

ZH_OBERGERICHT NG160005 vom 24. März 2016

ZH Obergericht, 2016-03-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG160005

FR: ZH_OBERGERICHT NG160005 du 24 mars 2016

IT: ZH_OBERGERICHT NG160005 del 24 marzo 2016

Erwägungen

E. 1

A._____ (Beklagte und Berufungsklägerin, fortan Beklagte) mietete mit Vertrag und Zusatzvereinbarung vom 13. Februar 2004 von B._____ (Klägerin und Berufungsbeklagte, fortan Klägerin) ein Einfamilienhaus inklusive Garten, diversem Inventar sowie zweier Parkplätze an der D._____ -Strasse ... zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 5'980.00 (act. 7/3/4-5). Das Mietobjekt wurde während der Mietdauer von einer durch die Beklagte unterhaltenen Wohngemeinschaft, bestehend aus Personen mit psychischen und sozialen Schwierigkeiten sowie Alzheimer, bewohnt (act. 7/1 S. 3; vgl. act. 7/54 S. 7 sowie act. 7/56/2). Mit Schreiben vom 24. April 2006 wurde das Mietverhältnis von der Beklagten per 31. Juli 2006 gekündigt (act. 7/3/8). Vor Rückgabe des Mietobjekts gelangte die Klägerin mit mehreren Schreiben an die Beklagte, in denen sie u.a. diverse Schäden am Mietobjekt beanstandete und die fachmännische Instandstellung verlangte (act. 7/1 Rz. 3; act. 7/3/11-13). Im Juli 2006 leitete die Klägerin gegen die Beklagte eine Betreibung wegen Forderungen aus nicht bezahlten Mietzinsen und Mieterschäden ein (act. 7/3/3c). Am 16. August 2006 erfolgte im Mietobjekt eine Bestandesaufnahme durch Herrn E._____, einen durch die Beklagte beigezogenen Experten des Mieterverbandes (act. 7/54 S. 7; Prot. Vi S. 41; act. 7/68). Die Abnahme des Mietobjektes fand am 29. September 2006 statt (act. 7/3/9). Es wurden je separat Protokolle über den Mietobjektszustand von dem durch die Beklagte beigezogenen Experten des Mieterverbandes, Herrn E._____, sowie von dem von der Klägerin aufgebotenen Experten für Wohnungsabnahmen, Herrn F._____, erstellt (act. 7/3/10; act. 7/3/17). Am 14. Oktober 2006 wurde vom HEV Zürich – im Nachgang zur Begehung des Mietobjekts am 8. September 2006 – eine Zustandsaufnahme erstattet (act. 7/3/19).

E. 1.1

Die Beklagte bringt in ihrer Berufungsschrift vor, nach Art. 8 ZGB habe die Klägerin zu beweisen, dass die Mängelrüge rechtsgenügend erhoben wurde. Die Vorinstanz argumentiere, weil sie (die Beklagte) nicht nachweisen können, die Mängelrüge nicht (rechtzeitig) erhalten zu haben, sei davon auszugehen, dass sie diese eben doch rechtzeitig erhalten habe. Dadurch auferlege ihr die Vorinstanz nicht nur die Bestreitungslast, sondern in unzulässiger Weise (faktisch) auch die Beweislast. Nach der Beweislastregel von Art. 8 ZGB sowie dem Grundsatz *negativa non sunt probanda* liege es nicht an ihr zu beweisen, dass sie die fragliche Mängelrüge nicht (rechtzeitig) erhalten habe. Die Bestreitungslast dürfe nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen, indem die beweisfreie Partei dartun müsse, weshalb eine von ihr bestrittene Behauptung unrichtig sei. Die Klägerin habe die angeblich versandten Mängelrügen unbestrittenermassen nicht per Einschreiben versandt und ihre übrigen Beweismittel würden zur Erbringung des nötigen Beweises nicht genügen, weshalb die Klägerin die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe (act. 2 Rz.

4, 11 und 15).

E. 1.2

Bei der Mängelrüge des Vermieters gemäss Art. 267a Abs. 1 OR handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Diese entfaltet ihre Wirkung mit dem Eintreffen in den Zugriffsbereich des Empfängers resp. Mieters. Bei einer von der Post zugestellten gewöhnlichen Sendung ist dies der Fall, wenn sie zu einer Zeit, in der mit der Leerung gerechnet werden darf, in den Briefkasten oder das Postfach gelegt wird. Ob der Mieter auch tatsächlich von der Mängelrüge

- 10 - Kenntnis nimmt, ist nicht entscheidend (sog. uneingeschränkte Empfangstheorie). Der Beweis für die (rechtzeitige) Zustellung in diesem Sinne obliegt – der allgemeinen Regel folgend, wonach grundsätzlich derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB) – dem Vermieter (vgl. BGE 137 III 208 E. 3.1.2; ferner z.B. ZK-Higi, Bd. V/2b, Zürich 1995, Art. 267a OR N 31 ff. i.V.m. Vorbem. zu Art. 266-266o N 37 ff.). Die Beweislast (Art. 8 ZGB) und die (freie) Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) liegen nahe beieinander. Sie sind aber auseinanderzuhalten. Die Beweiswürdigung dient der Wahrheitsfindung: Nach Abnahme der erforderlichen Beweise entscheidet das Gericht, ob es überzeugt ist. Danach hat es sich schlüssig zu werden, ob seine Überzeugung den vom Beweismass geforderten Grad erreicht hat, was eine Ermessensfrage ist. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allfällige verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (sog. Regelbeweismass). Erst und wenn das Gericht nicht in diesem Masse überzeugt ist, wird die Beweislast aktuell. Sie bestimmt die Rechtsanwendung bei fehlender gerichtlicher Überzeugung zum Wahrheitsgehalt einer rechtserheblichen Tatsache. Sie hat zulasten der beweisbelasteten Partei die Annahme der Beweislosigkeit zur Folge. Wo das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist, wird die Frage der Beweislast und ihrer Verteilung gegenstandslos (BGE 130 III 321 E. 3.2; ferner z.B. BK ZGB-Weber, Bd. I/1, Bern 2012, Art. 8 N 29, 120 und N 127-129).

E. 1.3

Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe im ersten Verfahren zur Frage, ob mit Schreiben vom 1. Oktober 2006 eine den gesetzlichen Anforderungen von Art. 267a OR entsprechende Mängelrüge vorliege, insbesondere ihre Parteibefragung als Beweismittel offeriert. Die Beklagte habe ihre eigene genannt. Zur Glaubwürdigkeit der Parteien sei festzuhalten, dass beide ein grosses Interesse am Verfahrensausgang hätten und beide nach Ermahnung zur Wahrheit sowie unter Hinweis auf den Inhalt von § 149 ZPO/ZH (welchem der neue Art. 191 ZPO entspreche) befragt worden seien. Weiter äusserte sich die Vorinstanz zu den

- 11 - Aussagen der Parteien anlässlich der persönlichen Befragung im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. MD090044 und ihren Vorbringen dazu im vorinstanzlichen Verfahren: Sie kam zum Schluss, die Parteiaussagen der Klägerin seien wahr. Aus den Parteiaussagen der Beklagten zog die Vorinstanz den Schluss, dass diese die Möglichkeit des Erhalts des Briefes inklusive Mängelrüge bejaht resp. die Abholung des an die D. _____-Strasse ... adressierten Schreibens bestätigt habe. Abweichende Behauptungen der Beklagten im

vorinstanzlichen Verfahren erachtete die Vorinstanz daraufhin als wenig glaubhaft bzw. nicht überzeugend (act. 6 S. 6-8, Erw. 2.2. und 2.4.-2.5.). Die Vorinstanz machte zwar keine ausdrücklichen Ausführungen zur Verteilung der Beweislast. Entgegen den beklagten Behauptungen kann den erwähnten Erwägungen der Vorinstanz jedoch keine unzulässige Beweislastumkehr in dem Sinne entnommen werden, dass sie von der Beklagten den Beweis des nicht (rechtzeitigen) Erhalts der Mängelrüge verlangt hätte. Die Vorinstanz ist auch nicht wegen mangelnder resp. ungenügender substantiierter Bestreitung durch die Beklagte zum Schluss gelangt, mit den Schreiben der Klägerin vom 1. Oktober 2006 sei eine rechtsgenügende Mängelrüge erfolgt. Das Vorbringen der Beklagten, die Bestreitungslast dürfe nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen, zielt daher ins Leere. Aus dem vorstehend aufgeführten Vorgehen der Vorinstanz ist vielmehr ersichtlich, dass sie eine Beweiswürdigung vornahm und von der Wahrheit der klägerischen Tatsachenbehauptungen ausging. Sie entschied damit nicht nach der Beweislastregel, sondern aufgrund einer ihrer Ansicht nach positiven Beweisergebnisse.

E. 1.4

Es trifft wohl zu, dass der Versand und der Zugang einer Mängelrüge am einfachsten und sichersten bewiesen werden kann, wenn sie per Einschreiben verschickt wurde. Gleichwohl kann bei einer nicht per Einschreiben verschickten Mängelrüge nicht von vornherein (pauschal) angenommen werden, die übrigen (gesetzlichen) Beweismittel, hier im Wesentlichen die Befragungen der Parteien, würden zur Erbringung des nötigen Beweises nicht genügen. Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass die persönlichen Befragungen nach § 149 ZPO/ZH im zwischen den Parteien geführten Verfahren mit der Geschäfts-Nr. MD090044 formgerecht erfolgt waren und im vorliegenden Verfahren herangezogen werden können. Mit Blick auf Art. 191 ZPO in Verbindung mit Art. 168 Abs. 1 ZPO sind sie als

- 12 - bereits zum Beweisthema der rechtzeitigen Mängelrüge abgenommene Beweismittel zu berücksichtigen. Mit ihrer Abnahme werden Beweismittel gemeinschaftlich, was bedeutet, dass von einer Partei angerufene Beweismittel auch zugunsten der Gegenseite in die Würdigung einfließen können. Im Weiteren ist zu beachten, dass die Beweisregel des § 149 Abs. 3 ZPO/ZH, wonach zugunsten der befragten Partei lautende Aussagen keinen Beweis bilden, nicht mehr gilt. Die Parteibefragung kann sowohl zugunsten als auch zuungunsten der aussagenden Partei gewürdigt werden. Zwar kann ein Zeugnis in eigener Sache vorliegen und der Beweiswert kann aufgrund der Selbstbefangenheit gering(er) sein. Trotzdem kann nicht gesagt werden, dass es unzulässig wäre, allein aufgrund der Parteibefragung eine bestimmte Tatsache für bewiesen bzw. widerlegt zu halten. Die Aussagen in der Parteibefragung unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Entscheidend ist letztlich, dass das Gericht aufgrund aller Gesichtspunkte zu einer tragfähigen Überzeugung gelangt. Die Parteibefragung ist damit ein vollwertiges Beweismittel, das grundsätzlich gleichrangig ist wie alle übrigen dem Gesetz bekannten Beweismittel (Art. 157 ZPO; vgl. etwa Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 32 ff.). Selbst wenn beide Parteien an ihrem gegensätzlichen Standpunkt festhalten, kann die Art und Weise, wie sie das tun, doch dazu beitragen, dass sich das Gericht aufgrund dieses Beweismittels eine Überzeugung zugunsten der einen oder anderen Seite bilden kann, so dass keine Beweislosigkeit eintritt. 2. Die Vorinstanz erwog im Rahmen der Beweiswürdigung im Wesentlichen, die Klägerin habe in der persönlichen Befragung im Verfahren-Nr. MD090044 ausgeführt, das Schreiben vom 1. Oktober 2006 gleich nach der

Wohnungsab- nahme verfasst und der Beklagten nicht eingeschrieben an die D._____ - Strasse ... und die G._____ -Strasse ... geschickt zu haben. In ihren Eingaben im vorliegenden Prozess habe die Klägerin daran festgehalten. Gründe, an der Wahrheit der klägerischen Ausführungen zu zweifeln, gebe es nicht. Zur persönli- chen Befragung der Beklagten im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. MD090044 führte die Vorinstanz an, die Beklagte habe auf die Frage, ob sie das Schreiben vom 1. Oktober 2006 inklusive Mängelrüge erhalten habe, folgendes geantwortet: "Ich erhielt viele Briefe. Ich weiss nicht, ob diese zwei Schreiben bei mir ankamen.

- 13 - Ich glaube nicht. Es kann sein, aber kann auch nicht sein." Auf den Hinweis, dass die Beklagte sich beim Lesen des Schreibens doch daran erinnern müsse, ob sie dieses schon früher gelesen habe, habe sie geantwortet: "Ich glaube, ich erhielt den Brief, aber ich bin nicht sicher. Wie gesagt, alle Schreiben, welche an die D._____ -Strasse ... kamen, holte ich ab." Die Vorinstanz befand, die Beklagte habe in der Aussage vom 26. November 2009 nach nochmaligem Lesen die Mög- lichkeit bejaht, den Brief inklusive Mängelrüge erhalten zu haben, weil ihr – davon sei auszugehen – der Inhalt von früher bekannt vorgekommen sei. Darüber hin- aus habe die Beklagte bestätigt, alle an die D._____ -Strasse ... adressierten Schreiben abgeholt zu haben, wozu auch das Schreiben vom 1. Oktober 2006 gehöre. Entgegen der Argumentation der Beklagten vermöge ihre Antwort, "Nein, in so kurzer Zeit erhielt ich das sicher nicht", nichts über den (Nicht-)Erhalt der Mängelrüge auszusagen. Denn bei der Frage zu dieser Antwort sei es um einge- schriebene Schreiben gegangen und dasjenige vom 1. Oktober 2006 sei unbe- strittenermassen nicht eingeschrieben geschickt worden. Die (erst) im vorinstanz- lichen Verfahren aufgestellte Behauptung der Beklagten, sie erinnere sich nur an per Einschreiben zugestellte Sendungen, stufte die Vorinstanz als wenig glaub- haft ein. Ihre Behauptung, sie habe den Brief vom 1. Oktober 2006 erstmals an der Schlichtungsverhandlung vom Mai 2009 gesehen, erachtete die Vorinstanz mit einlässlicher Begründung nicht als überzeugend (act. 6 S. 6-8, Erw. 2.2. und 2.4.-2.5., mit Hinweis auf Prot. MD090044 S. 43 f.).

E. 2

Mit Eingabe vom 4. Februar 2014 – unter Beilage der Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde Zürich – erhob die Klägerin Klage beim Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz) mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (act. 1-2; act. 4). Seitens der Beklagten wurde innert der ihr angesetzten Frist keine schrift-

- 6 - liche Stellungnahme zur Klage erstattet, woraufhin die Parteien zur Hauptver- handlung auf den 14. Januar 2015 vorgeladen wurden. Die Parteien erstatteten anlässlich der Verhandlung je zwei Parteivorträge zur Klage und zu der von der Beklagten erhobenen Widerklage (act. 7/11; act. 7/43; act. 7/46; act. 7/49; Prot. Vi S. 17 ff., 27 ff.). Am 13. Mai 2015 verfügte die Vorinstanz, dass auf Ziffer 2 der Widerklage der Beklagten nicht eingetreten werde (act. 7/58 S. 6). Der Aufforde- rung der Vorinstanz zur Substantiierung und Beweismittelnennung kamen die Parteien mit Eingaben vom 18. August 2015, 23. und 24. September 2015 nach (act. 7/63; act. 7/67; act. 7/73; act. 7/76). Am 29. Oktober 2015 nahmen die Par- teien zu diesen Eingaben Stellung, wobei die Beklage in ihrer Eingabe den Antrag auf Fällung eines Zwischenentscheid über die Frage der (rechtzeitigen) Män- gelrüge stellte (act. 7/82; act. 7/84 S. 2 f.). Mit Zwischenentscheid vom 3. Dezem- ber 2015 entschied die Vorinstanz, dass die Mängelrüge der Klägerin vom 1. Ok- tober 2006 den Anforderungen von Art. 267a Abs. 1 OR entspreche (act. 7/89 S. 10).

E. 3

Gegen diesen Zwischenentscheid richtet sich die von der Beklagten mit Ein- gabe vom 22. Januar 2016 rechtzeitig erhobene Berufung (act. 2; act. 7/91). Den mit Verfügung vom 28. Januar 2016 verlangten Kostenvorschuss leistete sie frist- gerecht (act. 8-10). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezo- gen (act. 7/1-91). Auf die Einholung einer Berufungsantwort der Klägerin kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Ihr ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Berufungsschrift zuzustellen. Auf die Vorbringen der Beklagten ist nachfolgend – soweit entscheidrelevant – einzugehen. III. 1. Im streitgegenständlichen (vereinfachten) Verfahren über eine Forderung aus Mietvertrag unter Fr. 30'000.00 gilt die sogenannte abgeschwächte (soziale) Untersuchungs- und die Dispositionsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO, Art. 58 Abs. 1 ZPO).

- 7 - 2. Die Berufung ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie hier eine vorliegt, zulässig gegen erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Begehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit dem vorinstanzli- chen Entscheid über die Frage des Bestehens einer rechtsgenügenden Mängel- rüge im Sinne von Art. 267a Abs. 1 OR wurde über eine den eingeklagten An- spruch betreffende materielle Vorfrage entschieden, von welcher der Endent- scheid abhängt, und welche bei einem anderen oberinstanzlichen Entscheid zum Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens führen würde (so z.B. auch ZK ZPO- Reetz/ Theiler, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 308 N 23 ff.). Es handelt sich folglich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 Abs. 2 ZPO in Verbin- dung mit Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO. Der Streitwert richtet sich nach demjenigen der Hauptsache (gl. M. z.B. BSK ZPO-Rüegg, 2. A., Basel 2013, Art. 91 N 4). Der Hauptsachenstreitwert beträgt vorliegend Fr. 21'391.90, womit der vorinstanzliche Zwischenentscheid vom 3. Dezember 2015 mit Berufung angefochten werden kann.

E. 3.1

In Bezug auf diese vorinstanzlichen Erwägungen rügt die Beklagte, die Vor- instanz habe aus ihrer Aussage, sie habe alle Schreiben, welche an die D. _____ - Strasse ... gekommen seien, "abgeholt", zu Unrecht gefolgert, sie (die Beklagte) habe damit bestätigt, das nicht eingeschriebene Schreiben der Klägerin vom 1. Oktober 2006 erhalten zu haben. Es sei gerichtsnotorisch und von ihr nicht wei- ter zu beweisen, dass im hiesigen Sprachgebrauch von "Abholen" gesprochen werde, wenn ein eingeschriebener Brief oder ein eingeschriebenes Paket auf der zuständigen Poststelle abgeholt werde, nachdem der Postbote einen gelben Zet- tel in den Briefkasten gelegt habe. Somit sei klar, dass sich ihre frühere Aussage im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. MD090044 nur auf eingeschriebene Briefe bezogen habe, wozu das Schreiben der Klägerin vom 1. Oktober 2006, welches

- 14 - nicht per Einschreiben versandt worden sei, eben gerade nicht gehöre (act. 2 Rz. 4, 8-9).

E. 3.2

Die Beklagte stellt den Wortlaut ihrer Aussage in der persönlichen Befra- gung nicht in Abrede. Sie verlangt jedoch deren Deutung bzw. Verständnis im Lichte eines hiesigen Sprachgebrauchs. Von diesem behauptet sie zudem, er sei gerichtsnotorisch. Das ist so nicht der Fall. Notorisch mag das behauptetet Ver- ständnis von "Abholen" für Gerichte und Anwälte im Rahmen von Prozessen sein. Dass dieses (fachliche bzw. berufliche)

Verständnis indes allgemein gilt, namentlich im Verkehr von rechtsunkundigen Privaten (wie die Parteien), also allgemein-sprachlich wäre, ist indes mit Fug zu bezweifeln. Beim von der Beklagten behaupteten (Sprachgebrauch) handelt es sich insofern folglich um eine neue Tatsachenbehauptung, die ohne Weiteres bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorgebracht werden können, aber trotz begründetem Anlass (vgl. Vi-Prot. S. 32: "Die Beklagte anerkennt ...") nicht vorgebracht wurde (vgl. Vi-Prot. S. 39 ff., insbes. S. 40). Sie hat daher gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt zu bleiben, und es entfällt damit die Prämisse der heutigen Deutung der Beklagten zu ihrer Aussage in der persönlichen Befragung. Massgeblich ist ohnehin und unbeschadet dessen, was eben dargelegt wurde, nicht was die Beklagte heute vermeint, gesagt haben zu wollen, sondern was sie einst im konkreten Zusammenhang sagte und damit erkennbar zum Ausdruck brachte. Und hier fällt u.a. auf, dass bei den Schreiben, die alle "an die D.____-Strasse ... kamen", darunter die unstrittig nicht eingeschriebene Sendung vom 1. Oktober 2006, keine Präzisierung bzw. Einschränkung des Sinns anbrachte, sie meine damit nur zur Abholung gemeldete eingeschriebene Postsendungen (anders als bei den Sendungen, die an die G.____-Strasse ... adressiert waren und zu denen sie vorher angegeben hatte: "Den ersten eingeschriebenen Brief erhielt ich dann an der G.____-Strasse ..." [vgl. act. 7/6, dort Prot. S. 44]). Folgt man ihren Aussagen, erhielt sie an der Adresse D.____-Strasse ... im fraglichen Zeitraum gar keine eingeschriebenen Postsendungen (vgl. a.a.O., S. 43/33: "Ich erhielt so viele Briefe an die D.____-Strasse ... adressiert. Den ersten eingeschriebenen Brief erhielt ich dann bei mir an der G.____-Strasse ...". Und auf die Frage, ob die an die Adresse an der G.____-Strasse ... gerichtete eingeschriebene Sendung sie kurz nach

- 15 - dem Auszug erreichte: "Nein, in so kurzer Zeit erhielt ich das sicher nicht" [a.a.O., S. 44]). Auch lieferte die Beklagte die in ihrer Berufungsschrift angeführte Erklärung, sie sei nach Übergabe des Mietobjektes am 29. September 2006 gar nicht mehr an der D.____-Strasse ... gewesen, sie habe sich also nicht dorthin zurück begeben, um am 2., 3. oder 4. Oktober einen Brief aus dem Briefkasten zu nehmen (act. 2 Rz. 8 S. 6), anlässlich der persönlichen Befragung vom 26. November 2009 nicht (vgl. Prot. MD090044 S. 43-44). Dergleichen trug die Beklagte vor Vorinstanz übrigens auch nicht vor (vgl. act. 54, Prot. Vi S. 27 - 29, 39 ff.). Und sie macht im Weiteren nicht geltend, es sei ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen, diese neuen Tatsachenbehauptungen bereits vor Vorinstanz vorzubringen. Bei diesen Tatsachenbehauptungen handelt es sich deshalb um nicht zu berücksichtigende Noven (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. oben Erw. III. 3.3.). Die Darlegungen der Beklagten vermögen somit nichts an der zutreffenden Aussagenwürdigung durch die Vorinstanz zu ändern.

4.1. Weiter wendet die Beklagte zur Beweiswürdigung der Vorinstanz ein, diese nehme an, sie habe nur deshalb erklärt, es bestehe die Möglichkeit des Erhalts des Briefes inklusive Mängelrüge, weil ihr der Inhalt "von früher bekannt" vorgekommen sei, das heisst sie den Brief bereits in den auf den 1. Oktober 2006 folgenden Tagen gelesen habe. Ihre wiederholte Äusserung, sie habe den Brief vom 1. Oktober 2009 erstmals an der Schlichtungsverhandlung vom Mai 2009 gesehen, erachte die Vorinstanz zwar als unglaubwürdig. Es könne jedoch unabhängig davon mit Sicherheit gesagt werden, dass ihr das Schreiben an der Schlichtungsverhandlung vorgelegt worden sei und sie es studiert habe. Damit könne es ebenso gut sein, dass ihr der Inhalt des Schreibens aufgrund dessen bekannt vorgekommen sei. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, anhand der von der Vorinstanz angeführten Aussagen könne nicht gesagt werden, dass sie den Brief (vom 1. Oktober 2006) innert zulässiger Frist bzw. überhaupt erhalten habe. Aufgrund ihrer Aussagen könne ebenso nicht gesagt werden, der

Klägerin sei der Nachweis des tatsächlichen Versands und Erhalts des Schreibens am 1. Oktober 2006 gelungen. Die Vorinstanz erachte ihre Aussagen zu Unrecht als dafür ausreichend (act. 2 Rz. 13-14).

- 16 - 4.2. Dieser Ansicht der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Zunächst befand die Vorinstanz, die Behauptung der Beklagten, sie habe den Brief vom 1. Oktober 2006 erstmals an der Schlichtungsverhandlung vom Mai 2009 gesehen, als nicht überzeugend, weil die Beklagte dies an der persönlichen Befragung rund ein hal- bes Jahr nach der Schlichtungsverhandlung sicher erwähnt hätte (act. 6 S. 8 Erw. II.2.5.). Die Beklagte unterlässt es, sich zu dieser vorinstanzlichen Wertung zu äussern resp. sich damit auseinander zu setzen. Abgesehen davon ist hervor- zuheben, dass die Frage an die Beklagte dahin ging, ob sie den Brief inklusive Mängelrüge schon früher gelesen hatte. Die Beklagte gab keine direkte Antwort auf die ihr gestellte Frage. Sie antwortete, sie glaube, sie habe den Brief erhalten, aber sie sei sich nicht sicher. Die Beklagte äusserte sich damit genau genommen nicht zum Lesen bzw. zur Kenntnisnahme des Briefinhalts, worauf es im Anwen- dungsbereich der uneingeschränkte Empfangstheorie (vgl. oben Erw. V.B.1.2.) auch nicht ankommt, sondern zum Zugang des Schreibens. Der Standpunkt der Beklagten, es könne ebenso gut sein, dass ihr das Schreiben aufgrund des Le- sens anlässlich der Schlichtungsverhandlung bekannt vorgekommen sei, zielt damit an der Sache vorbei. Und es erübrigt sich daher an sich, nochmals darauf hinzuweisen, dass es der Beklagten vor allen darum zu gehen scheint, Deutun- gen ihrer eigenen Aussagen vorzutragen und nicht das, was sie selbst einst aus- sagte. Letzteres (Aussagen im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. MD090044) zeigt übrigens ein unübersehbares Ausweichen und Abschwächen auch in weiteren Punkten, das es rechtfertigt, die Aussagen der Beklagten insgesamt als nicht glaubhaft zu werten (vgl. Prot. in Geschäfts-Nr. MD090044, dort etwas S. 37 - 39 zum Zustand des Hauses, insbes. Parkett und Innenanstrich). 5.1. Die Beklagte macht schliesslich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gel- tend. Zur Begründung ihrer Rüge führt die Beklagte aus, die Vorinstanz habe sich mit einzelnen Vorbringen ihrerseits nicht auseinandergesetzt. So habe die Vor- instanz ihrem Einwand, dass im Schreiben der Klägerin vom 9. Oktober 2006 nicht auf dasjenige vom 1. Oktober 2006 Bezug genommen wurde, was aber hät- te erwartet werden können, nicht weiter Rechnung getragen. Die Vorinstanz habe lediglich festgestellt, daraus könne nicht der Schluss gezogen werden, die Kläge- rin habe die Mängelrüge nicht geschickt (act. 2 Rz. 4 S. 4 und Rz. 17).

- 17 - 5.2. Vorauszuschicken ist, dass die Entscheibegründung kurz die wesentlichen Überlegungen nennen muss, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Es ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt (vgl. statt vieler BGE 133 III 439 E. 3.3; BK ZPO-Brönnimann, Bd. II, Bern 2012, Art. 157 N 32). Zur Bean- standung der Beklagten ist anzumerken, dass die Vorinstanz die Vorbringen der Beklagten berücksichtigt, jedoch – wie die Beklagte selber ausführt – eine von ihr abweichende Würdigung vorgenommen hat (vgl. act. 6 S. 7, Erw. II. 2.5.). Darin ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erkennen. Entgegen der beklagti- schen Ansicht kann im Übrigen nicht gesagt werden, im Schreiben vom 9. Okto- ber 2006 fehle es wider Erwarten an jeglichem Bezug zum Schreiben vom 1. Ok- tober 2006 (act. 2 Rz. 18.). Die Klägerin nahm im eingeschrieben versendeten Schreiben vom 9. Oktober 2006 zwar nicht explizit auf dasjenige vom 1. Oktober 2006 Bezug. Allerdings präsentiert es sich als stringent, dass die Klägerin im Schreiben vom 1. Oktober 2006 bekannt gab resp. androhte, sollte sie von der

Beklagten bis zum 9. Oktober 2006 nichts hören, werde sie die Instandstellungsarbeiten auf deren Kosten ausführen lassen, und sie sodann mit Schreiben von eben jenem Datum die Beklagte u.a. informierte, sie lasse das Haus auf deren Kosten instand stellen und werde ihr die Rechnung schicken (act. 7/3/14-15 S. 2; act. 7/16). Der Würdigung der Vorinstanz ist somit zu folgen. Insbesondere findet die Andeutung der Beklagten, es komme die Vermutung auf, die Klägerin könnte das Schreiben vom 1. Oktober 2006 im Nachhinein erstellt haben (vgl. 7/54 Rz. 9 S. 4), in den vorliegenden Beweismitteln keine Stütze und ist als haltlos einzustufen.

E. 3.3

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). In prozessualer Hinsicht hat eine Partei, welche neue Tatsachen im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz (und der Gegenpartei) jeweils darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweist sich die Berufung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet und bleiben diese insofern unbeachtlich.

IV. A. Vorbemerkungen / Unbestrittenes 1. Die Vorinstanz gelangte zum Ergebnis, die mit Schreiben vom 1. Oktober 2006 vorgenommene Mängelrüge der Klägerin entspreche den Anforderungen von Art. 267a Abs. 1 OR, da sie sofort im Sinne dieser Bestimmung erfolgt sei, die (meisten) Mängel präzise sowie detailliert aufzähle und im Begleitschreiben auf die Haftbarmachung der Beklagten hingewiesen worden sei. Ob im Zeitpunkt der Mietobjektsübergabe am 29. September 2006 eine hinreichende mündliche bzw. mit Schreiben vom 9. Oktober 2006 eine genügende schriftliche Mängelrüge erfolgt sei, liess die Vorinstanz in der Folge offen (act. 6 S. 8, Erw. II.2.6.-2.7.).

- 9 - 2. Die zeitlichen und inhaltlichen Anforderungen an die Mängelrüge im Sinne von Art. 267a OR wurden von der Vorinstanz zutreffend dargestellt (act. 6 S. 5 f. Erw. 2.1.). Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden. Von der Beklagten wird sodann nicht bestritten, dass die Schreiben der Klägerin vom 1. Oktober 2006 (act. 7/3/14-15) die inhaltlichen Anforderungen an die Mängelrüge erfüllen. Die Beklagte erklärt in ihrer Berufungsschrift des Weiteren, dass die Mängelrüge, sollten die Schreiben vom 1. Oktober 2006 tatsächlich versandt und von ihr erhalten worden sein – was sie bestreite –, rein formell rechtzeitig erfolgt wäre (act. 2 Rz. 7). B. Zur Berufung im Einzelnen

E. 6

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).

- 21 - Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'391.90. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. K.

Wüsch versandt am: 29. März 2016

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