

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG130006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 19. August 2013

in Sachen

A._____ AG,

Vermieterin, Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch B._____ AG, diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

C._____,

Mieter, Beklagter und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 15. März 2013 (MG120011)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei dem Beklagten zu befehlen, die Gastwirtschaft D._____, bestehend aus Restaurant, E._____, Küche und Terrasse im Erdgeschoss, 4-Zimmerwohnung mit Terrasse im 1. OG und 4 Einzelzimmer mit separaten Nasszellen im 2. OG an der F._____-Strasse ... in G._____ unverzüglich, gereinigt, geräumt und in ordnungsgemäsem Zustand der Klägerin zu übergeben, dies unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle.
2. Das Gemeindeammannamt H._____ sei anzuweisen, diesen Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten."

(act. 12 S. 2 und act. 22 S. 1)

Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Hinwil vom 15. März 2013:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 2'800.-- , die weiteren Kosten betragen:
Fr. 150.-- Übersetzungskosten
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 550.-- wird von der Klägerin nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'700.-- zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel

(act. 25 = act. 28 = act. 30)

Berufungsanträge:

der Klägerin (act. 29 S. 2):

- "1. Das Urteil des Einzelrichters am Mietgericht des Bezirksgerichtes Hinwil vom 15. März 2013 im vereinfachten Verfahren (Geschäfts Nr. MG120011; Beilage 1) sei aufzuheben;
2. Es sei dem Berufungsbeklagten zu befehlen, die Gastwirtschaft D._____, bestehend aus Restaurant, E._____, Küche und Terrasse im Erdgeschoss, 4-Zimmerwohnung mit Terrasse im 1. OG und 4 Einzelzimmer mit separaten Nasszellen im 2. OG an der F._____-Strasse ... in G._____ unverzüglich, gereinigt, geräumt und in ordnungsgemäsem Zustand der Berufungsklägerin zu übergeben, dies unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle;
3. Das Gemeindeammannamt H._____ sei anzuweisen, diesen Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Berufungsklägerin zu vollstrecken.
4. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
5. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsbeklagten für beide Instanzen."

des Beklagten (act. 38 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Hinwil - Mietgericht - in der Geschäfts-Nr. MG120011-E vom 15. März 2013 sei zu bestätigen.
3. Alles unter Prozesskosten, also Gerichtskosten und die Parteientschädigung (zzgl. MWST), zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

1. Unstrittiger Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin vermietete der I. _____ GmbH und J. _____ mit Mietvertrag vom 15. April 2008 (act. 13/8) die Liegenschaft "D. _____" an der F. _____-Strasse ... in G. _____ als Gastwirtschaft. Vereinbart wurde ein Mietzins von Fr. 4'700.-- (inkl. Nebenkosten), zahlbar monatlich im Voraus, sowie ein Betrag von Fr. 10'000.-- als Kautions/Depot. Das Mietverhältnis sollte am 1. April 2008 beginnen und am 31. März 2013 enden, sofern eine der Parteien den Mietvertrag mindestens sechs Monate vor Ablauf der Mietzeit kündigt (vgl. act. 22 S. 2).

1.2. Am tt. April 2009 wurde der Konkurs über die I. _____ GmbH eröffnet. Nach Durchführung der Konkursliquidation wurde diese Gesellschaft im Handelsregister gelöscht (act. 22 S. 3). Ab dem Jahr 2010 überwies der Beklagte regelmässig die Miete und kam auch für die Zahlung der im Mietvertrag vereinbarten Kautions in der Höhe von Fr. 10'000.-- auf (act. 22 S. 3). Letzteres teilte die Klägerin J. _____ mit Schreiben vom 2. Juni 2010 mit. Gleichzeitig forderte sie ihn dazu auf, zur Rolle des Beklagten Stellung zu nehmen. Eine Antwort blieb jedoch aus. Trotz der fehlenden Stellungnahme verfolgte die Klägerin die Rolle des Beklagten nicht weiter und nahm die Zahlungen des Beklagten weiter vorbehaltlos entgegen (act. 22 S. 4).

1.3. Mit zwei separaten Mahnschreiben vom 14. Juni 2011 beanstandete die Klägerin gegenüber J. _____ und dem Beklagten den Ausstand der Junimiete 2011 von Fr. 4'700.-- und setzte beiden je eine Frist von 30 Tagen zur Bezahlung an, ansonsten die ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 257d OR ausgesprochen werde (act. 22 S. 2 f.). J. _____ wurde das fragliche Schreiben am 15. Juni 2011, dem Beklagten am 21. Juni 2011 zugestellt (act. 22 S. 5). Ebenfalls mit zwei separaten Mahnschreiben vom 12. Juli 2011 forderte die Klägerin J. _____ und den Beklagten zur Bezahlung der ausstehenden Julimiete 2011 von Fr. 4'700.-- innert einer Frist von 30 Tagen auf, ansonsten die ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses erfolge (act. 22 S. 5). Dieses Mahnschreiben

wurde J. _____ am 14. Juli 2011 zugestellt. Der Beklagte holte das ihn betreffende Einschreiben trotz Abholungsmittelung vom 13. Juli 2011 nicht innert der sieben-tägigen Frist ab, worauf, die betreffende Sendung an die Klägerin retourniert wur-de (act. 22 S. 5).

1.4. Am 6. Juli 2011 überwies der Beklagte der Klägerin einen Betrag von Fr. 4'700.--, wobei er auf dem Einzahlungsschein vermerkte, dass die Überwei-sung für die Miete *Juli* 2011 gelte (act. 22 S. 6). Mit amtlichen Formularen vom 22. August 2011 sprach die Klägerin gegenüber J. _____ und dem Beklagten die Kündigung des Mietverhältnisses bezüglich des streitbetroffenen Objektes per 30. September 2011 aus (act. 22 S. 6). Das Einschreiben an J. _____ wurde am 23. August 2011 zugestellt. Der Beklagte holte das an ihn adressierte Einschreiben nach Zustellung der Abholungseinladung innert der siebentägigen Frist nicht ab, worauf es an die Klägerin zurückgesandt wurde (act. 22 S. 6). Mit Schreiben vom 15. September 2011 an J. _____ und den Beklagten legte die Klägerin den Abga-betermin auf den 30. September 2011, 13:00 Uhr, fest. Am 22. September 2011 verlangten J. _____ und der Beklagte bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Hinwil, es sei festzustellen, dass die Kündigung vom 22. August 2011 ungültig sei, eventualiter sei das Mietverhältnis um vier Jahre zu erstecken (vgl. act. 16/1; Proz.-Nr. MM110055-E).

1.5. Auf Antrag der Klägerin erliess das Einzelgericht im summarischen Verfah-ren des Bezirksgerichtes Hinwil mit Urteil vom 11. November 2011 (act. 17/20; Proz.-Nr. ER110074-E) gegenüber J. _____ und dem Beklagten einen Auswei-sungsbefehl. Lediglich der Beklagte erhob gegen diesen Entscheid Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Diese wurde mit Urteil vom 1. März 2012 gutge-heissen (vgl. act. 13/7 = 17/24; Proz.-Nr. LF110128-O).

1.6. Die Klägerin gelangte darauf mit Eingabe vom 2. Mai 2012 (act. 1) an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Hinwil und stellte das einleitend erwähnte Ausweisungsbegehren gegen den Beklagten. Am 13. Juli 2012 fand die Schlichtungsverhandlung statt. Die Parteien einigten sich darauf, Vergleichsgespräche zu führen und ersuchten die Schlichtungsbehörde um infor-melle Sistierung des Verfahrens bis 30. September 2012 (vgl. act. 8).

1.7. Nachdem im Schlichtungsverfahren betreffend Anfechtung der Kündigung keine Einigung erzielt werden konnte, wurde J. _____ und dem Beklagten je eine Klagebewilligung ausgestellt (act. 16/21 und act. 16/22), worauf keiner der beiden innert der Frist von 30 Tagen das Mietgericht Hinwil anrief (act. 22 S. 2). In der Folge verliess J. _____ die streitbetroffenen Räumlichkeiten und wirtete auch nicht mehr darin (act. 22 S. 7).

1.8. Am 1. November 2012 erteilte die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Hinwil die Klagebewilligung betreffend Ausweisung (act. 9 = act. 11). Mit Eingabe vom 6. Dezember 2012 (Datum Poststempel; act. 12) reichte die Klägerin rechtzeitig ihre Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren beim Einzelgericht des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil ein (vgl. act. 10). Nachdem die Klägerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 2'400.-- rechtzeitig geleistet hatte (vgl. act. 18 und act. 25 S. 4), wurde am 1. Februar 2013 die Hauptverhandlung durchgeführt (Prot. I S. 5 ff.). In der Folge wies das Einzelgericht des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil die Klage mit Urteil vom 15. März 2013 (act. 25) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin ab.

1.9. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 2. Mai 2013 (Datum Poststempel; act. 29) rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Berufungsanträgen (vgl. act. 26). Den mit Verfügung vom 24. Mai 2013 (act. 32) geforderten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- leistete die Klägerin fristgerecht (vgl. act. 33 und act. 34). Dem Beklagten wurde darauf mit Verfügung vom 4. Juni 2013 (act. 35) Gelegenheit gegeben, die Berufung zu beantworten. Er tat dies rechtzeitig mit Eingabe vom 8. Juli 2013 (Datum des Eingangs; act. 38; vgl. auch act. 41).

2. Prozessualer Antrag des Beklagten

In prozessualer Hinsicht beantragt der Beklagte in seiner Berufungsantwort erneut, es seien die Akten des Geschäfts-Nr. LF110128-O des Obergerichts beizuziehen (act. 38 S. 2; vgl. Prot. I S. 5). Seinen Antrag hat er – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren – auch im Berufungsverfahren nicht begründet. Das Ur-

teil LF110128-O des Obergerichts vom 1. März 2012 betreffend Ausweisung im summarischen Verfahren, auf welches sich der Beklagte und die Vorinstanz in ihren Ausführungen beziehen, befindet sich bereits bei den Akten (vgl. act. 13/7 = 17/24). Der Beizug weiterer Unterlagen aus dem erwähnten obergerichtlichen Verfahren ist nicht erforderlich, ist doch allein entscheidend, was die Parteien im hier relevanten Ausweisungsverfahren rechtzeitig vorgetragen haben und – sofern notwendig – (ohne Beweismittelbeschränkung) beweisen können. Es ist deshalb auf den beantragten Aktenbeizug zu verzichten.

3. Ausweisungsanspruch

Nach der Beendigung des Mietverhältnisses - welches ihm einen obligatorischen Anspruch auf den Besitz verschaffte - muss der Mieter die Sache zurückgeben (vgl. Art. 267 Abs. 1 OR). Primär aber hat die Eigentümerin einer Sache das Recht, sie von jedem, der sie ihr vorenthält, heraus zu verlangen (vgl. Art. 641 Abs. 2 ZGB). Es ist dabei nicht an ihr zu beweisen, dass dieser dinglichen Klage *kein* Recht entgegensteht. Weil die Eigentumsfreiheit vermutet wird, muss der Prozessgegner (behaupten und) beweisen, dass er aufgrund einer besonderen Berechtigung die Sache im Besitz behalten darf.

4. Mietvertrag zwischen den Parteien?

4.1. Im angefochtenen Entscheid gelangte die Vorinstanz – unter Hinweis auf das obergerichtliche Urteil vom 1. März 2012 (act. 13/7) – zum Schluss, dass der Beklagte mit dem konkludenten Einverständnis der Klägerin als Mieter in den Vertrag zwischen der Klägerin und J._____ eingetreten sei. Wesentlich sei (unter anderem), das Wissen der Klägerin darüber, dass der Beklagte die Betriebsführung des Restaurants "D._____" übernommen, dass er die Mietzinszahlungen und die Kautionsleistungen geleistet habe, und vor allem, dass die Klägerin vom Beklagten eine Erhöhung der Sicherheitsleistung verlangt und mit ihm über das Konzept des Restaurantbetriebs verhandelt habe (act. 25 S. 6 f.). Demgegenüber macht die Klägerin in ihrer Berufungsschrift – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren – geltend, es habe lediglich zwischen ihr und J._____ ein Mietverhältnis bestanden. Der Beklagte sei als Untermieter von J._____ zu qualifizieren; als solcher habe er

sich auch im summarrechtlichen Ausweisungsverfahren und im Schlichtungsverfahren betreffend Kündigungsanfechtung bezeichnet (act. 22 S. 3 mit Hinweis auf act. 23/28-30).

4.2. Der Klarheit halber ist vorab festzuhalten, dass das Gericht im summarischen Ausweisungsverfahren – anhand der im betreffenden Verfahren aufgestellten Parteibehauptungen – prüft, ob der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Soweit sich ein solcher Entscheid zum (allfälligen) Abschluss eines Mietvertrages oder zur Gültigkeit einer Kündigung äussert, kann er über das summarische Ausweisungsverfahren hinaus keine Rechtskraftwirkung entfalten, werden diese Punkte doch lediglich mit eingeschränkter Kognition (vgl. Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO) und vorfrageweise geprüft (vgl. Urteil PF110018 des OGer vom 1. Juli 2011, in: ZR 110 Nr. 54). Es ist daher der Klägerin beizupflichten, dass sich die Vorinstanz nicht damit begnügen durfte, auf die Erwägungen im obergerichtlichen Urteil vom 1. März 2012 zu verweisen (Prot. I S. 9; vgl. act. 13/7 S. 6). Ebenso wenig war es zulässig, ihrem Entscheid Sachverhaltsdarstellungen zu Grunde zu legen, welche sich nicht mit denjenigen decken, die ihr gegenüber vorgetragen wurden (vgl. act. 25 S. 7). Es kommt nämlich einzig darauf an, was die anwaltlich vertretenen Parteien im hier relevanten Ausweisungsverfahren rechtzeitig behauptet haben und - sofern notwendig und ohne Beweismittelbeschränkung - beweisen können.

4.3. Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (vgl. Art. 1 OR). Das Zustandekommen eines Vertrages bestimmt sich – wie sein Inhalt – in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Lässt sich kein solcher feststellen, so sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (anstatt vieler: BGE 124 III 368, 127 III 445, 130 III 71 und 132 III 27 f.).

4.4. Es ist unbestritten, dass lediglich zwischen der Klägerin und J._____ (sowie der I._____ GmbH) ein schriftlicher Mietvertrag geschlossen wurde. Der Beklagte hat sich – zu Recht – nie auf die Existenz eines schriftlichen Mietvertrages berufen. Überdies hat keine der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren etwas vorgebracht, woraus sich folgern liesse, die Klägerin, J._____ und der Beklagte hätten alle zusammen tatsächlich gewollt, dass der Beklagte dem bestehenden Mietvertrag vom 15. April 2008 als Mieter beitrete. Es stellt sich daher die Frage nach einem Vertragsschluss auf Grund des Vertrauensprinzips.

In ihrer Berufungsschrift macht die Klägerin – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren (act. 22 S. 8) – geltend, dass ein Vertragsbeitritt des Beklagten an den Formvorschriften gescheitert wäre, da in Ziffer 36 der allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Mietvertrag vom 15. April 2008 festgehalten worden sei, dass Änderungen und Ergänzungen des Vertrages sowie allfällige Zusatzverträge etc. zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form und der Unterzeichnung durch die Parteien bedürfe (act. 29 S. 9). Richtig ist, dass bei einem Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, bei welchem aber die Parteien die Anwendung einer solchen vorbehalten haben, vermutet wird, die Parteien wollten vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein (Art. 16 Abs. 1 OR). Der vertragliche Formvorbehalt kann jedoch jederzeit formfrei aufgehoben werden. Die Aufhebung ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, wie insbesondere dann, wenn die Parteien sich über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (vgl. Urteil 4A_41/2009 des BGer vom 1. April 2009, Erw. 4.1 mit Hinweis auf BGE 125 III 268 sowie die dortigen Hinweise). Vorliegend ist somit zu prüfen, ob die Klägerin und J._____ ein Verhalten an den Tag gelegt haben, aus dem der Beklagte unter den gegebenen Umständen in guten Treuen darauf schliessen durfte, er werde als Mitmieter des streitbetroffenen Objektes akzeptiert.

4.5. Der Beklagte hat sich im summarrechtlichen Verfahren selber (nur) als Untermieter bezeichnet, dem J._____ das Lokal zur Weiterführung überlassen habe (act. 22 S. 3). Das ist freilich eine rechtliche Qualifikation, welche das Gericht von

Amtes wegen vorzunehmen hat - gestützt auf die tatsächlichen Behauptungen der Parteien.

Die Klägerin behauptet in tatsächlicher Hinsicht, dass der Beklagte zu einem der Klägerin nicht genau bekannten Zeitpunkt dem Betrieb der Gastwirtschaft "D. _____" beigetreten sei. Im Verlaufe des Jahres 2008 oder spätestens dann im Jahr 2009 hätten der Beklagte und J. _____ einen mündlichen Untermietvertrag geschlossen, der einerseits als Untermietzins einen Mietzins entsprechend dem Hauptmietzins in der Höhe von Fr. 4'700.-- vorgesehen und die Vereinbarung enthalten habe, dass anstelle des Hauptmietzinses der Untermietzins direkt durch den Beklagten an die Klägerin zu begleichen sei (act. 22 S. 3). Ab dem Jahr 2010 habe denn auch der Beklagte regelmässig die Miete überwiesen und überdies die im Mietvertrag vom 15. April 2008 vereinbarte Kautions von Fr. 10'000.-- bezahlt (act. 22 S. 3). Die Klägerin habe J. _____ mit Schreiben vom 2. Juni 2010 mitteilen lassen, dass der Beklagte die Kautions von Fr. 10'000.-- bezahlt habe und ihn aufgefordert, zur Rolle des Beklagten Stellung zu nehmen. Eine Antwort sei ausgeblieben, und die Klägerin habe die Rolle des Beklagten nicht weiter verfolgt (act. 22 S. 4). Stattdessen habe die Klägerin die Zahlungen des Beklagten vorbehaltlos entgegen genommen (act. 22 S. 4). Auch habe J. _____ dem Beklagten faktisch die selbständige Geschäftsführung des Lokals überlassen (act. 22 S. 8). Mit dem Letzteren sei sie (die Beklagte) später übereingekommen, das Depot auf Fr. 28'200.-- zu erhöhen (Prot. I S. 9; vgl. auch 29 S. 12).

Das alles lässt sich rechtlich sowohl mit einem weiter bestehenden Untermietverhältnis vereinbaren als auch damit, dass - nach dem Abschluss eines Untermietverhältnisses J. _____/C. _____ - im Verhältnis Eigentümerin/C. _____ doch noch ein direkter Vertrag geschlossen wurde. Es sind dafür die einzelnen Elemente zu würdigen und zu wägen. Dass J. _____ dem Beklagten faktisch die selbständige Geschäftsführung des Lokals überliess, lässt weder zu Gunsten einer Untermiete oder eines Beitritts zum Mietvertrag etwas folgern. Der Umstand, dass regelmässig der Beklagte die Miete an die Klägerin überwiesen hat, welche diese auch vorbehaltlos entgegen nahm, spricht für sich allein nicht zwingend für die Annahme eines Beitritts zum bestehenden Mietvertrag - vertraglich geschuldete Geld-

leistungen kann auch ein beliebiger Dritter gültig erbringen (Art. 68 OR). Die Parteien eines Untermietvertrages können bekanntlich vereinbaren, dass der Untermieter den Mietzins direkt dem Vermieter bezahlt (vgl. BGE 120 II 116). Das ist aber immerhin nicht die Regel und eher atypisch. Ebenso kann der Beklagte aus rechtlicher Sicht auch als blosser Untermieter die im Mietvertrag vom 15. April 2008 vereinbarte Kautions von Fr. 10'000.-- geleistet haben - auch das wäre aber eher ungewöhnlich. Für einen Mietvertragsbeitritt des Beklagten spricht, dass die Klägerin (nur) mit ihm vereinbarte, das Depot auf Fr. 28'200.-- zu erhöhen (Prot. I S. 9; vgl. auch act. 29 S. 12). Diese Abmachung betraf das vertragliche Verhältnis selbst, und es ging nicht (nur) darum, ob der Beklagte im Sinne von Art. 68 OR eine Verpflichtung J. _____ 'erfülle. Mit diesem Verhalten gab die Klägerin nach Treu und Glauben zu erkennen, dass sie den Beklagten (auch) als ihren Vertragspartner betrachte - ob unter Entlassung von J. _____ aus seiner Stellung als Mieter oder zusätzlich, spielt keine Rolle. Die Klägerin hatte J. _____ erfolglos dazu aufgefordert, zur Rolle des Beklagten Stellung zu nehmen und diese Frage in der Folge nicht weiter verfolgt. Das liesse sich an sich auch als (konkludente) Zustimmung der Vermieterin zu einer Untervermietung werten (vgl. Art. 262 OR). Die Klägerin liess damit die wesentliche Frage bewusst im Raum stehen, ob sie mit dem Beklagten in einem direkten Vertragsverhältnis stehe oder nicht, und es ist daher richtig, wenn allenfalls verbleibende Unsicherheiten zu ihren Ungunsten gehen. Endlich liess die Klägerin nicht nur J. _____, sondern auch dem Beklagten Mahn- und Kündigungsschreiben zukommen (act. 13/12, 13/15 und 13/20). Nun ist es richtig, dass ein Eigentümer für alle Fälle und zur Sicherheit Mahnungen und Kündigungen auch gegenüber einer Partei aussprechen kann, welche nach seiner Auffassung kein mietvertragliches Recht auf den Besitz der Sache hatte und hat. In aller Regel mahnt man aber nur eine Partei, von der man glaubt etwas zu gut zu haben, und man kündigt nur einer Mieterin. Die Klägerin hat hier nicht nur keinen Vorbehalt angebracht, wie es zu erwarten gewesen wäre, sondern sie hat den Beklagten schlicht gemahnt für "Miete Juli 2011, Mieterkaution Rate Juni (Restzahlung), Rechnung Firma K. _____, Service Lüftung, und Rechnung Gemeinde L. _____, Bauabteilung". Indem sie all das vom Beklagten verlangte, gab sie nach Treu und Glauben zu erkennen, er sei ihr (Mit-)Mieter. Gleiches gilt für

die Kündigung, welche ausdrücklich lautet: "der mit Ihnen abgeschlossene Mietvertrag/Pachtvertrag wird hiermit auf den 30.09.2011 gekündigt", und obgleich es in dem Feld "Begründung" viel Platz hat, nicht erwähnt, das Bestehen eines Vertrages werde bestritten, und die Kündigung erfolge nur vorsorglich.

Alles in Allem ist zu folgern, dass der Beklagte als vernünftiger und korrekter Teilnehmer am Rechtsverkehr das Schweigen (auf die Zahlungen) resp. Handeln (Vereinbaren und Einfordern einer weiteren Kautions, endlich dann auch Mahnung, Kündigung) der Klägerin so verstehen durfte und musste, dass er als (Mit-)Mieter gelte. *Er hätte dem widersprechen müssen, wenn er es nicht gewollt hätte* (Art. 6 OR). Dass er es getan hätte, behauptet keine Seite. Nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) sind damit der Beklagte und die Klägerin stillschweigend (Art. 1 Abs. 2 OR) in ein mietvertragliches Verhältnis eingetreten.

5. Zur Zahlungsverzugskündigung

5.1. Auch ein Mieter, der die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung nicht separat im mietrechtlichen Schlichtungsverfahren bzw. beim Mietgericht angefochten hat, kann sich im Ausweisungsverfahren auf deren Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit berufen, weil die Geltendmachung dieser Mängel nicht von einer förmlich erfolgten gerichtlichen Anfechtung abhängig ist. Anders verhält es sich bei gültigen, aber allenfalls rechtsmissbräuchlichen Kündigungen. Diese sind rechtswirksam, wenn sie nicht innert der Frist von Art. 273 Abs. 1 OR bei der Schlichtungsbehörde (und im Falle einer dortigen Nichteinigung innert 30 Tagen ab Zustellung der Klagebewilligung beim Mietgericht; vgl. Art. 209 ZPO) angefochten werden, da der Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit verwirkt (BGE 122 III 95). Er kann dann im Rahmen des Ausweisungsverfahrens nicht mehr (vorfrageweise) geprüft werden (vgl. Urteil PF110018 des OGer vom 1. Juli 2011 Erw. II.3 und II.9.c, in: ZR 110 Nr. 54).

Der Beklagte macht nicht geltend, er habe die Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 1. November 2012 innert 30 Tagen ab deren Erhalt beim Mietgericht des Bezirksgerichtes Hinwil eingereicht (vgl. Prot. I S. 5 ff.). Die Klägerin hat daher zutreffend erkannt, dass der

Einwand des Beklagten, das Verhalten der Klägerin sei treuwidrig gewesen (Prot. I S. 6; vgl. auch act. 38 S. 6), von vornherein nicht mehr zulässig ist (Prot. I S. 11 und act. 29 S. 13). Darüber hinaus erleidet der Beklagte wegen des Erlöschens der Klagebewilligung infolge des ungenutzten Verstreichenlassens der Fristen gemäss Art. 273 Abs. 1 OR und Art. 209 Abs. 4 ZPO – entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht (vgl. act. 22 S. 2 und S. 9) – keinen Rechtsverlust. Es wurde bezüglich einer allfälligen Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung gerade kein gerichtlicher Entscheid gefällt, dem Rechtskraftwirkung zuzumessen wäre. Auch der Umstand, dass J. _____ die mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. November 2011 angeordnete Ausweisung nicht angefochten und die streitbetroffenen Räumlichkeiten inzwischen verlassen hat, hindert den Beklagten – entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung (act. 22 S. 9 und act. 29 S. 11 f.) – nicht daran, sich auf die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der zur Diskussion stehenden Kündigung zu berufen. Der Vorinstanz ist somit beizupflichten, dass zu untersuchen ist, ob die ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses vom 22. August 2011 unwirksam ist, wie es vom Beklagten geltend gemacht wird (act. 25 S. 7; vgl. Prot. I S. 7).

5.2. Die Vorinstanz hat sodann richtig bemerkt, dass die Vermieterin dem Mieter, der nach Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand ist, schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen kann, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Beahlt der Mieter innert der gesetzlichen Frist nicht, so kann der Vermieter fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 1 OR). Sind die materiellen Voraussetzungen einer ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 257d OR nicht erfüllt, so ist diese nicht nur anfechtbar, sondern völlig unwirksam (act. 25 S. 7 mit Hinweis auf BSK OR I-Weber, Art. 257d N 9). Wurden die Formvorschriften gemäss Art. 266l bis 266n OR ausser Acht gelassen, ist die Kündigung nichtig (Art. 266o OR).

Es ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Klägerin die Nachfrist mit Kündigungsandrohung gemäss Art. 257d Abs. 1 OR bezüglich des Mietzinses für den Monat Juni 2011 (mit Einschreiben vom 14. Juni 2011; act. 13/12, act. 13/13 und act. 13/14/1+2) sowohl J. _____ als auch dem Beklagten formell korrekt angesetzt hat. In der Folge hat die Klägerin beiden gegenüber die ausserordentliche Kündigung mit Formular vom 22. August 2011 form- und fristgerecht ausgesprochen (act. 13/20, act. 13/21, act. 13/22/1+2 und act. 13/23; vgl. zum Ganzen: act. 25 S. 8). Es bleibt somit zu prüfen, ob der Mietzins Juni 2011 am 14. Juni 2011 ausstehend war und – falls ja – ob er innert der mit Schreiben vom 14. Juni 2011 angesetzten Frist beglichen wurde oder nach deren Ablauf (am 22. Juli 2011; vgl. act. 14/2 und act. 22 S. 5 sowie Art. 77 f. OR) noch ausstehend war.

5.3. Der Beklagte hat unter Verweis auf die Erwägungen III.4 und III.5.1-7 des obergerichtlichen Urteils vom 1. März 2012 (vgl. act. 13/7 S. 12 ff.) geltend gemacht, es habe gar nie ein Zahlungsverzug bestanden, da er Zahlungen von insgesamt Fr. 18'200.-- geleistet habe (Prot. I S. 5). Ob diese Zahlungen seinen Verzug ausschlossen - was die formell richtig erfolgte Kündigung ungültig machen würde -, ist eine rechtliche Frage.

5.4. Der Beklagte leistete am 6. Juli 2011 eine Zahlung von Fr. 4'700.--, wobei er auf dem betreffenden Einzahlungsschein vermerkte, dass die Überweisung für die Miete *Juli* 2011 gelte (act. 22 S. 6 mit Hinweis auf act. 13/19). Es liegt somit eine Erklärung über die Tilgung vor, die einer Anwendung von Art. 87 Abs. 1 OR entgegen steht. Der überwiesene Bargeldbetrag ist nicht auf die früher verfallene Schuld (das wäre der *Juni*-Mietzins) anzurechnen, sondern wie vom Beklagten verlangt auf den Mietzins Juli 2011. Daran vermögen auch die von der Vorinstanz geäusserten Überlegungen nichts zu ändern, dass der Beklagte vielleicht versehentlich "Miete Juli" notiert oder die Bedeutung von Art. 86 (Abs. 1) OR verkannt habe. Wie die Klägerin in ihrer Berufungsschrift zu Recht moniert, wurden der Vorinstanz keine entsprechenden Parteibehauptungen vorgetragen (act. 29 S. 15 f.), und die Absicht einer Partei oder ihr wirklicher innerer Wille sind tatsächliche Vorgänge.

5.5. Sinngemäss hat der Beklagte gegenüber der Vorinstanz behauptet, er habe Zahlungen von insgesamt Fr. 18'200.-- an die Klägerin geleistet, auf welche diese zur Begleichung des Mietzinses Juni 2011 hätte zugreifen können (Prot. I S. 5 f.). Er habe sich darauf verlassen dürfen, dass die Klägerin auf diese Sicherheitsleistung zurückgreife, um Mietzinsausstände zu decken (Prot. I S. 8). Dies hat die Klägerin in Abrede gestellt und geltend gemacht, man sei übereingekommen, das Depot von Fr. 10'000.-- auf Fr. 28'200.-- zu erhöhen. Die Nachzahlung in der Höhe von Fr. 18'200.-- sei in Teilzahlungen vom 12. Januar, 16. Februar, 11. April, 12. und 18. Mai sowie 1. September 2011 erfolgt. Sämtliche Überweisungen seien mit dem Vermerk "Depositzahlung" versehen gewesen (Prot. I S. 9). Es treffe zwar zu, dass die Klägerin die bis zur strittigen Kündigung überwiesenen Beträge nicht auf ein Sperrkonto einbezahlt habe, dies ändere jedoch nichts daran, dass sie nicht dazu berechtigt gewesen sei, im Zusammenhang mit Mietzinsausständen verrechnungsweise darauf zurückzugreifen (Prot. I S. 10).

5.6. Bei einer Geschäftsmiete darf die Sicherheitsleistung anders als bei der Miete von Wohnräumen (Art. 257e Abs. 2 OR) in beliebiger Höhe festgesetzt werden. Hingegen muss auch hier die Sicherheit bei einer Bank auf ein Sparkonto geleistet werden, welches auf den Mieter lautet, und insbesondere müssen die Formvorschriften von Art. 269d Abs. 3 OR beachtet werden. Beides war im heute zu beurteilenden Fall nicht eingehalten. Die Konsequenz davon ist, dass der Beklagte die unter dem Titel "zusätzliche Sicherheit" geleisteten Zahlungen jederzeit zurück fordern konnte, da er sie ohne (gültigen) Rechtsgrund erbracht hatte. Wie sich dieser Rückforderungsanspruch zum Mietzins-Ausstand für den Juni 2011 verhielt, bleibt zu diskutieren.

Im Urteil vom 1. März 2012 erwog die Kammer, *"Unter dem Titel von Treu und Glauben müsste sich die Gesuchstellerin (...) allenfalls entgegenhalten lassen, dass sie von ihrem Verrechnungsrecht des Rückforderungsanspruchs des Gesuchsgegners 2 mit dem ausstehenden Mietzins (wissentlich) keinen Gebrauch gemacht, sondern stattdessen die Kündigung wegen Zahlungsverzuges ausgesprochen hat."* (S. 16). Das Bundesgericht hat sich mit dem Verhältnis von Rückforderungsanspruch (also Folge formungültig erbrachter Sicherheit) und Zinsaus-

stand befasst. Es entschied in *BGer* 4C.67/2002 vom 30. Mai 2002, " le fait que l'intimé n'ait pas déposé d'emblée cette somme [scil: die Sicherheit] sur un compte au nom de la locataire ne permet pas d'admettre que les parties ont souhaité d'un commun accord modifier la destination de cette somme. Il en résulte que la locataire était bel et bien en retard dans le paiement du loyer lorsque le bailleur lui a fixé un délai comminatoire (...)". Und ähnlich wurde in *BGer* 4C.94/2004 vom 18. Mai 2004 entschieden, dass die Tatsache der nicht gesetzeskonformen Verwendung der Sicherheit den Mieter nicht dazu berechtige, den Mietzins zurück zu halten.

Der Beklagte im vorliegenden Fall hätte innert der ihm angesetzten Frist zum Zahlen des ausstehenden Mietzinses diesen tilgen können, indem er Verrechnung mit seinem Rückforderungsanspruch erklärt hätte (Art. 120 und 124 OR). Das behauptet er allerdings nicht - im Gegenteil stellt er sich auf den Standpunkt, eine explizite Verrechnungserklärung sei nicht nötig gewesen (Prot. I S. 6). Damit nimmt er offenbar Bezug auf die vorstehend wiedergegebene Erwägung der Kammer zu einem möglichen Rechtsmissbrauch der Vermieterin. Ein solcher würde allerdings voraussetzen, dass in tatsächlicher Hinsicht eine Vereinbarung der Parteien feststünde, wonach die zusätzlich geleisteten Beträge spezifisch als Vorauszahlung künftiger Mietzinsen gelten sollten (dazu der zitierte Entscheid des Bundesgerichts *BGer* 4C.67/2002 vom 30. Mai 2002). Das würde von der Sache her durchaus einleuchten, zahlte der Beklagte doch nach Darstellung der Klägerin den Mietzins nur unzuverlässig, und war das - jedenfalls aus der Sicht der Klägerin - der Anlass zum Erhöhen der Sicherheit. Im Urteil vom 1. März 2013 erwog die Kammer, "Die Mietvertragsparteien können (...) vereinbaren, dass die Sicherheit zur Deckung ausstehender Mietzinse herangezogen und die Mietzinsschuld damit getilgt wird", und in diesem Fall bedürfe es keiner Verrechnungserklärung (S. 14). In diesem Sinn war die Bemerkung vielleicht missverständlich, dass das Unterlassen einer Verrechnung durch die Vermieterin treuwidrig sein könnte - wenn die Parteien zum Voraus vereinbarten, dass eine Zahlung des Mieters als Vorauszahlung auf künftige Mietzinsen gelten sollte, bedürfte es möglicherweise keiner ausdrücklichen Erklärung der Verrechnung. Das spielt allerdings darum keine Rolle, weil der Beklagte im vorliegenden Fall die Grundlage dieser Kon-

struktion nicht behauptete, nämlich dass er sich mit der Klägerin eben darauf geeinigt hätte, diese solle die Sicherheit für künftige Mietzinsausstände heranziehen dürfen und müssen (Prot. I S. 5 ff und S. 13 ff.). Es ist dabei daran zu erinnern, dass eine "ordentliche" Sicherheit im Sinne von Art. 257e OR gerade nicht für laufende Verpflichtungen des Mieters herangezogen werden kann, weil damit zwar jene Verpflichtung getilgt wäre, gleichzeitig aber die vereinbarte Sicherheit im entsprechenden Betrag vermindert würde, was sich der Vermieter nicht gefallen lassen muss. Der Beklagte hat zwar mehrfach vorgetragen, er habe um ein Mehrfaches eines Monatszinses "überzahlt" und daher mit dem Juni-Mietzins gar nicht in Verzug kommen können - aus rechtlichen Gründen ist das aber nicht zutreffend.

5.7 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Mietzins Juni 2011 bis zur strittigen ausserordentlichen Kündigung nicht beglichen worden war. Diese erweist sich folglich als wirksam.

6. Fazit

Auf Grund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Berufung als begründet, und es ist ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 318 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ZPO). Der Beklagte hält sich ohne Rechtsgrund in der streitbetroffenen Liegenschaft auf. Er ist deshalb antragsgemäss zu verpflichten, diese zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben. Die von der Klägerin beantragten Vollstreckungsmassnahmen sind anzuordnen (Art. 236 Abs. 3 i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO). Die fragliche Liegenschaft befindet sich in G._____ d.h. in der Gemeinde L._____ (vgl. Art. 1 der Gemeindeordnung der Politischen Gemeinde L._____ vom 25. September 2005), weshalb das Gemeindeammannamt H._____ mit der Vollstreckung zu betrauen ist (§ 147 Abs. 1 lit. d GOG i.V.m. § 84 GG i.V.m. dem Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2008 betreffend die Reorganisation des Betreuungswesens, Festsetzung der Betreuungskreise; vgl. auch die Liste des Betreibungsinspektorates des Kantons Zürich, unter: http://www.betreibungsinspektoratzh.ch/deu/documents/Aemterliste_000.pdf).

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren (Fr. 2'800.--) ist in der Höhe nicht angefochten. Hinzu kommen Auslagen von Fr. 150.-- für Übersetzungskosten (vgl. Art. 95 Abs. 2 lit. d ZPO; vgl. act. 25 S. 10).

Für das zweitinstanzliche Verfahren ist der Irrtum des Mietgerichts zu korrigieren, dass es bei einer verlangten Ausweisung auf den in sechs Monaten fällig werden den Mietzins ankomme. Das wäre richtig, wenn kein Mietvertrag behauptet würde. Ist das Letztere der Fall, hätte ein Obsiegen des Beklagten (mit seinem Standpunkt der bestehenden Miete und der Bestreitung einer gültigen Kündigung) zur Folge, dass der Mietvertrag erst nach einer Sperrfrist von drei Jahren ordentlich gekündigt werden könnte (Diggelmann, Dike-Kommentar ZPO [online-Stand 21. November 2012] Art. 91 N. 44, gegenüber N. 46). Auch wenn man die Mietzinsen nach Art. 92 ZPO kapitalisiert, ergibt sich ein Streitwert von über Fr. 200'000.--. Für die Berufung ist angesichts des trotz allem nicht überaus grossen Aufwandes für die Bearbeitung eine Spruchgebühr von Fr. 7'000.-- angemessen (vgl. dazu die Verfügung vom 24. Mai 2013, act. 32). Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Beklagten als unterliegender Partei aufzuerlegen (vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. a, Art. 95 Abs. 2 lit. b und d sowie Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind mit den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen (Fr. 2'400.--, act. 18, und Fr. 8'000.--, act. 32) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 9'950.-- zu ersetzen. Überdies hat er der Klägerin eine Parteienschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 4'300.-- und für das zweitinstanzliche Verfahren von Fr. 8'000.-- zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 bis 3 i.V.m. § 11 AnwGebV, vgl. auch act. 25 S. 10; bzw. § 4 Abs. 1 bis 3 i.V.m. 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Klägerin hat für beide Verfahren den Ersatz der Mehrwertsteuer von 8 % verlangt (vgl. act. 12 S. 2, act. 22 S. 1 und act. 29 S. 2). Es ist ihr ein solcher zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006, S. 3).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 15. März 2013 aufgehoben.
2. Dem Beklagten wird befohlen, die Gastwirtschaft "D._____", bestehend aus Restaurant, E._____, Küche und Terrasse im Erdgeschoss, Vierzimmerwohnung mit Terrasse im ersten Obergeschoss und vier Einzelzimmer mit separaten Nasszellen im zweiten Obergeschoss, an der F._____-Strasse ... in G._____ unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
3. Das Gemeindeammannamt H._____ wird angewiesen, den Befehl gemäss Ziffer 2 dieses Urteils auf Verlangen der Klägerin zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Klägerin vorzuschüssen, sie sind ihr aber vom Beklagten zu ersetzen.
4. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 2'800.-- festgesetzt. Die Übersetzungskosten betragen Fr. 150.--.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'000.-- festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die geleisteten Vorschüsse im Umfang von Fr. 9'950.-- zu ersetzen.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 12'300.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin im Doppel (mit dem Hinweis, dass sie das zweite Exemplar gegebenenfalls selber an das Gemeindeammannamt H._____ weiterleiten muss) und unter Beilage des Doppels von act. 38, sowie an das Einzelgericht des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem 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 übersteigt Fr. 200'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: