

# MRA MietRecht Aktuell

2 | 2020

Dass ein rechtsunerfahrener Mieter unter Umständen auf dem falschen Fuss erwischt wird, wenn er in Unkenntnis der Rechtslage während der ihm vom Vermieter angesetzten Zahlungsfrist bereits verfallene Mietzinse hinterlegt, ist grundsätzlich in Kauf zu nehmen. Auch vom Vermieter wird die Einhaltung diverser formeller Vorgaben im Hinblick auf eine Zahlungsverzugs Kündigung verlangt, damit er seinen materiellen Kündigungsanspruch durchsetzen kann. Der Mieter genießt immerhin einen gewissen Schutz, wenn sich die ausserordentliche Kündigung des Vermieters unter den Umständen des Einzelfalls ausnahmsweise als unverhältnismässig, und damit als anfechtbar erweisen sollte. Die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung kann das Ausweisungsgericht jedoch nur prüfen, wenn die Kündigung im mietrechtlichen Verfahren angefochten worden ist.

Das Gericht hätte hier somit nach einer qualitativen Prüfung der von ihm angeführten Ansichten von einer klaren Rechtslage (keine befreiende Wirkung der unzulässigen nachträglichen Hinterlegung) ausgehen müssen, da – wie dargelegt – keine Argumente ersichtlich sind, die gegen den klaren Gesetzeswortlaut sprechen würden. Das vorliegende Beispiel zeigt, dass gerade im Mietrecht oft unterschiedliche Meinungen zu einer Rechtsfrage bestehen, die zwar dogmatisch kaum schlüssig begründet sind, jedoch möglicherweise ausreichen, um den Rechtsschutz in klaren Fällen zu vereiteln.

## **Rückgabe Mietobjekt – Zeitliche und inhaltliche Anforderungen an vermietterseitige Prüfung und Meldung an die Mieterschaft (Art. 267a OR)**

### **Restitution de l'objet locatif – Exigences temporelles et relatives au contenu concernant l'examen par le bailleur et la notification au locataire (art. 267a CO)**

**Will eine Mieterschaft das Mietobjekt ausserterminlich oder in einem fragwürdigen Zustand zurückgeben, ist die Vermietterschaft gut beraten, eine solche Rückgabe nicht leichtfertig zu verweigern und sich an die strengen Voraussetzungen von Art. 267a OR zu halten, ansonsten sie ihre diesbezüglichen Forderungsansprüche gegenüber der Mieterschaft verwirkt.**

**Si un locataire souhaite restituer l'objet locatif hors délai ou dans un état douteux, le bailleur a intérêt à ne pas refuser cette restitution de manière inconsidérée et à respecter les conditions strictes de l'art. 267a CO, sans quoi il perdrait ses droits à une réclamation à ce sujet envers le locataire.**

*Entscheid des Bezirksgerichts/Mietgerichts Horgen MG170001F vom 11. Januar 2019 (rechtskräftig)*

Kommentiert von Dr. Boris Grell, Zürich

#### **I. Sacherhalt**

Die Streitparteien haben am 1. Oktober 2014 einen Mietvertrag abgeschlossen über eine 2,5-Zimmer-Wohnung sowie über einen Einstellplatz. Nachdem die beklagte Vermietterschaft das Mietverhältnis ordentlich auf den 30. September 2016 gekündigt hatte, u. a. wegen Nichteinhaltung der Hausordnung, kündigten die beiden klagenden Mieter 1 und 2 ihrerseits das Mietverhältnis ausserterminlich bereits auf Ende Juni 2016. Zudem liessen sie die Vermietterschaft am 11. Mai 2016 wissen, dass sie das Mietobjekt bereits auf den 30. Mai 2016 verlassen werden. Nach diversen Schreiben der Parteien betreffend potenzielle Nachmieter und Auszugstermin einigten sich die Parteien auf die Wohnungsübergabe am Donnerstag, dem 14. Juli 2016 um 17:00 Uhr. Neben dem klagenden Mieter 2 waren mieterseitig noch ein Wohnungsabnehmer des Mieterverbands sowie eine Hilfsputzkraft anwesend. Auf der Vermieterseite war der Bewirtschafter in Vertretung der Vermietterschaft zugegen.

Nach einer ersten Prüfung der Wohnung durch den Bewirtschafter stellte dieser fest, dass die Wohnung seines Erachtens unzureichend gereinigt war. Die anwesenden Personen einigten sich darauf, dass nachgereinigt werde und gleichentags um 19:00 Uhr ein zweiter Abgabetermin stattfinden solle. Als der Bewirtschafter um

19:00 Uhr in Begleitung des Hauswarts zurückkehrte und die Wohnung erneut prüfte, erschien ihm die Wohnung immer noch nicht zufriedenstellend gereinigt. Er erstellte dennoch das Abnahmeprotokoll und handigte es dem klagenden Mieter 2 aus, das dieser zusammen mit dem Vertreter des Mieterverbands vor der Wohnungstüre im Treppenhaus prüften und in der Folge dessen Unterzeichnung in dieser Form verweigerten.

Den weiteren Verlauf schilderten die Parteien unterschiedlich: Die beklagte Vermieterschaft führte aus, der Verwalter und der Hauswart seien nach Mitteilung der Nichtunterzeichnung des Protokolls und der Verweigerung der Rückgabe der Schlüssel regelrecht aus der Wohnung geschmissen worden und habe der Bewirtschafter – bereits vor der Wohnung im Gang stehend – mit dem klagenden Mieter 2 einen allerletzten Abnahmetermine am Freitag, 15. Juli 2016, 8:00 Uhr, vereinbart. Demgegenüber führten die beiden klagenden Mieter im Prozess aus, dass der Bewirtschafter und der Hauswart die Wohnung einfach verlassen hätten, ohne die Schlüssel entgegen zu nehmen bzw. unter Verweigerung der Entgegennahme, nachdem der klagende Mieter 2 die Unterzeichnung des Protokolls verweigert habe. Ein dritter Abgabetermin am 15. Juli 2016 um 8:00 Uhr sei nicht verabredet worden.

Nach der gescheiterten Wohnungs- und Schlüsselabgabe vom 14. Juli 2016, sandte der klagende Mieter 2 die Schlüssel am nächsten Tag per Einschreiben an die Verwaltung zurück. Der Bewirtschafter wandte sich am 15. Juli 2016 an den Nachmieter und teilte diesem mit, dass er die Wohnung nicht wie vereinbart per 16. Juli 2016 beziehen könne, da er nicht im Besitz der Schlüssel sei und organisierte die Einlagerung der Möbel des Nachmieters, der seine bisherige Wohnung per 16. Juli 2016 zu verlassen hatte. Zudem bot der Bewirtschafter den Gemeindeammann der Gemeinde auf, um mit diesem die Wohnung zu betreten und den aktuellen Zustand aufzunehmen. Die Wohnungsabnahme und Bestandsaufnahme konnte am darauffolgenden Montag, 18. Juli 2016, stattfinden. Gleichentags erhielt der Bewirtschafter per Einschreiben die vorerwähnten Schlüssel der Wohnung zugestellt. Der Gemeindeammann bestätigte anlässlich der Wohnungsabnahme und Bestandsaufnahme vom 18. Juli 2016 schriftlich auf dem vom Bewirtschafter am 14. Juli 2016 erstellten Abnahmeprotokoll, dass letzteres mit dem Ist-Zustand übereinstimme. Der Nachmieter konnte letztlich am 19./20. Juli 2016 in die Wohnung einziehen.

Mit Einschreiben vom 20. Juli 2016 rügte die beklagte Vermieterschaft die folgenden Mängel:

- Reinigung ganze Wohnung mangelhaft
- Aktivkohlefilter Dampfabzug nicht ersetzt
- Ablaufdeckel in der Dusche defekt
- Lichtschalter im Badezimmer defekt
- Malerarbeiten Korridor, Wohnzimmer und Schlafzimmer
- Minderwert Parkett, 2 Kratzer und ca. 200 kl. Hicke
- Beschädigungen am Treppenhausboden

Ferner sei der Mietzins für die Zeit vom 15. Juli 2016 (vorgesehene Abgabe der Schlüssel) bis 18. Juli 2016 (tatsächliche Abgabe der Schlüssel) geschuldet. Uneinig waren sich die Streitparteien darüber, ob diesem Schreiben das vom Bewirtschafter erstellte und vom Gemeindeammann unterzeichnete Protokoll beigelegt hatte. Der klagende Mieter 2 bestritt in der Folge und mit Schreiben vom Juli (sic!) 2016 die vermierterseitigen Forderungen, war jedoch grundsätzlich mit einigen der vorstehend gerügten Mängel einverstanden. Im Übrigen forderte er die Freigabe des Depots. Die Vermieterschaft beharrte auf ihren gesamten Forderungen im Umfang von Fr. 6 153.30 und leitete die Betreibung ein, als die Schlussrechnung nicht bezahlt wurde.

Die Kläger gelangten mit Klage vom 8. Dezember 2016 an die Schlichtungsbehörde Horgen, wobei anlässlich der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde jedoch keine Einigung erzielt werden konnte, weshalb die Klagebewilligung ausgestellt wurde. Innert Frist gelangten die beide Kläger an das Mietgericht Horgen.

## 2. Aus den Erwägungen

### I. (Prozessuales)

### II. Materielles

#### 1. Sachverhalt

1.1 Gestützt auf diesen Sachverhalt sind vorliegend zwei relevante Themenschwerpunkte zu behandeln. Zum einen stellt sich die Frage, ob die Kläger aufgrund der Übergabe der Schlüssel durch Einschreiben am 18. Juli 2016 aufgrund einer verspäteten Rückgabe der Mietsache gemäss Art. 267 i.V.m. Art. 97 OR schadenersatzpflichtig sind oder ob der Vermieter aufgrund des Nichtbehändigens der Schlüssel bei der Übergabe am 14. Juli 2015 (sic!, recte: 2016) in Annahmeverzug geraten ist (nachfolgend Ziff. 2.) Zum anderen ist fraglich, ob die Mängelrüge im Schreiben vom 20. Juli 2016 den Klägern gegenüber rechtsgenügend substantiiert gelten gemacht und ihnen fristgerecht zugestellt wurde vgl. nachfolgend Ziff. 3).

#### 2. Wohnungsabnahme und Schlüsselübergabe

##### 2.1 Vorbringen der Parteien

Die Kläger führen aus, dass sich der Kläger 2 anlässlich des zweitens Termins der Wohnungsabgabe vom 14. Juli 2016 um 19:00 Uhr nicht habe bereit erklären können, das Protokoll zu unterzeichnen. Daraufhin habe M. H. mit K. O. die Entgegennahme der Schlüssel verweigert und die Wohnung verlassen (act. 14, S. 4 und S. 8, act. 24, S. 8 f.). Sie bestreiten, dass der Kläger 2 die Schlüsselrückgabe verweigert habe (act. 24, S. 8 f., act. 39, S. 5). Dem Kläger 2 sei anschliessend

nichts anderes übrig geblieben, als die Schlüssel per Einschreiben an den Beklagten zu schicken (act. 14, S. 4). Bei einer solch schwierigen Abgabe wäre es keine Option gewesen, die Schlüssel für die Wohnung dem Beklagten unter Beizug des Zeugen A. R. in den Briefkasten zu werfen. Der Kläger 2 hätte riskiert, auch noch für den fehlenden Schlüssel haftbar gemacht zu werden bzw. er hätte damit rechnen müssen, dass behauptet würde, er hätte die Schlüssel nicht im Briefkasten deponiert (act. 24, S. 9, act. 39, S. 5). Anlässlich der Parteibefragung des Klägers 2 vom 11. Januar 2019 führte dieser aus, dass er die Schlüssel auf Anraten von A. R. am nächsten Morgen per Einschreiben versandt habe (Prot. S. 21). Da die Post in Thalwil um 18:00 Uhr schliesse und es bereits nach 19:00 Uhr gewesen sei, habe der Kläger 2 die Schlüssel erst am 15. Juli 2016 abschicken können (act. 14, S. 8). Der Argumentation des Beklagten, der Kläger 2 hätte diese noch am selben Abend am Nachtschalter der Sihlpost aufgeben können und müssen, hält er entgegen, dass selbst wenn er die Schlüssel noch am 15. Juli 2016 nach 20:00 Uhr auf die Sihlpost gebracht hätte, das Einschreiben nicht am 15. Juli 2016 beim Beklagten angekommen wäre (act. 24, S. 9).

2.1.2 (...)

2.1.3 Der Beklagte gibt an, dass M. H. zum zweiten Abgabetermin am 14. Juli 2016 um 19:00 Uhr in Begleitung des Hauswartes, K. O., wieder gekommen sei. Die Wohnung sei noch immer nicht zufriedenstellend gereinigt gewesen. M. H. habe sich dann entschieden, dennoch das Abnahmeprotokoll zu erstellen (act. 16 Ziff. 15). Nach dessen Fertigstellung seien A. R. und der Kläger 2 vor die Türe gegangen, um das Protokoll zu besprechen (Prot. S. 7). In der Folge hätte der Kläger 2 die Unterzeichnung des Protokolls sowie die Rückgabe der Schlüssel verweigert (act. 16, Ziff. 15, act. 35, Ziff. 19).

2.1.4 (...)

## 2.2 Zeugenaussagen

### 2.3 Rechtliches

2.3.1 Am Ende des Mietverhältnisses muss der Mieter die Mietsache zurückgeben, also den unmittelbaren Besitz daran auf den Vermieter endgültig übertragen. Verlangt wird die tatsächliche Rückgabe der Mietsache (Mietrecht für die Praxis/RONCORONI, 9. Auflage, 2016, Ziff. 31.2.1). Kommt der Mieter seiner Rückgabepflicht nicht rechtzeitig nach, gerät er ohne Weiteres in Verzug, da der vertraglich definierte Rückgabetermin ein Verfalltag (Art. 102 Abs. 2 OR) ist (SVIT-Kommentar/MÜLLER, Das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage, 2018, Art. 267-267a, N 4). Bei Wohnräumen ist die Rückgabe der Mietsache erst mit der Rückgabe aller Schlüssel erfolgt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_388/2013 vom 7. Januar 2014, E. 2.1).

2.3.2 Der Vermieter ist grundsätzlich verpflichtet, die Mietsache zurückzunehmen, wenn der Mieter sie ihm zurückgeben will. So kann er die Entgegennahme

der Schlüssel nicht verweigern. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Mietsache in einem mangelhaften Zustand befindet. Verweigert der Vermieter die Rücknahme, obwohl er dazu verpflichtet ist, so gerät er in Annahmeverzug (Art. 91 ff. OR) und die Rückgabe der Mietsache ist in dem Zeitpunkt als erfolgt; zu dem der Mieter die Rückgabe der Schlüssel angeboten hat. Eine Haftung des Mieters wegen verspäteter Rückgabe des Mietobjekts ist dann ausgeschlossen (BGE 119 II 437, E. 2b; RONCORONI, a.a.O., Ziff. 31.2.3; MÜLLER, a.a.O., Art. 267-267a, N 17; HAP Immobiliarmietrecht-SCHWANINGER, Handbücher für die Anwaltspraxis, Wohn- und Geschäftsraummietsache, Basel 2016, §10, N 10.130). Annahmeverzug liegt bereits dann vor, wenn der Mieter die Rückgabe vertragsgemäss, d.h. unter Berücksichtigung des massgebenden Rückgabetermins und Rückgabeorts, anbietet (SCHWANINGER, a.a.O., §10, N 10.130). Nimmt der Vermieter das Angebot nicht an, kann der Mieter dem Vermieter die Schlüssel per Einschreiben zustellen oder einem Vertreter des Vermieters gegen Quittung übergeben (SCHWANINGER, a.a.O., § 10, N 10.130). Der Mieter trägt die Beweislast für die Übergabe der Schlüssel (HAP Immobiliarmietrecht-REUDT, a.a.O., § 13, N 13.144).

2.3.3 Erfolgt die Rückgabe der Mietsache nicht im richtigen Zeitpunkt, hat der Mieter den Vermieter vorab für die Dauer der Verspätung entsprechend dem bisherigen Mietzins zu entschädigen (BGE 131 III 261). Er haftet aber grundsätzlich für den ganzen Schaden, der dem Vermieter infolge der verspäteten Rückgabe entsteht (Art. 103 Abs. 1 OR). Ist z. B. die Mietsache weitervermietet und kann der Nachfolgemietler nicht termingerecht einziehen, so haftet der Vermieter für dessen Schaden (z. B. Kosten für einen Hotelaufenthalt oder Lagerkosten) (MÜLLER, a.a.O., Art. 267-267a, N 14). Das Gesetz (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 44 OR) verlangt allerdings vom Vermieter, dass dieser den Schaden möglichst klein hält (RONCORONI, a.a.O., Ziff. 31.4.3). Die Beweislast für den geltend gemachten Schaden und die adäquat kausale Verursachung durch den Mieter liegt beim Vermieter (BSK OR I-WEBER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Auflage, 2015, Art. 267 OR, N 5).

2.3.4 Die Erstellung eines schriftlichen Rückgabeprotokolls anlässlich einer Wohnungsabnahme bildet die Regel. Jedoch kann die Bestandesaufnahme auch auf andere Weise erfolgen oder ergänzt werden, beispielsweise mittels Fotos oder Videoaufnahmen. Weder der Vermieter noch der Mieter ist verpflichtet, das Rückgabeprotokoll zu unterzeichnen (RONCORONI, a.a.O., Ziff. 31.5.3). Ebenso wenig ist der Mieter verpflichtet, anlässlich der Erstellung des Rückgabeprotokolls zu anerkennen, dass er bestimmte Mängel beheben muss. Insbesondere ist er nicht verpflichtet, ein Rückgabeprotokoll zu unterzeichnen, auf dem in vorgedruckten Rubriken festgehalten wird, dass er für die dort aufgelisteten Mängel haftbar und verpflichtet ist, die entsprechenden Instandstellungskosten zu übernehmen. Es ist ihm ausdrücklich davon abzuraten, die auf dem Rückgabeprotokoll häufig vorhandene Rubrik auszufüllen oder zu unterzeichnen, wonach er für bestimmte Mängel (häufig als ziffernmässige Positionen des Rückgabeprotokolls erfasst) einzustehen hat (RONCORONI, a.a.O., Ziff. 31.5.4). Verweigert der Mieter das Rückgabeprotokoll zu unterzeichnen, so ist der Mangel seitens des Vermieters

nicht nur zu rügen, sondern sollte zu Beweis Zwecken auch dokumentiert werden, beispielsweise durch Fotoaufnahmen oder amtlichen Befund (SCHWANINGER, a.a.O., §10, N 10.145; MÜLLER, a.a.O., Art. 267-267a OR, N 58). Die Kosten eines amtlichen Befundes hat die Partei, die diesen in Auftrag gegeben hat, selbst (als Beweissicherungskosten) zu tragen. Sie können ihr im Prozessfall aber als Teil der Prozessentschädigung oder allenfalls als mittelbarer Schaden von der Gegenpartei ersetzt werden, sofern die Gegenpartei durch ihr Verhalten objektiv betrachtet Anlass zur Aufnahme des Befundes gegeben hat (HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266-268b OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 4. Auflage, 1995, Art. 267 OR, N 122).

## 2.4 Würdigung

Gemäss den Vorbringen der Parteien und den Aussagen der Zeugen ist unbestritten, dass am 14. Juli 2016 zwei Wohnungsabnahmetermine stattgefunden haben. Nach dem ersten gescheiterten Abnahmetermin um ca. 17:00 Uhr wurde die Wohnung vom Kläger 2, I. A. und unter Mithilfe des Wohnungsabnehmers A. R. nachgereinigt. M. H. kehrte in Begleitung des Hauswarts, K. O., um ca. 19:00 Uhr in die Wohnung zurück und bemängelte nach Prüfung der Wohnung die Sauberkeit erneut. Entsprechend hielt er im Abnahmeprotokoll unter anderem die Reinigung durch ein Reinigungsinstitut auf Kosten der Kläger fest (act. 17/6). Dieses Abnahmeprotokoll legte er dem Kläger 2 zur Unterschrift vor. Der den Kläger 2 vertretende A. R. erklärte sich nicht bereit, den seines Erachtens unrichtigen Inhalt des Protokolls mit seiner Unterschrift zu bestätigen. Die Parteien sowie die von diesen offerierten Zeugen schildern den weiteren Ablauf des zweiten Abnahmetermins unterschiedlich. Während die Kläger die Beweislast für die Rückgabe der Wohnung, d. h. die Übergabe der Schlüssel, tragen, ist es am Beklagten, das Gericht von seinen eigenen Behauptungen zu überzeugen.

### 2.4.2 – 2.4.7

2.4.8 Nachdem der Kläger 2 dem Beklagten bzw. dessen Vertreter, M. H., die Schlüsselabgabe angeboten, dieser die Annahme hingegen verweigert hat, verschickte der Kläger 2 die Schlüssel ohne Verzug per Einschreiben an den Beklagten. Vom Kläger 2 konnte nicht erwartet werden, dass er die Schlüssel noch am gleichen Abend bei der Sihlpost per Nachtexpress verschickt, wenn die Schlüsselannahme aktiv durch den Beklagten bzw. dessen Vertreter verweigert wurde. Wäre der Beklagte an einer raschen in Besitzrücknahme der Wohnung interessiert gewesen hätte er die Schlüssel am Abnahmetermin vom 14. Juli 2016 entgegennehmen und die Schlüsselquittung wie vorgeschlagen unterzeichnen können. Mit der Aufgabe der Schlüssel per Einschreiben am Folgetag ist der Kläger 2 seinen Pflichten zur Rückgabe des Mietobjekts nachgekommen. Noch weniger zumutbar war der vom Beklagten im Prozess geforderte Einwurf der Schlüssel in den Briefkasten der Verwaltung unter Beizug des Zeugen A R. Nach der seitens sämtlicher Parteien geschilderten unangenehmen, gereizten und langatmigen sowie erfolglosen Wohnungsabnahme konnte vom Kläger 2 nicht

erwartet werden, die Schlüssel einzig unter Beizug eines Zeugen, nicht aber gegen schriftliche Bestätigung, in den Briefkasten des Beklagten zu werfen.

2.4.9 Die amtliche Befundaufnahme durch den Gemeindeammann ist ein zweckmässiges Vorgehen, um den Zustand des Mietobjekts zu Beweis Zwecken zu dokumentieren, nachdem sich die Parteien nicht auf ein Abnahmeprotokoll einigen konnten. Die Kosten einer amtlichen Befundaufnahme sind vom Auftraggeber zu tragen. Eine Überwälzung auf die Kläger käme nur in Frage, wenn diese durch ihr Verhalten allein die amtliche Befundaufnahme zu verantworten hätten. Dies war vorliegend nicht der Fall. Für die Übergabe der Wohnung organisierten die Kläger zu ihrer Unterstützung einen Vertreter des Mieterverbandes. Sie waren auch bereit, die Wohnung nach einer ersten Überprüfung durch M. H. nachzureinigen und gleichentags einen zweiten Übernahmetermin zu verabreden. Es wurde dazu gar ein weiteres Putzmittel im naheliegenden Einkaufsgeschäft organisiert (Prot. S. 34). Dass der Kläger 2 die Unterschrift unter das von M. H. allein erstellte Rückgabeprotokoll auch anlässlich des zweiten Übernahmetermins verweigerte, ist begründet, wenn er zurecht mit dem vorgelegten Protokoll nicht einverstanden war. Die beidseitige Unterzeichnung eines Rückgabeprotokolls ist kein zwingendes Erfordernis für eine Wohnungsabgabe. Der Kläger 2 war teilweise mit den angeführten Bemängelungen nicht einverstanden, so der angeblich noch immer unzureichenden Reinigung (Prot. S. 34 f.) und der von M. H. im Protokoll aufgenommenen Anerkennung von Mängelbehebungskosten im Betrag von Fr. 1600.– (Prot. S. 20 f.). Anstelle der konkreten Zuweisung von Mängeln an die Kläger unter gleichzeitiger Bezifferung der dafür geltend gemachten Mängelbehebungskosten hätte M. H. sich auf ein Zustandsaufnahmeprotokoll beschränken können, was eine amtliche Befundaufnahme obsolet gemacht hätte. Dass kein gegenseitig unterzeichnetes Abnahmeprotokoll zustande kam, lag nicht in einer Verweigerung des Klägers 2 war diese doch begründet, da der Verwalter zugleich eine Schuldanerkennung einforderte. Die Kosten der amtlichen Befundaufnahme sowie der damit zusammenhängende Aufwand kann der Beklagte entsprechend nicht auf die Kläger überwälzen.

## 2.5 Zwischenfazit

2.5.1 Den Klägern gelingt der Beweis ihrer Sachverhaltsdarstellung, dass sie anlässlich der zweiten Wohnungsabnahme vom 14. Juli 2016 dem Beklagten bzw. dessen Vertreter, M. H., die Schlüssel der Wohnung angeboten haben, M. H. die Entgegennahme der Schlüssel hingegen verweigerte. Entsprechend haben die Kläger das im Streit stehende Mietobjekt rechtzeitig zurück gegeben. Ein dritter Abnahmetermin wurde nicht vereinbart. Somit geriet der Beklagte am 14. Juli 2016 in Annahmeverzug. Mit dem unverzüglichen Versand der Schlüssel am folgenden Morgen per Einschreiben an die Verwaltung sind die Kläger ihren Rückgabepflichten vollumfänglich nachgekommen.

2.5.2 Eine Haftung der Kläger wegen verspäteter Rückgabe des Mietobjekts ist folglich ausgeschlossen. Sie haften nicht für das Umzugsinstitut des Nachmieters inkl. Einlagerung im Umfang von Fr. 3417.– sowie den Mietzinsausfall in der Höhe

Mangelposition «Beschädigung am Treppenhausboden» fehlt es an einer verständlichen, klaren und präzisen Formulierung. Für welchen Schaden am Treppenhausboden der Kläger 2 konkret haftbar gemacht werden soll, konnte er dieser Rüge nicht entnehmen. Zumindest der Ort des Schadens und dessen Erscheinungsbild hätten konkreter beschrieben werden müssen. Der Mangel «Lichtschalter im Badezimmer defekt» kann grundsätzlich als genügend konkret und detailliert gerügt erachtet werden. Fraglich ist aber, ob es sich bei dieser Mangelposition überhaupt um einen vom Mieter zu behebenden Mangel handelt. Grundsätzlich trifft den Vermieter die Unterhaltungspflicht des Mietobjekts. Der Mieter hat einzig die Kosten des kleinen Unterhalts zu tragen. Darunter fallen kleinere Reinigungen oder Ausbesserungen, die ohne besonderes Fachwissen und ohne grösseren Aufwand vorgenommen werden können. Für die Reparatur eines Lichtschalters wird besonderes Fachwissen hingegen gerade vorausgesetzt, das sicherheitsrelevante Aspekte zu beachten sind. Da zur Reparatur dieses Lichtschalters ein Elektriker hätte organisiert werden müssen, liegt kein kleiner Unterhalt vor, womit diese Mangelbehebungskosten nicht den Klägern übertragen werden können. Es ist demzufolge festzuhalten, dass selbst bei Einhaltung der Rügefrist für den einen Teil der Mängel die Mängelrüge nicht die Formanforderungen erfüllte und für den anderen Teil die Kläger nicht für den gerügten Mangel haftbar gemacht werden können.

### 3.6 Fazit

3.6.1 Der Kläger 2 anerkannte mit Schreiben vom 31. August 2016 die Mangelpositionen «Aktivkohlefilter Dampfabzug Fr. 135.–», «Ablaufdeckel in der Dusche Duschbrause mit Schlauch Fr. 191.40» sowie «Minderwert Parkett Pauschale Fr. 150.–» weshalb die Klage im Umfang von Fr. 476.40 zzgl. 5% Zins seit 1. Oktober 2016 abzuweisen ist.

3.6.2 Die übrigen Mängel «Reinigung der Ganzen Wohnung Fr. 631.80», «Montage Aktivkohlenfilter Fr. 42.50», «Lichtschalter im Bad Fr. 42.50», «Wände streichen pauschal Fr. 250.–» sowie «Säureschäden im Treppenhaus Fr. 557.30» wurden zu spät gerügt bzw. wären selbst bei fristgerechter Rüge nicht genügend konkret gerügt worden, womit der Beklagte die diesbezüglichen Schadenersatzansprüche verwirkt hat, oder der Mangel hätte von vornherein nicht den Klägern übertragen werden können, da es sich nicht um kleinen Unterhalt sondern um einen vom Vermieter zu behebenden Mangel handelte.

## III. Kosten- und Entschädigungsfolgen (...)

### 3. Kommentar

Dieser Entscheid des Mietgerichts am Bezirksgericht Horgen vom Januar 2019 veranschaulicht exemplarisch die diversen formellen, materiellrechtlichen sowie beweisrelevanten, (zu) hohen Hürden, die eine Vermieterschaft bei einer Rückgabe des Mietobjekts zu nehmen hat, um im Gerichtsprozess ihre mietrechtlichen und zusätzlichen Forderungsansprüche aus einer umstrittenen Mietobjektsrückgabe wahren sowie bestmöglich durchsetzen zu können. Vermieterschaften, aber auch

deren Liegenschaftsverwaltungen wird empfohlen, ihre Tätigkeiten und Korrespondenzen mit den Mieterschaften an dieser strengen und allenfalls allzu rigiden Handhabung von Art. 267a OR auszurichten.

### 3.1 Beginn und Berechnung der «sofortigen» Mängelanzeige

Die sofortige Meldepflicht der Vermieterschaft zur Rüge von Mängeln am Mietobjekt, für welche sie die Mieterschaft haftbar machen will, beträgt nach dem vorliegenden Entscheid nur zwei bis drei Werk- bzw. Arbeitstage, wobei Samstage und Sonntage nicht eingerechnet werden. Dabei spielt es für den Beginn dieser sehr kurzen Rügefrist auch keine Rolle, ob das Mietobjekt ordentlich oder ausserterminlich abgegeben wurde. Einzig entscheidend ist, dass die Vermieterschaft wieder uneingeschränkt und umfassend über das Mietobjekt verfügen kann (→ Besitz sämtlicher Schlüssel zum Mietobjekt) oder, wie hier, verfügen könnte, falls sich die Vermieterschaft bzw. deren Verwaltung eine solch fehlende Verfügungsfähigkeit über das Mietobjekt selbst vorwerfen lassen muss.

Vorliegend verweigerte die Vermieterschaft die Rücknahme der ihr von der Mieterschaft am 16. Juli 2016 angebotenen Schlüssel zum Mietobjekt, nachdem das Mietobjekt – nach der Ansicht der Vermieterschaft – auch anlässlich des 2. Abnahmetermins noch nicht ausreichend gereinigt worden sei und sich die Mieterschaft zudem weigerte, das von der Vermieterschaft verfasste Abnahmeprotokoll mit der darin enthaltenen Schuldanererkennung für die gerügten Mängel zu unterzeichnen. Das Gericht wertete dieses Verhalten der Vermieterschaft als pflichtwidrig verweigerte Rücknahme eines Mietobjekts und setzte – für die Festsetzung des Beginns der sofortigen Rügefrist – diese demgemäss zu Unrecht verweigerte Rücknahme der tatsächlichen Rückgabe des Mietobjekts gleich, die grundsätzlich ja auch jederzeit bzw. vorzeitig, verspätet oder auf den Termin der Beendigung der Miete erfolgen kann.

Demzufolge hätte die Vermieterschaft nach dieser Rechtsprechung die von ihr gerügten Mängel, wozu auch eine (immer noch) unzureichend gereinigte Reinigung des Mietobjekts zählen kann, spätestens am Dienstag, dem 19. Juli 2016 (also drei Werktage nach der gescheiterten, einvernehmlichen Rückgabe bzw. Rücknahme des Mietobjekts) vom Donnerstag, dem 14. Juli 2016 rügen müssen.

Allerdings beruft sich der vorliegende Entscheid für die Bestimmung der «Sofortigkeit» gemäss Art. 267a Abs. 1 OR für offene Mängel in Ziffer 3.4 der Erwägungen nur auf Higi (im entsprechenden Zürcher-Kommentar aus dem Jahr 1995) sowie generell auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2014 (Urteil des Bundesgerichts 4A\_388/2013 vom 7. Januar 2014). Bemerkenswert dabei ist zunächst, dass Higi in der entsprechenden Literaturstelle bloss davon spricht, dass «in der Regel (...) zwei bis drei Werktage nach der Rückgabe der Sache» genügen, damit sich «ein vernünftiger und korrekter Partner» über sein weiteres Vorgehen «unter den gegebenen Umständen» klarwerden kann. Ebenso bezieht sich der vorerwähnte Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2014 in Ziffer 2.3.1 der dortigen Erwägungen wiederum auf die vorgenannte

Literaturstelle Higi und zitiert dabei Higi vollständig, wonach die Mängelanzeige «en règle générale être donné dans les deux ou trois jours ouvrables après la restitution». Zudem kann diesem Bundesgerichtsentscheid ausdrücklich nur entnommen werden, dass nach den kantonalen Handhaben eine Mängelrüge nach drei Wochen oder einem Monat seit der Rückgabe des Mietobjekts «en principe tardif» und das Bundesgericht selbst – mit Verweis auf seinen Entscheid aus dem Jahr 2012 (Urteil des Bundesgerichts 4A\_589/2012 vom 21. November 2012, E. 2.2) – eine Mängelrüge nach rund zwei Monaten seit dem Wechsel eines Untermieters als verspätet beurteilte.

Interessant sind in diesem Zusammenhang zudem auch die einschlägigen Literaturstellen jüngsten Datums, so z. B. von Roger Weber in der 7. Auflage des Basler-Kommentar (Basel 2019) zu Art. 267a OR, N 3, die bei künftigen Entscheiden in die zugehörigen Erwägungen der Gerichte einfließen werden. Demnach ist eine Mängelrüge «erst Wochen nach der Sachrückgabe» unbeachtlich; ebenso lässt sich «je nach Beschaffenheit der Mietsache» über die vorgenannte, bei Roger Weber ausdrücklich aufgegriffene Lehrmeinung von Higi aus dem Jahr 1995 «durchaus diskutieren», zumal auch im Kaufrecht sachspezifische Unterscheidungen getroffen würden.

Dieser Verweis auf die kaufrechtlichen Bestimmungen ist bemerkenswert und in diesem Zusammenhang auch im Mietrecht beachtenswert. Denn sowohl der Gesetzgeber spricht in Art. 267a Abs. 1 OR wie auch in Art. 201 Abs. 1 und Abs. 3 OR gleichlautend nur von einer «sofortigen» Meldung bzw. Anzeige durch die Vermieterschaft bzw. Käuferschaft. Ebenso ist kein Grund ersichtlich (und wird so auch in der vorgenannten Literatur nicht gefordert oder begründet), dass die «Sofortigkeit» im Mietrecht rechtlich anders bestimmt bzw. nach strengeren Kriterien als im Kaufrecht beurteilt werden sollte. Nützlich und instruktiv dürfte darum auch der kürzlich ergangene Entscheid des Bundesgerichts sein zur Rügefrist im Kaufrecht gemäss Art. 201 Abs. 3 OR: Darin zeigte sich das Bundesgericht offen gegenüber der Kritik in der (kaufrechtlichen) Rechtslehre, die für eine grosszügigere Handhabung und eine gewisse Flexibilität («souplesse») in der Anwendung der Rügefrist plädiert und zudem ausdrücklich festhielt, dass es keine ratio legis gebe für eine starre zeitliche Beschränkung (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A\_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2 und die zugehörige Besprechung in der Juni-Ausgabe der «Immobilia» des SVIT Schweiz, S. 30 f.).

### 3.2 Form und Inhalt von Mängelrügen

Dem Wortlaut von Art. 267a Abs. 1 OR kann nicht entnommen werden bzw. gibt es keine gesetzlichen Formvorschriften zu beachten, wie der Mieterschaft solche Mängelrügen gemeldet werden müssen.

Nicht nur aus beweistechnischen Gründen empfiehlt es sich aber, diese Rügen schriftlich zu verfassen und (auch für den Nachweis der Einhaltung der vordiskutierten Rügefrist) mit eingeschriebener Post an die der Vermieterschaft zuletzt

bekannte Adresse der Mieterschaft zu versenden. Vielmehr muss die Mieterschaft ja auch genau wissen, für welche Mängel am Mietobjekt sie gegenüber der Vermieterschaft einstehen soll, wofür sich die schriftliche Form der Mitteilung schon aus praktischen Gründen aufdrängt.

So musste sich die Vermieterschaft in diesem Gerichtsverfahren vorwerfen lassen, dass sie die von ihr geltend gemachten, von der Mieterschaft zu vertretenden Mängel zu wenig klar, zu wenig präzise und zu wenig detailliert gerügt und allenfalls auch nicht gut erkennbar zum Ausdruck gebracht habe, dass sie die Mieterschaft für die angezeigten Mängel haftbar macht. Zu allgemein gehaltene Mängelrügen (wie «Beschädigungen», «übermässige Abnutzungen» oder «mangelhafter Zustand» oder «Reinigung ganze Wohnung mangelhaft»), welche die jeweils zu behebenden Mängel sowie und deren jeweilige Lokalisierung im Mietobjekt nicht genau erlauben, sind – nach dem Verständnis des vorliegenden Entscheids – ungenügend und führen zur Verwirkung des zugehörigen Mängelbeseitigungsanspruchs. Besonders ärgerlich und im vorliegenden Entscheid wohl entscheidend war hier für die Vermieterschaft, dass sie im Gerichtsverfahren nicht beweisen konnte, dass sie ihrem derart allgemein gehaltenen Mängelrügeschreiben an die Mieterschaft das detaillierte Abnahmeprotokoll beigelegt hatte.

Demzufolge ist der vorsichtigen Vermieterschaft zu empfehlen, Mängelrügen nicht nur rechtzeitig, schriftlich und eingeschrieben an die Mieterschaft zu versenden, sondern zusätzlich genau darauf zu achten, dass diese Rügen bzw. die zugehörigen Mängel klar und detailliert beschrieben werden. Andererseits dürfen nicht übertrieben strenge Anforderungen an die Vermieterschaft gestellt werden, zumal Art. 267a Abs. 1 OR dazu überhaupt keine Vorschriften aufstellt, also auch bloss mündliche Mängelrügen zulässig sind, die notgedrungen weniger genau und weniger umfassend umschrieben sind als entsprechend schriftlich abgefasste Rügemitteilungen. Dreh- und Angelpunkt für die Beurteilung der notwendigen Klarheit der Rügemitteilung und deren Detaillierungsgrad bleibt jedoch, dass es für die Mieterschaft nach Treu und Glauben nachvollziehbar und erkennbar ist, für welche einzelnen und wo lokalisierten Mängel sie von der Vermieterschaft haftbar gemacht wird. Grundsätzlich genügt hierfür das sorgfältig ausgefüllte Abnahmeprotokoll, selbst wenn dieses von der Mieterschaft nicht unterzeichnet ist. Diesbezüglich ist es – aus Beweis Zwecken für ein allfälliges Gerichtsverfahren – absolut zentral, dass ein derart verfasstes und an die Mieterschaft verschicktes Abnahmeprotokoll im Begleitschreiben ausdrücklich als Beilage erwähnt und für die Einzelheiten der Mängelrügen explizit darauf verwiesen wird.

### 3.3 Mängelanzeigen und kleiner Unterhalt

Losgelöst von der Frage der Rechtzeitigkeit der Meldung und der ausreichend klaren sowie detaillierten Umschreibung der zugehörigen Mängelrügen muss sich die Vermieterschaft zusätzlich auch den Einwand der Mieterschaft gefallen lassen bzw. Rechenschaft darüber ablegen, dass es sich überhaupt um einen von der Mieterschaft zu verantwortenden Mangel handelt, dieser also nicht vorbestehend

war (wofür allerdings die Mieterschaft die Beweislast trägt) oder es sich bei einer spezifischen Mangelposition gar nicht um einen von der Mieterschaft zu behandelnden Mangel handelt. Denn grundsätzlich trifft die Vermieterschaft die Unterhaltungspflicht des Mietobjekts und hat die Mieterschaft einzig die Kosten des kleinen Unterhalts gemäss Art. 259 OR zu tragen. Darunter fallen kleinere Reinigungen oder Ausbesserungen, die ohne besonderes Fachwissen und ohne grösseren Aufwand vorgenommen werden können.

Vorliegend stand u. a. die Reparatur eines Lichtschalters zur Diskussion. Dieser Defekt wurde zwar genügend klar und detailliert gerügt («Lichtschalter im Badezimmer defekt»), doch werde – so das urteilende Gericht – für dessen Reparatur besonderes Fachwissen vorausgesetzt, da sicherheitsrelevante Aspekte zu beachten seien. Demzufolge und weil zur Reparatur dieses Lichtschalters ein Elektriker hätte organisiert werden müssen, lag kein kleiner Unterhalt vor, sodass der Vermieterschaft die diesbezüglich rechtsgenügende Mängelrüge auch nichts nützte.



## Das schweizerische Mietrecht

SVIT Schweiz (Herausgeber)

Der SVIT-Kommentar ist das Standardwerk zum schweizerischen Mietrecht und ein wertvolles Werkzeug für Vermieter, Mieter, Bewirtschafter, Immobilieneigentümer, Juristen, Schlichtungsbehörden sowie in der Lehre und am Gericht.



Autoren: Hans Bättig, Irene Biber, Raymond Bisang, Raoul Futterlieb, Zinon Koumbarakis, Urban Hulliger, Jürg Müller, Lukas Polivka, Daniel Reudt, Beat Rohrer, Florian Rohrer, Matthias Tschudi

Schulthess Verlag, Zürich, 4. Auflage, 2018, 1313 Seiten, **CHF 338.-** (Buch inkl. E-Book)  
Preis inkl. MWST, zzgl. Versand, E-Book: PDF DRM Adobe

Bestellung: [verlag@svit.ch](mailto:verlag@svit.ch) / [www.svit.ch/publikationen](http://www.svit.ch/publikationen)