

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG170015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 4. Oktober 2017

in Sachen

A._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,
gegen

B._____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Schadenersatzforderung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom
30. Mai 2017 (MG160005)

Rechtsbegehren:

Hauptklage:

(act. 1 und act. 20)

- " 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin als Schadenersatz einerseits für den entgangenen Gewinn (Monatszins für die Monate November, Dezember 2014 und Januar, Februar 2015) infolge verzögerter Wohnungsrückgabe und andererseits für die unterlassene Behebung der Mängel bei der zurückgelassenen Wohnung an der C.____-Strasse ... in D.____ und für die Nichtbehebung der Schäden im Garten den Betrag von CHF 10'322.35 plus Zins zu 5 % ab 1. August 2015 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Widerklage:

(act. 13)

1. [...]
2. Es sei die Klägerin zu verpflichten, die Betreibungen mit den Nummern 1 und 2 zurückzuziehen.
3. [...]

Urteil des Mietgerichtes Meilen vom 30. Mai 2017:

(act. 39 = act. 43 = act. 45)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'795.00.
4. Die Entscheidgebühr wird der Klägerin auferlegt und mit der von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'820.00 (inkl. MWSt) zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilungen/Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge:

der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsklägerin (act. 44):

- "1. Das Urteil des BG Meilen (BG) vom 30. Mai 2017 (Beilage 1) ohne Ziffer 2 und die Verfügung des BG Meilen vom 19. Januar 2017 (Beweisverfügung) seien aufzuheben und die Schadenersatzforderung vom 21. Juni 2016 (act. 1) im Betrage von CHF 10'322.35 plus Zins zu 5% ab 1. August 2015 sei gutzuheissen.
2. Das Obergericht Zürich (OGZ) wird aufgefordert, ein neues Beweisverfahren gemäss Art. 154 ZPO in Verbindung mit Art. 316 und 318 I lit. b ZPO durchzuführen und einen neuen Entscheid zu fällen.
3. Das Obergericht soll die Kündigung des Beklagten vom 26.09.2014 (act. 3/2) aus formalrechtlichen Gründen für ungültig erklären (Klaageergänzung).
3. Die Parteientschädigung zugunsten des Beklagten sei auf CHF 1'880.– zu reduzieren
4. Die Entscheidgebühr von CHF 1'795 soll zwischen den Parteien hälftig geteilt werden."

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1.

1.1. Die Klägerin und Berufungsklägerin ist Eigentümerin und Vermieterin (nachfolgend Vermieterin) der vom Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Mieter) vom 1. Juli 2012 bis 31. Oktober 2014 bewohnten 2½-Zimmerwohnung an der C.____-Strasse ... in D.____ (vgl. act. 14/7, act. 1 S. 3, act. 13 S. 2 f.). Am 23. Juli 2012 kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis auf den 31. März 2013. Diese Kündigung focht der Mieter am 17. August 2012 an. Anlässlich der am 5. März 2013 durchgeführten Schlichtungsverhandlung schlossen die Vermieterin und der Mieter folgenden Vergleich (vgl. act. 14/2):

- " 1. Die Parteien vereinbaren, dass die mit Formular vom 23. Juli 2012 auf den 31. März 2013 ausgesprochene Kündigung betreffend das Mietverhältnis der 2.5-Zimmerwohnung im UG an der C.____-Strasse ... in D.____ gültig ist.
2. Das Mietverhältnis wird letztmals bis zum 31. März 2016 erstreckt. Eine weitere Erstreckung ist ausgeschlossen.
3. Der Kläger ist berechtigt, ab sofort vorher auf Ende eines jeden Monats unter schriftlicher Voranzeige eines Monats im voraus das Mietverhältnis aufzulösen. Die Mietzinszahlung endet mit dem Auszugsmonat.
4. Die Parteien vereinbaren, dass der gesamte grosse Keller im UG dem Kläger vorwiegend zur Verfügung steht (das Kellerabteil mit Lattenrost zum ausschliesslichen Gebrauch). Der jeweilige Mieter, welcher den Gartenunterhalt macht, ist berechtigt, den Raum zu betreten und für die Lagerung von Gartengeräten und Rasenmäher zu verwenden. Er erhält dazu einen Kellerschlüssel vom Kläger.
5. Die Parteien vereinbaren, dass das ursprüngliche Kellerschloss bei Mietende vom Kläger wieder einzubauen ist und mit den beiden dazugehörigen Schlüsseln der Beklagten zu retournieren.
6. Die Parteien stellen fest, dass drei Wohnungsschlüssel des Klägers in dessen Besitz sind."

1.2. Mit nicht unterzeichnetem Schreiben vom 26. September 2014 löste der Mieter das Mietverhältnis auf den 31. Oktober 2014 auf (vgl. act. 3/2). In der Folge wandte sich die Vermieterin mit Schreiben vom 2., 14. und 30. Oktober 2014 an den Mieter. Darin bestätigte sie den Erhalt des Schreibens vom 26. September 2014 und machte den Mieter darauf aufmerksam, welche Arbeiten er in der Wohnung und im Garten bis zu seinem Auszug zu erledigen habe. Erst danach – so die Vermieterin – werde die Wohnungsabnahme samt Schlüsselübergabe stattfinden (vgl. act. 14/3, act. 30/2+3). Mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 teilte der Mieter der Vermieterin mit, die Übergabe der Wohnung finde am 31. Oktober 2014 um 14:30 Uhr statt (vgl. act. 3/3). Den Erhalt dieses Schreibens bestätigte die Vermieterin mit Schreiben vom 30. Oktober 2014. Da die Vermieterin an dem vom Mieter angekündigten Übergabetermin nicht erschien (vgl. act. 13 S. 4, act. 20 S. 6 f., Prot. Vi S. 13 f.), sandte der Mieter der Vermieterin die Schlüssel mit eingeschriebener Postsendung zu (act. 13 S. 4, Prot. Vi S. 13). Die Vermiete-

rin nahm diese Sendung mit der handschriftlichen Bemerkung "Schlüssel Annahme verweigert" nicht entgegen (vgl. act. 14/5, act. 13 S. 4, Prot. Vi S. 13 f., act. 29 S. 7).

1.3. Mit Schreiben vom 21. November 2014 wandte sich der Rechtsvertreter der Vermieterin an den Mieter. Darin führte er im Wesentlichen aus, die Kündigung sei mangels Unterschrift ungültig, und die Kündigung sei zu spät erfolgt, da die Vermieterin erst am 2. Oktober 2014 von der Kündigung erfahren habe. Da der nächstmögliche Kündigungstermin der 31. März 2015 sei, habe er – der Mieter – bis dahin den Mietzins zu bezahlen. Ferner teilte er dem Mieter mit, welche Sanierungsarbeiten er bis zum 15. Dezember 2014 im Garten vorzunehmen habe. Die Vermieterin werde danach mit einem Abnahmeexperten einen Augenschein durchführen und ihm allenfalls eine Frist zur Nachbesserung ansetzen (vgl. act. 3/4, act. 1 S. 4). Eine Reaktion des Mieters blieb aus. Am 13. Januar 2015 teilte die Vermieterin dem Mieter das Ergebnis des am 15. Dezember 2014 durchgeführten Augenscheines im Garten mit und kündigte einen zweiten Augenschein auf den 22. Januar 2015 an, den sie mit einer Wohnungs- und Schlüsselübergabe verbinden wolle. Zudem forderte sie den Mieter auf, die am 22. Januar 2015 festgestellten Mängel bis am 31. Januar 2015 zu beheben (act. 3/6). Der Mieter erschien zum Termin vom 22. Januar 2015 nicht (vgl. act. 1 S. 4, act. 20 S. 8, Prot. Vi S. 14). In der Folge liess die Vermieterin die ihrer Ansicht nach für eine erneute Vermietung notwendigen Arbeiten am Mietobjekt vornehmen und vermietete die Wohnung per 1. März 2015 neu (act. 1 S. 4). Die Vermieterin forderte den Mieter auf, ihr den Schaden von Fr. 4'982.35 zu ersetzen sowie Fr. 5'340.– für die entgangenen Mietzinse für die Monate November 2014 bis Februar 2015 zu bezahlen (vgl. act. 3/14, act. 3/10). Da der Mieter dieser Zahlungsaufforderung nicht nachkam, leitete die Vermieterin die Betreuung ein, in welcher der Mieter Rechtsvorschlag erhob (vgl. act. 3/12 und act. 3/13).

2.

2.1. Mit Eingabe vom 21. Juni 2016 reichte die Vermieterin – unter Beilage der Klagebewilligung (vgl. act. 2) – ihre Klage mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren beim Mietgericht Meilen (nachfolgend Vorinstanz) ein (vgl. act. 1). Am

17. Januar 2017 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher die Vermieterin den Erlass einer Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO beantragte mit der Begründung, der Mieter habe verschiedene rechtserhebliche Behauptungen der Vermieterin bestritten (vgl. Prot. VI S. 11 und act. 21). Da nach der Vorinstanz keine rechtserheblichen, streitigen Tatsachen vorlagen, sah sie mit Verfügung vom 19. Januar 2017 vom Erlass einer Beweisverfügung ab und setzte den Parteien Frist an, um ihre Schlussvorträge schriftlich einzureichen (vgl. act. 23). Diese reichten die Parteien ein (vgl. act. 28, act. 29 und act. 30/1-5). Mit Urteil vom 30. Mai 2017 wies die Vorinstanz die Klage ab (vgl. act. 39 = act. 43 = act. 45, nachfolgend zitiert als act. 43). Dagegen erhob die Vermieterin mit Eingabe vom 3. August 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung beim Obergericht, mit welcher sie die vorab angeführten Anträge stellte (vgl. act. 44, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 40/1).

2.2. Den Kostenvorschuss von Fr. 1'700.– für das Berufungsverfahren leistete die Vermieterin auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 47-49). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-41). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

(Rechtliche Vorbemerkungen)

1.

1.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies trifft hier zu. Die Berufung ist daher zulässig.

1.2. Die Berufung ist innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist beim Berufungsgericht schriftlich und abschliessend begründet einzureichen. Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310

ZPO). 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 374 E. 4 = Pra 102 (2013) Nr. 4 oder OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. II.1.1 und E. II.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 374 E. 4 = Pra 102 (2013) Nr. 4). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgetragen werden, und zwar auch in Verfahren, die erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. dazu auch BGE 138 III 625 = Pra 102 (2013) Nr. 26). 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.

1.3. Soweit die Vermieterin in ihrer Berufungsschrift den Sachverhalt aus ihrer Sicht schildert und vorinstanzliche Erwägungen wiedergibt, ohne konkret darzutun, inwieweit die vorinstanzlichen Erwägungen von ihrer Sicht abweichen, ihrer Ansicht nach nicht zutreffen und was sie daraus für sich ableitet (insbes. act. 44 S. 4-7 Rz. 6-9 und S. 13 f. Rz 13, S. 15 f. Rz 14), genügt sie den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht. Auf diese bzw. solche Ausführungen ist nicht weiter einzugehen.

1.4. Die Berufung wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Berufungsinstanz eingereicht. Die Vermieterin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.

2.1. In mietrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es handelt sich um die einfache und nicht um die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO). In der Lehre und Rechtsprechung wird sie auch als soziale Untersuchungsmaxime bezeichnet. Sie bezweckt, die schwächere Vertragspartei zu schützen und die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen. Das Gericht ist dabei nur einer erhöhten Fragepflicht unterworfen. Gemeint ist die gerichtliche Befragung im Sinne von Art. 56 ZPO, die blosses Klärungs- und nicht Beweismittel ist. Die Fragepflicht erstreckt sich mithin nicht auf Sachverhaltselemente, für welche sich in der Parteidarstellung keine Anhaltspunkte finden, und es besteht auch kein Anlass, unbestrittene oder gar explizit zugestandene Tatsachenbehauptungen zu hinterfragen (vgl. ZK ZPO-Hauck, 3. A., Art. 247 N 15, MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 191 N 5, BK ZPO-KILLIAS, Art. 247 N 31). Wie unter der im ordentlichen Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Prozessstoff selbst beschaffen, und die Parteien sind weder von ihrer Behauptungs- noch Beweislast befreit. Sind die Parteien durch einen Anwalt vertreten, so kann und muss sich das Gericht wie in einem ordentlichen Verfahren zurückhalten. Es ist nicht Sache des Richters, die Akten zu durchsuchen, um darin Beweismittel zu Gunsten einer Partei zu finden (vgl. zum Ganzen BGE 141 III 569 E. 2.3. m.H. = Pra 105 (2016) Nr. 99).

2.2. Auf diese Grundsätze wies die Vorinstanz – wenn auch in verkürzter Form – sowohl zu Beginn der Verhandlung (vgl. Prot. Vi S. 11) als auch im angefochtenen Entscheid (vgl. act. 43 E. 2.2) korrekt hin. Inwiefern die Vorinstanz daher den nach Art. 247 Abs. 2 ZPO geltenden Untersuchungsgrundsatz verneint haben soll, ist – entgegen dem Einwand der Vermieterin (vgl. vgl. act. 44 S. 3 Rz 4 und S. 7 unten) – nicht ersichtlich. Soweit sich die Vermieterin auf den Standpunkt stellt, die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, den Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. act. 44 S. 4 f. Rz 6, sie dazu auch E. III.2. unten), liegt sie nach dem Gesagten falsch.

III.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1.

1.1. Die Vermieterin verlangt vom Mieter – nebst der Bezahlung der ihr für die Schadensbehebung entstandenen Kosten (vgl. E. 4. unten) – die Bezahlung der ausstehenden Mietzinse für die Monate November 2014 bis und mit Februar 2015. Sie begründete dies vor Vorinstanz im Wesentlichen wie folgt: Der Mieter habe mit nicht unterzeichnetem Schreiben vom 26. September 2014 ausserterminlich auf den 31. Oktober 2014 gekündigt. Auf eine Kündigungsanfechtung habe sie verzichtet, weil es ihr recht gewesen sei, den schwierigen Mieter losgeworden zu sein. Da es sich um eine ausserterminliche Kündigung handle, hätte der Mieter einen zumutbaren Ersatzmieter vorschlagen müssen. Indem er dies unterlassen habe, hafte er für den dadurch entstandenen Schaden (vgl. act. 1 S. 3 Rz 7+15, act. 20 S. 5 f. Rz 10). Sodann habe der Mieter die Wohnung sowohl ohne Voranmeldung als auch ohne eine gemeinsame Wohnungsabnahme verlassen. Der Mieter habe sie zwar mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 zur Wohnungsübergabe auf den 31. Oktober 2014 um 14.30 Uhr aufgeboten. Ein solches einseitiges Aufgebot sei jedoch ungültig (vgl. act. 1 S. 3 Rz 8, act. 20 S. 6 Rz 11). An den von ihr vorgeschlagenen Terminen vom 15. Dezember 2014 und 22. Januar 2015 sei der Mieter nicht erschienen (vgl. act. 1 S. 4 Rz 9+10). Die ordentliche Wohnungsabnahme sei daher erst am 28. Januar 2015 erfolgt (vgl. act. 1 S. 5 Rz 13). Weil sich der Mieter geweigert habe, die Wohnungs- und Schlüsselrückgabe termingerecht durchzuführen, habe sie die Wohnung nicht weitervermieten können (vgl. act. 1 S. 5 Rz 1+14, act. 20 S. 7 Rz 20). Erst nachdem sie die Mängel in der Wohnung im Februar 2015 behoben habe, habe sie die Wohnung auf März 2015 wieder vermieten können (vgl. act. 1 S. 4 Rz 11).

1.2. Die Vorinstanz verneinte eine Zahlungspflicht des Mieters. Sie erwog im Wesentlichen, das nicht unterzeichnete Kündigungsschreiben des Mieters sei zwar formungültig, und die Vermieterin habe den Mieter auf diesen Formmangel mit Schreiben vom 30. Oktober 2014 hingewiesen sowie ihn aufgefordert, die

Kündigung zu wiederholen. Gleichzeitig habe sie dem Mieter aber mitgeteilt, es werde eine Abnahme und Schlüsselübergabe stattfinden, wenn die von ihr formulierten Bedingungen erfüllt seien. Das Verhalten der Vermieterin sei daher auf die nach Beendigung des Mietverhältnisses erfolgende Abwicklung des Vertrages gerichtet gewesen. Damit habe die Vermieterin implizit zum Ausdruck gebracht, dass sie die Kündigung des Mieters akzeptiere. Dass dies auch tatsächlich der Fall gewesen sei, habe die Vermieterin im vorinstanzlichen Verfahren zugegeben. Zum einen habe die Vermieterin wiederholt ausgeführt, es sei ihr recht gewesen, den schwierigen bzw. unbequemen Mieter los geworden zu sein, und zum anderen habe sie eingeräumt, die Kündigung des Mieters angenommen zu haben. Das Mietverhältnis – so die Vorinstanz weiter – sei daher per 31. Oktober 2014 aufgelöst worden (vgl. act. 43 S. 11 f. E. 3.1.2. und 3.1.3.). Weiter erwog die Vorinstanz, der Mieter habe die Wohnung am 31. Oktober 2014 um 14.30 Uhr und damit am letzten Tag der Mietdauer während den gewöhnlichen Geschäftszeiten zurückgeben wollen. Obwohl die Vermieterin davon Kenntnis gehabt habe, sei sie ohne nachvollziehbare Begründung nicht erschienen. In der Folge habe der Mieter die Schlüssel der Vermieterin eingeschrieben zugesandt, und die Vermieterin habe die Annahme der Sendung verweigert. An der Ernsthaftigkeit des Angebots des Mieters zur Rückgabe der Sache bestünden keine Zweifel. Das Mietobjekt gelte als per 31. Oktober 2014 zurückgegeben. Eine Haftung des Mieters wegen verspäteter Rückgabe des Mietobjekts sei daher ausgeschlossen (vgl. act. 43 E. 3.2.1-3.2.4.).

2.

2.1. Die Vermieterin führt in ihrer Berufungsschrift zunächst eine Gehörsverletzung ins Feld mit der Begründung, die Vorinstanz habe die erweiterte richterliche Fragepflicht verletzt (vgl. act. 44 S. 4 f. Rz 6b, siehe auch act. 44 S. 7 lit. c), und die Vorinstanz sei zu Unrecht auf ihren Antrag, eine Beweisverfügung zu erlassen, nicht eingetreten (vgl. act. 44 S. 5 f. Rz 7). In Bezug auf die Rückgabe der Mietsache bringt die Vermieterin vor, sie habe – entgegen der aktenwidrigen Aussage der Vorinstanz – auf S. 6 ihres Schlussvortrages sehr wohl auf die Lücken der Beweisführung hinsichtlich der illegalen Wohnungs- und Schlüsselübergabe

hingewiesen (vgl. act. 44 S. 4 f. Rz 6a und S. 10 Mitte), und auf S. 3 ff. habe sie im Einzelnen aufgeführt, welche Behauptungen des Mieters unbewiesen bzw. falsch seien (vgl. act. 44 S. 7, siehe auch act. 44 S. 10 lit. a).

2.2. Ein Beweisverfahren hat stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht taugliche Beweismittel angeboten hat (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Keine streitigen Tatsachen liegen vor, wenn sich die Parteien im Prozess auf Urkunden berufen, deren Inhalt unbestritten ist. Wer vorbringt, es sei zu einer bestimmten Tatsache(nbehauptung) kein Beweisverfahren durchgeführt bzw. seien angerufene Beweismittel nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo (Aktenstelle) er welche erheblichen und bestrittenen Tatsachen in rechtsgenügender Weise behauptet hat. Es ist nicht Sache der Berufungsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen zu suchen.

2.3. Die Vermieterin verweist in der Berufung auf ihren Schlussvortrag, insbesondere auf deren Seiten 3 bis 6. Darin übte die Vermieterin im Wesentlichen allgemeine Kritik an der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Januar 2017 und vertrat die Ansicht, die Vorinstanz hätte eine neue Beweiswürdigung vornehmen müssen, da die Behauptungen des Mieters unbewiesen geblieben seien (vgl. act. 29 S. 3-6). Weder den Ausführungen in der Berufung noch denjenigen im Schlussvortrag lässt sich entnehmen, wo die Vermieterin die entsprechenden rechtsrelevanten Tatsachen und tauglichen Beweismittel bei der Vorinstanz prozesskonform eingebracht hat, mithin worüber die Vorinstanz hätte Beweise abnehmen sollen. Danach zu suchen ist nicht Aufgabe des Gerichts. Aus der pauschal gehaltenen Kritik der Vermieterin geht auch nicht hervor, inwiefern die Vorinstanz statt von bestrittenen fälschlicherweise von unbestrittenen Tatsachen ausgegangen sein oder ihre Fragepflicht verletzt haben soll. Insgesamt fehlt es an einer Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen, in welchen ausführlich dargelegt wird, inwiefern sich der von den Parteien vorgebrachte Sachverhalt als unbestritten erweist (vgl. act. 43 S. 8 ff. E. 2.3.2. und E. 2.3.3.). Eine abweichende Sachdarstellung lässt sich in den Ausführungen der Vermieterin jedenfalls nicht erblicken. Mit der gleichen Begründung entfällt schliesslich auch die

Durchführung eines Beweisverfahrens durch das Obergericht (vgl. act. 44 Antrag Ziff. 2, S. 6 Mitte, S. 10 unten, S. 12 unten, S. 13 Mitte).

3.

3.1. Zu den hiervor dargelegten vorinstanzlichen Erwägungen (vgl. E. III.1.2.) wendet die Vermieterin zusammengefasst ein, es könne ihr kein konkludentes Verhalten angelastet werden. In den an den Mieter gerichteten Schreiben vom 2. und 30. Oktober 2014 habe sie klar zum Ausdruck gebracht, dass sie die ausserterminliche Kündigung zwar zur Kenntnis nehme, aber nicht akzeptiere. Sie habe dem Mieter daher empfohlen, die Kündigung rechtsgültig nachzuholen. Es könne daher nicht von einem konkludenten rechtlichen Akzept der Kündigung ausgegangen werden (vgl. act. 44 S. 8 Rz 10a). Da die letzte Erstreckungsfrist auf den 31. März 2016 angesetzt worden sei, handle es sich – so die Vermieterin weiter – um eine ausserterminliche Kündigung. Bei einer vorzeitigen Rückgabe im Sinne von Art. 264 i.V.m. Art. 272d OR sei der Mieter von seinen vertraglichen Pflichten nur befreit, wenn er einen für die Vermieterin zumutbaren Mieter vorschlage. Diese Voraussetzungen habe der Mieter nicht erfüllt, weil keine ordentliche Rückgabe stattgefunden und er keinen zumutbaren Nachmieter gestellt habe (vgl. act. 44 S. 8 f. Rz 10b und S. 11 Mitte). Neu bringt die Vermieterin in ihrer Berufung vor, die Kündigung sei aus formalrechtlichen Gründen ungültig und das Obergericht habe die mangelhafte Kündigung für ungültig zu erklären (vgl. act. 44 S. 8 Rz 10a, S. 9 Rz 10c, siehe auch S. 3 Rz 5).

3.2. Zur vorinstanzlichen Erwägung, wonach sie – die Vermieterin – im Verfahren zugegeben habe, die Kündigung akzeptiert zu haben, erklärt sie einzig, sie habe die ausserterminliche Kündigung des Mieters zur Kenntnis genommen, aber nicht akzeptiert. Dass ihr Verhalten auf die von der Beendigung des Mietverhältnisses unberührt gebliebenen Verpflichtungen des Mieters und damit auf die im Zusammenhang mit der Rückgabe der Mietsache stehenden Pflichten gerichtet gewesen sei, bestreitet die Vermieterin nicht. Neu beruft sie sich auf die Formungültigkeit der Kündigung und möchte damit wohl geltend machen, der Mieter habe die verlangten Mietzinse zu begleichen, weil er trotz ungültiger Kündigung ausgezogen

sei und keinen zumutbaren Ersatzmieter vorgeschlagen habe und sie die Wohnung erst auf März habe weitervermieten können.

Im vorinstanzlichen Verfahren brachte die Vermieterin in ihrer Klagebegründung vor, sie habe gewusst, dass der Mieter mit seiner Kündigung vom 26. September 2014 die Wohnung auf den 31. Oktober 2014 habe kündigen wollen und führte anschliessend aus: "Diese Kündigung hat die Klägerin denn auch angenommen" (vgl. act. 20 S. 6 Rz 11). Darin liegen Tatsachenbehauptungen, nämlich zunächst die, dass die Vermieterin das Schreiben vom 26. September 2014 dem Mieter zugerechnet hat, obwohl die Unterschrift fehlte, sowie die, dass sie mit dem vom Mieter darin zum Ausdruck gebrachten Willen, den Vertrag aufzulösen, einverstanden war. Nach Art. 52 ZPO haben sich alle an einem Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu verhalten. Diese Bestimmung übernimmt in Bezug auf das prozessuale Verhalten die Massstäbe, welche der Art. 2 ZGB für das Handeln der Parteien im Privatrechtsverkehr generell aufstellt. Verboten bzw. unbeachtlich ist daher prozessuales Verhalten der Parteien, welches den Tatbestand von Art. 2 Abs. 2 ZGB erfüllt. Darunter fällt u.a. das sog. widersprüchliche Verhalten, also ein *venire contra factum (vel dictum) proprium* (vgl. OGer ZH NP130005 vom 10. Juli 2013 E. II.4.4.). Die Vermieterin hat vor Vorinstanz die Kündigung des Mieters – in Kenntnis der fehlenden Unterschrift – anerkannt. Berufung heute nun auf die Formungültigkeit bzw. Nichtigkeit des Schreibens vom 26. September 2014, so setzt sie sich in einen offensichtlichen Widerspruch zu ihrem früher eingenommenen Standpunkt und erweist sich die Berufung auf den Formmangel als offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Soweit sie ihre vorinstanzlichen Tatsachenbehauptungen heute nicht mehr gelten lassen will, verhält sie sich zudem im Tatsächlichen offensichtlich widersprüchlich. Auch darin liegt ein unbeachtliches *venire contra factum vel dictum proprium*, das sich im Übrigen nahtlos in die offenkundig unzutreffende Rechtsauffassung der Vermieterin einfügt, der Mieter habe den Vertrag – entgegen dem Vergleich vom 5. März 2013 – auf den 31. März 2015 kündigen müssen. Das Mietverhältnis wurde folglich per 31. Oktober 2014 aufgelöst. Die im Zusammenhang mit einer vorzeitigen Rückgabe stehenden und von der Vermieterin geltend gemachten Verpflichtungen des Mieters (vgl. Art. 264 OR) stehen damit ausser Frage.

3.4. Die Rückgabe der Sache hat auf das Ende des Mietverhältnisses hin zu erfolgen, und zwar unter Rückgabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Vermieter die Verfügungsmacht darüber verschaffen. Bei der Miete von Räumlichkeiten muss der Mieter sämtliche (noch) vorhandenen Schlüssel zur Sache zurückgeben. Massgebender Zeitpunkt der Rückgabe, der auch die Fälligkeit der Rückgabeleistung bewirkt, ist der Tag, an dem das Mietverhältnis endet. Die Mietsache ist zu den üblichen Geschäftszeiten zu übergeben. Die Parteien können jedoch eine von diesem Grundsatz abweichende Vereinbarung zum für sie massgebenden Rückgabezeitpunkt treffen. Eine Verspätung der Rückgabeleistung des Mieters ist ausgeschlossen, wenn die Rückgabe an einem pflichtwidrigen Verhalten des Vermieters scheitert und dieser dadurch in Annahmeverzug gerät. Der Annahmeverzug des Vermieters befreit den Mieter von der Leistung eines Mietzinses über den Rückgabetermin hinaus sowie von Schadenersatz aus verspäteter Rückgabe, sofern der Mieter die Mietsache nicht weiter gebraucht (vgl. ZK-HIGI, Art. 267 N 13, N 48 f., N 54, N 61 m.H., N 63, siehe auch BGer 4A_388/2013 vom 7. Januar 2014 E. 2.2.2., publiziert in mp 2/2014 S. 143, sowie die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz in act. 43 S. 12 f. E. 3.2.1.).

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 kündigte der Mieter der Vermieterin den Übergabetermin der Wohnung auf den 31. Oktober 2014, 14.30 Uhr, an (vgl. act. 3/3). Der Mieter bot der Vermieterin daher – wie die Vorinstanz zutreffend erwog – die Rückgabe der Mietsache nicht zu Unzeiten, sondern am letzten Tag der Mietdauer während den gewöhnlichen Geschäftszeiten an. Der Rückgabe der Mietsache am letzten Tag des Mietverhältnisses braucht die Vermieterin – entgegen ihrer Ansicht (vgl. act. 44 S. 10 lit. a und S. 11 lit. b) – nicht zuzustimmen. Die Vermieterin, die auf das vorerwähnte Schreiben des Mieters schriftlich reagierte (vgl. act. 30/3 und act. 44 S. 11 lit. b, siehe auch act. 14/3 und act. 30/2), erschien am besagten Termin nicht, obwohl sie in der gleichen Liegenschaft wohnt. Dass die Parteien einen anderen Rückgabezeitpunkt vereinbart haben, behauptet die Vermieterin nicht, und eine Abwesenheit oder Krankheit, die sie objektiv am Erscheinen gehindert hätte, machte sie – wie auch die Vorinstanz zutreffend erkannte (vgl. act. 43 S. 13 E. 3.2.2.) – nicht geltend. Die Vermieterin stellt sich auch nicht auf den Standpunkt, sie sei vor Ort gewesen, aber der Mieter sei nicht

erschienen. Insofern erübrigen sich auch Weiterungen zu ihren ohnehin unverständlichen Ausführungen zur sinngemäss beantragten Einvernahme der vier an der Abnahme anwesenden (und namentlich nicht genannten) Zeugen (vgl. act. 44 S. 7 und S. 14 Mitte). Als Begründung für ihr Nichterscheinen bringt die Vermieterin – nebst dem Argument, sie sei zur Rücknahme nicht verpflichtet – einzig vor, sie habe die Benachrichtigung des Mieters lediglich drei Tage vor dem Rückgabetermin erhalten, und in dieser kurzen Zeit habe sie keinen Abnahmeexperten aufbieten können (vgl. act. 44 S. 11 lit. b). Inwiefern sich die Vermieterin erfolglos um den Beizug eines solchen Experten bemühte, legt sie nicht dar, und überdies muss – wie die Vorinstanz bereits erwog – ein solcher Experte auch nicht anwesend sein (vgl. act. 43 S. 13 E. 3.2.2.). Abgesehen davon wusste die Vermieterin um die anstehende Rückgabe der Mietsache seit dem Empfang des Schreibens des Mieters vom 26. September 2014, dessen vertragsauflösende Wirkung sie anerkannte, und konnte seit da um eine ordnungsgemässe Rückgabe selbst besorgt sein, inklusive Beizug eines Experten. Nach dem Gesagten geht unmissverständlich hervor, dass die Vermieterin die vom Mieter korrekt angebotene Rückgabe der Wohnung bewusst und damit pflichtwidrig verweigert hat. Dadurch ist sie in Annahmeverzug geraten und dies befreit den Mieter, der die Sache nicht weiter gebrauchte, von der Leistung eines Mietzinses über den Rückgabetermin hinaus sowie von Schadenersatz aus verspäteter Rückgabe. Zur Schlüsselrückgabe erwog die Vorinstanz, nach der gescheiterten Wohnungsübergabe habe der Mieter der Vermieterin die Schlüssel zu den damals vorhandenen Schlösser am 31. Oktober 2014 per Einschreiben zukommen lassen, und die Vermieterin habe die Sendung mit dem handschriftlichen Vermerk "Schlüssel Annahme verweigert" nicht entgegengenommen (vgl. act. 43 S. 13 E. 3.2.2.). Dies stellt die Vermieterin nicht in Abrede. Inwiefern diese Feststellungen der Vorinstanz zur Rückgabehandlung tatsachen- und aktenwidrig sein bzw. Lücken aufweisen soll, welche die Vorinstanz durch eine ergänzende Befragung hätte schliessen müssen (vgl. act. 44 S. 10 lit. a, S. 11 unten), legt die Vermieterin weder in verständlicher Weise dar, noch ist dies ersichtlich. Die Rückgabehandlung gilt damit im Zeitpunkt der Annahmeverweigerung der Sendung als erfolgt (vgl. ZK-HIGI, Art. 276a N 15).

Das Vorbringen der Vermieterin, der Mieter habe nicht sämtliche Schlüssel re-tourniert (vgl. act. 44 S. 10 unten), ohne dabei darzutun, welche Schlüssel ihrer Ansicht nach gefehlt haben, ist unzureichend substantiiert. Was den Schlüssel zur Messung des Stromverbrauchs der Waschmaschine anbelangt (vgl. act. 44 S. 12 unten), so ist der Vorinstanz beizupflichten, dass es sich dabei nicht um einen Schlüssel handelt, dessen Übergabe erforderlich ist, damit die Vermieterin wieder in den Besitz der Mietsache kommt. Das Fehlen eines solchen Schlüssels vermag an der Gültigkeit der Rückgabe der Mietsache nichts zu ändern und stellt allenfalls eine Vertragswidrigkeit vor, die den Mieter (bezogen auf diesen fehlenden Schlüssel) schadenersatzpflichtig machen könnte (vgl. act. 43 S. 14 E. 3.2.3.). In Bezug auf das Kellerschloss erwog die Vorinstanz, eine Vertragswidrigkeit könne auch darin erblickt werden, dass der Mieter das Schloss nicht bereits per 31. Oktober 2014 ausgewechselt habe, wie dies in der Vereinbarung vom 5. März 2013 vorgesehen sei. An der gültigen Übergabe der Wohnung vermöge dieser Umstand ebenfalls nichts zu ändern (vgl. act. 43 S. 14 E. 3.2.3.). Dazu wendet die Vermieterin einerseits ein, am 11. November 2014 und damit im Zeitpunkt der Übergabe der Schlüssel, sei das ausgewechselte Kellerschloss nicht wiederhergestellt gewesen (vgl. act. 44 S. 10 unten und S. 13 oben), und andererseits führt sie neu aus, der Mieter habe zugegeben, das Schloss der Wohnung und des Kellers am 7. November 2014 ausgewechselt zu haben (vgl. act. 44 S. 12). Weder in act. 20 S. 7 noch in act. 29 S. 7 finden sich nämlich Behauptungen zum Wechsel auch des Wohnungsschlusses, und dem Protokoll der Vorinstanz lässt sich entnehmen, dass die Vermieterin das Schloss sowohl in der Wohnung als auch des Kellers am 7. November 2014 hat auswechseln lassen (vgl. Prot. VI S. 15). Die sachlich offensichtlich widersprüchliche und unverständliche Kritik an der Vorinstanz stellt keine sachbezogene Auseinandersetzung mit deren Argumentation dar und vermag den vorinstanzlichen Erwägungen daher nichts entgegen zu halten. Bei diesem Ergebnis ist es müssig darauf hinzuweisen, dass die neuen Behauptungen gestützt auf Art. 317 ZPO unbeachtlich bleiben.

4.

4.1. Zu den von der Vermieterin geltend gemachten Mängeln erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, die Wohnung sei am 31. Oktober 2014 zurückgegeben worden. Das Schreiben der Vermieterin vom 30. Oktober 2014 sowie allfällige frühere Schreiben seien keine Mängelrügen, da eine Mängelanzeige erst nach der Rückgabe der Mietsache erfolgen könne. Nach der Rückgabe der Mietsache sei der Mieter von der Vermieterin erstmals mit Schreiben vom 21. November 2014 auf die Mängel im Garten hingewiesen worden. Die Vermieterin hätte die Mängel aber spätestens innert weniger Tage nach Rückgabe der Wohnung rügen müssen. Diese kurze Rügefrist habe trotz pflichtwidriger Verweigerung der Rücknahme der Mietsache zu laufen begonnen. Die Vermieterin könne sich daher auch nicht darauf berufen, sie habe mangels Zutritt zur Wohnung keine frühere Rüge anbringen können, habe sie diesen Zustand durch die Annahmeverweigerung der Schlüssel doch selbstverschuldet (vgl. act. 43 S. 15 f. E. 4.2.1.). Die Mängel in der Wohnung habe die Vermieterin erstmals in ihrem Schreiben vom 13. Januar 2015 pauschal angesprochen. Da die Rügefrist für die Mängel in der Wohnung mit der am 31. Oktober 2014 erfolgten Rückgabe zu laufen begonnen habe, sei das Schreiben bzw. die Mängelanzeige vom Januar 2015 ohnehin verspätet erfolgt (vgl. act. 43 S. 16 E. 4.2.2.).

4.2. Dagegen wendet die Vermieterin ein, das Gesetz schreibe nicht vor, dass eine Mängelrüge nur nach der Wohnungsübergabe erfolgen könne. Ihrer Ansicht nach könne eine solche auch vor der Wohnungsübergabe stattfinden. Mit ihren Schreiben vom 2., 14. und 30. Oktober 2014 habe sie die Mängel daher rechtzeitig angezeigt. Das Schreiben vom 21. November 2014 präzisiere lediglich die vom Mieter bis zum 15. Dezember 2014 im Garten vorzunehmenden Sanierungsarbeiten. Am 15. Dezember 2014 habe ein Augenschein mit dem Experten E. _____ stattgefunden, der alle Mängel im Garten festgehalten habe. Das Protokoll sei dem Mieter zugestellt worden mit der Bitte, die Mängel bis zum 31. Januar 2015 zu beheben. Da der Mieter seinen Pflichten nicht nachgekommen sei, habe sie den Schaden auf eigene Initiative behoben. Die Mängel in der Wohnung habe sie mangels Zugang zur Wohnung erst geltend machen können, als sie auf eigene

Kosten neue Schlösser organisiert habe (vgl. act. 44 S. 8 unten, siehe auch S. 14 f.).

4.3. Bei der Rückgabe muss der Vermieter den Zustand der Sache prüfen und Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, diesem sofort melden (vgl. Art. 276a Abs. 1 OR). Nach dem Gesetzeswortlaut erfolgt die Prüfung der Mietsache *bei* der Rückgabe, sie kann aber auch unmittelbar danach stattfinden (vgl. ZK-HIGI, Art. 276a N 14), und können die Mängel dem Mieter erst nach durchgeführter Prüfung angezeigt werden. Die Schreiben der Vermieterin vom 2., 14. und 30. Oktober 2014 sind daher – wie die Vorinstanz erwog – nicht als Mängelrügen im Sinne von Art. 267a Abs. 1 OR anzusehen.

Wie gesehen konnte der Mieter am Ende des Mietverhältnisses der Vermieterin die Schlüssel nicht übergeben, die Durchsetzung der tatsächlichen Rückgabe erfolgte mithin erst durch Zusendung der Schlüssel. Diesfalls gilt als für die Prüfung massgebender Zeitpunkt der Rückgabe der Augenblick, in dem die Vermieterin die Annahme der ihr eingeschrieben gesandten Schlüssel verweigert hatte (vgl. ZK-HIGI, Art. 267a N 15). An welchem Tag dies war, ist nicht bekannt. Zugunsten der Vermieterin könnte spätestens auf den Tag, an welchem die Frist für die Abholung der Sendung ablief, und damit auf den 11. November 2014 (vgl. act. 14/5) abgestellt werden. Indessen hat die Vermieterin vor Vorinstanz erklärt, die Schlüssel nach der Annahmeverweigerung am 7. November 2014 erhalten zu haben und die Schlüssel dann auswechseln lassen (vgl. Prot. VI S. 15). Die Frist begann daher spätestens mit diesem Tag. Die Mängelrüge hat – um dem Tatbestandsmerkmal "sofort" zu genügen – in der Regel innerhalb von zwei oder drei Werktagen nach der Rückgabe zu erfolgen (vgl. ZK-HIGI, Art. 267a N 33, OFK OR-PERMAN, 2. A., Art. 267a N 5, KUKO OR-BLUMER, Art. 267/267a N 14). Folglich erweist sich die am 21. November 2014 erhobene Mängelrüge als zu spät. Die Erklärung der Vermieterin, sie habe die Mängel nicht früher anzeigen können, weil sie erst in die Wohnung habe gehen können, nachdem sie die Schlösser ausgewechselt habe, ist keineswegs plausibel und damit schlicht nicht nachvollziehbar. Da die Vorinstanz zurecht von einer verspäteten Mängelanzeige ausging, hatte sie sich auch nicht mit den von der Vermieterin eingereichten Abnahmepro-

tokollen und der Schadenshöhe auseinanderzusetzen. Eine Gehörsverletzung (vgl. act. 44 S. 15 lit. c und S. 16) liegt demnach nicht vor.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rückgabe der Wohnung an einem pflichtwidrigen Verhalten der Vermieterin scheiterte und sie dadurch in Annahmeverzug geraten ist. Da der Mieter die Verspätung der Rückgabe nicht zu vertreten und er die Mietsache nicht weiter gebraucht hat, hat er weder einen Mietzins über den Rückgabetermin hinaus noch Schadenersatz aus verspäteter Rückgabe zu leisten. Der für die Prüfung der Wohnung massgebende Zeitpunkt ist spätestens der 7. November 2014. Da die Vermieterin die Mängelrüge erst am 21. November 2014 und damit vierzehn Tage nach dem Zeitpunkt, in dem sie spätestens die Sache (Wohnung und Keller) hätte prüfen können, kam sie dem in Art. 276a Abs. 1 OR vorgesehenen Erfordernis nicht nach. Erst recht kam sie diesem Erfordernis in Bezug auf den Garten nicht nach, dessen Zustand sie im Detail schon vor dem 7. November 2014 prüfen konnte, weil sie dazu keinen Wohnungs- und Kellerschlüssel brauchte. Dies führt zur Verwirkung der Möglichkeit zur rechtlichen Durchsetzung von Ersatzansprüchen. Die Berufung ist damit abzuweisen.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1.

1.1. Ist die Berufung abzuweisen, dann bleibt es grundsätzlich bei den vorinstanzlich festgelegten Kosten- und Entschädigungsfolgen und die Vermieterin wird auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

1.2. Im Sinne eines Eventualantrags beantragt die Vermieterin, es sei die vorinstanzliche Entscheidgebühr den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, da sowohl ihre Klage als auch die Widerklage des Mieters abgewiesen worden seien (vgl. act. 44 S. 17 Rz 15). Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Entscheidgebühr von Fr. 1'795.– focht die Vermieterin nicht an und ist ohne Weiteres zu bestätigen. Obwohl die Parteien mit ihren Anträgen vollumfänglich unterlegen sind, auferlegte die Vorinstanz die gesamten Gerichtskosten der Vermieterin mit

der Begründung, die Widerklage sei von absolut untergeordneter Bedeutung (vgl. act. 43 S. 17 E. 6.).

Obsiegt keine Partei vollständig, sind die Prozesskosten entsprechend dem Verfahrensausgang aufzuteilen (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Bei der Gewichtung und Bewertung, inwiefern eine Partei obsiegt hat oder unterlegen ist, besteht ein gewisser Spielraum bzw. steht der Vorinstanz ein gewisses Ermessen zu (vgl. etwa BGer 5D_229/2011 E. 3.2 und BGer 5D_193/2014 E. 2.4). Der Mieter verlangte mit der Widerklage einzig den Rückzug der gegen ihn erhobenen Betreibungen. Die Vorinstanz wies die Widerklage ab mit der Begründung, es fehle eine rechtliche Grundlage, um die Vermieterin zu verpflichten, die Betreibungen zurückzuziehen (vgl. act. 43 S. 17 E. 5.). Im Verhältnis zum Rechtsbegehren der Vermieterin fiel die Widerklage kaum ins Gewicht. Es ist von einem nahezu vollständigen Unterliegen auszugehen. Daher ist es nicht zu beanstanden, dass die Vermieterin die gesamte Gerichtsgebühr zu tragen hat, und erweist sich eine hälftige Teilung – wie sie die Vermieterin verlangt – als nicht sachgerecht.

1.3. In Bezug auf die von der Vorinstanz festgesetzten Parteientschädigung von Fr. 2'820.– (inkl. Mehrwertsteuerersatz von 8%) beanstandet die Vermieterin einzig die Höhe und zwar mit der Begründung, die Vorinstanz habe die Möglichkeit nicht berücksichtigt, wonach die Entschädigung bei kleinem Zeitaufwand ermässigt werden könne. Unter Berücksichtigung des kleinen Zeitaufwands der Rechtsvertreterin des Mieters für die Klage (recte: Klageantwort) vom 5. Oktober 2016, die sechs Seiten umfasst habe, und der anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten Duplik sowie dem einseitigen Schlussvortrag vom 10. Februar 2017 rechtfertige sich eine die Kürzung um einen Drittel und damit auf Fr. 1'880.– (vgl. act. 44 S. 17 Rz 16).

Die Grundgebühr für die Parteientschädigung, welche mit der Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage entsteht und auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung abdeckt (§ 11 Abs. 1 AnwGebV OG), beträgt beim vorliegenden Streitwert (Fr. 10'322.35) Fr. 2'448.–. Die Vorinstanz ging ohne weitere Begründung von einer ordentlichen Gebühr von rund Fr. 2'600.– (Fr. 2'820.– inkl. Mehrwertsteuerersatz von 8%) aus. Dass dieser Betrag um rund

6% über der ordentlichen Gebühr liegt, beanstandet die Vermieterin nicht. Sie beantragt lediglich eine Reduktion im Sinne von § 4 Abs. 2 AnwGebV, wonach die Gebühr bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden kann, wenn die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch oder tief ist. Es handelt sich dabei um eine Kann-Vorschrift für Fälle, in denen diese Kriterien in besonderem Mass verstärkt bzw. abgeschwächt vorliegen. Inwiefern dies hier der Fall sein soll, begründet die Vermieterin nicht bzw. einzig mit der Anzahl der von der Rechtsvertreterin des Mieters abgefassten Seiten. Dies genügt nicht. Die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung ist noch angemessen und damit nicht zu beanstanden.

2.

2.1. Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren bemessen sich nach dem Streitwert, der sich gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem Rechtsbegehren bestimmt. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 10'322.35 resultiert gestützt auf §§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 1'700.– für das zweitinstanzliche Verfahren. Da die Vermieterin im Berufungsverfahren unterliegt, sind ihr die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

2.2. Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: Der Vermieterin nicht, weil sie unterliegt, dem Mieter nicht, da ihm keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Mietgerichtes Meilen vom 30. Mai 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'700.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 44 und act. 46/2+3, sowie an die Vorinstanz 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'322.35.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. O. Canal

versandt am:
5. Oktober 2017