

ZMP 2024 Nr. 3

Art. 257e OR; Art. 125 Ziff. 1 und 2 OR. Art. 22 FusG; Art. 83 Abs. 4 ZPO; Art. 133 ff. ZPO; Art. 147 Abs. 1 ZPO; Art. 234 ZPO. Nicht korrekt angelegtes Mietzinsdepot. Verrechnungsverbot gegenüber dem Herausgabeanspruch. Fusion einer Partei im laufenden Verfahren. Säumnis im vereinfachten Verfahren.

Der Vermieter, der den ihm überwiesenen Betrag für ein Mietzinsdepot nicht korrekt anlegt, ist ohne weiteres zur Rückerstattung verpflichtet. Insbesondere kann er seine Forderungen aus dem Mietverhältnis nicht gegen den Willen des Mieters mit der Verpflichtung zur Herausgabe verrechnen. Gleiches gilt, wenn der Vermieter nicht innert eines Jahres seit der Beendigung des Mietverhältnisses seine Ansprüche auf dem Rechtsweg geltend macht.

Fusioniert eine Prozesspartei während des laufenden Verfahrens mit einer anderen, geht sie nicht unter, sondern besteht kraft Universalsukzession im neuen Gebilde fort. Teilt ein rechtskundiger Repräsentant sowohl der alten als auch der neuen juristischen Person dem Gericht fälschlicherweise mit, die bisherige Beklagte sei ersatzlos untergegangen, und bleibt sie in der Folge der Hauptverhandlung im vereinfachten Verfahren fern, ist sie säumig.

Aus dem Urteil des **Mietgerichts Zürich** MJ220072-L vom 1. November 2023 (nicht rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Altieri; Gerichtsschreiber Kohler):

«(...)

Rechtsbegehren:

«Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 24'000.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 11. Februar 2022 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten.»

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

1.1. Die Klägerin übernahm per 1. Dezember 2018 von der A. Gastro GmbH den Mietvertrag vom 29. Mai bzw. 1. Juni 2018 mit der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin (nachfolgend: Beklagte; vgl. unten, E. II. 2. Parteiwechsel) über die Gewerberäume im Erd- und Untergeschoss (im Rohbau) an der N.-str. y in Zürich. Hierzu unterzeichneten die Klägerin, die A. Gastro GmbH sowie die Beklagte eine «Vertragsübernahme i.S.v. Art. 263 OR». Darin vereinbarten die Vertragsparteien, dass die Klägerin der A. Gastro GmbH «als Abgeltung für das geleistete und bei der Vermieterin verbleibende Mietzinsdepot», den Betrag von Fr. 24'000.– ausbezahle, deren Erhalt die A. Gastro GmbH mit Unterzeichnung dieser Vereinbarung ausdrücklich quittierte.

1.2. Mit Schreiben vom 12. Februar 2021 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis mit der Klägerin per 31. März 2021 infolge Zahlungsverzugs. Die Beklagte schloss sodann am 26. März 2021 mit einer Drittperson einen neuen Mietvertrag über das eingangs genannte Mietobjekt, wobei der Mietbeginn auf den 1. April 2021 festgelegt wurde.

1.3. Nach mehrfacher Aufforderung zur Herausgabe des Mietzinsdepots über Fr. 24'000.– setzte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 2. Februar 2022 in Verzug und forderte sie zur Herausgabe des Mietzinsdepots bis spätestens 11. Februar 2022 auf.

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Eingabe vom 26. April 2022 (Datum Poststempel) machte die Klägerin das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Nachdem für die Beklagte unentschuldigt niemand zur Schlichtungsverhandlung vom 7. Juli 2022 erschienen war, wurde der Klägerin mit Beschluss desselben Tages die Klagebewilligung erteilt.

2.2. Mit Eingabe vom 14. September 2022 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin fristgerecht die vorliegende Klage samt Beilagen sowie die ihr am 15. Juli 2022 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde vom 7. Juli 2022 ein. Der von der Klägerin mit Verfügung vom 19. September 2022 verlangte Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 3'470.– ging innert Frist am 3. Oktober 2022 ein.

2.3. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2022 wurde der Beklagten eine einmal erstreckbare Frist von 20 Tagen angesetzt, um zur Klage Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 14. November 2022 (Datum Poststempel) stellte die Beklagte innert erstreckter Frist den Antrag, die Klägerin zur Leistung einer Sicherheit für die Parteienschädigung zu verpflichten. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2022 wurde der Beklagten die Frist zur Stellungnahme zur Klage einstweilen abgenommen und zugleich der Klägerin Frist zur Stellungnahme zum Antrag der Beklagten um Sicherstellung der Parteienschädigung angesetzt. Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 11. Januar 2023 (Datum Poststempel) innert erstreckter Frist eine Stellungnahme samt Beilagen ein, welche der Beklagten mit Verfügung vom 20. Januar 2022 zugestellt wurde. Mit Eingabe vom 1. Februar 2023 (Datum Poststempel) machte die Beklagte innert 10 Tagen von ihrem unbedingten Replikrecht Gebrauch. Mit Verfügung vom 9. Februar 2023 wurde der Antrag der Beklagten zur Verpflichtung der Klägerin zur Sicherstellung der Parteienschädigung abgewiesen und ihr zugleich eine nicht erstreckbare Frist von 20 Tagen zur schriftlichen Stellungnahme zur Klage angesetzt.

Die von der Beklagten gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde vom 2. März 2023 wurde von der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Urteil vom 27. März 2023 abgewiesen [Anm. d. Red: Zu den entsprechenden Entscheidungen s. ZMP 2024 Nr. 4].

2.4. Am 17. Juli 2023 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 1. November 2023 vorgeladen. Am 26. Oktober 2023 erlangte das Mietgericht Kenntnis von der Übernahme der K1 GmbH durch die K2 AG infolge Fusion (...; vgl. unten, E. II. 2. Parteiwechsel). Mit Eingabe vom 30. Oktober 2023 beantragte Rechtsanwalt B., dass auf die Klage nicht einzutreten sei, dies weil die ursprünglich einge-

klagte K1 GmbH, ersatzlos aus dem Handelsregister gelöscht worden sei, und daher nicht mehr partei- und prozessfähig sei. Eine weiterführende schriftliche Stellungnahme zur Klage erstattete die Beklagte indes nicht.

2.5. Zur Hauptverhandlung ist für die Beklagte unentschuldigt niemand erschienen. Die Klägerin erstattete ihren Parteivortrag, teilweise auf Befragen. Der Prozess ist spruchreif, sodass das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Das unbegründete Urteil erging am 1. November 2023. Mit Schreiben vom 27. November 2023 (Datum Poststempel) verlangte die Beklagte fristgerecht die Begründung des Urteils sowie die Zustellung einer Kopie des gesamten Protokolls.

II. Prozessuales

1. Zuständigkeit und Verfahrensart

Das Mietgericht des Bezirks Zürich ist als Einzelgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Streitigkeit aus einem Mietverhältnis für in Zürich gelegene Geschäftsräume mit einem Streitwert von weniger als Fr. 30'000.– (§ 26 i.V.m. § 21 GOG; Art. 33 und 35 ZPO). Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO), wobei die soziale Untersuchungsmaxime Anwendung findet (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO).

2. Parteiwechsel

2.1. Mit Eingabe vom 30. Oktober 2023 teilte der Rechtsvertreter, zugleich Organ der vormals ins Recht gefassten Beklagten, Rechtsanwalt B., dem Gericht mit, dass diese ersatzlos aus dem Handelsregister des Kantons Zürich gelöscht worden sei. Weiter führte er aus, dass diese demnach nicht mehr partei- und prozessfähig im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO sei, weshalb unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin auf die Klage nicht einzutreten sei.

2.2. Die Klägerin hingegen brachte anlässlich der Hauptverhandlung vom 1. November 2023 vor, dass der Parteiwechsel aufgrund der Fusion von Amtes wegen zu berücksichtigen sei.

2.3. Grundsätzlich stehen sich während eines Prozesses von Anfang bis zum Ende dieselben Parteien gegenüber. Ein Parteiwechsel liegt vor, wenn während dem laufenden Verfahren an Stelle einer der bisherigen Parteien eine andere Partei in den Prozess eintritt. Hierbei nimmt die eintretende Partei den Prozess in der Lage auf, in der er sich im Moment des Parteiwechsels befindet. Sämtliche bisherigen Verfahrenshandlungen behalten somit ihre Wirkung (BSK ZPO-GRABER, 3. Aufl., Art. 83 N 23). Ein Parteiwechsel ist nur unter den in Art. 83 ZPO genannten Voraussetzungen möglich. Nach Abs. 4 dieser Bestimmung ist ein Parteiwechsel ohne Veräusserung des Streitobjekts grundsätzlich nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig; wobei besondere gesetzliche Bestimmungen über die Rechtsnachfolge vorbehalten bleiben.

2.4. Eine solche Rechtsnachfolge ist die Universalsukzession infolge Fusion nach Art. 22 des Bundesgesetzes über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG). Hierbei tritt die Nachfolge unmittelbar kraft Gesetzes ein und ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Die Zustimmung der Gegenpartei ist hierfür nicht erforderlich. Es hat sodann eine Anpassung der Parteibezeichnung zu erfolgen, wobei es keiner ausdrücklichen Erklärung der Parteien bedarf. Es genügt, dass das Gericht aufgrund der vorliegenden Tatsachen von der fusionsbedingten Rechtsnachfolge Kenntnis erlangt (Urteile des Bundesgerichts 5A_256/2016 vom 9. Juni 2017 E. 3.2, nicht publiziert in BGE 143 III 297; 4A_232/2014; 4A_232/2014 vom 30. März 2015 E. 4.2.2, nicht publiziert in BGE 141 III 106; BSK ZPO-GRABER, a.a.O., Art. 83 N 36 und 39; KUKO ZPO-DO-MEJ, 3. Aufl., Art. 83 N 16; BSK FusG-TSCHÄNI/GABERTHÜEL/ERNI, 2. Aufl., Art. 22 N 16; ZK FusG-GELZER, 2. Aufl., Art. 22 N 13 f.).

2.5. Aus dem Handelsregisterauszug wird ersichtlich, dass die K1 GmbH gemäss Fusionsvertrag vom 5. Juni 2023 mit der K2 AG fusionierte. Die Fusion wurde durch die Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. Mit Rechtswirksamkeit der Fusion erfolgte vorliegend auf dem Weg der Universalsukzession ein Übergang sämtlicher Aktiven und Passiven von der K1 GmbH, als übertragende Gesellschaft, auf die K2 AG, als übernehmende Gesellschaft. Bei der K2 AG handelt es sich um eine partei- und prozessfähige juristische Person im Sinne von

Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO. Die ursprünglich ins Recht gefasste K1 GmbH wurde damit zwar im Handelsregister gelöscht. Eine Löschung, welche gemäss den Ausführungen von Rechtsanwalt B. hingegen ersatzlos gewesen wäre, weshalb es an einer prozess- und parteifähigen Beklagten fehlen würde, erfolgte indessen gerade nicht. Vielmehr trat die K2 AG als Rechtsnachfolgerin der K1 GmbH *ex lege* in den vorliegenden Prozess ein.

2.6. Es liegt vorliegend offenkundig ein Parteiwechsel nach Art. 84 Abs. 4 Satz 2 ZPO i.V.m. Art. 22 FusG vor, welcher von Gesetzes wegen stattfindet und von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Der Parteiwechsel bedarf keiner Zustimmung der Gegenpartei (vgl. aber Prot. S. 9). Das Rubrum wurde deshalb anlässlich der Hauptverhandlung entsprechend angepasst, womit die K2 AG als Beklagte aufgeführt, sowie auf die Klage eingetreten wurde.

2.7. Aus dem Handelsregisterauszug der K2 AG wird überdies ersichtlich, dass Rechtsanwalt B. einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates ist, da er bisher jedoch nicht als deren Rechtsanwalt in Erscheinung trat, wurde er nach dem Parteiwechsel im Rubrum nicht mehr als solcher aufgeführt.

3. Säumnis und Säumnisfolgen

3.1. Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Für das Eintreten der Säumnisfolgen im Sinne von Art. 234 ZPO wird die gehörige Vorladung sowie das Fernbleiben einer Partei an der Hauptverhandlung vorausgesetzt. Eine Vorladung ist korrekt, wenn sie den entsprechenden Inhalt gemäss Art. 133 ZPO umfasst und mindestens zehn Tage vor dem Erscheinungstermin versandt wurde, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 134 ZPO). Die Zustellung hat durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen (Art. 138 Abs. 1 ZPO).

3.2. Die Nichtbeachtung einer Frist oder eines Termins hat zur Folge, dass die betreffende Partei von der versäumten prozessualen Handlung ausgeschlossen wird (Präklusivwirkung). So kann das Gericht eine korrekt anberaumte Verhandlung trotz Fernbleiben einer Partei durchführen Art. 234 ZPO i.V.m. Art. 147

Abs. 2 ZPO) und, unter Berücksichtigung von Art. 153 ZPO i.V.m. Art. 247 ZPO, die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei seinem Entscheid zu Grunde legen. Eine zweite Vorladung ist nicht erforderlich (Art. 234 i.V.m. Art. 245 f. ZPO; BGE 146 III 297 E. 2.7).

3.3. Im vorliegenden Fall erfolgte die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 1. November 2023 inhaltlich korrekt. Ferner wurde sie am 17. Juli 2023, mithin mehr als zehn Tage vor der Hauptverhandlung, per eingeschriebener Postsendung versandt und sowohl von der Beklagten als auch von deren damaligen Vertreter am 25. Juli 2023 in Empfang genommen. In der Vorladung, deren Empfang durch die Post bestätigt wurde, sind die Folgen eines Fernbleibens einer Partei explizit angedroht worden. Nach dem Gesagten ist die Beklagte der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben, womit die Säumnisfolgen entsprechend eingetreten sind, weshalb am 1. November 2023 ohne die Beklagte gültig verhandelt wurde. Da sich die Beklagte während des gesamten Verfahrens zu den materiellen Vorbringen der Klägerin nicht äusserte, kann dem Entscheid im Wesentlichen die Darstellung der Klägerin zugrunde gelegt werden, soweit dem nicht die soziale Untersuchungsmaxime entgegensteht (Art. 247 Abs. 2 ZPO).

III. Parteistandpunkte

1. Standpunkt der Klägerin

1.1. Die Klägerin bringt im Wesentlichen vor, mit Vereinbarung vom Dezember 2018 den Mietvertrag zwischen der A. Gastro GmbH und der Beklagten per 1. Dezember 2018 übernommen zu haben. Im Rahmen dieser Vertragsübernahme habe die Klägerin der A. Gastro GmbH eine Abgeltung in der Höhe von Fr. 24'000.– für das bei der Beklagten verbleibende Mietzinsdepot bezahlt. Den Erhalt dieser Zahlung habe die A. Gastro GmbH mit Unterzeichnung des genannten Übernahmevertrags sogleich quittiert. Die Klägerin habe in der Folge keine Bestätigung, namentlich einen Kontoauszug, Auskünfte oder sonstige Belege, über ein auf ihren Namen lautendes Sperrkonto erhalten. Aufgrund dessen sei davon auszugehen, dass die Beklagte ein solches nie eingerichtet habe und das Mietzinsdepot durch die Beklagte nicht rechtmässig hinterlegt worden sei. Dies

ergebe sich insbesondere auch aus dem Umstand, dass die Klägerin die Sicherheitsleistung vereinbarungsgemäss nicht an die Beklagte sondern vielmehr an die A. Gastro GmbH geleistet habe. Weiter bringt die Klägerin vor, dass das Mietverhältnis am 31. März 2021 geendet habe. Sämtliche ausstehenden Mietzinse, welche zur Kündigung durch die Beklagte geführt hätten, seien durch die Klägerin beglichen worden. Am 26. März 2021 habe die Beklagte sodann einen neuen Mietvertrag mit einer von der Klägerin empfohlenen Drittperson geschlossen. Aufgrund des Ausgeführten sei das Mietzinsdepot in der Höhe von Fr. 24'000.– ungeschmärlert der Klägerin herauszugeben und dürfe von der Beklagten auch nicht mit allfälligen Gegenforderungen verrechnet werden.

1.2. Zugleich macht die Klägerin geltend, dass der Vermieter nach Art. 257e Abs. 3 OR nach Beendigung des Mietverhältnisses ein Jahr Zeit habe, um allfällige Ansprüche gegenüber dem Mieter rechtlich geltend zu machen. Dies habe die Beklagte jedoch nicht getan. Zwar habe sie in den Schreiben vom 15. Dezember 2021 und 17. Januar 2022 verschiedene Forderungen im Zusammenhang mit dem neuen Mieter erhoben, diese seien jedoch bestritten sowie gänzlich unbelegt und nie auf dem Rechtsweg gegenüber der Klägerin eingefordert worden. Im vorliegenden Verfahren seien diese Ansprüche schon gar nicht vorgebracht worden. Auch deshalb sei die Sicherheit der Klägerin herauszugeben.

1.3. Schliesslich führt die Klägerin aus, dass sie nach März 2021 mehrfach erfolglos versucht habe, das Depot herauszubekommen. Mit Schreiben vom 2. Februar 2022 habe sie der Beklagten letztmals Frist bis zum 11. Februar 2022 zur Herausgabe des Mietzinsdepots angesetzt. Spätestens seit diesem Zeitpunkt befinde sich die Beklagte in Verzug, weshalb sie der Klägerin entsprechend einen Verzugszins von 5% schulde.

2. *Standpunkt der Beklagten*

Die Beklagte unterliess es gänzlich, sich zum relevanten Gegenstand des vorliegenden Verfahrens zu äussern (vgl. oben E. I.2.4. und II.3.3.). Der Nichteintretensantrag der Beklagten wurde bereits vorstehend abgehandelt, so dass sich erneute Ausführungen diesbezüglich erübrigen (vgl. oben E. II.2 ff.).

IV. Materielles

1. *Wirkungen der Übertragung nach Art. 263 OR*

Der Mieter von Geschäftsräumen kann das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen. Stimmt der Vermieter der Übertragung der Miete auf einen Dritten zu, so tritt dieser von Gesetzes wegen mit allen Rechten und Pflichten als neuer Mieter in den unverändert weiter geltenden Mietvertrag anstelle des bisherigen Mieters ein. Da der Dritte als neuer Mieter in alle Rechte und Pflichten seines Vorgängers in den Mietvertrag eintritt, übernimmt er auch alle bisher im Laufe des Mietverhältnisses entstandenen Ansprüche und Rechte. Übernommen werden auch die Sicherheitsleistungen im Sinne von Art. 257e OR, soweit sie nicht – wie z.B. eine Bankgarantie, welche wegen der Person des Schuldners abgegeben wird oder Bürgschaftsverpflichtungen Dritter – mit der Person des Mieters verbunden sind (ZK OR-HIGI/WILDISEN, 5. Aufl., Art. 263 OR N 44 ff.; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl., Art. 263 N 6; SVIT-Komm.-ROHRER, 4. Aufl., Art. 263 OR N 34; Mietrecht für die Praxis/ZAHRADNIK, 10. Aufl., S. 729).

2. *Herausgabe bzw. Rückerstattung der Sicherheitsleistung des Mieters*

2.1. Nach Art. 257e OR können die Parteien die Leistung einer Sicherheit vereinbaren. Sie dient dazu, die Risiken des Vermieters zu vermindern, die ihm aus der Gebrauchsüberlassung der Sache an den Mieter entstehen. Die vom Mieter in Form von Geld geleistete Sicherheit für Wohn- oder Geschäftsräume muss vom Vermieter nach Art. 257e Abs. 1 OR bei einer Bank auf einem Sparkonto oder einem Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, hinterlegt werden. Art. 257e OR ist absolut zwingender Natur (SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257e OR N 3; Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 425; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257e OR N 4 f.; RONCORNINI, mp 2/90 S. 85; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 257e OR N 1 und 2a).

2.2. Der Anspruch des Mieters auf gesetzeskonforme Hinterlegung der Sicherheit entsteht im Zeitpunkt von deren Aushändigung (BGE 127 III 273 E. 4.c.bb) und kann gemäss herrschender Lehre gerichtlich durchgesetzt werden (SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257e OR N 14; BK-GIGER, Art. 257e OR N 41; ZK OR-

HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257e OR N 30). Nach Beendigung des Mietverhältnisses geht die vertragliche Nebenpflicht des Vermieters auf Hinterlegung unter. An ihre Stelle tritt die Herausgabe- bzw. Rückerstattungspflicht des Vermieters. Der Mieter ist folglich berechtigt die geleistete Sicherheit zurückzufordern. Gemäss Rechtsprechung ist das Hinterlegungsvertragsrecht anzuwenden, wenn der Vermieter die Kautions einfach in seinem Vermögen belässt (BGE 127 III 273 E. 3.b; vgl. ZMP 2020 Nr. 1). Dies hat zur Folge, dass das Verrechnungsverbot nach Art. 125 Ziff. 1 OR greift. Fordert der Mieter die nicht korrekt hinterlegte Sicherheitsleistung zurück, kann der Vermieter demnach nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keine Gegenforderung in Verrechnung bringen (vgl. ZMP 2020 Nr. 1 E. III.2.2. ff.; CHK-HULLIGER, 4. Aufl., Art. 257e OR N 5; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257e OR N 30; Mietrecht für die Praxis/ WYTTEBACH, a.a.O., S. 431).

3. *Würdigung*

3.1. Mit schriftlicher Vereinbarung vom Dezember 2018 übernahm die Klägerin den Mietvertrag zwischen der A. Gastro GmbH und der Beklagten per 1. Dezember 2018. Die Beklagte erklärte durch Unterzeichnung der Vereinbarung schriftlich ihre Zustimmung zur Übertragung, womit die Klägerin von Gesetzes wegen mit allen Rechten und Pflichten als neue Mieterin in den unverändert weiter geltenden Mietvertrag eintrat. Die Klägerin hat damit auch die von der ausscheidenden Mieterin geleistete Sicherheit übernommen. Dies wurde von den Parteien in der Vereinbarung entsprechend festgehalten. So leistete die Klägerin der A. Gastro GmbH für das von dieser geleistete und bei der Beklagten verbleibende Mietzinsdepot als «Abgeltung» den Betrag von Fr. 24'000.–, deren Erhalt die A. Gastro GmbH mit Unterzeichnung der genannten Vereinbarung sogleich quittierte. Vorliegend gingen die Ansprüche hinsichtlich des bereits geleisteten Mietzinsdepots daher auf die Klägerin über, wobei die Sicherheitsleistung vereinbarungsgemäss bei der Beklagten verblieb. Sodann blieb unbestritten, dass die Beklagte die geleistete Sicherheit nicht auf einem auf den Namen der Klägerin lautendes Bankkonto hinterlegt hat. Trotz entsprechender Aufforderung erhielt die Klägerin keine Belege oder Auskünfte hinsichtlich einer ordnungsgemässen Hinterlegung bei einer Bank. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin blieben durch die Beklagte gänzlich

unbestritten. Überdies ergeben sich auch aus den vorliegenden Akten keine gegenteiligen Anhaltspunkte oder ernsthaften Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung der Klägerin. Indem die Beklagte das ursprünglich ihr überreichte Geld nicht ordnungsgemäss hinterlegte, hat sie ihre Hinterlegungspflicht verletzt.

3.2. Da das Mietverhältnis per 31. März 2021 endete, ging die vertragliche Nebenpflicht der Beklagten auf Hinterlegung unter. An ihre Stelle trat die Herausgabe- bzw. Rückerstattungspflicht. Die Klägerin ist folglich berechtigt, die geleistete Sicherheit zurückzufordern. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin die geleisteten Fr. 24'000.– ungeschmälert herauszugeben. Da das Verrechnungsverbot nach Art. 125 Ziff. 1 OR greift, kann die Beklagte auch keine Gegenforderungen in Verrechnung bringen.

3.3. Im Übrigen führt selbst die – weder durch die Aktenlage noch durch Parteibehauptungen erstellte – Annahme, wonach die Sicherheit durch die Beklagte ordnungsgemäss hinterlegt worden sei, zu keinem anderen Ergebnis.

3.4. Der Mieter kann nach Art. 257e Abs. 3 OR von der Bank die Rückerstattung einer ordnungsgemäss hinterlegten Sicherheit verlangen, wenn der Vermieter innert Jahresfrist seit Beendigung des Mietverhältnisses gegenüber dem Mieter keinen Anspruch rechtlich geltend gemacht hat. Unter dem rechtlichen Vorgehen des Vermieters ist die Klageerhebung oder die Einreichung eines Betreibungsbegehrens zu verstehen (BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 257e OR N 11; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257e N 43 ff.; siehe hierzu ZMP 2015 Nr. 4). Es ist Sache des Vermieters, die Auszahlung an den Mieter durch den Nachweis des rechtlichen Vorgehens zuhanden der Depotbank zu verhindern, sobald ihn diese über das Herausgabebegehren des Mieters orientiert hat (ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 257e N 42 und 51). Ist bei Ablauf der Jahresfrist kein entsprechendes Verfahren (mehr) hängig, so ist die Bank berechtigt und verpflichtet, das Depositem an den Mieter herauszugeben (BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 257e OR N 11; CHK-HULLIGER, a.a.O., Art. 257e OR N 13).

3.5. Die Beendigung des Mietverhältnisses per 31. März 2021 liegt bereits mehr als ein Jahr zurück. Zwar machte die Beklagte gegenüber der Klägerin in ihren Schreiben vom 15. Dezember 2021 und 17. Januar 2022 Forderungen von bis zu

Fr. 47'000.– geltend und drohte der Klägerin hinsichtlich dieser Forderungen explizit deren Vollstreckung bzw. Betreibung an. Dies allein hindert die Rückerstattungspflicht der Beklagten hinsichtlich des Mietzinsdepots allerdings nicht, zumal darin kein rechtliches Vorgehen im Sinne von Art. 257e Abs. 3 OR liegt (vgl. ZMP 2015 Nr. 4).

3.6. Auch aus den vorliegenden Akten ist sodann in keiner Weise ersichtlich, dass die Beklagte innert Jahresfrist mögliche Ansprüche gegenüber der Klägerin rechtlich geltend gemacht hätte, namentlich durch Klageeinleitung oder Einreichung eines Betreibungsbegehrens. Der Betreibungsregisterauszug der Klägerin vom 8. November 2022, welcher im Zusammenhang mit dem Antrag um Sicherstellung der Parteientschädigung durch die Beklagte selbst eingereicht wurde, weist lediglich einen Eintrag aus, welcher eine bereits beglichene Steuerschuld betrifft. Ein rechtliches Vorgehen der Beklagten im Sinne von Art. 257e Abs. 3 OR ist demnach weder aus den Akten ersichtlich noch wurden diesbezügliche Behauptungen aufgestellt. Die Klägerin wäre folglich auch dann berechtigt die Rückerstattung des Mietzinsdepots über Fr. 24'000.– zu verlangen, wenn das Mietzinsdepot ordnungsgemäss bei einer Bank hinterlegt worden wäre.

4. *Verzugszins*

4.1. Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, hat er einen Verzugszins von 5% zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). In Verzug kommt der Schuldner durch die Mahnung des Gläubigers, sofern nicht eine Verfalltagsabrede vorliegt (Art. 102 OR). Bei der Mahnung handelt es sich um eine unmissverständliche Aufforderung zur Zahlung der Geldsumme. Sie ist eine empfangsbedürftige Erklärung (BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N 5 ff.).

4.2. Mit Schreiben vom 2. Februar 2022 wurde die Beklagte von der Klägerin unmissverständlich zur Herausgabe des Mietzinsdepots über Fr. 24'000.– und damit zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme bis spätestens 11. Februar 2022 aufgefordert. Die Ausführungen der Klägerin diesbezüglich blieben durch die Beklagte unbestritten. Der Klägerin ist deshalb antragsgemäss Verzugszins von 5% auf den Betrag von Fr. 24'000.– seit dem 11. Februar 2022 zuzusprechen.

5. *Fazit*

Die Klage ist vollumfänglich gutzuheissen. Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin Fr. 24'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 11. Februar 2022 zu bezahlen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Grundlage für die Festsetzung der Gerichtsgebühren im Zivilprozess bildet der Streitwert (vgl. § 2 lit. a GebV OG; Art. 96 ZPO). Dieser wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Massgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitwerts ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung (BGE 141 III 137 E. 2.2). Beim eingangs erwähnten Streitwert von Fr. 24'000.– zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr Fr. 3'470.–. Die ordentliche Parteientschädigung für eine anwaltlich vertretene Gegenpartei beträgt bei diesem Streitwert Fr. 4'675.– (inkl. MwSt.).

2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzusetzen (Art. 106 ZPO). Vorliegend besteht wegen des durchschnittlichen Aufwandes des Verfahrens kein Grund, von den ordentlichen Ansätzen den Verordnungen des Obergerichts (vgl. § 4 Abs. 1 GebV OG; § 4 Abs. 1 AnwGebV OG) abzuweichen. Die Beklagte unterliegt vollumfänglich, weshalb ihr die Gerichtskosten von Fr. 3'470.– aufzuerlegen sind und sie der Klägerin eine Parteientschädigung im Umfang von Fr. 4'675.– (inkl. MwSt.) zu leisten hat.

(...))»

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2024, 34. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw A.I. Altieri, Leitende Gerichtsschreiberin;
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident