

**ZMP 2018 Nr. 9**

**Art. 262 OR; Art. 423 OR; Art. 256 OR; Art. 260a OR; Art. 65 Abs. 2 OR; Art. 939 Abs. 2 ZGB; Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO; Art. 157 ZPO. Abschöpfung des rechtswidrig erzielten Untervermietungsgewinns. Entschädigungsanspruch des Mieters für Investitionen. Wegnahmerecht des Mieters (ius tollendi). Mitwirkungsobliegenheit der Parteien in Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime. Verwertbarkeit eines überschliessenden Beweisergebnisses**

*Auch bei Bestehen eines Verweigerungsgrundes nach Art. 262 Abs. 2 OR kann der Vermieter dem Mieter die Untervermietung gestatten. Davon ist auszugehen, wenn er oder eine Person, für die er verantwortlich ist, von der Untermiete Kenntnis hat und er über längere Zeit nicht dagegen einschreitet (E. IV.1.2). Bei einer eigenmächtigen Untervermietung kann der Vermieter den Gewinn aus der Untervermietung abschöpfen, soweit sich dieser unter Berücksichtigung der eigenen Investitionen des Mieters als missbräuchlich erweist (E. IV.1.3 und IV.3). Beweisbelastet für die (freie oder eingeschränkte) Zustimmung ist der Mieter, während der Vermieter die Beweislast für den Gewinn trägt. Dabei kann er sich auf den Nachweis beschränken, dass der Untermietzins für dieselbe Sache höher ist als der Hauptmietzins. Behauptet der Mieter Umstände, die den Unterschied rechtfertigen, trägt er für diese rechtshindernde Tatsache die Beweislast (E. IV.1.4 und IV.2.2).*

*Trotz sozialer Untersuchungsmaxime hat eine Partei keinen Anspruch auf mehr als eine Aufforderung des Gerichts, ihrer Mitwirkungspflicht nachzukommen. Hat sie auf eine entsprechende Verfügung nicht reagiert, ist sie später mit entsprechenden Beweisanträgen ausgeschlossen (E. IV.2.1.4). Ein überschliessendes Beweisergebnis kann für das Urteil verwendet werden, wenn es im Rahmen der ursprünglichen Parteibehauptungen liegt (E. IV.6.3.3).*

*Der Mieter hat für seine Vorrichtungen zwar grundsätzlich ein Wegnahmerecht. Dieses ist indessen spätestens bis zur Rückgabe der Mietsache auszuüben (E. IV.7).*

Aus dem Urteil des **Mietgerichts MG160031-L vom 4. Mai 2018** (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin Schenk):

"(...)

### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Mit Mietvertrag vom 22./24. Oktober 2001 mietete C. vom verstorbenen Ehemann der Klägerin L. ab 1. Dezember 2001 ein Ladenlokal im Parterre rechts sowie einen Lagerraum im UG in der Liegenschaft an der N.-strasse 8 in Zürich. Mit Mietverträgen vom 19./24. Oktober 2001 mietete er zudem den Abstellplatz im Freien Nr. 8 sowie die Garage Nr. 5 an derselben Adresse, ebenfalls per 1. Dezember 2001. Die Mietverhältnisse gingen auf die Klägerin als Vermieterin über und wurden auf die D. Fashion GmbH, und von der D. Fashion GmbH per 1. März 2011 auf die E. Reinigung GmbH als Mieterin übertragen (Nachtrag vom 5. Januar 2011). Der Beklagte war zur massgeblichen Zeit Geschäftsführer sowohl der D. Fashion GmbH als auch der E. Reinigung GmbH. Mit Nachtrag vom 2. Juni 2015 wurden die Mietverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten per 1. Juni 2015 von der E. Reinigung GmbH auf den Beklagten übertragen. Der Mietzins für das Ladenlokal im EG und den Lagerraum im UG betrug brutto Fr. 1'875.– (monatlicher Nettomietzins von Fr. 1'725.–, Heizkosten akonto Fr. 125.–, TV pauschal Fr. 25.–), für die Garage Nr. 5 Fr. 145.– und für den Parkplatz Nr. 8 Fr. 90.–. Per 1. April 2016 wurde der monatliche Bruttomietzins für das Ladenlokal auf Fr. 1'843.– gesenkt (monatlicher Nettomietzins von Fr. 1'686.–, Heizkosten akonto Fr. 125.–, TV pauschal Fr. 32.–).

Mit Untermietvertrag vom 15. April 2014 vermietete die E. Reinigung AG [die Beziehung zwischen der AG und der gleichnamigen GmbH wurde von den Parteien nicht erörtert, so dass nicht weiter darauf einzugehen ist, vgl. zu den Einträgen im Handelsregister ...] – bzw. ab 1. Juni 2015 der Beklagte – das Ladenlokal (...) ab 1. Juni 2014 (...) an die Z3 Coiffeur GmbH zu einem Bruttomietzins pro Monat von Fr. 2'750.– (monatlicher Nettomietzins von Fr. 2'600.–, Heizkosten akonto Fr. 125.–, TV pauschal Fr. 25.–; act. 3/7; act. 14 S. 5; act. 31 S. 2).

Sämtliche Mietverhältnisse mit dem Beklagten wurden per 30. September 2016 beendet. Die Klägerin schloss alsdann für das Ladenlokal einen direkten Mietvertrag mit der früheren Untermieterin des Beklagten mit Mietbeginn am 1. Oktober 2016 ab.

(...)

## **II. Prozessuales**

Das Mietgericht Zürich ist als Einzelgericht zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis, dem ein im Bezirk Zürich gelegenes Mietobjekt zugrunde liegt, und liegt der Streitwert unter Fr. 30'000.– (Art. 33 ZPO; § 21 i.V.m. § 26 GOG). Dass die Klägerin zur Hauptsache eine Gewinnherausgabe nach Art. 423 OR verlangt, tut der mietrechtlichen Qualität der Streitigkeit keinen Abbruch, denn ob ein Fall von Geschäftsanmassung vorliegt oder nicht, hängt von der mietrechtlichen Frage ab, ob der Beklagte die Mietsache im Rahmen des mietrechtlich Erlaubten untervermietet hat oder nicht (hinten E. IV.1.3; vgl. zum eher weiten Begriff mietrechtlicher Streitigkeiten BGE 120 II 112). Der Prozess ist im vereinfachten Verfahren zu behandeln (Art. 243 Abs. 1 ZPO).

Im vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) gilt die beschränkte (soziale) Untersuchungsmaxime. Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO); dabei ist es nicht an Beweisanträge gebunden und kann von sich aus Beweise erheben. Grundsätzlich ist es aber auch hier Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N 4). Dabei ist für das Ausmass der richterlichen Hilfe u.a. ausschlaggebend, wie kompliziert die Materie ist, wie weit die intellektuellen Fähigkeiten der betroffenen Partei reichen, ob diese anwaltlich vertreten oder rechtskundig ist und ob ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht (BGE 141 III 569

E. 2.3.1; MAZAN, Art. 247 N 16 ff.; KUKO ZPO-FRAEFEL, Art. 247 N 10; BRUNNER/STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 247 N 12).

Neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt das Gericht bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO), wobei das Gericht diese Phase mit einer formellen Mitteilung an die Parteien einleiten kann, wie es im vorliegenden Fall im Anschluss an die Schlussvorträge am 18. Januar 2018 geschehen ist (Prot. S. 138; vgl. BGE 143 III 272 E. 2.3.2; BGE 142 III 413, E. 2.2.5; BGE 138 III 788 E. 4.2).

(...)

#### **IV. Materielle Beurteilung**

1.1 Der Mieter kann die Sache mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise untervermieten (Art. 262 Abs. 1 OR). Die Zustimmung des Vermieters ist von Gesetzes wegen an keine besondere Form gebunden und kann auch mündlich, stillschweigend oder konkludent erteilt werden (ZK-HIGI, Art. 262 OR N 30). Gültig kann der Vermieter die Zustimmung nach Abs. 2 der zitierten Norm nur verweigern, wenn der Mieter sich weigert, ihm die Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben (lit. a), wenn die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrages missbräuchlich sind (lit. b) oder wenn dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen (lit. c). Der Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 lit. a OR tritt ein, wenn der Mieter sich trotz eines Auskunftsbegehrens des Vermieters weigert, die Bedingungen vollumfänglich bekanntzugeben (ZK-HIGI, Art. 262 OR N 41 m.w.H.). Das Kriterium der missbräuchlichen Untermietbedingungen nach Art. 262 Abs. 2 lit. b OR bezweckt in erster Linie den Schutz der Interessen des Vermieters. Dieser soll sich nicht geprellt fühlen müssen, weil der Mieter als Untervermieter ohne eigene Leistung einen Gewinn aus der Untervermietung erzielt (Urteile des Bundesgerichts 4A\_504/2008 vom 6. Juli 2009, E. 2.2 und 4C.331/2004 vom 17. März 2005, E. 1.2.1; HEINRICH, Die Untermiete, Diss. Zürich 2000, S. 102 f.). Liegt der Untermietzins deutlich über dem Hauptmietzins, so muss die Differenz sachlich, etwa durch Investitionen oder zusätzliche Leistungen des Mieters, gerechtfertigt sein

(Urteil des Bundesgerichts 4A\_518 und 520/2014 vom 19.11.2014, E. 3; BGE 119 II 353, E. 6 = Pra 1994 Nr. 57). Die in der Lehre anzutreffende Auffassung, der Untervermieter dürfe einen Risikozuschlag von 3% auf den Selbstkosten erheben (HEINRICH, S. 108), ist abzulehnen. Art. 262 Abs. 2 lit. b OR will zwar in erster Linie den Hauptvermieter schützen und verbietet ihm insbesondere nicht, dem Mieter Risikozuschläge zu erlauben. Für die Zustimmungsverweigerungsmöglichkeit des Vermieters orientiert sich das Gesetz aber unverkennbar an den Regeln über die Missbrauchsüberprüfung bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen – die von Art. 262 OR miterfasste Untervermietung anderer Sachen ist praktisch denn auch bedeutungslos. Das Bundesgericht erachtete die Missbrauchsgesetzgebung zwar als nicht anwendbar, stellte aber klar, dass der Vergleich von Haupt- und Untermietzins entscheidend ist und dass aufgrund der Formulierung des Gesetzes nichts darauf hindeute, dass die Untervermietung einen gewinnträchtigen Charakter haben könne (BGE 119 II 353 E. 5 f., insbes. E. 6b = Pra 1994 Nr. 57; im Original: "... rien n'indique que la sous-location peut revêtir un caractère lucratif"). Eine Risikoprämie steht aber selbst dem Hauptvermieter nach den Grundsätzen der Kostenmiete gemäss Art. 269 f. OR nicht zu (BGE 120 II 100 E. 6c; BGE 122 III 257). Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb man eine solche gegen den Willen des Hauptvermieters dem Untervermieter zubilligen sollte (vgl. ZK-HIGI, Art. 262 OR N 44; CPra Bail-BISE/PLANAS, Art. 262 N 39; Mietrecht für die Praxis-NIDERÖST/SPIRIG, 9. A., Zürich 2016, S. 618 f.). Der von diesem zu leistende Hauptmietzins hat selbst bei Eigenfinanzierung nicht den Charakter von Investitionen in die Sache.

1.2 Art. 262 OR hindert den Vermieter nicht daran, die Zustimmung zur Untervermietung voraussetzungslos zu erteilen, insbesondere was die Konditionen betrifft. Art. 262 Abs. 2 OR regelt nur einen Mindeststandard zugunsten des Mieters. Der Vermieter kann daher die Untervermietung in gültiger Weise unbeschränkt zulassen (ZK-HIGI, Art. 262 OR N 4 und 33-35). Da das Stillschweigen im Normalfall eine konkludente Zustimmung darstellt (ZK-HIGI, a.a.O., N 30 und 34) und die fehlende Erkundigung nach Bedingungen für gewöhnlich Ausdruck des Desinteresses des Vermieters an den entsprechenden Informationen bildet, bleibt diesem

der Einwand der missbräuchlichen Bedingungen später verwehrt, da die einmal erteilte Zustimmung unwiderruflich ist, jedenfalls soweit sich die Ausgangslage nicht verändert hat (ZK-HIGI, a.a.O., N 35; vgl. auch HEINRICH, Die Untermiete, Diss. Zürich 1999, S. 90 f. und 94 f.).

1.3 Eine Untervermietung trotz berechtigter Verweigerung des Vermieters stellt eine Einmischung des Mieters in die vermögensrechtlichen Geschäfte des Vermieters dar. Soweit der Mieter bösgläubig ist, das heisst, wenn er wusste oder hätte wissen müssen, dass die Bedingungen der Untervermietung nicht mit seinen vertraglichen Verpflichtungen übereinstimmen und dass er aus der Sache einen unrechtmässigen Gewinn erzielt, kann der Vermieter die Herausgabe dieses Gewinns auf der Basis von Art. 423 Abs. 1 OR (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag) verlangen (BGer, 4A\_518 und 520/2014 vom 19.11.2014, E. 3; BGer, 4A\_594/2012 vom 28.2.2013, E. 2.1.1; BGE 129 III 422, E. 4; BGE 126 III 69 E. 2a und 2b = Pra 2001 Nr. 11).

1.4 Die Beweislast für die Zustimmung des Vermieters zur Untermiete trägt der Mieter. Das Vorliegen eines Verweigerungsgrundes sowie eines erzielten Gewinns aus einer missbräuchlichen Untervermietung hat hingegen grundsätzlich der Vermieter zu beweisen (vgl. Art. 8 ZGB; ZK-HIGI, Art. 262 OR N 39). Dabei kann er sich allerdings auf den Nachweis beschränken, dass der Untermietzins für dieselbe Sache höher ist als der Hauptmietzins. Behauptet der Mieter Umstände, die den Unterschied rechtfertigen, so liegt eine rechtshindernde Tatsache vor, für die er die Beweislast trägt. Die Beweislastverteilung verhält sich hier gleich wie beim Schadenersatz und der Vorteilsanrechnung, wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen.

2.1 Der Beklagte behauptet eine zumindest konkludente, der Klägerin zurechenbare Zustimmung zur Untervermietung durch die frühere Verwaltung V1 Immobilien AG, konkret durch deren Funktionär Q. Dagegen bestreitet die Klägerin jegliche Kenntnis von der Untervermietung. Mit den Beweisverfügungen vom 26. April und 31. Mai 2017 wurden daher die von den Parteien in den ersten Parteivorträgen zum Thema offerierten Beweise abgenommen.

2.1.1 Aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Beklagten (als Geschäftsführer der E. Reinigung AG) und Q. geht zwar hervor, dass die E. Reinigung AG der Verwaltung der Klägerin am 3. April 2014 mitteilte, sie wolle das Tätigkeitsgebiet im Mietobjekt in einen Herrencoiffeursaloon ändern. Daraufhin wurde mit E-Mail vom 8. April 2014 ein Besprechungstermin vor Ort am 10. April 2014 vereinbart. Dem Austausch lässt sich jedoch entgegen der Auffassung des Beklagten nicht entnehmen, dass an der vereinbarten Besprechung über ein geplantes Untermietverhältnis gesprochen, geschweige denn dass einem solchen zugestimmt wurde. Da der Beklagte in seinem E-Mail vom 3. April 2014 von einer "Umänderung des Tätigkeitsgebietes" sprach und im E-Mail der Klägerin vom 8. April 2014 von einer "Vertragsanpassung" die Rede ist, ist eher anzunehmen, dass die Verwaltung der Klägerin davon ausging, der Beklagte bzw. die von ihm repräsentierte Gesellschaft wolle ein weiteres Mal die Geschäftstätigkeit ändern, wie dies unbestrittenemassen bereits im März 2011 mit der Übertragung der Mietverträge von der D. Fashion GmbH auf die E. Reinigung GmbH geschehen war. Die – gewiss für jedermann und damit auch für eine sorgfältige Verwaltung offensichtliche – Änderung der Geschäftstätigkeit indiziert jedenfalls entgegen der Auffassung des Beklagten für sich allein noch kein Untermietverhältnis. Auch aus der ebenfalls leicht erkennbaren Firma der neuen Betreiberin und deren eigener Identität, die sich mit einem Blick ins Handelsregister leicht hätte überprüfen lassen, musste die Verwaltung noch nicht zwangsläufig auf eine Untermiete schließen, auch wenn gerade die rechtliche Verschiedenheit der beteiligten Gesellschaften den sorgfältigen Verwalter zu einer Erkundigung nach deren Innenverhältnis hätte veranlassen müssen. Allein aufgrund der Korrespondenz lässt sich gerade deshalb aber auch nicht ausschließen, dass der Beklagte beim Treffen die geplante Untervermietung offenlegte und dass die damalige Liegenschaftsverwaltung dieser in Kenntnis der Bedingungen zustimmte oder dass der Verwaltung zumindest gleichgültig war, was der Beklagte tat. Eher für die Position des Beklagten spricht, dass R. als Funktionär der heute für die Klägerin tätigen Liegenschaftsverwaltung V2 Immobilien AG anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. Dezember 2016 in Zusammenhang mit den Einbauten des Beklagten im Mietobjekt ausführte, bei der Übernahme des Mandates habe die neue Verwaltung mit Q. Kontakt gehabt.

Man habe gemerkt, dass gewisse Verträge nicht so gewesen seien, wie sie hätten sein sollen. Es habe in der Mietliegenschaft diverse Untermietverhältnisse gehabt. Auch diverse Parkplätze seien auf dem Mieterspiegel nicht aufgeführt gewesen. Q. habe keine Antwort geben können, wieso das so gewesen sei.

2.1.2 Die vom Beklagten offerierte und mit den Beweisverfügungen vom 26. April und 31. Mai 2017 auch abgenommene eigene Parteibefragung konnte trotz korrekter Vorladung auf den 4. Oktober 2017 nicht stattfinden, weil der Beklagte der Verhandlung unentschuldigt fernblieb. Da der Beklagte die Mitwirkung bei der Beweisführung unberechtigt verweigerte, hat das Gericht sein Verhalten bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Art. 163 und 164 ZPO). Entsprechend gelten sowohl die vom Gericht als auch die von der Klägerin gestellten Fragen als unbeantwortet, namentlich diejenigen zu den Kontakten zwischen dem Beklagten und Q. vor der Untervermietung des Mietobjekts und besonders diejenigen zum Gespräch vom 10. April 2014. Im Beweisverfahren nicht bestätigt hat der Beklagte damit seine Behauptung, er habe im Rahmen der fraglichen Kontakte die Untermiete erwähnt, Q. sei damit einverstanden gewesen und Q. oder ein anderer Funktionär habe vom Beklagten den Untermietvertrag und die Rechnungen der Handwerker für die angeblichen Ausbauten vorgelegt bekommen und Einbauten genehmigt, die zeitnah zur Untervermietung erfolgten.

2.1.3 Für den ihm obliegenden Hauptbeweis offerierte der Beklagte ansonsten neben der schon besprochenen Mail-Korrespondenz einzig Q. als Zeugen. Die vom Beklagten mit einer Adresse im Kanton Aargau bezeichnete Person dieses Namens schrieb dem Gericht nach Erhalt der Vorladung indessen recht ungehalten, es sei ihm als pensioniertem 83-jährigen Aargauer Staatsbeamten völlig rätselhaft, was er mit dem offenbar mietrechtlichen Konflikt zweier Streithähne (...) in Zürich zu tun haben solle. (...) Trotz Aufforderung des Gerichts liess sich der Beklagte innert der mit Verfügung vom 28. August 2017 angesetzten Frist zur Darstellung des Zeugen nicht vernehmen. Damit kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass jedenfalls der bezeichnete Q. mit der vorliegenden Sache nichts zu tun hat. Da dem Gericht die korrekte Adresse trotz Aufforderung in der genannten Verfügung vom Beklagten nicht nachgereicht wurde, hat androhungs-



gemäss auch die entsprechende Zeugeneinvernahme zu unterbleiben. Dass der Beklagte anlässlich der Beweis- und Schlussverhandlung vom 24. Januar 2018 noch vor der Spruchreiferklärung des Falles erklärte, die Klägerin oder die V1 Immobilien AG kenne die Adresse des richtigen Q., ändert daran nichts: Dass das Gericht Unterlagen zum Zeugen erhalten haben soll, trifft entgegen den Behauptung des Beklagten nicht zu. Die Adressangabe zum Zeugen stammte aus dem Beweismittelverzeichnis, welches der damals noch anwaltlich vertretene Beklagte im Rahmen der Hauptverhandlung vom 7. Dezember 2016 eingereicht hatte. Dass der Beklagte sich bei der Recherche offenbar einfach auf ein Online-Telefonbuch beschränkt und sich unbestrittenermassen auch auf die gerichtliche Aufforderung vom 28. August 2017 hin nicht um das Problem gekümmert hat, hat er sich selbst zuzuschreiben. Es wäre für ihn ein Leichtes gewesen, sich selber bei der V1 Immobilien AG nach dem richtigen Q. zu erkundigen. Er kann das Versäumnis auch nicht der Klägerin anlasten: Welcher Q. im Jahr 2014 Funktionär der ehemaligen Liegenschaftenverwaltung war und wo er sich heute aufhält, vermochte die Klägerin so gut oder schlecht in Erfahrung zu bringen wie der Beklagte. Dass sie ihn nicht aktiv bei der Suche unterstützt hat, kann ihr deshalb nicht schaden, denn sie trägt nicht die Folgen der Beweislosigkeit und hat ihrer Mitwirkungspflicht zumindest dadurch genüge getan, dass sie sich einer allfälligen Bekanntgabe von Q.s Personalien durch die V1 Immobilien AG jedenfalls nicht widersetzt hat. Zudem scheint zumindest der für die aktuelle Verwaltung tätige R. nicht zu wissen, welche Rolle Q. für die frühere Verwaltung genau spielte. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist es auch nicht Sache des Gerichts, das von ihm Versäumte durch eine Editionsanordnung gegenüber der Klägerin oder der ehemaligen Liegenschaftenverwaltung nachzuholen. Eine solche käme nur infrage, wenn der Beklagte sich die erforderlichen Informationen aufgrund einer verweigerten Auskunft nicht selber hätte beschaffen können, mithin wenn Beweisschwierigkeiten bestanden hätten (BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 11). Die Verantwortung für die genaue und korrekte Bezeichnung der Beweismittel liegt auch unter der Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime nicht beim Gericht, sondern bei den Parteien: Aus der richterlichen Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO kann kein Anspruch auf Mithilfe bei der Beweisführung abgeleitet werden (MAR-

KUS/HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung, ZBJV 2018, S. 269 ff., 290 f.). Im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO ergibt sich jedenfalls dann nichts anderes, wenn das Gericht die betroffene Partei auf die von ihr erwartete Mitwirkung explizit und erfolglos aufmerksam gemacht hat, wie dies hier geschehen ist. Auf mehrfache Aufforderungen hat eine Partei auch im Rahmen des grundsätzlich unbeschränkten Novenrechts nach Art. 229 Abs. 3 ZPO keinen Anspruch – im Gegenteil darf die Gegenpartei erwarten, dass sich gerichtliche Androhungen für nicht befolgte Anordnungen auch erfüllen. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob das prozessuale Verhalten des Beklagten nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, der sich auf die gerichtliche Nachfrage vom 28. August 2017 nicht meldete, zur anschliessenden Beweisverhandlung vom 4. Oktober 2017 nicht erschien und erst nach Durchführung aller übrigen Beweisabnahmen fast fünf Monate seit der Nachfrage am 24. Januar 2018 auf den Gedanken kam, seinen Antrag zu formulieren.

Hinzu kommt, dass die Behauptung des Beklagten, er habe Q. zusammen mit dem Untermietvertrag auch die Handwerkerrechnungen vorgelegt, sich selbst dann zugunsten der Klägerin auswirken müsste, wenn sie zuträfe: Wie noch zu zeigen ist, hat der Beklagte auch im vorliegenden Verfahren nur Rechnungen vorgelegt, die aufgrund der durchgeführten Einvernahmen der Zeugen Z1 und Z2 als äusserst unzuverlässig oder gar als tatsachenwidrig zu werten sind, weil sie Arbeiten bescheinigen, die entweder gar nicht oder nicht im behaupteten Umfang von den angeblichen Vertragspartnern des Beklagten ausgeführt wurden. Hätte auch Q. diese Rechnungen vorgelegt bekommen, wäre er jedenfalls über die darin konkret behaupteten Ausbaurkosten hinters Licht geführt worden, was die Frage nach dem Wert einer Zustimmung zur Untermiete aufwerfen würde.

2.1.4 Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der von der Klägerin im Rahmen des Gegenbeweises angerufene Zeuge Z3 (Geschäftsführer der ehemaligen Untermieterin und heutigen Mieterin des Objekts Z3 Coiffeur GmbH) in der Einvernahme vom 4. Oktober 2017 der Darstellung des Beklagten mehrfach widersprochen hat. Zwar hat er sich nach eigenen Angaben mit dem Beklagten in

Zusammenhang mit den Konditionen der ehemaligen Untermiete überworfen, wobei es einmal beinahe zu Handgreiflichkeiten gekommen sein soll, so dass seine Aussagen mit einer gewissen Vorsicht zu geniessen sind. Dies gilt umso mehr, als er auch Vorwürfe gegen den Beklagten erhob, zu denen er widersprüchliche Angaben machte. So gab er etwa an, dem Beklagten ein Schlüsselgeld von Fr. 10'000.– bezahlt zu haben, konnte aber zu den Einzelheiten, wie er sich eine so grosse Summe in bar beschafft und unter welchen Umständen er das Geld dem Beklagten angeblich ohne Quittung übergeben haben will, nur unzuverlässige Angaben machen. Zum Abschluss des Untermietvertrages meinte er, er habe von der Höhe des Hauptmietzinses "von Fr. 1'500.–" keine Kenntnis gehabt. Der Untermietzins sei so zustande gekommen, dass der Beklagte ihm gesagt habe, er dürfe den Hauptmietzins von Fr. 2'500.– um 10% erhöhen. Die vom Beklagten behaupteten Investitionen, die auch aus dem Untermietvertrag hervorgingen, habe es nicht gegeben. "Sowohl das Parkett als auch die Decke und die Wand waren ganz alt. ... Der Beklagte hat nichts gemacht, ich habe den Laden so übernommen, wie er war". Der Boden sei mindestens 15 Jahre alt. An der Decke sei nichts gemacht worden. Die Wände habe der Zeuge vor dem Einzug seiner GmbH selber streichen lassen. Der Beklagte habe nur behauptet, die verlangten Fr. 10'000.– seien für die von ihm früher getätigten Investitionen in Boden und Decke. Das sei eine Lüge. Der Beklagte habe nach dessen Angaben "irgendwie ... dort (d.h. in der Mietliegenschaft) alles machen [können], was er wollte". Weiter schilderte der Zeuge, der Beklagte habe nicht gewollt, dass der Zeuge dem damaligen Liegenschaftsverwalter Q. vom Untermietvertrag erzähle. Vielmehr habe er dem Zeugen gesagt, er habe alles erledigt. Den Coiffeur-Laden habe der Verwalter zwar gesehen und ihn als schön bezeichnet. Der Zeuge habe dem Verwalter auch die Haare geschnitten. Auf die Frage, ob der Verwalter den Zeugen nach seiner Rolle gefragt habe, gab der Zeuge an, der Beklagte habe den Zeugen als seinen Neffen vorgestellt. Der Zeuge habe den Verwalter nicht von sich aus über den Untermietvertrag aufgeklärt.

Würdigt man diese Aussagen nach den Grundsätzen der Aussageanalyse (sog. Undeutsch-Methode, dazu HÄCKER/SCHWARZ/BENDER/NACK/TREUER, Tatsachen-

feststellungen vor Gericht, 4. Aufl., München 2014, S. 67 ff.; ZWEIDLER, Die Würdigung von Aussagen, ZBJV 132 [1996] 118 f.; BGE 133 I 33 E. 4.3; BGE 129 I 49 E. 5; je mit Hinweisen), so ist bei den Aussagen des Zeugen zur Vertragsanbahnung anders als bei denjenigen zum Schlüsselgeld eine hinreichende Zahl von Realkennzeichen auszumachen: Zeuge wie Beklagter sind sich einig, dass sie dem Verwalter gegenüber als Onkel und Nefte oder unter einer ähnlichen Verwandtschaftsbezeichnung aufgetreten sind. Sie stimmen auch darin überein, dass die Bezeichnung "Nefte" oder "Cousin" nicht den effektiven Verwandtschaftsverhältnissen entspricht. Jedenfalls sind sie keineswegs nahe miteinander verwandt, nach Aussagen des Zeugen gar nicht; ihre Herkunftsorte sind nach Angaben des Zeugen rund 1000 km voneinander entfernt. Der Beklagte behauptete zwar, es bestehe eine Verwandtschaft, aber "weiter aussen" als die Beziehung zwischen Cousins. Dass der Beklagte von allem Anfang an auch in das vorliegende Verfahren das Element des Verwandtschaftsverhältnisses einführte, indiziert, dass er damit rechnete, seine Angaben zum Verwandtschaftsverhältnis zum Zeugen könnten bei allfälligen Beweiserhebungen zum Thema werden. Dass die Vorgabe eines Verwandtschaftsverhältnisses unter türkischen Staatsangehörigen gebräuchlich sein und nur eine allgemeine Verbundenheit zum Ausdruck bringen mag, ändert nichts daran, dass die Äusserung geeignet war, im schweizerischen Umfeld eine echte familiäre Nähe zu suggerieren und damit von der Möglichkeit abzulenken, dass hier ein Untermietverhältnis entstanden sein könnte. Der Beklagte wusste dies aufgrund seiner langjährigen Anwesenheit im Lande auch. Unter diesen Umständen wirkt die vom Zeugen detailliert geschilderte Heimlichtuerei betreffend des Untermietvertrages sehr lebensnah und plausibel, zumal sie auch den Zeugen nicht in ein allzu vorteilhaftes Licht rückt. Er rechtfertigte sich denn auch mit den Worten, schliesslich habe er im Mietobjekt "mein Brot verdient [und] ... meine Sicherheit gewahrt und auch meinen Mietzins regelmässig bezahlt". Die Aussage ist damit auch emotional gut verknüpft (mit einem kompensierten Schamgefühl). Gab es aber diese Heimlichkeit, spricht das klar gegen eine Bewilligung der Untermiete und erst recht gegen eine Offenlegung ihrer Bedingungen und auch gegen eine Blanko-Zustimmung Q.s unabhängig von den konkreten Bedingungen.

Auch die weitere Behauptung des Beklagten, er habe Q. die Rechnungen über die von ihm veranlassten Arbeiten vorgelegt, bestätigte der Zeuge in keiner Weise. Wie noch zu zeigen ist, stellte er im Gegenteil solche Arbeiten in Abrede. Im Kern stimmen seine Angaben in diesem Punkt überein mit den Aussagen der Zeugen Z1, Z2 und Z4, welche die vom Beklagten präsentierten Rechnungen als nicht beweiskräftig erscheinen lassen (hinten Ziff. IV.4).

2.1.5 Zusammenfassend ist so oder anders der Beweis gemäss den Beweissätzen 3-5 als gescheitert zu betrachten. Zulasten des Beklagten ist daher davon auszugehen, dass weder die Klägerin selber noch die damalige Verwaltung Kenntnis vom Untermietvertrag vom 15. April 2014 zwischen dem Beklagten bzw. der E. Reinigung AG und der Z3 Coiffeur GmbH sowie dessen Bedingungen hatten und dass sie diesen auch nicht mündlich oder konkludent genehmigten. Unbewiesen bleibt insbesondere die Behauptung des Beklagten, er habe der Verwaltung im April 2014 den Text des Untermietvertrags sowie Rechnungen zu den von ihm vorgenommenen Investitionen übergeben und die Verwaltung habe Einbauten oder Anschaffungen genehmigt, die vor der Untervermietung (sc. nicht vor dem Jahr 2013) getätigt wurden.

3.1 Wurde die Klägerin über die Untermiete nicht im beschriebenen Sinne informiert, ist zu prüfen, ob die Bedingungen des Untermietvertrags im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind. Im Untermietvertrag vom 15. April 2014 wurden ein monatlicher Nettomietzins von Fr. 2'600.–, sowie Nebenkosten von insgesamt Fr. 150.– (Fr. 125.– akonto für Heizkosten sowie Fr. 25.– pauschal für TV) vereinbart. Laut Hauptmietvertrag (Nachtrag vom 5. Januar 2011 zum Mietvertrag vom 22. Oktober 2001) betrug der monatliche Nettomietzins mit Wirkung per 1. März 2011 Fr. 1'725.– und die Nebenkosten beliefen sich auf insgesamt Fr. 150.– (Fr. 125.– akonto für Heizkosten sowie Fr. 25.– pauschal für TV). Mit Wirkung per 1. April 2016 wurde der Hauptmietvertrag insofern angepasst, als dass sich der monatliche Nettomietzins neu auf Fr. 1'686.– und die TV-Pauschale auf Fr. 32.– belief. Die Differenz zwischen dem Nettomietzins des Hauptmietvertrags und demjenigen des Untermietvertrags beträgt nach Darstellung der Klägerin Fr. 875.– bzw. ab 1. April 2016 Fr. 907.–. Zu berücksichtigen ist

zudem, dass das Mietobjekt laut Hauptmietvertrag nebst dem Ladenlokal im EG auch einen Lagerraum im UG umfasste. Der Lagerraum im UG wurde demgegenüber im Untermietvertrag nicht erwähnt. Die Klägerin machte daher geltend, dass die Differenz zwischen Haupt- und Untermietzins faktisch noch grösser sei, da der Lagerraum von ca. 30 m<sup>2</sup> mit dem geschätzten Gegenwert von Fr. 100.– im Rahmen des Untermietverhältnisses nicht zur Verfügung gestellt wurde. Der Beklagte brachte hingegen vor, der Untermietvertrag habe auch den Lagerraum umfasst. Dass dieser ca. 30 m<sup>2</sup> gross ist und bezogen auf den Zins des Hauptvertrages einen Gegenwert von Fr. 100.– hat, wurde vom Beklagten nicht bestritten.

3.2 Für das Zustandekommen und den Inhalt des Vertrages ist der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen erforderlich. Dabei ist in erster Linie ein festgestellter tatsächlich übereinstimmender Willen der Parteien massgeblich. Steht hingegen nicht fest, dass die Parteien sich tatsächlich in einer übereinstimmenden Weise verstanden haben, oder lässt sich dies nicht nachweisen, kommt es zu einer Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien nach Vertrauensprinzip (sog. normativer Konsens; BGE 142 III 336 E. 4.2.1 = Pra 2017 Nr. 79; BGE 132 III 24 E. 4; BGE 130 III 417 E. 3.2; BGE 122 III 420 E. 3a). Diesfalls sind die ausgetauschten Erklärungen so auszulegen, wie sie ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner nach den gesamten Umständen verstehen musste und durfte (vgl. Art. 1 und 18 OR; BGE 123 III 35 E. 2b).

3.3.1 Was die normative Auslegung des Vertrages angeht, ist die Ausgangslage im vorliegenden Fall klar und unbestritten: Vom Lagerraum ist im schriftlichen Untermietvertrag vom 15. April 2014 nicht die Rede. Das Mietobjekt wird unter der Ziff. 2 ("Objekt und Liegenschaft") als "Laden / EG" bezeichnet, also kann der Raum im UG aus Sicht eines vernünftigen und redlichen Vertragspartners auch nicht zum Mietgegenstand gehören. Da es der Beklagte ist, der einen vom normativen Verständnis abweichenden Sinn des Untermietvertrags behauptet und letztlich dessen Ausdehnung auf den Lagerraum im UG postuliert, hat er für seine Behauptung den Beweis zu erbringen (BGE 121 III 118 E. 4b/aa; illustrativ auch das Urteil des Bundesgerichts 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 3.2 zur Frage, ob ein

gemeinsamer Mietvertrag oder nur eine kumulative Schuldübernahme vereinbart war).

3.3.2 Dem Beklagten wurde daher der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er der Z3 Coiffeur GmbH nach der tatsächlich übereinstimmenden Meinung der Parteien zusammen mit dem Laden im EG auch den Lagerraum im UG vermietet hat. Abgesehen von den Urkunden zum Haupt- und Untermietverhältnis offerierte der Beklagte lediglich seine eigene Parteibefragung, und den Zeugen Q. Da er zu seiner eigenen Parteibefragung unentschuldigt nicht erschien und sich trotz Aufforderung nicht darum kümmerte, den Zeugen Q. ausfindig zu machen, ist der Beweis gescheitert. Es kann mutatis mutandis auf die vorstehenden Ziff. IV.2.1.2 und 2.1.3 verwiesen werden.

Am Rande: Die von der Klägerin offerierten Gegenbeweise indizieren das Gegenteil des vom Beklagten Behaupteten, namentlich die schon erwähnten Urkunden und auch die Angaben des Zeugen Z3. Dieser führte klipp und klar aus, er habe nie einen Lagerraum im UG gemietet oder benützt.

3.3.3 Damit ist der unbestrittene Gegenwert des Lagerraums von Fr. 100.– zur Differenz zwischen dem Nettomietzins des Hauptmietvertrags und demjenigen des Untermietvertrags von Fr. 875.– bzw. ab 1. April 2016 Fr. 907.– hinzuzurechnen. Die massgebliche Differenz beträgt daher für die Monate Juni 2015 bis März 2016 Fr. 9'750.– (10 x Fr. 975.–) und für die Monate April bis September 2016 Fr. 6'042.– (6 x Fr. 1'007.–).

4.1.1 Damit erhebt sich die weitere Frage, ob vom Beklagten getätigte Investitionen seine Nettoeinnahmen aus der Untermiete so stark schmälerten, dass er daraus keinen missbräuchlichen Gewinn erzielte, wie er der Klägerin entgegenhält.

4.1.2 Dass überhaupt Umbauten bzw. Investitionen vom Beklagten getätigt wurden, wurde anfänglich von der Klägerin vollumfänglich bestritten. Anlässlich der Hauptverhandlung anerkannte die Klägerin jedoch, dass der Beklagte bauliche Veränderungen betreffend Decke und Boden vorgenommen habe, es sei jedoch nicht bekannt in welchem Umfang. Des Weiteren habe der Geschäftsführer der

Untermieterin gesagt, er habe eine Occasion-Waschmaschine vom Beklagten erhalten, diese habe aber nach einem Monat einen Defekt erlitten, weshalb er sich selbst eine Maschine habe kaufen müssen. Es ist somit unzweifelhaft, dass gewisse Umbauten bzw. Investitionen erfolgt sind, jedoch ist umstritten in welchem Umfang was genau gemacht wurde und in welchem Wert.

Im zweiten Vortrag berief sich die Klägerin auch noch darauf, es sei ohnehin nicht der Beklagte gewesen, der die Investitionen getätigt habe, sondern die "E. Reinigung AG". Dies spielt jedoch keine Rolle, denn unbestrittenermassen ging der Mietvertrag mit der Klägerin – von welcher Gesellschaft auch immer – integral auf den Beklagten über, so dass dieser gegenüber der Klägerin auch berechtigt ist, sich auf Investitionen der E. Reinigung AG (oder GmbH) zu berufen. Dabei kommt entgegen der Meinung der Klägerin dem Innenverhältnis zwischen der E. Reinigung AG (oder GmbH) und dem Beklagten keine Bedeutung zu.

4.1.3 Da die Frage der Investitionen umstritten und mit gehörigen Beweisofferten untermauert war, wurde auch dazu Beweis abgenommen.

4.2.1 Gemäss Untermietvertrag sollten das Inventar sowie die Umbauinvestitionen, welche durch die E. Reinigung AG getätigt worden seien, in den ersten fünf Jahren seit Mietbeginn amortisiert werden [d.h. dass sie zu einem während fünf Jahren erhöhten und danach auf den Grundbetrag zurückgestuften Untermietzins führen sollten; Anm. d. Red.]. Als Belege für die Umbauarbeiten reichte der Beklagte eine Rechnung des Gipsergeschäfts Z2 GmbH vom 13. März 2013 sowie eine Rechnung von Z1 vom 16. Juni 2014 ins Recht. Gemäss Rechnung vom 16. Juni 2014 wurden Laminat verlegt, ein Waschtisch montiert, zwei Abläufe für Waschmaschine und Tumbler gelegt, eine Trennwand erstellt sowie die Eingangstür mit einer Schutzfolie bezogen. Betreffend Material wurden eine Waschmaschine für Fr. 3'500.–, ein Tumbler für Fr. 1'500.– sowie Laminat, ein Waschtisch, Folie und Trennwandmaterial für Fr. 3'630.– verrechnet. Zusammen mit den Arbeitsstunden beträgt der Rechnungsbetrag insgesamt Fr. 13'430.–. Bei den laut den Dokumenten im Jahr 2013 durchgeführten Arbeiten wurden gemäss der Rechnung der Z2 GmbH vom 13. März 2013 eine heruntergehängte Gipsplatten-



decke montiert, Wände, Zargen und ein Türblatt gestrichen sowie Flickarbeiten an den Wänden vorgenommen. Diese Arbeiten sollen gemäss Rechnung insgesamt Fr. 29'636.22 gekostet haben. Betreffend die eigenen Aufwendungen in das Objekt machte der Beklagte geltend, er habe zudem rund Fr. 10'000.– (bestehend aus 70 Stunden Arbeit des Beklagten à Fr. 120.– für die Geschäftsbesorgung, die Auftragserteilung, Planung und Beaufsichtigung der beiden Umbauprojekte, sowie Fr. 1'600.– Spesen und Materialkosten) in das Ladenlokal investiert. Diesbezüglich wurden allerdings keine Belege eingereicht.

Bei der Rechnung von Z1 vom 16. Juni 2014 stellt sich die Frage, wie der Rechnungsbetrag in den Untermietzins bzw. in den Amortisationsanteil hat einberechnet werden können, wenn die Rechnung am 16. Juni 2014 ausgestellt wurde, der Mietzins im Untermietvertrag aber bereits am 15. April 2014 festgelegt wurde. Dasselbe gilt auch für die diesbezüglichen Eigenleistungen. Naheliegender wäre, dass der Rechnung eine Offerte vorausging, und der Untermietzins anhand dieser errechnet wurde. In einer Offerte kann der Zeitaufwand allerdings lediglich geschätzt werden. Ob eine Schätzung der Investition jedoch eine genügende Grundlage zur Berechnung des Amortisationsbetrags darstellt, ist zu bezweifeln. Dass man den Betrag von Fr. 13'430.– laut Rechnung bar erhalten haben soll, erstaunt etwas, da es doch eher unüblich ist, Bargeldmengen in dieser Höhe auf sich zu tragen. Auf Frage des klägerischen Rechtsvertreters anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. Dezember 2016 machte der Beklagte denn auch geltend, er habe den Betrag per Banküberweisung bezahlt, er könne den Beleg nachreichen. Eine Nachreichung dieses Belegs im Beweisverfahren erfolgte trotz Aufforderung jedoch nicht. Vielmehr liess der Beklagte nach verstrichener Fristerstreckung ein Notfristgesuch stellen, das sich als unbegründet erwies und daher abgelehnt wurde. Entsprechend wurde die genannte Urkunde nicht abgenommen.

Des Weiteren ist auch die Rechnung der Z2 GmbH vom 13. März 2013 erklärungsbedürftig, denn manche Positionen wurden mit einer Pauschale abgegolten, bei denen für gewöhnlich nach Aufwand gerechnet wird. So wurde beispielsweise bei der Position "Zargen und Türblatt streichen" 1 x Fr. 780.– verrechnet, für den Anfahrtsweg (von rund 10-11 km von der O.-strasse x in J. nach N.-strasse 8, Zü-

rich) pauschal 1 x Fr. 1'500.–, wobei nicht klar ist, wie lange die Arbeiten insgesamt gedauert haben bzw. wie oft die Arbeiter zum Mietobjekt fahren mussten. Für Abdeckerarbeiten wurden 1 x Fr. 450.– sowie für "Wände streichen mit 9010" pauschal 1 x Fr. 3'200.– verrechnet. Ob und wie die Rechnung vom 13. März 2013 beglichen wurde, ist nicht ersichtlich.

4.2.2 Zusätzlich zu den bereits angesprochenen Urkunden offerierte der Beklagte einen Augenschein im ehemaligen Mietobjekt sowie seine Parteibefragung und die Befragung Q.s und der angeblich beteiligten Handwerker Z1 und Z2 als Zeugen. Weiter offerierte er ein Gutachten zu den Kosten der angeblich von ihm vorgenommenen Einbauten und der Möblierung. Die Klägerin ihrerseits hatte zusätzlich zu den schon bekannten und mit der zulässigen Noveneingabe vom 8. Mai 2017 offerierten Urkunden die Befragung der Zeugen Z2, Z3, Z4 und Z5 offeriert, verzichtete im Laufe des Beweisverfahrens aber auf die Einvernahme des zuletzt Genannten.

Bezüglich Beweislastverteilung verhält es sich wie schon erwähnt so, dass der Klägerin grundsätzlich der Nachweis des behaupteten Gewinns aus der Untervermietung obliegt, was an sich auch die Parameter desselben umfasst. Dies kann sich jedoch nur auf die Differenz zwischen Haupt- und Untermietzins beziehen, denn dass Umstände vorliegen, die diese Differenz rechtfertigen, bildet eine rechtshindernde Tatsache und ist daher vom Beklagten zu beweisen. Dies gilt insbesondere für die gesamten von ihm behaupteten Investitionen und auch deren Restwert.

4.2.3 Dass der Beklagte selber und der Zeuge Q. wegen der nachlässigen Prozessführung des Beklagten nicht einvernommen werden konnten, wurde schon erörtert und wirkt sich auch hier zu seinem Nachteil aus. Gleiches gilt für die von ihm offerierten Zahlungsbelege und Banküberweisungen in Zusammenhang mit den von ihm behaupteten Arbeiten an der Mietsache sowie zu den Kosten von Waschmaschine und Tumbler, deren Abnahme mit Verfügung vom 31. Mai 2017 verweigert wurde, nachdem der Beklagte die angeblich in seinem Besitz befindli-

chen Dokumente trotz verlängerter Frist nicht eingereicht und ein unbegründetes und daher abgewiesenes Notfristgesuch gestellt hatte.

4.2.4 Der Zeuge Z1 räumte in der Einvernahme vom 24. Januar 2018 ein, dass er den Beklagten seit mehr als zehn Jahren gut kenne und auch schon viele Male für ihn gearbeitet habe, in der Reinigung, als Hauswart, aber auch bei Bodenleger-, Heizungs- oder Sanitärarbeiten. Bevor ihm eine konkrete Frage zur Sache gestellt wurde, gab er zu Protokoll, er habe im Mietobjekt den Boden bzw. das Laminat verlegt, die Wände gemacht und den Trockner gekauft. Er habe den Beleg dem Beklagten gebracht und dieser habe ihn ausbezahlt. Er wusste schon vor der Einvernahme, dass der Beklagte Geschäftsführer der E. Reinigung AG bzw. GmbH war und dass er seine Beteiligung verkauft hatte. Weiter bejahte er die Frage, ob er wisse, worum es im Verfahren gehe, und meinte, der Beklagte habe es ihm erzählt. Er (der Zeuge) habe Arbeiten verrichtet als Bodenleger und Maler, zudem habe er die Waschmaschine angeschlossen. "Ich habe so viel Arbeit verrichtet. Ich weiss, was ich gemacht habe. ... Ich erzähle nur, was meine Arbeit war."

Aus diesen Aussagen, in denen er sich in ein übertrieben günstiges Licht zu rücken versuchte, geht nicht nur die persönliche Nähe des Zeugen zum Beklagten hervor, sondern auch das Bestreben, diesen beim Nachweis der Kosten für Investitionen im Mietobjekt zu unterstützen, die – wie der Zeuge offensichtlich wusste – zwischen den Parteien umstritten sind. In dieses Bild passt, dass er seine unverkennbaren Sympathien für den Beklagten, jedenfalls für dessen Sache, in Abrede stellte. Konkret nach den Arbeiten im Mietobjekt gefragt, wurden seine Ausführungen eher vage. So sprach er davon, er habe die Decke "ein bisschen ausgebessert". Immerhin sprach er vom Laminatboden und einer Trennwand, die "gemacht wurden", zwei Waschmaschinen, die gekauft und "ein bisschen Sanitärarbeit", die verrichtet worden sei. Auf die Frage, ob er die Arbeiten selbst ausgeführt habe, folgten deutliche Relativierungen. Plötzlich sprach der Zeuge nur noch davon, er habe "alles Material mit dem Beklagten zusammen gekauft und alles selbst gemacht". Wenig zuverlässig erschien seine Preisangabe zu Waschmaschine und Tumbler: So behauptete er zuerst, die zwei Maschinen hätten "ca. Fr.

7'000.-" gekostet. Auf die Nachfrage, ob er sagen könne, was die einzelnen von ihm verrichteten Arbeiten gekostet hätten, meinte er, Waschmaschine und Trockner hätten "zusammen ca. Fr. 5'000.-" gekostet. Dass der Zeuge nicht mehr wusste, ob er "40 m<sup>2</sup> oder 50 m<sup>2</sup> Laminat, vielleicht auch 60 m<sup>2</sup>" verlegt haben will, könnte unter gewöhnlichen Umständen kaum erstaunen, denn die Arbeiten liegen länger zurück; zudem sind Arbeiten dieser Art für den Zeugen seinen Angaben zufolge nicht ungewöhnlich. Der Zeuge konnte sich hingegen auf die Verhandlung vorbereiten, so dass die Ungenauigkeit dennoch erstaunt. Will man ihm zugestehen, dass er zur genauen Menge nichts mehr weiss, würde man wenigstens eine vorsichtigeren Aussage erwarten und nicht Spekulationen, die voneinander um bis zu 50% abweichen. Auf Vorhalt der vom Beklagten eingereichten Rechnung des Zeugen vom 16. Juni 2014, meinte dieser zuerst nur kurz: "Wir haben diese Arbeiten im Jahr 2013 gemacht". Auf Vorhalt der Details zeigte sich dann die Abenteu-erlichkeit der bisherigen Aussagen: Zum Datum erläuterte der Zeuge, er und der Beklagte seien zusammengesessen und hätten die Rechnung zusammen geschrieben. Der Beklagte habe gesagt, er habe ein Problem mit der Verwaltung und bringe diese Rechnung zum Gericht und der Zeuge habe "okay" gesagt. Daraus erhellt ohne weiteres, dass die Rechnung keineswegs zeitnah zu den angeblichen Arbeiten verfasst wurde, wie der Zeuge kurz zuvor angedeutet hatte. Vielmehr wurde sie vom Zeugen und vom Beklagten erst zu einem Zeitpunkt verfasst, als das vorliegende Verfahren schon lief, das Schlichtungsverfahren eingerechnet also nach dem 14. April 2016, jedenfalls erst als zwischen den Prozessparteien schon Streit über die Untervermietung bestand. Anschliessend gab der Zeuge auch zu, dass es sich bei der Rechnung nur um eine Kostenaufstellung auf Wunsch des Beklagten handelte, "wie viel es ungefähr gekostet hat". Auf Vorhalt der Massangaben zum Laminat in der Rechnung (65 m<sup>2</sup>), behauptete der Zeuge, er habe ja gesagt es seien "60 m<sup>2</sup> oder 50 m<sup>2</sup>" gewesen (a.a.O.). Auf die Frage, woher er das bei der Ausstellung der Rechnung mehr als ein Jahr nach den Arbeiten noch gewusst habe, ob er da geschätzt oder gemessen habe, antwortete er, er habe nichts gemessen, aber er wisse, dass es etwa 50 m<sup>2</sup> gewesen seien. Anschliessend relativierte er den Gehalt der Rechnung noch mehr, indem er sagte, er und der Beklagte hätten das Laminat, ja anscheinend das ganze Material

zusammen im Warenhaus gekauft und der Beklagte habe bezahlt. Auf die weitere Frage, wieso das Material auf der Rechnung erscheine, wenn der Beklagte bezahlt habe, antwortete er, sie hätten "alles zusammen gekauft. Ich habe alles Material selber gekauft", der Beklagte habe bezahlt. Der Zeuge habe "nur die Arbeiten verrichtet, sonst nichts". Auf Vorhalt der auf der Rechnung vermerkten 40 Arbeitsstunden behauptete der Zeuge, er habe drei Wochen gearbeitet, das seien etwa 120 Stunden. Auf die Frage, weshalb er denn nur 40 Stunden aufgeschrieben habe, verstieg er sich zur Angabe, er habe nicht 8 Stunden pro Tag gearbeitet, ohne zu erläutern weshalb er dann dazu kommt, die Arbeitsleistung auf 120 Stunden zu veranschlagen. Schliesslich noch angesprochen auf die Formulierung in der Rechnung "Betrag bar dankend erhalten 16.06.2014", antwortete er auf die Frage, was er genau erhalten habe, nur lakonisch, sie hätten das so geschrieben. Sie könnten das schon nochmals schreiben, das sei kein Problem. Er gab dann an, dass er für die Arbeit nicht mehr genau bestimmbare Ratenzahlungen erhalten habe. Kurz darauf gab er die Variation zu Protokoll, er habe Raten von Fr. 2'000.– und Fr. 3'000.– erhalten, jedenfalls keineswegs den in der Rechnung vermerkten Betrag von Fr. 13'430.–. Bei einem derart lockeren Umgang mit der Wahrheit glaubt man wenigstens die Aussage des Zeugen gern, er könne die ausgestellte Rechnung bei Bedarf neu schreiben. Gerade deshalb ist aber weder die Rechnung selbst noch die Aussage des Zeugen auch nur das Papier wert, auf dem sie aufgezeichnet sind. Im Anschluss an die Einvernahme musste selbst der Beklagte einräumen, dass die Rechnung die Vorgänge jedenfalls nicht richtig wiedergibt. Die vom Beklagten geltend gemachten Verständigungsschwierigkeiten können die Diskrepanzen zwischen den Angaben des Zeugen und der Darstellung des Beklagten jedenfalls nicht erklären, insbesondere nicht was die sehr deutlichen Angaben des Zeugen zur nachträglichen Anfertigung von Urk. 16/3 im Hinblick auf den vorliegenden Prozess angeht. Die Tonaufnahmen der Zeugen-einvernahme sind im Übrigen auf dem Gerichtssystem gespeichert und zeigen, dass sich der Zeuge sehr wohl ohne Dolmetscher genügend auszudrücken vermochte.

Aus der Aussage Z1s lässt sich im für den Beklagten besten Fall ableiten, dass jener zu einem ungewissen Zeitpunkt für den Beklagten gewisse Arbeiten an der Sache ausführte mit Material, welches ihm vom Beklagten zur Verfügung gestellt wurde. Als Beleg für Art und Kosten der Arbeiten und für den Zeitpunkt ihrer Vornahme erweisen sich die Aussagen dagegen als unergiebig.

Der Zeuge Z2 stellte klar, dass er trotz Zusammenarbeit mit dem Beklagten in der Vergangenheit aufgrund von Auseinandersetzungen über angeblich nicht ordnungsgemäss abgewickelte Aufträge des Beklagten nicht mehr allzu gut auf diesen zu sprechen ist. Im Mietobjekt habe er lediglich Ausmessungen vorgenommen und einen "Entwurf bzw. eine Offerte" gemacht. Das sei ein Fehler gewesen, dass da "Rechnung" stehe, obwohl es gar keine Rechnung sei. Er gab sich empört, dass der Beklagte ihn benütze. Zu einem Auftrag sei es im Anschluss an die Messungen nie gekommen, weder bezüglich der Arbeiten an den Wänden noch derjenigen an der Decke. In den Jahren 2013 und 2014 habe er mit dem Beklagten fast keinen Kontakt gehabt. Da sei "wirklich gar nichts" gewesen. Dass Urk. 16/4 vom Zeugen als "Rechnung" bezeichnet worden sei, hänge damit zusammen, dass er die Büroarbeiten selber mache und die Offerten aus alten Dokumenten wie etwa Rechnungen an andere Kunden kopiere. Der Beklagte habe den Zeugen mit der Verwendung des Dokuments "in die Sache hineingezogen". Zur Rechnungsnummer erläuterte der Zeuge auf Nachfrage des klägerischen Rechtsvertreters, auch daran könne man sehen, dass es sich nur um eine Offerte handle, denn deren Nummer entspreche nicht der bei seinen Rechnungen üblichen Nummerierung, sondern stelle das Datum der Offerte dar. Dass die Offerte auf das Jahr 2013 datiert ist, konnte der Zeuge nicht erklären; vielmehr machte er geltend, die entsprechende Excel-Datei sei erst im April 2016 entstanden, etwa zwei Wochen bevor er sie dem Beklagten via E-Mail gesandt habe. Die entsprechende Nachricht reichte er dem Gericht ein. Die Schilderung entspricht im Übrigen auch der vorausgegangenen spontanen Darstellung des Zeugen, denn er berichtete auf die Frage, ob er Z3 kenne, dass dieser fast auf den Zeugen habe losgehen wollen, wobei der Zeuge zuerst nicht sagte, wann das war. Der Zeuge habe nicht verstanden weshalb Z3 wütend gewesen sei, habe schnell seine Aus-

messungen gemacht und sei abgehauen. Dann sei er ins Büro gegangen und habe die Offerte erstellt. Diese Darstellung setzt voraus, dass der Zeuge Z2 die Ausmessungen und die Offerte erst erstellte, als Z3 im Mietobjekt nicht nur seinen Coiffeurladen schon betrieb, sondern auch schon mit dem Beklagten im Streit lag, also keineswegs in den Jahren 2013 oder 2014.

Eine eingehendere Würdigung der Aussagen des Zeugen Z2 erübrigt sich. Damit lassen sich jedenfalls die vom Beklagten behaupteten Auslagen in Zusammenhang mit Investitionen im Mietobjekt weder nach Zeitpunkt, Art und Umfang noch bezogen auf die Kosten beweisen.

Unerheblich ist damit auch die Aussage der als Gegenbeweismittel von der Klägerin angerufenen Zeugin Z4, die Z2s Aussage, es handle sich nicht um eine Rechnung, aufgrund der Buchhaltung der von ihr übernommenen E. Reinigung AG sowie aufgrund der Kontakte mit Z2 indirekt bestätigte, dabei aber wohl gar davon ausging, der Zeuge habe dem Beklagten aufgrund der bestehenden Geschäftsbeziehungen (...) eine Gefälligkeitsrechnung ausgestellt.

Auch auf die Aussagen des Zeugen Z3, der (...) ihm bekannte und vom Beklagten veranlasste Arbeiten im Mietobjekt bestritt, der aussagte, Boden und Decke des Mietobjekts seien bei seinem Einzug alt gewesen, der die Mangelhaftigkeit der vom Beklagten gelieferten Waschmaschine und des Tumblers geltend machte, die schon einen Monat nach dem Einzug hätten ersetzt werden müssen, und der zudem behauptete, er habe vor seinem Einzug auf eigene Rechnung gewisse Arbeiten am Mietobjekt ausführen lassen, braucht unter diesen Umständen ebenfalls nicht näher eingegangen zu werden.

Auch für die vom Beklagten geltend gemachten Eigenleistungen lässt sich aus den offerierten Beweisen nichts zu seinen Gunsten gewinnen. Soweit die eingereichten Dokumente und die Befragten dazu überhaupt Angaben machen konnten, bestätigten sie jedenfalls keine Handwerkerarbeiten des Beklagten, selbst der diesem gewogene Zeuge Z1 nicht. Der Beklagte bezeichnete sich zudem nach Z1s Einvernahme als handwerklich unbegabt, wie die Klägerin zu recht ausführte. Es scheint, dass der Beklagte die unter diesem Posten eingesetzte Arbeit als eine

Art Honorar für organisatorische Leistungen versteht. Einen Beleg dafür hat er nicht offeriert. Dass seine eigene Einvernahme nicht durchgeführt werden konnte, ist seiner unentschuldigten Abwesenheit beim Termin vom 4. Oktober 2017 zuzuschreiben.

4.2.5 Zusammenfassend erweisen sich die vom Beklagten behaupteten Investitionen ins Mietobjekt sowohl nach Art und Zeitpunkt als auch nach Ausmass und Kosten als unbewiesen. Kann nicht festgestellt werden, was genau gemacht wurde, erübrigt sich auch das vom Beklagten beantragte Gutachten zum Wert bzw. zu den Kosten der Arbeiten. Zugleich hat damit die gesamte Differenz zwischen Haupt- und Untermietzins als unrechtmässiger Gewinn im Sinne von Art. 262 Abs. 2 i.V.m. Art. 423 OR zu gelten.

5.1 Zu prüfen bleibt, ob der Beklagte bösgläubig gehandelt hat, also dass er wusste oder hätte wissen müssen, dass die Bedingungen der Untervermietung nicht mit seinen vertraglichen Verpflichtungen übereinstimmen und dass er aus der Sache einen unrechtmässigen Gewinn erzielte.

5.2 Bezüglich der Rechtswidrigkeit der Untervermietung genügt es schon, dass im Beweisverfahren der dem Beklagten obliegende Nachweis der Zustimmung der Klägerin zur Untervermietung gescheitert ist, und dass aufgrund des Beweisergebnisses zu den behaupteten Investitionen zumindest der Verweigerungsgrund der missbräuchlichen Untermietbedingungen bestand. Bösgläubigkeit bezüglich des verlangten Untermietzins ergibt sich ohne weiteres daraus, dass dem Beklagten der Nachweis der Investitionen nicht gelang. Ein zusätzliches Indiz bildet der Umstand, dass sich im Beweisverfahren herausstellte, dass er vermeintliche Investitionen mit falschen Rechnungen zu untermauern versuchte.

6.1 Betreffend Parkplatz Nr. 8 und Garage Nr. 5 brachte die Klägerin hauptsächlich vor, die Garage Nr. 5 habe der Beklagte an Z6 zu einem Mietzins von Fr. 240.– untervermietet, also für Fr. 95.– mehr, als der Hauptmietzins pro Monat betragen habe. Den Parkplatz Nr. 8 habe Z6 gemäss eigenen Angaben nie gemietet und nie genutzt. Der Platz sei ab Dezember 2015 von der Klägerin an eine Drittpartei vermietet worden. Betreffend Parkplatz Nr. 9 wurde von der Klägerin



vorgebracht, der Beklagte habe den Platz von Juni bis Dezember 2015 an die Untermieterin des Ladenlokals für Fr. 100.– pro Monat untervermietet, ohne dass diesbezüglich ein Hauptmietverhältnis zwischen den Parteien bestanden habe. Der Beklagte habe sich eine Eigentümerstellung angemasst, diesen Parkplatz vermietet und den Ertrag behalten.

Demgegenüber führte der Beklagte aus, die Garage Nr. 5 sei zusammen mit dem Parkplatz Nr. 8 zu einem Preis von Fr. 240.– an Z7 von der Z7 GmbH untervermietet worden. Es gebe hierzu einen schriftlichen Mietvertrag. Einen Z6 kenne er nicht. Ob Z7 die Garage Nr. 5 an Z6 weitervermietet habe, wisse er nicht. Den Parkplatz Nr. 9 habe der Beklagte zu keinem Zeitpunkt vermietet. Laut der Verwaltung der Klägerin habe eine gewisser Z8 diesen Parkplatz Nr. 9 von der Untermieterin des Beklagten gemietet. Er kenne Z8 gar nicht (Prot. S. 16).

6.2 Mit den Beweissätzen 1 und 2 wurden die zu diesen Themen offerierten Beweise abgenommen. Die Klägerin berief sich bezüglich Garage Nr. 5 und Parkplatz Nr. 8 auf den Zeugen Z6 sowie eine Bestätigung desselben, der Beklagte offerierte seine eigene Parteibefragung und den Zeugen Z7. Bezüglich Parkplatz Nr. 9 rief die Klägerin den Zeugen Z3 an, und beide Parteien offerierten die Parteibefragung des Beklagten. Dass letztere nicht stattfinden konnte und dass sich dies zum Nachteil des Beklagten auswirkt, wurde bereits erläutert. Gleiches gilt für den vom Beklagten offerierten Untermietvertrag mit Z7, der zunächst als Beweismittel zugelassen, dann aber nach Abweisung des Notfristgesuchs des Beklagten nicht abgenommen wurde, weil der Beklagte die ihm mit Verfügung vom 26. April 2017 angesetzte Frist zur Einreichung des Dokuments versäumt hatte.

6.3.1 Gemäss den Hauptmietverträgen belief sich der Mietzins für den Parkplatz Nr. 8 auf Fr. 90.– und derjenige für die Garage Nr. 5 auf Fr. 145.–.

6.3.2 Der Zeuge Z6 hat seinen Angaben zufolge zu beiden Parteien ein neutrales Verhältnis. Aktuell hat er von der Klägerin die fragliche Garage Nr. 5 gemietet. Die Garage nutzt er seinen Aussagen zufolge schon länger. Vor Abschluss des aktuellen Mietvertrages per 1. Oktober 2016 mit der Klägerin habe er die fragliche

Garage seit 2014 zusammen mit Z7 benützt, wobei Z7 mit dem Beklagten anscheinend einen schriftlichen Vertrag gehabt habe, während der Zeuge an Z7 auf mündlicher Basis Fr. 120.– pro Monat für die Mitbenützung bezahlt habe. Einen Aussenparkplatz habe er nie gemietet. Die von der Klägerin als Urk. 30/1 eingereichte Bestätigung habe nicht er, sondern eine Mitarbeiterin der Verwaltung der Klägerin verfasst, aber die Bestätigung sei richtig. Laut Aussagen Z7s habe dieser dem Beklagten einen monatlichen Mietzins von Fr. 240.– bezahlt; etwas Schriftliches habe der Zeuge aber nie gesehen. Nach seiner Entlassung wartete der Zeuge vor dem Gerichtssaal, um im Anschluss an die Einvernahme des Zeugen Z7 Ergänzungen anzubringen. Dies wurde vom Gericht zugelassen. Dabei bestätigte der Zeuge u.a. Z7s Aussage, dieser habe auch einen Parkplatz gemietet, und zwar denjenigen mit der Nr. 10. Ob Z7s Angabe zutrifft, er habe dem Beklagten für Garage und Parkplatz Fr. 300.– pro Monat bezahlt, konnte er nicht sagen.

Z7 sagte als Zeuge, er habe die Garage Nr. 5 und den Parkplatz Nr. 10 vom Beklagten gemietet. Der Platz habe "offiziell" wohl einer alten Frau gehört, er wisse es nicht genau. Das sei noch zur Zeit der alten Verwaltung gewesen. Für beide Objekte habe er dem Beklagten (...) Fr. 300.– pro Monat bezahlt, und zwar in bar. Einen schriftlichen Vertrag habe es nicht gegeben, man habe das "einfach so unter Nachbarn geregelt". Nach dem Wechsel der Verwaltung habe er sich für die bisher gemieteten Objekte beworben. Sein "einmal ... etwas besserer und einmal ... etwas schlechterer" Kollege Z6, der ihm bis dahin pro Monat Fr. 120.– für die Mitbenützung der Garage bezahlt habe, habe dann aber hinter dem Rücken des Zeugen die Garage gemietet und den Zeugen hinausgeworfen. Die von Z6 bezahlten Fr. 120.– hätten der Hälfte der Miete für die Garage entsprochen. Auf Nachfrage blieb der Zeuge nach kurzem Zögern dabei, dass es sich beim gemieteten Aussenparkplatz um die Nr. 10 gehandelt habe, nicht die Nr. 8 oder 9. "Der vom Putzinstitut" (der Beklagte) habe jeweils auf dem Parkplatz Nr. 9 geparkt. Die Parkplätze seien der Reihe nach nummeriert. Auf dem Parkplatz Nr. 10 habe der Zeuge sein Auto immer etwas mehr links Richtung Hofeinfahrt geparkt, damit der Beklagte genug Platz zum Aussteigen gehabt habe. Die Nr. 8 sei ein ganz kleiner

Parkplatz, den der Zeuge jetzt im Nachhinein gemietet habe. Diesen habe er zuvor aber nicht gemietet gehabt.

Der Zeuge Z3 gab an, dass er ausser dem Coiffeur-Laden auch noch einen Parkplatz gemietet habe, und zwar die Nr. 9. Dabei bestätigte er, dass der Parkplatz Nr. 8 nebenan kürzer ist als derjenige mit der Nr. 9. Heute zahle er Fr. 140.– dafür, als er den Parkplatz noch vom Beklagten gemietet habe, habe der Zeuge diesem Fr. 100.– pro Monat bezahlt seit Juni 2014. Der Zeuge meinte auf die Frage, wieso der Parkplatz im Mietvertrag nicht erwähnt sei, der Beklagte habe ein sehr gutes Verhältnis zur damaligen Liegenschaftenverwaltung gehabt und beispielsweise Einstellplätze für Fr. 60.– gemietet und für Fr. 100.– weitervermietet.

6.3.3 Es bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass die Angaben der drei Zeugen zumindest im Kern zutreffen. Sie stimmen überein, soweit die Zeugen ihre Aussagen auf eigene Wahrnehmungen stützen konnten, und zwar auch in den Details wie bezüglich Lage und Grösse der Parkplätze und bezüglich der Preise. Die beschriebenen Vorgänge lassen ein Muster des Beklagten erkennen, der entweder tatsächlich ein besonderes, in für ihn erkennbarer Weise mit den Interessen der Klägerin nicht in Einklang zu bringendes Verhältnis zum früheren Verwalter hatte oder doch mit dessen Nachlässigkeit rechnen konnte und Untermietzinse kassierte, ohne dass es darüber schriftliche Vereinbarungen gab. Dass die Zeugen sich abgesprochen haben, scheint unwahrscheinlich. Der Zeuge Z7 gab zwar an, der Zeuge Z3 habe sich nach Entdeckung der Diskrepanz zwischen Unter- und Hauptmietzins [für den Laden] bei ihm über den Beklagten beschwert; aktuelle Kontakte zwischen den beiden scheint es jedoch nicht zu geben. Z7 seinerseits ist auf Z6 nicht mehr besonders gut zu sprechen, seit dieser ihn bezüglich der Garage Nr. 5 ausgebootet hat – dennoch machten die beiden übereinstimmende Aussagen. Z6 korrigierte seine Aussage zum von ihm bezahlten Untermietzins zwischenzeitlich gar von Fr. 120.– auf 100.–, obwohl Z7 angegeben hatte, Fr. 120.– von Z6 bekommen zu haben. Der Zeuge Z3 hegt zwar eingeständenermassen Vorbehalte gegenüber dem Beklagten. Seine Aussage, er habe vom Beklagten den Parkplatz Nr. 9 gemietet, stimmt aber mit Z7s Aussage überein, die Nr. 9 sei der Platz neben dem von ihm gemieteten Parkplatz Nr. 10, auf

welchem Z7 sein Fahrzeug immer weit links geparkt habe, um dem Beklagten nebenan das Aussteigen zu erleichtern. Es erscheint aber naheliegend, dass der Beklagte den Parkplatz Nr. 9 Z3 bzw. dessen Z3 Coiffeur GmbH überliess, nachdem der Laden vom Reinigungsinstitut zum Coiffeurgeschäft umfunktioniert worden war.

Das Beweisergebnis stimmt allerdings nicht ganz mit den Behauptungen der Klägerin überein. Zwar steht nun fest, dass der Beklagte zusammen mit der Garage Nr. 5 nicht auch den Parkplatz Nr. 8 vermietet hat, was zugleich die Behauptung der Klägerin stützt, der Beklagte habe durch Vermietung der Garage Nr. 5 für Fr. 240.– monatlich aufgrund eines Vergleichs mit dem Hauptmietzins von Fr. 145.– einen Gewinn von Fr. 95.– pro Monat erzielt. Als richtig erweist sich immerhin die Darstellung des Beklagten, die Vermietung sei nicht an Z6, sondern an Z7 erfolgt. Dies ändert aber am Ergebnis nichts, denn die weitere Behauptung der Klägerin, Z7 habe auch einen Parkplatz gemietet, ist zwar nicht völlig falsch, aber dennoch weder richtig noch vollständig: Erstens handelte es sich dabei nicht um den Parkplatz Nr. 8, sondern um den Parkplatz Nr. 10 und zweitens betrug die gesamte Miete für die Garage Nr. 5 und den Parkplatz Nr. 10 nach Z7s Angaben Fr. 300.– und nicht Fr. 240.– pro Monat, wobei Z7 die Miete für den Parkplatz indirekt mit Fr. 60.– monatlich bezifferte und den Preis für die Garage von Fr. 240.– zumindest indirekt mit der Aussage bestätigte, Z6 habe ihm gestützt auf den Untermietvertrag zwischen den beiden Fr. 120.– pro Monat bezahlt und ihm so den Hauptmietzins zur Hälfte wieder erstattet. Bestätigt wurde auch die Behauptung, dass der Beklagte den gar nicht von ihm gemieteten Parkplatz Nr. 9 für Fr. 100.– pro Monat an Z3 vermietete.

Soweit sich das Beweisergebnis als überschliessend erweist, kann es im vorliegenden Fall dem Urteil dennoch zugrunde gelegt werden, denn nach der Lehre ist dies möglich, soweit die bewiesene Tatsache im Rahmen des Behaupteten liegt (BK ZPO-HURNI, Art. 55 N 36; MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2014, N 635 f.; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung, ZBJV 2018, S. 269 ff., S. 276 f.). Die Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe

die Garage Nr. 5 wesentlich teurer vermietet als er sie selber gemietet habe, liegt unabhängig von der Person des behaupteten Untermieters im Rahmen des bereits Vorgetragenen. Gleiches gilt für den Umstand, dass Z7 zwar sehr wohl neben der Garage Nr. 5 auch einen Parkplatz mietete, aber insgesamt zu einem höheren Mietzins als von der Klägerin behauptet. Bei der abschliessenden Bezifferung der Klage hat sich die Klägerin im Übrigen mit den von ihr schon im Rahmen der ersten Parteivorträge geltend gemachten Gewinnen begnügt und das überschliessende Beweisergebnis insofern auch nicht zu ihren Gunsten verwertet.

6.3.4 Zwar kann aufgrund des Beweisergebnisses nicht ganz ausgeschlossen werden, dass die damalige Verwaltung des Klägers Kenntnis von den Umtrieben des Beklagten hatte. Der heute für die Liegenschaft zuständige Verwalter R. führte anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. Dezember 2016 in Zusammenhang mit den Einbauten des Beklagten im Mietobjekt u.a. aus, diverse Parkplätze seien auf dem Mieterspiegel nicht aufgeführt gewesen. Q. habe keine Antwort geben können, wieso das so gewesen sei. Der Beklagte behauptete jedoch nur, es sei weder punkto Mietzins noch punkto Mietobjekt zu einer Überschreitung seiner Benützungsbefugnis gekommen. Dass die frühere Verwaltung wusste, dass er von ihm gar nicht gemietete Parkplätze Dritten überliess und die gemietete Garage zu einem übersetzten Mietzins an Z7 vermietete, machte er nicht geltend. Die Frage ist daher auch nicht beweisbedürftig, ganz abgesehen davon, dass es an tauglichen Beweisofferten fehlt. Hätte der ehemalige Verwalter Q. im Übrigen hinter dem Rücken seiner Arbeitgeberin und der Klägerin dem Beklagten all die Gewinne bewusst ermöglicht, könnte der Beklagte sich wegen des offenen Interessenkonflikts ohnehin nicht auf die Zustimmung der früheren Verwaltung der Klägerin berufen.

6.3.5 Für die überhöhten Untermietzinse fehlt in allen Fällen eine Rechtfertigung; zumindest ist eine solche nicht nachgewiesen. Fest steht weiter, dass der Beklagte zumindest zwei Parkplätze der Mietliegenschaft vermietet hat, ohne selber Mieter zu sein. Der Beklagte ist daher gemäss den Schlussanträgen der Klägerin zu verpflichten, der Klägerin den Gewinn aus der Untervermietung des Ladenlokals in Höhe von Fr. 15'792.– (10 Monate, Juni 2015 bis März 2016 = Fr. 9'750.– [10 x

Fr. 975.–] plus 6 Monate, April bis September 2016 = Fr. 6'042.– [6 x Fr. 1'007.–]), den Gewinn von Fr. 1'520.– aus der übersetzten Untervermietung der Garage Nr. 5 an Z7 (16 Monate, Juni 2015 bis September 2016, à Fr. 95.–) und den Gewinn aus der Vermietung des Parkplatzes Nr. 9 an Z3 in Höhe von Fr. 700.– (7 Monate zwischen Juni und Dezember 2015 à Fr. 100.–) herauszugeben. Unbestritten blieben die von der Klägerin geltend gemachten Verzugsdaten, d.h. ab Klageeinleitung bzw. ab 26. Februar 2016. Die Klageeinleitung erfolgte mit der Eingabe an die Schlichtungsbehörde vom 14. April 2016.

7.1 Der Beklagte beantragte eventualiter, die Klägerin sei bei Gutheissung der Klage zu verpflichten, ihm auf erstes Verlangen das ihm gehörende Mobiliar, konkret die lose gelegten Gipsplatten an der Decke, den Laminatboden, die Trennwände, die Waschmaschine, den Tumbler und die Lavabos aus dem Ladenlokal auszuhändigen. Prozessual handelt es sich dabei um eine (zulässige) Eventualwiderklage.

7.2 Gemäss Art. 260a OR kann der Mieter grundsätzlich Erneuerungen und Änderungen an der Mietsache nur vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zugestimmt hat. Ist dies der Fall, so kann der Vermieter die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur verlangen, wenn dies schriftlich vereinbart worden ist. Weist die Sache bei Beendigung des Mietverhältnisses dank der Erneuerung oder Änderung, welcher der Vermieter zugestimmt hat, einen erheblichen Mehrwert auf, so kann der Mieter dafür eine entsprechende Entschädigung verlangen; weitergehende schriftlich vereinbarte Entschädigungsansprüche bleiben vorbehalten (Art. 260a Abs. 3 OR). Verzichtet der Vermieter auf die vereinbarte Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, so schuldet er dem Mieter – vorausgesetzt, die Mietsache weist einen erheblichen Mehrwert auf und die Mehrwertentschädigungspflicht wurde nicht wegbedungen (vgl. BGE 124 III 149 E. 4 f.) – eine entsprechende, angemessene Entschädigung für die vom Mieter bewirkte Verbesserung des vertragsgemässen Zustandes der Mietsache (ZK-HIGI, Art. 260a OR N 45). Hat der Mieter mit Zustimmung des Vermieters Arbeiten zur Herstellung oder Erhaltung der Gebrauchstauglichkeit der Sache vorgenommen, gelangt nicht Art. 260a OR, sondern Art. 256 OR zur Anwendung. Der Mieter von Geschäfts-

räumen hat nach Art. 256 Abs. 2 OR einen zwingenden Anspruch auf Ersatz der Kosten, soweit sie bei Beendigung der Miete nicht amortisiert sind.

Haben die Parteien keine Wiederherstellungspflicht vereinbart, aber vorgesehen, dass Mietereinbauten im Sinne von Art. 260a OR durch den Vermieter nicht zu entschädigen sind, so stellt sich die Frage, ob der Mieter bei Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Regelung ein Rückbau- bzw. Wegnahmerecht hat. Solange der Mieterausbau gar nicht oder nur lose mit dem Boden und den darauf befindlichen Bauten verbunden ist und damit nicht zum Bestandteil der Mietsache wurde, steht dem Mieter das Wegnahmerecht ohnehin zu. Wird der Mieterausbau aber sachenrechtlich Bestandteil der Mietsache, so fällt er auf Grund des Akzessionsprinzips ins Eigentum des Vermieters; der Mieter ist sachenrechtlich betrachtet nicht mehr Eigentümer seines Mieterausbaus. In gewissen Fällen kennt das Sachenrecht aber die Trennung des Bestandteils von der Hauptsache. Dieses sogenannte *ius tollendi* wird als ein aus früherem Eigentum fliessender Anspruch auf Trennung des Bestandteils von der Hauptsache aufgefasst (BIBER, Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, mp 2015, S. 101 f.).

Für den Fall, dass die Vermieterschaft im Rahmen von Art. 260a OR (oder Art. 256 OR) keinen Verwendungsersatz für die Mietereinbauten leistet, wird von der Lehre ein entsprechendes sachenrechtliches Wegnahmerecht (*ius tollendi*) des Mieters auch ohne positive Gesetzesnorm befürwortet (Urteil des Bundesgerichts 4C.345/2005 vom 9. Januar 2006 E. 1.1 mit Verweis auf BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 642 N 59 f.; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl. 1979, S. 134; Urteil des Bundesgerichts 4A\_211/2009 vom 2. September 2009 E. 3.3; a.M. J.-P. TSCHUDI, Die Rohbaumiete, MRA 2008, S. 60 f.).

Das Wegnahmerecht ist ein Aneignungsrecht, welches eigenmächtig ausgeübt werden kann, allerdings – wie in Art. 65 Abs. 2 OR und Art. 939 Abs. 2 ZGB ausdrücklich erwähnt – vor Rückgabe der Sache. Nach dem Wortlaut dieser Artikel darf die Wegnahme nur erfolgen "soweit das ohne Beschädigung der Sache selbst geschehen kann". Wörtlich ausgelegt würden diese Bestimmungen das

Wegnahmerecht in den meisten Fällen ausschliessen, denn eine Trennung ist ohne Beschädigung der Hauptsache kaum möglich. Gemeint ist aber nicht eine Beschränkung des Wegnahmerechts, sondern eine Verpflichtung des Wegnehmenden, die Hauptsache auf eigene Kosten in den vorigen Stand zu setzen (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl. 1979, S. 134).

7.3 Die Parteien vereinbarten in Ziffer 2 der Besonderen Vereinbarungen zum Mietvertrag, vom Mieter eingebrachte oder vom Vormieter übernommene und fest mit dem Gebäude verbundene Einrichtungen und Ausstattungen seien per Mietende auf Verlangen des Vermieters zu entfernen und es sei der ursprüngliche Zustand der Mietsache wiederherzustellen. In Ziffer 9 der Allgemeinen Vertragsbedingungen wurde sodann festgehalten, sofern der Vermieter schriftlich nicht ausdrücklich etwas anderes bestimme, sei der Mieter verpflichtet, auf den Zeitpunkt der Beendigung des Mietvertrages und auf eigene Kosten den früheren Zustand wiederherzustellen. Die Parteien haben weder einen etwaigen Mehrwertentschädigungsanspruch vertraglich wegbedungen, noch hinsichtlich eines Rückbau- bzw. Wegnahmerechts etwas geregelt.

Die Klägerin verzichtete auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes des Ladenlokals nach Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Beklagten, und ging einen neuen Mietvertrag mit der bisherigen Untermieterin des Beklagten, der Z3 Coiffeur GmbH, ein, welche das Ladenlokal im umgebauten Zustand weiter nutzte. Zugleich lehnte die Klägerin eine Entschädigung für die geltend gemachten Investitionen des Beklagten ab. Nach dem Gesagten wäre dem Beklagten ein Wegnahmerecht für seine Einbauten zugestanden. Dieses hätte er jedoch bis zur Rückgabe der Mietsache wahrnehmen müssen. Dabei hätte er die Mietsache durch die Wegnahme der Einbauten nicht beschädigen dürfen, was bedeutet, dass er verpflichtet gewesen wäre, den Zustand, wie er vor den Einbauten vorlag, auf eigene Kosten wiederherzustellen. Nun, da die Mietsache nicht mehr im Besitz des Beklagten ist, sondern die Z3 Coiffeur GmbH neue Besitzerin des Ladenlokals geworden ist, ist es nicht mehr zulässig, die eingebauten Bestandteile von der Hauptsache zu trennen. Der Beklagte könnte daher lediglich einen Entschädi-



gungsanspruch geltend machen. Da ein Mehrwert mangels Nachweises der Investitionen nicht dargetan ist, scheidet auch eine Entschädigung aus. Die Eventualwiderklage ist daher abzuweisen.

8. Das bestehende Mietdepot ist unbestrittenermassen entsprechend dem Verfahrensausgang zu verwenden. Entsprechend ist es der Klägerin in Anrechnung auf ihre Forderung zuzusprechen.

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2018, 28. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident