

Tribunal fédéral – 4A\_570/2018, destiné à la publication

Ire Cour de droit civil

Arrêt du 31 juillet 2019

Procédure ; résiliation ;  
logement de famille

Protection contre les congés pour un logement de famille ; consorité active d'époux colocataires ; abus de droit

Art. 271, 271a, 273a CO ;  
70 al. 1 CPC ; 2 al. 2 CC

En application de l'art. 273a CO, lorsque la chose louée sert de **logement de famille**, le **conjoint non-locataire peut contester le congé en agissant seul à l'encontre du bailleur** ; cette disposition n'est pas applicable par analogie lorsque **les conjoints sont tous deux locataires** ; ils forment une **consorité nécessaire (art. 70 al. 1 CPC)** et doivent dès lors agir ensemble à l'encontre du congé (art. 271 et 271a CO) ; lorsqu'**un seul des conjoints** entend contester le congé, **il doit agir aussi bien à l'encontre du bailleur que de son conjoint ne s'opposant pas au congé** ; s'il ne le fait pas, la **légitimation active** lui est niée (consid. 3.1-3.4) ; dans le cas d'espèce, la bailleuse qui invoque l'absence de légitimation active alors qu'elle n'entendait résilier le bail qu'à l'encontre de la locataire ayant contesté le congé, viole l'art. 2 al. 2 CC relatif à l'interdiction de l'abus de droit (consid. 3.5).

Besetzung

Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,

Bundesrichterrinnen Klett, Hohl, Niquille, May Canellas,

Gerichtsschreiber Gross.

Verfahrensbeteiligte

A.,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Zinon Koumbarakis,

Beschwerdeführerin,

*gegen*

B.,

vertreten durch Rechtsanwalt Michael Hohler,

Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Kündigungsschutz, Wohnung der Familie,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 20. September 2018 (NG180004).

Sachverhalt:

A.

Die Eheleute B. (nachfolgend: Mieterin 1, Beschwerdegegnerin) und C. (nachfolgend: Mieter 2, nicht Partei des vorliegenden Verfahrens) erbauten im Jahr 2006 in U. ein Zweifamilienhaus. Sie begründeten Stockwerkeigentum an einer der beiden Stockwerkeigentumswohnungen und bewohnten diese Einheit in der Folge gemeinsam. Der Mieter 2 nutzte den unteren Teil des

Stockwerkeigentums beruflich, weshalb die Eheleute B.-C. mit der D. AG einen Mietvertrag schlossen. Im Jahr 2008 verkauften sie die Stockwerkeigentumseinheit an E., den Vater von Mieter 2. Dieser vermietete ihnen die Einheit am 14. Januar 2009, worauf sie diese weiterhin bewohnten. Mit der D. AG ging das Ehepaar B.-C. ein Untermietverhältnis ein.

Ende 2013 trennte sich das Ehepaar B.-C.. In der gerichtlich genehmigten Eheschutzvereinbarung vom 10. September 2014 wurde der obere Teil des Mietobjekts der Mieterin 1 zur alleinigen Benützung zugeteilt. Beide Eheleute (sowohl die Mieterin 1 als auch der Mieter 2) blieben Parteien des Mietvertrags.

Am 6. Juni 2015 verstarb E. und dessen Ehefrau, A. (nachfolgend: Vermieterin, Beschwerdeführerin), wurde - nachdem der Mieter 2 auf seinen Erbanteil an der Liegenschaft verzichtet hatte - als Alleineigentümerin der Stockwerkeinheit im Grundbuch eingetragen.

Mit separaten Schreiben vom 22. Oktober 2015 an die Mieterin 1 und den Mieter 2 kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis mit den Mietern per 31. Januar 2016. Als Kündigungsgrund gab sie Eigenbedarf an.

B.

Mit Eingabe vom 8. April 2016 erhob die Mieterin 1 Klage beim Mietgericht des Bezirksgerichts Meilen. Sie beantragte, es sei die Nichtigkeit der Kündigung vom 22. Oktober 2015 festzustellen, eventualiter sei die Kündigung für ungültig zu erklären und subeventualiter sei das Mietverhältnis für vier Jahre zu erstrecken. Der Mieter 2 ging soweit bekannt nicht gegen die Kündigung vor.

Mit Urteil vom 16. Februar 2018 wies das Mietgericht das Hauptbegehren ab. Das Eventualbegehren hiess es hingegen gut und stellte die **Missbräuchlichkeit der Kündigung vom 22. Oktober 2015 fest**. Im Übrigen auferlegte es die Gerichtskosten der Vermieterin und verpflichtete diese, der Mieterin 1 eine Parteientschädigung von Fr. 14'310.-- (8 % Mehrwertsteuer darin enthalten) zu bezahlen.

Mit Entscheid vom 20. September 2018 wies das Obergericht des Kantons Zürich die von der Vermieterin erhobene Berufung ab. Wie bereits das Mietgericht hielt auch das Obergericht fest, der **Mieterin 1 könne nicht zur Last gelegt werden, sie habe den Mieter 2 nicht in den Prozess zur Anfechtung der Kündigung miteinbezogen. Die Mieterin 1 sei daher zur Anfechtung der Kündigung allein (ohne Einbezug des Mieters 2) aktivlegitimiert**. Die Kündigung sei treuwidrig. Der von der Vermieterin geltend gemachte Eigenbedarf sei vorgeschoben, ihr sei es eigentlich darum gegangen, das gleiche (rechtlich verpönte) Ergebnis zu erzielen, wie wenn die Kündigung nur gegenüber der Mieterin 1 (nicht aber gegenüber dem Mieter 2) ausgesprochen worden wäre.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Vermieterin dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Subventualiter sei die Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Mietgericht im Betrag von Fr. 13'250.--, ohne Mehrwertsteuerzuschlag in der Höhe von Fr. 1'060.--, zuzusprechen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Eventualiter sei die Nichtigkeit der Kündigung festzustellen. Subeventualiter sei das Mietverhältnis maximal zu erstrecken bzw. die Sache zur Festsetzung der Dauer der Erstreckung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem beantragt sie, es sei ihr für das Verfahren vor dem Bundesgericht die unentgeltliche Rechtspflege unter Einschluss der Verbeiständung zu erteilen.

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

Die Sachurteilsvoraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f.; 134 II 235 E. 4.3.4 S. 241). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

3.

Die Beschwerdeführerin bestreitet in ihrer Beschwerde die Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht mehr. Umstritten bleibt zwischen den Parteien, ob die Beschwerdegegnerin allein, d.h. ohne Einbezug des Mieters 2, zur Anfechtung der Kündigung aktivlegitimiert ist. **Strittig ist namentlich, ob sich die Beschwerdegegnerin auf Art. 273a OR (analog) berufen kann bzw. ob auch in diesem Fall ihr Ehemann und Mitmieter - gemäss der in BGE 140 III 598 etablierten Praxis (vgl. hiernach E. 3.1) - hätte in den Anfechtungsprozess miteinbezogen werden müssen.**

3.1. In BGE 140 III 598 (bestätigt in den Urteilen 4A\_625/2017 vom 12. März 2018 E. 3.1; 4A\_347/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 3.1; 4A\_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4) hielt das Bundesgericht fest, die **Anfechtung der Kündigung stelle eine Gestaltungsklage dar. Im Falle einer Personenmehrheit als Partei des Rechtsverhältnisses müsse das Urteil für alle Personen in Rechtskraft erwachsen.** Es wäre abwegig, wenn es z.B. nur für den Vermieter und einen der Mitmieter verbindlich werden würde. **Die Mitmieter eines gemeinsamen Mietvertrages würden daher im Falle der Anfechtung der Kündigung eine notwendige Streitgenossenschaft bilden. Die notwendigen Streitgenossen müssten gemeinsam klagen oder gemeinsam beklagt werden** (vgl. Art. 70 Abs. 1 ZPO). Notwendige Streitgenossenschaft könne aber unter Umständen auch bedeuten, dass zwar alle Streitgenossen ins Verfahren einbezogen werden müssten, jedoch auf Kläger und Beklagenseite aufgeteilt werden könnten. Die Möglichkeit, sich gegen eine missbräuchliche Kündigung zu wehren, entspreche einem Sozialschutzbedürfnis. Aus diesem Grund **musse einem Mitmieter bei der Anfechtung der Kündigung das Recht eingeräumt werden, selbständig vorzugehen. Seine Klage sei aber eine Gestaltungsklage, die bewirke, dass der Mietvertrag für sämtliche Parteien definitiv beibehalten oder aufgelöst werde. Daher müsse der Kläger auf der Gegenseite nebst dem Vermieter auch den oder die Mitmieter einklagen, welche sich der Kündigung nicht widersetzen würden. Versäume er dies, werde ihm die Aktivlegitimation für seine Klage abgesprochen** (BGE 140 III 598 E. 3.2 S. 600 f.).

3.2. Die Vorinstanz hielt vorab fest, die Beschwerdeführerin beanstande in ihrer Berufung die Feststellung der Erstinstanz nicht, wonach das erwähnte Mietobjekt auch nach der Trennung der Beschwerdegegnerin und des Mieters 2 noch eine **Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB** darstelle. Auf die Frage sei daher nicht weiter einzugehen.

Die Vorinstanz äusserte sich sodann in einem ersten Schritt zur Rechtslage nach Art. 273a OR. Sie erwog, der Ehegatte des Mieters einer Familienwohnung, der selber nicht am Mietverhältnis beteiligt sei, könne die Kündigung der Vermieterin gemäss Art. 273a OR selbständig und unabhängig vom anderen Ehegatten anfechten. Er habe dabei seine Klage nur gegen die Vermieterin zu richten und nicht auch gegen den alleinigen Mieter und anderen Ehegatten. In einem zweiten Schritt äusserte sich die Vorinstanz zur analogen Anwendung von Art. 273a OR im gemeinsamen Mietverhältnis (d.h. dem

Mietverhältnis, in dem beide Ehegatten gemeinsam Parteien des Mietvertrags sind). Sie hielt fest, Art. 273a OR beziehe sich nach seinem Wortlaut nur auf die Situation, in der lediglich ein Ehegatte Mieter der Familienwohnung sei, am Schutz der Familienwohnung bestünden aber dieselben Interessen, unabhängig davon, ob beide Ehegatten Mieter seien. Für den vorliegenden Fall des gemeinsamen Mietverhältnisses sei daher Art. 273a OR, im Einklang mit BGE 118 II 168, analog anzuwenden. Es sei auch in diesem Fall jeder Ehegatte/Mieter alleine zur Anfechtungsklage gegenüber dem Vermieter berechtigt.

3.3. Die Vorinstanz stützte sich in ihrem Entscheid - wie erwähnt - insbesondere auf **BGE 118 II 168**. Diesem Entscheid lag der Sachverhalt zugrunde, dass die Vermieterin (eine Wohnbaugenossenschaft) das Mietverhältnis mit einem Ehepaar gekündigt hatte, worauf der Ehemann allein die Kündigung anfocht. Dies obwohl beide Eheleute die entsprechende Familienwohnung gemeinsam mieteten und auch gemeinsam bewohnten (wobei allerdings nur der Ehemann Genossenschaftsmitglied war). Nach Auffassung der Wohnbaugenossenschaft hätten die Eheleute gemeinsam die Kündigung anfechten müssen. Das Bundesgericht erwog, eine (aktive) notwendige materielle Streitgenossenschaft liege vor, wenn mehrere Personen gemeinsam Inhaber des umstrittenen Rechts seien, sodass keiner der Mitinhaber allein gerichtlich vorgehen könne. Es sei das materielle Recht, welches die Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft bezeichne. Es hielt sodann fest, im zu beurteilenden Fall seien die Ehegatten gemeinsam und solidarisch Mieter. Auch wenn beide ein Recht auf die Mietsache beanspruchen würden, bedeute dies nicht, dass es nur gemeinsam ausgeübt werden könne. Solidarität bedeute eben gerade, dass jeder die Rechte aus dem Vertrag geltend machen könne. Dazu komme, dass der Ehemann zusammen mit seiner Ehefrau in der streitigen Wohnung gelebt habe. Ob das alte Eherecht angewendet werde, das zum Zeitpunkt der Klageerhebung in Kraft gewesen sei, oder das seit dem 1. Januar 1988 gültige neue Recht, der Ehegatte sei so oder so berechtigt gewesen, allein zu klagen. Nach Art. 162 aZGB sei der Ehemann der Vertreter der ehelichen Gemeinschaft gewesen. Im Übrigen könne nach Art. 271a Abs. 2 aOR bzw. Art. 273a Abs. 1 OR der Ehegatte des Mieters namentlich die Kündigung anfechten, wenn die Mietsache als Wohnung der Familie diene. Wenn die Ehegatten die Rechte aus dem Mietvertrag individuell ausüben könnten, selbst wenn sie nicht gemeinsam Mieter seien, so gebe es keinen Grund, diese Möglichkeit zu verneinen, wenn sie beide gemeinsam Mieter seien (BGE 118 II 168 E. 2b S. 169 f.).

3.4. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, der Entscheid der Vorinstanz verstosse gegen die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dieses habe sich in **BGE 140 III 598** mit der Frage ausführlich und vollständig auseinandergesetzt, ob und wie Mitmieter gemeinsam handeln müssten, um die Aufhebung einer Kündigung in Anwendung von Art. 271 und Art. 271a OR zu verlangen. Das in BGE 140 III 598 Gesagte - nämlich dass der Kläger auf der Gegenseite nebst dem Vermieter auch den oder die anfechtungsunwilligen Mitmieter einklagen müsse, ansonsten ihm die Aktivlegitimation abgesprochen werde (vgl. hiervor E. 3.1) - gelte auch in Bezug auf Familienwohnungen. Die Anfechtung der Kündigung entscheide auch bei der gemeinsamen Miete einer Familienwohnung über den Bestand oder Nichtbestand eines Rechtsverhältnisses und stelle daher eine Gestaltungsklage (Art. 87 ZPO) dar. Die Vorinstanz sei unzulässigerweise von der in BGE 140 III 598 etablierten Praxis abgewichen.

**3.4.1. Das Bundesgericht hat in BGE 140 III 598 einleitend festgehalten, die Frage, ob Mitmieter zur Anfechtung einer Kündigung im Sinne von Art. 271 und Art. 271a OR gemeinsam handeln müssten, werde in der Lehre kontrovers diskutiert und sei vom Bundesgericht noch nicht entschieden worden.** Es hielt sodann mit Verweis auf BGE 118 II 168 fest, betreffe der Mietvertrag eine eheliche Wohnung, könne jeder Ehegatte die Kündigung selbständig anfechten. Dies ergebe sich schon aus Art. 273a Abs. 1 OR, der die Aktivlegitimation zur Anfechtung sogar dem Ehegatten zugestehe, der selbst nicht Mieter sei (BGE 140 III 598 E. 3.1 S. 598 f.; vgl. auch BGE 136 III 431 E. 3.1 S. 433). Auf BGE 118 II 168 musste das Bundesgericht sodann nicht weiter eingehen, da es sich bei der streitgegenständlichen Wohnung gerade nicht um eine Familienwohnung handelte.

### 3.4.2. **Es ist somit zu prüfen, ob vor dem Hintergrund der in BGE 140 III 598 etablierten Praxis an BGE 118 II 168 festgehalten werden soll.**

Nach konstanter Praxis muss sich eine Praxisänderung auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht, andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten (BGE 135 III 66 E. 10 S. 79; 132 III 770 E. 4 S. 777).

**Ein erheblicher Teil der Lehre geht - meist unter ausdrücklichem Hinweis auf BGE 118 II 168 - davon aus, Art. 273a OR sei analog anzuwenden, wenn beide Ehegatten Mieter der Familienwohnung seien** (ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, 6. Aufl., N. 2a zu Art. 273 und N. 4 zu Art. 273a OR; JÖRG SCHMID, Die gemeinsame Miete - Ausgewählte Fragen, AJP 2016 S. 31 ff., 36 f.; CAROLINE MEYER, Zur Sachlegitimation der Parteien im Mietprozess, MRA 2010 S. 47 ff., 54; NICOLAS FUCHS, Die Kündigungsanfechtung bei Familienwohnungen - Aspekte der Prozessstandschaft, BJM 2017 S. 11 ff., 30; THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014, ZBJV 2016 S. 1 ff., 48; INGRID JENT-SØRENSEN, Die Verfahrensrechte der Ehegatten bezüglich der Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB, Art. 273a OR und Art. 153 nSchKG, Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich, 1996, S. 5 ff., 18; ANITA THANEI, in: Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, S. 679 bei Fn. 57). **Andere Lehrmeinungen halten hingegen dafür, wenn beide Ehegatten Mieter der Familienwohnung seien, sei der anfechtungsunwillige Ehegatte gemäss BGE 140 III 598 auf der Passivseite mit dem Vermieter ins Recht zu ziehen** (CORDULA LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, 2016, S. 466 Rz. 1099 f.; ZINON KOUMBARAKIS, Urteil des Bundesgerichts 4A\_689/2016 vom 28. August 2017, Legitimation Kündigungsanfechtung, MRA 2018 S. 70 ff., 76; notwendige Streitgenossenschaft bejahend auch: PETER HIGI, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 1998, N. 17 zu Art. 273a OR).

In BGE 140 III 598 hat das Bundesgericht dem Spannungsfeld zwischen den Anforderungen an eine notwendige Streitgenossenschaft und dem Sozialschutzgedanken im Mietrecht Rechnung getragen, indem es dem Mieter bei gemeinschaftlicher Miete - obwohl eine notwendige Streitgenossenschaft besteht - gestattete, selbstständig die Kündigung anzufechten, sofern er diejenigen Mitmieter, welche die Kündigung nicht anfechten wollen, zusammen mit dem Vermieter auf der Passivseite in den Prozess einbezieht (vgl. hiervor E. 3.1). **Es ist somit bei gemeinsamer Miete jedem Mieter möglich, eine Kündigung anzufechten, selbst wenn sich der oder die Mitmieter der Kündigung nicht widersetzen wollen.** Er hat diesfalls einfach die Mitmieter auf der Passivseite ins Verfahren einzubeziehen. **Diese Möglichkeit besteht auch in Bezug auf die Kündigungsanfechtung bei gemeinsamer Miete einer Familienwohnung.** Die Situation ist daher verschieden von derjenigen, in der nur ein Ehepartner den Mietvertrag für die Familienwohnung unterzeichnet hat. **In der letzteren Situation könnte derjenige, der nicht Vertragspartei ist, ohne die Bestimmung von Art. 273a OR auch keine Rechte aus dem Mietvertrag geltend machen** (LUKAS POLIVKA, in: Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 273a OR). Dies hätte zur Folge, dass derjenige, der den Mietvertrag für die Familienwohnung unterzeichnet hat, die Rechte daran durch Unterlassung der Kündigungsanfechtung eigenmächtig preisgeben könnte (vgl. WEBER, a.a.O., N. 1 zu Art. 273a OR mit Hinweisen). Sinn und Zweck von Art. 273a OR ist es, den nicht mietenden Ehegatten gegen solche Handlungen, mit denen einseitig auf die gemeinsame Familienwohnung verzichtet wird, zu schützen (BGE 136 III 431 E. 3.3 S. 435). Diesem durch Art. 273a OR dem nicht mietenden Ehegatten gewährten Schutz bedarf der mitmietende Ehegatte - wie dargelegt - gar nicht (vgl. in diesem Sinne auch FUCHS, a.a.O., S. 11, 12 f.).

**Vor diesem Hintergrund kann an der analogen Anwendung von Art. 273a OR bei gemeinsamer Miete der Familienwohnung gemäss BGE 118 II 168 nicht festgehalten werden. Vielmehr ist auch in diesem Fall der Ehepartner und Mitmieter, der die Kündigung nicht anfechten will, gemäss BGE 140 III 598 auf der Passivseite ins Verfahren miteinzubeziehen.**

3.5. Die Berufung der Beschwerdeführerin auf BGE 140 III 598 bzw. der Einwand, der Mieter 2 hätte ins Verfahren einbezogen werden müssen, erweist sich aber vorliegend als **rechtsmissbräuchlich**.

3.5.1. Nach Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu Handeln (Abs. 1). Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Abs. 2). Als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt das Rechtsmissbrauchsverbot in der ganzen Rechtsordnung; es bildet Bestandteil des schweizerischen *Ordre public* und ist von jeder Instanz von Amtes wegen anzuwenden (BGE 143 III 666 E. 4.2 S. 673; 128 III 201 E. 1c S. 206; 122 II 193 E. 2c/ee S. 198). Rechtsmissbrauch liegt auch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig verwendet wird (BGE 143 III 279 E. 3.1 S. 281; 140 III 583 E. 3.2.4 S. 589; 138 III 401 E. 2.2 S. 403; 137 III 625 E. 4.3 S. 629).

3.5.2. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Art. 70 bzw. Art. 87 ZPO und die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts, insbesondere BGE 140 III 598 E. 3.2 (vgl. hiervor E. 3.1). Sie verlangt, dass gestützt darauf auch der Ehegatte der Beschwerdegegnerin und Mitmieter der gemeinsamen Familienwohnung (der Mieter 2) in das Verfahren hätte einbezogen werden müssen. Dabei bemüht sie Art. 70 und 87 ZPO bzw. die besagte Rechtsprechung für einen ihr fremden Zweck. **Denn wenn sie vorliegend verlangt, beide Mitmieter müssten am Prozess betreffend Kündigungsanfechtung beteiligt sein, geht es ihr nämlich nicht darum, ein einheitliches Urteil zu erwirken, weil das Mietverhältnis als einheitliche Rechtsbeziehung nur gesamthaft und gegenüber beiden Mitmietern** (d.h. der Beschwerdegegnerin und dem Mieter 2) aufgehoben bzw. im Fall der Gutheissung der Kündigungsanfechtung fortgesetzt werden könnte. Im Gegenteil, wie bereits die Vorinstanz feststellte, verfolgt sie mit der Kündigung (welche sie vorliegend durchsetzen will) vielmehr den **Zweck, die Nichtigkeitsfolge einer Kündigung nur gegenüber der Beschwerdegegnerin, nicht aber gegenüber dem Mieter 2 zu umgehen**. Damit umgeht sie - wie bereits die Vorinstanz ausführte - auch die rechtliche Natur des gemeinsamen Mietverhältnisses an sich. Dies mit dem Ziel, das Mietverhältnis nur mit ihrem Sohn, dem Mieter 2, weiterzuführen. Bezeichnenderweise ficht die Beschwerdeführerin die von der Vorinstanz festgestellte Missbräuchlichkeit der Kündigung vor Bundesgericht denn auch nicht mehr an. Vielmehr führt sie aus, es treffe insbesondere zu, dass der Mieter 2 die Kündigung deshalb akzeptiert habe, um neu allein einen Mietvertrag mit ihr abschliessen zu können. Es ist rechtsmissbräuchlich, wenn sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde auf die rechtliche Natur des gemeinsamen Mietverhältnisses als einheitliche Rechtsbeziehung beruft, welche sie durch die missbräuchliche Kündigung gerade zu umgehen versuchte.

Im Übrigen wurden die besagten Wohnräumlichkeiten in der gerichtlich genehmigten Eheschutzvereinbarung vom 10. September 2014 der Beschwerdegegnerin zur alleinigen Benützung zugeteilt. Der Grund, weshalb der Mieter 2 die Räumlichkeiten nicht mehr bewohnt, liegt in dieser Eheschutzvereinbarung. Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin ist der Mieter 2 an diese Eheschutzvereinbarung gebunden und darf diese nicht torpedieren. Wenn er die Wohnung für sich beanspruchen will, hätte er daher ein Begehren um Abänderung der Eheschutzmassnahme zu stellen. Bei einer Kündigungsanfechtung durch den Mieter 2 (zusammen mit der Beschwerdegegnerin) wäre andererseits fraglich, ob dieser überhaupt über ein Rechtsschutzinteresse verfügt, da er die Räumlichkeiten zum Zeitpunkt der Kündigung nicht (mehr) bewohnte (vgl. Urteil 4A\_293/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3, nicht publ. in: BGE 143 III 15). Darauf ist nicht weiter einzugehen, da der Mieter 2 ohnehin nicht Partei des vorliegenden Verfahrens ist.

Die Beschwerdeführerin will mit der Geltendmachung des fehlenden Einbezugs des Mieters 2 in das Anfechtungsverfahren jedenfalls einzig ihrer Kündigung, welche von der Vorinstanz als missbräuchlich eingestuft wurde, zum Durchbruch verhelfen. **Dies ist mit Blick auf die konkreten Umstände - wie dargelegt - rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Rechtsschutz.**

4.

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich subeventualiter erneut, die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren vor dem Mietgericht sei ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen. Die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzuschlags sei willkürlich und verletze Art. 58 und Art. 105 ZPO.

Ob im kantonalen Verfahren die Mehrwertsteuer in der Parteientschädigung enthalten ist oder zusätzlich zu dieser ausgerichtet wird, ergibt sich aus dem kantonalen Recht. Die Regelung dieser Frage liegt nach Art. 96 ZPO in der Kompetenz der Kantone (Urteile 4D\_44/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.4.4; 4A\_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.1; 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Beschwerdeantwort zu Recht geltend, ihr Rechtsvertreter habe mit Schreiben vom 19. Dezember 2017 dem erstinstanzlichen Gericht zwei Kostennoten (Honorarnote nach Streitwert sowie Honorarnote gemäss tatsächlichen Aufwendungen) eingereicht. Sowohl im Schreiben vom 19. Dezember 2017 als auch in den beiden Kostennoten sei ein expliziter Hinweis auf den geforderten Mehrwertsteuersatz erfolgt. Die Beschwerdeführerin macht nicht rechtsgenügend geltend, diese Honorarnoten seien verspätet eingereicht worden. Es ist jedenfalls nicht geradezu willkürlich, wenn die Vorinstanz die durch die Erstinstanz zugesprochene Parteientschädigung (Parteientschädigung einschliesslich Mehrwertsteuerzuschlag) nicht abänderte. Auch eine Verletzung der Dispositionsmaxime liegt entgegen der Beschwerdeführerin nicht vor.

5.

Die Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich als unbegründet. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Damit wird das an sich begründete Gesuch der Beschwerdegegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bezüglich der Gerichtskosten gegenstandslos. Hinsichtlich der Parteientschädigung behält es aber seine Bedeutung für den Fall, dass sich diese Forderung als uneinbringlich erweisen sollte (Art. 64 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird gutgeheissen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist, und der Beschwerdegegnerin wird in der Person von Rechtsanwalt Michael Hohler, Zürich, ein Rechtsbeistand beigegeben.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'000.-- zu entschädigen. Im Falle der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung wird Rechtsanwalt Michael Hohler, Zürich, als unentgeltlichem Rechtsbeistand der Beschwerdegegnerin aus der Bundesgerichtskasse ein Honorar von Fr. 5'000.-- ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 31. Juli 2019

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Gross