

## **ZMP 2020 Nr. 1**

### **Art. 257e OR; Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; § 26 GOG. Sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts. Gesetzeskonforme Hinterlegung der Sicherheitsleistung nach Beendigung des Mietverhältnisses. Rechtsschutzinteresse.**

*Die Durchsetzung der Vereinbarung einer Sicherheitsleistung ist als mietrechtlich zu erachten, so dass das Mietgericht für den Prozess über den Anspruch des Mieters auf korrekte Hinterlegung des Depots sachlich zuständig ist (E. III.1.).*

*Wird die Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 257e OR nicht gesetzeskonform hinterlegt, greift das Verrechnungsverbot gem. Art. 125 Ziff. 1 OR, sodass der Vermieter keine Gegenforderungen in Verrechnung bringen kann, sondern die Sicherheitsleistung ungeschmälert herauszugeben verpflichtet ist. Für die Durchsetzung der gesetzeskonformen Hinterlegung der Sicherheitsleistung nach Beendigung des Mietverhältnisses fehlt daher das Rechtsschutzinteresse (E. III.2.).*

*An die Stelle des Anspruchs des Mieters auf gesetzeskonforme Hinterlegung der Sicherheitsleistung ist nach Beendigung des Mietverhältnisses ein solcher auf Rückzahlung getreten (E. IV.2.).*

Aus Urteil und Beschluss des Mietgerichts MD180006-L/U vom 15. November 2019 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Mosele, Steiner Lettoriello, Bauert, Gerichtsschreiberin Wallace):

"(...)

## **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

### **1. Sachverhalt**

1.1. Mit Mietvertrag für Geschäftsräume vom 24. Januar 2011 mietete der Kläger zusammen mit der Z AG ab dem 1. März 2011 den Gewerberaum im EG sowie WC-Anlagen und die Garderobe im UG in der Liegenschaft N.-strasse x in Zürich zu einem Nettomietzins von Fr. 42'000.– pro Quartal plus Fr. 1'500.– Akontobeiträge pro Quartal für die Nebenkosten. Die Parteien vereinbarten ein Depot in der Höhe von Fr. 42'000.–.

1.2. Daneben bestanden zwischen den Parteien diverse weitere Mietverträge für die Räumlichkeiten und Flächen im 1. bis 3. Obergeschoss sowie für das Dachgeschoss der Liegenschaft N.-strasse x in Zürich.

1.3. Am 5. Februar 2012 schlossen der Kläger und die Beklagte folgende Vereinbarung:

**"Darlehensvertrag**

zwischen

[dem Kläger], als Darlehensgeber und Mieter

und

[der Beklagten], als Darlehensnehmer und Vermieter

**Präambel**

Zwischen den Darlehensparteien besteht ein Mietvertrag für das EG in der Liegenschaft an der N.-strasse x in Zürich. Mit der temporären Auflösung des Mietkautionsdepots von CHF 42'127.40 bis spätestens 31.12.2012 unterstützt der Mieter den Vermieter finanziell bei seiner noch im Monat März zu vergebenden Aussenanlage an der N.-strasse x.

1. Der Darlehensgeber gewährt dem Darlehensnehmer ein Darlehen von 42'124.70 Franken (in Worten: Franken zweiundvierzigtausend einhundert vierundzwanzig, siebenzig).
2. Der Darlehensnehmer und Vermieter verpflichtet sich, 43'000.– bis spätestens 31. Dezember 2012 wieder auf ein neu zu eröffnendes Mieterkautionskonto bei der Y Bank einzuzahlen.
3. Das Darlehen wird für die zu erstellende Aussenanlage des vom Mieter genutzten Hofes eingesetzt.
4. Eine vorzeitige Rückzahlung ist jederzeit möglich.
5. Der Darlehensnehmer verpflichtet sich, das Darlehen mit 2% p.a. zu verzinsen.
6. Das Darlehen wird mit der Unterzeichnung der Kautionsauflösung aktiv und gilt als dem Darlehensnehmer ausbezahlt.
7. Im Übrigen gelten für diesen Darlehensvertrag die Bestimmungen des Schweizer Obligationenrechts (OR 312 ff.).

Beilage: Zustimmungserklärung zur Auszahlung des Mieterkautionskonto"

Der Betrag von Fr. 43'000.– wurde, was unbestritten ist, bis heute weder dem Kläger zurückerstattet noch auf ein Mieterkautionskonto einbezahlt.

1.4. Im Oktober 2016 retournierten der Kläger und die Z AG die Schlüssel an die Beklagte und gaben damit das Mietobjekt zurück.

1.5. Mit Schreiben vom 31. Juli 2017 stellte die Beklagte dem Kläger sowie der Z AG Rechnung über Fr. 45'000.– für die Wiederherstellungskosten der Räumlichkeiten an der N.-strasse x in Zürich. In der Folge machte die Beklagte diverse Schlichtungsverfahren betreffend Forderungen aus dem Mietverhältnis anhängig, welche sie alle unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückzog.

1.6. Mit Einschreiben vom 19. Januar 2018 setzte der Kläger der Beklagten bzw. deren Verwaltung eine Frist bis zum 2. Februar 2018, um ihm mitzuteilen, ob die Beklagte ihrer Pflicht gemäss "Darlehensvertrag" vom 5. Februar 2012, den Betrag von Fr. 43'000.– wieder auf ein neu zu eröffnendes Mieterkautionskonto bei der Y Bank einzuzahlen, nachgekommen sei und gegebenenfalls, auf welchem Mieterkautionskonto der Betrag hinterlegt worden sei.

## 2. Prozessgeschichte

(...)

## II. Parteivorbringen

### 1. Kläger

1.1. Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, der im Mietvertrag als Depot vereinbarte Geldbetrag von Fr. 42'000.– sei bei der Y Bank auf einem auf den Namen des Klägers lautendes Mieterkautionskonto hinterlegt worden. Am 5. Februar 2012 hätten der Kläger und die Beklagte eine als Darlehensvertrag bezeichnete, schriftliche Vereinbarung unterzeichnet. Damit habe der Kläger der Beklagten ein Darlehen im Betrag von Fr. 42'124.70, dem damaligen Kontostand des Mieterkautionskontos, gewährt. In Ziffer 2 der Vereinbarung habe sich die Beklagte als Darlehensnehmerin und Vermieterin verpflichtet, den Betrag von Fr. 43'000.– bis spätestens 31. Dezember 2012 wieder auf ein neu zu eröffnendes Mieterkautionskonto bei der Y Bank einzuzahlen. Dieser Verpflichtung sei die Beklagte bis heute nicht nachgekommen.

1.2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei nicht die Rückforderung respektive Herausgabe der geleisteten Sicherheit bzw. die Rückerstattung des Darlehens an den Kläger, sondern die Hinterlegung der vereinbarten Summe bei der Y

Bank auf ein auf den Namen des Klägers lautendes Mieterkautionskonto. Wenn in der Darlehensvereinbarung vereinbart worden sei, dass das Darlehen zurückzahlen sei, indem die Beklagte und nicht der Kläger dies direkt auf ein Mieterkautionskonto bei der Y Bank einzahle, dann sei damit implizit sehr klar vereinbart worden, dass das Darlehen als Sicherheitsleistung zu betrachten sei und es auch eine Sicherheitsleistung bleibe. Deshalb stehe keine Rückzahlung eines Darlehens, sondern wenn schon die Rückzahlung einer Sicherheitsleistung im Raum. Der Kläger setze seinen Anspruch als Mieter nach Art. 257e OR gegen die Beklagte als Vermieterin durch, die von ihm in Geld geleistete Sicherheit bei einer Bank auf ein Sparkonto zu hinterlegen, das auf seinen Namen laute. (...)

1.3. (...) Die Parteien hätten im Darlehensvertrag vom 5. Februar 2012 ausdrücklich nicht die Rückzahlung des Darlehensbetrages an den Kläger, sondern dessen Hinterlegung auf ein neu zu eröffnendes Mieterkautionskonto bei der Y Bank vereinbart. Es habe dem ausdrücklichen Willen der Parteien entsprochen, die Hinterlegung der Sicherheit nur vorübergehend, für die Investition in die Aussenanlage im Hof der Liegenschaft, aufzulösen. Es habe der Rechtszustand vor der vorübergehenden Auflösung des Mieterkautionskontos wieder hergestellt werden sollen. Mit der Verpflichtung, den Betrag von Fr. 43'000.– bis spätestens am 31. Dezember 2012 wieder auf ein neu zu eröffnendes Mieterkautionskonto bei der Y Bank einzuzahlen, hätte die vertrags- und gesetzeskonforme Hinterlegung der Sicherheit auf einem auf den Namen des Mieters lautendes Mieterkautionskonto bei der Y Bank wiederhergestellt werden sollen. Es sei gerade die Absicht der Parteien gewesen, die Sicherheit wieder den Regeln von Art. 257e OR zu unterstellen und die Verrechnung mit "Gegenforderungen" auszuschliessen. Das Vorgehen des Klägers entspreche somit dem beim Abschluss des Darlehensvertrages vom 5. Februar 2012 erklärten Willen beider Parteien. Von Rechtsmissbrauch und oder fehlendem Rechtsschutzinteresse könne keine Rede sein.

Der Kläger sei der Auffassung, die Voraussetzungen für die Herausgabe der Sicherheit durch die Bank gemäss Art. 257e Abs. 3 OR seien erfüllt, weil die Beklagte innert der Jahresfrist seit Beendigung des Mietverhältnisses weder einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl erwirkt noch einen Forderungsprozess eingeleitet habe. Die genannte Bestimmung wolle in dieser Konstellation vermeiden, dass der

Mieter die Rückerstattung des Depots auf dem Prozesswege gegen den Vermieter durchsetzen müsse. Diesem gesetzgeberischen Motiv folge der Kläger mit der vorliegenden Klage. (...)

## 2. Beklagte

2.1. Die Beklagte brachte im Wesentlichen vor, mit Darlehensvertrag vom 5. Februar 2012 seien die Parteien übereingekommen, dass der Kläger die Beklagte für die von dieser zu erstellenden Aussenanlage in Form eines Darlehens im Betrag von Fr. 42'124.70 finanziell unterstütze. Zu diesem Zweck hätten die Parteien vereinbart, das in diesem Umfang bestehende Mieterkautionssparkonto für die Mietfläche im Erdgeschoss aufzuheben. Die Beklagte habe sich verpflichtet, das Darlehen mit 2 % p.a. zu verzinsen und bis spätestens 31. Dezember 2012 einen Betrag von Fr. 43'000.– auf ein neu zu eröffnendes Mieterkautionsskonto bei der Y Bank einzuzahlen. Die Parteien hätten somit als Ort der Erfüllung bzw. Zahlstelle für die Rückzahlung des Darlehens ein Mieterkautionsskonto bei der Y Bank vereinbart. Es habe dem Willen der Parteien entsprochen, dass der Kläger nach Rückzahlung des Darlehens durch die Beklagte mit dem entsprechenden Betrag wiederum eine (neue) Sicherheitsleistung aus dem Mietvertrag habe leisten sollen.

Zutreffend sei, dass die Beklagte den Darlehensbetrag dem Kläger bis heute nicht zurückbezahlt habe. Die Begründung liege in den diversen offenen Forderungen seitens der Beklagten, welche die Mieter bis heute nicht beglichen hätten. (...)

2.2. Die Beklagte bestritt die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts Zürich und führt dazu aus, dass allein der Umstand, dass der Kläger einen mietvertraglichen Anspruch auf Hinterlegung behauptete, nicht automatisch die Zuständigkeit des Mietgerichts zur Folge habe. (...)

Der Kläger stütze seine vorliegende Klage zur Hinterlegung eines Betrages von Fr. 43'000.– zuzüglich Zins zu 2 % seit dem 5. Februar 2012 auf den Darlehensvertrag. Er mache somit entgegen seiner Darstellung keinen mietvertraglichen Anspruch geltend. Der Anspruch stütze sich einzig und allein auf den Darlehensvertrag.

Dass es sich vorliegend nicht um einen mietvertraglichen Anspruch handle, ergebe sich zunächst aus der Tatsache, dass der Mietvertrag zwischen der Beklagten und dem Kläger sowie der Z AG bereits im Oktober 2016 als Folge der Rücksendung der Schlüssel durch die Mieterschaft vorzeitig beendet worden sei. Nach Beendigung des Mietverhältnisses bestehe kein mietvertraglicher Anspruch auf Hinterlegung der Sicherheitsleistung mehr. Der (ehemalige) Mieter habe einzig die Möglichkeit, die Herausgabe bzw. Rückerstattung der Sicherheitsleistung zu beantragen. Hinzu komme, dass es sich beim mietrechtlichen Anspruch auf Hinterlegung der Sicherheitsleistung auf das Mietkautionssparkonto um einen unteilbaren Anspruch handle, welcher bei einer Mehrheit von Mietern zwingend von allen Mietern gemeinsam durchgesetzt werden müsse. Die vorliegende Klage sei jedoch nur vom Kläger eingeleitet worden, obwohl er zusammen mit der Z AG gemeinsam Mieter gewesen sei. Mithin könne der mittels vorliegender Klage geltend gemachte Anspruch auch aus diesem Grund kein mietvertraglicher sein. Zudem sei damit dargelegt, dass es dem Kläger überdies an der Aktivlegitimation fehle. Schliesslich stimme der Betrag von Fr. 43'000.–, welcher gemäss Darlehensvertrag zu hinterlegen gewesen sei, betragsmässig nicht mit der Höhe der mietvertraglich vereinbarten Sicherheitsleistung überein, was den Mietvertrag als Grundlage für die Hinterlegung ausschliesse. Daher sei aufgrund fehlender sachlicher Zuständigkeit des Mietgerichts nicht einzutreten.

2.3. Weiter machte die Beklagte geltend, es fehle dem Kläger an einem schutzwürdigen Interesse an seiner Klage. Das Verhalten des Klägers sei offensichtlich rechtsmissbräuchlich, sodass dem Kläger ein Rechtsschutzinteresse an der Klage abgehe. (...) Ziel des Klägers sei offensichtlich, das Depot anschliessend nach erfolgter Hinterlegung umgehend unter Berufung auf den Ablauf der einjährigen Frist seit Beendigung des Mietverhältnisses gemäss Art. 257e OR vom Konto abzuziehen, wohlwissend bzw. ungeachtet der Tatsache, dass der Beklagten aus dem Mietverhältnis noch diverse Forderungen zuständen. (...)

Betreffend das fehlende Rechtsschutzinteresse ergänzte die Beklagte, hätte der Kläger ohne weiteres eine Leistungsklage auf Rückzahlung des Darlehens einreichen können und müssen. (...)

2.4. Da der Mietvertrag zwischen der Beklagten und dem Kläger sowie der Z AG im Oktober 2016 vorzeitig beendet worden sei, fehle es dem Kläger an einem Anspruch gestützt auf Art. 257e OR zur Hinterlegung der Sicherheitsleistung auf einem Mieterkautionssparkonto. HIGI vertrete zu Recht die Auffassung, dass eine Hinterlegung nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr möglich sei. (...)

### **III. Prozessuales**

#### **1. Zuständigkeit und Verfahrensart**

1.1. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, wobei die Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen ist (Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzung ist unter anderem die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Sie wird grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt (Art. 4 Abs. 1 ZPO) und ist der Disposition der Parteien entzogen (BGE 138 III 471 E. 3.1). Gemäss § 21 lit. a GOG ist das Mietgericht für Streitigkeiten aus Mietverhältnissen für Wohn- und Geschäftsräume zuständig. Eine mietrechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn sich der Klagegegenstand (Anspruch) aus einem Mietverhältnis herleitet und damit dem entspricht, was unter die Vertragsklage fällt, mit der alle materiell-rechtlichen Ansprüche geltend gemacht werden, die aus einer solchen Vertragsbeziehung fließen. Massgebend ist, ob die einschlägige Klausel des Vertrages dem Mietrecht zuzuordnen ist. So ist die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts betreffend einer Streitigkeit über ein im Mietvertrag vorgesehenes Vorkaufsrecht zu verneinen (vgl. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, 2. Aufl., § 21 N 3).

1.2. Die Parteien sind sich einig, dass die ursprünglich im Mietvertrag vom 24. Januar 2011 vereinbarte Sicherheit in der Höhe von Fr. 42'000.– aufgrund der als Darlehensvertrag bezeichneten Vereinbarung vom 5. Februar 2012 im Umfang des zum damaligen Zeitpunkt aktuellen Saldos von Fr. 42'127.40 vom Mieterkautionsskonto abgezogen und der Beklagten zur Finanzierung des Hofausbaus zur Verfügung gestellt wurde. Art. 257e OR, welcher die Hinterlegung der Sicherheit in Geld auf einem Sparkonto vorsieht, ist absolut zwingender Natur (SVIT-Komm.-REUDT, 4. Aufl., Art. 257e OR N 3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 4; RONCORONI, mp 2/90 S. 85; Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, 9. Aufl., S. 379; BK-

GIGER, Art. 257e OR N 10). Von zwingenden Bestimmungen dürfen die Vertragsparteien nicht abweichen. Tun sie es trotzdem, ist der entsprechende Teil der Vereinbarung ungültig. Eine Sicherheit ist aber nicht zwingend zu vereinbaren, sondern liegt in der Disposition der Mietparteien. Die Vereinbarung, dass die Sicherheit vom Mieterkautionskonto abgezogen und der Vermieterin zur Verfügung gestellt wird, ist vor diesem Hintergrund als einvernehmliche Änderung des Mietvertrages vom 24. Januar 2011 zu verstehen, so dass ab dem 5. Februar 2012 vorübergehend keine Sicherheit mehr im Sinne von Art. 257e OR vereinbart bzw. diese während der Laufzeit des Darlehens suspendiert war. Dass die Vereinbarung als "Darlehensvertrag" betitelt wurde, ist nicht ausschlaggebend (Art. 18 Abs. 1 OR). Deren Kern ist wohl ein Darlehensvertrag, jedoch mit einer – vorliegend im Streit liegenden – typenfremden Klausel (vgl. Art. 312 OR), womit vom einem Vertrag sui generis auszugehen ist.

1.3. Weiter ist unstrittig, dass die Parteien in Ziffer 2 des "Darlehensvertrages" vom 5. Februar 2012 vereinbarten, dass die Summe von Fr. 43'000.– bis spätestens 31. Dezember 2012 wieder auf ein neu zu eröffnendes Mieterkautionskonto bei der Y Bank einzuzahlen sei, dies aber bis heute nicht geschehen und dem Kläger die Summe auch nicht anderweitig zurückerstattet worden ist. Der Kläger beabsichtigt mit der vorliegenden Klage die Durchsetzung dieser Vereinbarung. Handelt es sich dabei um die Rückzahlung des an die Beklagte gewährten Darlehens – wenn auch mit unkonventionellem Erfüllungsort –, ist die Zuständigkeit des Mietgerichts zu verneinen. Haben die Parteien hingegen mit genannter Klausel vereinbart, dass die Summe von Fr. 43'000.– ab dem 31. Dezember 2012 wieder als Sicherheit im Sinne von Art. 257e OR gilt und nicht mehr als Darlehen, betrifft die Streitigkeit die Durchsetzung der gesetzeskonformen Hinterlegung einer Sicherheitsleistung und ist als mietrechtlich zu erachten.

1.4. Der Kläger führte aus, die Parteien hätten das Mieterkautionskonto bei der Y Bank nicht – wie die Beklagte geltend machte – als Ort der Erfüllung bzw. als Zahlstelle für die Rückzahlung des Darlehens, sondern die Wiedereinrichtung der Hinterlegung der vom Kläger geleisteten mietrechtlichen Sicherheit im Sinne von Art. 257e OR vereinbart. Es habe der Rechtszustand vor der vorübergehenden Auflösung des Mieterkautionskontos wiederhergestellt werden sollen. Weiter



brachte er vor, wenn in dieser Darlehensvereinbarung vereinbart worden sei, dass das Darlehen zurückzuzahlen sei, indem die Beklagte und nicht der Kläger dies direkt auf ein Mieterkautionskonto bei der Y Bank einzahle, dann sei damit sehr klar vereinbart worden, dass das Darlehen als Sicherheitsleistung zu betrachten sei und es auch eine Sicherheitsleistung bleibe. Deshalb handle es sich nicht um die Rückzahlung eines Darlehens. Damit stellt sich der Kläger klar auf den Standpunkt, dass der Betrag von Fr. 43'000.– ab dem 31. Dezember 2012 wieder eine Sicherheit im Sinne von Art. 257e OR für Forderungen der Beklagten aus dem Mietverhältnis darstellt.

1.5. Die Beklagte machte zwar geltend, es gehe vorliegend nicht um eine Hinterlegung eines Depots, sondern um die Rückzahlung eines Darlehens, brachte aber gleichzeitig vor, es habe dem Willen der Parteien entsprochen, dass der Kläger nach Rückzahlung des Darlehens durch die Beklagte mit dem entsprechenden Betrag wiederum eine (neue) Sicherheitsleistung aus dem Mietvertrag habe leisten sollen. Dem Kläger steht indes bei Rückzahlung des Betrages auf das Mieterkautionskonto – wie im "Darlehensvertrag" Ziff. 2 vereinbart – keine Möglichkeit offen, auf das Geld zuzugreifen. Mit diesem Vorgang wäre bereits wieder eine (korrekt hinterlegte) Sicherheitsleistung geleistet bzw. eingerichtet worden. Zur Hinterlegung ist zudem der Vermieter verpflichtet (Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 373; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 24). Eine Vereinbarung, einen Betrag auf ein Mieterkautionskonto zu hinterlegen, ohne dass dieser als Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 257e OR für das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis gelten soll, leuchtet nicht ein. Im "Darlehensvertrag" findet sich denn auch in der Präambel die Formulierung "temporäre Auflösung des Mietkautionsdepots". Daraus folgt, dass der Betrag von Fr. 43'000.– ab dem 31. Dezember 2012 wieder als Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 257e OR für Forderungen der Beklagten aus dem Mietverhältnis betreffend das EG in der Liegenschaft N.-strasse x in Zürich zu erachten ist, mit der Besonderheit, dass nunmehr die Beklagte für die Wiedereinrichtung zu sorgen, insbesondere die erforderlichen Mittel aufzubringen hat.

1.6. Soweit die Beklagte geltend machte, beim mietrechtlichen Anspruch auf Hinterlegung der Sicherheitsleistung auf das Mieterkautionssparkonto handle es

sich um einen unteilbaren Anspruch, welcher bei einer Mehrheit von Mietern zwingend von allen Mietern gemeinsam durchgesetzt werden müsse, womit der geltend gemachte Anspruch auch aus diesem Grund kein mietvertraglicher sein könne, betrifft ihr Einwand die Frage der Aktivlegitimation. Im Falle einer unteilbaren Leistung wäre diese aber gerade gegeben, denn nach Art. 70 Abs. 1 OR kann jeder Gläubiger die Leistung an alle gemeinsam fordern. Abgesehen davon begründet die Hinterlegung der Sicherheit gemäss HIGI/BÜHLMANN keine unteilbare Leistung im Sinne von Art. 70 OR (namentlich bei Gesamthandschaften), weshalb es bei mehreren Mietern im Belieben der Parteien stehe, die Hinterlegung auf den Namen eines, mehrerer oder aller Mieter vorzunehmen oder allenfalls nach Köpfen aufzuteilen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 24; ähnlich auch FOEX, welcher der Meinung ist, dass das Mieterkautionskonto bei mehreren Mietern zwar grundsätzlich auf den Namen sämtlicher Mieter lauten müsse, dem Vermieter jedoch anderslautende Instruktionen gegeben werden könnten, FOEX, *Les sûretés et le bail à loyer*, 12e Séminaire Neuchâtel 2002, S. 9; vgl. Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 372). Vorliegend ist zwar der Kläger zusammen mit der Z AG Mieter, es blieb jedoch unbestritten, dass die im Mietvertrag vereinbarte Sicherheit allein auf den Namen des Klägers hinterlegt worden war. Die Beklagte stellte nicht in Abrede, dass der Kläger materiell Berechtigter am Betrag von Fr. 43'000.– ist, führt sie doch aus, *der Kläger* habe einen Anspruch gegenüber der Beklagten, dass ihm das Darlehen im Betrag von Fr. 43'000.– zuzüglich Zins zu 2 % p.a. zurückbezahlt werde sowie es habe dem Willen der Parteien entsprochen, dass *der Kläger* nach Rückzahlung des Darlehens durch die Beklagte mit dem entsprechenden Betrag wiederum eine (neue) Sicherheitsleistung aus dem Mietvertrag habe leisten sollen (Hervorhebungen hier). Dem Kläger ist als materiell Berechtigter am Betrag von Fr. 43'000.– und damit an der Sicherheit bei deren nicht korrekter Hinterlegung die Durchsetzung dieses Anspruchs zuzustehen und seine diesbezügliche Aktivlegitimation wäre zu bejahen. Er konnte damit auch über das Schicksal der Kautionsleistung entscheiden. Die erneute Vereinbarung einer Sicherheit ab dem 31. Dezember 2012 entsprach wieder der Regelung im Mietvertrag, welcher von beiden Mietern unterzeichnet wurde. Der höhere Betrag erklärt sich durch die aufgelaufenen Zinsen. Es liegt damit auch unter diesem Aspekt –

entgegen der Ansicht der Beklagten – zweifellos ein mietrechtlicher Anspruch im Streit.

1.7. Die Beklagte bringt weiter vor, dass es sich vorliegend nicht um einen mietvertraglichen Anspruch handeln könne, weil der Mietvertrag zwischen der Beklagten und dem Kläger sowie der Z AG bereits im Oktober 2016 als Folge der Rücksendung der Schlüssel durch die Mieterschaft vorzeitig beendet worden sei. Nach Beendigung des Mietverhältnisses bestehe kein mietvertraglicher Anspruch auf Hinterlegung der Sicherheitsleistung mehr; der (ehemalige) Mieter habe einzig die Möglichkeit, die Herausgabe bzw. Rückerstattung der Sicherheitsleistung zu beantragen. Entscheidend ist jedoch einzig, dass der Kläger einen mietrechtlichen Anspruch behauptet und sein Standpunkt insoweit nicht klar falsch ist. Nach der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen würde das Nichtbestehen eines (mietrechtlichen) Anspruchs nicht zu einem Nichteintretensentscheid, sondern zur Abweisung der Klage führen.

1.8. Im Ergebnis handelt es sich beim vorliegenden Streitgegenstand um die Durchsetzung der korrekten Hinterlegung einer Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 257e OR, welcher als mietrechtlich zu erachten ist. Somit ist das Mietgericht des Bezirks Zürich als Kollegialgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitigkeit örtlich und sachlich zuständig, da es sich um eine Klage aus einem Mietverhältnis handelt, dem ein im Bezirk Zürich gelegenes Mietobjekt zu Grunde liegt und der Streitwert mehr als Fr. 30'000.– beträgt (Art. 33 ZPO; § 21 GOG). Anwendbar ist das ordentliche Verfahren (Art. 243 und Art. 248 in Verbindung mit Art. 219 ff. ZPO). Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

## 2. Rechtsschutzinteresse

2.1. Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ist auf ein Gesuch nur einzutreten, soweit ein schutzwürdiges Interesse an dessen Beurteilung besteht. Auch diese Prozessvoraussetzung ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Dieses sog. Rechtsschutzinteresse liegt vor, wenn die klagende Partei ein hinreichendes, persönliches und aktuelles Interesse am angehobenen Verfahren aufweist, sodass der

guteisende Richterspruch die Lage der Klägers konkret und nachvollziehbar verbessert (OFK ZPO-MORF, 2. Aufl., Art. 59 N 16; BGE 122 III 279 E. 3.a). Die angebehrte Feststellung oder Gestaltung einer Rechtslage muss dem Kläger einen Nutzen eintragen (BGE 122 III 279 E. 3a mit Hinweis auf BGE 116 II 351 E. 2a und 3a). Ob ein Rechtsschutzanspruch besteht, bestimmt sich nach dem materiellen Recht (ZÜRCHER, in: Kommentar zur ZPO, SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], 3. Aufl., Art. 59 N 12 m.w.H.).

2.2. Sinn und Zweck der Vereinbarung einer Sicherheit im Sinne von Art. 257e OR liegt darin, dass Haftungssubstrat für allfällige Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis vorhanden ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_422/2016 v. 1.12.2016 E. 4.1; SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257e OR N 1; Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 368; CHK-HULLIGER/HEINRICH, 3. Aufl., Art. 257e OR N 4; CPra Bail-MARCHAND, 2. Aufl., Art. 257e OR N 1; PIETRUSZAK, AJP 2001, S. 1230; Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen v. 31.1.1995, publ. in: mp 3/97 S. 150 ff.). Das Recht, das mittels Hinterlegung zugunsten des Vermieters an der Sicherheit begründet wird, ist denn als Pfandrecht des Vermieters aufzufassen (ZK-OFTINGER/BÄR, Systematischer Teil zu Art. 884 ZGB N 215; SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257e OR N 15). Die gesetzliche Pflicht zur Hinterlegung der Sicherheit auf einem Sparkonto bei der Bank schützt den Mieter vor Verlust seines Rückforderungsanspruchs im Falle des Konkurses des Vermieters (BSK-WEBER, 6. Aufl., Art. 257e OR N 2a; Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 375) und gewährleistet, dass der Vermieter nur mit Einverständnis des Mieters oder gestützt auf einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl oder ein rechtskräftiges Gerichtsurteil auf dieses Haftungssubstrat zugreifen kann (vgl. Art. 257e Abs. 3 OR). Nach Beendigung des Mietverhältnisses entstehen keine neuen Forderungen mehr. Die Mietkaution kann aufgelöst werden. Es erfolgt die Rückerstattung der Sicherheitsleistung an den Mieter, wenn der Vermieter damit einverstanden ist oder seine Forderungen nicht innert Jahresfrist rechtlich geltend gemacht hat (Art. 257e Abs. 3 OR). Nach Darstellung des Klägers ist diese Voraussetzung vorliegend erfüllt, womit die angebehrte Hinterlegung sofort wieder aufzulösen wäre. Der Kläger beabsichtigt denn auch mit der vorliegenden Klage die vollumfängliche Herausgabe der Sicherheitsleistung durch die Bank an ihn gestützt auf Art. 257e Abs. 3 OR. Damit stellt sich die Frage nach dem legitimen Nutzen der Klage bzw.

nach dem rechtlichen – insbesondere aktuellen – Interesse des Klägers und Mieters an der Hinterlegung der Sicherheitsleistung nach Beendigung des Mietverhältnisses, welche er explizit beantragt und nicht etwa deren Rückerstattung.

2.3. Gemäss Rechtsprechung ist das Hinterlegungsvertragsrecht anzuwenden, wenn der Vermieter die Kautionsleistung einfach in seinem Vermögen belässt (BGE 127 III 273 E. 3.b; vgl. ferner ZMP 1997 Nr. 19; Entscheid des Chambre d'appel en matière de Baux et Loyers vom 10.4.2000, publ. in: MRA 1/01 S. 10 f.; Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen v. 31.1.1995, publ. in: mp 3/97 S. 150 ff.; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 10 541 v. 27.6.2011 E. V.2.; Urteil des Bezirksgerichts Schwyz v. 10.5.2005 E. 3.b). 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 h.L. und Rechtsprechung keine Gegenforderung in Verrechnung bringen (Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 376; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich v. 24.9.1997, publ. in: ZMP 2/97 S. 12 ff.; CHK-HULLIGER/HEINRICH, a.a.O., Art. 257e OR N 5; BK-GIGER, Art. 257e OR N 42 und 52, welcher auf die i.c. nicht einschlägige Ausnahme von ausstehenden Mietzinsen hinweist; Entscheid der Chambre d'appel en matière de Baux et Loyers v. 10.4.2000, publ. in: MRA 1/01 S. 9 ff.; Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen v. 31.1.1995, publ. in: mp 3/97 S. 150 ff.; Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZB.2015.47 v. 10.3.2016 E. 3.2.3; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 10 541 v. 27.6.2011 E. V.2.; Urteil des Bezirksgerichts Schwyz v. 10.5.2005 E. 3.b; Urteil des Richteramts Dorneck-Thierstein v. 17.8.2011, publ. in: mp 4/12 S. 263 f.). Zudem darf dem Vermieter aus seinem gesetzeswidrigen Verhalten, die Sicherheitsleistung in Geld nicht gesetzeskonform auf ein Sperrkonto einzubezahlen, kein Vorteil erwachsen. Mit anderen Worten darf der Vermieter, der die vom Mieter geleistete Sicherheit nicht hinterlegt, nicht besser gestellt werden als der korrekt vorgehende Vermieter (Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 376 m.w.H.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich v. 24.9.1997, publ. in: ZMP 2/97 S. 12 ff.; Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen v. 31.1.1995, publ. in: mp 3/97 S. 150 ff.; Urteil des Bezirksgerichts Schwyz v. 10.5.2005 E. 3.b). Bestünde eine Verrechnungsmöglichkeit, hätte es der Vermieter durch die nicht gesetzeskonforme Hinterlegung in der Hand, die in Art. 257e Abs. 3 OR vorgesehene Regelung, wonach bei

fehlender Einigkeit der Parteien über die Verwendung der Sicherheitsleistung der Vermieter seine Forderung auf dem Prozessweg durchsetzen muss, zu umgehen und den Mieter in die Klägerrolle zu drängen (vgl. Erwägungen der Vorinstanz im Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZB.2015.47 v. 10.3.2016 E. 3.1). Der Vermieter ist daher verpflichtet, die nicht gesetzeskonform hinterlegte Sicherheitsleistung ungeschmälert herauszugeben (CHK-HULLIGER/HEINRICH, a.a.O., Art. 257e OR N 5; siehe auch: Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZB.2015.47 v. 10.3.2016 E. 3.2.3; Urteil des Bezirksgerichts Schwyz v. 10.5.2005 E. 3.b; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 10 541 v. 27.6.2011 E. V.2.).

2.4. Während die Beklagte moniert, es werde unnötig prozessiert, hält der Kläger dafür, Art. 257e OR wolle in dieser Konstellation vermeiden, dass der Mieter die Rückerstattung des Depots auf dem Prozessweg gegen den Vermieter durchsetzen müsse. Diesem gesetzgeberischen Motiv folge der Kläger mit der vorliegenden Klage. Offensichtlich ist vorliegend jedoch die Beschreitung des Rechtsweges unumgänglich. Damit verfängt das Argument des Klägers nicht.

2.5. Insgesamt kann vor dem Hintergrund des Gesagten kein hinreichendes und aktuelles Interesse des Klägers und Mieters an der Klage auf Hinterlegung der Sicherheitsleistung nach Beendigung des Mietverhältnisses ausgemacht werden. Der Kläger strebt nach eigenem Bekunden gerade nicht die Schaffung einer Sicherheit für die Dauer des Rechtsstreits an. Nach dem Gesagten könnte er ohne Weiteres die Rückzahlung des nicht korrekt hinterlegten Betrages verlangen, sofern dem heute nicht materiellrechtliche Gründe entgegen stehen. Der Umweg über die Hinterlegung erweist sich als zwecklos, so dass es dem Kläger an einem Rechtsschutzinteresse fehlt.

#### **IV. Materielles**

##### **1. Vorbemerkung**

Selbst wenn das Rechtsschutzinteresse des Klägers an der materiellen Beurteilung der Klage dennoch zu bejahen und damit auf die Klage einzutreten wäre, wäre diese aus den folgenden Gründen abzuweisen.

## 2. Hinterlegung der Sicherheitsleistung

2.1. Der Kläger verlangt die Hinterlegung von Fr. 43'000.– auf ein auf den Namen des Klägers lautendes Mieterkautionskonto bei der Y Bank und explizit nicht die Rückforderung resp. Herausgabe der geleisteten Sicherheit.

2.2. Die vom Mieter in Form von Geld geleistete Sicherheit für Wohn- oder Geschäftsräume muss vom Vermieter auf einem Sparkonto einer Bank, das auf den Namen des Mieters lautet, hinterlegt werden (Art. 257e Abs. 1 OR). Wie erwähnt, ist Art. 257e OR absolut zwingender Natur (SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257e OR N 3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 4; RONCORONI, mp 2/90 S. 85; Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, a.a.O., S. 379; BK-GIGER, Art. 257e OR N 10). 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 h.L. gerichtlich durchgesetzt werden (SVIT-Komm.-REUDT, a.a.O., Art. 257e OR N 14; BK-GIGER, Art. 257e OR N 41; ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 257e OR N 30).

2.3. Es ist unbestritten, dass das Mietverhältnis zwischen dem Kläger und der Z AG als Mieter sowie der Beklagten als Vermieterin bereits seit Ende 2016 beendet ist. Es stellt sich damit die Frage, ob der Mieter die korrekte Hinterlegung der Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 257e OR auch noch nach Beendigung des Mietverhältnisses verlangen kann.

2.4. Nach HIGI/BÜHLMANN besteht der Anspruch des Mieters auf Hinterlegung nur so lange, wie auch das Mietverhältnis besteht. Ist das Mietverhältnis aufgelöst, so gehe auch die vertragliche Nebenpflicht des Vermieters auf Hinterlegung unter. An ihre Stelle trete die Herausgabe- bzw. Rückerstattungspflicht des Vermieters (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 30). Auf diese Rechtsauffassung verweisen GIGER sowie das Obergericht des Kantons Bern, das Bezirksgericht Schwyz und das Bezirksgericht Kreuzlingen (BK-GIGER, Art. 257e OR N 46; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 10 541 v. 27.6.2011 E. 1; Urteil des Bezirksgerichts Schwyz v. 10.5.2005 E. 3.b; Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen v. 31.1.1995, publ. in: mp 3/97 S. 150 ff.). Darüber hinaus findet diese Fragestellung – soweit ersichtlich – in der gängigen Fachliteratur keine Erwähnung.

2.5. Entgegen den Vorbringen des Klägers überzeugt die genannte Rechtsauffassung von HIGI/BÜHLMANN.

2.6. Die Kündigung führt zur Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses bzw. des Dauerschuldverhältnisses und wirkt ex nunc (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil, 10. Aufl., N 3103 und 3105; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil, 7. Aufl., N 82.04). Durch die Auflösung des ganzen Schuldverhältnisses erlöschen auf jeden Fall die Hauptleistungspflichten eines Vertrages, jedoch können Abwicklungspflichten erhalten bleiben und bilden alsdann Inhalt eines zwar aufgelösten, aber noch nicht erloschenen Vertragsabwicklungsverhältnisses (SCHWENZER, a.a.O., N 82.01; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3102; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Dissertation, Freiburg 1968, S. 202). Abwicklungspflichten sind Vertragspflichten, die ihrem Wesen nach gerade im Hinblick auf das Vertragsende bestehen. Sie bezwecken die Herstellung der Lage, wie sie zwischen den Parteien wegen des Erlöschens der typischen dauernden Hauptleistungspflichten eintreten soll. So wird etwa der Zustand angestrebt, der vor Vertragsabschluss resp. Vertragsvollzug bestand. Ausserdem gibt es Abwicklungspflichten, die sich auf die Rückgängigmachung zeitweiser Sach- und Wertverschiebungen richten, d.h. solche, die einer Partei lediglich für den Zeitraum des Vertragsvollzuges überlassen wurden, z.B. Kautionen (GAUCH, a.a.O., S. 203 und S. 206). Diese bilden den Gegenstand der ordentlichen Rückgabepflicht (GAUCH, a.a.O., S. 212 f.).

2.7. Nach Beendigung des Mietverhältnisses erlöschen die Pflicht, das Mietobjekt zum Gebrauch zu überlassen, sowie die Mietzinszahlungspflicht, mithin die mietvertraglichen Hauptleistungspflichten. Die Auflösung der Sicherheitsleistung bzw. (Miet-)Kautions, welche vom Mieter als Pfand für Forderungen aus dem Mietverhältnis für die Dauer des Mietverhältnisses geleistet wurde, bildet als Abwicklungspflicht Gegenstand des Vertragsabwicklungsverhältnisses bzw. der ordentlichen Rückgabepflicht. Insofern kann die Erfüllung der (i.c. nach Art. 257e Abs. 1 OR gesetzlichen) Pflicht, wie die Sicherheitsleistung bzw. Kautions während der Dauer des Vertragsverhältnisses zu hinterlegen ist, nach Beendigung des Miet-



verhältnisses, wenn lediglich noch ein Vertragsabwicklungsverhältnis besteht, nicht mehr verlangt werden.

2.8. Der Kläger machte geltend, vorliegend liege nicht eine vertragliche Nebenpflicht, sondern eine vertragliche Hauptpflicht im Streit. Der eingeklagte Anspruch des Klägers auf Hinterlegung des Betrages von Fr. 43'000.– zuzüglich 2 % Zins p.a. gründe nicht auf dem Mietvertrag, sondern auf der Darlehensvereinbarung vom 5. Februar 2012. Mit dem Abschluss der Darlehensvereinbarung habe die Beklagte aber eine selbstständige Verpflichtung auf Wiedereinrichtung eines Mieterkautionskontos zur Hinterlegung der vom Kläger geleisteten Sicherheit übernommen. Es handle sich um eine eigenständige Verpflichtung, die sich aus dieser Darlehensvereinbarung ergebe.

Wie der Kläger selber ausführte, steht keine Rückzahlung eines Darlehens im Raum. So machte er geltend, es stehe dem Kläger aus der Vereinbarung vom 5. Februar 2012 kein Anspruch gegenüber der Beklagten zu, dass ihm das Darlehen im Betrag von Fr. 43'000.– zuzüglich Zins zu 2 % p.a. zurückbezahlt werde. Die Parteien hätten das Mieterkautionskonto bei der Y Bank nicht als Ort der Erfüllung bzw. als Zahlstelle für die Rückzahlung des Darlehens, sondern die Wiedereinrichtung der Hinterlegung der vom Kläger geleisteten mietrechtlichen Sicherheit im Sinne von Art. 257e OR vereinbart. Es wurde bereits dargelegt, dass die Vereinbarung im "Darlehensvertrag" vom 5. Februar 2012, dass der damalige Saldo der zu diesem Zeitpunkt auf einem Mieterkautionskonto hinterlegten Sicherheit in der Höhe von Fr. 42'124.70 der Beklagten zur Verfügung gestellt wird und am 31. Dezember 2012 Fr. 43'000.– wieder auf ein Mieterkautionskonto einzubzahlen ist, als dahingehende Änderung des Mietvertrages vom 24. Januar 2011 zu erachten ist, dass ab Inkrafttreten des "Darlehensvertrages" die Sicherheit suspendiert und ab dem 31. Dezember 2012 wieder in der Höhe von Fr. 43'000.– vereinbart wurde. Der Sicherungszweck lässt sich nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr erreichen und wird vom Kläger auch gar nicht angestrebt (vgl. vorne Ziff. III.2.5). An die Stelle des geltend gemachten Anspruchs ist grundsätzlich ein solcher auf Rückzahlung der einst vom Kläger geleisteten Summe getreten (vgl. vorne Ziff. III.2.3). Offen bleiben kann, ob einer entsprechenden Klage Erfolg beschieden wäre, besonders mit Blick auf den Umstand, dass der Kläger

seit geraumer Zeit wissen musste, dass die Sicherheit entgegen der vertraglichen Vereinbarung der Parteien nicht wieder eingerichtet wurde.

2.9. Nachdem der Anspruch des Klägers zu verneinen ist, erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe rechtsmissbräuchlich gehandelt sowie das Vorliegen einer faktischen Unmöglichkeit der Eröffnung eines Mieterkautionskontos nach Beendigung des Mietverhältnisses einzugehen. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob – wie die Beklagte geltend machte – die Parteien vereinbart hätten, dass das Depot für das 3. OG so lange nicht einbezahlt werden müsse, wie die Beklagte den dargeliehenen Betrag behalten könne.

(...)

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;

Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident