

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LH110002-O/U

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

Urteil vom 27. Februar 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Revisionskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Revisionsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Revision des Beschlusses vom 25. Februar 2009 / Kündigungsschutz / Anfechtung / Rückweisung (Proz. NG090003) und des Zirkular-Erledigungsbeschlusses vom 12. November 2010 / Ausweisungsverfahren (Proz. PN100183)**

Mietobjekt: **C.** _____-Str. ..., **D.** _____

**Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirkes Zürich vom
23. August 2007; Proz. MB060014 (einfaches und rasches Verfahren)**

**Rückweisungsbeschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom
24. Dezember 2008; Proz. AA080047**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Audienzrichteramtes
des Bezirkes Zürich vom 30. Juni 2010 und 16. September 2010; Proz.
EU100346 (summarisches Verfahren)**

Erwägungen:

1.1 Am 6. September 2011 (Datum Poststempel) stellte der Kläger und Revisionskläger (nachfolgend Kläger) bei der Kammer ein Revisionsgesuch mit folgenden Anträgen (act. 125 S. 2):

- "1. Es seien die Beschlüsse des Obergerichts vom 25. Februar 2009 und vom 12. November 2010 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es seien nach Ermessen des Gerichtes die notwendigen vorsorglichen Massnahmen vorzukehren, insbesondere die Gesuchsgegnerin anzuweisen genügend Sicherheit zu leisten.
3. Es sei dem Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege und bei Annahme des Gesuches die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren.
4. Es sei dem Gesuchsteller gestützt auf Art. 6 Ziff. EMRK das Recht einzuräumen, sich zu Stellungnahmen der Gesuchsgegnerin zu äussern, ebenso zu gegebener Zeit Anträge zur Sache zu stellen und sich dazu zu äussern.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.
6. Sollte das Gericht auf das Revisionsgesuch nicht eintreten oder dieses abweisen, so seien nichtsdestotrotz gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO der Gesuchsgegnerin keine Parteikosten zuzusprechen und ihr die Gerichtskosten aufzuerlegen."

1.2 Mit Beschluss vom 19. Oktober 2011 wurde das vom Kläger gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutgeheissen. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie um Bestellung eines unentgeltlichen

Rechtsbeistandes wurde abgewiesen (act. 132 S. 2). Die vom Kläger dagegen erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde mit Urteil vom 11. Januar 2012 ebenfalls abgewiesen (act. 143). Darauf ist nicht weiter einzugehen.

1.3 Am 22. November 2011 reichte die Beklagte und Revisionsbeklagte (nachfolgend Beklagte) innert Frist die Revisionsantwort mit Beilagen zu den Akten (act. 136; act. 138/1-3). Der Kläger erstattete mit Eingabe vom 14. Dezember 2011 eine „Replik“ (act. 142). Das Revisionsverfahren erweist sich als spruchreif.

1.4 Die Beklagte legte mit der Revisionsantwort eine von ihr unterzeichnete Vollmacht ins Recht (act. 137). Die darin aufgeführten Rechtsvertreter sind somit für das Revisionsverfahren gehörig bevollmächtigt. Dass auf dem Deckblatt der Revisionsantwort (act. 136 S. 1) noch Y._____ erwähnt wird, ist ohne Belang, indem sich der Rechtsvertreter der Beklagten im Text seiner Revisionsantwort direkt auf die von der Beklagten unterzeichnete Vollmacht stützt (act. 136 S. 2). Das ist massgebend und entsprechend muss auch das Rubrum des vorliegenden Entscheides lauten.

Zutreffend ist, dass das Alter der Beklagten sowie ergänzend dazu das Schriftbild in der Begründung des Entscheides der Kammer vom 25. Februar 2009 (act. 124 S. 6) in dem Sinne erwähnt wurden, dass diese darauf schliessen liessen, dass eine Reise von E._____ nach Zürich zur Schlichtungsverhandlung für sie schwierig gewesen wäre. Zu beurteilen war dort jedoch einzig die Zumutbarkeit des persönlichen Erscheinens. Für die Frage der Vollmachtenerteilung als solcher ist daraus nichts abzuleiten und die reinen Mutmassungen des Klägers (act. 142 S. 4) erfordern keine Weiterungen. Dem vom Kläger in der Eingabe vom 14. Dezember 2011 gestellten prozessualen Antrag 1 (act. 142 S. 2) ist nicht statt zu geben. Festzuhalten bleibt, dass die Akten dem Revisionskläger jederzeit zur Einsicht offen standen.

1.5 Was die mit „Replik“ überschriebene Eingabe des Klägers anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass es bei der Revision gemäss Art. 329 und 330 ZPO (grundsätzlich) je einen gesetzlich vorgesehenen Parteivortrag gibt. Der Kläger erwähnt das Recht auf Replik, welchen er aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ableitet (act.

142 S. 3). Zutreffend ist, dass es – unabhängig von der gesetzlich vorgesehenen Anzahl von Parteivorträgen – ein auf dem Anspruch auf rechtliches Gehör basierendes und in der Praxis allgemein anerkanntes Recht auf Stellungnahme gibt. Dies bedeutet, dass dem Kläger im Anschluss an die Revisionsantwort nicht eine eigentliche Frist zur Erstattung einer Revisionsreplik anzusetzen war, sondern dass ihm die Revisionsantwort der Beklagten zur Kenntnis gebracht wurde (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, N. 3 zu Art. 330; vgl. act. 139). Das Recht auf einen vollwertigen Parteivortrag mit neuen Vorbringen gibt eine solche Gelegenheit zur Stellungnahme jedoch nicht (vgl. KuKo ZPO-Jent-Sørensen, N. 7 zur Art. 253; BGE 132 I 46 f.), insbesondere sind keine neuen Anträge zulässig, sondern es ist lediglich die Möglichkeit, sich zur der Eingabe der Gegenpartei zu äussern, zu gewähren. Soweit der Kläger neue Anträge stellt und soweit er Neues vorbringt, ohne dass dazu die Revisionsantwort der Gegenpartei Anlass gegeben hat, ist darauf nicht weiter einzugehen; dies betrifft die prozessualen Anträge 2-4 (act. 142 S. 2). Der Kläger führt seit Jahren einen Prozess wegen des Mietverhältnisses. Er macht geltend, die Prozessführungsbefugnis der Beklagten sei weder belegt noch substantiiert dargetan; die Beklagte werde daher lückenlos seit dem 24. November 2002 bis heute ihren Parteistatus zu belegen haben. Was der Kläger geltend macht, ist die Frage der alleinigen Legitimation der Beklagten; sollte sich diese Frage bisher noch nicht gestellt haben, so ist schwer vorstellbar, dass er die von ihm vorgebrachten Einwendung früher nie hätte vorbringen können, was nach dem Sorgfaltsmassstab für die Revision (Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO: „die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte“) erforderlich wäre. Wie es sich mit damit verhält, muss im vorliegenden Verfahren allerdings nicht geprüft werden. Bei der Revision handelt es sich um eine Rückgängigmachung eines rechtskräftigen Entscheides und die beiden vom Kläger anvisierten Entscheidungen sind ausschliesslich gegen die Beklagte ergangen. Die Aufhebung im Rahmen einer Revision kann ohnehin nur gegen die seinerzeitige Partei erfolgen, unabhängig davon, ob es die richtige war.

1.6 Die Behauptung des Klägers, das Verwandtschaftsverhältnis zwischen F._____, Y._____ und der Beklagten sei nie verbindlich geklärt worden (act. 142 S. 4 ff.), ist eine Kritik an den bisherige Entscheidungen, die nicht zu berücksichti-

gen ist. Die Revisionseingabe der Beklagten hat in dieser Frage nichts Neues ergeben, so dass es nicht angeht, sie jetzt zu thematisieren, weil das schon vorher hätte getan werden können. Ausserdem hat sie mit dem auf die Revision beschränkten Thema des vorliegenden Verfahrens – ob die „Drittvermietung“ belegen könne, dass der Eigenbedarf vorgetäuscht worden sei – nichts zu tun.

1.7 Der Kläger irrt, wenn er davon ausgeht, dass es „in jedem Verfahrensstadium zu berücksichtigende Nichtigkeitsgründe“ gibt (act. 142 S. 6 f. Ziff. 7). Sowohl das Kündigungs- als auch das Ausweisungsverfahren sind rechtskräftig abgeschlossen und eine Ausnahme von der Rechtskraft besteht nur dort, wo es um die nachträgliche Entdeckung erheblicher Tatsachen oder Beweismittel geht, die im früheren Verfahren nicht beigebracht werden konnten (Art. 326 Abs. 1 lit. a ZPO). Weil die Revision innert 90 Tagen seit der Entdeckung geltend gemacht werden muss (act. 329 Abs. 1 ZPO), müsste ausserdem der Zeitpunkt der Entdeckung dargetan werden. Verfahrensmängel aus dem Schlichtungsverfahren, die Kündigung durch Y._____, die Nichtigkeit der Kündigung, die nicht belegten Angaben zum Prozentsatz der vorgeschobenen Eigenbedarfskündigungen, das Verhältnis des Vertreters der Beklagten und dem Mietgerichtspräsidenten, die Befangenheitsthematik etc. sind weder neu noch wurden sie innert der Frist von 90 Tagen seit ihrer Entdeckung vorgebracht. Im Gegenteil ergibt sich aus den Vorbringen des Klägers, dass er „seine Behauptungen, einerseits erfolge die Kündigung aus Gründen der Ertragsoptimierung, andererseits aus rassistischen zumindest ausländerfeindlichen Motiven bzw. aus reiner unnützer Schikane“ bereits früher vorgebracht und nachgewiesen haben will (act. 142 S. 8 Ziff. 8). All das ist damit weder neu und mit Blick auf die 90 Tage des Art. 329 Abs. 1 ZPO ohnehin verwirkt, so dass die Revision diesbezüglich offensichtlich unzulässig ist.

2.1 Die Vorgeschichte des Revisionsverfahrens ist allen Parteien hinreichend bekannt. Zur Prozessgeschichte kann daher auf den Beschluss der Kammer vom 19. Oktober 2011 verwiesen werden (act. 132 S. 2 f.). Dem Kläger wurde mit amtlichem Formular vom 27. Dezember 2005 der Mietvertrag für die Wohnung an der C._____-Str. ... in D._____ mit der Begründung "Eigenbedarf" auf den 31. März 2006 gekündigt (act. 58 S. 3 f.). In der Folge focht der Kläger sowohl die Kündi-

gung als auch die Ausweisung durch alle Instanzen erfolglos an. Seit Mai 2011 bewohnt der Kläger die Wohnung nicht mehr (act. 132 S. 2 f.). Unbestrittenermassen suchte die Beklagte im Juni 2011 einen Nachmieter für die nunmehr freigewordene Wohnung (act. 136 S. 8).

2.2 Mit dem Revisionsgesuch (act. 125) macht der Kläger im Kern Folgendes geltend: Indem die Wohnung fremd vermietet und somit nicht zur Ausübung des mit der Kündigung geltend gemachten Eigenbedarfs von F._____ genutzt werde, werde belegt, dass der Eigenbedarf lediglich vorgetäuscht worden sei. Das vorausgesetzte unechte Novum als Revisionsgrund bestehe vorliegend aus der inneren Tatsache der Beklagten, welche den Eigenbedarf bloss vorgetäuscht habe. Diese Tatsache habe bereits vor der Kündigung wie auch während des Kündigungsschutz- sowie des Ausweisungsverfahrens bestanden, habe aber aus der dargelegten Logik nicht in diesem Ausmass vorgebracht, sondern nur durch die genannten Indizien belegt werden können. Negativ gewendet handle es sich somit nicht um ein echtes Novum, welches erst nachträglich entstanden sei, sondern um die sich nun definitiv materialisierende bzw. entlarvende Lüge und Täuschung der Beklagten (act. 125 S. 3 u. 5).

3.1 In den Beschlüssen vom 25. Januar 2008 und 25. Februar 2009 kam die Kammer mit dem Mietgericht des Bezirkes Zürich zum Schluss, der für die Enkelin F._____ geltend gemachte Eigenbedarf sei glaubhaft und somit nicht vorge-schoben (act. 87 S. 10; act. 89 S. 6; act. 58 S. 24.).

F._____ studierte zum Kündigungszeitpunkt im Dezember 2005 bereits an der G._____, und die Kündigung wurde damit begründet, dass sie für die verbleibende Studienzeit von ca. 2-3 Jahren die Wohnung an der C._____-Str. bewohnen wolle (act. 58 S. 21). In der Stellungnahme zum Revisionsgesuch gibt die Beklagte an, F._____ sei im Juli 2009 für einen kurzen Auslandsaufenthalt im Rahmen des Studiums nach H._____ gereist und habe nach dem Studienabschluss in I._____ Wohnsitz begründet sowie dort eine Stelle angetreten (act. 136 S. 3 u. 6 f.). Aus der eingereichten ...urkunde geht hervor, dass F._____ ihr Studium am 19. November 2010 beendet hat (act. 138/3).

3.2 Offensichtlich benötigte F._____ die Wohnung an der C._____ -Strasse im Mai 2011 nicht mehr, da sich ihr Lebensmittelpunkt mittlerweile nach I._____ verschoben hatte. Bis zum Zeitpunkt ihres Studienabschlusses im November 2010 blieb es ihr jedoch verwehrt, die Wohnung zu beziehen, da der Kläger erst im Mai 2011 ausgezogen ist. Gegenstand *des heutigen Verfahrens* bildet einzig die Frage, ob die Fremdvermietung im Juni 2011 Rückschlüsse auf die rechtskräftig festgestellte Gültigkeit der Kündigung des Mietverhältnisses zulässt. Der Kläger macht in seinen Eingaben Ausführungen, die nicht Gegenstand des vorliegenden Revisionsverfahrens sein können bzw. die sich nicht auf die erwähnte Kernfrage beziehen. Es gilt sich zu vergegenwärtigen, dass über die Gültigkeit der Kündigung im Kündigungszeitpunkt höchstrichterlich entschieden worden ist und eine Revision nur unter strengen Voraussetzungen zulässig ist.

4.1 Zunächst ist zu untersuchen, wie es sich mit der Revision des Sachentscheides im Kündigungsschutzverfahren, dem rechtskräftig gewordenen Beschluss der Kammer vom 25. Februar 2009 (act. 124) verhält.

Aus Gründen der Rechtssicherheit muss ein rechtskräftiges Urteil grundsätzlich Bestand haben. Mit Blick auf die materielle Gerechtigkeit gibt es auf besondere Fälle eingeschränkte Möglichkeiten, bereits Beurteiltes einer neuerlichen richterlichen Überprüfung zu unterziehen (vgl. BGE 127 III 496 ff.; vgl. Ingrid Jent-Sørensen, Materielle Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit, Das Spannungsfeld zwischen Verbindlichkeit und Abänderbarkeit, SJZ 100/2004 S. 533 ff. S. 534). Zur Durchbrechung der Rechtskraft steht bei gegebenen Voraussetzungen die Revision (Art. 328 ff.; Art. 405 Abs. 2 ZPO) zur Verfügung. Mit der Revision, wie sie der Kläger verlangt, wird, wenn sie erfolgreich sein sollte, die Rechtskraft beseitigt. Oder anders gesagt: Wo die Rechtskraft nicht durchbrochen werden muss, weil eine Tatsache nicht von ihr erfasst ist, ist die Revision unzulässig.

Urteile basierten nach der Zürcher ZPO, die für die Rechtskraftsfrage noch massgeblich ist, auf dem Sachverhalt bei Urteilsfällung (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH). Erfolgt ein Weiterzug eines Entscheides mit einem Rechtsmittel, ist die Regelung des Novenrechts von Bedeutung, was in den §§ 115 und 138 ZPO/ZH geregelt war. Als Grundsatz steht damit fest, dass der Sachverhalt, wie er seinerzeit dem Beru-

fungsentscheid zu Grunde lag, von der Rechtskraft erfasst ist (vgl. Hans Ulrich Walder/Béatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009, Rz 73 zu § 39). Dass auch noch das Kassationsgericht des Kantons Zürich und das Bundesgericht angerufen wurden, ist ohne Belang, weil der Entscheid jener Instanzen regelmässig auf der Basis des bisher festgestellten Sachverhaltes gefällt werden musste (für die Nichtigkeitsgründe nach zürcherischem Recht vgl. § 281 ZPO/ZH, für die Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht vgl. Art. 97 BGG). Im Falle des Klägers gab es zusätzlich eine Rückweisung durch das Kassationsgericht (Beschluss vom 24. Dezember 2008). Diesbezüglich galt (sinngemäss), dass die Instanz, an die zurückgewiesen wurde, Noven nach §§ 115 und 138 ZPO/ZH berücksichtigen musste (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 7 zu § 270 ZPO/ZH). Aus all dem folgt, dass bezüglich neuer Tatsachen und Beweismittel aus der Zeit nach dem Zeitpunkt des zweiten obergerichtlichen Berufungsentscheidens vom 25. Februar 2009 (act. 124) grundsätzlich keine Revision erforderlich und zulässig ist, weil, was nach dem zeitlich relevanten Moment eingetreten ist, ohne Rechtskraftsbindung vorgebracht werden kann.

4.2 Die Vermietung der Wohnung im Juni 2011 an einen aussenstehenden Dritten ist – für sich allein betrachtet – eine neue (äussere) Tatsache und daher kein tauglicher Revisionsgrund. Der Kläger beruft sich allerdings nur indirekt auf die Neuvermietung im Sommer 2011 und führt an, dass der Kündigende nach der (unzutreffenden) Bundesgerichtspraxis sein Motiv im Kündigungszeitpunkt nur glaubhaft machen müsse, woraus zwingend folge, dass „die Glaubhaftmachung durch gegenteiligen Nachweis zerstört“ werden könne (act. 125 Ziff. 5.1 S. 4). Für den Kläger ist die Vermietung an eine Drittperson (statt an F._____) der „gegenteilige Nachweis“ und damit der Beweis für den bei der Kündigung fehlenden Willen, die Wohnung an der C._____-Str. ... selber (bzw. zusammen mit Freundinnen) bewohnen zu wollen. Mit der Fremdvermietung 2011 ist damit nach seiner Meinung bewiesen, dass der Eigenbedarf nur vorgetäuscht wurde; es würde eine „sich nun definitiv materialisierende bzw. entlarvende Lüge und Täuschung“ vorliegen (act. 125 Ziff. 5.3). Oder mit anderen Worten: Die Tatsache, dass die ehemalige Wohnung des Klägers im Jahr 2011 nach seinem Auszug an einen Dritten

vermietet wurde, ermöglicht nach seiner Ansicht den Beweis der von ihm seit Anbeginn im Jahre 2005 vorgebrachten Behauptung, dass der Eigenbedarf von F._____ vorgeschoben gewesen sei (act. 125 Ziff. 2 und Ziff. 5.4).

Der Kläger beruft sich auf eine erst später entstandene Tatsache, mit der der bereits früher behauptete Sachverhalt nunmehr bewiesen werden könne. Nach der Zürcher Praxis zur kantonalen Zivilprozessordnung war in einer solchen Situation die Revision möglich (vgl. Max Guldener, Das schweizerische Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 531 Anm. 5; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 6 zu § 293 ZPO/ZH sowie z.B. den als eines der Beispiele zitierten Entscheid [ZR 55 Nr. 77], der die Revision wegen der Geburt eines vor der Scheidung gezeugten Kindes zum Beweis des Ehebruchs der Mutter zulässt). Für die neue schweizerische Zivilprozessordnung, auf die es für die Zulässigkeit der Revision massgeblich ankommt (vgl. Art. 405 Abs. 2 ZPO), wird darauf hingewiesen, dass die Revision zugelassen wird, wenn mit einem neuen Beweismittel eine bereits vorgelegte Tatsache bewiesen werden kann, für die der Beweis im ursprünglichen Entscheidungsverfahren nicht erbracht werden konnte (BSK ZPO-Herzog, N. 41 zu Art. 328 mit Hinweis auf BGer 4F_1/2007 E. 7.1). Das Auffinden eines Beweismittels ist nicht das gleiche wie der Eintritt einer neuen Tatsache (hier: die Vermietung an einen Dritten) und in Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO werden „Tatsachen ..., die erst nach dem Entscheid entstanden sind“ explizit ausgeschlossen. Ganz undenkbar ist es dennoch nicht, dass neue Tatsachen, die im Zusammenhang mit bereits behaupteten Tatsachen Beweis bildend sind, berücksichtigt werden.

4.3 Die „Drittvermietung“ im Jahr 2011 könnte für den inneren Willen betreffend Eigenbedarf von F._____ bzw. der Beklagten gegebenenfalls dann von Wert sein, wenn sie für den fehlenden Willen von Frau F._____ im Kündigungszeitpunkt Ende 2005 Beweis bilden könnte. Das ist jedoch nicht der Fall. Zwischen der Kündigung am 27. Dezember 2005 (bzw. allenfalls – dazu E. 5.3 unten – dem massgeblichen Entscheidzeitpunkt am 25. Februar 2009) bis zur Vermietung an einen Dritten im Juni 2011 liegen ca. fünfzehn (bzw. ca. drei) Jahre. Würden die Kündigung wegen Eigenbedarfs und die Neuvermietung an einen Dritten zeitlich sehr nahe beieinander liegen, so ist nicht auszuschliessen, dass sich aus der neuen

