

# **Bachelorarbeit**

## **Rechte und Pflichten von Mieterinnen und Mietern bei Mietmängeln**

Doris Prižmić

Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
School of Management and Law

**Bachelor of Science in Wirtschaftsrecht**

Verantwortliche Betreuerin: Stephanie Stohwasser

Datum der Abgabe: 29. Mai 2023

## **I. Management Summary**

*Die in der vorliegenden Arbeit gewählte weibliche oder männliche Form bezieht sich auf weibliche und männliche Personen gleichermaßen (bspw. Mieterin und Vermieter).*

Ein grosser Teil der Schweizer Bevölkerung befindet sich bei Wohnräumen in einem Mietverhältnis. Da Mieterinnen oftmals über weniger Fachwissen im Bereich des Mietrechts verfügen, können zwischen Mieterinnen und Vermieter oft Konflikte entstehen. Diese Konflikte beziehen sich unter anderem auch auf Mängel an der Mietsache. Es ist keine Seltenheit, dass sich Mieterinnen die Frage stellen, wie sie bei vorhandenen Mietmängeln vorgehen müssen und ob sie zur Mängelbeseitigung verpflichtet sind.

Unter Berücksichtigung verschiedener Lehrmeinungen, der Rechtsprechung und div. Ratgebern des Mieterinnen- und Mieterverbands, befasst sich diese Bachelorarbeit mit Mietmängeln sowie den damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten der Vertragsparteien. Dabei wird der Fokus auf die Seite der Mieterinnen gelegt.

Zunächst stellt sich die Frage, was ein Mangel im Sinne des Mietrechts ist. Es werden verschiedene Arten und verschiedene Kategorien von Mängeln analysiert und differenziert. Die Kategorisierung von Mietmängeln ist essentiell für die Beantwortung der Frage, wer für die Beseitigung der jeweiligen Mängel verantwortlich ist. Das Mietrecht unterscheidet zwischen leichten, mittleren und schweren Mängeln an einer Mietsache. Für die Beseitigung von leichten Mängeln ist grundsätzlich die Mieterin verantwortlich, während der Vermieter mittlere und schwere Mängel zu beseitigen hat. Darüber hinaus wird aufgezeigt, wann ein Mangel entstehen kann. Dabei wird zwischen zwei verschiedenen Zeitpunkten unterschieden: entweder kann der Mangel zu Beginn des Mietverhältnisses (d.h. bei der Übergabe der Mietsache) bestehen oder während der Dauer des Mietverhältnisses entstehen. Dies kann sich ggf. auf die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe der Mieterin auswirken.

Die Mieterin hat einen Anspruch darauf, dass der Vertrag richtig erfüllt wird. Daher wird in einem weiteren Schritt auf die einzelnen Rechtsbehelfe zum Vorgehen gegen Mietmängel eingegangen. Dabei wird die Frage beantwortet, wie die jeweiligen Rechtsbehelfe erfolgreich durchgesetzt werden können, wenn der Vermieter die Mängel nicht beseitigen lässt. Insbesondere wird auf den Ablauf einer Mietzinshinterlegung bei der Schlichtungsbehörde für mietrechtliche Streitigkeiten eingegangen.

Neben den Mängelrechten hat die Mieterin auch verschiedene Pflichten, die sie erfüllen muss. Der Vermieter muss über Mängel in Kenntnis gesetzt werden, die ihm nicht bekannt sind und zu deren Behebung er verpflichtet ist. Es wird daher aufgezeigt, wie die Mieterin bei der Entdeckung eines Mangels zu handeln hat und welche Arbeiten und Besichtigungen in diesem Zusammenhang geduldet werden müssen. Darüber hinaus ist die Mieterin dazu verpflichtet, gewisse Unterhaltsarbeiten zu tätigen. Der Umfang der Unterhaltsarbeiten wird analysiert und zur Mängelbeseitigungspflicht des Vermieters abgegrenzt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Gesetz die Mieterin vor Mietmängeln schützt, indem es eine Vielzahl von Rechtsbehelfen zum Vorgehen gegen Mietmängel anbietet. Falls der Vermieter nicht kooperiert, wird die Unterstützung durch die zuständige Schlichtungsbehörde empfohlen. Vor Geltendmachung der Mängelrechte muss die Mieterin jedoch ihre Pflichten in Bezug auf Mietmängel ebenso wahrnehmen, wie der Vermieter.

## **II. Inhaltsverzeichnis**

<b>I. MANAGEMENT SUMMARY</b> .....	<b>II</b>
<b>II. INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>IV</b>
<b>III. ABBILDUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>V</b>
<b>IV. LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>VI</b>
<b>V. JUDIKATURVERZEICHNIS/MATERIALIENVERZEICHNIS</b> .....	<b>X</b>
<b>VI. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>XII</b>
<b>1. EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
1.1. THEMA UND ZIEL.....	1
1.2. METHODIK UND VORGEHENSWEISE.....	2
<b>2. DER MIETMANGEL</b> .....	<b>3</b>
2.1. BEGRIFF DES MIETMANGELS.....	3
2.2. ARTEN VON MIETMÄNGELN.....	4
2.2.1. SACHMANGEL.....	5
2.2.2. RECHTSMANGEL.....	6
2.2.3. IMMISSIONSMANGEL.....	6
2.3. GESETZLICHE KATEGORIEN VON MIETMÄNGELN.....	8
2.3.1. LEICHTE MÄNGEL.....	8
2.3.2. MITTLERE MÄNGEL.....	8
2.3.3. SCHWERE MÄNGEL.....	9
2.4. ZWISCHENFAZIT.....	10
<b>3. RECHTE DER MIETERIN BEI MIETMÄNGELN</b> .....	<b>11</b>
3.1. MIETMÄNGEL BEI DER ÜBERNAHME DES MIETGEGENSTANDS.....	11
3.1.1. NICHTERFÜLLUNG.....	11
3.1.2. MANGELHAFTE ERFÜLLUNG.....	13
3.1.3. RECHTSFOLGE VON ART. 258 ABS. 1 OR.....	13
3.1.4. RECHTSFOLGE VON ART. 258 ABS. 2 OR.....	15
3.2. MIETMÄNGEL WÄHREND DER MIETDAUER.....	16
3.2.1. BESEITIGUNG DER MIETMÄNGEL.....	16
3.2.2. MIETZINSHERABSETZUNG.....	17

3.2.2.1.	BERECHNUNG DER HERABSETZUNG .....	18
3.2.2.2.	DAUER DER HERABSETZUNG UND VERJÄHRUNG .....	19
3.2.2.3.	MIETMÄNGEL OHNE HERABSETZUNGSANSPRUCH.....	21
3.2.3.	SCHADENERSATZ UND SCHADENSBERECHNUNG .....	22
3.2.4.	ÜBERNAHME EINES RECHTSSTREITS .....	24
3.2.5.	MIETZINSHINTERLEGUNG .....	25
3.2.5.1.	ZIEL DER HINTERLEGUNG .....	27
3.2.5.2.	VORGEHEN .....	28
3.2.6.	FRISTLOSE KÜNDIGUNG.....	30
3.2.7.	ERSATZVORNAHME DURCH DIE MIETERIN .....	32
3.2.8.	ERSATZ DER MIETSACHE UND WEGFALL VON MÄNGELRECHTEN .....	33
3.3.	ZWISCHENFAZIT.....	34
<b>4.</b>	<b>PFLICHTEN DER MIETERIN BEI MIETMÄNGELN .....</b>	<b>35</b>
4.1.	MELDEPFLICHT.....	35
4.1.1.	ZEITPUNKT UND FORM DER MELDUNG .....	36
4.1.2.	BEI UNTERLASSUNG: HAFTUNG DER MIETERIN FÜR FOLGESCHÄDEN .....	36
4.2.	DULDUNGSPFLICHT .....	37
4.2.1.	DULDUNG VON ARBEITEN .....	37
4.2.2.	DULDUNG DER BESICHTIGUNG DURCH DEN VERMIETER.....	38
4.3.	UNTERHALTSPFLICHT DER MIETERIN UND ABGRENZUNGEN .....	38
4.4.	ZWISCHENFAZIT.....	41
<b>5.</b>	<b>PROZESSDIAGRAMM .....</b>	<b>43</b>
<b>6.</b>	<b>SCHLUSSFAZIT.....</b>	<b>44</b>

### **III.    Abbildungsverzeichnis**

<i>ABBILDUNG 1: PROZESSDIAGRAMM ZUM MÖGLICHEN VORGEHEN BEI SCHWEREN MIETMÄNGELN (EIGENE DARSTELLUNG) .....</i>	<i>43</i>
--	-----------

#### **IV. Literaturverzeichnis**

ADDORISIO DE FEO RANIERO, Fälligkeit und Verjährung im Mietrecht, mp 2001, S. 163 – 193.

BLUMER MAJA, Kommentar zu Art. 253 – 304 OR, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkomentar, Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KuKo).

BLUMER MAJA, Schweizerisches Privatrecht, VII/3, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), 7. Bd., Basel 2012 (zit. Gebrauchsüberlassungsverträge).

GASCHE JÜRIG, Die Mietfläche von Wohn- und Geschäftsräumen, mp 2001, S. 1 – 10.

GAUCH PETER, Mängelhaftung des Mieters und Mangelhaftigkeit der Mietsache – einige Gedanken zum neuen Mietrecht, ZBJV 128/1992, S. 189 – 201.

GIGER HANS, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band II, Die Miete, Art. 256 – 259i OR, Bern 2015.

HENSCH ANGELA, Streitigkeiten zwischen Mietern, AJP 2013, S. 985 – 999.

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, Zürcher Kommentar zu Art. 253 – 265 OR, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 – 273c OR), 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.

HOESLI MARTIN, Warum die Schweizer ein Volk von Mietern sind, in: NZZ vom 31.03.2008 <[https://www.nzz.ch/warum\\_die\\_schweizer\\_ein\\_volk\\_von\\_mietern\\_sind\\_id.474506](https://www.nzz.ch/warum_die_schweizer_ein_volk_von_mietern_sind_id.474506)> zuletzt besucht am 26.05.2023.

HULLIGER URBAN, Mietrecht in a Nutshell, Zürich/St.Gallen 2020 (zit. Nutshell).

HULLIGER URBAN ET ALL., 77 Fragen zum Mietrecht, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. 77 Fragen).

HULLIGER URBAN/HEINRICH PETER, Kommentar zu Art. 253 – 274 OR, in; Müller-Chen Markus/Huguenin Claire (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CH-HK).

KÄGI ADRIAN/HERZOG JULIAN/STÄHLI DANIEL, Mietrecht – Entwicklungen 2018, Bern 2019, S. 62 – 69.

KUNZ TOBIAS, Der Mangel an der Mietsache, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 10. Aufl., Zürich 2022 (zit. Mangel).

KUNZ TOBIAS, Pflichten des Mieters bei Mängeln an der Mietsache, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 10. Aufl., Zürich 2022 (zit. Pflichten).

KUNZ TOBIAS, Rechte des Mieters bei Mängeln an der Mietsache, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 10. Aufl., Zürich 2022 (zit. Rechte).

Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Ergebnis eines Schlichtungsverfahrens, <<https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/top-themen/schlichtungsbehoerde.html>> zuletzt besucht am 26.05.2023.

Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Gerichtsentscheide: Mietzinsreduktion bei Mängeln, März 2015, <<https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/top-themen/maengel-schaeden.html>> zuletzt besucht am 26.05.2023.

Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Hinterlegung der Mieter: So geht's, Januar 2016, <<https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/top-themen/maengel-schaeden.html>> zuletzt besucht am 26.05.2023.

Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Kleinreparaturen & Ersatzteile, <<https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/top-themen/kleinreparaturen-ersatzteile.html>> zuletzt besucht am 26.05.2023.

OBERLE THOMAS, Mietrecht heute, 6. Aufl., Zürich 2018.

PERMANN RICHARD, Kommentar zu Art. 253 – 273c OR, in: Kostkiewicz Kren Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. Kommentar OR).

PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht, mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Aufl., Zürich 2007 (zit. Mietrecht).

PLANA ISABEL, Wenn der Bagger den Wecker ersetzt, Mieten + Wohnen, Oktober 2022, S. 12 – 15.

REETZ PETER/HAEFELI RAHEL, Ansprüche von Mietern und Vermietern bei Störungen durch benachbarte Mieter, MRA 5/09 (2009), S. 153 – 181.

REY PASCAL, Kommentar zu Art. 257g f., in: Gauch Peter/Stöckli Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875 – 2020), 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

ROHRER BEAT, Kommentar zu Mängelrechte des Mieters, in: Müller Jürg (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummiete, Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, 1. Aufl., Basel 2016.

SPÖNDLIN RUEDI, Mietrecht für Mieterinnen und Mieter, 9. Aufl., Zürich 2018.

STRUB PATRICK, Mietrecht, Was Mieter in der Schweiz über ihre Rechte und Pflichten wissen müssen, 9. Aufl., Zürich 2018.

TSCHUDI MATTHIAS, Kommentar zu Art. 259 – 259i OR, in: SVIT Schweiz (Hrsg.), Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. SVIT).

TSCHUDI MATTHIAS, Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. Immissionen).

WEBER H. ROLF/EMMENEGGER SUSAN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109 OR, Bern 2020.

WEBER ROGER, Kommentar zu Art. 253 – 273c OR, in: Lüchiger Widmer Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 7. Aufl., Basel 2020.

WIEGAND WOLFGANG, Kommentar zu Einl. zu Art. 97 – 109 OR, in: Lüchiger Widmer Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 7. Aufl., Basel 2020.

ZUCKER ARMIN/KUNZ TOBIAS, Kleiner Unterhalt als Mieterpflicht – Inhalt und Schranken, mp 2009, S. 1 – 11.

ZÜST MARTIN, Kausistik zur Mietzinsherabsetzung bei Mietmängeln, mp 2004, S. 69 – 91 (zit. Mietzinsherabsetzung).

ZÜST MARTIN, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss., 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1995 (zit. Mängelrechte).

## **V. Judikaturverzeichnis/Materialienverzeichnis**

BGE 105 II 75 E. 3

BGE 125 III 120 E. 2b

BGE 130 III 504 E. 3 ff.

BGE 135 III 345 E. 3.3

BGE 142 III 557 ff.

BGE 146 III 63 E. 4.4.3

BGer 4C.66/2001 vom 15.05.2001

BGer 4C.168/2001 vom 17.08.2001 E. 4.a

BGer 4C.97/2003 vom 28.10.2003

BGer 4C.306/2003 vom 20.02.2004 E. 3.3 ff.

BGer 4C.377/2004 vom 02.12.2004 E. 2.2

BGer 4C.368/2004 vom 21.02.2004 E. 4.1

BGer 5C.117/2005 vom 16.08.2005 E. 2.3

BGer 4C.319/2005 vom 08.02.2006 E. 2.4.2

BGer 4A\_368/2007 vom 07.11. 2007 E. 2.4

BGer 4A\_43/2009 vom 01.04.2009, Pra 98 (2009) Nr. 135 S. 924 f. E. 3.3

BGer 5A\_415/2008 vom 12.03.2009 E. 3.1

BGer 4A\_140/2014, 4A\_250/2014 vom 06.08.2014 E. 5.2

BGer 4A\_621/2014 vom 24.03.2015.

BGer 4A\_286/2015 vom 07.12.2015 E. 3.2

BGer 4A\_606/2015 vom 19.04.2016 E. 3

BGer 4A\_395/2017 vom 11.10.2018

BGer 4A\_309/2017 vom 26.03.2018 E. 3.1

BGer 4A\_395/2017 vom 11.10.2018

BGer 4A\_477/2018, 4A\_481/2018 vom 16.07.2019

BGer 4A\_571/2020 vom 23.03.2021 E. 3.3 ff

BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016

Cour de justice GE, Entscheid vom 10.05.2004, mp 4/05 (2005), S. 277 ff. E. 3.2

Zivilgericht BS, Entscheid vom 23.05.2018, BJM 2020, S. 107 f. E. 2.3

OGER ZH, Entscheid vom 14.04.2020, mp 4/20 (2020) S. 422 ff. E. 3.2

OGER ZH, Entscheid vom 04.12.2017, mp 4/19 (2019) S. 52 E. 1.7.1

Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz» vom 27.03.1985, BBl 1985 S. 1437 (zit. Mieterschutz).

## **VI. Abkürzungsverzeichnis**

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
allg.	allgemein
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBI	Botschaft des Bundesrates
Bd.	Band
BG	Bundesgericht
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler juristische Medien
BS	Basel-Stadt
Bspw.	Beispielsweise
Bzgl.	bezüglich
CH	Confederation Helvetia (Schweiz)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
div.	divers/diverse
E.	Erwägung(en)
Einl.	Einleitung
et all	und andere (lateinisch: et alii)
etc.	et cetera/und weiteres
f., ff.	folgende Seite/folgende Seiten
GE	Genf
gem.	gemäss
ggf.	gegebenenfalls
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.S.v.	in Sache von / im Sinne von
KuKo	Kurzkommentar

lit.	littera (Buchstabe/n)
m.E.	Meines Erachtens
mind.	mindestens
mp	Mietrechtspraxis
MRA	MietRecht Aktuell
MV	Mieterinnen- und Mieterverband
N	Randziffer
Nat.	natürlich/natürlicher
neg.	negatives
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil Obligationenrecht), vom 30. März 1911, SR 220
pos.	Positives
Pra	Praxis
resp.	respektive
S.	Seite
sog.	sogenannte/r
u.a.	unter anderem
u.U.	Unter Umständen
vgl.	Vergleich
Vorb.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
z.T.	zum Teil

# 1. Einleitung

## «Die Schweizer sind ein Volk von Mietern».<sup>1</sup>

Dieses häufig verwendete Zitat ist ein passendes Bild dafür, dass ein grosser Teil der Schweizer Bevölkerung sich bei Wohnräumen in einem Mietverhältnis befindet. Der Mietvertrag ist i.d.R. ein Dauerschuldverhältnis, wobei sich einerseits der Vermieter dazu verpflichtet, den Gebrauch einer Mietsache zu dulden und andererseits die Mieterin den Mietzins dafür zu zahlen hat.<sup>2</sup> Mieterinnen verfügen i.d.R. über weniger Fachwissen als Vermieter im Bereich des Mietrechts. Aufgrund des fehlenden Wissens auf Mieterseite können oft Konflikte zwischen Mieterinnen und Vermieter entstehen – vor allem in Bezug auf Mietmängel. Es ist keine Seltenheit, dass sich Mieterinnen die Frage stellen, ob und wie sie bei vorhandenen Mietmängeln vorgehen müssen und welche Möglichkeiten Ihnen dafür zur Verfügung stehen. Sie wissen dementsprechend nicht, ob sie für einen Mietmangel selbst verantwortlich sind oder ob die Behebung des Mietmangels in den Verantwortungsbereich des Vermieters fällt. Dabei hat die Mieterin (bis auf einige Ausnahmen) keine Verpflichtung, für Mietmängel vor oder während der Dauer des Mietverhältnisses aufzukommen und kann mittels diverser Rechtsbehelfe dagegen vorgehen.

### 1.1. Thema und Ziel

Diese Bachelorarbeit befasst sich mit Mietmängeln sowie den damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten der beiden Vertragsparteien. Dabei wird der Fokus auf die Seite der Mieterinnen gelegt. Die Arbeit zeigt auf, was gegen Mietmängel vor und während des Mietverhältnisses unternommen werden kann und welche der beiden Vertragsparteien für die jeweiligen Mängel verantwortlich ist.

Das Mietrecht umfasst sowohl bewegliche (z.B. Fahrradmiete) als auch unbewegliche Mietobjekte (z.B. Wohn- und Geschäftsräume).<sup>3</sup> In dieser Arbeit geht es primär um Mietverhältnisse in Bezug auf Wohnräume. Um gewisse Aussagen besser zu veranschaulichen, werden jedoch auch Beispiele von anderen Mietobjekten aufgegriffen. Zudem soll die Arbeit als Leitfaden dienen und Mieterinnen verschiedene Möglichkeiten aufzeigen, um gegen Mängel an einer Mietsache vorzugehen.

---

<sup>1</sup> HOESLI MARTIN, S. 1 ff.

<sup>2</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 1.

<sup>3</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 10 f.

## **1.2. Methodik und Vorgehensweise**

Für diese Arbeit wird die Sekundäranalyse angewendet. Dies bedeutet, dass verschiedene Kommentare, Fachzeitschriften, Gerichtsentscheide, Internetquellen und Materialien analysiert und dargestellt werden. Da der Fokus dieser Arbeit, wie eingangs erwähnt, auf der Seite der Mieterinnen liegt, werden neben der juristischen Fachliteratur und Rechtsprechung auch Informationen und Ratgeber des Mieterinnen- und Mieterverbands beigezogen.

Zuerst geht es um den Begriff des Mietmangels i.S. des Mietrechts. Es werden verschiedene Arten und Kategorien von Mietmängeln aufgeführt und erklärt. Danach wird auf den Zeitpunkt der Entstehung eines Mietmangels näher eingegangen. Demzufolge wird zwischen den einzelnen Mängelrechten bei Übergabe des Mietgegenstands einerseits und während der Dauer des Mietverhältnisses andererseits unterschieden. In diesem Zusammenhang wird aufgezeigt, was eine Mieterin tun kann, wenn der Vermieter sich weigert, einen Mietmangel selbst zu beheben. Im nachfolgenden Kapitel wird der Fokus auf das notwendige Handeln einer Mieterin bei der Entdeckung eines Mietmangels gelegt. D.h. es werden die einzelnen Pflichten einer Mieterin in Bezug auf Mietmängel aufgeführt. Um das ganze Thema abzurunden, ist abschliessend ein selbst erarbeitetes Prozessdiagramm zu finden, welches von Mieterinnen beim Vorgehen gegen schwere Mängel als Unterstützung angewendet werden kann und zudem einen allg. Überblick über dieses Thema gibt. Im Schlussfazit werden die Erkenntnisse abschliessend zusammengefasst.

### **Folgende Forschungsfragen werden in dieser Arbeit untersucht:**

- Was ist ein Mangel im Mietrecht?
- Wer hat für welche Mängel am Mietobjekt aufzukommen?
- Wie kann die Mieterin gegen Mietmängel vorgehen und was muss dabei beachtet werden?

