

## **ZMP 2021 Nr. 10**

**Art. 259d OR; Art. 119 OR; Art. 2 ZGB. Auswirkungen von Corona-Massnahmen auf Geschäftsmietverträge. Mietzinsminderung. Unmöglichkeit. Clausula rebus sic stantibus (richterliche Vertragsanpassung an ausserordentliche Umstände).**

*Bei einem gewöhnlichen Mietvertrag über Geschäftsräume liegt das Betriebsrisiko einzig bei der Mieterin. Die Vermieterin hat nur zu gewährleisten, dass die Sache in einem zum vertraglichen bzw. vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand übergeben und unterhalten wird. Daher kommt eine Vertragskorrektur nach den Regeln über die Teilunmöglichkeit von Verträgen (Art. 119 OR) oder eine Mietzinsminderung (Art. 259d OR) im Falle einer behördlichen Schliessung von Geschäftsbetrieben grundsätzlich nicht infrage. Vorbehalten bleiben besondere Zusicherungen der Vermieterin, mit welchen diese sich am Betriebsrisiko der Mieterin beteiligt hat (E. IV.3 und IV.4). Bei zeitlich und sachlich besonders schweren Auswirkungen von behördlichen Massnahmen kommt eine gerichtliche Vertragsanpassung wegen wesentlich veränderter Umstände in Betracht (clausula rebus sic stantibus). Die Voraussetzungen sind aber streng. Eine Anpassung setzt die Würdigung sämtlicher Umstände bei beiden Vertragsparteien voraus. Die Mieterin hat insbesondere darzulegen, wie sich die behördlichen Massnahmen konkret auf ihren Geschäftsbetrieb ausgewirkt haben, welche betrieblichen Gegenmassnahmen sie mit welchem Erfolg ergriffen hat, welche staatliche Hilfen sie in Anspruch genommen hat und warum sie auf mögliche Gegenmassnahmen verzichtet hat. Dabei ist es zwar ihr gutes Recht, der Gegenpartei und dem Gericht die Einsicht in ihre Geschäftsbücher zu verweigern. Dies hat aber zur Folge, dass die Grundlagen für eine Vertragsanpassung von vornherein fehlen (E. IV.5).*

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** MJ210008-L vom 2. August 2021 (nicht rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin Altieri):

«(...)

## I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

### 1. *Sachverhalt*

1.1. Die Parteien schlossen am 22. Februar 2013 bzw. 7. März 2013 einen Mietvertrag über ein Ladenlokal im Erdgeschoss sowie ein Lager im Untergeschoss der Liegenschaft N.-gasse x in Zürich. Als Mietbeginn wurde rückwirkend der 17. Dezember 2012 vereinbart. Der monatliche Nettomietzins beträgt Fr. 3'085.–. Hinzu kommen Fr. 80.– akonto für Heizkosten und eine Pauschale von Fr. 20.– für Warmwasserkosten. (...) Der Mietzins ist gemäss Mietvertrag monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zu bezahlen.

1.2. Die Beklagte stellte ihre Mietzinszahlungen mit Hinweis auf die Pandemie-Situation im Zusammenhang mit COVID-19 und die damit verbundenen behördlichen Einschränkungen für die Monate April und Mai 2020 ein. Für die Monate Juni 2020 bis Januar 2021 beglich sie jeweils einen Drittel des Bruttomietzinses, d.h. Fr. 1'061.70 pro Monat. Für den Monat Februar 2021 wurde keine Zahlung geleistet.

1.3. Die Klägerin klagt vorliegend einen bis Ende Februar 2021 offenen Mietzinsausstand in der Höhe von insgesamt Fr. 26'541.40 ein.

### 2. *Prozessgeschichte*

2.1. Mit Eingabe vom 20. Oktober 2020 (Poststempel) machte die Klägerin das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 7. Januar 2021 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, weshalb der Klägerin mit Beschluss desselben Tages die Klagebewilligung erteilt wurde.

2.2. Mit Eingabe vom 11. Februar 2021 (Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage sowie die ihr am 12. Januar 2021 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich vom 7. Januar 2021 ein. In der Folge wurde der mit Verfügung vom 15. Februar 2021 verlangte Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 3'670.– fristgerecht geleistet.

2.3. Die Parteien wurden am 2. März 2021 zur Hauptverhandlung auf den 26. Mai 2021 vorgeladen. Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre Parteivorträge. Mit Eingabe vom 10. Juni 2021 teilte die Klägerin dem Gericht mit, dass die aussergerichtlichen Vergleichsgespräche der Parteien gescheitert seien. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **II. Prozessuales**

### *1. Zuständigkeit und Verfahrensart*

Das Mietgericht des Bezirks Zürich ist als Einzelgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Streitigkeit aus einem Mietverhältnis für in Zürich gelegene Geschäftsräume mit einem Streitwert von weniger als Fr. 30'000.– (§ 26 i.V.m. § 21 GOG; Art. 33 und 35 ZPO). Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO).

### *2. Soziale Untersuchungsmaxime*

Im vereinfachten Verfahren gilt der beschränkte (soziale) Untersuchungsgrundsatz. In Verfahren über Streitigkeiten betreffend Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen stellt das Gericht bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO). Es beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht besonders bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien durch Belehrungen und Befragungen darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl., Art. 247 N 4).

### III. Parteistandpunkte

#### 1. *Standpunkt der Klägerin*

1.1. Die Klägerin brachte im Wesentlichen vor, dass für die Zeit der behördlich verordneten Schliessung kein Mangel am Mietobjekt im Sinne von Art. 259a OR vorgelegen habe. Die zunächst kontrovers diskutierte Frage sei mittlerweile geklärt, nachdem auch die Politik in der bestehenden Rechtsordnung keine Grundlage für eine Mietzinsherabsetzung erkannt habe und deshalb mit dem COVID-19-Geschäftsmietegesetz eine solche habe schaffen wollen. Bekanntermassen sei dieser Gesetzentwurf im Parlament gescheitert. Die Anordnungen des Bundesrates hätten nicht die Nutzung des konkreten Mietobjektes verboten, sondern die Tätigkeit des Mieters. Während der Vermieter dafür verantwortlich sei, dass die vereinbarte Nutzung im zur Verfügung gestellten Mietobjekt grundsätzlich möglich sei, dieses also zum vorausgesetzten Gebrauch tauge, obliege es dem Mieter, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu erfüllen, bzw. liege es in seiner Verantwortung, ob – und allenfalls unter welchen Voraussetzungen – sein Betrieb erlaubt sei. Es sei Sache des Mieters, wenn der Staat Verbote und Einschränkungen erlasse, welche seinen Betrieb möglicherweise beeinträchtigten. Der Vermieter müsse dafür sorgen, dass der Mieter die Sache nutzen könne, nicht dass er es auch dürfe. Letzteres könne er gar nicht, da er in aller Regel nicht wisse, welche Beschränkungen auf die Tätigkeit des Mieters wirken könnten. Dies gelte für die Zeit des Lockdowns, erst recht aber für die Zeitspanne, in welcher die Ladengeschäfte hätten offengehalten werden dürfen, namentlich für die Monate Mai bis November 2020 und ab März 2021. Das Mietobjekt sei in der genannten Zeitspanne voll nutzbar gewesen und es werde bestritten, dass die Beklagte einen nicht konjunkturbedingten Umsatzrückgang erlitten habe. Schliesslich sei Kurzarbeit möglich gewesen, wobei jedoch bestritten werde, dass ein solches Gesuch von der Beklagten jemals eingereicht worden sei. Die Räume seien zudem grundsätzlich nutzbar gewesen. Das Lager habe seinen Zweck jederzeit erfüllt. Auch die Verkaufsstelle sei als sog. "Pick-up Point" für den Onlinehandel jederzeit nutzbar gewesen.

1.2. Weiter liege kein Fall von Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR vor. Eine Unmöglichkeit im Sinne der genannten Bestimmung setze voraus, dass es sich um eine dauerhafte Unmöglichkeit handle. Die Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit kämen daher auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung.

1.3. Zudem liege kein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vor. Es werde bestritten, dass eine Äquivalenzstörung eingetreten sei, welche in der Risikosphäre der Klägerin liege und die so gravierend sei, dass sie eine Vertragsanpassung (...) rechtfertigen würde. Die Beklagte habe es trotz diverser Nachfragen unterlassen, einen Umsatzrückgang zu behaupten und zu belegen, und zwar obwohl sich die Klägerin durchaus offen gezeigt habe für eine einvernehmliche Lösung. Zu beachten sei ausserdem, dass der Mietvertrag bereits seit 2012 bestünde und derzeit auf fünf Jahre abgeschlossen worden sei, so dass eine kurzzeitige Veränderung der Rahmenbedingungen nicht bereits eine gravierende Äquivalenzstörung darstelle. Ob eine solche vorliege, müsse anhand einer Gesamtbetrachtung der vertraglichen Leistungen über die gesamte Vertragslaufzeit geprüft werden. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes *pacta sunt servanda* sei offensichtlich, dass eine wucherische Ausbeutung respektive ein offener Rechtsmissbrauch, welche eine Anpassung des Vertrages rechtfertigen würden, nicht leichthin anzunehmen sei.

## 2. *Standpunkt der Beklagten*

2.1. Die Beklagte schloss auf Abweisung der Klage und brachte vor, dass die bundesrätlichen Massnahmen, als öffentlich-rechtliche Normen, den Gebrauch des Mietobjektes verhindert bzw. eingeschränkt hätten und solchermassen einen Mangel der Mietsache darstellten. Art. 6 Abs. 2 der COVID-19-Verordnung 2 richte sich nicht nur an den Mieter einer Geschäftsräumlichkeit, sondern an die Allgemeinheit, inklusive an den Vermieter. Im vorliegenden Fall sei ausdrücklich ein Ladenlokal gemietet worden. Das Mietobjekt dürfe nur zum vereinbarten Zweck verwendet werden. Die Zweckverpflichtung ergebe sich nicht nur aus dem

Mietvertrag, sondern ebenfalls aus der bekannten Absicht der Parteien, das Mietobjekt ausschliesslich als Ladenlokal, insbesondere als Ladenlokal für Damenbekleidung zu nutzen. Die staatlichen Massnahmen betreffend die COVID-19-Pandemie hätten faktisch die m<sup>2</sup>-Zahl des Ladenlokals um mindestens zwei Drittel reduziert, was eine bedeutende, faktische und wirtschaftliche Nutzungsreduktion einer als Ladenlokal bestimmten Immobilie im Zentrum Zürichs darstelle. Ohne COVID-Massnahmen könnten sich problemlos sieben Kunden im Laden aufhalten. Unter Einhaltung der Massnahmen könne nur noch einem Kunden der Zutritt erlaubt werden. Folglich sei die Nutzung des Ladenlokals auf ein Siebtel reduziert und damit in hohem Masse eingeschränkt.

2.2. Die COVID-19-Verordnung [in der damals gültigen Fassung, Anm. d. Red.] untersage nicht den Geschäftsbetrieb an sich, sondern den öffentlichen Zugang zum Ladenlokal. Die Verordnung verlange explizit die Schliessung des Ladens. Folglich seien die staatlichen Massnahmen derart ausgestaltet, dass ein wichtiges Merkmal eines Ladenlokals unterdrückt und verboten werde: der öffentliche Zugang von Kunden, d.h. der eigentliche Sinn und Zweck eines Ladenlokals. Ohne dieses Element sei aber das Anmieten eines Ladenlokals Unsinn bzw. bei nachträglichem Wegfall ein bedeutender Mangel. Da die Herabsetzung oder der Erlass des Mietzinses nicht vom Verschulden des Vermieters abhängig gemacht werde, verpflichte die infolge staatlichen Massnahmen weggefallene oder reduzierte Nutzungsmöglichkeit den Vermieter zur Herabsetzung oder zum Erlass der Miete.

2.3. Die Beklagte habe alles unternommen, um eine finanzielle Überbrückungshilfe zu erhalten und hätte diese auch zugesprochen bekommen. Sie habe aber aus Gründen des Datenschutzes und des Geschäftsgeheimnisses der Anfrage der Klägerin auf Offenlegung der firmeninternen Dokumente nicht folgegeleistet.

2.4. Die dargelegte Beeinträchtigung der Nutzung der Geschäftsräume in Folge der staatlichen Massnahmen sei geeignet, ein eklatantes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Mietverhältnis zu belegen, weshalb ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vorliege.

## IV. Materielles

### 1. *Vorbemerkungen*

Der Ablauf der Pandemie und das Ausmass der behördlichen Massnahmen im Zusammenhang damit sind unbestritten und notorisch. Am 17. März 2020 ordnete der Bundesrat unter anderem die Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum an (Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus ([COVID-19-Verordnung 2], Fassung vom 17. März 2020 Art. 6 Abs. 2 lit. a). Einkaufsläden durften am 11. Mai 2020 wieder öffnen (Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2, Fassung vom 11. Mai 2020). Am 18. Januar 2021 beschloss der Bundesrat erneut die Schliessung von Einkaufsläden und Märkten. Die Läden durften ab 1. März 2021 wieder öffnen (Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage], in der bis 26. Juni 2021 gültigen Fassung). Das Abholen bestellter Waren vor Ort blieb stets möglich.

### 2. *Mietvertrag*

2.1. Für die Prüfung der Frage, wer die Folgen und Risiken von Nutzungsbeschränkungen trägt, welche sich aus behördlichen oder gesetzgeberischen Massnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie ergeben, ist zunächst auf den Mietvertrag abzustellen.

2.2. Vorliegend haben die Parteien unbestritten weder eine spezifische Risikotragungsklausel vereinbart noch findet sich im Mietvertrag eine explizite Zusicherung, wonach die Miete nicht geschuldet wäre, wenn von staatlicher Seite im Falle einer Epidemie bzw. Pandemie Nutzungsbeschränkungen, insbesondere Betriebsschliessungen, angeordnet würden.

### 3. *Unmöglichkeit*

3.1. Bei nachträglicher objektiver unverschuldeter Unmöglichkeit ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet, die Leistung zu erbringen, er wird demnach frei

(Art. 119 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit festgehalten, dass Unmöglichkeit nur in Betracht komme, wenn diese mit Gewissheit bis zum Vertragende bestehen bleibe oder ihr Wegfall zumindest nicht abzusehen sei (BGer 4C.334/2002 vom 12.11.2003 E. 4; BGer 4C.34/2000 vom 24.04.2001 E. 4). Es findet sich in der Lehre aber auch die Meinung, dass die Unmöglichkeit nur einen Teil der Leistung betreffen könne (sog. Teilunmöglichkeit). Bei Dauer-schuldverhältnissen könne eine sachliche Teilunmöglichkeit in dem Sinne vorliegen, dass der Mieter das Mietobjekt nur noch teilweise gebrauchen könne. Es könne aber auch eine zeitliche Teilunmöglichkeit vorliegen, namentlich wenn der Mieter das Mietobjekt nur während einer gewissen Zeit nicht gebrauchen könne (HAEFELI/GALLI/VISCHER, Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen, in: Jusletter 14. April 2020, S. 5). Dabei ist die Unterscheidung zwischen der *Zweckverfehlung* bzw. dem Zweckfortfall und der *Verwendungsunmöglichkeit* entscheidend (HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 6 f.; REICHLER/STEHLE, Coronavirus und Geschäftsraummiete, in: Jusletter 18. Mai 2020, S. 8 ff.; LACHAT/BRUTSCHIN, Le bail aux temps du coronavirus, SJ 2020 II p. 111, S. 131 ff.). Zweckverfehlung liegt vor, wenn der im Rahmen eines Schuldverhältnisses zu erzielende Leistungserfolg, der zum Inhalt der geschuldeten Leistung gehört, nicht mehr eintreten kann. Damit wird die Leistung des Schuldners unmöglich, weshalb die Zweckverfehlung als ein Fall der absoluten Unmöglichkeit zu betrachten ist. Blosser Verwendungsunmöglichkeit ist dagegen anzunehmen, wenn der Schuldner die Sache nicht (mehr) für den vorgesehenen Zweck gebrauchen kann, dieser Zweckgebrauch jedoch nicht Inhalt der geschuldeten Leistung ist. Die Sach-/ Dienstleistung ist somit noch objektiv möglich (REICHLER/STEHLE, a.a.O., S. 8; a.A. HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 6. Die Befreiungswirkungen von Art. 119 OR treten diesfalls nicht ein (REICHLER/STEHLE, a.a.O., S. 8; HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 7). Das Verwendungsrisiko liegt demnach beim (Geschäfts-)Mieter. In BGE 62 II 42 entschied das Bundesgericht auf Verwendungsunmöglichkeit und befand, die Mietzinse seien trotz untersagter Geschäftstätigkeit infolge eines behördlichen Betriebsverbots vollumfänglich geschuldet. Dies weil es sich um eine gewöhnliche Raummiete handle, da die Verwendungs-möglichkeit im Vertrag nicht spezifisch geregelt worden sei. Das Bundesgericht



nahm in diesem Entscheid auf Seite 44 in Erwägung 1 Bezug auf einen älteren Entscheid und führte aus, weshalb es in BGE 57 II 532 die vorzeitige Beendigung des Mietvertrags infolge Zweckverfehlung anerkannt hatte. Es führte aus, dass im älteren Entscheid der Zweck des Betreibens einer Zahnarztpraxis eine wesentliche Voraussetzung des Vertragsschlusses gewesen sei, die Mieterin die Zahnarztpraxis samt allem Zubehör übernommen habe und die Vermieterin der Mieterin die Möglichkeit des Betriebs dieser Praxis zugesichert habe. Die im Einzelfall zu entscheidende Frage ist damit, ob die tatsächliche Verwendung der Räumlichkeiten für einen bestimmten Zweck zum Inhalt der vom Vermieter geschuldeten Leistung gehört oder nicht. Die Ermittlung des Inhalts der vom Vermieter geschuldeten Leistungspflicht erfolgt anhand einer Vertragsauslegung. Kommt man zum Schluss, dass der Vermieter sich nicht nur verpflichtet hat, dem Mieter zweckgeeignete Räumlichkeiten zu überlassen, sondern zudem dafür verantwortlich ist, dass der Mieter diese auch tatsächlich entsprechend verwenden kann, kommt demzufolge eine Zweckverfehlung in Betracht (REICHLÉ/STEHLE, a.a.O., S. 8 und 10 f.).

3.2. Die Dauerhaftigkeit ist vorliegend zu verneinen. Die Parteien haben den vorliegenden Mietvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die Einkaufsläden, worunter auch das Ladenlokal für Bekleidung der Beklagten fällt (vgl. at. 15 S. 2), mussten zwar für jeweils begrenzte Zeiträume schliessen, durften inzwischen aber wieder öffnen. Auch weitere Schutzmassnahmen wurden zwischenzeitlich jeweils gelockert. Jedenfalls liegt eine dauerhafte Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht vor. Der Wegfall dieser Anordnungen war stets absehbar. Die Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit nach Art. 119 OR kommen daher auf den vorliegenden Fall schon aus diesem Grund nicht zur Anwendung.

3.3. Für die Abgrenzung zwischen Zweckfortfall bzw. -unmöglichkeit einerseits und einer blossen Verwendungsunmöglichkeit andererseits ist nicht von Bedeutung, wer Adressat der behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der COVID-Pandemie war. Selbst bei einer Einschränkung von hinreichender Dauer

würde sich unter dem Aspekt der Teilunmöglichkeit nur die Frage stellen, ob die Parteien einen bestimmten Zweck zum Inhalt der von der Klägerin geschuldeten Leistung gemacht haben. Nur wenn die Klägerin der Beklagten zugesichert hätte, dass diese die Räume stets dem Zweck entsprechend gebrauchen kann, könnte davon gesprochen werden, dass die Klägerin sich vertraglich am unternehmerischen Risiko der Beklagten beteiligt hat. Die Parteien haben im Mietvertrag als Mietobjekt «Ladenlokal im EG» und «Lager im UG» festgehalten. Dabei handelt es sich um eine Bezeichnung bzw. Beschreibung des Mietobjekts. Die Beklagte brachte vor, dass die Klägerin ihr das Lokal mit einer vollständigen Ladeneinrichtung, namentlich Regalen, Hängern, Gestellen, Ladentischen etc. übergeben habe, während die Klägerin darauf hinwies, dass eine eigentliche Zweckumschreibung nicht vereinbart worden sei.

3.4. Nach Art. 1 und 18 OR ist für die Auslegung von Verträgen in erster Linie massgeblich, wie die Parteien ihre Erklärungshandlungen übereinstimmend verstanden haben. Kann ein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien nicht festgestellt werden (fehlender natürlicher Konsens), hat das Gericht den objektiven Willen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip zu bestimmen. Dabei sind explizite wie implizite Erklärungshandlungen so auszulegen, wie sie eine vernünftige und redliche Vertragspartnerin nach Treu und Glauben verstehen musste und durfte. Ein solcher rechtlicher Konsens bedeutet nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen hatte, sich in der durch die Auslegung ermittelten Weise zu binden; es reicht, wenn die andere Partei aufgrund der nach dem objektiv verstandenen Sinn der Erklärung oder dem Verhalten nach Treu und Glauben annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe einen entsprechenden Willen (BGE 144 III 93 E. 5.2).

3.5. Zwar spricht im vorliegenden Fall die Bestimmung in Ziff. 4 lit. A der Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Geschäftsräume davon, dass der Mieter die Mietsache nur zum vertraglich vereinbarten Zweck verwenden dürfe, und dass jede Änderung der schriftlichen Zustimmung des Vermieters bedürfe, jedoch handelt es sich dabei um eine allgemeine Vertragsbedingung, was darauf

schliessen lässt, dass die Parteien, hätten sie einen spezifischen Verwendungszweck vereinbart, diesen im eigentlichen Mietvertrag schriftlich festgehalten hätten. Unabhängig davon liegt hier nach objektivierter Auslegung weder eine Zusicherung der Möglichkeit der Betriebstätigkeit noch eine Gebrauchsverpflichtung vor. Unbestritten wurde auch keine Umsatzmiete vereinbart. Dass die Parteien sich über das schriftlich Festgehaltene hinaus in einer abweichenden Weise geäußert oder ein vom objektiven Sinn des Festgehaltenen abweichendes übereinstimmendes Verständnis des Vertragswortlautes gehabt hätten, wurde von keiner Seite behauptet. Die Vertragsauslegung führt zum Schluss, dass die Parteien sich nicht spezifisch auf einen (wirtschaftlichen) Verwendungszweck nur als Ladenlokal für Damenbekleidung geeinigt haben, respektive sich die Klägerin jedenfalls nicht verpflichtet hat, dass die Beklagte das Ladenlokal tatsächlich stets als solches gebrauchen kann. Die Gebrauchsüberlassung des Mietobjekts wurde durch die Massnahmen des Bundesrats – seien es die allgemeinen Hygiene- und Abstandsvorschriften oder die Veranstaltungsverbote und Schliessungsanordnungen – nicht beeinträchtigt, weshalb die Klägerin ihre Hauptleistung mit der Gebrauchsüberlassung des Mietobjekts gehörig erbracht hat. Es liegt somit keine zeitliche Teilunmöglichkeit vor, weshalb Art. 119 OR vorliegend selbst unter diesem Aspekt nicht anwendbar ist.

#### 4. *Mangel am Mietobjekt*

4.1. Die Mietsache ist mangelhaft, wenn sie nicht oder nicht mehr zum vorausgesetzten Gebrauch taugt, ihr mithin eine vertragliche Eigenschaft fehlt, die den Gebrauchswert beeinträchtigt. Es kann sich dabei um vertraglich zugesicherte oder im Hinblick auf den vertraglichen Gebrauchszweck erforderliche Eigenschaften handeln (BGE 135 III 345 E. 3.2, publ. in: mp 4/09 S. 222 ff.; Mietrecht für die Praxis/ROY, 9. Aufl., S. 200). Die Mietsache hat m.a.W. all diejenigen Eigenschaften aufzuweisen, durch welche der Mieter in die Lage versetzt wird, von ihr den vorausgesetzten Gebrauch zu machen. Die Qualität des Mietobjekts ist also Inhalt der (Dauer-)Leistungspflicht des Vermieters (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 258 OR N 29; Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 200 f.; BSK OR I-WE-

BER, 7. Aufl., Art. 258 N 1). Der Mangel ist damit eine negative Vertragsabweichung, d.h. eine Abweichung des Ist- von der vertraglichen Sollbeschaffenheit. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so bestimmt sich der geschuldete Zustand anhand des vorausgesetzten Gebrauchs (Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 201; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 256 OR N 27 ff.). Sachmängel können körperlicher oder unkörperlicher bzw. tatsächlicher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein. Als Rechtsmangel im Sinne von Art. 259f OR kann jede Beeinträchtigung des Mieters im vertragsgemässen Gebrauch bezeichnet werden, die ein Dritter durch Geltendmachung eines dinglichen oder nachbarrechtlichen Anspruchs an der Mietsache hervorruft (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259 OR N 31 ff.). Der Mangel einer gemieteten Sache ist demnach ein relativer Begriff und von den Umständen des einzelnen Falles abhängig. Es ist insbesondere auf die Zweckbestimmung der gemieteten Sache, deren Lage, Alter und Bauart sowie die Höhe des Mietzinses abzustellen (BGer 4C.368/2004 vom 25.01.2005 E. 4.1; BGer 4C.387/2004 vom 17.03.2005 E. 2.1; SVIT-Komm.-Tschudi, Vorbemerkungen zu Art. 258-259i OR N 47; Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 200 ff.).

4.2. Weder der Anspruch auf Beseitigung des Mangels (Art. 259a Abs. 1 lit. a sowie Art. 259b OR) noch derjenige auf Mietzinsminderung nach Art. 259d OR setzt ein Verschulden des Vermieters voraus. Es genügt bereits, dass der Vermieter oder eine seiner Hilfspersonen einen Mangel kennt und nichts dagegen unternimmt (so das BGer zum Beseitigungsanspruch, zuletzt in BGer 4A\_477/2018 und 4A\_481/2018 vom 16.07.2019 E. 3.3.2; zum möglichen Vertrauensschutz für den Vermieter bei der Minderung vgl. BGE 142 III 557 E. 8.3.4).

4.3. Ein Teil der Lehre vertritt aktuell die Meinung, dass ein Mangel am Mietobjekt vorliege, wenn alle oder einzelne Räumlichkeiten wegen eines öffentlich-rechtlichen Verbots nicht mehr benutzt werden könnten. Der Mieter habe in einem solchen Fall keinen Einfluss auf den Mangel, der darin bestehe, dass es unmöglich geworden sei, das Objekt dem beabsichtigten Gebrauch oder vereinbarten Zweck entsprechend zu nutzen (LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 126; BRUT-

SCHIN/RUBLI/ STASTNY, Rechtsgutachten: Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie, <https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/fallbeispiele/a-d/corona-geschaeftsraummiete-mietzinsreduktion.html>, besucht am 13. Juli 2021). Die h.L. weist dagegen darauf hin, dass in aller Regel die vereinbarte Beschaffenheit des Mietobjekts nur objektbezogene und nicht auch betriebsbezogene Eigenschaften betrifft (HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 8; REICHLE/STEHLE, a.a.O., S. 12 f.; HIGI, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der «Corona-Pandemie», Zürich 26. März 2020, <https://www.hev-zuerich.ch/corona-mangel-an-der-mietsache/>, besucht am 13. Juli 2021).

4.4. Diese zweite Anschauung überzeugt. So weist HIGI zu Recht darauf hin, dass die Parteien mit dem Abschluss eines Mietvertrages für einen Geschäftsraum ein Dauerschuldverhältnis eingehen, in dessen Rahmen der Vermieter dem Mieter verspricht, ihm gegen Entgelt Räumlichkeiten zu überlassen, in denen der Mieter seinem Geschäft nachgehen kann – dieses Geschäft ist aber, sofern nicht anders vereinbart, nicht Bestandteil des Mietvertrages, sondern besteht unabhängig davon und gehört zur Rechtssphäre des Mieters (HIGI, a.a.O., S. 1). Wie schon bei der Frage der Teilunmöglichkeit erwähnt, bedürfte eine Mitübernahme des unternehmerischen Risikos der Mieterin durch die Vermieterin einer besonderen Abrede, welche hier nicht vorliegt. Es geht vorliegend also darum, dass die Mieterin von der Mietsache zwar nicht den Gebrauch machen kann, den sie will bzw. ihrem Geschäft nicht wie gewollt nachgehen kann, im Gebrauch selbst aber nicht gestört ist, solange die überlassenen Räumlichkeiten sachlich für das taugen, was von den Parteien vereinbart wurde (HIGI, a.a.O., S. 2). Dies konkretisieren REICHLE und STEHLE dahingehend, dass staatlich angeordnete Betriebschliessungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Coronavirus betriebsbezogene Umstände sind, bei denen es nicht um die Lage, den Zustand oder die Beschaffenheit des Mietobjekts, sondern um das Geschäft des Mieters geht (REICHLE/STEHLE, a.a.O., S. 12 ff., welche sich auf den Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs XII ZR 189/09 vom 13. Juli 2011 stützen).

Ob und inwieweit die Parteien Einfluss auf eine Störung haben, spielt für das Vorliegen eines Mangels zwar tatsächlich keine Rolle, wie die Beklagte grundsätzlich zu recht geltend macht. So kann etwa übermässiger Lärm durch ein Bauvorhaben in der Nachbarschaft durchaus unabhängig von den Einflussmöglichkeiten der Vermieterin eine Mietzinsminderung zur Folge haben. Voraussetzung dafür ist aber stets ein Mangel an der Sache im beschriebenen Sinn, welcher im Falle von Immissionen gerade vorliegt. Zu kurz greift dagegen die Überlegung, eine Beeinträchtigung des Betriebs der Mieterin bilde nur schon deshalb einen Mangel an der Mietsache, weil die Parteien keinen Einfluss darauf hätten. Vor diesem Hintergrund ist denn auch hier unerheblich, wer Adressat der behördlichen Massnahmen war bzw. ist. Auf die vertraglich vereinbarten Eigenschaften der vermieteten Sache hatten die Beschränkungen in Zusammenhang mit dem COVID-19-Massnahmen jedenfalls offensichtlich keinen Einfluss.

4.5. Der Auffassung der Beklagten, wonach die Beeinträchtigungen ihres Betriebs durch die staatlichen Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie einen Mangel am Mietobjekt darstellten, kann demnach nicht gefolgt werden. Vorliegend wurde von den Parteien ein Mietvertrag für Geschäftsräume abgeschlossen. Wie bereits unter Ziff. 3.5 ausgeführt, wurde das unternehmerische Risiko der Beklagten vorliegend nicht zum Gegenstand einer mietvertraglichen Zusicherung gemacht. Keine Seite macht einen vom objektiven Sinn des schriftlich Vereinbarten abweichenden tatsächlichen Konsens geltend. Aus dem Vertragstext mussten und durften die Parteien keine Zusicherungen hinsichtlich des Betriebs herauslesen. Es wurde nicht einmal eine Gebrauchspflicht vereinbart, geschweige denn ein bestimmter Umsatz garantiert. Die Qualität des Mietobjekts und dessen Eigenschaften entsprachen also zu jedem Zeitpunkt dem vertraglich Vereinbarten. Das betreffende Mietobjekt taugte jederzeit als Ladenlokal (für Damenbekleidung). Die weggefallene bzw. die in Folge der allgemeinen Schutzmassnahmen, wie Hygiene- und Abstandsregeln, reduzierte Nutzungsmöglichkeit ist nicht Folge eines Mangels an der Mietsache, sondern ein Umstand, der den geführten Betrieb der Mieterin angeht und damit das unternehmerische Risiko der Beklagten. Eine Mietzinsminderung scheidet daher aus.

## 5. *Clausula rebus sic stantibus* / Richterliche Vertragsanpassung

### 5.1. Grundsätze

5.1.1. Dem Grundsatz *pacta sunt servanda* zufolge ist davon auszugehen, dass Verträge so zu halten sind, wie sie geschlossen wurden. Davon werden nur in beschränktem Umfang Ausnahmen zugelassen. Die Anpassung eines Vertrags rechtfertigt sich dann, wenn aufgrund einer Verhältnisveränderung die Erfüllung des Vertrages mit seinem ursprünglichen Inhalt mindestens einer Partei nicht mehr zumutbar ist. Dabei steht der Grundgedanke im Vordergrund, dass die Parteien den Vertrag so nicht geschlossen hätten, wenn sie nicht Fehlvorstellungen über die Zustände bei Vertragsschluss oder über die Entwicklung der Verhältnisse gehabt hätten. Der Gedanke der Vertragsanpassung findet sich in verschiedenen Einzelvorschriften wieder, wie beispielsweise der Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR. Liegen hingegen keine besonderen gesetzlichen oder vertraglichen Anpassungsregeln vor, kommt die *clausula rebus sic stantibus* als Generalklausel der Vertragsanpassung zur Anwendung (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 95 ff.; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 266g N 1; REICHLÉ/STEHLE, a.a.O., S. 15; LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 137 ff.; HAEFELI/GALLI/VISCHER, a.a.O., S. 9).

5.1.2. Eine Kündigung aus wichtigem Grund liegt hier unbestrittenermassen nicht vor, da die Parteien ihr Interesse an der Weiterführung des Mietvertrages über die Coronavirus-Krise hinaus bekundet haben. Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass die Parteien den Mietvertrag nicht respektive nicht mit vorliegendem Inhalt abgeschlossen hätten, hätte man im März 2020 über diesen verhandelt.

### 5.2. Voraussetzungen

5.2.1. Eine planwidrige Entwicklung der Verhältnisse genügt jedoch nicht für eine Vertragsanpassung. Ein richterlicher Eingriff in einen Vertrag aufgrund veränderter Umstände setzt nach Rechtsprechung und herrschender Auffassung voraus, dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, dass

diese eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hatte und dass der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde (BGE 127 III 300 E. 5b).

5.2.2. Die Frage nach der Verhältnisveränderung lässt sich ohne Weiteres bejahen. Aufgrund der Pandemie und der infolgedessen von staatlicher Seite angeordneten Massnahmen, wie Betriebsschliessungen aber auch Hygiene- und Abstandsregeln, haben sich für zahlreiche betroffene Geschäftsraummieter die Umstände seit Vertragsschluss geändert (REICHL/STEHLE, a.a.O., S. 16). Auch die Beklagte durfte die gemieteten Räumlichkeiten unstreitig nicht mehr wie gewohnt nutzen.

5.2.3. Die Beklagte hat mit Hinweis auf die Pandemie-Situation und die damit verbundenen behördlichen Einschränkungen die Mietzinszahlungen für die betreffende Zeit eingestellt bzw. reduziert, weshalb offenkundig keine vorbehaltlose Erfüllung des Vertrags gegeben ist.

5.2.4. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die Parteien bei langfristigen Verträgen damit rechnen, dass sich die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnisse später ändern. Namentlich Änderungen der Gesetzeslage gelten grundsätzlich nicht als unvorhersehbar (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 101 ff.). Wenn die Änderung der gesetzlichen Grundlagen als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag, ist die Voraussehbarkeit jedoch zu verneinen (REICHL/STEHLE, a.a.O., S. 16 f.). Grundsätzlich ist jederzeit mit dem Ausbruch einer Pandemie respektive Epidemie zu rechnen [...]. Die hier getroffenen Massnahmen waren jedoch für die Parteien vorliegend zumindest insofern nicht voraussehbar, als es selbst bei viel schwerer wiegenden Pandemien wie der Spanischen Grippe 1918-1920 nicht zu derart einschneidenden Beschränkungen kam. Die Parteien mussten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mit solchen ausserordentlichen Massnahmen, wie mehrmaligen, länger andauernden Betriebsschliessungen rechnen (vgl. BGE 48 II 249 E. 1). Ob Art und Dauer der Einschränkungen ausreichen, um eine Vertragsanpassung zu rechtfertigen, braucht jedoch hier aus den folgenden Gründen nicht näher geprüft zu werden:



5.2.5. Die Beklagte hat in keiner Weise dargelegt, wie sich die Massnahmen der Gesundheitsbehörden konkret auf ihren Geschäftsbetrieb ausgewirkt haben und was sie unternommen hat, um die Auswirkungen zu überwinden. Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass die Beklagte das Ladenlokal während der gesamten Zeit als Pick-up-Stelle für den Onlinehandel betreiben konnte (vgl. Prot. S. 6). Zudem ist weder ersichtlich noch wurde ausgeführt, ob bzw. inwiefern die Nutzung des Lagers von den behördlichen Massnahmen betroffen gewesen sein soll. Damit konnte die Beklagte selbst während den angeordneten Betriebschliessungen gewisse Tätigkeiten ausüben.

5.2.6. Durch die Veränderung der Verhältnisse muss eine schwerwiegende Störung des Vertragsäquivalentes ausgelöst werden. Soweit es um den Austausch von vermögenswerten Leistungen geht, wird eine gravierende Störung, d.h. ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, vorausgesetzt. Der Übergang zwischen einer "noch im Rahmen liegenden" und einer "gravierenden" Äquivalenzstörung lässt sich ausschliesslich aufgrund einer Beurteilung aller Umstände des konkreten Einzelfalls bestimmen (BSK OR I-WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 104; ENZ, Risikoordnung in Verträgen und die COVID-19 Situation: Teil 1, in: Jusletter 18. Mai 2020, S. 11; LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 139 f.).

Diese Grundsätze lässt die Beklagte im vorliegenden Fall mit ihrer Argumentation ausser Acht. Es ist zwar unbestritten, dass die behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19 Pandemie vorliegend eine Störung des Synallagmas bewirkt haben. Die Beklagte war, wie aufgeführt, während des betreffenden Zeitraums in der Nutzung des Mietobjekts eingeschränkt. Damit lag unbestrittenermassen ein zumindest temporäres Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung vor, soweit die reine Verkaufstätigkeit im gemieteten Laden betroffen ist. Allerdings unterliess die Beklagte jegliche Angaben dazu, mit welchen Auswirkungen ihr Betrieb konkret konfrontiert war. Es ist zwar ihr gutes Recht, der Klägerin den Einblick in ihren Geschäftsgang zu verwehren. Dann hat sie es aber hinzunehmen, dass die erforderliche Äquivalenzstörung unsubstantiiert und unbewiesen bleibt. Gewiss ist zum einen nur, dass eine mehrwöchige Unterbre-

chung des Verkaufsbetriebs im Laden nicht vergleichbar ist mit mehrjährigen Betriebsbeschränkungen aufgrund kriegerischer Ereignisse (BGE 48 II 249) oder mit einem totalen Währungs- und Wirtschaftszerfall wie nach dem schwarzen Freitag 1929. Zum andern erfüllte das gemietete Lager als Teil des Mietobjekts stets seinen Zweck und war normal nutzbar, was die Beklagte auch nicht bestreitet. Weiter wies die Klägerin zu Recht darauf hin, dass die Beklagte das Ladenlokal selbst während der Betriebsschliessung als Pick-up Stelle für den Onlinehandel hätte nutzen können. Auf der Webseite der Beklagten [«...»] wird ersichtlich, dass diese einen Onlineshop betreibt, wobei in roter Farbe auf den weltweiten Versand aufmerksam gemacht wird. Die Beklagte selbst hat sich zur Möglichkeit, Onlinebestellungen vor Ort zur Abholung bereitzustellen, nicht geäussert. Weiter wird aus der Webseite ersichtlich, dass die Beklagte nicht nur in der Schweiz einen Laden betreibt, sondern auch in London und Berlin. In Hongkong hat sie einen Showroom, wobei die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung ausführen liess, dass die Produktion in Hongkong stattfindet. Die Vermutungen der Klägerin, wonach das kleine Ladenlokal im Herzen von Zürich überwiegend zu Repräsentationszwecken geführt und die Geschäftstätigkeit hauptsächlich online abgewickelt werde, erscheint jedenfalls nicht unhaltbar. Es kann nicht einmal ausgeschlossen werden, dass die Beklagte von den Umständen der Pandemie profitiert hat, denn sie musste das Online-Geschäft nicht erst mühsam aufbauen und konnte ihre Geschäftstätigkeit einfach stärker auf dieses ausrichten. Gewissen Branchen gelang auf diese Weise gar eine Umsatz- und Gewinnsteigerung. Wie dem auch sei: Für die Feststellung der Schwere einer allfälligen Äquivalenzstörung sind die Umsatzzahlen der Beklagten von entscheidender Bedeutung. Hierzu machte die Beklagte jedoch keinerlei Angaben. Ganz im Gegenteil hat sie der wiederholten Aufforderung der Klägerin, ihr das Gesuch und den Entscheid betreffend Kurzarbeit, den letzten Geschäftsabschluss sowie allfällige Dokumente betreffend den COVID-Überbrückungskredit zuzustellen, bis zuletzt nicht Folge geleistet. Auch im vorliegenden Verfahren schweig sie sich zu diesen Punkten aus. Weshalb die Einreichung dieser Dokumente in anonymisierter Weise nicht möglich sein soll, ist nicht ersichtlich. Ein Umsatzverlust wurde in keiner Weise dargelegt. Zum Geschäftsgang während der Pandemie machte die

Beklagte keine Ausführungen. Allgemein hat die Beklagte die behauptete Äquivalenzstörung nicht näher substantiiert und auch nicht dargelegt, inwieweit sie ihrer Schadenminderungspflicht nachgekommen sein will bzw. wie sich allfällige Gegenmassnahmen auf die Ertragslage des Unternehmens ausgewirkt haben. Sie hat sich lediglich darauf beschränkt, auszuführen, inwiefern die Nutzungsfläche des Ladenlokals infolge der staatlichen Massnahmen reduziert worden sei, wobei nur noch eine(r) statt sieben Kund/innen bzw. während des Lockdowns eben keine Kund/innen mehr hätten bedient werden können. Dies reicht für die Annahme einer gravierenden Äquivalenzstörung nicht aus. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin sich in der vorliegenden Situation überaus kompromissbereit und lösungsorientiert verhalten hat. Beispielsweise bot sie der Beklagten mit den Schreiben datiert vom 27. April 2020 bzw. 5. Mai 2020 jeweils an, einen allfälligen Teilerlass des Mietzinses während des Lockdowns in Betracht zu ziehen, sofern die Beklagte ihr die verlangten Dokumente zustellte. [...] Diese Angebote schlug die Beklagte jeweils unter pauschalem Hinweis auf Datenschutzgründe und «ein striktes Geschäftsgeheimnis» aus (act. 18/4; 18/6; 18/10). Im Schreiben datiert vom 30. April 2020 führte die Beklagte immerhin aus, dass sie der Klägerin den kompletten Ertragsausfall seit der behördlichen Ladenschliessung «natürlich» werde belegen können, sobald die Buchhaltung erstellt sei, was sie im Schreiben vom 8. Mai 2020 wiederholte. Diesen Worten liess sie dann aber offenkundig keine Taten folgen. Mit Schreiben vom 14. Juli 2020 bot die Klägerin der Beklagten im Sinne einer einvernehmlichen Einigung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht an, ihr für die Monate April und Mai 2020 je 60 Prozent der Nettomietzinse zu erlassen. Die Klägerin lehnte sich bei diesem Angebot an die Lösung des damals noch in Diskussion befindlichen, seither aber gescheiterten COVID-19 Geschäftsmietegesetzes des Bundes an. Dieses Angebot wiederholte die Klägerin dann sogar nach Durchführung der Schlichtungsverhandlung mit Schreiben vom 2. Februar 2021, wobei sie dieses auf die Zeit des zweiten Lockdowns ausdehnte. Mit Schreiben vom 25. März 2021 schlug die Klägerin der Beklagten schliesslich vor, das in Absprache mit den Interessensverbänden von der Stadt Zürich erarbeitete und angebotene Drittels-Modell zu übernehmen [welches die Mietzinslast für die Dauer des zweiten Lockdowns zu je einem Drittel zwischen

Mieterin, Vermieterin und der Stadt Zürich verteilt, Anm. d. Red.], wobei es die Beklagte jedoch unterliess auf dieses Schreiben zu antworten. Zusammengefasst zeigt sich, dass sich die Klägerin in diesen schwierigen Zeiten stets bemüht hat, eine einvernehmliche, sachgerechte Lösung zu finden und der Beklagten wiederholt faire Angebote unterbreitet hat, wie es einem modernen Verständnis der nachträglichen Vertragsanpassung entspricht. Die Beklagte mochte sich für die zweite Phase der Schliessung nicht einmal zu einer Lösung im Rahmen des Drittels-Modells durchzuringen, sondern erwartet nun von der Klägerin, dass diese ihr ohne Kenntnis der genauen Umstände entgegenkommt. Dafür gibt es keine Handhabe. Im Präjudiz BGE 48 II 249 vermochte sich der Kläger als Pächter der Gastronomie auf den Schiffen der Vierwaldstätterseeflotte während des Ersten Weltkriegs für die ihm vom Bundesgericht teilweise zugestandene Vertragsanpassung auf ein Gutachten zur Veränderung der Ertragslage zu stützen. Solches lehnt die Beklagte hier explizit ab. Schon aus diesem Grund ist ihr Standpunkt nicht schützenswert.

### 5.3. Fazit

Die Veränderung der Verhältnisse führte vorliegend aus den aufgeführten Gründen nicht zu einer schweren und unvermeidbaren Äquivalenzstörung im Sinne der Rechtsprechung, weshalb sich eine richterliche Vertragsanpassung i.c. nicht rechtfertigt. Die Klage auf Mietzinszahlung ist daher gutzuheissen.

## 6. *Verzugszins*

6.1. Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, hat er Verzugszins von 5% zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). In Verzug kommt der Schuldner durch die Mahnung des Gläubigers, sofern nicht eine Verfalltagsabrede vorliegt (Art. 102 OR).

6.2. Die Parteien vereinbarten im Sinne einer solchen Verfalltagsabrede, dass der Mietzins jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zahlbar ist. Folglich geriet die Beklagte jeweils ohne Mahnung in Verzug. Für die geforderten Mietzinse von April 2020 bis Februar 2021 ergibt sich als mittlerer

Verfalltag unbestrittenermassen der 26. August 2020. Der Klägerin ist deshalb Verzugszins von 5% auf den Betrag von Fr. 26'541.40 seit dem 26. August 2020 zuzusprechen.

## V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Grundlage für die Festsetzung der Gerichtsgebühren im Zivilprozess bildet der Streitwert (§ 2 lit. a Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010, nachfolgend GebV OG; Art. 96 ZPO). Dieser wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Bei einem Streitwert zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit von Fr. 26'541.40 beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr Fr. 3'670.–.

2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzusetzen (Art. 106 ZPO). Vorliegend unterliegt die Beklagte vollumfänglich und hat daher die Gerichtskosten zu tragen. Zudem ist sie zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Vorliegend besteht wegen des durchschnittlichen Aufwandes des Verfahrens kein Grund, von den ordentlichen Ansätzen der Verordnungen des Obergerichts abzuweichen.

(...))»

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2021, 31. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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