

ZH_GERICHTE NG190003 vom 21. August 2018

Zh Gerichte, 2018-08-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_NG190003

FR: ZH_GERICHTE NG190003 du 21 août 2018

IT: ZH_GERICHTE NG190003 del 21 agosto 2018

Regeste

Forderung aus Mietverhältnis Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. August 2018 (MD180001)

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Mit Mietvertrag vom 26. bzw. 27. Juni 2014 (act. 4/5) vermietete die Klägerin den Beklagten 1 und 2 ein Einfamilienhaus an der D.____-strasse ... in E.____ für einen monatlichen Nettomietzins von Fr. 10'400.–. Es wurde die solidarische Haftung der Mieter vereinbart. Der Mietvertrag war dreimonatlich im Vo-

- 8 - raus jeweils auf Ende März und Ende September kündbar, erstmals auf den 30. September 2016 (act. 4/5 S. 1). Im Mai 2016 zog der Beklagte 1 aus der gemieteten Liegenschaft aus, während die Beklagte 2 weiterhin darin wohnte. In der Folge wurden die Mietzinse nicht mehr bzw. nicht mehr vollständig bezahlt (act. 1 Rz. 9, act. 14 Rz. 9, act. 41 S. 5). Nachdem die Klägerin – rund ein Jahr später – den Beklagten mit Schreiben vom 10. Mai 2017 je eine Zahlungsfrist von 30 Tagen angesetzt und die Kündigung angedroht hatte (act. 4/8–9; dieses Schreiben wurde den Beklagten 1 und 2 am 16. bzw. am 17. Mai 2017 zugestellt), und nachdem diese Zahlungsfrist unbenutzt abgelaufen war, kündigte die Klägerin den Mietvertrag mit Schreiben und amtlich genehmigtem Formular vom 3. Juli 2017 gemäss Art. 257d OR ausserordentlich auf den 31. August 2017 (act. 4/11–13). Die Beklagte 2 verblieb jedoch auch nach Beendigung des Mietverhältnisses in der Liegenschaft, woraufhin die Klägerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen ein Ausweisungsverfahren anhängig machte (Geschäfts-Nr. ...). Am 29. September 2017 verliess die Beklagte 2 die Liegenschaft alsdann freiwillig. In der Folge wurde das Ausweisungsverfahren wegen Gegenstandslosigkeit abgeschlossen (act. 4/15, act. 1 Rz. 17, act. 14 Rz. 16, act. 41 S. 6).

E. 1.2

Mit Eingabe vom 28. Februar 2018 (act. 1) und unter Beilage der Klagebeurteilung der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen vom 26. Januar 2018 (act. 3) machte die Klägerin beim Mietgericht des Bezirksgerichtes Meilen (nachfolgend Vorinstanz) eine Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren anhängig. Damit machte sie unter anderem die ausstehenden Mietzinse für die Monate September 2016 bis und mit August 2017 sowie mietzinsähnlichen Schadenersatz in der Höhe von sechs Monatsmieten für die Monate September 2017 bis Februar 2018 geltend. Letztere

Forderung erhöhte sie mit ihrer Replik um einen Monatszins (für den Monat März 2018; act. 29). Im April 2018 bezahlte der Beklagte 1 die Mietzins- bzw. Schadenersatzforderungen für die Monate September 2016 bis und mit September 2017 (act. 16/3–5), und es haben beide Beklagten die entsprechenden Zinsbegehren anerkannt (act. 41 S. 7; Prot. Vi., S. 16, 18), weshalb die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1–4 (act. 1 S. 2) abgeschrie- ben wurden (act. 41, Dispositivziffer 1). Die übrigen Begehren blieben strittig. Nach durchgeführtem Schriftenwechsel (act. 1, act. 14 und act. 18) fand am - 9 - 21. August 2018 die Hauptverhandlung statt, an welcher die Klägerin und die Beklagten je replizierten bzw. duplizierten, zu den Noven Stellung nahmen bzw. persönlich befragt wurden (Prot. Vi., S. 8 ff.). Mit unbegründetem Urteil vom 21. August 2018 (act. 32) hiess die Vorinstanz die Klage teilweise gut. Nachdem die Klägerin eine Begründung verlangt hatte (act. 34), wurde ihr die begründete (und berichtigte) Fassung (act. 41) am 6. Dezember zugestellt (act. 38/2).

E. 1.3

Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 21. Januar 2019 (act. 42) rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen. Mit Verfügung vom 7. Februar 2019 (act. 44) wurde von der Klägerin ein Kostenvorschuss verlangt und die Prozessleitung delegiert. Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 46). Mit Verfügung vom 4. März 2019 (act. 47) wurde den Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten; dieser Aufforderung kamen sowohl der Beklagte 1 (Eingabe vom 1. April 2019; act. 49) wie auch die Beklagte 2 (Ein- gabe vom 6. April 2019; act. 51) innert Frist nach (entgegen der Behauptung der Klägerin [act. 58 S. 19] ist die Eingabe der Beklagten 2 – wenigstens im sich bei den Akten befindenden Original – unterschrieben [act. 51 S. 5]). Diese Eingaben wurden den Parteien jeweils zugestellt (act. 54–55). Daraufhin reichte die Klägerin im Rahmen ihres allgemeinen Replikrechts unaufgefordert eine weitere Stellung- nahme ein (Eingabe vom 27. Mai 2019; act. 58). Diese wurde den Beklagten mit Verfügung vom 29. Mai 2019 (act. 59) zugestellt, und es wurde ihnen Frist ange- setzt, um gegebenenfalls eine mündliche Verhandlung "zum letzten Wort" zu ver- langen, sollten sie sich zur Eingabe der Klägerin äussern wollen. Mit Eingabe vom

E. 1.4

Die vorinstanzlichen Akten (act. 1–39) wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. 2. Prozessuales 2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung in vermögensrecht- lichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhalte-

- 10 - nen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Vor Vorinstanz zuletzt strittig war ein Betrag von insgesamt Fr. 72'000.– (act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 5 und 6; act. 29, S. 2, Rechtsbe- gehren Ziff. 5b; vgl. zudem act. 18 S. 2 und Art. 94 Abs. 1 ZPO), weshalb die Be- rufung grundsätzlich zulässig ist. 2.2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu begründen. Die Berufung führende Partei muss sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids einlässlich auseinandersetzen und wenigstens rudimentär darlegen, an welchen konkreten Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet und in welchem Sinne er ab- geändert werden soll. Hierbei sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeich- nen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kri- tik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausfüh- rungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift

(praktisch) wortgleich wieder- zugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kriti- sieren. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer, 5A_209/2014 vom 2. September 2014, E. 4.2.1; 5A_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1). 2.3. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung wie auch un- richtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung erhobenen Be- anstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413, E. 2.2.4; BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 58 S. 3) kann umgekehrt aber auch die berufungsbeklagte Partei – um die Abweisung der Berufung zu erwirken und ohne Anschlussberufung zu erheben – in ihrer Beru- fungsantwort (weitere) Beanstandungen vortragen und hierdurch das von der Rechtsmittelinstanz vorzunehmende Prüfprogramm auf Gesichtspunkte des ange-

- 11 - fochtenen Entscheids erweitern, welche die Berufung führende Partei nicht in Frage gestellt hat. Hierfür gelten auch für die Berufungsantwort im Wesentlichen dieselben Begründungsanforderungen wie für die Berufungsschrift (vgl. BGer, 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4; OGer ZH, LB150044 vom 13. De- zember 2016, E. II.3).

Demgegenüber können in weiteren (Noven-)Stellung- nahmen keine neuen Beanstandungen mehr vorgebracht werden, dienen solche Äusserungsmöglichkeiten doch bloss der Wahrung des rechtlichen Gehörs und nicht dazu, Beanstandungen nachzuholen, die bereits während der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist hätten vorgebracht werden können und müssen (BGer, 5A_737/2012 vom 23. Januar 2013, E. 4.2.3; 4A_666/2015 vom 26. April 2016, E. 3.1). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz aber weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebun- den. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Ar- gumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der Vor- instanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). 2.4. Angesichts des Streitwerts gilt das ordentliche Verfahren (Art. 243 Abs. 1 und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO e contrario), weshalb weder die erweiterte Frage- pflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO noch der soziale Untersuchungsgrundsatz nach Art. 247 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangen. Es gelten die Verhandlungsmaxi- me gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO sowie die allgemeine gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können.

- 12 - 3. Schadenersatz wegen Zahlungsverzugs der Beklagten 3.1. Erwägungen der Vorinstanz und Parteivorbringen 3.1.1. Die Vorinstanz sprach der Klägerin Schadenersatz in Höhe der ausgefalle- nen Mietzinse für die Monate Oktober und November 2017 zu, wies ein entspre- chendes Begehren für die Monate Dezember 2017 bis März 2018 indes ab. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Beklagten würden der Klägerin in- folge

Zahlungsverzugs auf das positive Interesse – also grundsätzlich im Umfang des bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin geschuldeten Mietzinses – haften. Die Klägerin habe den Beklagten mit Schreiben vom 10. Mai 2017 eine Zahlungsfrist von 30 Tagen gesetzt und gleichzeitig die Kündigung angedroht; dieses Schreiben sei den Beklagten am 16. bzw. am 17. Mai 2017 zugegangen, weshalb die Zahlungsfrist am 15. bzw. am 16. Juni 2017 (unbenutzt) abgelaufen sei. Die Kündigung habe die Klägerin zwar erst am 3. Juli 2017 ausgesprochen, diese Verzögerung von rund zwei Wochen sei aber nicht treuwidrig gewesen, zumal die Beklagte 2 die Klägerin in diesem Zeitraum mehrmals persönlich darum ersucht habe, auf eine Kündigung zu verzichten, und zu diesem Zweck auch einen Lösungsvorschlag unterbreitet habe (act. 41 S. 12 ff.). Demzufolge seien als Schadenersatz grundsätzlich die bis zum 31. März 2018 (ordentlicher Kündigungstermin) anfallenden Mietzinse geschuldet. 3.1.2. Die Klägerin habe jedoch, so die Vorinstanz, ihre Schadenminderungsobliegenheit teilweise verletzt. Aus dem Abnahmeprotokoll vom 29. September 2017 (act. 4/17) gehe hervor, dass sich das Mietobjekt bei dessen (verspäteter) Übergabe nicht in einem abnahmefähigen Zustand befunden habe. Im Oktober und November 2017 seien verschiedene Aufräum-, Reinigungs- und Malerarbeiten vorgenommen worden, weshalb das Mietobjekt dann noch nicht weitervermietet werden können. Dass aber auch noch im Dezember 2017 und in den darauffolgenden Monaten Instandstellungsarbeiten notwendig gewesen bzw. tatsächlich verrichtet worden seien, habe die Klägerin nicht bewiesen. Entsprechend wäre eine Weitervermietung, so die Vorinstanz, ab Dezember 2017 grundsätzlich möglich gewesen. Die Suchbemühungen der Klägerin seien alsdann ungenügend

- 13 - gewesen, weshalb zwar für die Monate Oktober und November 2017 Schadenersatz zuzusprechen sei, nicht jedoch für die Monate Dezember 2017 bis März 2018. Namentlich sei es bereits ab Mitte Mai 2017 (Zeitpunkt des Mahnschreibens) absehbar gewesen, dass das Mietverhältnis nicht mehr lange dauern würde, und ab dem 3. Juli 2017 (Zeitpunkt der Kündigung) sei der Klägerin bekannt gewesen, dass und wann das Mietverhältnis enden würde. Zudem sei voraussehbar gewesen, dass sich die Beklagten nicht um einen Nachmieter kümmern würden. Da die Klägerin zu jenem Zeitpunkt nicht habe wissen können, dass die Beklagte 2 nicht termingerecht ausziehen bzw. die gemietete Liegenschaft nicht ordnungsgemäss zurückgeben würde, hätte sie sich bereits ab dann um einen Nachmieter bemühen müssen. Stattdessen habe sie erst im Oktober 2017 ein – kaum Erfolg versprechendes – "FOR-RENT-Schild" auf dem Grundstück aufgestellt und erst am 4. Dezember 2017 ein Inserat aufschalten lassen bzw. erst im Januar 2018 einen Makler beauftragt (act. 41 S. 17 ff.). 3.1.3. Die Klägerin verlangt mit ihrer Berufung Schadenersatz (auch) im Umfang der auf die Monate Dezember 2017 bis März 2018 entfallenden Mietzinse. Sie wirft der Vorinstanz zunächst eine unrichtige Verteilung der Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der Frage vor, ob sie (die Klägerin) hinreichende Suchbemühungen unternommen habe. Dies sei Teil der Schadenminderungsobliegenheit, die gemäss Art. 44 Abs. 1 OR einen Schadenherabsetzungsgrund darstelle; entsprechend sei es an den Beklagten gewesen, die hierfür notwendigen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen (act. 42 S. 8, 15). Weiter macht die Klägerin geltend, sie habe in Wahrheit hinreichende Bemühungen zur Wiedervermietung der fraglichen Liegenschaft unternommen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei es nicht zielführend gewesen, bereits ab dem Zeitpunkt der Kündigung einen Nachmieter zu suchen, da vor einer tatsächlichen Rückgabe der Mietsache unklar gewesen sei, ob die Kündigung angefochten bzw. ein Ausweisungsverfahren notwendig werden würde, und auf welchen Zeitpunkt hin

eine Neuvermietung würde ausgeschrieben werden können. Ein Ausweisungsverfahren sei denn auch tatsächlich erforderlich gewesen, da die Beklagte 2 auch am 1. September 2017 noch erklärt habe, sie werde nicht ausziehen. Im Rahmen der gesetzlichen Schadenminderungsobliegenheit seien Suchbemühungen vonseiten

- 14 - der Vermieterschaft im Falle einer Zahlungsverzugskündigung erst ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Sachrückgabe zu verlangen (act. 42 S. 13 ff.). Weil die Beklagten die gemietete Liegenschaft nicht nur verspätet, sondern auch in einem nicht ordnungsgemässen Zustand zurückgegeben hätten, seien Instandstellungsarbeiten notwendig geworden, die – entgegen den Feststellungen der Vorinstanz – bis Ende Dezember 2017 gedauert hätten (act. 42 S. 6 f., 11). Aufgrund des desolaten Zustands des Mietobjekts seien Wiedervermietungsbemühungen vor Beendigung der wesentlichen Instandstellungsarbeiten (d.h. vor Ende Dezember 2017) nicht möglich bzw. nicht zielführend gewesen. Dies zeige sich namentlich daran, dass Mietinteressenten, die das Objekt aufgrund des im Oktober 2017 auf dem Grundstück aufgestellten "FOR-RENT-Schildes" besichtigt hätten, u.a. mit Verweis auf den ungenügenden Zustand des Miethauses abgesagt hätten (act. 42 S. 6 f., 12, 16, 19). Bereits am 4. Dezember 2017 – also nur wenige Tage nach dem von der Vorinstanz angenommenen Zeitpunkt der Beendigung der Instandstellungsarbeiten – habe die Klägerin das Mietobjekt sodann auf "Homegate" ausgeschrieben und hierbei zudem den Mietzins von monatlich Fr. 10'400.– auf Fr. 8'900.– gesenkt. Ferner habe sie im Januar 2018 einen Makler mit der Suche eines Nachmieters beauftragt, was als solches über die Anforderungen der Schadenminderungsobliegenheit hinausgegangen sei (act. 42 S. 10 ff., 16 ff.). Schliesslich hält die Klägerin dafür, dass eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit den auf die Monate Dezember 2017 bis März 2018 entfallenden Teil des Schadenersatzanspruches nicht gänzlich aufheben, sondern höchstens reduzieren würde, und zwar auch nur dann, wenn und soweit die Einhaltung der Schadenminderungsobliegenheit tatsächlich und kausal zu einer Reduktion des Schadens geführt hätte. Dies sei jedoch nicht der Fall, weil sich so oder anders kein Mieter hätte finden lassen, der die Liegenschaft früher gemietet hätte (act. 42 S. 5 ff., 18 ff.). 3.1.4. Der Beklagte 1 beantragt die Abweisung der Berufung und macht geltend – indes ohne selbst Berufung oder Anschlussberufung zu erheben –, ein mietzinsähnlicher Schadenersatzanspruch bestehe bereits deshalb nicht (auch nicht für die Monate Oktober und November 2017), weil die Klägerin mit der Zahlungsverzugskündigung in treuwidriger Weise bis im Juli 2017 zugewartet habe. Hätte sie

- 15 - bereits im Juni 2017 gekündigt (was ab dem 19. Juni 2017 möglich gewesen wäre), so hätten die Beklagten nur für die Mietzinse bis Ende September 2017 gehaftet. Mit der erst am 3. Juli 2017 ausgesprochenen Kündigung habe sich die Klägerin demgegenüber sechs weitere Monatsmietzinse bis Ende März 2018 gesichert. Dies sei treuwidrig gewesen, zumal die Klägerin der Beklagten 2 bereits mit Schreiben vom 14. Juni 2017 (act. 31/5) mitgeteilt habe, ihren Vorschlag zu einer Weiterführung des Mietverhältnisses abzulehnen und dieses "in den nächsten Tagen" zu kündigen (act. 49 S. 3 ff.). 3.1.5. Weiter macht der Beklagte 1 geltend, es trage die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass sie die Schadenminderungsobliegenheit eingehalten, d.h. hinreichende Suchbemühungen unternommen habe (act. 49 S. 7). Die Schadenminderungsobliegenheit habe nicht erst im Dezember 2017 begonnen, sondern bereits mit dem Aussprechen der Kündigung (im Juli 2017) bzw. spätestens mit Rückgabe der Mietsache (Ende September 2017). Von diesem Zeitpunkt an – d.h. noch vor bzw.

während den Instandstellungsarbeiten im Oktober 2017 – hätte die Klägerin einen Nachmieter suchen müssen. Das Aufschalten eines Inserats sei auch ohne Angabe eines konkreten Mietbeginns möglich und zielführend gewesen; zudem hätte die Klägerin bereits im Herbst 2017 einen Makler mandieren müssen. Stattdessen sei sie bis am 4. Dezember 2017 (Aufschalten eines Inserats) bzw. bis am 24. Januar 2018 (Beauftragen eines Maklers) untätig geblieben (act. 49 S. 5 ff., 10 ff.). Sodann beanstandet der Beklagte 1 die Feststellung der Vorinstanz, das Mietobjekt habe sich bei dessen Rückgabe nicht in einem abnahmefähigen Zustand befunden; dies habe die Klägerin unsubstantiiert behauptet (act. 49 S. 6, 9). Ferner hätten sämtliche notwendigen Instandstellungsarbeiten im Oktober 2017 erledigt werden können, sodass das Mietobjekt – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – grundsätzlich bereits ab dem 1. November 2017 wieder hätte vermietet werden können. Im November 2017 seien nämlich nur noch untergeordnete Arbeiten verrichtet worden, danach überhaupt keine mehr (act. 49 S. 6 ff., 10). Weiter bestreitet der Beklagte 1, dass im Oktober 2017 ein "FOR-RENT-Schild" aufgestellt worden sei und dass sich aufgrund dieses Schildes – oder aus anderer Veranlassung – Mietinteressenten bei der Klägerin gemeldet hätten, die wegen des Zustands des Mietobjekts von einem Ver-

- 16 - tragsschluss abgesehen hätten (act. 49 S. 7, 10 ff.). Schliesslich lässt der Beklagte 1 ausführen, es sei unerheblich, ob im Falle rechtzeitig vorgenommener Suchbemühungen eine frühere Weitervermietung tatsächlich möglich gewesen wäre (act. 49 S. 7). 3.1.6. Die Beklagte 2 schliesst sich im Wesentlichen den Ausführungen des Beklagten 1 an (act. 51 S. 2 f.). 3.2. Verzugsschadenersatz im Allgemeinen 3.2.1. Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinsen oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm die Vermieterin schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenützlichem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde; bei einer Miete von Wohnräumen beträgt diese Frist mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann die Vermieterin das Mietverhältnis ausserordentlich kündigen, im Falle einer Wohnraummietsache mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines jeden Monats (Art. 257d Abs. 2 OR). 3.2.2. Der Zahlungsverzug des Mieters stellt eine Vertragsverletzung dar, deren Folgen mit der Auflösung des Mietverhältnisses nicht aufgehoben werden. Hat der Mieter den Verzug bzw. die vorzeitige Vertragsauflösung verschuldet, so schuldet er der Vermieterin – nebst Verzugszinsen – den Ersatz des daraus entstandenen Schadens (positives Erfüllungsinteresse), d.h. grundsätzlich die vertraglich vereinbarten, aufgrund der vorzeitigen Vertragsauflösung wegfallenden Mietzinsen für den Zeitraum zwischen der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses und dem nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin, abzüglich ersparter Aufwendungen und tatsächlich erzielter oder objektiv erzielter Einnahmen aus anderweitigem Gebrauch der Mietsache (BGE 127 III 548, E. 5; OGer ZH, NG170020 vom 9. Februar 2018, E. 5.2.4; ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257d OR N 61 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 257d N 13).

- 17 - 3.2.3. Es ist unbestritten, dass die Beklagten im Mai 2017 mit der Bezahlung von Mietzinsen im Rückstand waren, dass die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 10. Mai 2017 (act. 4/8 und act. 4/9) je eine Zahlungsfrist von 30 Tagen ansetzt und die Kündigung angedroht hat, dass diese Frist am 15. bzw. am 16. Juni 2017 unbenutzt ablief und dass die Klägerin daraufhin mit Schreiben und amtlich genehmigtem Formular vom 3. Juli 2017 (act. 4/11 und act. 4/13) wegen Zahlungsverzugs per Ende August 2017 gekündigt hat (act. 41 S. 5 f., 13). Die Gültigkeit dieser ausserordentlichen Kündigung

wurde nicht in Frage gestellt. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Beklagte 2 nach Beendigung des Mietverhältnisses im Mietobjekt verblieb und dieses – nach Einleitung eines Ausweisungsverfahrens – erst am 29. September 2017 zurückgab (act. 41 S. 6). Aus diesen Umständen, namentlich dem Zahlungsverzug der Beklagten, leitet die Vorinstanz eine grundsätzliche Schadenersatzpflicht derselben in Höhe des Mietzinsausfalls bis Ende März 2018 (nächster ordentlicher Kündigungstermin) ab. Dies haben die Parteien im Grundsatz nicht beanstandet. Strittig ist einzig, ob die Kündigung treuwidrig war und ob der Schadenersatzanspruch deshalb – soweit Gegenstand des Berufungsverfahrens – entfällt, sowie die Frage, ob und inwieweit die Klägerin ihre Schadenminderungsobliegenheit verletzt hat und der Schadenersatzanspruch deshalb zu reduzieren ist.

3.3. Treuwidrigkeit der Kündigung

3.3.1. Sind die Voraussetzungen von Art. 257d Abs. 1 OR erfüllt (Zahlungsrückstand, Fristansetzung mit Kündigungsandrohung und Ausbleiben der Leistung in- nert Frist), so erwächst der Vermieterin ein ausserordentliches Kündigungsrecht nach Abs. 2 dieser Bestimmung. Im Gegensatz zu Art. 107 Abs. 2 OR muss sie dieses Gestaltungsrecht aber nicht unverzüglich ausüben, sondern sie kann – abgesehen von der Möglichkeit, dem Mieter formell eine weitere Nachfrist einzuräumen – mit der Kündigung auch etwas zuwarten, um stillschweigend eine formlose (Not-)Nachfrist zu gewähren. Ihre Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung verwirkt sie damit nicht ohne Weiteres. Grenzen, die Kündigung durch Gewährung einer stillschweigenden "Notzahlungsfrist" hinauszuschieben, setzen das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) sowie der ausdrücklich oder

- 18 - konkludent erklärte Verzicht auf die Kündigung (BGer, 4A_244/2017 vom 4. September 2017, E. 5; 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 6.2; 4A_641/2011 vom 27. Januar 2012, E. 8; OGer ZH, Beschluss vom 8. Mai 1991, ZR 1991 Nr. 54, E. 2c; ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257d OR N 45 f.; SVIT-Kommentar/REUDT, 4. Aufl. 2018, Art. 257d N 43; Mietrecht für die Praxis/SPIRIG,

E. 6

Juni 2019 verlangte der Beklagte 1 eine solche Verhandlung (act. 61), die am 15. August 2019 stattfand. An dieser nahmen der Beklagte 1 und die Klägerin je mehrmals Stellung; die Beklagte 2 erschien nicht (Prot. S. 6 ff.).

E. 6.1

Die Vorinstanz hat den in der Betreuung Nr. 4 (Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 3. Januar 2018; act. 4/33) von der Beklagten 2 erhobenen Rechtsvorschlag ohne weitere Begründung im Umfang von Fr. 10'400.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Dezember 2017 beseitigt (act. 41, Dispositivziffer 5). Aus dem entsprechenden Zahlungsbefehl – zusammen mit der sonstigen Begründung des vorinstanzlichen Entscheids – geht hervor, dass dies dem hier eingeklagten Schadenersatzanspruch der Klägerin im Umfang des Mietzinses für den Monat November 2017 entsprochen haben muss.

E. 6.2

Die Klägerin hat das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt nicht angefochten, d.h., sie hat mit ihrer Berufung die Beseitigung des Rechtsvorschlags im vollen Umfang der betriebenen Forderung (d.h. auch für den Mietzins für den Monat Dezember 2017) nicht verlangt. Umgekehrt hat aber auch die Beklagte 2 in diesem Punkt keine (Anschluss-)Berufung erhoben. Namentlich kann ihr Rechtsbegehren Ziff. 2 der Berufungsantwort (act. 51, S. 2) nicht mit hinreichender Deutlichkeit in einem solchen

Sinne verstanden werden. Selbst wenn die Beklagte 2 damit aber Anschlussberufung erhoben haben sollte, so wäre ein Antrag, es sei der Rechtsvorschlag in der erwähnten Betreuung nur im Umfang von Fr. 8'998.– zu beseitigen (Fr. 10'400.– abzüglich Fr. 1'402.–), ohnehin abzuweisen gewesen. Wie bereits erwähnt, ist die von der Beklagten 2 erst im Berufungsverfahren erklärte Verrechnung verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und deshalb nicht zu beachten; folglich besteht die betriebene und eingeklagte Forderung zu Recht und es ist der Rechtsvorschlag entsprechend zu beseitigen. Hier nicht zu beurteilen ist die

- 38 - Frage, ob die Beklagte 2 ihren Verrechnungseinwand gegebenenfalls später im Betreibungsverfahren – etwa in einem Verfahren nach Art. 85 SchKG – noch erheben können.

E. 6.3

Das von der Beklagten 2 in ihrer Berufungsantwort erhobene Rechtsbegehren Ziff. 2, das sich auf die Gewährung von vorsorglichem Rechtsschutz während des Berufungsverfahrens beschränkt (act. 51 S. 2), erübrigt sich mit dem vorliegenden Entscheid und ist infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen 7.1. Erstinstanzliche Prozesskosten 7.1.1. Die Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten wurde nicht beanstandet, weshalb es diesbezüglich bei einer Entscheidgebühr von Fr. 12'000.– bleibt. Die Klägerin stellt jedoch den Antrag, es seien die erstinstanzlichen Prozesskosten gesamthaft – also auch hinsichtlich jenes Teils des erstinstanzlichen Verfahrens, der als solcher nicht mit Berufung angefochten wurde – den Beklagten solidarisch aufzuerlegen (act. 42 S. 2, 23 f.). 7.1.2. Mit Eingabe vom 16. Oktober 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ein Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen ein und machte damit unter anderem Mietzinse (bzw. mietzinsähnlichen Schadenersatz) für die Monate September 2016 bis September 2017 in der Höhe von insgesamt Fr. 124'471.95 (zuzüglich Zinsen) gegen beide Beklagten als Solidarschuldner geltend (act. 3, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 1 und [hinsichtlich des Monats September 2017] Rechtsbegehren Ziff. 2). Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 26. Januar 2018 konnte keine Einigung erzielt werden, weshalb gleichentags die Klagebewilligung erteilt wurde. Mit Schreiben vom 20. Februar 2018 liess der Beklagte 1 der Klägerin alsdann mitteilen, er anerkenne diese Forderung (ohne Zinsen) im Umfang von Fr. 124'471.– und verpflichte sich, diesen Betrag bis spätestens am 15. April 2018 zu bezahlen (act. 4/1). In der Folge erhob die Klägerin mit Eingabe vom 28. Februar 2018 (act. 1, Datum Poststempel) unter anderem Klage gegen die Beklagte 2 auf Zahlung eben dieser

- 39 - Mietzinse im Umfang von Fr. 124'471.95 (act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 1 und 3) sowie Klage gegen beide Beklagte auf Zahlung von Verzugszinsen auf diesen Betrag (act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 2 und 4). Ende April 2018 bezahlte der Beklagte 1 der Klägerin den Betrag von Fr. 124'471.– (act. 16/3–5); die entsprechenden Zinsbegehren haben die Beklagten 1 und 2 alsdann gerichtlich anerkannt (act. 41 S. 7; Prot. Vi., S. 16, 18). Es stellt sich damit die Frage, wie die auf diesen Teil des vorinstanzlichen Verfahrens entfallenden Prozesskosten zu verteilen sind. 7.1.3. Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; bei Anerkennung der Klage gilt die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten; es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Wird das Verfahren wegen

Gegenstandslosigkeit abgeschrieben, sind die Prozesskosten nach Ermessen zu verlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO), wobei unter anderem zu berücksichtigen ist, welche Partei Anlass zur Einleitung des Verfahrens gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit geführt haben (BGer, 5A_885/2014 vom 19. März 2015, E. 2.4). Unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). 7.1.4. Art. 106 Abs. 3 ZPO findet auch auf einfache Streitgenossenschaften nach Art. 71 ZPO Anwendung. Die Prozesskosten können entweder unterschiedlich aufgeteilt oder den Streitgenossen solidarisch auferlegt werden (BGer, 4A_625/2015 vom 29. Juni 2016, E. 3.1). Gegen einfache Streitgenossen subjektiv gehäufte Klagen bleiben rechtlich selbständig, auch wenn sie in einem einheitlichen Urteil erledigt werden; entsprechend sind auch die Kostenentscheide selbständig zu gestalten. Der Anteil an den Prozesskosten bestimmt sich dabei grundsätzlich nach Massgabe des Unterliegens in Bezug auf die gegen den jeweiligen Streitgenossen individuell gestellten Rechtsbegehren – und nicht nach Massgabe des Unterliegens der Beklagten insgesamt (BGer, 4A_444/2017 vom 12. April 2018, E. 6.3).

- 40 - 7.1.5. Für die Prozesskosten, die auf jenen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens entfallen, der letztlich durch Bezahlung gegenstandslos (Mietzinse für die Monate September 2016 bis September 2017; insgesamt Fr. 124'471.95) bzw. durch Anerkennung erledigt wurde (Zinsbegehren), haftet jedenfalls die Beklagte 2 vollumfänglich. Die entsprechenden Rechtsbegehren der Klägerin (act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 1–4) richteten sich gegen die Beklagte 2 als Streitgenossin. Ohne Bezahlung durch den Beklagten 1 wären die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 3 voraussichtlich gutzuheissen gewesen; Rechtsbegehren Ziff. 2 und 4 hat die Beklagte 2 anerkannt. Anlass für die Klage bot jedenfalls die Beklagte 2, da sie den ausstehenden Betrag nicht bezahlte. Dass der Beklagte 1 eine entsprechende (Solidar-)Schuld vor Klageeinreichung beim Gericht anerkannt hatte, ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz (act. 41 S. 24) nicht entscheidend. Wie sogleich auszuführen sein wird, war zum einen dieses Anerkenntnis nicht i.S.v. Art. 241 Abs. 2 ZPO (bzw. Art. 208 Abs. 2 ZPO) einem rechtskräftigen Entscheid gleichgestellt. Zum anderen war die Klageerhebung der Klägerin gegen die Beklagte 2 weder unnötig i.S.v. Art. 108 ZPO noch treuwidrig. Der Beklagte 1 stellte eine Bezahlung der Schuld erst per 15. April 2018 in Aussicht (act. 4/1); ferner lief die Frist zur Einreichung der Klage gemäss Art. 209 Abs. 4 ZPO Ende Februar 2018 ab, was den Beklagten bewusst sein musste. Unter diesen Umständen kann der Klägerin jedenfalls nicht vorgeworfen werden, nicht darauf vertraut zu haben, dass der Beklagte 1 die Schuld tatsächlich begleichen würde, sondern sogleich (auch) die Beklagte 2 als Solidarschuldnerin ins Recht gefasst zu haben. 7.1.6. Der Beklagte 1 war im vorinstanzlichen Verfahren – abgesehen von den diesbezüglichen (hier nicht entscheidenden) Zinsbegehren – formell nicht Partei dieses Teils des Streitgegenstands, da sich die entsprechenden Rechtsbegehren der Klägerin ausschliesslich gegen die Beklagte 2 richteten (act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 1 und 3). Ein einfacher (passiver) Streitgenosse haftet grundsätzlich nur für jenen Teil der Prozesskosten, der auf Rechtsbegehren entfällt, die sich gegen ihn selbst richten und in Bezug auf welche er unterliegt (BGer, 4A_444/2017 vom 12. April 2018, E. 6.3). Hinsichtlich der Klage der Klägerin gegen die Beklagte 2 auf Zahlung der Mietzinse für die Monate September 2016 bis September 2017 in der Höhe von Fr. 124'471.95 war der Beklagte 1 damit ein

- 41 - "Dritter". Als solcher kommt weder eine Haftung für die entsprechenden Prozesskosten nach Art. 106 Abs. 3 ZPO noch eine solche nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO (vgl. BGE 141 III 426 E. 2.3) in Betracht. Auch Art. 108 ZPO scheidet als Grundlage für eine Kostenaufgabe zu Lasten des Beklagten 1 aus, weil die diesbezüglichen Prozesskosten nicht als von ihm unnötigerweise verursacht betrachtet werden können. Damit sind die auf diesen Teil des Streitgegenstandes entfallenden Prozesskosten der Beklagten 2 alleine aufzuerlegen. 7.1.7. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beklagte 1 für die dieser Klage zugrunde liegenden Ansprüche solidarisch haftet hätte. Es wäre der Klägerin ohne Weiteres freigestanden, auch den Beklagten 1 – trotz seiner Anerkennung – als Streitgenossen neben der Beklagten 2 ins Recht zu fassen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (act. 41 S. 24 f.) handelt es sich beim Schreiben des Beklagten 1 vom 20. Februar 2018 (act. 4/1) nämlich nicht um eine gerichtliche Klageanerkennung, sondern vielmehr um ein rein zivilrechtliches aussergerichtliches Rechtsgeschäft. Eine gerichtliche Klageanerkennung i.S.v. Art. 241 ZPO (bzw. Art. 208 ZPO) setzt voraus, dass eine entsprechende Willenserklärung gegenüber dem Gericht (oder der Schlichtungsbehörde) abgegeben wird (durch Unterzeichnung des eine entsprechende mündliche Erklärung beinhaltenden Protokolls, durch Unterzeichnung eines während einer Verhandlung erstellten Schriftstücks oder durch Einreichen eines ausserhalb des Gerichts unterzeichneten Dokuments; s. hierzu BETTLER, Der gerichtliche Vergleich nach Art. 241 ZPO, AJP 2018, S. 1487 f.). Nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens und vor Einreichung der Klage beim Gericht konnte eine solche gerichtliche Klageanerkennung – mit Rechtskraftwirkung gemäss Art. 241 Abs. 2 bzw. Art. 208 Abs. 2 ZPO – damit gerade nicht erfolgen; daran ändert auch der Umstand nichts, dass bereits die Einreichung des Schlichtungsgesuchs Rechtshängigkeit begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin verfügte somit auch gegen den Beklagten 1 nicht über einen rechtskräftigen Leistungstitel. Nachdem (auch) der Beklagte 1 bis kurz vor Ablauf der Frist zur Klageeinreichung die Forderung bestritten hatte, wäre eine (auch) gegen ihn gerichtete Klage auf Bezahlung des entsprechenden Betrags weder unnötig i.S.v. Art. 108 ZPO noch treuwidrig gewesen, zumal der Beklagte 1 eine – nicht gesicherte – Bezahlung erst per 15. April

- 42 - 2018 in Aussicht gestellt hatte. Wenn die Klägerin dann aber ihre diesbezügliche Klage nur gegen die Beklagte 2 richtete, kann der insofern nicht beteiligte Beklagte 1 für die entsprechenden Prozesskosten nicht haftbar gemacht werden. 7.1.8. Angesichts des auf die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1 und 3 entfallenden Streitwerts von Fr. 124'471.95, der rund drei Fünfteln des Gesamtstreitwerts des erstinstanzlichen Verfahrens entspricht (Fr. 197'873.95; act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 1, 3, 5 und 6; act. 29, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 5b; act. 18 S. 2; vgl. Art. 93 Abs. 1 und Art. 94 Abs. 2 ZPO), sowie der mit der Gegenstandslosigkeit dieser Begehren einhergehenden Arbeitersparnis rechtfertigt es sich, der Beklagten 2 für diesen Teil des Streitgegenstandes einen Viertel der vorinstanzlichen Gerichtskosten, d.h. Fr. 3'000.–, aufzuerlegen. Die vorinstanzliche Bemessung der vollen Parteientschädigung (für das gesamte Verfahren) in Höhe von Fr. 15'000.– (bzw. in Höhe von Fr. 5'000.– für eine auf einen Drittel reduzierte Entschädigung; act. 41 S. 26) wurde nicht beanstandet. Die Beklagte 2 ist folglich zu verpflichten, der Klägerin für den vor Vorinstanz abbeschriebenen Teil des Verfahrens eine Parteientschädigung von Fr. 3'750.– (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. 7.1.9. Der Streitwert des restlichen – vor Vorinstanz strittig gebliebenen – Teils des Verfahrens beträgt Fr. 73'402.– (act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 5 und 6; act. 29, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 5b; act. 18 S. 2; Art. 93 Abs. 1 und Art. 94 Abs. 2 ZPO); darauf entfallen drei Viertel der

vorinstanzlichen Gerichtskosten (d.h. Fr. 9'000.–) und drei Viertel der (vollen) vorinstanzlichen Parteientschädigung (d.h. Fr. 11'250.–). Die Klägerin unterliegt in Bezug auf die Widerklage der Beklagten 2 im Umfang von Fr. 1'402.–. Dieses Unterliegen ist im Verhältnis zum Gesamtstreitwert jedoch zu gering, um bei der Kostenverlegung Berücksichtigung zu finden. Ferner unterliegt die Klägerin gegenüber dem Beklagten 1 im Umfang von Fr. 9'600.– (act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 6). Dies entspricht rund einem Achtel des vor Vorinstanz strittig gebliebenen Teils des Verfahrens. Folglich sind der Klägerin Fr. 1'125.– der vorinstanzlichen Gerichtskosten aufzuerlegen, und sie ist zu verpflichten, dem Beklagten 1 hierfür eine Parteientschädigung von Fr. 1'400.– (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. Hinsichtlich des strittigen Schadener-

- 43 - satzes in Höhe der Mietzinse für die Monate Oktober 2017 bis März 2018 (Fr. 62'400.–; act. 1, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 5; act. 29, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 5b) obsiegt die Klägerin gegenüber den Beklagten 1 und 2. Die darauf entfallenden Gerichtskosten von Fr. 7'875.– sind demzufolge den Beklagten 1 und 2 solidarisch aufzuerlegen, und es sind Letztere überdies solidarisch zu verpflichten, der Klägerin hierfür eine Parteientschädigung von Fr. 9'850.– (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. 7.1.10. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von insgesamt Fr. 12'000.– sind mit dem von der Klägerin vor Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 14'273.– zu verrechnen, wobei die Beklagte 2 zu verpflichten ist, der Klägerin davon Fr. 3'000.– zu ersetzen, und überdies die Beklagten 1 und 2 solidarisch zu verpflichten sind, der Klägerin davon Fr. 7'875.– zu ersetzen (Art. 111 ZPO). 7.2. Zweitinstanzliche Prozesskosten 7.2.1. Im Berufungsverfahren unterliegen die Beklagten 1 und 2 praktisch vollumfänglich, weshalb ihnen die gesamten zweitinstanzlichen Prozesskosten solidarisch aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). Das Unterliegen der Klägerin in Bezug auf die Widerklage der Beklagten 2 im Umfang von Fr. 1'402.– ist zu gering, um bei der Kostenverlegung berücksichtigt zu werden. 7.2.2. Die Entscheidgebühr bemisst sich im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen (§ 12 Abs. 1 GebV OG); massgebend ist das, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Angesichts des für die Kostenbemessung massgebenden Streitwerts von Fr. 43'002.–, des Aufwands des Gerichts sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1–3 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 6'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind den Beklagten 1 und 2 solidarisch aufzuerlegen und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– zu verrechnen. Die Beklagten 1 und 2 sind

- 44 - solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den von ihr geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 5'000.– zu ersetzen. Darüber hinaus sind die Beklagten 1 und 2 solidarisch zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1–3 i.V.m. § 11 AnwGebV). Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden Dispositivziffer 2 sowie Dispositivziffern 9 und 10 des Urteils des Mietgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 21. August 2018 (Geschäfts-Nr. ...) aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt: " 2. Die Beklagten 1 und 2 werden je einzeln und unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin Fr. 62'400.– zu bezahlen, zuzüglich Zins

zu 5 % seit dem 1. Dezember 2017 auf dem Betrag von Fr. 52'000.– sowie zu 5 % seit dem 1. März 2018 auf dem Betrag von Fr. 10'400.–. 9. Von den erstinstanzlichen Gerichtskosten werden Fr. 1'125.– der Klä- gerin, Fr. 3'000.– der Beklagten 2 und Fr. 7'875.– solidarisch den Be- klagten 1 und 2 auferlegt.

Die Gerichtskosten von insgesamt Fr. 12'000.– werden mit dem von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvor- schuss von Fr. 14'273.– verrechnet. Die Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin davon Fr. 3'000.– zu ersetzen. Die Beklagten 1 und 2 werden überdies solidarisch verpflichtet, der Klägerin davon Fr. 7'875.– zu ersetzen. 10. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 1 eine Parteientschädi- gung von Fr. 1'400.– (7.7 % MwSt. darin enthalten) zu bezahlen.

Die Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'750.– (7.7 % MwSt. darin enthalten) zu bezahlen.

- 45 -

Die Beklagten 1 und 2 werden überdies solidarisch verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 9'850.– (7.7 % MwSt. darin enthalten) zu bezahlen." 2. Im übrigen Umfang wird die Berufung abgewiesen. Dispositivziffer 6 des Ur- teils des Mietgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 21. August 2018 (Ge- schäfts-Nr. ...) wird bestätigt, d.h., es wird die Klägerin verpflichtet, der Be- klagten 2 den Betrag von Fr. 1'402.– zu bezahlen. 3. Der Antrag der Beklagten 2, es sei Dispositivziffer 6 des Urteils des Mietge- richts des Bezirksgerichts Meilen vom 21. August 2018 (Geschäfts-Nr. ...) vorzeitig zu vollstrecken, wird abgeschrieben. 4. Der Antrag der Beklagten 2, es sei das Betreibungsverfahren Nr. 4 (Zah- lungsbefehl des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 3. Januar 2018) zu sistieren, wird abgeschrieben. 5. Die Entscheidegebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. 6. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden den Beklagten 1 und 2 solidarisch auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kosten- vorschuss verrechnet. Die Beklagten 1 und 2 werden solidarisch verpflichtet, der Klägerin den von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– zu ersetzen. 7. Die Beklagten 1 und 2 werden solidarisch verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– (7.7 % MwSt. darin enthalten) zu bezahlen. 8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Emp- fangsschein, sowie an die Obergerichtskasse. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit- telfrist an die Vorinstanz zurück.

- 46 - 9. 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 Be- schwerde 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 41'600.– (Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 53 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende:

lic. iur. P. Diggelmann Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am:

E. 9

Aufl. 2016, S. 713 f.; BSK OR I-WEBER, Art. 257d N 7; a.A. A. KOLLER, Der Zahlungsverzug des Mieters, mp2018, S. 90 f., 97 f.). Rechtsmissbrauch ist etwa in einer Kündigung verwirklicht, die ohne ersichtlichen vernünftigen Grund verschleppt wird. Ist dies der Fall, so erlischt entweder das ausserordentliche Kündigungsrecht durch Zeitablauf oder Verzicht (wobei die Vermieterin dann aber eine neue Zahlungsfrist nach Art. 257d Abs. 1 OR ansetzen und so das Entstehen eines neuen Kündigungsrechts erwirken kann) oder es verstösst die Kündigung – trotz Fortbestands des Kündigungsrechts – immerhin gegen Treu und Glauben und ist nach Art. 271 OR anfechtbar (vgl. BGer, 4A_244/2017 vom 4. September 2017, E. 5; 4A_366/2008 vom 25. November 2008, E. 4). Auf eine solche Anfechtung haben die Beklagten allerdings unbestrittenermassen verzichtet. Sie haben damit nicht nur die Kündigung als gültig anerkannt, sondern es ist ebenso ihr Recht auf Überprüfung der Kündigung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs grundsätzlich verwirkt. Sachlich und gedanklich folgerichtig muss es ihnen deshalb grundsätzlich ebenfalls verwehrt sein, in einem anderem Zusammenhang die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung gleichwohl zur Begründung ihres Standpunktes wieder aufzugreifen (zumal das letztlich widersprüchlich ist; vgl. nachfolgend E. 3.3.7 ff.). Und es erweist sich daher ihr Standpunkt bereits insoweit als unbegründet. Er ist es aber zusätzlich und unabhängig davon auch aus folgenden Gründen.

3.3.2. Jedenfalls nicht verspätet und nicht missbräuchlich ist eine Zahlungsverzugskündigung, die "unverzüglich" nach Entstehen des Kündigungsrechts ausgesprochen wird, wobei darunter eine je nach den im Einzelfall auf dem Spiel stehenden Interessen mehr oder weniger lange Frist zu verstehen ist (vgl. hierzu BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 14 m.Nw.); diese muss insbesondere auch eine angemessene Bedenkzeit beinhalten, um die Vorteile einer Kündigung gegenüber den damit verbundenen Nachteilen abzuwägen, sowie ein gewisses Zuwarten,

- 19 - um Gewissheit darüber zu erlangen, dass der Zahlungsrückstand tatsächlich nicht (innert Frist) beglichen wurde. Aber auch eine nicht in diesem Sinne "unverzüglich" ausgesprochene Kündigung ist nicht ohne Weiteres rechtsmissbräuchlich, namentlich dann nicht, wenn sich die Vermieterin zunächst Klarheit über das weitere Vorgehen verschaffen muss, wenn das Zuwarten der Schonung des Mieters dient, etwa um ihm Gelegenheit zu bieten, doch noch zu leisten, oder wenn eine einvernehmliche Lösung angestrebt wird, insbesondere auf Veranlassung des Mieters (OGer ZH, Beschluss vom 8. Mai 1991, ZR 1991 Nr. 54, E. 2c; vgl. auch BGer, 4A_244/2017 vom 4. September 2017, E. 5.3; 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 6.2). Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet nur der "offenbare" Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz; entsprechend ist Rechtsmissbrauch nur sehr zurückhaltend – eben bloss in offenkundigen Fällen – zu bejahen. Vorbehältlich besonderer Umstände des Einzelfalles darf einer Partei ein Recht, das ihr die Rechtsordnung an sich zugesteht, nicht über Art. 2 Abs. 2 ZGB wieder entzogen werden. Besondere Umstände mögen etwa dann vorliegen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt werden oder wenn eine Partei mit der Geltendmachung eines Rechts derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wird, ihre eigenen Interessen zu wahren (BGer, 4A_245/2017 vom 21. September 2017, E. 5.2).

3.3.3. Liegen die Voraussetzungen der Zahlungsverzugskündigung vor, ist die Vermieterin bei der Ausübung des

Kündigungsrechts zwar nicht an eine konkrete Frist gebunden, sie darf damit aber nicht derart lange zuwarten, dass der Mieter aufgrund der fortwährenden Unsicherheit über den Fortbestand des Mietverhältnisses in eine unzumutbare Lage versetzt bzw. dadurch sogar Vertrauen geweckt wird, die Vermieterin würde auf eine Verzugs Kündigung verzichten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Mieter den Zahlungsrückstand nur kurze Zeit nach Fristablauf doch noch beglichen hat, die Vermieterin aber den- noch mehrere Wochen oder gar Monate mit der Kündigung zuwartet (vgl. BGer, 4A_366/2008 vom 25. November 2008, E. 4, wo das Bundesgericht eine fast drei Wochen nach Fristablauf ausgesprochene Kündigung – bei nur kurz nach Frist- ende erfolgter Zahlung – als gerade noch zulässig betrachtet hat; vgl. zudem BGer, 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 6.2). Umgekehrt mag sich aber

- 20 - auch eine erst nach mehreren Wochen ausgesprochene Kündigung als noch nicht rechtsmissbräuchlich erweisen, wenn der Mieter auch innert dieser stillschwei- gend gewährten Nachfrist noch immer nicht geleistet hat; bei fortbestehendem Zahlungsrückstand kann er nämlich nicht bzw. erst nach längerem Untätigbleiben der Vermieterin darauf vertrauen, sie würde auf eine Kündigung verzichten. Dann wird in der Regel auch ein Zuwarten von rund einem Monat für das Aussprechen der Zahlungsverzugskündigung noch als zulässig zu betrachten sein (BGer, 4A_641/2011 vom 27. Januar 2012, E. 8; OGer ZH, Beschluss vom 8. Mai 1991, ZR 1991 Nr. 54, E. 2c; REUDT, a.a.O., Art. 257d N 43; vgl. aber BGer, 4A_244/2017 vom 4. September 2017, E. 5, wo ein Zuwarten von fast drei Mona- ten als übermässig lange und damit rechtsmissbräuchlich qualifiziert wurde). 3.3.4. Es ist unbestritten, dass die von der Klägerin angesetzte Zahlungsfrist am 15. bzw. am 16. Juni 2017 unbenutzt ablief und dass die Klägerin die Kündigung alsbald am 3. Juli 2017 ausgesprochen hat (act. 41 S. 5 f., 13, vgl. aber act. 14 S. 7, 11, Prot. Vi., S. 13, und act. 49 S. 4 f., wo der Beklagte 1 davon ausgeht, die Zahlungsfrist sei sogar erst am 18. Juni 2017 abgelaufen). Die Klägerin hat also nach Fristablauf am Freitag, 16. Juni 2017, noch gut zwei Wochen (bzw. zehn Ar- beitstage) zugewartet, bis sie am Montag, 3. Juli 2017, die Kündigung ausgespro- chen hat. Nach Fristablauf war es seitens der Klägerin jedenfalls angezeigt, zu- nächst eine gewisse Zeit – einige Tage – abzuwarten, um Gewissheit zu haben, dass die Beklagten tatsächlich nicht (innert Frist) bezahlt haben und dass sie (die Klägerin) tatsächlich zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt ist (vgl. OGer ZH, Beschluss vom 8. Mai 1991, ZR 1991 Nr. 54, E. 2c, wo hierfür eine Frist von etwa einer Woche einkalkuliert wurde). Zudem war der Klägerin ohne Weiteres eine gewisse Bedenkzeit einzuräumen, um sich Klarheit über das weitere Vorge- hen zu verschaffen. Hierfür scheint eine Frist von insgesamt zehn Arbeitstagen als angemessen, sodass die am 3. Juli 2017 ausgesprochene Kündigung gerade noch als "unverzüglich" erfolgt betrachtet werden kann. Dementsprechend kann sie von vornherein nicht als verspätet bzw. als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden.

- 21 - 3.3.5. Gemäss der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung hätte die Klägerin die Kündigung aber nicht einmal "unverzüglich" aussprechen müssen, sondern sie hätte sich dafür grundsätzlich auch mehr Zeit nehmen können – ins- gesamt etwa einen Monat –, da die Beklagten die Zahlungsrückstände auch nach Fristablauf nicht beglichen haben. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Klägerin den Beklagten bereits am 14. Juni 2017 mitteilen liess, sie akzeptiere den von der Beklagten 2 unterbreiteten Lösungsvorschlag nicht und sie werde "das Mietverhältnis im Verlauf der nächsten Tage

[...] ausserordentlich kündigen" (act. 49 S. 4, Prot. Vi., S. 13 f., act. 31/5). Diese Mitteilung erfolgte noch vor Ablauf der Zahlungsfrist, sodass dies im Wesentlichen bloss einer Bekräftigung der Kündigungsandrohung – für den Fall der nicht rechtzeitig geleisteten Zahlung – gleichkommen konnte. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus dieser Äusserung eine Obliegenheit der Klägerin ableiten lassen sollte, eine Kündigung gegebenenfalls sofort auszusprechen. Den Beklagten musste bewusst sein, dass die Klägerin das Mietverhältnis bei Nichtleistung der rückständigen Mietzinse kündigen würde; insofern kann von einer unzumutbaren Unsicherheit aufseiten der Mieter keine Rede sein.

3.3.6. Zutreffend ist ferner, dass sich der (hypothetische) ordentliche Kündigungstermin durch das Zuwarten mit der Kündigung bis im Juli 2017 von Ende September 2017 auf Ende März 2018 verschoben hat und dass der Schadenersatzanspruch der Klägerin dadurch im Grundsatz um sechs Monatsmietzinse erhöht wurde. Auch dies macht die Kündigung jedoch nicht rechtsmissbräuchlich. Zum einen erfolgte sie, wie oben erwähnt, innert einer noch als "unverzüglich" zu betrachtenden Frist. Zum anderen muss die Vermieterin eine ausserordentliche Zahlungsverzugskündigung nicht sofort auf den erstmöglichen Kündigungstermin aussprechen, sondern sie kann damit – in den dargelegten Grenzen – zuwarten und auf einen späteren Termin kündigen (vgl. BGE 119 II 232; OGER ZH, Beschluss vom 8. Mai 1991, ZR 1991 Nr. 54; kritisch A. KOLLER, a.a.O., S. 98). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn dadurch im Rahmen des Verzugschadenersatzanspruchs ein späterer ordentlicher Kündigungstermin relevant wird.

- 22 - 3.3.7. Damit erweist sich das Zuwarten der Klägerin mit der Kündigung von rund zwei Wochen nicht als rechtsmissbräuchlich. Vielmehr erscheint umgekehrt das Verhalten der Beklagten widersprüchlich. Zum einen haben sie die angeblich verspätet ausgesprochene Kündigung weder angefochten noch deren Gültigkeit in Frage gestellt. Vielmehr berufen sich beide Beklagten darauf, das Mietverhältnis sei aufgrund der am 3. Juli 2017 ausgesprochenen Kündigung wirksam per Ende August 2017 aufgelöst worden (namentlich der Beklagte 1 war – und ist – an einer Ungültigkeit der Kündigung und Weiterführung des Mietverhältnisses nicht ernsthaft interessiert, zumal er bereits im Mai 2016 ausgezogen ist). Hätte sich die Kündigung als unwirksam erwiesen oder wäre sie erfolgreich angefochten worden, so würden die Beklagten die hier in Frage stehenden Mietzinse ohne Weiteres schulden. Wenn sie sich nun vor diesem Hintergrund darauf berufen, die Kündigung sei verspätet ausgesprochen worden – und es sei entsprechend kein Schadenersatz für die Monate Oktober 2017 bis März 2018 geschuldet –, so streben sie damit der Sache nach an, das klägerische Kündigungsrecht als bereits im Juni 2017 ausgeübt zu betrachten. Zu einer Kündigung im Juni 2017 – oder überhaupt zu einer Kündigung – war die Klägerin aber nicht verpflichtet. Sie hätte auch ganz auf eine solche verzichtet und das Mietverhältnis weiterführen können, in welchem Fall die Beklagten die hier fraglichen Mietzinse ohne Weiteres geschuldet hätten. Umgekehrt waren – und sind – die Beklagten nicht berechtigt, das ausserordentliche Kündigungsrecht der Vermieterin an deren Stelle (sofort) auszuüben. Genau dies streben sie im Ergebnis aber an, wenn sie geltend machen, die Kündigung sei zwar gültig, aber zu spät ausgeübt worden.

3.3.8. Selbst wenn das Kündigungsrecht der Klägerin wegen Zeitablaufs untergegangen sein sollte – wovon die Beklagten aber wie gesagt nur in Bezug auf den Schadenersatzanspruch, nicht aber hinsichtlich der Frage der Gültigkeit der Kündigung als solchen ausgehen –, wäre es der Klägerin zum anderen ohne Weiteres freigestanden, den Beklagten im Juli 2017 eine neue Zahlungsfrist nach Art. 257d Abs. 1 OR anzusetzen. Dass die Beklagten die Zahlungsrückstände innert einer solchen neu angesetzten Frist beglichen hätten, machen sie

nicht geltend und ist aufgrund der unbestrittenen Umstände auch nicht anzunehmen. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es widersprüchlich und missbräuchlich, sich darauf zu beru-

- 23 - fen, die Klägerin habe einerseits verspätet – in Bezug auf das ursprüngliche Kündigungsrecht – sowie andererseits verfrüht – in Bezug auf ein durch neue Fristan- setzung neu zu schaffendes Kündigungsrecht – gekündigt (vgl. hierzu BGer, 4A_245/2017 vom 21. September 2017, E. 5). 3.3.9. Schliesslich blieb die vorinstanzliche Feststellung unbeanstandet, die Be- klagte 2 habe die Klägerin nach Ablauf der Zahlungsfrist mehrmals eindringlich und persönlich um ein Verbleiben im Mietobjekt bzw. um ein Unterlassen der Kündigung ersucht (act. 41 S. 14, act. 49 S. 4 f.). Auch vor diesem Hintergrund erscheint nicht das Zuwarten der Klägerin mit der Kündigung, sondern vielmehr das Verhalten der Beklagten widersprüchlich, der Klägerin nun ein Verschleppen der Kündigung bis im Juli 2017 vorzuwerfen, obschon damit – wie von der Beklag- ten 2 beantragt – eine formlose Verlängerung des Mietverhältnisses um immerhin einen Monat einherging. 3.4. Schadenminderungsobliegenheit 3.4.1. Die Klägerin verlangt Schadenersatz infolge Zahlungsverzugs der Beklag- ten (Art. 257d i.V.m. Art. 97 OR). Als geschädigte Gläubigerin trägt sie hierbei die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines kausal – infolge Zahlungs- verzugs – verursachten Schadens (Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR und Art. 8 ZGB). Es ist unbestritten, dass das positive Erfüllungsinteresse im Grund- satz den ausgefallenen Mietzinsen für die Monate September 2017 bis März 2018 entspricht und dass die Beklagten hierfür grundsätzlich schadenersatzpflichtig sind (s. oben, E. 3.2). Damit hat die Klägerin den ihr verursachten Schaden im Grundsatz hinreichend dargetan. Die Beklagten wenden indes ein, die Klägerin habe ihre Schadenminderungsobliegenheit verletzt, indem sie nur ungenügende Bemühungen unternommen habe, um die Liegenschaft möglichst rasch wieder zu vermieten. 3.4.2. Nach Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR kann der Richter die Ersatz- pflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn Umstände, für welche die Geschädigte einzustehen hat, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Ge-

- 24 - schädigte nicht alle nach den Umständen gebotenen Massnahmen ergriffen hat, um den Schaden möglichst gering zu halten. Hierbei handelt es sich nicht um eine eigentliche Schadenminderungspflicht der Geschädigten, sondern um eine blosser Obliegenheit, deren Verletzung im Ergebnis zu einer Reduktion des Schadener- satzanspruches führt. Ob dies letztlich die Schadensberechnung betrifft – weil von vornherein nicht als ersatzfähiger Schaden gelten kann, was die Geschädigte durch zumutbare Massnahmen hätte verhindern können (so BGer, 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011, E. 8.2) –, oder ob bei einer Verletzung der Schadenminde- rungsobliegenheit erst im Rahmen der Schadensbemessung der an sich beste- hende und ersatzfähige Schaden herabzusetzen ist (so BGer, 4C.393/2006 vom 27. April 2007, E. 3.3.3; BK-BREHM, Art. 42 OR N 55a; BSK OR I-KESSLER, Art. 44 N 13a; CHK-MÜLLER, Art. 42 OR N 27), kann hier offen bleiben. Beim Vorbringen, es habe die Gläubigerin die Schadenminderungsobliegenheit verletzt, handelt es sich jedenfalls um eine – entweder die Entstehung eines ersatzfähigen Schadens von vornherein beschränkende oder den Schaden im Rahmen der Ersatzbemes- sung herabsetzende – Einwendung, die im Sinne eines Ausnahmetatbestandes (rechtshindernde Tatsache) die Entstehung eines Schadenersatzanspruches von Anfang an verhindert oder beschränkt. Die diese Einwendung begründenden Tat- sachen sind grundsätzlich vom Schädiger

(Schadenersatzschuldner) zu behaupten und – im Bestreitungsfall – zu beweisen (Art. 8 ZGB; BGer, 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011, E. 8.2 [wo von einer "Einrede" gesprochen wird]; 4A_314/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 3.3.2; OGer ZH, PD170009 und PD170010 vom

E. 14

Februar 2018, E. 4.5.1; NE180004 vom 7. August 2018, E. 2.2.3; BSK OR I- KESSLER, Art. 44 N 3, 13a; ZK-HIGI/WILDISEN, 5. Aufl. 2019, Art. 264 OR N 67; scheinbar anders BGE 127 III 548, E. 5; OGer ZH, NG170020 vom 9. Februar 2018, E. 5.2.4). 3.4.3. Die Schadenminderungsobliegenheit ist verletzt, wenn die Geschädigte Massnahmen nicht ergreift, die zu einer Minderung bzw. zu einem Wegfall des Schadens geführt hätten. Grenze dieser Obliegenheit bildet die Zumutbarkeit. Die Geschädigte muss nur jene Massnahmen zur Schadenminderung ergreifen, die tatsächlich möglich sind und die ihr billigerweise zugemutet werden dürfen. Als Massstab gilt das Verhalten eines vernünftigen Menschen in der gleichen Lage,

- 25 - der keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte. Eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit hat zur Folge, dass der Schaden nur in dem Umfang zu ersetzen ist, in welchem er auch entstanden wäre, wenn die Geschädigte der Obliegenheit nachgekommen wäre (BGer, 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011, E. 8.2; 4C.83/2006 vom 26. Juni 2006, E. 4). Damit hat die Einwendung der Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit im Wesentlichen drei Voraussetzungen: Erstens muss seitens der Geschädigten die tatsächliche Möglichkeit bestanden haben, Massnahmen zu ergreifen, die grundsätzlich geeignet gewesen wären, den entstandenen Schaden zu mindern, und es muss deren Vornahme für die Geschädigte im konkreten Einzelfall zumutbar gewesen sein. Zweitens muss die Geschädigte es unterlassen haben, solche Massnahmen zu ergreifen. Drittens muss diese Unterlassung kausal zu einer Erhöhung des Schadens (bzw. zu dessen Entstehung) geführt haben bzw. müsste die Vornahme der fraglichen Massnahmen hypothetisch kausal zu einer Minderung (bzw. zum Wegfall) des Schadens geführt haben. 3.4.4. Die Behauptungs- und Beweislast für Tatsachen, die auf das Vorliegen dieser drei Voraussetzungen schliessen lassen, liegt – wie bereits ausgeführt – grundsätzlich bei der schädigenden Partei, die sich auf die Einwendung der Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit beruft, hier also bei den Beklagten. Die geschädigte Partei, hier die Klägerin, trifft aber hinsichtlich der zweiten der obgenannten Voraussetzungen, nämlich der (Nicht-)Vornahme möglicher und zumutbarer Schadenminderungsmassnahmen, zumindest eine erhöhte Bestreitungslast. Behauptet und beweist die schädigende Partei, dass bestimmte Massnahmen seitens der Gläubigerin tatsächlich möglich und zumutbar gewesen wären und dass diese den Schaden gemindert hätten, so liegt es an der geschädigten Partei, substantiiert darzulegen, dass und welche Massnahmen sie im Einzelnen ergriffen hat (BGer, 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011, E. 8.2; vgl. auch OGer ZH, NE180004 vom 7. August 2018, E. 2.2.3). Hinsichtlich der dritten der obgenannten Voraussetzungen, dass die Vornahme der fraglichen Massnahmen hypothetisch kausal zu einem Wegfall bzw. zu einer Minderung des Schadens hätte führen müssen, gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, zu-

- 26 - mindest soweit sich ein direkter Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht führen lässt (vgl. BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 15, 18 m.Nw.). 3.4.5. Erhebt der Mieter im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs wegen Zahlungsverzugs den Einwand, die Vermieterin habe nur ungenügende Suchbemühungen unternommen und dadurch eine

frühere Weitervermietung des Mietobjekts verhindert, so trägt er nach dem Gesagten die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass bestimmte zur Schadenminderung geeignete Massnahmen (Suchbemühungen) seitens der Vermieterin tatsächlich möglich und zumutbar gewesen wären und dass diese Massnahmen, wären sie vorgenommen worden, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hypothetisch kausal zu einer Minderung des Schadens – d.h. zu einer früheren Wiedervermietung – geführt hätten. Gelingt dem Mieter ein entsprechender Beweis, so ist es an der Vermieterin, substantiiert darzutun, dass und welche konkreten Massnahmen sie tatsächlich ergriffen hat, dass eine (weitergehende) Schadenminderung aber dennoch ausgeblieben ist. Gelingt der Vermieterin ein solcher Gegenbeweis nicht, so ist die geschuldete Entschädigung um jene Mietzinseinnahmen zu reduzieren, welche die Vermieterin bei aktiver Suche nach einem Nachmieter hätte erzielen können (vgl. [allerdings zu Art. 264 OR] OGer ZH, PD170009 und PD170010 vom 14. Februar 2018, E. 4.5.1; ZK-HIGI/WILDISEN, 5. Aufl. 2019, Art. 264 OR N 67; CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 264 OR N 10; anders aber BGE 127 III 548, E. 5; OGer ZH, NG170020 vom 9. Februar 2018, E. 5.2.4).

3.4.6. Es ist unbestritten, dass die Beklagten die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses per Ende August 2017 erst am 29. September 2017 zurückgegeben haben, dass anschliessend gewisse Instandstellungsarbeiten notwendig waren und dass die Klägerin solche Arbeiten wenigstens im Oktober und im November 2017 tatsächlich hat ausführen lassen. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Klägerin das Mietobjekt alsbald am 4. Dezember 2017 auf dem Onlineportal "Homegate" zur Vermietung hat ausschreiben lassen und dass sie am 24. Januar 2018 einen Makler mit der Wiedervermietung beauftragt hat. Strittig ist hingegen, in welchem Zustand die Beklagten die gemietete Liegenschaft zurückgegeben haben, bis wann die vorzunehmenden Instandstellungsarbeiten frühestens hätten

- 27 - beendet werden können, bzw. bis wann solche tatsächlich verrichtet wurden, sowie ob und wann ein "FOR-RENT-Schild" auf dem Grundstück der Klägerin aufgestellt wurde und ob sich daraufhin Mietinteressenten bei der Klägerin gemeldet haben.

3.4.7. Die Vorinstanz führt aus, es sei bereits ("spätestens") mit dem Aussprechen der Kündigung am 3. Juli 2017 an der Klägerin gewesen, sich um einen Nachmieter zu kümmern, da bereits zu jenem Zeitpunkt absehbar gewesen sei, dass sich die Beklagten nicht um eine Weitervermietung kümmern würden, und weil die Klägerin zu jenem Zeitpunkt noch nicht habe wissen können, dass die Beklagten die Liegenschaft nicht termingerecht verlassen bzw. dass Instandstellungsarbeiten notwendig werden würden. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin für die Zeit ab dem 3. Juli 2017 keine Suchbemühungen vorweisen könne (act. 41 S. 19). Diese Argumentation überzeugt aus drei Gründen nicht. Erstens war es der Klägerin im Rahmen der Schadenminderungsobliegenheit vor einer tatsächlichen Sachrückgabe nicht zuzumuten, sich um einen Nachmieter zu kümmern, zumindest dann nicht, wenn – wie hier – aufgrund der Umstände nicht ausgeschlossen werden konnte, dass die Liegenschaft verspätet bzw. nicht ordnungsgemäss zurückgegeben werden würde. Zweitens hätten vor Beendigung des Mietverhältnisses bzw. vor Rückgabe der Liegenschaft vorgenommene Suchbemühungen den Schaden in keiner Weise gemindert, weil die Beklagten die Liegenschaft erst rund einen Monat zu spät – und erst nach Einleitung eines Ausweisungsverfahrens – zurückgegeben haben. Allfälligen Interessenten hätte spätestens Anfang September 2017 abgesagt werden müssen, als klar wurde, dass sich die Rückgabe der Liegenschaft noch über Monate würde hinziehen können. Hätte die Klägerin also vor Rückgabe der Mietsache Suchbemühungen unternommen, hätten diese nicht kausal zu einer Reduktion des Schadens

geführt. Drittens erscheint es seitens der Beklagten als rechtsmissbräuchlich, die gemietete Liegenschaft nicht fristgerecht zurückzugeben und sich alsdann darauf zu berufen, die Klägerin hätte sich bereits vor der (nicht erfolgten) Rückgabe um eine Weitervermietung bemühen müssen. Insgesamt ist der Klägerin jedenfalls nicht vorzuwerfen, sie habe es unterlassen, sich bereits vor Ende September 2017 um einen Nachmieter zu kümmern.

- 28 - 3.4.8. Die Beklagten machen sodann geltend, es sei der Klägerin möglich und zumutbar gewesen, das Mietobjekt bereits vor Abschluss der Instandstellungsarbeiten zur Wiedervermietung auszuschreiben, d.h. bereits ab Ende September 2017 ein Inserat aufschalten zu lassen oder einen Makler zu beauftragen. Dies hätte, so die Beklagten, durchaus auch parallel zu den Renovationsarbeiten erfolgen können. Dem hält die Klägerin entgegen, sie hätte die Liegenschaft allfälligen Mietinteressenten aufgrund des renovationsbedürftigen Zustands gar nicht vorzeigen können bzw. wäre diese so ohnehin nicht gemietet worden. Ob dies zutrifft, kann aus folgenden Gründen offen bleiben: 3.4.9. Selbst wenn es im Rahmen der Schadenminderungsobliegenheit an der Klägerin gewesen wäre, die Liegenschaft bereits ab Ende September 2017 in einem Inserat zur Wiedervermietung auszuschreiben bzw. bereits ab dann einen Makler zu beauftragen, so wäre von ihr jedenfalls nicht zu erwarten gewesen, den beanspruchten Mietzins bereits von Anfang an zu reduzieren. Eine Mietzinssenkung von monatlich Fr. 10'400.– (dem mit den Beklagten vereinbarten Mietzins) auf monatlich Fr. 8'900.–, wie sie die Klägerin im Rahmen des von ihr am 4. Dezember 2017 aufgeschalteten Inserats vorgenommen hat, wäre ihr erst dann zumuten gewesen, wenn sich nach Ablauf einer gewissen Zeit gezeigt hätte, dass sich eine Wiedervermietung zum bisherigen Mietzins auf dem Markt nicht realisieren lässt (REUDT, a.a.O., Art. 257d OR N 63). Dies wäre jedenfalls nicht vor dem 4. Dezember 2017 der Fall gewesen. Dass eine Weitervermietung zum bisherigen Mietzins überhaupt – bzw. vor Ende März 2018 – möglich gewesen wäre, machen die Beklagten nicht geltend (vgl. nur act. 14 S. 6, Prot. VI., S. 12 f.). Entsprechend ist nicht davon auszugehen, dass ein bereits Ende September 2017 aufgeschaltetes Inserat (oder eine bereits dann erfolgte Beauftragung eines Maklers), mit welchem ein monatlicher Mietzins von Fr. 10'400.– verlangt worden wäre, den Schaden gemindert hätte. Andererseits war die Klägerin nicht gehalten, den von ihr verlangten Mietzins bereits vor dem 4. Dezember 2017 herabzusetzen. 3.4.10. Im Übrigen haben die Beklagten auch sonst keinerlei substantiierten Behauptungen dazu aufgestellt, ob und inwiefern weitergehende bzw. früher ergriffene Suchbemühungen der Klägerin (z.B. ein bereits Ende September 2017 auf-

- 29 - geschaltetes Inserat, allenfalls auch zu einem reduzierten Preis, oder eine bereits dann erfolgte Mandatierung eines Maklers) zu einer früheren Vermietung der Liegenschaft geführt hätten. Wie bereits dargelegt, setzt der Einwand der Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit aber gerade voraus, dass bestimmte unterlassene Schadenminderungsmassnahmen hypothetisch kausal zu einer Minderung des eingetretenen Schadens geführt hätten; dafür sind die Beklagten behauptungs- und beweisbelastet. In seiner Berufungsantwort lässt der Beklagte 1 nur gänzlich unsubstantiiert – und ohne jeden Verweis auf eine entsprechende Behauptung im vorinstanzlichen Verfahren – ausführen, es sei "davon auszugehen, dass bereits früher ein neuer Mieter hätte gefunden werden können, wenn die Klägerin nicht derart untätig geblieben wäre" (act. 49 S. 13); ferner werde "erneut bestritten, dass ein Mietinteressent das Mietobjekt nicht gemietet hätte, wenn er es vor den durchgeführten Instandstellungsarbeiten besichtigt hätte"

(act. 49 S. 7). Auch vor Vorinstanz haben die Beklagten diesbezüglich keine substantiierten Behauptungen aufgestellt. Vielmehr liessen sie sogar ausführen, es sei "die streitgegenständliche Liegenschaft offensichtlich sehr schwer, insbesondere zu diesem hohen Mietzins, vermietbar" gewesen (act. 14 S. 6), und es sei "eine Weitervermietung erst per 1. Juni 2018 zu einem tieferen Mietzins möglich" gewesen (Prot. Vi., S. 12 f.). In seiner Berufungsantwort macht der Beklagte 1 ferner geltend, es sei "selbstverständlich nicht [zu] prüfen, ob bei rechtzeitiger Suche der Klägerin ein Mietnachfolger früher hätte gefunden werden können" (act. 49 S. 7). Dies trifft nicht zu. Es wäre wie gesagt an den Beklagten gewesen, soweit möglich und zumutbar substantiierte Behauptungen aufzustellen und diese im Bestreitungsfall – bei einem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – zu beweisen (s. dazu oben, E. 3.4.2–5).

3.4.11. Demzufolge ist nicht davon auszugehen, dass weitergehende bzw. früher vorgenommene Suchbemühungen der Klägerin hypothetisch kausal zu einer früheren Wiedervermietung (bzw. zu einer solchen zu einem höheren Mietzins) geführt hätten. Vielmehr hat sich gezeigt, dass das Aufschalten eines Inserats am 4. Dezember 2017 sowie das Mandatieren eines Maklers am 24. Januar 2018 zu einer Wiedervermietung erst per 1. Juni 2018 geführt haben, und zwar auch nur zu einem erheblich reduzierten Mietzins (act. 29 S. 8, act. 31/11). Insofern scheint

- 30 - es unwahrscheinlich, dass eine Weitervermietung vor Ende März 2018 möglich gewesen wäre, hätte die Klägerin entsprechende Massnahmen früher, etwa Anfangs Oktober 2017, ergriffen.

3.4.12. Damit kann letztlich offen bleiben, ob es im Rahmen der Schadenminderungsobliegenheit notwendig gewesen wäre, bereits während den Instandstellungsarbeiten im Oktober 2017 ein Inserat aufzuschalten oder einen Makler zu beauftragen. Ebenfalls offen bleiben kann die Frage, bis wann tatsächlich Renovationsarbeiten verrichtet wurden und ob diese früher hätten beendet werden können. Der Klägerin ist im Ergebnis keine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit vorzuwerfen bzw. hat diese nicht kausal zu einer Erhöhung des Schadens geführt.

3.4.13. Demzufolge ist der Klägerin Schadenersatz in Höhe der Mietzinse für die Monate Oktober 2017 bis März 2018 (insgesamt Fr. 62'400.–) zuzusprechen. Die solidarische Haftung der Beklagten für diese Schuld ist unbestritten. Das vorinstanzliche Urteil ist in diesem Punkt aufzuheben und die Klage entsprechend gutzuheissen.

4. Verzugszinsen

4.1. Auf ihrem Schadenersatzanspruch verlangt die Klägerin mit ihrer Berufung Verzugszinsen von 5 %, und zwar auf dem Betrag von Fr. 52'000.– (Mietzinse für die Monate Oktober 2017 bis Februar 2018) seit dem 1. Dezember 2017 (mittlerer Verfalltag) sowie auf dem Betrag von Fr. 10'400.– (Mietzins für den Monat März 2018) seit dem 1. März 2018 (act. 42, S. 2, 20).

4.2. Dieses Zinsbegehren haben die Beklagten vor Vorinstanz im Wesentlichen mit der Begründung bestritten, es bestehe keine Schadenersatzforderung hinsichtlich der Mietzinse für die Monate Oktober 2017 bis März 2018, weshalb auch ein entsprechender (Verzugs-)Zinsanspruch zu verneinen sei (vgl. act. 14 Rz. 23, Prot. Vi., S. 16, act. 41 S. 20 ff.). Dies trifft wie dargelegt nicht zu. Im Übrigen – abgesehen vom Bestand der zu verzinsenden Hauptforderung – haben die Beklagten die von der Klägerin behauptete Verzugszinspflicht sowie die Berechnung

- 31 - des mittleren Verfalltages nicht substantiiert bestritten, weder vor Vorinstanz noch in der Berufung. Damit ist auch das klägerische Zinsbegehren gutzuheissen.

5. Kosten für die Waschmaschine

5.1. Die Beklagte 2 stellte vor Vorinstanz das Begehren, es seien die Kosten für die neu angeschaffte Waschmaschine von Fr. 1'402.– "der Klägerin anzurechnen" (act. 18 S. 2). Die Vorinstanz hiess dieses Begehren gut und "verpflichtete"

die Klägerin, "der Beklagten 2 die Kosten für die Waschmaschine im Betrag von CHF 1'402.– anzurechnen" (act. 41, Dispositivziffer 6). Zur Begründung führt sie aus, es sei davon auszugehen, dass die bisherige Waschmaschine defekt und nicht mehr zu reparieren gewesen sei und dass die Klägerin Kenntnis davon gehabt habe, jedoch nicht bereit gewesen sei, eine neue Maschine anzuschaffen. Angesichts des hohen Mietzinses und des Umstands, dass die Beklagte 2 mit ihrem Kleinkind in der Liegenschaft gewohnt habe, sei eine funktionierende Waschmaschine unabdingbar gewesen, und es habe von der Klägerin zudem eine "gewisse Kulanz" beim "Ersetzen von Gegenständen" erwartet werden können. Die Kosten seien überdies angemessen gewesen (act. 41 S. 11 f.). 5.2. Die Klägerin macht in ihrer Berufung geltend, die Vorinstanz habe ihr die Kosten für die Neuanschaffung der Waschmaschine zu Unrecht und ohne Rechtsgrundlage "angerechnet". Die Voraussetzungen der Mängelrechte nach Art. 259 ff. OR (insbesondere der Ersatzvornahme nach Art. 259b lit. b OR) seien nicht dargetan worden; namentlich habe die Beklagte 2 keinen Mangel behauptet und nicht dargelegt, inwiefern sie der Klägerin eine Frist zur Mangelbeseitigung angesetzt habe. Selbst wenn ein Mangel vorgelegen hätte, sei dieser von der Beklagten 2 verschuldet worden (act. 42 S. 20 ff.). 5.3. Die Beklagte 2 schliesst sich im Wesentlichen den Erwägungen der Vorinstanz an bzw. wiederholt sie ihre vor Vorinstanz gemachten Ausführungen (act. 51 S. 3 f.). Die hier in Frage stehende Forderung von Fr. 1'402.– stelle sie nunmehr zur Verrechnung (act. 51 S. 4, Rz. 12).

- 32 - 5.4. Die Vorinstanz hat die Klägerin dazu "verpflichtet", der Beklagten 2 die Kosten für die Waschmaschine "anzurechnen". Damit scheint sie – etwas unglücklich formuliert – ein selbständiges Leistungsurteil im Rahmen einer Widerklage gefällt zu haben, mit welchem die Klägerin zur Bezahlung eines bestimmten Geldbetrages verpflichtet werden sollte. Obschon der Begriff "anrechnen" auch einer Verrechnung oder einer anderen materiellrechtlichen Einwendung Ausdruck verleihen könnte, wäre dies nicht selbständig im Dispositiv anzuordnen, sondern nur vorfrageweise zu beurteilen gewesen. 5.5. Das von der anwaltlich nicht vertretenen Beklagten 2 im Rahmen ihrer Klageantwort vor Vorinstanz gestellte Rechtsbegehren, "[e]s seien die Kosten der Waschmaschine 1'402 CHF der Kläegerin anzurechnen" (act. 18 S. 2), konnte bei einer Auslegung nach Treu und Glauben – auch im Lichte der dafür ins Feld geführten Begründung (act. 18 S. 4) – in der Tat nur dahingehend verstanden werden, dass die Beklagte 2 in diesem Umfang Widerklage gegen die Klägerin erheben und die zugrunde liegende Forderung gerade nicht zur Verrechnung stellen wollte. Dies folgt nicht zuletzt auch aus dem Umstand, dass die Beklagte 2 in keiner Weise erklärt hat, welche Hauptforderung der Klägerin mit der geltend gemachten Gegenforderung verrechnungsweise getilgt werden sollte (vgl. hierzu BGer, 4A_549/2010 vom 17. Februar 2010, E. 3.3; 4C.25/2005 vom 15. August 2005, E. 4.1; anders BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 124 OR N 39 ff., 50 ff.). Eine solche Widerklage, die nur das Prozessverhältnis zwischen der Beklagten 2 (als einfache Streitgenossin) und der Klägerin betraf, war ohne Weiteres zulässig (Art. 224 ZPO; vgl. ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Aufl. 2016, Art. 224 N 4). 5.6. Insofern hat die Vorinstanz das Begehren der Beklagten 2 der Sache nach zu Recht als Widerklage entgegengenommen und beurteilt. In ihrer Begründung hat sie indes nicht nachvollziehbar dargelegt, auf welche Rechtsgrundlagen sich ein der Widerklage zugrunde liegender Anspruch stützen soll. Ob damit den Begründungsanforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 53 ZPO Genüge getan ist, kann hier aber offen bleiben. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde nicht in hinreichend begründeter Form geltend gemacht (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl.

- 33 - oben, E. 2.2). Zudem könnte eine solche Gehörsverletzung im vorliegenden Berufungsverfahren geheilt werden (vgl. hierzu BGE 137 I 195, E. 2.3.2). 5.7. Die Beklagte 2 machte vor Vorinstanz geltend, sie habe Fr. 1'402.– für eine neue Waschmaschine bezahlt, nachdem die alte, zur gemieteten Liegenschaft gehörende Maschine nicht mehr funktionsfähig und nicht mehr zu reparieren gewesen sei, und nachdem sie dies der Klägerin mitgeteilt, diese sich aber gewei- gert hätte, ein Ersatzgerät anzuschaffen (act. 18 S. 4, Prot. Vi., S. 18 f.). Im Rah- men der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) ist es nicht an der Widerklägerin (Beklagte 2), mögliche Rechtsgrundlagen für den von ihr eingeklag- ten Anspruch zu nennen, sondern am angerufenen Gericht, das Recht auf den zum Prozessgegenstand erhobenen Sachverhalt anzuwenden. Als Grundlage für einen solchen Anspruch auf Ersatz der Anschaffungskosten kommt vernünftiger- weise nur Art. 259b lit. b OR in Betracht (Kostensatz für eine Ersatzvornahme infolge nicht beseitigter Mängel am Mietobjekt). Dieser setzt zunächst einen Man- gel an der Mietsache voraus, den die Mieterin weder zu verantworten noch auf ei- gene Kosten zu beseitigen hat (Art. 259 OR). Es ist unbestritten, dass die sich in der gemieteten Liegenschaft befindende Waschmaschine defekt war und dass dies eine Abweichung gegenüber dem von der Klägerin nach dem Mietvertrag geschuldeten Zustand darstellte. Dieser Mangel fällt nicht unter den sog. kleinen Unterhalt i.S. des Art. 259 OR und war deshalb nicht von der Mieterin auf ihre Kosten zu beseitigen. Die Klägerin macht in ihrer Berufung zwar geltend, der Mangel sei auf ein Verschulden der Beklagten 2 zurückzuführen gewesen (act. 42 S. 22). Eine entsprechende Behauptung hat die Klägerin im vorinstanzli- chen Verfahren jedoch nur in gänzlich unsubstantiiertes Weise und überdies ver- spätet (Art. 229 ZPO) vorgebracht (Prot. Vi., S. 21). 5.8. Art. 259b OR setzt sodann voraus, dass die Vermieterin Kenntnis des Mangels hat, dass sie diesen tatsächlich beseitigen könnte und dass sie dies in- nert einer hierfür angemessenen Frist nicht tut. Nicht vorausgesetzt ist demge- genüber ein Verschulden der Vermieterin oder eine eigentliche Mängelrüge der Mieterin. Wann und auf welche Weise die Vermieterin Kenntnis des Mangels er- hält, ist unerheblich (BGer, 4A_476/2015 vom 11. Januar 2015, E. 4.3.3). Es ist

- 34 - unbestritten, dass die Beklagte 2 der Klägerin mitgeteilt hat, die Waschmaschine sei defekt, und dass die Klägerin diesen Mangel nicht – auch nicht nach Ablauf einer hierfür angemessenen Frist – beseitigt hat, obschon dies sachgemäss ohne Weiteres möglich gewesen wäre. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Waschmaschine hätte repariert werden können, wofür sie auch gesorgt hätte, die Beklagte 2 habe dies aber nicht gewollt und stattdessen darauf beharrt, dass eine neue Maschine angeschafft würde (act. 42 S. 21 f.; Prot. Vi., S. 21 f.). Wie die Vorinstanz aber zutreffend ausführt, blieb die Behauptung der Beklagten 2 unbe- stritten, es sei die Waschmaschine aufgrund aufgetretener Defekte bereits zehn- mal auf ihre eigenen Kosten repariert worden (Prot. Vi., S. 18, 21; vgl. auch act. 18 S. 4, wo die Beklagte 2 noch von ungefähr vier Reparaturen sprach). Dem hält die Klägerin in ihrer Berufung entgegen, sie sei hierzu nicht befragt worden und es sei ihr keine Gelegenheit eingeräumt worden, zu dieser Behauptung Stel- lung zu nehmen (act. 42 S. 21). Dies trifft nicht zu. Nachdem die Beklagte 2 eine solche Behauptung in ihrer Duplik aufgestellt hatte (Prot. Vi., S. 18), wurde der Klägerin Gelegenheit gegeben, persönlich zu den Dupliknoten Stellung zu neh- men (teilweise auf Befragen; Prot. Vi., S. 19 ff.); alsdann wurde auch ihrem Rechtsvertreter Gelegenheit eingeräumt, sich frei zu den Noven zu äussern (Prot. Vi., S. 22 f.). Ein spezifischer Hinweis, diese Tatsache sei (noch) nicht bestritten worden, war im Rahmen der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) nicht erforderlich, zumal die Klägerin anwaltlich

vertreten war. Demzufolge ist da- von auszugehen, dass die Beklagte 2 die alte Waschmaschine mehrfach – etwa zehnmal – auf eigene Kosten hat reparieren lassen. Angesichts dieses Umstan- des kann nicht angenommen werden, dass ein weiterer Reparaturversuch zweck- mässig gewesen wäre, sondern es konnte der Mangel nur durch eine vollwertige Ersatzanschaffung beseitigt werden. Eine solche hat die Klägerin trotz Kenntnis des Mangels nicht vorgenommen. 5.9. Zur eigenmächtigen Ersatzvornahme nach Art. 259b lit. b OR auf Kosten der Vermieterin – d.h. ohne entsprechende gerichtliche Ermächtigung i.S.v. Art. 98 OR – ist die Mieterin nur (aber immerhin) dann berechtigt, wenn der fragli- che Mangel die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch zwar vermindert, aber nicht erheblich beeinträchtigt (sog. "mittlerer" Mangel; vgl. BGer, - 35 - 4A_476/2015 vom 11. Januar 2016, E. 4.3.3; ZK-HIGI/WILDISEN, 5. Aufl. 2019, Art. 259b OR N 46 ff.). Dies trifft hier zu. Das Nichtfunktionieren der Waschma- schine beschlägt nicht den kleinen Unterhalt, d.h. der Mangel war nicht auf Kos- ten der Mieterin zu beseitigen, dies beeinträchtigte die Tauglichkeit der gemiete- ten Liegenschaft zum vorausgesetzten (Wohn-)Zweck aber nicht in erheblicher Weise. 5.10. Ob Art. 259b lit. b OR überdies voraussetzt, dass die Mieterin der Vermie- terin eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung ansetzt (so mit beachtlichen Argumenten ZK-HIGI/WILDISEN, 5. Aufl. 2019, Art. 259b OR N 28 m.w.H.), oder ob die "angemessene Frist" zur Beseitigung des Mangels bereits mit entsprechender Kenntnis der Vermieterin beginnt und die Mieterin nach Ablauf einer solchen Frist ohne Weiteres zur Ersatzvornahme schreiten darf (so BGer, 4A_476/2015 vom 11. Januar 2016, E. 4.3.3; vgl. auch BGer, 4C.164/1999 vom 22. Juli 1999, E. 2d), kann hier offen bleiben. Selbst wenn eine Fristansetzung grundsätzlich erforder- lich gewesen wäre, hat die Klägerin der Beklagten 2 unbestrittenermassen zu verstehen gegeben, sie werde keine neue Waschmaschine anschaffen, d.h. den Mangel nicht beseitigen (Prot. Vi., S. 18 f., 20 f.). Damit hätte sich das Ansetzen einer angemessenen Frist von vornherein als unnütz erwiesen, weshalb in analo- ger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR darauf verzichtet werden konnte. Entspre- chend war die Beklagte 2 gemäss Art. 259b lit. b OR berechtigt, auf Kosten der Klägerin eine neue Waschmaschine anzuschaffen. Die behaupteten Anschaf- fungskosten von Fr. 1'402.– hat die Beklagte belegt (act. 18 S. 4 und act. 19/4 S. 1); sie erweisen sich überdies als angemessen, weshalb die Klägerin der Be- klagten 2 den Ersatz dieser Kosten schuldet. 5.11. Erst mit ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 27. Mai 2019 liess die Klägerin die Aktivlegitimation der Beklagten 2 für die von ihr alleine geltend ge- machte Ersatzforderung bestreiten. Ein solcher Anspruch stehe – wenn überhaupt – den Beklagten gesamthänderisch zu, weshalb sie einen solchen nur gemein- sam (als eigentliche notwendige Streitgenossenschaft) hätten einklagen können (act. 58 S. 19 f., 22). In ihrer Berufung hat die Klägerin die Aktivlegitimation der Beklagten 2, die von der Vorinstanz ohne Weiteres bejaht wurde, nicht in Frage

- 36 - gestellt; dasselbe gilt auch für das vorinstanzliche Verfahren. Art. 311 Abs. 1 ZPO verlangt eine schriftliche Berufungsbegründung innert einer Frist von 30 Tagen. Wie bereits dargelegt wurde, hat sich die Berufungsinstanz grundsätzlich nur mit Beanstandungen zu befassen, die innert dieser Frist – oder im Rahmen der Beru- fungsantwort – erhoben werden, nicht aber mit solchen, die erst im Rahmen spä- terer Eingaben vorgebracht werden (s. oben, E. 2.2 und E. 2.3). Damit erweist sich die Beanstandung der Klägerin, die Beklagte 2 sei hinsichtlich der eingeklag- ten Forderung nicht alleine aktivlegitimiert gewesen, als verspätet. Die dem vor- instanzlichen Urteil (implizit) zugrunde liegende Auffassung, der geltend gemach- te Anspruch auf Ersatz der Kosten der neuangeschafften Waschmaschine

gemäss Art. 259b lit. b OR stehe der Beklagten 2 alleine zu, ist jedenfalls nicht offensichtlich unrichtig (vgl. immerhin WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, Diss., Zürich 1993, S. 105, der hinsichtlich eines solchen Anspruchs selbst im Falle einer unter den Mietern bestehenden Gesamthandschaft davon auszugehen scheint, dass jeder handelnde Mieter jeweils alleine berechtigt ist, die von ihm selbst aufgewendeten Kosten zu fordern). Demzufolge bleibt es diesbezüglich bei der vorinstanzlichen Beurteilung. 5.12. Mit ihrer Berufungsantwort hat die Beklagte 2 erklärt, sie wolle die erwähnte Ersatzforderung von Fr. 1'402.– zur Verrechnung bringen (act. 51 S. 4). Damit würde sie einerseits ihrer Widerklage die Grundlage entziehen, andererseits würde aber auch – soweit die damit zu tilgende Hauptforderung der hier noch strittigen Schadenersatzforderung der Klägerin entspräche – die eingeklagte Forderung teilweise untergehen. Welches im Einzelnen die mit der Verrechnung zu tilgende Hauptforderung sein soll, geht aus den Ausführungen der Beklagten 2 nicht restlos klar hervor (vgl. act. 51 S. 1, Rechtsbegehren Ziff. 2, und S. 4 sowie act. 4/33); ob dies bereits als solches zur materiellen Unwirksamkeit der Verrechnungserklärung führt (so BGer, 4A_549/2010 vom 17. Februar 2010, E. 3.3; 4C.25/2005 vom 15. August 2005, E. 4.1; a.A. BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 124 OR N 39 ff., 50 ff.), kann hier offen bleiben. Die erst im Berufungsverfahren erhobene Verrechnungserklärung erweist sich jedenfalls als verspätet und ist deshalb nicht zu beachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. hierzu BGer, 4A_432/2013 vom 14. Januar 2014, E. 2; 4A_435/2015 vom 14. Januar 2016, E. 2.6). Demzu-

- 37 - folge bleibt es dabei, dass der Beklagten 2 eine Ersatzforderung gegen die Klägerin in Höhe von Fr. 1'402.– zusteht. Ihre Widerklage ist gutzuheissen und die von der Klägerin erhobene Berufung in diesem Umfang abzuweisen. 5.13. Damit erübrigt sich ein Entscheid über den von der Beklagten 2 sinngemäss gestellten (Eventual-)Antrag (act. 51, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 3), es sei die vorzeitige Vollstreckung von Dispositivziffer 6 des angefochtenen Entscheids zu bewilligen. Dieser Antrag ist als gegenstandslos geworden abzuschreiben. 6. Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 4

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.