

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PD110008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## Urteil vom 24. Oktober 2011

in Sachen

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

Klägerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

1. **B. \_\_\_\_\_,**

2. **C. \_\_\_\_\_,**

3. **D. \_\_\_\_\_,**

Beklagte und Beschwerdegegner,

Nr. 1 - 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Wirksamkeit Kündigung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Mietgerichtes Dietikon vom 4. Mai 2011  
(MD100012)

## Erwägungen:

### I.

#### **Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Der Mietvertrag vom 11. Juni 2007 über eine 5 ½ -Zimmer-Wohnung im dritten Obergeschoss der Liegenschaft E. \_\_\_\_\_ in F. \_\_\_\_\_ wurde von der Klägerin und Beschwerdeführerin als Vermieterin und von den Eheleuten C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ (Beklagte und Beschwerdegegner 2 und 3) sowie deren Tochter B. \_\_\_\_\_, vormals G. \_\_\_\_\_ (Beklagte und Beschwerdegegnerin 1) und ihrem damaligen Ehemann, H. \_\_\_\_\_, als Mieter unterzeichnet (act. 3/3/1).

2. Mit Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Dietikon vom 18. März 2009 wurde die Ehe zwischen B. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beklagte 1) und H. \_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 111 ZGB geschieden. Eine Übertragung des Mietvertrages auf die Beklagte 1 im Sinne von Art. 121 ZGB unterblieb im Scheidungsverfahren (act. 3/3/5). Auf entsprechendes Ersuchen der Beklagten 1 weigerte sich die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Klägerin) gemäss Schreiben vom 30. Oktober 2009, H. \_\_\_\_\_ aus dem Mietvertrag zu entlassen, mit der Begründung, dass aus dem Scheidungsurteil nicht hervorgehe, wem die Wohnung zugesprochen worden sei (act. 3/3/7). Hierauf wandte sich die Beklagte 1 an ihre Rechtsschutzversicherung, welche der Klägerin mit Schreiben vom 13. Januar 2010 mitteilte, dass H. \_\_\_\_\_ gemäss Auskunft der Stadtverwaltung F. \_\_\_\_\_ die Schweiz definitiv haben verlassen müssen und per 3. Juli 2009 aus dem Einwohnerverzeichnis gestrichen worden sei (act. 3/3/8). Die eingereichte Wohnsitzbestätigung der Einwohnerkontrolle der Stadt F. \_\_\_\_\_, gemäss welcher H. \_\_\_\_\_ am 3. Juli 2009 ohne Abmeldung an einen unbekanntem Ort weggezogen sei, erachtete die Klägerin in ihrem Antwortschreiben vom 8. Februar 2010 als ungenügend, um ihn ohne seine Zustimmung aus dem Mietvertrag zu entlassen (act. 3/3/9).

3. Mit Eingabe vom 24. Februar 2010 liessen die Beklagten bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Dietikon Klage erheben mit dem Antrag, es sei

festzustellen, dass die Vermieterin die Übertragung des Mietvertrages auf die Mieterschaft (= Beklagte 1 bis 3), unter Berücksichtigung des Ausscheidens von H.\_\_\_\_\_, ohne wichtigen Grund verweigere und es sei die Vermieterin zu verpflichten, den Mietvertrag rückwirkend per 1. April 2009 auf die Mieterschaft zu übertragen. Ferner sei festzustellen, dass die solidarische Haftung von H.\_\_\_\_\_ aus dem Mietvertrag gegenüber der Vermieterin per Ende September 2009 geendet habe (act. 3/1). Die Verhandlung wurde mit Vorladung vom 12. August 2010 auf den 23. September 2010 angesetzt (act. 3/7). Nachdem die Beklagten den Mietvertrag am 25. Juni per 30. September 2010 gekündigt hatten und die Klägerin diese Kündigung mangels Unterzeichnung durch H.\_\_\_\_\_ als nichtig erachtete (act. 3/9/1-2), liessen die Beklagten mit Eingabe vom 8. September 2010 unter dem Titel Klageänderung nach § 61 ZPO/ZH beantragten, es sei festzustellen, dass die von ihnen ausgesprochene Mietvertragskündigung vom 25. Juni 2010 auf den 30. September 2010 gültig sei. Eventualiter sei festzustellen, dass ab Oktober 2010 keine Ansprüche der Klägerin aus dem Mietvertrag (Mietzins, Nebenkosten usw.) bestünden, da die Mieterschaft das Mietobjekt unter allen Titeln per 30. September 2010 zurückgeben werde (act. 3/8). Nach durchgeführter Schlichtungsverhandlung stellte die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Dietikon mit Beschluss vom 23. September 2010 die Wirksamkeit der Kündigung fest (act. 3/13).

Die Beklagten haben die Wohnung per Ende September 2010 verlassen, und die Klägerin hat diese per 1. November 2010 neu vermietet (act. 6 S. 4; Prot. I S. 3).

Am 17. Dezember 2010 liess die Klägerin beim Mietgericht Dietikon Klage gemäss aArt. 274f OR einreichen mit dem Antrag, es sei der Entscheid der Schlichtungsbehörde Dietikon aufzuheben, eventualiter sei die Unwirksamkeit der von den Beklagten am 25. Juni auf den 30. September 2010 ausgesprochenen Kündigung festzustellen (act. 1). Die Vorinstanz wies die Klage mit Urteil vom 4. Mai 2011 ab (act. 9 = act. 14).

4. Gegen dieses Urteil liess die Klägerin mit Eingabe vom 29. August 2011 rechtzeitig (act. 10/2) Beschwerde erheben mit dem Antrag, es sei der ange-

fochtene Entscheid aufzuheben und es sei festzustellen, dass die von den Beklagten am 23. (recte 25.) Juni auf den 30. September 2010 angezeigte Kündigung nichtig sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Beklagten (act. 13 S. 2). Der der Klägerin mit Verfügung vom 5. September 2011 auferlegte Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 15) wurde innert Frist geleistet (act. 16 und 17).

## II. Prozessuales

1.1 Die Klägerin liess im Beschwerdeverfahren zunächst geltend machen, sie habe nie eine Forderung gegen die Beklagten geltend gemacht, wie es im vorinstanzlichen Protokoll unter dem Titel modifiziertes Rechtsbegehren unzutreffend festgehalten worden sei. Sie habe lediglich den Streitwert des Verfahrens mit Fr. 2'240.-- beziffert, was einem Monatsmietzins entspreche. Prozessthema sei ausschliesslich die Frage der Gültigkeit / Nichtigkeit der von den Beklagten am 25. Juni per 30. September 2010 angezeigten Kündigung gewesen (act. 13 S. 3).

1.2 Vor Vorinstanz liess die Klägerin beantragen, der Beschluss der Schlichtungsbehörde sei mangels Entscheidkompetenz bezüglich der Feststellung der Gültigkeit einer Kündigung aufzuheben und das Verfahren sei zwecks Feststellung der Nichteinigung der Parteien an die Schlichtungsbehörde zurückzuweisen, eventualiter sei die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung festzustellen (act. 1 S. 2). Zu Beginn der Hauptverhandlung vom 4. Mai 2011 bezifferte der klägerische Rechtsvertreter den Streitwert des Prozesses mit Fr. 2'240.--, da die Wohnung per November 2010 habe neu vermietet werden können (Prot. I S. 3). Gestützt darauf ging die Vorinstanz von einer Modifikation des Rechtsbegehrens im Sinne einer Forderungsklage aus (act. 14 S. 3; Prot. I S. 2), obschon das ursprüngliche klägerische Rechtsbegehren (act. 1 S. 2) in der Klagebegründung wie auch im Rahmen der Replik unverändert blieb (Prot. I S. 3 und 5; act. 6).

1.3 Im Ergebnis sah die Vorinstanz keinen Anlass, dem Rückweisungsantrag stattzugeben (act. 14 S. 7), und wies die Klage nach Prüfung der Kündigung -

welche sie zwar als nichtig, die Berufung auf die Nichtigkeit jedoch als rechtsmissbräuchlich qualifizierte -, und der vermeintlich geltend gemachten Forderung ab. Auch wenn Letzteres mangels Antrag nicht zu prüfen gewesen wäre, vermag dies einerseits am Ergebnis der Klageabweisung nichts zu ändern und macht die Klägerin andererseits auch nicht geltend, es sei ihr daraus ein Nachteil erwachsen.

2.1 Jede Feststellungsklage setzt ein Rechtsschutzinteresse (bzw. Feststellungsinteresse), d.h. ein rechtserhebliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses voraus (Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, S. 111 f.). Das zum Bundesrecht gehörende und von diesem beschränkte Feststellungsinteresse kann tatsächlicher oder rechtlicher Art sein und ist als Prozessvoraussetzung, soweit es den Sachverhalt betrifft, von der Klägerin nachzuweisen. Es fehlt in der Regel, wenn eine Leistungsklage zur Verfügung steht, mit der ein vollstreckbares Urteil erwirkt werden kann; diesfalls ist auf die Feststellungsklage nicht einzutreten. Ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Behandlung wird hingegen bejaht, wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und ihre Fortdauer für die Klägerin unzumutbar ist (BGE 123 III 49 E. 1.a). Zum Feststellungsinteresse äusserte sich die Vorinstanz nicht, da sie primär von einer Forderungsklage ausging.

2.2 Die Klägerin stellt sich in der Beschwerdeschrift auf den Standpunkt, die Kündigung der Beklagten sei nichtig. Sie habe durch die Neuvermietung der Wohnung, was aus „schierer Not“ erfolgt sei, einen Vertragsbruch gegenüber H. \_\_\_\_\_ begangen, welcher Rechtsfolgen nach sich ziehen könnte (act. 13 S. 5). Auch wenn es aufgrund der Umstände (vgl. Ziff. III.4.2) unwahrscheinlich erscheint, dass H. \_\_\_\_\_ zurückkommen und Ansprüche gegen die Klägerin geltend machen wird und auch die Klägerin selbst im Rahmen der vorinstanzlichen Replik ausführen liess, nicht damit zu rechnen (Prot. I S. 5), hat sie ein Interesse daran, dass die Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung autoritativ beseitigt wird.

3. Auf die Darstellung der Klägerin, „Ganz allgemein kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass sowohl die Schlichtungsbehörde als auch die Vo-

rinstanz - zwar mit unterschiedlichen Begründungen - den Beklagten „helfen“ wollen“ (act. 13 S. 6), braucht mangels hinreichend konkreter Rüge und Auseinandersetzung mit den entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen nicht eingegangen zu werden. Der Vollständigkeit halber ist jedoch festzuhalten, dass die Vorinstanz die damaligen klägerischen Einwände des mangelnden Feststellungsinteresses seitens der Beklagten, der unzulässigen Klageänderung im Schlichtungsverfahren sowie der mangelnden Entscheidungskompetenz der Schlichtungsbehörde (act. 6 S. 4) eingehend und sorgfältig geprüft hat (act. 14 S. 4 - 7). Es kann auf ihre diesbezüglichen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zutreffenden Erwägungen verwiesen werden. Die vorerwähnte pauschale klägerische Kritik vermag diese nicht zu erschüttern.

### **III. Materielles**

1. Die Vorinstanz hat die Parteibehauptungen im angefochtenen Urteil zusammenfassend wiedergegeben (act. 14 S. 7 f.). Hierauf kann vorab verwiesen werden. Die Klägerin hält im Beschwerdeverfahren an ihrem Standpunkt fest, wonach die Kündigung der Beklagten vom 25. Juni auf den 30. September 2010 mangels Unterzeichnung eines der vier Mitmieter nichtig sei (act. 13).

2. Diese Ansicht vertritt auch die Vorinstanz und hielt zutreffend fest, dass in einem gemeinsamen Vertragsverhältnis Gestaltungsrechte nach einheiliger Lehre und Praxis nur einheitlich von und gegenüber der aus mehreren Personen bestehenden Partei als Ganzes ausgeübt werden könnten. Die Kündigung als Gestaltungsrecht erfordere deshalb eine Ausübung mit Wirkung für alle Kündigenden oder Gekündigten. Teilkündigungen, die nicht im Namen aller Partner der einen Seite oder nicht gegenüber allen Mitgliedern der anderen Partei ausgesprochen worden seien, seien nichtig. Der streitgegenständliche Mietvertrag sei von den drei Beklagten und H.\_\_\_\_\_ je einzeln und im eigenen Namen, die Kündigung jedoch lediglich von den drei Beklagten je im eigenen Namen unterzeichnet worden. Da vor der Kündigung weder eine Zustimmung zur Übertragung des Mietverhältnisses durch die Klägerin, noch ein die ausstehende Zustimmung von

H.\_\_\_\_\_ ersetzender gerichtlicher Entscheid im Sinne von Art. 266m Abs. 1 OR vorgelegen habe, sei Letzterer somit im Zeitpunkt der Kündigung nach wie vor Mietpartei gewesen. Folglich sei die nur von den drei Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 25. Juni 2010 nichtig (act. 14 S. 10 f.). Die Vorinstanz kam indes nach Prüfung des Zwecks des Erfordernisses einer unterschrieben bestätigten Kündigung, nämlich Schutz des Mieters, und der vorliegenden Umstände zum Schluss, dass die Berufung der Klägerin auf den Nichtigkeitsgrund rechtsmissbräuchlich sei, da nicht geringste Zweifel darüber bestanden hätten, dass es ebenfalls dem Willen von H.\_\_\_\_\_ entsprochen habe, das Mietverhältnis aufzulösen (act. 14 S. 11 f.).

3. Dem hält die Klägerin entgegen, die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zur Kündigung für Wohn- und Geschäftsräume hätten im Mietrecht - abgesehen vom Schutz des Mieters - erstrangig den Sinn, Rechtssicherheit zu schaffen, was bedeute, dass bei einer Mehrheit von Mietern alle die schriftliche Kündigung zu unterzeichnen hätten. Sie habe zwar um die Scheidung von H.\_\_\_\_\_ von der Beklagten 1 und von seinem Auszug aus der Wohnung gewusst. Daraus habe die Vorinstanz aber unzulässigerweise abgeleitet, sie habe davon ausgehen müssen, dass H.\_\_\_\_\_ aus dem Mietverhältnis ausscheiden und nie mehr in die Wohnung zurückkehren wolle. Diese Erwägung sei im Lichte der strengen Kündigungsbestimmungen des Mietrechtes weder zulässig noch rechtlich relevant. Die Risiken und Unwägbarkeiten einer Mehrheit auf Mieter- wie Vermieterseite seien von den Parteien zu tragen, die den Vertrag als Personmehrheit eingehe. Es könne nicht Sache des Vermieters sein, bei einer Mehrheit von Mietern abzuwägen, ob der Auszug eines Mieters gleichbedeutend damit sei, die strengen Schutzbestimmungen über die Kündigung seien ausser Acht zu lassen und dass er das Risiko tragen müsse, dass der ausgeschiedene Mieter - ob theoretisch oder nicht - später darauf poche, er habe die Kündigung nicht mitgetragen (act. 13 S. 4 f.).

4.1 Grundsätzlich zeigt sich nur und erst in der eigenhändigen Unterschrift der Erklärungswille der die Kündigung erklärenden Person deutlich (ZK OR-Higi, N 10 f. zu Art. 266l OR) und haben bei einer Mehrheit von Mietern wie vorerwähnt alle Mietparteien die Kündigung zu unterzeichnen. Indes kann die Berufung auf

den Formmangel einer fehlenden Unterschrift unter ausserordentlichen Umständen rechtmisbräuchlich sein. Dies gilt nicht nur im Bereich des stark formalisierten Mietrechts, sondern für alle Verträge, bei denen die Erfüllung von Formvorschriften materielle Gültigkeitsvoraussetzung ist. Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB hat jede Instanz von Amtes wegen zu beachten, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen worden sind und feststehen (BGE 121 III 60 E. 3.d). Unter welchen Voraussetzungen die Geltendmachung der Formnichtigkeit als rechtmisbräuchlich erscheint, kann nicht nach starren Regeln entschieden, sondern nur unter Berücksichtigung der näheren Umstände des konkreten Einzelfalles beantwortet werden. Aus diesem Grunde kann und braucht auf die theoretische Frage der Klägerin, wie zu entscheiden wäre, wenn die Kündigung von einer Mehrheit von Vermietern angezeigt worden wäre, wobei ein Mitglied den Kündigungsentscheid nicht mitgetragen hätte, weil verreist oder unbekanntem Aufenthalts (act. 13 S. 6), nicht eingegangen zu werden.

4.2 Für die rechtmisbräuchliche Berufung der Klägerin auf die Formungültigkeit der Mietvertragskündigung vom 25. Juni 2010 (act. 3/9/1) sprechen die nachfolgenden von ihr nicht bestrittenen Umstände: Die Klägerin wusste seit Dezember 2007, d.h. bereits ein halbes Jahr nach Unterzeichnung des Mietvertrages, vom Auszug H. \_\_\_\_\_s aus der ehelichen Wohnung, und sie vermietete diesem sogar eine neue Wohnung an der ...-Strasse ... in F. \_\_\_\_\_ (act. 7 S. 2; Prot. I S. 5 f.). Mit Schreiben vom 4. Juni 2009 und somit knapp eineinhalb Jahre, nachdem H. \_\_\_\_\_ das Mietobjekt verlassen hat, informierte die Beklagte 1 die Klägerin darüber, dass die Ehe zwischen ihr und H. \_\_\_\_\_ geschieden worden sei, und sie ersuchte um seine Entlassung aus dem Mietverhältnis (act. 6 S. 3). Dass er seit dem Wegzug im Dezember 2007 je wieder zu Wohnzwecken in das Mietobjekt zurückgekehrt war, machte selbst die Klägerin nicht geltend. Sie stellte sodann auch nicht in Abrede, dass H. \_\_\_\_\_ die Schweiz bereits ein Jahr vor der erfolgten Kündigung definitiv hat verlassen müssen und ging vor Vorinstanz sogar selbst davon aus, es sei nicht anzunehmen, dass er wieder zurückkommen werde (Prot. I S. 5). Schliesslich blieb die belegte Darstellung der Beklagten anlässlich der vorinstanzlichen Duplik, wonach H. \_\_\_\_\_ im Scheidungsverfahren einver-



standen gewesen sei, aus dem Mietverhältnis entlassen zu werden, ebenfalls unbestritten (Prot. I S. 5 f.; vgl. auch act. 3/3/3). Unter Berücksichtigung all dieser Umstände - es geht entgegen der Darstellung der Klägerin in der Beschwerdeschrift somit nicht nur um ihr Wissen bezüglich der *Ehescheidung* und dem *Wegzug* von H. \_\_\_\_\_ aus der Wohnung (act. 13 S. 4 f.) -, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Klägerin keinerlei Zweifel haben konnte, dass es ebenfalls dem Willen des unbekannt abwesenden H. \_\_\_\_\_ entsprach, den streitgegenständliche Mietvertrag über die 5 ½-Zimmer-Wohnung, welchen er mit seinen damaligen Schwiegereltern und seiner damaligen Ehefrau unterzeichnet hat, aufzulösen. Das Verhalten der Klägerin ist im vorliegenden Fall nicht zu schützen bzw. ihre Berufung auf die Formnichtigkeit der Kündigung vom 25. Juni 2010 mit der Vorinstanz als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

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

Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung der §§ 4 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 500.-- festzusetzen. Sie ist dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vom geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Mangels ihnen entstandener Umtriebe wird den Beklagten 1 bis 3 keine Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren zugesprochen.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Mietgerichtes Dietikon vom 4. Mai 2011 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten 1 bis 3 unter Beilage eines Doppels von act. 13, sowie an das Mietgericht des Bezirkes Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'240.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. D. Tolic

versandt am: