

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 21. September 2012

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beklagte und Berufungskläger,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

C._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Juli 2012 (ER120063)

Erwägungen:

I.

1.1 Die Beklagten sind Brüder. Sie mieteten – als Nachmieter ihrer Eltern – von der Klägerin mit Mietvertrag vom 22./25. August 2011 und 6. Oktober 2011 die 5-Zimmerwohnung im 1. und 2. Obergeschoss des ... an der ...strasse ... zu einem monatlichen Mietzins von brutto Fr. 1'713.–; ab 1. Juni 2012 beträgt der Mietzins Fr. 1'675.-- brutto (vgl. act. 2/1) .

1.2 Mit Einschreiben vom 12. März 2012 setzte die Klägerin den Beklagten eine Frist von dreissig Tagen zur Begleichung der ausstehenden Mietzinsschulden der Monate Januar und März 2012 von total Fr. 3'426.– und drohte ihnen gleichzeitig die Kündigung bei Nichtbezahlung innert dreissig Tagen an (act. 2/3).

1.3 Am 20. April 2012 kündigte die Klägerin den Beklagten den Mietvertrag mittels offiziellem Formular per 31. Mai 2011. Als Begründung nannte sie: "Mietzins Januar 2012 nicht bezahlt. Kündigung gem. OR Art. 257d (Zahlungsverzug)" (act. 2/4).

2.1 Die Beklagten fochten die Kündigung am 18. Mai 2012 bei der Schlichtungsbehörde Winterthur an mit dem Begehren, die Kündigung vom 20. April 2012 sei für ungültig zu erklären; eventualiter sei das Mietverhältnis maximal zu erstrecken (act. 12/6; Beizugsakten MM120061 act. 16/1). Mit Eingabe vom 5. Juni 2012 stellte die Klägerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur (Einzelgericht) ein Ausweisungsbegehren gemäss Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen; vgl. act. 1). Das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde wurde mit Beschluss vom 11. Juni 2012 sistiert (act. 16/5).

2.2 Das Einzelgericht hiess das Ausweisungsbegehren mit Urteil vom 19. Juli 2012 gut (act. 22). Dagegen richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten mit den folgenden Anträgen (act. 21):

- "1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, die Berufung sei gutzuheissen und auf die Klage sei nicht einzutreten, eventuell sei diese abzuweisen, subeventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche und das Berufungsverfahren."

2.3 Die Beklagten leisteten den ihnen mit Verfügung vom 9. August 2012 auferlegten Kostenvorschuss auf erste Aufforderung (act. 23-25). Nach Einholung der Berufungsantwort, welche die Klägerin fristgemäss am 17. September 2012 erstattete (act. 26), ist die Sache spruchreif.

II.

1.1 Auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen des Einzelgerichts zu den prozessualen und materiellen Voraussetzungen des Ausweisungsanspruchs (vgl. act. 20 S. 3 f. E. II.1.) kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – vorab verwiesen werden.

1.2 Zu ergänzen bzw. präzisieren ist, dass die Frage der Gültigkeit der Kündigung im Rahmen des Ausweisungsprozesses als Vorfrage – wegen des summarischen Verfahrens – nicht mit voller Kognition erfolgen kann. Ob bei einem pendenten Ausweisungsverfahren, in dem die Kündigung vorfrageweise überprüft wird, das mietrechtliche (Haupt-)Verfahren sistiert werden soll, wie es vorliegend geschehen ist (vgl. act. 16/5), kann hier offen bleiben, weil die (separat anfechtbare) Sistierung des mietrechtlichen Verfahrens nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist. Entscheidend fällt in Betracht, dass sich die Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren zulässigerweise auf die Frage der Gültigkeit der (ausserordentlichen) Kündigung der Klägerin bezogen haben und diese Frage im Ausweisungsverfahren als Vorfrage keiner rechtskräftigen Erledigung zugeführt wird. Die Kündigungsanfechtung ist im Folgenden nach den Kriterien des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO: klares Recht und unbestrittene bzw. sofort beweisbare Tatsachen) zu prüfen. Das Begehren ist illiquid, wenn der Gesuchsgegner Einreden und Einwendungen vorbringt, die vom Gesuchsteller

nicht sofort als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden können. (Nur) Einwendungen, die sich als offensichtlich haltlos erweisen, bleiben unbeachtlich (vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, Art. 257 N 7). Dabei ist zu bedenken, dass auch Mieter, die (nichtig oder unwirksame) Kündigungen nicht separat im mietrechtlichen Schlichtungsverfahren anfechten bzw. angefochten haben, im (summarischen) Ausweisungsverfahren die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung geltend machen können, weil die Geltendmachung dieser Mängel nicht von einer förmlich erfolgten gerichtlichen Anfechtung abhängig ist. Gültige, aber allenfalls gemäss Art. 271 f. OR treuwidrige, ausserordentliche Kündigungen können dagegen vom Ausweisungsrichter (vorfrageweise) nur überprüft werden, wenn sie innert der Frist von Art. 273 OR angefochten werden, andernfalls der Einwand der Treuwidrigkeit verwirkt ist (vgl. KUKO OR-Walter, Art. 271 N 2, 9; SVIT-Kommentar, Art. 271 N 16; BGer 4C.35/2004; BGE 122 III 95). Wie erwähnt haben die Beklagten die ausserordentliche Kündigung der Klägerin bei der Schlichtungsbehörde Winterthur angefochten, wobei sie insbesondere geltend machen, die Kündigung verstosse gegen Treu und Glauben (act. 16/1). Im Ausweisungsverfahren ist der Einwand der Treuwidrigkeit mithin ebenfalls zulässig (vgl. zum Ganzen OGer ZH PF110018 vom 1. Juli 2011, E. II.2.-4. und II.6.).

2. Das Bundesgericht schliesst die Berufung auf Treuwidrigkeit und Rechtsmissbrauch bei Zahlungsverzugskündigungen nicht aus. Es müssen allerdings besondere Umstände vorliegen, damit eine gültige Zahlungsverzugskündigung rechtsmissbräuchlich und damit anfechtbar ist. Auszugehen ist vom Grundsatz, dass die Kündigung wegen Zahlungsverzuges nicht missbräuchlich ist, ausser der Zahlungsverzug wäre nicht der wahre Grund (vgl. ZK-Higi, 3. A. 1994, Art. 257d N 56). Treuwidrig ist die Zahlungsverzugskündigung etwa dann, wenn der Vermieter mit der Kündigungsandrohung, ohne Gewissheit über den geschuldeten Betrag, die Zahlung einer weit über der tatsächlich geschuldeten Summe verlangt und dieses Versehen auch nachträglich nicht richtig stellt (BGE 120 II 31 E. 4b S. 33 f.). Ebenso verstösst eine Zahlungsverzugskündigung gegen Treu und Glauben, wenn die Vermieterin den Ausstand selber herbeiführt, indem sie beispielsweise die Untermieterin der Mieterin dazu anhält, die Mieten ihr direkt zu bezahlen und so den Mieter eines gewichtigen Teils seiner finanziellen Quellen

beraubt mit dem Ziel, Zahlungsrückstände zu provozieren, welche schliesslich die vorzeitige Kündigung rechtfertigten (vgl. cour de justice GE vom 14. Februar 2005, mp 1/2007, S. 39; vgl. auch Lachat et. al., Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, S. 546 f.).

3. Das Einzelgericht ist von einem in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht klaren Fall ausgegangen. Gemäss übereinstimmender Sachdarstellung beider Parteien hätten sich die Beklagten zum Zeitpunkt der Kündigungsandrohung nach Art. 257d OR für zwei Mietzinse in Zahlungsrückstand befunden, wobei sich die Parteien einig seien, dass einer davon der Mietzins für den Monat März 2012 gewesen sei. Innert der 30-tägigen Frist bis 16. April 2011 sei unbestritten am 30. März 2012 eine Zahlung in Höhe eines Mietzinses geleistet worden. Es seien hingegen nicht sämtliche ausstehenden Mietzinse bezahlt worden. Die Klägerin habe in der Mahnung und Kündigungsandrohung vom 12. März 2012 klar festgehalten, welche Monate sie aufgrund der verwendeten Einzahlungsscheine als bezahlt betrachte (act. 2/3). Wenn nicht bereits die Beklagten selbst durch Verwendung der entsprechenden Einzahlungsscheine eine Erklärung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR abgegeben hätten, hätte die Klägerin mit genanntem Schreiben im Sinne von Art. 86 Abs. 2 OR erklärt, welche Forderungen sie als bezahlt erachte. Dass von Seiten der Beklagten sofort Widerspruch eingelegt worden sei, sei nicht behauptet worden. Nach dieser Mitteilung seitens der Klägerin hätten die Beklagten innerhalb der Zahlungsfrist nach unwidersprochener Sachdarstellung der Klägerin mittels Einzahlungsschein für den Monat März 2012 eine Zahlung geleistet. Dass die Klägerin in ihrer Begründung der Kündigung angebe, der Monat Januar 2012 sei unbezahlt geblieben, sei somit konsequent und nicht zu beanstanden. Im Übrigen könne auch die falsche Bezeichnung in der Begründung nicht zur Nichtigkeit der Kündigung führen, da unbestritten einer der beiden Mietzinse, der in der Kündigungsandrohung genannt worden sei, unbezahlt geblieben sei und damit die Voraussetzungen der ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257d OR grundsätzlich erfüllt seien. Kein Zahlungsrückstand trete ein, wenn beispielsweise Gläubigerverzug vorliege, der Mieter rechtzeitig die Verrechnung erklärt oder den Mietzins formell korrekt hinterlegt hätte oder wenn wegen Mängel am Mietobjekt nur ein Teil des Mietzinses bezahlt worden wäre. Die Hauptpflicht des Mieters aus

