

# ZH\_OBERGERICHT PD200015 vom 23. Juni 2021

ZH Obergericht, 2021-06-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PD200015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PD200015)

FR: ZH\_OBERGERICHT PD200015 du 23 juin 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT PD200015 del 23 giugno 2021

## Erwägungen

### E. 1

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

### E. 2

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWST. zu Lasten der Beklagten." Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 24. Juni 2020 ver- langte die Beklagte die Abweisung der Klage im Umfang von Fr. 2'086.70 und erhob Widerklage mit den Anträgen (act. 4/23 S. 1): "2. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 1'923.35 zuzüglich 5% Zins seit dem 12. Oktober 2018 zu bezahlen.

### E. 3

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

#### **E. 4**

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

#### **E. 5**

Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt) zu Lasten des Beschwerdegegners." Mit Verfügung vom 1. Dezember 2020 wurde der Beschwerde im Umfang von Fr. 2'000.– einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Dem Klä- ger wurde Frist zur Stellungnahme zum Antrag auf Erteilung der aufschie- benden Wirkung angesetzt und der Beklagten zur Leistung eines Vorschus-

- 5 - ses von Fr. 400.– (act. 7). Der Vorschuss wurde innert Frist bezahlt (act. 9 i.V.m. act. 7 und 8/1). Der Kläger liess sich innert Frist nicht vernehmen (act. 7 i.V.m. act. 8/2), weshalb es androhungsgemäss für die Dauer des Beschwerdeverfahrens bei der aufschiebenden Wirkung im Umfang von Fr. 2'000.– bleibt (act. 7). Mit Eingabe vom 17. Februar 2021 (Poststempel) erstattete der Kläger innert der mit Verfügung vom 21. Januar 2021 ange- setzten Frist die Beschwerdeantwort (act. 12 i.V.m. act. 10-11). Diese wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 13). 2. a) Die Vorinstanz gelangte in ihren Erwägungen zum Schluss, die Mängel- rüge sei nicht rechtzeitig erhoben worden. Sie führte dazu u.a. aus, gemäss Ziffer 14 der "Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume", welche zum integrierenden Bestandteil des Mietvertrages erklärt worden seien (vgl. act. 3/2 S. 2), habe die Rückgabe spätestens am Tag nach Be- endigung der Miete um 12:00 Uhr bzw. - fälle der Rückgabetermin auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Ruhe- oder Feiertag - am darauffol- genden lokalen Werktag bis spätestens 12.00 Uhr zu erfolgen. Wie aus der E-Mail-Korrespondenz des Klägers mit dem Rechtsvertreter der Beklagten hervorgehe (act. 22/14 + 15), habe Ersterer am 26. März 2018 die Rückgabe auf den 3. April 2018 und damit gehörig und termingerecht am ersten Werk- tag nach dem letzten Tag der Mietdauer angeboten (der 1. April 2018 sei Ostersonntag gewesen). Dieses Angebot sei ausreichend gewesen (Verbal- oblation). Der Rechtsvertreter der Beklagten habe zwar bestätigt, dass der Kläger das Recht habe, das Mietobjekt an diesem Tag zurückzugeben, habe dieses Datum aber aufgrund der Osterferienabwesenheit von Frau H.\_\_\_\_\_, der Verwalterin der Beklagten, abgelehnt und eine Übergabe am 6. April 2018 vorgeschlagen, was der Kläger abgelehnt habe, da ihm dieses Datum nicht gepasst habe. Zu Recht bemerke der Kläger (Prot. S. 17), dass es sich beim 3. April 2018 um einen Hauptabgabetermin gehandelt habe, und es sei der Beklagten - der Kläger habe ursprünglich bereits per 31. Oktober 2017 gekündigt - seit langer Zeit bekannt gewesen, dass auf Anfang April 2018 die Rückgabe des Mietobjektes angestanden habe. Es habe sich damit in keiner Weise um eine überraschende oder kurzfristige Rückgabe gehandelt.

- 6 - Darüber hinaus sei die verweigerte Mitwirkung zur Rücknahme aufgrund der vorgebrachten Ferienabwesenheit und damit aus persönlichen und nicht ob- jektiven (ausserhalb der Person des Gläubigers liegenden) Gründen als un- gerechtfertigt im Sinne von Art. 91 OR zu qualifizieren (...). Die Beklagte sei ferner bereits zu diesem Zeitpunkt anwaltlich vertreten gewesen, sei die Kor- respondenz betreffend die Rückgabe doch über ihren Rechtsvertreter gelau- fen (act. 26/5). Durch die bewusst und pflichtwidrig verweigerte Rücknahme des Mietobjektes am 3. April 2018 sei die Beklagte in Annahmeverzug gera- ten (act. 5 Erw. III.2.1.8). Aufgrund der verweigerten Rücknahme

habe der Kläger die Schlüssel der Beklagten am 3. April 2018 postalisch zugestellt (act. 26/8). Daraus gehe der endgültige Verzicht des Klägers auf die Benutzung des Mietobjekts sowie die Übertragung des Besitzes daran hervor. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgabe des Mietobjektes sei vorliegend - dem Urteil des Bundesgerichtes 4A\_388/2013 folgend - am 3. April 2018, spätestens jedoch am 4. April 2018, als die Schlüssel der Beklagten zur Abholung gemeldet worden und damit in ihren Machtbereich gelangt seien. Sei nun die Rückgabe des Mietobjekts am 3. bzw. spätestens am 4. April 2018 durchgesetzt worden, sei die Mängelrüge vom 11. April 2018 am sechsten bzw. fünften Werktag danach erfolgt. Wie erläutert, sei für die Beklagte die Rückgabe des Mietobjekts bzw. die postalische Zustellung der Schlüssel aufgrund der Ankündigung des Klägers nicht überraschend gekommen. Zuerst habe ein Datum vor dem 28. März 2018 für die Rückgabe zur Debatte gestanden und bereits am 26. März 2018 habe der Kläger die postalische Rückgabe der Schlüssel angekündigt, sollte am 3. April 2018 keine Übergabe möglich sein (vgl. act. 22/14). Zwar habe der Kläger Kenntnis von der Ferienabwesenheit von Frau H.\_\_\_\_\_ über Ostern gehabt, doch sei schon die Korrespondenz betreffend die Rückgabe über den Rechtsvertreter der Beklagten gelaufen (vgl. act. 26/5) und sei die Bestandesaufnahme der Mängel auch an dem von ihr vorgeschlagenen 6. April 2018 unter Mitwirkung eines weiteren Rechtsanwalts erfolgt (vgl. act. 26/6; Prot. S. 21). Er habe nicht nur die Mängelrüge verfasst (act. 3/4), sondern habe nach Darstellung der Beklagten auch die Fotos der Mängel verfasst (Prot. S. 21). Die Beklagte habe also

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

- 8 - die Malerarbeiten im Bad in der Höhe von Fr. 95.– Schadenersatz zu leisten wäre, nämlich maximal für die verbleibende Lebensdauer von 4.5 Jahren (gemäss paritätischer Lebensdauertabelle 8 Jahre Lebensdauer) zuzügl. 1% Anteil Abfallentsorgung (act. 5 Erw. III.2.1.10-2.7.4). Zumal die Forderung der Beklagten abzuweisen sei, sei sie gemäss Antrag des Klägers zu verpflichten, das Mieterkautionkonto bei der D.\_\_\_\_\_, Konto Nr. ..., in der Höhe von Fr. 4'140.– zuzügl. Zins vollumfänglich zugunsten des Klägers freizugeben (act. 5 Erw. III.3). 3. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die die Mängelrüge rechtzeitig erhoben wurde. Diesbezüglich sind die Parteivorbringen darzulegen a) Die Beklagte hält an der rechtzeitigen Erhebung der Mängelrüge fest. Sie setzte den Rückgabetermin des Mietobjektes mit dem Empfang der Schlüssel auf den 6. April 2018 fest und geht daher davon aus, dass die am 11. April 2018 erhobene Rüge innert drei Werktagen erfolgt sei. Sie führte dazu u.a. aus, der Kläger habe erst am 26. März 2018 angekündigt, dass er die Wohnung am 27. März 2018 zurückgeben wolle und dies erst noch um 18:00 Uhr. Dieser Termin sei viel zu kurzfristig angesetzt, um ihn seitens der Verwalterin wahrnehmen zu können. Ein Termin ab 18:00 Uhr liege ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten. Dieser Vorschlag sei also hinsichtlich mehrerer Gründe inakzeptabel gewesen. Dazu komme, dass der Kläger schon am 22. März 2018 aufgefordert worden sei, einen Abgabetermin vor dem 28. März 2018 vorzuschlagen, weil die Verwalterin nachfolgend ferienabwesend gewesen sei (act. 22/14). Diesen aktenkundigen Sachverhalt berücksichtige die Vorinstanz offensichtlich nicht. Obwohl der Kläger die Wohnung aufgrund der Osterfeiertage erst am 3. April 2018 hätte zurückgeben müssen, sei der Hinweis, dass er einen Abnahmetermin vor dem 28. März 2019 (recte: 2018) vorschlagen solle, nicht missbräuchlich. Er selbst habe die Wohnung ursprünglich vor dem Osterwochenende zurückgeben wollen, nur habe er nicht rechtzeitig einen Termin zu gewöhnlichen Geschäftszeiten vorgeschlagen. Selbstverständlich hätte er auch mitteilen können, dass er einen Abnahmetermin am 3. April 2018 wünsche, was er

- 9 - aber nicht getan habe. Diesfalls hätte die Verwalterin bzw. deren Rechtsvertreter dem Kläger mitgeteilt, dass die Rückgabe erst am 6. April 2020 (recte: 2018) stattfinden könne. Wenn dem Kläger dieser Termin nicht gepasst hätte, hätte er wiederum einen andern vorschlagen können. Ihm sei denn auch am 28. März 2018 tatsächlich mitgeteilt worden, dass die Abnahme erst am

## **E. 6**

April 2018 stattfinden könne (act. 22/15). Der Kläger selbst habe aber keinen Abgabetermin am 3. April 2018 vorgeschlagen - vermutlich weil er selbst in den Osterferien gewilt 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 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 betreffen andere Sachverhalte als den vorliegenden. Die Beklagte habe in guten Treuen die Schlüssel am 6. April 2018 in Empfang nehmen dürfen, früher sei gar nicht möglich gewesen. Sie habe sich damit nicht un-

- 10 - gerechtfertigt in Annahmeverzug gemäss Art. 91 OR befunden, selbst wenn die Ferienabwesenheit nicht als objektiver Grund gewertet würde, weil der 3. April 2020 als Rückgabetermin auch vom Kläger gar nie vorgeschlagen worden sei (act. 2 II.1 S. 3-5). Zur rechtzeitigen Geltendmachung der Mängelrüge führte die Beklagte aus, die Vorinstanz sei korrekt unter strenger Betrachtung der Rechtzeitigkeit davon ausgegangen, dass die Mängelrüge am 11. April 2020 (recte: 2018) rechtzeitig erfolgt sei, nämlich innerhalb dreier Werktage, wenn die Rückgabe des Mietobjekts mit dem Empfang der Schlüssel am 6. April 2018 erfolgt wäre. Indem sie aber - wie dargelegt - willkürlich den 4. April 2019 als Rückgabetermin angenommen habe, sei sie zum Schluss gekommen, dass die Mängelrüge am 11. April 2018 verspätet gewesen sei. Damit verletze sie Art. 267a Abs. 1 und 2 OR. Die Beklagte habe es nicht versäumt, die Mängel sofort zu rügen. Sie habe damit auch ihre Ansprüche nicht verwirkt. Sodann sei noch zu berücksichtigen, dass selbst in der Annahme, die Rückgabe wäre per Schlüsselrücksendung am 4. April 2018 erfolgt, die Mängelrüge vom 11. April 2018 nicht verspätet gewesen sei. Sie wäre innerhalb von fünf Werktagen erfolgt. Lägen spezielle Umstände vor, so könne die Prüfung auch später als drei Tage nach der "Rückgabe" immer noch rechtzeitig erfolgen (...). In diesem Fall lägen spezielle Umstände vor. Der Kläger habe keinen realisierbaren Rückgabetermin zu gewöhnlichen Geschäftszeiten vorgeschlagen. Im Wissen um die Abwesenheit der Verwalterin infolge Osterferien und ohne selbst einen Termin vorzuschlagen, habe er einfach die Rücksendung der Schlüssel angekündigt. Die Beklagte habe nicht wissen können, ob die Schlüssel tatsächlich gesandt würden und wann sie diese erstmals in Empfang nehmen könne. Eingeschriebene Sendungen würden durch die Post nicht immer am nächsten Tag zugestellt. Bei einer fiktiven Annahme einer Rückgabe müssten ihr auch zusätzliche Tage für die Prüfung der Mietsache eingeräumt werden, da sie die Prüfung de facto erst am Tag des tatsächlichen Empfangs (vornehmen könne), andernfalls die Zeit für die Prüfung abgelaufen sein könnte, bevor sie effektiv Zutritt zur Wohnung habe (act. 2 II.2 S. 5).

- 11 - b) Der Kläger brachte u.a. vor, unbestrittenermassen habe er in seiner Mail vom 26. März 2018 (act. 22/14) der bereits dazumal anwaltlich vertretenen Beklagten angekündigt, dass er am 3. April 2018 die Schlüssel für die Wohnung an Frau H. \_\_\_\_\_ von der Verwaltung termingerecht abgeben werde, sofern sein Untermieter Herr E. \_\_\_\_\_ nicht als Nachfolgemmieter übernommen werde. Zutreffend halte die Vorinstanz fest, dass das Angebot des Klägers ausreichend gewesen sei (...). Wie die Vorinstanz weiter zutreffend ausführe, sei die Rückgabe des Mietobjektes, bzw. die postalische Zustellung der Schlüssel am 3. April 2018 aufgrund der Ankündigung des Klägers für die Beklagte damit nicht überraschend gewesen. Die anwaltlich vertretene Beklagte habe nach dem 26. März 2018 genügend Zeit gehabt, einen Stellvertreter für die Übergabe am 3. April 2018 zu

suchen, wenn die zuständige Person von der Verwaltung schon an einem Hauptabgabetermin in die Ferien gehe. Immerhin habe die Beklagte, wie die Vorinstanz zu Recht ausführe, auch nicht nur einen, sondern sogar noch einen weiteren Rechtsanwalt zur Hand gehabt (...), dem sie diese Aufgabe hätte übertragen könnten. Der Kläger habe in seiner Mail vom 26. März 2018 den 27. März 2018, 18.00 Uhr, für die Inspektion der Wohnung lediglich für den Fall offeriert, dass sein Untermieter, Herr E.\_\_\_\_\_, den Mietvertrag übernehmen könnte. Für eine normale ordentliche Abgabe, ohne Herrn E.\_\_\_\_\_, als Nachfolgemmieter, habe er den 3. April offeriert (act. 22/14). Indem der Kläger den 27. März 2018 für eine Inspektion vorgeschlagen habe, habe er sogar die Ferien von Frau H.\_\_\_\_\_ von der Verwaltung berücksichtigt. Selbst wenn der Terminvorschlag von 18.00 Uhr ausserhalb der Bürozeiten von Frau H.\_\_\_\_\_ gelegen haben sollte, müsste sie doch selbst ein Interesse an der Inspektion gehabt haben und somit auch bereit sein, einmal eine Stunde länger zu arbeiten. Da die Beklagte offensichtlich Herrn E.\_\_\_\_\_ nicht als Mieter gewünscht habe, sei für den Kläger nur der Abgabeterminvorschlag vom 3. April 2018 in Frage gekommen, damit sein Untermieter, der den vollen Mietzins für März 2018 bezahlt habe, auch in den Genuss der ganzen Mietzeit habe gelangen können. Es sei deshalb falsch und ergebe sich auch nicht aus act. 22/14, wenn die Beklagte behaupte, dass der Kläger für den 3.

- 12 - 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 H.\_\_\_\_\_ Herrn E.\_\_\_\_\_ nicht als Nachfolgemmieter annehme und am 27. März 2018 um 18.00 Uhr zur Inspektion erscheine. Es werde bestritten, dass der Kläger eine offizielle Abgabe der Wohnung habe vereiteln wollen. In der Mail vom 29. März 2018 (act. 22/15) habe der Kläger klar mitgeteilt, dass er am 6. April 2018 keine Zeit für eine Abgabe habe. Da die Beklagte dem Kläger für den 3. April 2018 keine Zeitangabe für die Abgabe offeriert habe, sei der Kläger, wie angezeigt in der Mail vom 26. März 2018, gezwungen gewesen, die Schlüssel zurück zu schicken. Die Vorinstanz sei damit zum einzig korrekten Schluss gekommen, dass die Beklagte die Annahme der Schlüssel bewusst und pflichtwidrig verweigert habe und damit in Annahmeverzug geraten sei. Die Mängelrüge vom 11. April 2018 sei somit verspätet erfolgt und die Rechte der Beklagten seien, wie die Vorinstanz zu Recht zusammenfasse, verwirkt (...). Die Vorinstanz gelange unter Berücksichtigung der Lehre und der Rechtsprechung zum richtigen Schluss, dass die Beklagte selbstverschuldet den Schlüssel erst am 6. April 2018 in Empfang genommen habe. Beim Versenden der Schlüssel, bzw. der Rückgabehandlung, handle es sich eben nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung - wie zum Beispiel bei einer Kündigung -, sondern um eine Besitzverschaffung (...). Spätestens ab dem 4. April 2018 sei es für die Beklagte somit möglich gewesen, sich den Besitz der Schlüssel zu verschaffen, wenn sie schon dem Kläger für den 3. April 2018 keine Zeitangabe für die Übergabe habe anbieten wollen. Eine Mängelrüge mit Datum vom 11. April 2018 sei somit eindeutig zu spät. Die Beklagte führe selber an, dass beim Vorliegen von "speziellen Umständen" eine Mängelrüge auch später als drei Tage nach der Rückgabe erfolgen könne. Die speziellen Umstände begründe sie damit, dass der Kläger keinen realisierbaren Rückgabetermin zu gewöhnlichen Geschäftszeiten an-

- 13 - gegeben haben solle. Zitiert werde dabei ZK OR-HIGI/WILDISEN Art. 267a N 14. Darin werde keinesfalls der von der Beklagten monierte "besondere Umstand" umschrieben. Im von HIGI/WILDISEN erwähnten besonderen Fall sei einzig von einer heimlichen Wohnungsräumung und einem gleichzeitigen Verschwinden des Mieters die Rede. Der Kläger habe weder heimlich seine Wohnung geräumt noch sei er verschwunden. Seit Oktober 2017 sei klar gewesen, dass der Kläger spätestens per Ende März (2018) sein Mietobjekt zurückgebe. Er habe im Mail vom 26. März 2018 klar angezeigt, wie er plane vorzugehen. Er habe angekündigt, dass er die Schlüssel am 3. April 2018 zurückgeben werde, sofern sein Untermieter nicht als Nachfolgemmieter in Frage komme. Die Beklagte habe zwei Anwälte zur Hand gehabt. Es sei möglich gewesen, einen der Anwälte mit der Abgabe zu beauftragen oder dem Kläger eine andere Adresse für die Retournierung der Schlüssel anzu- geben. 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 ein- geräumt 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 Be- schwerdeführerin verwirkt (act. 12 S. 3-6). 4. a) Am Ende des Mietverhältnisses muss der Mieter die Mietsache zurückge- ben 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 Rückgabe- termin ein Verfalltag ist (Art. 102 Abs. 2 OR; SVIT-Kommentar/Müller, 4. Auf- lage, 2018, N 4 zu Art. 267-267a OR). Mangels einer abweichenden Verein- barung muss der Mieter die Mietsache spätestens am letzten Tag der Miet- dauer während der gewöhnlichen Geschäftszeit zurückgeben. Fällt dieser Tag aber auf einen Sonn- oder Feiertag, so verschiebt sich der Abgabeter-

- 14 - min auf den nächstfolgenden Werktag (Art. 78 Abs. 1 OR). In den vom Hauseigentümergeverband Zürich, Schweizerischen Verband der Immobilien Treuhänder (Sektion Zürich) sowie der Vereinigung Züricher Immobilienfir- men gemeinsam herausgegebenen "Allgemeinen Bedingungen zum Miet- vertrag" ist vorgesehen, dass die Rückgabe des vollständig geräumten Miet- objektes 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. Ok- tober. Auch im vorliegenden Mietvertrag wird auf diese "Allgemeinen Bedin- gungen zum Mietvertrag für Wohnräume" hingewiesen (act. 4/3/2 S. 2). 2018 fiel der 1. April auf den Ostersonntag und da der Ostermontag ein Fei- ertag ist, war der offizielle Übergabetermin der 3. April 2018. b) Der Vermieter ist grundsätzlich verpflichtet, die Mietsache zurückzuneh- men, wenn der Mieter sie zurückgeben will. So kann er die Entgegennahme der Schlüssel nicht verweigern. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Mietsa- che 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,

## **E. 9**

a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Be- klagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten für das Be- schwerdeverfahren bemessen sich nebst dem Zeitaufwand des Gerichtes und der Schwierigkeit des Falles nach dem Streitwert, der sich gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem Rechtsbegehren vor Obergericht bestimmt. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 1'690.60 resultiert gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 400.– für das zweitinstanzliche Verfahren. b) Der Kläger verlangte die Zusprechung einer Entschädigung (inkl. 7.7% MwSt) für das Beschwerdeverfahren (act. 12 S. 2). Die Beschwerdeantwort umfasst neun Seiten (inkl. 1 Seite Rubrum). In Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c-e und § 4 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteient- schädigung auf Fr. 280.– festzusetzen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 280.– zuzügl. 7.7% MwSt zu be- zahlen. Es wird erkannt:

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