

## **ZMP 2021 Nr. 9**

### **Art. 267 OR; Art. 267a OR; Art. 91-92 OR. Gläubigerverzug bei der Rückgabe des Mietobjekts. Rechtzeitige Mängelrüge.**

*Verweigert die Vermieterin die Rücknahme des Mietobjekts pflichtwidrig, obwohl der Mieter die Rückgabe gehörig anbietet (Verbaloblation), gerät sie in Annahmeverzug. Die Rückgabehandlung kann diesfalls mit der Postaufgabe der Schlüssel an die Vermieterin erfolgen, womit auch der Fristenlauf für die Erhebung der Mängelrüge beginnt. Angesichts der in Sachen Liegenschaftsverwaltung erfahrenen Vermieterin und dem kleinen Mietobjekt von lediglich 1½-Zimmern erweist sich eine Frist von zwei bis drei Tagen für die Erhebung der Mängelrüge als angemessen.*

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** MG190021-L/U vom 23. Oktober 2020 (Obergerichts-Entscheid im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Mosele, Gerichtsschreiber Meienberg):

«(...)

### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

#### **1. Sachverhalt**

1.1. Mit Mietvertrag vom 19. September 2014 mietete der Kläger und Widerbeklagte (nachfolgend Kläger) von der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend Beklagte) die 1.5-Zimmerwohnung im 1. OG an der N.-strasse x in Zürich, zu einem Mietzins von Fr. 1'380.– brutto. Die Parteien vereinbarten die Leistung eines Depots in der Höhe von Fr. 4'140.–, welches auf ein Mieterkautionkonto bei der Bank A. hinterlegt wurde. Der Mietvertrag war dreimonatlich im Voraus auf Ende März und Ende September kündbar, jedoch frühestens auf Ende September 2015.

1.2. Der Kläger kündigte das Mietverhältnis per 31. Oktober 2017 ohne den Kündigungstermin einzuhalten. Er bezahlte in der Folge den Mietzins bis zum nächsten Kündigungstermin Ende März 2018 und vermietete das Mietobjekt zuletzt an Herrn B. unter.

1.3. Mit E-Mail vom 22. März 2018 forderte der Rechtsvertreter der Beklagten den Kläger auf, für die Übergabe des Mietobjekts einen Termin vor dem 28. März 2018 vorzuschlagen, danach sei Frau C. [die Verwaltungsrätin und Verwalterin der Beklagten] in den Osterferien. Der Kläger antwortete mit E-Mail vom 26. März 2018, nach schweizerischem Recht habe die Übergabe am 3. April 2018 stattzufinden. Er schlug eine Besichtigung der Wohnung vor dem 28. März 2018 im Beisein von Herrn B. vor, welcher die Wohnung gerne übernehmen wolle. Falls alles klappe, könnten nach der Erstellung des Abnahmeprotokolls die Schlüssel direkt Herrn B. übergeben werden. Andernfalls werde er die Schlüssel am 3. April 2018 Frau C. zuschicken. Mit E-Mail vom 28. März 2018 erwiderte der Rechtsvertreter der Beklagten dem Kläger, dass eine Besichtigung der Wohnung an jenem Tag nicht stattfinden könne. Es sei richtig, dass der Kläger das Recht habe, die Wohnung am 3. April 2018 zu übergeben, aber Frau C. sei an diesem Datum abwesend, weshalb die Übergabe am 6. April 2018 stattfinden werde. Frau C. sehe zudem davon ab, Herrn B. als Mieter zu akzeptieren. Am 29. März 2018 setzte der Kläger den Rechtsvertreter der Beklagten per E-Mail in Kenntnis, dass er am vorgeschlagenen Datum verhindert sei und daher die Schlüssel Frau C. zuschicken werde.

1.4. Mit Schreiben vom 11. April 2018 liess die Beklagte dem Kläger eine Mängelrüge zukommen. Mit Schreiben vom 24. April 2018 antwortete der Kläger, dass er die Ansprüche nicht akzeptiere. Er verlangte das Abgabeprotokoll des Vormieters sowie die in der Mängelrüge erwähnten Fotos.

1.5. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 liess die Beklagte dem Kläger eine Schlussabrechnung zukommen. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2018 bestätigte der Kläger den Erhalt der Schlussabrechnung, wies diese vollständig zurück und bat um Stornierung der Rechnung sowie um Auszahlung des gesamten Mietzinsdepots innert 30 Tagen. Zudem forderte er die Belege für die Forderungen sowie für das Alter der Gegenstände. Darauf wurde dem Kläger mit Schreiben vom 15. November 2018 die Schlussabrechnung samt den Rechnungen der Handwerker zugestellt.

1.6. 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 Betreibungskosten

ten und weitere Umtriebe in der Höhe von Fr. 250.– zu bezahlen. Der Kläger erhob gegen die gesamte Forderung Rechtsvorschlag.

## 2. *Prozessgeschichte*

[...]

## II. Prozessuales

[...]

## III. Materielles

### 1. *Ausgangslage*

Während der Kläger die Freigabe des Mieterkautionskontos im vollen Umfang beantragt, macht die Beklagte eine Forderung aufgrund von Mängeln bei der Wohnungsrückgabe geltend. Zumal die Mietkaution nach Art. 257e OR dazu dient, Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis sicherzustellen, ist die Forderung der Beklagten im Folgenden zu prüfen.

### 2. *Mängel bei der Wohnungsrückgabe*

Der Mieter muss die Sache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt (Art. 267 Abs. 1 OR). Bei der Rückgabe muss der Vermieter den Zustand der Sache prüfen und Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, diesem *sofort* melden (Art. 267a Abs. 1 OR; Hervorhebung hier).

#### 2.1. *Rechtzeitigkeit der Mängelrüge*

2.1.1. Der Kläger bringt vor, er habe die Schlüssel wie angekündigt am 3. April 2018 der Post übergeben. Die Beklagte hätte diese am 4. April 2018 annehmen können. Sie habe die Schlüssel jedoch erst am 6. April 2018 bei der Post abgeholt, da die professionelle Verwaltung an einem der Hauptabgabetermine für Wohnungen offensichtlich ohne bevollmächtigte Stellvertretung in den Osterferien gewilt habe. Die Beklagte habe im Voraus gewusst, dass der Kläger am 3. April 2018 die Wohnung habe abgeben wollen und habe sogar eine anwaltliche Vertretung gehabt, die dann bei der Mängelrüge bzw. der Besichtigung offenbar anwe-

send gewesen sei. Der Vermieter sei verpflichtet, die Mietsache zurückzunehmen, wenn der Mieter sie zurückgeben wolle. Die Beklagte habe die Mietsache erst am 6. April 2018 angenommen und sich damit in Annahmeverzug befunden. Die Mängelrüge vom 11. April 2018, eine ganze Woche nach der ersten möglichen Annahme der Schlüssel, sei somit verspätet, womit die Beklagte sämtliche Mängelrechte verwirkt habe. Es sei auch nicht so, dass einem Vermieter mehr Tage zugestanden werden müssen, nur weil der Mieter den Schlüssel zurückschicke. Dies widerspreche Lehre und Rechtsprechung.

2.1.2. Die Beklagte hält dafür, die Mängelrüge sei rechtzeitig erfolgt und habe sicherlich nicht immer innerhalb von zwei bis drei Tagen zu erfolgen. Im Übrigen sei sie innerhalb von zwei Arbeitstagen nach der angekündigten Abnahme erfolgt, dazwischen habe ein Wochenende gelegen. Der Beklagten vor diesem Hintergrund vorzuwerfen, die Mängelrüge sei zu spät erfolgt, sei absolut unzutreffend. Dies insbesondere, weil – sofern der Mieter bei der Abnahme nicht mitwirke – dem Vermieter entsprechend mehr Zeit eingeräumt werden müsse. Denn bei einer normalen Übergabe weise der Mieter den Vermieter auf Dinge hin, die aus seiner Erfahrung durch das Bewohnen der Wohnung nicht mehr in Ordnung seien. Wenn aber der Vermieter die Wohnung selbst inspizieren müsse, müsse er einen entsprechenden Mehraufwand betreiben. Ihm könne damit nicht vorgeworfen werden, dass er etwas mehr Zeit für die Abnahme brauche. Der Vorwurf, dass die Verwalterin in den Osterferien gewesen sei, greife hier nicht. Die Datumskonstellation sei jeweils rein zufällig und es sei dem Mieter bzw. dem Kläger ein akzeptabler Termin angeboten worden. Es sei ihm sogar mitgeteilt worden, dass Herr B. die Zeit nutzen könne, um seine Sachen zu packen und am 6. April 2018 die Wohnungsabnahme stattfinden werde. Die Beklagte sei sicherlich nicht in Annahmeverzug gewesen. Dies wäre sie gewesen, wenn der Kläger am 6. April 2018 erschienen wäre, sie jedoch nicht. Indem der Kläger die Schlüssel bereits zurückgesandt habe, sei der Abnahmetermine ohnehin dahingefallen. Mit diesem Argument könne sich der Kläger nicht aus der Verantwortung ziehen. Er sei haftbar für die von ihm verursachten Verunreinigungen und die entsprechenden Schadenersatzpositionen, die er ebenfalls verursacht habe.

2.1.3. Die Mängelrüge hat – um dem Tatbestandsmerkmal "sofort" zu genügen – in der Regel innerhalb von zwei oder drei Werktagen (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 267a OR N 33; Mietrecht für die Praxis/RONCORONI, 9. Aufl., S. 874, siehe insbesondere die Hinweise zu Rechtsprechung und Lehrmeinungen in Fussnote 74; KUKO OR-BLUMER, Art. 267/267a N 14; Anna Braun, Die Wohnungsabgabe und das Abgabeprotokoll, in: mp 1/20 S. 14; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG170015 v. 4.10.2017 S. 18) oder unter besonderen Umständen spätestens innert einer Woche (vgl. SVIT-Komm.-MÜLLER, 4. Aufl., Art. 267-267a OR N 54 und HAP-Immobiliarmietrecht/SCHWANINGER, Basel 2016, § 10 N 10.136 mit entsprechenden Anmerkungen; siehe auch differenziert BSK OR I-WEBER, 7. Aufl., Art. 267a N 3) nach der Rückgabe zu erfolgen. Versäumt es der Vermieter, Mängel zu rügen, obwohl diese erkennbar sind, oder erfolgt die Mängelrüge verspätet, so verwirkt er seine diesbezüglichen Schadenersatzansprüche (Art. 267a Abs. 2 OR).

2.1.4. Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Verwalterin der Beklagten die postalisch zugestellten Schlüssel am Freitag, 6. April 2018, bei der Post abholte und am Mittwoch, 11. April 2018, eine Mängelrüge erhoben wurde. Ausgehend vom 6. April 2018 erfolgte die Mängelrüge am dritten Werktag nach der Rückgabe, sodass diese auch nach konservativer Ansicht als rechtzeitig zu erachten wäre. Im Folgenden ist darauf einzugehen, ob der Rückgabezeitpunkt – wie der Kläger geltend macht – vor dem 6. April 2018 ausfällt, da er die Rückgabe des Mietobjekts per 3. April 2018 anbot und – nachdem die Beklagte dies ablehnte – ihr die Schlüssel an diesem Tag postalisch zukommen liess.

2.1.5. Der Vermieter ist verpflichtet, das Mietobjekt zurückzunehmen (Mietrecht für die Praxis/RONCORONI, a.a.O., S. 866; Anna Kley, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache – praktische Fragen, in: mp 4/13 S. 261; SVIT-Komm.-Bättig, a.a.O., Art. 264 OR N 26; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 264 N 8 und Art. 267 N 3e). 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-HIGI/WILDISEN, Art. 267 OR N 12). Bei Wohn- und Geschäftsräumen ist die Rückgabe der Mietsache nach Rechtsprechung und Lehre

mit der Rückgabe aller Schlüssel erfolgt (Mietrecht für die Praxis/RONCORONI, a.a.O., S. 864; Urteile des Bundesgerichts 4A\_388/2013 v. 7.1.2014 E. 2.1, publ. in: mp 2/14 S. 143; 4A\_220/2008 v. 7.8.2008 E. 3, publ. in: mp 1/09 S. 21 ff. und MRA 4/08 S. 180; 4C.446/2006 v. 26.3.2007 E. 4.1; BGE 119 II 36 E. 4.2). Die Rückgabeleistung im Bereich der Immobiliarmiete ist eine Ortsschuld, womit der Erfüllungsort der Ort der gelegenen Sache ist (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 267 OR N 45; BK OR-WEBER, 2. Aufl., Art. 74 N 37). Die Rückgabe hat weiter – Art. 79 OR folgend – zu üblichen Geschäftszeiten zu erfolgen. Gemäss Art. 91 OR kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlung, ohne die der Schuldner nicht zu erfüllen imstande ist, in ungerechtfertigter Weise verweigert. Pflichtwidrig ist die Verweigerung der Annahme auch dann, wenn sie nur wegen Mängeln an der Mietsache erfolgt (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 267 OR N 63). Der Gläubiger trägt das Risiko der Annahmeverweigerung der Leistung (BGE 119 II 437 E. 2.b). Verweigert der Vermieter die Annahme, können die Schlüssel gemäss Art. 92 Abs. 1 OR hinterlegt werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_220/2008 v. 7.8.2008 E. 3). Nach herrschender Lehre kann der Mieter auch (sämtliche) Schlüssel stattdessen direkt dem Vermieter zustellen (SVIT-Komm.-BÄTTIG, a.a.O., Art. 264 OR N 25 m.w.H.). Verweigert der Vermieter die Rücknahme, obwohl er dazu verpflichtet ist, gilt die Rückgabe der Mietsache in dem Zeitpunkt als erfolgt, zu dem der Mieter die Rückgabe der Schlüssel angeboten hat (Mietrecht für die Praxis/RONCORONI, a.a.O., S. 866 mit Verweis auf BGE 119 II 437 E. 2.b).

2.1.6. Die Überprüfung auf Mängel hat im Zeitpunkt zu erfolgen, in dem die Mietsache tatsächlich zurückgegeben wird oder unmittelbar im Anschluss daran. In besonderen, durch das Verhalten des Mieters bedingten Fällen – wie z.B. heimliche Wohnungsräumung und gleichzeitiges Verschwinden des Mieters vor dem vereinbarten Rückgabetermin – kann das auch erst drei Tage nach der "Rückgabe" sein oder gar noch später, z.B. wenn nach dem Ablauf der Mietdauer mittels polizeilicher Hilfe die Mietsache beschafft oder der Zugang zu ihr bewerkstelligt werden muss. Unmassgebend ist demgegenüber, ob die Rückgabe vorzeitig oder verspätet erfolgt. Nicht massgebend ist ebenfalls der Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis zu beenden und die Mietsache ordnungsgemäss zurückzugeben ist bzw. wäre (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 267a OR N 14; vgl. auch ZMP 1992 Nr. 17

E. 1a). Findet keine gemeinsame Rückgabe bzw. Rücknahme des Mietobjekts statt, sondern werden – wie vorliegend – die Schlüssel, nachdem die Vermieterin die Rücknahme verweigert hat, ihr postalisch zugestellt, stellt sich die Frage, wann der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgabe zu verorten ist. HIGI/WILDISEN führen dazu aus, könne der Mieter die Rückgabe tatsächlich (z.B. durch Zusendung der Schlüssel bei unbeweglichen Sachen) durchsetzen, so gelte – unabhängig von den übrigen Folgen des Annahmeverzugs – als für die Prüfung massgebender Zeitpunkt der Rückgabe der Augenblick, in dem die Rückgabehandlung durchgesetzt worden sei (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 267a OR N 15). Sie präzisieren, bei der Zusendung aller Schlüssel durch den Mieter z.B. sei das im Zeitpunkt der Annahmeverweigerung der Sendung der Fall; sei eine Abholungseinladung notwendig, so sei die Rückgabe "im Regelfall spätestens" mit dem unbenützten Ablauf der Abholfrist vollzogen. Dies in Analogie zu den Grundsätzen der Empfangstheorie bei Willenserklärungen, indes mit dem Vorbehalt, die direkte Anwendung der Grundsätze der Empfangstheorie falle ausser Betracht, da die Rückgabehandlung Besitzverschaffung und nicht empfangsbedürftige Willenserklärung sei (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 267a OR N 15 sowie Fn. 24).

2.1.7. Das Bundesgericht verortete im Urteil 4A\_388/2013 die Rückgabe auf den Tag, an welchem die Mieterin die Schlüssel – wie zuvor von ihr angekündigt, wenn keine Reaktion auf den von ihr vorgeschlagenen Rückgabetermin erfolge – mit eingeschriebenem Brief an die Liegenschaftsverwaltung sandte (Urteil des Bundesgerichts 4A\_388/2013 v. 7.1.2014 Sachverhalt und E. 2.3.2., publ. in: mp 2/14 S. 143 ff.; vgl. auch Urteil des Mietgerichts Horgen MG170001 v. 11.1.2019 E. II.3.5.2., publ. in: mp 3/19 S. 249 ff. und MRA 2/20 S. 95 ff. mit Kommentierung).

2.1.8. Gemäss Ziffer 14 der "Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume", welche zum integrierenden Bestandteil des Mietvertrages erklärt wurden, hat die Rückgabe spätestens am Tag nach Beendigung der Miete um 12.00 Uhr bzw. – fällt 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 hervorgeht, hat 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 war Ostersonntag). Dieses Angebot war ausreichend (Verbaloblation). Der Rechtsvertreter der Beklagten bestätigte zwar, dass der Kläger das Recht habe, das Mietobjekt an diesem Tag zurückzugeben, lehnte dieses Datum aber aufgrund der Osterferienabwesenheit von Frau C., der Verwalterin der Beklagten, ab und schlug eine Übergabe am 6. April 2018 vor, was der Kläger ablehnte, da ihm dieses Datum nicht passe. Zu Recht bemerkte der Kläger, dass es sich beim 3. April 2018 um einen Hauptabgabetermin handelte und es war der Beklagten – der Kläger kündigte ursprünglich bereits per 31. Oktober 2017 – seit langer Zeit bekannt, dass auf Anfang April 2018 die Rückgabe des Mietobjekts anstand. Es handelte sich damit in keiner Weise um eine überraschende oder kurzfristige Rückgabe. Darüber hinaus ist die verweigerte 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 (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, 10. Aufl., Band II, N 2395 f.). Die Beklagte war ferner bereits zu diesem Zeitpunkt anwaltlich vertreten, lief die Korrespondenz betreffend die Rückgabe doch über ihren Rechtsvertreter. Durch die bewusst und pflichtwidrig verweigerte Rücknahme des Mietobjekts am 3. April 2018 geriet die Beklagte in Annahmeverzug.

2.1.9. Aufgrund der verweigerten Rücknahme stellte der Kläger die Schlüssel der Beklagte am 3. April 2018 postalisch zu. Daraus geht der endgültige Verzicht des Klägers auf die Benutzung des Mietobjekts sowie die Übertragung des Besitzes daran hervor. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgabe des Mietobjekts ist vorliegend – dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_388/2013 folgend – am 3. April 2018, spätestens jedoch am 4. April 2018, als die Schlüssel der Beklagten zur Abholung gemeldet wurden, mithin in ihren Machtbereich gelangten. Wurde nun die Rückgabe des Mietobjekts am 3. bzw. spätestens am 4. April 2018 durchgesetzt, erfolgte die Mängelrüge vom 11. April 2018 am sechsten bzw. fünften Werktag danach. Wie erläutert, kam für die Beklagte die Rückgabe des Mietobjekts bzw. die postalische Zustellung der Schlüssel aufgrund der Ankündigung des Klägers nicht überraschend. Zuerst stand ein Datum vor dem 28. März 2018 für die Rückgabe zur Debatte und bereits am 26. März 2018 kündigte der Kläger die postalische

Rückgabe der Schlüssel an, sollte am 3. April 2018 keine Übergabe möglich sein. Zwar hatte der Kläger Kenntnis von der Ferienabwesenheit von Frau C. über Ostern, doch lief schon die Korrespondenz betreffend die Rückgabe über den Rechtsvertreter der Beklagten und erfolgte die Bestandaufnahme der Mängel auch an dem von ihr vorgeschlagenen 6. April 2018 unter Mitwirkung eines weiteren Rechtsanwalts. Er verfasste nicht nur die Mängelrüge, sondern schoss nach Darlegung der Beklagten auch die Fotos der Mängel. Die Beklagte hatte also nicht nur einen, sondern sogar gleich zwei Rechtsanwälte zur Hand. Von einer privaten Person, der mehr Zeit eingeräumt werden muss, auch um Rat einzuholen (vgl. HAP-Immobiliarmietrecht/SCHWANINGER, a.a.O., § 10 N 10.136), kann daher vorliegend keine Rede sein. Beim Mietobjekt handelt es sich zudem lediglich um eine 1.5-Zimmerwohnung 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, verfängt vorliegend nicht. Denn der Kläger bestreitet das Vorliegen von Mängeln mit Ausnahme desjenigen des Rollladens, dessen Defekt er vor Ende des Mietverhältnisses bereits der Beklagten schriftlich meldete, was diese zwar bestritt, jedoch aus der E-Mail-Korrespondenz hervorgeht. Auch wurde von Seiten der Beklagten nicht vorgebracht, es habe sich um versteckte Mängel gehandelt. Einzig die Anzahl gerügter Mängel könnte noch für eine grosszügige Handhabung der Rügefrist sprechen. Da dem Kläger jedoch in der Schlussrechnung vom 15. November 2018 lediglich vier Positionen angelastet wurden, relativiert sich die Anzahl Mängel wieder. Zumal aufgrund der grossen Anzahl Mängel in der Mängelrüge davon auszugehen ist, dass jeder entdeckte Mangel darin aufgenommen wurde, greift auch das Argument von Müller 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 erweist sich die Mängelrüge vom 11. April 2018 im vorliegenden Fall als verspätet, womit die Beklagte ihre Ansprüche verwirkte (Art. 267a Abs. 2 OR).

(...).»

\* \* \* \* \*

Aus dem Urteil des **Obergerichts des Kantons Zürich** PD200015-O/U vom 23. Juni 2021 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Stammbach, Bantli-Keller, Gerichtsschreiberin Vourtsis-Müller):

«(...)

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. 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 ei-

nen andern vorschlagen können. Ihm sei denn auch am 28. März 2018 tatsächlich mitgeteilt worden, dass die Abnahme erst am 6. April 2018 stattfinden könne. Der Kläger selbst habe aber keinen Abgabetermin am 3. April 2018 vorgeschlagen – vermutlich weil er selbst in den Osterferien gewelt 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 beträfen 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 ungerechtfertigt 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.

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 Werkzeuge, 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. Lügen 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.

b) Der Kläger brachte u.a. vor, unbestrittenermassen habe er in seiner Mail vom 26. März 2018 der bereits dannzumal anwaltlich vertretenen Beklagten angekündigt, dass er am 3. April 2018 die Schlüssel für die Wohnung an Frau C. von der Verwaltung termingerecht abgeben werde, sofern sein Untermieter, Herr B., nicht als Nachfolgemmieter übernommen werde. Zutreffend halte die Vorinstanz fest, dass das Angebot des Klägers ausreichend gewe-

sen 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 B., den Mietvertrag übernehmen könnte. Für eine normale ordentliche Abgabe, ohne Herrn B. als Nachfolgemmieter, habe er den 3. April offeriert. Indem der Kläger den 27. März 2018 für eine Inspektion vorgeschlagen habe, habe er sogar die Ferien von Frau C. von der Verwaltung berücksichtigt. Selbst wenn der Terminvorschlag von 18:00 Uhr ausserhalb der Bürozeiten von Frau C. 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 B. 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 gewelt. 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 C. Herrn B. 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 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 angegeben 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.

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 Abgabetermin 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. 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 Einschreiben 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 Herrn B. vermieten möchte. Mit Email vom 13. März 2018 forderte der Rechtsanwalt der Beklagten den Kläger auf, eine Aufenthaltsbewilligung, einen Arbeitsvertrag und einen aktuellen Betreibungsregisterauszug für diesen Nachmieter einzureichen. Mit E-Mail vom 22. März 2018 teilte der Rechtsanwalt dem Kläger mit, Frau C. sei bis jetzt

nicht überzeugt, Herrn B. 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 C. in den Osterferien. 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 B. gesprochen, um seine Bedenken und Wünsche zur Kenntnis zu nehmen. Herr B. sei sehr daran interessiert, den Vertrag mit Frau C. zu unterschreiben, um das Appartement weiter zu mieten. Gemäss seinen Angaben bestehe Frau C. darauf, zuerst die Übergabe zu machen, bevor sie den Vertrag mit Herrn B. unterschreibe. Obwohl diese beiden Dinge aus seiner Sicht nichts miteinander zu tun hätten, könne er im Interesse von Herrn B. vorschlagen, dass sie nächste Woche vor dem 28. März 2018 eine Besichtigung der Wohnung durchführten. Wenn alles klappe, z.B. keine Unstimmigkeiten in wichtigen Punkten bestünden und das Abnahmeprotokoll unterschrieben sei, könne Herr B. den Vertrag mit Frau C. unterschreiben und die Schlüssel würden direkt an Herrn B. übergeben. Andernfalls werde er die Schlüssel am 3. April 2018 an Frau C. aushändigen. Falls Frau C. mit einer Besichtigung einverstanden sei, damit Herr B. den Vertrag anschliessend unterschreiben könne, bitte er, folgende Dinge mitzuteilen.

1. Der Besichtigungstermin wäre am 27.3.2018 um 18:00 Uhr, ist das für Frau C. ok. Ich habe dies bereits mit Herrn B. abgeklärt.
2. Ist diese Inspektion für grössere Mängel und/oder kleinere Mängel?
3. Muss Herr B. seine persönlichen Sachen aus der Wohnung nehmen oder nicht?

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 C. Am gleichen Tag um 10:35 Uhr mailte der Kläger dem Rechtsvertreter der Beklagten, er müsse die Zeit mit Herrn B. abklären, da er die Schlüssel habe. Was die Details der Besichtigung betreffe, bitte er, ihn

und Herrn B. 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 B. es auf 16:00 Uhr schaffe, könne Frau C. 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 C. könne den Vertrag mit Herrn B. unterschreiben. Ein anderes Problem sei der Rollladen in der Wohnung. Er habe anfangs März Frau C. 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. Gleichentags um 11:46 Uhr antwortete der Rechtsvertreter, Frau C. 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 C. über die Natelnummer ... in Verbindung setzen. Sie wolle die Übergabe mit ihm persönlich machen, da er und nicht Herr B. 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. Gleichentags um 13:26 Uhr schrieb der Kläger dem Rechtsvertreter, er habe Herrn B. kontaktiert. Der Besichtigungstermin werde am 28. März 2018 um 16:00 Uhr sein. Herr B. sei um 16:00 Uhr vor Ort und werde auf Frau C. 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 C. 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 B., damit er anschliessend den Vertrag mit Frau C. unterzeichnen könne, wie von Frau C. verlangt. Die offi-

zielle 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.

Am 28. März 2018 um 15:38 (bzw. 15:37) Uhr mailte der Rechtsanwalt, er bedanke sich für die Antwort, die er heute Nachmittag zur Kenntnis genommen habe. Da er (der Kläger) Frau C. nicht direkt kontaktiert habe, könne die Besichtigung heute nicht stattfinden. Frau C. 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 C. abwesend. Daher finde die Übergabe am Freitag, den 6. April 2018 um 13:00 Uhr statt. Bezüglich der Angelegenheit seines Untermieters Herrn B. müsse er klarstellen, dass Frau C. (im Auftrag der Beklagten) ihn nicht als Mieter nehmen werde. Der Grund sei, dass Herr B. ihr nie vorgestellt worden sei. Er solle also bitte dafür sorgen, dass Herr B. bis zum 6. April 2018 die Wohnung mit all seinen Habseligkeiten 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.

Darauf antwortete der Kläger am Folgetag, 29. März 2018 um 15:56 Uhr, er habe seinen Zeitplan überprüft. Die vorgeschlagene Zeit passe ihm nicht. In diesem Fall werde er die Schlüssel direkt per Post an Frau C. zurückschicken. 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.

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 Herrn B. weitervermietet worden wäre. Dies ergibt sich aus der Email vom 26. März 2018 und vom 27. März 2018 13:26. Er betonte darin, die offizielle Übergabe sei der 3. April 2018. Mit der Antwort des Rechtsanwalts vom 28. März 2018, 15:37 Uhr, war für den Kläger klar, dass die Vermieterin Herrn B. als Nachmieter nicht ak-

zeptierte. 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 Herr B. als Nachmieter eingesetzt wird. Auf einen anderen als den vom Gesetz vorgesehen 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) zurückgeben 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 Praxis/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 Herr B. nicht als Mieter akzeptiert werde – am 3. April 2018 Frau C. aushändigen. 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 C. am 3. April 2017 keine persönliche Schlüsselübergabe durchführen wollte. In der Email vom 29. März 2018, 15:56 Uhr, teilte er mit, er werde die Schlüssel direkt per Post an Frau C. zurückschicken, da ihm der 6. April 2018 als Abgabetermin nicht passe. 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 2018, nicht passte. Auf die angekündigte Ferienabwesenheit von Frau C., 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 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 des Rechtsanwalts vom 27. Oktober 2017 bzw. 22. November 2017 darauf hin, dass das Mietverhältnis bis Ende März 2018 fortduere. 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 Rechtsanwalt. So schrieb der Rechtsvertreter in einer Email vom 18. Januar 2018 ausdrücklich, er vertrete Frau C. bzw. die Beklagte. Ausserdem wurde für die Bestandesaufnahme der Mängel ein weiterer Rechtsanwalt beigezogen, welcher die Fotos aufnahm und anschliessend die Mängelrüge verfasste. 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. Einer der beiden Rechtsvertreter hätte die Schlüssel für Frau C. entgegennehmen 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 durch-

setzte, 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.B. 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. 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 [recte: Basler 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.B. NG170015). Eine Rüge ist rechtzeitig beim Mieter eingegangen, wenn sie innert der Frist in dessen Zugriffsbereich gelangt, innert der er 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) handelt und andererseits ein kleines Mietobjekt von lediglich 1 ½-Zimmern zu prüfen war. 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. 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 vom Rechtsanwalt verfasste Mängelrüge vom 11. April 2018 der Post aufgegeben wurde bzw. wann sie beim Kläger eintraf. Auf die fehlende Bekanntgabe der zeitlichen Postaufgabe wurde anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung seitens des Klägers hingewiesen. 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. 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.B. 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.

(...).»

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

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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

Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident