

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG200014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 19. November 2020

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Herausgabe Mietzinskaution**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 7. September 2020 (MH200001)

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, seine Zustimmung zur Herausgabe der geleisteten Sicherheit in der Höhe von CHF 44'920.– zu erklären resp. die geleistete Sicherheit in der Höhe von CHF 44'920.– zurückzuerstatten.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Beklagten."

Urteil des Mietgerichtes:

(act. 28)

- " 1. Der Kläger wird für berechtigt erklärt, nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils vom Mieterkautionskonto bei der C._____ Genossenschaft (...; D._____ E._____ [Ort], IBAN: CH1) den Betrag von Fr. 20'000.– zu beziehen.

Eine Zustimmung seitens des Beklagten ist nicht erforderlich.

2. Der Beklagte wird zudem verpflichtet, dem Kläger Fr. 24'920.– zu bezahlen.
3. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.

Sie werden aus dem Vorschuss des Klägers bezogen, sind ihm aber vom Beklagten vollumfänglich zu ersetzen.

Im nicht benötigten Umfang wird der Kostenvorschuss dem Kläger zurückerstattet.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 3'400.– (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

[Mitteilung/Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

(act. 29 S. 2)

- " 1. Die Klage vom 18. Februar 2020 sei abzuweisen und es sei das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon, Mietgericht, vom 7. September 2020 (nachfolgend "angefochtenes Urteil") vollumfänglich aufzuheben.
2. **Eventualiter** sei das Urteil des Bezirksgericht Pfäffikon, Mietgericht, vom 7. September 2020 (nachfolgend "angefochtenes Urteil") vollumfänglich aufzuheben und es sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mwst.) zulasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte

1.1. Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend: Vermieter) vermietete dem Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Mieter) ein Geschäftslokal, in welchem ein Restaurant betrieben wurde. Der Mietvertrag wurde zwischenzeitlich beendet. Streitig ist eine Forderung auf Herausgabe der geleisteten Mietzinskaution. Das Mietgericht des Bezirks Pfäffikon (nachfolgend: Vorinstanz) hiess die Klage vollumfänglich gut. Die Vorinstanz stellte dabei, weil der Vermieter seine Klageantwort nicht innert Frist erstattet hatte, allein auf die Sachdarstellung des Mieters ab.

1.2. Am 4. Oktober 2019 machte der Mieter ein Schlichtungsverfahren betreffend Forderung aus einem Mietverhältnis bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks Pfäffikon anhängig (vgl. act. 4). Nach Ausstellung der Klagebewilligung erhob der Mieter mit Eingabe vom 18. Februar 2020 (act. 1) innert Frist Klage mit den eingangs dargestellten Rechtsbegehren bei der Vorinstanz. Mit Beschluss vom 6. März 2020 (act. 7) wurde ein Kostenvorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten eingeholt, welcher fristgerecht einging (vgl. Prot. Vi. S. 6), die Prozessleitung delegiert und dem Vermieter Frist zur Klageantwort angesetzt. Nachdem Letzterem die genannte Verfügung nicht an der vom Mieter angegebene-

nen Adresse zugestellt werden konnte und zwei Zustellversuche mittels des Stadtammannamtes Zürich ... und des Gemeindeammanamtes E. _____ ZH fehl schlugen, empfing der Vermieter diese nach Zustellung als Gerichtsurkunde persönlich am 24. April 2020 (vgl. act. 9–14). Da der Vermieter mit der Erstattung seiner Klageantwort säumig blieb, wurde ihm mit Verfügung vom 26. Mai 2020 (act. 15), unter Anderem, eine diesbezügliche Nachfrist angesetzt. Nach Zustellung an den Vermieter am 8. Juni 2020 (vgl. act. 16/1) lief die Frist bis zum 18. Juni 2020. Eine mit dem 18. Juni 2020 datierte Klageantwort (act. 17) wurde – ausweislich des von der Vorinstanz angebrachten Eingangsstempels – erst am 26. Juni 2020 im Briefkasten des Gerichts vorgefunden. Die Vorinstanz hiess die Klage mit Urteil vom 7. September 2020 (act. 20 = act. 28 = act. 30) vollumfänglich gut.

1.3. Dagegen erhob der Vermieter mit Berufungsschrift vom 12. Oktober 2020 (act. 29) gleichentags rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Berufungsanträgen (vgl. act. 21/1). Mit Verfügung vom 20. Oktober 2020 (act. 33) wurde ein Kostenvorschuss für die mutmasslichen zweitinstanzlichen Gerichtskosten eingeholt – dieser ging rechtzeitig ein (vgl. act. 35) – und es wurde die weitere Prozessleitung delegiert. Die Sache ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Streitwertgrenze ist hier ohne Weiteres erreicht (vgl. act. 28 S. 2).

2.2. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. Die Berufung führende Partei muss sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids einlässlich auseinandersetzen und wenigstens rudimentär darlegen, an welchen konkreten Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet und in welchem Sinne er abgeändert werden soll. Hierbei sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kri-

tik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift (praktisch) wortgleich wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer, 5A_209/2014 vom 2. September 2014, E. 4.2.1; 5A_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1).

Die Berufungsschrift vom 12 Oktober 2020 (act. 29) genügt diesen Begründungsanforderungen grundsätzlich.

2.3. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung wie auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung (und gegebenenfalls in der Berufungsantwort) erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer, 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz aber weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

2.4. Aufgrund des Streitwerts gilt das ordentliche Verfahren (Art. 243 Abs. 1 i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO *e contrario*) und es kommt der Verhandlungsgrundsatz nach Art. 55 Abs. 1 ZPO zur Anwendung.

3. Zur Berufung im Einzelnen

3.1. Wie bereits erwähnt, fällte die Vorinstanz wegen Säumnis des Vermieters mit der Erstattung seiner Klageantwort ihren gutheissenden Entscheid auf alleiniger Grundlage der Klageschrift vom 18. Februar 2020 (act. 1). Sie erwog, dass die Klageantwort des Vermieters zu spät eingegangen und deswegen nicht zu berücksichtigen sei (act. 28 E. II.3).

Sie befand die Darlegung der Tatsachenbehauptungen des Mieters als umfassend und klar, weswegen die Sache spruchreif im Sinne von Art. 223 Abs. 2 ZPO sei. Es bestünden keine erheblichen Zweifel an der Sachdarstellung des Mieters, wonach von ihm insgesamt Fr. 50'600.– als Mietkaution einbezahlt worden seien (act. 28 E. III.3.2). Dahingestellt bleiben könne, ob und inwiefern der Mieter für Mängel am Mietobjekt haftbar gemacht werden könne; der Vermieter habe seine Möglichkeit, diesbezügliche Ausführungen zu tätigen, verwirkt. Auch die Vorbringen des Mieters in seiner Klageschrift, wonach sich der Vermieter für einen durch die F. _____ AG verursachten Schaden an drei Platten im Keller des Mietobjekts an die Brauerei wenden könne, welche den Schaden schriftlich anerkannt habe, erweckten keine erheblichen Zweifel, so dass auf sie abgestellt werden könne (act. 28 E. III.5).

3.2. In erster Linie stellt sich der Vermieter berufsungsweise auf den Standpunkt, dass die in seiner (verspäteten) Klageantwort enthaltenen Tatsachenvorbringen und Beweismittel auf der Grundlage von Art. 317 Abs. 1 ZPO von der Berufungsinstanz zu berücksichtigen seien. Er habe gesundheitsbedingt seine Klageantwort trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher einreichen können. Namentlich gehöre er zu einer COVID-Risikogruppe und seine Ehefrau sei eine Corona-Hochrisiko-Patientin, weswegen er seinen Aufenthalt im Frühling 2020 von Zürich nach E. _____ verlegt habe, um grössere Distanz zu anderen Personen herzustellen. In der Sache schliesst der Vermieter auf Klageabweisung, da der Mieter ihm gegenüber für mindestens Fr. 44'920.– schadenersatzpflichtig sei.

3.3. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug

vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (lit. b).

3.4. Der Auffassung des Vermieters, wonach ihm diese Norm erlaube, seinen Tatsachenvortrag und seine Beweismittel gemäss der verspätet eingereichten Klageantwort nun erstmals im Berufungsverfahren einzuführen, kann nicht gefolgt werden. Einerseits widerspricht eine Berücksichtigung dem ausdrücklichen Wortlaut der angerufenen Bestimmung. Der Vermieter hat nämlich die in seiner Klageantwort enthaltenen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bereits erstinstanzlich *vorgebracht*, wenngleich sie von der Vorinstanz wegen seiner Säumnis nicht beachtet wurden. Diese Konstellation wird aber von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht geregelt. Hierfür sieht Art. 148 f. ZPO das Instrument der Fristwiederherstellung für den Fall einer verpassten Frist vor. Scheitert das Einbringen des Prozessstoffes allein an einem Fristversäumnis, so richten sich die prozessualen Möglichkeiten des Säumnigen nach dieser spezielleren Norm (*lex specialis*). Andererseits handelt nicht mit *zumutbarer Sorgfalt* im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO, wer sich nach verpasster Frist und Wegfallen des Säumnisgrundes nicht um eine Wiederherstellung derselben bemüht. Die (verspätete) Erstattung der Klageantwort zeigte, dass der vom Vermieter geltend gemachte Säumnisgrund – zumindest zeitweise – vor oder am 26. Juni 2020 nicht mehr bestand und der Vermieter ein Fristwiederherstellungsgesuch hätte stellen können (vgl. zum einschlägigen, objektivierten Sorgfaltsmassstab ausführlich OGer ZH, LB120011 vom 3. Dezember 2012, E. 5).

3.5. Nach dem Gesagten gibt Art. 317 Abs. 1 ZPO dem Vermieter keine Handhabe, um die Folgen seiner versäumten Klageantwort im Berufungsverfahren abzuwenden (gl.M. zu 229 ZPO, LEUENBERGER, ZK-ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 223 N 7). Der Vermieter legt in der Begründung seines Hauptberufungsantrages nicht dar, inwiefern der Entscheid der Vorinstanz aufgrund der von ihr als massgeblich erachteten Aktenlage – das heisst ohne Berücksichtigung der Vorbringen des Vermieters in seiner Klageantwort – zur Klageabweisung führen soll. Der Antrag ist mithin abzuweisen.

3.6. In zweiter Linie beanstandet der Vermieter eine Verletzung von Art. 223 Abs. 2 ZPO, weswegen eventualiter der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Die Sachverhaltsdarstellung des Mieters sei nicht widerspruchsfrei, weswegen es an der Spruchreife der Sache gefehlt habe. Die Vorinstanz habe denn auch selber einen "gewissen Widerspruch" in den Vorbringen des Mieters festgehalten, nämlich, dass insgesamt Fr. 50'600.– als Mietzinskaution geleistet worden seien, obwohl im eingereichten Mietvertrag nur Fr. 50'000.– vorgesehen seien. Ebenso habe der Mieter entgegen dem Mietvertrag nicht monatlich während zehn Monaten Fr. 3'000.–, sondern während sechs Monaten Fr. 5'100.– bezahlt. Entscheidend sei, dass der Mieter gemäss Vereinbarung im (schriftlichen) Mietvertrag die gesamte Kaution von Fr. 50'000.– auf das Mieterkautionskonto bei der C._____ hätte einzahlen müssen. Ob und wohin der Mieter die behaupteten restlichen Fr. 30'600.– einbezahlt hat, sei jedoch nicht klar. Deswegen hätte die Vorinstanz nicht von der Spruchreife der Sache ausgehen dürfen und stattdessen eine Verhandlung durchzuführen gehabt.

3.7. Nach Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht nach unbenutzter Nachfrist für die Erstattung der Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist; andernfalls lädt es zur Hauptverhandlung vor.

Wann eine Sache spruchreif ist, definiert Art. 223 Abs. 2 ZPO nicht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Verfahren spruchreif, wenn das Gericht über sämtliche Entscheidungsgrundlagen verfügt, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit des geltend gemachten Anspruchs zu befinden oder einen Nichteintretensentscheid zu erlassen. Überdies muss das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt worden sein (BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2; BGE 140 III 450 E. 3.2). Die Spruchreife für einen die Klage gutheissenden Sachentscheid ist gegeben, wenn der vorgetragene und belegte Sachverhalt in klarer, bestimmter und nachvollziehbarer bzw. schlüssiger Weise alle anspruchsbegründenden Tatsachen umfasst, so dass weder die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO ausgeübt werden muss, noch erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Dargelegten bestehen, die eine Beweisabnahme von Amtes

wegen gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO verlangen (OGer ZH, LB190069-O vom 13. März 2020, E. 3.3.2, m.w.H.). Die Zweifel können insbesondere darauf gründen, dass die klägerische Darstellung den eingereichten Unterlagen widerspricht. Über die Erheblichkeit der Zweifel entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei es einer gewissen Intensität der Zweifel bedarf; der Entscheid setzt besondere sachliche Umstände voraus, soll also nicht einfach die Säumnis der beklagten Partei korrigieren (PAHUD, Dike-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 223 N 6). Teils werden im Schrifttum hohe Anforderungen an die erforderliche Intensität des Zweifels vertreten ("massive Zweifel", HASENBÖHLER, ZK-ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 153 N 9; "in hohem Ausmass unplausibel", KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 55 ZPO N 11), teils werden niedrigere Massstäbe angelegt (vgl. BRÖNNIMANN, BK-ZPO, Band I, Bern 2012, Art. 153 N 8; vermittelnd LEU, Dike-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 153 N 25). Ausser Frage steht immerhin, dass nicht jeder nur leichte Zweifel an einer unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptung für eine amtswegige Beweiserhebung nach Art. 153 Abs. 2 ZPO genügen kann.

3.8. Massgeblich für die Beantwortung der Frage, ob die Sache im vorinstanzlichen Verfahren im Hinblick auf die Gutheissung der Klage nach den oben dargelegten Massstäben spruchreif war, sind nach dem eben Dargelegten folglich die Sachdarstellung des Mieters in der Klageschrift (act. 1) und die von ihm eingereichten Unterlagen (act. 5/2–8).

In seiner Klageschrift trägt der Mieter vor, dass die Parteien am 30. Juli 2009 einen Mietvertrag mit einem Mietbeginn am 1. August 2009 abgeschlossen hätten. Es sei in diesem Vertrag eine Mietkaution von Fr. 50'000.– vorgesehen gewesen (act. 1 Ziff. II.1). Der Mieter habe Fr. 20'000.– auf ein Mieterkautionskonto mit der Nr. 42.6.764.328.00 bei der C._____ einbezahlt (act. 1 Ziff. II.2). Zusätzlich sei zwischen den Parteien eine Vereinbarung geschlossen worden, wonach der Mieter berechtigt sei, die noch ausstehende Kautions von Fr. 30'000.– in monatlichen Raten von Fr. 5'100.– zu leisten. In den ersten sechs Monaten des Mietverhältnisses habe der Mieter dem Vermieter daher zusätzlich zum Mietzins jeweils einen Betrag von Fr. 5'100.– überwiesen. Insgesamt sei eine Kautions von

Fr. 50'600.–, also Fr. 600.– mehr als im Mietvertrag vorgesehen, geleistet worden (act. 1 Ziff. II.3).

Mit Kündigung des Vermieters vom 18. Februar 2019 (act. 5/3) sei das Mietverhältnis per 31. August 2019 aufgelöst worden (act. 1 Ziff. I.4).

Im Februar 2019 habe der Mieter den Vermieter gefragt, ob er die letzten sechs Monatsmieten noch bezahlen müsse, da er zu Beginn des Mietverhältnisses sechs Monatsmieten als Kautionsleistung geleistet habe. Der Vermieter habe sich damit nicht einverstanden erklärt und geantwortet, dass diese sechs Monatsmieten als Depot dienen und erst am Schluss des Mietverhältnisses ausbezahlt würden (act. 1 Ziff. II.4). Damit habe er die Leistung einer Mietzinskautionsleistung von Fr. 50'600.– bestätigt, was der Vereinbarung im Mietvertrag entspreche. Obschon dieser Betrag entgegen der gesetzlichen Pflichten nicht auf ein Mieterkautionskonto einbezahlt wurde, sei der Vermieter rückzahlungspflichtig (act. 1 Ziff. II.5).

Der Mieter gesteht zu, den Mietzins für den Monat August 2019 nicht bezahlt zu haben. Er sei damit einverstanden, dass der dafür geschuldete Mietzins mit der Mietkautionsleistung verrechnet werde. Daher schulde der Vermieter die Herausgabe einer Mietkautionsleistung von noch Fr. 44'920.– (act. 1 Ziff. II.6).

Bei der Abgabe der Mietliegenschaft am 2. September 2019 habe der Vermieter diverse Mängel geltend gemacht, für welche der Mieter angeblich verantwortlich sei. Dies sei von ihm bestritten worden und werde nach wie vor bestritten, weswegen er die Unterzeichnung einer Mängelliste verweigert habe. Er sei sorgfältig mit den gemieteten Räumen umgegangen und habe sie ordentlich sowie mängelfrei übergeben. Der einzige anerkannte Mangel seien drei beschädigte Fliesen im Keller, welche durch einen Mitarbeiter der F. _____ AG kaputt gemacht worden seien. Die Brauerei habe diesen Schaden schriftlich anerkannt. Dem Vermieter sei am 10. April 2019 schriftlich mitgeteilt worden, dass er eine Offerte für die Behebung des Schadens direkt an die F. _____ AG stellen solle. Der Vermieter habe jedoch nie eine Offerte, welche sich ausschliesslich auf diesen Schaden beschränkte, ausgestellt. Zudem habe er nie offen gelegt, wie alt die beschädigten Fliesen gewesen seien und wie die Kosten aufgeteilt werden sollten. Dies

sei dem Mieter bei der Übergabe der Mieträumlichkeiten vorgeworfen worden, obschon er alles für die Behebung des Schadens getan habe (act. 1 Ziff. II.7 ff.).

3.9. Zunächst ist zu bemerken, dass die Vorinstanz die formellen Vorgaben der Zivilprozessordnung zum Verfahrensgang eingehalten hat.

Des Weiteren legte der Mieter, entgegen der Auffassung des Vermieters, die anspruchsbegründenden Tatsachen in seiner Klageschrift schlüssig und nachvollziehbar dar. Die vermeintlichen Differenzen zwischen dem schriftlichen Mietvertrag (act. 5/2) und dem Sachvortrag des Mieters lassen sich unter Berücksichtigung der unbestrittenen "zusätzlichen" Vereinbarung betreffend die Leistung der Mietkaution ausräumen. Diese änderte die schriftliche Vereinbarung betreffend die Mietkaution ab, was den Parteien – ungeachtet des Schriftformvorbehaltes für Vertragsanpassungen im schriftlichen Mietvertrag (vgl. act. 5/2 S. 2), über welchen sich die Parteien formlos hinwegsetzen konnten (vgl. BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 16 N 10) – unbenommen war. Die daraus entstandene Abweichung zum schriftlichen Mietvertrag ist daher unschädlich.

Ferner brachte der Mieter in seiner Klageschrift vor, er habe die Raten in den ersten sechs Monaten des Mietverhältnisses zusammen mit dem Mietzins an den Vermieter überwiesen. *Ob* und *wohin* die Mietkaution einbezahlt wurde, ist nach dem unbestrittenen Sachvortrag des Mieters somit, anders als der Vermieter meint, nicht unklar und wurde im Gegenteil widerspruchsfrei dargestellt. Es bestand daher für die Vorinstanz auch kein Anlass, ihre gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO auszuüben.

Zum Beweis der direkt an den Vermieter geleisteten Mietkaution legte der Mieter eine freie Übersetzung einer WhatsApp-Konversation zwischen den Parteien (act. 5/5) ins Recht. Die geringfügige Abweichung des Betrages, welchen der Mieter dort nennt (Fr. 30'000.– statt Fr. 30'600.–), fällt aufgrund des eher informellen Charakter des Austausches zwischen den Parteien nicht weiter ins Gewicht. Aus der Reaktion der Gegenpartei auf die Nachricht ergibt sich umgekehrt ein relativ tragfähiges Indiz dafür, dass der Mieter in der Tat einen Betrag von

(mindestens) Fr. 30'000.– an den Vermieter überwiesen hatte. Das Beweismittel erzeugt nach dem vorstehend dargelegten Massstab keine erheblichen Zweifel im Sinne von Art. 153 Abs. 2 ZPO an der unbestritten gebliebenen Darstellung des Mieters, wonach er neben der Einzahlung auf das Mieterkautionskonto insgesamt Fr. 30'600.– an den Vermieter persönlich als Mietkaution überwiesen habe.

Damit durfte die Vorinstanz in ihrem Entscheid auf den Sachvortrag des Mieters abstellen und davon ausgehen, dass dieser einerseits Fr. 20'000.– auf das Mieterkautionskonto bei der C._____ einbezahlt und andererseits Fr. 30'600.– als Mietkaution an den Vermieter persönlich überwiesen hatte. Die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach dem Herausgabeanspruch keine Schadenersatzforderungen des Vermieters entgegen stünden (act. 28 E. III.5), beanstandete der Vermieter berufsungsweise nur mit novenrechtlich unzulässigen Vorbringen (vgl. vorstehende E. 3.3). Hierauf ist daher nicht weiter einzugehen.

3.10. Zusammengefasst ging die Vorinstanz zu Recht von der Spruchreife des Verfahrens aus, stellte auf die Vorbringen des Mieters ab und hiess gestützt auf diese die Klage vollumfänglich gut. Ergänzende Verfahrensschritte (dazu der Eventualantrag des Vermieters) sind nicht erforderlich, und die Berufung ist abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ausgangsgemäss hat der Vermieter die Prozesskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Grundlage der Gebührenfestsetzung für die zweitinstanzliche Entscheidung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Die Gebühr richtet sich nach Massgabe dessen, was vor der Berufungsinstanz noch im Streit ist (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 44'920.– und in Anwendung von 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Entscheidunggebühr auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

4.3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Vermieter nicht, weil er unterliegt, dem Mieter nicht, da ihm im Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Entscheid des Mietgerichtes des Bezirks Pfäffikon vom 7. September 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten bzw. Berufungskläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– bezogen.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger bzw. Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels bzw. Kopien von act. 29 und 31/3–17, sowie an das Mietgericht des Bezirks Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 44'920.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. M. Häfeli

versandt am: