

ZMP 2018 Nr. 10

Art. 29 ff. BV; Art. 267 OR; Art. 97 OR; Art. 271 OR; Art. 273 OR; Art. 846 OR; Art. 266o OR; Art. 169 ZGB. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Mietvertragskündigung im Kontext einer Wohnbaugenossenschaft. Preisgabe von Rechten an der Familienwohnung. Schadenersatz wegen verzögerter Rückgabe infolge Führung eines Kündigungsschutzverfahrens.

Die Kündigung des Mietverhältnisses durch eine Genossenschaft ist grundsätzlich nicht ohne vorgängigen Ausschluss des Genossenschafters möglich. Wenn das genossenschaftliche Rechtsverhältnis und der Mietvertrag unabhängig voneinander bestehen, lässt die Praxis eine Kündigung zwar schon vorher zu. Diesfalls müssen aber zugleich die genossenschaftlichen Ausschlussvoraussetzungen gegeben sein. Die Ausschlussgründe können durch die Statuten bestimmt werden, müssen aber so gewichtig sein, dass dadurch weder der Genossenschaftszweck vereitelt, noch das Mitgliedschaftsrecht ausgehöhlt wird. Im Rahmen der Kündigung des Mietvertrags bilden die Ausschlussgründe Kündigungsvoraussetzungen. Fehlen sie, ist die Kündigung nichtig und nicht bloss anfechtbar. Gleiches gilt, wenn die Parteien im Rahmen eines Ausschlussverfahrens sich auf den Austritt des Mieters aus der Genossenschaft geeinigt, dabei aber gleichzeitig genossenschaftliche Ausschlussregeln in den Mietvertrag eingebaut haben (E. III.2.2 und 3.2). Für eine solche Vertragsanpassung ist die (explizite) Zustimmung der Ehegattin und Mitmieterin nicht erforderlich, denn dies bewirkt keine Preisgabe von Rechten an der (Familien-)Wohnung (E. III.2.1 und 3.1). Strengt der Mieter ein Kündigungsschutzverfahren an, verhält er sich grundsätzlich auch dann rechtmässig, wenn er den Prozess verliert. Schadenersatz schuldet er nur bei missbräuchlicher Einleitung oder Führung des Prozesses (E. III.3.3).

Aus dem Urteil des **Mietgerichts MD170008-L vom 29. August 2018** (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Huggenberger, Nef; Gerichtsschreiberin Schenk):

"(...)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Mit Mietvertrag vom 5. Mai 2008 mieteten der Beklagte und seine Ehegattin ab dem 1. August 2008 gemeinsam, unter Solidarhaftung für die Schulden aus dem Vertrag, die 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss [der Liegenschaft] N.-strasse x in Zürich zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 928.– brutto. Der Mietvertrag sah den Beitritt der Mieter als Genossenschafter der Klägerin unter Übernahme von Anteilscheinen für Fr. 7'000.– vor. Während der Beklagte Genossenschafter wurde, verzichtete seine Ehegattin darauf. Integrierender Bestandteil des Mietvertrags waren die Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Genossenschaftswohnungen (Ausgabe 2004) sowie die Statuten und Reglemente der Klägerin.

(...Mit Beschluss der Generalversammlung der Klägerin vom 23. Mai 2014 wurde der Beklagte aus der Genossenschaft ausgeschlossen. Der Beklagte focht diesen Beschluss an und schloss am 28. Oktober 2014 anlässlich der Schlichtungsverhandlung beim Friedensrichteramt 3 + 9 der Stadt Zürich mit der Klägerin einen Vergleich. Dieser umfasste die Anerkennung des Ausschlusses aus der Genossenschaft durch den Beklagten, die Geltung vereinzelter Artikel der Statuten der Klägerin für das bestehende Mietverhältnis, die Verpflichtung der Klägerin, dem Beklagten im Falle eines Um- oder Ersatzneubaus ein Umsiedlungsangebot mit umschriebenen Kriterien zu unterbreiten sowie die Folgen einer Ablehnung eines solchen Umsiedlungsangebots.

Mit amtlichem Formular kündigte die Klägerin das Mietverhältnis am 6. April 2016 auf den 30. September 2016. Auf Verlangen der Ehegattin des Beklagten führte die Klägerin als Begründung an, dass das Mietobjekt in einer Abbruchliegenschaft liege und gemäss Bauplanung Ende 2016/Anfang 2017, sicher aber vor Ende März 2017 mit den Rückbauarbeiten begonnen werde. Mit Eingabe vom 12. Mai 2016 stellten der Beklagte und seine Ehegattin bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein Kündigungsschutzbegehren. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom

9. August 2016 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, weshalb dem Beklagten und seiner Ehegattin die Klagebewilligung nach Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO erteilt wurde. Auf die durch die Ehegattin des Beklagten alleine am 12. September 2016 eingereichte Klage betr. Anfechtung der Kündigung trat das Mietgericht Zürich mangels Vorliegen einer Prozessvoraussetzung (unterlassene Nachreichung der Klagebewilligung trotz Fristansetzung) mit Beschluss vom 20. Oktober 2016 nicht ein. Dagegen legte die Ehegattin des Beklagten Berufung ein, welche das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 15. Dezember 2016 abwies. Die Beschwerde in Zivilsachen der Ehegattin des Beklagten wurde mit Urteil des Bundesgerichts vom 9. Februar 2017 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde [[Urteil 4A 41/2017 vom 9.2.2017](#); *Anm. d. Red.*].

Mit Eingabe vom 28. September 2016 machte die Klägerin beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich ein Ausweisungsbegehren gegen den Beklagten und seine Ehegattin anhängig, auf welches mit Verfügung vom 4. November 2016 wegen Illiquidität nicht eingetreten wurde. In der Folge reichte die Klägerin mit Eingabe vom 7. November 2016 das Ausweisungsbegehren bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein. Nachdem anlässlich der Schlichtungsverhandlung zwischen den Parteien keine Einigung hatte erzielt werden können, gelangte die Klägerin mit Eingabe vom 9. Dezember 2016 mit ihrem Ausweisungsbegehren an das Mietgericht Zürich, welches jenem mit Urteil und Beschluss vom 23. März 2017 statt gab und dem Beklagten und seiner Ehegattin befahl, die Wohnung zu verlassen. Das Urteil blieb unangefochten. Die Rückgabe des Mietobjektes durch den Beklagten und seine Ehegattin fand am 19. April 2017 statt.

(...)

III. Materielles

1. Wesentliche Parteistandpunkte

1.1. Die Klägerin macht im Wesentlichen Schadenersatz aus verspäteter Rückgabe des Mietobjektes durch den Beklagten und seine Ehegattin, mithin aus einer Verletzung des Mietvertrages gem. Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 267 OR geltend. Der

Beklagte und seine Ehegattin hätten dadurch die Planung und Realisierung des Ersatzneubaus auf dem Gelände, auf welchem sich das Haus mit der Mietwohnung befunden habe, massiv behindert und verzögert, wodurch der Klägerin bauliche und planerische Mehrkosten entstanden seien, welche sie nun gegenüber dem Beklagten geltend mache.

(...)

1.2. Der Beklagte bestreitet nicht, dass Verzögerungen von Bauprojekten sehr kostspielig sein können. Dass der Klägerin zusätzliche Kosten entstanden seien, werde nicht im Grundsatz bestritten. Weiter sei ihm bewusst, dass die generelle Bestreitung des Schadens nicht genüge. Er habe sich bewusst darauf beschränkt, zu denjenigen Schadenspositionen Stellung zu nehmen, welche seiner Meinung nach so nicht zuträfen. Er vertritt hauptsächlich den Standpunkt, dass er für die geltend gemachten Kosten nicht haftbar gemacht werden könne, einerseits weil aus der gutgläubigen Verfolgung eines Rechts keine Schadenersatzansprüche erwachsen dürften, und andererseits weil zwischen seinem oder dem Verhalten seiner Ehegattin sowie den allfälligen Zusatzkosten der Klägerin kein adäquater Kausalzusammenhang bestehe.

(...)

2. *Theorie*

2.1. *Wirksamkeit der Anpassung eines Mietvertrages*

Wird ein Mietvertrag mit mehreren Mietern abgeschlossen, sind Erklärungen über eine einvernehmliche Vertragsanpassung nur gültig, wenn sie von sämtlichen Mietern abgegeben werden. Eine explizite Annahme des Antrags der Gegenseite ist dabei nicht in allen Fällen erforderlich: Nach Art. 6 OR genügt schon die Nichtablehnung innert angemessener Frist, wenn aufgrund der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Darunter kann auch der Fall subsumiert werden, dass der Mitmieter Kenntnis erlangt von einer zwischen dem Vermieter und dem anderen Mitmieter

geschlossenen Vereinbarung, welche den Mietern nur Vorteile oder zumindest keine Nachteile einbringt.

Art. 169 ZGB statuiert einen besonderen Schutz bei Ehegatten, sofern es sich beim Mietobjekt um eine Familienwohnung handelt. Das Gesetz visiert dabei nicht in erster Linie gemeinsame Verträge an, sondern den zur Zeit der Schaffung der Norm häufigen Fall, dass der Vertrag nur mit einem Ehegatten geschlossen wurde. Gemäss obgenanntem Artikel kann ein Ehegatte lediglich mit ausdrücklicher Zustimmung des andern den Mietvertrag kündigen, die Familienwohnung veräussern oder die Rechte daran durch andere Rechtsgeschäfte beschränken. Darunter fällt auch ein Aufhebungsvertrag (Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 659). Gemäss Wortlaut dieser Bestimmung muss der andere Ehegatte dem Rechtsgeschäft zustimmen, welches Rechte an der Familienwohnung aufhebt oder einschränkt. Dies lässt den Schluss zu, dass der die Zustimmung erteilende Ehegatte nicht selbst Partei eines solchen Rechtsgeschäftes sein muss. Diese Auffassung wird auch von der herrschenden Lehre gestützt und zeigt sich insbesondere im Umstand, dass die Zustimmung vor, bei und auch *nach* Abschluss des Rechtsgeschäftes erteilt werden kann (BSK ZGB-SCHWANDER, 5. Aufl., Art. 169 N 18; vgl. zur verwandten Bestimmung von Art. 273a Abs. 2 OR SVIT-Komm. [3. A.], Art. 273a OR N 5; KUKO OR-BLUMER, Art. 273a N 3; CPra Bail-BARRELET, Art. 273a N 8 und 10). Liegt die Zustimmung des Ehegatten nicht vor, ist das Rechtsgeschäft nichtig (BGE 118 II 489 E. 2 = Pra 1994 Nr. 9).

2.2. *Beendigung des Mietverhältnisses*

Das Gesetz sieht in Art. 255 OR vor, dass Mietverhältnisse auf bestimmte oder unbestimmte Dauer hin abgeschlossen werden können. Das befristete Mietverhältnis zeichnet sich dadurch aus, dass es ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer endigen soll (Art. 255 Abs. 2 OR). Dabei ist es den Parteien freigestellt, die Auflösung des Mietverhältnisses zu einem bestimmten Datum zu vereinbaren (CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 255 OR N 3). Ebenso ist es zulässig, dass sich die Parteien während eines bestehenden (unbefristeten) Mietverhältnisses durch eine vertragsändernde Abrede über einen Endtermin einigen und dies mit-

tels Aufhebungsvereinbarung festhalten (SVIT-Komm. [3. A.], Art. 255 OR N 8). Die Parteien können die Auflösung des Mietverhältnisses auf einen beliebigen Zeitpunkt hin abmachen (Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 658). Liegt ein Mietvertrag vor, der einer Resolutivbedingung untersteht, deren Eintritt von einem ungewissen künftigen Ereignis abhängt, ist dieser gemäss herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung als befristeter Vertrag zu qualifizieren (BGE 121 III 260 E. 5 m.w.H.). Ein solcher befristeter Vertrag bedarf gemäss Art. 266 Abs. 1 OR keiner Kündigung.

Ob gestützt auf eine entsprechende Klausel eine Kündigung erforderlich ist oder nicht, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Ist sie zu bejahen, so hat die Mieterseite nach Art. 271 f. und 273 OR die Möglichkeit, die Kündigung wegen eines Verstosses gegen Treu und Glauben innert 30 Tagen seit Erhalt anzufechten bzw. eine Erstreckung des Mietverhältnisses zu verlangen. Da es sich bei Art. 273 OR um eine materiellrechtliche Verwirkungsfrist handelt, geht das Anfechtungsrecht unter, wenn die Frist verpasst ist.

Dies gilt allerdings nicht für die Fälle einer nichtigen (teils auch als unwirksam bezeichneten) Kündigung. Darunter fallen die Fälle fehlender Kündigungsvoraussetzungen, u.a. Kündigungen, die den gesetzlichen Formvorschriften nicht entsprechen, aber auch solche, die den vertraglichen Kündigungsbestimmungen zuwiderlaufen (dazu BSK OR I-WEBER, Art. 266o N 4 f.). Der zweiten Kategorie zuzuordnen sind im Ergebnis auch Kündigungsbestimmungen, die in Genossenschaftsstatuten enthalten sind. Soweit die Mitgliedschaft in der Genossenschaft und der Mietvertrag zwischen Genossenschaft und Genossenschafter unabhängig voneinander bestehen können, setzt die Kündigung des Mietverhältnisses grundsätzlich den Ausschluss des Genossenschafters voraus (BGE 134 III 159 E. 5.2.3 = Pra 2008 Nr. 104; BGE 118 II 168 E. 2a = Pra 1993 Nr. 112). Um den Inkonvenienzen dieses Prinzips zu begegnen, lässt das Bundesgericht eine Kündigung des Mietvertrages schon vor einem Ausschluss zu, verlangt für die Gültigkeit der Kündigung aber das Vorliegen eines gesetzlichen oder statutarischen Ausschlussgrundes (BGE 136 III 65 = Pra 2010 Nr. 87, bestätigt in BGer 4A_247/2015 vom 6. Oktober 2015 E. 3.3 und 4.3). Bezüglich statutarischer Gründe ist dabei zu be-

achten, dass diese nicht beliebig festgelegt werden können. Vielmehr sind nur Gründe zulässig, die nicht auf eine Vereitelung des Genossenschaftszwecks hinauslaufen und das Mitgliedschaftsrecht nicht aushöhlen (BGer 4A_247/2015 vom 6. Oktober 2015 E. 4.3; vgl. BSK OR II-SCHWARTZ, Art. 846 N 11 f.).

Im Rahmen der Anfechtung einer Kündigung ist die Nichtigkeit zumindest vorfrageweise zu prüfen (BGE 132 III 65 E. 3.2; BGE 139 III 457 E. 5.3). Sie kann von den Parteien aber auch als selbständige Hauptfrage thematisiert werden (BGE 142 III 278 E. 4.1).

Es ist einerlei, in welcher Weise die Beendigung des Mietverhältnisses zwischen den Parteien genau umstritten ist: Sämtliche Prozesse zum genannten Thema gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Kündigungsschutz im Sinne von Art. 210 Abs. 1 lit. b und 243 Abs. 2 lit. c ZPO und können daher einheitlich zum Gegenstand eines Schlichtungs- bzw. Gerichtsverfahrens gemacht werden (vgl. [zur Publ. best.] BGer 4A_565/2017 vom 11. Juli 2018, E. 1.2.2.1; BGE 142 III 278; BGE 142 III 402 E. 2 = Pra 2017 Nr. 71; BGE 142 III 515; BGE 142 III 690 E. 3.1 = Pra 2017 Nr. 95; BGer 4A_359/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.4; BGer 4A_300/2016 vom 5. Oktober 2016 E. 2.3).

3. *Würdigung*

3.1. *Zustandekommen und Bedeutung des Vergleichs vom 28. Oktober 2014*

An sich kann offenbleiben, ob der Vergleich vom 28. Oktober 2014 gültig zustande gekommen ist und wenn ja zwischen wem und mit welchem genauen Inhalt. Beide Parteien sind sich einig, dass mit der Vereinbarung die Mitgliedschaft des Beklagten in der Genossenschaft beendet werden sollte. Zudem wollten die Parteien der Klägerin den geplanten Ersatzneubau unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen. Streitig war schon im Kündigungsschutzverfahren MB160034-L lediglich, ob die Klägerin dem Beklagten und seiner Ehegattin ein genügendes Ersatzangebot im Sinne von Ziff. 2 und 3 des Vergleichs unterbreitet hatte und deshalb den Auszug der Mieter auf den Baubeginn hin fordern durfte. Vor Abschluss des genannten Vergleichs bestand aufgrund der Genossenschaftsmit-

gliedschaft des Beklagten eine vergleichbare Rechtslage, denn der in Ziff. 2 des Vergleichs erwähnte Art. 11 der Statuten der Klägerin enthält die in Ziff. 3 des Vergleiches näher umschriebene Verpflichtung der Klägerin zu einem zumutbaren Ersatzangebot im Falle eines Abbruchs oder Umbaus ebenfalls.

Belanglos ist auch, ob der Vergleich auf die Einführung einer Resolutivbedingung hinauslief oder ob die Beendigung des Mietverhältnisses nach Eintritt der Voraussetzungen gemäss Vergleich zusätzlich noch einer Kündigung bedurfte. Der Beklagte bestreitet letzteres zwar, während die Klägerin das Kündigungserfordernis aus der fehlenden Zustimmung der Ehegattin des Beklagten zum Vergleich ableitet. Unbestritten ist aber, dass die Klägerin am 6. April 2016 auf den 30. September 2016 eine Kündigung aussprach, nachdem ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen gemäss dem Vergleich eingetreten waren (... , vgl. insbesondere auch die nachgelieferte Begründung, ...).

Wollte man den genannten Fragen dennoch Relevanz beimessen, so wäre die Vereinbarung vom 28. Oktober 2014 als für alle Beteiligten bindend aufzufassen: Die Ehegattin des Beklagten hat die genannte Vereinbarung zwar nicht unterzeichnet. Unbestrittenermassen war sie bei der Verhandlung vor Friedensrichter aber zugegen und hat gegen die Neufassung des Mietvertrages nicht opponiert. Der Ausschluss des Beklagten aus der Genossenschaft beeinträchtigte ihre Rechtsstellung nicht, denn sie war schon zuvor nicht Genossenschafterin. Trotz des Ausschlusses verschlechterte sich auch insgesamt die mietrechtliche Stellung des Beklagten und seiner Ehegattin nicht, denn über Ziff. 2 und 3 des Vergleichs wurden die genossenschaftsrechtlichen Ausschlussgründe neu als mietrechtliche Kündigungs- bzw. Beendigungsvoraussetzungen definiert. Unter dem Aspekt von Art. 6 OR war eine explizite Annahme des Vergleichs durch die Ehegattin des Beklagten aufgrund der besonderen Umstände daher nicht erforderlich.

Mit der Vereinbarung war im Ergebnis auch keine Preisgabe von Rechten an der Familienwohnung verbunden, so dass sich auch unter dem Blickwinkel von Art. 169 ZGB kein anderes Resultat ergibt, ganz abgesehen davon, dass das Gesetz für die Zustimmung des Ehegatten jede ausdrückliche – mithin nicht nur still-

schweigende oder konkludente – Erklärung genügen lässt (BK-HAUSHEER/REUSER/GEISER, Art. 169 ZGB N 49). Unbestritten ist dabei, dass sich die Ehegattin des Beklagten im Nachgang zum Vergleich wiederholt und vehement auf die Vereinbarung berufen hat, die gerade auch ihre Position als Nicht-Genossenschafterin zu ihren Gunsten klarstellte. Wie sich aus den gerichtsnotorischen (dazu KUKO ZPO-SCHMID, Art. 153 N 4) und daher trotz der Bedenken der Klägerin ohne weiteres verwertbaren Aussagen der Ehegattin des Beklagten im Ausweisungsprozess MB160034-L ergibt, hat diese die Bedeutung des Vergleiches sehr genau erfasst und ihre Zustimmung dazu explizit zum Ausdruck gebracht, gab sie am 23. März 2017 doch zu Protokoll, für den Ausschluss des Beklagten aus der Genossenschaft " ... haben wir [!] einen Preis ver-
niger wichtig als die Wohnung. Die Genossenschaft muss deshalb einen erhöhten Anspruch unsererseits bezüglich des Preises, des Lärms, der Zimmer und des Gartensitzplatzes akzeptieren ... Die Mitgliede-
nossenschaft muss mir meines Erachtens eine Ersatzwohnung entsprechend der Vereinbarung anbieten". Auch wenn der versprochene Standard des Ersatzobjekts umstritten war, bestätigte die Klägerin damals doch zumindest die von der Ehegattin des Beklagten geschilderte Absicht hinter dem Vergleich, den Ausschluss des Beklagten 1 herbeizuführen, aber diesen (und seine Ehegattin) mietrechtlich nicht schlechter zu stellen als ein Genossenschaftsmitglied (a.a.O., ...).

Der Vergleich vom 28. Oktober 2014 enthält sodann in Ziff. 4 den Passus, bei Ablehnung eines in Ziff. 3 umschriebenen Umsiedlungsangebots vereinbare man den Weiterbestand des Mietverhältnisses bis zum Beginn der Abbrucharbeiten. Das legt eher nahe, dass ein resolutiv bedingtes Mietverhältnis entstehen sollte. Selbst unter diesem Aspekt war die Kündigung vom 6. April 2016 aber jedenfalls vertraglich zulässig und überdies zur Vermeidung einer unklaren Rechtslage unbedingt zu empfehlen. Selbst als blosser Mitteilung über den Eintritt der auflösenden Bedingung wäre die Erklärung nicht einfach bedeutungslos gewesen, denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliesst auch ein resolutiv bedingtes Mietverhältnis eine Erstreckung nicht aus, soweit wie hier aufgrund der Formulierung der Bedingung die Voraussetzungen von Art. 272a Abs. 1 lit. d OR

nicht erfüllt sind. Diesfalls liegt es im Interesse des Vermieters, den Mieter rechtzeitig über den Eintritt der Bedingung zu orientieren, denn von der Kenntnis des Mieters vom Eintritt der Bedingung hängt die Auslösung der Frist für ein Erstreckungsbegehren ab (BGE 121 III 260 E. 5b und 6b).

3.2. *Beendigung des Mietverhältnisses*

Aufgrund des von den Rechtsmittelinstanzen bestätigten Nichteintretensbeschlusses des Mietgerichts vom 20. Oktober 2016 im Anfechtungsverfahren MB160022-L steht vor dem Hintergrund der materiellrechtlichen Verwirkungsfrist von Art. 273 OR fest, dass keine Anfechtungs- oder Erstreckungsklage bezüglich des vorliegenden Mietverhältnisses mehr möglich ist. Weiter wurde mit dem Urteil MB160034-L vom 23. März 2017 rechtskräftig und damit für die Parteien und das Gericht verbindlich festgestellt, dass im Urteilszeitpunkt ein Rückgabeanspruch der Klägerin bestand. Über die Gründe musste sich das Gericht nicht aussprechen, denn die Parteien akzeptierten das unbegründet ergangene Urteil. Der genaue Beendigungszeitpunkt war nicht Thema des Verfahrens und ist daher von der Rechtskraft des Urteils nicht erfasst.

Unbestritten und durch die schon zitierten Protokollauszüge belegt ist immerhin, dass im Ausweisungsverfahren vor Mietgericht die gleichen Beendigungsgründe Thema waren wie schon zuvor im Kündigungsschutzverfahren und im summarischen Verfahren zur Handhabung klaren Rechts. Zentraler Punkt war, ob insbesondere die Ehegattin des Beklagten berechtigterweise die von der Klägerin offerierten Ersatzangebote abgelehnt hat oder nicht. Nach dem Gesagten war ein genügendes Ersatzangebot eine Kündigungs- bzw. Beendigungsvoraussetzung. Fehlte es an einem solchen, so hätte sich eine Kündigung als nichtig bzw. die Resolutivbedingung als inexistent erwiesen. Daraus kann umgekehrt der Schluss gezogen werden, dass dem Mietgericht bei seinem Urteil MB160034-L vom 23. März 2017 sämtliche Beendigungsvoraussetzungen gemäss Mietvertrag und/oder Genossenschaftsstatuten und/oder Vergleich vom 28. Oktober 2014 als erfüllt schienen.

3.3. *Haftung bei rechtswidrigem, prozessbezogenem Verhalten*

Das bedeutet aber nicht ohne weiteres, dass der Beklagte und seine Ehegattin für die insbesondere mit dem Ausweisungsverfahren verbundenen Folgen der Bauverzögerung haften: Wie der Beklagte zu recht vortragen lässt, darf der betroffenen Person schon als Ausfluss des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit (Art. 29, 29a und 30 BV) grundsätzlich kein Nachteil daraus erwachsen, dass sie ihre Rechte nach Treu und Glauben vor den zuständigen Behörden oder Gerichten geltend macht. Dies gilt auch dann, wenn sie im Verfahren unterliegt, denn die Führung des Prozesses allein ist nicht widerrechtlich oder vertragswidrig und darf nicht durch eine spätere Verpflichtung zu Schadenersatz indirekt sanktioniert werden (BGE 143 I 147 E. 3.3; vgl. BGE 123 III 101 E. 2a; BGE 117 II 394 E. 4; BGE 112 II 32 E. 2a; DIKE-Komm. ZPO-Göksu, Art. 52 N 30 f.).

Immerhin stellt sich bei offensichtlich aussichtslosen Verfahren die Frage der Schadenersatzpflicht. Insbesondere kann die ehemaligen Mieter bei aussichtslosen Kündigungsschutzklagen eine über die bisherige Mietzinshöhe hinaus gehenden Schadenersatzpflicht für die finanziellen Auswirkungen ihres weiteren Verbleibs im Objekt treffen (BGE 117 II 394 E. 3b; BGer 4C.256/2001 vom 14. November 2001 = mp 2004, 107 ff.). Die Haftung ist vertraglicher Natur (Art. 97 OR). Die missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Ausübung von Verfahrensrechten im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen oder zivilprozessualen Verfahrens stellt auch eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR dar, die entsprechende Haftungsfolgen auslösen kann (BGer 4C.353/2002 vom 3. März 2003 E. 5.1).

Im vorliegenden Fall umschrieben die Parteien in Ziffer 3 des Vergleichs vom 28. Oktober 2014 Kriterien, die ein Umsiedlungsangebot der Klägerin an den Beklagten und seine Ehegattin erfüllen muss. Dabei bedienten sie sich mehrerer unbestimmter und damit auslegungsbedürftiger Begriffe (mit dem Mietobjekt vergleichbares Angebot, "nach Möglichkeit, an ruhiger Lage mit Gartensitzplatz", vergleichbarer Preis; ...). Es liegt in der Natur der Sache, dass die Meinungen der Vermieter- und Mieterschaft in Bezug auf die Vergleichbarkeit von Umsiedlungs-

angeboten auseinandergo und die Anrufung des Gerichts zur Klärung dieser Frage oft unausweichlich ist. In Anbetracht der Tatsache, dass erst mit Erfüllung der mit auslegungsbedürftigen Begriffen umschriebenen Kriterien in Ziffer 3 des Vergleichs die Folge gemäss Ziffer 4 eintreten konnte, kann vorliegend nicht von einer schon vor dem Urteil vom 23. März 2017 klaren Rechtslage gesprochen werden. Es war weder treuwidrig noch mutwillig, das Gericht zur Klärung der Frage anzurufen, ob die erfolgten Umsiedlungsangebote den Kriterien gemäss Ziffer 3 des Vergleiches entsprachen oder nicht, mithin ob dementsprechend der Beendigungszeitpunkt gemäss Ziffer 4 eingetreten bzw. die ausgesprochene Kündigung gültig war. Was die von der Klägerin ins Feld geführten Ersatzangebote angeht, hat das Mietgericht im Ergebnis zumindest eines derselben als ausreichend erachtet, denn dies war Voraussetzung für das zugunsten der Klägerin lautende Urteil vom 23. März 2017. Der Beklagte wandte aber zu recht ein, dass der genannte Entscheid auf einer Ermessensbetätigung des Gerichts beruhte. In der Tat liegt die Liegenschaft O.-Strasse y in ... Zürich – allgemein bekannt und unbestritten – unmittelbar an der Bahnlinie, die von Zürich Richtung Urdorf, Birmensdorf, Knonauer Amt und Zug führt, während das Mietobjekt von der Bahnlinie durch andere Bauten abgeschirmt und darüber hinaus deutlich weiter entfernt war. Gleiches gilt für die Lage des Ersatzobjektes direkt an einer Strasse, auch wenn diese nicht viel befahren sein mag, wie die Klägerin angibt. Ähnliches lässt sich vom Angebot des Objekts an der O.-Strasse z sagen, welches die Klägerin anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 6. Dezember 2016 machte, denn die Wohnung liegt ebenfalls ohne Abschirmung an der gleichen Bahnlinie und an der gleichen Strasse wie das zuerst genannte Objekt. Bestanden aber schon aus diesen Gründen zwischen den Ersatzangeboten und dem Mietobjekt Unterschiede, die als relevant zu betrachten keineswegs von vornherein mutwillig oder trölerisch erscheint, fällt der Vorwurf missbräuchlicher Prozessführung, den die Klägerin gegen den Beklagten und seine Ehegattin erhebt, in sich zusammen.

Letztlich findet diese Einschätzung auch eine Bestätigung im Entscheid der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich vom 4. November 2016, welcher auf Nichteintreten auf das Ausweisungsgesuch der Kläge-

rin gestützt auf Art. 257 ZPO mangels liquider Verhältnisse lautete. Die Einzelrichterin erkannte, dass die versäumte Anfechtungsfrist die Mieter nicht daran hindere, gegen die Kündigung bzw. Beendigung des Mietverhältnisses Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsgründe geltend zu machen, ob sich diese nun aus der Doppelnatur des genossenschaftlichen Mietverhältnisses oder aus der Vereinbarung vom 28. Oktober 2014 ergeben. Über den Entscheid den Kopf zu schütteln (...), besteht unter solchen Prämissen jedenfalls kein Anlass, ganz besonders nicht für die von der Klägerin markierte Stelle (... [i m g e n a n n o t a c h m e i n e U r t e i l]), säumte Anfechtungsfrist eine unwirksame Kündigung nicht ausschliesst, und die nachfolgenden Ausführungen zu einer möglichen Unwirksamkeit der vorliegenden Kündigung.

Ein weiteres Indiz würde in die gleiche Richtung deuten, wenn die Darstellung der Klägerin zutrifft, dass die erste Instanz ihr (... zum Rückzug des gestellten Ausweisungsantrags im Rahmen vorsorglicher Massnahmen geraten hätte (...), denn nach Art. 261 ZPO ist für vorsorgliche Massnahmen u.a. eine günstige Hauptsachenprognose erforderlich. Zudem dürfen Leistungsmassnahmen den Endentscheid nicht präjudizieren, so dass damit auch dann Zurückhaltung am Platz ist, wenn es nicht um die unzulässige vorläufige Vollstreckung von Geldschulden geht.

Erstmals mit unbegründetem Urteil und Beschluss des Mietgerichts Zürich vom 23. März 2017 wurde dem Beklagten und seiner Ehegattin befohlen, die Wohnung zu verlassen. Berücksichtigt man die Begründungsfrist sowie einen allfälligen Weiterzug, lag frühestens am 24. April 2017 (Ablauf der Frist, um eine Begründung des Urteils zu verlangen), ein rechtskräftiges Urteil vor, auch wenn die Rechtskraft aus heutiger Sicht mangels Begründungsbegehrens letztlich auf den Urteilszeitpunkt zurückzubeziehen ist. Da der Beklagte und seine Ehegattin die Wohnung bereits am 19. April 2017 – folglich vor dem Zeitpunkt, bis zu welchem sie sich in guten Treuen ein Begründungsbegehren überlegen durften – zurückgaben, fällt ein etwaiger Schadenersatzanspruch auch für die Monate März und April 2017 ausser Betracht, unabhängig davon, ob es um die schliesslich vom

Beklagten und seiner Ehegattin akzeptierte Rückgabe noch ein Hin und Her gab oder nicht.

Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs erübrigt sich daher. Die Klage ist abzuweisen.

(...!)

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2018, 28. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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