

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF170048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Urteil vom 22. Dezember 2017

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend

### **Ausweisung / Rechtsschutz in klaren Fällen / Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 23. Oktober 2017 (ER170027)

### **Erwägungen:**

#### **1.**

1.1 Die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin vermietete mit Mietvertrag vom 26./27. Juni 2014 ein Einfamilienhaus in C.\_\_\_\_\_ an die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin und deren Ehemann D.\_\_\_\_\_ (act. 3/2). Die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin wird daher nachfolgend als Vermieterin bezeichnet. Am 3. Juli 2017 kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis gestützt auf Zahlungsverzug der Mietparteien nach Art. 257d OR (act. 3/8-11).

1.2 Mit Eingabe vom 5. September 2017 an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend Vorinstanz) stellte die Vermieterin ein Ausweisungsbegehren gegen die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (vgl. act. 1). Letztere wird nachfolgend als Mieterin bezeichnet. Der Mitmieter D.\_\_\_\_\_ hatte das Mietobjekt aufgrund der Trennung der Mietparteien zu diesem Zeitpunkt bereits verlassen, (vgl. act. 1 S. 3, act. 19 S. 2).

1.3 Die Mieterin teilte der Vorinstanz mit Schreiben vom 25. September 2017 mit, dass sie das vom Ausweisungsbegehren betroffene Mietobjekt am 29. September 2017 verlassen werde (act. 11). Die Vermieterin wies mit Eingabe vom 3. Oktober 2017 auf die erfolgte Übergabe des Mietobjekts hin und beantragte, das Verfahren sei infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Mieterin (act. 15). Die Mieterin nahm am 16. Oktober 2017 Stellung zur Eingabe der Vermieterin (act. 19).

1.4 Am 23. Oktober 2017 erliess die Vorinstanz die folgende Verfügung (act. 20 = act. 23 = act. 25):

- "1. Das vorliegende Verfahren wird als gegenstandslos geworden erledigt abgeschlossen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'200.-.
3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.

4. Die Gerichtskosten werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 4'900.– bezogen, sind dieser aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 4'400.– (inkl. 8% MWSt) zu bezahlen."

Die Verfügung wurde der Mieterin am 28. Oktober 2017 zugestellt (act. 21/1).

1.5 Mit Eingabe vom 6. November 2017 (Datum Poststempel: 7. November 2017, Eingang beim Obergericht: 8. November 2017) erhob die Mieterin Beschwerde gegen die Verfügung vom 28. Oktober 2017. Sie stellt die folgenden Beschwerdeanträge (act. 24 S. 1 f.):

- "1. Die Verfügung vom 23.10.17 des Bezirksgericht Meilen sei aufzuheben.
2. Die Gerichtskosten, sowie die Prozessentschädigung zulasten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen."

1.6 Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-21). Es wurde davon abgesehen, einen Kostenvorschuss einzuholen und der Vermieterin Frist zur Beantwortung der Beschwerde anzusetzen (vgl. Art. 98 und Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Allerdings ist der Vermieterin mit dem vorliegenden Entscheid noch ein Doppel von act. 24 zuzustellen.

## **2.**

2.1 Der erstinstanzliche Kostenentscheid ist selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO). Die Beschwerdefrist für die Anfechtung von Endentscheiden im summarischen Verfahren beträgt 10 Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdefrist ist eine gesetzliche und als solche nicht erstreckbare Frist (vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO sowie ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 3. Auflage 2016, Art. 321 N 5), weshalb die Beschwerde in Wahrung der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen ist.

2.2 Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen, und sie hat einen Antrag zu enthalten. Dieser ist (jedenfalls, wenn die Rechtsmittelinstanz auch neu

entscheiden kann, was bei Kostenbeschwerden der Fall ist) zu beziffern. Fehlt die Bezifferung in einem solchen Fall, so ist auf die entsprechenden Anträge nicht einzutreten (vgl. OGer ZH PF110013 vom 21. Juni 2011, E. II.).

2.2.1 Soweit die Mieterin verlangt, ihr seien keine Kosten aufzuerlegen und sie sei nicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Vermieterin zu verpflichten, genügt der Beschwerdeantrag den erwähnten Anforderungen. Der Antrag, es sei eine Parteientschädigung zulasten der Vermieterin festzusetzen, ist dagegen unbeziffert. Auch der Beschwerdebegründung (act. 24) lässt sich keine Angabe der Mieterin entnehmen, welchen Betrag sie als Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren für sich geltend macht.

2.2.2 Die Kammer gibt unvertretenen Laien, die vor Fristablauf eine den Anforderungen nicht genügende Eingabe einreichen, Gelegenheit, den Mangel zu verbessern (vgl. allgemein OGer ZH LB120045, Verfügung Z01 vom 31. Mai 2012).

Im vorliegenden Fall lief die 10-tägige Beschwerdefrist, die am 28. Oktober 2017 ausgelöst wurde, am 7. November 2017 ab. Die Mieterin überreichte ihre Beschwerde am letzten Tag der Frist der Post, und die Beschwerde ging am 8. November 2017 beim Obergericht ein (vgl. vorne Ziff. 1.3-4). In diesem Zeitpunkt war es aufgrund des Ablaufs der Beschwerdefrist nicht mehr möglich, der Mieterin Gelegenheit zu geben, ihren Antrag zu beziffern. Auf den unbezifferten Antrag um Verpflichtung der Vermieterin zur Leistung einer Parteientschädigung an die Mieterin ist nicht einzutreten.

2.3 Nach Art. 326 ZPO sind im Beschwerdeverfahren keine neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mehr zulässig.

### **3.**

3.1 Die Vorinstanz erwog, die Mieterin habe das vom Ausweisungsbegehren betroffene Mietobjekt am 29. September 2017 verlassen. Das Verfahren erweise sich daher als gegenstandslos und sei abzuschreiben. Aufgrund der expliziten Weigerung der Mieterin, die Liegenschaft rechtzeitig (Ende August 2017) zu übergeben, habe die Vermieterin annehmen dürfen, die Mieterin werde nicht zeit-

nah ausziehen. Die Mieterin habe somit das Verfahren veranlasst, und die Gründe, die zur Gegenstandslosigkeit führten, seien bei ihr eingetreten. Zudem wäre die Vermieterin, so die Vorinstanz, mit ihrem Ausweisungsbegehren durchgedrungen. Aus diesen Gründen auferlegte die Vorinstanz ihre Kosten vollumfänglich der Mieterin und verpflichtete diese, der Vermieterin eine Parteientschädigung zu bezahlen (act. 23 S. 4-6).

3.2 Die Mieterin ist der Ansicht, die Vermieterin habe die Kosten rechtsmissbräuchlich verursacht. (act. 24 S. 7). Auf die einzelnen Argumente der Mieterin wird nachfolgend eingegangen.

3.3 Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO sieht vor, dass das Gericht die Kosten nach Ermessen verteilt, wenn es das Verfahren als gegenstandslos abschreibt und das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Zu berücksichtigen ist etwa, welche Partei Anlass zum Verfahren gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, welche zur Gegenstandslosigkeit führten. Dabei kann keine Methode von vornherein ausgeschlossen werden. Der Entscheid darüber, welchem Kriterium der Vorrang gegeben wird, steht im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. OGer ZH PF150073 vom 14. März 2016, E. II./3.3.2; ZK ZPO-JENNY, 3. Auflage 2016, Art. 107 N 16).

3.4 Zum mutmasslichen Prozessausgang ist das Folgende festzuhalten:

3.4.1 Die Vermieterin wies mit Schreiben an die Mieterin vom 10. Mai 2017 auf Mietzinsausstände von Fr. 114'071.95 hin und setzte der Mieterin eine Frist von 30 Tagen an, um den offenen Betrag zu begleichen. Für den Säumnisfall drohte die Vermieterin der Mieterin die ausserordentliche Kündigung des Mietvertrags an. Das Schreiben wurde der Mieterin gemäss dem von der Vermieterin eingereichten Zustellnachweis am 11. Mai 2017 zur Abholung gemeldet (Abholungseinladung) und am 17. Mai 2017 am Postschalter zugestellt (act. 3/5). Die gleiche Mahnung stellte die Vermieterin auch an D. \_\_\_\_\_ zu (Mitmieter, vgl. act. 3/6).

3.4.2 Mit Schreiben vom 3. Juli 2017 an die Mieterin wies die Vermieterin darauf hin, dass der erwähnte Ausstand nicht beglichen worden sei. Gestützt darauf kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis am 3. Juli 2017 in Anwendung von Art. 257d OR auf den 31. August 2017. Die Sendung wurde der Mieterin am 5. Juli 2017 zur Abholung gemeldet (Abholungseinladung) und ging am 13. Juli 2017 an die Vermieterin zurück, weil die Mieterin die Sendung nicht abgeholt hatte (act. 3/8-9). Die Vermieterin stellte gleichzeitig auch an D. \_\_\_\_\_ eine Kündigung des Mietverhältnisses per 31. August 2017 zu, welche diesem am 5. Juli 2017 ins Postfach avisiert wurde und welche er am 7. Juli 2017 am Schalter entgegen nahm (vgl. act. 3/10). Ein weiteres Exemplar der Kündigung stellte die Vermieterin dem Rechtsvertreter von D. \_\_\_\_\_ zu (act. 3/11).

3.4.3 Auf die Zustellung der Kündigung an die Mieterin ist näher einzugehen:

3.4.3.1 Die Vorinstanz erwog, dass eine eingeschriebene Sendung als zugestellt betrachtet werde, wenn der Empfänger gemäss Abholungseinladung davon Kenntnis nehmen könne bzw. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit der Kenntnisnahme des Empfängers gerechnet werden könne. Das bejahte die Vorinstanz mit Blick auf die Zustellung der Kündigung vom 3. Juli 2017 unter Hinweis auf die Zustellung der Abholungseinladung am 5. Juli 2017 (act. 23 S. 5).

3.4.3.2 Die Mieterin machte demgegenüber bereits vor Vorinstanz geltend, sie sei am 3. Juli 2017 (dem Datum der Kündigung) nicht nur ernsthaft krank gewesen, sondern habe sich mit Sepsis in einem lebensbedrohlichen Zustand befunden. Am 27. Juni 2017 habe sie hohes Fieber und Schüttelfrost bekommen. Am 29. Juni 2017 sei sie notfallmässig ins Spital eingetreten. Ihre Schwester, die bei ihr zu Besuch gewesen sei, habe sie bewusstlos ins Spital gebracht und habe sich, so die Mieterin weiter, um die kleine Tochter kümmern können (act. 19 S. 1 f.). Am 7. Juli 2017 habe ihre Schwester aus dem Spital den Vertreter der Vermieterin angerufen und habe ihn über den Gesundheitszustand der Mieterin informiert. Der Vertreter habe dabei die Kündigung nicht erwähnt (act. 19 S. 3).

Beschwerdeweise ergänzt die Mieterin zur Frage der Zustellung der Kündigung, dass aufgrund ihres geschilderten Spitalaufenthalts und ihrer schweren Erkan-

kung nicht vom gewöhnlichen Lauf der Dinge ausgegangen werden könne (act. 24 S. 6).

3.4.3.3 Die Zustellung der Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung richtet sich nach der absoluten Empfangstheorie. Danach gilt die Kündigung als zugestellt, wenn sie in den Machtbereich der empfangenden Person übergegangen ist. Ausschlaggebend ist die Zugriffsmöglichkeit. Ob die empfangende Person tatsächlich von der Kündigung Kenntnis nimmt, ist dagegen nicht erheblich. Eingeschriebene Sendungen, welche ins Postfach oder in den Briefkasten avisiert werden, gelten im Anwendungsbereich der absoluten Empfangstheorie am Tag der Avisierung zugestellt, wenn von der empfangenden Person erwartet werden kann, die Sendung sofort abzuholen. Wenn das nicht erwartet werden kann, so gilt die Zustellung im Sinne einer allgemeinen Regelung am Tag danach als erfolgt (BGE 137 III 208 E. 3.1.2; vgl. auch LACHAT ET AL., Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage 2016, S. 685 mit Hinweisen).

Die Kündigung wurde der Mieterin wie erwähnt am 5. Juli 2017 zur Abholung avisiert. Sie galt der Mieterin gegenüber deshalb nach der erwähnten allgemeinen Regel spätestens am Donnerstag, 6. Juli 2017, als zugestellt. Zu prüfen ist, ob die Erkrankung und der Spitalaufenthalt der Mieterin im fraglichen Zeitpunkt zu einem anderen Schluss führen:

3.4.3.4 Die Mieterin war gemäss Austrittsbericht des Spitals Zollikerberg vom 17. Juli 2017 vom 4. bis 10. Juli 2017 dort hospitalisiert. Nach der Bestätigung des Spitals Zollikerberg vom 13. Oktober 2017 (gemäss dem Vermerk der Mieterin wegen Verlusts neu ausgestellt) war die Mieterin über ihren Spitalaufenthalt hinaus noch bis am 16. Juli 2017 zu 100% arbeitsunfähig (vgl. die Zeugnisse angeheftet an act. 19).

Verhinderungen der empfangenden Person ändern an den Wirkungen der absoluten Empfangstheorie grundsätzlich nichts. Das Risiko dafür, dass die in ihrem Zugriffsbereich eingetroffene Kündigung sie auch tatsächlich erreicht, trägt die empfangende Person, die gerade bei Abwesenheiten wegen Ferien usw. entsprechende Vorkehren zu treffen hat (ZK-HIGI, Vorbemerkungen zu Art. 266-266o OR,

N 38; PERMANN, Mietrecht Kommentar Navigator.ch, 2. Auflage 2007, Vorbemerkungen N 103). Teils wird im Schrifttum immerhin vorbehalten, dass das Abholen einer Sendung am Tag nach der Avisierung bei unvorhergesehenen Abwesenheiten oder im Krankheitsfall unzumutbar sein kann (vgl. BSK OR I-WEBER, 6. Auflage 2015, Art. 266a N 1d). Das Bundesgericht ist jedenfalls bei Ferienabwesenheiten streng. Solche ändern nichts an der Fiktion des Empfangs am Tag nach der Avisierung (BGE 143 III 15 E. 4.2; die Frage, wie es sich im Krankheitsfall verhalten hätte, liess das Bundesgericht in E. 4.3 offen). Ferner werden Abwesenheiten ausnahmsweise für relevant befunden, wenn die kündigende Partei von der Verhinderung der anderen Partei Kenntnis hatte und den vorübergehenden anderen Aufenthaltsort kannte (vgl. LACHAT ET AL., a.a.O., S. 685 FN 96; in diesem Sinn auch BGE 140 III 244 E. 5.2).

Die von der Mieterin thematisierte Mitteilung ihrer Abwesenheit an den Vertreter der Vermieterin ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, da sie am 7. Juli 2017 und damit erst nach der Kündigung erfolgte. Die Vermieterin hat somit die Kündigung am 3. Juli 2017 nicht in Kenntnis der Abwesenheit der Mieterin ausgesprochen.

Weiter ist zu fragen, ob die Mieterin ihre Schwester, die sich offenbar während des Spitalaufenthalts um das Kind der Mieterin kümmerte, zum Empfang von Sendungen hätte bevollmächtigen können und müssen. Auch wenn indes zugunsten der Mieterin davon ausgegangen wird, dass ihr aufgrund ihres unerwarteten, notfallmässigen Spitalaufenthalts das Abholen einer eingeschriebenen Sendung nicht zugemutet werden konnte, so gilt dies nur für die Dauer des Spitalaufenthalts. Die Mieterin verliess das Spital wie erwähnt am 10. Juli 2017. Danach war sie zwar – wie geschildert – gemäss den eingereichten Zeugnissen noch bis 16. Juli 2017 arbeitsunfähig. Das alleine führt jedoch nicht zum Schluss, dass es der Mieterin auch nach dem Verlassen des Spitals nicht möglich gewesen wäre, sich um ihre Post zu kümmern, zumal die Mieterin keine konkreten Angaben zu ihrem Gesundheitszustand nach dem Spitalaufenthalt machte. Es war ihr somit nach ihrer Entlassung aus dem Spital, d.h. spätestens am Dienstag, 11. Juli 2017, zuzumuten, ihre Post abzuholen oder ihre Schwester (oder eine Drittperson) da-



mit zu beauftragen. Die Mieterin hatte aufgrund der erwähnten Abholfrist bis 12. Juli 2017 (act. 3/8) dazu auch Gelegenheit. Dass der Vertreter der Vermieterin anlässlich des erwähnten Telefongesprächs vom 7. Juli 2017 gegenüber der Schwester der Mieterin die Kündigung nicht erwähnte, ist danach nicht von Belang. Die Mieterin musste sich unabhängig von einer solchen Mitteilung um ihre Post kümmern.

Unter Berücksichtigung des Spitalaufenthaltes der Mieterin galt die Kündigung der Mieterin somit am 11. Juli 2017 als zugestellt.

3.4.4 Zur Gültigkeit der Kündigung vom 3. Juli 2017 per 31. August 2017 ist das Folgende festzuhalten:

3.4.4.1 Ist der Mieter nach der Übernahme der Mietsache mit der Bezahlung von Mietzinsen im Rückstand, so kann ihm die Vermieterin eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Die Frist beträgt bei Wohnräumen 30 Tage. Beahlt der Mieter in der Frist nicht, so kann die Vermieterin von Wohnräumen mit einer Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monats die Kündigung aussprechen (Art. 257d OR).

3.4.4.2 Die Mieterin weist zum Zahlungsverzug, mit welchem die Vermieterin die Kündigung begründete, auf die Vorgeschichte mit D.\_\_\_\_\_, ihrem Ehemann (und Mitmieter) hin. D.\_\_\_\_\_ habe den Zahlungsverzug verschuldet, indem er die Mietzinszahlungen eingestellt habe (vgl. act. 24 S. 2 f.; vgl. auch bereits act. 19 S. 2). Darauf kann sich die Mieterin der Vermieterin gegenüber indes nicht stützen. Mit Blick auf den Zahlungsverzug der Mieter ist entscheidend, dass dieser im Zeitpunkt der Mahnung effektiv vorlag. Das wird nicht bestritten. Die Hinweise der Mieterin in der Beschwerdeschrift auf Zahlungen, welche sie für Gebühren, Heizöl und Unterhaltskosten vornahm (act. 24 S. 3; diese Vorbringen sind an sich ohnehin als unzulässige Noven nicht zu hören), ändern daran nichts. Die Frage, wer im internen Verhältnis zwischen der Mieterin und D.\_\_\_\_\_ (die gemäss Mietvertrag solidarisch haften, act. 3/2) den Zahlungsverzug verschuldete, ist nicht relevant. Die Mieterin kann ein allfälliges Verschulden von D.\_\_\_\_\_ der Vermieterin nicht

entgegen halten, und sie kann daraus kein weitergehendes Recht zur Nutzung der Mietsache ableiten.

3.4.4.3 Im Übrigen äussert sich die Mieterin nicht weiter zu den Gültigkeitsvoraussetzungen der Kündigung. Die Vermieterin kam den Anforderungen von Art. 257d OR nach, indem sie der Mieterin am 10. Mai 2017 eine Frist zur Bezahlung der ausstehenden Mietzinsen ansetzte, gleichzeitig für den Säumnisfall die Kündigung androhte (act. 3/5-7) und am 3. Juli 2017 die Kündigung aussprach (act. 3/8-10; vgl. auch vorne Ziff. 3.4.1-2). Auch wenn die Kündigung (als empfangsbedürftige Willenserklärung) nach den vorstehende Ausführungen erst am 11. Juli 2017 als erfolgt gilt, hat die Vermieterin die Frist von Art. 257d Abs. 2 OR eingehalten. Anzeichen für Nichtigkeitsgründe nach Art. 266o OR sind nicht ersichtlich. Somit ist von einer gültigen Kündigung per 31. August 2017 auszugehen.

3.4.5 Die Mieterin geht in ihrer Beschwerdeeingabe weiter auf die Vorgeschichte ein, welche zur Kündigung geführt habe, insbesondere im Zusammenhang mit der Trennung zwischen ihr und D.\_\_\_\_\_, und sie macht zumindest sinngemäss geltend, die Kündigung vom 3. Juli 2017 sei rechtsmissbräuchlich gewesen (act. 24 S. 1 ff., S. 5). Die Schilderungen sind, soweit sie im Beschwerdeverfahren neu vorgebracht wurden, als unzulässige Noven nicht zu hören (vgl. vorne Ziff. 2.3). Sinngemäss erhob die Mieterin indes bereits vor Vorinstanz den Vorwurf, die Vermieterin habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten (vgl. act. 19 S. 1). Ob sich dieses Vorbringen auf die Kündigung vom 3. Juli 2017 bezog, kann offen bleiben. Bezüglich ihrer Schilderung ist das Folgende festzuhalten:

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

OGer ZH PF160008 vom 4. März 2016, E. II./ 3.4). Auf die Ausführungen der Mieterin zu einem Verstoss gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR ist deshalb nicht einzugehen.

3.4.6 Die Mieterin verweist zudem im Beschwerdeverfahren (zumindest sinngemäss) auf Härtegründe, weil es ihr mit ihrem kleinen Kind schwer gefallen sei, das Haus rechtzeitig zu räumen und eine neue Wohnung zu finden (act. 24 S. 5). Auch diese Vorbringen sind indes im Beschwerdeverfahren als unzulässige Noven nicht zu hören. Ohnehin konnte auf Härtegründe, welche unter Umständen eine Erstreckung eines Mietverhältnisses rechtfertigen können, ausserhalb eines Kündigungsschutz- und Erstreckungsverfahrens nach Art. 271 ff. OR nicht eingegangen werden (vgl. OGer ZH PF170030 vom 25. Juli 2017, E. 3.3).

3.4.7 Die Kündigung des Mietverhältnisses vom 3. Juli 2017 per 31. August 2017 ist somit verbindlich. Die Mieterin war ab dem 1. September 2017 nicht mehr berechtigt, das Mietobjekt weiter zu benutzen. Das Ausweisungsbegehren vom 5. September 2017 wäre daher gutzuheissen gewesen, was nach Art. 106 Abs. 1 ZPO zur Kostenpflicht der Mieterin geführt hätte.

3.5 Zur Frage, welche Partei Anlass zum vorliegenden Ausweisungsverfahren gab und bei welcher Partei die Gründe eintraten, die zur Gegenstandslosigkeit führten, ist das Folgende festzuhalten:

3.5.1 Die Mieterin macht geltend, sie habe sich am 22. September 2017 bei der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ abgemeldet. Sie habe die Vermieterin umgehend darüber informiert und habe einen Übergabetermin am 20. September 2017 "bestätigt". Bis zum 25. September 2017 seien bereits sämtliche grossen Möbelstücke und Gegenstände abtransportiert worden. Dennoch habe die Vermieterin an diesem Datum, dem 25. September 2017, die Klage rechtshängig gemacht (act. 19 S. 2). Die Mieterin versteht unter "rechtshängig machen" in diesem Zusammenhang die Leistung des Kostenvorschusses, für dessen Bezahlung die Vermieterin vor der Vorinstanz eine Fristerstreckung bis 25. September 2017 erwirkte (vgl. act. 19 S. 2 und act. 4). Die Mieterin bestreitet damit sinngemäss, der Vermieterin Anlass zur Stellung des Ausweisungsbegehrens gegeben zu haben.

3.5.2 Die Vermieterin machte das Ausweisungsverfahren indessen bereits mit Eingabe vom 5. September 2017 anhängig. In diesem Zeitpunkt durfte die Vermieterin sich durch das Verhalten der Mieterin dazu veranlasst sehen. Das folgt daraus, dass die Mieterin (so die unbestrittene Schilderung der Vermieterin) sich am 28. August 2017 ausdrücklich geweigert hatte, das Mietobjekt per 31. August 2017 zu verlassen (act. 1 S. 6), obwohl sie nach ihrer eigenen Angabe Mitte August 2017 infolge eines Schreibens der Vermieterin von der Kündigung Kenntnis erlangt hatte (vgl. act. 24 S. 4). Die Mieterin hält dem Vorbringen der Vermieterin in diesem Punkt nur entgegen, dass sie sich nicht geweigert habe, die Liegenschaft zu verlassen, sondern dass sie nur betont habe, sie brauche Zeit bis Ende September (act. 24 S. 5). Damit anerkennt sie jedoch gerade, dass sie sich weigerte, die Liegenschaft bis Ende August 2017 (und damit fristgerecht) zu verlassen.

Dass die Vermieterin sodann, als sie vom bevorstehenden Auszug der Mieterin aus dem Mietobjekt Kenntnis erlangt hatte, an ihrem Begehren festhielt, ist ihr nicht vorzuwerfen, auch nicht mit Blick auf das von der Mieterin genannte Gebot der schonungsvollen Rechtsausübung (act. 24 S. 6). Es stand der Vermieterin frei, nach der verspäteten Rückgabe auf die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens zu verweisen (vgl. act. 15) und die ermessensweise Kostenregelung zu Lasten der Mieterin zu verlangen (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Ein Rückzug des Begehrens (oder die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses) hätte demgegenüber nach Art. 106 Abs. 1 ZPO ohne weiteres zur Kostenpflicht der Vermieterin geführt.

3.5.3 Die Mieterin hat der Vermieterin somit mit ihrem Verhalten – der unterbliebenen Übergabe des Mietobjekts per 31. August 2017 – Anlass gegeben, am 5. September 2017 das eingangs erwähnte Ausweisungsbegehren zu stellen (act. 1). Indem sie das Mietobjekt rund einen Monat später verliess, verursachte die Mieterin zudem die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens. Zusammen mit dem aufgezeigten mutmasslichen Ausgang des Verfahrens sprechen auch diese Umstände für die Kostenpflicht der Mieterin.

3.6 Die Mieterin sieht einen weiteren Grund, der gegen eine Kostenaufgabe zu ihren Lasten spricht, in einem (so die Mieterin) rechtsmissbräuchlichen Verhalten

der Vermieterin. Die Vermieterin habe sich widersprüchlich verhalten, indem sie zunächst lange mit der Kündigung zugewartet habe, hin und her spekuliert habe und sodann nach der ausserordentlichen Kündigung sofort auf Ausweisung geklagt habe (act. 24 S. 6). Auch hier ist festzuhalten, dass die Mieterin bereits vor Vorinstanz auf ein ihrer Ansicht nach rechtsmissbräuchliches Vorgehen der Vermieterin hinwies (vgl. vorne Ziff. 3.4.5).

Dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben im Zusammenhang mit der Kündigung selber nicht geprüft werden kann, wurde bereits festgehalten. Im weiteren geht es um das Vorgehen der Vermieterin, welche auf die erfolgte Kündigung und die Weigerung der Mieterin, das Mietobjekt rechtzeitig zurückzugeben, ohne weiteres die Ausweisung der Mieterin verlangte. Der Vermieterin ist in diesem Zusammenhang kein Vorwurf zu machen. Das Gebot von Treu und Glauben verpflichtet eine Vermieterin nicht, nach erfolgter Vertragsauflösung mit einem Ausweisungsbegehren einen Monat lang zuzuwarten. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben bzw. ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ist nicht ersichtlich. Vielmehr erweist sich das Verhalten der Vermieterin als rechtskonform.

3.7 Insgesamt ist der Entscheid der Vorinstanz, die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) der Mieterin aufzuerlegen, nicht zu beanstanden.

3.8 Zur Höhe der Kosten, welche die Vorinstanz ihr auferlegte (Gerichtskosten und Parteientschädigung), äussert sich die Mieterin nicht. Darauf ist deshalb nicht weiter einzugehen.

3.9 Die eingangs angeführten Beschwerdeanträge der Mieterin sind somit vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **4.**

4.1 Ausgangsgemäss wird die Mieterin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Vermieterin ist mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

4.2 Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. und 12 GebV OG Rechnung. Der Streitwert der bezifferten Anträge beträgt Fr. 3'200.00 (erstinstanzliche Entscheidgebühr) + Fr. 4'400.00 (Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren), total Fr. 7'600.00.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 24, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'600.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: