

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG120001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-  
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## Urteil vom 16. August 2012

in Sachen

**Wohnbaugenossenschaft "A.\_\_\_\_"**,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_,

gegen

1. **B.\_\_\_\_**,

2. **C.\_\_\_\_**,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_,

betreffend

### **Anfechtung der Kündigung / Erstreckung des Mietverhältnisses**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirkes Affoltern vom 6. Dezember 2011 (MB110001)

**Rechtsbegehren:**

(act. 23 S. 1 f.)

- "1. Es sei der Beschluss der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirkes Affoltern vom 11. Mai 2011 (Prozess-Nr. MM100027) aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass der Beklagte allein zur Anfechtung der Kündigung der Klägerin vom 2. November 2010 mit Wirkung auf den 30. April 2011 nicht aktiv legitimiert war;
3. Es sei festzustellen, dass das Mietverhältnis betreffend die 4 ½-Zimmerwohnung, Dachgeschoss rechts (inkl. Kellerabteil Nr. ...), D.\_\_\_\_\_-Strasse ..., E.\_\_\_\_\_, mit Wirkung auf den 30. April 2011 rechtsgültig beendet worden ist;
4. Es sei dem Beklagten unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die im Rechtsbegehren Ziffer 3 genannte Wohnung inkl. Kellerabteil sofort zu räumen und ordnungsgemäss zu verlassen;
5. Das zuständige Gemeindeammannamt F.\_\_\_\_\_ sei anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken;
6. Es seien allfällige vom Beklagten gestellte Rechtsbegehren vollumfänglich abzuweisen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Beschluss und Urteil des Mietgerichtes des  
Bezirksgerichtes Affoltern vom 6. Dezember 2011:**

(act. 34 S. 8 f.)

**Das Mietgericht beschliesst:**

1. Frau C.\_\_\_\_\_ wird als 2. Beklagte ins Rubrum aufgenommen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

**Das Mietgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'400.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Ein Fehlbetrag wird nachgefordert, ein allfälliger Mehrbetrag wird der Klägerin herausgegeben.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 8'648.65 (Fr. 8'008.– zuzüglich 8 % MWSt.) zu bezahlen.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

**Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 35 S. 2):

- "1. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 6. Dezember 2011 sei aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass der Beklagte allein zur Anfechtung der Kündigung der Klägerin vom 2. November 2010 mit Wirkung auf den 30. April 2011 nicht aktiv legitimiert war;
3. Es sei festzustellen, dass das Mietverhältnis betreffend die 4 ½-Zimmerwohnung, Dachgeschoss rechts (inkl. Kellerabteil Nr. ...), D. \_\_\_\_\_ - Strasse ..., E. \_\_\_\_\_, mit Wirkung auf den 30. April 2011 rechtsgültig beendet worden ist;
4. Es sei dem Beklagten unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die im Rechtsbegehren Ziffer 3 genannte Wohnung inkl. Kellerabteil sofort zu räumen und ordnungsgemäss zu verlassen;
5. Das zuständige Gemeindeammannamt F. \_\_\_\_\_ sei anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken;
6. Es seien allfällige vom Beklagten gestellte Rechtsbegehren vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 45 S. 2):

- "1. Die Berufung inkl. aller Anträge (Ziff. 1 – 6) sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Urteil des Mietgerichtes Affoltern vom 6. Dezember 2011 sei vollumfänglich zu bestätigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzügl. 8 % MwSt. zu Lasten der Berufungsklägerin.

## **Erwägungen:**

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

1. Am 28. Juni 2007 schlossen die Berufungsklägerin sowie der Berufungsbeklagte 1 einen Mietvertrag über die 4 ½-Zimmer-Wohnung Nr. ..., 2. Stock rechts, im Haus ... an der D. \_\_\_\_\_-Strasse ... in E. \_\_\_\_\_ (act. 3/9/2) – der Berufungsbeklagte 1 wohnte bereits seit 1. November 1996 in der Wohnung (vgl. act. 3/8 S. 3 und act. 3/9/1). Am 13. August 2009 wurde ein neuer Mietvertrag abgeschlossen, welcher den Vertrag vom 28. Juni 2007 ersetzte (act. 3/9/10). Darin wurde zusätzlich die damalige Konkubinatspartnerin des Berufungsbeklagten 1, die Berufungsbeklagte 2, als Mieterin aufgenommen (vgl. act. 3/9/6-act. 3/9/9, act. 34 S. 3 und act. 35 S. 3). Am 31. März 2010 zog die Berufungsbeklagte 2 aus der gemeinsamen Wohnung aus (act. 47/4). Mit amtlichem Formular vom 2. November 2010 kündigte die Berufungsklägerin das Mietverhältnis mit den Berufungsbeklagten wegen Nichteinhaltens der Statuten (Untermiete) auf den 30. April 2011 und stellte ihnen die Kündigung separat je einzeln zu (act. 38/2-act. 38/5 und act. 3/10/2, act. 3/10/3). Dem Berufungsbeklagten 1 wurde die Kündigung gemäss eigenen Angaben am 12. November 2010 im G. \_\_\_\_\_ bei den H. \_\_\_\_\_ zugestellt (act. 3/1 S. 2). Gemäss Bestätigung der Post wurden zwei Einschreiben der Berufungsklägerin vom 5. November 2010 (wovon eines der Einschreiben die Kündigung der Wohnung und eines den Ausschluss aus der Genossenschaft enthielt) an die Berufungsbeklagte 2 an die Adresse im Mietvertrag versandt und am 8. November 2010 bzw. am 9. November 2010 zugestellt (act. 38/3, act. 38/5 und act. 2/2). Aufgrund eines Nachsendeauftrags bei der Post wurden die Einschreiben an die neue Adresse der Berufungsbeklagten 2 zugestellt, wo eine Frau I. \_\_\_\_\_ die Einschreiben gegen Unterschrift entgegennahm (act. 2/2). Der Berufungsbeklagte 1 focht die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichts Affoltern mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 (Poststempel) zunächst alleine an und verlangte die Erstreckung des Mietverhältnisses (act. 3/1). Die Schlichtungsbehörde nahm einzig den Berufungsbeklagten 1 im Rubrum auf und beschloss am 11. Mai 2011, dass die Kündigung nichtig und un-

beachtlich sei, weil der Nachweis der Kündigung an die Berufungsbeklagte 2 fehle (act. 3/12).

2. Mit Schreiben vom 10. Juni 2011 reichte die Berufungsklägerin Klage beim Mietgericht des Bezirksgerichts Affoltern (Vorinstanz) ein. Die Hauptverhandlung fand am 29. November 2011 statt, anlässlich welcher die Parteien ihre Rechtsbegehren stellten (vgl. vorinstanzliches Protokoll S. 5 und act. 23 sowie act. 27).

3. Am 6. Dezember 2011 beschloss die Vorinstanz, Frau C.\_\_\_\_\_ werde als 2. Beklagte ins Rubrum aufgenommen, und erkannte, die Klage der Berufungsklägerin werde abgewiesen (act. 30 = act. 34 S. 8). Der Berufungsklägerin wurde das vorinstanzliche Urteil vom 6. Dezember 2011 am 16. Dezember 2011 zugestellt (act. 31).

4. Mit Eingabe vom 11. Januar 2012 reichte die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid ein (act. 35).

5. Mit Verfügung vom 16. Januar 2012 wurde der Berufungsklägerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten, und es wurde die weitere Prozessleitung delegiert (act. 40). Der Prozesskostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 42).

6. Mit Verfügung vom 14. Februar 2012 wurde Frau C.\_\_\_\_\_ als Berufungsbeklagte 2 ins Rubrum aufgenommen – aus dem Rubrum des Entscheids der Vorinstanz war die Berufungsbeklagte 2 nicht ersichtlich –, und den Berufungsbeklagten wurde Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 43). Mit Eingabe vom 15. März 2012 reichten die Berufungsbeklagten rechtzeitig die Berufungsantwort ein (act. 44 und act. 45). Diese wurde der Berufungsklägerin am 26. März 2012 zugestellt (act. 48).

7. Mit Beschluss vom 17. April 2012 ordnete die Kammer über die Frage, ob die Berufungsbeklagte 2 die Berufungsklägerin telefonisch über ihren Auszug informiert hatte, ein Beweisverfahren an. Als Beweismittel wurde die Parteibefragung der Berufungsbeklagten 2 abgenommen (act. 49).

8. Am 21. Juni 2012 fand die persönliche Befragung der Berufungsbe-  
klagten 2 statt (act. 54 und Protokoll S. 6 f.). Mit Verfügung vom 21. Juni 2012  
wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur Parteibefragung schriftlich Stellung zu  
nehmen (act. 55). Die Parteien reichten ihre Stellungnahmen mit Eingaben vom  
4. bzw. 5. Juli 2012 (Poststempel) rechtzeitig ein (act. 57 und act. 58). Die Stel-  
lungnahmen wurden der jeweiligen Gegenpartei am 9. Juli 2012 zugestellt  
(act. 60/1 und act. 60/2). Das Verfahren ist spruchreif.

## **II. Rechtliches**

1. Die Berufungsklägerin macht unter anderem geltend, der Berufungsbe-  
klagte 1 habe die Kündigung alleine angefochten, obwohl er dazu gar nicht be-  
rechtigt gewesen sei (act. 35 S. 4). Die Berufungsbeklagte 2 habe die Schlich-  
tungsbehörde innert der 30-tägigen Anrufungsfrist nicht angerufen. Bei der besag-  
ten Anfechtungsfrist handle es sich um eine Verwirkungsfrist. Dementsprechend  
habe die Vorinstanz die ausgesprochene Kündigung nur beim Vorliegen von Nich-  
tigkeitsgründen aufheben können (act. 35 S. 5). Art. 271 OR stelle eine Sonder-  
bestimmung von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar, so dass selbst eine offensichtlich rechts-  
missbräuchliche Kündigung sich nicht als nichtig oder unwirksam erweise, son-  
dern innerhalb der Verwirkungsfrist von 30 Tagen angefochten werden müsse  
(act. 35 S. 5).

2. Die Berufungsbeklagten bringen dagegen vor, die Berufungsklägerin  
habe bis heute den Nachweis nicht erbracht, wann die Berufungsbeklagte 2 die  
Kündigung tatsächlich erhalten habe. Dies spiele aktuell aber auch keine Rolle  
mehr, da es bei der Beurteilung des vorinstanzlichen Entscheides nicht darum  
gehe, ob die Kündigung korrekt zugestellt worden sei oder nicht. Vielmehr sei zu  
beurteilen, ob die Kündigung von der Vorinstanz zu Recht als nichtig erkannt wor-  
den sei, da sie aufgrund eines behaupteten, aber offensichtlich nicht bestehenden  
Untermietverhältnisses und damit aufgrund eines nicht bestehenden Verstosses  
gegen die mietrechtlichen und statutarischen Vorschriften der Berufungsklägerin,  
mithin aus nichtigem Anlass ausgesprochen worden sei (act. 45 S. 5; vgl. auch

act. 45 S. 7). Eine missbräuchliche Kündigung sei gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht nur anfechtbar, sondern nichtig und deshalb unbeachtlich. Die Ausführungen der Berufungsklägerin zur angeblich mangelhaften Anfechtung durch den Berufungsbeklagten 1 seien somit vollumfänglich obsolet. Gemäss Lehre und Rechtsprechung seien sowohl Nichtigkeit wie auch Unwirksamkeit von Amtes wegen zu beachten (act. 45 S. 7 f.).

3. Die Anfechtungsfrist gemäss Art. 273 Abs. 1 OR ist nur dann einzuhalten, wenn sich die Kündigung nicht als nichtig oder unwirksam erweist (vgl. Higi, ZK OR, 4. A., Zürich 1996, Art. 271, N. 40). Die Frage, ob die Verwirkungsfrist von 30 Tagen auch dann gilt, wenn sich eine Kündigung als offensichtlich rechtsmissbräuchlich erweist, wird bzw. wurde in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. In BGE 133 III 175 (vom 27. Februar 2007) setzte sich das Bundesgericht ausführlich mit den sich gegenüberstehenden Lehrmeinungen auseinander (vgl. Erw. 3.1 und Erw. 3.2 – es wird darauf verzichtet, diese Lehrmeinungen hier wiederzugeben) und schloss sich der überwiegenden Lehrmeinung an. Demnach stellt Art. 271 Abs. 1 OR (Verwirkungsfrist) eine *lex specialis* zu Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch) dar und schliesst die selbständige Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB aus (Erw. 3.3.4). Auch eine rechtsmissbräuchliche Kündigung muss innerhalb der Verwirkungsfrist von 30 Tagen angefochten werden. Damit hat das Bundesgericht eine grundlegende Rechtsfrage geklärt, und es besteht kein Anlass, von dieser (neuen) Rechtsprechung abzuweichen (zur früheren Rechtsprechung vgl. BGE 122 III 92 mit Verweis auf BGE 121 III 156 E. 1c S. 160). Es erübrigt sich auch, auf die rechtlichen Ausführungen der Parteien zu dieser Frage näher einzugehen. Ob eine nichtige Kündigung vorliegt, ist nachfolgend von Amtes wegen zu prüfen.

4. Die Kündigungen wurden von Herrn J.\_\_\_\_\_, Präsident der Verwaltung, und Frau K.\_\_\_\_\_, Mitglied der Verwaltung, unterzeichnet (act. 3/10/2 und act. 3/10/3). Gemäss Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich verfügten sie je über eine Zeichnungsberechtigung zu zweien (Kollektivunterschrift) für die Berufungsklägerin (vgl. act. 39). Damit wurden die Kündigungen von den hierzu berechtigten Personen unterzeichnet.

5. Die Kündigungen erfolgten ferner auf einem vom Kanton genehmigten Formular (Art. 266I Abs. 2 OR) und waren somit formgültig.

6. Bei den Berufungsbeklagten handelte es sich gemäss Mietvertrag um Mitmieter, und Mitmietern kann nur gemeinsam gültig gekündigt werden (vgl. Higi, ZK OR, 4. A., Zürich 1995, Vorbemerkungen zu Art. 266–266o, N. 84). Dem Berufungsbeklagten 1 wurde die Kündigung gemäss eigenen Angaben am 12. November 2010 im G.\_\_\_\_\_ bei den H.\_\_\_\_\_ zugestellt (act. 3/1 S. 2). Die ordentliche Zustellung an die Berufungsbeklagte 2 wurde allerdings bestritten (act. 27 S. 3). Ausserdem wurde vorgebracht, die Berufungsbeklagte 2 sei im Zeitpunkt der Kündigung gar nicht mehr Mieterin gewesen (act. 45 S. 7). Bevor auf die ordentliche Zustellung an die Berufungsbeklagte 2 einzugehen ist, ist zu prüfen, ob eine Zustellung an die Berufungsbeklagte 2 überhaupt – aufgrund eines gemeinsamen Mietvertrages – erforderlich war.

#### 7. Zum Mietverhältnis der Berufungsbeklagten 2

7.1. Bei der gemeinsamen Miete steht das Kündigungsrecht als unteilbares Gestaltungsrecht nur allen Mietern gemeinsam zu (vgl. Higi, ZK OR, 4. A., Zürich 1995, Vorbemerkungen zu Art. 266–266o, N. 84). Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen müssen schriftlich kündigen (Art. 266I OR). Die Kündigung ist nichtig, wenn sie den Artikeln 266I-266n OR nicht entspricht (Art. 266o OR).

7.2. Die Berufungsbeklagten bringen vor, die Berufungsbeklagte 2 habe die Berufungsklägerin anlässlich ihres Auszuges telefonisch über ihren Auszug informiert (act. 45 S. 4 und act. 27 S. 6). Der Berufungsklägerin sei ausserdem mit Schreiben vom 17. September 2010 mitgeteilt worden, dass die Berufungsbeklagte 2 definitiv aus der Wohnung ausgezogen sei. Der Berufungsbeklagte 1 habe einen neuen gemeinsamen Mietvertrag mit seiner neuen Lebenspartnerin (Frau L.\_\_\_\_\_) beantragt, nachdem für ihn der alte gemeinsame Mietvertrag aufgrund des Wegzuges der Berufungsbeklagten 2 aufgehoben worden sei (act. 45 S. 4). Die Berufungsklägerin habe Kenntnis vom Auszug der Berufungsbeklagten 2 gehabt. Diese habe sich bei der Verwaltung und bei der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ or-

dentlich abgemeldet. Die Verwaltung habe somit gewusst, dass die Berufungsbeklagte 2 nicht mehr Mieterin gewesen sei (act. 45 S. 7).

7.3. Ein gemeinsames Mietverhältnis kann nur für beide Mieter gekündigt werden und nicht bloss für einen Mitmieter. Weder mit dem angeblichen Telefongespräch der Berufungsbeklagten 2 noch mit dem Schreiben des Berufungsbeklagten 1 konnte das Mietverhältnis mit der Berufungsklägerin somit einseitig nur für die Berufungsbeklagte 2 gekündigt werden. Dass die Berufungsbeklagte 2 nicht wusste, dass sie den Vertrag bei einem Auszug hätte kündigen müssen und dies nur zusammen mit dem Berufungsbeklagten 1 hätte tun können (vgl. act. 58 S. 5), hilft den Berufungsbeklagten nicht weiter. Die Rechtsunkenntnis der Berufungsbeklagten 2 ändert nichts an den Vorschriften für eine Kündigung bei einem gemeinsamen Mietvertrag.

7.4. Für eine einseitige Entlassung der Berufungsbeklagten 2 aus dem Mietverhältnis kann somit einzig noch eine übereinstimmende Vertragsänderung in Frage kommen. Es ist dabei darauf hinzuweisen, dass der Auszug aus einer Wohnung nicht mit einer Entlassung aus dem Mietvertrag gleichzusetzen ist, wovon die Berufungsbeklagten – wie ihre Ausführungen teilweise vermuten lassen – auszugehen scheinen ("Er [der Berufungsbeklagte 1] beantragte ordentlich einen neuen gemeinsamen Mietvertrag, nachdem für ihn der alte gemeinsame Mietvertrag aufgrund des Wegzuges von Frau C.\_\_\_\_\_ aufgehoben war", act. 45 S. 4). Eine Vertragsänderung kann nur im Einverständnis aller Vertragsparteien (ausdrücklich oder konkludent) erfolgen.

7.4.1. Das angebliche Telefongespräch der Berufungsbeklagten 2 bei ihrem Auszug sowie das Schreiben des Berufungsbeklagten 1 vom 17. September 2010 könnten Anträge für eine Vertragsänderung dargestellt haben. Da die Berufungsbeklagten aus einer Vertragsänderung Rechte ableiten, haben sie diese gemäss Art. 8 ZGB zu beweisen. Bei einer Vertragsänderung ist nicht nur der Antrag zu einer Vertragsänderung zu beweisen, sondern auch dessen Annahme.

Die Berufungsbeklagten boten als Beweis für das angebliche Telefongespräch die Befragung der Berufungsbeklagten 2 an (vorinstanzliches Protokoll

S. 7). Die Vorinstanz nahm dieses Beweismittel nicht ab. Da die Frage, ob ein Telefongespräch geführt wurde, im Zusammenhang mit der behaupteten Entlassung der Berufungsbeklagten 2 aus dem Mietvertrag als relevant erachtet wurde (vgl. act. 49), nahm die Berufungsinstanz das Beweismittel der persönlichen Befragung am 21. Juni 2012 anstelle der Vorinstanz ab.

Dabei kam heraus, dass die Berufungsbeklagte 2 bei ihrem Auszug kein Telefongespräch mit der Berufungsklägerin geführt hatte, weil sie damals praktisch kein Deutsch sprach (act. 54 S. 6). Auf Fragen der Richterin sagte die Berufungsbeklagte 2 aus, ihr habe die Mutter des Berufungsbeklagten 1 (M.\_\_\_\_\_) geholfen, weil sie selbst schlecht Deutsch gesprochen habe. M.\_\_\_\_\_ habe für sie ein Telefongespräch geführt, mit wem, das wisse sie nicht. Sie sei ausserdem mit M.\_\_\_\_\_ zu Frau K.\_\_\_\_\_ gegangen (vgl. act. 54 S. 5 f.). Sie habe damals sehr schlecht Deutsch gesprochen, weshalb M.\_\_\_\_\_ alles für sie geregelt habe. Sie könne nicht mehr genau sagen, aus welchem Grund und für welchen Zweck sie zu Frau K.\_\_\_\_\_ gegangen seien. Das sei vor zwei Jahren gewesen. Sie gehe aber davon aus, dass sie vom Umzug gesprochen hätten (act. 54 S. 6). Was Frau K.\_\_\_\_\_ zum Gespräch gesagt habe, wisse sie nicht, sie habe damals kein Deutsch gesprochen (act. 54 S. 7). Sie habe M.\_\_\_\_\_ nach dem Auszug nicht explizit danach gefragt, ob alle Abmeldungen vorgenommen worden seien. Sie habe nur gefragt, ob alles OK sei. Dies habe ihr M.\_\_\_\_\_ bestätigt (act. 54 S. 10).

Die Berufungsbeklagte 2 sagte anlässlich der persönlichen Befragung hinsichtlich des angeblichen Telefongesprächs weiter aus, M.\_\_\_\_\_ habe für sie mit jemandem am Telefon gesprochen. Wer das gewesen sei, wisse sie nicht (vgl. act. 54 S. 6). Auf die Frage, welchen Zweck das Telefon gehabt habe, führte die Berufungsbeklagte 2 aus: "Ich kannte mich nicht mit den Gesetzen aus. M.\_\_\_\_\_ sagte mir, dass man sich bei der Gemeinde ab- und anmelden muss, wenn man einen Umzug plant. Aus diesem Grund und zu diesem Zweck machten wir dieses Telefon und ich ging auch zum Gemeindehaus" (act. 54 S. 6). Die Berufungsbeklagte weiss also nicht, mit wem das Telefongespräch geführt wurde. Der Zweck des Gesprächs diene aber der An- bzw. Abmeldung bei der Gemeinde und hatte nichts mit dem Mietverhältnis zu tun. Das behauptete Telefongespräch wurde also

zum einen nicht von der Berufungsbeklagten 2 und zum anderen nicht mit der Berufungsklägerin geführt.

7.4.2. Die Ausführungen zu einem vermeintlichen Treffen mit Frau K. \_\_\_\_\_ (Mitglied der Verwaltung; vgl. Ziff. II./4.) sind neu. Die Berufungsbeklagten offerieren für den Fall, dass der Beweis für eine Entlassung aus dem Mietvertrag mit der persönlichen Befragung der Berufungsbeklagten 2 noch nicht restlos erbracht werden könne, die Befragung von Frau M. \_\_\_\_\_ als Zeugin (act. 58 S. 4). Auch diese Beweisofferte ist neu.

In Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime (im Gegensatz zu Verfahren mit der unbeschränkten Untersuchungsmaxime) sind im Berufungsverfahren Noven nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig (vgl. ZR 110/2011 Nr. 96 und ZR 111/2012 Nr. 35).

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die behauptete Tatsache, dass Frau M. \_\_\_\_\_ vor zwei Jahren anstelle der Berufungsbeklagten 2 ein Gespräch mit Frau K. \_\_\_\_\_ geführt habe, war den Berufungsbeklagten bereits vor Anhängigmachung des vorinstanzlichen Verfahrens bekannt und nicht erst nach Durchführung der persönlichen Befragung der Berufungsbeklagten 2. Das "Wissen" der Berufungsbeklagten 2 muss sich auch der Berufungsbeklagte 1 anrechnen lassen. Die Berufungsbeklagten hätten unter den gegebenen Umständen zumindest substantiieren müssen, weshalb ihnen das Vorbringen dieser neuen Tatsachenbehauptung und die damit im Zusammenhang stehende Nennung des neuen Beweismittels nicht bereits vor erster Instanz möglich gewesen war (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N. 60). Dies versäumten sie jedoch, weshalb sowohl die neue Tatsache als auch das neue Beweismittel im Berufungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen sind.

7.4.3. Fraglich bleibt, ob allenfalls aufgrund anderer Umstände von einer konkludenten Vertragsänderung ausgegangen werden könnte.

Für die Beurteilung der Frage, ob sich die Parteien stillschweigend bzw. durch konkludentes Verhalten auf eine inhaltliche Anpassung eines Mietvertrages geeinigt haben (Vertragsänderung), stellt das Bundesgericht – in Nachachtung der Konsenstheorie gemäss Art. 1 OR – darauf ab, ob die eine Partei bei der anderen durch ihr Verhalten ein berechtigtes Vertrauen in die fragliche Vertragsanpassung erweckt hat; solches wird vom Bundesgericht bei bloss passivem Verhalten des Vermieters im Grundsatz zu Recht verneint (vgl. MRA 5/10 S. 219 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_418/2009 vom 27. Oktober 2009, Erw. 1.4, wo es um die einseitige Herabsetzung des Mietzinses durch die Mieterschaft ging).

Selbst wenn die Berufungsklägerin eine Adressänderungsanzeige oder eine Mitteilung des Auszuges der Berufungsbeklagten erhalten oder gar von einer allfälligen Anpassung des Briefkastenschildes Kenntnis genommen haben sollte (vgl. act. 58 S. 4), führte dies nach Ablauf einer gewissen Zeitdauer somit nicht automatisch zu einer Entlassung der Berufungsbeklagten 2 aus dem Mietverhältnis. Die Berufungsbeklagten führten in ihrer Berufungsantwort ausserdem ausdrücklich aus, dass auf die telefonische Mitteilung der Berufungsbeklagten 2 und auf das Schreiben vom 17. September 2010 des Berufungsbeklagten 1 keine Reaktion der Berufungsklägerin erfolgt sei (act. 45 S. 9).

7.4.4. Damit konnte weder ein Antrag zu einer Vertragsänderung noch eine konkludente oder ausdrückliche Annahme eines Antrages zu einer Vertragsänderung bewiesen werden.

7.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Kündigung des gemeinsamen Mietverhältnisses einseitig für die Berufungsbeklagte 2 möglich war und dass keine Vertragsänderung bzw. Entlassung der Berufungsbeklagten 2 aus dem gemeinsamen Mietverhältnis bewiesen werden konnte. Demzufolge war die Berufungsbeklagte 2 im Zeitpunkt der Kündigung noch immer Mitmieterin.

## 8. Zur Zustellung der Kündigung an die Berufungsbeklagte 2

8.1. Nachdem vorstehend festgestellt wurde, dass die Berufungsbeklagte 2 im Zeitpunkt der Kündigung noch immer Mitmieterin war, kann nun darauf eingegangen werden, ob die Zustellung der Kündigung an sie ordentlich erfolgte.

Die Berufungsbeklagten bringen vor, die Zustellung an die alte Adresse wider besseres Wissen verletze krass den Grundsatz von Treu und Glauben (act. 58 S. 5). Im vorinstanzlichen Verfahren brachten sie vor, der Nachweis, dass die Kündigung der Berufungsbeklagten 2 rechtsgültig zugestellt worden sei, habe nicht erbracht werden können (act. 27 S. 3).

Die Berufungsklägerin bringt vor, ihr sei im Zeitpunkt der Kündigung nicht bekannt gewesen, dass die Berufungsbeklagte 2 in einem Wohnhaus der N.\_\_\_\_\_ gelebt habe, weshalb die Zustellung der Kündigung an die Wohnadresse in E.\_\_\_\_\_ erfolgt sei (act. 35 S. 3).

8.2. Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und entfaltet damit nur Wirkung, soweit sie dem Adressaten zugegangen ist. Bezüglich des Zugangs einer Kündigung gelten mangels einer speziellen mietrechtlichen Regelung die allgemeinen Grundsätze (BGE 118 II 42 E. 3a S. 44). Nach diesen geht eine Willenserklärung in Schriftform dem Empfänger zu, sobald sie in seinen Machtbereich gelangt, ohne dass eine tatsächliche Kenntnisnahme erforderlich wäre. Das Zugangsrisiko dafür, dass die Kündigung auch tatsächlich den Empfänger erreicht, trägt ausschliesslich der Adressat. Insbesondere bei Abwesenheiten wegen Ferien etc. hat der Empfänger die entsprechenden Massnahmen zu ergreifen, damit ihm die Post zugestellt werden kann. Bei etwaigen Wohnsitzwechseln ist es an der den Wohnsitz wechselnden Person, darum besorgt zu sein, die Änderung der Gegenpartei rechtzeitig mitzuteilen. Unterlässt die eine Vertragspartei diese Obliegenheit, dann gilt die bisherige Adresse so lange als massgebende Zustelladresse, als die Gegenpartei keine Kenntnis von der neuen Adresse erhält (vgl. Higi, ZK OR, 4. A., Zürich 1995, Vorbemerkungen zu Art. 266–266o N. 38).

8.3. Ob die Berufungsklägerin von der neuen Adresse der Berufungsbeklagten 2 Kenntnis erhalten hatte oder nicht, ist unter den gegebenen Umständen nicht massgebend. Massgebend ist nur, ob die Kündigung der Berufungsbeklagten 2 zugeht oder nicht. Die Kündigung wurde aufgrund des Nachsendeauftrages, welcher der Post nur von der Berufungsbeklagten 2 selbst oder von einer von ihr bevollmächtigten Person erteilt worden sein konnte, an die neue Adresse zugestellt. Wenn die Kündigung ihren Weg zur Berufungsbeklagten 2 fand, ist es unerheblich, ob die Kündigung an die alte oder direkt an die neue Adresse zugestellt wurde.

8.4. Die Kündigung wurde zufolge des genannten Nachsendeauftrages an die neue Adresse der Berufungsbeklagten 2 weitergeleitet und dort am 8. oder 9. November 2010 von Frau I. \_\_\_\_\_ entgegengenommen (vgl. Ziff. I./1.).

8.5. Der Empfang der Kündigung beurteilt sich im Mietrecht nach der absoluten Empfangstheorie (mp 2011 S. 122 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_656/2010 vom 14. Februar 2011 E. 3.1.3). Demnach ist nicht erforderlich, dass die Kündigung vom Adressaten persönlich entgegengenommen oder gar zur Kenntnis genommen wird. Es genügt bei mittelbaren Erklärungen die Entgegennahme durch eine nach dem Willen des Adressaten empfangsberechtigte oder nach der Verkehrsauffassung als zum Empfang befugt und geeignet anzusehende Person (BGE 118 II 44; vgl. Higi, ZK OR, 4. A., Zürich 1995, Vorbemerkungen zu Art. 266–266o N. 38).

8.6. Dazu, ob Frau I. \_\_\_\_\_ von der Berufungsbeklagten 2 zur Entgegennahme von Briefsendungen ermächtigt worden war, äusserten sich die Berufungsbeklagten nicht (vgl. act. 45 S. 6). Vor Vorinstanz führten die Berufungsbeklagten aus, mit der Entgegennahme der Kündigung durch Frau I. \_\_\_\_\_ sei noch nicht bewiesen, ob die Kündigung in den Einflussbereich der Berufungsbeklagten 2 gekommen sei. Vorsorglich müsse die ordentliche Zustellung der Kündigung bestritten werden (act. 27 S. 3). Die ordentliche Zustellung ergibt sich aus den eingereichten Unterlagen: Gemäss Adressauskunft war die Berufungsbeklagte 2 am 31. März 2010 von E. \_\_\_\_\_ nach O. \_\_\_\_\_ weggezogen (act. 47/4). Gemäss der persönlichen Befragung der Berufungsbeklagten 2 vom 21. Juni 2012, anläss-

lich welcher ihre Personalien sowie ihre Adresse von Amtes wegen aufzunehmen waren, wohnt die Berufungsbeklagte 2 an der P. \_\_\_\_\_-Strasse ... in O. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 54 S. 2). Aufgrund des Nachsendeauftrages wurde die Post von der alten Adresse in E. \_\_\_\_\_ an die neue Adresse in O. \_\_\_\_\_ umgeleitet (act. 2/2). Entgegengenommen wurde das Einschreiben von Frau I. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 2/2). Gemäss der Homepage www.....ch (Stand am 18. Juli 2012) handelt es sich bei Frau I. \_\_\_\_\_ um die Leiterin des Wohnhauses N. \_\_\_\_\_ an der P. \_\_\_\_\_-Strasse ... in O. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 38/6). Als Leiterin des Wohnhauses war Frau I. \_\_\_\_\_ nach der Verkehrsauffassung zum Empfang von eingeschriebenen Briefsendungen für die Bewohnerinnen des Wohnhauses befugt und geeignet. Damit war die Kündigung der Berufungsbeklagten 2 spätestens am 9. November 2010 zugegangen. Eine effektive Kenntnissnahme durch die Berufungsbeklagte 2 war nicht erforderlich. Es liegt also eine ordentliche Zustellung der Kündigung an die Berufungsbeklagte 2 vor.

## 9. Zur Anfechtung der Kündigung

9.1. Da die formgültigen Kündigungen den Berufungsbeklagten vorschriftsgemäss zugegangen waren und keine Nichtigkeitsgründe der Kündigungen festgestellt werden konnten, war die Anfechtungsfrist gemäss Art. 273 Abs. 1 OR, bei welcher es sich um eine Verwirkungsfrist handelt, einzuhalten (vgl. Ziff. II./3.).

9.2. Das Verfahren bei der Schlichtungsbehörde wurde vor Inkrafttreten der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) anhängig gemacht (vgl. act. 3/1). Es richtete sich demnach noch nach altem zürcherischem Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Gemäss § 39 Abs. 1 ZPO/ZH gilt, dass mehrere Personen gemeinsam als Kläger auftreten müssen, wenn sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das für alle Beteiligten nur im gleichen Sinn entschieden werden kann. Ob eine gemeinsame Prozessführung in notwendiger Streitgenossenschaft erforderlich ist, ist eine Frage des materiellen Rechts (vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, S. 296; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, § 39 N. 2). Wird eine Klage nicht von allen notwendigen Streitgenossen erhoben, so führt das zur Abweisung der Klage (vgl. Guldener, a.a.O.,

S. 297 f.). In solchen Fällen fehlt die Aktivlegitimation (vgl. auch MRA 2/2010, S. 49).

9.3. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung besteht zwischen gemeinsamen Mietern grundsätzlich notwendige Streitgenossenschaft. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht bei der Familienwohnung: Bei der Anfechtung der Kündigung einer Familienwohnung geht das Bundesgericht davon aus, dass die Ehegatten keine notwendige Streitgenossenschaft bilden, unabhängig davon, ob der Ehegatte Mitmieter ist oder nicht – Art. 273a Abs. 1 OR ermöglicht einem Ehegatten, der nicht Mieter ist, die Kündigung alleine anzufechten, weshalb das Bundesgericht der Ansicht ist, dass diese Möglichkeit auch dem Ehegatten zugestanden werden muss, der Mieter ist (BGE 118 II 168 ff, 169 f. E. 2b).

9.4. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 4C.37/2001 vom 30. Mai 2001 die Frage, wie es sich bei der Anfechtung der Kündigung bei Mitmietern generell (d.h. bei Mitmietern, die *nicht* verheiratet sind oder in eingetragener Partnerschaft leben) verhält, offen gelassen (vgl. die dortige Erw. 2b/bb). Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb vom Grundsatz der notwendigen Streitgenossenschaft – abgesehen im Falle der Familienwohnung, wo eine explizite gesetzliche Grundlage besteht – abgewichen werden sollte. Es ist von einem einheitlichen Rechtsverhältnis auszugehen, das nur als Ganzes und für alle daran Beteiligten Bestand hat (vgl. Hans Schmid, Der gemeinsame Mietvertrag, SJZ 87/1991 S. 376). Deshalb kann über die Kündigungsanfechtung, bei welcher es sich um eine Gestaltungs-klage handelt, auch nur einheitlich entschieden werden (vgl. Higi, ZK OR, 4. A., Zürich 1996, Art. 273 N. 33).

9.5. Beim Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft müssen alle Mitmieter gemeinsam handeln und somit die Verwirkungsfrist von 30 Tagen gemäss Art. 273 Abs. 1 OR einhalten. Wenn keine Vertretung vorliegt, müssen alle Mieter ihre Anfechtung mit eigener Erklärung zumindest innert der genannten Frist abgeben. Geschieht dies nicht, verwirkt die Anfechtung. Das Einhalten einer gesetzlichen Verwirkungsfrist kann später nicht mehr nachgeholt werden (vgl. BJM 2010 S. 278, wo es um die Anfechtung einer Mietzinserhöhung gemäss Art. 270b Abs. 1 OR ging, was mit der Kündigungsanfechtung vergleichbar ist).

Ein Nachholen ist nur hinsichtlich der Bevollmächtigung möglich: Ficht von zwei Mitmietern nur einer, aber im Namen beider eine Kündigung an, so ist darauf einzutreten, auch wenn der zweite Mieter den ersten erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist bevollmächtigt. Dies ergibt sich aus dem Verbot des überspitzten Formalismus (vgl. mp 2004 S. 60 = Übersetzung des Urteils des Bundesgerichts 4C.236/2003 vom 30. Januar 2004). Wenn der Anwalt der Berufungsbeklagten geltend macht, es sei ihm nicht erlaubt gewesen, im Namen einer Person zu handeln, die ihn dazu nicht legitimiert habe – solche Machenschaften würden sich weder die Berufungsbeklagten noch deren Rechtsvertreter erlauben (act. 45 S. 9) –, so ist er auf das soeben Ausgeführte hinzuweisen.

9.6. Die Anfechtung der Kündigung durch den Berufungsbeklagten 1 erfolgte zwar innerhalb der 30-tägigen Anfechtungsfrist (Erhalt der Kündigung am 12. November 2010, Anfechtung mit Eingabe vom 1. Dezember 2010). Der Berufungsbeklagte 1 focht die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde jedoch alleine an und handelte nicht im Namen der Berufungsbeklagten 2: In der Kündigungsanfechtung vom 1. Dezember 2010 wurde nur der Berufungsbeklagte 1 als Kläger aufgeführt. Die Berufungsbeklagte 2 wurde mit keinem Wort erwähnt (act. 3/1). Auch die eingereichte Vollmacht an den Rechtsvertreter war nur vom Berufungsbeklagten 1 ausgestellt worden (act. 3/2). Erst lange nach Ablauf der 30-tägigen Verwirkungsfrist für die Berufungsbeklagte 2, anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 11. Mai 2011, wurde die Berufungsbeklagte 2 (welcher die Kündigung spätestens am 9. November 2010 zugestellt worden war) erstmals erwähnt (vgl. act. 27 S. 2 und vorinstanzliches Protokoll S. 6). Damit erfolgte die Kündigungsanfechtung nicht von beiden Mietern innerhalb der Verwirkungsfrist.

9.7. Die Berufungsbeklagten bringen vor, es verstosse krass gegen Treu und Glauben, darauf zu bestehen, dass beide Mieter miteinander hätten anfechten müssen, obschon die Berufungsbeklagte 2 gar kein Interesse mehr daran gehabt habe, ob das Mietverhältnis gekündigt werde oder nicht (act. 45 S. 9).

9.8. Die Vorinstanz ging auch davon aus, dass sich die Berufungsklägerin rechtsmissbräuchlich auf eine fehlende Legitimation berufen habe. Die Vorinstanz zog in Erwägung, der Berufungsbeklagte 1 sei seit dem Auszug der Berufungsbe-

klagten 2, seit Ende März 2010, faktisch Alleinmieter der Wohnung gewesen. Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn die Berufungsklägerin nichts unternehme, um die Berufungsbeklagte 2, die seit 1 ½ Jahren nicht mehr in der Wohnung wohne, aus dem Mietvertrag zu entlassen, sich aber gleichzeitig darauf berufe, dass eine notwendige Streitgenossenschaft bestehe (vgl. act. 34 S. 6).

9.9. Es konnte keine telefonische oder persönliche Information von Frau K. \_\_\_\_\_ durch die Berufungsbeklagte 2 bewiesen werden (vgl. Ziff. II./7.4.). Es bestehen nach der persönlichen Befragung der Berufungsbeklagten 2 darüber hinaus keine Anhaltspunkte davon auszugehen, dass eine anderweitige Kenntnisnahme des Auszuges durch Frau K. \_\_\_\_\_ stattgefunden hat (vgl. act. 58 S. 4). Dass die Berufungsbeklagte 2 Frau K. \_\_\_\_\_ beim Auszug begegnete, sagte die Berufungsbeklagte 2 anlässlich der persönlichen Befragung nicht aus (vgl. act. 54 S. 10). Aufgrund der Tatsache allein, dass Frau K. \_\_\_\_\_ in derselben Überbauung wohnte und dass der Name der Berufungsbeklagten 2 am Briefkasten entfernt wurde (vgl. act. 58 S. 4), kann eine Kenntnisnahme nicht hergeleitet werden. Dass die Berufungsbeklagte 2 der Berufungsklägerin eine Adressänderungsanzeige zugestellt haben soll, wird im Berufungsverfahren von den Berufungsbeklagten neu behauptet (act. 58 S. 4) und ist unbeachtlich (vgl. Ziff. II/7.4.2. vorstehend). Es konnte somit – entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten in der Eingabe vom 5. Juli 2012 (act. 58 S. 3) – nicht bewiesen werden, dass die Berufungsklägerin im März 2010 über den Auszug der Berufungsbeklagten 2 orientiert worden war. Damit ist auch nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Berufungsklägerin auszugehen, indem sie sich auf eine fehlende Legitimation der Berufungsbeklagten berief. Es stellt sich im Gegenteil die Frage, weshalb sich die Berufungsbeklagten anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 11. Mai 2011 auf einen Formmangel bzw. Nichtigkeitsgrund der Kündigung beriefen mit der Begründung, der Mitmieterin sei die Kündigung nicht formgültig zugestellt worden (vgl. act. 3/2), wenn sie doch der Ansicht waren, die Berufungsbeklagte 2 sei im Zeitpunkt der Kündigung gar nicht mehr Mitmieterin gewesen.

9.10. Es kann sein, dass ein Mitmieter faktisch kein eigenes Interesse an einer Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung hat. Dies kann aber nicht nur

dann vorkommen, wenn der Mitmieter bereits seit längerem ausgezogen ist, sondern auch dann, wenn er noch immer in der gemeinsamen Wohnung lebt. Er braucht eine Kündigung nicht mit anzufechten, und der andere Mitmieter kann ihn dazu auch nicht zwingen. Es ist, wie bereits gesagt, bei der Mitmieterschaft von einem einheitlichen Rechtsverhältnis auszugehen, das nur als Ganzes und für alle daran Beteiligten Bestand hat. Mit anderen Worten stellt die Mitmieterschaft eine Schicksals- und Risikogemeinschaft dar. Dieses Risiko kann nicht auf die Vermieterschaft überwältzt werden, und es kann ihr (der Vermieterschaft) darüber hinaus auch keine einseitige Vertragsänderung aufgezwungen werden. Indem sich die Berufungsklägerin auf die Verwirkung der Anfechtung berief, verhielt sie sich somit nicht rechtsmissbräuchlich.

9.11. Die Vorinstanz ging davon aus, § 70 Abs. 2 ZPO gelange zur Anwendung. Der Berufungsbeklagte 1 sei demnach berechtigt gewesen, die Kündigung vor der Schlichtungsbehörde alleine anzufechten (act. 34 S. 6).

Die Berufungsklägerin macht geltend, weder § 39 Abs. 2 ZPO/ZH noch Art. 70 Abs. 2 ZPO seien anwendbar. Diese Bestimmungen würden nur für die Säumnis eines Streitgenossen während des Verfahrens gelten (act. 35 S. 5). Die Berufungsbeklagten hielten dagegen, § 39 Abs. 2 ZPO/ZH sei anwendbar, und jede Prozesshandlung eines Streitgenossen wirke auch für den säumigen Streitgenossen (act. 45 S. 10).

9.11.1. Wie bereits in Ziff. II./9.2. vorstehend erläutert, richtete sich das Verfahren bei der Schlichtungsbehörde nach altem zürcherischem Verfahrensrecht. Demnach ist zu prüfen, ob § 39 Abs. 2 ZPO/ZH zur Anwendung gelangte. § 39 Abs. 2 ZPO/ZH besagt, dass rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen, ausgenommen Rechtsmittelerklärungen, auch für säumige Streitgenossen wirken.

9.11.2. Eine Klageanhebung ist diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft (vgl. Oscar Vogel / Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, Kap. 12 N. 24).

Die Anfechtung der Kündigung stellte somit eine Prozesshandlung dar. Bei der Anfechtungsfrist nach Art. 273 Abs. 1 OR handelt es sich um eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist. Wenn diese versäumt wird, kann sie nicht mit den Mitteln des kantonalen Prozessrechts wiederhergestellt werden (vgl. Oscar Vogel / Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, Kap. 12 N. 23; BGE 119 II 434). Ausserdem ist die Frage, ob eine gemeinsame Prozessführung in notwendiger Streitgenossenschaft erforderlich ist, eine Frage des materiellen (Bundes-)Rechts und nicht des kantonalen Prozessrechts. Die zwingend notwendige Einhaltung der Verwirkungsfrist von Art. 273 Abs. 1 OR durch beide Streitgenossen konnte somit nicht durch eine kantonale Verfahrensnorm wegbedungen werden. § 39 Abs. 2 ZPO/ZH gelangte nicht zur Anwendung, und der Einbezug der Berufungsbeklagten 2 ins Verfahren *nach* Ablauf der Verwirkungsfrist konnte keine Heilung des Mangels bewirken (vgl. act. 45 S. 15 f.). Wie das Verhältnis zwischen Art. 273 Abs. 1 OR und dem neuen Art. 70 Abs. 2 ZPO wäre, ist hier nicht zu prüfen.

9.11.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufungsbeklagte 1 die Kündigung innerhalb der Anfechtungsfrist von Art. 273 Abs. 1 OR alleine und in eigenem Namen anfocht. Die Berufungsbeklagte 2 hingegen focht die Kündigung nicht innerhalb der Anfechtungsfrist an. Da es sich bei den Berufungsbeklagten um Mitmieter des Wohnobjekts handelte, bildeten sie eine notwendige Streitgenossenschaft. Beim Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft müssen alle Mitmieter gemeinsam handeln und somit die Verwirkungsfrist von 30 Tagen gemäss Art. 273 Abs. 1 OR einhalten. Art. 273 Abs. 1 OR stellt eine Verwirkungsfrist dar. Mit der Säumnis geht der Anspruch der gekündigten Partei auf Ungültigerklärung der Kündigung infolge Treuwidrigkeit unheilbar unter. Die Kündigung bleibt unanfechtbar gültig (vgl. Higi, ZK OR, 4. A., Zürich 1996, Art. 273, N. 63). Da die Berufungsbeklagten die Kündigung innerhalb der Anfechtungsfrist nicht gemeinsam anfochten bzw. da der Berufungsbeklagte 1 die Kündigung nicht auch im Namen der Berufungsbeklagten 2 anfocht, verirkten die Berufungsbeklagten ihren Anspruch auf Ungültigerklärung der Kündigung (die Schlichtungsbehörde hätte auf das Begehren der Berufungsbeklagten nicht eintreten dürfen). Die Kündigung erweist sich damit als gültig. Eine materielle Überprüfung der Kündi-

gung kann nicht mehr vorgenommen werden, weshalb auf die diesbezüglichen Vorbringen der Parteien nicht einzugehen ist. Zu erwähnen ist ausserdem, dass die Berufungsbeklagten bzw. der Berufungsbeklagte 1 im Berufungsverfahren keinen Antrag mehr auf Erstreckung des Mietverhältnisses gestellt haben bzw. hat (im Gegensatz zum vorinstanzlichen Verfahren; vgl. act. 27 S. 1), weshalb das Mietverhältnis auch nicht zu erstrecken ist.

#### 10. Zu den Anträgen 1 bis 3 und 6 der Berufungsklägerin

10.1. Im Sinne der Erwägungen sind die Anträge 1 und 3 der Berufung gutzuheissen. Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil vom 6. Dezember 2011 aufzuheben, und es ist festzustellen, dass das Mietverhältnis betreffend die 4 ½-Zimmer-Wohnung Nr. ..., 2. Stock rechts, inkl. Kellerabteil Nr. ..., im Haus ... an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in E.\_\_\_\_\_, mit Wirkung auf den 30. April 2011 rechtsgültig beendet wurde.

10.2. Auf den Antrag 2 der Berufung ist nicht einzutreten, da ein Interesse an der Feststellung, dass der Berufungsbeklagte 1 nicht alleine zur Anfechtung legitimiert war, nicht besteht. Es wurde in den Erwägungen festgehalten, weshalb sich die Kündigung als gültig erwies. Dem Antrag 6 kommt im Vergleich zu den Anträgen 1 und 3 keine selbständige Bedeutung zu.

#### 11. Zu den Anträgen 4 und 5 der Berufungsklägerin

11.1. Das vorinstanzliche Verfahren wurde nach dem 1. Januar 2011 anhängig gemacht (vgl. act. 1) und richtete sich nach der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO). Die Klägerin stellte in ihrem Rechtsbegehren vor Vorinstanz erstmals (d.h. nicht bereits im Schlichtungsverfahren) ein Ausweisungsbegehren sowie den Antrag auf Vollstreckung durch das Gemeindeammannamt und wiederholte diese Anträge in ihrer Berufung (je Anträge 4 und 5).

11.2. Grundsätzlich geht einem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO). Dies gilt auch für Ausweisungen, es sei denn, es handle sich um einen klaren Fall (Rechtsschutz in klaren Fällen), welcher im summarischen Verfahren geprüft wird (Art. 257 Abs. 1 ZPO).

Die nichtliquiden Fälle im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren beginnen gemäss Art. 197 ZPO bei der Schlichtungsbehörde (vgl. auch MRA 3/2010 S. 110 ff.). Vorliegend beantragte die Berufungsklägerin vor Vorinstanz ausdrücklich die Ausweisung im ordentlichen Verfahren (vgl. Vermerk des vorinstanzlichen Gerichtsschreibers in act. 23 S. 1). Diesen Antrag hätte die Berufungsklägerin aber entweder bereits wiederklageweise oder mit einer selbständigen Klage bei der Schlichtungsbehörde stellen müssen. Dies galt auch unter bisherigem Recht, wenn keine Anrufung des Ausweisungsrichters im summarischen Verfahren erfolgte. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die Ausweisung kein reines Vollstreckungsverfahren darstellt, sondern ein Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren (vgl. Raymond Bisang, in: MRA 3/2010 S. 110 ff.). Daher kann ohne ordentliche Einleitung des Verfahrens keine Vollstreckungsmassnahme im Sinne von Art. 236 Abs. 3 ZPO verlangt werden (vgl. zum bisherigen Recht MRA 5/03 S. 180). Die Vorinstanz ging nicht weiter auf den Ausweisungsantrag ein, sondern wies die Klage vollumfänglich ab. Dabei hätte sie auf den Ausweisungsantrag nicht eintreten müssen. Obwohl im Berufungsverfahren die Gültigkeit der Kündigung bejaht wird, ist eine Ausweisung in *diesem* Verfahren nicht möglich. Zuzufolge falscher Verfahrenseinleitung ist auf die Anträge 4 und 5 der Berufung nicht einzutreten. Sobald die Gültigkeit der Kündigung rechtskräftig feststeht, kann aber ein Ausweisungsverfahren gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO eingeleitet werden.

## 12. Kosten- und Entschädigungsfolgen

12.1. Die Gerichtskosten bemessen sich nach dem Streitwert, welcher sich gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem Rechtsbegehren bestimmt. Vorliegend ging es um die Anfechtung der Kündigung. Zusätzlich wurde die Ausweisung verlangt.

12.2. Der Streitwert für das Rechtsmittelverfahren bei einer Kündigungsanfechtung entspricht dem Bruttomietzins (vgl. act. 38/1: der monatliche Mietzins beträgt Fr. 1'530.–) für den Zeitraum vom bestrittenen Kündigungstermin bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin, unter Berücksichtigung der dreijährigen Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR und beträgt Fr. 61'200.– (vgl. act. 38/1: der Vertrag kann unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf jedes Monatsende, ausgenommen auf Ende Dezember, gekündigt

werden, d.h. frühestens auf Ende August 2014; 40 x Fr. 1'530.–). Der Streitwert für ein Ausweisungsverfahren, bei dem auch die Gültigkeit der Kündigung strittig ist, richtet sich nach denselben Kriterien.

12.3. Beim im Frage stehenden Streitwert von Fr. 61'200.– ist die zweitinstanzliche Entscheidegebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und Abs. 3 sowie 7 lit. a GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

12.4. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich hat die obsiegende Partei keine Kosten zu tragen. Der Kläger obsiegt vollständig, wenn alle seine Rechtsbegehren gutgeheissen werden; der Beklagte obsiegt, wenn die Klage abgewiesen wird (Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N. 2). Von einem Obsiegen ist ausserdem auszugehen, wenn eine Partei in der Hauptsache durchdringt (ZK ZPO-Jenny, Art. 106 N. 6). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). "In vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann für die Aufteilung das Verhältnis zwischen dem im Rechtsbegehren geforderten und dem im Urteil zugesprochenen Forderungsbetrag von Bedeutung sein. Dies ist jedoch nicht das einzige Kriterium. Auch das Gewicht einzelner Rechtsbegehren kann unterschiedlich sein; ..." (Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N. 5).

12.5. Für die Frage des Obsiegens fällt vor allem die Gutheissung des Antrags 1 (Aufhebung des angefochtenen Urteils) und in diesem Zusammenhang die Gutheissung des Antrags 3 (Feststellung der rechtsgültigen Beendigung des Mietverhältnisses) der Berufungsklägerin ins Gewicht. Das Nichteintreten auf den Antrag 2 der Berufungsklägerin, in welchem sie die Feststellung der fehlenden Aktivlegitimation des Berufungsbeklagten 1 verlangte, und das Wegfallen des unselbständigen Antrages 6 fallen nicht ins Gewicht.

12.6. Fraglich ist das Verhältnis zwischen dem Obsiegen hinsichtlich der Anträge 1 und 3 auf der einen Seite sowie dem Unterliegen hinsichtlich der Anträge 4 und 5 der Berufungsklägerin. Bei einer rein rechnerischen Betrachtungsweise

der Gutheissung und Abweisung der Anträge würde eine hälftige Verteilung der Prozesskosten resultieren. Eine solche Betrachtungsweise erscheint vorliegend jedoch als verkürzt. Der Streitwert für ein Ausweisungsverfahren, bei dem auch die Gültigkeit der Kündigung strittig ist, bestimmt sich nach denselben Kriterien wie der Streitwert für ein Anfechtungsverfahren (vgl. Ziff. II./12.2. vorstehend). Es erfolgt also keine Zusammenrechnung von Streitwerten, wenn sowohl die Kündigung als auch die Ausweisung beurteilt werden.

Mit dem Ausweisungsbegehren befassten sich ausserdem weder die Vorinstanz noch die Parteien eingehend. Dadurch, dass die Berufungsklägerin im Schlichtungsverfahren keine Widerklage auf Ausweisung gestellt hatte, konnte sich kein eigenständiges Ausweisungsverfahren entwickeln. Dementsprechend führte die Vorinstanz in ihrem Rubrum wohl auch die Ausweisung nicht auf. In der Hauptsache betraf das vorliegende Verfahren somit die Kündigungsanfechtung. Auf das Ausweisungsbegehren wird von der Berufungsinstanz denn auch deshalb nicht eingetreten, weil es an der richtigen Verfahrenseinleitung fehlt (vgl. Ziff. II./11.2.). Der Aufwand für das Nichteintreten auf den Ausweisungsantrag gestaltete sich dementsprechend – im Verhältnis zur Frage, ob die Kündigung gültig sei – als verschwindend klein und fiel damit kaum ins Gewicht. Es rechtfertigt sich, insgesamt von einem vollständigen Obsiegen der Berufungsklägerin auszugehen.

12.7. Notwendigen Streitgenossen sind die Prozesskosten gemeinsam aufzuerlegen.

Ausgangsgemäss sind die Kosten beider Instanzen in der Höhe von insgesamt Fr. 9'606.25 (Fr. 6'400.– für das erstinstanzliche Verfahren und Fr. 3'000.– Gerichtsgebühr sowie Fr. 206.25 Dolmetscherkosten für das zweitinstanzliche Verfahren) den Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten beider Instanzen sind aus den von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschüssen im Betrage von insgesamt Fr. 9'400.– zu beziehen. Im Mehrbetrag von Fr. 206.25 hat die Obergerichtskasse Rechnung an die Berufungsbeklagten zu stellen. Die Berufungsbeklagten sind so-

lidarisch zu verpflichten, der Berufungsklägerin die Kosten von Fr. 9'400.– zu ersetzen.

12.8. Ausgangsgemäss werden die Berufungsbeklagten sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Prozessentschädigung von Fr. 8'008.– zuzüglich 8% MWST blieb unbestritten und ist bezüglich ihrer Höhe zu bestätigen. Die Prozessentschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und 3 sowie § 11 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 4'000.– zuzüglich 8% MWST (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006) festzusetzen. Die Berufungsbeklagten sind somit solidarisch zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Prozessentschädigung von insgesamt 12'008.– zuzüglich 8% MWST zu bezahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Mietgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 6. Dezember 2011 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien betreffend die 4 ½-Zimmer-Wohnung Nr. ..., 2. Stock rechts, inkl. Kellerabteil Nr. ..., im Haus ... an der D.\_\_\_\_-Strasse ... in E.\_\_\_\_, mit Wirkung auf den 30. April 2011 rechtsgültig beendet wurde.
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
3. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren von CHF 6'400.– wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. Die Barauslagen (Dolmetscherkosten) betragen Fr. 206.25.
5. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsbeklagten auferlegt und von den von der Berufungsklägerin ge-

leisteten Kostenvorschüssen bezogen. Im Mehrbetrag von Fr. 206.25 stellt die Obergerichtskasse Rechnung. Die Berufungsbeklagten werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Berufungsklägerin Fr. 9'400.– zu ersetzen.

6. Die Berufungsbeklagten werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Berufungsklägerin für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 12'008.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Mietgericht des Bezirksamtes Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 61'200.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. A. Muraro-Sigalas