

## ZMP 2015 Nr. 7

**Ausschluss einer Erstreckung: Das Mietgericht hatte sich mit der Gleichwertigkeit eines angebotenen Ersatzobjektes zu befassen. Wird dem Mieter ein gleichwertiges Ersatzobjekt angeboten, ist eine Erstreckung ausgeschlossen.**

*Die Beklagten (Mieter) verlangten von der Klägerin (Vermieterin) eine Erstreckung für ihre Geschäftsliegenschaft in Zürich. Die Klägerin machte geltend, eine Erstreckung im Sinne von Art. 272a Abs. 2 OR sei ausgeschlossen, da sie der Beklagten einen gleichwertigen Ersatz für die Geschäftsräumlichkeiten angeboten und die Beklagte dieses Objekt auch gemietet habe. Die Beklagte führe das Ladenlokal zwar unter der Firma M. AG, welche ihr aber vollständig gehöre. Dass das Mietverhältnis formell mit der M. AG abgeschlossen worden sei, ändere nichts daran, dass es sich beim Objekt um ein gleichwertiges Ersatzobjekt für das von der Beklagten gemietete Objekt handle. Die Beklagten stellten sich auf den Standpunkt, das angebotene Ersatzobjekt sei nicht gleichwertig. Deshalb habe sie auch die Firma M. AG über den Leerstand in Kenntnis gesetzt. Das Mietgericht erachtete das Ersatzobjekt als gleichwertig und schloss (später) eine Erstreckung aus.*

Aus dem Urteil des Mietgerichts vom 23. Juli 2015:

### **"III. Erwägungen**

(...)

#### 2.1. Erstreckungsausschluss nach Art. 272a Abs. 2 OR / Voraussetzungen

2.1.1. Die Erstreckung des Mietverhältnisses ist gemäss Art. 272a Abs. 2 OR in der Regel ausgeschlossen, wenn der Vermieter dem Mieter einen gleichwertigen Ersatz für die Wohn- oder Geschäftsräume anbietet.

2.1.2. Als gleichwertig ist ein vom Vermieter unterbreitetes Angebot zu verstehen, wenn es unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Mieters bezüglich Grösse und Lage und seiner finanziellen Verhältnisse einerseits, aber auch angesichts der Marktverhältnisse, zumutbar ist (SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art 272a OR

N 19). Die massgebenden Kriterien zur Ermittlung der Gleichwertigkeit entsprechen an sich denen, die ein zumutbares Ersatzobjekt bestimmen, nach dem der Mieter nach der Vertragsauflösung zu suchen hat. Insbesondere zu berücksichtigen sind der bisher geltende vereinbarte Gebrauchszweck sowie die dazu notwendigen Eigenschaften der bisherigen Sache, der Ort bzw. das Marktsegment, in dem der Mieter suchen darf resp. muss, sowie die vertraglichen Konditionen bezüglich Dauer (ZK-Higi, Art. 272a OR N 72 f.). An die Gleichwertigkeit des Ersatzobjekts sind hohe Anforderungen zu stellen, da dadurch eine Mieterstreckung ausgeschlossen werden kann. Die Gleichwertigkeit beurteilt sich nach objektiven Gesichtspunkten; die persönlichen Auffassungen von Mietern und Vermietern sind nicht ausschlaggebend (Lachat/Spirig, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, S. 640). Es handelt sich um einen Billigkeits- bzw. Ermessensentscheid des Gerichts im Sinne von Art. 4 ZGB (ZK-Higi, Art. 272a OR N 74).

2.1.3. Das Ersatzobjekt muss dem Mieter rechtzeitig zur Prüfung unterbreitet werden und grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vertragsauflösung verfügbar sein. Der Vermieter muss nicht selber über das angebotene Ersatzobjekt verfügen. Es genügt, dass der Mieter auf eine konkrete Möglichkeit zum Vertragsabschluss hingewiesen wird und der Vertragsabschluss ausschliesslich von seiner Zustimmung abhängig ist (SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 272a OR N 21 ff.).

2.1.4. Der Vermieter muss beweisen, dass die Voraussetzungen für einen Erstreckungsausschluss vorliegen, mithin auch die Gleichwertigkeit des angebotenen Ersatzobjekts (Lachat/Spirig, a.a.O., S. 641; BSK OR I-Weber, Art. 272a N 10).

## 2.2. Gleichwertigkeit des Ersatzobjekts

### 2.2.1. (...)

2.2.2. Das Mietobjekt der Beklagten an der A-Strasse verfügt über rund 261 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche im Erdgeschoss und rund 228 m<sup>2</sup> Lagerfläche im Unterschoss. Der monatliche Nettomietzins beträgt zurzeit Fr. 16'203.– netto, entsprechend einem jährlichen Nettomietzins von Fr. 194'436.–.

Das Ladenlokal an der B-Strasse verfügt über insgesamt ca. 236 m<sup>2</sup> Ladenfläche im Erdgeschoss und insgesamt ca. 248 m<sup>2</sup> Lagerfläche im Untergeschoss, wobei es sich um zwei direkt nebeneinander liegende separate Ladenlokale handelt. Der jährliche Nettomietzins beträgt Fr. 307'000.–.

In Bezug auf Grösse ist die Gleichwertigkeit des Ersatzobjekts an der B-Strasse gegeben. Nach Angaben der Beklagten benötigt sie für den Ersatz des Hauptgeschäfts an der A-Strasse ein Geschäftslokal mit einer Verkaufsfläche von 200-250 m<sup>2</sup> und einer Lagerfläche von mindestens 60 m<sup>2</sup>. Mit einer Ladenfläche von insgesamt ca. 236 m<sup>2</sup> und einer Lagerfläche von insgesamt ca. 248 m<sup>2</sup> erfüllt das Geschäft an der B-Strasse somit diese Anforderungen und entspricht es ziemlich genau der Nutzfläche, welche die Beklagte an der A-Strasse hat. Gemäss der Beklagten muss sich die Ladenfläche auf einer Etage im Erdgeschoss befinden sowie für Rollstühle und Kinderwagen problemlos zugänglich sein. Des Weiteren muss die Anlieferung durch Lastwagen uneingeschränkt möglich sein. Auch diese Anforderungen sind im Geschäftslokal an der B-Strasse erfüllt. Bezüglich der Ausstattung ist der Beklagten zuzustimmen, dass die Teilung der Nutzungsfläche auf zwei getrennte Ladenlokale die Betriebsabläufe erschwert, auch wenn beide Lokale direkt nebeneinander liegen. Dazu ist aber zu bemerken, dass – obwohl die Beklagte ausführte, wie wichtig es für sie sei, dass sich die Ladenfläche eines Ersatzobjekts auf einer Etage im Erdgeschoss befinde –, sie sich trotzdem für das Ladenlokal an der A-Strasse nach dem Umbau beworben hat, obwohl der Verkaufsladen gemäss Projektbeschrieb kaskadenartig angeordnet sein wird und die zwei Verkaufsgeschosse durch eine Treppe verbunden sein werden. Dies zeigt, dass die Beklagte – richtigerweise – durchaus bereit ist, bei der Ausstattung des Ladenlokals gewisse Kompromisse einzugehen.

2.2.3. Zur Lage ist festzuhalten, dass sich beide Ladenlokale im Kreis 1 befinden, einerseits an der B-Strasse und andererseits an der A-Strasse. Die Distanz zwischen den beiden Standorten beträgt ca. 300 m. Auch wenn die Passantenfrequenz an der B-Strasse nicht derart hoch ist wie im Bereich Q (...), so ist dennoch von einer überaus guten Passantenlage auszugehen. (...) Die Behauptung der Beklagten, die B-Strasse befinde sich fernab der Passantenströme, trifft somit

nicht zu. Zudem ist davon auszugehen, dass sich die Attraktivität der B-Strasse und deren Passantenaufkommen durch die Fertigstellung der Durchmesserlinie und der Neueröffnung des Durchgangsbahnhofs Löwenstrasse gesteigert hat bzw. noch steigern wird. Der für die Beklagte so wichtige Mix der Ladengeschäfte in unmittelbarer Nähe und insbesondere die Nähe zu anderen Lebensmittelgeschäften (...) ist mithin gegeben. Zum Vorbringen der Beklagten, als gleichwertiges Ladenlokal komme nur eines im Raum Q in Frage, ist festzuhalten, dass Gleichwertigkeit gemäss Art. 272a Abs. 2 OR nicht Identität bedeutet, sondern höchstens Vergleichbarkeit, und sich die massgebenden Kriterien zur Ermittlung der Gleichwertigkeit danach richten, wonach der Mieter nach der Vertragsauflösung zu suchen hat. Auch bezüglich der Lage bestimmt sich die Gleichwertigkeit daher nicht an den besonderen Vorstellungen des Mieters, sondern nach dem Ort, an dem der Mieter suchen darf bzw. suchen muss, wenn er selbst suchen müsste (ZK-Higi, Art. 272a OR N 71 ff.). Es kann kaum ernstlich in Abrede gestellt werden, dass sich die Suchbemühungen der Beklagten im Rahmen des Erstreckungsverfahrens auch auf denjenigen Bereich der B-Strasse (...) beziehen muss, da die B-Strasse (...) nebst der Haupteinkaufsmeile im Bereich Q eine der am meisten frequentierten Einkaufsstrassen (...) darstellt. (...) Betrachtet man somit die B-Strasse als potentiellen Ersatzort für die Beklagte, ist festzuhalten, dass es wohl (...) kaum einen attraktiveren Ersatzstandort für die Beklagte gibt als den an der B-Strasse oder in unmittelbarer Nähe davon.

Die Beklagte brachte gegen den Standort an der B-Strasse als geeignete Lage weiter vor, ein Grossteil der Stammkundschaft werde einen Umweg an die B-Strasse kaum auf sich nehmen. Das Hauptgeschäft an der A-Strasse gelte als Mekka (...). Möge ein Produkt noch so ausgefallen sein, so könne es bei ihnen gefunden oder bestellt werden. So würden auch Kunden anderer Geschäfte für Produkte, welche diese nicht führten, an die Beklagte an der A-Strasse verwiesen. Es ist nun aber davon auszugehen, dass gerade diese Art von Stammkundschaft, welche ganz spezifische Produkte sucht, sich auch an die B-Strasse begeben wird. Handelt es sich um einen Geschäftsbetrieb, der vorab auf eine grössere Stammkundschaft zählt, so dürfen in der Regel auch weiträumigere Standortverlegungen zuzumuten sein (SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 272 OR, N

44). Da sich beide Standorte in unmittelbarer Nähe (...) befinden und lediglich 300 m voneinander entfernt liegen, kann auch nicht von einem ins Gewicht fallenden Umweg für die Kundschaft die Rede sein. Die Beklagte bestritt denn auch nicht, dass sich die Stammkundschaft für ausgewählte Produkte und Spezialitäten auch an die B-Strasse begeben würde, machte aber geltend, davon allein könne sie nicht leben. Als X-Laden brauche sie primär eine möglichst hohe Passantenfrequenz. Die Tatsache, dass ein Betrieb auf eine Passantenlage angewiesen ist, darf bei der Standortsuche berücksichtigt werden (SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 272 OR, N 42). Wie bereits erwähnt, befindet sich die B-Strasse aber direkt gegenüber dem Geschäft D., so dass von einer äusserst guten Passantenfrequenz an diesem Standort auszugehen ist. Damit ist festzuhalten, dass einerseits Stammkunden, welche ein sehr spezielles Reformprodukt suchen, sich wohl auch an die B-Strasse begeben werden, und andererseits die für ein X-Geschäft so wichtige Durchgangsfrequenz durch die gute Lage an der B-Strasse und den Mix der übrigen Geschäfte in unmittelbarer Nähe gewährleistet ist. Im Übrigen kann die Beklagte dem von ihr befürchteten Kundenverlust entgegenwirken, indem sie beispielsweise mit einer postalischen Anzeige (Versand von Flyern) und/oder einer Anzeige via E-Mail auf ihren Umzug aufmerksam macht. Selbst wenn von einem gewissen Verlust der Stammkundschaft auszugehen wäre, begründete dies aber noch keinen Härtefall, da der Verlust lediglich aufgeschoben, nicht aber gemildert würde (Urteil NG140013 Obergericht des Kantons Zürich vom 27. April 2015, II. 2.2.4., unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A\_568/2008 vom 18. Februar 2009, Originaltext französisch, auf deutsch übersetzt und publ. in: MRA 5/08 S. 197 ff.).

2.2.4. Auch bezüglich des Mietzinses ist von Gleichwertigkeit auszugehen. Zwar beträgt der jährliche Nettomietzins des aktuellen Ladenlokals an der A-Strasse mit Fr. 194'436.– deutlich weniger als der jährliche Nettomietzins von Fr. 307'000.– an der B-Strasse für in etwa die gleiche Nutzungsfläche. Die Gleichwertigkeit im Sinne von Art. 272a Abs. 2 OR ist jedoch dann nicht ausgeschlossen, wenn das ersatzweise zur Verfügung gestellte Mietobjekt zwar teurer ist als dasjenige, welches der Mieter zu verlassen hat, aber das Ersatzobjekt bezüglich Preis noch im massgebenden Marktsegment liegt und bezüglich der Grösse den Bedürfnissen

des Mieters entspricht. Die Gleichwertigkeit hat sich danach zu richten, was der Mieter nach der Vertragsauflösung zu suchen hat (ZK-Higi, Art. 272a OR N 72 und N 75). Dass die Beklagte bereit ist, einen substantiell höheren Mietzins als zurzeit zu bezahlen, zeigt die Tatsache, dass sie für das Ladenlokal an der A-Strasse nach dem Umbau einen monatlichen Mietzins von Fr. 41'000.– plus Nebenkosten offerierte. Dies entspricht einem ca. 2.5 Mal so hohen Mietzins, wie er zurzeit bezahlt wird, und zwar auch wenn berücksichtigt wird, dass die Nutzfläche nach dem Umbau etwas grösser sein wird.

2.2.5. Aufgrund des Ausgeführten ist somit festzuhalten, dass das Ladenlokal an der B-Strasse insbesondere bezüglich Lage und Grösse, aber auch bezüglich Ausstattung und Mietzins, ein gleichwertiges Ersatzobjekt zum Mietobjekt der Beklagten an der A-Strasse darstellt.

### 2.3. Übrige Voraussetzungen

2.3.1. Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin ihr das Objekt an der B-Strasse ausdrücklich als Ersatzobjekt für das Ladenlokal an der A-Strasse bzw. ihr vorab und exklusiv angeboten habe. Mit der Klägerin ist indes nicht einzusehen, weshalb der damals zuständige Verwalter der Liegenschaft A-Strasse der Beklagten das Ladenlokal B-Strasse hätte anbieten sollen, wenn nicht als Ersatzobjekt. Ein anderweitiges Interesse ist nicht ersichtlich. Zum Beweis dafür reichte die Klägerin ein Schreiben vom 4. Juli 2014 (...) an die klägerische Verwaltung ein. Darin bestätigen diese, dass der Mietvertrag über das Ladenlokal an der B-Strasse mit der M. AG durch die Vermittlung von Herrn F., im damaligen Zeitpunkt Abteilungsleiter Bewirtschaftung bei der klägerischen Verwaltung, entschädigungslos zustanden gekommen sei. Herr F. habe die Beklagte bei der Suche nach einem geeigneten Ersatzstandort für das Geschäft an der A-Strasse unterstützt, damit diese in akzeptabler Distanz den guteingeführten Betrieb lückenlos weiterführen könne. Das Mietverhältnis an der A-Strasse sei befristet, weil das Gebäude eine umfassende Sanierung erhalten solle. (...) Die Beklagte habe 2013 die M. AG übernommen und die Geschäftsleitung habe kurz vor Mietvertragsunterzeichnung beschlossen, die beiden Ladenlokale an der B-Strasse unter dem Namen M. AG zu führen. Nach der Besichtigung (...) seien zur Sicherung des Standortes und

um den bisherigen Kundenstamm beizubehalten, die Ladenlokalitäten terminüberschreitend angemietet (worden), resp. mit Mietbeginn 1. Oktober 2013. (...) [Es ist weiter davon auszugehen], dass der Mietvertrag zwischen M. AG und der U. AG durch Vermittlung des für die klägerische Verwaltung handelnden F. zustande kam. In Übereinstimmung damit führte die Beklagte selbst in der Klageschrift aus, das einzige *Ersatzobjekt*, das die Klägerin der Beklagten angeboten habe, sei dasjenige an der B-Strasse. Die Beklagte wandte ein, [sie] habe vom ersten Kontakt mit F. an stets betont, dass die Liegenschaft an der B-Strasse nicht als *Ersatzobjekt* in Frage komme. Die Beklagte bestätigt damit aber einmal mehr gerade selber, dass ihr das Lokal an der B-Strasse von Seiten der Klägerin eben als Ersatzobjekt für das Geschäft an der A-Strasse angeboten wurde. Gestützt auf all das ist somit davon auszugehen, dass die Klägerin der Beklagten das Geschäftslokal an der B-Strasse tatsächlich ausdrücklich als Ersatz für das Ladenlokal an der A-Strasse anbot.

2.3.2. Die Beklagte machte weiter geltend, die Tatsache, dass das Ladenlokal an der B-Strasse von der M. AG und nicht von ihr gemietet worden sei, sei der Beweis dafür, dass der Standort an der B-Strasse nicht als Ersatzstandort in Frage gekommen sei. Es trifft zu, dass der Mietvertrag über das Ladenlokal an der B-Strasse vom September 2013 nicht von der Beklagten, sondern von der M. AG als Mieterin unterzeichnet wurde. Letztere gehört (...) seit Juni 2013, also seit vor Unterzeichnung des Mietvertrags, zu 100% der Beklagten. Ein Vergleich der Handelsregister-Auszüge der beiden Firmen ergibt, dass beide denselben Verwaltungsratspräsidenten, denselben Verwaltungsrat, denselben Geschäftsführer, dieselben drei kollektivunterschriftsberechtigten Personen sowie dieselbe Revisionsstelle haben. Es ist daher bei der Beklagten und der M. AG von einem konzernartigen Gebilde auszugehen. Die M. AG ist zwar eine juristisch selbständige Aktiengesellschaft, bildet aber mit der Beklagten, von der sie übernommen wurde, eine wirtschaftliche Einheit. (...) Als Geschäftsführer der Beklagten wusste Q., dass diese zumindest vorübergehend (...) aus der Liegenschaft an der A-Strasse ausziehen musste. Dennoch entschieden sich die Verantwortlichen der Beklagten, das Ladenlokal an der B-Strasse nicht für diese, sondern für die kürzlich übernommene M. AG zu mieten. (...) Dass man sich trotz der damaligen Aus-

gangslage und Umstände aber entschied, das Lokal an der B-Strasse nicht für die Beklagte, die umsatzstärkste Filiale und Stammhaus zu mieten, sondern für die Tochtergesellschaft, ist weder nachvollziehbar noch einsichtig, erst recht nicht, weil den Verantwortlichen der Beklagten ja bekannt war, wie schwierig das Finden eines Ersatzobjekts für diese ist. Sich dann darauf zu berufen, das Ladenlokal an der B-Strasse sei nicht von der Beklagten, sondern von der M. AG gemietet worden, sodass nicht von einem der Beklagten angebotenen Ersatzobjekt auszugehen sei, ist geradezu rechtsmissbräuchlich. Entscheidend ist, dass die Klägerin (...) der Beklagten das Ladenlokal an der B-Strasse anbot bzw. vermittelte, und dieses ein gleichwertiges Ersatzobjekt für den Standort der Beklagten an der A-Strasse darstellt. Gemäss Art. 272a Abs. 2 OR genügt es, wenn die Vermieterin der Mieterin einen gleichwertigen Ersatz anbietet, wie auch dass der Mieter auf eine konkrete Möglichkeit zum Vertragsabschluss hingewiesen wird und der Vertragsabschluss ausschliesslich von seiner Zustimmung abhängig ist (SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 272a OR, N 23). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt."

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2015, 25. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber