Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.331/2004 /lma

Urteil vom 17. März 2005
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch, Bundesrichter Nyffeler, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Huguenin.

Parteien
A._____ AG,
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Albert Romero,

gegen

B_____,
Beklagten und Berufungsbeklagten,
vertreten durch Rechtsanwalt Ervin Deplazes.

Gegenstand
Mietvertrag; Ausweisung,

Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 22. Juli 2004.

Sachverhalt:
A.
B._____ schloss am 14. Mai 2002 als Mieter mit der A._____ AG einen Mietvertrag über einen 5-Zimmer-Hausteil in der Liegenschaft X._____ zu einem Mietzins von Fr. 2'680.– brutto pro Monat zur Verwendung zu Wohnzwecken für drei Personen. In der Folge kam es zu verschiedenen Unstimmigkeiten zwischen Mieter und Vermieterin, unter anderem wegen der vom Mieter eingegangenen Untermietverhältnisse sowie eines Wassereinbruchs. Mit amtlichem Formular vom 30. Oktober 2003 kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis gestützt auf Art. 257f OR (Pflicht des Mieters zur Sorgfalt und Rücksichtnahme) auf den 30. November 2003. Eine zweite Kündigung der Vermieterin, die ebenfalls auf Art. 257f OR gestützt wurde, erfolgte am 25. November 2003 auf den 31. Dezember 2003. Schliesslich sprach die Vermieterin am 8. Dezember 2003 eine dritte Kündigung auf den 31. Januar 2004 aus. Dieses Mal stützte sie sich auf Art. 257d OR (Zahlungsrückstand des Mieters).

Der Mieter focht die drei Kündigungen bei der Schlichtungsbehörde an. Die Vermieterin stellte ihrerseits mit Eingabe vom 9. Januar 2004 beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen ein Ausweisungsbegehren gegen den Mieter. Gleichentags überwies die Schlichtungsbehörde die bei ihr anhängigen Verfahren an den Einzelrichter. Dieser wies mit Verfügung vom 3. März 2004 die Kündigungsschutzbegehren des Beklagten ab und erteilte den beantragten Ausweisungsbefehl.

Der Beklagte focht die Verfügung des Einzelrichters mit Rekurs beim Obergericht des Kantons Zürich an mit den Begehren, diese aufzuheben und die drei Kündigungen als missbräuchlich bzw. ungültig zu erklären. Mit Beschluss vom 22. Juli 2004 hiess das Obergericht den Rekurs gut, hob die Verfügung des Einzelrichters auf und stellte fest, dass die drei Kündigungen der Klägerin vom 30. Oktober 2003, 25. November 2003 und 8.

Dezember 2003 ungültig seien; das Ausweisungsbegehren der Klägerin wies das Obergericht ab.

Die Klägerin legte gegen den Beschluss des Obergerichts kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein, auf die das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Zirkulationsbeschluss vom 26. November 2004 nicht eintrat.
B.
Die Klägerin hat den Beschluss des Obergerichts auch mit Berufung beim Bundesgericht angefochten. Sie stellt folgende Anträge:
"Es sei in Gutheissung der Berufung der kantonale vorinstanzliche Entscheid (...) aufzuheben und in Bestätigung des erstkantonalen Entscheides des Bezirksgerichts Meilen (...):
1. Dem Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, den älteren 5-Zimmer-Hausteil mit Garten und Gartensitzplatz sowie die Kellerräume der Liegenschaft X._____, unverzüglich zu räumen, zu verlassen und der Klägerin in ordnungsgemässem Zustand zurückzugeben;

das zuständige Gemeindeammannamt sei anzuweisen, den Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken;
2. Es sei in Feststellung, dass die Kündigungen vom 30. Oktober 2003, vom 25. November 2003 und 8. Dezember 2003 gültig sind, die beklagtische Anfechtungsklage abzuweisen; ..."
Der Beklagte schliesst in seiner Berufungsantwort auf Abweisung der Berufung und stellt das Gesuch, ihm für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsbeistand zu gewähren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach den Feststellungen des Obergerichts liegt den beiden auf Art. 257f OR gestützten Kündigungen folgender Sachverhalt zugrunde:

Veranlasst durch eine Anfrage der Einwohnerkontrolle forderte die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 26. Juli 2003 auf, ihr die Untermietverträge seiner Untermieter C._____ und D._____ bis zum 8. August 2003 zuzustellen. In seinem Antwortschreiben vom 29. August 2003 führte der Beklagte aus, die Untermietverträge seien für die Klägerin gar nicht relevant, da die Untermieter bereits bei der Einwohnerkontrolle angemeldet seien. Mit Schreiben vom 25. September 2003 verlangte die nun anwaltlich vertretene Klägerin vom Beklagten, die Untermietverhältnisse bis spätestens 20. Oktober 2003 zu beenden, weil einerseits ein entsprechendes Zustimmungsgesuch fehle und andererseits ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 262 OR vorliege. Der Anwalt des Beklagten teilte der Klägerin daraufhin mit Schreiben vom 30. September 2003 mit, die bisherigen Untermieter hätten ihre Mietverhältnisse per 30. September bzw. 31. Oktober 2003 gekündigt; es wurde eine Zustellung der Untermietverträge mit den nachfolgenden Untermietern in Aussicht gestellt. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2003 forderte die Klägerin den Beklagten auf, ihr spätestens bis 29. Oktober 2003 die Konditionen der neuen Untermietverhältnisse bekannt zu geben. Am 28. Oktober
2003 teilte der Beklagte der Klägerin mit, er werde ihr die neuen Untermietverträge an der Verhandlung vom 31. Oktober 2003 übergeben. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2003 wies die Klägerin darauf hin, dass sie die Bekanntgabe der Konditionen erst am 31. Oktober 2003 als verspätet erachte, und am folgenden Tag kündigte sie das Mietverhältnis. Nachdem die Untermietverträge der Klägerin im Anschluss an die Verhandlung vom 31. Oktober 2003 vorgelegt worden waren, verweigerte sie mit Schreiben vom 4. November 2003 ihre Zustimmung dazu und forderte den Beklagten auf, die Verträge bis zum 20. November 2003 aufzulösen. Da der Beklagte dieser Aufforderung nicht nachkam, kündigte die Klägerin am 25. November 2003 das Mietverhältnis erneut.
1.1
1.1.1 In rechtlicher Hinsicht wird im angefochtenen Urteil ausgeführt, die ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR setze neben einer Pflichtverletzung, einer Mahnung, einer erneuten oder fortdauernden Pflichtverletzung die sich daraus ergebende Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses voraus. Diese Voraussetzungen seien in Bezug auf die Kündigung vom 30. Oktober 2003 nicht gegeben. Die Klägerin habe, wie aus dem Vertrag vom 14. Mai 2002 hervorgehe, eine Untervermietung als zulässig betrachtet. Es sei davon auszugehen, dass sie sich vor dem 26. Juli 2003 nicht für die Untermietbedingungen interessiert habe. Auch das Schreiben von diesem Tag, mit dem sie die Zustellung der Untermietverträge verlangte, erwecke den Eindruck, dass vor allem der Wassereinbruch und eine damit im Zusammenhang stehende Wohnungsbesichti-

gung und nicht die Untermietverhältnisse die Klägerin interessiert habe. Der Beklagte habe in der Folge zwar nicht prompt reagiert, was aber angesichts des bisher gezeigten Desinteresses der Klägerin an den Untermietkonditionen nicht als unverständlich erscheine. Jedenfalls könne aber in der Übergabe der Untermietverträge im Anschluss an die Verhandlung vom 31. Oktober 2003 statt, wie von der
Klägerin verlangt, am 29. Oktober 2003 keine so schwerwiegende Pflichtverletzung erblickt werden, dass eine Fortsetzung des Mietverhältnisses als unzumutbar erscheinen würde, dies umso weniger, als sich die Klägerin längere Zeit für die Bedingungen der Untermietverhältnisse gar nicht interessiert habe. Bei diesen Gegebenheiten sei die Kündigung vom 30. Oktober 2003 als ungültig zu qualifizieren.
1.1.2 Mit der Berufung wird vorgebracht, die Vorinstanz begründe ihren Entscheid zur Hauptsache mit der Haltung der Klägerin, indem sie annehme, dass diese an den Untermietverhältnissen des Beklagten desinteressiert gewesen sei. Diese Annahme sei nicht nur unzutreffend, sondern auch aktenwidrig. Die Klägerin rügt in diesem Zusammenhang, der Vorinstanz sei ein offensichtliches Versehen unterlaufen. Zudem habe sie auf Sachverhaltselemente abgestellt, die gar nicht abgeklärt worden seien; deshalb müsse der Sachverhalt im Sinne von Art. 64 OG ergänzt werden, wobei über die strittige Frage vorgängig ein Beweisverfahren durchzuführen sei; die Parteien hätten Anspruch darauf, zum Beweis zugelassen zu werden; indem die Vorinstanz dies verweigert habe, habe sie auch bundesrechtliche Beweisvorschriften verletzt.
1.1.3 Im angefochtenen Urteil wird ausgeführt, es sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Klägerin eine Untervermietung als zulässig erachtet habe, denn das Mietobjekt sei gemäss Vertrag zur Benützung für drei Personen vermietet worden. Sodann wird festgehalten, dass die Untermietverhältnisse vor dem 26. Juli 2003 unbestrittenermassen zwischen den beiden Parteien kein Thema gewesen seien, so dass angenommen werden könne, die Klägerin habe sich nicht für die Untermietbedingungen interessiert. Mit dem ersten Teil des Satzes übernimmt das Obergericht eine Feststellung des erstinstanzlichen Einzelrichters, der unter Hinweis auf die Vorbringen der Parteien festhielt, diese gingen übereinstimmend davon aus, dass zwischen dem Vertragsschluss der Klägerin mit dem Beklagten am 14. Mai 2002 und dem Schreiben der Klägerin vom 26. Juli 2003 die Untermietverhältnisse nie ein Thema gewesen seien. Zu dieser Feststellung äussert sich die Klägerin mit der Berufung nicht. Sie macht insbesondere nicht geltend, die Feststellung beruhe auf einem offensichtlichen Versehen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG oder sei unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisregeln zustande gekommen. Diese Feststellung ist indessen allein entscheiderheblich. Beim vom
Obergericht daraus gezogenen Schluss, die Klägerin habe sich bis zu diesem Zeitpunkt nicht für die Untermietbedingungen interessiert, handelt es sich um ein obiter dictum. Allein entscheiderheblich ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass vor dem 26. Juli 2003 die Untermietverhältnisse kein Thema gewesen seien, das heisst von der Seite der Klägerin keine Aufforderung bzw. Mahnung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR erfolgte. Ob sie vorher an den Untermietbedingungen interessiert war oder nicht, brauchte deshalb von den kantonalen Gerichten weder abgeklärt noch festgestellt zu werden. Auf die diesbezüglich mit der Berufung vorgebrachten Sachverhaltsrügen ist mangels Erheblichkeit nicht einzutreten.
1.1.4 Anders zu beurteilen ist dagegen der Zeitraum nach dem 26. Juli 2003. Im Brief von diesem Tag, der an den Anwalt des Beklagten gerichtet war, wurde dieser unmissverständlich aufgefordert, seinen Mandanten anzuhalten, der Klägerin die Untermietverträge mit Frau C._____ und Herr D._____ bis am 8. August 2003 zuzustellen. Diese Willenserklärung erfüllt zweifellos die Anforderungen an eine Mahnung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR. Dass der Beklagte der Aufforderung nicht nachkam, genügt jedoch noch nicht als Grund für eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR. Die Vorinstanz hat vielmehr zutreffend festgehalten, dass diese Bestimmung zusätzlich eine nach der Mahnung erfolgende erneute oder andauernde Pflichtverletzung voraussetzt, die eine gewisse objektive Schwere aufweist, so dass dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zuzumuten ist. Ob dies der Fall ist, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 4C.302/2003 vom 26. Mai 2004 E. 3.2; zum Ganzen: Higi, Zürcher Kommentar, N. 56 ff. zu Art. 257f OR).

Solche Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht gemäss ständiger Rechtsprechung an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, das heisst wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in

stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 130 III 28 E. 4.1; 126 III 223 E. 4a).

Im vorliegenden Fall erweist sich der Ermessensentscheid des Obergerichts im Ergebnis als haltbar. Der Beklagte hat sich zwar anfänglich geweigert, Auskunft über die Untermietverhältnisse zu geben; offenbar weil er der Auffassung war, die Meldung an die Einwohnerkontrolle genüge. Danach aber hat er seine Haltung geändert. Mit Brief seines Anwalts vom 30. September 2003 hat er sich bereit erklärt, die Untermietverträge der neuen Untermieter, die voraussichtlich anfangs bzw. Ende Oktober abgeschlossen würden, der Klägerin zuzustellen. Insoweit lag keine andauernde oder wiederholte Pflichtverletzung des Mieters vor, da es wenig Sinn gemacht hätte, wenn er die Verträge mit den bisherigen Untermietern ausgehändigt hätte. Die dann vom Anwalt der Klägerin mit Brief vom 27. Oktober bis 29. Oktober 2003 gesetzte Frist ist unter den gegebenen Umständen eindeutig zu kurz bemessen. Das gilt umso mehr angesichts des Umstandes, dass beide Anwälte am 31. Oktober 2003 an einer Gerichtsverhandlung in Sachen ihrer Klienten teilzunehmen hatten, so dass es nahe lag, bei dieser Gelegenheit auch die Untermietverträge zu übergeben, wie der Anwalt des Beklagten jenem der Klägerin im E-Mail vom 28. Oktober 2003 angekündigt hatte und wie es denn auch
geschehen ist. Selbst wenn dieses kurze Hinauszögern der Übergabe der Untermietverträge als erneute oder andauernde Pflichtverletzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR zu qualifizieren wäre, käme ihr jedenfalls nicht die erforderliche objektive Schwere zu, welche für die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses notwendig ist. Der Ermessensentscheid erweist sich damit - wie bereits festgehalten - unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 ZGB im Ergebnis als haltbar, weshalb die Berufung in diesem Punkt abzuweisen ist.
1.2 Gemäss Art. 262 Abs. 2 lit. b OR kann der Vermieter die Zustimmung zur Untermiete verweigern, wenn die Bedingungen des Untermietverhältnisses im Vergleich zu jenen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind. Die Vorinstanz hat die Missbräuchlichkeit mit der Begründung verneint, die beiden Untermieter zahlten zusammen für die Benützung von zwei von fünf Zimmern sowie verschiedenen Nebenräumen etwas weniger als die Hälfte des gesamten Hauptmietzinses; dies bedeute keine erhebliche finanzielle Schlechterstellung der Untermieter, womit nicht von missbräuchlichen Untermietbedingungen ausgegangen werden könne.

Mit der Berufung rügt die Klägerin eine Verletzung von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR durch das Obergericht. Sie bringt vor, einerseits gelte nach der Lehre ein Untermietzins, der wie im vorliegenden Fall mehr als 3 % über dem Hauptmietzins liege, als missbräuchlich und andererseits dürfe bei teilweiser Untervermietung nur dann auf das mathematische Verhältnis der Zimmer abgestellt werden, wenn diese etwa gleich gross sind; sind sie dagegen unterschiedlich gross, müsse eine differenzierte Berechnung nach Quadratmetern vorgenommen und im Fall einer Mehrzahl von Untermietern die Missbräuchlichkeit für jeden von ihnen getrennt geprüft werden.
1.2.1 Nach Lehre und Rechtsprechung bezweckt Art. 262 Abs. 2 lit. b OR in erster Linie den Schutz der Interessen des Vermieters und nicht des Untermieters. Der Vermieter soll sich nicht geprellt fühlen müssen, weil der Mieter ohne Erbringung eigener Leistung deutlich mehr Geld aus der Mietsache erzielt als er selbst (BGE 119 II 353 E. 6; Higi, a.a.O., N. 42 zu Art. 262; Peter Heinrich, Die Untermiete, Diss. Zürich 1999, S. 102 f.). Aus dem so verstandenen Grundzweck der Norm ergibt sich ohne weiteres, dass entgegen der Auffassung der Klägerin im Fall, wo mehrere Untermietverträge bestehen, die Prüfung nicht für jeden Untermieter getrennt, sondern für alle Untermieter zusammen vorgenommen werden muss. Im Übrigen sind sich Rechtsprechung und Lehre auch einig, dass nicht die Missbräuchlichkeit im Sinne der Art. 269 ff. OR und damit der Schutz der Interessen des Untermieters den Massstab bilden kann. Vielmehr sind die Leistung des Vermieters an den Mieter und dessen Gegenleistung mit den entsprechenden Leistungen und Gegenleistungen von Mieter und Untermieter bzw. Untermietern zu vergleichen, wobei ein Verhältnis von Eins zu Eins in keinem Fall als missbräuchlich betrachtet wird (BGE 119 II 353 E. 5; SVIT-Kommentar Mietrecht, 2.
Auflage, Zürich 1998, N. 17 zu Art. 262 OR; David Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, S. 379; Heinrich, a.a.O., S. 104; Higi, a.a.O., N. 43 zu Art. 262 OR). Schliesslich gilt nach Rechtsprechung und Lehre die Regel, dass bei bloss teilweiser Untervermietung die von Mieter und Untermieter benutzte Anzahl Zimmer der Gesamtzahl der Zimmer der ganzen Wohnung gegenüber zu stellen ist. Dabei sind gemeinsam benutzte Räume wie insbesondere die Küche ebenfalls zu berücksichtigen. Von dieser Regel darf nur abgewichen werden, wenn zwischen den Zimmern grosse Flächenunterschiede bestehen (BGE 119 II 353 E. 5b; Heinrich, a.a.O., S. 116).
1.2.2 Im vorliegenden Fall weist die gemietete Wohnung zwei vom Mieter und zwei von den Untermietern benützte Zimmer sowie eine gemeinsam benützte Küche und Nebenräume auf. Gemäss der erwähnten Regel

ist somit ein Verhältnis von hundert zu fünfzig Prozent zwischen Brutto-Mietzins und Brutto-Untermietzins in keinem Fall missbräuchlich. Der vom Beklagten bezahlte Brutto-Mietzins beträgt Fr. 2'680.– und der von den Untermietern insgesamt bezahlte Brutto-Untermietzins Fr. 1'250.–. Damit besteht ein Verhältnis zwischen Mietzins und Untermietzins, das bereits ohne Berücksichtigung der von der Seite des Mieters anrechenbaren Unkosten oder zusätzlich erbrachten Leistungen (vgl. dazu Heinrich, a.a.O., S. 108 ff.) die Grenze der Missbräuchlichkeit eindeutig nicht erreicht. Daran würde sich nichts ändern, wenn die - von der Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht erwähnte - Behauptung der Klägerin richtig wäre, dass vom Bruttomietzins Fr. 100.– abzuziehen sind, weil diese für einen vom Mieter allein benützten Parkplatz bezahlt werden. Im Übrigen wird im angefochtenen Urteil nicht festgestellt, wie gross die Grundfläche der einzelnen Zimmer ist. Die Klägerin bringt zwar mit der Berufung entsprechende Behauptungen vor, formuliert aber
keine im Berufungsverfahren zulässige Sachverhaltsrügen (vgl. dazu BGE 119 II 353 E. 5c/aa S. 357; 115 II 484 E. 2a S. 485 f.), weshalb auf ihre Behauptungen nicht eingetreten werden kann. Unter diesen Umständen braucht nicht zur Frage Stellung genommen zu werden, ab welchen Grössenverhältnissen der Grundflächen der einzelnen Zimmer von der oben erwähnten Regel abzuweichen ist. Nicht entscheiderheblich und deshalb nicht zu diskutieren ist schliesslich auch die von der Klägerin angerufene Lehrmeinung, nach der ein Untermietgewinn von höchstens 3 % des Hauptmietzinses zulässig ist (Heinrich, a.a.O., S. 108).
2.
Die letzte Rüge der Klägerin betrifft die Frage, ob die am 8. Dezember 2003 erklärte, auf Art. 257d OR gestützte Kündigung gültig ist. Der erstinstanzliche Richter bejahte dies, weil er die vom Beklagten am 16. Juli 2003 veranlasste und mit Entscheid des Mietgerichts Meilen vom 19. März 2004 beendete gerichtliche Hinterlegung des Mietzinses als unwirksam betrachtete. Die Vorinstanz kam dagegen zum Schluss, der Hinterlegung sei gemäss Art. 259g Abs. 2 OR befreiende Wirkung zugekommen, weshalb sich der Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung nicht in Zahlungsverzug befunden habe und die Kündigung ungültig sei.

Die Klägerin macht mit der Berufung geltend, die Beurteilung der Vorinstanz verletze Art. 259h OR, weil zur Erlangung der Hinterlegungswirkung nicht nur die in Art. 257g OR formulierten Voraussetzungen gegeben sein müssten, sondern dazu auch die rechtsgültige Anrufung der Schlichtungsbehörde im Sinne von Art. 259h OR gehöre.
2.1 Das Gesetz gestattet dem Mieter die Hinterlegung der Mietzinse unter den Voraussetzungen, dass er dem Vermieter schriftlich eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzt und ihm androht, dass er bei unbenütztem Ablauf der Frist Mietzinse, die künftig fällig werden, bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle hinterlegen werde; die Hinterlegung ist dem Vermieter schriftlich anzukündigen (Art. 259g Abs. 1 OR). Mit der Hinterlegung gilt der Mietzins als bezahlt (Art. 259g Abs. 2 OR).

Hinterlegte Mietzinse fallen dem Vermieter zu, wenn der Mieter seine Ansprüche gegenüber dem Vermieter nicht innert dreissig Tagen seit Fälligkeit des ersten hinterlegten Mietzinses bei der Schlichtungsbehörde geltend gemacht hat (Art. 259h Abs. 1 OR).
2.2 Nachdem der Beklagte die Mietzinse für die Monate August bis November 2003 hinterlegt und gemäss Art. 259h Abs. 1 OR an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen gelangt war, entschied diese Behörde nach gescheitertem Schlichtungsversuch mit Beschluss vom 3. November 2003, dass das Hinterlegungsbegehren des Beklagten abgewiesen werde und die bereits hinterlegten Mietzinse der Klägerin herauszugeben seien. Die Schlichtungsbehörde begründete ihren Entscheid damit, dass der Beklagte nicht glaubhaft gemacht habe, dass gegenwärtig ein Mangel im Sinne des Gesetzes bestehe, weshalb sein Hinterlegungsbegehren abzuweisen sei. Darauf rief der Beklagte gestützt auf Art. 259i Abs. 2 OR das Mietgericht des Bezirkes Meilen an, wobei er die Aufhebung des Entscheids der Schlichtungsbehörde beantragte und im Übrigen sein bereits bei der Schlichtungsbehörde gestelltes Rechtsbegehren wiederholte.

Bevor das Mietgericht über die Klage entschieden hatte, erging die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 3. März 2004, mit welcher die Kündigungsschutzbegehren des Beklagten abgewiesen und der von der Klägerin beantragte Ausweisungsbefehl erteilt wurde. In dieser Verfügung wird festgehalten, der Beklagte habe bei der Schlichtungsbehörde keinen formellen Antrag auf Beseitigung eines Mangels gestellt, womit eine der formellen Hinterlegungsvoraussetzungen gemäss Art. 259h Abs. 1 OR nicht erfüllt seien. Da die Klägerin bereits in ihrem Schreiben vom 4. November 2003 auf diesen Umstand

hingewiesen und Frist zur Bezahlung der fälligen Mieten unter Androhung der Kündigung gesetzt habe, sei der gute Glaube des Beklagten zu verneinen, zumal dieser anwaltlich vertreten sei. Vor diesem Hintergrund erscheine die Hinterlegung rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB, weshalb die befreiende Wirkung von Art. 259g Abs. 2 OR nicht eingetreten sei und die gestützt auf Art. 257d OR ausgesprochene Kündigung nicht angefochten werden könne.
2.3 Das Obergericht hat die Begründung des Einzelrichters zu Recht als bundesrechtswidrig verworfen. Es weist zutreffend darauf hin, dass die formellen Voraussetzungen der Hinterlegung in Art. 259g Abs. 1 OR und nicht - wie der Einzelrichter anzunehmen scheint - auch in Art. 259h Abs. 1 OR geregelt sind. Der Begriff der "formellen Hinterlegungsvoraussetzungen" wird denn auch in Lehre und Rechtsprechung durchwegs im Zusammenhang mit Art. 259g OR verwendet (BGE 125 III 120 E. 2 S. 121; Urteil des Bundesgerichts 4C.264/2003 vom 3. Dezember 2003, E. 3; Higi, a.a.O., N. 18 f. und N. 33 ff. zu Art. 259g OR; derselbe in AJP 1999 S. 893). Im Übrigen schreibt Art. 259h Abs. 1 OR dem Mieter entgegen der Meinung des Einzelrichters nicht vor, wie er sein Rechtsbegehren vor der Schlichtungsbehörde zu formulieren hat. Wenn diese Bestimmung anordnet, der Mieter habe "seine Ansprüche gegenüber dem Vermieter" bei der Schlichtungsbehörde "geltend zu machen", kann daraus keine Regel darüber abgeleitet werden, welchen Wortlaut ein entsprechendes Rechtsbegehren haben muss. Und noch weniger ergibt sich daraus, dass der Mieter rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er gegen diese vermeintliche Regel verstösst, mit der Folge, dass die befreiende Wirkung der Hinterlegung im Sinne von Art. 259g Abs. 2 OR nicht eintritt. Damit erweist sich die mit der Berufung vorgebrachte Rüge einer Verletzung von Art. 259h OR durch das Obergericht als unbegründet.
3.
Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Gerichtsgebühr der Klägerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Diese hat den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Soweit der Beklagte gestützt auf Art. 152 OG die Befreiung von der Bezahlung der Gerichtskosten fordert, ist sein Gesuch aufgrund des Verfahrensausgangs gegenstandslos geworden. Soweit er auch die unentgeltliche Verbeiständung verlangt, ist dagegen im Hinblick auf eine allfällige Uneinbringlichkeit der zugesprochenen Parteientschädigung über das Gesuch zu entscheiden. Dieses ist insoweit gutzuheissen, da die Bedürftigkeit des Beklagten durch die von ihm eingereichten Urkunden belegt ist, sein mit der Berufungsantwort gestelltes Rechtsbegehren nicht aussichtslos und der Beizug eines Rechtsanwalts nötig war. Im Dispositiv dieses Urteils ist deshalb festzuhalten, dass im Fall der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung dem Anwalt des Beklagten der entsprechende Betrag von der Bundesgerichtskasse ausbezahlt wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird der Klägerin auferlegt.
3.
Die Klägerin hat den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'500.– zu entschädigen.

Im Fall der Uneinbringlichkeit wird dieser Betrag dem Rechtsvertreter des Beklagten zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung von der Bundesgerichtskasse ausgezahlt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 17. März 2005
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: