

ZMP 2021 Nr. 8

Art. 257e OR; Art. 257f OR; Art. 266g OR; Art. 107 ff. OR. Ausserordentliche Kündigung bei Nichtleistung der vereinbarten Sicherheit.

Leistet die Mieterin die vereinbarte Sicherheit gemäss Art. 257e OR nicht, kann der Vermieter das Vertragsverhältnis unter den Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 OR kurzfristig kündigen.

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** MJ200059-L vom 22. März 2021 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Reller, Leiser; Gerichtsschreiberin Wallace):

«(...)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Mit Mietvertrag vom 22. August 2019 mietete die Beklagte ab dem 1. Oktober 2019 einen grossen Club- und Bar-Bereich im Erdgeschoss sowie Nebenräume im Untergeschoss in der Liegenschaft an der N-strasse x in Zürich zu einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 15'000.–, zuzüglich Fr. 900.– Nebenkosten pauschal. Gemäss Mietvertrag endet das Mietverhältnis am 30. April 2022. Es wurde zudem vertraglich vereinbart, dass die Mieterin eine Kautionsleistung in der Höhe von drei Monatsmieten, Fr. 45'000.–, zu leisten hat.

Mit Schreiben vom 9. April 2020 mahnte der Kläger die Beklagte wegen Nichtleistung der geschuldeten Kautionsleistung und setzte eine Frist zur Bezahlung von 30 Tagen. Sollte die Beklagte dieser Aufforderung nicht nachkommen, drohte der Kläger ihr zudem eine ausserordentliche Kündigung an. Mit amtlichem Formular vom 15. Mai 2020 kündigte der Kläger das Mietverhältnis mit der Beklagten auf den 30. Juni 2020, da die Kautionsleistung in der angesetzten Frist nicht geleistet worden sei.

2. Prozessgeschichte

2.1 Mit Eingabe vom 26. Mai 2020 (Datum Poststempel) machte die Beklagte das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 6. Juli 2020 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. Mit Beschluss vom 6. Juli 2020 unter-

breitete die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag, welcher vom Kläger innert Frist abgelehnt wurde. Daraufhin wurde dem Kläger mit Beschluss vom 4. September 2020 die Klagebewilligung erteilt, welche ihm am 9. September 2020 zugestellt wurde.

2.2 Mit Eingabe vom 1. Oktober 2020 (Datum Poststempel) reichte der Kläger fristgerecht die vorliegende begründete Klage ein. Mit Beschluss vom 8. Oktober 2020 wurde der Beklagten das Doppel der Klage samt Beilagen zugestellt, dem Kläger Frist zur Leistung des Kostenvorschusses im Umfang von Fr. 11'840.– angesetzt sowie die Prozessleitung an den Mietgerichtspräsidenten delegiert. Der Kläger leistete den Kostenvorschuss fristgerecht am 12. Oktober 2020. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2020 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um zur Klage Stellung zu nehmen. Da innert Frist keine Stellungnahme seitens der Beklagten erfolgte, wurden die Parteien am 10. November 2020 zur Hauptverhandlung auf den 21. Januar 2021 vorgeladen. Mit Schreiben vom 20. Januar 2021 stellte die in der Zwischenzeit von der Beklagten mandatierte Rechtsanwältin ein Verschiebungsgesuch für die Hauptverhandlung. Dieses wurde mit der Begründung abgewiesen, dass die Beklagte bereits seit der Zustellung der Vorladung am 17. November 2020 von der angesetzten Hauptverhandlung Kenntnis hatte und das Verschiebungsgesuch daher zu spät gestellt wurde. In der Folge erschien die Beklagte an der Hauptverhandlung ohne anwaltliche Vertretung. Nach Durchführung der Hauptverhandlung wurde das Verfahren für spruchreif erklärt.

II. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Das Mietgericht des Bezirks Zürich ist als Kollegialgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis, dem ein im Bezirk Zürich gelegenes Mietobjekt zugrunde liegt und beträgt der Streitwert mehr als Fr. 30'000.– (Art. 33 ZPO; § 21 GOG i.V.m. § 26 GOG). Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO).

III. Parteistandpunkte

1. *Standpunkt des Klägers*

Der Kläger führte zunächst aus, dass die Beklagte die Liegenschaft bereits vor dem 1. Oktober 2019 gemietet habe. Sie sei Untermieterin des früheren Mieters des Objekts gewesen. Deshalb habe der Vermieter nicht die Übergabe der Mietsache bei Nichtbezahlung der Kautionsleistung vor dem Mietantritt verweigern können. Mit Mietvertrag vom 22. August 2019 hätten die Parteien sodann einen befristeten Mietvertrag mit einer Mietdauer bis 30. April 2022 abgeschlossen, womit die Beklagte von der Untermieterin zur Mieterin geworden sei. Da die Beklagte die vereinbarte Sicherheit, welche bereits nach Vertragsunterzeichnung geschuldet gewesen sei, nicht geleistet habe, habe der Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 9. April 2020 eine Nachfrist von 30 Tagen angesetzt, um die Mietkaution zu leisten. Die Aufforderung sei mit der Androhung verbunden worden, das Mietverhältnis im Unterlassungsfall ausserordentlich zu kündigen. Die Beklagte habe die Sicherheitsleistung in der mit Schreiben vom 9. April 2020 angesetzten Frist nicht geleistet. Entgegen der Behauptung der Beklagten in ihrem Schreiben vom 22. April 2020 habe sie auch keine "Mietkautionsversicherung" mit Swiscaution abgeschlossen. Der Kläger habe den Mietvertrag daher androhungsgemäss mit amtlichem Formular vom 15. Mai 2020 mit Wirkung per 30. Juni 2020 gekündigt. Im Begleitschreiben gleichen Datums sei die Kündigung mit dem Ausbleiben der Sicherheitsleistung begründet worden. Der Kläger stellte sich zudem auf den Standpunkt, dass ihm die Fortführung des Mietvertrags unzumutbar gewesen sei. Es gelte zu berücksichtigen, dass der Mietvertrag mit der Beklagten noch mehrere Jahre (bis 30. April 2022) andauert habe. Das Schadenspotential sei mit anderen Worten enorm gewesen. Hinzu komme, dass die Beklagte bereits seit Beginn des Jahres 2020 und nicht erst seit der Covid-19 Pandemie die Mietzinse der Beklagten nicht fristgerecht bezahlt habe. Auch nachdem der Kläger sie in Verzug gesetzt habe, habe sich dies nicht gebessert. So sei die Miete für Januar 2021 bis heute noch offen. Der Kläger müsse somit nebst anderem (Auszugsschäden im Zeitpunkt der Rückgabe etc.) auch mit ausbleibenden Mietzinsszahlungen rechnen. Vor diesem Hintergrund sei es ihm nicht zuzumuten gewesen, ein Mietverhältnis ohne die vereinbarte Sicherheitsleistung über mehrere Jahre weiterzuführen. Dies gelte auch vor dem Hintergrund, dass die Beklagte nicht etwa nur einen unterge-

ordneten Teilbetrag der Sicherheitsleistung nicht bezahlt habe, sondern die gesamte Sicherheitsleistung im Betrag von insgesamt Fr. 45'000.– ausstehend gewesen sei. Auch das Retentionsrecht des Vermieters biete dem Kläger keine genügende Sicherheit, da kein Rohbau vermietet worden sei und zudem das Inventar im Objekt mehrheitlich im Eigentum des Klägers stehe. Der Kläger bestritt zudem, dass die Beklagte bereits Fr. 305'000.– aus einer Vereinbarung betr. Inventarkauf mit dem Vormieter bezahlt habe. Da die Beklagte erhebliche Probleme gehabt habe, die Mietzinse an den Kläger zu bezahlen, sei vielmehr davon auszugehen, dass sie der Bezahlung der monatlichen Raten für das Inventar auch nicht nachgekommen sei und sich daher auch dieses Inventar noch im Eigentum des Vermieters befinde.

Zum Räumungs-, Rückgabeanspruch und zum Vollstreckungsantrag führte der Kläger aus, dass das Mietverhältnis per 30. Juni 2020 geendet habe. Die Beklagte sei damit verpflichtet gewesen, das Mietobjekt ordnungsgemäss zurückzugeben. Sie sei daher anzuweisen, die Liegenschaft zu reinigen und zu verlassen. Es sei damit zu rechnen, dass die Beklagte sich auch weiterhin weigern werde, die Liegenschaft zu verlassen. Aus diesem Grund sei vom Gericht bereits heute das zuständige Stadttammannamt mit dem Vollzug der Räumung zu beauftragen.

2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte führte zunächst aus, dass sie die Kautionsversicherung nach der Verhandlung bei der Schlichtungsbehörde bezahlt habe, und zwar zunächst Fr. 10'000.–. Die restlichen Fr. 35'000.– habe sie bis Ende des gleichen Monats bezahlt. Eine Mietkautionsversicherung mit «Swisscaution» habe sie zwar einzurichten probiert. Dies habe aber nicht geklappt. Wertvolle Sachen habe sie keine im Mietobjekt. Eine Inventarübernahme zwischen ihr und dem Vormieter existiere. Diesbezüglich habe sie bis jetzt Fr. 305'000.– bezahlt, Fr. 95'000.– seien noch offen. Die Beklagte gab zudem an, dass sie die Mietzinse ein paar Mal verspätet bezahlt habe. Auch der Mietzins für Januar 2021 sei noch nicht bezahlt. Aufgrund von Corona sei es schwer gewesen. Sie müsse jedoch bezahlen und würde auch einen Kredit aufnehmen.

IV. Materielles

1. *Nichtleistung der Sicherheitsleistung*

1.1 Nach Art. 257e OR können die Parteien die Leistung einer Sicherheit vereinbaren. Die vereinbarte Pflicht zur Sicherheitsleistung stellt eine besondere vertragliche Nebenpflicht des Mieters dar (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 9). Sie dient dazu, die Risiken des Vermieters zu vermindern, die ihm aus der Gebrauchsüberlassung der Sache an den Mieter entstehen, beispielsweise das Ausbleiben der Mietzinsleistung oder Schäden aus unsorgfältiger Behandlung der Mietsache (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 5). Im Falle eines Zahlungsverzugs des Mieters steht dem Vermieter bei der Geschäftsmiete überdies gemäss Art. 268 OR ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen zu, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören.

Leistet der Mieter eine vereinbarte Sicherheitsleistung nach Art. 257e OR nicht, kann der Vermieter nach Art. 38 SchKG vorgehen und den Mieter auf Zahlung oder Sicherheitsleistung betreiben. Zudem kann er einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag ordentlich kündigen (SVIT-Komm.-REUDT, 4. Aufl., Art. 257e OR N 20). Vor Übergabe der Mietsache kann der Vermieter überdies nach den allgemeinen Verzugsregeln von Art. 107/109 OR vorgehen und gegebenenfalls die Übergabe der Mietsache gestützt auf Art. 82 OR verweigern (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 10 und 14; SVIT-Komm.-REUDT, 4. Aufl., Art. 257e OR N 21; CPra Bail-MARCHAND, 2. Aufl., Art. 257e OR N 10).

Die Frage nach der Zulässigkeit einer ausserordentlichen Kündigung im Falle des Ausbleibens der vereinbarten Sicherheitsleistung, insbesondere bei befristeten Mietverträgen, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet. Einer ersten Ansicht nach steht dem Vermieter diesfalls kein ausserordentliches Kündigungsrecht zu. Stattdessen habe der Vermieter seinen Erfüllungsanspruch nach Art. 97 ff. OR geltend zu machen (MRA 4/06 S. 134 f.). Einer zweiten Ansicht nach berechtigt das pflichtwidrige Ausbleiben der Sicherheitsleistung den Vermieter zur Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR, vorausgesetzt die Fortführung des Mietverhältnisses sei im konkreten Einzelfall unzumutbar (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 13; SVIT-Komm.-REUDT, 4. Aufl., Art. 257e OR N 20). Auch einer dritten Lehrmeinung nach ist eine ausserordentliche Kündigung des

Mietverhältnisses möglich, sofern der Mieter zuvor erfolglos abgemahnt worden und eine Fortführung des Mietverhältnisses ohne Sicherheiten unzumutbar sei. Das Kündigungsrecht stütze sich diesfalls aber nicht auf Art. 266g OR, sondern analog auf Art. 257f Abs. 3 OR, was insbesondere aufgrund der kürzeren Kündigungsfrist sachgerecht sei (Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, 9. Aufl., S. 372; CR Code des obligations I-LACHAT, 2. Aufl., Art. 257e N 8; CPra Bail-MARCHAND, 2. Aufl., Art. 257e OR N 12; LACHAT, Le bail à loyer, Edition 2019, S. 425). Einer vierten Ansicht nach schliesslich lässt sich bei Ausbleiben der vereinbarten Sicherheitsleistung das Vertragsverhältnis sowohl nach Art. 266g als auch nach Art. 257f Abs.3 OR ausserordentlich kündigen (BK-GIGER, Art. 257e OR N 31 f.). Ungeachtet der vertretenen Lehrmeinung ist sich die Lehre jedoch darin einig, dass eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 257d OR nicht zulässig sei (SVIT-Komm.-REUDT, 4. Aufl., Art. 257e OR N 20; MRA 4/06 S. 135).

Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nicht zur Frage nach der Gültigkeit einer ausserordentlichen Kündigung bei Verletzung der vertraglichen Pflicht zur Sicherheitsleistung geäussert. Es hat sich jedoch verschiedentlich mit ausserordentlichen Kündigungen nach Verletzungen von anderen vertraglichen Nebenpflichten befasst. In BGE 123 III 124 hatte das Bundesgericht eine ausserordentliche Kündigung zu beurteilen, nachdem der Mieter die vertraglich vereinbarte Pflicht zur Ablösung allfälliger Bauhandwerkerpfandrechte verletzte. Es erwog, der Mieter habe durch die Nichtablösung der vorgemerkten Pfandrechte zwar keine mieterseitigen Gebrauchspflichten i.S.v. Art. 257f OR verletzt, er habe aber den Mietvertrag verletzt und sei nach Ablauf einer ihm angesetzten Frist in Schuldnerverzug geraten. In diesem Fall erfolge die ausgesprochene Kündigung nach den allgemeinen Regeln des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR). Ob sich die Kündigungsfrist hierbei an Art. 257d Abs. 2 OR oder an Art. 266g Abs. 1 OR orientiere, liess das Bundesgericht offen. Die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung verneinte es jedenfalls (BGE 123 III 124 E. 3.b). In BGer 4C.255/2004 erwog das Bundesgericht, dass Art. 257f OR nicht schlechthin die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung bei jeglichen Vertragsverletzungen erfasse, sondern nur bei solchen, die die Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache und der Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn betreffen. Bei anderen

Vertragsverletzungen durch den Mieter sei die Kündigungsmöglichkeit dagegen nach Art. 266g Abs. 1 OR zu beurteilen. Hierzu gehöre auch die Nichterbringung von vertraglich geschuldeten Nebenleistungen (BGer 4C.255/2004 vom 17. November 2004 E. 5.3). In BGE 132 III 109 erwog das Bundesgericht unter Verweis auf den bereits dargelegten BGE 123 III 124 schliesslich wieder, dass abgesehen vom Anwendungsbereich der Spezialbestimmungen von Art. 257d und Art. 257f OR bei Verzug des Mieters die Rechtsbehelfe nach Art. 107 OR offenstünden. Der Vermieter könne folglich nach Abmahnung und Ansetzung einer angemessenen Frist den Vertrag auflösen. Dabei sei es nicht nötig, dass die Vertragsverletzung eine Fortsetzung des Vertrages unzumutbar mache. Die allgemeinen Bestimmungen von Art. 107 OR wichen denn auch nicht grundlegend von den Modalitäten von Art. 257f Abs. 3 OR ab, wonach eine Kündigung nur unter Beachtung der Formvorschriften von Art. 266/ OR und erst nach erfolgter schriftlicher Mahnung des Vermieters mit einer Frist von 30 Tagen auf das Monatsende hin gültig sei (BGE 132 III 109 E. 5). In einem kürzlich ergangenen Entscheid (BGer 4A_468/2020 vom 9. Februar 2021) hatte das Bundesgericht eine Kündigung zu prüfen, welche aufgrund eines unterlassenen Abschlusses einer gemäss dem Rahmenmietvertrag für die Westschweiz vorgeschriebenen Privathaftpflichtversicherung ausgesprochen wurde (vgl. Art. 6 CCR). Das Bundesgericht erwog unter Verweis auf die oben dargelegte Rechtsprechung, es sei allgemein anerkannt, dass eine unterlassene Sicherheitsleistung in den Anwendungsbereich von Art. 257f Abs. 3 OR falle (E. 4.1.1). Dass auch die verweigerte Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht – zumindest nicht direkt – die Art und Weise des Gebrauchs der Sache tangiert, sondern letztlich nur die Bonität des Mieters, erörterte es nicht näher (dazu BLUMER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/3, Gebrauchsüberlassungsverträge, Basel 2012, Rz 789 und 871, die allerdings zum nicht überzeugenden Schluss gelangt, dass eine Kündigung nichts am Bauhandwerkerpfandrecht ändere und daher ein untaugliches Mittel für den angestrebten Zweck bilde – entscheidend ist einzig die verweigerte Erfüllung einer wesentlichen Vertragspflicht).

Nach dem Gesagten erscheint die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Anwendungsbereich der Kündigung nach Art. 257f OR uneinheitlich. Das Gericht lässt die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung bei Verzug jedoch stets

nach Art. 102 ff. OR zu, sofern nicht ein Sachverhalt vorliegt, der unter die *leges speciales* von Art. 257d und Art. 257f OR fällt. Gemäss den publizierten Bundesgerichtsentscheiden ist Art. 257f OR zwar über seinen Wortlaut hinaus auszulegen und erfasst nicht nur Verletzungen der Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme. Gleichwohl soll die Bestimmung aber nicht die Verletzung von Vertragspflichten schlechthin sanktionieren (BGE 123 III 124 E. 2.a; BGE 132 III 109 E. 5). Dennoch hat es das Bundesgericht in neuerer Zeit akzeptiert, dass die Verletzung von Sicherungsabreden unter dem Blickwinkel von Art. 257f OR geprüft wurde.

Diese Fragen brauchen hier aber nicht abschliessend geklärt zu werden:

Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Haben die Parteien keinen Zeitpunkt für die Erbringung der Sicherheitsleistung vereinbart, so gelten die allgemeinen Regeln von Art. 75 OR, wonach die Fälligkeit sogleich eintritt (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257e OR N 10; BSK OR I-SCHROETER, 7. Aufl., Art. 75 N 12). Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1 OR). Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger, wenn er es unverzüglich erklärt, unter anderem auf die nachträgliche Leistung verzichten und vom Vertrage zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR). Diese allgemeinen Regeln des Rücktrittsrechts bei Verzug hat das Bundesgericht, wie dargelegt, in mietrechtlichen Fällen dahingehend modifiziert, dass eine fristlose Kündigung nicht möglich sei. In BGE 132 III 109 erachtete das Bundesgericht eine Kündigungsfrist von 30 Tagen als ausreichend. Es erscheint auch im vorliegenden Fall sachgerecht, eine dreissigtägige Frist zu verlangen, was der Regelung von Art. 257f Abs. 3 OR entspricht. Eine Kündigungsfrist von drei bzw. sechs Monaten bei Geschäftsräumen, wie es Art. 266g OR verlangt, erscheint unangemessen lang (KOLLER, AJP 7/2010 S. 848). Andernfalls wäre der Vermieter sechs Monate lang dem Risiko ausbleibender Mietzinsleistungen und Schäden aus unsorgfältiger Behandlung der Mietsache ausgesetzt; einem Risiko, das nach dem Parteiwillen durch die Vereinbarung einer Sicherheitsleistung gerade ausgeschlossen bzw. minimiert werden sollte. Schliesslich ist mit Blick auf Art. 257f und Art. 266g OR zu

verlangen, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar ist (A. KOLLER, AJP 7/2010 S. 848). Die allgemeinen Regeln des Schuldnerverzugs sehen dies zwar nicht vor (BGE 132 III 109, E. 5). Sie sind allerdings in erster Linie auf den Fall der ausgebliebenen Hauptleistung des Schuldners zugeschnitten und enthalten implizit durchaus eine Unzumutbarkeit der Situation für den Gläubiger. Ohne Unzumutbarkeitserfordernis könnte wegen der unbedeutenden Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten ohne Weiteres das gesamte Hauptverhältnis vorzeitig gekündigt werden. Das überzeugt nicht. Der Gesetzgeber verlangt für eine vorzeitige Auflösung des Mietverhältnisses denn auch stets, dass deren Fortsetzung für die kündigende Partei unzumutbar ist (vgl. Art. 257f OR und Art. 266g OR, implizit letztlich auch bei Art. 257d OR). Schliesslich hat die Kündigung, auch wenn sie nach Art. 107 Abs. 2 OR ergeht, den Formalien der Art. 266/ bis Art. 266o OR zu entsprechen (HIGI, AJP 7/2006 S. 885; vgl. BGE 132 III 109 E. 5).

1.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beklagte bereits vor Beginn des Mietvertrags per 1. Oktober 2019 Untermieterin des Vormieters gewesen ist und es dem Kläger deshalb verunmöglicht war, bei Nichtleistung der Kautionsleistung gestützt auf Art. 82 OR die Übergabe des Mietobjekts an die Beklagte zu verweigern. Zudem haben die Parteien einen befristeten Mietvertrag (1. Oktober 2019 bis 30. April 2022) abgeschlossen. Das Mietverhältnis endet daher mit Ablauf der vereinbarten Dauer. Eine ordentliche Kündigung ist nicht vorgesehen und stand dem Kläger im vorliegenden Fall nicht offen (Art. 266 Abs. 1 OR).

Mit Schreiben vom 9. April 2020 hat der Kläger die Beklagte bezüglich der Leistung der Kautionsleistung in Verzug gesetzt und ihr gleichzeitig eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um die Kautionsleistung in der Höhe von Fr. 45'000.– zu hinterlegen. Diese Frist ist angemessen, beträgt doch auch die anzusetzende Frist bei Verzug mit der Mietzinsszahlung 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR).

Es ist sodann unbestritten, dass die Beklagte die Kautionsleistung innert dieser Frist nicht geleistet hat. Vielmehr hat sie diese erst nach Erhalt der Kündigung am 21. September 2020 auf das Sperrkonto bei der Zürcher Kantonalbank einbezahlt. Zwar gibt die Beklagte an, sie habe bereits nach der Schlichtungsverhandlung vom 6. Juli 2020 Fr. 10'000.– auf das Sperrkonto einbezahlt und die restlichen

Fr. 35'000.– noch im selben Monat geleistet. Gleichzeitig reichte Sie jedoch auch einen Kontoauszug des Sperrkontos per 31. Dezember 2020 ins Recht, aus welchem ersichtlich ist, dass die Kautionszahlung am 21. September 2020 einbezahlt wurde. Dies ist rechtlich nicht von Bedeutung, da für die Beurteilung der Gültigkeit der Kündigung einzig deren Zeitpunkt massgebend ist. Auch die geltend gemachte Teilzahlung von Fr. 10'000.– erfolgte erst nach der ausgesprochenen Kündigung vom 15. Mai 2020. Entgegen den Behauptungen der Beklagten in ihrem Schreiben an den Kläger vom 22. April 2020 hat die Beklagte zudem auch keinen Vertrag mit «Swisscaution» geschlossen.

In der Folge hat der Kläger mit amtlichem Formular vom 15. Mai 2020 das Mietverhältnis per 30. Juni 2020 gekündigt. Damit hat er die in Ziff. 1.1 dargelegten formellen Kündigungsmodalitäten eingehalten. Für die Gültigkeit der Kündigung bleibt noch zu prüfen, ob die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Kläger im vorliegenden Fall unzumutbar gewesen ist.

Bei der Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit handelt es sich zwar lediglich um eine vertragliche Nebenpflicht. Sie hat für den Vermieter in der Praxis jedoch eine ausschlaggebende Bedeutung, deckt sie im Zweifel doch sämtliche Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis. Ohne Leistung einer Sicherheit läuft der Vermieter Gefahr, dass er nach Beendigung des Mietverhältnisses auf unter Umständen hohen Kosten (Schadenersatzansprüche aus unterlassener Sachrückgabe, ausgebliebene Mietzinsleistungen oder Schäden aus unsorgfältiger Behandlung der Mietsache, etc.) sitzen bleibt. Schon allein deshalb ist die Fortsetzung des Mietverhältnisses bei Nichtleistung der Sicherheit für den Vermieter in den meisten Fällen unzumutbar. Im vorliegenden Fall ist überdies unbestritten, dass die Beklagte die Mietzinse regelmässig verspätet geleistet hat. Die Miete ist gemäss dem Mietvertrag im Voraus, spätestens am 3. Werktag jedes Monats, zu bezahlen. In den Monaten vor der Kündigung hat die Beklagte die Mietzinse jedoch jeweils erst Mitte des Monats bezahlt. Die Miete für den Monat April 2020 hat sie erst am 27. Mai 2020 geleistet. Der Kläger musste demnach ernsthaft damit rechnen, dass am Ende des Mietverhältnisses Mietzinse ausstehend sein würden. Auch ein mögliches Retentionsrecht gem. Art. 268 OR bietet dem Kläger im vorliegenden Fall keine ausreichende Sicherheit. Zum einen deckt das Retentionsrecht nur den verfallenen Jahreszins und den noch nicht

fälligen, laufenden Halbjahreszins und bietet im Unterschied zur Kautionsleistung keine Sicherheit für sämtliche Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis. Zum anderen hat die Beklagte selbst ausgeführt, dass sie keine eigenen wertvollen Sachen im Mietobjekt habe. Unter den gegebenen Umständen war die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Kläger nicht zumutbar.

Die Kündigung vom 15. Mai 2020 erweist sich nach dem Ausgeführten als gültig.

Auch von einem rechtsmissbräuchlichen Festhalten an der Kündigung kann trotz der nachträglichen Sicherheitsleistung nicht gesprochen werden, denn wie erwähnt bestehen nach wie vor Zahlungsschwierigkeiten. Zudem muss die wahrheitswidrige Behauptung der Beklagten, sie habe einen Vertrag mit «Swisscaution» geschlossen, als Treuebruch betrachtet werden, der durch die nachträgliche Bestellung der Sicherheit nicht aus der Welt geschafft wurde.

1.3 Auch für den Fall, dass man die Nichtleistung der Kautionsleistung, wie es die wohl herrschende Lehre befürwortet und es das jüngste Bundesgerichtsurteil bestätigt, als eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 257f OR qualifiziert, erweist sich die im vorliegenden Fall ausgesprochene Kündigung als gültig. Wie bereits ausgeführt, hat der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 9. April 2020 für die Nichtleistung der Kautionsleistung schriftlich abgemahnt. Trotz dieser Abmahnung hat die Beklagte die Sicherheitsleistung nicht bezahlt. Auf die Ausführungen der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses kann auf die vorherigen Ausführungen unter Ziff. 1.2 verwiesen werden. Mit der ausgesprochenen Kündigung vom 15. Mai 2020 per 30. Juni 2020 hat der Kläger zudem die Kündigungsfrist von 30 Tagen auf Ende eines Monats gem. Art. 257f Abs. 3 OR eingehalten.

1.4 Die ausgesprochene Kündigung wäre auch gültig, wenn man die Nichtleistung der Kautionsleistung, wie es ein anderer Teil der Lehre befürwortet, als wichtigen Grund im Sinne von Art. 266g OR qualifizieren würde. Bezüglich der Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung ist auch hier wieder auf die obigen Ausführungen unter Ziff. 1.2 zu verweisen. Sind die Voraussetzungen für eine Kündigung nach Art. 266g OR gegeben, kann der Vermieter mit der gesetzlichen Frist – im vorliegenden Fall mit einer Frist von sechs Monaten – auf einen

beliebigen Zeitpunkt kündigen. Diese Frist ist zum jetzigen Zeitpunkt bereits abgelaufen. Dass der Kläger die Kündigung auf den 30. Juni 2020 – sprich mit einer Frist von einem Monat – ausgesprochen hat, schadet ihm nicht. Halten die Parteien die Kündigungsfrist nicht ein, so gilt die Kündigung gem. Art. 266a Abs. 2 OR für den nächstmöglichen Termin.

Bei einer Kündigung nach Art. 266g OR ist zwar gemäss dessen Abs. 2 im Grundsatz eine Entschädigung der kündigenden Partei an die gekündigte Partei zu leisten. Bei der Schadenersatzbemessung ist das Verschulden der gekündigten Partei zu berücksichtigen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 266g OR N 84). Das Vorliegen eines Eigenverschuldens der gekündigten Partei kann zur Verneinung oder Herabsetzung der Haftung führen (BGer 4C.35/2006 vom 30. Mai 2006 E. 3.1). Aus Billigkeitsgründen wäre im vorliegenden Fall jedenfalls keine Entschädigung zuzusprechen, da die Kündigung vollumfänglich der Beklagten zuzurechnen ist. Das Verhalten des Klägers ist nicht zu beanstanden.

2. *Erstreckung*

2.1 Gem. Art. 272 Abs. 1 OR kann der Mieter die Erstreckung eines befristeten oder unbefristeten Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre. Die Erstreckung ist unter anderem ausgeschlossen bei Kündigungen wegen Zahlungsrückstand des Mieters und wegen schwerer Verletzung der Pflicht des Mieters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme (Art. 272a Abs. 1 lit. a und b OR). Darüber hinaus muss sich der Erstreckungsausschluss jedoch auch auf wertungsgleiche Sachverhalte beziehen, die eine ausserordentliche Kündigung wegen Schuldnerverzugs oder anderer Vertragsverletzungen zur Folge haben. Eine Erstreckung verbietet sich in all jenen Fällen, bei denen die Schwere der Vertragsverletzung des Mieters vergleichbar ist mit den in Art. 257d oder 257f Abs. 3 OR geregelten Tatbeständen. Das Bundesgericht hat dies insofern bestätigt, als es in BGE 123 III 124 offenliess, ob sich die Kündigung bei Verzug des Mieters an Art. 257d, 257f oder 266g OR anlehnt (BGE 123 III 124 E. 3; MRA 1/05 S. 52 f.; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl., Art. 272a N 6).

2.2 Behandelt man die vorliegende Kündigung als eine solche nach Art. 257f Abs. 3 OR, so ergibt sich der Erstreckungsausschluss schon aus dem Gesetz.

Wegen des überragenden Vermieterinteresses würde es sich nicht anders verhalten, wenn man die Kündigung im vorliegenden Fall nach Art. 107 Abs. 2 oder 266g OR für gültig erklärt.

3. *Ausweisung*

3.1 Nach gültig beendetem Mietverhältnis kann der Vermieter die Rückgabe der Sache verlangen, indem er sein Eigentumsrecht nach Art. 641 Abs. 2 ZGB oder einen vertraglichen Rückgabeanspruch gemäss Art. 267 OR geltend macht. Verweigert der Mieter die Rückgabe der Immobilie, kann der Vermieter seinen Rückgabeanspruch durch Ausweisung und amtliche Räumung vollstrecken lassen (BSK OR I-WEBER, 7. Aufl., Art. 267 N 1 und N 3; SVIT-Komm.-BISANG/KOUMBARAKIS, 4. Aufl., Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren N 184 f.). Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen im Endentscheid an (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, können u.a. Zwangsmassnahmen wie die Räumung eines Grundstücks angeordnet werden (Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO).

3.2 Wie ausgeführt, erweist sich die vorliegend ausgesprochene Kündigung als gültig und die Ausweisungsanordnung ist zu erteilen (Art. 236 Abs. 3 und Art. 337 Abs. 1 ZPO). Demzufolge ist die Beklagte zu verpflichten, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben. Das Stadtmannamt Zürich N. ist anzuweisen, dieses Urteil auf Verlangen des Klägers zu vollstrecken.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beklagte die Kosten vollumfänglich zu tragen und dem Kläger eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 349'800.– ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 10'000.– festzusetzen (gem. § 7 lit. a GebV um 1/3 ermässigt). Die Parteientschädigung beläuft sich auf Fr. 14'650.– (inkl. MwSt.).

(...).»

[Anm. d. Red.: Zur Zeit der Urteilsredaktion war dem Gericht die Begründung des Urteils 4A_608/2020 v. 26. Februar 2021 noch nicht bekannt, wo das BGer in E. 3.1 – mit einem missverständlichen Verweis auf den BSK OR I – eine ausserordentliche Kündigung wegen eines rüden Tons der Mieterin nicht unter Art. 257f OR, sondern unter Art. 266g OR subsumierte und damit den Anwendungsbereich der zuerst genannten Bestimmung erneut eher eng zog, allerdings ohne sich vom Entscheid im Fall des unterbliebenen Abschlusses einer Mieterhaftpflichtversicherung abzuwenden. A suivre.]

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2021, 31. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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

Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident