

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD110011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
F. Gohl Zschokke.

Urteil und Beschluss vom 8. Dezember 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter, Widerkläger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Kündigungsschutz / Anfechtung**
(Kosten)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht)
vom 18. August 2011 (MB110001)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger gelangte mit Eingabe vom 9. Februar 2011 (Datum Poststempel; act. 1) an das Mietgericht Zürich. Er verlangte, es sei festzustellen, dass die vom Beklagten gestützt auf Art. 257f OR per 30. November 2010 ausgesprochene Kündigung vom 26. Oktober 2010 unwirksam sei. Eventualiter sei diese Kündigung für missbräuchlich und ungültig zu erklären; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten (act. 1 S. 2 und S. 3). Nachdem der Kläger fristgemäss einen Kostenvorschuss von Fr. 5'500.-- geleistet hatte (vgl. act. 4, act. 5 und act. 7), wurde dem Beklagten mit Verfügung des Mietgerichtspräsidenten vom 2. März 2011 (act. 8) eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt. Diese erfolgte innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 7. April 2011 (act. 14; vgl. act. 9, act. 11 und act. 12). Der Beklagte beantragte, die Klage sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei, und es sei festzustellen, dass die ausserordentliche Kündigung vom 26. Oktober 2010 per 30. November 2010 wirksam und gültig sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (act. 14 S. 2). Überdies erhob der Beklagte Widerklage und verlangte, dem Kläger sei unter Androhung der Zwangsvollstreckung und weiterer Rechtsnachteile im Unterlassungsfalle zu befehlen, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und zu verlassen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (act. 14 S. 2 f.).

1.2. Die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 23. Juni 2011 (vgl. act. 23) wurde den Parteien auf Ersuchen des kurz davor erkrankten Klägers abgenommen (vgl. act. 28-32). Mit Vorladung vom 23. Juni 2011 wurden die Parteien auf den 25. August 2011 erneut zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 33).

1.3. Der Kläger teilte dem Gericht mit Schreiben vom 4. Juli 2011 (act. 34) mit, dass die von der Kündigung betroffene Untermieterin auf den 1. August 2011 habe Ersatzräumlichkeiten finden können. Er sei daher in der Lage, die Mietsache Ende Juli 2011 dem Beklagten zurückzugeben. Der Prozess sei somit per 1. August 2011 gegenstandslos geworden, weshalb die Vorladung zur Hauptverhandlung ab-

zunehmen und das Verfahren dementsprechend abzuschreiben sei; unter hälftiger Auferlegung der Gerichtsgebühr und Wegschlagung der Prozessentschädigungen.

1.4. Dem Beklagten wurde mit Präsidialverfügung vom 5. Juli 2011 (act. 35) Frist angesetzt, um sich zum Schreiben des Klägers zu äussern. Er tat dies rechtzeitig mit Eingabe vom 8. Juli 2011 (act. 39; vgl. act. 37). Dabei vertrat er den Standpunkt, dass der Prozess nicht gegenstandslos sei, weshalb das Gericht den Kläger zur Erklärung darüber anzuhalten habe, ob er das Kündigungsschutzbegehren zurückziehe und die Widerklage anerkenne oder ob er an seinen Begehren festhalte. Überdies kündigte der Beklagte an, dass er die Mietsache am 31. Juli 2011 unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Gültigkeit und Wirksamkeit seiner Kündigung einstweilen als vorzeitige Rückgabe der Mietsache gemäss Art. 264 OR entgegennehmen würde. Schliesslich beantragte der Beklagte für den Fall des Klagerückzuges und der Anerkennung der Widerklage, dass die Gerichtskosten dem Kläger aufzuerlegen und dieser zu verpflichten sei, ihm eine Prozessentschädigung zu bezahlen.

1.5. Der Mietgerichtspräsident setzte dem Kläger mit Verfügung vom 11. Juli 2011 (act. 40) eine nicht erstreckbare Frist von sieben Tagen an, um zum Schreiben des Rechtsvertreters des Beklagten und Widerklägers vom 8. Juli 2011 Stellung zu nehmen, ansonsten Verzicht auf Stellungnahme angenommen würde.

1.6. Am 4. August 2011 teilte der Beklagte mit, dass ihm das Mietobjekt am 3. August 2011 im geräumten Zustand zurückgegeben worden sei (act. 43 und act. 44). Mit Beschluss vom 18. August 2011 (act. 45 = act. 53 = act. 55) schrieb das Mietgericht Zürich den Prozess als gegenstandslos geworden ab und nahm den Parteien die Ladung zur Hauptverhandlung ab (Dispositivziffern 1 und 2). Es setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'500.-- fest und auferlegte diese dem Kläger, unter Verrechnung seines Kostenvorschusses (Dispositivziffern 3 und 4). Überdies verpflichtete es den Kläger, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 8'000.-- (zuzüglich 8.0 % MwSt) zu bezahlen (Dispositivziffer 5).

1.7. Am 23. August 2011 traf die Stellungnahme des Klägers vom 22. August 2011 (Datum Poststempel; act. 48) beim Mietgericht Zürich ein.

1.8. Der Kläger erhob mit Eingabe vom 26. September 2011 (Datum Postempel; act. 54) rechtzeitig Beschwerde gegen den Beschluss des Mietgerichtes Zürich vom 18. August 2011 (vgl. act. 46). Er verlangte, die Dispositivziffern 4 und 5 seien aufzuheben und die Sache sei zur neuen Entscheidung über die Kostenverlegung an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und den Parteien seien für das vorinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen auszurichten; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zu Lasten des Beklagten (act. 54 S. 2). Nachdem der Kläger innert erstreckter Frist einen Kostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren von Fr. 2'000.-- geleistet hatte (vgl. act. 56-60), wurde der Beklagte mit Verfügung vom 1. November 2011 (act. 61) dazu aufgefordert, die Beschwerde zu beantworten. Die Verfügung wurde am 4. November 2011 vom Beklagten in Empfang genommen (act. 62). Mit Eingabe vom 5. Dezember 2011 ersuchte dieser um Fristerstreckung bis zum 10. Januar 2011 (act. 63).

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da der vorinstanzliche Beschluss vom 18. August 2011 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend.

2.2. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss der betroffenen Instanz. Das mietgerichtliche Verfahren war bei Inkrafttreten der ZPO noch nicht rechtshängig (vgl. § 105 Ziff. 2 ZPO/ZH). Dementsprechend hat die Vorinstanz korrekt die Verfahrensbestimmungen der ZPO als anwendbar erachtet (vgl. act. 4, act. 8, act. 17 etc.).

2.3. Zum Fristerstreckungsgesuch des Beklagten vom 5. Dezember 2011 (Datum Postempel; act. 63) ist festzuhalten, dass es sich bei der Frist zur Beantwortung der Beschwerde um eine gesetzliche Frist handelt, welche nicht erstreckt werden

kann (Art. 322 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 321 Abs. 1 ZPO und Art. 144 Abs. 1 ZPO; vgl. zum Ganzen auch die Verfügung der II. Zivilkammer vom 2. August 2011, Prozess Nr. PS110127). Das Fristerstreckungsgesuch ist deshalb abzuweisen. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Beklagte die ihm mit Verfügung vom 1. November 2011 angesetzte Frist ungenutzt verstreichen liess. Das Verfahren ist folglich androhungsgemäss ohne Beschwerdeantwort weiterzuführen (Art. 147 ZPO; act. 61 S. 2).

3. Verletzung des rechtlichen Gehörs

3.1. In seiner Beschwerdeschrift bringt der Kläger vor, dass die Vorinstanz seine Stellungnahme vom 22. August 2011 zu Unrecht nicht berücksichtigt habe. Auf diese Weise habe die Vorinstanz dem Kläger die Möglichkeit genommen, sich zur Frage der Kostenverteilung nach Art. 107 Abs. 2 lit. e ZPO zu äussern. Sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei somit verletzt worden (act. 54 S. 4 f.).

3.2. Vorab ist zu bemerken, dass der Kläger bereits in seinem Schreiben vom 4. Juli 2011 festgehalten hat, wie die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Falle einer Prozessbeendigung zufolge Gegenstandslosigkeit seiner Auffassung nach zu regeln wären (vgl. act. 34). Der Vorwurf des Klägers, er habe keine Möglichkeit gehabt, sich zur Frage der Kostenverteilung zu äussern, erweist sich somit als haltlos. Wie die Vorinstanz richtig erkannt hat (vgl. act. 45 S. 4), verfügte der Kläger aber unbesehen davon über das Recht, zur Eingabe des Beklagten vom 8. Juli 2011 (act. 39) Stellung zu nehmen (vgl. BGE 137 I 197 mit Hinweis auf BGE 133 I 98, Erw. 2.1). Dementsprechend setzte der Mietgerichtspräsident dem Kläger mit Verfügung vom 11. Juli 2011 (act. 40) eine Frist von sieben Tagen zur Stellungnahme an. Die Verfügung wurde dem Kläger am 12. Juli 2011 zugestellt (act. 41). Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien, welche vom 15. Juli bis zum 15. August dauerten (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO), endete die Frist am 22. August 2011 (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Indem der Kläger seine Stellungnahme vom 22. August 2011 noch am selben Tag der Post übergab (vgl. act. 48), hielt er die Frist korrekt ein (Art. 143 ZPO). Vor diesem Hintergrund beanstandet der Kläger zu Recht, dass die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss vom 18. August 2011 erwog, eine Stel-

lungnahme des Klägers innerhalb der ihm angesetztten Frist sei ausgeblieben (act. 54 S. 5; vgl. act. 45 S. 4).

3.3. Art. 53 ZPO statuiert für das Verfahrensrecht den bereits in Art. 29 Abs. 2 BV festgesetzten Anspruch auf rechtliches Gehör. Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht, BGE 137 I 197 und BGE 133 I 99). Da die Stellungnahme des Klägers vom 22. August 2011 zur Eingabe des Beklagten vom 8. Juli 2011 von der Vorinstanz fälschlicherweise unberücksichtigt geblieben ist, wurde der Anspruch des Klägers auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt. Seine Gehörsverweigerungsrüge erweist sich damit als begründet. Dies führt indessen nicht ohne weiteres zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

3.4. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann, und ihr kein Nachteil erwächst. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 197 f. mit Hinweis auf BGE 136 V 117, Erw. 4.2.2.2 und BGE 133 I 201, Erw. 2.2). Erst bei einer besonders schwerwiegenden Verletzung der Parteirechte ist eine Heilung ausgeschlossen (vgl. BGE 133 I 204 mit Hinweis auf BGE 127 V 431, Erw. 3d/aa).

3.5. Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 lit. a und b ZPO). Die Rechtsanwendung der Vorinstanz ist somit voll überprüfbar (DIKE-Komm-ZPO, Stand 3. Oktober 2011, Art. 320 N. 4). Demgegenüber ist die Kognition hinsichtlich des Sachverhalts beschränkt. Die unrichtige Feststellung des Sach-

verhaltes durch die Vorinstanz kann nur in qualifizierten Fällen gerügt werden, nämlich bei offensichtlicher Unrichtigkeit (Blickenstorfer, in: DIKE-Komm-ZPO, Online-Version Stand 3. Oktober 2011, Art. 320 N. 8 und ZK ZPO-Freiburghaus/Afhelddt, Art. 320 N. 5). Demzufolge kann die Kammer in ihrer Funktion als Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt nicht frei überprüfen. Eine der vom Bundesgericht statuierten Voraussetzungen zur Heilung des Mangels ist somit nicht erfüllt. Es ist deshalb dem Hauptantrag des Klägers zu folgen und davon abzusehen, die Eingabe des Klägers vom 22. August 2011 einfach im Rahmen dieses Verfahrens zu berücksichtigen, obwohl der Kostenentscheid bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens aufgrund einer summarischen Prüfung und Würdigung des aktenkundigen Sach- und Streitgegenstandes zum Zeitpunkt des Erledigungsgrundes ohne ein besonderes Beweisverfahren zu ergehen hat (siehe Urteil des BGer 5P.120/2003 vom 22. April 2003, Erw. 5.4).

3.6. Auf Grund der dargelegten Erwägungen sind die Dispositivziffern 4 und 5 des Beschlusses des Mietgerichtes Zürich aufzuheben, ohne dass die weiteren vom Kläger überdies geltend gemachten Rügen noch zu prüfen wären. Die Sache ist zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und zur neuen Entscheidung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend ist für das zweitinstanzliche Verfahren keine Gerichtsgebühr zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

4.2. Der Beklagte hat sich am zweitinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt und für die Zusprechung einer Parteientschädigung an den Kläger mangelt es an einer Rechtsgrundlage. Es ist deshalb für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Fristerstreckungsgesuch des Beklagten wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositivziffern 4 und 5 des Beschlusses des Mietgerichtes Zürich vom 18. August 2011 werden aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Entscheidgebühr erhoben.
3. Es wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger für das Rechtsmittelverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Mietgericht Zürich, 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 Fr. 11'500.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: