

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RV150006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## Urteil vom 15. Oktober 2015

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

**B. \_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation,**

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 10. Juli 2015 (EZ150002-G)**

### **Erwägungen:**

1. Zwischen den Parteien bestand ein Mietverhältnis über ein Metzgerei-lokal in C.\_\_\_\_\_. Gemäss gerichtlichem Vergleich vom 2. Dezember 2011 wurde festgestellt, dass die mit Formular vom 27. September 2011 auf den 31. März 2012 ausgesprochene Kündigung auf den 30. September 2012 wirksam und das Mietverhältnis letztmals bis zum 30. Juni 2015 erstreckt werde und eine weitere Erstreckung ausgeschlossen sei (Urk. 1 S. 3 ff.; Urk. 2/1-6). Mit Schreiben vom 11. Mai 2015 und 1. Juni 2015 forderte die Gesuchstellerin und Beschwerdefüh-lerin (fortan Gesuchstellerin) die Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (fortan Ge-suchsgegnerin) auf, die Mieträumlichkeiten bis spätestens am Mittwoch, 1. Juli 2015, um 12.00 Uhr, bzw. am 1. Juli 2015, um 11.00 Uhr (vorgeschlagener Über-gabetermin) geräumt und gereinigt zurückzugeben (Urk. 2/7, 8). Die beiden Schreiben nahm die Gesuchsgegnerin zwar am 12. Mai 2015 bzw. am 3. Juni 2015 in Empfang (Urk. 2/7, 8), antwortete jedoch nicht darauf.

In der Folge machte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 10. Juni 2015 (Urk. 1) gleichentags beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirks-gericht Meilen ein Vollstreckungsgesuch anhängig, worin sie die Räumung des vermieteten Ladenlokals und weiterer Räumlichkeiten gestützt auf den gerichtli-chen Vergleich verlangte. Daraufhin wurde mit Verfügung vom 11. Juni 2015 (Urk. 4) Frist angesetzt, einerseits der Gesuchstellerin, um für die mutmasslichen Gerichtskosten einen Kostenvorschuss über Fr. 2'000.- zu leisten, welcher frist-gerecht einging (Urk. 8), und andererseits der Gesuchsgegnerin, um eine schriftli-che Stellungnahme zum gegnerischen Vollstreckungsgesuch einzureichen, wel-che jedoch ausblieb (Urk. 6/2).

Mit Zuschrift vom 2. Juli 2015 (Urk. 9) teilte die Gesuchstellerin alsdann mit, dass die Übergabe der Mieträumlichkeiten am 1. Juli 2015 entgegen den Erwar-tungen tatsächlich habe erfolgen können und ersuchte um Abschreibung des Ver-fahrens infolge Gegenstandslosigkeit unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin (Urk. 9).

2. Mit Verfügung vom 10. Juli 2015 schrieb die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos geworden ab (Urk. 13 S. 6, Dispositivziffer 1), setzte die Entscheidunggebühr auf Fr. 1'000.– fest (Dispositivziffer 2) und auferlegte die Gerichtskosten der Gesuchstellerin unter Verrechnung mit dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss über Fr. 2'000.– (Dispositivziffer 3). Weiter wurde davon Vormerk genommen, dass die Gesuchsgegnerin keine Parteientschädigung verlangte (Dispositivziffer 4).

3. Mit Eingabe vom 24. Juli 2015 erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig (vgl. Urk. 11/1) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 12 S. 2):

- "1. Ziff. 3 und Ziff. 4 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. Juli 2015 im summarischen Verfahren (Geschäfts Nr. EZ150002-G) seien aufzuheben;
2. Die Gerichtskosten gemäss Ziff. 2 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. Juli 2015 im summarischen Verfahren (Geschäfts Nr. EZ150002-G) seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen;
3. Der Beschwerdeführerin sei für das erstinstanzlichen Verfahren eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zuzusprechen;
4. Eventualiter sei in Gutheissung der Beschwerde die Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. Juli 2015 im summarischen Verfahren (Geschäfts Nr. EZ150002-G) aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdegegnerin."

Den mit Präsidialverfügung vom 30. Juli 2015 der Gesuchstellerin auferlegten Kostenvorschuss über Fr. 450.– leistete diese rechtzeitig (Urk. 17 und 18). Gemäss Präsidialverfügung vom 8. September 2015, welche der Gesuchsgegnerin am 14. September 2015 zugestellt werden konnte, wurde dieser Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort anberaumt (Urk. 19). Bis heute liess sich die Gesuchsgegnerin jedoch nicht vernehmen, weshalb androhungsgemäss ohne eine Beschwerdeantwort zu entscheiden ist.

4. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten der Gesuchstellerin, weil diese im Entscheidungsfall unterlegen wäre, zumal sie trotz anwaltlicher Vertretung bewusst ein Vollstreckungsverfahren angestrengt habe, obschon ein Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) hätte eingeleitet werden müssen, in welchem gestützt auf den bei der Schlichtungsbehörde Meilen am 2. Dezember 2011 geschlossenen Vergleich ein erforderliches Leistungsurteil mit den entsprechenden Vollstreckungsmassnahmen hätte erwirkt werden können. Im fraglichen Vergleich, auf welchen die Gesuchstellerin ihr Vollstreckungsbegehren stütze, sei nämlich lediglich festgestellt worden, dass das Mietverhältnis letztmals bis zum 30. Juni 2015 erstreckt werde. Eine Leistungspflicht (nämlich die Verpflichtung das Mietobjekt geräumt und gereinigt zurückzugeben) habe nicht bestanden und hätte auch in dem von ihr angestregten Vollstreckungsverfahren nicht geschaffen werden können. Diesbezüglich könne denn auch auf die ständige Obergerichtspraxis verwiesen werden (Urk. 13 S. 5).

5. Im Rahmen ihrer Beschwerde hält die Gesuchstellerin im Wesentlichen dafür, die Vorinstanz hätte den Vergleich antragsgemäss konkretisieren und entsprechend auch eine Räumungspflicht der Gesuchsgegnerin per 1. Juli 2015, 12.00 Uhr, bejahen müssen, womit mit dem Vollstreckungsbegehren das richtige Gesuch gestellt worden sei und sie im gegenstandslos gewordenen Verfahren obsiegt hätte. Da auch die weiteren Kriterien (Veranlassung der Gegenstandslosigkeit, Veranlassung des Verfahrens) für sie sprächen, wären die Kosten allesamt der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen und diese zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten gewesen. Sollte die Beschwerde jedoch abgewiesen werden, wären die Verfahrenskosten gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen, weil für einen Vermieter angesichts der unterschiedlichen diesbezüglichen Rechtsauffassung der zürcherischen Gerichte nicht klar sei, welches Verfahren bei der Ausweisung gestützt auf einen vor der Schlichtungsbehörde geschlossenen Vergleich einzuschlagen sei (Urk. 12).

**6.a)** Wie bereits die Vorinstanz richtig darlegte, erfolgt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit (Art. 242 ZPO) nach richterlichem Ermessen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Die erste Instanz hat dabei auch die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien, nämlich Anlass zur Klage, Veranlassung der Gegenstandslosigkeit sowie mutmasslicher Prozessausgang, zutreffend wiedergegeben. Ebenso wies sie korrekt darauf hin, dass unter den erwähnten Kriterien keine Rangordnung existiere und diese auch nicht stets kumulativ geprüft werden müssten, sondern vielmehr je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu entscheiden sei (vgl. Urk. 13 S. 4 mit Hinweisen).

**b)** Vorliegend stellte die Gesuchstellerin ihr Vollstreckungsgesuch vom 10. Juni 2015 zu einem Zeitpunkt, als der Anspruch auf Räumung (sofern man einen solchen aus dem Erstreckungsvergleich überhaupt ableiten will) noch nicht fällig war. Daran ändert nichts, dass ihr Begehren dahingehend lautete, die Gesuchsgegnerin sei zu verurteilen, per 1. Juli 2015 die Räumlichkeiten zu verlassen (Urk. 1 S. 2). Im Vollstreckungsverfahren ist der Einwand zulässig, der urteilsmässig festgestellte Anspruch sei noch nicht fällig bzw. die angesetzte Erfüllungsfrist sei noch nicht abgelaufen, das Vollstreckungsgesuch sei mithin verfrüht eingereicht worden und mindestens zur Zeit abzuweisen (BK-Kellerhals, N 17 zu Art. 341 ZPO; BSK ZPO-Droese, N 24 zu Art. 341 ZPO). Zwar hat die Gesuchsgegnerin, welche sich überhaupt nicht vernehmen liess, diesen Einwand nicht erhoben, allerdings prüft das Vollstreckungsgericht die Vollstreckbarkeit ohnehin von Amtes wegen (Art. 341 Abs. 1 ZPO), und dabei insbesondere auch, ob die Leistung fällig ist (Egli, OFK-ZPO, ZPO 341 N 1). Dass die Leistung im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Begehrens nicht fällig war, ergibt sich ohne weiteres aus dem Begehren (Urk. 1 S. 4 Ziff. 8).

**c)** Im Zeitpunkt als der geltend gemachte Anspruch fällig wurde, nämlich per 1. Juli 2015 (Urk. 2/6 S. 2), war er von der Gesuchsgegnerin auch sogleich erfüllt worden (Urk. 9 S. 1), weshalb der Anspruch auf Räumung unterging und der Prozess gegenstandslos wurde. Ein fälliger Anspruch hat mithin gar nie bestanden bzw. wurde sogleich erfüllt. Insofern hat die Gesuchstellerin das vorliegende Ver-

fahren so oder anders zu früh und letztlich auch vergeblich eingeleitet. Mit anderen Worten hat sie das (unnötige) Verfahren samt dessen Gegenstandslosigkeit zu vertreten. Zudem wäre sie im Prozess mangels Fälligkeit des Anspruchs im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit unterlegen. Entsprechend wird sie kosten- und entschädigungspflichtig.

**d)** Rechtsmissbräuchliches oder treuwidriges Verhalten kann der Gesuchsgegnerin aufgrund der Nichtbeantwortung der beiden Schreiben vom 11. Mai 2015 und 1. Juni 2015 (Urk. 2/7 und 2/8) im Übrigen nicht vorgeworfen werden, auch wenn die Gesuchstellerin mit einem Ausweisungsverfahren bei Nichtbestätigung des Termins drohte (Urk. 2/8), zumal die Gesuchsgegnerin davon ausgehen konnte, dass ein Ausweisungsverfahren nur nötig würde und Aussicht auf Erfolg hätte, falls sie die Räumlichkeiten bis zum angesetzten Termin am 1. Juli 2015, 11.00 Uhr, nicht verlassen würde. Die Nichtbestätigung des Termins durch die Gesuchsgegnerin allein kann nicht dazu führen, dass ein allfälliges Ausweisungsbegehren vor Fälligkeit gutzuheissen gewesen wäre.

**e)** Bei dieser Begründung kann die Frage offengelassen werden, ob der Erstreckungsvergleich eine vollstreckbare Leistungspflicht in sich schliesst, da die Gesuchstellerin auch bei Bejahung einer solchen Räumungspflicht zu früh geklagt hätte.

**f)** Im Ergebnis hat die erste Instanz die Kosten somit zu Recht vollumfänglich der Gesuchstellerin auferlegt. Eine Parteientschädigung wurde seitens der Gesuchsgegnerin nicht verlangt, was vorgemerkt wurde (vgl. Urk. 13 S. 6, Dispositivziffern 3 und 4). Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen.

**7.** Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin auch im Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist dabei auf Fr. 450.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG, obergerichtlicher Streitwert: Fr. 3'000.–) und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss über Fr. 450.– (Urk. 18) zu beziehen.

Mangels Antrags sowie auf Grund fehlender Umtriebe ist der Gesuchsgegnerin im Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Nach dem Gesagten besteht im Übrigen keinerlei Veranlassung, die Kosten gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. Urk. 12 S. 8 f.).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss über Fr. 450.– bezogen.
4. Der Gesuchsgegnerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. Oktober 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:

kt