dem Mietvertrag sei die Bezahlung des Mietzinses; sie stehe nach Art. 253 OR im Austauschverhältnis zur Hauptpflicht des Vermieters, das Mietobjekt dem Mieter zum Gebrauch zu überlassen. Die Klägerin habe den Beklagten unstrittig Einzahlungsscheine zur Zahlung der Mietzinse zur Verfügung gestellt und das Mietobjekt den Beklagten zum Gebrauch überlassen. Entsprechend sei hinsichtlich der Hauptpflicht der Klägerin nicht von einem Gläubigerverzug auszugehen. Der Mietvertrag halte fest, dass das Mietzinsdepot in Form von Bargeld (Sparkonto) oder Wertpapieren (Depot) geleistet werden könne; die Sicherheit müsse auf den Namen der Mieterschaft lauten und bei einer Bank hinterlegt sein. Unbestritten sei, dass die Parteien in der Folge darin übereingekommen seien, die im Mietvertrag vorgesehene Sicherheit durch eine Mietzinsgarantie der D. _____ AG abzulösen. Diese vertragsändernde Vereinbarung (bzw. die damit zusammenhängenden vertraglichen Verpflichtungen der Parteien) stünden nicht in einem Austauschverhältnis zur vertraglichen Mietzinszahlungspflicht der Beklagten. Entsprechend begründe eine Verzögerung in der Auszahlung der Kautions an die Beklagten von vornherein keinen der Mietzinszahlungspflicht der Beklagten entgegenstehenden Gläubigerverzug der Klägerin. Damit stimme auch der allgemeine Grundsatz "Geld muss man haben" überein. Die Beklagten könnten sich nicht von ihrer Schuldpflicht befreien, indem sie sich auf die (behauptete) Untätigkeit der Klägerin beriefen, ihnen das nötige Geld zu verschaffen. Ob die Klägerin den Aufenthaltsort des Beklagten 2 habe erfragen dürfen oder sie die Auszahlung der Mietzinskaution unnötig verschleppt habe, sei entsprechend ebenfalls irrelevant. Nachdem sich die Beklagten auf den Standpunkt stellten, die Kautions hätte ihnen (von der Bank) ausbezahlt werden müssen, liege auch von vornherein keine im Sinne von Art. 120 OR mit dem ausstehenden Mietzins verrechenbare Forderung vor, und die Beklagten könnten aus der behaupteten "doppelten Sicherheitsleistung" nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Klägerin habe korrekt wegen Zahlungsrückstands gemäss Art. 257d OR gekündigt. Die Beklagten hätten diese Kündigung durch Bezahlung der ausstehenden Mietzinse abwenden können. Somit fehle es allfälligen treuwidrigen Kündigungsmotiven – wie der Kündigung wegen Verhaftung – grundsätzlich an Beachtlichkeit (act. 20 S. 5 ff.).

4. Die Beklagten halten zunächst die Erwägung des Einzelgerichts, die Beklagten hätten durch Verwendung von Einzahlungsscheinen mit entsprechenden Nummern eine Erklärung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR abgegeben, für unzutreffend. Es sei nicht einzusehen, inwiefern durch die Verwendung eines Einzahlungsscheines auf Bezahlung des Mietzinses für einen bestimmten Monat geschlossen werden solle. Gleichsam irrig sei die Auffassung des Einzelgerichts, die Klägerin habe mit der Mahnung vom 12. März 2012 eine Erklärung abgegeben, welche Forderung sie als bezahlt erachte. Eine anstelle des Schuldners vom Gläubiger vorgenommene Erklärung habe in der Form einer Quittung zu erfolgen; eine Mahnung sei per se keine Quittung. Im Zeitpunkt der Kündigung vom 20. Mai 2012 sei somit der Mietzins für den Monat März und nicht – wie von der Klägerin im Kündigungsschreiben aufgeführt – für den Monat Januar 2012, nicht bei der Klägerin eingegangen. Der von der Klägerin auf dem Kündigungsschreiben aufgeführte Grund sei daher nachweislich falsch. Die Kündigung genüge den Grundsätzen der Klarheit und Wahrheit nicht und entfalte bereits deshalb keine Wirkung. Die Beklagten halten im Weiteren daran fest, dass die Klägerin im vorliegenden Fall mit ihrer eigenen Leistung in Verzug gewesen sei, und es dadurch den Beklagten verunmöglicht habe, den noch ausstehenden Mietzins zu begleichen. Nicht nur habe die Klägerin Kenntnis davon gehabt, dass die Beklagten den sich auf dem Mietzinskautionkonto befindenden Betrag hätten dafür verwenden wollen, den ausstehenden Mietzins für März 2012 zu leisten, sondern sie sei damit auch einverstanden gewesen. Die Klägerin habe die von der D._____ AG gestellte Sicherheit angenommen und als solche akzeptiert. Die Klägerin und die Beklagten hätten mindestens konkludent vereinbart, dass der noch ausstehende Mietzins mit der Barkaution beglichen werde. Obwohl die Klägerin seit Mitte März 2012 im Besitze des Mietzinsgarantie-Zertifikates der D._____ AG gewesen sei, habe sie es dennoch weiterhin nicht für nötig gehalten, die für die Auflösung des Mietzinskautionkontos ihrerseits erforderlichen Schritte zu unternehmen. Vielmehr habe die Klägerin, welche offenbar davon Kenntnis erhalten habe, dass der Beklagte 2 wegen mutmasslichen sexuellen Handlungen mit minderjährigen Jugendlichen verhaftet worden sei, einzig versucht herauszufinden, wo er sich derzeit aufhalte, und sie habe die Auszahlung des sich auf dem Mietzinskautionkon-

to befindenden Betrages von der Information über den Aufenthaltsort abhängig gemacht. Sodann habe die Klägerin erstmals verlangt, dass die Beklagten die Auszahlung des Mietzinskautionkontos schriftlich bei ihr verlangen müssten. Doch auch nach Eingang eines entsprechenden Schreibens der Beklagten vom 31. März 2012 habe die Klägerin nichts unternommen. Auf entsprechende Anfrage von Rechtsanwalt E._____, des Verteidigers des Beklagten 2 im Strafverfahren, habe Frau F._____ von der Klägerin vielmehr darauf beharrt, den Aufenthaltsort des Beklagten 2 kennen zu müssen. Als Rechtsanwalt E._____ deutlich gemacht habe, dass sie darauf keinen Anspruch habe, habe sie sich auf die Begründung verlegt, die Unterschrift des Beklagten 2 auf dem Schreiben sehe nicht echt aus, und die Bank würde das Geld daher nicht auszahlen. Die Beklagten hätten daher in einem zusätzlichen Schreiben um Auszahlung der Mieterkaution gebeten. Kurz nach der Kündigung der Klägerin sei den Beklagten die Mieterkaution ausbezahlt und damit der ausstehende Mietzins beglichen worden. Die Klägerin habe die Auszahlung der Mieterkaution treuwidrig unter Vorgabe von Scheingründen so lange verzögert, dass es den Beklagten nicht mehr möglich gewesen sei, den ausstehenden Mietzins innert Frist zu bezahlen. Die Klägerin habe ihre Pflichten bei der Freigabe der Mieterkaution verletzt und dadurch bewerkstelligt, dass sie den ausstehenden Mietzins nicht rechtzeitig erhalten habe, was ihr zuzurechnen sei. Deshalb sei kein Zahlungsrückstand eingetreten und die Kündigung des Mietvertrages daher auch unter diesem Blickwinkel unwirksam. Indem die Klägerin gewusst habe, dass die Beklagten die Mietzinskaution zur Begleichung des ausstehenden Mietzinses verwenden wollten, und die Sicherheitsleistung der D._____ AG als solche akzeptiert habe, habe sie die Zahlung des noch ausstehenden Mietzinses zudem gestundet. Mithin sei die Mietzinsforderung der Klägerin nicht fällig gewesen, und ein Zahlungsrückstand habe daher auch in dieser Hinsicht nicht bestanden. Schliesslich ginge es der Klägerin einzig darum, unliebsame Mieter loszuwerden. Sie habe aufgrund der Strafuntersuchung gegen den Beklagten 2 gekündigt, weshalb die Kündigung auch missbräuchlich sei (act. 21 S. 4 ff.).

5. Die Klägerin wendet demgegenüber ein, es sei für die Beklagten eindeutig erkennbar gewesen, für welchen Monat welcher Einzahlungsschein vorge-

sehen gewesen sei. Sie weist darauf hin, dass der Mahnung bzw. Kündigungsandrohung vom 12. März 2012 zwei Einzahlungsscheine beigelegt hätten, die handschriftlich im Feld "Zahlungszweck" den Vermerk "Januar 2012" bzw. "März 2012" getragen hätten (vgl. act. 2/3). Weiter verwarft sich die Klägerin dagegen, dass der Zahlungsverzug der Beklagten von ihr zu vertreten sei. Es liege weder ein Gläubigerverzug ihrerseits vor, noch sei die Klägerin verpflichtet gewesen, den Beklagten Geld für die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten zu verschaffen. Die Klägerin bestreitet die Darstellung der Beklagten, dass sie Kenntnis davon gehabt habe, dass sich der Beklagte 2 in Untersuchungshaft befunden habe. Dies werde schon durch die Behauptung der Beklagten widerlegt, sie habe sich mehrfach nach dessen Aufenthaltsort erkundigt. Ebenso bestreitet sie, dass sie gewusst habe, die Beklagten hätten den sich auf dem Mieterkautionkonto befindenden Betrag für die Begleichung des ausstehenden Mietzinses verwenden wollen. Die Klägerin habe auch weder ihr Einverständnis zu diesem Vorgehen gegeben, noch irgendwelche diesbezüglichen Zusicherungen gemacht oder gar die Beklagten von ihrer Pflicht zur rechtzeitigen Bezahlung des Mietzinses entbunden. Es treffe auch nicht zu, dass die Klägerin die Auszahlung des Mieterkautionkontos von der Bekanntgabe des Aufenthaltsorts des Beklagten 2 abhängig gemacht habe. Richtig sei hingegen, dass sie für die Auflösung des Mieterkautionkontos ein Gesuch in Schriftform verlangt habe. Am 2. April 2012 sei bei ihr ein vom 30. März 2012 datiertes, entsprechendes Schreiben der Beklagten (act. 27/3) eingegangen. Die mit der Angelegenheit befasste Mitarbeiterin der Klägerin habe allerdings Zweifel gehabt, ob die Unterschrift des Beklagten 2 auf diesem Schreiben echt sei. Dass der Verdacht auf eine Fälschung zumindest nicht unbegründet gewesen sei, zeige ein Vergleich der Unterschriften auf diesem Schreiben mit der betreffenden Unterschrift auf dem Mietvertrag sowie dem anschliessend erhaltenen Schreiben des Beklagten 2 vom 13. April 2012 (act. 27/5). Schliesslich macht die Klägerin geltend, dass die schleppend vorangehende Freigabe des Kontos einzig und allein den Beklagten zuzuschreiben sei. Mit der in ihren Augen gerechtfertigten Einschränkung, dass sie auf Schriftlichkeit und einer glaubhaften Unterschrift bestanden habe, habe sie die Wünsche der Beklagten

stets beförderlich behandelt. Die Kündigung sei im Übrigen nach der Freigabe des Mietzinskautionsskontos ausgesprochen worden (act. 26 S. 3 ff.).

6.1 Unbestritten ist, dass zum Zeitpunkt der den Beklagten am 16. März 2012 zugestellten Mahnung und Kündigungsandrohung vom 12. März 2012 (vgl. act. 2/3) zwei Mietzinse trotz Fälligkeit unbezahlt waren. Während dies nach der Berechnung der Klägerin die Miete für Januar und für März 2012 betrifft, sind die geleisteten Zahlungen nach Auffassung der Beklagten nach Art. 86 OR jeweils auf die zuerst fällig gewordenen Mietzinse anzurechnen. Somit wären zum Zeitpunkt der Kündigungsandrohung die Monate Februar und März 2012 offen gewesen (vgl. act. 11 S. 7 f.; act. 21 S. 5). Ebenfalls unbestritten ist, dass im Zeitpunkt der Kündigung vom 20. April 2012 ein Mietzins immer noch nicht bezahlt war, nach den Beklagten war dies der Mietzins für den Monat März 2012 (act. 11 S. 8; act. 21 S. 7), nach der Klägerin jener für Januar 2012 (act. 2/4).

6.2 Glaubhaft ist die Behauptung der Klägerin, sie habe den Beklagten Einzahlungsscheine zugestellt, welche mit der Rechnung für den betreffenden Monatsmietzins verbunden und erkennbar dafür bestimmt seien (vgl. act. 15 S. 1; act. 26 S. 4; act. 27/1-2). Ausserdem trifft zu, dass der Kündigungsandrohung zwei Zahlungsscheine beilagen, welche im Feld "Zahlungszweck" handschriftlich den Vermerk "Januar 2012" und "März 2012" trugen (vgl. act. 2/3). Richtig ist überdies die Auffassung der Klägerin, dass eine Mahnung sehr wohl eine Quittung für geleistete Zahlungen im Sinne von Art. 86 Abs. 2 OR beinhalten kann und dies hier anzunehmen ist. Folgerichtig mahnte die Klägerin am 12. März 2012 die Mietzinse Januar und März 2012. Nach Tilgung des Mietzinses für den Monat März innerhalb der 30-tägigen Zahlungsfrist mit dem betreffenden Einzahlungsschein war bei Kündigung am 20. April 2012 mithin noch der Mietzins für den Monat Januar 2012 offen (act. 11 S. 8; act. 21 S. 7). Doch selbst wenn der Monat März 2012 unbezahlt geblieben wäre und die Begründung der Kündigung (vgl. act. 2/4) so gesehen fälschlicherweise auf die Nichtbezahlung des Mietzinses für Januar 2012 verweisen würde, wäre die Kündigung (allein) deshalb weder unwirksam noch ungültig. Zu keinem Zeitpunkt bestand über die Höhe der fälligen Mietzinsforderungen Unsicherheit. Der Betrag der fälligen Mietzinsforderung war

in der Kündigungsandrohung (vgl. act. 2/3) korrekt ausgewiesen. Die Beklagten wenden mit Recht denn auch nicht ein, sie seien sich über die wirkliche Schuld im Unklaren gewesen. Vielmehr wussten sie zu jedem Zeitpunkt genau, in welcher Höhe noch Mietzinse ausstehend waren und welcher Betrag zu bezahlen war, um die angedrohte Kündigung abzuwenden. Die Beklagten wurden mit anderen Worten durch die Angabe eines falschen Monats auf der Kündigungsandrohung bzw. der Kündigung nicht in die Irre geführt. Da die Zahlung nach Art. 257d Abs. 1 OR innert der Frist von 30 Tagen erfolgt sein muss (vgl. ZK OR-Higi, Art. 257d N 29 f.), ein Mietzins jedoch ausstehend blieb, sind die Voraussetzungen für die ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges grundsätzlich erfüllt.

6.3.1 Die Beklagten wenden dagegen ein, dass die Klägerin ihrer Mitwirkungspflicht bei der Auflösung des Mieterkautionsskontos nicht nachgekommen sei, weshalb kein Zahlungsrückstand eingetreten sei. In rechtlicher Hinsicht halten sie zutreffend fest, dass kein pflichtwidriger Zahlungsrückstand im Sinne von Art. 257d OR eintritt, wenn sich die Vermieterin im "Annahmeverzug" im weiteren Sinne befindet (vgl. Art. 91, Art. 92 und Art. 96) den sie zu vertreten hat und der es dem Mieter verunmöglicht, termingerecht zu leisten (vgl. BGE 103 II 247 E. 3, S. 255 f.; ZK OR I-Higi, Art. 257d N 14). Das hat das Einzelgericht zutreffend erkannt (act. 20 S. 6 f. E. II.2.3.2.). Ebenso wird im angefochtenen Urteil zutreffend darauf hingewiesen, dass der Bezahlung des Mietzinses als Hauptpflicht des Mieters die Hauptpflicht des Vermieters gegenübersteht, dem Mieter das Mietobjekt zum Gebrauch zu überlassen. Hinsichtlich der Pflicht der Klägerin zur Gebrauchsüberlassung liegt kein Verzug vor, und ebenso wenig kann von einem Gläubigerverzug der Klägerin hinsichtlich der Mietzinszahlungspflicht der Beklagten die Rede sein. Unstrittig hat die Klägerin den Beklagten Einzahlungsscheine zur Verfügung gestellt, weshalb die Leistung der Beklagten aus rechtlicher Sicht ohne Weiteres möglich war.

6.3.2 Nun trifft allerdings zu, dass sich die Klägerin gegenüber den Beklagten bereit erklärte, die vertraglich festgelegte Barkautions (vgl. act. 2/1) durch eine Mietzinsgarantie der D. _____ AG abzulösen; und erstellt ist auch, dass das betreffende Mietzinsgarantie-Zertifikat bei der Klägerin am 14. März 2012 einging

(vgl. act. 11 S. 2 f.; act. 21 S. 8; act. 26 S. 6). Gegenüber der G._____ erklärte die Klägerin ihre Zustimmung zur Auflösung des Mieterkautionsskontos dagegen erst einen Tag nach Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist am 17. April 2011 (vgl. act. 27/6).

6.3.3 Die Herausgabe der Sicherheitsleistung nach Art. 257e OR an den Mieter oder an den Vermieter erfordert eine übereinstimmend erklärte Zustimmung beider Parteien. Die Zustimmung zur Herausgabe ist an die aufbewahrende Bank zu richten, unter Angabe des Umfangs und der Person, an welche die Sicherheit ganz oder teilweise herausgegeben werden soll. Von Gesetzes wegen ist die Zustimmungserklärung indes an keine Form gebunden (ZK OR I-Higi, Art. 257e N 36).

6.3.4 Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung über die Ablösung der Mietzinskaution durch eine entsprechende Garantie der D._____ AG ändert zwar nichts an der Mietzinszahlungspflicht der Beklagten. Wie das Einzelgericht zutreffend erwogen hat (act. 20 S. 7), steht diese vertragsändernde Vereinbarung (und die damit zusammenhängenden Verpflichtungen der Parteien) nicht in einem Austauschverhältnis zu den vertraglichen Pflichten der Parteien, insbesondere nicht zur Mietzinszahlungspflicht der Beklagten. Für die Beurteilung der Kündigung relevant ist jedoch, ob die Klägerin bei der gegenüber den Beklagten geäußerten Zustimmung zur Ablösung wusste, dass diese die Mieterkaution für die Begleichung des ausstehenden Mietzinses verwenden wollten und wegen eines finanziellen Engpasses darauf angewiesen waren. Die Klägerin bestreitet das. Ebenso bestreitet sie wie erwähnt die Behauptung der Beklagten, sie habe, weil sie von der Verhaftung erfahren habe, ihre Zustimmung zur Auszahlung der Mieterkaution zunächst von der Mitteilung über den Aufenthaltsort des Beklagten 2 abhängig gemacht. Die Klägerin bestreitet hingegen nicht, dass sie nach Erhalt des Mietzinsgarantie-Zertifikats anlässlich eines Telefonats mit dem Beklagten 1 am 29. März 2012 für die Auszahlung der Kaution ein schriftliches Gesuch der Beklagten verlangt habe und dass sie gegen das entsprechende Schreiben der Beklagten (act. 27/3) eingewendet habe, die Unterschrift des Beklagten 1 sehe nicht echt aus (vgl. act. 26 S. 6). Während der erste unbestrittene Einwand –

obschon nicht gesetzlich abgestützt – sich auf die Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr stützen kann, scheint der zweite nicht wirklich angebracht. Die Beklagten bemerken diesbezüglich korrekt, dass es nicht Sache der Klägerin, sondern der G._____ gewesen wäre, die Unterschrift der Parteien auf der Auflösungserklärung zu prüfen (vgl. act. 21 S. 9).

6.3.5 Hätte die Klägerin – wie behauptet und bestritten – mit ihrer Zustimmungserklärung an die G._____ zur Auszahlung der Mieterkaution im Wissen um die finanzielle Notlage der Beklagten sowie um den beabsichtigten Verwendungszweck der Barkautions und trotz gegenteiliger Zusicherung bis zum Ablauf der Zahlungsfrist zugewartet, um die Kündigung wegen Zahlungsverzug aussprechen zu können, wäre dieser Umstand geeignet, die Kündigung als treuwidrig erscheinen zu lassen. Dass in der Vereinbarung betreffend Ablösung der Barkautions entgegen der in der Berufung vertretenen Rechtsauffassung (vgl. act. 21 S. 11) keine (konkludente) Stundung des Mietzinses zu erblicken ist, die Beklagten mithin von der Mietzinszahlungspflicht innert der 30-tägigen Frist nicht befreit waren, ändert daran nichts. In der behaupteten Verzögerung der (zugesicherten) Zustimmungserklärung kann gegebenenfalls dennoch ein widersprüchliches Verhalten der Klägerin liegen, das erwecktes Vertrauen der Beklagten enttäuscht.

6.3.6 Fest steht damit, dass sich die Parteien über rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit der ausgesprochenen Kündigung nicht einig sind, und die Situation insofern unklar ist. In der Lehre ist umstritten, ob der Gesuchsgegner beim Rechtsschutz in klaren Fällen seine Einwendungen glaubhaft machen muss oder ob ihn diesbezüglich lediglich die Behauptungslast trifft (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 257 N 11 mit Hinweisen). So oder so trägt der Gesuchsteller, mithin die Klägerin – entsprechend der Besonderheiten des Verfahrens – die Beweislast für den Nichtbestand der rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen (vgl. Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 375; KassGer ZH AA090067, E. 4.1; KassGer ZH AA090067, E. 4.1). An diesem Punkt wirkt sich nun massgeblich der Wegfall der Kompetenzattraktion des Art. 274g OR und damit der Möglichkeit aus, Kündigungsanfechtungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen (vgl. dazu BGE 117 II 558; Vo-

gel, Der Mietprozess, recht 1993, S. 32), und es bleibt auch bei geringfügigen Zweifeln nichts anderes übrig, als einen Nichteintretensentscheid zu fällen. In Mietsachen trifft dies umso mehr zu, als im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO die amtswegige Sachverhaltserhebung vorgesehen ist, so dass bei nicht unverrückbar feststehenden Tatsachen für einen Entscheid im summarischen Verfahren umso grössere Zurückhaltung geboten ist.

6.4 Dass die Klägerin die (nicht offensichtlich haltlose) Behauptung eines ihr anzulastenden widersprüchlichen Verhaltens nicht sofort hat entkräften können, muss vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zu einem Nichteintreten wegen Illiquidität gemäss Art. 257 Abs. 3 ZPO führen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr (vorinstanzliche Dispositiv-Ziff. 3) ist zu bestätigen. Unter Berücksichtigung der dreijährigen Kündigungssperrfrist von Art. 271 Abs. 1 lit. e OR ergibt sich beim monatlichen Mietzins von Fr. 1'675.-- (vgl. act. 2/1) ein (Rechtsmittel-)Streitwert von rund Fr. 65'300.--. Für die Festsetzung der zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr ist zudem von Bedeutung, dass es sich um wiederkehrende Leistungen (§ 4 Abs. 3 GebV OG) sowie um ein summarisches Verfahren (§ 8 Abs. 1 GebV OG) handelt. Zu berücksichtigen ist ausserdem § 10 Abs. 1 GebV OG, da es sich bei einem Nichteintretensentscheid dogmatisch um ein Verfahren ohne Anspruchsprüfung handelt. In Anwendung dieser Bestimmungen ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'100.-- festzulegen. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind mit dem von den Beklagten geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 900.-- (vgl. act. 25) zu verrechnen, und die Klägerin hat den Beklagten Fr. 1'100.-- zu ersetzen.

2. Für die Parteienschädigung sind die einschlägigen Reduktionskriterien wiederkehrende Leistung (§ 4 Abs. 3 AnwGebV), summarisches Verfahren (§ 9 AnwGebV) und Rechtsmittelverfahren (§ 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV) zu berücksichtigen.

sichtigen. Gestützt darauf hat die Klägerin die Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 2'200.-- zu entschädigen und für das zweitinstanzliche Verfahren mit Fr. 1'100.--. Das ergibt eine Parteientschädigung für beide Instanzen von Fr. 3'300.--. Ersatz der Mehrwertsteuer haben die Beklagten nicht verlangt (vgl. act. 24 S. 2; ZR 104/2005 Nr. 76; Kreisschreiben vom 17. Mai 2006, publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab 2000](http://www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab_2000)).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Juli 2012 (ER120063) wird gutgeheissen, und auf das Ausweisungsbegehren der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'100.--.
4. Die Gerichtsgebühren beider Instanzen werden der Klägerin auferlegt.

Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird mit dem von den Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet, und die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten Fr. 1'100.-- zu ersetzen.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'300.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage einer Kopie der Berufungsantwort (act. 26), sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur, je gegen Empfangsschein.

7. 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. 65'300.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: