021" wurde im vorinstanzlichen Verfahren ein Vergleich zwischen der Vermieterin, der Mieterin und der Nebenintervenientin geschlossen, vgl. act. 33).

1.2. Die Vermieterin gewährte der Mieterin auf die Mieten der hier relevanten Lockdown-Monate eine pauschale Mietzinsreduktion im Umfang von Fr. 2'000.-, was einer Reduktion von ca. 40 % entspricht (vgl. act. 1 S. 24 f. und act. 4/2). Die Mieterin verlangt für diese Zeit jedoch eine Reduktion von insgesamt 60 % bzw. eine zusätzliche Reduktion von Fr. 896.75 (vgl. act. 1 S. 2). Die Vorinstanz bejahete den geltend gemachten Herabsetzungsanspruch der Mieterin gestützt auf Art. 259d OR und verpflichtete die Vermieterin mit Urteil vom 16. Juli 2021, der Mieterin Fr. 896.75 zu viel bezahlte Mietzinse zurückzubezahlen (vgl. act. 33). Die Vermieterin erhob gegen diesen Entscheid am 13. September 2021 rechtzeitig

Beschwerde beim Obergericht (vgl. act. 34; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 31/2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-31), der verlangte Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von der Vermieterin fristgerecht bezahlt (act. 38) und die Beschwerde von der Mieterin fristgerecht beantwortet (act. 41). Die Sache erweist sich als spruchreif.

1.3. Das vorinstanzliche Urteil ist mit Beschwerde anfechtbar, da der Streitwert weniger als Fr. 10'000.– beträgt (Art. 319 lit. a und Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.

2.1. Gemäss Art. 256 Abs. 1 OR ist die Vermieterin verpflichtet, die Sache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten. Entstehen an der Sache während des laufenden Mietverhältnisses Mängel, die die Mieterin weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beseitigen hat, kann sie namentlich eine verhältnismässige Herabsetzung des Mietzinses verlangen (Art. 259a Abs. 1 lit. b OR). Bedingung dafür ist eine durch den Mangel verursachte Beeinträchtigung oder Verminderung der Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch (Art. 259d OR). In Ermangelung einer juristischen Definition ist der Begriff des Mangels, der durch das Bundesrecht bestimmt wird, in Bezug zu dem zum vorausgesetzten Gebrauch der Mietsache tauglichen Zustand zu sehen; er setzt den Vergleich zwischen dem tatsächlichen Zustand der Sache und dem vereinbarten Zustand voraus; ein Mangel liegt demnach vor, wenn die Sache eine von der Vermieterin versprochene Eigenschaft nicht aufweist oder wenn sie eine Eigenschaft nicht aufweist, mit welcher die Mieterin unter Bezugnahme auf den zum vereinbarten Gebrauch tauglichen Zustand rechnen konnte. Es ist nicht erforderlich, dass die Vermieterin ein Verschulden trifft oder dass der Mangel behoben werden kann (BGE 135 III 345 ff., E. 3.2 = Pra 98 [2009] Nr. 135).

2.2. Die Vorinstanz begründete den Herabsetzungsanspruch gestützt auf Art. 259d OR zusammengefasst wie folgt: Der Vermietung eines Geschäftsraumes sei die Zusicherung des Vermieters, dass der Mieter das Mietobjekt kommerziell nutzen könne, regelmässig inhärent, wenn im Mietvertrag ein Verwendungszweck explizit vereinbart worden sei. Bei der Möglichkeit das Geschäft öffnen zu dürfen, handle es sich um eine für den vertraglichen Gebrauchszweck erforderliche Eigenschaft, deren Wegfall einen Ist-Zustand begründe, der vom Soll-Zustand divergiere und entsprechend einen Mangel im Sinne von Art. 259d OR begründen müsse. Weshalb eine externe Einwirkung, die keinen Bezug zum Mietobjekt habe, keine Leistungsstörung sein sollte, leuchte nicht ein, stellten doch auch Immissionen von benachbarten Grundstücken einen Mangel dar. Wie im letzteren Fall eine gewisse Wohnqualität eine implizit zu erwartende Eigenschaft des Mietobjekts sei, sei die Möglichkeit sein Geschäft öffnen zu können eine implizit zu erwartende Eigenschaft eines gemieteten Geschäftsraums. Der Vermieter müsse im Übrigen für mittlere und schwere Mängel am Mietobjekt einstehen, obwohl er diese regelmässig nicht selber verschuldet habe. Das fehlende Verschulden spreche also nicht gegen das Vorliegen eines Mangels (vgl. act. 33 E. II.C.2.1.3.).

2.3. Die Vermieterin wendet in der Beschwerde ein, die vereinbarte Beschaffenheit des Mietobjekts betreffe gemäss am 2. August 2021 ergangenem "Leitentscheid" des Zürcher Mietgerichts nur objektbezogene und nicht auch betriebsbezogene Eigenschaften. Bei der vorliegend staatlich angeordneten Betriebschliessung handle es sich eindeutig um eine betriebsbezogene Einschränkung (vgl. act. 34 N II.2 und II.3, angesprochen ist der Entscheid MJ210008 vom 2. August 2021 des Mietgerichts Zürich, zitiert in ZMP 2021 Nr. 10).

2.4. Nach Ansicht der Vorinstanz beinhaltet die Vermietung eines Geschäftsraums also die Zusicherung der kommerziellen Nutzung des Mietobjekts, wenn im Mietvertrag ein Verwendungszweck explizit vereinbart wurde. Fällt die Möglichkeit der kommerziellen Nutzung weg, begründet dies nach Ansicht der Vorinstanz entsprechend einen Mangel (vgl. auch Lachat/Brutschin, Die Mieten in Zeiten des Coronavirus, mp 2/20, S. 106, sowie Schenkel, Mietzinsherabsetzung infolge Be-

triebsschliessung - Covid-19 Coronavirus, mp 2/20, S. 156). Dieser Einschätzung ist aus folgenden Gründen zu widersprechen:

Mit dem Abschluss eines Mietvertrages für einen Geschäftsraum gehen die Parteien ein Dauerschuldverhältnis ein, bei welchem die Vermieterin der Mieterin verspricht, gegen Entgelt Räumlichkeiten zu überlassen, in denen die Mieterin ihrem Geschäft nachgehen kann – dieses Geschäft ist in der Regel nicht Bestandteil des Mietvertrages, sondern besteht unabhängig von diesem als Teil der Rechtssphäre der Mieterin. Die von der Vermieterin überlassenen Räumlichkeiten müssen sachlich für das taugen, was als Vertragszweck von den Parteien bestimmt wurde, und sind von der Vermieterin entsprechend zu unterhalten. Die Mieterin hat in der Regel keine Pflicht, die Sache zu gebrauchen, ausser es sei eine Gebrauchspflicht vereinbart. Kann eine Mieterin eines Geschäftsraums wegen behördlicher Anordnungen keine Kunden mehr empfangen, liegt das nicht am Mietlokal bzw. dessen Zustand, sondern an der von der Mieterin ausgeübten Geschäftstätigkeit, die zur Zeit nicht erlaubt ist. Es fehlt deshalb in einem solchen Fall an einer Grundlage für die Herabsetzung des Mietzinses wegen Mangelhaftigkeit der Sache (Higi, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der "Corona-Pandemie", 26. März 2020, S. 1 f., <https://www.hev-schweiz.ch/info/faqs-corona-und-eigentum/> [zuletzt besucht am 5. Januar 2022]). In aller Regel betrifft die Vereinbarung zur Sollbeschaffenheit des Mietobjekts also nur objektbezogene und nicht betriebsbezogene Eigenschaften des Mietobjekts. Mit anderen Worten stellen in der Regel nur solche Umstände einen Mangel dar, welche die Beschaffenheit, den Zustand oder die Lage des Mietobjekts betreffen, nicht aber Umstände, welche das Geschäft der Mieterin betreffen (vgl. Haefeli/Galli/Vischer, Coronavirus SARS-CoV 2: Klärung mietrechtlicher Fragen, in: Jusletter 14. April 2020, N 28; Reichle/Stehle, Coronavirus und Geschäftsraummiere, in: Jusletter 18. Mai 2020, N 38-43; Peduzzi, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MRA 1/20, S. 8). Entsprechend handelt es sich bei Immissionen vom Nachbarsgrundstück um einen Mangel, beziehen sich diese doch nicht wie die vorliegend angeordnete

Schliessung auf das Geschäft des Mieters, sondern auf das Mietobjekt (vgl. Reichle/Stehle, a.a.O., N 43).

Vorbehalten bleibt eine andere vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien, mit welcher das Geschäft zum Bestandteil des Mietvertrags gemacht wird (vgl. Haefeli/Galli/Vischer, a.a.O., N 32; Reichle/Stehle, a.a.O., N 44). Eine solche Vereinbarung liegt hier jedoch nicht vor: Im Vertrag steht zwar explizit "zur Benützung als Spielwarengeschäft". Deshalb kann aber noch nicht die Rede davon sein, die Parteien hätten das Geschäft zum Bestandteil des Mietvertrags gemacht bzw. das unternehmerische Risiko der Mieterin sei zum Gegenstand einer mietvertraglichen Zusicherung gemacht worden (vgl. Peduzzi, a.a.O., S. 6). Die Parteien durften und mussten also aus dem Vertrag keine Zusicherung hinsichtlich des Betriebs herauslesen (anders wäre es z.B., wenn die Vermieterin zugesichert hätte, dass sich ein bestimmter Umsatz erzielen lasse, oder dass das Risiko einer Betriebsschliessung von der Vermieterin getragen werde [Reichle/Stehle, a.a.O., N 44]). Die Parteien haben hier im Übrigen auch nicht explizit oder stillschweigend eine Gebrauchspflicht der Mieterin vereinbart (vgl. dazu ZK-Higi/Bühlmann, 5. Auflage 2019, Art. 257f N 21-22, 24), aus welcher Pflicht ein Teil der Lehre eine Verpflichtung der Vermieterin ableitet, dem Mieter die vereinbarte Nutzung zu garantieren (vgl. Lachat/Brutschin, a.a.O., S. 107; a.A. Higi, a.a.O., S. 2).

2.5. Die Mieterin ist der Ansicht, die Vermieterin stelle in ihrer Beschwerdeschrift weder konkrete Anträge in Bezug auf den angefochtenen Entscheid noch könnten die Beschwerdeanträge ohne Weiteres zum Urteil erhoben werden. Die Vermieterin äussere sich auch nicht zum Streitwert. Auf die Beschwerde dürfe somit nicht eingetreten werden bzw. diese wäre ohne weiteres an die Vermieterin zurückzusenden gewesen (act. 41 N 5 f.). Die Vermieterin beantragte in ihrer Beschwerde betreffend Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 16. Juli 2021 Geschäfts-Nr. MJ210004-M, es sei das Urteil des Mietgerichts Dietikon aufzuheben und es sei die Klage abzuweisen. Mit dem Urteil war die Vermieterin verpflichtet worden, der Klägerin Fr. 896.75 nebst Zins zu 5 % seit dem 13. April 2020 zu bezahlen. Damit liegt entgegen der Ansicht der Mieterin ein hinreichend konkreter Antrag vor, nämlich der Antrag, die Verpflichtung zur Bezahlung von Fr. 896.75

plus Zinsen sei aufzuheben und die Klage auf Bezahlung der Fr. 896.75 plus Zinsen sei abzuweisen. Eine Angabe des Streitwerts in der Beschwerdeschrift war im Übrigen nicht nötig; dieser liegt offensichtlich bei den zugesprochenen Fr. 896.75.

Die Mieterin macht eventualiter geltend, die Vermieterin setzte sich in ihrer Beschwerde nicht mit den konkreten Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids auseinander. Ebenfalls gehe aus der Beschwerdeschrift nicht hervor, ob mittels der (ohnehin rechtsungenügenden) Behauptungen eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz oder eine offensichtlich unzulässige Feststellung des Sachverhalts behauptet werden sollte. Aus diesen Gründen sei die Beschwerde abzuweisen (act. 41 N 11 f.). Indem die Vermieterin in ihrer Beschwerde ausführte, die Vorinstanz habe Art. 259d OR zu Unrecht auf die vorliegend staatlich angeordnete Betriebsschliessung angewendet, machte die Vermieterin jedoch in hinreichend konkreter Weise eine unrichtigen Rechtsanwendung geltend. Soweit die Mieterin das Novenverbot gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO als verletzt erachtet (vgl. act. 41 N 16), ist daran zu erinnern, dass dieses bei rechtlichen Ausführungen nicht zur Anwendung gelangt. Die Mieterin schreibt sodann zwar zu Recht, die Vermieterin habe keine Ausführungen zum konkreten Mietvertrag gemacht (act. 41 N 17). Wie gesehen ist es auch richtig, dass in besonderen vertraglichen Konstellationen Art. 259d OR ausnahmsweise auch bei staatlich angeordneten Betriebsschliessungen wie der vorliegenden zur Anwendung gelangt. Hier, wo keine besondere Abmachung vorliegt, können die fehlenden Ausführungen zum konkreten Vertrag jedoch nicht dazu führen, dass die Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung als ungenügend eingestuft wird. Es bleibt daran zu erinnern, dass nach der Regel von Art. 8 ZGB solche besonderen vertraglichen Abmachungen ohnehin von der Partei zu behaupten wären, welche daraus Rechte ableitet.

2.6. Im Ergebnis hat die Vorinstanz einen Anspruch der Mieterin gestützt auf Art. 259d OR zu Unrecht bejaht. Die Vorinstanz hat eine Herabsetzung zwar ausdrücklich nur unter dem Gesichtspunkt von Art. 259d OR geprüft (vgl. act. 33 E. II.C.3.). Da sich aus den Parteivorbringen keinerlei Anhaltspunkte für eine andere rechtliche Grundlage ergeben, gestützt auf welche der Mietzins herabzuset-

zen wäre, ist aber auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten (Art. 327 Abs. 3 lit. a und b ZPO). Damit ist die Beschwerde gutzuheissen, das Urteil aufzuheben und die Klage in Bezug auf die Herabsetzung des Mietzinses zufolge pandemiebedingter behördlicher Schliessung von Einkaufsläden für das Publikum abzuweisen.

3.

3.1. Da die Mieterin im Zusammenhang mit der aufgrund des Lockdowns verlangten Mietzinsherabsetzung vollumfänglich unterliegt, wird sie sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig, soweit sich die Kosten- und Entschädigungen auf diese Mietzinsherabsetzung beziehen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2. Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr und Parteientschädigung wurde von den Parteien nicht beanstandet. Die Beträge sind angemessen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 896.75 sind die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 250.– und die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 250.– zzgl. MwSt. festzusetzen.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Mietgerichts Dietikon vom 16. Juli 2021 aufgehoben. Die Klage der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Herabsetzung des Mietzinses zufolge pandemiebedingter behördlicher Schliessung von Einkaufsläden für das Publikum wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'200.– festgesetzt.

Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden in der Höhe von Fr. 350.– der Beschwerdegegnerin und vereinbarungsgemäss in der Höhe

von Fr. 850.– der Nebenintervenientin auferlegt, jedoch mit dem von der Beschwerdegegnerin für das erstinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'700.– verrechnet. Der Überschuss in der Höhe von Fr. 500.– wird der Beschwerdegegnerin aus der erstinstanzlichen Gerichtskasse zurückbezahlt. Die Nebenintervenientin hat der Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. 850.– zu ersetzen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 250.– festgesetzt, der Beschwerdegegnerin auferlegt und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 250.– verrechnet. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 250.– zu ersetzen.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Vom allseitigen Verzicht der Parteien und der Nebenintervenientin auf Parteientschädigung betreffend die Herabsetzung des Mietzinses zufolge der Bauarbeiten betreffend die Erstellung der C.\_\_\_\_\_ und betreffend den Umbau des D.\_\_\_\_\_gebäudes an der ... [Adresse], im Zeitraum von 2019 bis 2021 wird Vormerk genommen.
5. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 250.– zuzüglich CHF 20.– (7.7 % MwSt. auf CHF 250.–), also total CHF 270.– zu zahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage von Doppel der Beschwerdeantwort, sowie an das Mietgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 896.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: