

**ZMP 2017 Nr. 9**

**Art. 97 OR; Art. 101 OR; Art. 271 f. OR; Art. 152 ZPO; Art. 157 ZPO; Art. 328 ZPO. Schadenersatzpflicht des Vermieters wegen wahrheitswidriger Begründung einer Kündigung. Antizipierte Beweiswürdigung. Revision des Kündigungsschutzurteils als Voraussetzung für die Klage**

*Erweist sich der als Kündigungsgrund angegebene Eigenbedarf nachträglich als unwahr, hat der Vermieter der Mieterin Schadenersatz wegen Vertragsverletzung zu leisten (MG, E. IV.1.2+3; OG, E. II.2.3.1). Er muss sich das Verschulden eines Familienmitglieds anrechnen lassen, für welches er Eigenbedarf geltend gemacht hat und das in seinem Namen die Kündigung veranlasst hat (MG, E. IV.2.2; OG, E. II.4.4). Dass die Mieterin das Kündigungsschutzverfahren nicht durchgefochten hat, schliesst den Schadenersatzanspruch nicht ohne weiteres aus (MG, E. IV.1.2; OG, E. II.2+3). Für den Ersatz normativen Schadens (hier: Zeitaufwand für das Zügeln) besteht keine Rechtsgrundlage (MG, E. IV.1.3). Eine antizipierte Beweiswürdigung braucht vom Gericht nicht explizit als solche bezeichnet zu werden; sie kann sich auch aus der Urteilsbegründung ergeben (OG, E. II.4).*

*Das Bundesgericht verlangt demgegenüber für eine Schadenersatzklage, dass die Mieterin zuvor die Revision des Kündigungsschutzurteils erwirkt (BGE, E. 5.4).*

*[Anm. d. Red.: Es liegt zwar eine Entscheidung über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor. Offen bleibt aber, ob die nach dem Kündigungsschutzurteil eingetretenen Tatsachen überhaupt von dessen Rechtskraft erfasst sind und ob sie Grundlage einer Revision hätten bilden können (Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO, zweiter Satzteil). Unklar ist zudem der Stellenwert des aussergerichtlichen Vergleichs, der letztlich Grundlage für die Beendigung des Mietverhältnisses bildete und mit welchem die Parteien nach dem Kündigungsschutzurteil neu über den Streitgegenstand verfügt hatten.]*

Aus dem Urteil des Mietgerichts MG160001-L vom 16. Januar 2017 (Urteile des Obergerichts [NG170006-O](#) vom 26. September 2017 sowie des Bundesgerichts [4A\\_563/2017](#) vom 19. Februar 2019 im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin Schenk-Dändliker):

## **"I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

### *1. Sachverhalt*

1.1. Mit Mietvertrag vom 12. November 1996 mietete die Klägerin vom Beklagten 2 und von dessen am 24. Mai 2015 verstorbenen Ehefrau T. ab dem 1. Januar 1997 eine 4-Zimmerwohnung im 4. Stock der Liegenschaft M.-strasse ( ...) in Zürich. Dieser Mietvertrag war kündbar dreimonatlich zum Voraus auf Ende März / Ende Juni / **E n d e S e p t e m b e r u n d d e r B r u t t** nach den Angaben der Parteien an der Hauptverhandlung Fr. 1'704.– pro Monat.

1.2. Nach den unbestrittenen Feststellungen im Urteil des Mietgerichts vom 23. Oktober 2014 wurde die Liegenschaft während der Mietdauer durch die Q.-Immobilien verwaltet. Mit amtlichem Formular vom 18. Januar 2013 kündigte die Verwaltung den Mietvertrag ohne Angabe einer Begründung auf den 30. Juni 2013. **G l e i c h e n t a g s e r s t e l l t e d e i z, i n d e m e r t ä n d i g** festhielt, vom Beklagten 1 [Sohn des Beklagten 2, Anm. d. Red.] telefonisch am 12. Dezember 2012 beauftragt worden zu sein, der Klägerin ohne Angabe eines Grundes auf Ende Juni 2013 zu kündigen; die Begründung "Eigenbedarf" werde auf Verlangen nachgesandt. Auf mehrmaliges Nachfragen der Klägerin gab [der Verwalter] als Kündigungsgrund Eigenbedarf an und konkretisierte dies mit dem Hinweis, der Beklagte 1 möchte die Wohnung mit seiner Familie für sich beanspruchen. Dies sei mit dem Familienzuwachs im Januar 2013 und dem Arbeitsort Zürich-( ...) **d e r B e k l a g t e 1 u n d s e i n e r P a r t n e r i n P. z u b e g r ü n d e n. D i e F a m i l i e s e i a u f e i n e g r ö s s e r e W o h n u n g i n d e r N ä h e i h r e s A r b e i t s o r t e s a n g e w i e s e n.**

Die Klägerin focht die Kündigung an und machte geltend, der Eigenbedarf sei vorgeschoben, es werde vielmehr beabsichtigt, die Wohnung teurer weiterzuvermieten. Im gerichtlichen Verfahren, in welchem auch Beweisverhandlungen mit Augenschein, Parteibefragungen und Zeugeneinvernahmen durchgeführt wurden,

verneinte das Mietgericht Zürich mit Urteil vom 23. Oktober 2014 die Missbräuchlichkeit der Kündigung und erstreckte gleichzeitig das Mietverhältnis definitiv bis zum 30. September 2014. Zum Kündigungsgrund hielt es fest, dass sich mit Blick auf die im Vergleich zum Mietobjekt gesamthaft grosszügiger und moderner wirkende Wohnung der Familie des Beklagten 1 an der N.-strasse ( ...) in Zürich nicht jedermann für einen Umzug ins Mietobjekt entscheiden würde. Es stellte jedoch auf die Zeugenaussagen des Verwalters und vor allem des Beklagten 1 und dessen Lebenspartnerin ab, die angegeben hatten, sie hätten schon nach der Geburt der Tochter am ( ...) ~~erfolgreich~~ <sup>erfolgreich</sup> nach einer grösseren Wohnung gesucht und daher die Eltern des Beklagten 1 gefragt, ob sie in die Liegenschaft an der M.-strasse ( ...) ziehen könnten. Das Gericht glaubte dem Beklagten 1 und P. insbesondere ihre Darstellung, ein Umzug sei für sie besonders wegen des beheizbaren Werkstattraumes an der M.-strasse ( ...) wünschenswert, da P. dort anders als an der N.-strasse ( ...) mehr Platz für ihre Atelierarbeiten haben werde und angefangene Arbeiten nicht immer wieder auf- und abbauen müsse wie in der bisherigen Wohnung.

1.3. Am 11./14. November 2014 schlossen die Klägerin und die Vermieter einen aussergerichtlichen Vergleich, worin das Mietverhältnis in Abweichung vom erwähnten Urteil letztmals bis 31. März 2015 erstreckt und der Klägerin das Recht zugestanden wurde, schon zuvor mit einer Frist von 30 Tagen auf jedes Monatsende zu kündigen. Die Klägerin kündigte darauf das Mietverhältnis mit Schreiben vom 24. November 2014 auf Ende Dezember 2014.

Mit E-Mail vom 10. Dezember 2014 fragte die Klägerin den Verwalter an, ob der Beklagte 2 und dessen Ehefrau T. noch bereit wären, sich an den Vergleich vom 11./14. November 2014 zu halten, da sie als Allergikerin in ihre neue Wohnung nicht einziehen könne, weil diese von Schimmelpilz befallen sei. Am 11. Dezember 2014 entsprach der Verwalter im Namen der Vermieterschaft der Bitte. Am 12. Januar 2015 erkundigte sich die Klägerin per E-Mail beim Verwalter, ob sich infolge des geplanten Erweiterungsbaus der Z.-Schule die Ausgangslage geändert habe und eine Verlängerung des Mietvertrages denkbar wäre. Die Mietliegenschaft stehe als einzige sich auf dem Schulareal befindliche Privatliegen-

schaft im Visier [der zuständigen Behörde] und wegen der geplanten Bauarbeiten stehe eine längerfristige Grossbaustelle direkt vor dem Haus an. Mit Antwort vom nächsten Tag wurde ihr mitgeteilt, dem Beklagten 1 sei von einem solchen Bauvorhaben nichts bekannt und das Mietverhältnis könne nicht weiter verlängert werden.

1.4. Gestützt auf einen Mietvertrag vom 19. Januar 2015 konnte sich die Klägerin per 15. Februar 2015 eine neue Wohnung an der L.-strasse ( ...)n Zürich beschaffen und bezog diese auf Anfang März 2015. Das Mietverhältnis zwischen den Parteien wurde per Ende Februar 2015 beendet.

1.5. Mit Schreiben vom 20. Mai 2015 erkundigte sich die Klägerin durch ihre Rechtsvertreterin beim Beklagten 1 und P., ob es sich bei dem mittlerweile auf *homegate.ch* ausgeschriebenen Objekt um ihre ehemalige Wohnung an der M.-strasse ( ...)handle, erinnerte sie an ihre Zeugenaussagen vor Gericht und ersuchte sie um eine Stellungnahme dazu, weshalb sich der geltend gemachte Eigenbedarf nicht realisiert habe. Mit Schreiben vom 7. Juni 2015 bestätigten der Beklagte 1 und P., dass es sich bei dem auf *homegate.ch* ausgeschriebenen Objekt um die ehemalige Wohnung der Klägerin handle. ( ...)Den Vorwurf einer falschen Zeugenaussage weise man zurück. Gemäss Auskunft [der zuständigen Behörde] "von Anfang dieses Jahres" plane [diese] eine umfassende Erweiterung [der Schule auf] der Nachbarparzelle, was dem Beklagten 1 und seiner Partnerin vorher nicht bekannt gewesen sei. Sollte es zu einem Einbezug der Liegenschaft M.-strasse ( ...)kommen, sehe man dort wohl keine Zukunft mehr, jedenfalls solange die weitere Entwicklung nicht geklärt sei.

## 2. *Prozessgeschichte*

( ...)

Zu Beginn der Hauptverhandlung zog die Klägerin die Klage gegen den Beklagten 1 zurück [Anm. d. Red.: in Anerkennung der fehlenden Passivlegitimation aus erb- bzw. güterrechtlichen Gründen].

( ...)

#### IV. Materielles

##### 1. *Schadenersatzpflicht bei einer Kündigung gegen Treu und Glauben*

1.1. Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist die Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 271 Abs. 1 OR). Eine Kündigung ist treuwidrig, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse und damit aus reiner Schikane erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen (BGE 138 III 59 E. 2.1; BGer 4A\_345/2007 vom 8. Januar 2008, E. 4.2.1). Ein Eigenbedarf stellt grundsätzlich einen legitimen Kündigungsgrund dar, vorausgesetzt er erweist sich als ernsthaft. Dies geht aus dem Gesetz deutlich hervor, denn der Eigenbedarf wird als Vermieterinteresse bei der Bemessung einer Erstreckung des Mietverhältnisses erwähnt (Art. 272 Abs. 2 lit. d OR) und vermag bei Dringlichkeit gar eine Sperrfrist im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR zu durchbrechen (Art. 271a Abs. 3 lit. a OR; SVIT-K, Art. 271a OR N 74). Umgekehrt ist eine Kündigung, die mit einem Eigenbedarf begründet wird, obwohl in Wahrheit ein anderer Grund zur Kündigung geführt hat, stets treuwidrig im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR, denn unwahre Motive sind mit den Kriterien von Treu und Glauben nicht vereinbar und ein vorgeschobener Eigenbedarf kann gerade wegen des Gewichts eines realen Bedarfs vernünftigerweise nur den Zweck haben, den Mieter um seine Rechte zu bringen oder diese doch zumindest erheblich zu beschneiden, insbesondere bezüglich der Erstreckungsdauer.

Der geltend gemachte Kündigungsgrund muss im Zeitpunkt der Kündigung bestehen, fällt er in der Folge dahin, wird die Kündigung nicht nachträglich treuwidrig (BGE 138 III 59 E. 2.1; BGer 4C.333/1997 vom 8. Mai 1998 E. 3b; ZK-HIGI, Art. 271 OR N 119). Dies schliesst nicht aus, dass auch Tatsachen berücksichtigt werden können, die sich später ereignet haben, um den tatsächlichen Willen im Zeitpunkt der Kündigung zu eruieren (BGer 4A\_623/2010 vom 2. Februar 2011 in mp 2/11 S. 135 ff.; BGer 4A\_518/2010 vom 16. Dezember 2010 E. 2.4.1; BGer 4A\_241/2010 vom 10. August 2010 E. 2.1.6 in mp 4/10 S. 280).

Die Ermittlung des tatsächlichen Kündigungsgrundes ist eine Tatfrage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung obliegt grundsätzlich dem Mieter die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen einer missbräuchlichen Vermieterkündigung. Mit Blick auf die Begründungspflicht nach Art. 271 Abs. 2 OR und generell die Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters bleibt dessen Untätigkeit aber nicht folgenlos. Bleibt eine Begründung ganz aus, erläutert der Vermieter den angegebenen Grund nicht weiter oder unterlässt er die Beibringung von Beweisen, die den Grund zumindest glaubhaft machen, kann dies zur Aufhebung der Kündigung führen (BGE 131 III 535 E. 4.3; BGer 4A\_623/2010 vom 2. Februar 2011 in mp 2/11 S. 135 ff.; zur – mit Blick auf das vergleichbare Ergebnis nicht allzu bedeutsamen – Kritik betr. Beweislastverteilung vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 271-271a N 30).

1.2. Eine andere Frage ist, ob eine Kündigung wider Treu und Glauben zu einer Schadenersatzpflicht der kündigenden Partei führen kann. Die Lehre anerkennt dies zwar grundsätzlich, fordert aber eine gewisse Zurückhaltung. BARBEY sieht eine mögliche Anspruchsgrundlage nur in einer unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 41 OR und gibt zu bedenken, dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben weder einen Eingriff in absolut geschützte Rechte wie die Persönlichkeit oder das Eigentum bilde noch eine Verletzung einer Schutznorm. Zudem sei dem Mieter zuzumuten, die Kündigung anzufechten. Tue er dies nicht, so könne ihm auch keine finanzielle Forderung zugestanden werden, es sei denn er entdecke den wahren Kündigungsgrund erst nach Ablauf der Frist zur Anfechtung (BARBEY, Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, Genf 1991, Art. 271-271 a OR N 310 ff.). Dem halten andere Autoren entgegen, eine Kündigung wider Treu und Glauben stelle eine Vertragsverletzung dar und könne daher durchaus gestützt auf Art. 97 OR zu einer Schadenersatz- oder Genugtuungspflicht des Kündigenden führen (LACHAT, Le bail à loyer, 4. A., Lausanne 2008, S. 761; RONCORONI, Le nouveau droit du bail à loyer: protection contre les congés, 6<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990, S. 10; ZK-HIGI, Art. 271 OR N 98; Mietrecht für die Praxis/THANEI, 9. A., Zürich 2016, S. 780; BSK OR I-WEBER, Art. 271-271a N 34). LACHAT betont, dass die vertragswidrige Kündigung selbst im Falle ihrer Aufhebung zu Schadenersatzansprüchen führen

könne, etwa bezüglich Aufwendungen, die durch eine Parteientschädigung nicht gedeckt sind, oder auch bezüglich Genugtuung (LACHAT, a.a.O., S. 761). HIGI führt als konkretes Beispiel die Aufwendungen des Mieters in Zusammenhang mit der nach Aufhebung der Kündigung nutzlos gewordenen Suche nach einem Ersatzobjekt an (ZK-HIGI, Art. 271 OR N 102). Entsprechend bejahen LACHAT wie HIGI einen Schadenersatzanspruch auch bei unterlassener Anfechtung, wenn der Mieter erst nachträglich erfährt, dass der Kündigungsgrund vorgeschoben war, oder wenn der Vermieter den Mieter von einer Anfechtung abgehalten hat (LACHAT, a.a.O.; ZK-HIGI, Art. 271 OR N 100 ff., 104).

Zweifellos stellt eine Kündigung, die entgegen den mietrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften erfolgt, eine Vertragsverletzung dar, so dass auch die Haftung nach Art. 97 OR grundsätzlich greift, denn wie HIGI zu recht ausführt, ändert das zwingende Gesetzesrecht im Mietrecht nichts daran, dass die Kündigungsschutzvorschriften zu den vertraglichen Regeln gehören, die zwischen den Parteien gelten (ZK-HIGI, Art. 271 OR N 98). Ob daneben auch das ausservertragliche Haftpflichtrecht zum Tragen kommt, braucht daher nicht weiter untersucht zu werden. Der Einwand in der Lehre, ein blosser Verstoss gegen Treu und Glauben richte sich nicht gegen eine Schutznorm im Sinne des Haftpflichtrechts, scheint zwar richtig. Ausservertragliche Ansprüche könnten sich immerhin aus besonderen Schutznormen ergeben, etwa denjenigen des UWG und den Bestimmungen über den strafrechtlichen Schutz des Mieters, insbesondere aus Art. 325<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB. Soweit gegen einen vertraglichen Schadenersatzanspruch des Mieters eingewendet wird, der Verzicht auf eine Anfechtung der Kündigung bedeute zugleich auch eine Anerkennung derselben (ZK-HIGI, Art. 271 N 103), scheint dies in dieser Absolutheit zumindest fraglich. Im Kontext der Anfechtung von Verträgen wegen Täuschung oder Furcht sieht das Gesetz explizit vor, dass die Genehmigung des Vertrages den Anspruch auf Schadenersatz nicht ohne weiteres ausschliesst (Art. 31 Abs. 3 OR). Nur wenn der Schaden durch eine Anfechtung vermieden worden wäre, entfällt der Anspruch (BGE 109 Ia 10 f.). Die Ausgangslage bei der Anfechtung der Kündigung spricht für die Anwendung der gleichen Regel, zumal sich der Mieter innert 30 Tagen für eine Anfechtung entscheiden muss und nicht innert eines Jahres. Erforderlich für einen Schadenersatzanspruch ist im-

merhin, dass der Mieter bei der Ausgangslage, wie sie sich ihm zur Zeit des Verzichts auf eine Anfechtung oder aber des Entscheides bot, begründeten Anlass hatte, um an der Klage nicht weiter festzuhalten. Darüber hinaus ist ein Schadenersatzanspruch auch ausgeschlossen, wenn wegen nach dem Verzicht auf ein Anfechtungsverfahren entdeckter Beweismittel eine Wiederherstellung der Anfechtungsfrist infrage kommt (ZK-HIGI, Art. 271 OR N 98, N 105; Mietrecht für die Praxis/THANEI, a.a.O., S. 780) oder wenn eine Revision des für den Mieter negativen Gerichtsentscheids möglich ist (Art. 328 ff. ZPO). In beiden Fällen gilt dies jedoch nur, wenn dem Mieter die Berufung auf diese Rechte zugemutet werden kann. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn er sich inzwischen Ersatz beschafft hat, so dass ihm durch die angesprochenen Massnahmen eine doppelte Belastung mit Mietkosten droht. Die Rechtsbehelfe erweisen sich zudem nur dann als wirksam, wenn die Mietsache inzwischen nicht schon weitervermietet ist, denn andernfalls scheidet ein erneuter Bezug am gleichrangigen Erfüllungsanspruch des neuen Mieters.

1.3. Für die weiteren Voraussetzungen einer Schadenersatzpflicht gelten die Art. 97 und 99 Abs. 3 OR mit dem dortigen Verweis auf das ausservertragliche Haftpflichtrecht. Neben der Vertragsverletzung hat der Mieter den Schaden und den natürlichen Kausalzusammenhang zu beweisen. Das Verschulden des Vermieters wird hingegen vermutet (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 5 f.). Der nach Art. 97 OR geschuldete Schadenersatz zielt auf den Ausgleich des Nachteils infolge der Schlechterfüllung in Form der treuwidrigen Kündigung ab. Schaden ist dabei definiert als unfreiwillige Vermögenseinbusse des Geschädigten. Er besteht in der Differenz zwischen dem Vermögensstand der geschädigten Person mit und ohne schädigendes Ereignis. Er kann in einer Minderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder auch in entgangenem Gewinn bestehen. Soweit ein Nachteil nicht zu einer Vermögensminderung führt, sind die Lehre – und noch stärker die Rechtsprechung – sehr zurückhaltend und anerkennen solche Erscheinungen nur in Ausnahmefällen als Schaden im Rechtssinne (ausführlich dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich 2014, Rz. 2856 ff., insbes. zum Kommerzialisierungs- und Frustrationsschaden). Das Bundesgericht hat in Zusammenhang mit



der Verletzung von Patentrechten erklärt, dass ein Nutzungsausfall keinen Schaden darstellt (BGE 132 III 379 E. 3.3.2). Ersatz für nicht auf einer Vermögensminderung beruhende Ausfälle wird nach der Rechtsprechung einzig für den Haushalt- und den Pflegeschaden gewährt (BGE 132 III 379 E. 3.3.2; vgl. BGE 127 III 403 E. 4 und BGE 126 III 392 E. 11a), wobei diese Schadensarten insofern von den klassischen abweichen, als ein Schadenersatz selbst dann geschuldet ist, wenn der geschädigten Person aus der Beeinträchtigung der Haushaltsführung oder aus der Pflege keine zusätzlichen finanziellen Aufwendungen entstehen, weil Angehörige diese Aufgaben ohne Entschädigung besorgen – man spricht hier vom Ersatz normativen Schadens (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 2854). Selbst der Ersatz entgangenen Gewinns ist an strenge Voraussetzungen geknüpft und ist nur geschuldet, wenn der Gewinn als üblich erscheint oder dem Geschädigten sonstwie sicher in Aussicht stand (BGE 132 III 379 E. 3.3.3). Entsprechend hat es das Bundesgericht im genannten Entscheid abgelehnt, im Patentrecht der verletzten Person unabhängig vom Nachweis einer Vermögensminderung Schaden in der Höhe des Betrags zuzusprechen, zu welchem dem Schädiger eine Lizenz zur Verwertung des Patentes gewährt worden wäre (Lizenzanalogie). Im Falle des Schadenersatzes wegen missbräuchlicher Kündigung verhält es sich nicht anders: BARBEY betont, mangels einer dem Arbeitsrecht vergleichbaren Regelung komme eine pauschale Entschädigung mit Strafcharakter etwa in Höhe einer bestimmten Anzahl Monatsmieten nicht infrage (BARBEY, a.a.O., Art. 271-271a OR N 311; vgl. zu weiteren gesetzlichen Schadenspauschalen etwa Art. 42 Abs. 2 oder Art. 191 Abs. 3 OR). Aber auch bei Aufwendungen, die mangels Auslagen keine Vermögensminderung zur Folge haben, liegt kein Schaden im Rechtssinne vor. So kann der Mieter etwa zwar den Ersatz von Inseratekosten in Zusammenhang mit der Ersatzbeschaffung für die gekündigte Wohnung verlangen, nicht aber eine Entschädigung für den Zeitaufwand bei der Durchsicht von Inseraten oder für deren Beantwortung, jedenfalls soweit damit kein Einkommensausfall verbunden ist (ZK-HIGI, Art. 271 OR N 102). HIGI spricht damit die Konstellation an, dass der Geschädigte Ersatz für einen Aufwand verlangt, den er sich "gar nicht anderweitig erkaufte" hat (so GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 2857, zum Kommerzialisierungsschaden). Keine Ersatzpflicht besteht nach der Rechtsprechung auch für den Schaden, den Dritte erleiden, es sei denn dem

Vertrag könne eine Schutzwirkung zugunsten solcher Personen entnommen werden (GAUCH/SCHLUEP/EMMEN-EGGER, a.a.O., Rz. 2882 ff.).

Die geschädigte Person trifft eine Schadenminderungsobliegenheit (Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR). Zudem muss sie sich Vorteile anrechnen lassen, die sie aus dem schädigenden Ereignis gezogen hat. Solche Vorteile sind allerdings nicht zu vermuten. Als rechtsaufhebende Tatsache oder auch "negativer Schaden" sind sie vom Schädiger zu behaupten und zu beweisen. Ein relevanter Vorteil liegt nur vor, wenn ein innerer Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis besteht (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 2914). Zudem erfolgt kein Abzug, soweit ein Mehrwert dem Geschädigten aufgezwungen wurde (BK-BREHM, Art. 42 OR N 42a): Der Hotelier, der seinem Gast kein Zimmer der vereinbarten Kategorie anbieten kann, kann beispielsweise keinen Aufpreis für das zum Ersatz angebotene Zimmer einer höheren Kategorie verlangen.

## 2. *Würdigung im vorliegenden Fall*

2.1. Im Kündigungsschutzverfahren MB130009 wurde die Kündigung der Vermieterseite vom Mietgericht vorab gestützt auf die Zeugenaussagen des Beklagten 1 und P.s als gültig beurteilt, welche beteuert hatten, mit dem geltend gemachten Eigenbedarf sei es ihnen ernst. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass das Gericht schon im damaligen Verfahren mit Blick auf die grosszügiger und moderner wirkende Wohnung an der N.-strasse ( ...) gewisse Zweifel am Wahrheitsgehalt der Zeugenaussagen hegte. Betrachtet man die Entwicklung seit jenem Urteil, kann es ausgeschlossen werden, dass das Gericht in Kenntnis aller heute zutage getretenen Umstände zum gleichen Ergebnis gelangt wäre. Zwar wendet der Beklagte 2 zu recht ein, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Frage der Gültigkeit auf die Umstände zur Zeit der Kündigung ankommt. Richtig ist auch, dass sich nach einer Eigenbedarfskündigung Veränderungen ergeben können, die den Vermieter dazu veranlassen, die ursprünglich beabsichtigte Eigennutzung zu überdenken. Im vorliegenden Fall kann man die Sache allerdings drehen und wenden, wie man will, das Verhalten der Vermieterschaft bleibt ungereimt.

Zunächst wurde die ehemalige Mietwohnung noch während laufender Renovationsarbeiten für Fr. 2'392.– brutto auf *homegate.ch* ausgeschrieben, mithin zu einem Mietzins, der um Fr. 650.– pro Monat höher liegen sollte als der zuletzt von der Klägerin bezahlte Bruttomietzins von Fr. 1'742.–; noch höher wäre die Differenz, wenn der zuletzt geltende Mietzins Fr. 1'704.– betrug, wie die Parteien an der Hauptverhandlung übereinstimmend geltend machten. Die Ausschreibung erfolgte unbefristet ("Verfügbar nach Vereinbarung"), die Vermietung dann – praktisch gleichzeitig mit der Einleitung des vorliegenden Verfahrens, aber erst nachdem sich der zu beurteilende Streit schon abgezeichnet hatte – mit Vertrag vom 12. August 2016 befristet bis zum 31. März 2017, und zwar für Fr. 2'433.– brutto. Eine Adressangabe enthielt die Ausschreibung auf *homegate.ch* nicht, obwohl dies für potentielle Interessenten wohl eine der wichtigsten Angaben überhaupt ist; man begnügte sich mit den verschleiernenden Hinweisen "80[xx] Zürich" und "Zentral". Von der Rechtsvertreterin der Klägerin angesprochen auf die Ausschreibung, führten der Beklagte 1 und P. mit Schreiben vom 7. Juni 2015 als Hauptgrund für die geplante Drittvermietung nicht etwa die befürchteten Immissionen in Zusammenhang mit den Ausbauplänen für die Z.-schule an, sondern die immer beschwerlicher gewordene Pflege des Vaters und der (kurz vor Abfassung des Schreibens verstorbenen) Mutter des Beklagten 1. Die Aufgabe habe den Beklagten 1 an seine physischen und psychischen Grenzen gebracht und die zusätzliche Belastung durch einen Wohnungswechsel als "Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringen würde", erscheinen lassen. Unabhängig vom Umfang des geltend gemachten Pflegeaufwands fällt auf, dass dieser nach den Angaben des Beklagten 1 und P.s "seit 4 Jahren", also zurückgerechnet vom Datum des Schreibens vom 7. Juni 2015 seit 2011 angefallen sein soll, so dass der Aufwand schon im Zeitpunkt der Kündigung bestand. Verglichen mit dem Pflegeaufwand hat die Belastung durch einen im schlechtesten Fall wenige Tage in Anspruch nehmenden Wohnungswechsel jedenfalls nicht das Gewicht, um einen lange gehegten Wunsch nach einem Umzug in eine passendere Wohnung in Luft aufzulösen, wo einem doch die angepeilte Wohnung angeblich den ersehnten Raum für bislang eher beschwerliche Atelierarbeiten bieten würde. Im Schreiben vom 7. Juni 2015 erwähnten der Beklagte 1 und P. zwar auch die geplanten Umbauarbeiten auf der Nachbarparzelle, die einen Umzug einstweilen unzumutbar machten,

solange die Auswirkungen nicht klar seien. Die Bauarbeiten scheinen aber neben dem Pflegeaufwand als dem angeblich sprichwörtlichen Tropfen, der das Fass zum Überlaufen gebracht haben soll, keine relevante Rolle gespielt zu haben. Andernfalls liesse sich die Gleichgültigkeit nicht erklären, mit der der Beklagte 1 auf die Anfrage der Klägerin vom 12. Januar 2015 reagierte, ob die bevorstehenden Arbeiten an den Bauten der Z.-schule allenfalls eine Verlängerung des Mietvertrages über den im Vergleich vom 11./14. November 2014 vorgesehenen Endtermin Ende März 2015 hinaus möglich mache. [Der Verwalter] teilte der Klägerin in seiner Antwort vom 13. Januar 2015 mit, dem Beklagten 1 sei vom Bauvorhaben nichts bekannt (a.a.O.). Diese Reaktion erscheint äusserst ungewöhnlich für jemanden, der sich angeblich mit der Absicht trägt, in eine Wohnung zu zügeln, und der überraschend erfährt, dass in der Nachbarschaft eine Grossbaustelle droht. Die Vermieterschaft hatte allen Anlass, den Hinweis der Klägerin ernst zu nehmen, da ihnen spätestens seit dem Kündigungsschutzverfahren bekannt war, dass sie als Lehrerin just an der fraglichen Z.-schule tätig ist und deshalb wohl über zuverlässige Informationen bezüglich des Bauvorhabens verfügte. Die ebenso gleichgültige wie kurz angebundene Antwort passt hingegen sehr gut zu jemandem, der vom Bauprojekt schon Kenntnis hat, den dieses aber nicht gross kümmert, weil er persönlich davon nicht betroffen ist. Zwar könnte sich die Haltung des Beklagten 1 zum geltend gemachten Eigenbedarf auch erst nach der Kündigung verändert haben. Allein schon dass er dies bei der Nachfrage der Klägerin nicht offen gelegt hat, bildet aber ein gewichtiges Indiz für einen vorgeschobenen Eigenbedarf zur Zeit der Kündigung. Dies passt auch zum Umstand, dass der Beklagte 1 schon bei der Kündigung nicht mit offenen Karten spielte: So gab er [dem Verwalter] unbestrittenermassen den Auftrag, die auszusprechende Kündigung vorerst nicht zu begründen und erst bei einer Rückfrage der Klägerin Eigenbedarf geltend zu machen. Ein solches Verhalten ist mit Blick auf den Umstand, dass eine Begründung nach Art. 271 Abs. 2 OR erst auf Verlangen begründet werden muss, durchaus zulässig. Es bildet aber nicht die Regel, denn wer ernst gemeinte Kündigungsgründe hat, wird diese für gewöhnlich schon im eigenen Interesse von sich aus nennen, zumal erst dies sachbezogene Verhandlungen über eine allfällige Erstreckung ermöglicht, besonders wenn es um einen Eigenbedarf geht (vgl. Art. 272 Abs. 2 lit. d OR).

Geradezu unverständlich ist – wie die Klägerin zu recht geltend macht – die heutige Haltung des Beklagten 1 und P.s bezüglich des Werkstatttraums, den sie im Kündigungsschutzverfahren beide als ausschlaggebend für die Kündigung bezeichnet hatten. Obwohl sie im Schreiben vom 7. Juni 2015 die Pläne für einen Umzug an die M.-strasse ( ...) nicht als definitiv gescheitert bezeichneten, vermieteten sie den Werkstattraum unbestrittenermassen anders als die ehemalige Wohnung der Klägerin (die zwar unbefristet ausgeschrieben, dann aber nach Entstehung des vorliegenden Streits mit Vertrag vom 12. August 2015 nur befristet vermietet wurde) unbefristet als Podologie-Studio. Da die M.-strasse ( ...) notorisch nur rund 1,5 km von der N.-str. ( ...) entfernt liegt, hätte sich der für die Kündigung angeblich entscheidende Werkstattraum durch P. und den Beklagten 1 ohne grosse Probleme auch ohne die Wohnung im gleichen Gebäude nutzen lassen, zumal die Betreuung der Tochter schon zur Zeit des Kündigungsschutzverfahrens u.a. in einer Krippe erfolgte. Die unbefristete Weitervermietung unterstreicht daher, dass der geltend gemachte Eigenbedarf vorgeschoben war.

In die gleiche Richtung weist der unbestritten gebliebene Umstand, dass der Beklagte 1 und P. sich überhaupt nicht mehr um ein Ersatzobjekt bemühen, wie die Klägerin zu recht vortragen lässt. Die Begründung, man habe sich einen späteren Umzug an die M.-strasse ( ...) offenhalten wollen, überzeugt schon deshalb nicht, weil ausgerechnet der als für die Kündigung entscheidend bezeichnete Werkstattraum unbefristet weitervermietet wurde. Wer sich alle Optionen offenhalten möchte, nimmt in einer solchen Situation eher den Leerstand eines Nebenraumes in Kauf, wenn sich denn tatsächlich kein Interessent für eine befristete Vermietung gefunden haben sollte, wie der Beklagte 2 vortragen lässt. Genügte und genügt aber die aktuelle Wohnung den Bedürfnissen des Beklagten 1 und P.s, und zwar obwohl die private Belastung insbesondere des Beklagten 1 inzwischen wieder abgenommen hat, so kann der seinerzeit als Grund für die Kündigung vom 18. Januar 2013 behauptete Eigenbedarf nicht ernsthaft gewesen sein, geschweige denn aktuell.

Unter solchen Umständen erhalten auch Indizien, die das Mietgericht beim Urteil vom 23. Oktober 2014 nicht als ausschlaggebend erachtete, ein neues Ge-

wicht. So ist unbestritten, dass im Jahre 2010 schon einmal eine Eigenbedarfskündigung ausgesprochen wurde, obwohl damals nicht sicher war, ob der Kinderwunsch des Beklagten 1 und P.s in Erfüllung gehen würde, und dass anschliessend die betroffene Wohnung zu einem massiv höheren Mietzins weitervermietet wurde. Weiter erschien es dem Mietgericht schon im vorausgegangenen Verfahren als wenig plausibel, dass der Beklagte 1 und P. ihre mit einem Lift ausgestattete Wohnung angeblich gegen eine ohne einen solchen tauschen wollten, obwohl ihrer ( ... ) 2012 geborenen Tochter das Treppensteigen noch auf absehbare Zeit grosse Mühe bereitet hätte. Es mag zwar richtig gewesen sein, dass die Tochter zur Zeit der Einvernahme bald einmal den Kinderwagen nicht mehr benötigt hätte, wie P. im vorausgegangenen Verfahren angab. Dafür hätten sie die Eltern aber noch während längerer Zeit die vier Etagen hoch- und hinuntertragen müssen, was auf die Dauer auch für gesunde Eltern recht beschwerlich ist.

Damit erweist sich der geltend gemachte Eigenbedarf in Würdigung aller im Kontext des Kündigungsschutzverfahrens und nach dessen Abschluss bekannt gewordenen Umstände als vorgeschoben und nicht als nachträglich dahingefallen, wie der Beklagte 2 angibt. Dass die Vermieterschaft im Kündigungsschutzverfahren einmal eine Konventionalstrafe angeboten hat, wie der Beklagte 2 auch heute geltend macht, ändert daran nichts, denn eine solche kam nicht zum Tragen und wäre angesichts der inzwischen massiv erhöhten Miete auch kein genügender Anreiz für wahrheitsgemässe Angaben zum Kündigungsgrund gewesen. Eine Vertragsverletzung bei der Kündigung in Form der Angabe eines vorgeschobenen Grundes ist damit zu bejahen.

2.2. Der Beklagte 2 wendet weiter ein, die Handlungen seines Sohnes im Zusammenhang mit der Kündigung des Mietvertrages und in der Zeit danach seien ihm nicht zuzurechnen. In der schriftlichen Klageantwort vom 2. Mai 2016 räumte er allerdings ein, sein Sohn sei im Zeitpunkt der Kündigung das Bindeglied zwischen der Verwaltung (...) und ihm sowie seiner Ehefrau gewesen. Unbestritten ist, dass der Beklagte 1 es war, der [den Verwalter] gemäss dessen Notiz instruierte, dass der Klägerin die Wohnung gekündigt und dass eine Begründung erst auf Verlangen nachgeliefert werden sollte. Anzunehmen ist auch, dass der Be-

klagte 1 seine Eltern zumindest aktiv veranlasste, ihn zu einer entsprechenden Erklärung gegenüber dem Verwalter zu ermächtigen, denn er gab als Zeuge an, er bespreche alles, was die Liegenschaft angehe, mit seinen Eltern. Dies war im Übrigen die Antwort auf die Frage, wieso er überhaupt habe fragen müssen, zumal er zu Beginn der Einvernahme seine Rolle mit den Worten umschrieben hatte, er vertrete seine Eltern bei der Verwaltung. Wenn heute sein Vater etwas anderes vortragen lässt, erweist sich das als ausgesprochen unglaubhaft. Ins Bild passt, dass der Beklagte 2 zumindest einräumt, dass er vom Beklagten 1 in seinen administrativen Angelegenheiten unterstützt wird und dass dieser deshalb auch am Orientierungsabend über die geplanten Bauarbeiten der Z.-schule anstelle des Beklagten 2 teilnahm. Ins Bild passt auch, dass etwa die E-Mail-Korrespondenz mit [der zuständigen Behörde] betr. allfällige Tauschobjekte bei einem Einbezug der Liegenschaft M.-strasse ( ...) ins Z.-schulbauprojekt ausschliesslich über den Beklagten 1 lief. Damit ist klar, dass der Beklagte 1 schon zur Zeit der Kündigung über eine Vollmacht seiner Eltern verfügte, um für sie Rechtshandlungen vorzunehmen. Dies zieht auch eine Wissensvertretung nach sich, so dass der Beklagte 2 sich das Wissen des Beklagten 1 um die Unwahrheit der angegebenen Kündigungsgründe anrechnen lassen muss. Selbst wenn der Beklagte 1 nur als Hilfsperson seiner Eltern zu betrachten wäre, ergäbe sich kein anderes Resultat, denn diesfalls würde die Verschuldenszurechnung über die Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR erfolgen.

Dass die Eigenbedarfskündigung durch den Beklagten 1 schuldhaft veranlasst wurde, bedarf keiner Erläuterung.

2.3. Der Beklagte 2 bestreitet einen Schadenersatzanspruch auch mit der Begründung, die Klägerin habe das Urteil des Mietgerichts vom 23. Oktober 2014 nicht angefochten, obwohl sich dies geradezu aufgedrängt hätte, sondern habe mit der Vermieterschaft einen Erstreckungsvergleich abgeschlossen. Dabei habe die Vermieterschaft sich grosszügig gezeigt und der Klägerin gestattet, auf die bereits angezeigte Rückgabe der Sache per Ende Dezember 2014 zurückzukommen, als sie ihre inzwischen gemietete Wohnung wegen Schimmelpilzbefalls

nicht habe beziehen können. Die Klägerin hält dem entgegen, dass aus ihrer damaligen Sicht ein Weiterzug ein zu grosses Risiko gebildet habe.

Die kantonale Rechtsmittelinstanz kann den angefochtenen Entscheid im Rahmen eines Berufungsverfahrens in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht frei überprüfen (Art. 310 ZPO). Im vorliegenden Fall kann auch nicht gesagt werden, eine Berufung gegen das mietgerichtliche Urteil wäre chancenlos gewesen, gerade mit Blick auf die Zweifel, die das Mietgericht aufgrund des Augenscheins in den beiden zur Diskussion stehenden Wohnungen hegte. Entscheidend ist aber, dass sich die meisten Tatsachen, die den sicheren Schluss auf den in Wahrheit nur vorgeschobenen Eigenbedarf zulassen, nach dem Auszug der Klägerin aus dem ehemaligen Mietobjekt Ende März 2015 ereigneten, insbesondere die verklausulierte Ausschreibung auf *homegate.ch*, die unbefristete Weitervermietung des Werkstattraums und die unterlassenen Bemühungen des Beklagten 1 und P.s um anderweitigen Ersatz. Damit ist auch klar, dass die Chancen einer Berufung mit Blick auf die aus damaliger Sicht durchaus vertretbare Begründung des Mietgerichts nicht besonders gut waren. Selbst die bezüglich eines Schadenersatzanspruchs des Mieters eher skeptische Lehre befürwortet einen Anspruch in Fällen der nachträglichen Entdeckung von Tatsachen, die die Unwahrheit des Kündigungsgrunds zu beweisen vermögen (ZK-HIGI, Art. 271 OR N 104; BARBEY, a.a.O., Art. 271-271a N 312). Wie schon erwähnt folgt aus der Analogie zu Art. 31 Abs. 3 OR das gleiche Resultat. Für die Klägerin spricht, dass sie kurz vor Unterzeichnung des Mietvertrags für ihre heutige Wohnung nochmals bei der Vermieterschaft anfragte, ob die Bauabsichten für die Z.-schule allenfalls eine Verlängerung des Mietverhältnis möglich machen würden. Damit hat sie auch das ihr Zututbare unternommen und zugleich der Vermieterschaft die – bedenkenlos vertane – Chance eingeräumt, den nun eingeklagten Schaden zu vermeiden. Dass die Beklagten der Klägerin gestattet haben, auf ihre schon angezeigte vorzeitige Kündigung zurückzukommen, darf dem Beklagten 2 zwar nicht zum Nachteil gereichen. Allerdings hatte dieses Entgegenkommen keinen Einfluss auf den von der Klägerin geltend gemachten Schaden und hat daher auch auf den heute zu fällenden Entscheid keinen Einfluss. Allenfalls hat das Entgegenkommen grösse-



ren Schaden vermieden. Damit zielt auch dieser Einwand des Beklagten 2 ins Leere.

Die Alternative einer Klage auf Revision war für die Klägerin nach Abschluss des Mietvertrags über ihre heutige Wohnung keine zumutbare Option, denn unabhängig davon, ob ein Erfüllungsanspruch überhaupt noch hätte durchgesetzt werden können, hätte die Klägerin sich dem Risiko ausgesetzt, für zwei Wohnungen aufkommen zu müssen.

2.4. Dass das vertragswidrige Verhalten der Vermieterschaft in tatsächlicher Hinsicht die geltend gemachten Aufwendungen der Klägerin verursacht hat, steht nach dem Gesagten grundsätzlich ausser Zweifel. Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist zu bejahen, denn die Kündigung gestützt auf den vorgeschobenen Eigenbedarf war nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, die von der Klägerin geltend gemachten Aufwendungen zu verursachen oder sie doch allgemein zu begünstigen. Allerdings bestehen bei den einzelnen Positionen Unterschiede, auf die bei den folgenden Ausführungen zum Schaden näher einzugehen ist.

2.5. Die einzelnen Schadenspositionen sind folgendermassen zu beurteilen:

2.5.1. Die geltend gemachten Umzugskosten von Fr. 2'745.– sind belegt durch die Rechnung der Y.-transport GmbH vom 24. Februar 2015. Der Beklagte 2 wendet dagegen substantiiert einzig ein, wegen der bevorstehenden Grossbaustelle hätte die Klägerin zeitnah ohnehin umziehen müssen. Dem kann nicht gefolgt werden, denn mit ihrer Anfrage per E-Mail vom 12. Januar 2015 hat die Klägerin deutlich zu verstehen gegeben, dass sie bereit gewesen wäre, die Baustelle in Kauf zu nehmen, wenn sie in der ehemaligen Mietwohnung hätte bleiben können. Zudem kann der Schädiger sich generell nicht mit dem Einwand behelfen, der von ihm verursachte Schaden wäre später ohnehin entstanden. Der Beklagte 2 ist daher zu verpflichten, der Klägerin die Transportkosten zu ersetzen.

2.5.2. Was den Betrag von Fr. 2'500.– für die Endreinigung der Wohnung und das Packen betrifft, wendet der Beklagte 2 zu recht ein, dass es sich bei den Eigenleistungen der Klägerin und ihrer Freundinnen G. und I. nicht um Schaden im

Rechtssinne handelt. Um Ersatz für diese Aufwendungen zusprechen zu können, müsste die vorn dargelegte Rechtsprechung zum normativen Schaden, insbesondere zum Haushalt- und Pflegeschaden (Ziff. IV.1.3), auf Fälle wie den vorliegenden ausgedehnt werden. Wie erwähnt hat das Bundesgericht dies in der Vergangenheit im Interesse einer angemessenen Begrenzung der Schadenersatzpflicht stets abgelehnt, und eine Änderung der Rechtsprechung zeichnet sich nicht ab. Dass der Beklagte 2 durch den Umstand, dass die Klägerin und ihre Freundinnen die entsprechenden Arbeiten geleistet haben, besser gestellt wird, als wenn die Klägerin sich diese Leistungen bei Dritten erkaufte hätte, mag aus Sicht der Klägerin unbefriedigend sein, ändert aber nichts daran, dass sich ihr Vermögen bei dem von ihr gewählten Vorgehen nicht vermindert hat. Etwas anderes könnte höchstens für die Geschenke und Einladungen gelten, mit denen sie ihre Freundinnen für die Arbeiten belohnt hat, wie sie ausführen liess. Die entsprechenden Aufwendungen hat sie jedoch weder geltend gemacht, noch belegt. Die Klage ist in diesem Punkt daher abzuweisen.

2.5.3. Weiter macht die Klägerin geltend, sie habe im Februar 2015 und Dezember 2014 für je einen halben Monat doppelte Mietkosten in Höhe von je einem halben Monatszins zu tragen gehabt. Zusammen genommen verlangt sie einen (abgerundeten) Betrag von Fr. 2'000.–. Zur Begründung verwies sie einerseits auf eine Mietzahlung an E. für Dezember 2014 in Höhe von Fr. 885.–, den Betrag auf den sie sich mit E. geeinigt hatte, weil sie als Allergikerin E.s von Schimmelpilz befallene Wohnung nicht hatte übernehmen können. Andererseits stützt sie sich auf die Phase zwischen dem 15. und 28. Februar 2015, in welcher sie noch für die Miete an der M.-strasse ( ...) aber auch schon für diejenige für ihre jetzige Wohnung an der L.-strasse ( ...) aufkommen musste. Der Beklagte 2 wendet gegen die Doppelmiete im Dezember 2014 ein, die Klägerin hätte den Mietzins bei E. zurückverlangen müssen, da das Mietobjekt nach ihren Angaben nicht bewohnbar gewesen sei. Die Wohnung an der L.-strasse ( ...) hätte die Klägerin auch erhalten, wenn sie den Vertrag erst per 1. März 2015 abgeschlossen hätte.

Beide Einwände sind nicht zu hören. Bezüglich der Wohnung E. hat die Klägerin nicht geltend gemacht, diese sei objektiv unbewohnbar gewesen. Vielmehr

hat sie nur ausgeführt, sie habe die Wohnung wegen einer Allergie nicht übernommen. Es kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass ein Schimmelpilzbefall zwar gesundheitsgefährdend sein kann, wenn er unbehandelt bleibt. Wird hingegen zeitnah etwas dagegen unternommen, so wird die Tauglichkeit der Mietwohnung durch den Befall nicht ausgeschlossen oder erheblich eingeschränkt (vgl. Art. 258 Abs. 1 und 259b lit. a OR). E. musste als Vermieter nicht für die besonderen Bedürfnisse der Klägerin als Allergikerin einstehen, denn diese bilden einen subjektiven Umstand, während die Mangelhaftigkeit einer Mietsache – besondere Zusicherungen vorbehalten – nach einem objektiven Massstab zu beurteilen ist. Massgebend ist, was der Mieter unter den konkreten Umständen vernünftigerweise erwarten darf (BGE 135 III 345 E. 3.2 = Pra 2009 Nr. 135). Seine besonderen Bedürfnisse sind nur relevant, wenn sie zum Vertragsinhalt gemacht wurden (BGer 4C.291/2000 v. 11.4.2001 E. 4b). Damit war der geschlossene Vergleich, der auf eine Mietzinsminderung im Sinne von Art. 259d OR in Höhe von 50 % des Mietzinses hinauslief, den (im Übrigen unbestrittenen) Hintergründen des Vergleiches durchaus angemessen.

Was die Doppelmiete in der zweiten Hälfte des Monats Februar 2015 angeht, erweist sich die Argumentation des Beklagten 2 als lebensfremd. Er selber macht nicht geltend, dass die Klägerin die Kosten mutwillig verursacht hat, um hinterher Schadenersatz geltend machen zu können. Damals konnte sie gar nicht mit einer erfolversprechenden Klage rechnen, denn die vorne diskutierten Umstände ergaben sich wie erwähnt ganz überwiegend erst nach ihrem Auszug aus der Wohnung an der M.-strasse ( ...). Zur Zeit des Vertragsschlusses mit F. hatte sie daher alles Interesse, die Zusatzkosten zweier einander überlappender Mietverträge zu vermeiden. Dass sie sich auch tatsächlich bemüht hat, solchen unnützen Aufwendungen aus dem Weg zu gehen, zeigt auch ihr Verhalten im Kündigungsschutzverfahren. Dort kritisierte das Gericht in Zusammenhang mit dem Antrag auf Erstreckung ihre Suchbemühungen just in terminlicher Hinsicht: "Aus der Email der Vermieterin geht hervor, dass Sie nur bereit gewesen wären, diese Wohnung ab dem 1. März 2014 zu nehmen. So finden Sie nie eine Wohnung." Darauf antwortete sie: "Ich war bis im März im Ausland, wie hätte ich das machen sollen? Den Urlaub für die Projektarbeit abrechnen? Das geht nicht, ich hätte die

Wohnung nicht drei Monate vor meiner Rückkehr nehmen können". Damit hat die Klägerin aber schon damals unter Beweis gestellt, dass sie nicht einfach gedankenlos Kosten zu verursachen pflegt. Dass die beiden Mietverträge sich zeitlich im geltend gemachten Umfang überschneiden, ist im Übrigen unbestritten und auch belegt. Auch diesen Betrag hat der Beklagte 2 der Klägerin daher zu ersetzen.

2.5.4. Weiter macht die Klägerin die Kosten für Flüge von Y. nach Zürich im Betrag von total Fr. 750.– geltend. Sie habe wegen ihres Sabbaticals in der Zeit zwischen Kündigung und Umzug mehrmals wegen des Verfahrens und der Wohnungssuche zwischen Y. und Zürich hin- und herreisen müssen und verlange den Ersatz der Kosten von drei dieser Flüge. Konkret ordnet sie einen Flug der Schlichtungsverhandlung vom 21. März 2013 zu, einen weiteren der mietgerichtlichen Hauptverhandlung vom 17. Oktober 2013 und einen dritten einer Wohnungsbesichtigung. Der Beklagte 2 bestreitet einen adäquaten Kausalzusammenhang zur Kündigung, da die Kosten auch bei einer Ungültigerklärung der Kündigung entstanden wären. Zudem sei nicht genügend dargelegt worden, wann die Flüge genau stattgefunden hätten und aus welchem Anlass. An der Schlichtungsverhandlung vom 21. März 2013 habe die Klägerin nicht teilgenommen.

In der Tat hat die Klägerin nur für die Flüge zur Schlichtungs- und Hauptverhandlung den genauen Zweck ihrer Reisen angegeben, für den dritten Flug aber lediglich pauschal auf die Wohnungssuche verwiesen, ohne ein konkretes Datum zu nennen. Taugliche Belege für die Kosten insbesondere dieses Fluges hat sie weder offeriert noch eingereicht, obwohl es sie geben müsste, und sei es nur in Form von Belastungsanzeigen eines Finanzinstituts. Die Reisekosten zu einer Schlichtungs- oder Hauptverhandlung gehören sodann gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO zu den Auslagen, die im Rahmen einer Parteientschädigung zu ersetzen wären, also gestützt auf die Vorschriften der ZPO und nicht des OR (KUKO ZPO-SCHMID, Art. 95 N 17). Dass im Schlichtungsverfahren grundsätzlich keine Entschädigungen zugesprochen werden (Art. 113 Abs. 1 ZPO), hätte die Klägerin nicht daran gehindert, die Kosten im mietgerichtlichen Verfahren geltend zu machen (BGE 141 III 20 E. 5.3). Da es sich um Parteikosten handelte, hätte sie

diese allerdings nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ausschliesslich im Rahmen einer Parteientschädigung geltend machen können (BGE 139 III 190 E. 4.4: "Il s'impose de préciser la jurisprudence rapportée ci-dessus relative aux rapports entre le droit de la responsabilité civile et celui de la procédure civile: une action en dommage-interêts séparée ou ultérieure est exclue de manière générale pour tous les frais qui s'incorporent aux dépens d'un procès selon l'art. 95 al. 3 CPC"). Einen Vorbehalt machte das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung für Fälle, wo "das prozessbezogene Verhalten als solches und nicht das im Prozess zu beurteilende Ereignis eine rechtswidrige Handlung darstellt" (BGE 117 II 394 E. 3b). In solchen Fällen bejahte es vor Inkrafttreten der Bundes-ZPO einen vom prozessualen Entschädigungsanspruch unabhängigen zivilrechtlichen Anspruch der betroffenen Partei. Als Beispiele nannte es Schaden aufgrund einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme oder aufgrund einer missbräuchlichen, böswilligen oder gegen Treu und Glauben verstossenden Ausübung von Verfahrensrechten im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen oder eines zivilprozessualen Verfahrens (BGE 117 II 394 E. 3b; vgl. BGE 113 Ia 107 E. 2e; BGE 112 II 35 E. 2). An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht aber in BGE 139 III 190 explizit nicht mehr festgehalten. Zwar hat es die alte Praxis in E. 4.2 erwähnt. Die Präzisierung in E. 4.4 bezog es aber auch (und gerade) auf die Entschädigung für Aufwendungen wegen mutwilliger Prozessführung der Gegenseite, denn die ZPO des Bundes regelt die Entschädigungsfolgen eines solchen Verhaltens explizit (Art. 115 ZPO) und lässt daher keinen Raum für separate zivilrechtliche Ansprüche, wie das Bundesgericht im genannten Entscheid betonte (E. 4.4: "L'art. 115 CPC garantit une réparation au plaideur dont l'adverse partie s'est comportée avec témérité ou mauvaise foi.").

Selbst wenn dem nicht so wäre, liesse sich im vorliegenden Fall höchstens insofern von mutwilliger Prozessführung der damaligen Beklagten im Kündigungsschutzverfahren sprechen, als der vorgeschobene Eigenbedarf das Verfahren als solches überhaupt erst ausgelöst hat. Dabei handelte es sich jedoch um das im Prozess zu beurteilende Ereignis und nicht um ein prozessuales Verschulden im Sinne der zitierten Rechtsprechung. Damit verfügt die Klägerin nicht über einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch. Zulässig wäre die Geltendmachung sol-

cher Kosten einzig auf dem Wege der Revision des Urteils des Mietgerichts vom 23. Oktober 2014 unter den Voraussetzungen von Art. 328 ff. ZPO gewesen. Da sodann der Flug in Zusammenhang mit der Wohnungssuche nicht hinreichend bezeichnet und belegt wurde, ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen.

2.5.5. Weiter macht die Klägerin Kosten von Fr. 150.– für den Beizug eines Experten des Mieterverbandes zur Rückgabe des Mietobjektes geltend. Unabhängig davon, wie sich die Vermieterschaft in der Vergangenheit bei Rückgaben verhielt, erweist sich die Beschaffung professioneller Hilfe bei einer Wohnungsrückgabe ohne weiteres als tunlich, denn dieser Vorgang bildet oft Anlass zu Schlichtungs- und Gerichtsverfahren und mangelnde Sorgfalt in diesem Bereich kann hohe Kosten nach sich ziehen. Daran dass die Zahlung nicht belegt wäre, wie der Beklagte 2 zunächst einwenden liess, hielt er nach dem Hinweis der Klägerin, bei Urk. 49/1 handle es sich um eine Quittung, nicht mehr fest. Damit ist der Beklagte 2 auch zu verpflichten, diese Kosten zu ersetzen, denn sie stehen in Zusammenhang mit dem Umzug, der durch die vertragswidrige Kündigung veranlasst wurde.

2.5.6. Gleiches gilt für die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für die Strassensignalisation vor den Liegenschaften M.-strasse ( ...) und L.-strasse ( ...) während der Umzugsarbeiten im Betrag von je Fr. 107.– ( ). Der Beklagte 2 bezeichnete diese Kosten als nicht nachvollziehbar bzw. als unnötig und berief sich zudem darauf, wegen der Grossbaustelle wäre ein Umzug früher oder später unvermeidlich gewesen. Zum letzten Argument kann auf die Ausführungen betr. Zügeltransportkosten verwiesen werden. Die Signalisation diene zudem der Sicherheit der Strassenbenützer während des Umzugs und war daher zumindest eine nützliche Massnahme, so dass der Beklagte der Klägerin auch diese Kosten zu ersetzen hat.

2.5.7. Schliesslich verlangt die Klägerin den Ersatz für die Mietzinsdifferenz zwischen den beiden Wohnungen an der M.- und L.-strasse für die Dauer vom 1. März bis zum 31. August 2015 im Betrag von total Fr. 6'000.–. Unbestritten ist, dass die Differenz abgerundet Fr. 1'000.– pro Monat beträgt, denn der Mietzins an der L.-strasse beläuft sich auf Fr. 2'750.– pro Monat, der zuletzt gültige an der

M.-strasse ( ... ) belief sich dagegen auf Fr. 1'742.– oder gar nur auf Fr. 1'704.– (so beide Parteien [an der Hauptverhandlung]).

Der Beklagte 2 wandte indessen ein, die Wohnung an der L.-strasse sei wesentlich komfortabler, besser gelegen (insbesondere ruhiger und zentraler), besser ausgestattet und ausserdem neueren Datums als das ehemalige Mietobjekt. Die Klägerin sei auch nicht auf eine 4-Zimmerwohnung angewiesen; vielmehr wäre es ihr ohne weiteres auch zeitlich möglich und zumutbar gewesen, eine billigere Wohnung zu mieten. Noch im Kündigungsschutzverfahren habe sie ausgeführt, sie suche in einem Bereich bis Fr. 2'100.–. Zudem sei ihr im Kündigungsschutzverfahren eine Wohnung im 3. OG angeboten worden, die weniger teuer gewesen wäre als ihre aktuelle Wohnung. Sie habe das Angebot aber wegen des Preises abgelehnt. Weiter habe sie sich auch auf das Inserat für ihre ehemalige Wohnung auf *homegate.ch* nicht gemeldet, obwohl diese Wohnung billiger zu haben gewesen wäre als die aktuelle.

Die Klägerin bestritt einen höheren Komfort ihrer aktuellen Wohnung unter Hinweis auf einen von ihr angefertigten Wohnungsvergleich. Derselbe sei ohnehin irrelevant, denn das Obergericht habe es als notorisch bezeichnet, dass bei langjährigen Mietverhältnissen ein tieferer Mietzins bezahlt werde als bei erst kürzlich abgeschlossenen. ( ... )

Die Einwände des Beklagten in diesem Punkt sind nicht stichhaltig. Mit seinen Argumenten beruft er sich auf die Schadenminderungsobliegenheit der Klägerin sowie auf die Vorteilsanrechnung. Da es sich bei einem allfälligen Mehrwert der Wohnung an der L.-strasse ( ... ) aber um einen aufgezwungenen Vorteil handeln würde, wäre ein solcher nach den einleitenden Erwägungen auch dann nicht relevant, wenn er tatsächlich bestünde (vorn Ziff. IV.1.3, S. 19): Unbestreitbar eilte es der Klägerin Anfang 2015 mit einem Vertragsabschluss, nachdem [der Verwalter] im Namen der Vermieterschaft eine Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. März 2015 hinaus abgelehnt hatte. Die Klägerin begrenzt ihre Differenzforderung zudem explizit auf eine Dauer von sechs Monaten, weil sie sich bewusst ist, dass sie im Rahmen der Schadenminderungsobliegenheit auch gehalten wäre, unter Umständen ein zweites Mal in eine wiederum günstigere Woh-

nung umzuziehen, um sich die Chance auf die Geltendmachung weiterer Mietzinsdifferenzen nicht zu verbauen. Zutreffend ist auch, dass bekanntermassen neu vermietete Wohnungen wesentlich teurer sind als solche, über die ein langjähriges Mietverhältnis besteht. Der von der Klägerin heute für eine 4-Zimmerwohnung bezahlte Preis ist für Zürich nicht ungewöhnlich.

Für eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit ist der Beklagte 2 – im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime (dazu BGE 141 III 569 E. 2.3) – im Übrigen behauptungs- und beweisbelastet. Konkret bezeichnet er nur zwei potentielle Verletzungen. Was das angeblich abgelehnte Angebot der Wohnung im 3. OG während des Kündigungsschutzverfahrens betrifft, hatte die Klägerin aus damaliger Sicht keinen Anlass, auf das im Vergleich zum laufenden Mietvertrag wesentlich schlechtere Angebot einzugehen, zumal die Schlichtungsbehörde die Kündigung der Vermieterschaft als ungültig taxiert hatte – wie man heute weiss materiell zu recht. Dass die im Kündigungsschutzverfahren angebotene Wohnung auch noch Anfang 2015 zur Verfügung gestanden hätte, behauptet auch der Beklagte 2 im Übrigen nicht. Was die Darstellung angeht, die Klägerin habe sich nicht auf das Inserat auf *homegate.ch* gemeldet, widersprach der Beklagte 2 den Angaben der Klägerin zumindest nicht explizit, im Mailverkehr zwischen den Parteien sei die Vermietung irgendeiner Wohnung an die Klägerin ausgeschlossen worden. Mit den heutigen Kenntnissen über die Kündigung gestützt auf einen vorgeschobenen Eigenbedarf war es der Klägerin unabhängig davon nicht zuzumuten, mit dem Beklagten 2 ein neues Mietverhältnis einzugehen. Dass die Klägerin berechtigt war, sich eine gleich grosse Wohnung als Ersatz zu beschaffen, ist offensichtlich. Die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz aus Vertrag umfasst vollen Ersatz und nicht nur einen teilweisen; die Bedürfnisse der Klägerin haben den Beklagten 2 nicht zu kümmern, denn es geht um eine Kompensation für den Bruch seiner vertraglichen Leistungspflicht. Dass die Klägerin die Möglichkeit gehabt hätte, sich vollwertigen Ersatz günstiger zu beschaffen, behauptet der Beklagte 2 nicht konkret. Indirekt räumt er sodann selber ein, dass die Klägerin sehr wohl einen Versuch unternahm, sich günstigen Ersatz zu beschaffen, denn unbestrittenermassen war sie bereit, die Wohnung von E. am



K.-weg in Zürich für Fr. 1'770.– pro Monat zu mieten, was nur am Schimmelpilzbefall der genannten Wohnung scheiterte.

Damit ist auch der Teilbetrag von Fr. 6'000.– geschuldet und der Klägerin zuzusprechen.

( ...)

## **VI. Strafanzeige**

Aus dem vorliegenden Urteil ergibt sich der Verdacht, dass sich der Beklagte 1 und P. der falschen Zeugenaussage im Sinne von Art. 307 StGB schuldig gemacht haben, als sie anlässlich ihrer Einvernahmen vom 10. Juni 2014 behaupteten, sie beabsichtigten nach der Beendigung des Mietverhältnisses mit der Klägerin in deren damalige Wohnung an der M.-strasse ( ...) in Zürich einzuziehen.

Nach Art. 302 Abs. 2 StPO i.V.m. § 167 GOG/ZH sind die Behörden des Kantons Zürich verpflichtet, strafbare Handlungen, die sie bei Ausübung ihrer Amtstätigkeit wahrnehmen, bei den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen. Daher ist das vorliegende Urteil samt Kopien der Akten auch der Geschäftskontrolle der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl zuzustellen.

( ...) "

Aus dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, NG170006-O vom 26. September 2017 (Gerichtsbesetzung: Diggelmann, Stammbach, Higi; Gerichtsschreiber Engler):

" ( ...)

## II.

### 1.

1.1. Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Zu letzterer gehört auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens, weshalb das Gesetz dies nicht eigens erwähnt. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Die Begründung muss so ausführlich sein, dass die Berufungsinstanz sie ohne weiteres verstehen kann. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgetragen werden, und zwar auch in Verfahren, die erstinstanzlich noch der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. dazu auch BGE 138 III 625).

Wird von der Berufung führenden Partei eine genügende Beanstandung vorgebracht, so wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und prüft sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt – sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 m.w.H. sowie ZR 110/2011 Nr. 80). Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sie sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

1.2. Der Beklagte rügt erstens, dass das Bezirksgericht die Gültigkeit der Kündigung nicht mehr hätte prüfen dürfen (sogleich unter Ziffer 2 nachstehend). Zweitens beanstandet er, die Vorinstanz habe über die umstrittene Frage, ob der Kündigungsgrund vorgeschoben gewesen sei, trotz offerierter Beweise kein Beweisverfahren durchgeführt, sondern zu Unrecht die Urkunden im Sinne der Klägerin

antizipiert gewürdigt, obwohl diese Urkunden keine Stütze für die Behauptung der Klägerin seien (sogleich unter Ziffer 4 nachstehend). Nicht (mehr) Gegenstand des Verfahrens sind die einzelnen Schadenpositionen.

2.

2.1. Der Beklagte wendet in grundsätzlicher Weise ein, dass einem Schadenersatzanspruch die rechtskräftig festgestellte Gültigkeit der Kündigung im Verfahren Geschäfts Nr. MB130009 entgegenstehen würde. Die Klägerin habe sich während des gesamten dem vorliegenden Rechtsstreit vorausgegangenen mietgerichtlichen Kündigungsschutzverfahrens auf den Standpunkt gestellt, die Kündigung sei treuwidrig, weshalb sie konsequenterweise das ungünstige Mietgerichtsurteil am Obergericht hätte anfechten müssen. Der Verzicht auf die Berufung gegen das mietgerichtliche Urteil und der in der Folge abgeschlossene Vergleich würden eine Anerkennung der Kündigung beinhalten. Die rechtenschutzversicherte Klägerin hätte das Urteil des Mietgerichts ohne Weiteres anfechten können, wenn sie gewollt hätte. Selbst die Vorinstanz habe ausgeführt, dass eine Berufung gegen das mietgerichtliche Urteil nicht chancenlos gewesen wäre.

Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach eine Revision des Urteils vom 23. Oktober 2014 für die Klägerin nicht zumutbar sei, weil durch die angesprochene Massnahme eine doppelte Belastung mit Mietkosten drohe, überzeuge im Übrigen nicht. Die Klägerin hätte nämlich den doppelten Mietzins als Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten geltend machen können. Mit dem Nachmieter der streitgegenständlichen Wohnung sei sodann ein befristeter Mietvertrag abgeschlossen worden, weshalb ein Erfüllungsanspruch entgegen den Ausführungen des Mietgerichts im Urteil vom 23. Oktober 2014 in absehbarer Zeit durchsetzbar wäre. Es gelte somit der Grundsatz, ohne Revision keine Schadenersatzklage.

2.2. Mit der Revision wird die erneute Durchführung eines abgeschlossenen Prozesses aufgrund eines verbesserten Sachverhaltes bezweckt. Die neuen Tatsachen, die Anstoss zu einem Revisionsverfahren geben, müssen bei der Fällung des zu revidierenden Entscheides schon bestanden haben, weil die Revision den Zweck hat, das Urteil mit dem im Zeitpunkt seiner Fällung bestehenden, aber erst

hinterher erkannten wirklichen Sachverhalt in Einklang zu bringen. Das Mietgericht Zürich erklärte mit Urteil vom 23. Oktober 2014 die Kündigung vom 18. Januar 2013 als nicht gegen Treu und Glauben verstossend und damit als gültig. Eine gültige Kündigung bewirkt die Auflösung des Mietverhältnisses. Revision bedeutet erneute Anfechtbarkeit der gültigen Kündigung, so dass deren Wirkungen auf dem Weg einer Gestaltungsklage vernichtet werden können (BSK OR I-WEBER, 6. Aufl., Art. 271/271a N 1a). Die Kündigung als Willenserklärung wird nachträglich aufgehoben, und es entfallen die mit ihr beabsichtigten vertragsauflösende Wirkung. Das Mietverhältnis zwischen den Parteien besteht dann daher inhaltlich unverändert weiter (ZK OR-HIGI, Art. 271 N 92). Es blieb unbestritten, dass der zur streitgegenständlichen Wohnung im 4. Obergeschoss der Liegenschaft M.-strasse ( ... ) Zürich, gehörende Werkstattraum unbefristet weitervermietet wurde. Das Mietverhältnis zwischen den Parteien kann damit von vornherein nicht mehr inhaltlich unverändert weiter bestehen. Die erneute Überlassung der Wohnung zum althergebrachten Inhalt ist nicht mehr möglich. Ein Erfüllungsanspruch, um den es vorliegend gar nicht mehr gehen kann, ist damit nicht durchsetzbar. Die Revision als Rechtsbehelf scheidet aus.

2.3.1. Der Mieter schuldet dem Vermieter, dem er durch sein Verschulden Anlass zur vorzeitigen Auflösung des Mietverhältnisses gegeben hat, nach einhelliger Ansicht Ersatz des verursachten Schadens (BGer 4A\_22/2009 vom 17. März 2009, Erw. 2; BGE 127 III 548 Erw. 5 S. 552, je mit Hinweisen; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 257d N 13). Umgekehrt stellt die treuwidrige Kündigung des Vermieters nach der Literatur eine Vertragsverletzung dar, die an sich einen Schadenersatzanspruch des Mieters auslösen kann (ZK OR-HIGI, Art. 271 N 98 ff.; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 271/271a N 34)

Gemäss Art. 266a OR können die Parteien das unbefristete Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine kündigen, sofern sie keine längere Frist oder keinen anderen Termin vereinbart haben. Im Grundsatz gilt daher, dass eine Kündigung gültig ist. Nach der Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR ist eine (gültige) Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Die Treuwidrigkeit einer gültigen Kündigung zieht

damit nach dem Gesetzeswortlaut keine direkte Rechtsfolge nach sich: Art. 271 Abs. 1 und Art. 271a OR erklären die treuwidrige Kündigung lediglich anfechtbar (ZK OR-HIGI, Art. 271 N 88). Im Anfechtungsverfahren wird demzufolge geprüft, ob eine Kündigung im Zeitpunkt ihrer Erklärung gegen Treu und Glauben verstossen hat. Dazu ist festzuhalten, dass Art. 273 Abs. 1 OR – im dritten Abschnitt des Mietrechts über den "Kündigungsschutz" bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 271 ff. OR) stehend – bestimmt, dass die Partei, die eine Kündigung anfechten will, dies innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde tun muss. Im Säumnis- oder Unterlassungsfall wird das Recht, die Kündigung wegen Treuwidrigkeit durch richterliches Gestaltungsurteil ungültig erklären bzw. aufheben zu lassen, verwirkt. Ohne Anfechtung bleibt deshalb eine formal gültige, aber inhaltlich unkorrekte, weil treuwidrige Kündigung stets gültig.

Die Unterlassung der Anfechtung ändert hingegen nichts an der Treuwidrigkeit des Verhaltens der kündigenden Partei. Die Treuwidrigkeit ist materiellrechtliche *Voraussetzung* der erfolgreichen Anfechtung, nicht deren *Folge*. In anderen Worten formuliert, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, dass der Mieter durch Unterlassung der innert 30 Tagen einzureichenden Anfechtungsklage einen allfälligen Schadenersatzanspruch in jedem Fall verwirkt. Ein Verzicht auf die Anfechtung einer Kündigung (und die Rückgabe des Mietobjektes) bedeutet zwar in der Regel (sinngemässe) Anerkennung der gekündigten Partei, die Kündigung sei nicht treuwidrig (ZK OR-HIGI, Art. 271 N 100). Zwingend ist dies jedoch nicht.

Im Anfechtungsverfahren wird nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung geprüft, ob ernsthafte, nach den Umständen einleuchtende Gründe des Vermieters oder seiner nahen Verwandten oder Verschwägerten, die Sache selbst zu beanspruchen, vorliegen. Kann der Kündigende ( ... ) ernsthafte, rasonable Gründe für den geltend gemachten Eigenbedarf angeben und damit im Anfechtungsprozess den Eigenbedarf glaubhaft machen, so bleibt die Kündigung gültig.

2.3.2. Im von der Klägerin angestregten Anfechtungsprozess, in welchem auch Beweisverhandlungen mit Augenschein, Parteibefragungen und Zeugeneinvernahmen durchgeführt worden waren, verneinte das Mietgericht Zürich mit Urteil

vom 23. Oktober 2014 die Treuwidrigkeit der Kündigung. Das Mietgericht stellte für seine Beurteilung massgeblich auf die Zeugenaussagen des Sohnes des Beklagten [urspr. Beklagter 1] und auf diejenigen von dessen Lebenspartnerin P. ab. Es hielt fest: "Insgesamt gelang es den Klägern [Vermietern], den Kündigungsgrund Eigenbedarf für ihren Sohn ( ...) und seine Lebenspartnerin ( ...) glaubhaft zu machen. Dass sich nicht jedermann auch so entscheiden würde, zumal die Wohnung an der N.-strasse ( ...) gesamt grosszügiger und moderner wirkt und auch kinderfreundlicher sein mag, ändert die Beklagte [die Mieterin] den Beweis, dass der Kündigungsgrund Eigenbedarf vorgeschoben und die Kündigung damit missbräuchlich sei, nicht erbringen. Die Kündigung vom 18. Januar 2013 verstösst daher nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben."

Das Mietgericht hielt damit in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben fest, dass die Kündigungsbegründung "Eigenbedarf" glaubhaft ist. Die (heutige) Klägerin konnte – und hatte – auf die Begründung des Urteils zu vertrauen, wonach insgesamt kein Anlass dafür bestand, die Kündigung für ungültig zu erklären. Ein Rechtsfehler war in der Urteilsbegründung nicht auszumachen. Entgegen dem Beklagten bedeutete der Verzicht auf eine Anfechtung keine rechtsgeschäftliche Willensäusserung, die eine Anerkennung der Kündigung zum Inhalt hätte. Der Beklagte erklärt im Übrigen nicht, weshalb eine Berufung gegen das mietgerichtliche Urteil chancenreich gewesen wäre. Die Klägerin begründete demgegenüber bereits vor Mietgericht, weshalb aus damaliger Sicht ein Weiterzug als zu grosses Prozessrisiko angesehen wurde. Der Ausgang des (damaligen) mietgerichtlichen Verfahrens hing massgeblich von der Würdigung der Zeugenaussagen ab. Der Würdigung von Zeugenaussagen ist ein Ermessen des Gerichts inhärent, weil es um Gewichtung verschiedener Wahrnehmungen und Kriterien geht. Es wäre vom Beklagten zu erwarten gewesen, im von der Klägerin angestregten Schadenersatzprozess nun aufzuzeigen, inwiefern das Obergericht damals zu einer anderen Gewichtung der Zeugenaussagen veranlasst gewesen wäre, so dass eine Berufung der Klägerin gegen das umsichtig ergangene mietgerichtliche Urteil mutmasslich erfolversprechend gewesen wäre.

2.4. Vom Anfechtungsverfahren ist der vorliegende Schadenersatzprozess zu unterscheiden. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei Eigenbedarfskündigungen, denen eine Erstreckung folgt, oft erst die Zukunft verlässlich zeigen kann, ob der im Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung angegebene Kündigungsgrund einen realen Hintergrund hatte oder als vorgeschoben qualifiziert werden muss. Wird der Einzugswunsch nicht in die Tat umgesetzt (und kann die mittlerweile fehlende Eigennutzung auch nicht mit objektiven geänderten Verhältnissen während der Erstreckungsdauer erklärt werden) wird möglicherweise das Vorschieben des geltend gemachten Eigenbedarfs erkennbar: Die Voraussetzungen für eine Schadenersatzforderung sind dann gegeben, wenn die Treuwidrigkeit der Kündigung erst im nachhinein entdeckt wurde (ZK OR-H1GI, Art. 271 N 102, 104). Die Tatsachen, die den sicher(er)en Schluss auf den nur vorgeschobenen Eigenbedarf zulassen, ereigneten sich nach Auszug aus der Wohnung. Im Schadenersatzprozess wird demzufolge geprüft, ob das Vertrauen der Kündigungsempfängerin in eine als ernsthaft beurteilte Eigenbedarfskündigung enttäuscht wurde oder nicht. Diese Prüfung erfolgt ungeachtet dessen, ob die Kündigung angefochten wurde oder nicht, so dass der Beklagte insofern aus dem Nichtweiterzug des Mietgerichtsurteils vom 23. Oktober 2014 nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Es bleibt das Beweisergebnis aus dem Anfechtungsprozess dasselbe; es erscheint aber durch das Verhalten des Beklagten bzw. dessen Familie nach der Kündigung bzw. nach Auszug der Klägerin aus der Wohnung in einem anderen Licht.

Erweist sich der Kündigungsgrund im Nachhinein als vorgeschoben und damit als treuwidrig, liegt eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 OR vor.

Da somit zwei verschiedene Streitfragen eines Lebenssachverhaltes zu beurteilen sind, kann der Beklagte der Klägerin die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegenhalten; das Urteil des Mietgerichts vom 23. Oktober 2014 bindet das Gericht im vorliegenden Prozess nicht. Auf die Klage ist einzutreten (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO).

3.

Vor dem Hintergrund des abschlägigen mietgerichtlichen Entscheides unterzeichnete die Klägerin am 11./14. November 2014 (und noch während laufender Rechtsmittelfrist) den Vergleich mit dem Betreff *Kündigungsschutz / Anfechtung*. Inhaltlich hatte der Vergleich (allein) die Erstreckung des Mietverhältnisses zum Inhalt. Die Vereinbarung ersetzte das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 23. Oktober 2014 nicht, mit Ausnahme von dessen Ziffer 2. Diesbezüglich einigten sich Vermieter und Mieterin dahingehend, das Mietverhältnis in Abweichung vom Urteil letztmalig und definitiv bis 31. März 2015 zu erstrecken, wobei der Klägerin das Recht zugestanden wurde, vor diesem Zeitpunkt auf jedes Monatsende auszuziehen. Darüber hinaus hat die Vereinbarung keine Bedeutung.

Entgegen dem Beklagten kann damit in der Vereinbarung trotz Betreff Kündigungsschutz / Anfechtung kein (sinngemässer) Aufhebungsvertrag gesehen werden, der einem Schadenersatzanspruch entgegenstehen würde. Der Beklagte hielt fest, die Gegenseite habe ihm den Abschluss einer aussergerichtlichen Vereinbarung vorgeschlagen. Er bzw. der Rechtsvertreter habe eingelenkt, weil realistisch gewesen sei, dass ein Weiterzug ca. sechs Monate dauern würde. Erst vor Obergericht, und damit verspätet (Art. 317 ZPO), erklärte er, es sei darum gegangen, eine mit einem möglichen Rechtsmittelverfahren einhergehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen bzw. eine einvernehmliche Lösung anzustreben. Das bleibt daher unbeachtlich.

Selbst wenn diese sinngemäss Darstellung einer Art "Saldovereinbarung" zu berücksichtigen wäre, weil sie rechtzeitig erfolgt wäre, liesse sie sich nicht mit den übrigen Akten und dem daraus gewonnen Bild in Einklang bringen. Auch der Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin den geltend gemachten Eigenbedarf immer angezweifelt hat und bis zuletzt Interesse an der Weiternutzung der Wohnung zeigte. Der Vergleich wurde zudem vor dem Hintergrund der Erstreckungsdauer gemäss Urteil vom 23. Oktober 2014 abgeschlossen. Das Mietverhältnis wurde mit der Kündigung vom 18. Januar 2013 grundsätzlich per 30. Juni 2013 beendet. Das Mietgericht erstreckte dann das Mietverhältnis einmalig und definitiv bis zum 30. September 2014. Die Erstreckungsfrist war aber damit im Zeitpunkt



des Urteils vom 23. Oktober 2014 bereits abgelaufen. Um Zeit für den Auszug aus der Wohnung zu gewinnen, wurde der Vergleich abgeschlossen und das Mietverhältnis bis 31. März 2015 erstreckt. Die Klägerin betrieb (für sich selbst) Schadenminderung. Im Vergleich vom 11./14. November 2014 kann daher nicht eine Art Aufhebungsvertrag gesehen werden (vgl. act. 68 S. 11 oben), der einen Schadenersatzanspruch von vornherein ausschliessen würde.

4.

4.1. Der Beklagte macht Verletzung des Rechts auf Beweis geltend. Das Mietgericht habe die angebotenen Beweismittel nicht abgenommen für seine Darstellung, der Eigenbedarf sei erst nachträglich weggefallen, habe aber im Zeitpunkt der Kündigung sehr wohl bestanden. Zudem habe das Mietgericht auch nicht begründet, weshalb es zur antizipierten Beweiswürdigung hätte berechtigt sein sollen.

4.2. Die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessende grundsätzliche Pflicht des Gerichts zur Begründung des Entscheides bedeutet, dass dieser so begründet sein muss, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt.

4.3. Der Beweisanspruch, gemäss dem der Richter rechtzeitig und formrichtig angebotene taugliche Beweismittel abnehmen muss, ist in Art. 152 Abs. 1 ZPO geregelt. Die Parteien haben indes keinen voraussetzungslosen Anspruch auf Beweisabnahme. Art. 152 Abs. 1 ZPO erwähnt ausdrücklich, dass die angebotenen Beweismittel tauglich sein müssen. Das Tatbestandsmerkmal der Tauglichkeit steht in Zusammenhang mit der vorweggenommenen (oder antizipierten) Beweiswürdigung. Das Gericht kann einen Beweismittelantrag ablehnen und von einer Beweismittelerhebung absehen, wenn es seine Überzeugung bereits aus den unbestritten gebliebenen Vorbringen der Parteien (oder anderen Beweismitteln) gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgebli-

chen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermögen. Dazu passt Art. 157 ZPO, wonach sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise bildet.

Es trifft zu, dass das Mietgericht nicht begründete, weshalb es trotz angebotener Beweise von einem Beweisverfahren absah. Es ergibt sich aber aus dem Entscheid, dass das Mietgericht aufgrund der eigenen Vorbringen des Beklagten und den unbestrittenen Sachumständen zur Überzeugung gelangte, dass zum Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung kein Eigenbedarf bestanden hatte, und diese Meinung des Mietgerichts durch die Abnahme offerierter Beweismittel nicht mehr hätte beeinflusst werden können. Die Begründung des Entscheides zeigt implizit auf, weshalb das Mietgericht den nicht abgenommenen Beweismitteln die Erheblichkeit absprach. Unter dem Aspekt der Wahrung des rechtlichen Gehörs ist der Entscheid des Mietgerichts damit nicht zu kritisieren. Im Einzelnen:

4.4.1. Der Beklagte lässt (eventualiter) ausführen, selbst wenn sein Sohn und dessen Partnerin bereits im Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung kein Interesse am Einzug in die Wohnung gehabt hätten, hätte ihm dies als Vermieter nicht angelastet werden dürfen, weil er davon nichts gewusst habe. Das Mietgericht begründete, weshalb dem Beklagten die Handlungen seines Sohnes im Zusammenhang mit der Kündigung des Mietvertrages und in der Zeit danach zuzurechnen seien, und sah von der offerierten persönlichen Befragung des Beklagten ab.

4.4.2. Die Frage, ob der Beklagte und seine inzwischen verstorbene Ehefrau T. Kenntnis vom streitgegenständlichen (angeblich treuwidrigen) Verhalten ihres Sohnes hatten, stellt keine rechtserhebliche Tatsache dar, über die Beweis geführt werden müsste. Der Beklagte muss sich das Verhalten seines Sohnes aus folgenden Gründen anrechnen lassen.

Der Sohn des Beklagten führte als Zeuge im Kündigungsschutzverfahren aus, er vertrete seine Eltern bei der Verwaltung der Liegenschaft, er habe vorgängig das (d.h. die Vertretungstätigkeit) mit seinen Eltern besprochen und auch die Kündigung der Wohnung der Klägerin sei im Einverständnis der Eltern erfolgt.

Diese Ausführungen blieben unbestritten und darauf hat das Mietgericht abgestellt. Richtig hat es dabei auf die Wissensvertretung hingewiesen und deren Folge, dass sich der Beklagte das Wissen seines Sohnes anrechnen lassen muss. Ebenso hat es ergänzend auf die Hilfspersonenhaftung hingewiesen.

Nach Art. 101 Abs. 1 OR hat derjenige (der Beklagte), welcher die Erfüllung einer Schuldpflicht (z.B. hier die Verwaltung) oder die Ausübung eines Rechts aus einem Schuldverhältnis (hier z.B. das Kündigungsrecht) durch eine Hilfsperson (den Sohn) vornehmen lässt, dem Vertragspartner (der Klägerin) den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen in vertragswidriger Weise verursacht. Die Haftungsbestimmung des Art. 101 OR beruht auf dem Gedanken, wer Hilfspersonen beiziehe, um eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen, der müsse sich das Verhalten und das Wissen der Hilfsperson wie sein eigenes anrechnen lassen. Massgebend ist somit, ob der Geschäftsherr (der Beklagte), wenn er die von der Hilfsperson (Sohn) begangene (angebliche) vertragsverletzende Handlung selber vorgenommen hätte, dafür vertraglich haften würde. Als Befreiungsmöglichkeit steht dem Beklagten im Anwendungsbereich von Art. 101 OR der Nachweis offen, dass ihm, hätte er anstelle der Hilfsperson wie die Hilfsperson gehandelt, kein Verschulden hätte vorgeworfen werden können.

4.4.3. Der Beklagte übernahm (wie auch die Klägerin) vertraglich die Pflicht, sich nicht treuwidrig zu verhalten (Art. 256, 271 OR). Dass der Beklagte mit seinem Sohn für die streitgegenständliche Kündigung eine Hilfsperson zugezogen hat, ist unerheblich. Der Klägerin dürfen keine Nachteile daraus erwachsen, dass ihr Vertragspartner (der Beklagte) seine Rechte und Pflichten nicht in eigener Person erfüllte. Aus diesem Grund muss das Verhalten des Sohnes gewürdigt werden. Lässt sich erstellen, dass die Kündigung im Zeitpunkt ihrer Mitteilung gemäss Gesetz und Rechtsprechung als nur vorgeschoben anzusehen ist, muss sich der Beklagte das Verhalten und Wissen seines Sohnes wie sein eigenes anrechnen lassen. Eine Befreiungsmöglichkeit für den Beklagten gibt es dann nicht mehr. Eine Eigenbedarfskündigung unter solchen Vorzeichen erfolgte schuldhaft.

4.5. In Bezug auf die nicht abgenommenen Beweismittel liegt antizipierte Beweiswürdigung vor. Es ist im Folgenden anhand der Beanstandungen des Beklag-

ten zu prüfen, ob der Vorwurf der Verletzung des Beweisführungsanspruchs zutrifft (...).

4.5.1. Der Beklagte macht im Berufungsverfahren geltend, aufgrund der ungewissen Bausituation auf dem Nachbargrundstück sei es nachvollziehbar, dass ein längerfristiger Einzug in eine Wohnung wenig Sinn mache, wenn damit zu rechnen sei, dass zeitnah wieder ausgezogen werden müsse. Selbst wenn das Gebäude M.-s t r a s s i m Rahmen des Umbauprojektes der Z.-Schule nicht abgebrochen werden würde, sei es für den Sohn unzumutbar, während mehreren Jahren unmittelbar an einer Grossbaustelle wohnen zu müssen, dies mit einem Kleinkind. In der Stellungnahme zur Berufungsantwort der Klägerin vom 28. August 2017 bestätigt der Beklagte, es sei zwar korrekt, dass der Erweiterungsbau zwischenzeitlich aufgegeben worden sei; gemäss den aktuellen Plänen werde aber eine Totalsanierung an der die Liegenschaft (M.-S t r a s s) unmittelbar umgebenden Z.-Schule (innen und aussen) vorgenommen. Aufgrund der anstehenden Grossbaustelle und der damit verbundenen Unannehmlichkeiten sei ein Umzug des Sohnes des Beklagten mit seiner Familie verschoben und mit der Mieterschaft der streitgegenständlichen Wohnung eine befristete Verlängerung des Mietvertrages bis zum 31. März 2018 vereinbart worden. Der Beklagte offeriert für die Behauptung einer bevorstehenden Grossbaustelle bzw. für die damit verbundene Ungewissheit der Belastung nebst seinem Sohn die Zeugen (...).

4.5.2. a) Es trifft zu, dass das hier zur Anwendung gelangende vereinfachte Verfahren (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO) gekennzeichnet ist durch geringere Anforderungen an Parteieingaben, regelmässig fehlende zweite Schriftenwechsel und stattdessen vorherrschende Mündlichkeit. Die richterliche Fragepflicht ist im vereinfachten Verfahren verstärkt. Der Richter hat eine höhere Mitwirkungspflicht als in Verfahren, die allein durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime bestimmt sind. Das Gericht hat in diesem Sinne darauf hinzuwirken, dass die Parteien erkennbar lückenhafte oder sonst wie ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Im vorliegenden Fall haben die Parteien die relevanten Behauptungen und Beweismittel vorbringen können. Etwas anderes wurde zu Recht nicht geltend gemacht. Den

Sachverhalt von Amtes wegen abklären muss das Gericht nicht. Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

b) Es erfolgte bis heute kein Bezug der Wohnung durch den Sohn des Beklagten und dessen Familie.

4.5.3. a) Der Eigenbedarf muss zum Zeitpunkt der Kündigung vorliegen. Ist der Eigenbedarf erst nachträglich weggefallen, so liegt – von Ausnahmen abgesehen – keine Vertragsverletzung des Vermieters vor. Traf der Eigenbedarf bereits im Zeitpunkt der Kündigungserklärung nicht zu, so ist von einer Vertragsverletzung des Vermieters auszugehen. Der Beklagte stellte sich im Prozess auf den Standpunkt, der Eigenbedarf sei nachträglich weggefallen.

b) Der Beklagte wirft dem Mietgericht vor, der Entscheid basiere auf Unterstellungen und Mutmassungen. Dies trifft nicht zu. In grundsätzlicher Hinsicht kann zunächst auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz hingewiesen werden. Auch die Einwände des Beklagten im Berufungsprozess können am Ergebnis des vorinstanzlichen Urteils nichts ändern.

Das Mietgericht stützte sich für seine Entscheidungsfindung auf Dokumente und Vorfälle, die vom Beklagten nicht in Zweifel gezogen, allerdings von ihm anders interpretiert werden. Zu vergegenwärtigen ist, dass mangels Nachprüfbarkeit des Nutzungswillens im Zeitpunkt der Kündigungserklärung, es für den Mieter erst nach seinem Auszug erkennbar wird, dass der Eigenbedarf möglicherweise nur vorgeschoben ist. Da es sich bei der Absicht des Vermieters, die Wohnung selbst zu nutzen, um einen inneren Vorgang handelt, liegt es in der Natur der Sache, dass neben Dokumenten, Darstellungen der Mietvertragsparteien etc. auch aufgrund von Indizien auf die Absicht des Vermieters im Zeitpunkt der Kündigung zu schliessen ist. Diese Indizien einzuordnen und zu würdigen sind keine Unterstellungen oder Mutmassungen des Gerichts, sondern stellt ureigene Arbeit des Gerichts im Rahmen der freien Beweiswürdigung dar.

Der Beklagte offeriert Zeugen. Die Aussagen der Zeugen, auf welche das Mietgericht in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet hatte, wären zu würdigen im Kontext der bisher gemachten Aussagen, vor allem mit den Aussagen, die der

Sohn des Beklagten und dessen Lebenspartnerin im Kündigungsschutzverfahren gemacht hatten. Ein wichtiges Kriterium bei der Würdigung von Aussagen ist stets, wie gut sie sich mit den Tatsachen vereinbaren lassen, die unzweifelhaft feststehen. Angelpunkt ist das Schreiben des Sohnes des Beklagten und dessen Partnerin vom 7. Juni 2015.

Der Sohn des Beklagten und seine Lebenspartnerin P. gaben mit Schreiben vom 7. Juni 2015 auf die Frage der klägerischen Rechtsvertreterin für den Verzicht auf die streitgegenständliche Wohnung an, dass sie seit 4 Jahren zusammen mit Familie und Externen die Eltern (Schwiegereltern) in deren zu Hause an der J.-strasse in Zürich pflegen. Der Pflegeaufwand habe sich während des genannten Zeitraumes stetig erhöht. Die Gesamtbelastung aus Pflege, Familie, Beruf und Projekten hätten ihn, den Sohn, immer weiter an seine physischen und psychischen Grenzen gebracht. Seine, des Sohnes, Mutter sei am 24. Mai 2015 zu Hause verstorben. Die zusätzliche Belastung durch einen Wohnungswechsel würde ihnen als Tropfen erscheinen, der das Fass zum Überlaufen bringe. Aus diesem Grund habe sich die Eigentümerschaft – gemeint ist der Beklagte – entschlossen, die Wohnung an der M.-strasse ( ... ) zur Zwischenvermietung auszu-schreiben.

Ferner erklärten der Sohn des Beklagten und seine Lebenspartnerin im besagten Schreiben vom 7. Juni 2017 abschliessend den Verzicht auf die Wohnung wie folgt: "Zudem möchten wir uns erlauben mitzuteilen, dass gemäss Auskunft [der zuständigen Behörde] von Anfang dieses Jahres [die Z.-Schule] eine umfassende Erweiterung der Nachbarparzelle plant, was uns vorher nicht bekannt war. In diesem Zusammenhang ist seitens [der zuständigen Behörde] anscheinend ein Projekt mit Einbezug der Liegenschaft M.-strasse (...) in Planung. Sollte dieses Projekt umgesetzt werden, sehen wir für uns an der M.-strasse (...) wohl keine Zukunft mehr. Solange die weitere Entwicklung auf dem Areal der Z.-Schule und somit die Auswirkungen auf die Liegenschaft M.-strasse (...) nicht abschliessend geklärt sind, ist ein Umzug für uns als Familie einstweilen nicht zumutbar".

c) Entgegen dem Beklagten findet sich hier ein Haupt- und Nebengrund für den Verzicht auf die Wohnung. Der Sohn und seine Partnerin erklären, dass der

Hauptgrund für den Verzicht auf die Wohnung die immer beschwerlicher gewordene Pflege der Eltern sei. Auslösender Faktor für den Verzicht auf die Wohnung ist nach ihrer Darstellung der Pflegeaufwand ("Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt").

Wer Eltern umsorgt und betreut, übernimmt eine anspruchsvolle und zeitintensive Aufgabe und Verantwortung. Die Mutter T. starb ( ...zu Hause am 24. Mai 2015, und der Sohn hat die Mutter auf ihrem Weg begleitet. Wer neben dieser schwierigen Aufgabe seinen alltäglichen Verpflichtungen nachkommen will, gerät unter Umständen an seine Grenzen. Der nun im Schadenersatzprozess erstmals behauptete Pflegeaufwand, welcher den Sohn und seine Familie im Jahre 2015 dermassen an ihre Grenzen brachte, dass sie einen Wohnungswechsel innerhalb des gleichen Stadtquartiers nicht mehr bewältigen konnten, ist aufgrund der Akten unwahrscheinlich. Die Eltern leben bzw. haben immer, zumindest was den streitgegenständlichen Zeitraum anbelangt, in [Zürich-...] (Postleitzahl 80[yy]) gelebt, auf der gegenüber liegenden Seite der Stadt Zürich. Ein Umzug des Sohnes in die Wohnung an der M.-strasse (...) hätte daran nichts geändert. Die Pflege und Sorge der Eltern war damit für den Sohn immer schon mit Fahrten durch die ganze Stadt verbunden. Die Pflege der Eltern dauerte zudem seit Jahren an. Bereits im Zeitpunkt der Kündigung im Januar 2013 waren die Eltern pflegebedürftig. Im Zeitpunkt der Einvernahme des Sohnes ( ...) und seiner Lebenspartnerin als Zeugen im Kündigungsschutzverfahren im Juni 2014 waren sie bereits 3 Jahre pflegebedürftig. Im Kündigungsschutzverfahren waren aber die pflegebedürftigen Eltern kein Thema, obwohl das Familien- und Privatleben Gegenstand der Beweisaufnahme war. Noch für den Zeitpunkt Februar 2015 hält der Beklagte (im Berufungsverfahren) fest, dass die Absicht zum Einzug in das streitgegenständliche Mietobjekt an der M.-strasse (...) vorhanden gewesen sei. 4 Monate später wird die Pflegeunterstützung als Hauptgrund für den Wohnungsverzicht angegeben. Bei dieser Aktenlage kann der Beweis der – stetig grösseren – Pflegeleistungen als neu hinzugetretene Tatsache für den nachträglichen Wegfall des Kündigungsgrundes nicht gelingen, denn die entsprechende Behauptung vermag schlicht nicht zu überzeugen, weder unter dem Aspekt des zeitlichen Verlaufs noch nach

der allgemeinen Lebenserfahrung noch unter dem Gesichtspunkt gedanklicher Folgerichtigkeit.

d) Die Formulierung im Schreiben vom 7. Juni 2015 ergibt, dass das geplante Projekt auf der Nachbarparzelle eine zusätzliche, aber untergeordnete Begründung für den Verzicht auf die Wohnung ist. Das Bauprojekt in der unmittelbaren Nachbarschaft ist entgegen dem Beklagten nicht der eigentliche Grund für den Nichtbezug der Wohnung. Die Darstellung bleibt bezüglich des Projektes auf dem Nachbargrundstück vielmehr sehr vage angesichts dessen, dass eigenen Angaben des Sohnes des Beklagten zufolge dieser am 26. Januar 2015 an einer Informationsveranstaltung über das sehr grosse Bauvorhaben des Kantons auf der Nachbarliegenschaft teilgenommen hatte. Es wäre zu erwarten, dass ein auf dem Nachbargrundstück geplantes Bauprojekt der öffentlichen Hand von einer derartigen Dimension (es ist die Rede von einem 100 Mio. Erweiterungsbau der Z.-Schule), welches am 7. Juni 2015 dem Beklagten bekannt war, sofort als das bezeichnet würde, was es ist: Der eigentliche (neu hinzu gekommene) Hinderungsgrund für den Wohnungsbezug. Eine solche klare und unmissverständliche Äusserung liegt nicht vor.

Das Mietgericht zog den kurzen E-Mail Verkehr von Januar 2015 zwischen der Klägerin und [dem zuständigen Verwalter der Q.-Immobilien] als Hilfstatsache bei zur Untermauerung seiner Überlegung, dass eben nicht die Bauarbeiten als dem angeblich sprichwörtlichen Tropfen, der das Fass zum Überlaufen gebracht haben soll, die entscheidende Rolle gespielt hatten. Es ist richtig, dass keine Pflicht bestand, der Klägerin im Januar 2015 eine zusätzliche Erstreckung zu gewähren. Das Mietgericht hat dies aber nicht erwogen, sondern diesbezüglich lediglich festgehalten, dass die Reaktion [des Verwalters] bzw. des Sohnes (des Beklagten) auf die Anfrage der – als Lehrerin an der Z.-Schule mutmasslich gut informierten – Klägerin vom 12. Januar 2015 äusserst ungewöhnlich sei für jemanden, der sich angeblich mit der Absicht trägt, in eine Wohnung zu zügeln, und der überraschend erfährt, dass in der Nachbarschaft eine Grossbaustelle droht. Ein solches Verhalten, so die Vorinstanz, passe besser zu jemanden, der persönlich von der projektierten Grossbaustelle gar nicht betroffen sei: Die Klägerin frag-



te im Mail vom 12. Januar 2015, ob der bevorstehende geplante 100 Mio.-Erweiterungsbau auf der Nachbarparzelle allenfalls eine Verlängerung des Mietvertrages über den im Vergleich vom 11./14. November 2014 vorgesehenen Endtermin Ende März 2015 hinaus möglich mache. [Der Verwalter] teilte der Klägerin in seiner Antwort vom 13. Januar 2015 kurz angebunden mit, dem Beklagten 1 (dem Sohn) sei vom Bauvorhaben nichts bekannt, das Mietverhältnis könne nicht über den 31. März 2015 hinaus verlängert werden.

Dass das Mietgericht bei diesen Verhältnissen davon ausging, die Bauarbeiten hätten neben dem Pflegeaufwand keine relevante Rolle für den Wohnungsverzicht gespielt, ist sachlich somit durchaus vertretbar. Das Mietgericht durfte daher auf die vom Beklagten offerierten Beweise verzichten. Die entsprechende Rüge des Beklagten im Berufungsverfahren ist unbegründet.

4.5.4. a) Es ist dem Beklagten zuzustimmen, dass die Präferenzen unterschiedlich sind, was Lage und Ausstattung von Wohnungen betrifft. Allein die Tatsache, dass die M.-strasse (...) eine Altliegenschaft ist, ohne Lift und ohne Stauraum im Eingangsbereich für Fahrräder, Kinderwagen etc., die Waschküche im Keller und nicht mehr auf der selben Etage ist, und somit nicht jede Familie sich für eine Wohnung im 4. Obergeschoss eines solchen Hauses entscheiden würde, ist vorliegend nicht a priori ein Indiz für vorgeschobenen Eigenbedarf. Die M.-strasse (...) ist immerhin in Familienbesitz, und es würde dem Sohn des Beklagten und seiner Familie (mutmasslich) ein Garten zur Alleinbenützung zustehen. Das Holzhäuschen im Garten könnte u.a. als Kinderwagenabstellplatz dienen, und mit dem Estrich oberhalb der Wohnung ist Stauraum zur Verfügung gestellt. Die Miete der Wohnung im 4. Obergeschoss hätte auch die Miete eines Werkstatttraums im Erdgeschoss umfasst, wobei der Werkstattraum auch separat gemietet werden kann. Der Sohn des Beklagten und seine Partnerin bezeichneten im Kündigungsschutzverfahren den Werkstattraum, auch Atelierraum genannt, als massgebend für den Einzug in die Liegenschaft M.-strasse (...). P., die Lebenspartnerin des Sohnes, führte einerseits das Anliegen "Einheit von Wohnen und Arbeiten" an, indem sie erklärte, dass sie von zu Hause aus arbeiten wolle und sich an der M.-strasse die Werkstatt im selben Gebäude befinden würde; sie könne arbeiten und

oben würde das Kind schlafen. Sie führte zudem auch an, den Werkstatttraum als Arbeitsplatz für Projektarbeiten zu nutzen und dass sie dort ein eigenes Schnittatelier einrichten wolle. Sie mache Schnittmuster für alle Arten von Bekleidungen. Diese würde sie teilweise von Hand zeichnen und teilweise am Computer. Dazu brauche sie einen grossen Tisch, einen Plotter und eine Nähmaschine. Zurzeit seien alle diese Geräte bei ihren Eltern eingestellt. P. bezeichnete die Wohnung an der N.-strasse (...), nun mit einem Kleinkind, als nicht mehr ausreichend (ebenda). Der Sohn führte aus, es gehe ihnen um den Werkstatttraum im Erdgeschoss. Mit dem Grundriss an der N.-strasse sei das Arbeiten zu Hause nicht einfach, da alle Räume nahe beieinander seien. Im aktuellen Büroraum würden sie nur ruhige Arbeiten ausführen können, weshalb das Atelier an der M.-strasse (...) der Hauptgrund sei für den Wohnungswechsel.

b) Das Mietgericht durfte bei den geschilderten Ausführungen den Schluss ziehen, die heutige Haltung der (Schwieger-)Kinder des Beklagten bezüglich des Werkstatttraumes sei unverständlich. Es führte aus, da die M.-strasse ( ... ) nur rund 1,5 km von der N.-strasse (...) entfernt liege, hätte sich der für die Kündigung angeblich entscheidende Werkstatttraum durch P. und den Beklagten 1 (den Sohn des Beklagten) ohne grosse Probleme auch ohne die Wohnung im gleichen Gebäude nutzen lassen, zumal die Betreuung der Tochter schon zur Zeit des Kündigungsschutzverfahrens u.a. in einer Krippe erfolgt sei. Die unbefristete Weitervermietung des Werkstatttraumes unterstreiche daher, dass der geltend gemachte Eigenbedarf vorgeschoben gewesen sei. Unbestritten ist, dass der Werkstatttraum inzwischen an ein Podologie-Institut unbefristet fremdvermietet wurde.

Was der Beklagte im Berufungsverfahren den Ausführungen des Mietgerichts entgegenhält, kommt dagegen nicht an. Sein Einwand, es habe von Anfang an die Absicht bestanden, die M.-strasse (...) als Einheit von Wohnen und Arbeiten zu nutzen, erklärt nur, dass jetzt angesichts der Fremdvermietung des Werkstatttraumes eine einheitliche Nutzung der Liegenschaft (Wohnen/Arbeiten) unter dem gleichen Dach nicht mehr möglich ist. Nicht erklärt wird aber, weshalb nicht wenigstens der Werkstatttraum gemietet worden war. Die Behauptung, die Nutzung eines 1.5 Kilometer entfernten Werkstatttraumes sei gerade mit einem Klein-

kind und einem pflegebedürftigen Vater unzumutbar, lässt sich überhaupt nicht mit der immer wieder geschilderten Notwendigkeit des grösseren Platzbedarfs in Übereinstimmung bringen. Bei der wiedergegebenen Behauptungslage braucht es keine weitere beweismässige Abklärung. Die zu Recht erfolgten Überlegungen des Mietgerichts stützen sich auf unbestrittene Tatsachen und die eigenen Ausführungen der beklagten Seite.

In diesem Licht sind auch die Ausführungen des Mietgerichts zum Umstand zu sehen, dass sich der Sohn des Beklagten und seine Familie nicht um ein Ersatzobjekt bemühen. Es trifft zu, dass viele Gründe für den Verzicht eines ehemals beabsichtigten Wohnungswechsels denkbar sind. Im vorliegenden Kontext relativiert der (einstweilige) Verzicht auf den Wohnungswechsel aber das behauptete Ungenügen der Wohnung an der N.-strasse. Diese Relativierung mindert wiederum die Ernsthaftigkeit des geltend gemachten Eigenbedarfs herab, welcher mit unbedingt mehr Platz für Wohnen und Arbeiten begründet wurde. Dieser Zusammenhang braucht keine beweismässige Abklärung, ihn darzulegen und einzuordnen ist allein Sache der richterlichen Würdigung.

4.5.5. Es trifft zu, dass der Sohn des Beklagten den Meinungsumschwung erklären konnte, weshalb er und P. im Jahre 2010 die zuvor wegen Eigenbedarfs gekündigte Wohnung im 2. Obergeschoss der Liegenschaft M.-strasse (...) dann doch nicht bezogen hatten. Die Wohnung im 2. Obergeschoss wurde in der Folge allerdings dann teurer fremdvermietet. Die Vorinstanz sieht die Umstände und Motive für diese Kündigung angesichts eines rund 4 ½ Jahre später erneut manifest gewordenen fehlenden Nutzungswillens an einer Wohnung in der Liegenschaft M.-strasse (...) in einem etwas anderen Licht als noch im Kündigungsschutzverfahren. Die Ausführungen der Vorinstanz zur im Jahre 2010 erfolgten Kündigung der Wohnung im 2. Obergeschoss wegen Eigenbedarfs sind letztlich nicht entscheidend. Sie weisen lediglich auf einen Mieterwechsel hin, der unter den gleichen Vorzeichen stand (nicht realisierter Eigenbedarf). Als Indiz, das das bereits aus anderen Umständen gewonnene Bild abrundet, darf der rund 4 ½ Jahre zuvor eingetretene Meinungsumschwung immerhin beachtet werden.

4.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorbringen des Beklagten im Berufungsverfahren den Entscheid der Vorinstanz nicht umstossen können. Der Schluss der Vorinstanz, wonach sich der geltend gemachte Eigenbedarf in Würdigung aller im Kontext des Kündigungsschutzverfahrens und nach dessen Abschluss bekannt gewordenen Umstände als vorgeschoben erweise, und nicht als nachträglich dahingefallen, ist beizupflichten. Die Berufung ist abzuweisen. Der Beklagte hat in der Berufung den vorinstanzlichen Erwägungen hinsichtlich der Beurteilung und Berechnung der einzelnen Schadenspositionen, wie erwähnt, nichts entgegengesetzt, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

( ... ) "

Aus dem Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 2019 (BGer, 4A\_563/2017, zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen (Gerichtsbesetzung: Kiss, Klett, Hohl, Niquille, May Canellas; Gerichtsschreiber Kölz):

„ ( ... )

**Sachverhalt:**

**A.**

D.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin) mietete mit Vertrag vom 12. November 1996 von A.A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) und dessen Ehefrau B.A.\_\_\_\_\_ eine 4-Zimmer-Wohnung im 4. Stock der Liegenschaft Strasse G.\_\_\_\_\_ in U.\_\_\_\_\_. Mietbeginn war der 1. Januar 1997. Das Mietverhältnis war unbefristet und dreimonatlich zum Voraus auf Ende März, Ende Juni und Ende September kündbar.

Mit amtlichem Formular vom 18. Januar 2013 kündigten die Vermieter das Mietverhältnis ohne Angabe einer Begründung auf den 30. Juni 2013. Auf Nachfragen von D.\_\_\_\_\_ gab der Verwalter der Liegenschaft, E.\_\_\_\_\_, mit Schreiben vom 29. Januar 2013 "Eigenbedarf" als Kündigungsgrund an und konkretisierte dies am 12. März 2013 mit dem Hinweis, der Sohn der Vermieter, C.A.\_\_\_\_\_, wolle die Wohnung mit seiner Familie beanspruchen.

**B.**

D.\_\_\_\_\_ focht die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich an. Sie machte geltend, der Eigenbedarf sei als Kündigungsgrund vorgeschoben. In Wahrheit werde beabsichtigt, die Wohnung teurer weiterzuvermieten. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 21. März 2013 wurde keine Einigung erzielt, weshalb die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreitete. A.A.\_\_\_\_\_ und B.A.\_\_\_\_\_ lehnten diesen ab, worauf ihnen die Klagebewilligung erteilt wurde. Am 21. Mai 2013 reichten A.A.\_\_\_\_\_ und B.A.\_\_\_\_\_ Klage beim Mietgericht Zürich ein. Dieses stellte mit Urteil MB130009 vom 23. Oktober 2014 fest, dass die Kündigung nicht missbräuchlich ist (Dispositiv-Ziffer 1). Weiter erstreckte es das Mietverhältnis "einmalig und definitiv" bis zum 30. September 2014 (Dispositiv-Ziffer 2). Dieses Urteil blieb unan- gefochten.

Am 11./14. November 2014 schlossen die Parteien einen aussergerichtlichen Vergleich, worin das Mietverhältnis "letztmalig und definitiv" bis 31. März 2015 erstreckt und der Mieterin das Recht zugestanden wurde, schon zuvor mit einer Frist von 30 Tagen auf jedes Monatsende zu kündigen. Mit Schreiben vom 24. November 2014 kündigte D.\_\_\_\_\_ das Mietverhältnis auf Ende Dezember 2014, kam darauf aber wenig später zurück.

Am 12. Januar 2015 erkundigte sich die Mieterin per E-Mail bei E.\_\_\_\_\_, ob sich infolge des geplanten Erweiterungsbaus der Kantonsschule V.\_\_\_\_\_ die Ausgangslage geändert habe und eine Verlängerung des Mietvertrages denkbar wäre. Die Mietliegenschaft stehe als einzige Privatliegenschaft auf dem Schulareal im Visier des Kantons, und wegen der geplanten Bauarbeiten stehe eine längerfristige Grossbaustelle direkt vor dem Haus an. Mit Antwort vom nächsten Tag wurde der Mieterin mitgeteilt, A.A.\_\_\_\_\_ sei von einem solchen Bauvorhaben nichts bekannt und das Mietverhältnis könne nicht weiter verlängert werden.

Das Mietverhältnis wurde schliesslich per Ende Februar 2015 beendet, nachdem die Mieterin eine neue Wohnung gemietet hatte.

Am 24. Mai 2015 verstarb B.A.\_\_\_\_\_.

**C.**

Am 11. August 2015 machte D. \_\_\_\_\_ bei der Schlichtungsbehörde Zürich eine Klage gegen C.A. \_\_\_\_\_ sowie A.A. \_\_\_\_\_ anhängig. Nach erfolgloser Schlichtungsverhandlung reichte sie die Klage am 31. Dezember 2015 beim Mietgericht Zürich im vereinfachten Verfahren ein. Sie verlangt Schadenersatz in der Höhe von Fr. 14'459.-- nebst Zins, unter anderem für Umzugskosten und die Mietzinsdifferenz zwischen dem letzten Mietzins für das Mietobjekt und ihrem aktuellen Mietzins. Zur Begründung macht sie geltend, der Eigenbedarf der Vermieter sei vorgeschoben gewesen. Die Wohnung an der Strasse G. \_\_\_\_\_ sei im Mai 2015 im Internet auf einem Immobilienportal zur Miete ausgeschrieben gewesen, und zwar zu einem Mietzins, der rund Fr. 650.-- pro Monat höher liege als der zuletzt geltende Mietzins.

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. Oktober 2016 zog die Mieterin die Klage gegen C.A. \_\_\_\_\_ zurück.

Mit Urteil vom 16. Januar 2017 hiess das Einzelgericht am Mietgericht die Klage teilweise gut und verurteilte A.A. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_ Fr. 11'109.-- zuzüglich Zins zu bezahlen. Im übersteigenden Umfang wies es die Klage ab.

Dieses Urteil focht A.A. \_\_\_\_\_ beim Obergericht des Kantons Zürich an. Mit Urteil vom 26. September 2017 wies das Obergericht die Berufung ab und bestätigte das Urteil des Mietgerichts vom 16. Januar 2017.

**D.**

A.A. \_\_\_\_\_ verlangt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben. Auf die Klage von D. \_\_\_\_\_ sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.

D. \_\_\_\_\_ begehrt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Die Parteien replizierten und duplizierten.

Am 5. Juni 2018 reichte A.A. \_\_\_\_\_ dem Bundesgericht zwei Strafurteile des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Mai 2018 im Dispositiv ein. Darin werden C.A. \_\_\_\_\_ und dessen Lebenspartnerin F. \_\_\_\_\_ vom Vorwurf eines falschen Zeugnisses im Sinne von Art. 307 Abs. 1 StGB freigesprochen.

**E.**

Das Bundesgericht hat am 19. Februar 2019 eine öffentliche Urteilsberatung durchgeführt.

**Erwägungen:**

**1.**

**1.1.** Das angefochtene Urteil des Obergerichts ist ein Endentscheid (Art. 90 BGG) einer Vorinstanz im Sinne von Art. 75 BGG. Der Streitwert erreicht die gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG in mietrechtlichen Fällen geltende Grenze von Fr. 15'000.-- nicht. Unter diesen Umständen ist die Beschwerde in Zivilsachen dennoch zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

**1.2.** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dann vor, wenn ein allgemeines und dringendes Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit auszuräumen (**BGE 141 III 159** E. 1.2; **139 III 209** E. 1.2 S. 210, 182 E. 1.2 S. 185; **138 I 232** E. 2.3; **135 III 397** E. 1.2 S. 399). Die Frage muss von allgemeiner Tragweite sein (**BGE 134 III 267** E. 1.2 S. 269). Eine neue Rechtsfrage kann vom Bundesgericht beurteilt werden, wenn dessen Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann, namentlich, wenn von unteren Instanzen viele gleichartige Fälle zu beurteilen sein werden (**BGE 140 III 501** E. 1.3; **135 III 1** E. 1.3 S. 4).

Der vorliegende Fall wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Mieter eine Schadenersatzklage wegen vorgeschobenen Eigenbedarfs erheben kann, wenn er die Kündigung bereits erfolglos nach Art. 271 f. OR angefochten hat. Diese Frage hat das Bundesgericht bisher nicht beantwortet, und es kommt ihr grundsätzliche Bedeutung im eben dargestellten Sinne zu (siehe im Einzelnen Erwägungen 3-5).

**1.3.** Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit zulässig, zumal auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

## **2.**

**2.1.** Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden.

**2.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (**BGE 140 III 115** E. 2 S. 117; **135 III 397** E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86** E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 S. 18).



Somit kann nicht beachtet werden, wenn sich die Parteien in ihren Eingaben frei zu den Umständen und Absichten äussern, die ihres Erachtens zum Abschluss des Vergleichs vom 11./14. November 2014 geführt haben, ohne eine entsprechende Sachverhaltsergänzung hinreichend zu begründen.

### 3.

**3.1.** Die ordentliche Kündigung eines Mietvertrages setzt keinen besonderen Kündigungsgrund voraus. Mieter und Vermieter sind nach Art. 266a Abs. 1 OR grundsätzlich frei, ein unbefristetes Mietverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen und Termine zu beenden. Die Kündigung von Wohn- oder Geschäftsräumen ist indessen gemäss Art. 271 Abs. 1 OR anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Als treuwidrig gilt eine Kündigung allgemein, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse ausgesprochen wird und damit aus reiner Schikane erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen (**BGE 142 III 91** E. 3.2.1 S. 92; **140 III 496** E. 4.1 S. 497; **138 III 59** E. 2.1 S. 62 mit weiteren Hinweisen). Art. 271a OR zählt einzelne Gründe auf, bei deren Vorliegen die Kündigung insbesondere anfechtbar ist.

Das Motiv der Kündigung ist eine Tatfrage (**BGE 136 III 190** E. 2 S. 192; **115 II 484** E. 2b; je mit weiterem Hinweis). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts obliegt es dem Empfänger der Kündigung, zu beweisen, dass diese aus einem verpönten oder ohne schützenswerten Grund erfolgte. Der Kündigende hat jedoch redlich zur Wahrheitsfindung beizutragen; er hat die Kündigung auf Verlangen zu begründen (Art. 271 Abs. 2 OR) und im Bestreitungsfall alle für die Beurteilung des Kündigungsgrunds notwendigen Unterlagen vorzulegen (**BGE 138 III 59** E. 2.1 S. 62; **135 III 112** E. 4.1 S. 119; je mit weiteren Hinweisen). Eine mangelnde oder fehlerhafte Begründung kann ein Indiz dafür sein, dass ein schützenswertes Interesse an der Kündigung nicht besteht. Treuwidrigkeit wird angenommen, wenn der angegebene Kündigungsgrund vorgeschoben und der wahre Grund nicht feststellbar ist (**BGE 143 III 344** E. 5.3.1 S. 345 mit Hinweisen).

Ob eine Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, beurteilt sich in Bezug auf den Zeitpunkt, in dem sie ausgesprochen wird (**BGE 142 III 91** E. 3.2.1; **140 III 496** E. 4.1 S. 497). Gegenstand der Anfechtung ist damit grundsätzlich der Kündigungsgrund zum Zeitpunkt der Kündigung. Fällt der Grund, aus dem die Kündigung ausgesprochen wurde, in der Folge dahin, wird die Kündigung nicht nachträglich treuwidrig (**BGE 138 III 59** E. 2.1 S. 62; Urteile 4A\_545/2013 vom 28. November 2013 E. 3.2.2 und 3.2.3 mit einem Überblick über den Meinungsstand in der Literatur; Urteil 4A\_454/2012 vom 10. Oktober 2012 E. 2.5).

**3.2.** Das Gesetz bestimmt, dass eine Kündigung, die gegen Treu und Glauben verstösst, angefochten werden kann (Art. 271 f. OR). Ist die Anfechtung erfolgreich, bleibt das Mietverhältnis bestehen. Eine Entschädigungspflicht der Partei, die das Mietverhältnis missbräuchlich kündigt, ist demgegenüber nicht vorgesehen, im Gegensatz zum Arbeitsrecht (siehe Art. 336a und 337c OR). Mehrere Autoren weisen jedoch ausdrücklich darauf hin, dass unter gewissen Umständen auch ein Schadenersatzanspruch des Mieters in Frage komme, da eine treuwidrige Kündigung eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 OR oder eine unerlaubte Handlung gemäss Art. 41 OR darstelle (siehe im Einzelnen BARBEY, *Commentaire du droit du bail*, 1991, N. 310-312 zu Art. 271-271a OR; HIGI, *Zürcher Kommentar*, 4. Aufl. 1996, N. 91, 98-107 zu Art. 271 OR; je mit weiteren Hinweisen; ferner auch CONOD, in: *Droit du bail à loyer et à ferme*, 2. Aufl. 2016, N. 52 zu Art. 271 OR; LACHAT, *Le bail à loyer*, 2008, S. 761 Ziff. 7.4 f.; WEBER, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Aufl. 2015, N. 34 zu Art. 271/271a OR).

**3.3.** Das Obergericht ging unter Berufung auf die Literatur davon aus, dass eine gegen Art. 271 OR verstossende Kündigung durch den Vermieter nach Art. 97 OR grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch des Mieters begründen könne. Dass der Mieterin infolge der Kündigung vom 18. Januar 2013 ein Schaden entstanden ist, war im kantonalen Berufungsverfahren nicht mehr umstritten, und ebensowenig die einzelnen Schadenspositionen. Das Obergericht prüfte eingehend, ob der Eigenbedarf bereits zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bestanden hatte und damit als Kündigungsgrund vorgeschoben worden war, oder ob er

nachträglich weggefallen und die Kündigung demnach rechtmässig erfolgt ist. Es gelangte "in Würdigung aller im Kontext des Kündigungsschutzverfahrens und nach dessen Abschluss bekannt gewordenen Umstände" zum Schluss, dass sich der geltend gemachte Eigenbedarf als vorgeschoben und nicht als nachträglich dahingefallen erweise. Es bejahte daher die Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers und wies dessen Berufung gegen das Urteil des Mietgerichts ab.

#### **4.**

**4.1.** Der Beschwerdeführer stellt sich wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt, das Mietgericht hätte die Schadenersatzklage nicht gutheissen dürfen, nachdem es bereits die Klage der Beschwerdegegnerin auf Anfechtung der Kündigung abgewiesen und rechtskräftig festgestellt habe, dass die Kündigung rechtmässig sei. Überdies hätten die Parteien einen aussergerichtlichen Vergleich über den Streitgegenstand abgeschlossen. Er rügt, indem das Mietgericht "nochmals über die Frage der Gültigkeit der Kündigung (ernsthafter und aktueller Eigenbedarf) entschieden" und das Obergericht diesen Entscheid bestätigt habe, hätten sie Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO verletzt.

**4.2.** Das Mietgericht hatte im Anfechtungsprozess die Treuwidrigkeit der Kündigung vom 18. Januar 2013 nach eingehendem Beweisverfahren verneint. Im Urteil vom 23. Oktober 2014 stellte es massgeblich auf die Zeugenaussagen von C.A.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ ab. Es gelangte zum Schluss, insgesamt sei es den Vermietern gelungen, den Kündigungsgrund Eigenbedarf glaubhaft zu machen. Demgemäss habe die Beschwerdegegnerin den Beweis, dass der Kündigungsgrund vorgeschoben gewesen sei, nicht erbringen können. Die Kündigung verstosse damit nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und sei gültig. Dieses Urteil des Mietgerichts ist rechtskräftig geworden.

Streitig ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren, welche Auswirkungen das Urteil auf die von der Beschwerdegegnerin erhobene Schadenersatzklage hat. Das Obergericht führte hierzu aus, der Schadenersatzprozess sei vom Anfechtungsverfahren "zu unterscheiden". Es liege in der Natur der Sache, dass bei Eigenbedarfskündigungen, denen eine Erstreckung folge, oft erst die Zukunft verlässlich

zeigen könne, ob der im Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung angegebene Kündigungsgrund einen realen Hintergrund gehabt habe oder als vorgeschoben qualifiziert werden müsse. Werde der Einzugswunsch nicht in die Tat umgesetzt und könne die fehlende Eigennutzung auch nicht mit objektiven geänderten Verhältnissen während der Erstreckungsdauer erklärt werden, werde möglicherweise "das Vorschieben des geltend gemachten Eigenbedarfs erkennbar". Die Tatsachen, "die den sicher (er) en Schluss auf den nur vorgeschobenen Eigenbedarf zuliessen", hätten sich erst nach dem Auszug aus der Wohnung ereignet. Die Prüfung, "ob das Vertrauen der Kündigungsempfängerin in eine als ernsthaft beurteilte Eigenbedarfskündigung enttäuscht wurde oder nicht", erfolge ungeachtet dessen, ob die Kündigung angefochten worden sei oder nicht, so dass der Beschwerdeführer insofern aus dem Nichtweiterzug des Urteils vom 23. Oktober 2014 nichts zu seinen Gunsten ableiten könne. Weiter erwog das Obergericht, das Beweisergebnis aus dem Anfechtungsprozess bleibe "dasselbe", es erscheine aber durch das Verhalten des Beschwerdeführers beziehungsweise dessen Familie nach der Kündigung beziehungsweise nach Auszug der Beschwerdegegnerin aus der Wohnung "in einem anderen Licht".

**4.3.** Obsiegt der Mieter im Anfechtungsverfahren, stellt sich die Frage nach einem Schadenersatzprozess in der Regel nicht, da der Mietvertrag fort dauert und dem Mieter infolgedessen kein Schaden entsteht. Demgegenüber wird ein Verzicht auf die Anfechtung im Schrifttum zum Teil ausdrücklich als Anerkennung der Rechtmässigkeit der Kündigung verstanden, welche späteren Schadenersatzansprüchen entgegenstehe (HIGI, a.a.O., N. 100 und 102 zu Art. 271 OR; siehe auch BARBEY, a.a.O., N. 312 zu Art. 271-271a OR mit weiteren Hinweisen). Wird die Treuwidrigkeit der Kündigung dagegen erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist oder nach Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens erkennbar, spricht sich die Lehre für eine Wiederherstellung der Anfechtungsfrist respektive die Revision des Anfechtungsentscheids aus, sofern das Mietverhältnis noch nicht beendet ist (siehe CONOD, a.a.O., N. 51 zu Art. 271 OR; HIGI, a.a.O., N. 105 zu Art. 271 OR; LACHAT, in: Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 11 zu Art. 271 OR; THANEI, in: Das Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, 780 f.; *dieselbe*, Die Kündigung des Mietverhältnisses bei Eigenbedarf, mp 2015, S.

240 f.; teils mit weiteren Hinweisen; vgl. auch WEBER, a.a.O., N. 33a zu Art. 271/271a OR, hinsichtlich von nachträglich weggefallenen Kündigungsgründen). Diejenigen Autoren, welche einen Schadenersatzanspruch als Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung befürworten, beziehen sich auf den Fall, dass der Mieter die Treuwidrigkeit der Kündigung erst nachträglich entdeckt (siehe etwa BARBEY, a.a.O., N. 312 zu Art. 271-271a OR; CONOD, a.a.O., N. 52 zu Art. 271 OR; HIGI, a.a.O., N. 104 zu Art. 271 OR; LCHAT, Le bail à loyer, a.a.O., S. 732 Ziff. 3.8 und S. 761 Ziff. 7.5; THANEI, Das Mietrecht für die Praxis, a.a.O., 780 und 819). Dagegen äussern sie sich nicht zur hier interessierenden besonderen Konstellation, dass der Mieter die Kündigung angefochten hat, seine Anfechtungsklage aber rechtskräftig abgewiesen und das Mietverhältnis in der Folge beendet wurde.

## 5.

**5.1.** Ein formell rechtskräftiges Urteil ist in einem späteren Verfahren unter denselben Parteien verbindlich. Diese materielle Rechtskraft hat eine positive und eine negative Wirkung. In positiver Hinsicht bindet sie das Gericht in einem späteren Prozess an alles, was im Urteilsdispositiv des früheren Prozesses festgestellt wurde (sogenannte Präjudizialitäts- oder Bindungswirkung). In negativer Hinsicht verbietet sie jedem späteren Gericht, auf eine Klage einzutreten, deren Streitgegenstand mit dem rechtskräftig beurteilten identisch ist, sofern der Kläger nicht ein schutzwürdiges Interesse an Wiederholung des früheren Entscheids geltend machen kann (sogenannte Ausschlusswirkung). Es fehlt dann an einer Prozessvoraussetzung (siehe Art. 59 Abs. 2 lit e ZPO). Die materielle Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich nach dem Grundsatz der Präklusion auf den individualisierten Anspruch schlechthin und schliesst Angriffe auf sämtliche Tatsachen aus, die im Zeitpunkt des Urteils bereits bestanden hatten, unabhängig davon, ob sie den Parteien bekannt waren, von diesen vorgebracht oder vom Richter beweismässig als erstellt erachtet wurden (**BGE 142 III 210** E. 2 und 2.1; **139 III 126** E. 3.1; je mit weiteren Hinweisen). Ausserhalb der zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft liegen dagegen rechtsbegründende oder rechtsverändernde Tatsachen, die im früheren Prozess nicht zu beurteilen waren, also neue erhebliche

Tatsachen, die seit dem ersten Urteil eingetreten sind und den Anspruch in der nunmehr eingeklagten Form erst entstehen liessen (**BGE 140 III 278** E. 3.3 S. 282; **139 III 126** E. 3.2.1 S. 130 und 4.1; **125 III 241** E. 1d S. 246; je mit weiteren Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung kann eine Partei ein rechtskräftiges Urteil nicht dadurch in Frage stellen, dass sie in einem nachfolgenden Schadenersatzprozess behauptet, es sei durch arglistiges Verhalten der Gegenpartei zustande gekommen. Vielmehr muss sie zuvor die Aufhebung des Urteils mittels Revision erwirken (**BGE 139 III 126** E. 4.2; **127 III 496** E. 3b; Urteil 4A\_292/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.1 und 3.2).

**5.2.** Mit der Anfechtung gemäss Art. 271 f. OR verlangt die klagende Partei, dass das Gericht die Kündigung aufhebt. Es handelt sich somit um eine Gestaltungs-klage im Sinne von Art. 87 ZPO (**BGE 140 III 598** E. 3.; Urteil 4A\_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4.1).

Wird eine Gestaltungs-klage rechtskräftig abgewiesen, hat dies nach den eben dargestellten allgemeinen Grundsätzen (Erwägung 5.1) einerseits die *negative Wirkung*, dass eine neue identische Gestaltungs-klage nach Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO unzulässig ist (vgl. etwa **BGE 122 III 279** E. 3c/bb hinsichtlich der Anfechtungs-klage gemäss Art. 691 Abs. 3 OR; siehe im Einzelnen DROESE, Res iudicata ius facit, 2015, S. 376 und 381-386 mit weiteren Hinweisen). In diesem Sinne ist auf eine zweite Anfechtungs-klage gemäss Art. 271 f. OR nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht einzutreten (siehe Urteil 4A\_545/2013 vom 28. November 2013 E. 3.2.1 und 3.2.2). Andererseits hat das Urteil die *positive Wirkung*, dass es das Gericht in einem späteren Prozess bindet. In der Literatur wird ausgeführt, die Abweisung einer Gestaltungs-klage bedeute, dass "das Nichtbestehen eines Gestaltungsgrundes festgestellt" werde und diese Feststellung in Rechtskraft erwachse (DROESE, a.a.O., S. 376; ähnlich SOGO, Gestaltungs-klagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, 2007, S. 9 f., 200 und 223 Fn. 1055). Bezogen auf die Anfechtungs-klage nach Art. 271 f. OR bedeutet dies, dass das Vorliegen des Anfechtungsgrundes mit der Klageabweisung rechtskräftig verneint ist und diese Frage in einem späteren Prozess nicht neu beurteilt werden kann.

Die Situation ist insofern vergleichbar mit derjenigen, wenn eine Klage auf Verbot einer widerrechtlichen Handlung abgewiesen worden ist. In der Literatur wird hierzu ausgeführt, durch die Abweisung der Unterlassungsklage sei festgestellt, dass das zu verbotende Verhalten erlaubt sei. Das Gericht sei an diese Feststellung gebunden, wenn es in einem Prozess betreffend reparatorische Ansprüche darüber (als Vorfrage) zu entscheiden habe, ob das Verhalten zulässig sei (DROESE, a.a.O., S. 353-355; DANIEL SCHWANDER, Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft - Ausgewählte Probleme, 2002, S. 120-123).

**5.3.** Das Mietgericht hat in Dispositiv-Ziffer 1 seines Urteils vom 23. Oktober 2014 auf Antrag der Vermieter ausdrücklich festgestellt, "dass die Kündigung vom 18. Januar 2013 per 30. Juni 2013 nicht missbräuchlich ist". Diese Feststellung bindet das Gericht im zweiten Prozess, wenn im Rahmen einer Klage auf Schadenersatz erneut geltend gemacht wird, die Kündigung verstosse gegen Treu und Glauben. Wenn die Vorinstanz - und mit ihr die Beschwerdegegnerin - argumentiert, beim Kündigungsschutzverfahren und im Schadenersatzprozess seien "zwei verschiedene Streitfragen eines Lebenssachverhalts" zu beurteilen, trifft dies nicht zu: Im Schadenersatzprozess ist wie bereits im Anfechtungsverfahren zu entscheiden, ob der Eigenbedarf der Vermieter im Zeitpunkt der Kündigung vorgelegen hatte oder ob dieser Kündigungsgrund vorgeschoben war (Erwägung 3.1). Das Mietgericht hat diese Frage in seinem Urteil vom 23. Oktober 2014 beurteilt und befunden, der Eigenbedarf sei ausgewiesen. Diese Beurteilung ist im zweiten Prozess verbindlich. Die Vorinstanz hat sich über die Rechtskraftwirkung des Urteils hinweggesetzt, wenn es dieselbe Frage erneut beurteilte und dabei insbesondere die Beweismittel noch einmal frei würdigte, die bereits im Anfechtungsverfahren berücksichtigt worden waren (Erwägung 3.3).

**5.4.** Die Rechtskraft des Urteils vom 23. Oktober 2014, die eine Neuurteilung der Kündigung vom 18. Januar 2013 verbietet, könnte ausschliesslich mittels formeller Revision unter den Voraussetzungen von und im Verfahren nach Art. 328-333 ZPO beseitigt werden. Die Vorinstanz erwog, dieser Rechtsbehelf scheide aus, da das Mietverhältnis zwischen den Parteien "nicht mehr inhaltlich unverändert weiter bestehen" könne und "die erneute Überlassung der Wohnung zum

althergebrachten Inhalt" nicht mehr möglich sei, ähnlich wie übrigens die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin in einer Publikation (THANEI, in: Das Mietrecht für die Praxis, a.a.O., S. 820). Zu Unrecht: Wohl setzt das Revisionsverfahren wie jedes Rechtsmittel voraus, dass die gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat (siehe allgemein Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Ein solches fehlt, wenn rechtliche oder tatsächliche Gründe eine Änderung der Rechtslage, die durch das angefochtene Urteil geschaffen worden ist, ausschliessen (**BGE 114 II 189** E. 2; siehe auch Urteil 4F\_3/2007 vom 27. Juni 2007 E. 2.3). Die Beschwerdegegnerin meint, ein Revisionsverfahren könne ihr nicht zugemutet werden, da das Kündigungsschutzverfahren im Falle einer Revision des Urteils vom 23. Oktober 2014 zwar wieder aufzunehmen, daraufhin jedoch als gegenstandslos geworden abzuschreiben wäre. Indessen muss die Gutheissung eines Revisionsgesuchs nicht zwingend zur Folge haben, dass das Gericht einen neuen Entscheid in der Sache fällt. Vielmehr ist je nach den Umständen eine andere Art der Prozesserledigung denkbar, etwa durch einen Nichteintretensentscheid (so ausdrücklich IVO SCHWANDER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Bd. II, Brunner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 333 ZPO mit Hinweis). Auch eine dahingehende Abänderung kann ein schutzwürdiges Interesse an der Revision begründen, sei es schon nur mit Blick auf die Kostenregelung des Verfahrens.

**5.5.** Da die Beschwerdegegnerin keine Revision des Urteils vom 23. Oktober 2014 erwirkt hat, hätte die Vorinstanz ihre Klage abweisen müssen. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich bereits in diesem Punkt als begründet. Unter diesen Umständen braucht auf die weiteren in der Beschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen nicht eingegangen zu werden. Insbesondere muss nicht näher erörtert werden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Mieter allgemein dazu berechtigt ist, vom Vermieter wegen einer treuwidrigen Kündigung Schadenersatz zu verlangen.

**6.** Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil des Obergerichts ist aufzuheben, und die Klage der Beschwerdegegnerin ist in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 BGG abzuweisen.



Die Sache ist zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG).

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

( ... ) “

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2017, 27. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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