

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG190008-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Obergerichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 27. Mai 2019

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 31. Januar 2019 (MG180014)

Rechtsbegehren Hauptklage:

(act. 1 S. 2 und act. 28 S. 2)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, ihre Zustimmung zur Herausgabe der geleisteten Sicherheit in der Höhe von Fr. 7'750.– inkl. aufgelaufener Zinsen bei der UBS Switzerland AG, Konto-Nr. ..., lautend auf B. _____ u/o C. _____, zu erklären resp. die geleistete Sicherheit zurückzuerstatten.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern Fr. 1'756.30 zzgl. Zins zu 5 % ab 27. Oktober 2017 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten.

Rechtsbegehren Widerklage:

(act. 21 S. 2 und Prot. Vi S. 10)

1. Die Widerbeklagten 1 und 2 seien zu verpflichten, der Widerklägerin Fr. 13'408.15 zzgl. Zins von 5 % seit 14. März 2018 zu bezahlen.
2. Zwecks teilweiser Tilgung der Forderung gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 sei die UBS AG anzuweisen, den Saldo des auf die Widerbeklagten 1 und 2 lautenden Mieterkautionssparkontos, Nr. ..., vollständig resp. im Betrag von Fr. 7'750.– zzgl. aufgelaufene Zinsen zugunsten der Widerklägerin freizugeben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MwSt.) zulasten der Widerbeklagten 1 und 2.

Entscheid des Mietgerichtes Zürich vom 31. Januar 2019:

(act. 40 S. 31)

Es wird verfügt:

1. Die Widerklage wird im Betrag von Fr. 50.– infolge Klageanerkennung erledigt abgeschrieben.
- 2.-4. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 1 der Hauptklage werden die Kläger und Widerbeklagten für berechtigt erklärt, den noch auf dem Mieterkautionkonto bei der UBS Switzerland AG (Konto-Nr. ...) liegenden Betrag in vollem Umfang zu beziehen.
2. In Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 2 der Hauptklage wird die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, den Klägern und Widerbeklagten Fr. 1'756.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 27. Oktober 2017 zu bezahlen.
3. In teilweiser Gutheissung der Widerklage werden die Kläger und Widerbeklagten verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 309.65 nebst Zins zu 5 % seit 14. März 2018 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
- 4.-8. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

(act. 41 S. 2)

- " 1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil vom 31. Januar 2019 mit Ausnahme von Ziff. 3 des Urteilsdispositivs vollumfänglich aufzuheben, wobei die Klage der Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen und die Widerklage der Berufungsklägerin vollumfänglich gutzuheissen sei.
2. Eventualiter sei das Urteil vom 31. Januar 2019 mit Ausnahme von Ziff. 3 des Urteilsdispositivs vollumfänglich aufzuheben und die Angelegenheit der Vorinstanz zur Durchführung weiterer Erhebungen und Neuurteilung der nicht rechtskräftigen Punkte zurück zu weisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letztere zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. B. _____ und C. _____ (nachfolgend Mieter) begründeten mit der A. _____ AG (nachfolgend Vermieterin) per 1. Mai 2005 ein Mietverhältnis über eine 5-Zimmerwohnung an der D. _____-Strasse ... in ... Zürich (vgl. act. 3/2). Vereinbart wurde ein Mietzinsdepot von Fr. 7'750.–, welches auf ein Mieterkautionssparkonto bei der UBS einbezahlt wurde (vgl. act. 3/2 und 3/4). Die Mieter kündigten das Mietverhältnis auf den 31. Oktober 2017 (vgl. act. 1 Rz. 4 und act. 21 Rz. 7). Mit Schreiben vom 20. Oktober 2017 teilte die Vermieterin den Mietern mit, anlässlich einer Wohnungsbegehung am 19. Oktober 2017 seien diverse Mängel festgestellt worden, welche sie auf Kosten der Mieter zu beheben gedenke (vgl. act. 3/6). Die Mieter bestritten die behaupteten Mängel mit Schreiben vom 27. Oktober 2017 und machten ausserdem geltend, sie hätten einen Anspruch auf Ersatz der Kosten von Fr. 1'756.30 für die Neubeschaffung eines Geschirrspülers (vgl. act. 3/7).

1.2. Mit Eingabe vom 14. Dezember 2017 machten die Mieter das Verfahren betreffend Herausgabe des Mietzinsdepots sowie Ersatz der Kosten für den Geschirrspüler bei der Schlichtungsbehörde Zürich anhängig (vgl. act. 6/1). Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 14. März 2018, bei welcher keine Einigung erzielt werden konnte, erhob die Vermieterin Widerklage. Sie verlangte von den Mietern Schadenersatz für diverse Schäden in der Wohnung sowie den Mietzins für den November 2017 (vgl. act. 6/6 und 6/9). Die Mieter reichten am 4. Mai 2018 fristgerecht Klage beim Mietgericht Zürich (nachfolgend Vorinstanz) ein (vgl. act. 1). Nach Durchführung der Hauptverhandlung vom 5. Dezember 2018 erging am 31. Januar 2019 der vorinstanzliche Endentscheid (Prot. VI S. 7 ff. und act. 40). Die Hauptklage der Mieter wurde vollumfänglich gutgeheissen; die Widerklage der Vermieterin wurde mit Ausnahme der anerkannten Fr. 50.– wegen Kalkrückständen sowie von Fr. 309.65 für den Ersatz einer Beleuchtungsabdeckung abgewiesen (act. 40 S. 6, 21 und 31 f.).

1.3. Gegen das Urteil der Vorinstanz erhob die Vermieterin am 11. März 2019 Berufung beim Obergericht, wobei sie die vollumfängliche Abweisung der Haupt-

klage und die vollumfängliche Guttheissung der Widerklage verlangte (vgl. act. 41). Den Kostenvorschuss von Fr. 3'358.– für das Berufungsverfahren leistete sie innerhalb einer Nachfrist (act. 52). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-38). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert für die Berufung ist hier erreicht (vgl. act. 41 S. 2 i.V.m. act. 40 S. 2 und 32). Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie die unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Sie ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Berufung erfolgte rechtzeitig (vgl. act. 36), schriftlich und begründet. Die Vermieterin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert. Auf ihre Berufung ist daher einzutreten.

3.

3.1. Im vorinstanzlichen Verfahren forderte die Vermieterin von den Mietern wie erwähnt die Bezahlung des Mietzins für den Monat November 2017 in der Höhe von Fr. 3'100.–. Die Vorinstanz wies diese Forderung ab. Sie führte im Wesentlichen aus, die Schlüssel und damit die Wohnung würden zum Zeitpunkt als zurückgegeben gelten, in welchem der Mieter dem Vermieter die Aushändigung der Schlüssel anbiete. Vorliegend sei unbestritten, dass der Mieter der Vermieterin den letzten Schlüssel am 31. Oktober 2018 angeboten, sie jedoch auf die Zusendung per Post beharrt habe. Keiner der von der Vermieterin geltend gemachten und von den Mietern zu verantwortenden Mängel seien derart beschaffen gewesen, dass die Vermieterin an einer Weitervermietung gehindert gewesen wäre. Zudem habe die Vermieterin keine Absicht gehabt, die Wohnung ab 1. November 2017 weiterzuvermieten, wie einerseits der Leerstand bis zur Hauptverhandlung

gezeigt habe sowie andererseits aus dem Umstand habe geschlossen werden können, dass ihre Verwaltungsrätin keinen von den Mietern angebotenen Nachmieter kontaktiert habe (vgl. act. 40 E. III.1.).

Die Vermieterin entgegnet dem, sie habe nie bestätigt, dass ihr die persönliche Übergabe des Schlüssels angeboten worden sei. Im Gegenteil habe sie mittels Klageantwort die Ausführungen der Mieter ausdrücklich bestritten. Ohnehin sei von Beginn weg die postalische Zustellung der Schlüssel vereinbart gewesen. Mangels Rückgabe der Wohnung hätte sie diese mindestens bis Mitte November (postalische Zustellung des letzten Wohnungsschlüssels) nicht weitervermieten können. Nur schon aufgrund des Terrassenschadens habe keine sofortige Vermietung erfolgen können. Sie hätte sehr wohl die Wohnung unverzüglich weitervermietet, wenn dies möglich gewesen wäre. Erst zu einem späteren Zeitpunkt habe sie sich entschieden, auch angesichts der Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Wohnungsmängeln, auf die Weitervermietung vorerst zu verzichten (vgl. act. 41 Rz. 14-19).

Die Rückgabe der Mietsache erfolgt mit der Rückgabe aller Schlüssel (vgl. BGer 4A_388/2013 vom 7. Januar 2014 E. 2.1, in mp 2014 S. 143). Bietet der Mieter die Rückgabe der Schlüssel korrekt an und verweigert der Vermieter die Annahme ungerechtfertigt, gerät der Vermieter in Annahmeverzug. Dies befreit den Mieter von der Leistung eines Mietzinses über den Rückgabetermin hinaus (vgl. ZKHigi, Art. 267 N 61-65). Gemäss Anhang des Mietvertrags waren alle Schlüssel bis spätestens am Tag nach Beendigung der Miete um 12.00 Uhr zurückzugeben (vgl. act. 3/2), konkret also am 1. November 2017 um 12.00 Uhr. Weitere zwischen den Parteien vereinbarte Modalitäten hinsichtlich der Schlüsselrückgabe ergeben sich nicht aus den Akten. Die Mieter hätten die Schlüssel somit persönlich zurückgeben dürfen. Entgegen den Ausführungen der Vermieterin hat sie vor Vorinstanz nicht ausdrücklich bestritten, dass die Mieter ihr die persönliche Übergabe des letzten Schlüssels angeboten hätten. Die in der Klageantwort (act. 21) in Randziffer 6 aufgeführte Floskel, wonach alles bestritten sei, was nicht ausdrücklich zugestanden werde, ist nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung ohne Wirkung (vgl. BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 41). Die Version der Mieter blieb

aber nicht nur unbestritten, der damalige Rechtsvertreter der Vermieterin bestätigte anlässlich der Hauptverhandlung sogar die Bemühungen der Mieter, die Wohnungsschlüssel zurückzugeben, und das Beharren der Vermieterin auf einer Zustellung per Post (vgl. Prot. VI S. 15). Die Vorinstanz ging somit zu Recht davon aus, dass der Vermieterin – wie von den Mietern dargelegt – am 31. Oktober 2017 die persönliche Übergabe des Schlüssels angeboten wurde, sie aber auf der Zusendung per Post beharrte. Eine Rechtfertigung für die Weigerungshaltung der Vermieterin ist nicht ersichtlich und wurde von ihr auch nicht vorgebracht. Die Mieter boten somit die Schlüssel am 31. Oktober 2017 korrekt an und die Vermieterin verweigerte zu Unrecht die Annahme des letzten Schlüssels, weshalb sie in Annahmeverzug geriet.

Wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen (vgl. E. 3.2 bis 3.7) ergibt, gab es auch keine von den Mietern zu verantwortenden Mängel, welche die Vermieterin an der sofortigen Weitervermietung gehindert hätte. Schliesslich überzeugt auch die Behauptung der Vermieterin nicht, sie hätte die Wohnung unverzüglich weitervermietet, wenn dies möglich gewesen wäre. Die Mieter teilten der Vermieterin nämlich mit Schreiben vom 20. September 2017 mit, es gebe sieben zahlungsfähige Mietinteressenten, welche – auch nachdem sie den feuchten Keller gesehen hatten – bereit seien, das Mietverhältnis ab dem 1. November 2017 zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen (vgl. act. 29). Die Vorinstanz hat somit zu Recht einen Anspruch der Vermieterin auf den Mietzins für den November 2017 verneint.

3.2. Die Vermieterin verlangte im vorinstanzlichen Verfahren von den Mietern Fr. 300.– für den Ersatz des Abfalleimers in der Küche. Die Vorinstanz erachtete die Forderung als unbegründet. Sie erwog im Wesentlichen, beim neuen Abfalleimer handle es sich um ein handelsübliches Produkt, das den Anforderungen durchaus genüge. Da der Originalabfalleimer aufgrund des Alters so oder anders habe ersetzt werden müssen, komme ein Minderwertersatz von vornherein nicht in Betracht. Ganz abgesehen davon lägen für die angebliche Höhe des Minderwertes keine tauglichen Beweisofferten vor (vgl. act. 40 E III.2.5.).

Gemäss Vermieterin ist der Ersatzabfalleimer weder qualitativ noch technisch mit dem Originalabfalleimer vergleichbar. Sie beanspruche deshalb den Ersatz der Kosten für eine angemessene (also taugliche) Ersatzanschaffung. Dass sie keinen Beleg für die Forderung geliefert habe, sei nebensächlich, denn die erhobene Forderung sei sehr gering und könne deshalb problemlos als angemessen betrachtet werden. Das Mietgericht kenne sich mit Ersatzanschaffungskosten aus und hätte auf seine Kenntnisse zurückgreifen müssen. Es sei notorisch, dass die Anschaffung eines qualitativen Abfalleimers schnell deutlich mehr als Fr. 300.– kosten könne (vgl. act. 41 Rz. 23-26).

Die Vermieterin, die Ansprüche auf Ersatz aus der Rückgabe der Mietsache in nicht ordnungsgemäsem Zustand erhebt, ist beweisbelastet für den Schaden (Vermögenseinbusse), den sie erlitten hat, für den Mangel an der Mietsache, der während der Mietdauer eingetreten sein muss und den Schaden verursacht hat, sowie endlich dafür, dass dieser Mangel vom Mieter zu vertreten ist (vgl. ZK-Higi, Art. 267 N 119). Weil der Originalabfalleimer defekt war (vgl. act. 3/8 [Einzugsprotokoll], Ziff. 1.14 sowie Prot. Vi S. 9 f.) und weil sich die erforderlichen Ersatzteile nicht mehr beschaffen liessen (vgl. Prot. Vi S. 9 und 11), besorgten die Mieter einen neuen, handelsüblichen Müllex-Abfalleimer (vgl. act. 3/9). Die Vermieterin begründet nicht, weshalb der neue Abfalleimer technisch und qualitativ nicht mit dem Originalabfalleimer vergleichbar sein soll. Aus dem von den Mietern eingereichten Foto, auf welchem beide Abfalleimer abgebildet sind, ergibt sich dies jedenfalls nicht (vgl. act. 3/9). Es ist daher weder nachvollziehbar noch ersichtlich, inwiefern der neue Abfalleimer keine gleichwertige Ersatzanschaffung sein soll. Die Vorinstanz wies die Forderung zu Recht ab.

3.3. Für Malerarbeiten an den Türblättern in der Küche und im Badezimmer forderte die Vermieterin insgesamt Fr. 200.–. Die Vorinstanz wies die Forderung ab. Sie führte im Wesentlichen aus, die Mängelrüge vom 20. Oktober 2017 sei verfrüht erfolgt, da die Mieter am 31. Oktober 2017 diesbezügliche Malerarbeiten hätten ausführen lassen. Die erneute Rüge vom 24. November 2017 sei verspätet erfolgt – selbst wenn man vom für die Vermieterin günstigsten Fall ausgehe, die

Frist habe am Tag nach dem erneuten Versand des letzten Schlüssels und damit am 15. November 2017 begonnen (vgl. act. 40 E III.2.4.).

Die Vermieterin ist der Ansicht, die Mieter hätten gar nie auf eine taugliche Art und Weise bewiesen, dass sie an den fraglichen Türblättern Nachbesserungsarbeiten ausgeführt hätten. Sie hätten in diesem Zusammenhang eine Malerrechnung ins Recht gelegt, die bloss allgemeine Ausbesserungsarbeiten ausweise. Am günstigsten wäre im Übrigen die Annahme gewesen, die Frist für die erneute Rüge hätte am siebten Tag der postalischen Abholfrist und damit am 22. November 2017 begonnen. Ausgehend davon wäre die Rüge am 24. November 2017 rechtzeitig erfolgt (vgl. act. 41 Rz. 20-22).

Bei der Rückgabe muss der Vermieter den Zustand der Sache prüfen und Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, diesem sofort melden (Art. 267a Abs. 1 OR). Nach dem Gesetzeswortlaut erfolgt die Prüfung der Mietsache *bei* der Rückgabe, sie kann aber auch unmittelbar danach stattfinden (vgl. ZK-HIGI, Art. 267a N 14). Folglich kann sich die Mängelrüge vom 20. Oktober 2017 jedenfalls in Bezug auf jene Einwände nicht als genügend erweisen, bei denen die Mieter zwischen Rüge und Rückgabe am 31. Oktober 2017 Nachbesserungen vorgenommen haben. Aus der Rechnung des E. _____ Malergeschäfts vom 16. November 2017 geht hervor, dass im Auftrag des Mieters ausser am 18. September 2017 und am 9. Oktober 2017 auch am 31. Oktober 2017 in der Wohnung allgemeine Ausbesserungen an Wänden und Holzwerk durchgeführt wurden. Dabei wurden Beschädigungen an Wänden und dem Holzwerk gespachtelt, geschliffen und gestrichen (vgl. act. 3/11). Daraus konnte die Vorinstanz ableiten, (auch) an den am 20. Oktober 2017 beanstandeten Türblättern in der Küche und im Badezimmer seien am 31. Oktober 2017 Nachbesserungen durchgeführt worden. Es bedurfte bezüglich der Schäden an diesen Türblättern somit einer erneuten Rüge.

Wie gesehen konnten die Mieter am Ende des Mietverhältnisses der Vermieterin den letzten Schlüssel nicht persönlich übergeben, weshalb die Mieter den Schlüssel der Vermieterin in einem Couvert zusandten (vgl. act. 1 Rz. 44 und act. 21 Rz. 24). Die Sendung wurde von der Vermieterin nicht abgeholt (vgl. act. 3/17). In

einem solchen Fall gilt als für die Prüfung massgebender Zeitpunkt der Rückgabe der Tag, an welchem die Frist für die Abholung der Sendung ablief (vgl. ZK-Higi, Art. 267a N 15). Das Couvert mit dem Schlüssel wurde am 31. Oktober 2017 der Post übergeben. Am 10. November 2017 schickte die Post das Couvert zurück an den Mieter (vgl. act. 3/17). Die Frist begann somit spätestens am 10. November 2017 zu laufen. Die Mängelrüge hat – um dem Tatbestandsmerkmal "sofort" zu genügen – in der Regel innerhalb von zwei oder drei Werktagen nach der Rückgabe zu erfolgen (vgl. ZK-Higi, Art. 267a N 33). Die Mängelrüge vom 24. November 2017 war hinsichtlich der Türblätter in Küche und Bad demnach verspätet und die Vorinstanz hat die entsprechende Forderung der Vermieterin zu Recht abgewiesen.

3.4. Zu den für Schäden an den Lavabos im separaten WC und im Badezimmer sowie für Schäden in der Badewanne geltend gemachten Minderwerten von insgesamt Fr. 360.– führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, die Minderwerte seien mangels ausreichender Substantiierung und tauglicher Beweisofferten nicht zu berücksichtigen, umso weniger, als diese Einrichtungen schon beim Einzug der Mieter Beschädigungen aufgewiesen hätten. Entsprechend wies sie die Forderung ab (vgl. act. 40 E. III.2.7).

Nach Ansicht der Vermieterin sei ihre in diesem Zusammenhang erhobene Forderung dermassen gering, dass man – gerade als Fachgericht – nicht an deren Angemessenheit zweifeln könne. Sie – die Vermieterin – sei nicht verpflichtet, eine Reparatur vorzunehmen, nur um den Schaden zu beweisen. Es reiche, wenn ihre Forderung gerechtfertigt sei und nach Erfahrungswerten dem erlittenen Schaden entspreche (vgl. act. 41 Rz. 30-32).

Auch bei einer geringen Forderung trägt der Vermieter die Beweislast für den Schaden sowie für den während der Mietdauer eingetretenen, den Schaden verursachenden und vom Mieter zu vertretenden Mangel (vgl. ZK-Higi, Art. 267 N 119). Selbst bei einem ziffernmässig nicht nachweisbaren Schaden erlaubt Art. 42 Abs. 2 OR dem Geschädigten nicht, ohne nähere Angaben Forderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Vielmehr sind auch im Rahmen dieser Norm – soweit möglich und zumutbar – alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den

Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben (vgl. BGE 144 III 155 E. 2.3). Dass die Vermieterin den Beweis hinsichtlich der geltend gemachten Minderwerten an Lavabos und Badewanne erbracht hat und die Ausführungen der Vorinstanz somit unrichtig sind, vermag die Vermieterin in ihrer Berufung nicht darzulegen. Die Forderung wurde vorinstanzlich zu Recht abgelehnt.

3.5. Auch die für den Rückbau des Waschmaschinenanschlusses im Badezimmer einstweilen geforderten Fr. 200.– sprach die Vorinstanz der Vermieterin nicht zu. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die beweisbelastete Vermieterin vermöge nicht darzutun, dass der Anschluss beim Einzug der Mieter noch nicht bestanden habe, denn das Einzugsprotokoll – in welchem der Anschluss nicht erwähnt sei – befasse sich nicht mit den vorhandenen Anschlüssen. Die Vermieterin tue auch nicht substantiiert dar, dass die Mieter im Badezimmer eine Waschmaschine betrieben hätten. Dazu hätten sie auch keinen Anlass gehabt, denn immerhin sei im Mietvertrag die Benützung der Waschmaschine in der Waschküche vorgesehen (vgl. act. 40 E. III.2.8.).

Diese vorinstanzlichen Ausführungen entgegnet die Vermieterin mit der Frage, wie sie das Nichtvorhandensein eines Anschlusses denn sonst hätte beweisen sollen, wenn nicht mit dem Einzugsprotokoll, das keinen solchen Anschluss vorsehe. Zudem beweise die im Mietvertrag vorgesehene Benutzung der Waschmaschine in der Waschküche, dass in der Wohnung zum Einzugszeitpunkt keine Waschmaschine und demnach auch kein Waschmaschinenanschluss vorhanden gewesen sei (vgl. act. 41 Rz. 33-37).

Die Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB findet auch Anwendung, wenn es wie hier (Nichtvorhandensein des Waschmaschinenanschlusses beim Einzug) um den Beweis negativer Tatsachen geht. Den bei negativen Tatsachen bestehenden Beweisschwierigkeiten ist zwar nicht mit einer Umkehr der Beweislast zu begegnen, jedoch mit gewissen Beweiserleichterungen (vgl. BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015 E. 3.1 und 3.2 sowie BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.4.). Der Beweis wäre somit erbracht, wenn genügend Indizien für das Nichtvorhandensein des Anschlusses zum Zeitpunkt des Einzugs der Mieter vor-

handen wären. Dies ist jedoch nicht der Fall: Selbst wenn man bei der im Schreiben vom 3. April 2003 der Vermieterin an die Vormieter (act. 31/1) erwähnten "Waschmaschine in der Küche" davon ausgeht, es sei damit ein Geschirrspüler gemeint, lässt sich daraus nicht ableiten, im Badezimmer habe zum Zeitpunkt des Einzugs kein Waschmaschinenanschluss bestanden. Die im Mietvertrag vorgesehene Benutzung der Waschmaschine in der Waschküche kann – wie die Ausführungen der Vorinstanz und der Vermieterin zeigen – sowohl als Indiz für als auch gegen die Behauptung der Vermieterin ausgelegt werden. Auch die Tatsache, dass im Einzugsprotokoll der Waschmaschinenanschluss nicht erwähnt wird, stellt kein genügendes Indiz dar, da das Einzugsprotokoll sich nicht mit den vorhandenen Anschlüssen befasst (vgl. act. 3/8). Wie erwähnt beurteilt sich die Beweislastverteilung auch bei negativen Tatsachen nach Art. 8 ZGB. Dass keine genügenden Indizien für die negative Behauptung der Vermieterin gegeben sind, wirkt sich deshalb zu ihrem Nachteil aus. Ohnehin wurden die Kosten für den Rückbau in der Höhe von Fr. 200.– nicht belegt. Insbesondere wurde auch keine entsprechende Offerte eingereicht (vgl. dazu ZK-Higi, Art. 267 N 107). Die Forderung wurde daher aus mehreren Gründen im Ergebnis zurecht abgelehnt.

3.6. Die Vermieterin verlangte von den Mietern Fr. 600.– für den Ersatz der Spannteppiche in der Wohnung. Die Vorinstanz erwog zur Abweisung der Forderung im Wesentlichen, aufgrund des Alters habe sich der Ersatz der Teppiche beim Auszug ohnehin aufgedrängt. Die Vermieterin habe im Übrigen weder die Schäden noch die Verursachung durch die Mieter ausreichend substantiiert oder taugliche Beweismittel dafür offeriert (vgl. act. 40 E. III.2.10.).

Die Vermieterin ist der Ansicht, mit den eingereichten Protokollen über den Ein- und Auszug, den Mängelrügen sowie den Rechnungen betreffend Austausch der Teppiche habe sie das Vorhandensein der Mängel (übermässige Abnutzung sowie zwei Brandlöcher im Korridorbereich; vgl. act. 21 Rz. 21) bewiesen. Bei Zweifel hätte die Vorinstanz aufgrund der Untersuchungsmaxime Abklärungen treffen müssen. Beispielsweise hätte es Fotos verlangen oder die Handwerker, welche die Teppiche ausgetauscht hätten, befragen müssen. Das Mietgericht als Fachgericht könne und müsse auf seine eigenen Erfahrungswerte zur Beurteilung einer

Forderung zurückgreifen und dürfe sich nicht pauschal auf die nicht ausreichende Substantiierung der Forderung berufen (vgl. act. 41 Rz. 39-40).

Bei der Mängelrüge (act. 23/3) handelt es sich um eine blosser Parteibehauptung der Vermieterin. Die eingereichten Rechnungen (act. 23/8 und 23/9) belegen lediglich den Austausch der Teppiche und die dadurch entstandenen Kosten. Das Auszugsprotokoll (act. 23/2) erwähnt zwar die übermässige Abnützung der Spannteppiche sowie zwei Brandlöcher im Korridorbereich. Da dieses Protokoll von den Mietern nicht unterzeichnet wurde, genügt es jedoch ebenfalls nicht als Beweis für das Vorhandensein der Mängel und auch nicht für deren Verursachung durch die Mieter. Weitere Belege wurden von der Vermieterin nicht eingereicht bzw. offeriert (vgl. act. 21 Rz. 21 und Prot. Vi S. 13 f.). Auch bei der im vorliegenden Verfahren geltenden sozialen Untersuchungsmaxime kann und muss sich das Gericht wie im ordentlichen Verfahren zurückhalten, wenn die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind. Die Parteien müssen den Richter über den Sachverhalt informieren und dazu die Beweismittel nennen. Es ist nicht Sache des Richters, die Akten zu durchsuchen, um darin Beweismittel zu Gunsten einer Partei zu finden (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3 = Pra 105 [2016] Nr. 99). Die Vorinstanz hatte somit nicht die Pflicht, weitere Abklärungen zu treffen. Die Forderung wurde zu Recht abgewiesen.

3.7. Die Vorinstanz wies die Forderung der Vermieterin von total Fr. 8'288.50 für die Behebung von Feuchtigkeitsschäden im Keller sowie für die Sanierung der Terrasse des Mietobjekts vollständig ab. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, nur bei einer älteren oder gar maroden Terrassenabdichtung scheine eine Beschädigung durch unkontrolliertes Ausreissen von Unkraut bzw. durch eine Hochdruckreinigung überhaupt möglich (gemäss Vermieterin waren dies die Gründe für die Beschädigung der Abdichtung, vgl. act. 21 Rz. 22). Die Kontrolle und Instandhaltung der Abdichtung stelle sodann keinen "kleinen Unterhalt" dar, da es für eine Person mit fehlenden Fachkenntnissen unmöglich sei, zu beurteilen, ob eine Abdichtung ihren Zweck noch erfülle. Insgesamt sei selbst aufgrund der Angaben der Vermieterin davon auszugehen, dass der Zustand der Abdichtung über viele Jahre hinweg nicht kontrolliert worden sei, wie es die Pflicht der Vermieterin ge-

wesen wäre. Den Mietern könne auch keine Verletzung der Meldepflicht vorgeworfen werden, denn sie hätten bereits im Jahr 2007 den feuchten Keller gegenüber der Vermieterin gerügt. Ein vertragswidriges Verhalten der Mieter sei weder substantiiert behauptet noch mit tauglichen Beweisofferten untermauert (vgl. act. 40 E. III.2.11.).

Die Vermieterin führt hingegen in der Berufung aus, der nicht angemessene Unterhalt der Terrasse durch die Mieter höre sich als Ursache für die Beschädigung der Terrassenabdichtung nicht à priori unplausibel an. Die Vorinstanz habe jedoch pauschal angenommen, der Schaden sei durch mangelhaften Gebäudeunterhalts seitens der Vermieterin entstanden. Die Vorinstanz hätte bereits aufgrund der unterschiedlichen Expertenberichte alle nötigen Abklärungen vornehmen müssen, um die relevanten Umstände herauszufinden – etwa durch das Einholen eines bauphysikalischen Gutachtens oder durch das Einholen der im Expertengutachten der Vermieterin erwähnten Fotos der Abdichtung. Dass die Mieter schon im Jahr 2007 einen feuchten Keller bemängelten, sei im Übrigen nicht zugunsten der Mieter, sondern wenn schon zugunsten der Vermieterin auszulegen. So beweise dieser Umstand, dass die Problematik während der Mietdauer der Mieter entstanden sei und nicht etwa davor (vgl. act. 41 Rz. 41-48).

Die Meinung der von den Parteien eingereichten Expertisen hinsichtlich der Ursache für die Schäden an der Terrasse und im Keller bzw. für die Beschädigung der Terrassenabdichtung gehen auseinander: Gemäss von den Mietern eingereichtem Schreiben vom 10. Juni 2015 des Architekten und Experten des Mieterverbandes Zürich, F._____, liegt die Ursache des Wasserschadens im langjährigen vernachlässigten Gebäudeunterhalt. Ein Mieterfehlverhalten könne ausgeschlossen werden (vgl. act. 3/13). Laut Ausführungen des Bekannten der Vermieterin (vgl. act. 28 Rz. 20 und Prot. Vi S. 14), G._____, von H._____, + Partner, welche im Auftrag der Vermieterin die Sanierungsarbeiten durchführten, seien Löwenzahn und Weiden ohne Kontrolle ausgerissen worden. Durch das Reinigen mit Hochdruck sei Splitt/Sand ausgewaschen worden und der Belag habe sich gesenkt. Auch durch das Entfernen der Pflanzen könne die Abdichtung durch Wurzelschäden zusätzlich Schaden nehmen (vgl. act. 23/13 und 23/14). Aufgrund der Diver-

genzen in den Meinungen der Experten beantragten die Vermieterin und – für den Fall, dass das Gericht weitere Abklärungen als notwendig erachte – auch die Mieter die Einholung eines Sachverständigengutachtens durch das Gericht (vgl. act. 21 Rz. 22 bzw. Prot. Vi S. 14 und act. 28 Rz. 22). Darauf verzichtete das Gericht, was von der Vermieterin nun kritisiert wird. Nach den im Auftrag der Vermieterin durchgeführten Sanierungsarbeiten im April 2018, inklusive Verlegen der neuen Terrassenabdichtung (vgl. act. 23/13), hätte die Einholung eines Gutachtens über die Ursache der Beschädigung der alten Abdichtung jedoch keinen Erkenntnisgewinn mehr gebracht. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht auf die Einholung eines Gutachtens verzichtet. Wenn die von G._____ erwähnten bzw. andere Fotos – z.B. der beschädigten Abdichtung – oder das im Rahmen der Sanierung entfernte Material sachdienliche Hinweise für die Ursache gegeben hätten, hätte die Vermieterin diese Beweismittel in das vorinstanzliche Verfahren einbringen können. Dies tat sie nicht.

Mit der zu wenig eindeutigen Einschätzung des Bekannten der Vermieterin (act. 23/14) sowie mit den hinsichtlich der Ursache nicht aufschlussreichen eingebrachten Fotos der Terrasse und des Kellers (act. 23/10 und 23/11) ist der Vermieterin der Beweis nicht gelungen, dass die Mieter mit dem nicht angemessenen Unterhalt der Terrasse die Schäden an der Terrasse und im Keller verursacht haben. Auch aus der Beanstandung der Mieter im Jahr 2007 (act. 3/16) ergibt sich kein Hinweis auf die Ursache der Schäden. Die Vorinstanz wies somit auch diese Forderung zu Recht ab.

3.8. Die Mieter forderten von der Vermieterin im vorinstanzlichen Verfahren Kostenersatz in der Höhe von Fr. 1'756.30 für den von ihnen ersetzten Geschirrspüler. Die Vorinstanz erwog dazu im Wesentlichen, die Mieter hätten die Behauptung der Vermieterin bestritten, den Geschirrspüler von den Vormietern übernommen zu haben. Im Übernahmeprotokoll vom 1. April 2005 sei betreffend Geschirrspüler "normale Abnutzung" angekreuzt und keine weitere Ergänzung angebracht worden. Das Schreiben vom 3. April 2003 belege einzig, dass die Vermieterin "die Waschmaschine in der Küche" von den Vormietern nicht übernommen habe. Es gelinge der Vermieterin somit nicht, substantiiert zu behaupten

und oder mit tauglichen Beweisofferten zu untermauern, dass die Mieter den Geschirrspüler von den Vormietern übernommen hätten. Unbestritten sei sodann, dass die Mieter die Vermieterin im Jahr 2015 aufgefordert hätten, den defekten Geschirrspüler zu reparieren oder zu ersetzen (vgl. act. 40 E. III.4).

Die Vermieterin stellt sich auf den Standpunkt, die Mieter hätten keine Beweise für die bestrittene Behauptung geliefert, dass sie im Jahr 2015 tatsächlich eine defekte Geschirrspülmaschine bemängelt hätten, und die Mieter hätten auch nicht aufgezeigt, weswegen die alte Geschirrspülmaschine habe ersetzt werden müssen und es nicht etwa gereicht hätte, sie zu reparieren. Sie – die Vermieterin – sei nicht deutscher Muttersprache und habe im Schreiben vom 3. April 2003 die Wörter "Waschmaschine" und "Geschirrspüler" vertauscht. Das Schreiben zeige eindeutig auf, dass der Geschirrspüler in der Küche nicht übernommen worden und somit nicht Teil des Mietvertrags gewesen sei. Nichts anderes ergebe sich aus der im Einzugsprotokoll ohne weitere Bemerkungen angekreuzten "normalen Abnutzung". Im Übrigen trage die Vermieterin nicht die Beweislast hinsichtlich der Nichtzugehörigkeit des Geschirrspülers zum Mietvertrag (vgl. act. 41 Rz. 51-54).

Aufgrund des Einzugsprotokolls vom 1. April 2005 (act. 3/8), welches den Geschirrspüler aufführt und von normaler Abnutzung spricht, ansonsten diesbezüglich jedoch keine Ergänzungen oder Erläuterungen macht, ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, der Geschirrspüler sei Teil des Mietvertrages gewesen. Hinsichtlich des Einwandes bzw. der rechtshindernden Behauptung, den Geschirrspüler hätten die Mieter von den Vormietern übernommen, lag die Beweislast bei der behauptenden Vermieterin (vgl. BGE 128 III 271 E. 2a/aa). Der Beweis gelang ihr nicht: Im Schreiben vom 3. April 2003 der Vermieterin an die Vormieter steht wortwörtlich: "Die Waschmaschine in der Küche wird nicht übernommen" (act. 31/1). Entgegen den Ausführungen der Vermieterin ist nicht klar, dass mit der Waschmaschine ein Geschirrspüler gemeint war. Das Schreiben wurde in gutem Deutsch verfasst und es ist auch nicht per se ausgeschlossen, dass die Vormieter eine Waschmaschine in der Küche hatten. In der Mängelrüge der Vermieterin vom 20. Oktober 2017 steht zum Geschirrspüler im Übrigen, eine Funktionskontrolle und der richtige Anschluss des Gerätes bleibe vorbehalten (vgl. act. 3/6).

Daraus lässt sich ebenfalls nichts zu Gunsten der Vermieterin ableiten. Die von den Mietern behauptete Mängelrüge betreffend den Geschirrspüler aus dem Jahr 2015 wurde von der Vermieterin nicht bestritten – die allgemeine Bestreitungsflöskel zeigt wie eingangs erwähnt keine Wirkung. Im Gegenteil führte der damalige Rechtsvertreter anlässlich der Hauptverhandlung aus, als die Mieter im Jahr 2015 auf die Vermieterin zugekommen seien und einen entsprechenden Ersatz gefordert hätten, seien sie darauf hingewiesen worden, dass es sich um einen Mietereinbau handle (vgl. Prot. VI S. 12). Die Höhe der Forderung der Mieter ergibt sich schliesslich aus der Rechnung vom 6. Januar 2016 über die Montage des neuen Geschirrspülers (vgl. act. 3/10). Die Gutheissung durch die Vorinstanz erfolgte somit zu Recht.

3.9. Im Ergebnis hat die Vorinstanz zu Recht die Hauptklage der Mieter vollumfänglich gutgeheissen und die Widerklage der Vermieterin mit Ausnahme der anerkannten Fr. 50.– wegen Kalkrückständen sowie der Fr. 309.65 für den Ersatz einer Beleuchtungsabdeckung abgewiesen. Die Berufung ist deshalb abzuweisen.

4.

4.1. Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren bemessen sich nach dem Streitwert, der sich gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem Rechtsbegehren bestimmt. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 22'604.80 resultiert gestützt auf §§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 3'358.– für das zweitinstanzliche Verfahren. Da die Vermieterin im Berufungsverfahren unterliegt, sind ihr die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

4.2. Parteientschädigungen für dieses Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: der Vermieterin nicht, weil sie unterliegt, und den Mietern nicht, weil ihnen keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 31. Januar 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'358.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 41+44), sowie an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

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

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 22'604.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw R. Jenny

versandt am:
28. Mai 2019