Tatsache „Drittvermietung“ direkte Rückschlüsse darauf ergeben könnten, dass der Kündigungsgrund „Eigenbedarf“ vorgeschoben worden war. Liegen Jahre dazwischen, so hat die Tatsache „Drittvermietung“ keinen unmittelbaren Beweiswert, weil daraus nicht mehr direkt auf das Vorliegen der früheren Intentionen der Beklagten bzw. von F._____ geschlossen werden kann. Nur bei unveränderten – völlig statischen – Verhältnissen könnte wegen der „Drittvermietung“ gegebenenfalls von fehlendem Eigenbedarf ausgegangen werden. Mehr als fünf (bzw. drei) Jahre sind an sich eine sehr grosse Zeitspanne und dies umso mehr für eine junge Person in Ausbildung. Es ist gerichtsnotorisch, dass bei jungen Leuten die Veränderungen grösser und der Zeitraum, in dem diese Veränderungen stattfinden, kürzer sind. Unbestritten und aktenkundig ist, dass Frau F._____ ihr Studium abgeschlossen hat (act. 138/3: ... [Abschluss] der ... G._____ vom 19. November 2010) und damit und mit dem Antritt einer neuen Arbeitsstelle in I._____ in eine neue Lebensphase getreten ist. Dass sie die Wohnung in D._____ während dem ursprünglich vorgesehenen Zeitraum – der Dauer des Studiums – nicht beziehen konnte, ist unmittelbar die Folge davon, dass sich der Kläger ununterbrochen darin aufgehalten hatte (act. 136 S. 6 f.). Anzumerken ist, dass die vom Kläger angeführten Gründe – Wohngemeinschaft mit Freundinnen in I._____ und Auslandsaufenthalt in H._____ in den Jahren 2007 bzw. 2009 – selbst wenn sie neu wären – nicht mehr zur Begründung der Revision herangezogen werden könnten, weil das Revisionsrecht diesbezüglich längst verwirkt wäre. Dass er davon erst 90 Tage vor Erhebung der Revision erfahren hat, hat er jedenfalls nicht dargelegt.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Tatsache der „Drittvermietung“ gemäss Art. 329 Abs. 1 ZPO grundsätzlich als Revisionsgrund in Frage kommt. Zur Gutheissung des Revisionsbegehrens führt dies jedoch nicht, weil damit nicht nachgewiesen werden kann, dass der Eigenbedarf von F._____ seinerzeit vorgeschoben worden ist.

4.4 Für die von Anfang an vorliegende Missbräuchlichkeit der Kündigung im Sinne von Art. 272/272a OR beruft sich der Kläger – neben der Vermietung an einen Dritten – ausserdem auf ein Eingeständnis der Beklagten im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren (Beschwerdeantwort vom 15. Dezember 2009 S. 10

[vgl. act. 125 S. 5 Ziff. 5.4]), dass es darum gegangen sei, dem Beschwerdeführer – und niemandem anderen – zu kündigen und dass seine Wohnung ihrer Enkelin zur Verfügung gestellt werden sollte. Daraus lässt sich im heutigen Zeitpunkt im Hinblick auf eine Revision nichts mehr gewinnen, weil diesbezüglich sowohl nach altem wie nach neuem Recht (§ 295 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 329 Abs. 1 ZPO) die Verwirkung eingetreten ist.

4.5 Das Revisionsgesuch ist somit in Bezug auf das Kündigungsschutzverfahren (Beschluss vom 25. Februar 2009 [act. 124]) abzuweisen.

5.1 Der Kläger verlangt ausserdem die Revision des Ausweisungsentscheides. Bereits im Beschluss vom 19. Oktober 2011 (act. 132 S. 5 f.) ist darauf hingewiesen worden, dass die Revisionszuständigkeit auf die I. und II. Zivilkammer (hier auf die II. Zivilkammer) übergegangen ist.

5.2 Bezüglich der verlangten Revision des Ausweisungsentscheides ist zunächst zu klären, ob der Kläger diese allein verlangen kann. Da es sich um eine Familienwohnung handelte, klagte die Vermieterschaft seinerzeit auch gegen J. _____ (act. 131/2), die Ehefrau des Klägers. Und auch der zu revidierende Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 12. November 2011 lautet auf beide Ehegatten (act. 131/20).

Für Rechtsstreitigkeiten bezüglich der Familienwohnung wird davon ausgegangen, die Ehegatten seien entweder einfache (vgl. z.B. BSK OR I-Weber [5. Auflage], N. 1 zu Art. 273a) oder unechte bzw. uneigentliche notwendige Streitgenossen. Die letzt genannte Ansicht verdient den Vorzug, weil trotz Zulässigkeit von Einzelklagen und Unabhängigkeit in der Prozessführung nur ein Rechtsverhältnis besteht, was auch zu einer einheitlichen Entscheidung führen muss (vgl. zur uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft im Allgemeinen Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Rz 280; vgl. besonders zur Familienwohnung Ingrid Jent-Sørensen, Die Verfahrensrechte der Ehegatten bezüglich der Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB, Art. 273a OR und Art. 153 nSchKG, Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich, Nr. 21, Zürich 1996, S. 1

ff., 19 f.). Soll auf einen solchen auf beide Ehegatten lautenden, einheitlichen Entscheid über das gleiche Rechtsverhältnis im Rahmen eines Revisionsverfahrens zurückgekommen werden, so spricht die Tatsache des einheitlichen Entscheides dafür, dass das Revisionsbegehren von beiden Ehegatten gestellt und dass der Entscheid auch gegen beide Ehegatten aufgehoben werden muss. Insoweit werden sie echte notwendige Streitgenossen und eine Einzelklage ist hier, anders als im Verfahren zur Abwendung der Kündigung gemäss Art. 273a OR, nicht zulässig. Während dort ein **einheitliches Rechtsverhältnis** besteht, für dessen Erhalt auch nur ein Ehegatte allein prozessieren kann, wie dies der Kläger im mietrechtlichen Kündigungsschutzverfahren getan hat und dies auch tun konnte, besteht nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens mit beiden Ehegatten als Parteien eine **untrennbare urteilsmässige Bindung**, so dass nicht ein Ehegatte allein dessen Aufhebung verlangen kann. Hier überwiegt die Wirkung der verfahrensrechtlichen Bindung, die bei einem einheitlichen Urteil gegen sämtliche Parteien die gleiche sein muss. Klagen nicht alle, die klagen müssten (vgl. Hans Ulrich Walder/Béatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, N. 26 zu § 11 für den Fall der notwendigen Streitgenossenschaft), so ist die Klage – hier das Revisionsbegehren – abzuweisen.

Der Kläger könnte allerdings auch aus anderen Gründen mit seinem Rechtschutzanliegen nicht durchdringen, wie sogleich zu zeigen sein wird.

5.3 Der Kläger führt in seinem Revisionsgesuch aus, die Beklagte habe in der Audienzverhandlung (Prot. S. 18) geltend gemacht, dass das Kündigungsinteresse nach wie vor uneingeschränkt bestehe und habe dies auch konkludent am 23. März 2011 durch Festhalten an der amtlichen Ausweisung weiterhin getan (act. 125 S. 3). Daraus schliesst der Kläger offenbar, dass damit – zumindest konkludent – der fortbestehende Eigenbedarf geltend gemacht worden sei. Würde es auf den Eigenbedarf nicht nur im Kündigungszeitpunkt, sondern auch noch in einem späteren Zeitpunkt – hier nach rund fünf Jahren – ankommen, so könnte tatsächlich die unmittelbar an die Ausweisung anschliessende Drittvermietung den Standpunkt, der Eigenbedarf bestehe nach wie vor, in Frage stellen.

Ob der nachträgliche Wegfall eines ursprünglich valablen Kündigungs-Grundes überhaupt berücksichtigt werden kann und muss, ist eine umstrittene Rechtsfrage. Das Bundesgericht hat sie in MRA 1999 S. 46 ff. E. 3 b, vor allem unter Berufung auf ZK-Higi, N. 153 zu Art. 271 OR, verworfen: „Auch gilt es zu präzisieren, dass der Grund der Kündigung zum Zeitpunkt der Kündigung gegeben sein muss ... Wenn der Kündigungsgrund in der Folge insbesondere im Laufe einer Erstreckung des Mietverhältnisses entfällt, kann die Kündigung nach der Auffassung gewisser Autoren missbräuchlich werden“ (erwähnt werden Lachat, *Le bail à loyer*, FN 46 S. 470; Thanei, *Ausgewählte Entscheide zum Kündigungsschutz*, S. 27 sowie der Entscheid der Schlichtungsbehörde von Neuenburg vom 5. März 1994 in RJN 1994, S. 64 ff.; in neuerer Zeit wird diese Ansicht auch von BSK OR I-Weber [5. Auflage], N. 33a zu Art. 271/271a mit weiteren Hinweisen vertreten). Im vorliegenden Fall muss die Frage allerdings nicht entschieden werden.

Beim Ausweisungsverfahren handelte es sich dogmatisch um eine Leistungsklage zur Durchsetzung des Rückgabeanspruches nach Ende des Mietverhältnisses (vgl. statt vieler: KuKo OR-Walter, N. 1 zu Art. 274g; BGE 131 I 246).). Der Kläger musste die Wohnung im Frühling 2011, wohl am erwähnten 23. März 2011 (act. 125 S. 3 Ziff. 2), verlassen und die Rückgabe des Mietobjektes ist somit längst erfolgt. Das anerkennt auch der Kläger, wenn er in seiner Revisionsbegründung dazu ausführt: „Nicht mehr rückgängig gemacht werden kann der Verlust der Wohnung und die damit einhergehende Gesundheitseinbusse sowie die Trennung der Familie, wohl aber kann und muss dafür Schadenersatz und Genugtuung entrichtet werden“ (act. 125 S. 7 Ziff. 8). Hat es bei der Rückgabe der Mietsache sein Bewenden, so ist nicht ersichtlich, warum der Ausweisungsentscheid, mit dem diese Rückgabe auf der Basis des ursprünglichen Kündigungsschutzverfahrens angeordnet wurde, revidiert werden müsste. Da es für die vom Kläger anvisierten Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche nicht darauf, sondern einzig auf die Gültigkeit der Kündigung ankäme, fehlt es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse für die beantragte Revision des Ausweisungsentscheides.

Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn im Rahmen des Ausweisungsverfahrens auch Fragen der Gültigkeit der Kündigung **mit Rechtskraft** entschieden

worden wären. Aus dem Entscheid im Verfahren EU100346 des Audienzrichteramtes am Bezirksgericht Zürich (Verfügung vom 30. Juni 2010 und Verfügung vom 16. September 2010; act. 131/2 S. 5, S. 14 f.) und dem Entscheid der III. Zivilkammer vom 12. November 2010 (act. 131/20 S. 11) ergibt sich, dass der heutige Kläger im Ausweisungsverfahren mietrechtliche Argumente geltend gemacht hatte (kein Rechtsschutzinteresse für die Vollstreckung des Urteils, Kündigungsgrund noch während laufendem Kündigungsschutzverfahren dahingefallen). Soweit diese im Kündigungsschutzverfahren bereits beurteilt worden waren, waren sie unzulässig (vgl. act. 131/2 S. 14 f.; act. 131/20 S. 11). Soweit im Rahmen des Ausweisungsverfahrens – für den vorliegenden Fall im Rahmen des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens als hypothetischer Fall (vgl. § 281 ZPO/ZH) – früher noch nicht beurteilte mietrechtliche Argumente thematisiert worden sein sollten, gilt Folgendes: Ausweisungen konnten im kantonalen Recht im Befehlsverfahren gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH und sie können nach neuem schweizerischen Zivilprozessrecht im Rechtsschutz in klaren Fällen gestellt werden (mit Erfolg allerdings nur, sofern es liquid ist; § 226 ZPO/ZH, Art. 257 Abs. 3 ZPO). Vor Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung erfolgte im Fall, dass eine *ausserordentliche* Kündigung angefochten war, eine Überweisung der Kündigungsanfechtung vom mietrechtlichen ins summarische Befehlsverfahren (Art. 274g Abs. 1 OR) und der Ausweisungsrichter hatte dann – mit voller Kognition – auch über die Kündigungsanfechtung und damit über mietrechtliche Fragen zu entscheiden. Nach neuem Recht (Art. 257 ZPO) erfolgt keine Überweisung mehr (vgl. OGer ZH, PF110018 vom 1. Juli 2011). Vom Fall der *ausserordentlichen* Kündigung nach altem Recht abgesehen, der hier nicht vorliegt, konnten und können mietrechtliche Argumente im Rahmen von Ausweisungsverfahren höchstens als *Vorfragen* behandelt werden. Vorfragen nehmen aber ganz allgemein an der Rechtskraft von Entscheidungen nicht teil; sei erscheinen denn auch nicht im Dispositiv. Eine Revision könnte auch aus diesen Gründen nicht erfolgreich sein.

6. Das Revisionsbegehren des Klägers ist aus all den genannten Gründen insgesamt und bezüglich beider Entscheidungen (Beschluss der Kammer vom 25. Februar 2009 [NG090003] sowie Zirkular-Erledigungsbeschluss der III. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. November 2010 [PN100183]) abzuweisen.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Revisionsverfahrens dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Eine andere Kostenregelung, wie dies der Kläger beantragt (Antrag 6), ist nicht gerechtfertigt. Die Gerichtsgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1, § 7 lit. a und § 12 Abs. 4 GebV vom 8. September 2010 auf Fr. 1'700.– festzulegen. Die Prozessentschädigung beträgt Fr. 2'100.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (§ 4 Abs. 1 und § 14 Abs. 2 Anw-GebV vom 8. September 2010; bzgl. MwSt vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

Es wird erkannt

1. Das Revisionsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'700.–.
3. Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem Revisionskläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Revisionskläger wird verpflichtet, der Revisionsbeklagten für das Revisionsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'100.– zzgl. 8 % MwSt zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 142, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42
des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als
Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Weibel

versandt am: