

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG170006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. iur. P. Higi, sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 26. September 2017

in Sachen

1. ...

2. **A.**_____,

Beklagter 2 und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt X._____,

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin Y._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 16. Januar 2017
(MG160001)

"Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagten seien zu verpflichten, der Klägerin CHF 14'459.00 nebst Zins zu 5% seit Klageeinleitung zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Anträge Beklagte:

(act. 27 S. 2)

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zulasten der Klägerin."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Januar 2017 (act. 67 = act. 69 = act. 62):

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagte 2 verpflichtet, der Klägerin Fr. 11'109.– plus Zins zu 5 % seit 11. August 2015 zu bezahlen. Im übersteigenden Umfang wird die Klage gegen den Beklagten 2 abgewiesen.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'896.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 1'896.00 Kosten total

3. Die Gerichtskosten werden im Betrag von Fr. 474.– der Klägerin und im Betrag von Fr. 1'422.– dem Beklagten 2 auferlegt, aber zulasten des von der Klägerin geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 2'370.– bezogen. Soweit dieser nicht zur Deckung der vorliegenden Kosten und derjenigen der vorausgegangenen Verfügung benötigt wird, wird er der Klägerin zurückerstattet (d.h. im Betrag von Fr. 237.–). Soweit die zulasten des Vorschusses

bezogenen Kosten dem Beklagten 2 auferlegt werden, steht der Klägerin der Rückgriff auf diesen zu.

4. Der Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung Fr. 995.– (inkl. 8 % MWSt) zu bezahlen.

[5./6. Mitteilungssatz und Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Beklagten 2 und Berufungsklägers (act. 68 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil der Vorinstanz vom 16.1.2017 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten/Klägerin, sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 75 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit auf diese einzutreten ist.
2. Eventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten 2 und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Gemäss unbestritten gebliebener Sachdarstellung schloss B._____ (fortan: die Klägerin) im November 1996 als Mieterin mit A._____ (der Beklagte 2; fortan

der Beklagte) und dessen im mm.2015 verstorbenen Ehefrau, C._____, einen Mietvertrag über eine 4-Zimmer-Wohnung im 4. Stock der Liegenschaft D._____-strasse ... in ... Zürich ab. Mietbeginn war der 1. Januar 1997. Dieser Mietvertrag war kündbar dreimonatlich zum Voraus auf Ende März / Ende Juni und Ende September, und der Bruttomietzins betrug seit dem 1. Oktober 2012 Fr. 1'742.– (act. 3/3 S. 3; act. 15 S. 3), nach den Angaben der Parteien an der Hauptverhandlung vor Mietgericht Fr. 1'704.– pro Monat (Prot. VI S. 18 und 21).

Mit amtlich genehmigten Formular vom 18. Januar 2013 kündigten die Vermieter, vertreten durch den HEV, zunächst ohne Grundangaben, das Mietverhältnis auf 30. Juni 2013. Auf Nachfragen der Klägerin gab der Verwalter der Liegenschaft, E._____, mit Schreiben vom 29. Januar 2013 "Eigenbedarf" als Kündigungsgrund an und konkretisierte dies am 12. März 2013 mit dem Hinweis, der Sohn der Vermieter wolle die Wohnung mit seiner Familie beanspruchen (vgl. act. 61/61 S. 4 = act. 3/3. Die Klägerin focht die Kündigung an und machte geltend, der Eigenbedarf sei vorgeschoben, es werde vielmehr beabsichtigt, die Wohnung teurer weiterzuvermieten. Das Mietgericht Zürich verneinte mit Urteil vom 23. Oktober 2014 die Treuwidrigkeit der Kündigung und erstreckte gleichzeitig das Mietverhältnis definitiv bis zum 30. September 2014 (act. 61/61 S. 20 ff., S. 30, Dispositivziffern 1. und 2.).

Am 11./14. November 2014 schlossen die Klägerin und die Vermieter einen aussergerichtlichen Vergleich, worin das Mietverhältnis in Abweichung vom erwähnten Urteil letztmals bis 31. März 2015 erstreckt und der Klägerin das Recht zugestanden wurde, schon zuvor mit einer Frist von 30 Tagen auf jedes Monatsende zu kündigen (Urk. 3/4). Die Klägerin kündigte darauf das Mietverhältnis mit Schreiben vom 24. November 2014 auf Ende Dezember 2014 (Urk. 17/1), um wenig später darauf zurückzukommen, weil sie in die neue Wohnung aus hier nicht weiter interessierenden Gründen nicht einziehen konnte. Die Vermieterschaft entsprach der Bitte der Klägerin. Am 12. Januar 2015 erkundigte sich die Klägerin per E-Mail beim Verwalter E._____, ob sich infolge des geplanten Erweiterungsbaus der Kantonsschule F._____ die Ausgangslage geändert habe und eine Verlängerung des Mietvertrages denkbar wäre (act. 3/5). Die Mietliegen-

schaft stehe als einzige sich auf dem Schulareal befindliche Privatliegenschaft im Visier des Kantons, und wegen der geplanten Bauarbeiten stehe eine längerfristige Grossbaustelle direkt vor dem Haus an. Mit Antwort vom nächsten Tag wurde der Klägerin mitgeteilt, dem Beklagten sei von einem solchen Bauvorhaben nichts bekannt und das Mietverhältnis könne nicht weiter verlängert werden (Urk. 3/7).

Die Klägerin konnte einige Tage später einen Mietvertrag über eine neue Wohnung an der G.____-strasse ... in ... Zürich, Mietbeginn 15. Februar 2015, abschliessen (act. 3/6). Sie bezog die Wohnung auf Anfang März 2015. Das mit dem Mietvertrag von November 1996 begründete Vertragsverhältnis wurde damit per Ende Februar 2015 beendet.

2. Da die Klägerin nur ein paar wenige Monate später im mm.2015 die streitgegenständliche Wohnung zu einem Mietzins, der um rund Fr. 650.-- pro Monat höher liegen sollte als der zuletzt von der Klägerin bezahlte Mietzins, auf homegate.ch zur Miete ausgeschrieben vorfand, kam es zur Einleitung des vorliegenden Prozesses (act. 3/8, act. 3/9 und act. 3/10).

3. Am 11. August 2015 machte die Klägerin ihre Klage im vereinfachten Verfahren (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO) auf Bezahlung von Schadenersatz wegen vorgeschobenen Eigenbedarfs in der Höhe von insgesamt Fr. 14'459.-- nebst Zins zu 5 % seit Klageeinleitung bei der Schlichtungsbehörde Zürich anhängig (act. 4). Die Schlichtungsverhandlung fand am 26. November 2015 statt. Es wurde keine Einigung erzielt und der Klägerin die Klagebewilligung erteilt (vgl. act. 4).

Am 31. Dezember 2015 gelangte die Klägerin an das Mietgericht Zürich (act. 1) und leistete in der Folge den ihr am 5. Januar 2016 auferlegten Kostenvorschuss (act. 6 und act. 9). Nach Einholung einer schriftlichen Klagebegründung und Klageantwort (act. 10, act. 15, act. 18, act. 27) wurden die Parteien zur mündlichen Hauptverhandlung auf den 26. Oktober 2016 vorgeladen (act. 33, act. 36 - act. 43; Prot. S. 12 -39). Es fanden je zwei Parteivorträge statt; zu Beginn der Hauptverhandlung zog die Klägerin die Klage gegen den Sohn des Beklagten (Beklagter 1, H.____) zurück (Prot. VI S. 12). Im Anschluss an die Hauptverhandlung führten die Parteien Vergleichsgespräche, welche erfolglos verliefen (act. 53 - act. 55). In

der Folge fällte das Mietgericht sein Urteil (vgl. act. 62 = act. 67 = act. 69; fortan nur noch: act. 67) und eröffnete es den Parteien am 19. Januar 2017 schriftlich und begründet (vgl. act. 63 - act. 64).

4. Mit Eingabe vom 20. Februar 2017 liess der Beklagte rechtzeitig Berufung erheben (act. 68 i.V.m. act. 64; Art. 142 Abs. 3 ZPO). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen. Der Beklagte leistete den Kostenvorschuss, der ihm mit Verfügung vom 10. März 2017 auferlegt worden war (act. 70 - act. 72). Danach wurde die schriftliche Berufungsantwort eingeholt (act. 73, act. 75). Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 28. August 2017 Stellung zur Berufungsantwort der Klägerin (act. 77). Die Sache ist spruchreif.

II.

1.

1.1. Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Zu letzterer gehört auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens, weshalb das Gesetz dies nicht eigens erwähnt. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Die Begründung muss so ausführlich sein, dass die Berufungsinstanz sie ohne weiteres verstehen kann. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgetragen werden, und zwar auch in Verfahren, die erstinstanzlich noch der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. dazu auch BGE 138 III 625).

Wird von der Berufung führenden Partei eine genügende Beanstandung vorgebracht, so wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und prüft sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt – sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 m.w.H. sowie ZR 110/2011 Nr. 80). Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sie sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

1.2. Der Beklagte rügt erstens, dass das Bezirksgericht die Gültigkeit der Kündigung nicht mehr hätte prüfen dürfen (act. 68 S. 4 ff.; sogleich unter Ziffer 2 nachstehend). Zweitens beanstandet er, die Vorinstanz habe über die umstrittene Frage, ob der Kündigungsgrund vorgeschoben gewesen sei, trotz offerierter Beweise kein Beweisverfahren durchgeführt, sondern zu Unrecht die Urkunden im Sinne der Klägerin antizipiert gewürdigt, obwohl diese Urkunden keine Stütze für die Behauptung der Klägerin seien (act. 68 S. 13 ff.; sogleich unter Ziffer 4 nachstehend). Nicht (mehr) Gegenstand des Verfahrens sind die einzelnen Schadenpositionen (act. 67 S. 27 ff.).

2.

2.1. Der Beklagte wendet in grundsätzlicher Weise ein, dass einem Schadenersatzanspruch die rechtskräftig festgestellte Gültigkeit der Kündigung im Verfahren Geschäfts Nr. MB130009 entgegenstehen würde (act. 68 S. 6 unten, act. 77 S. 5 ff.). Die Klägerin habe sich während des gesamten dem vorliegenden Rechtsstreit vorausgegangenen mietgerichtlichen Kündigungsschutzverfahrens auf den Standpunkt gestellt, die Kündigung sei treuwidrig, weshalb sie konsequenterweise das ungünstige Mietgerichtsurteil am Obergericht hätte anfechten müssen (act. 68 S. 11). Der Verzicht auf die Berufung gegen das mietgerichtliche Urteil und der in der Folge abgeschlossene Vergleich (act. 3/4) würden eine Anerkennung der Kündigung beinhalten (act. 68 S. 10, S. 11). Die rechtsschutzversicherte Klägerin hätte das Urteil des Mietgerichts ohne Weiteres anfechten können, wenn sie gewollt hätte (act. 77 S. 6 f.). Selbst die Vorinstanz habe ausgeführt, dass eine Berufung gegen das mietgerichtliche Urteil nicht chancenlos gewesen wäre (act. 68 S. 9 oben unter Hinweis auf act. 67 S. 26 oben).

Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach eine Revision des Urteils vom 23. Oktober 2014 für die Klägerin nicht zumutbar sei, weil durch die angesprochene Massnahme eine doppelte Belastung mit Mietkosten drohe, überzeuge im Übrigen nicht (act. 67 S. 15 unten, act. 68 S. 9 f., act. 77 S. 4). Die Klägerin hätte nämlich den doppelten Mietzins als Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten geltend machen können. Mit dem Nachmieter der streitgegenständlichen Wohnung sei sodann ein befristeter Mietvertrag abgeschlossen worden, weshalb ein Erfüllungsanspruch entgegen den Ausführungen des Mietgerichts im Urteil vom 23. Oktober 2014 in absehbarer Zeit durchsetzbar wäre. Es gelte somit der Grundsatz, ohne Revision keine Schadenersatzklage (act. 68 S. 10 oben)

2.2. Mit der Revision wird die erneute Durchführung eines abgeschlossenen Prozesses aufgrund eines verbesserten Sachverhaltes bezweckt. Die neuen Tatsachen, die Anstoss zu einem Revisionsverfahren geben, müssen bei der Fällung des zu revidierenden Entscheides schon bestanden haben, weil die Revision den Zweck hat, das Urteil mit dem im Zeitpunkt seiner Fällung bestehenden, aber erst hinterher erkannten wirklichen Sachverhalt in Einklang zu bringen. Das Mietgericht Zürich erklärte mit Urteil vom 23. Oktober 2014 die Kündigung vom 18. Januar 2013 als nicht gegen Treu und Glauben verstossend und damit als gültig. Eine gültige Kündigung bewirkt die Auflösung des Mietverhältnisses. Revision bedeutet erneute Anfechtbarkeit der gültigen Kündigung, so dass deren Wirkungen auf dem Weg einer Gestaltungsklage vernichtet werden können (BSK OR I-Weber, 6. Aufl., Art. 271/271a N 1a). Die Kündigung als Willenserklärung wird nachträglich aufgehoben, und es entfallen die mit ihr beabsichtigten vertragsauflösende Wirkung. Das Mietverhältnis zwischen den Parteien besteht dann daher inhaltlich unverändert weiter (ZK OR-Higi, Art. 271 N 92). Es blieb unbestritten, dass der zur streitgegenständlichen Wohnung im 4. Obergeschoss der Liegenschaft D.____-strasse ..., Zürich, gehörende Werkstattraum unbefristet weitervermietet wurde (act. 67 S. 26, act. 68 S. 18, S. 20 oben; Prot. VI S. 20 unten). Das Mietverhältnis zwischen den Parteien kann damit von vornherein nicht mehr inhaltlich unverändert weiter bestehen. Die erneute Überlassung der Wohnung zum althergebrachten Inhalt ist nicht mehr möglich. Ein Erfüllungsanspruch, um

den es vorliegend gar nicht mehr gehen kann, ist damit nicht durchsetzbar. Die Revision als Rechtsbehelf scheidet aus.

2.3.1. Der Mieter schuldet dem Vermieter, dem er durch sein Verschulden Anlass zur vorzeitigen Auflösung des Mietverhältnisses gegeben hat, nach einhelliger Ansicht Ersatz des verursachten Schadens (BGer 4A_22/2009 vom 17. März 2009, Erw. 2; BGE 127 III 548 Erw. 5 S. 552, je mit Hinweisen; BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 257d N 13). Umgekehrt stellt die treuwidrige Kündigung des Vermieters nach der Literatur eine Vertragsverletzung dar, die an sich einen Schadenersatzanspruch des Mieters auslösen kann (ZK OR-Higi, Art. 271 N 98 ff.; BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 271/271a N 34)

Gemäss Art. 266a OR können die Parteien das unbefristete Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine kündigen, sofern sie keine längere Frist oder keinen anderen Termin vereinbart haben. Im Grundsatz gilt daher, dass eine Kündigung gültig ist. Nach der Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR ist eine [gültige] Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Die Treuwidrigkeit einer gültigen Kündigung zieht damit nach dem Gesetzeswortlaut keine direkte Rechtsfolge nach sich: Art. 271 Abs. 1 und Art. 271a OR erklären die treuwidrige Kündigung lediglich anfechtbar (ZK OR-Higi, Art. 271 N 88). Im Anfechtungsverfahren wird demzufolge geprüft, ob eine Kündigung im Zeitpunkt ihrer Erklärung gegen Treu und Glauben verstossen hat. Dazu ist festzuhalten, dass Art. 273 Abs. 1 OR – im dritten Abschnitt des Mietrechts über den "Kündigungsschutz" bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 271 ff. OR) stehend – bestimmt, dass die Partei, die eine Kündigung anfechten will, dies innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde tun muss. Im Säumnis- oder Unterlassungsfall wird das Recht, die Kündigung wegen Treuwidrigkeit durch richterliches Gestaltungsurteil ungültig erklären bzw. aufheben zu lassen, verwirkt. Ohne Anfechtung bleibt deshalb eine formal gültige, aber inhaltlich unkorrekte, weil treuwidrige Kündigung stets gültig.

Die Unterlassung der Anfechtung ändert hingegen nichts an der Treuwidrigkeit des Verhaltens der kündigenden Partei. Die Treuwidrigkeit ist materiell-rechtliche

Voraussetzung der erfolgreichen Anfechtung, nicht deren *Folge*. In anderen Worten formuliert, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, dass der Mieter durch Unterlassung der innert 30 Tagen einzureichenden Anfechtungsklage einen allfälligen Schadenersatzanspruch in jedem Fall verwirkt. Ein Verzicht auf die Anfechtung einer Kündigung (und die Rückgabe des Mietobjektes) bedeutet zwar in der Regel (sinngemässe) Anerkennung der gekündigten Partei, die Kündigung sei nicht treuwidrig (ZK OR-Higi, Art. 271 N 100). Zwingend ist dies jedoch nicht.

Im Anfechtungsverfahren wird nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung geprüft, ob ernsthafte, nach den Umständen einleuchtende Gründe des Vermieters oder seiner nahen Verwandten oder Verschwägerten, die Sache selbst zu beanspruchen, vorliegen. Kann der Kündigende, hier der Beklagte, ernsthafte, rationale Gründe für den geltend gemachten Eigenbedarf angeben und damit im Anfechtungsprozess den Eigenbedarf glaubhaft machen, so bleibt die Kündigung gültig.

2.3.2. Im von der Klägerin angestregten Anfechtungsprozess, in welchem auch Beweisverhandlungen mit Augenschein, Parteibefragungen und Zeugeneinvernahmen durchgeführt worden waren, verneinte das Mietgericht Zürich mit Urteil vom 23. Oktober 2014 die Treuwidrigkeit der Kündigung. Das Mietgericht stellte für seine Beurteilung massgeblich auf die Zeugenaussagen des Sohnes des Beklagten, H._____, und auf diejenigen von dessen Lebenspartnerin, I._____, ab (act. 61/61 S. 20 f. = act. 3/3). Es hielt fest: "Insgesamt gelang es den Klägern [Vermietern], den Kündigungsgrund Eigenbedarf für ihren Sohn H._____ und seine Lebenspartnerin I._____ glaubhaft zu machen. Dass sich nicht jedermann auch so entscheiden würde, zumal die Wohnung an der J._____-strasse ... gesamt grosszügiger und moderner wirkt und auch kinderfreundlicher sein mag, ändert daran nichts(...). Demgemäss konnte die Beklagte [die Mieterin] den Beweis, dass der Kündigungsgrund Eigenbedarf vorgeschoben und die Kündigung damit missbräuchlich sei, nicht erbringen. Die Kündigung vom 18. Januar 2013 verstösst daher nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben." (act. 61/61 S. 21 unten = act. 3/3).

Das Mietgericht hielt damit in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben fest, dass die Kündigungsbegründung "Eigenbedarf" glaubhaft ist. Die (heutige) Klägerin konnte - und hatte - auf die Begründung des Urteils zu vertrauen, wonach insgesamt kein Anlass dafür bestand, die Kündigung für ungültig zu erklären. Ein Rechtsfehler war in der Urteilsbegründung nicht auszumachen. Entgegen des Beklagten bedeutete der Verzicht auf eine Anfechtung keine rechtsgeschäftliche Willensäusserung, die eine Anerkennung der Kündigung zum Inhalt hätte (act. 68 S. 11 oben; act. 77 S. 4). Der Beklagte erklärt im Übrigen nicht, weshalb eine Berufung gegen das mietgerichtliche Urteil chancenreich gewesen wäre. Die Klägerin begründete demgegenüber bereits vor Bezirksgericht, weshalb aus damaliger Sicht ein Weiterzug als zu grosses Prozessrisiko angesehen wurde (Prot. VI S. 26). Der Ausgang des (damaligen) mietgerichtlichen Verfahrens hing massgeblich von der Würdigung der Zeugenaussagen ab. Der Würdigung von Zeugenaussagen ist ein Ermessen des Gerichts inhärent, weil es um Gewichtung verschiedener Wahrnehmungen und Kriterien geht. Es wäre vom Beklagten zu erwarten gewesen, im von der Klägerin angestregte Schadenersatzprozess nun aufzuzeigen, inwiefern das Obergericht damals zu einer anderen Gewichtung der Zeugenaussagen veranlasst gewesen wäre, so dass eine Berufung der Klägerin gegen das umsichtig ergangene mietgerichtliche Urteil (act. 3/3) mutmasslich erfolgversprechend gewesen wäre.

2.4. Vom Anfechtungsverfahren ist der vorliegende Schadenersatzprozess zu unterscheiden. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei Eigenbedarfskündigungen, denen eine Erstreckung folgt, oft erst die Zukunft verlässlich zeigen kann, ob der im Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung angegebene Kündigungsgrund einen realen Hintergrund hatte oder als vorgeschoben qualifiziert werden muss. Wird der Einzugswunsch nicht in die Tat umgesetzt (und kann die mittlerweile fehlende Eigennutzung auch nicht mit objektiven geänderten Verhältnissen während der Erstreckungsdauer erklärt werden) wird möglicherweise das Vorschieben des geltend gemachten Eigenbedarfs erkennbar: Die Voraussetzungen für eine Schadenersatzforderung sind dann gegeben, wenn die Treuwidrigkeit der Kündigung erst im nachhinein entdeckt wurde (ZK OR-Higi, Art. 271 N 102, 104). Die Tatsachen, die den sicher(er)en Schluss auf den nur vorgeschobenen Eigenbedarf zu-

lassen, ereigneten sich nach Auszug aus der Wohnung (act. 67 S. 26). Im Schadenersatzprozess wird demzufolge geprüft, ob das Vertrauen der Kündigungsempfängerin in eine als ernsthaft beurteilte Eigenbedarfskündigung enttäuscht wurde oder nicht. Diese Prüfung erfolgt ungeachtet dessen, ob die Kündigung angefochten wurde oder nicht, so dass der Beklagte insofern aus dem Nichtweiterzug des Mietgerichtsurteils vom 23. Oktober 2014 nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Es bleibt das Beweisergebnis aus dem Anfechtungsprozess dasselbe; es erscheint aber durch das Verhalten des Beklagten bzw. dessen Familie nach der Kündigung bzw. nach Auszug der Klägerin aus der Wohnung in einem anderen Licht.

Erweist sich der Kündigungsgrund im Nachhinein als vorgeschoben und damit als treuwidrig, liegt eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 OR vor.

Da somit zwei verschiedene Streitfragen eines Lebenssachverhaltes zu beurteilen sind, kann der Beklagte der Klägerin die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegenhalten; das Urteil des Mietgerichts vom 23. Oktober 2014 bindet das Gericht im vorliegenden Prozess nicht. Auf die Klage ist einzutreten (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO).

3.

Vor dem Hintergrund des abschlägigen mietgerichtlichen Entscheides unterzeichnete die Klägerin am 11./14. November 2014 (und noch während laufender Rechtsmittelfrist) den Vergleich mit dem Betreff *Kündigungsschutz / Anfechtung* (act 3/4). Inhaltlich hatte der Vergleich (allein) die Erstreckung des Mietverhältnisses zum Inhalt. Die Vereinbarung ersetzte das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 23. Oktober 2014 nicht, mit Ausnahme von dessen Ziffer 2. Diesbezüglich einigten sich Vermieter und Mieterin dahingehend, das Mietverhältnis in Abweichung des Urteils letztmalig und definitiv bis 31. März 2015 zu erstrecken, wobei der Klägerin das Recht zugestanden wurde, vor diesem Zeitpunkt auf jedes Monatsende auszuziehen (act. 3/4, Ziff. 1). Darüber hinaus hat die Vereinbarung keine Bedeutung.

Entgegen des Beklagten kann damit in der Vereinbarung trotz Betreff Kündigungsschutz / Anfechtung kein (sinngemässer) Aufhebungsvertrag gesehen werden, der einem Schadenersatzanspruch entgegenstehen würde (act. 68 S. 7, S. 9; Prot. VI S. 36 oben; act. 75 S. 8 oben). Der Beklagte hielt fest, die Gegenseite habe ihm den Abschluss einer aussergerichtlichen Vereinbarung vorgeschlagen. Er bzw. der Rechtsvertreter habe eingelenkt, weil realistisch gewesen sei, dass ein Weiterzug ca. sechs Monate dauern würde. Erst vor Obergericht, und damit verspätet (Art. 317 ZPO), erklärte er, es sei darum gegangen, eine mit einem möglichen Rechtsmittelverfahren einhergehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen bzw. eine einvernehmliche Lösung anzustreben (act. 68 S. 7). Das bleibt daher unbeachtlich.

Selbst wenn diese sinngemäss Darstellung einer Art "Saldovereinbarung" zu berücksichtigen wäre, weil sie rechtzeitig erfolgt wäre, liesse sie sich nicht mit den übrigen Akten und dem daraus gewonnen Bild in Einklang bringen. Auch der Beklagte bestreitet nicht (act. 68 S. 7, S. 11), dass die Klägerin den geltend gemachten Eigenbedarf immer angezweifelt hat und bis zuletzt Interesse an der Weiternutzung der Wohnung zeigte (act. 3/5, act. 3/7). Der Vergleich wurde zudem vor dem Hintergrund der Erstreckungsdauer gemäss Urteil vom 23. Oktober 2014 abgeschlossen. Das Mietverhältnis wurde mit der Kündigung vom 18. Januar 2013 grundsätzlich per 30. Juni 2013 beendet (act. 61/61 S. 30, Dispositivziffer 1). Das Mietgericht erstreckte dann das Mietverhältnis einmalig und definitiv bis zum 30. September 2014 (act. 3/3 S. 30, Dispositivziffer 2). Die Erstreckungsfrist war aber damit im Zeitpunkt des Urteils vom 23. Oktober 2014 bereits abgelaufen. Um Zeit für den Auszug aus der Wohnung zu gewinnen, wurde der Vergleich abgeschlossen und das Mietverhältnis bis 31. März 2015 erstreckt (Prot. VI S. 36 oben, S. 15, act. 15 S. 5 oben; act. 3/4). Die Klägerin betrieb (für sich selbst) Schadenminderung. Im Vergleich vom 11./14. November 2014 (act. 3/4) kann daher nicht eine Art Aufhebungsvertrag gesehen werden (vgl. act. 68 S. 11 oben), der einen Schadenersatzanspruch von Vornherein ausschliessen würde.

4.

4.1. Der Beklagte macht Verletzung des Rechts auf Beweis geltend (act. 68 S. 12 ff.). Das Mietgericht habe die angebotenen Beweismittel nicht abgenommen für seine Darstellung, der Eigenbedarf sei erst nachträglich weggefallen, habe aber im Zeitpunkt der Kündigung sehr wohl bestanden. Zudem habe das Mietgericht auch nicht begründet, weshalb es zur antizipierten Beweiswürdigung hätte berechtigt sein sollen.

4.2. Die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließende grundsätzliche Pflicht des Gerichts zur Begründung des Entscheides bedeutet, dass dieser so begründet sein muss, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt.

4.3. Der Beweisanspruch, gemäss dem der Richter rechtzeitig und formrichtig angebotene taugliche Beweismittel abnehmen muss, ist in Art. 152 Abs. 1 ZPO geregelt. Die Parteien haben indes keinen voraussetzungslosen Anspruch auf Beweisabnahme. Art. 152 Abs. 1 ZPO erwähnt ausdrücklich, dass die angebotenen Beweismittel tauglich sein müssen. Das Tatbestandsmerkmal der Tauglichkeit steht in Zusammenhang mit der vorweggenommenen (oder antizipierten) Beweiswürdigung. Das Gericht kann einen Beweismittelantrag ablehnen und von einer Beweismittelerhebung absehen, wenn es seine Überzeugung bereits aus den unbestritten gebliebenen Vorbringen der Parteien (oder anderen Beweismitteln) gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermögen. Dazu passt Art. 157 ZPO, wonach sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise bildet.

Es trifft zu, dass das Mietgericht nicht begründete, weshalb es trotz angebotener Beweise von einem Beweisverfahren absah (act. 50, act. 68 S. 13). Es ergibt sich aber aus dem Entscheid, dass das Mietgericht aufgrund der eigenen Vorbringen

des Beklagten und den unbestrittenen Sachumständen zur Überzeugung gelangte, dass zum Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung kein Eigenbedarf bestanden hatte, und diese Meinung des Mietgerichts durch die Abnahme offerierter Beweismittel nicht mehr hätte beeinflusst werden können (act. 67 S. 19 - S. 24, insb. S. 24). Die Begründung des Entscheides zeigt implizit auf, weshalb das Mietgericht den nicht abgenommenen Beweismitteln die Erheblichkeit absprach. Unter dem Aspekt der Wahrung des rechtlichen Gehörs ist der Entscheid des Mietgerichts damit nicht zu kritisieren. Im Einzelnen:

4.4.1. Der Beklagte lässt (eventualiter) ausführen, selbst wenn sein Sohn und dessen Partnerin bereits im Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung kein Interesse am Einzug in die Wohnung gehabt hätten, hätten ihm dies als Vermieter nicht angelastet werden dürfe, weil er davon nichts gewusst habe (act. 68 S. 13, insb. S. 14 unten, S. 16 unten f., S. 17 oben). Das Mietgericht begründete, weshalb dem Beklagten die Handlungen seines Sohnes im Zusammenhang mit der Kündigung des Mietvertrages und in der Zeit danach zuzurechnen seien (act. 67 S. 24 unten f.), und sah von der offerierten persönlichen Befragung des Beklagten ab.

4.4.2. Die Frage, ob der Beklagte und seine inzwischen verstorbene Ehefrau, C._____, Kenntnis vom streitgegenständlichen (angeblich treuwidrigen) Verhalten ihres Sohnes hatten, stellt keine rechtserhebliche Tatsache dar, über die Beweis geführt werden müsste (act. 68 S. 14, act. 77 S. 9 f). Der Beklagte muss sich das Verhalten seines Sohnes aus folgenden Gründen anrechnen lassen.

Der Sohn des Beklagten führte als Zeuge im Kündigungsschutzverfahren aus, er vertrete seine Eltern bei der Verwaltung der Liegenschaft, er habe vorgängig das (d.h. die Vertretungstätigkeit) mit seinen Eltern besprochen und auch die Kündigung der Wohnung der Klägerin sei im Einverständnis der Eltern erfolgt (Prot. S. 64 unten f. im Prozess MB130009, act. 61; vgl. auch hierzu die Zeugenaussage von E._____, Verwalter der Liegenschaft in Prot. S. 54 ff., S. 58, daselbst). Diese Ausführungen blieben unbestritten und darauf hat das Mietgericht abgestellt (vgl. act. 67, S. 24 f). Richtig hat es dabei auf die Wissensvertretung hingewiesen und deren Folge, dass sich der Beklagte das Wissen seines Sohnes an-

rechnen lassen muss. Ebenso hat es ergänzend auf die Hilfspersonenhaftung hingewiesen.

Nach Art. 101 Abs. 1 OR hat derjenige (der Beklagte), welcher die Erfüllung einer Schuldpflicht (z.B. hier die Verwaltung), oder die Ausübung eines Rechts aus einem Schuldverhältnis (hier z.B. das Kündigungsrecht) durch eine Hilfsperson (den Sohn), vornehmen lässt, dem Vertragspartner (der Klägerin) den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen in vertragswidriger Weise verursacht. Die Haftungsbestimmung des Art. 101 OR beruht auf dem Gedanken, wer Hilfspersonen beiziehe, um eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen, der müsse sich das Verhalten und das Wissen der Hilfsperson wie sein eigenes anrechnen lassen. Massgebend ist somit, ob der Geschäftsherr (der Beklagte), wenn er die von der Hilfsperson (Sohn) begangene (angebliche) vertragsverletzende Handlung selber vorgenommen hätte, dafür vertraglich haften würde. Als Befreiungsmöglichkeit steht dem Beklagten im Anwendungsbereich von Art. 101 OR der Nachweis offen, dass ihm, hätte er anstelle der Hilfsperson wie die Hilfsperson gehandelt, kein Verschulden hätte vorgeworfen werden können.

4.4.3. Der Beklagte übernahm (wie auch die Klägerin) vertraglich die Pflicht, sich nicht treuwidrig zu verhalten (Art. 256, 271 OR). Dass der Beklagte mit seinem Sohn für die streitgegenständliche Kündigung eine Hilfsperson zugezogen hat, ist unerheblich. Der Klägerin dürfen keine Nachteile daraus erwachsen, dass ihr Vertragspartner (der Beklagte) seine Rechte und Pflichten nicht in eigener Person erfüllte. Aus diesem Grund muss das Verhalten des Sohnes gewürdigt werden. Lässt sich erstellen, dass die Kündigung im Zeitpunkt ihrer Mitteilung gemäss Gesetz und Rechtsprechung als nur vorgeschoben anzusehen ist, muss sich der Beklagte das Verhalten und Wissen seines Sohnes wie sein eigenes anrechnen lassen. Eine Befreiungsmöglichkeit für den Beklagten gibt es dann nicht mehr. Eine Eigenbedarfskündigung unter solchen Vorzeichen erfolgte schuldhaft.

4.5. In Bezug auf die nicht abgenommenen Beweismittel liegt antizipierte Beweiswürdigung vor. Es ist im Folgenden anhand der Beanstandungen des Beklagten zu prüfen (act. 68 S. 12 ff., S. 18 ff., act. 77 S. 20 unten), ob der Vorwurf der

Verletzung des Beweisführungsanspruchs zutrifft. Konkret wirft der Beklagte, wie bereits weiter oben erwähnt, dem Mietgericht vor, es habe aus Indizien einen vorgeschobenen Eigenbedarf konstruiert, ohne den eigentlichen Hintergrund des nachträglichen Wegfalls des Eigenbedarfs zu klären (act. 68 S. 18, S. 19 - S. 25).

4.5.1. Der Beklagte macht im Berufungsverfahren geltend, aufgrund der ungewissen Bausituation auf dem Nachbargrundstück sei es nachvollziehbar, dass ein längerfristiger Einzug in eine Wohnung wenig Sinn mache, wenn damit zu rechnen sei, dass zeitnah wieder ausgezogen werden müsse. Selbst wenn das Gebäude D.____-strasse ... im Rahmen des Umbauprojektes der Kantonsschule F.____ nicht abgebrochen werden würde, sei dies für den Sohn unzumutbar, während mehreren Jahren unmittelbar an einer Grossbaustelle wohnen zu müssen, dies mit einem Kleinkind (act. 68 S. 20). In der Stellungnahme zur Berufungsantwort der Klägerin vom 28. August 2017 bestätigt der Beklagte, es sei zwar korrekt, dass der Erweiterungsbau zwischenzeitlich aufgegeben worden sei; gemäss den aktuellen Plänen werde aber eine Totalsanierung an der die Liegenschaft (D.____ strasse ...) unmittelbar umgebenden Kantonsschule F.____ (innen und aussen) vorgenommen (act. 77 S. 15 f.). Aufgrund der anstehenden Grossbaustelle und der damit verbundenen Unannehmlichkeiten sei ein Umzug des Sohnes des Beklagten mit seiner Familie verschoben und mit der Mieterschaft der streitgegenständlichen Wohnung eine befristete Verlängerung des Mietvertrages bis zum 31. März 2018 vereinbart worden (act. 77 S. 16 unten). Der Beklagte offeriert für die Behauptung einer bevorstehenden Grossbaustelle bzw. für die damit verbundene Ungewissheit der Belastung nebst seinem Sohn die Zeugen K.____, Frau L.____, neu im Berufungsverfahren Herrn M.____, c/o Immobilienamt (act. 77 S. 16, act. 50 S. 7 ff.) sowie E.____, Verwalter, c/o HEV (act. 68 S. 20).

4.5.2. a) Es trifft zu, dass das hier zur Anwendung gelangende vereinfachte Verfahren (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO) gekennzeichnet ist durch geringere Anforderungen an Parteieingaben, regelmässig fehlende zweite Schriftenwechsel und stattdessen vorherrschende Mündlichkeit (vgl. Prot. VI S. 13 ff.; act. 1). Die richterliche Fragepflicht ist im vereinfachten Verfahren verstärkt. Der Richter hat eine

höhere Mitwirkungspflicht als in Verfahren, die allein durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime bestimmt sind. Das Gericht hat in diesem Sinne darauf hinzuwirken, dass die Parteien erkennbar lückenhafte oder sonst wie ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Im vorliegenden Fall haben die Parteien die relevanten Behauptungen und Beweismittel vorbringen können. Etwas anderes wurde zu Recht nicht geltend gemacht. Den Sachverhalt von Amtes wegen abklären muss das Gericht nicht (act. 68 S. 23). Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

b) Es erfolgte bis heute kein Bezug der Wohnung durch den Sohn des Beklagten und dessen Familie (act. 77 S. 3 und S. 15).

4.5.3. a) Der Eigenbedarf muss zum Zeitpunkt der Kündigung vorliegen. Ist der Eigenbedarf erst nachträglich weggefallen, so liegt - von Ausnahmen abgesehen - keine Vertragsverletzung des Vermieters vor. Traf der Eigenbedarf bereits im Zeitpunkt der Kündigungserklärung nicht zu, so ist von einer Vertragsverletzung des Vermieters auszugehen. Der Beklagte stellte sich im Prozess auf den Standpunkt, der Eigenbedarf sei nachträglich weggefallen (act. 68 S. 18 unten; act. 75 S. 20 oben).

b) Der Beklagte wirft dem Mietgericht vor, der Entscheid basiere auf Unterstellungen und Mutmassungen (vgl. z.B. act. 68 S. 21 f.). Dies trifft nicht zu. In grundsätzlicher Hinsicht kann zunächst auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz hingewiesen werden. Auch die Einwände des Beklagten im Berufungsprozess können am Ergebnis des vorinstanzlichen Urteils nichts ändern.

Das Mietgericht (act. 67 S. 19 - 24) stützte sich für seine Entscheidungsfindung auf Dokumente und Vorfälle, die vom Beklagten nicht in Zweifel gezogen, allerdings von ihm anders interpretiert werden. Zu vergegenwärtigen ist, dass mangels Nachprüfbarkeit des Nutzungswillens im Zeitpunkt der Kündigungserklärung, es für den Mieter erst nach seinem Auszug erkennbar wird, dass der Eigenbedarf möglicherweise nur vorgeschoben ist. Da es sich bei der Absicht des Vermieters, die Wohnung selbst zu nutzen, um einen inneren Vorgang handelt, liegt es in der Natur der Sache, dass neben Dokumenten, Darstellungen der Mietvertragspartei-

en etc. auch aufgrund von Indizien auf die Absicht des Vermieters im Zeitpunkt der Kündigung zu schliessen ist. Diese Indizien einzuordnen und zu würdigen sind keine Unterstellungen oder Mutmassungen des Gerichts, sondern stellt ureigene Arbeit des Gerichts im Rahmen der freien Beweiswürdigung dar.

Der Beklagte offeriert Zeugen. Die Aussagen der Zeugen, auf welche das Mietgericht in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet hatte, wären zu würdigen im Kontext der bisher gemachten Aussagen, vor allem mit den Aussagen, die der Sohn des Beklagten und dessen Lebenspartnerin im Kündigungsschutzverfahren gemacht hatten. Ein wichtiges Kriterium bei der Würdigung von Aussagen ist stets, wie gut sie sich mit den Tatsachen vereinbaren lassen, die unzweifelhaft feststehen. Angelpunkt ist das Schreiben des Sohnes des Beklagten und dessen Partnerin vom 7. Juni 2015 (act. 3/10).

Der Sohn des Beklagten und seine Lebenspartnerin, I._____, gaben mit Schreiben vom 7. Juni 2015 auf die Frage der klägerischen Rechtsvertreterin für den Verzicht auf die streitgegenständliche Wohnung an, dass sie seit 4 Jahren zusammen mit Familie und Externen die Eltern (Schwiegereltern) in deren zu Hause an der N._____-strasse in Zürich pflegen. Der Pflegeaufwand habe sich während des genannten Zeitraumes stetig erhöht. Die Gesamtbelastung aus Pflege, Familie, Beruf und Projekten hätten ihn, den Sohn, immer weiter an seine physische und psychischen Grenzen gebracht. Seine, des Sohnes, Mutter sei am tt.mm.2015 zu Hause verstorben. Die zusätzliche Belastung durch einen Wohnungswechsel würde ihnen als Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringen, erscheinen. Aus diesem Grund habe sich die Eigentümerschaft – gemeint ist der Beklagte – entschlossen, die Wohnung an der D._____-strasse ... zur Zwischenvermietung auszuschreiben.

Ferner erklärten der Sohn des Beklagten und seine Lebenspartnerin im besagten Schreiben vom 7. Juni 2017 abschliessend den Verzicht auf die Wohnung wie folgt: "Zudem möchten wir uns erlauben mitzuteilen, dass gemäss Auskunft des Immobilienamtes des Kantons Zürich von Anfang dieses Jahres der Kanton Zürich eine umfassende Erweiterung der Nachbarparzelle plant, was uns vorher nicht bekannt war. In diesem Zusammenhang ist seitens des Kantons anschei-

nend ein Projekt mit Einbezug der Liegenschaft D._____-strasse ... in Planung. Sollte dieses Projekt umgesetzt werden, sehen wir für uns an der D._____-strasse ... wohl keine Zukunft mehr. Solange die weitere Entwicklung auf dem Areal der Kantonsschule und somit die Auswirkungen auf die Liegenschaft D._____-strasse ... nicht abschliessend geklärt sind, ist ein Umzug für uns als Familie einstweilen nicht zumutbar" (act. 3/10, letzter Absatz).

c) Entgegen dem Beklagten findet sich hier ein Haupt- und Nebengrund für den Verzicht auf die Wohnung (act. 77 S. 11, 18 f., act. 68 S. 15, S. 18 oben, S. 20). Der Sohn und seine Partnerin erklären, dass der Hauptgrund für den Verzicht auf die Wohnung die immer beschwerlicher gewordene Pflege der Eltern sei (act. 68 S. 18 oben). Auslösender Faktor für den Verzicht auf die Wohnung ist nach ihrer Darstellung der Pflegeaufwand ("Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt").

Wer Eltern umsorgt und betreut, übernimmt eine anspruchsvolle und zeitintensive Aufgabe und Verantwortung. Die Mutter C._____ starb im Alter von 83 Jahren zu Hause am tt.mm.2015, und der Sohn hat die Mutter auf ihrem Weg begleitet. Wer neben dieser schwierigen Aufgabe seinen alltäglichen Verpflichtungen nachkommen will, gerät unter Umständen an seine Grenzen (act. 68 S. 18). Der nun im Schadenersatzprozess erstmals behauptete Pflegeaufwand, welcher den Sohn und seine Familie im Jahre 2015 dermassen an ihre Grenzen brachte, dass sie einen Wohnungswechsel innerhalb des gleichen Stadtquartiers nicht mehr bewältigen konnten, ist aufgrund der Akten unwahrscheinlich. Die Eltern A._____ und C._____ leben bzw. haben immer, zumindest was den streitgegenständlichen Zeitraum anbelangt, in O._____ (Postleitzahl ...) gelebt, auf der gegenüber liegenden Seite der Stadt Zürich. Ein Umzug des Sohnes in die Wohnung an der D._____-strasse ... hätte daran nichts geändert. Die Pflege und Sorge der Eltern war damit für den Sohn immer schon mit Fahrten durch die ganze Stadt verbunden. Die Pflege der Eltern dauerte zudem seit Jahren an. Bereits im Zeitpunkt der Kündigung im Januar 2013 waren die Eltern pflegebedürftig. Im Zeitpunkt der Einnahme des Sohnes H._____ und seiner Lebenspartnerin als Zeugen im Kündigungsschutzverfahren im Juni 2014 waren sie bereits 3 Jahre pflegebedürftig (vgl. act. 3/10). Im Kündigungsschutzverfahren waren aber die pflegebedürftigen

Eltern kein Thema, obwohl das Familien- und Privatleben Gegenstand der Beweisaufnahme war (Prozess Nr. MB130009, Prot. S. 61 ff., S. 63, S. 70 ff., S. 72 ff.; act 61). Noch für den Zeitpunkt Februar 2015 hält der Beklagte (im Berufungsverfahren) fest, dass die Absicht zum Einzug in das streitgegenständliche Mietobjekt an der D._____ -strasse ... vorhanden gewesen sei (act. 68 S. 22, Rz. 20 Buchstabe h). 4 Monate später wird die Pflegeunterstützung als Hauptgrund für den Wohnungsverzicht angegeben (act. 3/10). Bei dieser Aktenlage kann der Beweis der - stetig grösseren (act. 68 S. 21, act. 77 S. 11) - Pflegeleistungen als neu hinzugetretene Tatsache für den nachträglichen Wegfall des Kündigungsgrundes nicht gelingen, denn die entsprechende Behauptung vermag schlicht nicht zu überzeugen, weder unter dem Aspekt des zeitlichen Verlaufs noch nach der allgemeinen Lebenserfahrung noch unter dem Gesichtspunkt gedanklicher Folgerichtigkeit.

d) Die Formulierung im Schreiben vom 7. Juni 2015 ergibt (act. 3/10), dass das geplante Projekt auf der Nachbarparzelle eine zusätzliche, aber untergeordnete Begründung für den Verzicht auf die Wohnung ist. Das Bauprojekt in der unmittelbaren Nachbarschaft ist entgegen dem Beklagten nicht der eigentliche Grund für den Nichtbezug der Wohnung (act. 77 S. 18 oben Rz. 28). Die Darstellung bleibt bezüglich des Projektes auf dem Nachbargrundstück vielmehr sehr vage angesichts dessen, dass eigenen Angaben des Sohnes des Beklagten zufolge dieser am 26. Januar 2015 an einer Informationsveranstaltung über das sehr grosse Bauvorhaben des Kantons auf der Nachbarliegenschaft teilgenommen hatte (act. 77 S. 18 Rz. 30). Es wäre zu erwarten, dass ein auf dem Nachbargrundstück geplantes Bauprojekt der öffentlichen Hand von einer derartigen Dimension (act. 3/12; es ist die Rede von einem 100 Mio Erweiterungsbau der Kantonsschule F._____; act. 3/5), welches am 7. Juni 2015 dem Beklagten bekannt war (act. 68 S. 21 unten, S. 22; act. 77 S. 18 Rz. 30; act. 3/3), sofort als das bezeichnet würde, was es ist: Der eigentliche (neu hinzu gekommene) Hinderungsgrund für den Wohnungsbezug. Eine solche klare und unmissverständliche Äusserung liegt nicht vor.

Das Mietgericht zog den kurzen E-Mail Verkehr von Januar 2015 (act. 3/7) zwischen der Klägerin und E._____, Liegenschaftsverwalter, als Hilfstatsache bei zur Untermauerung seiner Überlegung, dass eben nicht die Bauarbeiten als dem angeblich sprichwörtlichen Tropfen, der das Fass zum Überlaufen gebracht haben soll, die entscheidende Rolle gespielt hatte. Es ist richtig, dass keine Pflicht bestand, der Klägerin im Januar 2015 eine zusätzliche Erstreckung zu gewähren (act. 68 S. 22; act. 77 S. 18). Das Mietgericht hat dies aber nicht erwogen, sondern diesbezüglich lediglich festgehalten (act. 67 S. 21 unten f.), dass die Reaktion von E._____ bzw. des Sohnes (des Beklagten) auf die Anfrage der - als Lehrerin an der Kantonsschule F._____ mutmasslich gut informierten - Klägerin vom 12. Januar 2015 äusserst ungewöhnlich sei für jemanden, der sich angeblich mit der Absicht trägt, in eine Wohnung zu zügeln, und der überraschend erfährt, dass in der Nachbarschaft eine Grossbaustelle droht. Ein solches Verhalten, so die Vorinstanz, passe besser zu jemanden, der persönlich von der projektierten Grossbaustelle gar nicht betroffen sei (act. 67 S. 22 oben): Die Klägerin fragte im Mail vom 12. Januar 2015, ob der bevorstehende geplante 100 Mio-Erweiterungsbau auf der Nachbarparzelle allenfalls eine Verlängerung des Mietvertrages über den im Vergleich vom 11./14. November 2014 vorgesehenen Endtermin Ende März 2015 hinaus möglich mache (act. 3/5, act. 3/7). E._____ teilte der Klägerin in seiner Antwort vom 13. Januar 2015 kurz angebunden mit, dem Beklagten 1 (dem Sohn) sei vom Bauvorhaben nichts bekannt, das Mietverhältnis könne nicht über den 31. März 2015 hinaus verlängert werden (act. 3/7).

Dass das Mietgericht bei diesen Verhältnissen davon ausging, die Bauarbeiten hätten neben dem Pflegeaufwand keine relevante Rolle für den Wohnungsverzicht gespielt, ist sachlich somit durchaus vertretbar (act. 67 S. 21). Das Mietgericht durfte daher auf die vom Beklagten offerierten Beweise verzichten. Die entsprechende Rüge des Beklagten im Berufungsverfahren ist unbegründet.

4.5.4. a) Es ist dem Beklagten zuzustimmen (z.B. in act. 68 S. 25), dass die Präferenzen unterschiedlich sind was Lage und Ausstattung von Wohnungen betrifft. Allein die Tatsache, dass die D._____ -strasse ... eine Altliegenschaft ist, ohne Lift und ohne Stauraum im Eingangsbereich für Fahrräder, Kinderwagen etc., die

Waschküche im Keller und nicht mehr auf der selben Etage ist, und somit nicht jede Familie sich für eine Wohnung im 4. Obergeschoss eines solchen Hauses entscheiden würde, ist vorliegend nicht a priori ein Indiz für vorgeschobenen Eigenbedarf. Die D._____-strasse ... ist immerhin in Familienbesitz, und es würde dem Sohn des Beklagten und seiner Familie (mutmasslich) ein Garten zur Alleinbenützung zustehen. Das Holzhäuschen im Garten könnte u.a. als Kinderwagenabstellplatz dienen, und mit dem Estrich oberhalb der Wohnung ist Stauraum zur Verfügung gestellt (Prot. S. 66, Prozess Nr. MB130009, act. 61). Die Miete der Wohnung im 4. Obergeschoss hätte auch die Miete eines Werkstatttraums im Erdgeschoss umfasst, wobei der Werkstattraum auch separat gemietet werden kann. Der Sohn des Beklagten und seine Partnerin bezeichneten im Kündigungsschutzverfahren den Werkstattraum, auch Atelierraum genannt, als massgebend für den Einzug in die Liegenschaft D._____-strasse ... (Prot. S. 66, S. 73, S. 74 oben, Prozess Nr. MB130009, act. 61). I._____, die Lebenspartnerin des Sohnes, führte einerseits das Anliegen "Einheit von Wohnen und Arbeiten" an, indem sie erklärte, dass sie von zu Hause aus arbeiten wolle und sich an der D._____-strasse die Werkstatt im selben Gebäude befinden würde; sie könne arbeiten und oben würde das Kind schlafen (Prot. S. 73, Prozess Nr. MB130009, act. 61). Sie führte zudem auch an, den Werkstattraum als Arbeitsplatz für Projektarbeiten zu nutzen und dass sie dort ein eigenes Schnittatelier einrichten wolle. Sie mache Schnittmuster für alle Arten von Bekleidungen. Diese würde sie teilweise von Hand zeichnen und teilweise am Computer. Dazu brauche sie einen grossen Tisch, einen Plotter und eine Nähmaschine. Zurzeit seien alle diese Geräte bei ihren Eltern eingestellt (Prot. S. 73, S. 75, Prozess Nr. MB130009, act. 61). I._____ bezeichnete die Wohnung an der J._____-strasse, nun mit einem Kleinkind, als nicht mehr ausreichend (ebenda). Der Sohn führte aus, es gehe ihnen um den Werkstattraum im Erdgeschoss. Mit dem Grundriss an der J._____-strasse sei das Arbeiten zu Hause nicht einfach, da alle Räume nahe beieinander seien. Im aktuellen Büroraum würden sie nur ruhige Arbeiten ausführen können, weshalb das Atelier an der D._____-strasse der Hauptgrund sei für den Wohnungswechsel (Prot. S. 66, Prozess Nr. MB130009, act. 61).

b) Das Mietgericht durfte bei den geschilderten Ausführungen den Schluss ziehen, die heutige Haltung der (Schwieger-)Kinder des Beklagten bezüglich des Werkstatttraumes sei unverständlich. Es führte aus, da die D._____-strasse nur rund 1,5 km von der J._____-strasse ... entfernt liege, hätte sich der für die Kündigung angeblich entscheidende Werkstatttraum durch I._____ und den Beklagten 1 (den Sohn des Beklagten) ohne grosse Probleme auch ohne die Wohnung im gleichen Gebäude nutzen lassen, zumal die Betreuung der Tochter schon zur Zeit des Kündigungsschutzverfahrens u.a. in einer Krippe erfolgt sei. Die unbefristete Weitervermietung des Werkstatttraumes unterstreiche daher, dass der geltend gemachte Eigenbedarf vorgeschoben gewesen sei (act. 67 S. 22 f. unten). Unbestritten ist, dass der Werkstatttraum inzwischen an ein ...-Institut unbefristet fremdvermietet wurde.

Was der Beklagte im Berufungsverfahren den Ausführungen des Mietgerichts (act. 67 22 f.) entgegenhält, kommt dagegen nicht an (act. 68 S. 23). Sein Einwand, es habe von Anfang an die Absicht bestanden, die D._____-strasse ... als Einheit von Wohnen und Arbeiten zu nutzen, erklärt nur, dass jetzt angesichts der Fremdvermietung des Werkstatttraumes eine einheitliche Nutzung der Liegenschaft (Wohnen /Arbeiten) unter dem gleichen Dach nicht mehr möglich ist. Nicht erklärt wird aber, weshalb nicht wenigstens der Werkstatttraum gemietet worden war. Die Behauptung, die Nutzung eines 1.5 Kilometer entfernten Werkstatttraumes sei gerade mit einem Kleinkind und einem pflegebedürftigen Vater unzumutbar, lässt sich überhaupt nicht mit der immer wieder geschilderten Notwendigkeit des grösseren Platzbedarfs in Übereinstimmung bringen (act. 68 S. 23; act. 77 S. 19). Bei der wiedergegebenen Behauptungslage braucht es keine weitere beweismässige Abklärung (act. 68 S. 23 unten). Die zu Recht erfolgten Überlegungen des Mietgerichts stützen sich auf unbestrittene Tatsachen und die eigenen Ausführungen der beklagtischen Seite.

In diesem Licht sind auch die Ausführungen des Mietgerichts zum Umstand zu sehen, dass sich der Sohn des Beklagten und seine Familie nicht um ein Ersatzobjekt bemühen (act. 68 S. 23 unten f. ; act. 67 S. 23). Es trifft zu, dass viele Gründe für den Verzicht eines ehemals beabsichtigten Wohnungswechsels denk-

bar sind (act. 68 S. 24). Im vorliegenden Kontext relativiert der (einstweilige) Verzicht auf den Wohnungswechsel aber das behauptete Ungenügen der Wohnung an der J.____-strasse. Diese Relativierung mindert wiederum die Ernsthaftigkeit des geltend gemachten Eigenbedarfs herab, welcher mit unbedingt mehr Platz für Wohnen und Arbeiten begründet wurde. Dieser Zusammenhang braucht keine beweismässige Abklärung (act. 68 S. 24), ihn darzulegen und einzuordnen ist allein Sache der richterlichen Würdigung.

4.5.5. Es trifft zu, dass der Sohn des Beklagten den Meinungsumschwung erklären konnte, weshalb er und I.____ im Jahre 2010 die zuvor wegen Eigenbedarfs gekündigte Wohnung im 2. Obergeschoss der Liegenschaft D.____-strasse ... dann doch nicht bezogen hatten (Prot. S. 68, S. 72, Prozess Nr. MB130009, act. 61 = act. 17/4 S. 72; act. 75 S. 23). Die Wohnung im 2. Obergeschoss wurde in der Folge allerdings dann teurer fremdvermietet. Die Vorinstanz sieht die Umstände und Motive für diese Kündigung angesichts eines rund 4 ½ Jahre später erneut manifest gewordenen fehlenden Nutzungswillens an einer Wohnung in der Liegenschaft D.____-strasse ... in einem etwas anderen Licht als noch im Kündigungsschutzverfahren (act. 67 S. 23; act. 61/61 S. 20 unten f). Die Ausführungen der Vorinstanz zur im Jahre 2010 erfolgten Kündigung der Wohnung im 2. Obergeschoss wegen Eigenbedarfs sind letztlich nicht entscheidend. Sie weisen lediglich auf einen Mieterwechsel hin, der unter den gleichen Vorzeichen stand [(nicht realisierter Eigenbedarf; (act. 67 S. 23 unten f., act. 68 S. 24 unten f.)] Als Indiz, das das bereits aus anderen Umständen gewonnene Bild abrundet, darf der rund 4 ½ Jahre zuvor eingetretene Meinungsumschwung immerhin beachtet werden.

4.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorbringen des Beklagten im Berufungsverfahren den Entscheid der Vorinstanz nicht umstossen können. Der Schluss der Vorinstanz, wonach sich der geltend gemachte Eigenbedarf in Würdigung aller im Kontext des Kündigungsschutzverfahrens und nach dessen Abschluss bekannt gewordenen Umstände als vorgeschoben erweise, und nicht als nachträglich dahingefallen (act. 67 S. 24), ist beizupflichten. Die Berufung ist abzuweisen. Der Beklagte hat in der Berufung den vorinstanzlichen Erwägungen

hinsichtlich der Beurteilung und Berechnung der einzelnen Schadenspositionen, wie erwähnt, nichts entgegengesetzt (act. 67 S. 27 ff.), weshalb es dabei sein Bewenden hat.

III.

1. Entsprechend des Ausgang des Verfahrens vor Berufungsinstanz wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit 12 Abs. 1 und 2 GebV OG bei einem Streitwert von Fr. 11'109.-- auf Fr. 1'900.-- festzusetzen, dem Beklagten aufzuerlegen und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Beklagte ist sodann zu verpflichten, der Klägerin eine Parteienschädigung von Fr. 1'710.-- zuzüglich 8 % MwSt zu bezahlen (§§ 4 und 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV).

2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziffern 2 - 4; act. 67 S. 43) blieb für den Fall der Abweisung der Berufung unangefochten (vgl. act. 68 S. 27 unten), und ist daher zu bestätigen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Mietgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 16. Januar 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'900.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten 2 und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Soweit der Kostenvorschuss nicht zur Deckung der vorliegenden Kosten benötigt wird, wird er dem Beklagten zurück erstattet.
4. Der Beklagte 2 und Berufungskläger wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 1'710.-- zuzüglich 8 % MwSt zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 77, sowie an das Mietgericht Zürich, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'109.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. T. Engler

versandt am: