

# **BGer 4C.118/2002 vom 19. August 2002**

Bundesgericht, 2002-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.118\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.118_2002)

FR: TF 4C.118/2002 du 19 août 2002

IT: TF 4C.118/2002 del 19 agosto 2002

## **Regeste**

Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Vorinstanz ist aufgrund des Beweisverfahrens zum Ergebnis gekommen, dass die Beklagten keinen tauglichen Ersatzmieter vorgeschlagen haben. Das stehe nach den Aussagen des Zeugen D.\_\_\_\_\_ fest. Aus dessen Aussagen gehe deutlich hervor, dass er in erster Linie wegen der Eigenart der Wohnung mit ihren Treppen von dieser nicht sehr angetan gewesen sei, wobei ihm die Offerte einer ihm besser zusagenden und preislich günstigeren Wohnung gelegen gekommen sei; der Zustand der Wohnung habe sodann nicht seinen Vorstellungen entsprochen, wobei die Diskussionen mit der Z.\_\_\_\_\_ AG über allfällige Renovationsarbeiten und damit möglicherweise verbundene Mehrkosten ihm den Absageentscheid erleichtert hätten. Selbst wenn dieser letzte Aspekt dem Kläger zuzurechnen wäre, seien die beiden anderen Kriterien für D.\_\_\_\_\_ die massgeblichen gewesen. Es spiele daher keine Rolle, ob der Kläger als Vermieter gehalten gewesen wäre, gewisse von den Beklagten bereits vor der Kündigung gerügte Mängel ohne Mietzinsaufschlag zu beheben; deshalb sei auch entbehrlich zu prüfen, ob und welche Mängel die Wohnung aufgewiesen habe und in welchem Ausmass der Kläger zu deren Behebung verpflichtet gewesen wäre.

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 264 Abs. 1 OR ist der Mieter im Fall vorzeitiger Rückgabe der Mietsache von seinen Verpflichtungen nur befreit, wenn er einen für den Vermieter zumutbaren Mieter vorschlägt; dieser muss zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen. Die Vorinstanz hat diese Bestimmung zutreffend dahingehend ausgelegt, dass es entscheidend auf die Bereitschaft des Ersatzmieters ankommt, den bestehenden Vertrag zu übernehmen. Fehlt diese Bereitschaft aus Gründen, welche der Vermieter nicht zu vertreten hat, kann die betreffende Person nicht als tauglicher Ersatzmieter betrachtet werden. Bietet der Vermieter schlechtere Bedingungen an, ist sein Verhalten aber nicht ursächlich für die fehlende Bereitschaft des Ersatzmieters, verwirkt der Vermieter seine Ansprüche aus Art. 264 Abs. 2 OR nicht (vgl. SVIT-Kommentar Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 456 Rz. 12). So verhielt es sich im vorliegenden Fall gemäss den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, an welche das Bundesgericht im Berufungsverfahren gebunden ist ( Art. 63 Abs. 2 OG ). Was die Beklagten mit der Anschlussberufung vorbringen, erschöpft sich in unzulässiger Kritik an diesen Feststellungen und der Beweiswürdigung der Vorinstanz. Darauf ist nicht einzugehen. Wenn sie dem Obergericht in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Untersuchungsmaxime und bundesrechtlicher Beweisregeln ( Art. 8 ZGB und Art. 274d

Abs. 3 OR ) vorwerfen, verkennen sie die Tragweite dieser Bestimmungen. Art. 8 ZGB schreibt nach ständiger Rechtsprechung den Gerichten nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären ist und wie die Beweise zu würdigen sind ( BGE 122 III 219 E. 3c mit Hinweisen). Die freie Beweiswürdigung, wie sie durch Art. 274d Abs. 3 OR vorgeschrieben wird, bedeutet sodann, dass die Gerichte an keine Regeln des kantonalen Rechts betreffend den Ausschluss von Beweismitteln oder deren Wert gebunden sind (SVIT-Kommentar, S. 1002 Rz. 22). Darüber hinaus greift diese bundesrechtliche Bestimmung nicht in den Bereich der Beweiswürdigung ein und insoweit kann die Beweiswürdigung im Berufungsverfahren vor dem Bundesgericht auch nicht kritisiert werden, wie im Übrigen bereits im Rückweisungsentscheid vom 5. Dezember 2000 (4C.386/1999 E. 2) festgehalten worden ist.

### **E. 1.2**

Die Beklagten haben im Verfahren vor dem Obergericht behauptet, der Kläger habe das Mietobjekt ab dem 4. Oktober 1996 selbst genutzt. Das Obergericht hat die Behauptung unberücksichtigt gelassen, weil sie erstmals im kantonalen Berufungsverfahren erhoben worden sei und damit ein unzulässiges Novum darstelle. Soweit dieses Ergebnis auf der Anwendung kantonalen Verfahrensrechts beruht, kann es nicht überprüft werden (Art. 43 Abs. 1 und 55 Abs. 1 lit. c OG). Selbst wenn im Übrigen auf die Rüge einzutreten wäre, müsste sie als unbegründet abgewiesen werden. Aus den von den Beklagten angegebenen Aktenstellen (Klageantwort S. 4 mit Hinweis auf Beilage 13) geht hervor, dass die Bedeutung ihrer damaligen Äusserungen nicht klar war, da die Behauptung in der Klageantwort weiter gefasst ist als der Inhalt der Beilage 13. In dieser, dem Faxschreiben vom 17. September 1996, teilten sie lediglich ihre Bereitschaft mit, die Wohnung schon am 4. Oktober 1996 für die nötigen Reparatur- und Sanierungsarbeiten zur Verfügung zu stellen. Konnte die Behauptung aber auch in diesem engeren Sinn verstanden werden, besteht kein Widerspruch zur Feststellung des Obergerichts, womit ein offensichtliches Versehen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG ausser Betracht fällt. Zur Berufung

### **E. 2**

Im angefochtenen Entscheid wird festgestellt, der Kläger habe die Wohnung am 22. Oktober 1996 im Zürcher Unterländer und Tages-Anzeiger inseriert, danach wieder am 21. Januar, 18. Februar, 13. resp. 14. März, 24. bzw. 25. April, 30. April, 14. resp. 28. August 1997; Publikationsorgan seien meistens die beiden genannten Zeitungen gewesen. Mit der Berufung macht der Kläger geltend, das Obergericht habe übersehen, dass die Wohnung darüber hinaus am 24. Oktober 1996 im Tages-Anzeiger, am 19. März 1997 im Zürcher Unterländer und im Tages-Anzeiger, am 6. April 1997 in der Sonntagszeitung und am 21. August 1997 in der kombinierten Ausgabe, bestehend aus Stadt-Anzeiger Glattbrugg, Anzeiger der Stadt Kloten und Anzeiger von Wallisellen, inseriert worden sei. Ob dem Obergericht insoweit offensichtliche Versehen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG vorzuwerfen sind, kann indessen offen bleiben. Solche Versehen sind bloss zu berichtigen, wenn sie entscheidenerheblich sind (Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Band II, N. 5.1 zu Art. 63 OG ; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Rz. 100 S. 138). Hier ist das nicht der Fall, wie sich im Folgenden zeigen wird (vgl. hinten E. 3.2 und 3.3).

### **E. 3**

Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe mit dem ihm gegenüber erhobenen Vorwurf, gegen die Schadenminderungsobliegenheit verstossen zu haben, Art. 264 Abs. 3 lit. b OR verletzt, denn die Obliegenheit sei nach dieser Bestimmung stark eingeschränkt, indem sich der Vermieter nur anrechnen lassen müsse, was er "absichtlich zu gewinnen unterlassen" habe. Nach Lehre und Rechtsprechung würden schwerwiegende Unterlassungen und ein bewusst treuwidriges Verhalten des Vermieters vorausgesetzt. Der Kläger habe dagegen seine Schadenminderungsobliegenheit erfüllt, indem er jeweils ein paar Monate vor den ordentlichen Kündigungsterminen inseriert habe, um die Interessenten nicht zu früh und nicht zu spät, sondern dann zu bewerben, wenn sie sich einen Wohnungswechsel überlegten. Aus diesen Gründen habe das Obergericht Bundesrecht verletzt, indem es zum Ergebnis gekommen sei, der Kläger habe den Mietzinsausfall für die Monate November und Dezember 1996 sowie Mai, Juni und Juli 1997 selbst zu tragen.

### **E. 3.1**

Nach Art. 264 Abs. 3 OR muss sich der Vermieter anrechnen lassen, was er (a) an Auslagen erspart und (b) durch anderweitige Verwendung der Sache gewinnt oder absichtlich zu gewinnen unterlassen hat. Der Regelung von Art. 264 Abs. 3 lit. b OR liegt das Prinzip zugrunde, dass der Vermieter das ihm unter den gegebenen Umständen Zumutbare zu tun hat, um den Schaden gering zu halten, der ihm aus der Vertragsverletzung des Mieters entsteht. Diese Schadenminderungsobliegenheit wird jedoch eingeschränkt, indem vom Gesetz ein absichtlicher Verstoss verlangt wird, was zeigt, dass nur bewusste und schwerer wiegende Unterlassungen zu einer Reduktion des Mietzinsanspruchs führen können ( BGE 117 II 156 E. 3a S. 158; Higi, Zürcher Kommentar, N. 84 f. zu Art. 264 OR ). Da der Mieter nach einem vorzeitigen Auszug weiterhin vertraglich gebunden bleibt, sofern er nicht einen tauglichen Ersatzmieter stellt, hat er einen solchen zu suchen und dem Vermieter vorzuschlagen. Der Vermieter darf grundsätzlich das Resultat der Suchbemühungen des Mieters abwarten. Er hat dann selbst aktiv zu werden, wenn er erkennt, dass der Mieter sich nicht oder ungenügend um die Weitervermietung bemüht (4C.387/1997 vom 29. September 1998, E. 2a, abgedruckt in Pra 1999 Nr. 54 S. 315). Es gilt jedenfalls der Grundsatz, dass es primär Sache des ausziehenden Mieters ist, einen Ersatzmieter zu suchen. Der Vermieter hat sich erst dann an der Suche zu beteiligen, wenn ihm die Untätigkeit als Verstoss gegen die Regeln von Treu und Glauben vorgeworfen werden könnte (Lachat/Trümpy, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache ( Art. 264 OR ), Fachheft Mietrecht Nr. 6, Zürich 1999, S. 33).

### **E. 3.2**

Gemäss den Feststellungen im angefochtenen Urteil haben die Beklagten zunächst Ersatzmieter gesucht und dem Kläger bzw. der Z. \_\_\_\_\_ AG zwei solche (D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_) vorgeschlagen. Nicht festgestellt wird dagegen, dass die Beklagten auch nach diesem Zeitpunkt Ersatzmieter gesucht haben. Der Kläger ist seiner Schadenminderungsobliegenheit insoweit nachgekommen, als er bzw. seine Vertreterin mit den von den Beklagten angebotenen Ersatzmietern verhandelt hat. Nach dem angefochtenen Urteil kann ihm jedenfalls nicht vorgeworfen werden, er habe nicht zu Verhandlungen Hand geboten oder die ihm von den Beklagten vorgeschlagenen Mietinteressenten nicht geprüft oder den Beklagten das Ergebnis der Prüfung zu spät mitgeteilt (vgl. dazu Higi, a.a.O., N. 85 zu Art. 264 OR ; BGE 117 II 156 E. 3a S. 158). Indem die Vorinstanz die Suchbemühungen des Klägers in der Zeit zwischen Oktober 1996 bis September 1997 als ungenügend bezeichnet, weil er durchschnittlich nur ein Inserat pro Monat in maximal zwei

Zeitungen und an fünf von zwölf Monaten keine Inserate habe erscheinen lassen, verkennt sie, dass die primär für die Erfüllung des Mietvertrages verantwortlichen Beklagten nach wie vor gehalten waren, ihrerseits Ersatzmieter zu suchen. Solange die Vertragsparteien aber trotz entsprechender Bemühungen von der einen oder anderen Seite keinen tauglichen Ersatzmieter gefunden haben, bleibt der Mieter zur Bezahlung des Mietzinses verpflichtet (Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, 4. Aufl. 1999, S. 508).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz hat die erörterten Grundsätze ausser Acht gelassen, indem sie einerseits die Bemühungen des Klägers so beurteilt hat, als hätten die Beklagten nicht auch ihrerseits nach weiteren Ersatzmietern suchen müssen, und indem sie andererseits dem Kläger zu Unrecht bewusste und schwerer wiegende Unterlassungen angelastet hat. Nachdem der Versuch der Beklagten im Herbst 1996 gescheitert war, einen tauglichen Ersatzmieter beizubringen, durfte der Kläger davon ausgehen, dass sie die Suche fortsetzen würden. Im angefochtenen Urteil wird indessen nicht festgestellt, dass die Beklagten noch etwas unternommen hätten. Es war vielmehr der Kläger, welcher die Wohnung bereits am 22. Oktober 1996 in zwei Zeitungen - eine davon mit grosser Verbreitung - inserieren liess. Dass danach bis am 21. Januar 1997 von der Seite des Klägers keine Zeitungsinserte mehr in Auftrag gegeben wurden, kann ihm nicht als bewusste und schwerer wiegende Unterlassung angelastet werden, da er darauf vertrauen durfte, dass auch die Beklagten weiterhin nach Ersatzmietern suchen würden. Der Kläger hat sodann nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil in den Monaten Januar, Februar, März und April 1997 im Hinblick auf die ortsüblichen Kündigungsstermine am 31. März und am 30. Juni mehrmals in den Zeitungen inseriert. Dass der Kläger dann mit der erneuten Inserierung bis August 1997 zuwartete, kann ihm angesichts der Ferienabwesenheit vieler potentieller Interessenten im Monat Juli ebenfalls nicht als schwerer wiegende Unterlassung vorgeworfen werden.

### **E. 3.4**

Die Beklagten haben dem Kläger somit den Mietzins für die Monate Oktober 1996 bis und mit September 1997 zu bezahlen. Bereits vor dem Obergericht war nicht mehr streitig, dass auf die Nettomiete für die Wohnung und die beiden Garagenplätze von insgesamt Fr. 2'210.-- abzustellen ist. Das ergibt für die zwölf Monate einen Gesamtbetrag von Fr. 26'520.--, auf dem unstreitig ein Verzugszins von 5 % seit 1. März 1997 geschuldet ist. Keine Einwände werden schliesslich gegen die gerichtliche Anordnung erhoben, dass sich der Kläger an diese Summe den Saldo samt aufgelaufenen Zinsen des Mietzinssperrkontos anrechnen lassen muss. Der angefochtene Beschluss des Obergerichts ist demnach in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Klage im erwähnten Umfang gutzuheissen. Im Übrigen ist die Sache zur Neuverlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 4**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten den Beklagten aufzuerlegen ( Art. 156 Abs. 1 OG ). Diese haben den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 159 Abs. 1 und 2 OG ).