



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Ersatzoberrichterin Nicole Klausner, die Handelsrichter Daniel Marinello, Thomas Klein und Kaspar Wälti sowie der Gerichtsschreiber Christian Markutt

**Urteil vom 11. Dezember 2017**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Genossenschaft,**  
Klägerin und Widerbeklagte

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

gegen

**Pensionskasse der B.\_\_\_\_\_ Group (Schweiz),**  
Beklagte und Widerklägerin

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

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren der Klage:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin die bezahlten Mietzinse von total CHF 148'410.00 nebst Zins zu 5 % von CHF 49'470.00 seit 08.04.2015 und von CHF 49'470.00 seit 08.07.2014 und von CHF 49'470.00 seit 07.10.2014 zurück zu bezahlen.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass der Mietvertrag gestützt auf Art. 266g OR rechtsgültig unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist auf den 31.01.2015, eventualiter per 15.02.2015 gekündigt wurde.
- 4.[recte: 3.] Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Widerklage:**

(act. 16 S. 2)

"Es sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von CHF 197'880.00, zuzüglich 8 % Zins seit dem 15. Juni 2015 (mittlerer Verfall) zu bezahlen;

unter Vorbehalt der Klageerweiterung bzw. des Nachklagerechtes;

und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin."

**Geänderte Rechtsbegehren gemäss Duplik/Widerklagereplik:**

(act. 38 S. 2)

"Es sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von CHF 197'880.00, zuzüglich 8 % Zins seit dem 15. Mai 2015 (mittlerer Verfall) zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin."

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin und Widerbeklagten (nachfolgend: Klägerin) handelt es sich um eine schweizweit bekannte Gruppe mit diversen Geschäftsfeldern. Als Kerngeschäft ist die Klägerin im Einzelhandel tätig; sie trägt die Rechtsform einer Genossenschaft und hat Sitz in C.\_\_\_\_\_.

Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist eine Stiftung mit der Zweckumschreibung der beruflichen Vorsorge im Rahmen des BVG und seiner Ausführungsbestimmungen für die Arbeitnehmer/innen der B.\_\_\_\_\_ GROUP AG und der mit dieser wirtschaftlich und finanziell eng verbundenen Unternehmungen sowie deren Angehörige und Hinterlassene gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod. Zwecks Anlage des Pensionskassenvermögens hält und bewirtschaftet die Beklagte u.a. Immobilien.

#### b. Prozessgegenstand und wesentliche Parteistandpunkte

Dem Verfahren liegt zugrunde, dass die Klägerin daran interessiert war, in der Liegenschaft der Beklagten an der D.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., ... Zürich, einen A.\_\_\_\_\_ -Laden zu eröffnen. Im Rahmen von Vertragsverhandlungen hat die Klägerin mit der Beklagten, vertreten durch die E.\_\_\_\_\_ AG, am 14. Juni 2013 einen Mietvertrag für gewerbliche Räume in besagter Liegenschaft mit Mietbeginn am 1. April 2014 abgeschlossen.

In der Folge stellte die Klägerin bei der zuständigen Baubehörde ein Gesuch um Umnutzung und Umbau der entsprechenden Räume. Die baurechtliche Bewilligung wurde mit Beschluss vom 15. Juli 2014 – im Wesentlichen aus Gründen der Verkehrssicherheit – verweigert. Nachdem ebenso das Baurekursgericht des Kantons Zürich festgestellt hatte, dass eine verkehrssichere und rechtsgenügende Erschliessung des projektierten Ladenlokals nicht dargetan sei, wurde der

hiergegen erhobene Rekurs mit Entscheid vom 23. Januar 2015 abgewiesen. Nach klägerischer Darstellung war es deshalb in der Folge nicht mehr möglich einen plan- und wunschgemässen Umbau der Räume vorzunehmen.

Die Klägerin stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, dass (i) von *objektiver Unmöglichkeit* der Vertragserfüllung seitens der Vermieterschaft ausgegangen werden müsse, da der notwendige und vereinbarte Umbau zu einem Ladenlokal verunmöglicht worden sei; der Mietvertrag sei folglich als *nichtig* zu betrachten. Ausserdem sei das Mietverhältnis (ii) von ihr (vorsorglich) *aus wichtigen Gründen* gestützt auf Art. 266g OR spätestens per 15. Februar 2015 *gekündigt* worden. Ebenfalls wäre der Vertrag (iii) als unverbindlich zu erklären, da ein Tatbestand des *Grundlagenirrtums* vorliege, nachdem die Parteien davon ausgegangen seien, dass die Räume für den Gebrauch eines Ladenlokals von A.\_\_\_\_\_ verwendbar und das Umbaugesuch bewilligt würde, so die Klägerin weiter. Die Klägerin verlangt nun die Rückerstattung der bisher bezahlten Mietzinsen sowie eventualiter die Feststellung der rechtsgültigen Kündigung des Mietvertrages.

Vorweg bestreitet die Beklagte, dass eine Zusicherung bezüglich der konkreten Nutzbarkeit des Mietobjektes als A.\_\_\_\_\_ -Filiale vorgelegen habe; vielmehr sei eine Rohbaumiete vereinbart gewesen. Ebensowenig sei der Erhalt einer Baubewilligung als Bedingung im Mietvertrag festgehalten gewesen. Durch die Übergabe der Mietsache im Zustand "Grundausbau" habe sie den Mietvertrag ihrerseits bereits vollständig erfüllt und es liege weder eine anfängliche noch nachträgliche Unmöglichkeit vor. Überhaupt liege der Mieterausbau im alleinigen Verantwortungs- und Risikobereich der Klägerin. Selbst ohne Mietvertrag bestünde ein Ersatzanspruch der Beklagten für die Zeit der Nutzung des Mietobjektes. Im Weiteren habe die Klägerin nicht dargetan, dass definitiv keine Baubewilligung erhältlich gemacht werden könne.

Die Beklagte bestreitet die klägerischen Ausführungen zur Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR). Erstens sei die erforderliche Unvorhersehbarkeit nicht gegeben und zweitens seien die "wichtigen Gründe" von der Klägerin zu vertreten. Unter Verweis auf Art. 266g OR stellt sie sich sodann auf den Standpunkt, dass ihr für die Zeitspanne vom 1. April 2014 bis zum 31. Dezember 2014 in je-

dem Fall Mietzins zustehe. Schliesslich stehe einer Berufung auf einen Grundlagenirrtum entgegen, dass die Klägerin den Vertrag durch konkludentes Verhalten im Sinne von Art. 31 OR genehmigt habe. Zudem müsse die sich auf Irrtum berufende Partei fälschlicherweise angenommen haben, ein künftiges Ereignis sei sicher, was hier nicht vorliege, da die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Bewilligung erteilt würde, stets mit einem (Rest-)Risiko behaftet sei. Selbst wenn ein Grundlagenirrtum vorgelegen hätte, so falle lediglich eine Unverbindlichkeit ex nunc in Betracht, einen allfälligen Irrtum hätte sie fahrlässig gemäss Art. 26 OR verursacht.

Die Beklagte hält demgemäss dafür, die Klage abzuweisen und erhebt ihrerseits eine Widerklage auf Bezahlung noch ausstehender Mietzinsen für das Jahr 2015 samt Verzugszinsen. Ihre Widerklage stützt die Beklagte auf Art. 264 OR und begründet dies zusammenfassend damit, dass weder eine ausserordentliche Vertragsbeendigung, Unverbindlichkeit oder Nichtigkeit des Mietvertrages gegeben sei, womit die Klägerin aus vorzeitiger Rückgabe der Mietsache bis zum Ablauf der Mietdauer oder bis zur Wiedervermietung hafte.

## B. Prozessverlauf

Am 15. September 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Zusammen mit der Klage und den entsprechenden Beilagen reichte die Klägerin ein zusätzliches Schreiben sowie als "Zusatzbelege A und B" bezeichnete Unterlagen ins Recht (act. 2; act. 3A und 3B; act. 5/2-9). Mit Verfügung vom 16. September 2015 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 11'000.– sowie je eine Nachfrist zur Einreichung eines Beweismittelverzeichnis und zur Klärung, wer die Vollmacht vom 17. April 2015 unterzeichnet hat, angesetzt, welcher Aufforderung sie mit Eingabe vom 5. Oktober 2015 nachkam (act. 7; act. 12 und 13). Nach rechtzeitiger Leistung des geforderten Gerichtskostenvorschusses (act. 9) wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (act. 10). Die Klageantwort vom 2. Dezember 2015 wurde innert angesetzter Frist eingereicht; gleichzeitig erhob die Beklagte Widerklage (act. 16). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2015 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um für die Widerklage einen Vorschuss für

die Gerichtskosten von CHF 13'000.– zu leisten (act. 18). Nach fristgemässer Leistung des Gerichtskostenvorschusses [für die Widerklage] und mit Verfügung vom 4. Februar 2016 erfolgter Fristansetzung für die Widerklageantwort (act. 22) reichte die Klägerin die Widerklageantwort am 29. Februar 2016 samt einer weiteren Beilage innert Frist ein (act. 24 und act. 25). Weiter reichte die Klägerin am 8. März 2016 eine als "Protokoll-/Beweisergänzungseingabe" bezeichnete Eingabe sowie zwei weitere Beilagen ein (act. 26; act. 27/11-12). Am 15. Juli 2016 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung zustande kam (Prot. S. 11 f.). Nachdem sich die Parteien auch in der Folge nicht aussergerichtlich einigen konnten (act. 31 und act. 32), wurde mit Verfügung vom 2. September 2016 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 33). Die Klägerin erstattete die Replik rechtzeitig am 26. Oktober 2016 (act. 35). Mit Verfügung vom 28. Oktober 2016 wurde wiederum der Beklagten eine Frist angesetzt, um ihre Duplik/Widerklagereplik einzureichen (act. 36), welche diese am 18. Januar 2017 innert Frist erstattete (act. 38). Schliesslich wurde der Klägerin mit Verfügung vom 19. Januar 2017 Frist angesetzt, um eine Widerklageduplik einzureichen (act. 39). Die Widerklageduplik reichte die Klägerin rechtzeitig am 23. März 2017 ein (act. 41). Mit Verfügung vom 27. März 2017 wurde das Doppel der Widerklageduplik der Beklagten zugestellt und Aktenschluss festgestellt (act. 42). Am 23. Juni 2017 reichte die Beklagte eine Noveneingabe ein (act. 46). Mit Verfügung vom 30. Juni 2017 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um sich zur beklagtischen Noveneingabe zu äussern (act. 48). Die Klägerin erstattete die Stellungnahme fristgerecht am 16. August 2017 (act. 50 und act. 51). Die Stellungnahme wurde der Beklagten zugestellt (Prot. S. 19). Diese nahm wiederum mit Eingabe vom 1. September 2017 Stellung (act. 52). Auch diese Stellungnahme wurde der Gegenpartei zugestellt (Prot. S. 20). Am 9. November 2017 reichte die Beklagte eine weitere Noveneingabe ein (act. 58 und act. 59/17-18). Zu dieser Noveneingabe nahm die Klägerin mit Schreiben vom 21. November 2017 Stellung (act. 61).

Die Hauptverhandlung fand am 11. Dezember 2017 statt. Nebst der beklagtischen Behauptung, es sei bis zum 8. Dezember 2017 gegen den Entscheid der Bausektion des Stadtrates von Zürich beim zuständigen Baurekursgericht kein Rekurs

eingegangen (vgl. act. 64 Rz. 7), wurden keine zulässigen Noven vorgebracht (Prot. S. 25).

### C. Beweisvorbringen der Parteien

Die Parteien offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, jeweils versehen mit Beweismittelverzeichnissen. Die Klägerin offeriert zum Beweis ihrer Behauptungen diverse Urkunden (act. 13/2-9; act. 25; act. 27/11-12; act. 41: S. 9) sowie die Parteibefragung bzw. Zeugeneinvernahme von F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ (act. 13) sowie H.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ (act. 26 Ziff. 1 und 2 [S. 2]). Die Beklagte offerierte zum Beweis ihrer Darstellungen den Zeugen J.\_\_\_\_ sowie diverse Urkunden (act. 17/1-8; act. 38: S. 18).

Wie zu zeigen sein wird, ist ein Beweisverfahren nicht notwendig. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## Erwägungen

### I. Formelles

#### 1. Örtliche Zuständigkeit

Da es sich vorliegend um eine Streitigkeit in Bezug auf einen Mietvertrag über gewerbliche Räume an der D.\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, handelt, ist die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts gestützt auf Art. 33 ZPO gegeben.

#### 2. Sachliche Zuständigkeit

##### 2.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Noch in ihrer Klageschrift ging die Klägerin – unter Hinweis auf Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO – davon aus, dass für Rechtsbegehren Ziffer 2 eine Zuständigkeit des Mietgerichts des Bezirks Zürich bestehe. Ihren Hauptantrag (Rechtsbegehren Ziffer 1) hatte sie beim Mietgericht mangels sachlicher Zuständigkeit bereits zurück-

gezogen (act. 1 Ziff. 4 [S. 3]; act. 2; act. 3A und 3B). Nachdem sie die Frage anlässlich ihrer Widerklageantwort offen liess (act. 24 Ziff. 2 [S. 2 f.]), stellte sie sich sodann anlässlich ihrer Eingabe vom 8. März 2016 (act. 26), gestützt auf den Beschluss des Mietgerichts vom 4. März 2016 (act. 27/12), mit welchem auf das entsprechende Rechtsbegehren nicht eingetreten wurde, auf den Standpunkt, das Handelsgericht sei für alle Begehren zuständig (act. 26 Ziff. 3 [S. 3]).

Zumindest in Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 1 (bzgl. Eventualantrag unklar) bestritt die Beklagte die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts nicht (act. 16 Rz. 3 und 6). Vor dem Mietgericht des Bezirks Zürich vertrat sie dagegen offenbar die Meinung, das Handelsgericht sei für den Eventualantrag sachlich zuständig (act. 25 Rz. 15).

## 2.2. Rechtliches

Die geschäftliche Tätigkeit der Parteien (Mietvertrag über Geschäftsliegenschaft: BGE 139 III 457 E. 3.2) ist betroffen, diese sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen und der Streitwert übersteigt CHF 30'000.–, womit die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht. Abgesehen von den spezifischen Zuständigkeitsfragen der Verfahrensart (hierzu sogleich) wären damit insoweit die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben.

Laut Art. 243 Abs. 3 ZPO findet das vereinfachte Verfahren keine Anwendung vor dem Handelsgericht, wobei die Regelung der Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit vorgeht (BGE 139 III 457 E. 4). Für die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Handels- und Mietgericht ist insbesondere der Begriff "Kündigungsschutz" nach Massgabe von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO umstritten, womit sich bereits zahlreiche Entscheide befassten (vgl. zum Ganzen DAETWYLER/STALDER, in Brunner/Nobel [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866-2016, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, S. 175 f.). Zuletzt mit BGE 142 III 690 E. 2.5.4. (zusammengefasst und übersetzt in: mp 2017 S. 60 ff.) hat das Bundesgericht festgestellt, der Begriff "Kündigungsschutz" sei weit auszulegen und umfasse Fragen im Zusammenhang mit der Beendigung des Mietverhältnisses, zum Bei-

spiel aufgrund einer ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigung wegen Fehlens einer vertraglichen Beziehung oder dem Ablauf eines befristeten Mietvertrags.

### 2.3. Würdigung

Sowohl Rechtsbegehren Ziffer 1 als auch die Widerklage fallen als "schlichte" Forderungen aus dem Mietverhältnis zweifellos nicht unter die Regelung von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, was nebenbei unbestritten blieb. Zu prüfen bleibt die Zuständigkeit für das klägerische Eventualbegehren. Soweit ersichtlich lag bislang allen einschlägigen bundesgerichtlichen Entscheiden eine Kündigung durch den Vermieter, und damit verbunden die Frage der Fortsetzung des Mietverhältnisses, zugrunde. Hier ist der Fall allerdings gerade anders gelagert, indem die Klägerin die Feststellung der Gültigkeit ihrer ausserordentlichen Kündigung begehrt, d.h. sie will das Mietverhältnis gerade nicht fortsetzen. Das Mietgericht des Bezirks Zürich ist davon ausgegangen, dass eine solche Klage nicht unter den Begriff des Kündigungsschutzes im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fällt (Beschluss vom 4. März 2016 E. 7; act. 27/12). Nach Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes wird primär die gekündigte Partei vor der Kündigung geschützt; d.h. Ziel ist die Fortsetzung des Mietverhältnisses. Diese Auffassung überzeugt, und es ist mit dem Mietgericht Zürich davon auszugehen, dass bei der vorliegenden Konstellation nicht das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zum Tragen kommt, womit die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts unter diesem Aspekt gegeben ist.

### 3. Feststellungsinteresse

In ihrer Klageantwort monierte die Beklagte, für das Eventualbegehren der Klägerin bestehe kein Feststellungsinteresse im Sinne von Art. 88 ZPO (act. 16 Rz. 7 ff.). Nach der Rechtsprechung ist die Feststellungsklage zuzulassen, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat, was u.a. gegeben ist, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit, deren Fortdauer dem Kläger nicht mehr zugemutet

werden darf, durch die richterliche Feststellung behoben werden kann (BGE 141 III 68 E. 2.3).

Ein Feststellungsinteresse ist ohne Weiteres erkennbar: Soweit nicht geklärt wird, ob der Mietvertrag (im Jahr 2015) gültig beendet worden ist, besteht für die Klägerin weiterhin Ungewissheit über die Rechtsbeziehung zur Beklagten, insbesondere zu weiteren möglichen Mietzinsforderungen. Selbst wenn diese Frage im Rahmen der Widerklage zu beantworten ist, welche sich jedoch prinzipiell auf das Jahr 2015 bezieht, ändert dies nichts am schutzwürdigen Interesse der Klägerin, zumal ihr selber keine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht. Ebensovienig ist ersichtlich, weshalb die Fortdauer der Ungewissheit, welche durch richterliche Feststellung aufgehoben werden kann, der Klägerin zugemutet werden sollte.

#### 4. Fazit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG für die Klage und Widerklage sachlich und örtlich zuständig. Zudem sind die Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO gegeben; auf die Klage bzw. Widerklage ist demzufolge einzutreten.

## II. Materielles

### 1. Unbestrittener Abschluss des Mietvertrages und Zahlung von Mietzinsen

Abgesehen von den klägerischen Einwänden zur Gültigkeit des Vertrages ist grundsätzlich nicht bestritten, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten (vertreten durch die E. \_\_\_\_\_ AG) am 14. Juni 2013 (per 1. April 2014) ein Mietvertrag über gewerbliche Räume an der D. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, befristet auf eine Dauer von 10 Jahren samt Optionsrecht zur Verlängerung, geschlossen worden ist (act. 1 Ziff. 1 [S. 4 f.]; act. 16 Rz. 13). Weiter nicht bestritten ist, dass die Klägerin Mietzinse für das Jahr 2014, insgesamt drei Quartale à CHF 49'470.– (=CHF 148'410.–), geleistet hat (act. 1 Ziff. 6 [S. 7]; act. 16 Rz. 58; act. 24: "Ad. 64-66" [S. 5]). Sodann hat die Klägerin der Beklagten am 22. Dezember 2014 die

Schlüssel bzw. das Mietobjekt zurückgegeben und unbestrittenermassen seither keine weiteren Mietzinse mehr bezahlt (act. 16 Rz. 63; act. 24: "Ad. Ziff. 63" [S. 4]).

## 2. Vertragliche Grundlagen – Rohbaumiete – Zulieferung

### 2.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin führt aus, es sei ihr bestätigt worden, dass ein Mietvertrag mit dem Verwendungszweck "Laden" und Umbau der Räumlichkeiten abgeschlossen werden könne (act. 1 Ziff. 1 [S. 4]). Ein entsprechender Umbau sei die *Grundlage des Mietvertrages* gewesen, da die Flächen im Erdgeschoss völlig offen und ohne Zwischenwände gewesen seien, was aus den Grundrissplänen gemäss Vertragsziffer 1.1 und Beilage 1 erhelle. Dass die Beklagte mit diesen Umbauplänen einverstanden gewesen sei, ergebe sich ausserdem daraus, dass die Vermieterschaft das Umbaugesuch mitunterschrieben habe (act. 1 Ziff. 3 [S. 5 f.]). Unter Verweis auf die Beweisofferte der Partei- oder Zeugenbefragung von F. \_\_\_\_\_ bringt die Klägerin u.a. vor, beide Parteien seien davon ausgegangen, dass über dieselbe Stelle wie bei der Firma K. \_\_\_\_\_ zugeliefert werden könne, die Erteilung einer Baubewilligung sei als Grundlage des Mietvertrages anzusehen (act. 24: "Ad. Ziff. 62" [S. 3]). Sowohl die Vermieterschaft als auch sie selber seien davon ausgegangen, dass der Umbau für das Ladenlokal bewilligt werden würde; die Beklagte habe dies mit ihrer Zustimmung (konkludent) *zugesichert* (act. 1 Ziff. 5 [S. 7]; act. 35 Ziff. 1 [S. 3]; act. 41: "Ad 7." [S. 3 f.]).

Unter Verweis auf diverse Vertragsbestimmungen des besagten Mietvertrages (Ziff. 1.1 und Beilage 2, Ziff. 2, 3.1, 8, 10.1, 10.3) und gestützt auf die Beweisofferte von J. \_\_\_\_\_ als Zeugen lässt die Beklagte vortragen, dass das Mietobjekt im vertragsgemässen Zustand "*Grundausbau*" geschuldet gewesen und als "*Verwendungszweck*" die Nutzung als "*Laden*" vereinbart worden sei (act. 16 Rz. 17 ff., Rz. 30; act. 38 Rz. 6). Mithin handle es sich um eine *Rohbaumiete*, nachdem nicht mehr und nichts anderes geschuldet sei als eine Mietfläche, welche sich grundsätzlich in ein Ladenlokal umbauen lasse (act. 16 Rz. 31; act. 38 Rz. 6, Rz. 12). Die Beklagte stellt sich grundlegend auf den Standpunkt, dass der Miet-

vertrag *keine Zusicherung* enthalte bezüglich der konkreten Nutzbarkeit des Mietobjektes als A.\_\_\_\_-Filiale, insbesondere nicht zu einem näher umschriebenen Verkaufssortiment sowie der Realisierbarkeit von Umbauvorhaben oder der Erteilung einer Baubewilligung. Überdies seien keine Zusicherungen neben dem Mietvertrag gemacht worden, wie auch die Zulieferung bei den Vertragsverhandlungen überhaupt kein Thema gewesen sei (act. 16 Rz. 26 f. und Rz. 41; act. 38 Rz. 7 und Rz. 11). Die Unterzeichnung der Umbaupläne stelle keinerlei vertragsrelevante Zusicherung dar, vielmehr handle es sich hierbei allein um die Einverständniserklärung zu den baulichen Veränderungen (act. 16 Rz. 29). Der Erhalt der Baubewilligung sei, so die Beklagte weiter, nicht als *Bedingung* in den Mietvertrag aufgenommen worden, ohnehin sei der Nichterhalt dem Verantwortungs- und Risikobereich der Klägerin zuzuordnen, was sich aus Ziff. 10.3.3 des Mietvertrages ergebe (act. 16 Rz. 40 f.; act. 38 Rz. 9). Selbst die Klägerin bestreite nicht, dass zwischen den Parteien hinsichtlich des Mietvertrages, insbesondere der Ziffern 1.1., 2, 3.1, 8, 10.1, 10.3 und 25, im Zeitpunkt des Abschlusses, ein tatsächlicher Konsens vorgelegen habe (act. 38 Rz. 8).

## 2.2. Rechtliches

Der Vertragsinhalt bestimmt sich nach Art. 18 OR in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, 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. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4aa).

Nach Art. 256 Abs. 1 OR ist der Vermieter verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu

übergeben und in demselben zu erhalten. Dabei zu unterscheiden ist der *Soll-Zustand*, welcher sich aus dem vertraglich Vereinbarten ergibt, und dem *Ist-Zustand*. Der Soll-Zustand ergibt sich zum einen aus den zugesicherten Eigenschaften. Zum anderen ist bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung auf den vorausgesetzten bzw. den üblichen Gebrauch abzustellen (DAVID LACHAT ET AL., Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, Rz. 9.1 ff.; Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Aufl. 2008, N. 11 ff. zu Art. 256 OR; PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 253-265 OR, 3. Aufl. 1994, N. 23 ff. zu Art. 256 OR; MORITZ VISCHER, Die Bedeutung von Art. 256 OR für das Mietvertragsrecht, AJP 9/2014, S. 1226 ff.; bzgl. Mängel der Mietsache vgl. BGE 135 III 345 E. 3.2 = PRA 98 [2009] Nr. 135; Urteil des Bundesgerichts 4A\_615/2015 vom 19. Mai 2016 E. 4).

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 (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 vollendet (IRÈNE BIBER, Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, in: mp 2015, S. 81; JEAN-PIERRE TSCHUDI, Die Rohbaumiete Location de locaux "crus", in: MRA 2/08, S. 43; Urteil des Bundesgerichts 4A\_208/2015 vom 12. Februar 2016 E. 3.1.; MORITZ VISCHER, Die Rohbaumiete, 2014, Rz. 30; DAVID LACHAT ET AL., a.a.O., Rz. 32.9.1 f.).

### 2.3. Würdigung

Zunächst ist zwischen den Parteien unbestritten, dass ein Mietvertrag nach Art. 253 ff. OR, genauer ein Mietvertrag über Geschäftsräume nach Art. 253a OR, im Zentrum der Auseinandersetzung steht. Nach dem zugrundeliegenden Mietvertrag war vereinbart, dass die Vermieterin das Mietobjekt im "Grundausbau" überlässt, wofür die Mieterin einerseits Mietzins schuldet und andererseits auf ihre Kosten den nötigen Umbau (Verwendungszweck: Laden) zu übernehmen hat. Nach dem Gesagten handelt es sich folgerichtig um einen sog. *Rohbaumietvertrag* gemäss der von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Definition. Weiter sieht der Mietvertrag in Ziffer 2 zum Verwendungszweck (act. 5/2 S. 4) wörtlich

vor: "Das Mietobjekt steht dem Mieter für folgende Nutzung zur Verfügung: Laden". Neben der Rohbaumiete wurde somit die Nutzung des Mietobjektes als "Laden" vereinbart. Hier liegt ein zentraler Streitpunkt der Parteien: Die Klägerin argumentiert, es sei zugesichert worden, dass im Mietobjekt ein (A.\_\_\_\_\_) Lebensmittelladen samt Zulieferung realisiert werden könne. Die Beklagte wiederum bestreitet vehement jegliche Zusicherung und bringt zur vertraglichen Grundlage zusammengefasst vor, vereinbart gewesen sei einzig die Rohbaumiete, geschuldet sei deshalb eine Mietfläche, welche sich grundsätzlich in ein Ladenlokal umbauen liesse; keineswegs sei ausdrücklich die Erstellung eines Lebensmittelladens bzw. konkret der Betrieb einer standardmässigen A.\_\_\_\_\_-Filiale vereinbart worden.

Entgegen der klägerischen Darstellung lassen sich dem schriftlichen Vertrag keine *Zusicherungen* seitens der Beklagten zum Betrieb eines spezifischen Ladenkonzepts respektive zu entsprechenden Zulieferungsmöglichkeiten entnehmen. Insbesondere nicht als spezifische Zusicherung kann die Unterzeichnung der Umbaupläne (act. 5/5) durch die Beklagte betrachtet werden, handelt es sich doch dabei vielmehr um eine (kantonalzürcherische) baurechtliche Notwendigkeit (vgl. § 310 Abs. 3 Planungs- und Baugesetz [PBG] bzw. § 5 lit. m Bauverfahrensordnung [BVV]; act. 5/3 Erwägung A.a). Dass die Beklagte ausserhalb des schriftlichen Mietvertrages vom 14. Juni 2013 irgendwelche expliziten Zusicherungen abgegeben haben soll, wurde von der Klägerin nicht substantiiert behauptet, erschiene allerdings auch widersprüchlich vor dem Hintergrund des vereinbarten Schriftformvorbehalts in Ziff. 23 des Mietvertrages (act. 5/2). Für die Bestimmung des vertraglich Geschuldeten bleibt es demnach bei der Regelung von Ziffer 2 des Mietvertrages ("Laden").

Dass für den Betrieb eines (Lebensmittel-)Ladens in einem bestimmten Umfang Anlieferungen mit Fahrzeugen möglich sein müssen, ist ohne Weiteres einleuchtend. Dies stellt ebenso die Beklagte letztlich nicht grundlegend in Frage (vgl. z.B. act. 38 Rz. 19). In Bezug auf die Häufigkeit und die Modalitäten der beabsichtigten Zulieferungen divergieren die Standpunkte der Parteien. Dass die Beklagte dabei nicht gewusst haben will, für welchen Zweck die Klägerin die Miete ihrer

Räumlichkeiten beabsichtigt, erscheint abwegig (vgl. u.a. die klare Projektbezeichnung: "Einbau einer A.\_\_\_\_\_ Verkaufsstelle"; act. 5/5). Selbst wenn dies aber der Beklagten nicht bekannt gewesen sein sollte, so räumt sie dessen ungeachtet ausdrücklich ein, dass sich die Parteien mit der Miete als "Laden" weder auf ein spezifisches Konzept noch Sortiment hätten einschränken wollen (act. 16 Rz. 36). Dies umfasst nicht nur zweifellos genauso die Erstellung einer "regulären" oder "standardmässigen" A.\_\_\_\_\_ -Filiale, sondern rückt diese vielmehr in den Vordergrund. So hat die Beklagte im Übrigen nicht konkret behauptet, es sei dem Mietvertrag die Absicht eines Ladenkonzepts zugrunde gelegen, bei welchem realistischerweise mit (qualitativ und quantitativ) äusserst geringen Anlieferungen zu rechnen gewesen wäre. Nachdem sowohl nach klägerischer als auch beklagter Darstellung übereinstimmend für den Betrieb eines Ladens eine übliche Zulieferungsmöglichkeit nötig ist, erübrigt sich insofern die eingehendere Prüfung zum übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien sowie die normative Auslegung des mutmasslichen Parteiwillens: Der *zum vorausgesetzten Gebrauch taugliche Zustand* des Mietobjekts gemäss Art. 256 Abs. 1 OR umfasst demnach die Möglichkeit der üblichen Zulieferung mit Fahrzeugen.

Ein weiterer Streitpunkt zu den vertraglichen Grundlagen betrifft die Verantwortung zur Einholung von baurechtlichen Bewilligungen, welche die Beklagte allein bei der Klägerin sieht. Hierzu stützt sie sich auf *Ziff. 10.3.3* des Mietvertrages vom 14. Juni 2013 (act. 5/2 S. 9). Der von der Beklagten ins Feld geführten Vertragsbestimmung *Ziff. 10.3.3* lässt sich indessen lediglich eine Kostenfolgeregelung entnehmen: "[...] *alle damit verbundenen **Kosten** ausschliesslich zu Lasten des Mieters.*"; Hervorhebung beigefügt). Eine klare vertragliche "Übernahme der Verantwortung" für das Einholen der Baubewilligung bzw. eine "Zuordnung zum Risikobereich der Klägerin" kann der Bestimmung jedenfalls nicht entnommen werden. Vielmehr handelt es sich bei *Ziff. 10.3.3* augenfällig um eine vertragliche Abänderung von Art. 256b OR. Eine andere vertragliche Grundlage der Risiko-Zuordnung macht die Beklagte nicht geltend.

### 3. Nichtigkeit Mietvertrag?

#### 3.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Nach Darstellung der Klägerin habe der geplante Umbau in den Räumlichkeiten zufolge des negativen Bauentscheides nicht wie geplant durchgeführt werden können, womit die Vermieterschaft den Mietvertrag nicht habe einhalten können (act. 1 Ziff. 4 [S. 6]). Da die Vermieterschaft somit nicht die zugesicherten Räumlichkeiten mit den zugesicherten Umbaumöglichkeiten zur Verfügung habe stellen können, habe sie ihr mitgeteilt, dass von objektiver Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ausgegangen werden müsse, weshalb der Mietvertrag nichtig im Sinne von Art. 20 OR sei (act. 1 Ziff. 4 f. [S. 6 f.]). Für beide Parteien sei nach Treu und Glauben als Vertragsgrundlage vorausgesetzt worden, dass eine Baubewilligung für den Umbau erteilt werden würde (act. 24: "ad. Ziff. 62 [S. 3 f.]; act. 35 Ziff. 1 f. [S. 3]). Das Mietobjekt sei aufgrund der behördlichen Bestimmungen nicht als Verkaufsladen vermietbar, der beabsichtigte Gebrauch objektiv unmöglich und der Mietvertrag folglich nichtig (act. 35 Ziff. 3 [S. 4]; act. 41: "Ad 1. Unmöglichkeit nach Art. 20 OR" [S. 6]). Die Klägerin fordert nun gemäss Ziffer 1 ihrer Rechtsbegehren die bereits bezahlten Mietzinse in Höhe von insgesamt CHF 148'310.–, nebst Zins zu 5 % seit den jeweiligen Zahlungen, zurück (act. 1 Ziff. 5 [S. 7]).

Die Beklagte hingegen bringt vor, sie habe die sie treffende Pflicht zur Übergabe der Mietsache im Zustand "Grundausbau" bereits vollständig erfüllt, womit offensichtlich werde, dass die Erfüllung dieser Pflicht weder anfänglich noch nachträglich unmöglich gewesen sein könne; selbst die Klägerin behaupte nicht, dass das Führen eines Ladenlokals im Mietobjekt generell unmöglich sei (act. 16 Rz. 33 ff.; act. 38 Rz. 6). Vielmehr sei der Umbau in ein Ladengeschäft objektiv möglich und eine Baubewilligung könne erhältlich gemacht werden, insbesondere mit einem alternativen Anlieferungskonzept (act. 16 Rz. 35 und 43 ff.; act. 38 Rz. 19, Rz. 25 f.). Irrelevant sei sodann, ob die Parteien davon ausgegangen seien, dass der Umbau des Objektes in ein Ladenlokal "problemlos" bewilligt werden würde (act. 38 Rz. 7). Damit überhaupt Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR in Betracht komme, müsse feststehen, dass die Beklagte der Klägerin nicht ein Ladenlokal im Rohbau, sondern etwas anderes, geschuldet hätte (act. 38 Rz. 18).

### 3.2. Rechtliches

Ist eine versprochene Leistung von allem Anfang an, nämlich bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, objektiv nicht erbringbar, so gilt sie als unmöglich im Sinne von Art. 20 OR. Nach der herrschenden Lehre kann die Unmöglichkeit auf rechtlichen oder faktischen Gründen beruhen (HUGUENIN/MEISE, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 46 zu Art. 19/20 OR unter Verweis auf BGE 96 II 21 und 95 II 554; ALFRED KOLLER, in: Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, N. 18 zu § 7). Im mietrechtlichen Kontext bedeutet *tatsächliche* Unmöglichkeit beispielsweise, dass das Mietobjekt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits zerstört war (PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 253-265 OR, 3. Aufl. 1994, N. 16 zu Art. 264 OR; vgl. ERNST A. KRAMER, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Inhalt des Vertrages Artikel 19-22 OR, Bern 1991, N. 241 zu Art. 19-20 OR). Die Frage der anfänglichen Unmöglichkeit aus *rechtlichen* Gründen dürfte sich demgegenüber etwa stellen bei einem (vorbestehenden) polizeilichen Nutzungsverbot des Mietobjektes (HULLIGER/HEINRICH, in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 258 OR; PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 253-265 OR, 3. Aufl. 1994, N. 16 zu Art. 264 OR unter Hinweis auf BGE 57 II 532 und BGE 62 II 43 ff.; ferner VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl. 1979, § 31 VI. [S. 262 f.]).

### 3.3. Würdigung

In Frage kommt hier allein die Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen, faktische Gründe wurden weder behauptet noch wären solche ersichtlich. Wie bereits dargelegt war zwischen den Parteien die Nutzung des Mietobjektes als "Laden" vereinbart. Damit eine (anfängliche) objektive Unmöglichkeit vorläge, müsste nun bereits bei Vertragsschluss ausgeschlossen gewesen sein, dass die Klägerin das Mietobjekt als "Laden" nutzen kann, m.a.W. müsste der Gebrauch der Mietsache unmöglich gewesen sein. Die gewerbliche Nutzung des Mietobjektes ist indes keineswegs generell ausgeschlossen. Auch von der Unmöglichkeit der Nutzung des Mietobjektes als Laden kann keine Rede sein. So liess sich weder im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch heute definitiv ausschliessen, dass die für den

Betrieb eines Ladens unverzichtbare Baubewilligung erteilt wird. Selbst wenn man – wie vorliegend – davon ausgeht, dass eine Vermietung als Laden die Möglichkeit der üblichen Zulieferung voraussetzt (vgl. oben Ziff. 2.3. [S. 15]), führt die Abweisung der Baubewilligung im Einzelfall noch nicht zu einer objektiven Unmöglichkeit. Soweit die Klägerin ihren Anspruch ausserdem nicht auf einen Grundlagenirrtum stützen kann (vgl. unten Ziff. 5 [S. 30]), entfällt die von ihr geltend gemachte Grundlage zur Rückforderung der bereits geleisteten Mietzinsen, womit Rechtsbegehren Ziffer 1 abzuweisen wäre.

#### 3.4. Fazit

Zusammenfassend liegt keine objektive Unmöglichkeit und somit keine Nichtigkeit des Vertrages nach Art. 20 OR vor.

#### 4. Ausserordentliche Kündigung des Mietvertrages

##### 4.1. Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 266g Abs. 1 OR)

###### 4.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten blieb, dass der Klägerin im Laufe des Baubewilligungsverfahrens mitgeteilt wurde, es sei eine Optimierung bezüglich des Anlieferungskonzeptes vorzunehmen. Die vorgesehene Optimierung bestand darin, dass eine Belieferung mit kleineren Lastwagen vorgenommen werden sollte. Die Baubewilligung wurde dennoch verweigert, im Wesentlichen mit der Begründung, dass das Trottoir stark frequentiert sei und darüber hinaus ein beabsichtigtes Strassenprojekt – wovon die Parteien keine Kenntnis hatten – eine Reduktion der Trottoirbreite und eine Versetzung des Lichtsignalmasts auf der Seite D.\_\_\_\_\_-Strasse vorsehe. Aus Gründen der Verkehrssicherheit sollten Anlieferungen auf dieser Fläche vermieden werden. Sowohl das Baugesuch als auch ein entsprechender Rekurs wurden demnach abgewiesen (act. 1 Ziff. 2 [S. 5]; act. 5/3-4; act. 24: "Ad. Ziff. 62" [S. 3]). Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien hat die Klägerin der Beklagten infolge der verweigten Baubewilligung erstmals mit Schreiben vom 29. Juli 2014 angezeigt, dass sie den Mietvertrag als nichtig erachte und eventua-

gen Kündigungsfrist per 31. Januar 2015 bzw. 15. Februar 2015 kündige (act. 1 Ziff. 4 [S. 6] und Ziff. 7 [S. 8]; act. 16 Rz. 57; act. 24: "Ad. Ziff. 62" [S. 4]).

#### 4.1.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin stützt die Kündigung nach Art. 266g OR darauf, dass die erforderlichen wichtigen Gründe gegeben seien, nachdem der beabsichtigte Mietzweck – die Erstellung eines Ladenlokals – durch die unvorhersehbare Abweisung des Umbaugesuches verunmöglicht worden sei (act. 1 Ziff. 7 [S. 8]; act. 35: Ziff. 2 [S. 4] und "C. Kündigung gemäss Art. 266g OR" [S. 5]; act. 41 Ziff. 4 [S. 7]). Beide Parteien seien davon ausgegangen, dass eine Anlieferung vor dem Haus vorgenommen werden könne, zumal K.\_\_\_\_\_, ein zur Klägerin gehörendes Unternehmen, ebenfalls dort ihre Anlieferungen vornehme (act. 24: "Ad. Ziff. 62" [S. 3]). Die Gründe, welche zur Ablehnung des Baugesuchs geführt hätten, seien unvorhersehbar gewesen (act. 35 Ziff. 2 [S. 4]).

Zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 266g OR bringt die Beklagte vor, dass die Abweisung des Baugesuchs im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gemäss Verständnis einhelliger Lehre und Rechtsprechung vorhersehbar gewesen sei, was das Vorliegen von wichtigen Gründen ausschliesse (act. 16 Rz. 51; act. 38 Rz. 47). Es müsse denn auch immer mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass eine im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses ausstehende öffentlich-rechtliche Bewilligung nicht erteilt werde, was der geschäftserfahrenen Klägerin zumindest hätte bewusst sein müssen (act. 16 Rz. 52). Des Weiteren hält die Beklagte dafür, einer Kündigung gemäss Art. 266g OR stehe entgegen, dass die "wichtigen Gründe" von der Klägerin selbst zu vertreten seien, da nach dem massgebenden Mietvertrag das Einholen der Umbaubewilligung in den Verantwortungsbereich der Klägerin gefallen sei. Somit sei ihr auch obliegen, die sich stellenden Probleme vor Abschluss des Mietvertrages zu erkennen und Abklärungen zu treffen (act. 16 Rz. 53). Überhaupt könne eine Baubewilligung erhältlich gemacht werden mit einem anderen Anlieferungskonzept. Namentlich könne die Anlieferung mit Kleinfahrzeugen, zu verkehrsarmen Zeiten oder alternativ von der Rückseite des Gebäudes vorgenommen werden (act. 16 Rz. 43 ff.). Selbst wenn man annehme, dass die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigen

Gründen gegeben seien, so bestehe eine Frist von 6 Monaten: für die Zeitspanne vom 1. April 2014 bis zum 31. Dezember 2014 stehe der Beklagten der Mietzins auf jeden Fall zu (act. 16 Rz. 54). Weiter werden von der Beklagten die klägerischen Argumente zum "Mietwert" bestritten. So sei zunächst der Betrieb eines Ladengeschäfts im Mietobjekt keineswegs generell unmöglich. Zudem sei der Klägerin das Mietobjekt im Rohbau zum Betrieb eines "Ladens" vermietet worden, wobei der Mietzins die adäquate Gegenleistung hierfür darstelle (act. 16 Rz. 55 f.).

#### 4.1.3. Rechtliches

Bei Art. 266g OR handelt es sich um die konkretisierte mietrechtliche Regelung hinsichtlich der Thematik der ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen und insofern um einen Anwendungsfall der "clausula rebus sic stantibus" (BGE 122 III 262 E. 2a/aa; Urteil des Bundesgerichts 4C.395/2006 vom 23. Januar 2007 E. 3; PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 266-268b OR, 4. Aufl. 1995, N. 6 zu Art. 266g OR; DAVID LACHAT ET AL., a.a.O., Rz. 27.5.1). Die gesetzliche Kündigungsfrist, auf welche sich Art. 266g OR bezieht, beträgt für Geschäftsräume sechs Monate. Art. 266g OR kommt also dort praktische Bedeutung zu, wo die Parteien eine längere Mindestvertragsdauer oder einen befristeten Vertrag abgeschlossen haben. Die Bestimmung gilt gegenüber anderen im Gesetz vorgesehenen ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeiten grundsätzlich als subsidiär (URBAN HULLIGER, Kündigung aus wichtigen Gründen, Überblick über Lehre und Rechtsprechung, MRA 1/2011 S. 1 unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.280/2006 vom 16. November 2006 = mp 2008 S. 33 ff.).

Die Voraussetzungen der ausserordentlichen Kündigung bestehen (a) beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, welcher (b) die Vertragserfüllung unzumutbar macht. Die Rechtsprechung und Lehre fordert grundlegend, dass die angerufenen Kündigungsgründe weder *bekannt* noch *vorhersehbar* oder auf ein *Verschulden* der kündigenden Partei zurückzuführen sind (BGE 122 III 262 E. 2a/aa; Urteil des Bundesgerichts 4A\_20/2015 vom 13. Juli 2015 E. 3.1. [übersetzt und kommentiert von MONIKA SOMMER, in: MRA 4/2015 S. 221 ff.]; Urteil des Bundesgerichts

4C.375 /2000 vom 31. August 2001 E. 3a = PRA 90 [2001] Nr. 177; Urteil des Bundesgerichts 4A\_16/2016 vom 26. August 2016 E. 2.5.1.; Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Aufl. 2008, N. 10 ff. zu Art. 266g OR; ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 5 zu Art. 266g OR; DAVID LACHAT ET AL., a.a.O., Rz. 28.8.2). Die Anforderungen an die Unvorhersehbarkeit liegen nach der Rechtsprechung relativ hoch (ANDREAS MAAG, in: Jürg P. Müller [Hrsg.], Wohn- und Geschäftsraummiete, 2015, N. 2.157). Bei der Prüfung von Kündigungsgründen können verschiedene Fallkonstellationen vorkommen: so beispielsweise Gründe in der Person der kündigenden Partei, bei der anderen Partei oder sogar ausserhalb des Einflussbereichs der Parteien (URBAN HULLIGER, a.a.O., S. 3 ff.; vgl. DAVID LACHAT ET AL., a.a.O., Rz. 28.8.2 und Rz. 27.5.4.2; ANDREAS MAAG, a.a.O., N. 2.158 ff. m.w.H. zur Rechtsprechung). Eine Vertragsverletzung dürfte als entsprechend wichtiger Grund ebenfalls in Betracht kommen (IRÈNE SPIRIG, Ausserordentliche Kündigungen ausserhalb des mietrechtlichen Katalogs?, mp 2012, S. 5). Schliesslich können die "wichtigen Gründe" vertraglich definiert werden, namentlich der Umstand, dass eine erwartete Baubewilligung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorliegt (URBAN HULLIGER, a.a.O., S. 6; gl.M. PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 266-268b OR, 4. Aufl. 1995, N. 8 zu Art. 266g OR; a.M. ROGER WEBER, a.a.O., N. 2 zu Art. 266g OR und DAVID LACHAT ET AL., a.a.O., Rz. 27.5.2). Ob im Einzelfall in der Tat ein "wichtiger Grund" vorliegt, ist gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu entscheiden (vgl. PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 266-268b OR, 4. Aufl. 1995, N. 30 zu Art. 266g OR).

Die Fortsetzung eines Mietverhältnisses ist einer Partei eher zuzumuten, wenn das Mietverhältnis nach verhältnismässig kurzer Zeit – im Gegensatz zum nächstmöglichen Beendigungstermin in mehreren Jahren – ordentlich beendet werden kann (MONIKA SOMMER, a.a.O., S. 227 f.). Zur Beurteilung der Unzumutbarkeit ist ferner auf die Zeitdauer zwischen Eintritt des wichtigen Grundes und der darauf gestützt erklärten Kündigung abzustellen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_142/2012 vom 17. April 2012 E. 3.1.; Urteil des Obergerichts Zürich RT130020 vom 6. Juni 2013 E. 3.1; URBAN HULLIGER, a.a.O., S. 2). Nebenbei muss sich der Mitteilung der Mieterin klar die Absicht entnehmen lassen, dass aus

wichtigen Gründen nach Art. 266g OR gekündigt wird, andernfalls angenommen werden könnte, dass eine vorzeitige Rückgabe nach Art. 264 OR vorliegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2000 vom 24. Januar 2001 E. 2cc [=MRA 2001, S. 81 ff.]). Bei Fehlen der Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Konversion in eine ordentliche Kündigung nicht möglich (BGE 135 III 441 E. 3.3 = PRA 99 [2010] Nr. 30).

#### 4.1.4. Würdigung

Für die ausserordentliche Kündigung nach Art. 266g Abs. 1 OR wird als erstes ein sog. *wichtiger Grund* vorausgesetzt. Der von der Klägerin geltend gemachte wichtige Grund liegt darin, dass die für die Umsetzung eines (Lebensmittel-)Ladens notwendige Baubewilligung nicht erteilt worden ist. Aktenkundig ist, dass in den fraglichen Räumlichkeiten ursprünglich eine Bankfiliale untergebracht war (act. 5/3: Erwägung d [S. 2]). Dass der Betrieb als Laden unvermeidlich einen Umbau bzw. eine bewilligungspflichtige Umnutzung erfordert, ist nachvollziehbar und wurde von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Soweit nun die für den Betrieb eines Ladens unerlässliche Baubewilligung nicht erteilt wird, liegt grundsätzlich ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung vor. Laut übereinstimmender Darstellungen der Parteien sowie aus dem Entscheid des Baurekursgerichts vom 23. Januar 2015 Erwägung 2 (act. 5/4: S. 3) erhellt, dass sich die Verweigerung der Baubewilligung auf die Frage des projektierten Güterumschlages zurückführen lässt. Wie dargelegt gehört zum Betrieb eines Ladens, dass im üblichen Umfang zugeliefert werden kann, womit von der Klägerin nicht erwartet werden kann, darauf zu verzichten.

Wie gerade festgestellt, gehört zum Betrieb eines Ladens – unter dem Aspekt von Art. 256 Abs. 1 OR – die Möglichkeit einer üblichen Zulieferung. Soweit nun der zum vorausgesetzten Gebrauch taugliche Zustand beeinträchtigt ist, drängt sich die Frage des Verhältnisses zu den Mängelrechten laut Art. 259 ff. OR auf. Dies ist auch insofern relevant, als dass die Rechtsprechung und Lehre von der Subsidiarität der ausserordentlichen Kündigung im Sinne von Art. 266g OR ausgeht. Schon aus folgenden Gründen kann hingegen sogleich festgestellt werden, dass es ausschliesslich bei der Beurteilung nach Art. 266g OR bleibt und andere Kün-

digungsmöglichkeiten aus dem Bilde bleiben können: In erster Linie hat die Klägerin an keiner Stelle überhaupt einen anderen Kündigungsgrund als Art. 266g OR angeführt. Dies ist unter dem Aspekt der Subsidiarität nicht zu beanstanden, da nicht ersichtlich ist, inwiefern vorliegend der Mangel mit Hilfe der Geltendmachung von Beseitigungsansprüchen durch den Vermieter behebbar gewesen wäre, was allerdings für ein Vorgehen nach Art. 259b OR vorausgesetzt wäre (Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Aufl. 2008, N. 9 zu Art. 259b OR). Ferner erscheint gleichermassen die Herabsetzung des Mietzinses (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.39/2003 vom 23. April 2003) von vornherein als untauglich, wenn die für die Nutzung als Laden benötigte Baubewilligung nicht erteilt wird.

Die Verantwortung für die Verweigerung der baurechtlichen Bewilligung sieht die Beklagte ausschliesslich bei der Klägerin. Zum einen stützt sie sich hierbei auf Ziff. 10.3.3 des Mietvertrages vom 14. Juni 2013 und v.a. darauf, dass es an der Klägerin gelegen hätte, den vorhersehbaren Fall der Verweigerung der Baubewilligung vertraglich zu regeln (act. 16 Rz. 40 f.; act. 38 Rz. 19); sie selber hätte keinerlei Informationen über den beabsichtigten Laden und die entsprechenden Konzepte der Klägerin gehabt, vertraglich sei allein die Miete eines Rohbaus vereinbart gewesen, eine Vertragsverletzung liege schliesslich ebensowenig vor. Gegen die Annahme einer gültigen ausserordentlichen Kündigung nach Art. 266g OR führt die Beklagte somit hauptsächlich ins Feld, es handle sich um einen *voraussehbaren* Grund und ein *Verschulden* der Klägerin.

Wie erwähnt ist nach Rechtsprechung und Lehre zentral, ob die Kündigungsgründe bekannt respektive vorhersehbar waren, denn davon soll u.a. abhängen, ob eine rechtmässige Kündigung vorliegt. Zur Diskussion steht demzufolge die Frage, inwiefern die Nichterteilung der Baubewilligung vorhersehbar gewesen ist. Wie die Beklagte an sich zu Recht vorbringt, ist die Nichterteilung einer Baubewilligung in der Regel nie völlig unvorhersehbar, vielmehr muss mit dieser Möglichkeit im Allgemeinen gerechnet werden. Dies gilt selbst bei einer allfälligen gegenteiligen Bewilligungspraxis, womit offen bleiben kann, ob, wie behauptet, eine einschlägige Praxis in der Stadt Zürich bestanden hat (analog bzgl. Änderungen

der Gesetzeslage: BGE 127 III 300 E. 5b aa). Immerhin konnten die Parteien (wohl) nicht voraussehen, dass infolge Sanierungsarbeiten an der D.\_\_\_\_-Strasse eine Reduktion der Trottoirbreite und die Versetzung des Lichtsignalmasts geplant wurde, was sich offensichtlich negativ auf die schon engen Platzverhältnisse und folglich auf den Bauentscheid auswirkte. Gleichwohl kann nicht beurteilt werden, ob dies letztlich entscheidend für den negativen Bauentscheid gewesen ist. Nebenbei konnte bisher für einen anderen Laden (K.\_\_\_\_), wenn auch mit geringerer Frequenz, offensichtlich über dieselbe Stelle zugeliefert werden. Nachdem der Entscheid der zuständigen Baubehörden massgeblich von ihrem Ermessen abhängt, war für die Klägerin deren abweisender Entscheid zumindest nicht eindeutig vorhersehbar, selbst wenn damit im Allgemeinen gerechnet werden muss.

Über die Frage, inwiefern ein anderes Anlieferungskonzept zur Erteilung einer Baubewilligung geführt hätte, gehen die Ansichten der Parteien auseinander. Aufgrund des Ermessens der Baubehörden kann darüber aber lediglich gemutmasst werden. Nicht erkennbar ist jedenfalls ein klares Verschulden der Klägerin im Rahmen der Einholung der Baubewilligung, was auch von der Beklagten nicht substantiiert behauptet wird. So hat die Klägerin offenbar schon während der Dauer des Bewilligungsverfahrens das Anlieferungskonzept angepasst und überdies gegen den negativen Entscheid Rekurs beim Baurekursgericht geführt (act. 5/3 und 5/4). Die Beklagte wiederum hält dafür, die Klägerin hätte nach dem Grundsatz "*pacta sunt servanda*" alles unternehmen müssen, um doch noch die nötige Baubewilligung erhältlich zu machen. Für die Annahme eines wichtigen Grundes nach Art. 266g Abs. 1 OR ist in diesem Zusammenhang hingegen nicht voranzusetzen, dass der Erhalt einer Baubewilligung geradezu ausgeschlossen sein muss. Unter Berücksichtigung der rechtskräftigen Abweisung des klägerischen Baugesuchs und den zugrundeliegenden eindeutigen Erwägungen der Baubewilligungsbehörden und des Baurekursgerichts deutet im Übrigen nichts auf die Annahme hin, dass innert nützlicher Frist und mit verhältnismässigem Aufwand doch noch ein bewilligungsfähiges Anlieferungskonzept hätte erstellt werden können. Nichts daran zu ändern vermag im Übrigen, dass die Beklagte (erst) anlässlich der Klageantwort (act. 16 S. 16) Hand bot, um mithilfe von baulichen

Massnahmen doch noch ein – allenfalls – bewilligungsfähiges Anlieferungskonzept zu erstellen. Für den Betrieb eines (Lebensmittel-)Ladens muss notwendigerweise eine Zulieferung möglich sein. Zusammenfassend liegt ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 266g Abs. 1 OR vor. Der Umstand, dass rund drei Jahre später die Baubewilligung für einen Dritten mit unterschiedlichem Konzept und Anlieferungsrhythmus erteilt wurde, ändert daran nichts.

Neben dem wichtigen Grund zur ausserordentlichen Kündigung muss die Vertragserfüllung zudem unzumutbar sein. Klar für eine *Unzumutbarkeit* der Fortsetzung des Mietverhältnisses spricht, dass zwischen den Parteien eine relativ lange Mietdauer von zehn Jahren vereinbart worden ist, wobei seitens der Klägerin offenbar keine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit vorgesehen wurde (Mietvertrag vom 14. Juni 2013: Ziffer 4 und 17; act. 5/2). Des Weiteren hat die Klägerin nach Kenntnis des wichtigen Grundes (negativer Bauentscheid vom 8. Juli 2014; act. 5/3) lediglich rund einen Monat zugewartet und mit den Schreiben vom 29. Juli 2014 bzw. 14. August 2014, welche die Beklagte unbestrittenermassen erhalten hat, sogleich gestützt auf Art. 266g Abs. 1 OR gekündigt (act. 5/8). Ferner wurden der Beklagten Ende Dezember 2014 die Schlüssel des Mietobjektes zurückgegeben (act. 5/9). Dass bereits die Kündigung mit Schreiben vom 29. Juli 2014 (act. 5/6; unterzeichnet von F.\_\_\_\_\_) rechtsgültig erfolgt ist, wird von der Beklagten nicht bestritten, womit das Mietverhältnis unter Berücksichtigung der sechsmonatigen Frist gemäss Art. 266d OR gültig auf den 31. Januar 2015 aufgelöst worden ist.

#### 4.1.5. Fazit

Nachdem der Klägerin die für den Betrieb eines Ladens zwingende Baubewilligung mangels verkehrssicherer und rechtsgenügender Erschliessung verweigert wurde, und der zugrundeliegende Mietvertrag keine Kündigungsmöglichkeit vor Ablauf von zehn Jahren vorsieht, hat die Klägerin das Mietverhältnis zu Recht nach Art. 266g Abs. 1 OR ausserordentlich aus wichtigen Gründen gekündigt. Aus diesem Grund ist der gegenständliche Mietvertrag gültig per 31. Januar 2015 beendet worden, womit Ziffer 2 der Rechtsbegehren der Klägerin gutzuheissen

ist. Nachdem der Mietvertrag vom 1. April 2014 bis 31. Januar 2015 bestand, ist eine Rückerstattung bereits geleisteter Mietzinszahlungen nicht möglich.

#### 4.2. Vermögensrechtliche Folgen (Art. 266g Abs. 2 OR) / Widerklage

##### 4.2.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass für den Fall einer Schadenersatzberechnung gemäss Art. 266 Abs. 2 OR nicht der vereinbarte Mietzins als Grundlage dienen könne, da sich dieser ja auf Räumlichkeiten *mit* einer genügenden Zulieferungsmöglichkeit für Lebensmittelgeschäfte beziehe, was vorliegend nicht der Fall sei (act. 1 Ziff. 8 [S. 8]; act. 24: "Ad. Ziff. 63" [S. 5]; act. 41 Ziff. 3 [S. 7]). Der Vermieterschaft stehe jedenfalls nur derjenige Mietzins zu, welcher für diese Räumlichkeiten *ohne* Zulieferungsmöglichkeit effektiv realisierbar sei. Im Mietvertrag sei für die Nutzfläche von 220 m<sup>2</sup> ein Quadratmeterpreis von CHF 720.– vereinbart worden, welchen Preis die Beklagte infolge der effektiven Gebrauchsmöglichkeiten hätte (nach unten) anpassen müssen. Demgegenüber habe sie in ihrem Inserat (vgl. act. 17/8) sogar pro Quadratmeter CHF 799.– verlangt, weshalb sie keinen Nachmieter finde (act. 24: "Ad. Ziff. 63" [S. 5]).

Die Beklagte weist darauf hin, falls eine Kündigung aus wichtigen Gründen gegeben sei, habe das Gericht die vermögensrechtlichen Folgen nach Art. 266g Abs. 2 OR zu bestimmen; in jedem Fall stehe ihr der Mietzins für die Zeitspanne vom 1. April 2014 bis zum 31. Dezember 2014 zu (act. 16 Rz. 54). Weiter bestreitet sie den klägerischen Einwand, es könne nicht auf den vereinbarten Mietzins abgestellt werden, zum einen sei der Betrieb eines Ladengeschäfts keineswegs generell unmöglich, zum anderen sei das Mietobjekt im *Rohbau* vermietet worden, wofür der Mietzins, was im Mietvertrag vereinbart worden sei, die adäquate Gegenleistung darstelle (act. 16 Rz. 55 f.). Der Standpunkt der Beklagten kann mit gutem Willen so interpretiert werden, dass sie als Schadenersatz die Mietzinse für das Jahr 2015 in Höhe von CHF 197'880.– samt Verzugszins von 8 % ab 15. Mai 2015 fordert, was der Widerklage entspricht (act. 38 Rz. 44).

#### 4.2.2. Rechtliches

Sofern die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 266g Abs. 1 OR gegeben sind, stellt sich die Frage nach den vermögensrechtlichen Folgen laut Art. 266g Abs. 2 OR, welche unter Würdigung aller Umstände (Art. 4 ZGB) zu bestimmen sind (BGE 122 III 262 E. 2a/aa; BGE 123 III 391 E. 3c = PRA 87 [1998] Nr. 24). Im Gegensatz zu der arbeitsrechtlichen Regelung einer Entschädigung nach Massgabe von Art. 336a OR (vgl. BGE 119 II 157 E. 2b) handelt es sich im vorliegenden Zusammenhang nach der wohl h.M. primär um einen Schadenersatzanspruch (URBAN HULLIGER, a.a.O., S. 6; Urteil des Bundesgerichts 4A\_20/2015 vom 13. Juli 2015 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4C.375/2000 vom 31. August 2001 E. 4a = PRA 90 [2001] Nr. 177). Demzufolge hat der Anspruchsteller grundsätzlich seinen Schaden zu beziffern und zu belegen (DAVID LACHAT ET AL., a.a.O., Rz. 28.8.4). Für die Bemessung des Schadenersatzes fallen u.a. in Betracht, (i) die Art und das Gewicht des Kündigungsgrundes, (ii) die finanziellen Verhältnisse der Parteien, (iii) ein allfälliges Mitverschulden der kündigenden Partei, (iv) das Beachten der Schadenminderungspflicht sowie (v) die übrigen Umstände (BGE 122 III 262 E. 2a/aa; Urteil des Bundesgerichts 4C.35/2006 vom 30. Mai 2006 E. 3.1 = mp 2008, S. 40; Urteil des Bundesgerichts 4C.375/2000 vom 31. August 2001 E. 4a; Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Aufl. 2008, N. 21 zu Art. 266g OR; ROGER WEBER, a.a.O., N. 9 zu Art. 266g OR; ANDREAS MAAG, a.a.O., N. 2.189). Die Festsetzung des Schadens hat sich nach den Grundsätzen von Art. 99 in Verbindung mit Art. 43 f. OR zu richten; jedenfalls ist nicht (mehr) zwingend das volle Erfüllungsinteresse geschuldet (Urteil des Bundesgerichts 4C.375/2000 vom 31. August 2001 E. 4a = PRA 90 [2001] Nr. 177; JÜRIG P. MÜLLER, a.a.O., N. 2.189).

#### 4.2.3. Würdigung

Die Beklagte als Kündigungsempfängerin hat einen entsprechenden Schaden geltend gemacht. Auszugehen sei von einem Mietzinsausfall für das Jahr 2015 in Höhe von CHF 197'880.– (CHF 49'470.– pro Quartal) samt Verzugszins. Dass die Räumlichkeiten nicht vermietet oder anderweitig genutzt werden konnten, d.h. für das gesamte Jahr 2015 effektiv ein Mietzinsausfall resultierte, blieb unbestritten.

Die Klägerin monierte vorrangig die Höhe bzw. Berechnung der Mietzinse: die fehlende Zulieferungsmöglichkeit führe zwingend dazu, dass auf einen geringeren Mietzins abzustellen sei. Von welchem Mietzins richtigerweise auszugehen wäre, erläutert die Klägerin nicht. Nachdem sich ergeben hat, dass für den Betrieb eines Ladens unter dem Aspekt von Art. 256 Abs. 1 OR eine übliche Zulieferungsmöglichkeit gegeben sein muss, wofür an sich der Vermieter einzustehen hat und keine vertragliche Grundlage besteht, welche die Erteilung der fraglichen Baubewilligung der "Risikosphäre" der Klägerin zuordnet, fällt die Zusprechung einer Entschädigung bezüglich des gesamten Mietzinsausfalls für das Jahr 2015 in Höhe von CHF 197'880.– samt Verzugszins ausser Betracht. Ob trotzdem eine Entschädigung an die Beklagte zuzusprechen ist, ist nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) sowie den erwähnten Kriterien zu entscheiden.

(i) Der von der Klägerin geltend gemachte Kündigungsgrund ist als gewichtig zu bezeichnen, da einerseits für den Betrieb eines Ladens eine Zulieferungsmöglichkeit gegeben sein muss (vgl. oben Ziff. 2.3. [S. 15]), andererseits mit der Verweigerung der Baubewilligung der Betrieb eines Ladens – zumindest einstweilen – verunmöglicht wurde. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Klägerin auch bei Gelingen des Projektes den vollen Mietzins bis zur Erteilung der Baubewilligung und Geschäftseröffnung hätte bezahlen müssen, ohne den vollen Nutzen ausschöpfen zu können. (ii) Die finanziellen Verhältnisse der Parteien bieten zu keinen Bemerkungen Anlass und können ohne Weiteres aus dem Bilde bleiben. (iii) In Bezug auf die effektiv nicht erteilte Baubewilligung besteht auf keiner Seite ein erkennbares Verschulden. Betreffend die Verantwortung für die fehlende vertragliche Regelung: Die Parteien hätten zweifellos den Fall regeln können, dass die notwendige Baubewilligung nicht erteilt wird, was sie nicht gemacht haben. Die Klägerin hätte auf einer Bedingung oder Zusicherung beharren können, die Beklagte hätte allenfalls die Verantwortung klar der Mieterin überbinden können. Gleichermassen ist unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit beiden Parteien die gleiche "Verantwortung" zu attestieren. Umso mehr als dass die Geschäftserfahrung *beider* Parteien evident ist. Der Klägerin muss eine beachtliche Erfahrung mit der Erstellung ähnlicher A.\_\_\_\_-Läden zugerechnet werden, demgegenüber die Beklagte eine erfahrene Vermieterin und am besten im Bilde über

die (örtlichen) Gegebenheiten und allfällige absehbaren Probleme beim Betrieb eines Ladens war. Auf der Hand liegt, dass beide Parteien nicht damit rechneten, dass die Zulieferung respektive die Erteilung der Baubewilligung überhaupt problematisch sein würde.

(iv) Weiter sind die unternommenen Anstrengungen zur Schadensminderung zu berücksichtigen. Die Beklagte hat hierzu, was unbestritten blieb, das Mietobjekt inseriert und auf der eigenen Website aufgeschaltet (act. 16 Rz. 63; act. 17/7-8). Die Klägerin hat nicht behauptet, sie habe sich selber um einen Ersatzmieter bemüht. Nicht überzeugend ist der klägerische Einwand (vgl. act. 24: "Ad. Ziff. 63" [S. 4 f.]), das Inserat sei qualitativ so ungenügend, dass sich kein neuer Mieter habe finden lassen; vielmehr ist anzunehmen, dass sich ein allfälliger Interessent kaum allein von einem offensichtlichen Versehen bei der Beschreibung abschrecken liesse. Des Weiteren weist die Klägerin auf den Umstand hin, dass die Räumlichkeiten für einen Mietzins von CHF 799.-/m<sup>2</sup> – anstatt CHF 720.-/m<sup>2</sup> gemäss vorliegendem Mietvertrag – ausgeschrieben wurden. Inwiefern dieser Umstand kausal dazu geführt hat, dass kein neuer Mieter gefunden werden konnte, lässt sich nicht beurteilen. Im Rahmen der Schadensminderung lässt sich aus diesen Umständen jedenfalls weder etwas zu Gunsten der Klägerin noch der Beklagten ableiten.

(v) Während die Parteien aus den bereits erwähnten Kriterien jeweils nichts zu ihren Gunsten ableiten können, bleibt unter dem Aspekt von Art. 266g Abs. 2 OR das Verhältnis der bezahlten Mietzinse zur Mietdauer zu prüfen. Unbestrittenermassen hat die Klägerin die Mietzinse für das Jahr 2014, welche nicht zurückzuerstatten sind, bereits bezahlt (vgl. oben Ziff. 1 [S. 10 f.]). Für das Jahr 2015 wurden keine Mietzinse mehr bezahlt, was ebenso nicht strittig ist. Ein Jahresmietzins von CHF 197'880.– bzw. ein Quartalsmietzins von CHF 49'470.– führt zu einem rechnerischen monatlichen Mietzins von CHF 16'490.–. Da das Mietverhältnis per 31. Januar 2015 beendet worden ist, drängt es sich auf, dass die Klägerin noch zumindest für den Monat Januar 2015 eine Entschädigung – entsprechend einem rechnerischen Monatsmietzins – zu leisten hat. Da es sich hierbei um eine Ent-

schädigung im Sinne von Art. 266g Abs. 2 OR handelt, und nicht um die Zahlung eines fälligen Mietzinses, entfällt die Zusprechung eines Verzugszinses darauf.

#### 4.2.4. Fazit

Unter Würdigung aller wesentlichen Umstände rechtfertigt es sich, die Klägerin zur Zahlung einer Entschädigung von rund CHF 16'490.– an die Beklagte zu verpflichten.

#### 5. Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

Nachdem bereits festgestellt wurde, dass der Mietvertrag aus wichtigen Gründen gemäss Art. 266g OR beendet wurde, erübrigt sich die Prüfung, ob dieser gestützt auf einen Grundlagenirrtum ebenfalls beendet worden wäre. Der Vollständigkeit halber ist zur Reihenfolge der Prüfung der klägerischen Argumente noch Folgendes festzuhalten: In Übereinstimmung mit den gegenüber der Beklagten persönlich geltend gemachten Gründen führte die Klägerin in ihrer Klageschrift als Eventualbegründung wörtlich aus: "*Des Weiteren beruft man sich auch rein vorsorglich auf den Tatbestand des Grundlagenirrtums [...]*" (act. 5/6-7 und act. 1 Ziff. 7 [S. 8]). Dieses Vorgehen der Klägerin stand auch im Einklang mit den von ihr im Schreiben vom 29. Juli 2014 (act. 5/6) erfolgten Äusserungen. Wenn nun die Klägerin in weiteren Rechtsschriften die Reihenfolge ihrer (Eventual-)Begründungen – ohne diesen Widerspruch zu erklären – variiert (vgl. act. 24: "Ad. Ziff. 62" [S. 4]; act. 35 Ziff. 4 [S. 4 f.]; act. 41: "Ad. 2. Grundlagenirrtum" [S. 6 ff.]), so kann nicht mehr mit einer spezifischen Prüfreihenfolge gerechnet werden. Keinesfalls hat das Gericht von sich aus nach der für eine Partei vorteilhaftesten Variante zu suchen und diese zu berücksichtigen.

#### 6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Parteien haben per 1. April 2014 einen Mietvertrag (Rohbaumiete) über gewerbliche Räume an der D.\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, befristet auf eine Dauer von 10 Jahren, zum Betrieb eines Ladens geschlossen. Der Betrieb eines Ladens setzt eine übliche Zulieferungsmöglichkeit für Fahrzeuge voraus (Art. 256 Abs. 1 OR). Da die für die Umnutzung als Laden notwendige Baubewilligung infolge un-

genügender Zulieferungsmöglichkeit bzw. Erschliessung abgewiesen wurde, teilte die Klägerin der Beklagten mit, der Vertrag sei objektiv unmöglich und folglich nichtig, eventualiter werde der Vertrag gestützt auf Art. 266g Abs. 1 OR gekündigt. Ergeben hat sich, dass keine objektive Unmöglichkeit und daraus folgend Nichtigkeit des Vertrages vorliegt. Nachdem aus dem gerade erwähnten Grund zu guter Letzt die Prüfung eines Grundlagenirrtums unterbleiben kann, sind die bezahlten Mietzinse nicht zurückzuerstatten; Rechtsbegehren Ziffer 1 ist daher abzuweisen. Demgegenüber liegen für eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 266g Abs. 1 OR sowohl wichtige Gründe als auch die Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung vor. Der Mietvertrag wurde gültig per 31. Januar 2015 beendet; Rechtsbegehren Ziffer 2 der Klägerin ist folglich gutzuheissen. Im Rahmen der Bestimmung der vermögensrechtlichen Folgen gemäss Art. 266g Abs. 2 OR ist der Beklagten für den Monat Januar 2015 eine Entschädigung in Höhe von CHF 16'500.– zuzusprechen. Im restlichen Umfang ist die Widerklage abzuweisen.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

#### 1. Gerichtskosten

Für die Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte nach Art. 94 Abs. 2 ZPO zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen. Allfällige Eventualbegehren werden dabei nach Art. 91 Abs. 1 ZPO nicht hinzugerechnet. Ein Ausschluss im Sinne von Art. 94 Abs. 2 ZPO liegt vor, wenn es logisch widerspruchsvoll wäre, trotz voller Guttheissung der einen Klage auch die andere ganz oder teilweise zu schützen, mithin wenn aus der Guttheissung der einen Klage die Abweisung der andern folgt (BGE 108 II 51 E. 1; STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 94 ZPO; für eine restriktivere Annahme des Ausschlusses: DIGGELMANN, in: Brunner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 7 ff. zu Art. 94 ZPO sowie Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich

LB140010 vom 4. November 2016). Damit die Klage (Rechtsbegehren Ziffer 1) gutgeheissen werden könnte, müsste der Mietvertrag unter Berücksichtigung des Klagefundamentes wegen objektiver Unmöglichkeit oder allenfalls wegen Grundlagenirrtums rückwirkend hinfällig geworden sein, sodass die bereits bezahlten Mietzinse zurückgefordert werden könnten. Dies würde nun allerdings bedeuten, dass *nicht gleichzeitig* die Widerklage gutgeheissen werden könnte, welche entweder voraussetzt, dass der Mietvertrag nicht gültig beendet worden ist (=Forderung ausstehender Mietzins) oder, bei einer gültigen ausserordentlichen Kündigung, eine Entschädigung geschuldet ist. Demzufolge wäre es logisch widersprüchlich, beide Begehren gutzuheissen und es rechtfertigt sich – dies entgegen der klägerischen Auffassung (vgl. art. 65) – von einem Streitwert von CHF 197'880.– auszugehen (Art. 94 Abs. 1 ZPO).

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Auch (nur) teilweise obsiegt diejenige Partei, deren Hauptbegehren zwar abgewiesen, das Eventualbegehren aber gutgeheissen wird (URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 106 ZPO; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Band I, Art. 1-149 ZPO, Bern 2012, N. 4 zu Art. 106 ZPO). Bei Verfahren mit sich nicht gegenseitig ausschliessender Klage und Widerklage ist die Summe der Streitwerte der Begehren, hinsichtlich deren die Partei obsiegt hat oder unterlegen ist, in Relation zur Summe der Streitwerte von Haupt- und Widerklage zu setzen. Schliessen sich Klage und Widerklage aber gegenseitig aus (Art. 94 Abs. 2 ZPO), so ist für Klage und Widerklage je separat eine Kostenverteilung vorzunehmen (DAVID JENNY, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 106 ZPO; MARTIN H. STERCHI, a.a.O., N. 9 zu Art. 106 ZPO).

Für die *Klage* ergibt sich folgende Situation: Zunächst ist für die Berechnung des Obsiegens und Unterliegens das klägerische Eventualbegehren (Rechtsbegehren Ziffer 2) – im Gegensatz zur Berechnung des Streitwerts (Art. 91 Abs. 1 ZPO) –

zu berücksichtigen und zu beziffern. Es drängt sich dabei auf, die potentiellen Mietzinse für die Restmietdauer von neun Jahren zugrunde zu legen, was bei einem Jahresmietzins in Höhe von CHF 197'880.– eine Gesamtsumme von CHF 1'780'920.– ergibt. Die Klägerin obsiegt im Rahmen ihres Eventualbegehrens (Rechtsbegehren Ziffer 2) in Höhe von CHF 1'780'920.– und unterliegt im Betrag von CHF 148'410.– (Rechtsbegehren Ziffer 1). Angesichts der Gesamtsumme der klägerischen Begehren von CHF 1'929'330.– (CHF 148'410.– und CHF 1'780'920.–) obsiegt die Klägerin in Bezug auf die (Haupt-)Klage zu rund 90 % und unterliegt zu rund 10 %. Für die *Widerklage*: Der Gesamtwert der beklagischen Begehren beträgt CHF 197'880.–. Die Beklagte obsiegt im Betrag von CHF 16'490.– (=rund 10 %) und unterliegt im Betrag von CHF 181'390.– (=rund 90 %).

Zusammenfassend sind die Kosten des Verfahrens demnach zu rund 90 % der Beklagten sowie zu rund 10 % der Klägerin aufzuerlegen. Die Kosten sind vorab aus den von den Parteien geleisteten Vorschüssen zu decken. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der massgebende Streitwert beträgt CHF 197'880.–. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 12'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 GebV OG).

## 2. Parteientschädigungen

Bei teilweisem Obsiegen erfolgt gleichermassen die Zusprechung einer Parteientschädigung nach den Regeln von Art. 106 Abs. 2 ZPO, d.h. die gegenseitigen Entschädigungspflichten sind einander in Bruchteilen gegenüberzustellen und bis zum kleineren Bruchteil zu verrechnen. Wie gesehen obsiegt die Klägerin zu rund 90 % und die Beklagte zu rund 10 %. Verrechnet man die prozentualen Ansprüche der Parteien auf eine Parteientschädigung, so erhält die Klägerin noch rund

80 % der Parteientschädigung, die Beklagte erhält zufolge Verrechnung der Ob-siegensquoten keine Parteientschädigung.

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Aufgrund des Streitwerts von CHF 197'880.– sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV beträgt die volle Parteientschädigung rund CHF 20'000.–. Die Beklagte ist demnach zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 16'000.– (80 %) zu bezahlen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Es wird festgestellt, dass der Mietvertrag der Parteien über gewerbliche Räume an der D. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, vom 14. Juni 2013 per 31. Januar 2015 beendet worden ist.  
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten CHF 16'490.– zu bezahlen.  
Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 12'000.–.
4. Die Kosten werden zu 90 % (CHF 10'800.–) der Beklagten und zu 10 % (CHF 1'200.–) der Klägerin auferlegt und im Umfang von CHF 10'800.– aus dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss sowie im Restbetrag (CHF 1'200.–) aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 16'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 65.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 197'880.–.

Zürich, 11. Dezember 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Christian Markutt