

## **ZMP 2020 Nr. 10**

### **Art. 271 f. OR; Art. 273 OR; Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; Art. 88 ZPO; Art. 242 ZPO. Tragweite der Gegenstandslosigkeit des Kündigungsschutzverfahrens bei Auszug der Mieterin.**

*Verlässt die Mieterin das Mietobjekt, so wird ein hängiges Kündigungsschutzverfahren gegenstandslos, denn der Streit dreht sich letztlich um die Rückgabe der Mietsache. Eine materielle Prüfung der Gültigkeit der Kündigung liefe auf die abstrakte Feststellung der Rechtslage hinaus, für welche nach erfolgtem Auszug der Mieterin ein Rechtsschutzinteresse fehlt. Dass die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Kündigung einen Einfluss auf weitere Ansprüche zwischen den Parteien haben kann, etwa die Höhe des Nutzungsentgelts während der Dauer zwischen dem Kündigungstermin und dem Auszug, ändert daran nichts. Kommt es darüber zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, hat das zuständige Gericht oder die zuständige Behörde die Gültigkeit der Kündigung vorfrageweise zu prüfen. Auch soweit es um die Anfechtbarkeit der Kündigung im Sinne von Art. 271 f. OR geht, kann es dabei zu einer vorfrageweisen Überprüfung kommen, allerdings nur soweit die Mieterin die Kündigung im gegenstandslos gewordenen Verfahren rechtzeitig angefochten hat.*

Aus dem Beschluss des Mietgerichts MB190006-L, damit vereinigt MB190013-L vom 7. Mai 2020 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Trepp, Heusser; Gerichtsschreiberin Zeko):

"(...)

#### **1. Ausgangslage. Prozessgeschichte**

1.1 Die Parteien standen seit 5. Mai 2011 in einer gerichtlichen Auseinandersetzung um eine Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin ab 1. Februar 2014 eine Verlängerung des Warenhausmietvertrages über die Räume an der N.-strasse X, Y und Z in Zürich um mindestens fünf Jahre zu Marktpreisen zu offerieren. Diese Auseinandersetzung fand ihr vorläufiges Ende mit dem Bundesgerichtsurteil 4A\_653 und 657/2018 vom 14. November 2019. Darin hob das Bundesgericht in

teilweiser Gutheissung der Beschwerde die von Miet- und Obergericht statuierte Verpflichtung der Beklagten zur Abgabe einer Offerte im genannten Sinne auf. Es stellte indessen fest, dass die Beklagte der vertraglichen Verpflichtung zu einer solchen Offerte nicht nachgekommen sei.

Am 21. Dezember 2018 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin eine Zahlungsverzugskündigung aus und strengte im Anschluss daran beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage auf Ausweisung im summarischen Verfahren gestützt auf Art. 257 ZPO an (Geschäft HE190054-O; vgl. ...).

1.2 Während der genannten Auseinandersetzung reichte die Klägerin mit Eingabe vom 7. März 2019 (Poststempel) die ihr am 5. Februar 2019 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde Zürich vom 30. Januar 2019 ein und klagte gemäss dem ersten der eingangs erwähnten Rechtsbegehren auf Erstreckung des Mietverhältnisses ab 1. Februar 2019 um sechs, eventuell um drei Jahre. Mit Beschluss vom 14. März 2019 wurde sie aufgefordert, einen Kostenvorschuss von Fr. 80'000.– zu leisten. Zugleich wurde u.a. der Beklagten Gelegenheit gegeben, um zum Antrag auf Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über die Offertverpflichtung einerseits und bis zum Entscheid des Handelsgerichts über den Ausweisungsantrag der Beklagten andererseits Stellung zu nehmen. Die Prozessleitung wurde dem Vorsitzenden delegiert. Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet. Mit Eingabe vom 22. März 2019 stimmte die Beklagte dem Sistierungsantrag zu, so dass diesem mit Verfügung vom 26. März 2019 entsprochen werden konnte. Dabei liess das Gericht offen, ob allein das damals beim Bundesgericht pendente Verfahren einen hinreichenden Anlass zur Sistierung geboten hätte.

1.3 Die Klägerin wehrte sich nicht nur vor Handelsgericht gegen die Zahlungsverzugskündigung vom 21. Dezember 2018, sondern reichte dagegen am 27. Mai 2019 auch beim angerufenen Gericht gestützt auf eine Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde vom 11. April 2019 eine weitere Klage ein. Wie einleitend erwähnt, verlangte sie damit die Feststellung der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit bzw. Ungültigkeit der Zahlungsverzugskündigung und im Eventualstandpunkt deren Aufhebung wegen eines Verstosses gegen Treu und Glauben gestützt auf Art. 271 f. und 273 OR. Auch im neuen Verfahren beantragte sie eine Sistierung des

Prozesses bis zum Entscheid des Handelsgerichts. Mit Beschluss vom 6. Juni 2019 wurde das jüngere Verfahren mit dem älteren vereinigt. Dadurch erübrigte sich ein gesonderter Entscheid über den Sistierungsantrag. Auf die Erhebung eines (weiteren) Kostenvorschusses wurde verzichtet (a.a.O.).

1.4 Mit Eingabe vom 21. September 2019 informierte die Klägerin das Gericht und die Beklagte unter Hinweis auf eine entsprechende Pressemitteilung darüber, dass sie gedenke, das Warenhaus an der N..strasse X, Y und Z auf Ende Januar 2020 zu schliessen und die Mietsache zu verlassen. Da die Rückgabe erst zum genannten Termin erfolgen sollte, belies es das Gericht bei der Weiterleitung der Eingabe an die Beklagte. Mit einer weiteren Eingabe vom 26. November 2019 gab die Klägerin dem Gericht Kenntnis vom Urteil des Bundesgerichts 4A\_653 und 657/2018 vom 14. November 2019 (betr. Offertverpflichtung, ...) und teilte mit, dass das am Handelsgericht hängige Ausweisungsverfahren mittlerweile am Bundesgericht pendent sei. Mit Verfügung vom 27. November 2019 hielt das angerufene Gericht an der Sistierung des vorliegenden Prozesses fest und bemerkte, an der Ausgangslage habe sich bis zu einem Entscheid des Bundesgerichts über die Ausweisung nichts geändert.

## **2. Gegenstandslosigkeit**

2.1 Über einen Ausweisungsentscheid des Bundesgerichts ist bislang nichts bekannt. Hingegen verliess die Klägerin die gemieteten Räume tatsächlich ihrer Ankündigung gemäss per 31. Januar 2020. Mit Schreiben vom 10. März 2020 wurden die Parteien über die vorläufige Einschätzung des Vorsitzenden informiert, dass die beiden vereinigten Verfahren durch den Auszug der Klägerin wohl unabhängig von den Entscheidungen anderer Gerichte gegenstandslos geworden seien. Die Parteien wurden gebeten, sich zum Vorschlag der Abschreibung des Verfahrens bei einer Gerichtsgebühr von mutmasslich Fr. 800.– unter Teilung der Kosten sowie unter gegenseitigem Verzicht auf Parteientschädigung zu äussern.

Beide Parteien nahmen die Gelegenheit zur Stellungnahme innert der im genannten Schreiben erwähnten Frist wahr, und zwar obwohl sie in Zusammenhang mit den kurz nach Versand des Schreibens verhängten Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung des Corona-Virus nicht gegen ihren Willen dazu hätten ver-

pflichtet werden können. Während die Beklagte sich mit Eingabe vom 30. März 2020 mit dem Vorschlag einverstanden erklärte, stimmte die Klägerin dem Vorschlag mit Eingabe vom 31. März 2020 lediglich bezüglich des Erstreckungsbegehrens zu, machte hingegen bezüglich der Anfechtung der Zahlungsverzugskündigung geltend, sie verfüge ihrer Auffassung nach immer noch über ein Rechtsschutzinteresse an der gerichtlichen Beurteilung derselben. Ohne eine solche laufe sie sonst Gefahr, dass sie in einem allfälligen Verfahren über die Festlegung des Nutzungsentgelts die Missbräuchlichkeit der ausserordentlichen Kündigung nicht mehr geltend machen könne, so dass für die Zeit zwischen dem Kündigungstermin am 31. Januar 2019 und ihrem Auszug aus dem Objekt per 31. Januar 2020 eine Unsicherheit bestünde, ob und unter welchem Titel sie für diese Phase noch über einen Benützungsanspruch verfügt habe. Der rechtliche Nachteil würde darin bestehen, dass bei einer Abschreibung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit die eventualiter beantragte Aufhebung der Kündigung nicht mehr mit Rechtskraftwirkung, sondern höchstens noch vorfrageweise beurteilt werden könnte.

2.2 Darauf wurde den Parteien mit Schreiben vom 2. April 2020 der ergänzende Vorschlag gemacht, dass sich die Beklagte entweder damit einverstanden erklären könnte, dass ein allenfalls gerichtlich festzulegender Mietzins ab 1. Februar 2014 so zu bestimmen sei, wie wenn bis zum Schluss ein gültiges Mietverhältnis bestanden hätte, oder dass die Beklagte explizit erkläre, dass auch nach ihrer Ansicht die Festlegung eines höheren Entgelts für die Zeit nach dem 31. Januar 2019 die vorfrageweise Prüfung der angefochtenen Kündigung erforderlich sei. Schon damals wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass sich das Gericht angesichts der Gerichtspraxis eine Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit auch ohne eine solche zusätzliche Erklärung vorbehalte.

Mit Eingabe vom 17. April 2020 konnte sich zwar die Klägerin mit der zweiten Variante des ergänzten Vorschlages einverstanden erklären. Für den Fall, dass eine solche Erklärung nicht erfolge, blieb sie indessen bei ihrem Standpunkt und ergänzte, dass sie sich im Kündigungsanfechtungsverfahren nicht nur auf einen möglichen Verstoss der Kündigung gegen Treu und Glauben, sondern auf sämtliche weiteren Argumente aus dem Kündigungsschutzverfahren berufen könne. Die

Beklagte bat ihrerseits mit Eingabe vom selben Datum um Verständnis dafür, dass sie vorläufig keine Erklärung dazu abgeben könne, wie die Höhe des zusätzlichen Geldbetrages zu berechnen sei, welcher von der Klägerin in einem zukünftigen Forderungsprozess verlangt werde. Ob sich das zuständige Gericht vorfrageweise mit der Missbräuchlichkeit der Kündigung zu befassen hätte, sei eine Frage der Rechtsanwendung durch das dereinst zuständige Gericht und als solche der Parteidisposition entzogen. Auch dazu möchte sie sich nicht erklären, halte aber ansonsten an ihrer Zusage zum Vorschlag des Gerichts vom 10. März 2020 fest.

Die beiden Eingaben wurden je der Gegenpartei am 23. April 2020 zugestellt. Weitere Vernehmlassungen erfolgten seither nicht.

2.3 Der Klägerin kann nicht gefolgt werden, soweit sie trotz ihres unbestrittenen Auszugs aus dem ehemaligen Mietobjekt davon ausgeht, sie verfüge nach wie vor über ein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung insbesondere der Anfechtbarkeit der Zahlungsverzugskündigung. Zwar ist es richtig, dass die Gültigkeit der Kündigung der Beklagten vom 21. Dezember 2018 einen Einfluss auf Rechtsfragen haben kann, die über die Beendigung der Miete als solche hinausgehen, namentlich auf das Entgelt, das die Klägerin der Beklagten für die Benützung der Sache nach dem Kündigungstermin schuldet, sowie auf allfällige Schadenersatzforderungen. Wie die Klägerin aber selber ausführt, können und müssen die entsprechenden Fragen von den dereinst zuständigen Gerichten vorfrageweise geprüft werden. Das vorliegende Kündigungsschutz- und Erstreckungsverfahren dreht sich dagegen nur um die Beendigung des Mietverhältnisses als solche: Zu recht hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Kündigungsschutzbegehren der Mieterin und ein gleichzeitiges Ausweisungsbegehren der Vermieterin ein und denselben Verfahrensgegenstand haben und damit die beiden Seiten derselben Medaille bilden, so dass die beiden Begehren im gleichen vereinfachten Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO behandelt werden können (BGE 142 III 402 E. 2.5 = Pra 2017 Nr. 71; BGE 142 III 515 E. 2.2.4). Deshalb wird mit dem freiwilligen Auszug der Mieterin nicht nur eine Ausweisungsklage (BGer 4A\_272/2014 v. 9.12.14 E. 2; BGer 4A\_371/2019 v. 12.8.19), sondern auch eine solche auf Kündigungsschutz gegenstandslos. Das Bundesgericht hat dies indirekt zuletzt in BGE 145 III 143 festgehalten. In jenem Fall ging es darum, dass die Mieterin nach Ab-

schluss des Kündigungsschutzverfahrens entdeckt hatte, dass der von den Vermietern als Kündigungsgrund angegebene Eigenbedarf nur vorgeschoben war. Das Bundesgericht verlangte entgegen dem Mietgericht Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich mit einer diskutablen Begründung, dass die Mieterin vor der von ihr angestregten Schadenersatzklage die Revision eines Urteils des Mietgerichts hätte anstrengen müssen, mit welchem die Kündigung der Vermieter für gültig erklärt worden war (wobei das Urteil die Rechtslage zwischen den Parteien letztlich gar nicht beeinflusst hatte, weil diese während laufender Rechtsmittelfrist neu über den Streitgegenstand verfügt und einen aussergerichtlichen Erstreckungsvergleich geschlossen hatten). In jenem Verfahren hatte die Mieterin eingewendet, ein Revisionsverfahren sei ihr nicht zuzumuten gewesen, da sie sich in der Zwischenzeit anders orientiert und kein Interesse – sowie wegen der inzwischen erfolgten Weitervermietung der Sache an einen Dritten auch keine rechtliche Aussicht – mehr habe, die ehemalige Mietsache wieder zu beziehen. Das Bundesgericht bemerkte dazu, in der Tat könne in einer solchen Konstellation selbst eine erfolgreiche Revision nur zu einem Nichteintreten auf das Kündigungsschutzbegehren führen (a.a.O., E. 5.4). Immerhin hätte eine Revision dennoch einen Sinn gehabt, da sie sich noch auf die (Neu-) Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Kündigungsschutzverfahrens hätte beziehen können.

Da es sich insbesondere bei den prozessualen Entschädigungsfolgen eines Rechtsstreits der Sache nach um im Prozessrecht verankertes materielles Zivilrecht handelt, hat das Bundesgericht mit dieser Erwägung (insoweit korrekt) bestätigt, dass bei der Regelung der nicht direkt mit der Beendigung der Miete zusammenhängenden Beziehungen zwischen den Parteien die Wirksamkeit einer Kündigung uneingeschränkt als Vorfrage geprüft werden kann und muss, obwohl das Kündigungsschutzverfahren als solches seinen Gegenstand verloren hat. Dies gilt gerade auch für die Frage eines Verstosses der Kündigung gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 271 f. OR: Zwar unterliegt die Gültigkeitsprüfung hier dem Anfechtungsprinzip nach Art. 273 OR: Der Mieter, der nicht rechtzeitig eine Anfechtungsklage erhoben hat, kann sich auch vorfrageweise später nicht mehr auf die Ungültigkeitsfolge eines Verstosses gegen Treu und Glauben berufen. Anders verhält es sich hingegen, wenn im Zeitpunkt seines Auszugs und damit der

Gegenstandslosigkeit des Kündigungsschutzverfahrens als solches ein Anfechtungsverfahren pendent war. Dieser Umstand schafft auch die Grundlage für die vorfrageweise Prüfung der Anfechtbarkeit der ausgesprochenen Kündigung im Kontext weiterer Ansprüche, die zwischen den Parteien streitig sein können (so explizit für die vorfrageweise Prüfung der Anfechtbarkeit in einem Verfahren nach Art. 257 ZPO über eine Ausweisung im Anschluss an eine ausserordentliche Kündigung BGE 142 III 515 E. 2.2.4: «Wenn, wie hier, die Kündigung angefochten und daher deren Gültigkeit im Ausweisungsverfahren als Vorfrage zu beurteilen ist, beziehen sich die Voraussetzungen von Art. 257 Abs. 1 ZPO auch darauf; ...»).

Diese Rechtsauffassung vertreten auch die Zürcher Gerichte seit langem und uneingeschränkt, und zwar auch im Kontext von angefochtenen Zahlungsverzugskündigungen. Als Beispiel sei auf das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts PF170048-O vom 22. Dezember 2017 verwiesen (abrufbar unter [www.gerichte-zh.ch/entscheide](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide), zuletzt aufgerufen am 22. April 2020). Auch dort war eine Mieterin nach dem Termin einer von der Vermieterin ausgesprochenen Zahlungsverzugskündigung ausgezogen. Das Bezirksgericht Dielsdorf hatte das Verfahren (in jenem Verfahren unbestrittenermassen zu recht) als gegenstandslos abgeschrieben. Die Mieterin wandte sich indessen mit Beschwerde (erfolglos) gegen die ihr vollumfänglich auferlegten Prozesskosten. Wie die erste Instanz entschied auch das Obergericht vorfrageweise, dass die Mieterin in der Hauptsache unterlegen wäre, wenn das Verfahren durch den erfolgten Auszug aus dem Objekt nicht den Prozessgegenstand verloren hätte, und bestätigte die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch die Vorinstanz. Zum Problem des Anfechtungsprinzips nach Art. 273 OR erwog das Obergericht in E. 3.4.5:

«Von der (grundsätzlichen) Gültigkeit der Kündigung ist die Frage ihrer Anfechtbarkeit zu unterscheiden. Die Kündigung ist anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 271 f. OR). Will eine Partei die Kündigung anfechten, so hat sie das Begehren innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde einzureichen (Art. 273 Abs. 1 OR). Die Mieterin macht nicht geltend, dass sie die Kündigung innert Frist (oder überhaupt) angefochten hätte. Damit ist das Anfechtungsrecht verwirkt, und die Frage, ob die Vermieterin mit der Kündigung gegen Treu und Glauben versties, kann im Ausweisungsverfahren nicht mehr (auch nicht vorfrageweise) geprüft werden (vgl. OGer ZH PF160008 vom 4. März

2016, E. II./ 3.4). Auf die Ausführungen der Mieterin zu einem Verstoss gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR ist deshalb nicht einzugehen.»

Daraus folgt umgekehrt, dass das Obergericht sehr wohl eine vorfrageweise Prüfung des Anfechtungsbegehrens vorgenommen hätte, wenn im Zeitpunkt der Gegenstandslosigkeit nicht nur ein Verfahren betr. Ausweisung bzw. Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung pendent gewesen wäre, sondern auch ein Anfechtungsverfahren nach Art. 271 f. und 273 OR.

Wollte man im vorliegenden Fall entgegen der hier vertretenen Auffassung trotz des Auszugs der Klägerin die Gültigkeit, insbesondere die Anfechtbarkeit der Kündigung vom 21. Dezember 2018 materiell prüfen, so liefe das entsprechende Urteil letztlich auf eine blosser Feststellung der Rechtslage hinaus, denn nach dem Auszug der Klägerin hätte ein Feststellungs- oder Gestaltungsurteil über die Gültigkeit der Kündigung keinen Einfluss mehr auf die Beendigung des Mietverhältnisses. Feststellungsklagen nach Art. 88 ZPO setzen aber ein besonderes Feststellungsinteresse voraus. Letztlich geht es der Klägerin mit ihrem Ansinnen nur darum, den Boden für ein Verfahren zu bereiten, von dem heute nach übereinstimmender Darstellung der Parteien noch nicht einmal feststeht, dass es auch stattfinden wird. Das erfordert keinen Rechtsschutz und verdient demnach auch keinen solchen (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Klägerin tut auch nicht dar, welche Nachteile ihr in einem allfälligen Forderungsprozess aus dem Umstand erwachsen könnten, dass das dereinst zuständige Gericht die Gültigkeit der Kündigung nur vorfrageweise prüfen würde. Das vorliegende Verfahren ist daher als zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt abzuschreiben, und zwar bezüglich aller Hauptanträge des vereinigten Prozesses.

### **3. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Der mutmassliche Ausgang sowohl des Erstreckungsverfahrens als auch des Prozesses um die Gültigkeit der Zahlungsverzugskündigung vom 21. Dezember 2018 bildet an sich (als Vorfrage) das wichtigste Kriterium für die Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorliegenden, zufolge Gegenstandslosigkeit zu erledigenden Verfahren. Obwohl das Gericht die Parteien – wie schon eingangs erwähnt – im Schreiben vom 2. April 2020 darauf hinwies, dass angesichts der Ge-

rechtspraxis eine Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit ungeachtet der weiteren Stellungnahmen der Parteien vorbehalten bleibe, verlangte keine Seite für den Fall einer Abschreibung eine andere Regelung der Verfahrenskosten, als sie im Schreiben vom 10. März 2020 vom Gericht vorgeschlagen worden war. Im Gegenteil stimmte die Klägerin der Kostenteilung und einem gegenseitigen Verzicht auf eine Parteientschädigung bezüglich des unbestrittenermassen gegenstandslos gewordenen Erstreckungsbegehrens zu und stellte auch für den Fall einer Abschreibung auch des Verfahrens bezüglich Zahlungsverzugskündigung zumindest keinen abweichenden Antrag. Die Beklagte bekräftigte auch in ihrer Antwort auf das Schreiben vom 2. April 2020 ihr schon zuvor geäussertes Einverständnis mit der vorgeschlagenen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Es hat daher bei der Teilung der Gerichtskosten und dem Verzicht auf Zusprechung von Parteientschädigungen zu bleiben.

An sich erforderte nun die Abhandlung über die vollständige Gegenstandslosigkeit des Prozesses seitens des Gerichts einen Mehraufwand, der eigentlich zu einer höheren Gerichtsgebühr führen müsste als den im Vorschlag thematisierten Fr. 800.–. Andererseits lautete der Vorschlag nur im Kostenpunkt auf einen echten Vergleich, während die Gegenstandslosigkeit aufgrund des Schreibens vom 10. März 2020 so oder anders im vorliegenden Abschreibungsentscheid hätte thematisiert werden müssen. Bei einer Abweichung von der vorgeschlagenen Regelung müsste überdies dafür gesorgt werden, dass die Nachteile nicht die Beklagte treffen, die die umfassende Gegenstandslosigkeit des Verfahrens nicht in Abrede gestellt hat, was mit Weiterungen verbunden wäre. All dies rechtfertigt es, die vorgeschlagene Gerichtsgebühr auch dem vorliegenden Entscheid zugrunde zu legen.

(...)

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich  
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident