



Geschäfts-Nr. NG030011/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. H. Schmid, Vorsitzender, und Dr. O. Kramis,
Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie der juristische Sekretär
lic. iur. S. Lebeda

Beschluss vom 10. Mai 2004

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,

Beklagte und Appellanten

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

1. **C.**_____,
2. **D.**_____,

Kläger und Appellaten

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. Y._____,

betreffend **Kündigungsschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirkes Meilen vom 21.
November 2003; MB030001 (einfaches und rasches Verfahren)**

Rechtsbegehren:

- "1. Die ausserordentliche Kündigung der Kläger vom 28. August 2002 auf den 30. November 2002 wegen Gefährdung der Sicherheit der vermieteten Villa sei als gültig zu erklären.
2. Die ordentliche Kündigung der Kläger vom 5. November 2002 auf den 31. März 2003 sei als gültig zu erklären.
3. Eventualiter sei die einseitige Unverbindlichkeit des mündlichen Mietvertrags vom 25. April 2002 für die Kläger spätestens ab 31. März 2003 wegen wesentlichem Irrtum der Kläger und/oder absichtlicher Täuschung durch die Beklagten festzustellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."
(act. 23 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen:

- "1. Das Verfahren wird betreffend Feststellung der Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung vom 28. August 2002 auf den 30. November 2002 (Rechtsbegehren Ziff. 1) und betreffend Feststellung der einseitigen Unverbindlichkeit des Mietvertrages (Rechtsbegehren Ziff. 3) als durch Rückzug erledigt abgeschlossen.
2. Es wird festgestellt, dass die ordentliche Kündigung vom 5. November 2002 auf den 31. März 2003 gültig ist.
3. Das Mietverhältnis wird endgültig bis 30. September 2004 erstreckt.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 6'135.00 die weiteren Kosten betragen:
Fr. 836.00 Schreibgebühr
Fr. 180.00 Vorladungsgebühr
Fr. 76.00 Zustellungsgebühr
Fr. 7'227.00 Total
5. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung der beiden Kläger und der beiden Beklagten je für ihre Hälfte.
6. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
- 7./8. ... [Mitteilung / Rechtsmittel]"

(act. 23 S. 18 f.)

Berufungsanträge:

Der Beklagten und Appellanten (act. 28 S. 2):

- "1. In Aufhebung von Ziff. 2, 5 und 6 des Urteiles des Mietgerichtes Meilen vom 21. November 2003 sei die Kündigung vom 5. November 2002 als ungültig zu erklären.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen zu Lasten der Kläger und Appellanten."

Der Kläger und Appellaten (act. 31 S. 1):

"Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Mietgerichts Meilen vom 21. November 2003 sei vollumfänglich zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten und Appellanten."

Das Gericht zieht in Betracht:

1. Die Beklagten sind seit Juni 2002 Mieter des den Klägern gehörenden 8-Zimmer-Einfamilienhauses an der E. _____-strasse ... in F. _____ [Ort] zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'500.--. Mit amtlichem Formular vom 28. August 2002 kündigten die Kläger das Mietverhältnis ausserordentlich auf den 30. November 2002 (act. 3/20/10 und 11). Die Beklagten gelangten daraufhin mit Eingabe vom 11. September 2002 an die Schlichtungsbehörde und beantragten, es sei die Unwirksamkeit der Kündigung festzustellen, eventualiter sei die Kündigung für ungültig zu erklären (act. 3/1). Mit amtlichem Formular vom 5. November 2002 sprachen die Kläger gegenüber den Beklagten eine ordentliche Kündigung auf den 31. März 2003 aus (act. 3/14 und 15), welche von den Beklagten mit Eingabe vom 20. November 2002 ebenfalls bei der Schlichtungsbehörde angefochten wurde (act. 3/13).

Mit Beschluss vom 16. Dezember 2002 stellte die Schlichtungsbehörde die Ungültigkeit der beiden Kündigungen fest (act. 2). Daraufhin gelangten die Kläger mit Eingabe vom 17. Januar 2003 an das Mietgericht des Bezirkes Meilen und

beantragten, die ausserordentliche Kündigung vom 28. August 2002 sei für gültig zu erklären; eventualiter sei die ordentliche Kündigung vom 5. November 2002 für gültig zu erklären (act. 1). Mit Urteil vom 21. November 2003 schrieb das Mietgericht das Verfahren betreffend Feststellung der Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung vom 28. August 2002 auf den 30. November 2002 und betreffend Feststellung der einseitigen Unverbindlichkeit des Mietvertrages als durch Rückzug erledigt ab (act. 23). Sodann stellte es die Gültigkeit der ordentlichen Kündigung vom 5. November 2002 auf den 31. März 2003 fest und erstreckte das Mietverhältnis endgültig bis 30. September 2004 (act. 23). Hiegegen richtet sich die Berufung der Beklagten, womit sie beantragen, die Kündigung vom 5. November 2002 sei für ungültig zu erklären (act. 28). Die Kläger beantragen mit ihrer Berufungsantwort vom 26. Januar 2004, die Berufung sei abzuweisen (act. 31).

2. Das Mietgericht kam zum Schluss, dass angesichts des klaren Wortlauts von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR davon auszugehen sei, dass durch das von den Beklagten eingeleitete Schlichtungsverfahren eine Sperrfrist ausgelöst worden sei. Es erachtete indessen die Berufung der Beklagten auf die Sperrfrist als rechtsmissbräuchlich und folgerte daraus, dass die Kündigung vom 5. November 2002 auf den 31. März 2003 gültig sei.

Die Kläger halten auch im Berufungsverfahren daran fest, dass die Kündigung vom 5. November 2002 nicht bereits deshalb anfechtbar sei, weil sie während des Schlichtungsverfahrens ausgesprochen worden sei, welches die Beklagten nach erfolgter ausserordentlicher Kündigung zu deren Anfechtung eingeleitet hätten. Ihrer Ansicht nach stellt die Kündigung vom 5. November 2002 nicht eine selbständige Kündigung dar, sondern damit wird nur die ausserordentliche Kündigung vom 28. August 2002 wiederholt (act. 31 S. 19 ff.).

Kündigungen, die Formvorschriften im Sinne der Art. 266I-266n OR unberücksichtigt lassen, bleiben nach einhelliger Auffassung wirkungslos und können jederzeit durch eine formrichtige Kündigung ersetzt werden (Higi, N 69 zu Art. 266g OR; SVIT-Kommentar Mietrecht, N 23 der Vorbemerkungen zu Art. 266-266o OR; Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht, S. 543). Umstritten ist, ob eine als unwirksam erklärte erste ausserordentliche Kündigung während des Verfahrens und

innerhalb der anschliessenden Kündigungssperrfrist durch eine ordentliche Kündigung ersetzt werden kann, wenn die Voraussetzungen der ursprünglich erklärten ausserordentlichen Kündigung nicht mehr gegeben sind. Nach Lachat/Stoll/Brunner ist dies angesichts des Wortlauts von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR nicht möglich, weil dieser die Geltung des Kündigungsschutzes mit der Durchführung eines Verfahrens und nicht mit dessen Inhalt verknüpft (S. 543). Im SVIT-Kommentar wird die Auffassung vertreten, dass es dem Vermieter möglich sein sollte, ohne weiteren Zeitverlust ordentlich zu kündigen, wenn es sich im Laufe des Verfahrens zeige, dass die ausserordentliche Kündigung mangels Erfüllung sämtlicher gesetzlicher Voraussetzungen als unwirksam erkannt werden könnte (N 31 zu Art. 271a OR). Higi bezeichnet auf Art. 266g OR gestützte Kündigungen als von Anfang wirkungslos, wenn die „wichtigen Gründe“, welche die kündigende Partei geltend macht, nicht bestehen und/oder sie nicht zu einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses führen (N 67 zu Art. 266g OR). Er zieht jedoch daraus nicht ausdrücklich den Schluss, dass eine ausserordentliche Kündigung jederzeit durch eine ordentliche Kündigung ersetzt werden könnte. Ist die Kündigungsberechtigung zwischen den Parteien strittig, so trifft die kündigende Partei im Prozess die volle Behauptungs- und Beweislast (Higi, N 68 zu Art. 266g OR). Der Auffassung von Higi, dass bereits die Anfechtung einer Kündigung aus „wichtigen Gründen“ zwingend voraussetze, dass diese „wichtigen Gründe“ bestehen und bei der kündigenden Partei zu einer Unzumutbarkeit bezüglich der Fortsetzung des Mietverhältnisses führen (N 71 zu Art. 266g OR), kann nicht gefolgt werden, denn diese beiden Kündigungsvoraussetzungen sind eben gerade im Rahmen des Anfechtungsverfahrens zu prüfen. Ob eine unwirksame Kündigung nach Art. 273 OR angefochten oder der Einwand erst in einem allfälligen Ausweisungsverfahren erhoben wird, hat nämlich verfahrensrechtliche Konsequenzen. Im zweiten Fall kommt Art. 274g OR nicht zur Anwendung, d.h. der Ausweisungsrichter hat die Kündigungsanfechtung nicht mit voller Kognition zu prüfen (BGE 122 III 92 ff.).

Angesichts des klaren Wortlauts von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Auffassung den Vorzug zu geben, dass durch das Schlichtungsverfahren im vorliegenden Fall eine Sperrfrist ausgelöst wurde.

Dies ergibt sich auch daraus, dass eine unwirksame Kündigung angefochten werden muss, damit sie das Gericht mit voller Kognition prüfen kann.

Eine Ausnahme vom Kündigungsschutz ist bei der Verfahrenskündigung im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR lediglich bei missbräuchlicher Klageeinleitung durch den Mieter gegeben. Dieses Element soll ausschliessen, dass sich ein Mieter in missbräuchlicher Art (Art. 2 ZGB) auf die vom zeitlichen Kündigungsschutz vermutete Treuwidrigkeit einer Vermieterkündigung berufen kann, indem er z.B. einer legitimen Kündigung des Vermieters durch eine haltlose Klageanhebung zuzukommen versucht (Higi, N 254 zu Art. 271a OR). Ein solcher Fall ist hier klarerweise nicht gegeben. Nach Auffassung von Higi ist dem Vermieter gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB die Widerlegung des Motivs der Rache auch dann zuzugestehen, wenn nicht nur die Verfahrenseinleitung usw. des Mieters missbräuchlich erscheint, sondern bereits das kündigungs begründende Verhalten des Mieters selbst rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist (N 261 zu Art. 271a OR). Für die Annahme eines offenbaren Missbrauchs eines Rechts bestehen indessen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, wird die Schwelle zur Annahme von Rechtsmissbrauch relativ hoch angesetzt (act. 23 S. 13). Die von der Vorinstanz in der Folge vorgenommene Interessenabwägung hat indessen bei der Beurteilung der Frage, ob ein zeitlicher Kündigungsschutz bestehe, keinen Raum, sondern eine solche ist nur beim Entscheid über einen Erstreckungsanspruch vorzunehmen.

Die Kündigung vom 5. November 2002 ist daher ungültig. Dies führt zur Gutheissung der Berufung.

3. Ausgangsgemäss werden die Kläger für das Verfahren vor beiden Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig.

4. Das Mietverhältnis könnte unter Zugrundelegung einer dreijährigen Sperrfrist frühestens per 30. September 2007 gekündigt werden, womit der Streitwert über Fr. 100'000.-- beträgt.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositivziffern 2, 3, 5 und 6 des Urteils des Mietgerichtes des Bezirkes Meilen vom 21. November 2003 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass die ordentliche Kündigung vom 5. November 2002 auf den 31. März 2003 ungültig ist.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr und Kostenfestsetzungen werden bestätigt.
3. Die Kosten des mietgerichtlichen Verfahrens werden den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 244.-- Schreibgebühren
Fr. 133.-- Zustellgebühren
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
6. Die Kläger werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, die Beklagten für das Verfahren vor beiden Instanzen mit insgesamt Fr. 10'000.-- (zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer) zu entschädigen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Mietgericht des Bezirkes Meilen, je gegen Empfangsschein.
8. Gegen diesen Entscheid kann
 - a) innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;

b) innert 30 Tagen nach dessen Empfang bei der II. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der juristische Sekretär:

lic. iur. S. Lebeda

versandt am: