

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210061-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 17. November 2021

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Fürsprecher Y1.____ und / oder Rechtsanwältin M.A. HSG

Y2.____,

betreffend

Ausweisung / Rechtsschutz in klaren Fällen

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Meilen vom 27. Juli 2021 (ER210020)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, das 2 ½-Zimmer-Appartement L 3.03 inklusive Kellerabteil LK 13 in der Residenz C._____, D._____-weg ..., C._____ innert 10 Tagen nach Vollstreckbarkeit des Entscheids vollständig geräumt zu verlassen und der Gesuchstellerin sämtliche Schlüssel zu den genannten Räumlichkeiten auszuhändigen.
2. Das zuständige Gemeindeammannamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon sei anzuweisen, die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Einzelgerichts:

(act. 67 = act. 70 S. 9 f.)

1. Die **Gesuchsgegnerin** wird unter Androhung von **Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall** verpflichtet, das 2 ½-Zimmer-Appartement L 3.03 inklusive Kellerabteil LK 13 in der Residenz C._____, D._____-weg ..., C._____, **bis spätestens 20. August 2021, 12:00 Uhr** mittags, zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss gereinigt mit allen dazugehörenden Schlüsseln zu übergeben.
2. Das Gemeindeammannamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon wird angewiesen, diese Verpflichtung nach Eintritt der Rechtskraft und Ablauf der Auszugsfrist auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen, sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
Diese Anweisung verfällt 6 Monate nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'800.–.
4. Die Gerichtskosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
5. Die Gerichtskosten werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'800.– bezogen, sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.

6. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 3'500.– (7.7 % MwSt darin enthalten) zu bezahlen.
- 7./8. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (act. 71 S. 2 f.):

- "1. Es sei das Urteil vom 27. Juli 2021, des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, Geschäfts-Nr.: ER210020-G/U/km-ha in Sachen B. _____ AG gegen A. _____ betreffend Ausweisung aufzuheben und das Verfahren zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil vom 27. Juli 2021, des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, Geschäfts-Nr.: ER210020-G/U/km-ha in Sachen B. _____ AG gegen A. _____ betreffend Ausweisung aufzuheben und die Klage der B. _____ AG abzuweisen.
3. Es seien die Vorakten beim Bezirksgericht Meilen beizuziehen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen MWST zulasten der Berufungsbeklagten oder der Staatskasse."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 79 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

A. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Am 29. Juli 2016 resp. 30. August 2016 schlossen A. _____ (Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin, nachfolgend Berufungsklägerin) als "Gast" und die B. _____ AG (Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte, nachfolgend Berufungsbeklagte) als "Gesellschaft" einen Pensionsvertrag für die persönliche Nutzung eines 2.5-Zimmer-Appartments inkl. Kellerabteil in der Residenz C. _____ am D. _____-weg ... in C. _____. Für die persönliche Nutzung des Appartements so-

wie weitere Leistungen im Zusammenhang mit der Verpflegung, Betreuung / Veranstaltungen, Reinigung, Infrastrukturversorgung sowie Benutzung hauseigener Allgemeinräume und Einrichtungen wurde ein Pensionspreis von monatlich Fr. 7'100.00 vereinbart (act. 3/1 S. 1, 3-5). Am 6. Juli 2020 schrieb die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin, sie habe trotz mehrmaliger mündlicher Aufforderung seit Dezember 2019 ihre Rechnungen nicht beglichen und werde ein letztes Mal aufgefordert, den offenen Betrag von Fr. 63'210.55 bis spätestens 10. Juli 2020 zu überweisen, andernfalls das Vertragsverhältnis aufgelöst werde (act. 3/7). Mit Schreiben an die Berufungsklägerin vom 15. Juli 2020 kündigte die Berufungsbeklagte den Pensionsvertrag über das Appartement per 31. Oktober 2020 (act. 3/9).

1.2. Mit Eingabe vom 3. Februar 2021 (Datum Poststempel) gelangte die Berufungsbeklagte an das Bezirksgericht Meilen (fortan Vorinstanz) und verlangte unter Androhung der Zwangsvollstreckung die Ausweisung der Berufungsklägerin aus dem 2.5-Zimmer-Appartement in der Residenz C._____ (act. 1 S. 2, vgl. eingangs aufgeführtes Rechtsbegehren). Nach prozessualen Weiterungen, für deren Details auf die Erwägungen im obergerichtlichen Beschluss vom 22. Juni 2021 (act. 60 S. 2 ff.; OGerZH LF210039 vom 22. Juni 2021, Erw. 1.2.) sowie auf diejenigen im angefochtenen vorinstanzlichen Entscheid (act. 70 Erw. I.1.) verwiesen werden kann, setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 4. März 2021 eine siebentätige Frist an, um dazu Stellung zu nehmen, ob sie zur selbständigen Prozessführung imstande sei, und um einen möglichen Vertreter zu bezeichnen (act. 21). Mit Eingabe vom 19. März 2021 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. X._____ die Vertretung der Berufungsklägerin an. Ihm wurden die Verfahrensakten zur Einsicht überlassen (act. 42-43; act. 46). Ein Tag nach Retournierung der Akten erliess die Vorinstanz einen Entscheid über das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten, in welchem sie diesem entsprach und die Berufungsklägerin verpflichtete das 2.5-Zimmer-Appartement inklusive Kellerabteil in der Residenz C._____ bis spätestens 3. Mai 2021, 12.00 Uhr mittags, zu räumen und ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 52).

1.3. Die dagegen von der Berufungsklägerin erhobene Berufung wurde insofern gutgeheissen, als das vorinstanzliche Urteil vom 15. April 2021 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde (act. 60 S. 11; OGerZH LF210039 vom 22. Juni 2021 S. 11). Die Vorinstanz setzte der Berufungsklägerin nach Rückweisung mit Verfügung vom 28. Juni 2021 eine Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren an (act. 62). Die Stellungnahme ging fristgerecht ein. Seitens der Berufungsklägerin wurde auf Nichteintreten auf das Ausweisungsgesuch, eventualiter auf dessen vollumfängliche Abweisung geschlossen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. Mehrwertsteuer zulasten der Berufungsbeklagten (act. 63/2 und act. 64 S. 2). In der Folge entschied die Vorinstanz ohne Weiterungen mit Urteil vom 27. Juli 2021 über das Ausweisungsbegehren (vgl. eingangs aufgeführtes Dispositiv, act. 70 S. 9): Sie verpflichtete die Berufungsklägerin unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall, das 2.5-Zimmer-Appartement L 3.03 inklusive Kellerabteil LK 13 in der Residenz C._____, D._____-weg ..., C._____, bis spätestens 20. August 2021, 12:00 Uhr mittags, zu räumen und der Berufungsbeklagten ordnungsgemäss gereinigt mit allen dazugehörenden Schlüsseln zu übergeben.

2.1. Mit Eingabe vom 16. August 2021 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin gegen das vorinstanzliche Urteil vom 27. Juli 2021 rechtzeitig Berufung mit den vorstehend genannten Rechtsmittelanträgen (act. 71 S. 2; act. 68/2).

2.2. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-68). In Anwendung von Art. 312 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 ZPO wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt. Sie erstattete diese fristgerecht mit Eingabe vom 26. Oktober 2021 (Datum Poststempel) und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (act. 79 S. 2). Der Berufungsklägerin ist mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Berufungsantwort zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen.

B. Prozessuale / Rechtliche Vorbemerkungen

1. Die Berufung wurde schriftlich eingereicht, sie enthält Anträge und eine Begründung (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Insofern ist auf sie einzutreten. Es kann im Berufungsverfahren sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Dabei muss die Berufung erhebende Partei im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; vgl. dazu Näheres unten in Erw. E.2.1.). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). Ist das nicht der Fall, bleiben die neuen Tatsachen und Beweismittel unberücksichtigt.

2. Das Gericht gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen, wenn der (rechtlich relevante) Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Der Nachweis dieser Voraussetzungen obliegt der gesuchstellenden Partei. Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO), und es steht der gesuchstellenden Partei weiterhin der Weg der ordentlichen Klage offen. Mit Blick darauf, dass ein Urteil, mit dem nach Art. 257 ZPO Rechtsschutz gewährt wird, der materiellen Rechtskraft fähig ist, wird von der gesuchstellenden Partei verlangt, dass sie sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Umstände erbringt, so dass klare tatsächliche Verhältnisse herrschen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Für die Verneinung eines klaren Falls in tatsächlicher Hinsicht genügt es, wenn die gesuchsgegnerische Partei substantiierte und schlüssige Einwendungen vorträgt, die nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die gerichtliche Überzeugung zu erschüttern. Offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen des Anspruchs genügen nicht für die Verneinung eines klaren Falles (vgl. OGer ZH PF190019 vom 27. Juni 2019 E. D.2.3.2.). Weiter muss die Rechtslage klar sein. Das trifft dann zu, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres

ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dagegen ist die Rechtslage in der Regel nicht klar, wo mit Bezug auf den Tatbestand oder die Rechtsfolge richterliches Ermessen oder Billigkeitsüberlegungen unter wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände eine wesentliche Rolle spielen. Die Auslegung eines Vertrages oder einer Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip ist dabei im Verfahren nach Art. 257 ZPO nicht per se ausgeschlossen, sofern sich der Inhalt des Vertrages oder Willenserklärung eindeutig und klar ergibt (vgl. BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 11 f.; GÖKSU, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 257 N 11; BGer 4A_609/2020 vom 26. März 2021 E. 4. und 5.2.3.).

3. Zwischen den Parteien ist strittig, welchen Regeln die Kündigung des zwischen ihnen geschlossenen "Pensionsvertrages" untersteht. Es stellt sich insofern die Frage, ob hinsichtlich der Kündigung klares Recht im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegt. Darauf ist nachfolgend (zunächst) einzugehen:

C. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, die Berufungsbeklagte habe gemäss Ziffer II./4, Absatz 1 i.V.m. Absatz 3 des zwischen den Parteien geschlossenen Pensionsvertrages bei Nichtbezahlung des Pensionspreises das Recht, das Vertragsverhältnis nach schriftlicher Abmahnung mit einer Frist von drei Monaten zu kündigen. Die Berufungsbeklagte habe die Kündigung gegenüber der Berufungsklägerin nach erfolgter Abmahnung fristgerecht ausgesprochen. Wie die Berufungsbeklagte zutreffend festhalte, sei gestützt auf BGer 4A_113/2012 für die Frage der Kündigung beim vorliegenden Pensionsvertrag Auftragsrecht anwendbar und es bestünde entgegen der Berufungsklägerin kein Raum für die Anwendung von Kündigungsschutzbestimmungen. Die Kündigung entfalte demnach volle Wirkung, auch wenn sie nicht mittels des amtlichen Formulars für Mietverträge von Wohnräumen erfolgt sei. Zwar sei der Berufungsklägerin insofern beizupflichten, als ein Vertrag nicht nach dessen Bezeichnung, sondern dem Inhalt nach zu qualifizieren sei. Bei Auslegung des vorliegenden Vertrages ergebe sich indes, dass dieser sowohl mietrechtliche, auftrags-, kauf- und werkvertragliche Leistungen kombiniere. Der Schwerpunkt des Vertrages liege dabei keinesfalls in der mietvertragstypischen

Leistung der Überlassung der Mietsache gegen Entgelt, umfasse doch das Grundangebot der Berufungsbeklagten zahlreiche weitere Leistungen, wie die Wohnungsreinigung, das Mittagessen, die Notfalldienstbereitschaft während 24 Stunden pro Tag sowie die Hilfestellung und Beratung bei akuten persönlichen Problemen. Diese Leistungen seien nicht nebensächlich und würden sich zuletzt im stolzen Monatsentgelt widerspiegeln (act. 70 S. 5, Erw. 3.a).

D. Parteivorbringen zu den auf die Kündigung anwendbaren Bestimmungen

1. In ihrem Ausweisungsgesuch an die Vorinstanz hatte die Berufungsbeklagte geltend gemacht, die Rechtslage sei klar. Das Vertragsverhältnis mit der Berufungsklägerin, in dessen Rahmen ihr unter anderem das Appartement L 3.03 sowie das dazugehörige Kellerabteil zur Verfügung gestellt worden sei, habe per 31. Oktober 2020 geendet. Die Berufungsbeklagte verwies auf BGer 4A_113/2012 vom 13. November 2012, in welchem das Bundesgericht über ein praktisch identisches Vertragsverhältnis (wie vorliegend) geurteilt habe. Die Berufungsbeklagte schloss, beim Pensionsvertrag handle es sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung um einen Innominatvertrag, auf den nach der Kombinationstheorie Auftragsrecht anwendbar sei, womit kein Raum für (die Anwendung von) Mieterschutzbestimmungen bleibe. Die Kündigung des Pensionsvertrages sei somit gültig (act. 1 S. 10 Ziff. 4).

2. Die Berufungsklägerin hatte in ihrer Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren ausgeführt, ein Vertrag werde nicht aufgrund seiner Bezeichnung, sondern nach dessen Inhalt qualifiziert. Hauptleistung resp. Kerngehalt des streitgegenständlichen Vertrages sei die Vermietung einer 2.5-Zimmerwohnung gewesen. Die weiteren Dienstleistungen, welche sie nicht oder nur teilweise beansprucht habe, seien untergeordneter Natur. Aus diesem Grunde kämen sämtliche Bestimmungen des Mietrechts resp. die Mieterschutzbestimmungen zur Anwendung. Vorliegend habe es die Berufungsbeklagte unterlassen, die Wohnung mittels gesetzlich vorgeschriebenem amtlichem Formular zu kündigen, womit die Kündigung an einem unheilbaren Formmangel leide. Die Berufungsklägerin machte geltend, es bestehe keine klare Rechtslage, die Berufungsbeklagte befände sich im falschen Verfahren (act. 64 S. 3, 4 und 7).

3. In ihrer Berufung bringt die Berufungsklägerin vor, formaljuristisch handle es sich beim zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um einen gemischten Vertrag. Faktisch stelle der sog. Pensionsvertrag einen simplen Mietvertrag dar. Hauptbestandteil resp. Hauptleistung des Vertrages bilde lediglich die Vermietung eines Appartements bzw. der 2.5-Zimmerwohnung für Fr. 7'100.00, was ein stolzer Preis für eine kleine Wohnung sei. Es würden demzufolge bei einer Kündigung oder der Aufhebung des Vertrages die mietrechtlichen Bestimmungen, mithin die Mieterschutzbestimmungen, zur Anwendung gelangen. Die Berufungsklägerin macht geltend, Zusatzabreden über das Zusammenleben in einer engen räumlichen und persönlichen Gemeinschaft würden unter Art. 332 ZGB fallen, es handle sich um untergeordnete Vertragsgegenstände. Weitere Dienstleistungen habe sie keine in Anspruch genommen. Mittagessen, Notfallbereitschaft, Hilfestellung und Beratung seien durch die Berufungsbeklagte weder angeboten noch bereitgestellt worden. Ab Dezember 2019 sei sie (die Berufungsklägerin) im Restaurant nicht mehr verpflegt worden, sie habe nur noch gegen Barzahlung ein Menü verlangen dürfen und dank Essenspaketen ihres Neffen und ihres Rechtsvertreters überlebt. Die Berufungsklägerin verweist auch darauf, dass das Mietrecht ein Sozialrecht sei, welches gesetzlich verankert sei. Es gebe keinen Grund, weshalb dieses für die Ältesten der Gesellschaft nicht gelten sollte. Die Berufungsklägerin folgert schliesslich, die Berufungsbeklagte befinde sich im falschen Verfahren und die Vorinstanz hätte auf deren "Klage" nicht eintreten dürfen (act. 71 S. 7 f. und 10 f.).

4. Die Berufungsbeklagte macht im Zusammenhang mit den genannten Vorbringen der Berufungsklägerin geltend, es liege ein Rechtsschutz in klaren Fällen vor, der Sachverhalt sei liquide nachgewiesen worden und die Rechtslage sei klar. Die Vorinstanz habe das Ausweisungsgesuch zu Recht gutgeheissen (act. 79 S. 5 und 16). Die Berufungsklägerin nutze das 2.5-Zimmer Pensionsappartement und geniesse die angebotenen Dienstleistungen, die mit diesem Pensionsappartement verbunden seien. Dieses Bündel von Dienstleistungen koste Fr. 7'100.00 pro Monat (act. 79 S. 4). Die Berufungsbeklagte wendet ein, die Berufung der Berufungsklägerin erfülle die Anforderungen an die Begründungslast in keiner Art und Weise. Es fehle eine Auseinandersetzung mit den ausführlichen

vorinstanzlichen Argumenten sowie eine Darlegung, inwiefern die vorgebrachten Noven im Berufungsverfahren zu berücksichtigen seien (act. 79 S. 5 f.). Neu und bestritten seien nach der Berufungsbeklagten mitunter die Behauptungen der Berufungsklägerin, dass sie ab Dezember 2019 im Restaurant nicht mehr gepflegt worden sei, sie nur dank Essenspaketen habe überleben können und die weiteren Dienstleistungen (Mittagessen, Notfallbereitschaft, Hilfestellung und Beratung) weder angeboten noch bereitgestellt worden seien (act. 79 S. 11 f.). Die von der Berufungsklägerin in der Berufung vorgebrachten Noven seien nicht nur haltlos und falsch, sie würden auch ihren eigenen Ausführungen vor Vorinstanz widersprechen: Die Berufungsklägerin habe dort nicht bestritten, nebst der Zurverfügungstellung des Appartements andere Dienstleistungen in Anspruch genommen zu haben, sie habe lediglich unsubstantiiert ausgeführt, nur einen Teil der anderen Dienstleistungen in Anspruch genommen zu haben. Sie anerkenne in der Berufung zumindest, vor Dezember 2019 im Restaurant gepflegt worden zu sein. Nicht geltend gemacht habe die Berufungsklägerin, dass sie die weiteren Dienstleistungen, insbesondere Strom, Wasser und Appartementsreinigung gemäss Pensionsvertrag nicht angeboten erhalten und nicht in Anspruch genommen habe. Nach Ansicht der Berufungsbeklagten sei damit der Sachverhalt bezüglich der Vertragsqualifikation unbestritten: Es sei nicht nur ein Appartement, sondern mit diesem zusammen umfangreiche Dienstleistungen zur Verfügung gestellt und von der Berufungsklägerin in Anspruch genommen worden, was die monatliche Pauschale rechtfertige (act. 79 S. 14).

Die Berufungsbeklagte beanstandet des Weiteren, die Berufungsklägerin stelle sich sinngemäss auf den Standpunkt, die Kündigung des Pensionsvertrages hätte nach mietrechtlichen Bestimmungen erfolgen sollen, ohne sich mit dem vorinstanzlichen Urteil betreffend das auf den Pensionsvertrag anwendbare Recht auseinanderzusetzen und diesbezüglich eine falsche Rechtsanwendung zu rügen. Eine Schlussfolgerung fehle ganz und es sei nicht ersichtlich, welche Rechtsnorm die Vorinstanz falsch angewendet habe (act. 79 S. 14). Die Berufungsbeklagte fügt weiter unter Verweis auf ihre Ausführungen im Ausweisungsgesuch sowie die vorinstanzlichen Erwägungen an, dass nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Bezug auf die Kündigung eines Pensionsvertra-

ges die Bestimmungen des Auftragsrechts Anwendung fänden. Die Mieterschutzbestimmungen betreffend Kündigungsfristen und Kündigungsformular würden somit keine Anwendung finden. Entsprechend würden die Ausführungen der Berufungsklägerin, wonach Mietrecht anzuwenden sei, ins Leere laufen. Die Kündigung sei rechtsgültig erfolgt (act. 79 S. 15).

E. Würdigung

1. Es kann der Berufungsbeklagten zunächst zugestimmt werden, dass der Sachverhalt insofern als unbestritten und liquid anzusehen ist, als die Parteien am 27. Juli bzw. 30. August 2016 einen "Pensionsvertrag" abgeschlossen haben. Der Pensionsvertrag wurde von der Berufungsbeklagten vor Vorinstanz ins Recht gebracht. Der danach von der Berufungsklägerin zu zahlende Pensionspreis beträgt monatlich Fr. 7'100.00. Die mit diesem Betrag abgedeckten Leistungen der Berufungsbeklagten bestehen nach Vertrag in der Überlassung des unmöblierten 2.5-Zimmer Appartements mit Kellerabteil, der Verpflegung (eine tägliche Hauptmahlzeit), der wöchentlichen Appartementsreinigung, einem Angebot an Betreuung und Veranstaltungen im Sinne einer Notfallbereitschaft (24 Stunden/365 Tagen), einer Hilfestellung/Beratung bei akuten persönlichen Problemen, einer Veranstaltungsorganisation sowie der Bereitstellung einer Infrastrukturversorgung (Heizung, Warmwasser, Hauswartung, Kehrichts-Grundgebühr, TV-/Radio-Kabelanschluss, Bezahlung sonstiger öffentlich-rechtlicher Gebühren) und hauseigener Allgemeinräume sowie Einrichtungen. Zusätzliche Fremd-/Dritt-/Spitex-Leistungen und Leistungen der Berufungsbeklagten können gegen ein zusätzliches Entgelt in Anspruch genommen werden (act. 3/1 S. 3-5).

Eine allfällige Nichterfüllung der Vertragspflichten oder Nichtinanspruchnahme der vertraglich vereinbarten Leistungen, wie sie von den Parteien zum Thema gemacht wird, vermag nichts an der rechtlichen Qualifikation des abgeschlossenen Vertrages zu ändern resp. hat keine Wirkung in Bezug auf die vorliegend interessierende Frage des auf die Kündigung des Pensionsvertrages anwendbaren Rechts. Es braucht damit nicht näher auf diesbezügliche Vorbringen der Parteien bzw. die Zulässigkeit von Noven im Berufungsverfahren in diesem Zusammenhang eingegangen zu werden.

2.1. Zur Rüge der Berufungsbeklagten, die Berufungsklägerin erfülle die Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht, sie hätte sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen zum auf den Pensionsvertrag anwendbaren Recht auseinandersetzen, eine Schlussfolgerung ziehen und darlegen müssen, welche Rechtsnorm die Vorinstanz falsch angewendet habe, ist das Folgende festzuhalten:

Die Berufungsinstanz verfügt über volle Kognition in (Tat- und) Rechtsfragen, sie hat sich dabei allerdings – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Berufungsschrift gibt insofern durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung der Berufung erhebenden Partei noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden. Entsprechend muss eine Berufung erhebende Person zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus ihrer Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht. Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (OGer ZH LC200010 vom 15. Juni 2020 E. 3.2 mit zahlreichen Verweisen auf obergerichtliche und bundesgerichtliche Rechtsprechung). Die Berufungsschrift der Berufungsklägerin wird diesen Anforderungen gerecht. Die Berufungsklägerin legt in ihrer Berufung dar, sie erachte es als nicht richtig, dass die Vorinstanz die Bestimmungen des Auftragsrechts auf die Kündigung anwendete und diese als gültig befand. Aus ihren Ausführungen wird zudem hinreichend deutlich, dass sie die mietrechtlichen Bestimmungen über die Kündigung oder Aufhebung des Vertrages resp. die Mieterschutzbestimmungen als anwendbar erachtet. Daraus ergibt sich in genügender Deutlichkeit, welche Rechtsverletzung die Berufungsklägerin der Vorinstanz vorwirft. Auch wenn sich die Herleitung der Schlussfolgerung durch die Berufungsklägerin nicht durchwegs (rechtlich und/oder tatsächlich)

stringent präsentiert, so kommt doch nach Treu und Glauben aus der Berufungsbegründung genug deutlich zum Ausdruck, dass sie der Meinung ist, der vorliegende Streit resp. das von der Berufungsbeklagten Verlangte könne nicht im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen beurteilt werden. Sie verlangt deshalb in erster Linie ein Nichteintreten, eventualiter (wegen nicht durchgeführter persönlicher Befragung) eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (act. 71 S. 11 "Fazit").

2.2. Im Übrigen ist festzuhalten, dass es an der Berufungsbeklagten (und nicht der Berufungsklägerin) liegt, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung des Rechtsschutzes in klaren Fällen, darunter das Bestehen einer klaren Rechtslage, darzulegen (vgl. oben Erw. B.2.; siehe auch TANNER, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020, S. 733 ff Rz. 24.25). Die Berufungsbeklagte stütze sich diesbezüglich vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren auf BGer 4A_113/2012 vom 13. November 2012. Ohne nähere Auseinandersetzung mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Pensionsvertrag und dem Vertrag, welcher dem bundesgerichtlichen Entscheid zugrunde lag, folgte die Berufungsbeklagte, das Bundesgericht habe über ein praktisch identisches Vertragsverhältnis geurteilt und in Bezug auf die Kündigung eines Pensionsvertrages die Bestimmungen des Auftragsrecht als anwendbar befunden.

3.1. In BGer 4A_113/2012 sprach sich das Bundesgericht jedoch nicht darüber aus, ob resp. dass *auf die Kündigung* des dem Entscheid zugrundeliegenden "Pensions- und Pflegevertrags" Auftragsrecht anwendbar ist und die zwingenden mietrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung finden. Es ging in besagtem Entscheid darum, ob die Pensionspreiserhöhung gemäss Art. 269 ff. OR hätte erfolgen müssen, sprich auf einem vom Kanton genehmigten Formular hätte mitgeteilt sowie begründet werden müssen, und infolge Unterlassung der Formularverwendung nichtig sei (Art. 269d Abs. 1 und Abs. 2 OR).

Das Bundesgericht erwog, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag kombiniere mietrechtliche, auftrags-, kauf- oder werkvertragliche Leistungen. Es handle sich um einen Innominatkontrakt sui generis, wobei mit dieser Qualifikation die Frage, welche Regeln auf den im Streit liegenden Vertrag anzuwenden seien,

noch nicht beantwortet sei, zumal er sich von klassischen Verträgen über die Beherbergung abhebe. Das Bundesgericht hielt weiter fest, zu entscheiden sei *ausschliesslich*, inwieweit die mietrechtlichen Schutzbestimmungen vor missbräuchlichen Mietzinsen Anwendung fänden. Diese Frage sei ausdrücklich im Gesetz geregelt. In Art. 253b Abs. 1 OR habe der Gesetzgeber klargestellt, dass die mietrechtlichen Schutzbestimmungen (Art. 269 ff. OR) nicht nur für eigentliche Mietverträge gelten, sondern sinngemäss für andere Verträge, die im Wesentlichen die Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen gegen Entgelt regeln, unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation. Zum besonderen Problem der Rechtsanwendung auf Innominatverträge äusserte sich das Bundesgericht ausdrücklich nicht. Der Streit drehte sich um die Anwendung von Art. 253b Abs. 1 OR. In diesem Rahmen prüfte das Bundesgericht anhand (einer Auslegung) der vertraglich vereinbarten Leistungen, des Vertragszwecks und der für den Vertragsschluss wesentlichen Elemente, ob es sich beim klassisch mietvertraglichen Element der Überlassung von Wohnraum gegen Entgelt um das wesentliche Vertragselement handle. Dabei kam das Bundesgericht zum Schluss, die mietvertraglichen Elemente des konkreten Vertrages könnten nicht losgelöst von den übrigen für die Gesamtpreisgestaltung wesentlichen Elementen betrachtet werden. Das Gesamtangebot an vertraglichen Leistungen enthalte wesentliche Teile, die nicht die blosser Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen gegen Entgelt betreffen würden. Die Erhöhung des Pensionspreises unterstehe nicht den mietrechtlichen Schutzbestimmungen (BGer 4A_113/2012 vom 13. November 2012 E. 2.-2.4).

3.2. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erhellt, dass dem von der Berufungsbeklagten aus dem aufgeführten Bundesgerichtsentscheid gezogenen (pauschalen) Schluss, nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung fänden in Bezug auf die Kündigung eines Pensionsvertrages die Bestimmungen des Auftragsrechts und nicht jene des Mietrechts Anwendung, nicht gefolgt werden kann. Nicht aufgezeigt oder ersichtlich ist, dass das Bundesgericht bereits einmal über die Anwendung der mietrechtlichen Bestimmungen über die Kündigung betreffend einen vergleichbaren (Pensions-)Vertrag oder die von der Berufungsbeklagten geführte Residenz entschieden hätte bzw. einschlägige Präjudizien beständen.

4.1. Beim vorliegenden "Pensionsvertrag" handelt es sich um einen Vertrag, der weder im Besonderen Teil des OR noch in einem Spezialgesetz spezifisch geregelt ist; es handelt sich um einen Innominatkontrakt. Bei solchen wird zwischen gemischten Verträgen und Verträgen eigener Art (*sui generis*) unterschieden. Gemischte Verträge sind einheitliche Verträge, in denen (schwergewichtig) Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert werden. Verträge eigener Art werden nicht als typengemischte Verträge verstanden, sondern stellen gänzlich neue Schöpfungen dar. Sie bestehen hauptsächlich aus Elementen, die nicht von Nominat- oder Innominattypen stammen. Vom gemischten Vertrag zu unterscheiden ist wiederum der Fall, dass ein Vertragstyp in einer derartigen Weise dominiert, dass der atypischen Leistung untergeordnete Bedeutung zukommt, so dass der Typus der Hauptleistung den ganzen Vertrag regelt (sog. "typischer Vertrag mit Beimischung"; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, a.a.O, Einl. vor Art. 184 ff. N 8 ff.; ZK OR-HIGI, 5. Aufl. 2019, Vorbem. zum 8. Titel [Art. 253-273c], N 196 und 200; CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT, 3. Aufl. 2016, Vorb. Art. 184 ff. Rz. 16-24). Der BGer 4A_113/2013 zugrunde liegende "Pensions- und Pflegevertrag" war sehr ähnlich ausgestaltet, wie der vorliegend zu beurteilende Vertrag. Das Bundesgericht hielt fest, der "Pensions- und Pflegevertrag" *kombiniere* mietrechtliche, auftrags-, kauf- oder werkvertragliche Leistungen. Es qualifizierte den "Pensions- und Pflegevertrag" ohne nähere Begründung bzw. Auseinandersetzung mit der Typologie der Innominatverträge als Vertrag *sui generis*. Die Einordnung war im genannten Entscheid aber auch nicht von Relevanz (vgl. BGer 4A_113/2013 vom 13. November 2012 E. 2.). Da beim durch die Parteien geschlossenen "Pensionsvertrag" Merkmale verschiedener Vertragstypen (Miete, Auftrag, Werkvertrag) kombiniert werden, ohne dass von vornherein ein klarer Schwerpunkt oder eine gänzlich neue Vertragsschöpfung erkannt werden kann, ist vom Vorliegen eines gemischten Vertrag auszugehen.

4.2.1. Bei der Ermittlung des (auf die Kündigung) anwendbaren Rechts ist der Vertrag als erstes auf von den Parteien gesetzte Regeln zu überprüfen (BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. N 13; Biber, Die Anwendung der mietrechtlichen Schutzbestimmungen auf gemischte Verträge, mp 2014 S. 1, Rz. 19). Gemäss dem im Recht liegenden "Pensionsvertrag" wurde dieser zwi-

schen den Parteien auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, unter einem jederzeitigen Kündigungsrecht der Berufungsklägerin und einem Kündigungsrecht der Berufungsbeklagten nur bei Eintritt ausserordentlicher oder wichtiger Gründe (insbesondere Nichtbezahlung des Pensionspreises, Belästigung/Gefährdung anderer Gäste, wiederholten Verstössen gegen die Hausordnung) nach mindestens einer schriftlich erfolgten Abmahnung sowie unter Einhaltung einer 3-monatigen Kündigungsfrist auf Ende eines jeden Monats. Die Kündigung habe mit eingeschriebenem Brief oder gegen Quittung an die Direktion zu erfolgen. Es wurde zudem festgehalten, dass der "Pensionsvertrag" kein Mietvertrag i.S.v. Art. 253 ff. OR sei, die Pensionstaxe kein Mietzins darstelle und die Kündigungsschutzbestimmungen bei Wohnräumen sowie die Bestimmungen über die Erstreckung von Mietverhältnissen nicht anwendbar seien (act. 3/1 S. 6 f. und 13).

4.2.2. Die Inhaltsfreiheit des Vertragsrechts, mithin die Autonomie der Parteien zur Bestimmung der Auflösungsmodalitäten, wird durch zwingendes Vertragstypenrecht begrenzt (ZK OR-HIGI, 5. Aufl. 2020, Vorbem. zu Art. 266-266o N 179; Biber, a.a.O., Rz. 20). So sind die in Art. 266I-266n OR statuierten mietrechtlichen Formvorschriften für die Kündigung der Parteiautonomie grundsätzlich entzogen; auf die Kündigungsschutzbestimmungen nach Art. 271 ff. OR kann grundsätzlich nicht verzichtet werden (SVIT-Kommentar/MÜLLER, 4. Aufl. 2019, Art. 266I-266o N 1; SVIT-Kommentar/FUTTERLIEB, a.a.O., Art. 271 N 1). Die Frage ist, ob diese zwingenden Bestimmungen auf die Kündigung eines Innominatvertrages resp. gemischten Vertrages mit mietrechtlichen Elementen Anwendung finden. In der Lehre bestehen diverse Meinungsäusserungen zur Anwendung (zwingender) mietrechtlicher Bestimmungen (*verneinend*: vgl. BEAT ROHRER in: SVIT Kommentar, a.a.O., Vorbem. zu Art. 253-273c OR, N 47 S. 24 für Verträge betreffend Wohnen in Altersresidenzen oder ähnlichen Einrichtungen, RAYMOND BISANG in: Fragen im Zusammenhang mit gemischten Verträgen mit mietrechtlichem Einschlag, mp 2010 S. 235, 249 f. für den Heimvertrag, welcher auch Pensions- oder Beherbergungs- und Betreuungsvertrag genannt werde, PETER HIGI in: ZK OR, a.a.O., Vorbem. zu Art. 266-266o N 182 und 184 in Bezug auf Formularkündigungen bei Betreuungs-/Heimverträgen mit umfassender sozialer und psychologischer und/oder medizinischer Betreuung, IRÈNE BIBER in: mp 2014 S. 1, a.a.O.,

Rz. 82 für den Heimvertrag; *bejahend*: vgl. IRÈNE BIBER in: mp 2014 S. 1, a.a.O., Rz. 84 für Verträge über Alterswohnungen, ROGER WEBER in: BSK OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 253a/253b N 17a und 18, RICHARD PÜNTNER in: Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, S. 53 für den Pensionsvertrag).

Beim Pensionsvertrag handelt es sich jedoch gerade nicht um einen einheitlichen Vertragstypus, so dass pauschale Aussagen zur Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der mietrechtlichen Bestimmungen nicht möglich sind. Dies zeigt sich anhand der grossen Vielfalt an Verträgen, die durch Kombination geschaffen werden können und innerhalb derer die einzelnen Vertragstypen stärker oder schwächer ausgeprägt in Erscheinung treten können. Es ist daher anhand des konkreten Vertrags im Einzelfall und unter Berücksichtigung dessen Besonderheiten zu fragen, welchen Rechtsregeln er untersteht (vgl. BGE 131 III 528 E. 7.1.1 und BGE 118 II 157 E. 2.c S. 160).

4.2.3. Zur Bestimmung des auf Innominatverträge anwendbaren Rechts wurden in Lehre und Rechtsprechung sog. Rechtsanwendungstheorien entwickelt. Die Berufungsbeklagte machte ohne weitere Ausführungen im Ausweisungsgesuch geltend, nach der Kombinationstheorie sei auf die Kündigung des "Pensionsvertrages" Auftragsrecht anwendbar. In der Lehre finden sich unterschiedliche Auffassungen zu den Theorien und deren Anwendung durch das Bundesgericht. Die Praxis des Bundesgerichts zeigt, dass es sich nicht auf eine der Theorien verpflichten mag (es betreibt den sog. Methodenpluralismus). Zu gemischten Verträgen hat das Bundesgericht festgehalten, es sei davon abzusehen, die einzelnen Vertragsbestandteile einem unterschiedlichen rechtlichen Schicksal zu unterwerfen. Es müsse jede Rechtsfrage betreffend den gemischten Vertrag isoliert betrachtet und im Zusammenhang untersucht werden, welches der im Vertrag enthaltenen Typenrechte für die konkrete Frage dominiere. Demgemäss sei die Anwendung der mietrechtlichen Vorschriften ausgeschlossen, wenn die Überlassung des Mietobjektes bloss als untergeordnete Nebenabrede erscheine. In jedem Einzelfall sei daher ausgehend von der Interessenlage der Parteien, wie sie in der von ihnen getroffenen vertraglichen Regelung zum Ausdruck gelange, zu prüfen, welche Bedeutung den einzelnen Vertragsbestandteilen im Hinblick auf die Ge-

staltung der Gesamtrechtslage zukomme (BGE 118 II 157 E. 3.a; BGE 131 III 528 E. 7.1.1; IRÈNE BIBER, a.a.O., N 23 ff.; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. N 17 ff. und 23 ff.; vgl. OGer ZH NG110007 vom 26. Januar 2012 E. 2.9.3. m.w.H.; CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT, a.a.O., Vorb. 184 ff. N 26 ff. und 30).

Im Besonderen hat das Bundesgericht betreffend die Anwendung zwingenden Vertrags(typen)rechts auf einen gemischten Vertrag auch schon darauf hingewiesen, dass die zwingenden Vorschriften die Aufgabe hätten, sozial und wirtschaftlich schwächere Vertragspartner zu schützen. Das Bundesgericht befand zwar nicht eine unmittelbare, jedoch eine sinngemässe oder analoge Anwendung vertragstypischer Regeln auf Innominatverträge für möglich und geboten, wenn und soweit eine Regel des gesetzlichen Vertragstypenrechts nach den Grundsätzen der Gesetzesanalogie auch auf eine Rechtsfrage passe, die es für den Innominatvertrag zu beurteilen gelte. Das Gericht habe dabei zu prüfen, ob die Abweichung des konkreten Vertrages vom Typenvertrag (Miete) die Schutzbedürftigkeitslage verändere. Es müsse dabei in jedem Einzelfall aufgrund des konkreten Vertrages und für jede sich stellende Rechtsfrage gesondert und ohne schematische Beurteilung wertend ermitteln, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen des Vertragstypenrechts oder nach welchen Rechtsgrundsätzen sie zu beurteilen sei (BGer 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 4.1.3; siehe auch in Bezug auf Form- und zwingende Gesetzesvorschriften BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. N 32).

5. Die Ermittlung des vorliegend auf die Kündigung anwendbaren Rechts kann nach dem vorstehend Ausgeführten nicht nach einem klar vorgezeichnetem Weg und nicht ohne wertende Berücksichtigung aller Umstände sowie der Interessenlage der Parteien erfolgen. Welche rechtlichen Bestimmung in Bezug auf die Kündigung des zwischen den Parteien geschlossenen "Pensionsvertrages" zur Anwendung gelangen, ergibt sich – im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur möglichen Vertragsauslegung im Verfahren nach Art. 257 ZPO – nicht eindeutig und klar. Für solche vertiefte Auslegungsfragen wie vorliegend scheidet

das summarische Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen aus; das Vorliegen klaren Rechts im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO ist folglich zu verneinen.

Bei diesem Ausgang braucht nicht weiter auf die Vorbringen der Parteien zum Bestehen einer Nötigung bzw. einer Urteilsunfähigkeit hinsichtlich des Kündigungsempfanges sowie geleisteter Barzahlungen und dazu abzunehmender Beweise eingegangen werden. In Gutheissung der Berufung ist das vorinstanzliche Urteil vom 27. Juli 2021 aufzuheben und es ist auf das Ausweisungsgesuch der Berufungsbeklagten nicht einzutreten.

F. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Vorliegend unterliegt die Berufungsbeklagte vollständig, weshalb sie für das erstinstanzliche Verfahren kostenpflichtig wird (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Festsetzung der Gerichtskosten auf Fr. 3'800.00 blieb im Berufungsverfahren unbeanstandet und ist zu bestätigen. Die Liquidation der Gerichtskosten erfolgt durch Verrechnung mit dem von der Berufungsbeklagten vor Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

1.2. Ausgangsgemäss ist die Berufungsbeklagte zudem zu verpflichten, die Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 und § 11 Abs. 1-3 AnwGebV auf Fr. 3'500.00 festzusetzen. Da die Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren sinngemäss einen Mehrwertsteuerzusatz zur Parteientschädigung beantragte (act. 64 S. 2), ist gestützt auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006 ein solcher zuzusprechen.

2.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr bemisst sich gestützt auf den Streitwert sowie unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1-3 GebV OG), im summarischen Verfahren auf die Hälfte bis drei Viertel der ordentlichen Gebühr reduziert (§ 8 Abs. 1, § 12 Abs. 1

GebV OG). Vorliegend rechtfertigt es sich, die reduzierte Gebühr auf Fr. 4'000.00 festzusetzen. Als unterliegende Partei sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

2.2. Für das Berufungsverfahren ist die von der Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin zu zahlende Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO) aufgrund der Reduktion für das Rechtsmittelverfahren und da nur eine Rechtsschrift zu erstatten war in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, d-e, § 4 Abs. 1-3, § 9, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'000.00 festzusetzen. Da die Berufungsklägerin auch im Berufungsverfahren sinngemäss einen Mehrwertsteuerzusatz zur Parteientschädigung beantragte (act. 71 S. 2), ist auch für das Berufungsverfahren ein solcher zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 27. Juli 2021 (Geschäfts-Nr. ER210020-G/U) aufgehoben. Auf das Ausweisungsgesuch der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 3'800.00 wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.00 zuzüglich 7.7 % MwSt. zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.00 festgesetzt.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsbeklagten auferlegt.

7. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 3'000.00 zuzüglich 7.7 % MwSt. zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort (act. 79), sowie an die KESB Bezirk Meilen (... [Adresse]) und das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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 Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
18. November 2021