AJP/PJA 6/2023



Mängelrechte des Vermieters bei der Rückgabe einer mangelhaften Mietsache

Nacherfüllungs- und Schadenersatzansprüche des Vermieters und Schadensberechnung

Markus Vischer*

Weist die Mietsache bei ihrer Rückgabe durch den Mieter Mängel auf, so stehen dem Vermieter die Rechtsbehelfe gemäss Art. 97 OR zur Verfügung. Er kann damit vom Mieter Nacherfüllung oder Schadenersatz verlangen. Der Schaden besteht entweder in den Kosten der Reparatur oder der Ersatzanschaffung der Mietsache bzw. einzelner Teile davon, wobei der Ersatz der Kosten seine Grenze in der Übermässigkeit dieser findet. Die Begrenzung dieser Kosten durch den Zeitwert, verstanden als Neuwert minus Abschreibungen, ist als generelle Regel abzulehnen. Der Nutzen der in der Praxis zu oft gedankenlos verwendeten Abschreibungstabellen ist deshalb zu relativieren.

Si l'objet loué présente des défauts lors de sa restitution par le locataire, le bailleur dispose des droits prévus à l'art. 97 CO. Il peut ainsi exiger du locataire la remise en état ou des dommages-intérêts. Le dommage correspond aux frais de réparation ou de remplacement de la chose louée ou de certaines de ses parties, les frais à rembourser ne devant toutefois pas être excessifs. La limitation de ces frais à la valeur actuelle, qui correspond à la valeur à neuf moins les amortissements, ne doit toutefois pas être retenue comme règle générale. Il convient dès lors de relativiser l'utilité des tabelles d'amortissement, trop souvent employées en pratique sans la réflexion nécessaire.

Inhaltsübersicht

I. Rückgabepflicht des Mieters: Grundlage
II. Inhalt der Rückgabepflicht: Mietsache im Soll-Zustand
III. Abweichungen des mietvertraglichen Soll-Zustands vom Ist-Zustand der Mietsache: Mängel
IV. Mängel: Prüfungs- und Rügeobliegenheiten des Vermieters
V. Erfüllung der Rügeobliegenheiten des Vermieters: Mängelrüge
VI. Mängelrechte
  A. Art. 97 OR im Allgemeinen
  B. Ansprüche aus Art. 97 OR: Nacherfüllungsanspruch des Vermieters
  C. Ansprüche aus Art. 97 OR: Schadenersatzanspruch des Vermieters
  D. Ansprüche aus Art. 97 OR: Schadenersatzanspruch des Vermieters: Schadensberechnung
    1. Differenztheorie
    2. Positives Interesse
    3. Naturalherstellung und Wertentschädigung im Allgemeinen
    4. Begrenzung des Schadenersatzanspruchs
  E. Alternative Anwendung von Art. 41 OR
  F. Unzulässigkeit von im Voraus geschlossenen Entschädigungsvereinbarungen
VII. Rolle von Protokollen
VIII. Zusammenfassung

I. Rückgabepflicht des Mieters: Grundlage

Der Mietvertrag ist ein Dauervertrag.[1] Aufgrund der allgemeinen Dogmatik bei Dauerverträgen ist der Mieter verpflichtet, die Mietsache dem Vermieter am Ende des Mietvertrags zurückzugeben.[2] Es besteht eine entsprechende mietvertragliche Rückgabepflicht des Mieters. Trotz der singularischen Verwendung des Wortes Mietsache muss man sich bewusst sein, dass es sich bei der Mietsache in Tat und Wahrheit oft um mehrere Mietsachen und damit um Sachgesamtheiten handelt.[3]

---

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt. Schriftliche Fassung des am St. Galler Mietrechtstag 2022 der Universität St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, am 7. Dezember 2022 gehaltenen Vortrags «Rückgabe der Mietsache – Ausgewählte Aspekte».

1 Peter Higi/Anton Bühlmann, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titel (Art. 253–273c OR), Art. 253–265 OR, Die Miete, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. ZK-Higi/Bühlmann oder ZK-Higi/Wildisen), Vorbem. zum 8. Titel N 5.

2 Peter Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, 206 ff., insb. 212 ff.; s.a. Peter Gauch, «Stillschweigende Erneuerung» des Mietvertrages, Art. 268, in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg Schweiz (Hrsg.), Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg 1977, 366, Fn 6, wonach die Rückgabepflicht schon bei Abschluss des Mietvertrags entsteht, aber doppelt bedingt durch die Übergabe der Mietsache und die Beendigung des Mietvertrags ist; s. zu letzterer Bedingung auch BGer, 4A_275/2022, 22.8.2022, E. 5.1.3; BGer, 4A_376/2021, 7.1.2022, E. 4.2.1; BGer, 4A_550/2020, 29.4.2021, E. 5.3; BGE 144 III 462 E. 3.3.1.

3 Zum Begriff der Mietsache z.B. Peter Higi/Christoph Wildisen, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 266–268b OR, Die Miete, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. ZK-Higi/Wildisen), Art. 267 OR N 25; ZK-Higi/Bühlmann (FN 1), Vorbem. zum 8. Titel N 3, 144–149, Art. 253 ff. OR N 15 ff.; zum Begriff der Sache und insb. der Sachgesamtheit im Allgemeinen z.B. BSK ZGB II-Wolf/Wiegand, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2023, Vor Art. 641 ff. N 1 ff.

An dieser (miet-)vertraglichen Rückgabepflicht des Mieters ändert Art. 267 Abs. 1 OR[4] nichts. Die mietvertragliche Rückgabepflicht des Mieters wird mit anderen Worten durch Art. 267 Abs. 1 OR nicht zu einer gesetzlichen Rückgabepflicht des Mieters. Art. 267 Abs. 1 OR hat deshalb in Bezug auf die Rückgabepflicht der Mietsache lediglich eine deklaratorische Bedeutung.[5]

Das Korrelat zur mietvertraglichen Rückgabepflicht des Mieters ist das mietvertragliche Rücknahmerecht des Vermieters. Ist der Vermieter Eigentümer der Mietsache, hat der Vermieter am Ende des Mietvertrags auch ein dingliches Rücknahmerecht.[6] Zwischen dem mietvertraglichen und dem dinglichen Rücknahmerecht des Vermieters besteht Anspruchskonkurrenz.[7]

Dieses Rücknahmerecht ist kein Rücknahmeverweigerungsrecht des Vermieters, z.B. bei schweren Mängeln der Mietsache. Wie im Werkvertragsrecht besteht vorbehältlich anderslautender Vereinbarung kein solches Rücknahmeverweigerungsrecht des Vermieters.[8]

II. Inhalt der Rückgabepflicht: Mietsache im Soll-Zustand

Der Mietvertrag ist nach der allgemeinen Dogmatik bei Dauerverträgen nicht nur der Auslöser der mietvertraglichen (und dinglichen) Rückgabepflicht, bestimmt also nicht nur den Bestand der Rückgabepflicht, sondern auch deren Inhalt. Denn Bestand und Inhalt eines Rechts lassen sich rein logisch nicht trennen.[9]

Damit bestimmt der Mietvertrag auch den mietvertraglichen (und dinglichen) Soll-Zustand, in dem der Mieter die Mietsache dem Vermieter zurückgeben muss.[10]

Der Soll-Zustand im Zeitpunkt der Rückgabe ist verglichen mit dem realen Ist-Zustand im Zeitpunkt der Rückgabe ein gedachter und damit hypothetischer bzw. fiktiver Zustand. Um diesen fiktiven Soll-Zustand zu ermitteln, ist ein hypothetischer Kausalverlauf zugrunde zu legen, bei dem ab der ursprünglichen Übergabe der Mietsache an den Mieter nur Veränderungen (bzw. Nichtveränderungen) der Mietsache berücksichtigt werden, für welche der Mieter einzustehen hat.[11] Einstehen muss der Mieter für Veränderungen (bzw. Nichtveränderungen) infolge der Verletzung von mietvertraglichen Pflichten.[12] Dazu gehören je nach vertraglicher Regelung die Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache (Art. 257f Abs. 1 OR), die Pflicht zu kleinen Reinigungen und Ausbesserungen (Art. 259 OR) oder die Pflicht zur Wiederherstellung (Art. 260a Abs. 2 OR). Einstehen muss der Mieter aber gegebenenfalls auch für Veränderungen (bzw. Nichtveränderungen) infolge anderer Umstände, wie z.B. infolge einer Haftung für Hilfspersonen oder für Zufall.[13] Der Wortlaut von Art. 267 Abs. 1 OR, welcher nur auf den (mietvertraglichen Soll-)Zustand abstellt, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch (durch den Mieter) ergibt, ist deshalb zu eng.[14]

Nachzutragen gilt, dass es in Art. 267 Abs. 1 OR um den vertragsgemässen Gebrauch geht. Der übliche Gebrauch ist, was immer wieder übersehen wird,[15] nur insoweit relevant, als er als Mittel der Auslegung zur Bestimmung des vertragsgemässen Gebrauchs herangezogen werden kann.[16]

Eine «Vorpflicht» der Rückgabepflicht ist die Instandstellungspflicht, d.h. die Pflicht des Mieters zur Herstellung des Soll-Zustands der Mietsache vor ihrer Rückgabe an den Vermieter,[17] z.B. durch Erfüllung der Pflicht zu kleinen Reinigungen und Ausbesserungen gemäss Art. 259 OR[18] oder durch Erfüllung der Wiederherstel-

---

4 «Der Mieter muss die Sache […] zurückgeben, […].»

5 Nicht völlig korrekt deshalb BGer, 4A_456/2012, 4.12.2012, E. 2.1: «[…] le locataire avait l'obligation, en vertu de l'art. 267 al. 1 CO, de restituer la chose louée […]»; ebenso z.B. BGer, 4A_282/2022, 1.12.2022, E. 3.2.

6 Z.B. BGer, 5A_226/2022, 22.6.2022, E. 5.3.3; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 15.

7 Z.B. BGer, 5A_226/2022, 22.6.2022, E. 5.3.3; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 15.

8 BGE 48 II 384 E. 2; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 63, Art. 267a OR N 15; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 106, bez. Werkvertragsrecht.

9 Markus Vischer, Aktien als individualisierte Rechte und die dadurch in der Trias Mitgliedschaft–Wertpapier/Wertrecht–Bucheffekte verursachten Probleme, SZW 2022, 213 ff., 218, m.w.N.

10 BGer, 4A_239/2020, 5.8.2020, E. 8.2, bez. sorgfältigen und vertragsgemässen Gebrauchs der Mietsache.

11 S.a. Art. 267 Abs. 1 OR.

12 Gauch (FN 2), 215.

13 Dazu z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 83 f.; Gauch (FN 2), 215.

14 BGer, 4A_388/2013, 7.1.2014, E. 2.1; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 81, 85.

15 So z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 85.

16 Zum Ganzen Markus Vischer, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 1 ff., 4 f. i.V.m. 1 ff., 6 ff.; korrekt BGer, 4A_239/2020, 5.8.2020, E. 8.2; BGE 136 III 186 E. 3.1.1: «L'usage dont il est question peut avoir été convenu soit expressément, soit tacitement, ainsi par une utilisation adoptée pendant longtemps par le locataire sans opposition du bailleur […].»

17 Gauch (FN 2), 214: «Instandstellungspflicht».

18 Z.B. BGer, 4A_388/2013, 7.1.2014, E. 2.1; BGer, 4A_456/2012, 4.12.2012, E. 2.1; BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.1; s.a. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 98 ff. mit dem richtigen Hinweis, dass diese Pflicht zu kleinen Reinigungen und Ausbesserungen genau genommen eine Vertragserfüllungspflicht des Mieters ist und bei bisheriger Schlecht- oder Teilerfüllung auf den Zeitpunkt

lungspflicht gemäss Art. 260a Abs. 2 OR.[19] Eine weitere «Vorpflicht» ist die Entfernung von an der oder in die Mietsache ange-/verbrachten Gegenständen des Mieters, wie z.B. die Entfernung der eigenen Gegenstände des Mieters aus einer Mietwohnung.[20]

III. Abweichungen des mietvertraglichen Soll-Zustands vom Ist-Zustand der Mietsache: Mängel

Die mietvertragliche (und dingliche) Rückgabepflicht des Mieters am Ende des Mietvertrags wird verletzt, wenn der Ist-Zustand der Mietsache vom mietvertraglichen Soll-Zustand der Mietsache abweicht. Abweichungen des Ist-Zustands vom mietvertraglichen (und dinglichen) Soll-Zustand werden in Art. 267a OR als Mängel bezeichnet, mindestens soweit es sich bei den Abweichungen um Abweichungen in qualitativer Hinsicht handelt. Ob auch Abweichungen in quantitativer Hinsicht Mängel sind, ist umstritten,[21] ebenso wie umstritten ist, ob ein aliud ein Mangel ist.[22] Fakt ist jedenfalls, dass sich qualitative und quantitative Mängel und peius und aliud bei der Mietsache (bzw. bei den einzelnen Mietsachen einer Sachgesamtheit)[23] oft nur sehr schwer voneinander abgrenzen lassen.[24] Bei Speziesschulden wie der mietrechtlichen Rückgabepflicht sind Abweichungen in quantitativer Hinsicht wie fehlende Schlüssel, fehlende Möbel und fehlende andere Gegenstände[25] oder fehlende Türen[26] oder wie nicht entfernte Gegenstände[27] i.d.R. Mängel. Ebenso umstritten ist, ob auch Abweichungen in rechtlicher Hinsicht wie z.B. ein vom Mieter «verursachtes», die Mietsache belastendes Bauhandwerkerpfandrecht[28] Mängel sind. Diese Frage ist zu bejahen, weil jeder Rechtsmangel auch ein Sachmangel ist.[29]

Der Mangelbegriff im Rahmen der mietvertraglichen Rückgabepflicht entspricht dem allgemeinen Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht.[30] Auch diesbezüglich bestehen die geschilderten Meinungsverschiedenheiten bezüglich qualitativer und quantitativer Mängel, peius und aliud und Rechtsmängeln.[31]

IV. Mängel: Prüfungs- und Rügeobliegenheiten des Vermieters

Gemäss Art. 267a Abs. 1 OR muss der Vermieter den Zustand der Mietsache bei der Rückgabe prüfen und dem Mieter Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, sofort melden, womit eine Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Vermieters statuiert wird.[32] Diese Bestimmung ist offensichtlich Art. 201 Abs. 1 OR (und Art. 367 Abs. 1 OR)[33] nachempfunden,[34] wobei sowohl bezüglich Art. 267a Abs. 1 OR als auch bezüglich Art. 201 Abs. 1 OR zu präzisieren ist, dass Mängel per definitionem nur

---

der Rückgabe vom Mieter oder danach (s. zum Nacherfüllungsanspruch des Vermieters VI.B.) nachgeholt werden muss, wobei Gleiches für die anderen Instandstellungspflichten des Mieters gilt.

19 Z.B. BGer, 4A_162/2020, 25.6.2020, E. 9.2; BGer, 4A_73/2013, 4A_81/2013, 16.7.2013, E. 6.2.2; BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.1; ZK-Higi/Wildisen (FN 1), Art. 260a OR N 43 f.

20 BGer, 6B_940/2021, 9.2.2023, E. 2.1.2; BGer, 4A_234/2022, 21.11.2022, E. 4.1.2.

21 Verneinend z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 25 ff.

22 Verneinend z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 20 ff.; bejahend Ernst A. Kramer, Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf, recht 1997, 78 ff., bez. Kaufrecht.

23 S. I.

24 Z.B. BGer, 4C.279/2000, 11.1.2001, E. 2, bez. grüner statt blauer Autoscheiben, bez. Kaufrecht; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 851, im Allgemeinen, N 2587 ff., bez. Kaufrecht.

25 Z.B. BGer, 4A_388/2013, 7.1.2014, E. 2.1, BGer, 4A_456/2012, 4.12.2012, E. 2.1, und BGer, 4D_128/2010, 1.3.2011, E. 2.3, bez. fehlender Schlüssel; BGer, 4A_589/2012, 21.11.2012, E. 2.2, bez. fehlender Möbel und anderer Gegenstände.

26 Z.B. BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.2.9, bez. fehlender Türen: «La recourante ne conteste pas avoir emporté deux portes du garage. Il s'agit là d'un usage totalement anormal de la chose louée.»

27 Z.B. BGer, 4A_388/2013, 7.1.2014, E. 2.1; BGer, 4A_456/2012, 4.12.2012, E. 2.1; BGer, 4D_128/2010, 1.3.2011, E. 2.3.

28 S. den Fall von BGE 123 III 124, wo im Zuge von Bauarbeiten eines Untermieters während der Mietdauer ein die Mietsache belastendes Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen wurde.

29 Z.B. Markus Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, 233 ff., 239, bez. Kaufrecht; a.M. z.B. BSK OR I-Honsell, Vor Art. 192–196 N 5, Vor Art. 197–210 N 5, Art. 197 N 2, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser), bez. Kaufrecht.

30 Dazu Vischer (FN 16), 1 ff.

31 Z.B. BSK OR I-Honsell (FN 29), Art. 197 N 2, 9, Art. 206 N 2 f., bez. Kaufrecht; Yesim M. Atamer/Mirjam Eggen, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 2017, 731 ff., 760 ff., bez. Kaufrecht.

32 Z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 7, 14, 25, 32; s.a. ZK-Higi/Wildisen (FN 1), Art. 260a OR N 37, 44, bez. sofortiger Prüfungs- und Rügeobliegenheit bei Verletzung der Pflicht zur Wiederherstellung gemäss Art. 260a OR; a.M. Hans Bättig, in: Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. SVITK-Verfasser), Art. 260–260a OR N 85, bez. sofortiger Prüfungs- und Rügeobliegenheit bei Verletzung der Pflicht zur Wiederherstellung gemäss Art. 260a OR.

33 Zur im Gesetzestext von Art. 367 Abs. 1 OR fehlenden, aber trotzdem geltenden Obliegenheit zur sofortigen Mängelrüge z.B. BGer, 4A_245/2018, 4.7.2018, E. 2.2.1; BGer, 4A_55/2012, 31.7.2012, E. 6.1; BGer, 4A_53/2012, 31.7.2012, E. 5.1.

34 BGE 142 III 557 E. 8.3.3.

Abweichungen des Ist-Zustands vom Soll-Zustand sind, für welche der Mieter bzw. der Käufer einzustehen hat. Der entsprechende Zusatz[35] ist damit an sich in beiden Bestimmungen überflüssig.[36]

Kommt der Vermieter seiner Prüfungs- und Rügeobliegenheit nicht nach, so verliert er gemäss Art. 267a Abs. 2 OR seine Ansprüche, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei übungsgemässer Untersuchung nicht erkennbar waren (sog. versteckte, verdeckte oder geheime Mängel versus erkennbare, offenkundige oder offene Mängel).[37] Entdeckt der Vermieter solche Mängel später, so muss er sie gemäss Art. 267a Abs. 3 OR dem Mieter sofort melden, womit erneut eine Rügeobliegenheit statuiert wird.[38] Diese beiden Bestimmungen sind offensichtlich den Bestimmungen in Art. 201 Abs. 2 und 3 OR (und Art. 370 OR) nachempfunden.[39]

Die Übertragung von Art. 201 OR (und Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 370 OR) ins Mietrecht ist allerdings unglücklich. Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ist insgesamt ein unglückliches, im Bereich des Sklaven- und Viehhandels entwickeltes römisch-rechtliches Überbleibsel im Schweizer Recht,[40] weshalb es schon nicht ins Werkvertragsrecht hätte übertragen werden dürfen.[41] Es hätte auch nicht ins Mietvertragsrecht übertragen werden dürfen, v.a. auch nicht unvollständig, d.h. ohne das Korrelat der grundsätzlich verschuldensunabhängigen speziellen Rechtsbehelfe des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts wie die Minderung. Dadurch wird Art. 267a OR auf die verschuldensabhängige Haftung nach Art. 97 OR[42] anwendbar, was dieser Haftung fremd ist.[43] Die fernab vom römisch-rechtlichen Hintergrund nachträglich für Art. 201 OR (und Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 370 OR) und Art. 267a OR (und ähnliche Bestimmungen im kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrecht) gefundene Rechtfertigung der Verkehrs- und Rechtssicherheit[44] überzeugt nicht, weil kein Grund ersichtlich ist, das sonst auf Art. 97 OR anwendbare, der Verkehrs- und Rechtssicherheit aller dienende allgemeine Verjährungsregime[45] zu unterlaufen.[46]

De lege lata ist immerhin zu fordern, dass in Bezug auf die Prüfungsobliegenheit der Begriff «Bei der Rückgabe […]» in Art. 267a Abs. 1 OR und in Bezug auf die Rügeobliegenheit der Begriff «[…] sofort […]» in Art. 267a Abs. 1 und Abs. 3 OR entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem grossen Teil der Lehre vernünftig und mit Augenmass ausgelegt wird.[47] Denn die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die diese stützende Lehre sind zu streng, verlangen sie doch vom Vermie-

---

35 Art. 267a Abs. 1: «[…] Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, […]»; Art. 201 Abs. 1 OR: «[…] Mängel […], für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, […]».

36 S.a. Art. 367 Abs. 1 OR, wo der Zusatz fehlt.

37 S. z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 11, 21 ff., 33 ff., bez. Mietrecht; BSK OR I-Honsell (FN 29), Art. 201 N 11, bez. Kaufrecht.

38 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 25.

39 BGE 142 III 557 E. 8.3.3; s.a. BGer, 4A_537/2020, 23.2.2021, E. 3.3, zur dem Kauf- und Werkvertragsrecht entliehenen (unnötig komplizierten) Beweislast bez. Art. 267a OR.

40 Jörg Schmid/Hubert Stöckli/Frédéric Krauskopf, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2021, N 309 ff.

41 Schmid/Stöckli/Krauskopf (FN 40), N 311.

42 S. dazu VI.

43 S.a. Hans Giger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, 2. A., Bern 1979, Vor Art. 197–210 OR N 26, Art. 201 OR N 17, 101 f., mit der berechtigten Kritik der Anwendung von Art. 201 OR etc. auf den Schadenersatzanspruch bei Mängeln der Kaufsache gemäss Art. 97 OR gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (z.B. BGE 133 III 335 E. 2.4; BGE 114 II 131 E. 1a; BGE 107 II 419 E. 1).

44 Z.B. BGE 133 III 335 E. 2.4.4, bez. Art. 201 OR (und Art. 210 OR); z.B. BGE 47 II 91 E. 2, bez. Mietrecht; Anna Braun, Die Wohnungsabgabe und das Abgabeprotokoll, mp 2020, 7 ff., 14; BSK OR I-Weber (FN 29), Art. 267a N 1; Botschaft vom 27. März 1985 zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts), BBl 1985 I 1389 ff., 1455 f., mit Hinweis auf BGE 47 II 91 E. 2, bez. Art. 267a OR.

45 Dazu z.B. Susan Emmenegger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. A., Bern 2020 (zit. BK-Emmenegger), Art. 97 OR N 478 ff.

46 Gl.M. Bundesrat, Revision des Obligationenrechts (Baumängel), Erläuternder Bericht vom 19.8.2020, Internet: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/baumaengel.html (Abruf 19.3.2023), 25 f., bez. Verträgen über Grundstücke und Werkverträgen im Allgemeinen; gl.M. Isabelle Wildhaber/Sevda Dede, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Verjährung, Art. 127–142 OR, Bern 2021, Art. 128a OR N 41 ff., bez. Abweichung von Art. 210 OR (und Art. 371 OR) von Art. 128a OR.

47 Zur Kritik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf die analogen bzw. gleichen Begriffe «[…] sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist […]» und «[…] sofort […]» in Art. 201 Abs. 1 und Abs. 3 OR z.B. BSK OR I-Honsell (FN 29), Art. 201 N 1; Arnold Rusch, BGer 4A_399/2018: Ist eine kaufrechtliche Mängelrüge innert elf Tagen «sofort» erfolgt?, AJP 2019, 740 ff., 741 «[…] vexatorisch kurze Frist […]»; s.a. BGer, 4A_399/2018, 8.2.2019, E. 3.2, bez. Art. 201 OR: «In der Tat erachtet insbesondere die neuere Lehre die bundesgerichtliche Rechtsprechung als streng (bzw. als zu streng) und betont zu Recht, dass es keine ratio legis gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt […]»; s.a. das erwähnte Gesetzgebungsprojekt betreffend Baumängel (FN 46), welches u.a. bezweckt, bei versteckten (geheimen) Baumängeln im Kauf- und Werkvertragsrecht eine Rügefrist von 60 Tagen einzuführen.

ter eine Mängelrüge innerhalb von zwei bis drei Werktagen.[48]

Zudem muss Art. 203 OR analog angewendet werden, womit bei einer absichtlichen Täuschung durch den Mieter die Folgen der unterlassenen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten gemäss Art. 267a OR nicht eintreten, und zwar weder bezüglich erkennbarer noch bezüglich versteckter Mängel.[49]

Nachzutragen ist, dass Art. 267a OR wie seine kauf- und werkvertraglichen Vorbilder in Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 und Art. 370 OR[50] dispositiver Natur ist.[51] Denn es fehlt im Mietrecht in Bezug auf Art. 267a OR eine Bestimmung wie Art. 267 Abs. 2 OR.[52]

V. Erfüllung der Rügeobliegenheiten des Vermieters: Mängelrüge

Der Vermieter kommt seinen Rügeobliegenheiten gemäss Art. 267a Abs. 1 und 3 OR nach, wenn er (rechtzeitig)[53] die Meldung gemäss Art. 267a Abs. 1 und 3 OR[54] macht. Entgegen dem Wortlaut von Art. 267a Abs. 1 und 3 OR ist die Meldung im Sinne dieser Bestimmungen nur genügend, wenn dem Mieter nicht nur die Mängel «gemeldet» werden, sondern ihm gleichzeitig «gemeldet» wird, dass er gemäss dem Mietvertrag für diese einzustehen hat.[55] Das wird im Kaufrecht besser zum Ausdruck gebracht, weil dort die Marginalie von Art. 201 OR «4. Mängelrüge a. Im Allgemeinen» ist, auch wenn in Art. 201 Abs. 1 und 3 OR das Wort Mängelrüge nicht mehr verwendet wird, sondern von Anzeige die Rede ist.[56] Die Mängelrüge muss zudem substanziiert sein.[57] Nicht notwendig dagegen ist, dass in der Mängelrüge bereits das vom Vermieter gewählte Mängelrecht[58] bezeichnet wird, womit auch nicht nötig ist, in ihr die Höhe des allfällig erlittenen Schadens[59] anzugeben.[60] Die Mängelrüge ist an keine besondere Form gebunden.[61] Die Folge der rechtsgenügenden (wirksamen) Mängelrüge ist die Erhaltung, d.h. Nichtverwirkung, der Mängelrechte.[62]

VI. Mängelrechte

A. Art. 97 OR im Allgemeinen

Wie bereits erwähnt fehlen anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht im Mietrecht bei der Rückgabe der Mietsache mit Mängeln spezielle Rechtsbehelfe des Vermieters. Vielmehr kommt im Mietrecht bei der Rückgabe der Mietsache mit Mängeln Art. 97 OR zum Zuge.[63]

B. Ansprüche aus Art. 97 OR: Nacherfüllungsanspruch des Vermieters

Obwohl in Art. 97 OR nicht explizit gesagt, verschafft Art. 97 OR dem Gläubiger bei einer nicht gehörigen

---

48 Z.B. BGer, 4A_388/2013, 7.1.2014, E. 2.3.1; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 33; BSK OR I-Weber (FN 29), Art. 267a N 2, auch mit der Aussage, es lasse sich über die Frist von zwei bis drei Werktagen je nach Mietsache durchaus diskutieren, wobei der bezüglich der Rügefrist «anzulegende Massstab […] jedoch im Mietrecht nicht grosszügiger sein [dürfe] als im Kaufrecht, da der Vermieter für gewöhnlich eher als geschäftserfahren zu betrachten ist als ein Käufer», was angesichts der vielen privaten Vermieter und der vielen professionellen Mieter und vieler Konsumentenkäufe rechtstatsächlich nicht überzeugt und rein ideologisch ist (zum Vorverständnis im Mietrecht als politischem Recht im Allgemeinen Vischer [FN 16], 4).

49 Franco Pedrazzini, La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise, Freiburg 1992, N 954 ff., bez. Kauf- und Werkvertragsrecht; Hannes Zehnder, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ 2000, 545 ff., 549 f., bez. Mietrecht; unklar ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 12.

50 Z.B. BGE 91 II 344 E. 2a, bez. kaufrechtlicher Gewährleistungsordnung im Allgemeinen; BGer, 4A_55/2012, 31.7.2012, E. 6.1, und BGer, 4A_53/2012, 31.7.2012, E. 5.1, bez. Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 370 Abs. 3 OR; BGer, 4C.371/2006, 19.1.2007, E. 4, bez. Art. 367 OR; BSK OR I-Honsell (FN 29), Art. 201 N 13, bez. Art. 201 OR; BSK OR I-Zindel/Schott (FN 29), Art. 367 N 29, Art. 370 N 24, bez. Art. 367 OR und Art. 370 OR.

51 A.M. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 5; SVIT-Müller (FN 32), Art. 267–267a OR N 1; s.a. BGer, 4A_388/2013, 7.1.2014, E. 2.3.2, und BGer, 4D_98/2010, 16.11.2010, E. 3.5, wonach der Mieter mindestens nachträglich auf die Erhebung des Einwands der verspäteten Mängelrüge verzichten kann.

52 S. dazu VI.F.

53 S. IV.

54 S.a. Marginalie zu Art. 367a OR.

55 BGer, 4A_162/2020, 25.6.2020, E. 5.2; BGer, 4A_545/2011, 11.1.2012, E. 3.2; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 26; BSK OR I-Weber (FN 29), Art. 267a N 2; s.a. Alain Bieger, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, N 92, zu den zwei Elementen der Anzeige und der Rüge.

56 S.a. Art. 367 Abs. 1 OR: «[…] in Kenntnis setzen […]»; Art. 370 Abs. 2 und 3 OR: «Anzeige».

57 BGer, 4A_162/2020, 25.6.2020, E. 5.2; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 26 ff.

58 S. dazu VI.

59 S. VI.D.

60 BGer, 4A_162/2020, 25.6.2020, E. 5.2; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 26.

61 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 31.

62 BGer, 4A_388/2013, 7.1.2014, E. 2.3.2; Bieger (FN 55), N 83, 316 ff.

63 Z.B. BGer, 4A_234/2022, 21.11.2022, E. 4.1.2; BGer, 4A_27/2017, 30.8.2017, E. 4.2; BGer, 5A_448/2015, 29.3.2016, E. 2.2.2.2; BGer, 4A_388/2013, 7.1.2014, E. 2.1; BGer, 5A_676/2010, 13.12.2011, E. 7.3; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 106; s. schon IV.

Erfüllung einen Anspruch auf Nacherfüllung,[64] ebenso wie Art. 97 OR dem Gläubiger bei Nichterfüllung einen Anspruch auf Erfüllung («specific performance») verschafft.[65] Entsprechend hat der Vermieter nach der Rückgabe bei Mängeln aufgrund von Art. 97 OR wie im Kaufrecht[66] einen Nacherfüllungsanspruch (bzw. ein Nacherfüllungsrecht),[67] ebenso wie der Vermieter bei Nichterfüllung der Rückgabepflicht durch den Mieter aufgrund von Art. 97 OR ein Recht auf Erfüllung der Rückgabepflicht («specific performance») hat.[68] Das Gegenstück zum Nacherfüllungsanspruch des Vermieters ist die Nacherfüllungspflicht des Mieters. Der Nacherfüllungsanspruch des Vermieters ist i.d.R. ein Nachbesserungsanspruch. Ausnahmsweise kann es auch ein Nachlieferungsanspruch des Vermieters sein, wenn die Miete eine Gattungsmiete ist.[69] Unbestritten ist dieser Nacherfüllungsanspruch im Mietrecht beim Wiederherstellungsrecht des Vermieters gemäss Art. 260a Abs. 2 OR.[70] Er besteht aber ganz generell, selbstverständlich unter Vorbehalt der üblichen Regeln, insbesondere der Unmöglichkeit,[71] wobei Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs nicht schon vorliegt, wenn die Mietsache bereits zurückgegeben wurde.[72]

Kommt der Mieter seiner Nacherfüllungspflicht nicht nach, kann sich der Vermieter richterlich ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Mieters vorzunehmen (Art. 98 OR). Analog der gefestigten Rechtsprechung im Werkvertragsrecht zur Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung[73] ist der Vermieter berechtigt, den Mangel ohne richterliche Ermächtigung durch Ersatzvornahme auf Kosten des Mieters zu beseitigen oder beseitigen zu lassen, sei es durch Reparatur bzw., ausnahmsweise, Ersatzanschaffung.[74] Der entsprechende Anspruch des Vermieters findet wie im Werkvertragsrecht gemäss Art. 368 Abs. 2 OR seine Grenze bei Übermässigkeit der Kosten der Ersatzvornahme,[75] was man aus Art. 2 ZGB oder der Schadensminderungspflicht gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR[76] ableiten kann. Zudem gelten wie im Werkvertragsrecht[77] die Regeln über die Sowiesokosten und generell über die Vorteilsanrechnung(-ausgleichung), damit der Vermieter durch die Ersatzvornahme nicht bessergestellt wird als er stünde, wenn der Mieter die Mietsache ohne Mängel zurückgegeben hätte.[78] Das ergibt sich wie das im Zusammenhang mit der Vorteilsanrechnung auch erwähnte Bereicherungsverbot[79] bereits aus dem

---

64 Z.B. Alfred Koller, OR AT, Bd. I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. A., Bern 2023, N 57.46; Markus Vischer, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, 1168 ff., 1170 f.

65 Huguenin (FN 24), N 809; Vischer (FN 64), AJP 2011, 1170 f.

66 Z.B. Yeşim M. Atamer/Jan Küng, Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung, AJP 2021, 1093 ff., 1095; Vischer (FN 64), AJP 2011, 1170 ff.; a.M. BGer, 4C.307/2000, 22.2.2001, E. 6; BGE 95 II 119 E. 6; BSK OR I-Honsell (FN 29), Art. 205 N 5; offengelassen in BGE 124 III 456 E. 4b/bb; s.a. das bereits erwähnte Gesetzgebungsprojekt betreffend Baumängel (FN 46), welches auch bezweckt, ein teilzwingendes Nachbesserungsrecht beim Kaufvertrag über ein Grundstück mit einer noch nicht erstellten Baute einzuführen; zum Nachbesserungsrecht im Werkvertragsrecht s. Art. 368 Abs. 3 OR; s.a. BGer, 4A_351/2021, 26.4.2022, E. 3.4.1, zur Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts im Werkvertragsrecht: «Ihre Auffassung [d.h. die Auffassung der Vorinstanz], wonach der Nachbesserungsanspruch einen modifizierten Erfüllungsanspruch des Bestellers darstellt, welcher in einem Austauschverhältnis mit dem Vergütungsanspruch des Unternehmers steht, weshalb ein Zurückbehalterecht nach Art. 82 OR geltend gemacht werden kann, leuchtet ein.»

67 S. bereits II.

68 Z.B. BGer, 4A_456/2012, 4.12.2012, E. 2.1; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 14 ff.

69 ZK-Higi/Wildisen (FN 1), Art. 253 OR N 16, Art. 267 OR N 23, wobei anzufügen ist, dass die Miete bei Sachgesamtheiten wie einer möblierten Wohnung auch nur in Bezug auf einzelne Mietsachen wie einen Stuhl eine Gattungsmiete sein kann; s.a. Art. 206 Abs. 2 OR, bez. Kaufrecht.

70 Z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 1), Art. 260a OR N 43 f.; s. zum Erfordernis der Mängelrüge im Zusammenhang mit der Wiederherstellungspflicht FN 32.

71 Gauch (FN 2), 215.

72 Wohl a.M. OGer ZH, 16.10.2020, in: ZR 2020, 273, E. 4.2.2 ff.

73 Z.B. BGE 107 II 50 E. 3; Gauch (FN 8), N 1819 ff., bez. Werkvertragsrecht.

74 Z.B. BGer, 4A_73/2013, 4A_81/2013, 16.7.2013, E. 6.2.2; z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 125; s.a. Vischer (FN 64), AJP 2011, 1173, bez. kaufrechtlichen Nacherfüllungsrechts.

75 Roger Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich/St. Gallen 2007, N 892, bez. Werkvertragsrecht, wobei umstritten ist, ob übermässige Kosten den Anspruch des Bestellers wegfallen lassen oder bloss ein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers darstellen; dazu Gauch (FN 8), N 1748; Brändli (FN 75), N 399; zur Auslegung des Begriffs der Übermässigkeit der Kosten z.B. Gauch (FN 8), N 1748 ff.; a.M. Vischer (FN 64), AJP 2011, 1173, bez. kaufrechtlichen Nacherfüllungsrechts.

76 So BGer, 4A_415/2021, 18.3.2022, E. 6.2.4; zur Schadensminderungspflicht im Allgemeinen z.B. Vito Roberto, Haftpflichtrecht, 3. A., Bern 2022, N 30.14 ff., auch mit dem richtigen Hinweis, dass die Schadensminderungspflicht zur Schadensberechnung und nicht zur Schadensbemessung gehört.

77 Z.B. Gauch (FN 8), N 1727 ff.

78 Zur Vorteilsanrechnung im Allgemeinen z.B. BGer, 6B_535/2019, 13.11.2019, E. 2.2; BGer, 5C.130/2005, 2.3.2006, E. 3.4; Roberto (FN 76), N 30.01 ff.; Roland Brehm, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. A., Bern 2021 (zit. BK-Brehm), Art. 42 OR N 27 ff.

79 Im Allgemeinen BK-Emmenegger (FN 45), Art. 97 OR N 334; s.a. BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.1, zum Bereicherungsverbot des Vermieters bei Rückgabe der Mietsache mit Mängeln.

(rechtlichen) Schadensbegriff,[80] womit die Vorteilsanrechnung zur Schadensberechnung und nicht zur Schadensbemessung gehört.[81]

Der Nacherfüllungsanspruch des Vermieters nach Rückgabe der Mietsache darf nicht mit dem Nacherfüllungsanspruch des Mieters verwechselt werden, welcher im Kaufrecht aufgrund von Art. 2 ZGB, aufgrund der Schadensminderungspflicht gemäss Art. 99 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR oder in Analogie zu Art. 206 Abs. 2 OR z.T. bejaht wird.[82] Ein solcher Nacherfüllungsanspruch des Mieters besteht nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Rückgabeverpflichtung nur, wenn er mit dem Vermieter vereinbart ist. Denn vorbehältlich einer anderen Vereinbarung erlischt in diesem Zeitpunkt das Recht des Mieters, bisherige Vertragspflichten wie die Pflicht zu kleinen Reinigungen und Ausbesserungen (Art. 259 OR) und die Pflicht zur Wiederherstellung (Art. 260a Abs. 2 OR) zu erfüllen, was aus Art. 108 Ziff. 3 OR und der darin enthaltenen Regel zum relativen Fixgeschäft[83] abzuleiten ist.[84]

C. Ansprüche aus Art. 97 OR: Schadenersatzanspruch des Vermieters

Art. 97 OR verschafft dem Gläubiger bei nicht gehöriger Erfüllung einen Schadenersatzanspruch, sofern der Schuldner nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.[85] Entsprechend hat der Vermieter aufgrund von Art. 97 OR bei der Rückgabe der Mietsache mit Mängeln einen Schadenersatzanspruch.[86] Dieser Anspruch steht alternativ neben dem Nacherfüllungsanspruch des Vermieters, so dass der Vermieter entweder den Nacherfüllungs- oder den Schadenersatzanspruch geltend machen kann. Das schliesst nicht aus, dass der Vermieter neben dem Nacherfüllungsanspruch u.U. auch Schadenersatz geltend machen kann, z.B. in der Form des merkantilen Minderwerts.[87]

Vorliegend soll nur auf einen Aspekt dieses Schadenersatzanspruchs eingetreten werden, nämlich die Berechnung des Schadens.

D. Ansprüche aus Art. 97 OR: Schadenersatzanspruch des Vermieters: Schadensberechnung

1. Differenztheorie

Das Bundesgericht verweist für die Berechnung des Schadens im Allgemeinen auf die Differenztheorie. Danach stelle sich der Schaden als unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens dar: Er entspreche der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Zustand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den dieses Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.[88] Die Differenztheorie ist jedoch zur Bestimmung des Schadens und damit des Schadensbegriffs untauglich.[89] Vielmehr ist von einem Begriff des Schadens auszugehen, der wie jeder unbestimmte Rechtsbegriff in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB unter Berücksichtigung des vertraglichen und gesetzlichen Kontexts mittels typisierender Regeln zu konkretisieren ist,[90] was zu einem rechtlichen Schadensbegriff führt.[91] Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Schaden grundsätzlich der Schaden des Betroffenen, der Schadensbegriff also grundsätzlich subjektiv ist, wobei dieser aber objektivierend zu ermitteln ist.[92] Dass von einem rechtlichen Schadensbegriff auszugehen ist,

---

80 S. VI.D.1.

81 Z.B. BK-Brehm (FN 78), Art. 42 OR N 28.

82 Z.B. Vischer (FN 64), AJP 2011, 1174 m.w.N.

83 Dazu im Allgemeinen z.B. BSK OR I-Wiegand (FN 29), Art. 108 N 6.

84 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 60.

85 Z.B. BSK OR I-Wiegand (FN 29), Art. 97 N 1 ff.

86 Z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 101.

87 Gauch (FN 8), N 1864, bez. Werkvertragsrecht, allerdings mit der unrichtigen Qualifikation des merkantilen Minderwerts als Mängelfolgeschaden (dazu z.B. Markus Vischer, BGer 4A_394/2018 [zur Publikation bestimmt]: Schadenersatz, Minderwert, AJP 2019, 842 ff., 850).

88 Z.B. BGer, 4A_407/2021, 13.9.2022, E. 5.1; BGE 145 III 225 E. 4.1.1; BGE 142 III 23 E. 4.1.

89 Markus Vischer/Dario Galli, Schadensberechnung beim Unternehmenskauf, Bundesgerichtsurteil 4A_480/2021 vom 9. November 2022, SZW 2023, 256 ff., 260; Roberto (FN 76), N 23.01; Vischer (FN 87), AJP 2019, 847 f.; Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 1 N 31.

90 Vischer/Galli (FN 89), 260; Roberto (FN 76), N 26.06; BK-Emmenegger (FN 45), Art. 97 OR N 208; Vischer (FN 87), AJP 2019, 848; Honsell/Isenring/Kessler (FN 89), § 1 N 33; Christa Kissling, Dogmatische Begründung des Haushaltschadens, Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Behandlung unentgeltlicher Tätigkeiten, Bern 2006, 47: «Die Aufgabe, den unbestimmten Rechtsbegriff des rechtlichen relevanten Schadens zu konkretisieren, obliegt somit der Rechtsprechung und Lehre»; s. zum Vorgehen bei unbestimmten Rechtsbegriffen gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB am Beispiel des wichtigen Grunds auch Markus Vischer, BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, 130 ff., 132 f.

91 Roberto (FN 76), N 25.01 ff. und N 26.01 ff. zum normativen bzw. gegliederten Schadensbegriff.

92 Vischer/Galli (FN 89), 264.

ist letztlich auch die Meinung des Bundesgerichts.[93] Die immerwährende Betonung der Differenztheorie durch das Bundesgericht verkommt so zur blossen Floskel.[94]

Immerhin bringt die Differenztheorie zum Ausdruck, dass es bei der Schadensberechnung immer um eine Differenzrechnung geht, bei der ein effektiver (Ist-)Zustand mit einem fiktiven bzw. hypothetischen (Soll-)Zustand verglichen wird.[95] Das entspricht dem Begriff des Mangels der Mietsache bei dessen Rückgabe, der sich ebenfalls aus dem Vergleich des Ist- mit dem Soll-Zustand ergibt.[96]

2. Positives Interesse

Beim Schadenersatz gemäss Art. 97 OR ist das positive Interesse relevant.[97] Das positive Interesse ergibt sich bei der Rückgabe der Mietsache mit Mängeln durch den Vergleich des Ist- mit dem fiktiven bzw. hypothetischen Soll-Zustand, wie er bestünde, wäre die Rückgabepflicht gehörig erfüllt worden.[98]

3. Naturalherstellung und Wertentschädigung im Allgemeinen

Das Schweizer Schadensrecht basiert auf zwei Grundprinzipien, nämlich dem Prinzip der Restitution und dem Prinzip der Kompensation.[99] Im deutschen Schadensrecht werden diese Begriffe zum Teil durch die richtigeren Begriffe der Naturalherstellung und der Wertentschädigung ersetzt.[100] Bei der Naturalherstellung steht die Herstellung eines gegenständlichen fiktiven bzw. hypothetischen Soll-Zustands beim Geschädigten im Vordergrund, während es bei der Wertentschädigung um den Ausgleich der Einbusse im Vermögen des Geschädigten geht.[101] Wichtig ist, die Naturalherstellung nicht zu eng zu verstehen.[102] Sie erfasst nicht nur die auf Naturalherstellung gerichtete Leistung in natura,[103] sondern auch die auf Naturalherstellung abzielende Geldleistung.[104]

Bei der Naturalherstellung von Sachgesamtheiten kann die Naturalherstellung auch in der Naturalherstellung einzelner Sachen einer Sachgesamtheit oder einzelner Teile einer Sache liegen.[105]

Die Ergebnisse der Naturalherstellung und der Wertentschädigung können erheblich auseinanderfallen.[106] Es stellt sich deshalb die Frage nach dem Verhältnis von Naturalherstellung und Wertentschädigung. Im Unterschied zum deutschen Schadensrecht, wo der Vorrang der Naturalherstellung gesetzlich festgeschrieben ist, ist die Frage in der Schweiz offen.[107] Eine explizite Meinung zugunsten eines Vorrangs gibt es soweit überblickbar nicht. Im Regelfall wird die Frage in das Belieben des Richters gestellt oder dem Geschädigten ein Wahlrecht eingeräumt.[108]

Naturalherstellung und Wertentschädigung können auch nebeneinanderstehen, so bei einer beschädigten

---

93 Z.B. BGE 144 III 155 E. 2.2: «Zu beachten ist indessen, dass der so definierte allgemeine Schadensbegriff im Einzelfall konkretisiert werden muss, damit er brauchbare Kriterien für die Schadensberechnung liefern kann»; s.a. die Rechtsprechung zu den Baumschäden in BGE 127 III 73 und 129 III 331 (bestätigt in BGer, 4C.87/2007, 26.9.2007, E. 5.2), wo das Bundesgericht unbesehen der (Nicht-)Wertveränderung des betroffenen Grundstücks auf die Kosten neuer Bäume als (direkten bzw. unmittelbaren) Schaden abstellte.

94 Peter Gauch, Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2002, 293 ff., 299; Niklaus Lüchinger, Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg 1999, N 91.

95 Vischer/Galli (FN 89), 260 f.; BK-Brehm (FN 78), Art. 41 OR N 70b in fine.

96 S. II.

97 Z.B. BK-Emmenegger (FN 45), Art. 97 OR N 288, 444.

98 Im Allgemeinen z.B. Vischer/Galli (FN 89), 261.

99 Vischer/Galli (FN 89), 261; Roberto (FN 76), N 21.01 ff. und 28.04 ff.; Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I., 3. A., Zürich 1979, 114 ff.

100 Vischer/Galli (FN 89), 261; Gerhard H. Wächter, M&A Litigation, 4. A., Köln 2022, N 12.1 ff.

101 Vischer/Galli (FN 89), 261 f.

102 Vischer/Galli (FN 89), 262.

103 Z.B. BGE 110 II 183 (Verpflichtung zur Lieferung von Goldbarren); BGE 107 II 134 E. 4 (Verpflichtung zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Grundstücks); BGE 100 II 134 (u.a. Verpflichtung zur Säuberung und Instandstellung des verwüsteten Grundstücks).

104 Vischer/Galli (FN 89), 262; s.a. BGE 129 III 331 E. 2.2: «Bei solchen Sachverhalten steht der Anspruch des Geschädigten auf Naturalrestitution bzw. deren Surrogat in Form des Ersatzes der Wiederherstellungskosten im Vordergrund. Wird Geldersatz verlangt, tritt dieser an die Stelle des Naturalersatzes»; BGE 107 II 134 E. 4; s.a. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 101.

105 Im Allgemeinen Vischer/Galli (FN 89), 265; BGE 129 II 331 und BGE 127 III 73, bez. Naturalherstellung bei zerstörten bzw. beschädigten Bäumen als Teilen einer Liegenschaft; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 105, 110, welche im Zusammenhang mit der Naturalherstellung zu Recht von Sache und Sachteil bzw. Teilsache sprechen.

106 Vischer/Galli (FN 89), 263.

107 Vischer/Galli (FN 89), 262.

108 Vischer/Galli (FN 89), 262 m.w.N., auch auf Luca Ellenberger, BGer 4A_297/2019: Cum-Ex: Umgang im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen in der Anlageberatung, AJP 2020, 1351 ff., 1357 f., und Arnold Rusch/Matthias Michlig, Naturalrestitution bei falscher Beratung, AJP 2016, 665 ff., 666 f., welche dafür plädieren, dass die Naturalherstellung Vorrang gegenüber der Wertentschädigung haben sollte; von Tuhr/Peter (FN 99), 114 f.; s.a. BGE 107 II 134 E. 4.

Sache in Form der Reparaturkosten und des merkantilen Minderwerts.[109]

Die Begriffe von positivem und negativem Interesse und von Naturalherstellung und Wertersatz sind nicht deckungsgleich.[110]

4. Begrenzung des Schadenersatzanspruchs

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung finden die bei Rückgabe der Mietsache (bzw. der Mietsachen) mit Mängeln auf den Mieter als (unmittelbarer bzw. direkter) Schaden[111] abwälzbaren Kosten der Reparatur oder der Ersatzanschaffung ihre Grenze im Zustandswert bzw. Zeitwert, worunter das Bundesgericht den Neuwert der Mietsache (bzw. der Mietsachen bzw. der relevanten Mietsache wie z.B. die Küche in der gemieteten Wohnung) unter Berücksichtigung der Abschreibungen bis zum Zeitpunkt der Rückgabe versteht.[112]

Diese Rechtsprechung ist eine Spiegelung der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Sachbeschädigung. Auch bei ihr finden gemäss Bundesgericht die auf den Schädiger als (unmittelbarer bzw. direkter) Schaden abwälzbaren Kosten der Reparatur oder der Ersatzanschaffung ihre Grenze im Zustandswert bzw. Zeitwert der beschädigten Sache bzw. der beschädigten Teilsache wie z.B. eines Baumes als Teil einer beschädigten Liegenschaft, worunter das Bundesgericht den Neuwert minus Abschreibungen versteht.[113]

Diese Rechtsprechung der Beschränkung der Kosten der Reparatur und der Ersatzanschaffung auf den Zustandswert bzw. Zeitwert verkennt den Unterschied zwischen Naturalherstellung und Wertentschädigung, indem sie die Naturalherstellung auf die Wertentschädigung begrenzt. Die Naturalherstellung ist aber grundsätzlich nicht betraglich begrenzt. Es gilt vielmehr auch in Bezug auf die Naturalherstellung das allgemeine Prinzip der Totalreparation bzw. des Totalausgleichs,[114] weshalb unter dem Titel der Naturalherstellung grundsätzlich sämtliche Kosten der Reparatur oder der Ersatzanschaffung abwälzbar sind.[115] Analog Art. 368 Abs. 2 OR findet der Kostenersatz allerdings seine Grenze bei Übermässigkeit der Kosten,[116] was man wiederum aus Art. 2 ZGB oder der Schadensminderungspflicht gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR ableiten kann.[117] Dem stehen die Ausführungen in BGE 127 III 73 E. 5e und 5f nicht entgegen, wo das Bundesgericht in Bezug auf einen Baumschaden zwar ausführte, die von der Vorinstanz vertretene Auffassung der Übermässigkeit der Kosten der Anschaffung eines grösseren neuen Baumes mit einem Stammumfang von 56 bis 60 cm sei nicht korrekt, es dieses Prinzip dann aber (unter Berufung auf die in der Schweiz seit jeher vorherrschende einfache und praktische Rechtsauffassung) trotzdem anwandte, indem es den Haftpflichtigen «zum Ersatz der Kosten eines Baumes verpflichtet, der dem ausgewachsenen möglichst entspricht, im Handel noch erhältlich und von seinem Alter her nicht ungeeignet ist, an den vorgesehenen Ort verpflanzt zu werden». Zudem gelten die Regeln über die Vorteilsanrechnung.[118] Unter diesen Titeln kommen Überlegungen wie der Abzug

---

109 BGer, 4A_431/2021, 21.4.2021, E. 6.1.2; BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.2; BGer, 4A_61/2015, 25.6.2015, E. 3.1; Vischer/Galli (FN 89), 262 f.; Roberto (FN 76), N 28.28; Vischer (FN 87), AJP 2019, 851; s. bereits VI.C.

110 Vischer/Galli (FN 89), 263.

111 Zum (umstrittenen) Begriff des unmittelbaren bzw. direkten Schadens als Schaden an der Sache selbst z.B. Markus Vischer, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 129 ff., bez. Kaufrecht; s.a. im Allgemeinen BK-Emmenegger (FN 45), Art. 97 OR N 254 ff.

112 Z.B. BGer, 4A_162/2020, 25.6.2020, E. 9.2; BGer, 4A_73/2013, 4A_81/2013, 16.7.2013, E. 6.2.2; BGer, 4A_557/2012, 7.1.2013, E. 2.2; BGer, 4A_469/2011, 22.12.2011, E. 2.1, allerdings mit der verkürzten und deshalb falschen Aussage, der Schadenersatz entspreche den Abschreibungen; BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.1; gl.M. wie das Bundesgericht z.B. Carole Aubert, in: François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (Hrsg.), Commentaire pratique, Droit due bail à loyer et à ferme, 2. A., Basel 2017 (zit. CPra Bail-Aubert), Art. 267 OR N 32; s.a. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 109 ff., welche zwischen Reparatur- und Ersatzanschaffungskosten differenzieren.

113 BGer, 4A_431/2021, 21.4.2022, E. 6.1.2; BGer, 6B_535/2019, 13.11.2019, E. 2.2; BGer, 4C.343/2001, 13.2.2002, E. 2b; gl.M. wie das Bundesgericht z.B. BK-Brehm (FN 78), Art. 42 OR N 22.

114 BGer, 4A_61/2015, 25.6.2015, E. 3.1, 3.4; BGE 127 III 73 E. 5c/cc, 5f; bestätigt in BGer, 6B_377/2020, 21.7.2021, E. 3.5.5; Roberto (FN 76), N 31.01 ff.; BSK OR I-Kessler (FN 29), Art. 43 N 6 f.

115 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 110 f., 112, bez. Reparaturkosten «von kleineren Mängeln i.S.v. Art. 259» OR, anders N 109, bez. Ersatzanschaffungskosten, wieder anders N 113 und N 115, bez. Ersatzanschaffungskosten bei wertbeständigen und bei erneuerbaren und effektiv erneuerten Sachen, und N 116, bez. Ersatzanschaffungskosten für «die üblichen Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens»; SVITK-Müller (FN 32), Art. 267–267a OR N 38 f., bez. Reparaturkosten.

116 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 104, 109 f., bez. Bagatellschäden; SVITK-Müller (FN 32), Art. 267–267a OR N 40, bez. Bagatellschäden und ästhetischer Beeinträchtigungen, auch mit dem richtigen Hinweis, dass eine Übermässigkeit der Kosten nicht leichthin anzunehmen ist; von Tuhr/Peter (FN 99), 115 f.; s.a. BGer, 4A_73/2013, 4A_81/2013, 16.7.2013, E. 6.2.2, BGer, 4A_469/2011, 22.12.2011, E. 2.1, BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.1, und z.B. CPra Bail-Aubert (FN 112), Art. 267 OR N 32, wo bei der Begründung der Beschränkung der Kosten der Reparatur und der Ersatzanschaffung auf den Zeitwert der Mietsache das Argument der Übermässigkeit der Kosten anklingt; ähnlich bez. allgemeinen Schadensrechts z.B. BGer, 4A_61/2015, 25.6.2015, E. 3.1.

117 S. VI.B.

118 S. VI.B.

«neu für alt», der auch Mehrwertabzug genannt wird,[119] ins Spiel.[120] Allerdings ist im Regel- und sicher im Zweifelsfall keine Vorteilsanrechnung vorzunehmen.[121] Auf alle Fälle ist keine Vorteilsanrechnung und insbesondere kein Abzug «neu für alt» zu machen, wenn die alte Sache dem Geschädigten noch lange wie eine neue gedient hätte[122] oder wenn die alte Sache vom Schädiger unerlaubt gestohlen, zerstört oder beschädigt wurde, ansonsten unerlaubtes Handeln des Schädigers geschützt würde.[123] In Bezug auf Letzteres anders entscheiden hiesse m.a.W., einen Wertungswiderspruch zu Art. 139 StGB (Diebstahl) und Art. 144 StGB (Sachbeschädigung) bzw. Art. 41 OR[124] zu schaffen, welche Bestimmungen selbst objektiv wertlose Sachen gegen einen Diebstahl und eine Sachbeschädigung schützen.[125]

Selbst wenn es so wäre, dass die Naturalherstellung rigide durch die Wertentschädigung und damit den Zeitwert beschränkt wäre, ist dieser Zeitwert nicht notwendigerweise als Neuwert minus Abschreibungen zu verstehen. Das liefe auf eine reine Substanzwertbetrachtung hinaus,[126] welche in der modernen Bewertungslehre längst nicht mehr allein relevant ist, sondern in vielen Bereichen durch Ertragswertbetrachtungen komplementiert oder sogar verdrängt wurde.[127] Die vorstehend geschilderte (richtige) Überlegung, wonach keine Vorteilsanrechnung und kein Abzug «neu für alt» zu machen ist, wenn die alte Sache dem Geschädigten noch lange wie eine neue gedient hätte, beruht bei näherer Betrachtung denn auch auf einer Ertragswertüberlegung, denn es wird nicht auf die Substanz der Sache, sondern auf die Nutzung dieser Sache abgestellt, was sich ja schon deshalb aufdrängt, weil es bei der Miete um die Nutzung von Sachen geht, für die Mietzinse bezahlt werden.[128]

Entsprechend sind im Sinne des rechtlichen Schadensbegriffs[129] jeweils auf den konkreten Fall angepasste differenzierte Wertüberlegungen anzustellen.[130]

Die gedankenlose Anwendung von Abschreibungs- (Amortisations- oder Lebensdauer-)Tabellen[131] zur Ermittlung des Zeitwerts kommt deshalb nicht infrage, zumal die in der Praxis verwendeten Abschreibungstabellen z.T. erheblich voneinander abweichen.[132]

---

119 Z.B. BK-Brehm (FN 78), Art. 42 OR N 43 ff.

120 Dazu z.B. BGer, 4A_61/2015, 25.6.2015, E. 3.4; BGer, 4C.87/2007, 26.9.2007, E. 5.2; Roberto (FN 76), N 28.29 ff.

121 Im Allgemeinen Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 6 N 362, 365, mit dem richtigen Hinweis, dass die Schadensberechnung bis zu einem gewissen Grad subjektiv ist (s. schon VI.D.1.); von Tuhr/Peter (FN 99), 118, bez. Abzug «neu für alt»; s.a. BGer, 6B_535/2019, 13.11.2019, E. 2.2, wo das Bundesgericht Vorteile nur «in der Regel» angerechnet haben möchte; s.a. BGer, 4A_61/2015, 25.6.2015, E. 3.5, wo das Bundesgericht es ablehnte, dem Geschädigten a priori den Restwert der beschädigten Sache anzurechnen; s.a. BGer, 4C.87/2007, 26.9.2007, E. 5.2, wo das Bundesgericht den Abzug «neu für alt» nur im Falle einer klaren Bereicherung vorgenommen haben möchte.

122 BGer, 4P.148/2001, 25.10.2001, E. 3b; Roberto (FN 76), N 28.31; Honsell/Isenring/Kessler (FN 89), § 8 N 48; s.a. BK-Brehm (FN 78), Art. 42 OR N 44, wonach ein Vorteil für den Geschädigten realisierbar sein muss.

123 BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.2.8 (bestätigt in BGer, 4C.87/2007, 26.9.2007, E. 5.2); Roberto (FN 76), N 30.10 ff.

124 S. VI.E.

125 Z.B. Stefan Trechsel/Dean Crameri, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen 2021, Art. 139 StGB N 2 i.V.m. Vor Art. 137 N 2, bez. Diebstahl; BSK StGB-Weissenberger, Art. 144 N 6, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019, bez. Sachbeschädigung; s.a. Art. 257f Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 OR, womit dem Mieter verboten ist, die Mietsache vorsätzlich zu beschädigen, unabhängig davon, ob diese einen tieferen oder höheren Zeitwert und ev. gar einen Zeitwert von null hat.

126 So deutlich BGer, 4A_119/2015, 3.6.2015, E. 2.4, bez. Art. 62 aVVG: «Der Zeitwert entspricht dem Wert eines Fahrzeuges im Zeitpunkt des versicherten Ereignisses. Die Entschädigungshöhe bei einem Totalschaden orientiert sich von Gesetzes wegen an diesem tatsächlichen Zeitwert (Art. 62 VVG). Indem sich die Ersatzleistung gemäss Art. 62 VVG am Wert der versicherten Sache im Zeitpunkt des Schadenfalls auszurichten hat, wird der Versicherungsnehmer durch die Versicherungsleistung vermögensmässig gleichgestellt, wie wenn der Schadenfall nicht eingetreten wäre. Der Versicherungsnehmer soll somit nach dieser Bestimmung nicht mehr als seinen wirklichen Substanzschaden ersetzt erhalten, […].»

127 Z.B. Vischer/Galli (FN 89), 264, bez. Unternehmensbewertung; s.a. BGer, 5A_361/2022, 24.11.2022, E. 3.3.1.3, zur sogenannten Praktikermethode im Bereich der Bewertung von Unternehmen, die zwar bei KMU häufig angewendet werde, für deren theoretische Richtigkeit in der Bewertungslehre infolge des Trends in Richtung «Ertragswertmethoden» aber niemand mehr eintrete.

128 S.a. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 117, bez. Element der Mietzinszahlung.

129 S. VI.D.1.

130 S. z.B. Mietgericht des Bezirks Zürich, 9.4.1986, in: ZR 1987, 73, bez. eines fast 90-jährigen Riemenparketts; s.a. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 117, bez. 90-jährigen Parkettbodens in einem alten, renovierten Jugendstilhaus, originalen Terrakottabodens in einer sanierten Altstadtwohnung in einem 400-jährigen Haus und instandgestellten 100-jährigen Kachelofens in einem gleichaltrigen Haus.

131 Zum Einsatz solcher Tabellen in der Praxis z.B. BGer, 4A_239/2020, 5.8.2020, E. 8.2; BGer, 4A_557/2012, 7.1.2013, E. 2.2; BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.2.6; BGer, 4C.131/1995 (Fallnummer gemäss BGer, 4A_27/2017, 30.8.2017, E. 4.2, BGer, 5A_448/2015, 29.3.2016, E. 2.2.2.2; BGer, 4A_557/2012, 7.1.2013, E. 2.2; BGer, 4A_469/2011, 22.12.2011, E. 2.1, BGer, 5A_676/2010, 13.12.2011, E. 7.3, und BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.1), 15.11.1995, E. 2, in: SJ 1996, 322; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 114, 117.

132 Peter Higi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 266–268b OR, Die Miete, Zweite Lieferung, 4. A., Zürich 1995, Art. 267 OR N 118; s.a. BGer, 4A_239/2020, 5.8.2020, E. 8.2, BGer,

Nachzutragen ist, dass sich die Frage der Abschreibungen und damit auch des Abzugs «neu für alt» so oder so nur bei nicht wertbeständigen und nicht auch bei wertbeständigen Sachen stellt.[133] Gleiches gilt für erneuerbare und effektiv erneuerte Mietsachen,[134] wie z.B. einen kürzlich abgeschliffenen Parkettboden.[135] Auch «für die üblichen Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens […] (z.B. Besteck, Gläser, Geschirr, Handtücher usw. bei möblierten Wohnungen, Seifenschalen und Halter)»[136] ist kein Abzug «neu für alt» zu machen.[137] Gleiches gilt für Möbel[138] und für Gegenstände, welche wie «gesprungene Steckdosen, die Gurten der Sonnenstoren, defekte Dichtungen, Herdplatten, Duschschläuche» zu den Gegenständen gehören, für die der Mieter gemäss Art. 259 OR verantwortlich ist.[139]

Der Ersatz der Kosten der Reparatur oder der Ersatzanschaffung hängt nicht davon ab, ob die Reparatur oder die Ersatzanschaffung effektiv vorgenommen wird.[140] Es wird deshalb auch von abstrakter Schadensberechnung gesprochen.[141]

Neben dem unmittelbaren Schaden[142] hat der Mieter bzw. Schädiger u.U. den mittelbaren (indirekten) Schaden[143] zu ersetzen,[144] bei welchem sich die Frage der Beschränkung auf den Zeitwert nicht stellt.[145]

E. Alternative Anwendung von Art. 41 OR

Soweit es sich bei den Mängeln bei Rückgabe um Sachschäden handelt, kommt Art. 41 OR alternativ zur Anwendung, wenn der Vermieter zugleich Eigentümer der Mietsache ist. Es besteht also Anspruchskonkurrenz.[146] Art. 267a OR bzw. die darin statuierten Prüfungs- und Rügeobliegenheiten finden deshalb keine Anwendung auf die ausservertraglichen Ansprüche des Vermieters bei Rückgabe der Mietsache.[147] Der «Sündenfall» des Bundesgerichts im Kaufrecht bez. Anwendbarkeit u.a. von Art. 201 OR auf die Ansprüche nach Art. 97 OR[148] ist nicht zu wiederholen.

Bezüglich auf Art. 41 OR abgestützter Schadenersatzansprüche bei Sachschäden gilt weitestgehend das zu den Schadenersatzansprüchen gemäss Art. 97 OR Ausgeführte,[149] wobei aber der unterschiedlichen Rechtsgrundlage Rechnung zu tragen ist.[150]

4A_557/2012, 7.1.2013, E. 2.2, BGer, 4C.261/2006, 1.11.2006, E. 3.1, und BGer, 4C.131/1995 (Fallnummer gemäss den diesbezüglich in FN 131 zitierten Entscheiden), 15.11.1995, E. 2, in: SJ 1996, 322, wonach Tabellen widerlegt werden können bzw. nur eine indikative Bedeutung haben; gl.M. wie das Bundesgericht z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR 117 f., auch mit dem richtigen Hinweis, dass die Schadensberechnung bis zu einem gewissen Grad subjektiv ist (s. schon VI.D.1.); s.a. im Allgemeinen Oftinger/Stark (FN 121), § 6 N 360: «Dabei ist aber zu beachten, dass die im Handel gebräuchliche Amortisation grösser sein kann als die Entwertung der Sache für den Geschädigten selbst.»

133 Z.B. BGer, 4C.184/2005, 4.5.2006, E. 4.3.1, bez. eines antiken Möbels; BGer, 4C.343/2001, 13.2.2002, E. 2b; BK-Brehm (FN 78), Art. 42 OR N 26, 45a; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 113, 115.

134 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 115.

135 Mietgericht des Bezirks Zürich, 9.4.1986, in: ZR 1987, 74 ff.

136 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 116.

137 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 116; im Allgemeinen Oftinger/Stark (FN 121), § 6 N 363 f., bez. «Sachen des täglichen Lebens und Bedarfs».

138 Oftinger/Stark (FN 121), § 6 N 363 f.

139 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 112; SVITK-Müller (FN 32), Art. 267–267a OR N 42.

140 Z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 107; im Allgemeinen BGE 116 II 441 E. 3a/aa; BK-Emmenegger (FN 45), Art. 97 OR N 247, 331; Oftinger/Stark (FN 121), § 6 N 367; Frage offengelassen in BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.2.

141 Zu dieser Schadensberechnung im Allgemeinen z.B. BK-Emmenegger (FN 45), Art. 97 OR N 301, wobei die dort angesprochene Gleichsetzung von konkreter und abstrakter Schadensberechnung und subjektiver und objektiver Schadensberechnung abzulehnen ist (zur subjektiven Schadensberechnung s. schon VI.D.1.); s.a. Ayça Kuyumcuoglu/Dario Galli/Markus Vischer, Schadensberechnung bei Schlechterfüllung eines Börsenauftrags, dRSK vom 7.9.2022, N 11 ff., bez. BGE 147 III 463.

142 Z.B. im Allgemeinen im Fall von BGer, 6B_535/2019, 13.11.2019, die Kosten der Reparatur der abgebrannten Küche bzw. Ersatzanschaffung einer neuen Küche (E. 2.2) und im Fall BGE 127 III 73 die Kosten des Ersatzbaumes (E. 5f).

143 Z.B. im Allgemeinen im Fall von BGer, 4A_431/2021, 21.4.2021, E. 6.2.1, die Kosten der Planung, der Bauleitung und der Ingenieurarbeiten (E. 6.2.1), im Fall von BGer, 6B_535/2019, 13.11.2019, die Kosten für die Entsorgung der abgebrannten Küche und der Planung der neuen Küche (E. 2.2), im Fall BGer, 4A_27/2017, 30.8.2017, der entgangene Gewinn infolge der Unmöglichkeit der Weitervermietung (E. 4.2) und im Fall BGE 127 III 73 die Kosten der Entfernung des zerstörten Baumes, der Neupflanzung des Ersatzbaumes (ohne die Kosten des Ersatzbaumes selbst), Pflegemassnahmen und Umgebungsarbeiten (E. 5g).

144 Z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 106; im Allgemeinen BGE 118 II 176 E. 4b; BK-Emmenegger (FN 45), Art. 97 OR N 333.

145 Im Allgemeinen BGer, 4A_431/2021, 21.4.2022, E. 6.2.1; BGer, 6B_535/2019, 13.11.2019, E. 2.2.

146 Dominik Balmer, Mängelrüge im Mietrecht, AJP 2019, 515 ff., 517 ff.; im Allgemeinen Roberto (FN 76), N 2.43; BK-Emmenegger (FN 45), Vor Art. 97–109 OR N 127 ff.

147 Balmer (FN 146), AJP 2019, 518 f.; CPra Bail-Aubert (FN 112), Art. 267a OR N 22; a.M. Braun (FN 44), 14; Koller (FN 64), N 59.10, ausser bei absichtlicher Täuschung durch den Mieter.

148 S. IV.

149 S. VI.C.

150 So zu Recht Balmer (FN 146), AJP 2019, 520, mit dem Beispiel, wonach der Mieter gemäss Art. 97 OR, nicht aber gemäss Art. 41 OR für die vor der Rückgabe nicht vorgenommene Reinigung einzustehen habe, weil dies kein Sachschaden sei.

F. Unzulässigkeit von im Voraus geschlossenen Entschädigungsvereinbarungen

Gemäss Art. 267 Abs. 2 OR sind Vereinbarungen, in denen sich der Mieter im Voraus verpflichtet, bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Entschädigung zu entrichten, die Anderes als die Deckung des allfälligen Schadens einschliesst, nichtig (bzw. teil- oder modifiziert teilnichtig i.S. von Art. 20 Abs. 2 OR).[151] Keine Rolle spielt, ob die Vereinbarung eine Entschädigung in natura oder in Geld betrifft.[152] Zulässig sind im Umkehrschluss Entschädigungsvereinbarungen, die im Rahmen der Rückgabe oder nach der Rückgabe erfolgen.[153] Die Rückgabe kann sich je nach Mietsache über einige Zeit hin erstrecken, v.a. wenn sie in Teilrückgaben aufgeteilt ist[154] oder die Parteien vereinbaren, dass die Rückgabe wiederholt wird, um dem Mieter Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, womit ihm ein Nacherfüllungsanspruch eingeräumt wird.[155]

VII. Rolle von Protokollen

Im Zusammenhang mit der Rückgabe der Mietsache erstellen der Vermieter und der Mieter oft ein Rückgabeprotokoll,[156] auch Abgabe-, Übergabe-, Abnahme- oder Übernahmeprotokoll genannt,[157] und unterzeichnen es.[158] Ein Recht auf oder eine Pflicht zur Erstellung eines solchen Protokolls gibt es nicht.[159] Das Protokoll kann verschiedene Inhalte haben. Üblicherweise werden darin die Mängel der Mietsache bei Rückgabe aufgelistet (sog. Mängelprotokoll).[160] Ob eine solche Auflistung eine Mängelrüge i.S. von Art. 267a OR ist, ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen zur Mängelrüge zu beurteilen.[161] Oft werden in diesem Protokoll auch Verpflichtungen der Parteien festgehalten, zum Beispiel bezüglich Reparatur oder Ersatzanschaffung von Mietsachen und der allfälligen diesbezüglichen Kostentragung.[162] Alsdann ist das Protokoll als Vereinbarung zu qualifizieren. Es ist nach den üblichen Vertragsauslegungsregeln auszulegen,[163] z.B. in Bezug auf die Frage, ob das Protokoll eine Saldovereinbarung der Parteien[164] oder eine Schuldanerkennung des Mieters[165] enthält. Das Rückgabeprotokoll unterliegt keinen besonderen Formvorschriften.[166] Ist das Protokoll als Vereinbarung zu qualifizieren, ist es als solche wie jeder Vertrag bindend, selbst dann, wenn der Mieter sich darin zu einem Kostenersatz verpflichtet, der über die dispositive gesetzliche Regelung hinausgeht.[167] Denn der Schutz des Mieters von Art. 267 Abs. 2 OR greift in diesem Stadium nicht mehr.[168] Ebenso wenig greift Art. 256 Abs. 2 OR, welche Vorschrift vertraglichen Vereinbarungen über die Pflicht zum Unterhalt der Mietsache während der Mietdauer entgegen der h.L. keine Grenzen setzt.[169] Vorbehalten bleiben die üblichen vertragsrechtlichen Schranken, wie z.B. die Regelung über den Grundlagenirrtum,[170] wobei dazu zu bemerken ist, dass ein Irrtum über die dispositive gesetzliche Rechtslage[171] in der Regel fahrlässig ist und deshalb die Berufung des Mieters auf einen Grundlagenirrtum in der Regel ausschliesst.[172] Mit anderen Worten sollte hier die Rechtskenntnis des Mieters und nicht wie anderswo im Mietrecht die Rechtsunkenntnis des Mieters vermutet

---

151 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 132 f.; s.a. BGE 107 II 255, bez. alten Mietrechts.

152 S. VI.D.3.

153 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 134 f.

154 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 137, s.a. N 30.

155 S. zum Nacherfüllungsrecht des Mieters bereits VI.B.

156 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 18; ZK-Higi/Bühlmann (FN 1), Art. 256a/256b OR N 17 ff.

157 Z.B. BGer, 4A_73/2013, 4A_81/2013, 16.7.2013, E. 6.1.1, 6.1.3 (Abnahmeprotokoll); BGer, 4D_71/2011, 28.3.2012, E. 2.3 (Übergabeprotokoll); Braun (FN 44), 7 ff., 28, 32 (Abgabe- und Abnahmeprotokoll).

158 Für ein Anwendungsbeispiel BGer, 4A_545/2011, 11.1.2012, A.

159 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 16.

160 BGer, 4A_162/2020, 25.6.2020, E. 5.2 f.; BGer, 4A_545/2011, 11.1.2012, E. 3.2; ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 16.

161 S. V.; s.a. Braun (FN 44), 22 f.

162 Z.B. Braun (FN 44), 23 ff.

163 S. dazu auch Vischer/Galli (FN 89), 263, wo (einmal mehr) vertreten wird, es sei entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht subjekt-objektiv, sondern nur objektiv (gemäss Vertrauensprinzip) auszulegen; s.a. Markus Vischer, BGer 4A_451/2017: Die «besondere Vereinbarung» bezüglich Nebenkosten, AJP 2018, 765 ff., 766 ff., bez. Auslegung eines Mietvertrags im Hinblick auf die Anforderungen von Art. 257a Abs. 2 OR.

164 Dazu z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 136, Art. 267a OR N 20; Braun (FN 44), 11, 24.

165 Dazu z.B. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 20; Braun (FN 44), 24.

166 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267a OR N 17, auch zur Möglichkeit des Festhaltens der Mängel mittels Fotos oder Videos; ZK-Higi/Bühlmann (FN 1), Art. 256a/256b OR N 17; s.a. Braun (FN 44), 28 ff., zum digitalen Protokoll.

167 S.a. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 136, bez. Zulässigkeit von Ersatz- und Reparaturpauschalen.

168 S. VI.D.4.

169 Im Allgemeinen Vischer (FN 16), 4 f., m.H. auf die abweichende h.L.; a.M. ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 131.

170 Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

171 Zum sogenannten Rechtslageirrtum als Unterform des Rechtsirrtums im Allgemeinen z.B. Markus Vischer/Dario Galli, BGer 4A_286/2018: Täuschung und Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, AJP 2019, 1067 ff., 1071.

172 Dazu im Allgemeinen z.B. Viktoriya Chernaya/Dario Galli/Markus Vischer, Fahrlässiger Irrtum und Verstoss gegen Treu und Glauben, Nochmals zur Opfermitverantwortung im Zivilrecht, dRSK vom 10.10.2022.

werden.[173] Vorbehalten bleiben bei gegebenen Voraussetzungen auch die üblichen Regeln der AGB-Kontrolle, wobei bei der Protokollaufnahme nicht per se «[ä]hnlich wie beim Haustürgeschäft […] eine Überrumpelungssituation» herrscht.[174] «[E]in einseitiges Diktat der Vermieterin» ist zudem per se keine Schranke einer vertraglichen Regelung.[175]

Oft wird das Rückgabeprotokoll nicht nur zwischen Vermieter und Mieter, sondern auch gleich mit dem Nachfolgemieter erstellt, in welchem Fall es in Bezug auf den Vermieter und den Nachfolgemieter auch das Antrittsprotokoll,[176] wiederum auch Abgabe-, Übergabe-, Abnahme- oder Übernahmeprotokoll genannt, ist.[177] Der Vermieter ist in diesem Fall seiner Pflicht, dem Nachfolgemieter auf Verlangen das Rückgabeprotokoll bei der Übergabe der Mietsache vorzulegen (Art. 256a Abs. 1 OR), nachgekommen. Oft ist das Rückgabeprotokoll des Vermieters mit dem Mieter aber auch nur die Grundlage für das Antrittsprotokoll des Vermieters mit dem Nachmieter.[178]

VIII. Zusammenfassung

Erfüllt der Mieter seine vertragliche Rückgabepflicht schlecht, weist die Mietsache also bei der Rückgabe Mängel auf, weil der vertragliche Soll-Zustand vom Ist-Zustand abweicht, so stehen dem Vermieter die Rechtsbehelfe gemäss Art. 97 OR zur Verfügung. Voraussetzung dafür ist eine rechtzeitige und gültige Mängelrüge. Der Vermieter kann gemäss Art. 97 OR vom Mieter grundsätzlich entweder Nacherfüllung oder Schadenersatz verlangen. Der Schaden berechnet sich nach den üblichen Regeln unter Zugrundelegung eines rechtlichen Schadensbegriffs. Der Vermieter kann deshalb entweder die Kosten der Reparatur oder der Ersatzanschaffung der Mietsache bzw. einzelner Teile der Mietsache geltend machen, wobei die Kosten aber nur insoweit geltend gemacht werden können, als sie nicht übermässig sind. Die von der Lehre und Rechtsprechung z.T. geforderte Beschränkung der Kosten auf den Zeitwert der Mietsache bzw. einzelner Teile der Mietsache als generelle Regel ist abzulehnen. Jedenfalls ist ein Verständnis des Zeitwerts als Neuwert minus Abschreibungen als generelle Regel abzulehnen. Ebenso ist ein genereller Abzug neu für alt abzulehnen. Vielmehr ist bei der Schadensberechnung entsprechend dem rechtlichen Schadensbegriff in typisierender Art auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen, was dazu führen kann, dass kein Abzug neu für alt gemacht wird oder auf einen Zeitwert abgestellt wird, der kein Substanz-, sondern ein Ertragswert ist. Der Nutzen der in der Praxis zu oft gedankenlos verwendeten Abschreibungstabellen ist deshalb zu relativieren.

---

173 Z.B. BGE 140 III 583 E. 3.2.2, bez. Vermutung der Rechtsunkenntnis des Mieters in Bezug auf das Formular gemäss Art. 270 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 269d OR; s. aber auch BGE 148 III 63 E. 6.2.1 und BGE 146 III 82 E. 4.1.3, wo das Bundesgericht Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung der Rechtsunkenntnis des Mieters in Bezug auf das Formular gemäss Art. 270 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 269d OR äusserte.

174 Wohl a.M. Braun (FN 44), 25.

175 Wohl a.M. Braun (FN 44), 23.

176 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 120, Art. 267a OR N 18; ZK-Higi/Bühlmann (FN 1), Art. 256a/256b OR N 18 f.

177 ZK-Higi/Wildisen (FN 3), Art. 267 OR N 120.

178 ZK-Higi/Bühlmann (FN 1), Art. 256a/256b OR N 18.