

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PD110003-O/U.doc

## II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

### Urteil vom 4. März 2011

in Sachen

A.\_\_\_\_\_,

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdeführerin,

gegen

B.\_\_\_\_\_,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin,

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

betreffend **Kündigungsschutz usw.**

Beschwerde - *richtig: Berufung* - gegen einen Beschluss des Mietgerichtes Zürich vom 20. Januar 2011 (MB100029)

### **Erwägungen:**

1.1 Am 30. Oktober 2010 klagte die Klägerin beim Mietgericht auf Feststellung, dass zwischen ihr und der Beklagten ein Mietvertrag über das Objekt Y.\_\_\_\_\_ in Zürich bestehe, eventuell, es sei das Mietverhältnis zu erstrecken (act. 1). Umgekehrt erhob die Beklagte am 20. Januar 2011 Widerklage mit dem Begehren, die Klägerin sei aus den gemieteten Räumlichkeiten an der Y.\_\_\_\_\_ unverzüglich auszuweisen (act. 20).

Im Anschluss an die mündliche Hauptverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich. Im entscheidenden Punkt enthält er die Einigung der Parteien darüber, dass die Klägerin das Mietobjekt bis längstens am 31. März 2011 verlassen werde, und dass das Gericht einen entsprechenden Befehl erteilen werde (Prot. I S. 5 f.).

Gestützt auf den Vergleich schrieb das Mietgericht sein Verfahren mit Beschluss vom 20. Januar 2011 ab. Dieser Entscheid ging der Anwältin der Klägerin am 26. Januar 2011 zu (act. 22). Mit Eingabe vom 16. Februar 2011, zur Post gegeben am 25. Februar 2011 erhob die Klägerin persönlich Beschwerde (act. 25 und act. 25a). Nachträglich übersandte sie dem Obergericht eine weitere Kopie der Beschwerdeschrift und ein Exemplar des angefochtenen Entscheides (act. 25b, act. 26 und act. 26a).

Die Akten des Mietgerichtes wurden beigezogen. Weitere prozessleitende Anordnungen ergingen nicht.

1.2 Das Verfahren des Mietgerichtes richtete sich auch im neuen Jahr noch nach den bis Ende 2010 geltenden Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Das Rechtsmittelverfahren untersteht hingegen der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2.1 Vorweg drängen sich einige Bemerkungen auf zur Erledigung des Verfahrens, wenn die Parteien einen Vergleich geschlossen haben.

Die schweizerische Zivilprozessordnung sieht für verschiedene Fälle eine "Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid" vor: bei Erledigung aufgrund einer Parteierklärung (Rückzug, Anerkennung, Vergleich), oder wenn die Sache gegenstandslos wurde (Art. 241 und 242 ZPO). Diese Erledigungsart ist für Zürcher Juristen ungewohnt, hat aber einen Vorläufer im so genannten "Berner Modell", nach welchem bereits die Parteierklärung unmittelbar und ohne den folgenden Erledigungsentscheid das Ende des Verfahrens bewirkte, obgleich Vollstreckungstitel doch auch erst der formelle Abschreibungsentscheid war (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl. 2000, Art. 207 N. 3d). "Ohne Entscheid" ist so zu verstehen, dass in den genannten Fällen keine Prüfung der Streitfrage erfolgt, und dass auch keine prozessuale Erledigung im Sinne eines Entscheides z.B. über die Zuständigkeit erfolgt (ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 241 N. 5). Die Abgrenzung erhellt auch aus der Formulierung von Art. 236 ZPO: dort geht es um die Erledigungen mittels eines Sach- oder eines Nichteintretensentscheides - und eine Abschreibung aufgrund einer Parteierklärung (und nach der gesetzlichen Lösung: wegen Gegenstandslosigkeit) ist keines von beidem. Völlig "ohne Entscheid" erfolgt die Abschreibung auch in den Fällen von Art. 241 und 242 ZPO allerdings keineswegs. Vorweg ist selbstverständlich, dass die Parteierklärung rechtlich existieren muss (bspw. wenn ein Vertreter sie abgibt, dass eine Vollmacht besteht), und dass sie formell gültig abgegeben wurde (im mündlichen Verfahren muss ein Vergleich von den Parteien unterzeichnet werden: Art. 241 Abs. 1 ZPO). Sodann kann nur eine zulässige Parteierklärung das Verfahren abschliessen. Das Gericht muss also prüfen, ob die Parteien über die Sache verfügen durften, was in Fällen der so genannten *Offizialmaxime* regelmässig nicht der Fall ist. Zudem darf und muss das Gericht sich vergewissern, ob die Erklärung klar und vollständig sei (ZK ZPO a.a.O. N. 19). Weiter muss das Gericht die Kostenfolgen regeln - auch wenn es subsidiäre Regeln gibt (Art. 109 ZPO), ist doch mindestens über die Höhe der Gerichtskosten zu befinden, allenfalls ist zu überlegen, ob die Parteien Vollstreckungsanordnungen wollten, oder ob diese auch ohne ihren Willen anzuordnen sind (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Endlich kann die Frage, ob eine Sache gegenstandslos geworden ist (Art. 242 ZPO) sehr wohl umstritten sein.

Die Anfechtung einer "Erledigung ohne Entscheid" ist nicht resp. nur rudimentär geregelt. Wird geltend gemacht, die Parteierklärung sei wegen einer mangelhaften Willensbildung zivilrechtlich unwirksam, ist das mit Revision geltend zu machen (Art. 328 ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 328 N. 25). Die Revision wird von der Instanz behandelt, welche den Prozess erledigte (Art. 328 Abs. 1 Ingress ZPO). Dass die Partei nach dem Vergleichsschluss anderen Sinnes wird, oder dass sie hinterher zur Auffassung kommt, sie hätte das Verfahren gewonnen, ist allerdings so oder so unerheblich und kann auch keine Revision begründen: der Vergleichsschluss ist ein verbindlicher Vertrag unter den Parteien, der in Kenntnis der umstrittenen Punkte geschlossen wird und der gerade die Abrede einschliesst, man wolle die streitigen Fragen offen lassen (Guldener, schweizerisches Zivilprozessrecht 3. Aufl. 1979, S. 393).

Der Gesetzestext könnte zum (Fehl-)Schluss verleiten, darüber hinaus gebe es überhaupt keine Anfechtungsmöglichkeit (so tatsächlich Leuch et al. op. cit. zur alten ZPO/BE: Art. 207 N.2e). Berufung und Beschwerde müssen sich zwar gegen einen "Entscheid" richten (Art. 308 und Art. 319 ZPO). Wie gesehen ist die "Erledigung ohne Entscheid" aber durchaus nicht ein entscheidmässiges Nichts, sondern enthält sie verschiedenste Entscheidungen der erledigenden Instanz. Es ist einzuräumen, dass der Wortlaut von Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO auch so verstanden werden könnte, die Abschreibung des Verfahrens in den Fällen von Art. 241 und 242 ZPO sei nie mit Berufung oder Beschwerde anfechtbar. Schon der Bundesrat hat aber erläutert, die Revision solle für "die Anfechtung bestimmter Dispositionsakte einer Partei" zur Verfügung stehen, und als Revisionsgrund kämen vor allem Willensmängel im Sinne der Art. 21 ff. OR in Frage (Bot ZPO 7380). Damit ist klar gestellt, dass die Revision nur gerade die "Dispositionsakte" erfasst, also den Vergleichsschluss an sich, oder die Erklärung des Klagerückzugs. Was das prozessual für Folgen hat, und welche, geht darüber hinaus. In diesem weiteren Bereich kann die Revision nicht helfen. Entsprechend wird darauf hingewiesen, es wäre verfehlt, eine Partei auf die Revision zu verweisen, wenn sie geltend machen will, es mangelten die prozessrechtlichen Voraussetzungen eines Vergleichs, wie die Unterschrift, und folgerichtig wird das nicht als Grund für eine Wiedererwägung angesehen (BSK ZPO-Oberhammer, Art. 241 N.

9 und 12). Nicht überzeugend ist allerdings, wenn dann doch auch für die Rüge der prozessrechtlichen Unwirksamkeit des Vergleichs einzig auf die Revision verwiesen wird (BSK-ZPO a.a.O. N. 12 am Ende).

Beanstandet eine Partei (nur) die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, die so nicht im Vergleich vereinbart war - und sei es nur die Höhe der Gerichtskosten -, muss sie das der Rechtsmittelinstanz vorlegen können, weil es offenkundig keine Frage der Revision ist. In diesem Fall steht ihr die Beschwerde zur Verfügung (Art. 110 ZPO).

Ist streitig, ob die Parteierklärung tatsächlich oder formell gültig abgegeben wurde (ob der Vertreter bevollmächtigt war; ob alle Mitglieder einer Gesamthand zustimmten; ob eine Widerrufs- und nicht etwa eine Zustimmungsfrist ungenutzt abgelaufen ist), geht die Rüge auf die Erledigung an sich. Auch hier handelt es sich wie vorstehend erwogen nicht um eine Frage der Revision, sondern es muss ein Rechtsmittel an die obere Instanz zur Verfügung stehen. Gleich verhält es sich, wenn die Gegenstandslosigkeit im Sinne von Art. 242 ZPO umstritten ist. Da nach neuer Regel Prozessurteile (also Erledigungen aufgrund formeller Erwägungen) der Berufung unterliegen, ist auch die Abschreibung eines "ohne Entscheid" erledigten Prozesses nach den allgemeinen Regeln mit Berufung anzufechten, oder - in einer vermögensrechtlichen Sache mit einem Streitwert von weniger als Fr. 10'000 - mit Beschwerde (Art. 308 Abs. 2 und 319 lit. a ZPO). Da die beiden Rechtsmittel innert der nämlichen Frist und beide sogleich mit Begründung einzureichen sind, und zudem die Kognition des Obergerichts faktisch die selbe ist, schadet die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels nicht und kann das Obergericht ein irrtümlich als Beschwerde bezeichnetes Rechtsmittel als Berufung behandeln und umgekehrt (in einem Zweifelsfall muss lediglich die Frage der aufschiebenden Wirkung klar gestellt werden, Art. 315 / 325 ZPO).

2.2 Die Parteien des vorliegenden Prozesses stritten darüber, ob zwischen ihnen ein Mietverhältnis bestehe, ob und um wie lange es zu erstrecken sei resp. ob und per wann die Klägerin das Objekt verlassen müsse. Die Klägerin ist der Meinung, das sei unbillig, der Vergleich sei ein "hartes Diktat", und ihre Anwältin sei "mit einem leeren Versprechen geködert" und "übervorteilt" worden. Sie bean-

trägt, es sei ihr eine längere Auszugsfrist einzuräumen, und es seien die Kosten anders zu verlegen (act. 25).

Damit wendet sich die Klägerin gegen die Abschreibung des Verfahrens an sich. Dem Mietgericht wurde ein schriftlicher Mietvertrag mit einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'300.-- vorgelegt (act. 3/4), und es stand eine Erstreckung um "mindestens zwei Jahre" zur Diskussion (act. 1 S. 2) - der Streitwert überstieg damit jedenfalls die Fr. 10'000.-- von Art. 308 Abs. 2 ZPO (und - im Hinblick auf die Rechtsmittelbelehrung für den Weiterzug des heutigen Entscheides - auch die Fr. 15'000.-- von Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Der Entscheid war damit von der Einschränkung der möglichen Rügen abgesehen berufungsfähig. Das Rechtsmittel der Klägerin ist als Berufung entgegen zu nehmen und zu behandeln.

So weit die Klägerin geltend macht, der Vergleich sei mit einem Willensmangel behaftet, ist darauf nicht einzutreten, weil das allenfalls (wenn auch mit unsicheren Aussichten auf Erfolg) beim Mietgericht mit einer Revision geltend gemacht werden müsste.

So weit die Klägerin geltend macht, sie habe "gesundheitshalber nicht eingreifen" können, liegt darin die sinngemässe Rüge, das Mietgericht hätte die Zustimmung der Anwältin zum Vergleich nicht entgegen nehmen dürfen. Die Rüge geht schon darum fehl, weil die Klägerin selber anwesend und auch für eine Übersetzung ins Türkische gesorgt war (Prot. I S. 5). Die Klägerin behauptet sodann nicht, dass die Anwältin ohne Vollmacht an der Verhandlung teilnahm (und das Mietgericht das erkennen konnte) - gegenteils lag dem Mietgericht eine mit 20. Dezember 2010 datierte Prozessvollmacht der Klägerin an ihre Anwältin vor (act. 18).

Dass der Abschreibungsentscheid Vollstreckungsmassnahmen enthält (Dispositiv Ziffern 2 und 3), war richtig, der Vergleich sieht das ausdrücklich vor; die Klägerin ficht es auch gar nicht an.

Die Klägerin verlangt endlich, die Kosten seien "angemessen zu quoteln". Der Vergleich regelt die Kosten- und Entschädigungsfolgen vollständig, das Miet-

gericht war daher daran gebunden (Art. 109 Abs. 1 ZPO), und es hat nichts Anderes angeordnet. Die Höhe der Gerichtsgebühr ist nicht angefochten und angesichts der streitigen Mietdauer von mindestens zwei Jahren mit Fr. 7'000.-- zwar hoch, aber nicht übermässig.

Damit kommt das im Rechtsmittel verlangte Ansetzen einer neuen Frist zur Räumung der Mietsache nicht in Frage. Vielmehr ist die als Berufung zu behandelnde Beschwerde der Klägerin abzuweisen, so weit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Der Klarheit halber sind die Anordnungen zur Vollstreckung in den heutigen Entscheid aufzunehmen. Der Vorbehalt der Rechtskraft ist obsolet, da es gegen den heutigen Entscheid kein ordentliches Rechtsmittel gibt (wenn es richtig gewesen wäre, dass gegen den Entscheid des Mietgerichtes nur die Beschwerde zulässig gewesen wäre, hätte sich der Vorbehalt auch im angefochtenen Entscheid erübrigt).

Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

3. Die Klägerin unterliegt und wird damit grundsätzlich kostenpflichtig (eine Entschädigung an die Gegenpartei entfällt, da diese mit dem Rechtsmittel keine Aufwendungen hatte). Allerdings ist die Anfechtbarkeit eines Entscheides, der aufgrund eines Vergleichs erging, schwierig zu verstehen. Das Mietgericht hat ohne weitere Hinweise auf die Möglichkeit der Beschwerde hingewiesen. Richtig wäre nach den vorstehenden Erwägungen eine Berufung gewesen, aber nur für die Punkte, welche nicht das inhaltliche Zustandekommen des Vergleiches betreffen (oder nach der Formulierung des Bundesrates den "Dispositionsakt der Partei"). Es rechtfertigt sich in dieser Situation, ausnahmsweise auf das Erheben von Kosten für die zweite Instanz zu verzichten.

Es könnte aussichtslose Rechtsmittel vermeiden helfen, wenn in Zukunft bei der Rechtsmittelbelehrung klargestellt würde, dass die Anfechtung des Vergleiches an sich nicht mit Berufung/Beschwerde, sondern mit Revision erfolgen müsste. Eine ähnliche Situation stellte sich früher bei Gerichtsstandsanweisungen im Sinne von § 65 GVG, wo die Kammer darauf hinzuweisen pflegte, eine Anfech-

tung könnte nur die Eintretensfrage betreffen, nicht aber die Wahl des konkreten Gerichtsstandes.

**Es wird erkannt:**

1. Das Rechtsmittel der Klägerin wird als Berufung entgegen genommen.
2. Die Berufung wird abgewiesen, so weit darauf eingetreten werden kann, und der angefochtene Entscheid des Mietgerichtes vom 20. Januar 2011 wird bestätigt.

Dem zufolge wird der Klägerin befohlen, die Mieträumlichkeiten an der Y.\_\_\_\_\_, Zürich, per 31. März 2011 zu räumen und der Beklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung des Zwangsvollzugs im Unterlassungsfall.

Das Stadttammannamt Zürich ... wird angewiesen, diesen Befehl nach dem 31. März 2011 auf Verlangen der Beklagten zu vollstrecken. Die Kosten sind von der Beklagten vorzuschüssen, sie sind ihr aber von der Klägerin zu ersetzen.

3. Auf das Begehren der Klägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird nicht eingetreten.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
5. Für das Rechtsmittelverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 25, sowie an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 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 übersteigt Fr. 15'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: