

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD200015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 23. Juni 2021

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,
gegen

B. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom
23. Oktober 2020 (MG190021)

Erwägungen:

1. a) B._____ (Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdegegner, fortan Kläger) mietete mit Mietvertrag vom 19. September 2014 von der A._____ AG (Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin, fortan Beklagte) die 1.5-Zimmerwohnung im 1. OG an der C._____ -Strasse 1 in ... Zürich zu einem Mietzins von Fr. 1'380.– brutto. Das von den Parteien vereinbarte Depot von Fr. 4'140.– wurde auf ein Mieterkautionsdepot bei der D._____ [Bank] hinterlegt. Der Mietvertrag war dreimonatlich im Voraus jeweils auf Ende März und Ende September kündbar, jedoch frühestens auf Ende September 2015 (act. 4/3/2-3). Der Kläger kündigte das Mietverhältnis per 31. Oktober 2017 ohne den Kündigungstermin einzuhalten (vgl. act. 4/26/3). In der Folge bezahlte er, da er keinen Nachmieter fand, den Mietzins bis Ende März 2018, dem nächsten Kündigungstermin. Zuletzt vermietete er das Mietobjekt an den Untermieter E._____. Da die Verwalterin der Beklagten am 3. April 2018 ferienhalber abwesend war, stellte der Kläger gleichentags der Beklagten die Schlüssel per Post zu (act. 4/22/16-17). Mit Schreiben vom 11. April 2018 liess die Beklagte dem Kläger eine Mängelrüge zukommen (act. 4/3/4). Der Kläger akzeptierte die Ansprüche nicht, was er der Beklagten mit Schreiben vom 24. April 2018 mitteilte und verlangte das Abgabeprotokoll des Vormieters sowie die in der Mängelrüge erwähnten Fotos (act. 4/3/5). Den Erhalt der mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 zugestellten Schlussabrechnung über Fr. 1'923.35 bestätigte der Kläger mit Schreiben vom 31. Oktober 2018, wies diese vollständig zurück und bat um Stornierung der Rechnung sowie um Auszahlung des gesamten Mietzinsdepots in der Höhe von Fr. 4'140.– innert 30 Tagen. Zudem verlangte er die Belege für die Forderungen und das Alter der Gegenstände (act. 4/3/7). Die Schlussabrechnung samt den Rechnungen der Handwerker wurde dem Kläger mit Schreiben vom 15. November 2018 zugestellt (act. 4/3/8). Mit Zahlungsbefehl vom 2. April 2019 wurde der Kläger aufgefordert, den Saldo der Schlussabrechnung aufgrund der Wohnungsrückgabe in der Höhe von Fr. 1'923.35 sowie 5% Zins seit dem 12. Oktober 2018 zuzüglich Betriebskosten und weite-

re Umtriebe in der Höhe von Fr. 250.– zu bezahlen. Gegen die gesamte Forderung erhob der Kläger Rechtsvorschlag (act. 4/3/9). Gestützt auf die Eingabe des Klägers vom 8. April 2019 (Poststempel, act. 4/6/1), stellte die Schlichtungsbehörde Zürich nach durchgeführter, erfolgloser Schlichtungsverhandlung eine Klagebewilligung für den Kläger aus (act. 4/4). Mit Eingabe vom 26. November 2019 reichte der Kläger beim Einzelgericht des Mietgerichtes Zürich eine unbegründete Klage ein und verlangte (act. 4/1 S. 2):

"1. Der Beklagte sei zu verpflichten, das Mieterkautionsdepot bei der D._____, Konto Nr. ..., in der Höhe von Fr. 4'140.– zuzüglich Zins vollumfänglich zugunsten des Klägers freizugeben.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWST. zu Lasten der Beklagten."

Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 24. Juni 2020 verlangte die Beklagte die Abweisung der Klage im Umfang von Fr. 2'086.70 und erhob Widerklage mit den Anträgen (act. 4/23 S. 1):

"2. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 1'923.35 zuzüglich 5% Zins seit dem 12. Oktober 2018 zu bezahlen.

3. Die D._____ sei anzuweisen, vom Mieterkautionskonto Nr. ... den Betrag von CHF 1'923.35 zuzüglich CHF 163.35 Zins, insgesamt CHF 2'086.70 auf das Konto der Verwaltung der Beklagten bei der F._____ AG, IBAN CH... lautend auf G._____ AG, Rubrik A._____, zu überweisen.

4. Eventualiter sei in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 2 im Umfang von CHF 1'923.35 zuzüglich 5% Zins seit dem 12. Oktober 2018 definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MwSt) zu Lasten des Klägers."

Mit Urteil vom 23. Oktober 2020 hiess das Einzelgericht die Klage gut und verpflichtete die Beklagte und Widerklägerin, das Mieterkautionskonto bei

der D._____, Konto Nr. ..., in der Höhe von Fr. 4'140.– zuzüglich Zins vollumfänglich zugunsten des Klägers und Widerbeklagten freizugeben (act. 5 Dispositiv Ziffer 1). Die Widerklage wurde abgewiesen (Dispositiv Ziffer 2). Die Kosten wurden der Beklagten auferlegt und sie wurde verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 518.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen (Dispositiv Ziffern 4-5).

b) Mit Eingabe vom 26. November 2020 (Poststempel) erhob die Beklagte innert der Rechtsmittelfrist Beschwerde (2 i.V.m. act. 5 und act. 4/40) und beantragte:

"1. Dispositiv-Ziffern 1., 2., 4 und 5. des Urteils des Mietgerichts Zürich vom 23. Oktober 2020 seien aufzuheben.

2. In teilweiser Gutheissung der Widerklage sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, der Beschwerdeführerin CHF 1'690.60 zuzüglich 5% Zins seit 12. Oktober 2020 zu bezahlen.

3. Die D._____ sei anzuweisen, vom Mieterkautionkonto Nr. ... den Betrag von CHF 1'690.60 zuzüglich CHF 179.60 Zins, insgesamt CHF 1'870.20 auf das Konto der Verwaltung der Beklagten bei der F._____ AG, IBAN CH... lautend auf G._____ AG, Rubrik A._____, zu überweisen.

4. Eventualiter sei das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 23. Oktober 2020 aufzuheben und zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt) zu Lasten des Beschwerdegegners."

Mit Verfügung vom 1. Dezember 2020 wurde der Beschwerde im Umfang von Fr. 2'000.– einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Dem Kläger wurde Frist zur Stellungnahme zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung angesetzt und der Beklagten zur Leistung eines Vorschus-

ses von Fr. 400.– (act. 7). Der Vorschuss wurde innert Frist bezahlt (act. 9 i.V.m. act. 7 und 8/1). Der Kläger liess sich innert Frist nicht vernehmen (act. 7 i.V.m. act. 8/2), weshalb es androhungsgemäss für die Dauer des Beschwerdeverfahrens bei der aufschiebenden Wirkung im Umfang von Fr. 2'000.– bleibt (act. 7). Mit Eingabe vom 17. Februar 2021 (Poststempel) erstattete der Kläger innert der mit Verfügung vom 21. Januar 2021 angesetzten Frist die Beschwerdeantwort (act. 12 i.V.m. act. 10-11). Diese wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 13).

2. a) Die Vorinstanz gelangte in ihren Erwägungen zum Schluss, die Mängelrüge sei nicht rechtzeitig erhoben worden. Sie führte dazu u.a. aus, gemäss Ziffer 14 der "Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume", welche zum integrierenden Bestandteil des Mietvertrages erklärt worden seien (vgl. act. 3/2 S. 2), habe die Rückgabe spätestens am Tag nach Beendigung der Miete um 12:00 Uhr bzw. - falle der Rückgabetermin auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Ruhe- oder Feiertag - am darauffolgenden lokalen Werktag bis spätestens 12.00 Uhr zu erfolgen. Wie aus der E-Mail-Korrespondenz des Klägers mit dem Rechtsvertreter der Beklagten hervorgehe (act. 22/14 + 15), habe Ersterer am 26. März 2018 die Rückgabe auf den 3. April 2018 und damit gehörig und termingerecht am ersten Werktag nach dem letzten Tag der Mietdauer angeboten (der 1. April 2018 sei Ostersonntag gewesen). Dieses Angebot sei ausreichend gewesen (Verbaloblation). Der Rechtsvertreter der Beklagten habe zwar bestätigt, dass der Kläger das Recht habe, das Mietobjekt an diesem Tag zurückzugeben, habe dieses Datum aber aufgrund der Osterferienabwesenheit von Frau H._____, der Verwalterin der Beklagten, abgelehnt und eine Übergabe am 6. April 2018 vorgeschlagen, was der Kläger abgelehnt habe, da ihm dieses Datum nicht gepasst habe. Zu Recht bemerke der Kläger (Prot. S. 17), dass es sich beim 3. April 2018 um einen Hauptabgabetermin gehandelt habe, und es sei der Beklagten - der Kläger habe ursprünglich bereits per 31. Oktober 2017 gekündigt - seit langer Zeit bekannt gewesen, dass auf Anfang April 2018 die Rückgabe des Mietobjektes angestanden habe. Es habe sich damit in keiner Weise um eine überraschende oder kurzfristige Rückgabe gehandelt.

Darüber hinaus sei die verweigernde Mitwirkung zur Rücknahme aufgrund der vorgebrachten Ferienabwesenheit und damit aus persönlichen und nicht objektiven (ausserhalb der Person des Gläubigers liegenden) Gründen als ungerechtfertigt im Sinne von Art. 91 OR zu qualifizieren (...). Die Beklagte sei ferner bereits zu diesem Zeitpunkt anwaltlich vertreten gewesen, sei die Korrespondenz betreffend die Rückgabe doch über ihren Rechtsvertreter gelaufen (act. 26/5). Durch die bewusst und pflichtwidrig verweigernde Rücknahme des Mietobjektes am 3. April 2018 sei die Beklagte in Annahmeverzug geraten (act. 5 Erw. III.2.1.8). Aufgrund der verweigernden Rücknahme habe der Kläger die Schlüssel der Beklagten am 3. April 2018 postalisch zugestellt (act. 26/8). Daraus gehe der endgültige Verzicht des Klägers auf die Benutzung des Mietobjektes sowie die Übertragung des Besitzes daran hervor. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgabe des Mietobjektes sei vorliegend - dem Urteil des Bundesgerichtes 4A_388/2013 folgend - am 3. April 2018, spätestens jedoch am 4. April 2018, als die Schlüssel der Beklagten zur Abholung gemeldet worden und damit in ihren Machtbereich gelangt seien. Sei nun die Rückgabe des Mietobjektes am 3. bzw. spätestens am 4. April 2018 durchgesetzt worden, sei die Mängelrüge vom 11. April 2018 am sechsten bzw. fünften Werktag danach erfolgt. Wie erläutert, sei für die Beklagte die Rückgabe des Mietobjektes bzw. die postalische Zustellung der Schlüssel aufgrund der Ankündigung des Klägers nicht überraschend gekommen. Zuerst habe ein Datum vor dem 28. März 2018 für die Rückgabe zur Debatte gestanden und bereits am 26. März 2018 habe der Kläger die postalische Rückgabe der Schlüssel angekündigt, sollte am 3. April 2018 keine Übergabe möglich sein (vgl. act. 22/14). Zwar habe der Kläger Kenntnis von der Ferienabwesenheit von Frau H._____ über Ostern gehabt, doch sei schon die Korrespondenz betreffend die Rückgabe über den Rechtsvertreter der Beklagten gelaufen (vgl. act. 26/5) und sei die Bestandesaufnahme der Mängel auch an dem von ihr vorgeschlagenen 6. April 2018 unter Mitwirkung eines weiteren Rechtsanwalts erfolgt (vgl. act. 26/6; Prot. S. 21). Er habe nicht nur die Mängelrüge verfasst (act. 3/4), sondern habe nach Darstellung der Beklagten auch die Fotos der Mängel verfasst (Prot. S. 21). Die Beklagte habe also

nicht nur einen, sondern sogar gleich zwei Rechtsanwälte zur Hand gehabt. Von einer privaten Person, der mehr Zeit eingeräumt werden müsse, auch um Rat einzuholen (...), könne daher vorliegend keine Rede sein. Beim Mietobjekt handle es sich zudem lediglich um eine 1.5-Wohnung und damit um ein Mietobjekt von überschaubarer Grösse. Der Einwand der Beklagten, bei einer "normalen" Übergabe weise der Mieter den Vermieter auf Dinge hin, die nicht mehr in Ordnung seien (Prot. S. 8), verfange vorliegend nicht. Denn der Kläger bestreite das Vorliegen von Mängeln mit Ausnahme desjenigen des Rollladens (vgl. act. 20 Rz 32, 37+46), dessen Defekt er vor Ende des Mietverhältnisses bereits der Beklagten schriftlich gemeldet habe (act. 22/13), was diese zwar bestreite (Prot. S. 7), jedoch aus der E-Mail-Korrespondenz hervorgehe (E-Mail RA X._____ an Kläger vom 27. März 2018; act. 26/5 S. 2). Auch sei von Seiten der Beklagten nicht vorgebracht worden, es habe sich um versteckte Mängel gehandelt. Einzig die Anzahl gerügter Mängel könne noch für eine grosszügige Handhabung der Rügefrist sprechen. Da dem Kläger jedoch in der Schlussrechnung vom 15. November 2018 (act. 3/8) lediglich vier Positionen angelastet worden seien, relativiere sich die Anzahl der Mängel wieder. Zumal aufgrund der grossen Anzahl Mängel in der Mängelrüge davon auszugehen sei, dass jeder entdeckte Mangel darin aufgenommen worden sei, greife auch das Argument von H._____ nicht, die Annahme einer kürzeren Rügefrist als von einer Woche rechtfertige sich nicht, da die Abklärung des Vermieters, für welche Mängel er den Mieter verantwortlich machen könne bzw. wolle, ohne Weiteres ein paar Tage in Anspruch nehmen könne (vgl. SVIT-Komm.-Müller, a.a.O., Art. 267-267a OR N 54). In Würdigung aller Umstände erweise sich die Mängelrüge vom 11. April 2018 im vorliegenden Fall als verspätet, womit die Beklagte ihre Ansprüche verwirkt habe (Art. 267a Abs. 2 OR) (act. 5 Erw. III.2.1.9).

b) Der Vollständigkeit halber ging die Vorinstanz auch auf die einzelnen, von der Beklagten gerügten, Mängel - keine planen Herdplatten, verschmutzte bzw. fleckige Wände im Bad und im Wohnzimmer, verklemmte Rollgurte für Rollläden, unterlassene Endreinigung - ein und führte aus, dass lediglich für

die Malerarbeiten im Bad in der Höhe von Fr. 95.– Schadenersatz zu leisten wäre, nämlich maximal für die verbleibende Lebensdauer von 4.5 Jahren (gemäss paritätischer Lebensdauertabelle 8 Jahre Lebensdauer) zuzügl. 1% Anteil Abfallentsorgung (act. 5 Erw. III.2.1.10-2.7.4). Zumal die Forderung der Beklagten abzuweisen sei, sei sie gemäss Antrag des Klägers zu verpflichten, das Mieterkautionskonto bei der D._____, Konto Nr. ..., in der Höhe von Fr. 4'140.– zuzügl. Zins vollumfänglich zugunsten des Klägers freizugeben (act. 5 Erw. III.3).

3. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die die Mängelrüge rechtzeitig erhoben wurde. Diesbezüglich sind die Parteivorbringen darzulegen

a) Die Beklagte hält an der rechtzeitigen Erhebung der Mängelrüge fest. Sie setzte den Rückgabetermin des Mietobjektes mit dem Empfang der Schlüssel auf den 6. April 2018 fest und geht daher davon aus, dass die am 11. April 2018 erhobene Rüge innert drei Werktagen erfolgt sei. Sie führte dazu u.a. aus, der Kläger habe erst am 26. März 2018 angekündigt, dass er die Wohnung am 27. März 2018 zurückgeben wolle und dies erst noch um 18:00 Uhr. Dieser Termin sei viel zu kurzfristig angesetzt, um ihn seitens der Verwalterin wahrnehmen zu können. Ein Termin ab 18:00 Uhr liege ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten. Dieser Vorschlag sei also hinsichtlich mehrerer Gründe inakzeptabel gewesen. Dazu komme, dass der Kläger schon am 22. März 2018 aufgefordert worden sei, einen Abgabetermin vor dem 28. März 2018 vorzuschlagen, weil die Verwalterin nachfolgend ferienabwesend gewesen sei (act. 22/14). Diesen aktenkundigen Sachverhalt berücksichtige die Vorinstanz offensichtlich nicht. Obwohl der Kläger die Wohnung aufgrund der Osterfeiertage erst am 3. April 2018 hätte zurückgeben müssen, sei der Hinweis, dass er einen Abnahmetermin vor dem 28. März 2019 (recte: 2018) vorschlagen solle, nicht missbräuchlich. Er selbst habe die Wohnung ursprünglich vor dem Osterwochenende zurückgeben wollen, nur habe er nicht rechtzeitig einen Termin zu gewöhnlichen Geschäftszeiten vorgeschlagen. Selbstverständlich hätte er auch mitteilen können, dass er einen Abnahmetermin am 3. April 2018 wünsche, was er

aber nicht getan habe. Diesfalls hätte die Verwalterin bzw. deren Rechtsvertreter dem Kläger mitgeteilt, dass die Rückgabe erst am 6. April 2020 (recte: 2018) stattfinden könne. Wenn dem Kläger dieser Termin nicht gepasst hätte, hätte er wiederum einen andern vorschlagen können. Ihm sei denn auch am 28. März 2018 tatsächlich mitgeteilt worden, dass die Abnahme erst am 6. April 2018 stattfinden könne (act. 22/15). Der Kläger selbst habe aber keinen Abgabetermin am 3. April 2018 vorgeschlagen - vermutlich weil er selbst in den Osterferien geweilt habe -, sondern habe schon am 26. März 2018 angekündigt, dass er entgegen seiner Pflicht, einer Abnahme beizuwohnen (Art. 267 Abs. 1 OR), die Schlüssel am 3. April 2020 (recte: 2018) zurücksenden werde. Rückblickend sei offensichtlich, dass er keine offizielle Abnahme der Wohnung gewollt habe, sondern mit einem unrealistischen Vorschlag und der Ankündigung der Schlüsselrücksendung schon am 26. März 2018 einfach eine ordnungsgemäße Übergabe habe vereiteln wollen. Unter diesem Aspekt, den die Vorinstanz komplett ausgeblendet habe, zeige sich, dass die Ferienabwesenheit der Verwalterin keineswegs dazu geführt habe, dass der Kläger gezwungen gewesen sei, die Schlüssel zurückzusenden. Indem er dies ohne zwingenden Grund am 3. April 2018 einfach getan habe, sei die Rückgabe am Tag erfolgt, an welchem die Beklagte die Schlüssel tatsächlich in Empfang habe nehmen können, also am 6. April 2018. Erstens habe die Beklagte die Annahme nicht verweigert, weshalb der Fall des Ablaufs der Abholfrist keine Anwendung finde (...) und zweitens habe der Kläger seit dem 28. März 2018 gewusst, dass die Rückgabe frühestens am 6. April 2018 stattfinden könne und auch die Schlüssel frühestens an diesem Tag in Empfang genommen werden könnten, weshalb auch nicht ein vergleichbarer Fall des Urteils des Bundesgerichts 4A_388/2013 vorliege. Die Annahme der Vorinstanz, die Rückgabe des Mietobjekts sei am 3. April 2018 bzw. spätestens am 4. April 2018 erfolgt, sei willkürlich und offensichtlich falsch. Die von ihr in Betracht gezogenen Lehrmeinungen und Präjudizien betrafen andere Sachverhalte als den vorliegenden. Die Beklagte habe in guten Treuen die Schlüssel am 6. April 2018 in Empfang nehmen dürfen, früher sei gar nicht möglich gewesen. Sie habe sich damit nicht un-

gerechtfertigt in Annahmeverzug gemäss Art. 91 OR befunden, selbst wenn die Ferienabwesenheit nicht als objektiver Grund gewertet würde, weil der 3. April 2020 als Rückgabetermin auch vom Kläger gar nie vorgeschlagen worden sei (act. 2 II.1 S. 3-5).

Zur rechtzeitigen Geltendmachung der Mängelrüge führte die Beklagte aus, die Vorinstanz sei korrekt unter strenger Betrachtung der Rechtzeitigkeit davon ausgegangen, dass die Mängelrüge am 11. April 2020 (recte: 2018) rechtzeitig erfolgt sei, nämlich innerhalb dreier Werktage, wenn die Rückgabe des Mietobjekts mit dem Empfang der Schlüssel am 6. April 2018 erfolgt wäre. Indem sie aber - wie dargelegt - willkürlich den 4. April 2019 als Rückgabetermin angenommen habe, sei sie zum Schluss gekommen, dass die Mängelrüge am 11. April 2018 verspätet gewesen sei. Damit verletze sie Art. 267a Abs. 1 und 2 OR. Die Beklagte habe es nicht versäumt, die Mängel sofort zu rügen. Sie habe damit auch ihre Ansprüche nicht verwirkt. Sodann sei noch zu berücksichtigen, dass selbst in der Annahme, die Rückgabe wäre per Schlüsselrücksendung am 4. April 2018 erfolgt, die Mängelrüge vom 11. April 2018 nicht verspätet gewesen sei. Sie wäre innerhalb von fünf Werktagen erfolgt. Lägen spezielle Umstände vor, so könne die Prüfung auch später als drei Tage nach der "Rückgabe" immer noch rechtzeitig erfolgen (...). In diesem Fall lägen spezielle Umstände vor. Der Kläger habe keinen realisierbaren Rückgabetermin zu gewöhnlichen Geschäftszeiten vorgeschlagen. Im Wissen um die Abwesenheit der Verwalterin infolge Osterferien und ohne selbst einen Termin vorzuschlagen, habe er einfach die Rücksendung der Schlüssel angekündigt. Die Beklagte habe nicht wissen können, ob die Schlüssel tatsächlich gesandt würden und wann sie diese erstmals in Empfang nehmen könne. Eingeschriebene Sendungen würden durch die Post nicht immer am nächsten Tag zugestellt. Bei einer fiktiven Annahme einer Rückgabe müssten ihr auch zusätzliche Tage für die Prüfung der Mietsache eingeräumt werden, da sie die Prüfung de facto erst am Tag des tatsächlichen Empfangs (vornehmen könne), andernfalls die Zeit für die Prüfung abgelaufen sein könnte, bevor sie effektiv Zutritt zur Wohnung habe (act. 2 II.2 S. 5).

b) Der Kläger brachte u.a. vor, unbestrittenermassen habe er in seiner Mail vom 26. März 2018 (act. 22/14) der bereits dannzumal anwaltlich vertretenen Beklagten angekündigt, dass er am 3. April 2018 die Schlüssel für die Wohnung an Frau H. _____ von der Verwaltung termingerecht abgeben werde, sofern sein Untermieter Herr E. _____ nicht als Nachfolgemmieter übernommen werde. Zutreffend halte die Vorinstanz fest, dass das Angebot des Klägers ausreichend gewesen sei (...). Wie die Vorinstanz weiter zutreffend ausführe, sei die Rückgabe des Mietobjektes, bzw. die postalische Zustellung der Schlüssel am 3. April 2018 aufgrund der Ankündigung des Klägers für die Beklagte damit nicht überraschend gewesen. Die anwaltlich vertretene Beklagte habe nach dem 26. März 2018 genügend Zeit gehabt, einen Stellvertreter für die Übergabe am 3. April 2018 zu suchen, wenn die zuständige Person von der Verwaltung schon an einem Hauptabgabetermin in die Ferien gehe. Immerhin habe die Beklagte, wie die Vorinstanz zu Recht ausführe, auch nicht nur einen, sondern sogar noch einen weiteren Rechtsanwalt zur Hand gehabt (...), dem sie diese Aufgabe hätte übertragen können. Der Kläger habe in seiner Mail vom 26. März 2018 den 27. März 2018, 18.00 Uhr, für die Inspektion der Wohnung **lediglich** für den Fall offeriert, dass sein Untermieter, Herr E. _____, den Mietvertrag übernehmen könnte. Für eine normale ordentliche Abgabe, ohne Herrn E. _____ als Nachfolgemmieter, habe er den 3. April offeriert (act. 22/14). Indem der Kläger den 27. März 2018 für eine Inspektion vorgeschlagen habe, habe er sogar die Ferien von Frau H. _____ von der Verwaltung berücksichtigt. Selbst wenn der Terminvorschlag von 18.00 Uhr ausserhalb der Bürozeiten von Frau H. _____ gelegen haben sollte, müsste sie doch selbst ein Interesse an der Inspektion gehabt haben und somit auch bereit sein, einmal eine Stunde länger zu arbeiten. Da die Beklagte offensichtlich Herrn E. _____ nicht als Mieter gewünscht habe, sei für den Kläger nur der Abgabeterminvorschlag vom 3. April 2018 in Frage gekommen, damit sein Untermieter, der den vollen Mietzins für März 2018 bezahlt habe, auch in den Genuss der ganzen Mietzeit habe gelangen können. Es sei deshalb falsch und ergebe sich auch nicht aus act. 22/14, wenn die Beklagte behaupte, dass der Kläger für den 3.

April 2018 keinen Abgabetermin vorgeschlagen habe. Der Kläger habe auch nicht, wie vermutet, in den Osterferien geweiht. Die Beklagte hätte ihm deshalb einen genauen Termin für den 3. April 2018 angeben sollen, was sie aber nicht getan habe. Es gebe keine Pflicht des Mieters, selbst an einer Abgabe teilzunehmen. Der Kläger habe klar angekündigt, dass er die Schlüssel zurückschicken werde, sofern Frau H._____ Herrn E._____ nicht als Nachfolgemmieter annehme und am 27. März 2018 um 18.00 Uhr zur Inspektion erscheine. Es werde bestritten, dass der Kläger eine offizielle Abgabe der Wohnung habe vereiteln wollen. In der Mail vom 29. März 2018 (act. 22/15) habe der Kläger klar mitgeteilt, dass er am 6. April 2018 keine Zeit für eine Abgabe habe. Da die Beklagte dem Kläger für den 3. April 2018 keine Zeitangabe für die Abgabe offeriert habe, sei der Kläger, wie angezeigt in der Mail vom 26. März 2018, gezwungen gewesen, die Schlüssel zurück zu schicken. Die Vorinstanz sei damit zum einzig korrekten Schluss gekommen, dass die Beklagte die Annahme der Schlüssel bewusst und pflichtwidrig verweigert habe und damit in Annahmeverzug geraten sei. Die Mängelrüge vom 11. April 2018 sei somit verspätet erfolgt und die Rechte der Beklagten seien, wie die Vorinstanz zu Recht zusammenfasse, verwirkt (...). Die Vorinstanz gelange unter Berücksichtigung der Lehre und der Rechtsprechung zum richtigen Schluss, dass die Beklagte selbstverschuldet den Schlüssel erst am 6. April 2018 in Empfang genommen habe. Beim Versenden der Schlüssel, bzw. der Rückgabehandlung, handle es sich eben nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung - wie zum Beispiel bei einer Kündigung -, sondern um eine Besitzverschaffung (...). Spätestens ab dem 4. April 2018 sei es für die Beklagte somit möglich gewesen, sich den Besitz der Schlüssel zu verschaffen, wenn sie schon dem Kläger für den 3. April 2018 keine Zeitangabe für die Übergabe habe anbieten wollen. Eine Mängelrüge mit Datum vom 11. April 2018 sei somit eindeutig zu spät.

Die Beklagte führe selber an, dass beim Vorliegen von "speziellen Umständen" eine Mängelrüge auch später als drei Tage nach der Rückgabe erfolgen könne. Die speziellen Umstände begründe sie damit, dass der Kläger keinen realisierbaren Rückgabetermin zu gewöhnlichen Geschäftszeiten an-

gegeben haben solle. Zitiert werde dabei ZK OR-HIGI/WILDISEN Art. 267a N 14. Darin werde keinesfalls der von der Beklagten monierte "besondere Umstand" umschrieben. Im von HIGI/WILDISEN erwähnten besonderen Fall sei einzig von einer heimlichen Wohnungsräumung und einem gleichzeitigen Verschwinden des Mieters die Rede. Der Kläger habe weder heimlich seine Wohnung geräumt noch sei er verschwunden. Seit Oktober 2017 sei klar gewesen, dass der Kläger spätestens per Ende März (2018) sein Mietobjekt zurückgebe. Er habe im Mail vom 26. März 2018 klar angezeigt, wie er plane vorzugehen. Er habe angekündigt, dass er die Schlüssel am 3. April 2018 zurückgeben werde, sofern sein Untermieter nicht als Nachfolgemmieter in Frage komme. Die Beklagte habe zwei Anwälte zur Hand gehabt. Es sei möglich gewesen, einen der Anwälte mit der Abgabe zu beauftragen oder dem Kläger eine andere Adresse für die Retournierung der Schlüssel anzugeben. Beides sei nicht erfolgt. Die Beklagte habe deshalb davon ausgehen müssen, dass die Schlüssel am 4. April 2018 bei ihr eintreffen würden. Der Beklagten müssten keine Zusatz-Tage für die Prüfung des Mietobjektes eingeräumt werden. Sie verwalte Mietobjekte professionell, sie sei durch zwei Anwälte, die regelmässig im Mietrecht prozessierten, vertreten gewesen und beraten worden. Wie die Vorinstanz zu Recht feststelle, sei die Mängelrüge vom 11. April 2018 verspätet und damit seien sämtliche Rechte der Beschwerdeführerin verwirkt (act. 12 S. 3-6).

