

## **ZMP 2022 Nr. 10**

**Art. 271 f. OR; Art. 273 Abs. 5 OR. Zulässigkeit einer Kündigung des Hauptvermieters zum Zwecke der Vermietung an die Untermieter. Bedeutung der Prüfung einer Erstreckung von Amtes wegen bei abgewiesener Anfechtung einer Kündigung.**

*Dass der Hauptvermieter einer Untervermietung der Sache zugestimmt hat, welche die Mieter und Untervermieter zur Ermöglichung eines Auslandsaufenthalts eingegangen sind, ändert nichts an der Kündigungsfreiheit im Hauptvertrag. Die Absicht des Hauptvermieters, mit den Untermietern ein direktes Mietverhältnis einzugehen, stellt daher grundsätzlich kein missbräuchliches Kündigungsmotiv dar, sondern erweist sich als legitim. Anders zu entscheiden wäre nur bei Zusicherungen des Vermieters im Hauptverhältnis oder bei einer Absicherung der Rückkehrmöglichkeit in Form einer Mindestdauer des Hauptvertrages.*

*Dass die zuständige Behörde von Gesetzes wegen zu prüfen hat, ob das Mietverhältnis erstreckt werden kann, wenn sie eine Kündigung als gültig erachtet, stellt keine echte Einschränkung der Dispositionsmaxime dar, sondern will nur vermeiden, dass die Mieter den Erstreckungsanspruch mangels eines Antrags innert Frist verlieren, obwohl sie mit der Aufhebung der Kündigung letztlich mehr als eine blosser Erstreckung verlangt haben. Daher erweist sich der Rückzug eines eventuell gestellten Erstreckungsbegehrens als wirksam.*

Aus dem Beschluss und Urteil des Mietgerichts MJ220030-L vom 15. November 2022 (nicht rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Ebnöther, Meier, Leitender Gerichtsschreiber Meienberg):

«(...)

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

#### **1. Sachverhalt**

Die Kläger schlossen mit dem Beklagten am 20. Juli 2018 einen Mietvertrag über ein Reiheneinfamilienhaus an der N.-strasse Y in Zürich ab. Als Bruttomietzins wurde dabei Fr. 4'250.– vereinbart. Dem Kläger 1 bot sich die berufliche Möglichkeit, für ein Projekt temporär nach Berlin zu gehen. Aus diesem Grund schloss der

Kläger 1 mit U1 und U2 am 26. April «2018» (richtig: 2019) einen Untermietvertrag über das gesamte Mietobjekt zu den gleichen Mietzinskonditionen. Der Hauptmietvertrag zwischen dem Beklagten und den Klägern wurde mit amtlichem Formular vom 14. Januar 2022, jeweils separat an den Kläger 1 und die Klägerin 2 verschickt, per 30. April 2022 gekündigt. Als Begründung für die Kündigung gab der Beklagte auf Nachfrage per E-Mail vom 18. Januar 2022 an, dass ihm ein gleichmässiges, ruhiges und stabiles Miet- und Wohnverhältnis viel bedeute. Daher habe er sich dafür entschieden, die Belegung des Mietobjektes so zu belassen, wie sie aktuell sei [also mit den bereits im Mietobjekt lebenden Untermietern] und habe deshalb das Mietverhältnis mit den Klägern auflösen müssen.

## 2. Prozessgeschichte

(...)

## **II. Prozessuales**

### 1. Zuständigkeit und Verfahrensart

Das Mietgericht Zürich ist als Kollegialgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis, dem ein im Bezirk Zürich gelegenes Mietobjekt zugrunde liegt und beträgt der Streitwert mehr als Fr. 30'000.– (Art. 33 ZPO; § 21 i.V.m. Art. 26 GOG ZH). Für Prozesse betreffend Kündigungsschutz und Erstreckung bei Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), wobei die soziale Untersuchungsmaxime Anwendung findet (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Da beide Parteien anwaltlich vertreten sind, ist die Beschaffung des Prozessstoffes primär Sache der Parteien. Das Gericht hat sie dabei durch geeignete Fragen zu unterstützen (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2 = Pra 2013 Nr. 105; BGE 125 III 231 E. 4a; zum Ganzen auch ZMP 2020 Nr. 9).

### 2. Klageänderung

Das Rechtsbegehren hat grundsätzlich dem in der Klagebewilligung festgelegten Rechtsbegehren zu entsprechen. Es kann nur unter den Voraussetzungen von

Art. 227 ZPO bzw. Art. 230 ZPO abgeändert werden, namentlich wenn der neue Anspruch in der gleichen Verfahrensart zu behandeln ist und entweder mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei der Klageänderung zustimmt (BGer 5A\_588/2015 vom 9. Februar 2016 E. 4.3.1; EGLI, DIKE-Komm.-ZPO, 2. Aufl., Art. 209 N 5). Soll das Rechtsbegehren erst im Rahmen der Hauptverhandlung modifiziert werden, ist zusätzlich erforderlich, dass die Klageänderung auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht (Art. 230 ZPO). Hingegen ist eine Beschränkung der Klage jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO sowie Art. 230 Abs. 2 i.V.m. Art. 227 Abs. 3 ZPO).

Vorliegend stellten die Kläger anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. August 2022 ihren Eventualantrag, das Mietverhältnis sei angemessen zu erstrecken, nicht erneut. Eine solche Beschränkung ist zulässig, auch wenn das Gericht aufgrund von Art. 273 Abs. 5 OR – in Abweichung der Dispositionsmaxime (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO) – im Falle der Abweisung des Anfechtungsbegehrens von Amtes wegen eine Erstreckung zu prüfen hat (s. E. IV 2. m.w.H.).

Weiter stellten die Kläger anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. August 2022 erstmals das Begehren um Zusprechung einer Parteientschädigung (zzgl. MwSt) sowie um Auferlegung der Gerichtskosten zulasten des Beklagten. Der Antrag auf Ausrichtung einer Parteientschädigung kann auch erst anlässlich der Hauptverhandlung gestellt werden, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 230 ZPO erfüllt sein müssen (KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, 3. Aufl., Art. 230 ZPO N 7; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 105 N 4; BK ZPO-STERCHI, Art. 105 N 8; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZB.2018.24 vom 21. November 2018, E. 7.3). Grund hierfür ist, dass der Anspruch auf Parteientschädigung eine rein prozessrechtliche und akzessorische Nebenforderung des Hauptbegehrens darstellt (vgl. Art. 91 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 ZPO). Gleiches gilt für die Gerichtskosten mit dem Unterschied, dass die Gerichtskosten ohnehin von Amtes wegen festzusetzen und zu verteilen sind (Art. 105 Abs. 1 ZPO), so dass ein diesbezüglicher Antrag entbehrlich ist. Entsprechend ist der von den Klägern anlässlich der Hauptverhandlung neu gestellte Antrag zu berücksichtigen.

### III. Parteistandpunkte

#### 1. Standpunkt der Kläger

Die Kläger machen geltend, sie hätten bereits seit Mai 2013 an der N.-strasse in Zürich gelebt. Da sie drei Kinder hätten und entsprechend eine grosse Familie seien, seien sie froh gewesen, dass sie in ein grösseres Objekt an der gleichen Strasse hätten einziehen können. Die gesamte Familie sei mit den Bewohnern der Strasse eng verbunden und wolle auf keinen Fall das Quartier verlassen. Sie hätten alle ihre Freunde hier in der Schweiz an dieser Strasse. Ihre Kinder seien nach wie vor mit den Kindern dort befreundet und würden regelmässigen Kontakt pflegen. Ein solch enges Verhältnis sei bei den Untermietern nicht vorhanden. Die Kinder der Kläger hätten an dieser Strasse den Kindergarten besucht und seien dort auch eingeschult worden. Kurz nach Bezug des Mietobjektes habe der Kläger 1 ein attraktives Arbeitsangebot in Deutschland erhalten, welches auf zwei bis drei Jahre ausgelegt gewesen sei. Da die Kläger aber grosse Mühe gehabt hätten, vom Quartier und der N.-strasse wegzuziehen, hätten sie mit dem Beklagten nach einer Lösung gesucht, die eine Rückkehr ins Mietobjekt nach Abschluss des Projektes ermöglicht hätte. In der Folge hätten die Kläger mit der Familie U im Frühjahr 2019 Untermieter gefunden, welche sicherheitshalber ihre bisherige Wohnung – zumindest anfänglich – ebenfalls nur untervermietet hätten. Nach anfänglicher Ablehnung habe der Beklagte der Untermiete letztlich zugestimmt. Anfang Juni 2019 seien die Kläger mit der ganzen Familie nach Berlin gezogen und die Untermieter hätten das Mietobjekt bezogen. Im Februar 2021 hätten die Kläger den Untermietern mitgeteilt, dass sie nicht wie ursprünglich angedacht per 14. Juni 2021 in das Mietobjekt zurückkehren würden. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2021 habe der Kläger 1 den Untermietern schriftlich mitgeteilt, dass die Kläger per 14. Juni 2022 in das Mietobjekt zurückzukehren beabsichtigten. In der Folge hätten sich die Kläger bereit erklärt, ihre Rückkehr nochmals um ein Jahr zu verschieben, da die Untermieter die Kläger darauf hingewiesen hätten, dass es ihnen nahezu unmöglich sei, auf Juni 2022 eine andere, passende Unterkunft zu finden. Der Beklagte habe am 16. Dezember 2021 der Verlängerung des Untermietverhältnisses um ein weiteres Jahr telefonisch zugestimmt. Mit Kündigungsschreiben vom 14. Januar 2022 habe der Beklagte völlig überraschend das Mietverhältnis mit den Klägern per 30. April 2022

gekündigt, da er die Situation [im Mietobjekt] so belassen möchte, wie sie sei. Die Kündigung sei missbräuchlich, da die Kläger das Mietobjekt berechtigterweise und zu zulässigen Konditionen untervermietet hätten. Die Kläger hätten den Auslandsaufenthalt niemals ohne die Zustimmung des Vermieters zur Untervermietung und die Möglichkeit der Rückkehr angetreten.

Die Kündigung sei erst erfolgt, nachdem die Kläger den Beklagten über die beabsichtigte Rückkehr informiert hätten. Durch die Kündigung habe der Beklagte den aus der Untermiete abgeleiteten Anspruch auf Rückkehr in das Mietobjekt vereitelt. Werde die Rückkehr der Untervermieter in das Mietobjekt verunmöglicht, werde die Untermiete ihres Sinns und Zwecks entleert. Da das Motiv der Kündigung einzig in dieser Vereitelung der Rückkehr der Kläger liege, sei die Kündigung rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. a OR. Die Kündigung sei auch treuwidrig, weil der Beklagte sie ausgesprochen habe, obschon er der Verlängerung des Untermietverhältnisses zuvor noch zugestimmt habe. Aufgrund dieser Zustimmung hätten sich die Kläger darauf verlassen dürfen, dass sie das Mietobjekt ein weiteres Jahr untervermieten und anschliessend in das Mietobjekt zurückkehren könnten. Weiter könne der Beklagte kein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Kündigung vorweisen; insbesondere werfe er den Klägern auch kein Fehlverhalten vor. Da der Beklagte in keinem rechtlichen Verhältnis zu den Untermietern stehe, liege im Verhindern eines Umzugs der Untermieter kein eigenes schutzwürdiges Interesse.

## 2. Standpunkt des Beklagten

Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, er habe am 29. März 2019 seine Zustimmung für die Untervermietung erteilt, jedoch unter der Bedingung, dass das Untermietverhältnis auf ein Jahr zu begrenzen sei. Die Kläger hätten das Mietobjekt mit Untermietvertrag vom 26. April 2018 (gemeint 2019) per 14. Juni 2019 untervermietet und entgegen der Vereinbarung und ohne Zustimmung des Beklagten einen unbefristeten Untermietvertrag abgeschlossen. Die Untermieter würden seit über drei Jahren und somit über drei Mal so lange wie die Kläger im Mietobjekt wohnen. Der Beklagte sei mit den Untermietern sehr zufrieden. Sie hätten sich als vorbildliche Mieter herausgestellt. Darüber hinaus hätten die Untermieter Kinder, welche im Quartier in die Schule gehen würden. Die Familie sei im Quartier sehr verwurzelt. Die Kläger hätten aufgrund der langen Abwesenheit keinerlei Bezug zur Wohnung

und zum Quartier. Die E-Mail vom 14. Dezember 2021 belege, dass die Kläger flexibel und nicht auf das im Streit liegende Haus angewiesen seien. Daher habe er sich dazu entschieden, das Mietverhältnis mit den Klägern zu kündigen und mit den Untermietern einen identischen Mietvertrag abzuschliessen. Ziel sei es gewesen, dass im Mietobjekt Kontinuität herrsche und eine Familie dort wohne, welche im Quartier verwurzelt sei. Der Beklagte sei anlässlich des Telefonats vom 16. Dezember 2021 in Bezug auf die erneute Verlängerung des Untermietverhältnisses nur damit einverstanden gewesen, dass die Untermieter im Mietobjekt bleiben würden. Er habe den Klägern aber nie signalisiert, dass es für ihn in Ordnung sei, dass die Kläger zurückkehren würden.

#### **IV. Materielles**

##### **1. Gültigkeit der Kündigung**

###### **1.1. Theorie**

Unbefristete Mietverträge können von beiden Parteien unter Wahrung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen und Kündigungsterminen gekündigt werden (Art. 266a Abs. 1 OR). Für eine gültige Kündigung bedarf es dabei auch im Lichte von Art. 271 OR keines spezifischen Grundes (BGE 142 III 91 E. 3.2.1). In formeller Hinsicht ist der Vermieter verpflichtet, das Mietverhältnis mit amtlich genehmigten Formular zu kündigen (Art. 266l Abs. 2 OR). Unbestrittenermassen erfolgte die Kündigung des Mietverhältnisses vertragskonform und erfüllte auch die gesetzlichen Formvorschriften. Nichtigkeitsgründe sind weder behauptet noch ersichtlich.

Die geltende Kündigungsfreiheit wird einzig durch den Grundsatz von Treu und Glauben eingeschränkt (Art. 271 Abs. 1 OR). Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt vor, wenn die Kündigung ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem erheblichen Missverhältnis zueinander stehen. Zu beachten sind zunächst die aus dem allgemeinen Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben entwickelten Kriterien. Es ist zu fragen, ob auch ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner in der gleichen Situation zur Kündigung gegriffen hätte (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Art. 271a OR konkreti-

siert und erweitert die Grundnorm von Art. 271 OR. Der Katalog anfechtbarer Kündigungen in Art. 271a OR bestätigt, dass das Gesetz eher von positiven Loyalitätskriterien und vom Sozialschutzgedanken ausgeht, denn vom negativ geprägten Missbrauchs begriff (BGE 131 III 33 E. 3.2). Massgeblich sind selbstverständlich auch die Kriterien, die in Zusammenhang mit dem Verbot (offensichtlichen) Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB entwickelt worden sind, wobei Offensichtlichkeit in Art. 271 OR gerade nicht vorausgesetzt wird (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271 OR N 56). Anfechtbar sind daher neben nutzlosen oder gar schikanösen Kündigungen auch solche, die Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens oder schonungsloser Rechtsausübung sind. Nicht jedes Interessensmissverhältnis genügt allerdings für eine Ungültigerklärung einer Kündigung. Wann ein Interessenungleichgewicht zur Aufhebung der Kündigung führt, ist im Einzelfall zu entscheiden, aber jedenfalls nicht leichthin anzunehmen. Die Interessenabwägung beim Kündigungsschutz im engeren Sinn hat eine andere Qualität als jene bei der Erstreckung (Kündigungsschutz im weiteren Sinn). In letzterem Fall führt eine durch die Kündigung ausgelöste Härte des Mieters stets zu einer Erstreckung des Mietverhältnisses, soweit das Interesse des Vermieters an der Auflösung die Härte nicht überwiegt. Beim Kündigungsschutz im engeren Sinn genügt dagegen nur ein erhebliches Interessengefälle zum Nachteil des Mieters für eine Aufhebung der Kündigung (vgl. BGE 125 III 231 E. 4b; BGE 135 III 112 E. 4; BGE 140 III 496 E. 4.1; BGer 4A\_703/2016 vom 24. Mai 2017 E. 4.1 und 4.2 [nur im Internet publ. Teil von BGE 143 III 344]; BGer 4A\_131/2008 vom 25. Juni 2008; BGer 4A 518/2010 vom 6. Dezember 2010 E. 2.4.2). Nach der Konzeption des Gesetzes bleibt es grundsätzlich bei der Kündigungsfreiheit (entsprechend kennt das Gesetz auch keinen Katalog gültiger Kündigungsgründe) und es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die kündigende Partei eigene Interessen über diejenigen der gekündigten Partei stellt, solange jenes Interesse nur auch tatsächlich vorhanden ist (CHK-HULLIGER/HEINRICH, 3. Aufl., Art. 271-271a OR N 3 f.; Mietrecht für die Praxis (MPra)-THANEI, 10. Aufl., S. 886). Dabei ist nicht erforderlich, dass der Vermieter eigene Interessen wahrt; auch die schutzwürdige Geltendmachung von Drittinteressen genügt. So ist es etwa zulässig, wenn der Vermieter der Mietpartei kündigt, um die Wohnung Bekannten oder einem Freund zu überlassen (CHK-HULLIGER/HEINRICH, a.a.O., Art. 271-271a OR N 3). So

erweist es sich als legitim, wenn der Vermieter die Interessen eines ihm aus bestimmten Gründen näher stehenden Dritten über diejenigen des Mieters stellt (ZMP 2019 Nr. 9 E. III.1.2, S. 5). Aus welchen Gründen der Vermieter Drittinteressen über die Interessen der aktuellen Mieter stellt, ist irrelevant, solange die Gründe nicht nur vorgeschoben oder an sich missbräuchlich sind. Entsprechend ist insbesondere anerkannt, dass ein Vermieter im Lichte von Art. 271 f. OR grundsätzlich befugt ist, einen Mietvertrag zu kündigen, weil er einer anderen Person gegenüber der aktuellen Mietpartei den Vorzug geben will (ZMP 2021 Nr. 13 E. III 2.2; ZMP 2019 Nr. 9; ZMP 2018 Nr. 11, MG, E. 4.2.2; OG, E. III.1.3.3-5). Dies ist letztlich Ausdruck der Partnerwahlfreiheit und damit eines zentralen Elements der allgemeinen Vertragsfreiheit. Dabei kann es auch nicht darauf ankommen, wem die Wohnung künftig überlassen werden soll, sofern keine weiteren Umstände vorliegen, die einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen.

Massgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung (BGE 142 III 91 E. 3.2.1; BGer 4A\_435/2021 vom 14. Februar 2022 E. 3.1.3; KUKO OR-BLUMER, Art. 271/271a N 16). Laut Bundesgericht obliegt es grundsätzlich dem Empfänger der Kündigung zu beweisen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Verstoss gegen Treu und Glauben gegeben sind, mithin darzutun, dass die Kündigung ohne schützenswerten oder gar aus einem verpönten Grund erfolgte; der Kündigende hat jedoch redlich zur Wahrheitsfindung beizutragen und die Kündigung auf Ersuchen hin zu begründen (vgl. Art. 271 Abs. 2 OR und Art. 8 ZGB; BGE 138 III 59 E. 2.1). Da es sich beim Grundsatz von Treu und Glauben um einen Rechtsbegriff handelt, sind diejenigen Tatsachen zu beweisen, die auf einen Verstoss gegen diesen Grundsatz schliessen lassen (BGer 4A\_345/2007 vom 8. Januar 2008 E. 2.4.3). Die kündigende Partei ist an die von ihr gegebene Begründung der Kündigung grundsätzlich gebunden (BGer 4A\_342/2007 vom 2. November 2007 E. 2.2.1) und muss den Kündigungsgrund zumindest glaubhaft machen (BGer 4A\_518/2010 vom 16. Dezember 2010 E. 2.4.1).

## 1.2 Würdigung im konkreten Fall

### 1.2.1 Keine Vergeltungs- bzw. Vereitelungskündigung

Die Kläger machen geltend, dass der Beklagte das Mietverhältnis gekündigt habe, weil sie nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend gemacht



hätten (sog. Vergeltungskündigung). Damit machen die Kläger sinngemäss geltend, dass bei Untermietverhältnissen die Kündigungsfreiheit und das Recht des Vermieters, den Vertragspartner selbst auszusuchen, eingeschränkt sei. Den Klägern ist zuzustimmen, dass die Untermiete nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden darf (vgl. Art. 262 OR) und Sinn und Zweck der Untermiete u.a. darin liegt, dass die Mietpartei temporär an einem anderen Ort wohnen und später zurückkehren kann. Ein Mieter hat unter den Voraussetzungen von Art. 262 OR zwar das Recht, ein Untermietverhältnis einzugehen bzw. einen Anspruch auf Zustimmung des Vermieters zur Untermiete, dies vermittelt aber – entgegen der klägerischen Ansicht – nicht auch einen Anspruch auf Rückkehr in das Mietobjekt, jedenfalls soweit dies nicht auch im Hauptvertrag seinen Niederschlag findet, etwa in Form einer entsprechenden Mindestdauer. Würde man allein wegen der Tatsache der Untervermietung bzw. der Zustimmung dazu einen Anspruch auf Rückkehr annehmen, würde dies die Kündigungsfreiheit bzw. das Recht des Vermieters, ein Mietverhältnis ordentlich zu kündigen, unterlaufen. Der Hauptvermieter könnte dem Mieter und Untervermieter das Mietverhältnis nicht kündigen, solange dieser nicht (wieder) im Mietobjekt wohnt. Eine solche Einschränkung der Kündigungsfreiheit bei Untermietverhältnissen würde bedeuten, dass Mieter, welche das Mietobjekt an eine Drittpartei untervermieten und entsprechend das Mietobjekt gar nicht selbst bewohnen, vor Kündigungen besser geschützt wären als Mieter, die das Mietobjekt selber nutzen und entsprechend darauf angewiesen sind. Dies lässt sich offenkundig nicht mit dem geltenden Kündigungsschutz, welcher ein Sozialrecht darstellt, vereinbaren. Entsprechend kann die Kündigung des Beklagten mangels eines Rückkehranspruchs der Kläger offensichtlich auch keinen Verstoss gegen Art. 271a Abs. 1 lit. a OR bilden. Eine Vergeltungskündigung i.S.v. Art. 271 Abs. 1 lit. a OR würde nur vorliegen, wenn die Kündigung einzig ausgesprochen worden wäre, weil die Mieter das Mietobjekt untervermieten wollten (vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.1; BGer 4C.155/2000 vom 30. August 2000 E.2a; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271a OR N 24). Dies ist vorliegend aber unbestrittenermassen nicht der Fall.

### 1.2.2 Kein widersprüchliches Verhalten seitens des Beklagten

Weiter begründen die Kläger die Treuwidrigkeit der Kündigung damit, dass der Beklagte die Kündigung ausgesprochen habe, nachdem er der Verlängerung des Untermietverhältnisses zuvor zugestimmt habe. Unbestritten ist, dass der Beklagte anlässlich des Telefonats mit dem Kläger 1 vom 16. Dezember 2021 der Verlängerung des Untermietverhältnisses bzw. dem Verbleibs der Untermieter im Mietobjekt zugestimmt hat, bevor er das Mietverhältnis am 14. Januar 2022 kündigte. Der genaue Inhalt des Telefongesprächs zwischen den Parteien kann rückblickend nicht mehr eruiert werden, spielt letztlich aber keine Rolle. So wurde durch die Kläger nicht behauptet, dass der Beklagte anlässlich dieses Telefonats den Klägern zugesichert habe, dass in nächster Zeit keine Kündigung im Raum stehe. Weiter wurde auch nicht behauptet, dass der Beklagte den Klägern eine Rückkehr ins Mietobjekt zugesichert habe. Insofern liegt diesbezüglich auch kein widersprüchliches Verhalten vor.

Vorliegend kündigte der Beklagte nicht aufgrund der Verlängerung des Untermietverhältnisses um ein weiteres Jahr, sondern weil er die Situation, wie sie seit mehreren Jahren gelebt wurde, rechtlich den tatsächlichen Gegebenheiten anpassen und einen zusätzlichen Umzug in seiner Liegenschaft verhindern wollte. Dass der Beklagte trotz Verlängerung des Untermietverhältnisses ein direktes Vertragsverhältnis mit den Untermietern anstrebte, ist unter dem Aspekt, dass der Vermieter befugt ist, einen Mietvertrag zu kündigen, weil er einer anderen Person gegenüber der aktuellen Mietpartei den Vorzug geben will, nicht zu beanstanden. Auch wenn die Kündigung für die Kläger unbestrittenermassen überraschend kam, lässt sich daraus nicht automatisch auf ein widersprüchliches Verhalten schliessen. Anderes würde zu einer Art Sperrfrist nach Bewilligung eines Untermietverhältnisses führen, welche, denkt man diesen Ansatz konsequent zu Ende, auch nach Mietvertragsunterzeichnung im Allgemeinen gelten müsste. Dieser Ansatz geht aber offenkundig zu weit. Ein widersprüchliches Verhalten seitens des Beklagten kann unter diesem Gesichtspunkt nicht festgestellt werden. Hätten die Kläger absolute Gewissheit bzgl. ihrer beabsichtigten Rückkehr haben wollen, hätten sie entweder eine Zusage beim Beklagten einholen oder gemeinsam mit diesem den Mietvertrag mit einem frühestmöglichen Kündigungstermin ergänzen müssen.

Es liegt im Übrigen auch kein nachträglicher Widerruf der Zustimmung zur Untervermietung durch den Beklagten vor. Die einmal abgegebene Zustimmung, welche grundsätzlich unwiderruflich ist, führt lediglich dazu, dass die Untermiete mietvertragskonform ist (vgl. ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 262 N 34). Sie gilt zwar für die gesamte Dauer des Hauptmietverhältnisses (Mietrecht für die Praxis-ZAHRADNIK, 10. Aufl., Zürich 2022, S. 708). Auf die Dauer des Hauptmietverhältnisses selber hat die Untervermietung – selbst wenn sie berechtigterweise erfolgt – aber keinen Einfluss. Entsprechend führt die Zustimmung zur Untermiete – wie bereits oben festgestellt – nicht zu einer Einschränkung der Kündigungsfreiheit.

### 1.2.3 Schutzwürdiges Interesse des Beklagten

Weiter begründen die Kläger die Missbräuchlichkeit der Kündigung damit, dass der Beklagte kein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Kündigung habe. Wie bereits ausgeführt, ist es gerade nicht erforderlich, dass der Vermieter eigene Interessen an der Benützung der Sache geltend macht. Die aktuellen Untermieter haben offenkundig und unbestrittenermassen ein erhebliches Interesse am Verbleib (neu als Hauptmieter statt als Untermieter) im Mietobjekt. Dies zu ermöglichen, stellt aus Sicht des Beklagten ein legitimes Vermieterinteresse dar. Dieses wiegt nicht etwa leicht, denn der Beklagte stand zum Zeitpunkt der Kündigung vor dem Dilemma, welcher von den beiden betroffenen Familien er die künftige Nutzung der Sache ermöglichen sollte. Dem Interesse der Untermieter den Vorzug zu geben, erscheint nur schon deshalb als nachvollziehbar, weil die Kläger aktuell über eine Wohnung verfügen, während die Untermieter ihre zunächst untervermietete frühere Wohnung nach der Verlängerung des Untermietverhältnisses mit den Klägern aufgeben und im Zeitpunkt der Kündigung auch schon doppelt so lange wie die Kläger im Mietobjekt gelebt haben.

Zudem erklärte der Beklagte unwidersprochen, dass er mit den aktuellen Untermietern sehr zufrieden sei, er Kontinuität im Haus wünsche und er entsprechend einen zusätzlichen Umzug vermeiden wolle. Dass diese Begründung nur vorgeschoben wäre, behaupten auch die Kläger nicht. Die Vermeidung von Umzügen, welche i.d.R. mit Aufwand und zusätzlichen Ausgaben verbunden sind, sowie die Möglichkeit, seine Vertragspartner selber zu bestimmen, stellen legitime Interessen des Beklagten dar. Inwiefern diese Interessen nicht schutzwürdig sein sollen, wird von den

Klägern nicht substantiiert behauptet und lässt sich auch den Unterlagen nicht entnehmen. Entsprechend hat es aus Sicht eines vernünftigen, korrekten und loyalen Vertragspartners nicht a priori etwas Unrechtmässiges oder gar Missbräuchliches an sich, ein Mietverhältnis zu kündigen, damit die aktuellen Untermieter im Mietobjekt bleiben können.

#### 1.2.4 Kein (erhebliches) Interessenmissverhältnis

Inwiefern die soeben aufgezeigten Interessen des Beklagten (vgl. E. IV.1.2.3.) in einem erheblichen Missverhältnis zu jenen der Kläger stehen, wird von den Klägern nicht näher behauptet. Das Interesse der Kläger besteht darin, wieder in die Schweiz zurückzukehren und in das Mietobjekt, welches sie vor ihrer Abreise nach Deutschland bewohnt hatten, einzuziehen. Es mag sein, dass die Kläger und ihre Kinder bereits vor ihrem Einzug ins Mietobjekt einige Jahre an der N.-strasse in Zürich gelebt und dort nach wie vor ihre Freunde haben. Es kann offen bleiben, ob dies auch heute noch als Verwurzelung bezeichnet werden kann. Dies allein vermag jedenfalls kein erhebliches Interessenmissverhältnis zu begründen.

#### 1.3 Fazit

Nach dem Gesagten erweist sich die vom Beklagten ausgesprochene Kündigung als gültig. Entsprechend ist die Klage im Hauptpunkt abzuweisen.

#### 2. Erstreckung des Mietverhältnisses

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. August 2022 stellten die Kläger ihren Eventualantrag, das Mietverhältnis sei angemessen zu erstrecken, nicht erneut. Eine solche Beschränkung der Rechtsbegehren ist einem teilweisen Klagerückzug gleichzusetzen (vgl. KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, 3. Aufl., Art. 227 N 35) und ist zulässig (Art. 230 Abs. 2 i.V.m. Art. 227 Abs. 3 ZPO).

Auch wenn im Falle der Abweisung des Anfechtungsbegehrens gemäss Art. 273 Abs. 5 OR die zuständige Behörde von Amtes wegen zu prüfen hat, ob das Mietverhältnis erstreckt werden kann, ist ein solcher Klagerückzug zulässig: Die in der genannten Bestimmung enthaltene Einschränkung der Dispositionsmaxime bedeutet nicht, dass das Gericht der klagenden Partei eine Erstreckung gegen ihren er-

klären Willen aufzuzwingen hätte. Die Norm will nur sicherstellen, dass eine Erstreckung insbesondere bei einer Klage von Laien einzig an der verpassten Verwirklichungsfrist scheitert, obwohl doch innert Frist gar die Aufhebung der Kündigung beantragt wurde (SVIT-Kommentar-POLIVKA, Art. 273 OR N 26 ff.; vgl. auch die Erläuterung des Bundesrates zu Art. 273a Abs. 2 des Entwurfs in der Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBl 1985 I S. 1464 f.). Es ist im Übrigen unbestritten, dass der Mieter ein reines Erstreckungsbegehren sehr wohl zurückziehen kann. Aufgrund der vorliegenden Beschränkung des Rechtsbegehrens (sog. qualitative Klagebeschränkung) ist daher das Verfahren in Bezug auf das ursprünglich eventualiter gestellte Erstreckungsbegehren abzuschreiben.

Selbst wenn aufgrund der *Offizialmaxime* eine allfällige Erstreckung von Amtes wegen zu prüfen wäre, kann gesagt werden, dass die Kläger aktuell immer noch in Berlin leben. Da die Kläger derzeit ohnehin nicht im Mietobjekt wohnen, kann offensichtlich nicht von einer Härte gesprochen werden.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess verteilt (Art. 106 ZPO) und bemessen sich anhand des Streitwerts der Klage (vgl. Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010, nachfolgend GebV OG, und Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010, nachfolgend AnwGebV; Art. 96 ZPO). Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei allfällige *Eventualbegehren* nicht hinzugerechnet werden. Entsprechend ist der Streitwert einzig in Bezug auf die Gültigkeit der Kündigung zu berechnen. Bei einem Bruttomietzins von Fr. 4'250.– beläuft sich der Streitwert zur Berechnung der Prozesskosten unbestrittenmassen auf Fr. 165'750.– (39 x Fr. 4'250.–).

Bei diesem Streitwert beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr Fr. 11'380.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr ist § 7 GebV OG und bei der Festlegung der Parteientschädigung § 4 AnwGebV angemessen zu berücksichtigen. Vorliegend erweist es sich als angemessen, sowohl die Gerichtskosten als

auch die Parteientschädigung jeweils um einen Drittel zu ermässigen. Ansonsten besteht wegen des durchschnittlichen Aufwandes des vorliegenden Verfahrens kein Grund, von den ordentlichen Ansätzen der Verordnungen des Obergerichts abzuweichen. Entsprechend ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 7 lit. a GebV OG auf Fr. 7'590.– und die Parteientschädigung unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 3 AnwGebV OG auf Fr. 10'560.– (inkl. MwSt) festzusetzen. Vorliegend unterliegen die Kläger vollumfänglich und werden entsprechend prozesskostenpflichtig.

(...).»

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2022, 32. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw M. Meienberg, Leitender Gerichtsschreiber;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident