

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG150005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 22. Oktober 2015

in Sachen

A._____,

Vermieter und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Mieter und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Mietzinsherabsetzung etc. / Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 16. Februar 2015 (MA120001)

Inhaltsübersicht:

Rechtsbegehren	2
Urteil des Mietgerichtes des Bezirks Dielsdorf vom 16. Februar 2015	3
Berufungsanträge.....	3
Erwägungen.....	5
1. Sachverhalt und Prozessgeschichte	5
2. Erwägungen der Vorinstanz	6
3. Zur Berufung.....	9
3.1. Vorbemerkung zur Berufung	9
3.2. Fristlose Kündigung nach Art. 259b lit. a OR: Verschulden der Mieter	10
3.3. Fristlose Kündigung nach Art. 259b lit. a OR: Gesundheitsgefährdung des Staubes	14
3.4. Fristlose Kündigung nach Art. 259b lit. a OR: Behebung des Mangels vor der Kündigung	18
3.5. Fristlose Kündigung nach Art. 259b lit. a OR: Fazit	21
3.6. Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 259d OR	21
3.7. Schadenersatzanspruch nach Art. 259e OR.....	24
3.8. Fazit	25
4. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	26
Dispositiv	27

Rechtsbegehren:

der Mieter (act. 8 S. 2):

1. Der Vermieter sei zu verpflichten, den Mietern für die Monate Februar, März und April 2011 eine 100-prozentige Mietzinsreduktion in der Höhe von insgesamt Fr. 8'250.– zu erstatten, zuzüglich Zins zu 5% seit 12. Januar 2012 auf Fr. 5'377.75 sowie 5% seit 14. Mai 2012 auf Fr. 2'872.25.
2. Der Vermieter sei zu verpflichten, den Mietern für die durch die notwendige fristlose Kündigung des Mietverhältnisses entstandenen Kosten Schadenersatz in der Höhe von Fr. 66'598.79 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 12. Januar 2012.
3. Der Vermieter sei zu verpflichten, den Mietern die sich auf dem Mieterkautionkonto Nr. ... befindliche Sicherheitsleistung von Fr. 4'900.– inkl. Verzinsung zurückzuerstatten.
4. Der Vermieter sei zu verpflichten, die Betreibungen Nr. 1 und Nr. 2, Betreibungsamt Rümlang-Oberglatt, innert 10 Tagen nach rechtskräftiger Erledigung der vorliegenden Klage zurückzuziehen und deren Löschung zu beantragen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Vermieters.

des Vermieters (act. 30/9 S. 2):

1. Die Mieter seien solidarisch zu verpflichten, dem Vermieter Fr. 15'250.– nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2011 (Mittlerer Verfall) zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in den beiden Betreibungen Nr. 1 und 2 des Betreibungsamts Rümlang-Oberglatt vom 17. Mai 2011 sei zu beseitigen.
3. Die D. _____ AG [Bank] Zürich sei anzuweisen, den sich auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. ... befindlichen Betrag von Fr. 4'900.– zuzüglich Zins auf Anrechnung an die Forderung gemäss vorstehender Ziff. 1 an den Mieter auszusahlen.
4. Alles unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Mieter.

Urteil des Mietgerichtes des Bezirks Dielsdorf vom 16. Februar 2015:

(act. 52 = 56 = 58 S. 46 f.)

1. Der Vermieter wird verpflichtet, den Mietern Fr. 8'250.–, zuzüglich Zins zu 5% seit 12. Januar 2012 auf Fr. 5'377.75 sowie 5% seit 14. Mai 2012 auf Fr. 2'872.25 zu bezahlen.
2. Der Vermieter wird überdies verpflichtet, den Mietern Fr. 51'949.55 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 12. Januar 2012.
3. Der Vermieter wird sodann verpflichtet, den Mietern die sich auf dem Mieterkautionsskonto bei der D. _____, Konto-Nr. ... befindliche Sicherheitsleistung von Fr. 4'900.– inkl. Verzinsung zurückzuerstatten.
4. Im übrigen Umfang wird die Klage der Mieter abgewiesen.
5. Die Klage des Vermieters wird vollumfänglich abgewiesen.
6. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 13'000.00; die Barauslagen betragen:
Fr. 14.00 Augenschein
Fr. 1'150.00 Zeugenentschädigung
Fr. 14'164.00 Total
7. Die Gerichtskosten werden dem Vermieter zu 6/7 und den Mietern zu 1/7 auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet.
8. Der Vermieter wird verpflichtet, den Mietern eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 14'750.– zu bezahlen. Zudem hat er den Mietern den von ihnen geleisteten Kostenvorschuss im Umfang von 6/7 (Fr. 6'428.55) zu ersetzen.

(9./10. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Vermieters und Berufungsklägers (act. 57 S. 2 f.):

In Gutheissung der Berufung seien Dispositiv-Ziff. 1-5 sowie 7 und 8 des angefochtenen Urteils des Mietgerichtes Dielsdorf vom 16. Februar 2015 aufzuheben, und es sei im Sinne der nachstehenden Rechtsbegehren zu entscheiden:

- I. Die Klage der Mieter vom 14. Mai 2012 (MA120001-D) sei vollumfänglich abzuweisen.
- II. Die Klage des Vermieters vom 14. Mai 2012 (MG120001-D) mit dem nachstehenden Rechtsbegehren sei gutzuheissen:
 1. Die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, dem Kläger CHF 15'250.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2011 (Mittlerer Verfall) zu bezahlen.
 2. Der Rechtsvorschlag in den beiden Betreibungen Nr. 1 und 2 des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt vom 17. Mai 2011 sei zu beseitigen.
 3. Die D. _____ AG Zürich sei anzuweisen, den sich auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. ... befindlichen Betrag von CHF 4'900.– zuzüglich Zins auf Anrechnung an die Forderung gemäss vorstehender Ziff. 1 an den Kläger auszuzahlen.
- III. Alles unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Mieter und Berufungsbeklagten für die erste und zweite Instanz.

Berufungsantrag der Mieter und Berufungsbeklagten (act. 64 S. 2):

Die Berufung des Berufungsklägers bzw. die Anträge in der Berufungsschrift seien vollumfänglich abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil vom 16. Februar 2015 sei zu bestätigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 30. Juni 2010 resp. 3. Juli 2010 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über die streitgegenständliche Wohnung. Mietbeginn war der 1. September 2010, wobei die Wohnung bereits am 16. August 2010 den Mietern übergeben wurde. Die Mieter waren Erstmietler der Wohnung, die ab Bezugsbereitschaft Ende Juni 2009 bis zum Einzug der Mieter leer gestanden war. Am 4. Februar 2011 trafen sich die Parteien und der Bauleiter des Vermieters in der Wohnung aufgrund einer Mängelrüge betreffend Kondensat auf dem Kochherd und Wasserspuren an einem Dachbalken. Anlässlich dieses Termins wurde der Vermieter auf das Auftreten von weissem Staub in der ganzen Wohnung hingewiesen. Am 22. Februar 2011 monierten die Mieter bei der Verwaltung erhebliche Staubablagerungen. Am 24. Februar 2011 bestätigte die Verwalterin nach einem Augenschein den Staubbefall und bat in einer E-Mail an den Vermieter und den Bauleiter um unverzügliches Handeln, sei die Situation doch "unerträglich". Am 7. März 2011 hat sich der Mieter mit der N._____ in Verbindung gesetzt. Am 21. März 2011 wurde durch die N._____ ein Augenschein vorgenommen und wurden Proben entnommen. Der Bericht der N._____ datiert vom 13. April 2011. Am 12. März 2011 haben die Mieter die Wohnung verlassen, am 22. März 2011 setzten sie dem Vermieter durch ihren Rechtsvertreter eine Frist zur Mängelbehebung bis zum 18. April 2011, mit der Androhung der fristlosen Kündigung gemäss Art. 259b OR für den Fall, dass die Mängelbehebung ausbleibt. Am 11. April 2011 nahm der Bauleiter seinerseits Staubproben. Diese wurden Dr. E._____ zur Begutachtung überlassen. Dessen Bericht lag erst am 4. Mai 2011 vor. Die Mieter hatten das Mietverhältnis zu diesem Zeitpunkt mit Schreiben vom 26. April 2011 bereits fristlos gekündigt (vgl. act. 52 = 56 = 58 S. 4 f.).

Am 14. Mai 2012 reichten sowohl der Vermieter und Berufungskläger (fortan Vermieter) gegen die Mieter und Berufungsbeklagten (fortan Mieter) als auch die Mieter gegen den Vermieter am Mietgericht des Bezirkes Dielsdorf (fortan Vorinstanz) je Klage ein (act. 8 und act. 30/9). Mit Beschluss vom 9. August 2013

wurden die beiden Verfahren vereinigt (act. 29 und act. 30/27). Am 3. September 2013 erliess die Vorinstanz einen Beweisbeschluss (act. 31). In der Folge wurden Zeugen befragt (act. 40/1-14) und ein Augenschein durchgeführt (Prot. I S. 41). Mit Verfügung vom 9. Juli 2014 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, um zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Die Parteien nahmen mit Eingaben vom 24. September 2014 bzw. 9. Oktober 2014 Stellung (act. 45, 49 und 50). Am 16. Februar 2015 fällte die Vorinstanz das genannte Urteil (act. 52 = 56 = 58), womit die Klage der Mieter im Wesentlichen gutgeheissen und die Klage des Vermieters vollumfänglich abgewiesen wurde.

Gegen dieses Urteil erhob der Vermieter mit Eingabe vom 14. April 2015 fristgerecht Berufung (act. 57 i.V.m. act. 53/2). Den mit Verfügung vom 27. April 2015 verlangten Kostenvorschuss leistete der Vermieter fristgerecht (act. 59 und 61). Mit Verfügung vom 21. August 2015 wurde den Mietern Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 62). Daraufhin erstatteten die Mieter mit Eingabe vom 24. September 2015 fristgerecht Berufungsantwort (act. 64). Diese wurde dem Vermieter am 29. September 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 66). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-54). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dass für eine fristlose Kündigung im Sinne von Art. 259b lit. a OR ein schwerwiegender Mangel vorliegen müsse, der nicht vom Mieter zu vertreten sei. Sodann müsse der Vermieter den Mangel kennen und die angemessene Frist zu dessen Behebung unbenutzt verstreichen lassen.

Zum schwerwiegenden Mangel im Sinne von Art. 258 OR erwog die Vorinstanz, es sei unbestritten, dass während des Mietverhältnisses übermässiger Staubbefall aufgetreten sei. Die Beweislast für die Behauptung der Mieter, dass der Staub gesundheitsgefährdend sei, obliege den Mietern. Diesen Beweis hätten die Mieter mittels Prüfbericht der N._____ vom 13. April 2011 (act. 13/11), den Zeugenaussagen von F._____ (act. 40/1) und Dr. G._____ (act. 40/6) sowie dessen ärztlichem Zeugnis erbracht (act. 13/9). Die vom Vermieter angebotenen Gegenbe-

weismittel seien nicht geeignet, den von den Mietern erfolgreich geführten Hauptbeweis zu erschüttern. Ein Mangel, der eine Gesundheitsgefährdung bewirke, sei als schwerer Mangel zu qualifizieren (S. 8 ff.).

Zur Frage, *ob die Mieter den Staubbefall zu vertreten hätten*, führte die Vorinstanz aus, der Vermieter habe zu beweisen, (1) dass die Mieter den Staubbefall durch das Abkleben der Lüftungsschlitze der Zwangsbelüftung selber verursacht hätten (insbesondere indem der entstandene Unterdruck zu chloridhaltigen Ausblühungen der von den Mietern eingebrachten Möbeln geführt habe), (2) dass die bauseits verwendeten Materialien ein Entstehen von Chloriden – wie in der Wohnung der Mieter vorgefunden – verunmöglichten sowie (3) dass allein durch die Beseitigung der durch die Mieter vorgenommenen Abklebungen der Lüftungsschlitze und Beseitigung der Wohnungseinrichtung der gerügte Staubbefall verschwunden sei. In Würdigung der abgenommenen Beweise führte die Vorinstanz aus, dass die Zeugen, die in der streitgegenständlichen Wohnung gewesen seien, zwar allesamt ausgesagt hätten, dass nach dem Auszug der Mieter und dem Entfernen der Abklebungen der Lüftungsschlitze kein Staubbefall mehr aufgetreten sei (bzw. dass in der Nachbarwohnung nie ein Staubproblem aufgetreten sei). Dies bilde zwar ein Indiz, lasse jedoch keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass der Staubbefall durch ein irgendwie geartetes Verhalten der Mieter ausgelöst worden sei (wie z.B. das Einbringen bestimmter "ausgasender" Möbel oder das Abkleben der Zuluftöffnungen, was einen Unterdruck in der Wohnung zur Folge gehabt habe – die Zuluftöffnungen seien unbestrittenermassen mit einem mechanischen Schliesser ausgestattet und damit für ein Verschiessen vorgesehen). Dass der Unterdruck in der Wohnung zu Ausblühungen der Möbel geführt habe, sei mit den angerufenen und abgenommenen Beweismitteln ebenfalls nicht zu erstellen. Auch dass die bauseits verwendeten Materialien ein Entstehen von Chloriden, wie sie in der Wohnung vorgefunden worden seien, verunmöglichen würden, habe keiner der angerufenen Zeugen bestätigen können. Einzig der Zeuge E._____ habe in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass nach seiner persönlichen Meinung der heutige Beton keine solchen Salze mehr enthalte. Eine Analyse über die in der Wohnung verbauten Materialien sei aber ebenso wenig beantragt worden wie ein Untersuch des Daches, das gemäss N._____ -Bericht noch am ehesten in

Frage gekommen wäre, Aufschluss über die Staubentwicklung zu geben. Der Vermieter trage die Beweislast dafür, dass der Mangel von den Mietern zu vertreten war. Dieser Beweis sei ihm nicht gelungen, weshalb der dazu offerierte Gegenbeweis der Mieter keiner näheren Erörterung bedürfe (S. 17 ff.).

Der Vermieter sei am 4. Februar 2011, wenn auch allenfalls nur beiläufig, über das Auftreten von Staub im Mietobjekt in *Kenntnis* gesetzt worden. Spätestens ab dem 24. Februar 2011 habe sich der Vermieter auch das Wissen der Verwalterin anrechnen lassen müssen, nachdem diese auf Veranlassung der Mieter einen Augenschein vor Ort gemacht habe und ihn und seinen Bauleiter via E-Mail darüber unterrichtet habe. Der Erhebung der schriftlichen Mängelrüge vom 22. März 2011 komme damit keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Der frühere Auszug der Mieter ändere daran nichts, hätten sie dies doch auf eigenes Risiko getan (S. 25 f.).

Die *Frist zur Mängelbehebung* sei angemessen gewesen (55 Tage seit der Meldung an die Verwaltung vom 22. Februar 2011). Diese Frist sei ungenutzt verstrichen. Ein Verschulden des Vermieters am Entstehen des Mangels sei keine Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs. Die Anspruchsgrundlagen für eine fristlose Kündigung durch die Mieter seien erfüllt und die fristlose Kündigung der Mieter vom 26. April 2011 sei demnach gerechtfertigt gewesen (S. 26 ff.).

Der Vermieter habe ab dem 4. Februar 2011 vom Staubbefall gewusst. Da es sich beim Staubbefall um einen schweren Mangel handle, der ein Bewohnen der streitgegenständlichen Wohnung verunmöglicht bzw. unzumutbar gemacht habe, sei für diese Zeit eine *Mietzinsreduktion* von 100 % gerechtfertigt. Zudem hafte der Vermieter dem Mieter gestützt auf Art. 259e OR für Schaden, den dieser infolge eines Mangels erleide, soweit sich der Vermieter nicht exkulpieren könne. Die Voraussetzungen des *Schadenersatzes* seien in Bezug auf die Kosten der Vorhänge (Fr. 6'194.20), der Neuinstallation des Closomaten (Fr. 94.90 und Fr. 637.75), der Neuinstallation von TV und Stereoanlage (Fr. 180.–), des Umzugs des Tresors (Fr. 367.20), des N.____-Gutachtens (Fr. 1'118.90), der Reinigung der Teppiche und Polsterelemente (Fr. 3'282.80), für Hotel und Ferienwohnung (Fr. 4'976.–), der Reinigung des Wohnungsinventars (Fr. 13'800.24), der

Spezialreinigung elektronischer Geräte und des Klaviers (Fr. 895.– und Fr. 650.–), der Reinigung von Kleider und Bettwäsche (Fr. 17'219.70), des Ersatzes der Abdeckplatten des Sideboards (Fr. 1'950.–), der Neumeldung und Anschaffung von Adressstempeln (Fr. 195.50), des Luftreinigers (anteilmässig, 1/4 des ursprünglichen Kaufpreises, d.h. Fr. 171.15) sowie für gewisse Tierarztkosten (Fr. 216.20) erfüllt. Nicht durchzudringen vermochten die Mieter hingegen mit der Geltendmachung von Kosten für die Ersatzanschaffung irreparabel beschädigter Pflanzen, für Elektroinstallationen, für restlichen Kosten der Anschaffung des Luftreinigers, für die alten Lampen, für den Ersatz des beschädigten Druckers inkl. Scanner sowie des Ersatzes von IT-Geräten, für Reinigungstücher, den Ersatz verdorbener Nahrungsmittel sowie verunreinigter Küchen- und Büromaterialien und für die weiteren Tierarztkosten. Adäquate Kausalität liege bei den zu ersetzenden Schadenspositionen vor. Die Haftung des Vermieters bestehe zwar nur dann, wenn ihm ein Verschulden vorzuwerfen sei. Das Verschulden könne sich auf die Entstehung oder die Nichtbeseitigung des ihm zurechenbaren Mangels beziehen. Es werde von Gesetzes wegen vermutet, der Vermieter habe jedoch die Möglichkeit nachzuweisen, dass der Mangel unabhängig von seinem Verhalten eingetreten sei bzw. dass er keine Handhabe besitze, den Mangel zu beseitigen. Da keine entsprechenden Behauptungen aufgestellt worden seien, würden sich diesbezüglich weitere Ausführungen erübrigen (S. 28 ff.).

Da die fristlose Kündigung der Mieter zu Recht erfolgt sei, sei die Klage des Vermieters auf Zahlung der Mietzinse bis zum ordentlichen Ablauf der Kündigungsfrist abzuweisen (S. 44).

3. Zur Berufung

3.1. Vorbemerkung zur Berufung

Mit Berufung können gemäss Art. 310 ZPO (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Dabei muss der Berufungskläger im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Neue Behauptungen und neue Beweismittel sind nur noch zulässig,

wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten, und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 ZPO).

Der Vermieter macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet und den Sachverhalt unrichtig festgestellt (act. 57). Auf seine Vorbringen sowie die diesbezügliche Stellungnahme der Mieter (act. 64) ist im Folgenden näher einzugehen.

3.2. Fristlose Kündigung nach Art. 259b lit. a OR:

Verschulden der Mieter

3.2.1. Zum Verschulden der Mieter am Mangel führt der Vermieter aus, im Ergebnis stehe fest, dass nach der durch die Mieter im Hinblick auf ihren Auszug erfolgten Entfernung der Abklebung der Lüftungsschlitze kein Staubbefall mehr aufgetreten sei, wie ihn H._____ am 24. Februar 2011 festgestellt habe und er am 21. März 2011, also vor der Wohnungsreinigung, durch die N._____ "abserviert" und untersucht worden sei. Weiter stehe fest, dass der vor der Abklebung der Lüftungsschlitze nicht vorhandene Staubbefall mit der Entfernung der Abklebung geendet habe, ohne dass irgendwelche baulichen Massnahmen hätten getroffen werden müssen, weshalb auch keine solchen vorgenommen worden seien. Das Beweisergebnis, wonach der übermässige Staubbefall die Folge der von den Mietern vorgenommenen Manipulationen sei und allein schon mit deren Beseitigung verschwunden sei, ohne dass irgendwelche baulichen Massnahmen notwendig gewesen wären, werde nicht nur gestützt durch die Tatsache, dass der Staubbefall danach nicht mehr aufgetreten sei, sondern auch dadurch, dass von der Ende Juni 2010 [recte: 2009] bestehenden Bezugsbereitschaft der Wohnung bis zur Vornahme der Manipulationen durch die Mieter kein übermässiger Staubbefall vorgelegen habe sowie dass der übermässige Staubbefall nur in der Wohnung der im vorliegenden Zivilprozess stehenden Mieter aufgetreten sei. Es sei daher von einem *selbstverschuldeten*, durch die Entfernung der Abklebung beseitigten Mangel auszugehen (act. 57 S. 12 f.).

Es bestünden – so der Vermieter weiter – keine Mängelrechte, wenn der Mieter den Mangel verursacht habe, wovon hier auszugehen sei. Die Vorinstanz anerkenne, dass nach dem Beweisergebnis kein Staubbefall mehr aufgetreten sei, nachdem die Abklebung der Lüftungsschlitze wieder entfernt worden war, ohne dass irgendwelche Massnahmen hätten ergriffen werden müssen. Sie halte aber dafür, dies bilde zwar ein Indiz, lasse jedoch keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass der Staubbefall durch ein irgendwie geartetes Verhalten der Mieter ausgelöst worden sei, da nicht erstellt sei, dass der Unterdruck in der Wohnung zu Ausblühungen der Möbel geführt haben könnte, und auch keiner der Zeugen bestätigt habe, dass die bauseits verwendeten Materialien ein Entstehen von Chloriden verunmöglichen würden (Erw. III.1.B.h S. 24). In der Tat sei unbewiesen geblieben, dass der durch das Abkleben der Lüftungsschlitze entstandene Unterdruck zu Ausblühungen der Möbel geführt hätte. Richtig sei auch, dass eine Analyse der in der Wohnung verbauten Materialien durch einen gerichtlich bestellten Experten unterblieben sei. Sie hätte aber keine weiteren Erkenntnisse bringen können, nachdem die N._____ die genaue chemische Zusammensetzung der untersuchten Ablagerungen nicht angeben können und die Mieter selbst auf weitere Untersuchungen verzichtet hätten. Eine weitere Untersuchung habe sich auch deshalb erübrigt, weil beweismässig erstellt sei, dass die Liegenschaft und insbesondere das Dach keine undichten Stellen aufweise. Auch habe es in keiner anderen Wohnung einen vergleichbaren Staub gegeben. Selbst wenn sich nicht eruieren lasse, woher der Staub genau gekommen sei, sei ohne Weiteres nachvollziehbar, dass bei der hier gegebenen kontrollierten Lüftung, bei welcher Lüftungsschlitze systembedingt zum Eintritt von Frischluft vorhanden seien, sodass es einer Selbstverständlichkeit entspreche, diese nicht abzukleben, ein Unterdruck entstehe, wenn die Lüftungsschlitze trotzdem abgeklebt würden. Weiter sei nachvollziehbar, dass durch einen solchen Unterdruck Luft von Orten angesaugt werden könne, von denen sie normalerweise nicht in den Raum eindringe, insbesondere von Öffnungen, die der Abluft dienen würden. Daran ändere nichts, dass eine mechanische Schliessmöglichkeit der Lüftungsschlitze bestehe. Diese sei nicht für das Stadium des Betriebes der Lüftung gedacht (was unbestritten sei). Die Mieter hätten die Lüftung auch nicht mit dieser mechanischen Vorrichtung

verschlossen, sondern abgeklebt und damit den Betrieb gestört. Es stehe beweismässig fest, dass der gerügte Staubbefall weder vor noch nach dieser Manipulation aufgetreten sei. Damit scheidet nach menschlichem Ermessen eine andere Ursache für den Staubbefall aus. Der damit verbundene Mangel sei daher durch die Mieter selbst verschuldet (act. 57 S. 27 ff.).

3.2.2. Die Mieter halten dem entgegen, das "Ergebnis" in der Berufungsschrift, dass nach der durch die Mieter im Hinblick auf ihren Auszug erfolgten Entfernung der Abklebung der Lüftungsschlitze kein Staubbefall mehr aufgetreten sei, sei aus den Fingern gesogen. Unbestritten sei selbst auf Vermieterseite, dass die Abklebung spätestens am 11./12. März 2011 entfernt worden sei. Dennoch sei am 21. März 2011, also zehn Tage später, weiterhin übermässiger Staubbefall festzustellen gewesen, wie dies die Zeugin I. _____ sowie weitere Zeugen bestätigt hätten. Auch würde der Vermieter nicht zu erklären vermögen, weshalb er am 11. April 2011 weitere Staubproben aus der Mietwohnung entnommen habe, um sie von Dr. E. _____ untersuchen zu lassen, wenn in der Mietwohnung doch angeblich gar kein Staubbefall vorhanden gewesen sei (act. 64 S. 3 ff.). Zu beachten sei sodann insbesondere die Aussage des Bauleiters J. _____, wonach es nicht möglich sei, dass Staub aufgrund von – durch das Abkleben von Lüftungsschlitzen verursachtem – Unterdruck eingedrungen sei (act. 64 S. 7 und S. 10).

3.2.3. Zuzustimmen ist der Vorinstanz, dass sich ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Mieter bzw. des von ihnen in die Wohnung eingebrachten Mobiliars und dem Staubbefall mit den (angerufenen und) abgenommenen Beweismitteln nicht beweisen liess. Gegenteiliges behauptet auch der Vermieter nicht. Der Vermieter sieht den Beweis des Verschuldens der Mieter hingegen darin, dass der Staubbefall weder vor noch nach dem Abkleben der Lüftung aufgetreten sei, und damit eine andere Ursache ausscheide. Zwar ist unbestritten, dass (zumindest gewisse) Lüftungsschlitze zeitweise abgeklebt waren. Entgegen der Darstellung des Vermieters ist aber nicht klar, dass das Staubproblem erst mit dem Abkleben der Lüftungsschlitze auftrat und sogleich mit deren Entfernung wieder verschwand. Es blieb vielmehr – wie die Mieter in der Berufungsantwort auch andeuten – unklar, wann die am 4. Februar 2011 vom Vermieter beanstan-

deten Abklebungen entfernt wurden. Jedenfalls ist auf der anlässlich des Augenscheins der N._____ vom 21. März 2011 erstellten Fotografie keine Abklebung der Lüftung ersichtlich (act. 13/11), dennoch bestand an diesem Tag das Staubproblem noch und es wurden Staubproben entnommen, die chloridhaltige Stoffe enthielten. Auch liess sich das Problem des Kondenswassers, welches am Unterdruck gelegen habe, offenbar nach dem 4. Februar 2011 beheben – das Staubproblem bestand hingegen fort. Dies spricht gegen einen Zusammenhang zwischen der Abklebung der Lüftung und des Staubproblems.

Zudem ist die Theorie – durch das Abkleben der Lüftungsschlitze sei ein Unterdruck entstanden, der Staub aus den Möbel gesogen habe – nicht so einleuchtend, dass vom Abkleben der Lüftungsschlitze durch die Mieter sogleich auf ihr Verschulden geschlossen werden könnte. Es liegt nicht nahe, dass Möbel chloridhaltige Stoffe enthalten; Gegenteiliges wurde nicht belegt. Sodann kann es sich mit mindestens gleicher wenn nicht gar höherer Wahrscheinlichkeit um Staub im Zusammenhang mit dem Bau handeln, schliesslich waren die Mieter Erstbewohner der Wohnung. Selbst wenn das Abkleben eine Mitursache für den Staubbefall bilden würde, und damit beispielsweise der Baustaubausstoss begünstigt wurde, genügte dies für die Exkulpation des Vermieters nicht. Der Umstand, dass der Mangel sich durch Zeitablauf beheben liess (er also von selber wieder verschwand), genügt ebenfalls nicht für den Beweis des Mieterverschuldens. Folglich trifft es zwar zu, dass Indizien vorliegen, die für das Verschulden der Mieter sprechen (namentlich dass in keiner anderen Wohnung ein derartiges Staubproblem auftrat sowie dass der Mangel ohne bauliche Massnahmen wieder verschwand). Diese Indizien genügen für den Beweis jedoch nicht, weil nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist, dass die übermässige Staubbildung im Zusammenhang mit dem Bau entstanden war (der Staub also beispielsweise aus der Decke oder dem Lüftungsschacht gezogen wurde).

3.3. Fristlose Kündigung nach Art. 259b lit. a OR:

Gesundheitsgefährdung des Staubes

3.3.1. Der Vermieter räumt ein, dass während dem Mietverhältnis ein übermässiger Staubbefall aufgetreten sei. Hingegen rügt er, dass die Vorinstanz den Staub – entgegen dem N._____ Prüfbericht und dem Zeugnis der Prüfleiterin, I._____ – als gesundheitsgefährdend eingestuft habe (act. 57 S. 15). Er führt aus, die Aussagen von Dr. G._____ seien widersprüchlich und belegten die Kausalität zwischen dem Staub und der Erkrankung der Mieterin 1 keineswegs. Aus den Aussagen lasse sich weder eine Gesundheitsgefährdung des Staubs ableiten noch die Herkunft der von der Mieterin 1 behaupteten gesundheitlichen Probleme. Die erste Konsultation habe am 11. März 2011 stattgefunden, am Tag an dem die Mieter nach Graubünden reisten. Der definitive Auszug vom 11. März 2011 erscheine mithin als zuvor geplant und nicht die Folge des am Abreisetages stattgefundenen Arztbesuches. Sodann seien entgegen dessen Aussage keineswegs alle Verbindungen mit Chlor toxisch, was sich aus der Zeugenaussage der Prüfleiterin der N._____ überzeugend ergebe. Wenn die Mieterin 1 noch vor dem Verlassen der Wohnung verfärbte Fingernägel und Hautausschläge erhalten haben sollte, hätte Dr. G._____ dies bei der ersten Konsultation feststellen müssen, hätten die Mieter die Wohnung doch gleichentags nach dieser Konsultation verlassen. Dies wolle der Arzt aber per Telefon in der zweiten Hälfte des März 2011 erfahren haben. Sodann hätte sich der Husten nach dem Verlassen verstärkt. Belege, dass beim Mieter 2 vergleichbare Symptome vorhanden gewesen seien, gebe es nicht. Hautausschläge habe der Zeuge bezeichnenderweise nicht bestätigt. Somit müsse der Beweis als gescheitert betrachtet werden, dass die Hustensymptome den Staub in der Wohnung als Ursache habe. Daran ändere auch die Zeugenaussage des Tierarztes Dr. K._____ nichts, dem die Mieter ihren Hund erst zwei Monate nach dem Auszug vorgeführt hätten. Die von der Zeugin F._____ in Bezug auf die Mieterin 1 erwähnt Augeninfektion beziehe sich auf die ganze Zeit. Der Staub könne nicht Ursache sein, sei er doch erst anfangs Februar 2011 aufgetreten, die Mieter seien aber bereits am 16. August 2010 eingezogen. Hinzu komme, dass die Beziehung der Zeugin F._____ zu den Mieter enger sein

müsse, als diese zugegeben habe. Dies zeige sich darin, dass sie den Mietern die Wohnung geräumt habe mit Bezug auf Kleider und Wäsche, was nach eigener Angabe kein üblicher Service von ihr sei. Ausserdem hätten die Mieter ihr den Wohnungsschlüssel anvertraut, dies obwohl sie der Verwaltung und dem Bauleiter J._____ in der Zeit zwischen 24. Februar und 11. April 2011 jeglichen Zugang zur Wohnung verwehrt hätten. Der Auftrag zur Reinigung sei denn auch nicht in Anbetracht von giftigem Staub erfolgt. Es gebe keinen Unterschied zwischen der Reinigung durch die Zeugin F._____ und einer solchen in einer Haushaltmaschine. Dass der Staub toxisch gewesen wäre, könne denn auch nach dem Beweisverfahren nicht angenommen werden. Auch stimme die Aussage der Zeugin F._____ nicht, die Mieterin 1 hätte nicht mehr in die Wohnung zurückkehren können. Dies sei ohne Weiteres möglich gewesen, sei die Wohnung doch nach der Reinigung durch L._____ staubfrei geblieben, ohne dass die geringste bauliche Änderung notwendig gewesen wäre (act. 57 S. 24 ff.).

3.3.2. Die Mieter halten dem entgegen, die Zeugin I._____ habe den Staub in gesundheitlicher Hinsicht nicht als ungefährlich bezeichnet. Vielmehr habe sie gesagt, es gebe Formen von Chlorid, die gesundheitlich problematisch seien und solche, die unproblematisch seien (act. 64 S. 5). Sodann sei – so die Mieter weiter – der zeitliche Zusammenhang zwischen dem Arztbesuch der Mieterin 1 am 11. März 2011 und dem Auszug der Mieter am selben Tag geradezu offensichtlich. Laut dem Arzzeugnis habe Dr. G._____ der Mieterin 1 geraten, die Wohnung so schnell wie möglich zu verlassen. Dass es sich entgegen der Darstellung in der Berufungsschrift nicht um einen "geplanten Auszug" handle, belege auch die Tatsache, dass die Wohnung am 21. März 2011, also nach dem Verlassen der Wohnung durch die Mieter, keineswegs geräumt, sondern möbliert gewesen sei und bewohnt ausgesehen habe, wie die Zeugin I._____ anlässlich ihrer Zeugeneinvernahme zu Protokoll gegeben habe. Der vom Vermieter geltend gemachte angebliche Widerspruch in den Aussagen von Dr. G._____ bezüglich Allergien sei gesucht. Aus dem Zusammenhang ergebe sich ohne Weiteres, dass sich die Aussage des Arztes auf allfällig frühere bzw. andere Allergien bezogen habe. Die Aussagen von Dr. G._____ seien – auch in Anbetracht des Berichtes der N._____ – völlig schlüssig. Dass die Zeugin F._____ gemeint habe, die gesundheitlichen

Probleme der Mieterin 1 hätten während der gesamten Mietdauer bestanden, belege lediglich dass gerade keine enge Bindung zwischen ihr und den Mietern bestanden habe. Zu Recht nicht in Zweifel gezogen würden die Aussagen der Zeugin F._____, die bestätige, bei der Mieterin 1 Hautausschläge und Reizhusten festgestellt und als Folge des Reinigungsauftrages selbst Hautausschläge bekommen und den Arzt aufgesucht zu haben. Ebenso wenig werde in der Berufungsschrift die Aussage des Zeugen M._____ in Zweifel gezogen, wonach Feinstaub immer gesundheitsgefährdend sei. Auch der Zeuge Dr. med. vet. K._____ habe entsprechende Ausführungen gemacht. Dies alles könne, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt habe, kaum ein Zufall sein. Die Gesundheitsgefährdung des Staubes sei folglich rechtsgenügend erstellt (act. 64 S. 8 ff.).

3.3.3. Entgegen der Behauptung des Vermieters ergibt sich weder aus dem Prüfbericht der N._____ noch aus dem Zeugnis der Prüfleiterin I._____, dass der Staub nicht gesundheitsgefährdend gewesen sei. Der N._____-Prüfbericht äussert sich nicht zur Frage, ob und inwieweit chloridhaltige Stoffe gesundheitsgefährdend seien. Es wird lediglich ausgeführt, dass der grösste Teil der Ablagerungen mit grosser Wahrscheinlichkeit aus chloridhaltigen Stoffen bestehe. I._____ führte anlässlich ihrer Zeugenaussage aus, sie könne zur Gesundheitsgefährdung nichts sagen, da sie nicht wisse, in welcher Form das Chlorid vorgelegen sei. Es gebe Formen, die gesundheitlich problematisch seien und solche, die unproblematisch seien (act. 40/2 S. 4 ff.). Damit erbringen diese Beweismittel nicht den (Gegen-)Beweis, dass der Staub nicht gesundheitsgefährdend war.

Die Vorbringen des Vermieters in Bezug auf die Aussagen von Dr. G._____ vermögen an der von der Vorinstanz vorgenommenen Würdigung nichts zu ändern. Aus dem Umstand, dass die erste Konsultation am 11. März 2011 stattgefunden hat, am Tag an dem die Mieter nach Graubünden reisten und in der Folge nicht mehr in die Wohnung zurückkehrten, kann nichts zu Gunsten des Vermieters abgeleitet werden. Die Mieter taten dies auf eigenes Risiko. Dass Dr. G._____, anders als I._____, alle Verbindungen mit Chlor als toxisch bezeichnet, führt weder zur Unglaubwürdigkeit seiner Person noch zur Unglaubhaftigkeit seiner Aussagen. Auch dass die verfärbten Fingernägel erst später Thema gewesen seien, ist

durchaus plausibel, werden doch regelmässig in erster Linie die am meisten belastenden Symptome des Patienten besprochen. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass gewisse Informationen im Gespräch mit dem Arzt vergessen gehen und dem Patienten erst nach der Konsultation wieder in den Sinn kommen.

Zwar gibt es in der Tat keine Belege, dass beim Mieter 2 vergleichbare Symptome vorhanden gewesen sind. Jedoch genügen die Beweise in Bezug auf den Gesundheitszustand der Mieterin 1 (aufgrund der Zeugenaussage von Dr. G._____ und seines Arztzeugnisses), demjenigen der Zeugin F._____ (aufgrund ihrer Zeugenaussage) sowie demjenigen des Hundes der Mieter (worüber Dr. med. vet. K._____ Auskunft gab), um zu belegen, dass der Staub gesundheitsgefährdend war. Selbst wenn die Augeninfektion der Mieterin 1 unabhängig vom Staub aufgetreten sein sollte, wie es der Vermieter aus der Aussage der Zeugin F._____ ableiten will, blieben immer noch die weiteren Symptome. Insbesondere behaupteten die Mieter im Wesentlichen Hautausschläge und Reizhusten (vgl. act. 8 Rz. 9 und 22). Die Behauptung des Vermieters, die Beziehung der Zeugin F._____ zu den Mieter müsse aufgrund des unüblichen Dienstes und der Schlüsselübergabe enger sein als diese zugegeben habe, überzeugt nicht und vermag deren Aussagen nicht als unglaubwürdig erscheinen zu lassen.

Insgesamt vermag der Vermieter somit mit seinen Ausführungen zum Fehlen eines gesundheitsschädigenden und daher schweren Mangels nicht zu überzeugen. Die Gesundheitsgefährdung wird durch mehrere Beweismittel untermauert: das Arztzeugnis und die Aussagen von Dr. G._____, die Aussagen der Zeugin F._____, welche Kleider und Bettwäsche der Mieter gereinigt hatte, sowie der Bericht der N._____, der von chloridhaltigen Stoffen spricht. Selbst wenn der N._____-Bericht etwas vage ist und alleine den Beweis für die Gesundheitsgefährdung nicht erbracht hätte, ist der Beweis der Gesundheitsschädigung in der Summe der Beweismittel erbracht.

3.4. Fristlose Kündigung nach Art. 259b lit. a OR:

Behebung des Mangels vor der Kündigung

3.4.1. Der Vermieter führt aus, die Vorinstanz habe dem Beweisergebnis entsprechend zu Recht festgestellt, dass nach dem Entfernen der Abklebungen der Lüftungsschlitze kein Staubbefall mehr aufgetreten sei (Urteil Erw. III.1.B.h S. 24), sie habe aber bei den weiteren Erwägungen völlig ausgeblendet, dass damit der Mangel behoben gewesen sei. Einen Staubbefall, wie er am 21. März 2011 von der N._____ angetroffen und untersucht worden sei, habe es nach dem einhelligen Beweisergebnis nach erfolgter Rückgängigmachung der Manipulation der Mieter durch diese selbst weder im Zeitpunkt der Kündigung vom 18. April 2011 noch jemals zu einem späteren Zeitpunkt gegeben. Trotzdem habe die Vorinstanz ignoriert, dass eine Mängelbehebung durch den Vermieter bei dieser Sachlage, insbesondere durch bauliche Massnahmen, weder zu erfolgen hatte noch habe erfolgen können, da mit der Rückgängigmachung der Manipulationen die Ursache für den übermässigen Staubbefall bereits durch die Mieter selbst nachhaltig beseitigt worden sei (act. 57 S. 16 ff.).

Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts – so der Vermieter weiter – entscheide sich die Frage, ob eine Kündigung gültig sei, auf Grund der Umstände im Kündigungszeitpunkt. Die Verwalterin H._____ und der Bauleiter J._____ hätten am 11. April 2011 festgestellt, dass die Wohnung bereits geräumt und gereinigt gewesen sei. Staub, wie er von den Mietern beschrieben und im N._____ - Prüfbericht charakterisiert worden sei, sei hingegen nicht mehr festzustellen gewesen. Ebenso wenig sei später jemals solcher Staub festgestellt worden. Als die Mieter am 26. April 2011 fristlos gekündigt hätten, habe es also den mit Schreiben vom 22. März 2011 gerügten Staub und damit den angegebenen Grund für die Kündigung gar nicht mehr gegeben. An diesem Ergebnis ändere nichts, dass tatsächlich nicht habe festgestellt werden können, wo genau der übermässige Staub in die Wohnung eingedrungen sei. Um die Herkunft des Staubs zu eruieren, wären weitere Untersuchungen durch die N._____ notwendig gewesen, was die Mieter verunmöglicht hätten. Die Erwägung der Vorinstanz, Nachforschungen zur Herkunft und Ursache des Staubbefalls sowie dessen Behebung seien Sache des

Vermieters gewesen, doch habe dieser die dafür gesetzte Frist ungenutzt verstreichen lassen (Urteil Erw. III.1.D.3 S. 28), widerspreche somit krass dem Beweisergebnis. Unbestrittenermassen seien die Mieter bereits am 4. Februar 2011 aufgefordert worden, die genannten Manipulationen zu beseitigen. Der Anspruch auf Mängelbeseitigung gehe auf nicht mehr und nicht weniger als auf die volle Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustandes. Mit der durch die Rückgängigmachung der Manipulationen an der Lüftung durch die Mieter bewirkten definitiven und nachhaltigen (bis heute anhaltenden) Unterbindung des Eintritts übermässigen Staubs seien die darauf gerichteten Ansprüche der Mieter und die damit verbundenen weiteren Rechte erloschen. Im vorliegenden Fall sei im Zeitpunkt der Kündigung gar kein Mangel mehr vorhanden gewesen (act. 57 S. 18 f.).

3.4.2. Die Mieter halten diesen Ausführungen entgegen, dass durch Zeugenaussagen erstellt sei, dass auch nach ihrem Auszug am 11./12. März 2011 noch Staub vorhanden gewesen sei, namentlich am 21. März 2011, als Proben durch die N._____ entnommen worden seien. Zudem vermöge der Vermieter nicht zu erklären, weshalb er am 11. April 2011 weitere Staubproben aus der Mietwohnung entnommen habe, um sie von Dr. E._____ untersuchen zu lassen, wenn in der Mietwohnung doch angeblich gar kein Staubbefall vorhanden gewesen sei. Insbesondere hätte – so die Mieter weiter – der rechtskundig beratene Vermieter ein eminentes Interesse gehabt, ihnen mitzuteilen, der von ihnen gerügte Mangel in Form des massiven Staubbefalls sei behoben, nachdem der Rechtsvertreter der Mieter dem Vermieter bzw. dessen Verwalterin mit Schreiben vom 22. März 2011 Frist bis 18. April 2011 angesetzt hatte, um den schweren Mangel zu beheben, ansonsten das Mietverhältnis gestützt auf Art. 259b OR fristlos gekündigt werde. Der Vermieter habe zu Recht nicht geltend gemacht, den Mietern je – insbesondere nicht bis zur fristlosen Kündigung am 26. April 2011 – die Behebung der von seiner eigenen Verwalterin als unerträglich bezeichneten Situation angezeigt zu haben. Zudem stehe das Schreiben des Rechtsvertreters des Vermieters vom 3. Mai 2011 in völligem Widerspruch zur Darstellung in der Berufungsschrift. Darin stelle der Vermieter in Aussicht, die zur Behebung notwendigen Massnahmen unverzüglich anzuordnen sobald die Ursache der Staubbildung bekannt sei.

Dies mache keinen Sinn, wenn am 26. April 2011 gar kein Staubbefall mehr vorhanden gewesen wäre (act. 64 S. 3 ff.).

3.4.3. Zum Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt der Kündigung geht der Vermieter von einer falschen Prämisse aus. Bestand im Zeitpunkt der Abmahnung ein schwerer Mangel und waren die Mieter deshalb berechtigt, die Frist ausserhalb der Wohnung abzuwarten, ist es nach Treu und Glauben Obliegenheit des Vermieters, vor Ablauf der Frist (bzw. jedenfalls vor der fristlosen Kündigung seitens der Mieter) mitzuteilen, dass und weshalb der Mangel seines Erachtens nicht mehr bestehe. Tut er dies nicht, läuft er Gefahr, dass die Kündigung erfolgt, obwohl sich in der Folge herausstellt, dass der Mangel ohne bauliche Massnahmen verschwunden ist, und deshalb allenfalls auch bereits im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr vorhanden war.

Vorliegend haben die Mieter am 22. März 2011, also am Tag nach dem Augenschein durch die N._____, dem Vermieter eine Frist bis zum 18. April 2011 gesetzt, um den Mangel zu beheben. In diesem Schreiben haben die Mieter dem Vermieter ebenfalls mitgeteilt, dass sie die Wohnung aufgrund von gesundheitlichen Problemen verlassen mussten (act. 13/10). Dass die Mieter die Wohnung verlassen hatten, stellte der Vermieter denn auch am 11. April 2011 fest, als er für eine Staubprobe in der Wohnung war. Obwohl dabei offenbar nur wenig Staub angetroffen wurde, erfolgte gegenüber den Mietern bis zu deren Kündigung am 26. April 2011 (act. 13/13) keinerlei Stellungnahme seitens der Vermieterschaft, dass man davon ausgehe, der Mangel sei behoben. Die Mieter durften sich darauf verlassen, dass ihnen die Behebung (bzw. der Entfall) des Mangels angezeigt würde. Sie waren nicht gehalten, am Tag des Fristablaufs abermals in die Wohnung zu gehen und sich selbst von der aktuellen Staubbelastung ein Bild zu machen. Indem der Vermieter es unterlassen hat, den Mietern vor ihrer Kündigung mitzuteilen, dass der Mangel nun behoben sei, trägt er das Risiko, dass von einem Fortbestand des Mangels über das Fristende hinaus ausgegangen wird. Gelingt einem Vermieter in der Folge (wie vorliegend) der Beweis des Verschuldens der Mieter am Mangel nicht, kann er sich der Verantwortung nicht entziehen,

indem er geltend macht, es seien keine baulichen Massnahmen erforderlich gewesen und der Mangel sei nicht mehr aufgetreten.

3.5. Fristlose Kündigung nach Art. 259b lit. a OR:

Fazit

Zusammenfassend vermag der Vermieter mit seinen Vorbringen bezüglich der Gültigkeit der fristlosen Kündigung keinen Berufungsgrund darzutun. War die Kündigung gültig, hat sie das Mietverhältnis beendet. Entsprechend mussten die Mieter auch keinen Nachmieter stellen. Die Vorinstanz hat folglich die Klage des Vermieters auf Bezahlung der Mietzinse bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist gestützt auf Art. 264 OR zu Recht vollumfänglich abgewiesen.

3.6. Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 259d OR

3.6.1. Der Vermieter bringt in Bezug auf den Herabsetzungsanspruch der Mieter (neben Ausführungen zum Wegfall des Mangels und des Selbstverschuldens der Mieter) im Wesentlichen vor, es fehle an der für die Herabsetzung erforderlichen Erklärung seitens der Mieter. Eine solche hätte spätestens zur Beendigung des Mietverhältnisses abgegeben werden müssen. Die Mieter hätten aber weder im Schreiben vom 22. März 2011 noch in der Kündigung vom 26. April 2011 die Herabsetzung des Mietzinses verlangt, sondern erstmals mit dem Schlichtungsbegehren vom 12. Januar 2012. Damit sei die Geltendmachung des Herabsetzungsanspruches verspätet erfolgt (act. 57 S. 20 ff.).

3.6.2. Die Mieter halten dem entgegen, die Herabsetzung werde nicht durch irgendeine Erklärung des Mieters, sondern alleine durch den konkreten Mangel und dessen Kenntnis seitens des Vermieters fixiert. Beim Rückerstattungsanspruch handle es sich weder um ein Gestaltungs- noch um ein Klagerecht. Der Mieter könne seinen Herabsetzungsanspruch jederzeit geltend machen, selbst nach Beendigung des Mietverhältnisses. Hierzu verweisen die Mieter auf die Ausführungen im Basler Kommentar zum OR (BSK OR-WEBER, Art. 259d N 4). Die in der Berufungsschrift vertretene anderslautende Meinung finde im Gesetz keine Stütze. In BGE 130 III 504 ff. habe das Bundesgericht in diesem Zusammenhang klargestellt, dass die aufgrund eines Mietmangels erhobene Rückerstattungsfor-

derung vertraglicher Natur sei und sich die Verjährung des Anspruches auf Rückerstattung nach Art. 128 OR bestimme. Zu Recht habe der Vermieter nicht geltend gemacht, der Rückerstattungsanspruch der Mieter sei verjährt. Es könne deshalb keine Rede davon sein, dass der Mietzinsherabsetzungsanspruch verspätet geltend gemacht worden sei. Im Übrigen handle es sich bei der Behauptung, die Mieter hätten den Herabsetzungsanspruch während des Mietverhältnisses nicht geltend gemacht, um ein neues Vorbringen, welches nicht zu hören ist, da es an der Voraussetzung von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO offensichtlich fehle (act. 64 S. 7 f.).

3.6.3. Vorab zu bemerken ist, dass die Frage, ob die Voraussetzungen des Herabsetzungsanspruches erfüllt sind, rechtlicher Natur ist und somit im Berufungsverfahren ohne Weiteres aufgeworfen werden kann.

Gemäss Art. 259d OR kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt. Über die Frage, ob es für die Durchsetzung des Herabsetzungsanspruches einer Herabsetzungserklärung bedarf, bestehen verschiedene Meinungen: Gemäss Bundesgericht sowie einem Teil der Lehre bedarf es dazu einer Herabsetzungserklärung. Diese kann als Gestaltungsrecht so lange abgegeben werden, wie der Herabsetzungsanspruch besteht, im Falle des gekündigten Mietverhältnisses bis zum Beendigungstermin, sofern der Mangel dazumal noch besteht; eine Rechtslage, die nicht mehr vorhanden ist (d.h. nach Beendigung des Mietverhältnisses), kann hingegen nicht mehr gestaltet werden (BGer 4C.248/2002 vom 13. Dezember 2002; SVIT Kommentar zum Mietrecht, OR 259d N 8; ZK-HIGI, OR 259d N 22; Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 2. Februar 2015, MD110016, einsehbar unter www.gerichte-zh.ch/Entscheide). Nach anderer Ansicht genügt das Vorliegen eines Mangels sowie die diesbezügliche Kenntnis des Vermieters. Der Anspruch kann – unter Vorbehalt der Verjährung – jederzeit geltend gemacht werden, auch noch nach Behebung des Mangels und selbst nach Beendigung des Mietverhältnisses (Mietrecht für die Praxis, LACHAT et al, 8. Aufl., FN 121 und BSK OR I-WEBER, Art. 259d N 4). Die erstgenannte Meinung, es handle sich um ein Gestaltungsrecht, überzeugt. Be-

reits der Gesetzeswortlaut deutet darauf hin, dass es einer Herabsetzungserklärung bedarf (Art. 257d OR: "[...] kann der Mieter vom Vermieter verlangen, [...]"). Es wäre zudem stossend, wenn der Vermieter noch bis zu fünf Jahre (d.h. der Verjährungsdauer nach Art. 128 OR) nach Beendigung eines Mietverhältnisses mit einer Herabsetzung rechnen müsste, die der Mieter davor nie beantragt hat. Der von den Mietern zitierte Bundesgerichtsentscheid BGE 130 III 504 steht dieser Ansicht auch nicht entgegen. Darin ging es um die Frage der Rückwirkung; diesbezüglich führte das Bundesgericht aus, alle Autoren, auch die Anhänger der Theorie des Gestaltungsrechts, seien sich einig, dass diese Erklärung auf den Zeitpunkt zurückwirke, in dem der Vermieter Kenntnis vom Mangel hatte (BGE 130 III 504 = Pra 94 [2005] Nr. 6, E. 5.1.).

Folglich wäre eine Herabsetzungserklärung seitens der Mieter vor Beendigung des Mietverhältnisses erforderlich gewesen. Dass eine solche Erklärung erfolgt wäre, wurde weder behauptet noch findet sich eine solche (schriftliche) Erklärung bei den Akten. Auch kann die vom Rechtsvertreter der Mieter verfasste fristlose Kündigung vom 26. April 2011 nicht dahingehend verstanden werden, dass gleichzeitig eine Mietzinsherabsetzung verlangt worden wäre – darin ist nicht ansatzweise die Rede von einer Herabsetzung bzw. Rückforderung bereits geleisteter Mietzinse. Das in der Klagebegründung der Mieter vom 14. Mai 2012 erwähnte Schreiben vom 11. Oktober 2011, mit welchem die Mieter Herabsetzungs- und Schadenersatzansprüche geltend gemacht hätten (act. 8 S. 4 Rz. 13), findet sich nicht bei den Akten – diese Erklärung wäre zudem als erste Erklärung der Herabsetzung ohnehin verspätet, nachdem das Mietverhältnis bereits am 26. April 2011 fristlos aufgelöst wurde.

Indem die Vorinstanz ohne Herabsetzungserklärung von einem Herabsetzungsanspruch der Mieter ausging, hat sie das Recht unrichtig angewendet. Diesbezüglich ist die Berufung somit gutzuheissen. Mangels Herabsetzungserklärung vor Beendigung des Mietverhältnisses ist die Klage der Mieter auf Rückerstattung der Mietzinse Februar, März und April 2011 abzuweisen.

3.7. Schadenersatzanspruch nach Art. 259e OR

3.7.1. Der Vermieter bringt vor, die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch nach Art. 259e OR seien nicht erfüllt. Danach müsse der Schaden als adäquate kausale Folge der mangelhaften Mietsache erscheinen. Daran würde es vorweg bei allen Schadenspositionen fehlen, welche die Mieter als Folge ihrer fristlosen Kündigung und dem dadurch bedingten Umzug in eine neue Wohnung geltend machen. Abgesehen davon, dass die Staubbildung von den Mietern selbst zu vertreten und zu beseitigen gewesen sei, habe diese im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr vorgelegen, weshalb diese als ungültig erscheine. Entsprechend könnten auch keine Kosten, die den Mietern durch die ungültige fristlose Auflösung des Mietverhältnisses entstanden seien, auf den Vermieter überwältzt werden. Der Vermieter sei exkulpiert, da die Mieter den Schaden zu vertreten hätten. Zudem liege auch kein schwerer Mangel vor, sei doch nicht erstellt, dass dieser gesundheitsgefährdend gewesen sein. Selbst wenn der Staubbefall gesundheitsgefährdend gewesen sein sollte, könne er nicht als schwerer Mangel eingestuft werden. An einem solchen fehle es, wenn die Mieter ihn auf einfache und kostengünstige Weise selbst beheben lassen könnten oder wenn die Beeinträchtigung nur von kurzer Dauer sei. Dies gelte erst recht, wenn die Behebung sich durch blosse Beseitigung einer Manipulation an der Lüftung und Reinigung des Mietobjekts bewerkstelligen lasse, wie es hier geschehen sei. Damit erscheine der Mangel als leicht im Sinne von Art. 259 OR, was Schadenersatzansprüche der Mieter ausschliesse (act. 57 S. 23 ff.).

Weiter bringt der Vermieter vor, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (Erw. III.2.D S. 44) habe er sehr wohl Behauptungen aufgestellt, dass der Mangel unabhängig von seinem Verhalten eingetreten sei bzw. dass er keine Handhabe besessen habe, den Mangel zu beseitigen. Auf diese Behauptungen hätte die Vorinstanz eingehen müssen. Den Vermieter treffe wie ausgeführt an der Staubbildung kein Verschulden. Dies umso weniger, als kein baulicher Mangel auszumachen gewesen sei und daher für die Vermeidung weiteren Staubbefalls auch keine baulichen Massnahmen hätten getroffen werden müssen. Der Exkulpati-

onsbeweis erweise sich als erbracht. Entsprechend liege auch kein Schaden vor, für den er einzustehen habe (act. 57 S. 29 f.).

3.7.2. Wie bereits ausgeführt, ist ein schwerer Mangel beweismässig erstellt und es kann nicht vom Verschulden der Mieter am Mangel ausgegangen werden. Auch kann nicht gesagt werden, dass die Mieter den Mangel auf kostengünstige Weise selbst beheben lassen konnten oder die Beeinträchtigung von kurzer Dauer war. Die Mieter versuchten den Staubbefall mit Reinigung zu beseitigen, jedoch ohne Erfolg. Sodann waren sie aus gesundheitlichen Gründen gezwungen, die Wohnung zu verlassen. Mit den gegenteiligen Ausführungen vermag der Vermieter nicht durchzudringen.

Sodann ist die beanstandete Erwägung der Vorinstanz zur Exkulpation dahingehend zu verstehen, dass unter dem Titel Schadenersatz vom Vermieter nicht nochmals explizit Behauptungen aufgestellt wurden. In der Tat stellte sich der Vermieter im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung auf den Standpunkt, der Staubbefall sei durch die Mieter verschuldet worden. Es kann auf die diesbezüglichen Erwägungen verwiesen werden. Damit musste sich auch die Vorinstanz nicht nochmals explizit unter dem Titel Exkulpation betreffend Schadenersatz befassen. Dem Vermieter ist der Exkulpationsbeweis nicht gelungen; folglich bleibt es bei der gesetzlichen Vermutung, die Art. 259e OR enthält.

3.8. Fazit

Nach dem Gesagten dringt der Vermieter mit seinen Vorbringen in Bezug auf den Herabsetzungsanspruch (Dispositivziffer 1) durch, nicht hingegen mit seinen Beanstandungen bezüglich der fristlosen Kündigung, dem Schadenersatzanspruch und seinem Anspruch auf Fortsetzung der Mietzinszahlung. Entsprechend ist die Berufung teilweise gutzuheissen. Die Dispositivziffer 1 ist aufzuheben. Diesbezüglich ist die Klage der Mieter ebenfalls abzuweisen. Da diese Anordnung bei gänzlichem Wegfall der Herabsetzungsforderung bereits in Dispositivziffer 4 enthalten ist, braucht Dispositivziffer 1 nicht durch eine andere Fassung ersetzt zu werden; sie kann ersatzlos gestrichen werden.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Da der Vermieter nun zu einem grösseren Anteil obsiegt als von der Vorinstanz angenommen, ist auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen anzupassen, wobei kein Anlass besteht, die Kostenfestsetzung (Höhe) gemäss Dispositivziffer 6 des angefochtenen Entscheids (act. 52 = 56 = 58 S. 46) zu ändern. Sie ist zu bestätigen. Die Verteilung der Kosten ist hingegen abzuändern: Die Mieter obsiegen nun im Betrag von Fr. 67'199.55 (Begehren des Vermieters im Betrag von Fr. 15'250.–, dessen Klage vollumfänglich abzuweisen ist, sowie Fr. 51'949.55 aus Teilgutheissung ihres Begehrens), der Vermieter hingegen obsiegt im Betrag von Fr. 22'899.24 (vom ursprünglichen Begehren der Mieter im Betrag von Fr. 74'848.79 [= Fr. 8'250.– + Fr. 66'598.79] wird lediglich Fr. 51'949.55 gutgeheissen). Vom erstinstanzlichen Streitwert von rund Fr. 90'100.– obsiegen die Mieter somit zu rund 3/4 und der Vermieter zu rund 1/4. Dementsprechend sind die erstinstanzlichen Gerichtskosten zu verteilen. Zudem ist den Mietern eine auf 1/2 reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Ausgehend vom vorinstanzlich festgesetzten Betrag der Parteientschädigung, welcher von den Parteien nicht beanstandet wurde, ist die Parteientschädigung nun auf Fr. 10'325.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist den Mietern mangels Antrag nicht zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Der Rechtsmittelstreitwert beträgt Fr. 75'449.55 (= Fr. 8'250.– + Fr. 51'949.55 + Fr. 15'250.–). Ausgehend von diesem Streitwert beträgt die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 12 i.V.m. § 4 GebV OG Fr. 7'600.–. Da der Vermieter im Betrag von Fr. 8'250.– obsiegt und im Betrag von Fr. 67'199.55 unterliegt, sind ihm diese Kosten zu 9/10 aufzuerlegen und den Mietern zu 1/10. Sodann ist den Mietern eine auf 4/5 reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Die reduzierte Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 AnwGebV auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist den Mietern abermals mangels Antrag nicht zuzusprechen.

Die Gerichtskosten sind mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien zu verrechnen. Ein Fehlbetrag ist von der kostenpflichtigen Person nachzufordern. Die

kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen sowie die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 111 ZPO). Erstinstanzlich leisteten die Mieter Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 8'700.– (Fr. 7'500.– und Fr. 1'200.–, act. 16 und act. 32) und der Vermieter Fr. 3'000.– (Fr. 2'400.– und Fr. 600.–, act. 30/15 und act. 34). Ausgehend vom Kostenanteil an den erstinstanzlichen Verfahrenskosten der Mieter von Fr. 3'541.– (1/4 von Fr. 14'164.–), hat der Vermieter den Mietern Fr. 5'159.– zu ersetzen. Zweitinstanzlich leistete der Vermieter einen Kostenvorschuss von Fr. 8'350.– (act. 59 und 61). Da die Mieter von den zweitinstanzlichen Verfahrenskosten Fr. 760.– zu tragen haben, ist diese Forderung sogleich mit ihrer Forderung aus den erstinstanzlichen Kosten zu verrechnen und es ist ihnen ein Rückforderungsrecht im Betrag von Fr. 4'399.– (= Fr. 5'159.– abzüglich Fr. 760.–) gegenüber dem Vermieter einzuräumen. Der nicht durch Vorschüsse gedeckte Betrag ist in Anwendung von Art. 111 ZPO vom Vermieter einzufordern.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositivziffer 1 des Urteils des Mietgerichts des Bezirks Dielsdorf vom 16. Februar 2015 aufgehoben.

Im Übrigen (d.h. bezüglich den Dispositivziffern 2 bis 5) wird die Berufung abgewiesen. Diesbezüglich wird der Entscheid der Vorinstanz bestätigt.

2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden auf insgesamt Fr. 14'164.– festgesetzt (Entscheidunggebühr von Fr. 13'000.–, Barauslagen Fr. 1'164.–). Sie werden dem Vermieter zu 3/4 und den Mietern zu 1/4 auferlegt.

Die zweitinstanzliche Gerichtskosten werden auf Fr. 7'600.– festgesetzt. Sie werden dem Vermieter zu 9/10 und den Mietern zu 1/10 auferlegt.

Die Gerichtskosten werden aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Der Fehlbetrag ist vom Vermieter zu leisten. Den Mietern wird aufgrund ihrer Vorschüsse gegenüber dem Vermieter ein Rückforderungsrecht im Betrag von Fr. Fr. 4'399.– eingeräumt.

3. Der Vermieter wird verpflichtet, den Mietern für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'325.– und für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Mietgericht des Bezirks Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 75'450.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

MLaw D. Weil

versandt am:
23. Oktober 2015