4. a) Am Ende des Mietverhältnisses muss der Mieter die Mietsache zurückgeben und damit den unmittelbaren Besitz daran auf den Vermieter endgültig übertragen. Bei Wohnräumen ist die Rückgabe der Mietsache erst mit der Rückgabe aller Schlüssel erfolgt (BGer 4A_388/2013 vom 7. Januar 2014 Erw. 2.1). Kommt der Mieter seiner Rückgabepflicht nicht rechtzeitig nach, gerät er ohne Weiteres in Verzug, da der vertraglich definierte Rückgabetermin ein Verfalltag ist (Art. 102 Abs. 2 OR; SVIT-Kommentar/Müller, 4. Auflage, 2018, N 4 zu Art. 267-267a OR). Mangels einer abweichenden Vereinbarung muss der Mieter die Mietsache spätestens am letzten Tag der Mietdauer während der gewöhnlichen Geschäftszeit zurückgeben. Fällt dieser Tag aber auf einen Sonn- oder Feiertag, so verschiebt sich der Abgabeter-

min auf den nächstfolgenden Werktag (Art. 78 Abs. 1 OR). In den vom Hauseigentümergeverband Zürich, Schweizerischen Verband der Immobilien Treuhänder (Sektion Zürich) sowie der Vereinigung Züricher Immobilienfirmen gemeinsam herausgegebenen "Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag" ist vorgesehen, dass die Rückgabe des vollständig geräumten Mietobjektes mit allen Schlüsseln bis spätestens am Tag nach Beendigung der Miete um 12.00 Uhr zu erfolgen hat. Dementsprechend verschieben sich im Kanton Zürich die regulären Zügeltermine auf den 1. April, 1. Juli und 1. Oktober. Auch im vorliegenden Mietvertrag wird auf diese "Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume" hingewiesen (act. 4/3/2 S. 2). 2018 fiel der 1. April auf den Ostersonntag und da der Ostermontag ein Feiertag ist, war der offizielle Übergabetermin der 3. April 2018.

b) Der Vermieter ist grundsätzlich verpflichtet, die Mietsache zurückzunehmen, wenn der Mieter sie zurückgeben will. So kann er die Entgegennahme der Schlüssel nicht verweigern. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Mietsache in einem mangelhaften Zustand befindet. Davon ausgenommen sind Fälle, in denen dem Vermieter die Rücknahme zu Unzeiten angeboten wird oder für ihn schwerwiegende Nachteile zur Folge hat. Dies ist beispielsweise dann denkbar, wenn den Mieter eine Gebrauchspflicht trifft, oder wenn der Vermieter im Ausland wohnt (Mietrecht für die Praxis/Giacomo Roncoroni, 9. Auflage, 2016, Kap. 31.2.3 S. 866). Bei Wohnräumen besteht jedoch keine Gebrauchspflicht, sofern eine solche nicht ausdrücklich vereinbart wurde (Mietrecht für die Praxis/Richard Püntener, 9. Auflage, 2016, Kap. 2.1.3.5 S. 34-35). Eine förmliche Übergabe mit einer Protokollaufnahme und anschließender Schlüsselübergabe wird nicht verlangt, vielmehr ist bereits die Übergabe sämtlicher Schlüssel ausreichend (vgl. CHK-U. HULLIGER/P. HEINRICH, 3. Auflage, 2016, OR 267-267a N 2). Verweigert der Vermieter die Rücknahme, obwohl er dazu verpflichtet ist, gerät er in Annahmeverzug (Art. 91 ff. OR). Annahmeverzug liegt bereits dann vor, wenn der Mieter die Rückgabe vertragsgemäss, d.h. unter Berücksichtigung des massgebenden Rückgabetermins und Rückgabeorts anbietet. Nimmt der Vermieter das Angebot nicht an, kann der Mieter dem Vermieter die Schlüssel per Einschrei-

ben zustellen oder einem Vertreter des Vermieters gegen Quittung übergeben (vgl. mp 2019 S. 252 m.w. Hinweisen; Mietrecht für die Praxis/Giacomo Roncoroni, 9. Auflage, 2016, Kap. 31.2.3-31.2.4 S. 866-867: BGer 4A_388/2013 vom 7. Januar 2014 besprochen in mp 2014 S. 143 ff).

5. a) Mit Schreiben vom 1. März 2018 teilte der Kläger der Beklagten mit, dass er die Wohnung im März an Dr. E._____ vermieten möchte (act. 4/3/22/11). Mit Email vom 13. März 2018 forderte Rechtsanwalt X._____ als Vertreter der Beklagten den Kläger auf, eine Aufenthaltsbewilligung, einen Arbeitsvertrag und einen aktuellen Betreibungsregisterauszug für diesen Nachmieter einzureichen (act. 4/3/22/12=act. 4/26/5 S. 8). Mit E-Mail vom 22. März 2018 teilte Rechtsanwalt X._____ dem Kläger mit, Frau H._____ sei bis jetzt nicht überzeugt, Herrn E._____ als Mieter zu nehmen. Der Kläger habe die Wohnung Ende des Monats seiner Mandantin zurückzugeben. Er solle einen Termin vor dem 28. März 2018 vorschlagen, um die Übergabe zu regeln. Nach diesem Datum sei Frau H._____ in den Osterferien (act. 4/22/14=act. 4/26/5 S. 5). Mit E-Mail vom 26. März 2018 teilte der Kläger dem Rechtsvertreter mit, gemäss Schweizer Recht sollte der Übergabetermin aufgrund der gesetzlichen Feiertage der 3. April 2018 sein. Das genannte Datum werde der offizielle Tag für die Übergabe sein. Er habe mit Herrn E._____ gesprochen, um seine Bedenken und Wünsche zur Kenntnis zu nehmen. E._____ sei sehr daran interessiert, den Vertrag mit Frau H._____ zu unterschreiben, um das Appartement weiter zu mieten. Gemäss seinen Angaben bestehe Frau H._____ darauf, zuerst die Übergabe zu machen, bevor sie den Vertrag mit Herrn E._____ unterschreibe. Obwohl diese beiden Dinge aus seiner Sicht nichts miteinander zu tun hätten, könne er im Interesse von Herrn E._____ vorschlagen, dass sie nächste Woche vor dem 28. März 2018 eine Besichtigung der Wohnung durchführten. Wenn alles klappe, z.Bsp. keine Unstimmigkeiten in wichtigen Punkten beständen und das Abnahmeprotokoll unterschrieben sei, könne Herr E._____ den Vertrag mit Frau H._____ unterschreiben und die Schlüssel würden direkt an Herrn E._____ übergeben. Andernfalls werde er die Schlüssel am 3. April 2018 an Frau H._____ aushändigen. Falls Frau H._____ mit einer Besichtigung ein-

verstanden sei, damit Herr E._____ den Vertrag anschliessend unterschreiben könne, bitte er, folgende Dinge mitzuteilen.

1. Der Besichtigungstermin wäre am 27.3.2018 um 18 Uhr, ist das für Frau H._____ ok. Ich habe dies bereits mit Herrn E._____ abgeklärt.
2. Ist diese Inspektion für grössere Mängel und/oder kleinere Mängel?
3. Muss Herr E._____ seine persönlichen Sachen aus der Wohnung nehmen oder nicht? (act. 4/22/14=act. 4/26/5 S. 4-5).

Am 27. März 2018 um 9:45 Uhr teilte der Rechtsvertreter der Beklagten mit, die Besichtigung könne heute um 16:00 Uhr oder morgen um 16:00 Uhr stattfinden. Für weitere Details wende er sich bitte unter der Natelnummer ... direkt an Frau H._____ (act. 4/26/5 S. 3). Am gleichen Tag um 10:35 Uhr mailte der Kläger dem Rechtsvertreter der Beklagten, er müsse die Zeit mit Herrn E._____ abklären, da er die Schlüssel habe. Was die Details der Besichtigung betreffe, bitte er, ihn und Herrn E._____ über die Anforderungen für die Inspektionen (die Fragen, die er in der vorherigen E-Mail gestellt habe, oder zusätzliche Informationen, die sie für die Inspektion wissen sollten) zu informieren, per E-Mail oder per Post, um jegliche Unklarheiten oder Missverständnisse zu vermeiden. Was die vorgesehene Zeit für die Inspektion betreffe, so könne er leider nicht um 16:00 Uhr anwesend sein, da er arbeiten müsse. Er könne frühestens um 17:30 Uhr eintreffen. Er schlage vor, falls Herr E._____ es auf 16:00 Uhr schaffe, könne Frau H._____ die Wohnung überprüfen und die Mängel aufschreiben, von denen sie denke, dass er (der Kläger) verantwortlich sei, und die Kosten, um sie zu beheben. Dann könne er um 17:30 Uhr die Mängel und die Kosten noch einmal überprüfen. Falls eine Einigung erzielt werde, könne er dafür bezahlen oder die Mängel selber beheben und Frau H._____ könne den Vertrag mit Herrn E._____ unterschreiben. Ein anderes Problem sei der Rollladen in der Wohnung. Er habe anfangs März Frau H._____ einen Brief geschickt, in dem er sie darüber informiert habe, dass der Rollladen nicht glatt laufe und habe sie gebeten, dies zu beheben. Bis heute habe er in dieser Angelegenheit nichts gehört. Falls er ein Update habe, solle er ihn das bitte wissen lassen

(act. 4/26/5 S.3). Gleichentags um 11:46 Uhr antwortete der Rechtsvertreter, Frau H._____ habe seinen Brief betreffend Rollladen gestern erhalten. Sie werde diesen anlässlich der Inspektion prüfen. Um die Zeit für die Inspektion zu vereinbaren, solle er sich bitte mit Frau H._____ über die Natelnummer ... in Verbindung setzen. Sie wolle die Übergabe mit ihm persönlich machen, da er und nicht Herr E._____ Vertragspartner sei. Sie habe versucht, ihn anzurufen. Er solle sie bitte zurückrufen. Heute Nachmittag sei er (der Rechtsvertreter) nicht im Büro und könne keine Besprechungszeit festlegen

(act. 4/26/5 S. 2). Gleichentags um 13:26 Uhr schrieb der Kläger dem Rechtsvertreter, er habe Herrn E._____ kontaktiert. Der Besichtigungstermin werde am 28. März 2018 um 16:00 Uhr sein. E._____ sei um 16:00 Uhr vor Ort und werde auf Frau H._____ warten. Er selbst werde um 17:30 Uhr dazukommen. Er, der Rechtsvertreter, solle diese Absprache bestätigen. Falls er nicht im Büro sei, solle er bitte Frau H._____ informieren, damit sie ihm direkt eine E-Mail oder Post schicken könne. Nochmals, dies sei nicht die Übergabe. Es sei eine Inspektion im Interesse von Herrn E._____, damit er anschliessend den Vertrag mit Frau H._____ unterzeichnen könne, wie von Frau H._____ verlangt. Die offizielle Übergabe werde am 3. April 2018 sein. Was den Brief bezüglich des Rollladens betreffe, so sei der Brief am 19. März 2018 prioritär mit A-Post versandt worden (act. 4/26/5 S. 1).

Am 28. März 2018 um 15.38 (bzw. 15:37) mailte Rechtsanwalt X._____, er bedanke sich für die Antwort, die er heute Nachmittag zur Kenntnis genommen habe. Da er (Herr B._____) Frau H._____ nicht direkt kontaktiert habe, könne die Besichtigung heute nicht stattfinden. Frau H._____ habe bereits andere Pläne. Er (der Kläger) habe Recht: Er habe das Recht, die Wohnung am 3. April 2018, nach den Osterferien zu übergeben. Am 3. April 2018 sei Frau H._____ abwesend. Daher finde die Übergabe am Freitag, den 6. April 2018 um 13:00 Uhr statt. Bezüglich der Angelegenheit seines Untermieters Herrn E._____ müsse er klarstellen, dass Frau H._____ (im Auftrag der A._____ AG) ihn nicht als Mieter nehmen werde. Der Grund sei, dass Herr E._____ ihr nie vorgestellt worden sei. Er solle also bitte dafür sorgen, dass Herr E._____ bis zum 6. April 2018 die Wohnung mit all seinen Habseligkei-

ten verlassen habe. Er solle das Appartement in einem sauberen Zustand zurückgeben. Von ihm verursachte Schäden würden in einem Protokoll festgehalten. Er solle bitte den Übergabetermin bis zum 30. März bestätigen (act. 4/22/15=act. 4/26/5 S. 1).

Darauf antwortete der Kläger am Folgetag, 29. März 2018 um 15:56, er habe seinen Zeitplan überprüft. Die vorgeschlagene Zeit passe ihm nicht. In diesem Fall werde er die Schlüssel direkt per Post an Frau H. _____ zurückschicken (act. 4/22/15). Mit Schreiben vom 3. April 2018 sandte der Beklagte der Vermieterin die drei Wohnungsschlüssel zu und bat um Überprüfung der Wohnung und Zusendung der Überprüfungsergebnisse und des Abnahmeprotokolls innerhalb von zwei Wochen (act. 4/22/16).

b) Aus dieser Email-Korrespondenz geht hervor, dass der Kläger der vorzeitigen Übergabe der Wohnung, d.h. vor dem 3. April 2018, nur zugestimmt hätte, wenn die Wohnung an seinen Untervermieter E. _____ weitervermietet worden wäre. Dies ergibt sich aus der Email vom 26. März 2018 (act. 4/22/14=act. 4/26/5 S. 4) und vom 27. März 2018 13:26 (act. 4/26/5 S. 1). Er betonte darin, die offizielle Übergabe sei der 3. April 2018. Mit der Antwort von Rechtsanwalt X. _____ vom 28. März 2018 15:37 (act. 4/22/15=act. 4/26/5 S. 1) war für den Kläger klar, dass die Vermieterin E. _____ als Nachmieter nicht akzeptierte. Die Frage, ob die bislang vorgeschlagenen Besichtigungsterminvorschläge ausserhalb der üblichen Geschäftszeiten lagen (Art. 79 OR), stellt sich vorliegend nicht, handelte es sich doch bei jenen Terminangaben nur um Vorschläge, falls E. _____ als Nachmieter eingesetzt wird. Auf einen anderen als den vom Gesetz vorgesehenen Übergabetermin haben sich die Parteien nicht geeinigt. Zu erwähnen ist, dass die Rückgabe nicht persönlich durch den Mieter zu erfolgen hat. War die Sache untervermietet, kann der Mieter sie auch durch den Untermieter (als seinen Erfüllungsgehilfen) zurück geben lassen (SVIT-Kommentar/Müller, 4. Auflage, 2018, N 11 zu Art. 267-267a OR). Entgegen der Ansicht der Beklagten ist nämlich der ausziehende Mieter nicht verpflichtet, an der Wohnungsabnahme teilzunehmen (vgl. Mietrecht für die Pra-

xis/Giacomo Roncoroni, 9. Auflage, 2016, Kap. 31.5.2, S. 871; mp 2020, Anna Braun, die Wohnungsabgabe und das Abgabeprotokoll, S. 10; ZK OR-HIGI/WILDISEN 5. Auflage, 2020, Art. 267a N 24). Es handelt sich um eine Obliegenheit, die der Mieter im eigenen Interesse wahrnehmen kann. Bietet der Mieter nicht Hand für einen Abnahmetermin bzw. weigert er sich, ist es vielmehr am Vermieter, die Prüfung der Mietsache alleine vorzunehmen. Der Kläger hat die Schlüsselübergabe auf den 3. April 2018 angeboten bzw. deutlich mitgeteilt, er werde die Schlüssel - falls E. _____ nicht als Mieter akzeptiert werde - am 3. April 2018 Frau H. _____ aushändigen (vgl. Email vom 26.3.2018 (act. 4/22/14=act. 4/26/5 S. 4-5). Eine Zeitangabe nannte er nicht und musste er dafür auch nicht nennen. Es wäre an der Beklagten gewesen, dies zu tun. Wie die Beklagte selber ausführt, hätte sie einen konkreten Terminvorschlag für den 3. April 2018 abschlägig beantwortet und dem Kläger angeboten, einen Vorschlag für den 6. April 2018 zu machen. Aus dem Email-Verkehr durfte der Kläger nach Treu und Glauben schliessen, dass die Beklagte wegen der Ferienabwesenheit von Frau H. _____ am 3. April 2017 keine persönliche Schlüsselübergabe durchführen wollte. In der Email vom 29. März 2018 15:56 teilte er mit, er werde die Schlüssel direkt per Post an Frau H. _____ zurückschicken, da ihm der 6. April 2018 als Abgabetermin nicht passe (act. 4/22/15). Auf diese Email antwortete die Beklagte bzw. deren Rechtsvertreter nicht mehr. Das Vorgehen des Klägers ist in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Kläger durfte nach Massgabe der Rechtsordnung die Schlüssel per Post zurücksenden, da der Beklagten der offizielle Übergabetermin, 3. April 2019, nicht passte. Auf die angekündigte Ferienabwesenheit von Frau H. _____ (vgl. Email vom 22.3.2018, act. 4/22/14=act. 4/26/5 S. 5), damit rein persönliche Gründe, hatte der Kläger keine Rücksicht zu nehmen (BSK OR I-LEIMGRUBER, 7. Auflage, 2020, Art. 91 N 13). Überdies war der Beklagten bereits seit der ursprünglichen Kündigung auf den 31. Oktober 2017 (vgl. act. 26/2) bekannt, dass das Mietverhältnis per Ende März 2018 endet und dass es, falls sich kein Nachmieter findet, Ende März bzw. am 3. April 2018 zur Wohnungsaufgabe kommen wird. Die Beklagte selbst wies den Kläger mit Schreiben von

Rechtsanwalt lic. iur. X._____ vom 27. Oktober 2017 bzw. 22. November 2017 darauf hin, dass das Mietverhältnis bis Ende März 2018 fort dauere (act. 4/26/3-4). Es wäre an der Beklagten gewesen, sich zu organisieren und für eine Vertretung für die Schlüsselabgabe bzw. Wohnungsabgabe am offiziellen Kündigungstermin besorgt zu sein.

Der Email-Verkehr erfolgte über ihren Vertreter, Rechtsanwalt lic. iur. X._____. So schrieb der Rechtsvertreter in einer Email vom 18. Januar 2018 ausdrücklich, er vertrete Frau H._____ bzw. die A._____ AG (act. 4/22/10). Ausserdem wurde für die Bestandesaufnahme der Mängel ein weiterer Rechtsanwalt beigezogen, welcher die Fotos aufnahm und anschliessend die Mängelrüge verfasste (act. 4/3/4, act. 26/6, Protokoll Vorinstanz S. 21). Dass die Klägerin eine Fachperson für die Wohnungsabgabe beizog, war offenbar nicht ungewöhnlich. Im Zusammenhang mit der ("ersten") Kündigung vom 31. Oktober 2017 konnte nämlich die Beklagte dem Terminverschiebungsgesuch des Klägers u.a. nicht zustimmen, da sie bereits eine Fachperson aufgeboden hatte (act. 4/26/3, act. 23 S. 3). Einer der beiden Rechtsvertreter hätte die Schlüssel für Frau H._____ entgegen nehmen können. Das wollte die Beklagte aber offenbar nicht, im Wissen, dass die Frist zur Mängelrügeerhebung mit der Übergabe zu laufen beginnen würde. Sie hätte aber die Wohnung nicht persönlich prüfen müssen, sondern damit ihre Vertreter beauftragen können (ZK OR-Higi/Wildisen 5. Auflage, 2020, Art. 267a N 9). Mit ihrem Verhalten hat die Beklagte im Sinne des Gesetzes pflichtwidrig die rechtzeitige Rückgabe der Mietsache verweigert. Der Annahmeverzug der Mieterin trat deshalb bereits mit dem Übergabeangebot der Schlüssel, am 3. April 2018, ein (vgl. dazu ZK OR-HIGI/WILDISEN, 5. Auflage, 2020, Art. 267a N 62-63). Der Kläger durfte die Schlüssel mit Postaufgabe vom 3. April 2018 zurückzusenden (analog zu BGer 4A_388/2013). Dass er dies ungeachtet der konkreten Umstände auf Seiten der Beklagten durchsetzte, mag befremden, ändert aber nichts daran, dass der Kläger als Mieter zur Rückgabe der Wohnung (spätestens) per 3. April 2018 verpflichtet war, und er berechtigt war, den gegangenen Weg zu gehen.

6. a) Gemäss Art. 267 Abs. 1 OR muss der Mieter die Mietsache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Der Mieter haftet entsprechend für den vertragswidrigen oder unsorgfältigen Gebrauch der Sache (BSK OR I-WEBER, 7. Auflage, 2020, Art. 267 Rz 4). Zwingend vorausgesetzt ist eine Mängelrüge vonseiten des Vermieters (BSK OR I-WEBER, 7. Auflage, 2020, Art. 267a Rz 1). Gemäss Art. 267a OR muss der Vermieter den Zustand der Sache prüfen und Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, diesem sofort melden. Versäumt der Vermieter dies, so verliert er seine Ansprüche, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei Übungsgemässer Untersuchung nicht erkennbar waren. Massgeblich ist der Zugang der Rüge, denn es handelt sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Mängelrüge untersteht keinem Formerfordernis, erfolgt aber meist schriftlich im Anschluss an ein Rückgabeprotokoll (BSK OR I-WEBER, Art. 267a Rz 2-3; ZK OR-Higi/Wildisen, 5. Auflage, 2020, Art. 267a N 31). Die Rüge kann frühestens bei der Rückgabe erfolgen, da erst dann feststeht, in welchem Zustand der Mieter die Sache zurückgibt. Die Rückgabehandlung besteht im Regelfall in einer Übergabe der Sache an den Vermieter bzw. in einer Besitzverschaffung an den Vermieter, aus der der endgültige Verzicht des Mieters auf die weitere Benutzung der Sache zugunsten des Vermieters hervorgeht (ZK OR-Higi/Wildisen, 5. Auflage, 2020, Art. 267 N 12). Zu prüfen ist die Sache in dem Zeitpunkt, in dem sie tatsächlich zurückgegeben wird oder unmittelbar im Anschluss daran. Kann der Mieter die Rückgabe tatsächlich (z.Bsp. durch Zusendung der Schlüssel bei unbeweglichen Sachen) durchsetzen, so gilt - unabhängig von den übrigen Folgen des Annahmeverzugs - als für die Prüfung massgebender Zeitpunkt der Rückgabe der Augenblick, in dem die Rückgabehandlung durchgesetzt worden ist (ZK OR-HIGI/WILDISEN, 5. Auflage, 2020, Art. 267a N. 12-13; BSK OR I-WEBER, 7. Auflage, 2020, Art. 267a N 3). Vorliegend erfolgte die Durchsetzung der Rückgabehandlung mit der Postaufgabe der Schlüssel an die Adresse der Beklagten, nämlich am 3. April 2018 (4/22/16-17). An diesem Tag begann der Fristenlauf für die Erhebung der Mängelrüge (vgl. auch BGer 4A_388/2013 vom 7.1.2014 Erw. 2.3.2).

Die Verhältnisse zwischen den Parteien bei Beendigung der Miete soll rasch und abschliessend geregelt und dadurch spätere Schadenersatzforderungen vermieden werden (vgl. Botschaft BBl 1985 I S. 1457). Innert welcher Frist der Vermieter dem Mieter die Mängel, für die dieser einzustehen hat, melden muss, wird von der Lehre unterschiedlich beziffert. So wird eine Bedenkfrist für den Vermieter zwischen zwei bis drei Werktagen (ZK OR-HIGI/WILDISEN, 5. Auflage, 2020, Art. 267a N 33; KUKO OR-BLUMER, 1. Auflage, 2014, Art. 267/267a N 14) bzw. höchstens vier Arbeitstagen (CHK-U. HULLIGER/P. HEINRICH, 3. Auflage, 2016, OR 267-267a N 9) und einer Woche (SVIT, Das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage, Art. 267-267a N 35; Immobiliarmietrecht-Schwaninger, N 10.136) genannt. Roger Weber plädiert im Zürcher Kommentar für eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und verweist auf das Kaufrecht, wo sachspezifische Unterscheidungen getroffen werden. Der anzulegende Massstab dürfe im Mietrecht allerdings nicht grosszügiger sein als im Kaufrecht, da der Vermieter für gewöhnlich eher als geschäftserfahren zu betrachten sei als ein Käufer (BSK OR I-WEBER, 7. Auflage, 2020, Art. 267a N 3). Die Zürcher Gerichtspraxis geht jeweils von zwei bis drei Werktagen aus, innert welcher die Rüge zu erfolgen hat (vgl. z.Bsp. NG170015). Eine Rüge ist rechtzeitig beim Mieter eingegangen, wenn sie innert der Frist in dessen Zugriffsbereich gelangt, innert der ihren Eingang (Zugang) - unter Berücksichtigung der dem Vermieter zuzubilligenden Bedenkfrist - als vernünftiger und korrekter Partner, der auch um postalische Unzulänglichkeiten (Verzögerungen) wissen muss, erwarten darf. In der Regel ist dies eine Woche nach der Rückgabe (ZK OR-HIGI/WILDISEN, 5. Auflage, 2020, Art. 267a N 34; SVIT-Kommentar/Müller, 4. Auflage, 2018, N 54 zu Art. 267-267a OR). Eine Mängelrüge erst Wochen nach der Sachrückgabe ist unbeachtlich (BSK OR I-WEBER, Art. 267a N 3).

b) Für die Dauer der Bedenkfrist ist vorliegend zu berücksichtigen, dass es sich einerseits, wie sich aus dem Firmenzweck ergibt, bei der Beklagten um eine in Sachen Liegenschaftenverwaltung erfahrene Firma (vgl. Handelsregisterauszug act. 6) handelt und andererseits ein kleines Mietobjekt von lediglich 1 ½-Zimmern zu prüfen war (act. 3/2). Eine Bedenkfrist von 2-3

Werktagen ist deshalb angebracht. Die Mängelrüge hätte deshalb spätestens am 6. April 2018 - und nicht erst am 11. April 2018 - erhoben werden müssen. Ausserdem wurde der Eingang der Mängelrüge vom Kläger auf den 14. April 2018 datiert (act. 4/3/5). Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Mängelrüge um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie entfaltet ihre Wirkung, wenn sie im Zugriffsbereich des Empfängers eingetroffen ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob jener von ihr Kenntnis genommen hat. Es genügt, dass sie in seinen Machtbereich, beispielsweise durch Abholungseinladung im Briefkasten bzw. im Postfach, gelangt ist (vgl. dazu BGE 143 III 15 Erw. 4). Aus den Akten ergibt sich nicht, wann die von Rechtsanwalt Schenkel verfasste Mängelrüge vom 11. April 2018 (act. 4/3/4) der Post übergeben wurde bzw. wann sie beim Kläger eintraf. Auf die fehlende Bekanntgabe der zeitlichen Postaufgabe wurde anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung seitens des Klägers hingewiesen (Protokoll Vorinstanz zu Ziff. 8 S. 14). Darauf ging aber der Rechtsvertreter der Beklagten nicht weiter ein. Dafür, dass die Mängelrüge rechtzeitig erhoben wurde, ist die Beklagte beweispflichtig. Ob die Mängelrüge bereits am 11. April 2018 der Post übergeben wurde und am 12. April 2018 im Zugriffsbereich des Klägers eintraf, ist damit nicht bewiesen. Die Vorinstanz traf diesbezüglich keine richterliche Fragepflicht. Die richterliche Mitwirkung bei der Sachverhaltserstellung war nämlich, trotz der im Mietrecht vorherrschenden sozialen Untersuchungsmaxime, aufgrund der anwaltlichen Vertretung der Parteien eingeschränkt. Es ergibt sich aus den von der Beklagten eingereichten Unterlagen, dass der Kläger der Beklagten in seinem Schreiben vom 24. April 2018 mitgeteilt hat, die Mängelrüge am 14. April 2018 erhalten zu haben (act. 4/3/5). Wird auf den 14. April 2018 abgestellt, erweist sich die Zustellung der Mängelrüge, 11 Tage nach der Rückgabe, zweifellos als verspätet. Besondere Umstände, die eine Verlängerung der Frist rechtfertigen würden, so z.Bsp. das Vorliegen versteckter Mängel (Art. 267a Abs. 2 OR), werden vorliegend nicht geltend gemacht. Die Rüge vom 11. April 2018 ist somit offensichtlich verspätet. Das Schadenersatzbegehren der Beklagten scheitert bereits an einer gültigen Mängelrüge. Die verspätete Mängelrüge hat zur

Folge, dass der Mieter auch von der Haftung für Mängel befreit ist, für die er eigentlich einstehen müsste.

Unter diesen Umständen erübrigt es sich auf die geltend gemachten Mängel einzugehen.

8. Die Beschwerde ist demnach anzuweisen.
9. a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren bemessen sich nebst dem Zeitaufwand des Gerichtes und der Schwierigkeit des Falles nach dem Streitwert, der sich gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem Rechtsbegehren vor Obergericht bestimmt. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 1'690.60 resultiert gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 400.– für das zweitinstanzliche Verfahren.

b) Der Kläger verlangte die Zusprechung einer Entschädigung (inkl. 7.7% MwSt) für das Beschwerdeverfahren (act. 12 S. 2). Die Beschwerdeantwort umfasst neun Seiten (inkl. 1 Seite Rubrum). In Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c-e und § 4 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf Fr. 280.– festzusetzen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 280.– zuzügl. 7.7% MwSt zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss von Fr. 400.– verrechnet.

3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 301.55 (7.7% MwSt darin enthalten) zu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Mietgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'690.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
25. Juni 2021