## 2. Der Mietmangel

### 2.1. Begriff des Mietmangels

Bei einem Mietverhältnis verpflichtet sich der Vermieter, eine Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem bestimmten Zustand gegen einen Zins der Mieterin zu übergeben und den Gebrauch der Sache zu ermöglichen.<sup>4</sup> Diese Pflicht beinhaltet zwei Teilaspekte:

- Der Vermieter hat den Gebrauch einer Mietsache zu dulden und den Gebrauch derselben Sache zu unterlassen, soweit dies mit dem eingeräumten Gebrauchsrecht der Mieterin kollidiert.
- Eine Mietsache muss sich in einem zum Gebrauch tauglichen Zustand befinden und zum vorausgesetzten Zweck anwendbar sein.<sup>5</sup>

Der Mangel ist ein relativer Begriff und hängt von den spezifischen Umständen ab.<sup>6</sup> Grundsätzlich ergibt sich jeweils aus der Parteivereinbarung, in welchem Zustand die Mietsache zu sein hat und worin der Gebrauch besteht.<sup>7</sup> Somit muss geprüft werden, ob der momentane Zustand einer Mietsache gegen den Mietvertrag verstösst.<sup>8</sup> Der tatsächliche Zustand muss also mit dem vereinbarten resp. zugesicherten Zustand verglichen werden. Dabei ist zudem auf den Gebrauchszweck Rücksicht zu nehmen. Dadurch wird die Frage beantwortet, für was eine Mietsache effektiv gebraucht wird.<sup>9</sup> Sobald eine Mietsache nicht mehr für den vorausgesetzten Gebrauch tauglich ist und die Nutzung beeinträchtigt wird, ist die Sache mangelhaft. Eine Beeinträchtigung kann sich entweder bei einer zum Gebrauch notwendigen Eigenschaft oder bei einer zugesicherten Eigenschaft manifestieren.<sup>10</sup> Ein Beispiel dafür wäre die falsche Flächenangabe zu einer Mietwohnung.<sup>11</sup>

Gewisse Erwartungen an eine Mietsache sind selbstverständlich, sodass für diese keine ausdrückliche Zusicherung notwendig ist. Die Mieterin darf also bestimmte Erwartungen vernünftigerweise voraussetzen. Infolgedessen würde selbst dann ein Mangel vorliegen, wenn keine explizite Zusicherung dazu besteht. Dies wäre bspw. der Fall, wenn eine

---

<sup>4</sup> TSCHUDI, Immissionen, S. 16; BGer 4A\_606/2015 vom 19.04.2016 E. 3.

<sup>5</sup> TSCHUDI, Immissionen, S. 16 f.; ZÜST, Mängelrechte, N 119.

<sup>6</sup> KÄGI/HERZOG/STÄHLI, S. 63 f.; BGE 130 III 504 E. 3.2; BGer 4C.368/2004 vom 21.02.2004 E. 4.1.

<sup>7</sup> GAUCH, S. 190; KUNZ, Mangel, S. 238; BGer 4A\_606/2015 vom 19.04.2016 E. 3.

<sup>8</sup> HENSCH, S. 993; BGE 135 III 345, E. 3.3.

<sup>9</sup> GAUCH, S. 189; KUNZ, Mangel, S. 238; BGer 4A\_606/2015 vom 19.04.2016 E. 3.

<sup>10</sup> KÄGI/HERZOG/STÄHLI, S. 63; WEBER, Art. 258 OR N 1; BGE 130 III 504 E. 3.2.

<sup>11</sup> GASCHE, S. 10.

Wohnung im Winter nicht mindestens auf 20 Grad beheizt werden kann. Welchen Zustand von einem Mietobjekt erwartet werden darf, hängt u.a. von den Umständen ab. Bei einer Altbauwohnung mit einem tiefen Mietzins kann nicht das gleiche erwartet werden, wie bei einer Neubauwohnung mit einem höheren Mietzins.<sup>12</sup>

Veränderungen einer Mietsache, die bereits voraussehbar sind und sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entwickeln, erfüllen den Tatbestand der Mangelhaftigkeit nicht. Falls der Vermieter es nicht explizit zugesichert hat, kann die Mieterin nicht erwarten, dass die Umgebung eines Mietobjekts sich nicht verändert. Ebenfalls ist nicht jede Störung als Mangel zu klassifizieren. Gem. Art. 8 ZGB trägt die Mieterin die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels.<sup>13</sup> Demgegenüber trägt der Vermieter die Beweislast für das vertragswidrige Handeln der Mieterin und den (nat.) Kausalzusammenhang zu den Mietmängeln. Ferner treten die Rechtsfolgen sowohl bei anfänglich als auch bei nachträglichen Mängeln unabhängig vom Verschulden des Vermieters ein.<sup>14</sup>

## **2.2. Arten von Mietmängeln**

Mängel können entweder körperlicher oder unkörperlicher Art sein. Körperliche Mängel beziehen sich auf die Bausubstanz einer Liegenschaft (z.B. undichtes Dach). Bei unkörperlichen Mängeln entstehen Einwirkungen, die ausserhalb der Liegenschaft die Gebrauchstauglichkeit einschränken. Insbesondere sind davon Beeinträchtigungen erfasst, die rechtlicher<sup>15</sup> Natur sind.<sup>16</sup>

Mängel können zudem:

- anfänglich bestehen oder nachträglich entstehen
- erkennbar oder verborgen sein
- behebbar oder sogar nicht behebbar sein<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> GAUCH, S. 192; HENSCH, S. 993; SPÖNDLIN, S. 46; OGer ZH, Entscheid vom 14.04.2020, mp 4/20 (2020), 422 ff. E. 3.2.

<sup>13</sup> GAUCH, S. 193; HENSCH, S. 993.

<sup>14</sup> TSCHUDI, SVIT, Vorb. Art. 258 – 259i OR N 79 f.; WEBER, Art. 259a OR N 4.

<sup>15</sup> Siehe Kapitel 2.2.2.

<sup>16</sup> HENSCH, S. 993; KUNZ, Mangel, S. 247; ROHRER, N 5.18.

<sup>17</sup> KUNZ, Mangel, S. 247 – 252.

Es ist nicht von Bedeutung, ob ein Mangel bei Mietantritt oder erst während des Mietverhältnisses auftaucht (abgesehen von wenigen Ausnahmen<sup>18</sup>). Die Rechte sind grundsätzlich dieselben.<sup>19</sup> Bei einem Mangel muss jedoch definiert werden, um welche Kategorie und um welche Art es sich handelt. So kann besser bestimmt werden, welche Vertragspartei für die vorhandenen Mängel verantwortlich ist. Nachfolgend wird auf ausgewählte Arten von Mietmängeln näher eingegangen.

### 2.2.1. Sachmangel

Unter einem Sachmangel ist jegliche Abweichung vom vertraglich festgelegten Zustand zu verstehen, welche den vorausgesetzten Gebrauch einer Mietsache behindert. Der Sachmangel kann bspw. in körperlicher, wirtschaftlicher oder ggf. auch rechtlicher Hinsicht gegeben sein.<sup>20</sup>

**Körperliche** Mängel umfassen alle Mängel, die direkt an der Bausubstanz der Liegenschaft entstehen. Dies kann ein undichtes Dach, fleckige Zimmerwände oder eine defekte Heizung sein. Im Gegensatz dazu beziehen sich gewisse zugesicherte Eigenschaften auf den Umsatz oder auf das Kundensegment, welche nicht realisiert werden können. Dies liegt oft an bestimmten Gegebenheiten, die der Realisation der zugesicherten Eigenschaften im Wege stehen. Bei solchen Mängeln handelt es sich um **wirtschaftliche** Mängel. Bsp.: Konkurrenzbetrieb befindet sich in direkter Umgebung; Schädigung des Ansehens eines Unternehmens aufgrund von Prostitution in der Liegenschaft.<sup>21</sup> Als Rechtsmangel qualifizierte Beeinträchtigungen werden vom Begriff des Sachmangels grundsätzlich nicht erfasst. Dennoch werden bestimmte **rechtliche** Hindernisse als Sachmangel und nicht als Rechtsmangel eingestuft:

- Vermietung einer Wohnung als Büro, auch wenn die behördliche Bewilligung dazu nicht besteht.
- Vermietung einer Räumlichkeit als Laboratorium, obwohl diese aufgrund rechtlicher Vorschriften nicht dafür ausreichend ist.
- Vermietung einer Liegenschaft zu einem Zweck, der nicht Zonenkonform ist.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Siehe Kapitel 3.1 ff.

<sup>19</sup> SPÖNDLIN, S. 47.

<sup>20</sup> GIGER, Vorb. Art. 258 – 259i OR N 36; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 31 f.; PERMANN, Mietrecht, Art. 258 OR N 17.

<sup>21</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 32.

<sup>22</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 32; ROHRER, N 5.18.

### 2.2.2. Rechtsmangel

Ein Rechtsmangel ist jede Beeinträchtigung, die ein Dritter durch Geltendmachung von sachenrechtlichen oder nachbarrechtlichen Rechten an der Mietsache bewirkt. Ein Beispiel dafür wären Eigentumsrechte oder Wegrechte.<sup>23</sup> Grundsätzlich behandelt das Gesetz einen Rechtsmangel gleich wie einen Sachmangel und es stehen der Mieterin die gleichen Mängelrechte zur Verfügung. Als Ergänzung gibt es eine weitere Möglichkeit, um gegen einen Rechtsmangel vorzugehen: Gem. Art. 259f OR verpflichtet sich der Vermieter, auf Anzeige der Mieterin einen Rechtsstreit zu übernehmen.<sup>24</sup> Dazu wird auf das Kapitel 3.2.4 verwiesen, wo näher auf diese Thematik eingegangen wird.

### 2.2.3. Immissionsmangel

Für den Immissionsbegriff hat das Mietrecht keine Legaldefinition, jedoch wird der Begriff im Sinne des Sachenrechts in Art. 684 ZGB geregelt. Der Immissionsmangel gehört zu den sog. unkörperlichen Mängeln und resultiert damit nicht aus der Bausubstanz einer Liegenschaft. Davon erfasst sind bspw. Gerüche, Schall, Erschütterung, Strahlung, Lärm etc.<sup>25</sup>

Nicht jede unerwünschte Immission stellt sofort einen Mangel im Sinne des Mietrechts dar.<sup>26</sup> Die Lehre und Rechtsprechung sind sich uneinig, welche Kriterien zur Beurteilung eines immissionsbedingten Mangels herangezogen werden müssen. In einigen Urteilen<sup>27</sup> wurden Grundsätze des Nachbarrechts auch im Mietrecht angewendet. In anderen Urteilen geht das Bundesgericht explizit nicht von den nachbarrechtlichen Grundsätzen aus.<sup>28</sup> Die überwiegende Lehre lehnt bei der Beurteilung des Immissionsmangels im Mietverhältnis die analoge Anwendung des Nachbarrechts ab. Begründet wird dies damit, dass in einem Mietvertrag zulässige Immissionen individuell vereinbart werden können, während im Nachbarrecht keine Möglichkeit von vertraglichen Vereinbarungen zu dieser Thematik besteht. Im Nachbarrecht existiert daher ein grosser Ermessensspielraum. Dies

---

<sup>23</sup> GIGER, Vorb. Art. 258 – 259i OR N 36; PERMANN, Mietrecht, Art. 258 OR N 18.

<sup>24</sup> ROHRER, N 5.19; WEBER, Art. 258 OR N 1.

<sup>25</sup> REETZ/HAEFELI, N 5 – 8; ROHRER, N 5.18; TSCHUDI, Immissionen, S. 12; OGer ZH, Entscheid vom 14.04.2020, mp 4/20 (2020), 426 f. E. 3.2.1 ff.

<sup>26</sup> HENSCH, S. 993; REETZ/HAEFELI, N 17; BGer 4C.368/2004 vom 21.03.2004 E. 4.1; BGer 4A\_43/2009 vom 01.04.2009, Pra 98 (2009) Nr. 135 S. 925 E. 3.3.

<sup>27</sup> REETZ/HAEFELI, N 17; BGer 5C.117/2005 vom 16.08.2005 E. 2.3.

<sup>28</sup> REETZ/HAEFELI, N 17; BGer 4C.377/2004 vom 02.12.2004 E. 2.2.

führt dazu, dass andere Kriterien für die Beurteilung der Immissionen massgebend sind als bei der Miete.<sup>29</sup> Bei einem Mietverhältnis ist daher primär zu beurteilen, ob eine Immission unter den Mangelbegriff fällt oder nicht. Dazu muss auch in diesem Fall auf den vorausgesetzten und vertragsgemässen Gebrauch Rücksicht genommen werden. Es gilt zu beurteilen, ob die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts durch eine Immission beeinträchtigt wird oder nicht.<sup>30</sup> Für die Beurteilung wird auf den abgeschlossenen Mietvertrag und somit auf den Willen der Parteien abgestellt.<sup>31</sup> Gemäss Lehre und Rechtsprechung werden noch weitere (z.T. vom Nachbarrecht entwickelte) Kriterien genannt, mit Hilfe derer eine Immission beurteilt werden kann:

- Lage und Beschaffenheit des Mietobjekts
- Höhe des Mietzinses
- Umgebung
- Ortsgebrauch<sup>32</sup>

Wie bereits erwähnt, gilt nicht jede Lärmbelästigung und nicht jeder Verlust des Wohnkomforts automatisch als Mangel. Um die Mangelhaftigkeit festzustellen, sind daher weitere regelmässige Unannehmlichkeiten gefordert. Diese müssen zudem eine durchschnittliche Toleranzschwelle übertreffen, z.B. sehr laute Nachbarn, eine schlechte Isolation, das Verursachen von Schlafstörungen oder das Eintreten der Immission in einem besonders störenden Zeitpunkt.<sup>33</sup> Falls die Mieterin wegen bestimmten Standortvorteilen einen Mietvertrag geschlossen hat (Ruhe, Verkehrsfreiheit etc.), und deswegen einen höheren Mietzins zahlt, wird dies bei der Beurteilung ebenfalls berücksichtigt. Standortvorteile müssen daher vertraglich festgehalten werden, um sie im Falle eines Immissionsmangels durchsetzen zu können.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> REETZ/HAEFELI, N 18.

<sup>30</sup> REETZ/HAEFELI, N 18.

<sup>31</sup> Siehe Kapitel 2.1; REETZ/HAEFELI, N 19.

<sup>32</sup> REETZ/HAEFELI, N 19; BGer 5A\_415/2008 vom 12.03.2009 E. 3.1.

<sup>33</sup> HENSCH, S. 993; REETZ/HAEFELI, N 19; BGer 4C.368/2004 vom 21.02.2004 E. 4.1; BGer 4A\_43/2009 vom 01.04.2009, Pra 98 (2009) Nr. 135 S. 925 E. 3.3.

<sup>34</sup> REETZ/HAEFELI, N 20; TSCHUDI, Immissionen, S. 24; BGer 4A\_43/2009 vom 01.04.2009, Pra 98 (2009) Nr. 135 S. 925 E. 3.3.

## 2.3. Gesetzliche Kategorien von Mietmängeln

Ob ein Mangel durch die Mieterin oder durch den Vermieter zu beheben ist, entscheidet sich nach der Kategorie und dem Umfang eines Mangels. Im Mietrecht werden Mängel in drei Kategorien unterteilt: in leichte, mittlere und schwere Mängel.<sup>35</sup>

### 2.3.1. Leichte Mängel

Grundsätzlich können leichte (oder geringfügige<sup>36</sup>) Mängel durch kleine Ausbesserungen oder Reinigungen behoben werden.<sup>37</sup>

Beispiele für leichte Mängel:

- Defekte Zahnläser
- Schnee oder Eis auf dem Balkon
- Defekte Glühbirnen<sup>38</sup>

Solche Mängel müssen durch die Mieterin selbst ausgebessert werden. Dies gilt jedoch nur, wenn es sich um Mängel während der Dauer des Mietverhältnisses handelt und wenn eine durchschnittliche Mieterschaft diese Mängel ohne spezielles Fachwissen oder grossen Aufwand beheben kann (z.B. mit einfachen Handgriffen oder geringen Kosten).<sup>39</sup>

Leichte Mängel während der Mietdauer fallen i.d.R. unter die sog. Unterhaltspflicht der Mieterin.<sup>40</sup>

### 2.3.2. Mittlere Mängel

Bei mittleren Mängeln ist die Tauglichkeit einer Sache nur vermindert und nicht ausserordentlich beeinträchtigt. Als mittlerer Mangel gilt all das, was nicht nur durch kleine Ausbesserungen oder Reinigungen behoben werden kann (=leichter resp. geringfügiger Mangel) aber auch nicht als schwerwiegend qualifiziert wird. Das Fehlen einer vertraglich zugesicherten Eigenschaft stellt ebenfalls einen mittleren Mangel dar. Ein Beispiel

---

<sup>35</sup> HULLIGER, CH-HK, Art. 258 OR N 3; KUNZ, Mangel, S. 249; TSCHUDI, Immissionen, S. 32; WEBER, Art. 258 OR N 2.

<sup>36</sup> ROHRER, N 5.10.

<sup>37</sup> HULLIGER, CH-HK, Art. 258 OR N 3; WEBER, Art. 258 OR N 2.

<sup>38</sup> KUNZ, Mangel, S. 252.

<sup>39</sup> KUNZ, Mangel, S. 252; KUNZ, Pflichten, S. 266; ROHRER, N 5.11; SPÖNDLIN, S. 57; STRUB, S. 138.

<sup>40</sup> Siehe Kapitel 4.3.

dafür wäre, wenn der Vermieter beim Vertragsschluss versprochen hat, die Wände zu streichen und sich daran nicht gehalten hat.<sup>41</sup>

Ästhetische Mängel sind i.d.R. keine rechtlich anerkannten Mängel. Allenfalls können sich diese so verschlechtern, dass aus ihnen ein mietrechtlich relevanter Mangel entsteht (Bsp. stark abgetretener Teppich, sodass der Steinboden hervortritt). Die Grenze zwischen ästhetischen und mittleren Mängeln ist nicht immer leicht zu ziehen und muss im Einzelfall beurteilt werden.<sup>42</sup> Mittlere Mängel haben einen Mietzinsherabsetzungsanspruch zur Folge. Ebenfalls kann die Mieterin andere Mängelrechte geltend machen (z.B. Schadenersatz gem. Art. 259e OR). Die fristlose Kündigung ist jedoch nicht möglich.<sup>43</sup>

Beispiele für mittlere Mängel:

- Defekte Waschmaschine, Backofen oder Geschirrspüler
- Starke Lärmimmissionen durch Nachbarn oder Dritte
- Abbröckeln von Verputz<sup>44</sup>

### **2.3.3. Schwere Mängel**

Zur dritten Kategorie gehören schwerwiegende Mängel. Schwerwiegend sind jegliche Mängel, die den Gebrauch der Sache erheblich beeinträchtigen. Dazu gehören auch diejenigen, die den vorausgesetzten Gebrauch der Sache für eine gewisse Zeit vollkommen verunmöglichen.<sup>45</sup> Es genügt dabei, wenn eine Räumlichkeit während einiger Zeit nicht in Gebrauch genommen werden kann, z.B. das Bade,- Ess- oder Schlafzimmer.<sup>46</sup> Ebenfalls schwerwiegende Mängel sind jene, die die vitalen Interessen der Mieterin beeinträchtigen. Dazu gehört vor allem die Gefährdung der Gesundheit einer Mieterin.<sup>47</sup> Folglich sind schwere Mängel immer dann gegeben, wenn es der Mieterin objektiv betrachtet nicht zugemutet werden kann, weiterhin in diesen Räumlichkeiten zu bleiben und den vertragsmässigen Gebrauch auszuüben. E contrario handelt es sich nicht um einen schweren Mangel, wenn die Mieterin diesen auf eine einfache Art selbst beheben kann oder wenn die Beeinträchtigung nur kurzzeitig ist. Schwerwiegend kann ein Mangel auch sein,

---

<sup>41</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 51; KUNZ, Mangel, S. 251; STRUB, S. 139; WEBER, Art. 258 OR N 2.

<sup>42</sup> STRUB, S. 139.

<sup>43</sup> KUNZ, Mangel, S. 251; SPÖNDLIN, S. 47.

<sup>44</sup> KUNZ, Mangel, S. 252; STRUB, S. 139.

<sup>45</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 52; WEBER, Art. 258 OR N 2.

<sup>46</sup> HULLIGER, CH-HK, Art. 258 OR N 7; KUNZ, Mangel, S. 249 f.

<sup>47</sup> WEBER, Art. 258 OR N 2; BGer 4A\_647/2015 vom 11.08.2015 E. 5.

wenn sich mehrere kleine, unbedeutende Mängel anhäufen.<sup>48</sup> Die Mieterin darf bei schweren Mängeln keine Ersatzvornahme<sup>49</sup> tätigen.<sup>50</sup> Unter gewissen Umständen steht ihr andererseits die Möglichkeit der fristlosen Kündigung<sup>51</sup> offen.<sup>52</sup>

Beispiele für schwere Mängel:

- Bettwanzen in mehreren Zimmern<sup>53</sup>
- Ein Dach, welches komplett neu eingedeckt werden muss
- Mieterinnen und Mieter, die ständig die Nachbarn angreifen
- Feuchtigkeitsschäden, die eine Benutzung von gewissen Räumen (z.B. Schlafzimmer) unmöglich oder unzumutbar machen
- Massive Schimmelbildung, die gesundheitsgefährdend ist<sup>54</sup>

Die verspätete Übergabe eines Mietgegenstands bei Beginn des Mietverhältnisses stellt gem. Art. 258 Abs. 1 OR ebenfalls einen schweren Mangel dar.<sup>55</sup>

## **2.4. Zwischenfazit**

Der Begriff des Mietmangels hängt vom jeweiligen Vertrag und von den einzelnen Umständen ab. Eine Mietsache ist u.a. mangelhaft, wenn sie den vorausgesetzten Gebrauch stört oder verunmöglicht. Ebenfalls besteht eine Mangelhaftigkeit, wenn die Mietsache die vertraglich vereinbarten Eigenschaften nicht erfüllt. Es gibt verschiedene Arten von Mängeln, welche entweder körperlicher oder unkörperlicher Natur sind. Um beurteilen zu können, wer für einen Mangel verantwortlich ist, muss die Schwere des Mangels beurteilt werden. Das Gesetz unterscheidet zwischen leichten, mittleren und schweren Mängeln. Bei leichten Mängeln muss die Mieterin diese selbst beheben. Bei mittleren und schweren Mängeln hat der Vermieter die Pflicht, diese beseitigen zu lassen.

---

<sup>48</sup> KUNZ, Mangel, S. 250; TSCHUDI, SVIT, Vorb. Art. 258 – 259i OR N 63 – 64.

<sup>49</sup> Siehe Kapitel 3.2.7.

<sup>50</sup> KUNZ, Mangel, S. 251.

<sup>51</sup> Siehe Kapitel 3.2.6.

<sup>52</sup> SPÖNDLIN, S. 47.

<sup>53</sup> BGer 4A\_395/2017 vom 11.10.2018.

<sup>54</sup> KUNZ, Mangel, S. 250 – 251; STRUB, S. 140; TSCHUDI, SVIT, Vorb. Art. 258 – 259i OR N 66.

<sup>55</sup> WEBER, Art. 258 OR N 2.

### **3. Rechte der Mieterin bei Mietmängeln**

Der Mieterin stehen verschiedene (kumulativ abrufbare<sup>56</sup>) Rechtbehelfe zur Verfügung, um gegen die Mietmängel vorgehen zu können. Dabei wird zwischen Mängeln bei Übergabe des Mietgegenstands und Mängeln während der Mietdauer unterschieden. Die Unterscheidung der beiden Varianten ist nur in wenigen Ausnahmen von Belang.<sup>57</sup> Nachfolgend werden zunächst die beiden Zeitpunkte des Auftretens der Mängel analysiert, bevor danach auf die einzelnen Mängelrechte eingegangen wird.

#### **3.1. Mietmängel bei der Übernahme des Mietgegenstands**

Mängel können entweder vor Beginn einer Miete bestehen, oder sich im Verlaufe des Mietverhältnisses entwickeln.<sup>58</sup> Leistungsstörungen bei Beginn des Mietverhältnisses resp. bei der Übergabe des Mietgegenstands sind in Art. 258 OR geregelt. Zu den in dieser Norm genannten Leistungsstörungen zählt einerseits die Nichterfüllung und andererseits die mangelhafte Erfüllung.<sup>59</sup>

Die Mieterin hat gestützt auf Art. 258 OR zwei Möglichkeiten, um gegen die genannten Leistungsstörungen vorzugehen: entweder gem. Art. 258 Abs. 1 OR oder gem. Art. 258 Abs. 2 OR. Sie hat demzufolge ein Wahlrecht und kann also selbst entscheiden, wie sie bei Leistungsstörungen vorgehen will.<sup>60</sup> Art. 258 Abs. 1 OR regelt, dass die Mieterin die Annahme verweigern und gem. Art. 107 – 109 OR vorgehen kann. Art. 258 Abs. 2 OR hingegen statuiert, dass sie auf die gehörige Erfüllung des Vertrags beharren kann.<sup>61</sup> Nachfolgend werden die Begriffe Nichterfüllung und mangelhafte Erfüllung erläutert. Anschliessend wird auf die beiden Alternativen zum Vorgehen gem. Art. 258 Abs. 1 und 2 OR eingegangen.

##### **3.1.1. Nichterfüllung**

Mit der Übergabe fängt i.d.R. der Mietbeginn an.<sup>62</sup> Die Übergabe der Sache bedeutet, dass der Mieterin die tatsächliche Sachherrschaft über den Mietgegenstand eingeräumt

---

<sup>56</sup> HENSCH, S. 994; ZÜST, Mängelrechte, N 65 f.

<sup>57</sup> SPÖNDLIN, S. 47.

<sup>58</sup> HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 258 OR N 1; WEBER, Art. 258 OR N 4.

<sup>59</sup> GIGER, Art. 258 OR N 6; TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 1.

<sup>60</sup> TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 1 ff.

<sup>61</sup> OBERLE, S. 72; ZÜST, Mängelrechte, N 230 f.

<sup>62</sup> TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 10.

wird. Bei Wohn- und Geschäftsräumen wäre dies bereits bei der Aushändigung der Schlüssel der Fall.<sup>63</sup> Den Zeitpunkt der Übergabe legen die Parteien selbst fest, wofür ein bestimmter Tag massgebend sein kann. Es sind jedoch auch andere Vereinbarungen bezüglich des Erfüllungszeitpunktes zulässig («bei Bezugsbereitschaft» oder «spätestens bis zum 1. Juli. 2022»<sup>64</sup>).

Die Nichterfüllung ist die erste Leistungsstörung, welche von Art. 258 Abs. 1 OR erfasst wird. Sie liegt vor, wenn die Mietsache nicht zum vereinbarten Zeitpunkt oder nur teilweise angeboten wird. Im Gegensatz zur mangelhaften Erfüllung ist bei der letzteren Variante die Teilleistung aber mängelfrei, was einen klassischen Fall der Nichterfüllung darstellt. Ebenfalls liegt eine Nichterfüllung vor, wenn der Vermieter etwas anderes anbietet als ursprünglich vereinbart wurde. Dies gilt auch, wenn das Angebot mängelfrei ist.<sup>65</sup>

Eine Nichterfüllung kann subjektiv oder auch objektiv sein sowie anfänglich oder auch nachträglich entstehen.

Bei der subjektiven anfänglichen Nichterfüllung kann der Vermieter selbst die Leistung nicht erbringen und zwar aufgrund seiner persönlichen Situation (z.B. wenn ein Gegenstand bereits an jemand anderen vermietet wird, was bei einer Doppelvermietung der Fall wäre).<sup>66</sup> Subjektive nachträgliche Nichterfüllung liegt vor, wenn sich der Vermieter in Verzug befindet.<sup>67</sup>

Bei der objektiven anfänglichen Nichterfüllung kann nicht nur der Vermieter, sondern auch kein anderer Schuldner die Leistung erbringen (z.B. Versprechung der Vermietung einer Sache, die nicht existiert).<sup>68</sup> Eine objektive nachträgliche Unmöglichkeit besteht, wenn die Leistung der versprochenen Sache nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses unmöglich geworden ist. Dies kann sich u.a. aus naturgesetzlichen Gründen ergeben (z.B. Untergang einer Speziessache).<sup>69</sup>

---

<sup>63</sup> GIGER, Art. 258 OR N 15; TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 11.

<sup>64</sup> GIGER, Art. 258 OR N 15; TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 9.

<sup>65</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 13, N 53 f.

<sup>66</sup> GIGER, Art. 258 OR N 16; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 11; WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 N 47 ff.

<sup>67</sup> WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 N 65.

<sup>68</sup> WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 N 50 f.

<sup>69</sup> GIGER, Art. 258 OR N 16; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 11; HULLIGER, CH-HK, Art. 258 OR N 4; WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 N 57.

### **3.1.2. Mangelhafte Erfüllung**

Eine weitere Leistungsstörung ist die Schlechterfüllung resp. die mangelhafte Erfüllung. Sie ist ebenfalls in Art. 258 Abs. 1 OR geregelt. Im Unterschied zur Nichterfüllung übergibt der Vermieter die mangelhafte Mietsache zum vereinbarten Zeitpunkt, sie verfügt jedoch über schwere Mängel<sup>70</sup> (z.B. Schimmel in der gesamten Wohnung, der zu Atemnot führt). Da das Recht der Annahmeverweigerung gem. Art. 107 – 109 OR<sup>71</sup> für den Vertragspartner die schwerwiegendste Sanktion darstellt, ist für dieses Recht ein schwerwiegender Mangel notwendig. Gleichgestellt mit dem schweren Mangel ist eine Leistung, die nur teilweise erbracht wird und zusätzlich einen Mangel aufweist.<sup>72</sup> Bei anfänglichen schweren Mängeln ist es irrelevant, ob der Mangel entweder offensichtlich oder versteckt ist oder aufgrund einer fehlenden zugesicherten Eigenschaft besteht. Wichtig ist, dass dieser zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden ist.<sup>73</sup>

### **3.1.3. Rechtsfolge von Art. 258 Abs. 1 OR**

Die erste Möglichkeit der Mieterin bei Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung besteht darin, gegen den Vermieter gestützt auf Art. 107 – 109 OR vorzugehen.<sup>74</sup> Die Mieterin kann bei den beiden genannten Leistungsstörungen folgende drei Rechtsbehelfe wahlweise geltend machen:<sup>75</sup>

#### **1. Auf die Erfüllung des Vertrags beharren und zudem einen Anspruch auf Schadenersatz geltend machen**

Die erste Wahlmöglichkeit berechtigt die Mieterin, eine Erfüllung des Vertrags über den gerichtlichen Weg zu verlangen. Somit hat der Vermieter die notwendigen Massnahmen durchzuführen, um die Mietsache schnellst möglich und mängelfrei zu übergeben. Verspätungsschäden muss der Vermieter ebenfalls der Mieterin vollständig ersetzen. Davon sind sämtliche Schäden erfasst, die seit Eintritt des Verzuges des Vermieters bei der Mieterin entstanden sind. Zum Verspätungsschaden gehören u.a. Mahnkosten, Reisekosten

---

<sup>70</sup> Siehe Kapitel 2.3.3.

<sup>71</sup> Siehe Kapitel 3.1.3.

<sup>72</sup> GIGER, Art. 258 OR N 18 f.; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 53; WEBER, Art. 258 OR N 2 ff.; ZÜST, Mängelrechte, N 231.

<sup>73</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 53 f.

<sup>74</sup> TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 5 ff.; WEBER, Art. 258 OR N 7

<sup>75</sup> TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 22 – 29; WIEGAND, Art. 107 OR N 3.

für rechtzeitige Übernahme der Mietsache, Ausgaben für vorübergehenden Leistungser-  
satz etc. Mit der Ausübung dieses Wahlrechts kann die Mieterin nicht mehr auf die Er-  
füllung der Leistung verzichten.<sup>76</sup>

Um diesen Rechtsbehelf wahrnehmen zu können, darf die Mieterin bei Schlechterfüllung  
die Sache nicht annehmen.<sup>77</sup> Dabei ist es von essentieller Bedeutung, die Annahmever-  
weigerung der Sache unverzüglich darzulegen. Falls dies nicht geschieht, führt dies u.U.  
zu einer fingierten Annahme des Mietgegenstands. Dies hätte die Verwirkung der Wahl-  
rechte zur Folge und ihr würde somit nur die Möglichkeit bleiben, nach  
Art. 258 Abs. 2 OR vorzugehen. Die Annahme des Mietgegenstandes ist gegeben, wenn  
die Mietsache durch den Vermieter so zur Verfügung gestellt wird, dass die Mieterin den  
Besitz ausüben kann. Zudem muss das Fehlen einer unverzüglichen und vorbehaltlosen  
Ablehnung bestehen.<sup>78</sup>

## **2. Auf die nachträgliche Erfüllung verzichten und Ersatz des positiven Vertrags- interesses verlangen**

Bei der zweiten Wahlmöglichkeit bleibt der Vertrag bestehen und es entsteht eine Verän-  
derung der Leistungspflicht des Vermieters. Statt der vereinbarten Leistung muss der Ver-  
mieter Schadenersatz im Rahmen des positiven Vertragsinteresses (Erfüllungsinteresse)  
leisten. D.h. die Mieterin wird so gestellt, wie wenn der Vertrag von Anfang an richtig  
erfüllt worden wäre. Dazu wird die Differenz zwischen dem Mietzins der gewünschten  
Mietsache und dem Mietzins einer äquivalenten Ersatzsache berechnet. Die Dauer der  
Berechnung geht zurück bis zum Zeitpunkt, in dem das gewünschte Mietverhältnis künd-  
bar wäre. Darüber hinaus kann ein Verspätungsschaden verlangt werden.<sup>79</sup>

## **3. Rücktritt vom Vertrag sowie Ersatz des negativen Vertragsinteresses**

Die Dritte Wahlmöglichkeit besteht darin, dass die Mieterin vom Vertrag zurücktritt und  
das negative Vertragsinteresse (Vertrauensschaden) geschuldet wird. Damit muss die  
Mieterin so gestellt werden, wie wenn sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Das

---

<sup>76</sup> TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 25 – 27; ZÜST, Mängelrechte, N 237.

<sup>77</sup> GIGER, Art. 258 OR N 20; TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 33.

<sup>78</sup> GIGER, Art. 258 OR N 22; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 258 OR N 60; TSCHUDI, SVIT, Vorb.  
Art. 258 – 259i OR N 71; ZÜST, Mängelrechte, N 233.

<sup>79</sup> TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 28; WIEGAND, Art. 107 OR N 17.

bedeutet, dass alle durch die Mieterin getätigten Aufwendungen bzgl. des Vertragsverhältnisses durch den Vermieter zurückvergütet werden müssen.<sup>80</sup>

Beim zweiten und dritten Rechtsbehelf muss sich der Vermieter im Verzug befinden. Dazu muss die Mieterin den Vermieter mahnen und ihm eine Nachfrist zur Behebung der Mängel setzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Wenn ein genaues Datum für die Übergabe im Mietvertrag festgelegt wurde (Fixgeschäft/Verfalltaggeschäft), ist eine Mahnung nicht notwendig. Bei einem Verfalltaggeschäft befindet sich der Vermieter nach Ablauf der Frist automatisch im Verzug.<sup>81</sup>

Die Mieterin hat die Möglichkeit, auf die in Art. 258 Abs. 1 genannten Rechtsbehelfe zu verzichten. In einem solchen Fall würde sie die Mietsache annehmen und könnte gem. Art. 258 Abs. 2 OR vorgehen.<sup>82</sup>

### **3.1.4. Rechtsfolge von Art. 258 Abs. 2 OR**

Die zweite Möglichkeit der Mieterin bei Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung ist in Art. 258 Abs. 2 OR geregelt. Die genannte Norm verweist bezüglich der Rechtsfolgen auf Art. 259a – 259i OR. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass der Mieterin die gleichen Mängelrechte zur Verfügung stehen, wie wenn die Mängel während der Mietdauer entstanden wären. Demzufolge kann die Mieterin die Mietsache trotz schweren Mängeln annehmen und dann auf die gehörige Erfüllung des Vertrags beharren.<sup>83</sup>

Für Mängel bei der Übergabe des Mietgegenstands sieht Art. 258 Abs. 3 lit. a und b OR zudem zwei weitere Konstellationen vor, bei denen ebenfalls die Rechte von Art. 258a – 259i OR geltend gemacht werden können: bei mittleren (lit. a) und bei leichten (lit. b) Mängeln. Somit hat der Vermieter den Mietgegenstand vor Mietbeginn zu reinigen und mängelfrei zu übergeben. Im Vergleich dazu müssen leichte Mängel von der Mieterin selbst beseitigt werden, wenn diese während der Dauer des Mietverhältnisses entstanden sind.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> TSCHUDI, SVIT, Art. 258 OR N 29; WIEGAND, Art. 109 Abs. 2 OR N 8 f.; BGE 105 II 75 E. 3.

<sup>81</sup> GIGER, Art. 258 OR N 11; WIEGAND, Art. 107 OR N 6; ZÜST, Mängelrechte, N 234.

<sup>82</sup> ZÜST, Mängelrechte, N 236.

<sup>83</sup> TSCHUDI, SVIT, Vorb. Art. 258 – 259i OR N 71; ZÜST, Mängelrechte, N 236f.

<sup>84</sup> GIGER, Art. 258 N 36; KUNZ, Rechte, S. 286.

### **3.2. Mietmängel während der Mietdauer**

Gegen Mängel, die während der Dauer des Mietverhältnisses entstehen, kann die Mieterin nach Art. 259a – 259i OR vorgehen und ihre Mängelrechte geltend machen. Gewisse Mängel können behoben werden, um den geschuldeten vertraglichen Zustand wieder herzustellen. Im Gegensatz<sup>85</sup> dazu gibt es jedoch Mängel, deren Beseitigung objektiv nicht möglich ist (z.B. Lärm von einer Baustelle, die durch die Behörde bewilligt wurde). Diese können weder von der Vertragspartei noch von einer dritten Person behoben werden. Bei Letzterem versagen Mängelrechte bereits von Anfang an (z.B. Mängelbeseitigungsanspruch nach Art. 259b OR oder das Recht zur Hinterlegung des Mietzinses Art. 259g ff. OR).<sup>86</sup>

Die Mieterin ist für jegliche Mängel verantwortlich, die durch sie, ihre Haustiere oder ihre Hilfspersonen verursacht wurden. Dies gilt sowohl bei fahrlässig als auch bei vorsätzlich verursachten Mängeln. Für die jeweiligen Voraussetzungen ist Art. 97 ff. OR anwendbar. Davon erfasst ist bspw. die Hilfspersonenhaftung i.S.v. Art. 101 OR. Wenn eine Mieterin erhebliche Mitverantwortung an einem Mangel trägt, kann dies bereits einen Ausschluss von Mängelrechten bedeuten. Demzufolge sind alle Mängel vom Vermieter zu beheben, die nicht von der Mieterin verschuldet sind.<sup>87</sup> Da die Mieterin die Mängel zu beweisen hat, sollten alle vorhandenen Mängel in Form von Bildern, Zeugen, Protokollen etc. festgehalten werden.<sup>88</sup>

#### **3.2.1. Beseitigung der Mietmängel**

Die Mieterin hat einen Anspruch darauf, dass der Vertrag richtig erfüllt wird.<sup>89</sup> Wenn sie beim vertragsgemässen Gebrauch gestört oder davon abgehalten wird, kann jederzeit die Behebung von Mängeln innert Frist verlangt werden.<sup>90</sup> Die Frist zur Behebung muss angemessen angesetzt werden. Ob eine Frist angemessen ist, beurteilt sich nach den Umständen des konkreten Falls.<sup>91</sup> Um eine Beseitigung zu verlangen, wird vorausgesetzt, dass die Beseitigung überhaupt möglich und vom Vermieter behebbar ist. Der Anspruch

---

<sup>85</sup> Siehe Kapitel 3.2.1.

<sup>86</sup> KUNZ, Rechte, S. 281; TSCHUDI, SVIT, Vorb. Art. 258 – 259i OR N 8.

<sup>87</sup> BLUMER, KuKo, Art. 259 OR N 2; WEBER, Art. 259a OR N 2.

<sup>88</sup> GIGER, Art. 258 OR N 21; WEBER, Art. 259a OR N 4.

<sup>89</sup> BLUMER, KuKo, Art. 259c OR N 1 f.; HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259b OR N 3.

<sup>90</sup> HENSCH, S. 994; KUNZ, Rechte, S. 281.

<sup>91</sup> HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259b OR N 5; KUNZ, Rechte, S. 282.

auf Beseitigung des Mangels besteht nicht, wenn die Erfüllung objektiv unmöglich oder es nach Treu und Glauben unzumutbar ist. Dies wäre bspw. der Fall, wenn die dafür aufzubringenden Kosten im Vergleich zum Wert des Mietobjekts unverhältnismässig wären.<sup>92</sup> Bei der Beseitigung des Mangels gilt folgende Grundregel: Je schwerwiegender ein Mangel ist, desto schneller hat der Vermieter zu reagieren und den Mangel zu beheben.<sup>93</sup>

### **3.2.2. Mietzinsherabsetzung**

Neben dem Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist die Mietzinsherabsetzung i.S.v. Art. 259d OR eine von vielen Möglichkeiten, gegen einen Mietmangel vorzugehen.<sup>94</sup> Die Mieterin kann dabei vom Vermieter verlangen, dass der Mietzins bei Vorliegen von Mängeln entsprechend herabgesetzt wird.<sup>95</sup>

Aufgrund der verminderten Qualität des Mietgegenstands wird mittels Herabsetzung ein geringerer Mietzins geschuldet, als ursprünglich im Mietvertrag vereinbart. Die Herabsetzung führt daher dazu, dass das Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung wieder hergestellt wird.<sup>96</sup> Um eine Herabsetzung des Mietzinses zu erhalten, muss die Mieterin dies vom Vermieter verlangen. Die Herabsetzungserklärung an den Vermieter muss das Mass der Herabsetzung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht nennen. Zudem sind die Mängel explizit aufzuführen. Falls dies nicht getan wird, ist die Herabsetzungserklärung unwirksam.<sup>97</sup>

Der Anspruch auf eine Mietzinsherabsetzung kann erst dann gefordert werden, wenn die Tauglichkeit im Umfang von mindestens 5% der Summe aller gewährten Gebrauchsrechte beeinträchtigt ist. Die Rechtsprechung lässt u.a. auch Einschränkungen von 2% zu, wenn es sich um eine dauerhafte Beeinträchtigung handelt. Folglich kann eine Mietzinsreduktion bei Mängeln während der Dauer des Mietverhältnisses erst bei mittleren und schweren Mängeln, aber nicht schon bei leichten Mängeln verlangt werden. Dies ist so, weil der Gebrauchszustand nur sehr gering oder überhaupt nicht beeinträchtigt wird und deshalb die Voraussetzung der prozentualen Einschränkung nicht gegeben ist.<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> BLUMER, KuKo, Art. 259c OR N 1 f.; HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259b OR N 3.

<sup>93</sup> HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259b OR N 5; KUNZ, Rechte, S. 282.

<sup>94</sup> ZÜST, Mängelrechte N 283; BGE 142 III 557 E. 8.3.3.

<sup>95</sup> ZÜST, Mietzinsherabsetzung, S. 69; BGer 4C.319/2005 vom 08.02.2006 E. 2.4.2.

<sup>96</sup> BGE 142 III 557 E. 8.3.2; BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016 E. 8.3.4.

<sup>97</sup> BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016 E. 8.3.1.

<sup>98</sup> ROHRER, N 5.13; BGer 4C.97/2003 vom 28.10.2003 E. 3.6; BGer 4A\_43/2009 vom 01.04.2009, Pra 98 (2009) Nr. 135 S. 924 f. E. 3.3.

### 3.2.2.1. Berechnung der Herabsetzung

Bei der Herabsetzung darf die Mieterin den Mietzins nicht selbständig kürzen, weil dadurch eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs riskiert wird.<sup>99</sup> Gegen die Kündigung könnte mittels Anfechtung vorgegangen werden, falls sich die Kürzung als gerechtfertigt erweist. Falls der Mietzins aber unverhältnismässig gekürzt wurde, kann die Kündigung für gültig erklärt werden. Aufgrund dessen ist es empfehlenswert, die Mietzinsherabsetzung mit Hilfe der dafür zuständigen Schlichtungsbehörde geltend zu machen.<sup>100</sup> Wie hoch die Herabsetzung tatsächlich ist, hängt von den einzelnen Mängeln ab. Oft ist die Bemessung der Herabsetzung Ermessenssache des Richters, der sich an vorhandenen Urteilen orientiert.<sup>101</sup>

Es ist möglich, nach der Relativ- oder Proportionalmethode vorzugehen, was vor allem im Kaufvertragsrecht praktiziert wird. Dabei wird der objektive Wert der mangelhaften Sache mit dem objektiven Wert ohne Mangel verglichen. Der Mietzins müsste dann nach dem gleichen Verhältnis reduziert werden.<sup>102</sup> Es ist nicht immer einfach, die Herabsetzung nach der proportionalen Methode zu berechnen. Daher ist es anerkannt, dass die Berechnung der Herabsetzung nach der Billigkeit, der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gesunden Menschenverstand beurteilt wird.<sup>103</sup>

Wie bereits erwähnt, hat sich das Bundesgericht bei gewissen Mängeln zur Berechnung des Herabsetzungsanspruchs geäußert. Eine Sammlung der einzelnen Entscheide findet sich u.a. auch auf der Internetseite des Mieterinnen- und Mieterverbands (MV).<sup>104</sup> So wird bspw. für fleckige Zimmerdecken und abgelöste Tapeten aufgrund eines Wassereintritts 10% des Mietzinses herabgesetzt, während bei einer defekten und unbenutzbaren Geschirrspülmaschine nur 3% herabgesetzt werden kann.<sup>105</sup> Schwere Mängel müssen für eine kurze Zeit toleriert werden, wenn diese z.B. direkt am nächsten Tag behoben werden.<sup>106</sup>

---

<sup>99</sup> SPÖNDLIN, S. 49; STRUB, S. 143.

<sup>100</sup> SPÖNDLIN, S. 49 f.; STRUB, S. 143.

<sup>101</sup> STRUB, S. 143; ZÜST, Mietzinsherabsetzung, S. 70.

<sup>102</sup> ZÜST, Mietzinsherabsetzung, S. 70 f.; BGer 4A\_395/2017 vom 11.10.2018 E. 5.2; BGE 130 III 504 E. 4.1.

<sup>103</sup> BGE 130 III 504 E. 4.1; BGer 4C.97/2003 vom 28.10.2003 E. 3.5.

<sup>104</sup> SPÖNDLIN, S. 49; STRUB, S. 143.

<sup>105</sup> Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Gerichtsentscheide: Mietzinsreduktion bei Mängeln, S. 1 ff.

<sup>106</sup> STRUB, S. 143.

Besonderheit bei Baulärm: Auch wenn es sich um einen Immissionsmangel handelt, besteht bei Baulärm die Möglichkeit, den Mietzins zu reduzieren. Aus Beweisgründen sollte ein Störungsprotokoll mit den detaillierten Informationen über die jeweiligen Störungen erstellt werden. Darin sollte zudem festgehalten werden, in welchem Ausmass diese Störungen auftreten. Dabei ist es unerheblich, ob der gleiche Vermieter einen Neubau nebenan realisiert oder jemand anderes. Vermieter müssen im letzteren Fall die Kosten der Mietzinsreduktion nicht selbst zahlen, sondern können eine Entschädigung von der Bauherrschaft fordern. Die Mietzinsherabsetzung für Baulärm hängt vom Einzelfall ab und liegt meistens zwischen 5 und 10 %.<sup>107</sup>

### **3.2.2.2. Dauer der Herabsetzung und Verjährung**

Die Dauer der Herabsetzung bestimmt sich ab dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter Kenntnis vom Mangel erhalten hat. Die Zeitspanne endet, wenn der Mangel behoben wird. Ebenfalls endet die Zeitspanne bei Ende des Mietvertrags, weil gleichzeitig die Dauer des Gebrauchsrechts endet.<sup>108</sup> Falls Mietzinsforderungen in der Vergangenheit trotz des vorhandenen Mangels bezahlt wurden, können diese nachträglich reduziert werden. Folglich handelt es sich um eine Rückerstattung, die mit künftigen Mietzinsen verrechnet werden kann.<sup>109</sup>

Rückerstattungsansprüche können generell aufgrund eines Vertrags, einer unerlaubten Handlung oder einer ungerechtfertigten Bereicherung entstehen. Dies wirkt sich auch auf die Verjährungsfrist aus. Bei vertraglichen Ansprüchen gilt Art. 127 ff. OR, während Art. 60 OR bei unerlaubter Handlung oder Art. 67 OR bei ungerechtfertigter Bereicherung zum Zuge kommt.<sup>110</sup>

Die neue (aktuelle) Rechtsprechung<sup>111</sup> hat die Tendenz, mietrechtliche Herabsetzungsansprüche der Mieterin auf die vertragliche Grundlage und somit auf die Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 1 OR stützen. Zu beachten ist jedoch, dass es sich nicht immer um eine

---

<sup>107</sup> PLANA, S. 13.

<sup>108</sup> KÄGI/HERZOG/STÄHLI, S. 64; ZÜST, Mängelrechte, N 283; BGE 142 III 557 E. 8.3.1; BGer 4C.319/2005 vom 08.02.2006 E. 2.4.2; BGE 130 III 504 E. 4.1.

<sup>109</sup> BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016 E. 8.3.3.

<sup>110</sup> BGE 130 III 504 E. 6.1.

<sup>111</sup> HULLIGER, CH-HK, Art. 259d OR N 6; BGE 130 III 504 E. 6.1. ff.

Verjährungsfrist von 5 Jahren handelt. Die 5-jährige Frist gilt nur, wenn periodische Mietzinsen geschuldet sind. Bei den restlichen Fällen würde der Anspruch gestützt auf Art. 127 OR innert 10 Jahren verjähren.<sup>112</sup>

Es stellt sich die Frage, wie die Frist zur Erklärung der Herabsetzung gestaltet wird. Das Bundesgericht äusserte sich erstmals zur Frage des Zeitpunktes der Herabsetzungserklärung im Urteil vom 15. Mai 2001.<sup>113</sup> Damals hielt es fest, dass die Erklärung während der Zeit, in dem der Mangel besteht, und spätestens bis zum Ende der Mietdauer zu erfolgen hat. In einem späteren Urteil des Bundesgerichts wurde die Thematik näher analysiert, wobei nachfolgend einige Lehrmeinungen erläutert werden.<sup>114</sup>

Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass die Herabsetzung ein Gestaltungsrecht darstellt, welches mittels Ausübung der Herabsetzungserklärung ausgeübt wird. Der Zeitpunkt in dem die Herabsetzungserklärung frühestens erfolgen kann, wäre ab Kenntnis des Mangels durch den Vermieter. Es besteht bei dieser Theorie jedoch Uneinigkeit darüber, bis zu welchem Zeitpunkt die Erklärung spätestens zu erfolgen hat. Einige vertreten die Meinung, die Möglichkeit zur Herabsetzungserklärung bleibt bis zur Behebung des Mangels bestehen. Andere sind der Ansicht, die Beendigung des Mietverhältnisses wäre der letzte mögliche Zeitpunkt, da die Rechtslage nach dem Ende des Verhältnisses nicht mehr vorhanden sei und daher nicht mehr gestaltet werden dürfte. Beispielsweise qualifizieren HULLIGER/HEINRICH<sup>115</sup> die Herabsetzung ebenfalls als Gestaltungsrecht. Jedoch sollte die Erklärung während der Dauer des Mietverhältnisses und spätestens bis zum Ende des Vertragsverhältnisses abgegeben werden. Wenn die Erklärung nicht abgegeben werden könnte, würden die Herabsetzungsansprüche allerdings nicht untergehen. Die Mieterin könnte mit Hilfe einer Verrechnung oder einer Klage den vorhandenen Anspruch durchsetzen. Für den Anspruch ist einzig die Kenntnis des Vermieters über den Mangel, nicht aber eine Herabsetzungserklärung erforderlich.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> ADDORISIO DE FEO, S. 184.

<sup>113</sup> BGer 4C.66/2001 vom 15.05. 2001 E. 3a.

<sup>114</sup> BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016 E. 8.1

<sup>115</sup> HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259d OR N 5 f.

<sup>116</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259d OR N 6 ff.; HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259d OR N 5 f.; ZÜST, Mängelrechte, N 284 ff.; BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016 E. 8.2.1.

Ein anderer Teil der Lehre sieht die Herabsetzungserklärung nicht als Gestaltungsrecht. Gemäss WEBER<sup>117</sup> handelt es sich eher um eine Verminderung des Mietzinses, was aufgrund des Gesetzes zustande kommt. Die explizite Erklärung ist daher nicht erforderlich und die Mieterin könnte den Anspruch jederzeit geltend machen. Dies entweder nach Behebung des Mangels oder sogar nach Beendigung des Mietverhältnisses, weil das Gegenteil im Gesetz nicht erwähnt wird.<sup>118</sup>

Gemäss dem erwähnten Urteil des Bundesgerichts kann die Rechtsnatur der Herabsetzung offenbleiben.<sup>119</sup> Nach umfassender Auslegung kam das BGer zum Schluss, dass keine explizite Frist zur Herabsetzungserklärung besteht. Die Erklärung kann folglich auch dann erfolgen, wenn der Mangel bereits behoben oder das Vertragsverhältnis beendet wurde. Vorausgesetzt wird einzig, dass die Mieterin eine Mängelbeseitigung verlangt hat. Sie muss also dem Vermieter offenbart haben, dass sie sich an diesem Mangel stört. Das Rechtsmissbrauchsverbot und der Schutz des berechtigten Vertrauens des Vermieters spielen dabei eine zentrale Rolle. Der Vermieter darf darauf vertrauen, dass ein Mietzins nicht herabgesetzt wird, wenn die Mieterin sich nicht am Mangel gestört hat.<sup>120</sup>

### **3.2.2.3. Mietmängel ohne Herabsetzungsanspruch**

Einige Mängel berechtigen nicht zur Herabsetzung des Mietzinses. Davon erfasst sind Bagatellmängel, welche nur eine geringfügige Einschränkung zur Folge haben. Wie bereits erwähnt<sup>121</sup>, ist dies ebenfalls bei ästhetischen Mängeln der Fall, da solche Mängel i.d.R. keine Mängel im Sinne des Mietrechts sind.

Beispiele von Mängeln ohne Herabsetzungsanspruch:

- Neubaufeuchtigkeit
- Langes Warten auf Warmwasser
- Ausfall einer Heizung im Schlafzimmer während bestimmter Jahreszeiten: Frühling, Sommer und Herbst<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> WEBER, Art. 259d OR N 3.

<sup>118</sup> WEBER, Art. 259d OR N 3 f.; BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016 E. 8.2.1.

<sup>119</sup> BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016 E. 8.3

<sup>120</sup> WEBER, Art. 259d OR N 4; BGer 4A\_647/2015; 4A\_649/2015 vom 11.08.2016 E. 8.3.5 f.; BGE 142 III 557 E. 8.3.3. f.

<sup>121</sup> Siehe Kapitel 2.3.2.

<sup>122</sup> PERMANN, Mietrecht, Art. 259d OR N 7; STRUB, S. 139.

### 3.2.3. Schadenersatz und Schadensberechnung

Der Anspruch auf Beseitigung der Mängel sowie der Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses gleichen die finanziellen Einbussen einer Mieterin nicht aus. Diese Ansprüche sind nur dazu da, das Erfüllungsanrecht bzgl. der bestehenden Mängel durchzusetzen. Art. 259e OR gibt daher die Möglichkeit, Schadenersatz aufgrund von Mangelfolgeschäden geltend zu machen. Diese Bestimmung entspricht der Grundregel, welche in Art. 97 OR festgehalten ist. Falls der Vermieter Mängel nicht innert angemessener Frist beseitigt, haftet er u.U. für die dadurch entstandenen Schäden.<sup>123</sup>

Die Voraussetzungen für den Schadenersatz sind gem. Art. 259e OR:

#### 1. Vorliegen eines Mangels

Die erste Voraussetzung für den Anspruch ist das Vorliegen eines Mangels im mietrechtlichen Sinne. Dabei ist es irrelevant, welche Schwere der Schaden hat. Der Schaden kann also leicht, mittel oder schwer sein, um einen Schadenersatzanspruch geltend machen zu können.<sup>124</sup> Kein Schaden ist der sog. Frustrationsschaden, der einen entgangenen Nutzen darstellt (z.B. entgangenes Fahrgefühl bei der Motorfahrzeugmiete).<sup>125</sup>

#### 2. Eintritt eines Schadens als Folge des Mangels (adäquate Kausalität)

Der Mangel muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allg. Lebenserfahrung geeignet sein, um den konkreten Schaden herbeizuführen. Dies bedeutet: Es muss zwischen dem Schaden und dem Mangel ein Zusammenhang bestehen. Dieser Zusammenhang muss geeignet sein, um den Schaden tatsächlich auslösen zu können.<sup>126</sup>

#### 3. Verschulden des Vermieters oder der Hilfsperson

Dem Vermieter oder seiner Hilfsperson (Hauswart, Liegenschaftsverwalter etc.) muss ein Verschulden vorgeworfen werden können. Dieses Verschulden wird von Gesetzes wegen vermutet. Der Vermieter ist nicht dazu verpflichtet, den Mietgegenstand während der Dauer des Mietverhältnisses in Bezug auf die Vertragsmässigkeit zu überwachen, daher bleibt ihm die Möglichkeit zur Exkulpation. Demzufolge liegt es grundsätzlich in der

---

<sup>123</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259e OR N 4; OBERLE, S. 75; BGer 4A\_477/2018, 4A\_481/2018 vom 16.07.2019 E. 4.2.1.

<sup>124</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 63; ROHRER, N 5.59.

<sup>125</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259e OR N 14; HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259e OR N 3; ROHRER, N 5.60; Zivilgericht BS, Entscheid vom 23.05.2018, BJM 2020, S. 107 ff. E. 2.3.

<sup>126</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 63; ROHRER, N 5.60.

Verantwortung der Mieterin, den Vermieter über allfällige Mängel in Kenntnis zu setzen. Zwar ist die Kenntnis des Vermieters über das Bestehen von Mängeln sowie die Mängelanzeige keine direkte Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch, allerdings kann die Unterlassung einer Meldung den effektiven Schaden entstehen lassen und den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrechen. Das Verschulden des Vermieters könnte dadurch vermindert oder sogar ganz ausgeschlossen werden.<sup>127</sup> Wie bereits erwähnt, umfasst die Haftung i.S.v. Art. 259e OR ebenfalls die Hilfsperson des Vermieters. Daher kommt in diesem Fall Art. 101 OR zur Anwendung. Dem Vermieter wird aufgrund dessen nicht nur das Verhalten der Hilfsperson zugerechnet, sondern auch deren Sachverstand. Von der Haftung befreien kann sich der Vermieter nur dann, wenn er beweist, dass er die Hilfsperson mit der notwendigen Sorgfalt ausgewählt hat.<sup>128</sup>

Im Vergleich zur Mietzinsherabsetzung nach Art. 259d OR ist der Schadenersatz nicht nur vom Zeitpunkt der Kenntnis des Mangels an bis zur Behebung des Mangels geschuldet. Bei der Berechnung wird die Differenz zwischen dem Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis und dem tatsächlichen Vermögensstand verglichen (Differenztheorie).<sup>129</sup> Geschuldet wird das positive Vertragsinteresse.<sup>130</sup> Allfällige Vorteilsanrechnungen sind zugunsten der Mieterin bei der Berechnung des Schadenersatzes zu berücksichtigen.<sup>131</sup>

Grundsätzlich können sämtliche Mängelrechte nebeneinander (d.h. kumulativ) angewendet werden. Das bedeutet, die Mieterin kann z.B. die Mietzinsherabsetzung nach Art. 259d OR verlangen und gleichzeitig Schadenersatz gem. Art. 259e OR. Darüber hinaus kann die Mieterin die Beseitigung des Mangels verlangen (Art. 259b OR) oder bei schwerwiegenden Mängeln fristlos kündigen (Art. 259b lit. a OR). Dies gilt jedoch nicht für alle Mängelrechte, da die kumulative Anwendung nicht für alle Rechtsbehelfe sinnvoll ist. Ausnahmen bestehen bspw. beim Beseitigungs- und Kündigungsrecht, da sich diese Rechtsbehelfe gegenseitig ausschliessen. Wenn der Mangel fristgerecht behoben

---

<sup>127</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259e OR N 7; ROHRER, N 5.61; BGer 4A\_477/2018, 4A\_481/2018 vom 16.07.2019 E. 4.2.1.

<sup>128</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259e OR N 18 f.; BGer 4A\_477/2018, 4A\_481/2018 vom 16.07.2019 E. 4.2.2.

<sup>129</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259e OR N 24; BGer 4A\_477/2018, 4A\_481/2018 vom 16.07.2019 E. 4.5.2.3.

<sup>130</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259e OR N 24; HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259e OR N 3.

<sup>131</sup> HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259e OR N 3; BGer 4A\_477/2018, 4A\_481/2018 vom 16.07.2019 E. 4.5.2.4.

wurde, kann die Mieterin nicht mehr fristlos kündigen. Umgekehrt kann die Mieterin keinen Beseitigungsanspruch geltend machen, sobald sie die fristlose Kündigung geäussert hat. Auch kann dann die Hinterlegung nicht mehr als Druckmittel angewendet werden.<sup>132</sup> Der Grund für die kumulative Anwendung findet sich bspw. im Wortlaut von Art. 259d OR: Der Mietzins kann demgemäss solange hinterlegt werden, bis der Mangel beseitigt wurde. Im Vertragsrecht gilt zudem der allgemeine Grundsatz, dass Gläubiger bei schuldhafter Vertragsverletzung das positive Vertragsinteresse vom Schuldner verlangen können.<sup>133</sup>

Bei der Geltendmachung von Schadenersatzanspruch ist zu unterscheiden, ob es sich um Wohn- oder um Geschäftsraummiete handelt. Bei der Wohnungsmiete schliessen sich die Herabsetzung des Mietzinses und der Schadenersatz nicht aus. Denn es geht dabei um einen sog. deliktsähnlichen Schaden, weil dieser in ein absolut geschütztes Rechtsgut der Mieterin eingreift (Eigentum, körperliche Integrität). Daher kann die Mietzinsherabsetzung vollumfänglich neben dem Schadenersatz geltend gemacht werden.<sup>134</sup>

Bei der Geschäftsraummiete entsteht hingegen neben dem deliktsähnlichen Schaden auch ein sog. minderungstypischer Schaden (=Schaden aus Nichterfüllung). Dabei kann ebenfalls die Herabsetzung sowie der Schadenersatz nebeneinander geltend gemacht werden. Bei der Berechnung des Schadenersatzes ist jedoch die geltend gemachte Mietzinsherabsetzung zu berücksichtigen, um eine doppelte Entschädigung zu vermeiden.<sup>135</sup>

### **3.2.4. Übernahme eines Rechtsstreits**

Damit die Mieterin nicht nur gegen körperliche Mängel an einer Mietsache geschützt ist, bietet Art. 259f OR zudem einen Schutz gegen unkörperliche (rechtliche) Mängel.<sup>136</sup> Die Norm, in der die Übernahme eines Rechtsstreits geregelt ist, hat hauptsächlich bei der Miete von Geschäftsräumen eine Bedeutung. Dies, wenn bspw. Raumplanungs- und Bau-

---

<sup>132</sup> KUNZ, Rechte, S. 277; ZÜST. Mängelrechte, N 67.

<sup>133</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259e OR N 25; ZÜST. Mängelrechte, N 65 f.; Zivilgericht BS, Entscheidung vom 23.05.2018, BJM 2020, S. 107 ff. E. 2.3.

<sup>134</sup> ZÜST. Mängelrechte, N 364f.

<sup>135</sup> ZÜST. Mängelrechte, N 366.

<sup>136</sup> KUNZ, Rechte, S. 303.

behörden die Zulässigkeit des gewerblichen Gebrauchs bezweifeln aufgrund von Bestimmungen zur Wohnraumerhaltung.<sup>137</sup> Es handelt sich bei Art. 259f OR um eine Sonderform des Beseitigungsanspruchs, daher ist die Bestimmung eine *lex specialis*.<sup>138</sup> Dabei geht es um die Rechtsgewähr des Vermieters,<sup>139</sup> welche der Sachgewährleistung nach Art. 192 OR entspricht. Bei Art. 259f OR erhebt eine Drittperson einen Anspruch auf die Mietsache, welche jedoch nicht mit den Rechten der Mieterin vereinbar sind. D.h. Art. 259f OR greift bei behaupteten dinglichen Rechten (z.B. Eigentum, Dienstbarkeiten), nachbarrechtlichen Ansprüchen oder realobligatorischen Rechten (z.B. Besitzrechte). Die Übernahme des Rechtsstreits durch den Vermieter hat zur Folge, dass aus materiellrechtlichen Gründen ein Parteiwechsel herbeigeführt wird und nicht nur ein Prozessbeitritt entsteht. Der Vermieter muss der Mieterin sämtliche Kosten ersetzen, vorausgesetzt, die Anzeige erfolgt rechtzeitig.<sup>140</sup> Falls der Vermieter trotz fristgerechter Anzeige den Prozess nicht übernehmen möchte, kann die Mieterin die Ansprüche eines Dritten anerkennen. Danach hat diese die Möglichkeit, diesbezüglich gegen den Vermieter vorzugehen.<sup>141</sup>

Die Norm zur Übernahme des Rechtsstreits ist nicht anwendbar, wenn obligatorische Ansprüche durch Dritte erhoben werden. Aufgrund dessen wird die Doppelvermietung von Art. 259f OR nicht erfasst.<sup>142</sup>

Die Bestimmung des Art. 259f OR ist heute praktisch kaum von Bedeutung.<sup>143</sup> Die Lehre hat sich bisher zwar zu dieser Thematik geäußert, die höchstichterliche Rechtsprechung jedoch noch nicht (soweit ersichtlich).<sup>144</sup>

### **3.2.5. Mietzinshinterlegung**

Um gegen Mietmängel vorzugehen, bietet das Gesetz die Möglichkeit, den zu zahlenden Mietzins zu hinterlegen und gleichzeitig die Beseitigung von mittleren und schweren Mängeln geltend zu machen. Bei anfänglichen leichten Mängeln steht gem.

---

<sup>137</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 64; WEBER, Art. 259f OR N 1.

<sup>138</sup> BLUMER, KuKo, Art. 259f OR N 3.

<sup>139</sup> WEBER, Art. 259f OR N 1.

<sup>140</sup> HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259f OR N 2 ff.; KUNZ, Rechte, S. 303 f.; WEBER, Art. 259f OR N 4.

<sup>141</sup> HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259f OR N 4.

<sup>142</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 64; HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259f OR N 2; KUNZ, Rechte, S. 303.

<sup>143</sup> KUNZ, Rechte, S. 303 f.; WEBER, Art. 259f OR N 1.

<sup>144</sup> ROHRER, N 5.19.

Art. 258 Abs. 3 lit. b OR der Mieterin ebenfalls das Recht zur Hinterlegung zur Verfügung.<sup>145</sup> Die Hinterlegung bei der zuständigen Behörde hat die Wirkung der rechtzeitigen Bezahlung. Dies gilt für diejenigen Mietzinsen, die vor der Fälligkeit hinterlegt werden (sog. Erfüllungssurrogat).<sup>146</sup> Die herrschende Lehre<sup>147</sup> schliesst bei einer fehlerhaften resp. verspäteten Hinterlegung die Erfüllungswirkung prinzipiell aus. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung<sup>148</sup> ist der Meinung, dass der Mietzins (trotz Zahlungsverzug) ebenfalls als bezahlt gelten kann, wenn dies innert der Zahlungsfrist i.S.v. Art. 257d Abs. 1 OR geschieht. Gem. dieser Norm hat der Vermieter bei Zahlungsrückstand der Mieterin eine Frist zur Zahlung des Mietzinses anzusetzen. Falls diese Frist unbenützt abläuft (grundsätzlich mind. 10 Tage, bei Wohn- und Geschäftsräumen mind. 30 Tage), kann das Mietverhältnis gekündigt werden. Wird der Mietzins jedoch rechtzeitig innert der angesetzten Frist bezahlt, rechtfertigt dies keine ausserordentliche Kündigung. Demzufolge sollte bei einer verspäteten Hinterlegung ebenfalls eine ausserordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt sein. Die Mieterin sollte bei spät hinterlegten Mietzinsen nicht anders behandelt werden, als bei spät bezahlten Mietzinsen. Dies wäre so lange gegeben, bis die Zahlung innerhalb der Frist von Art. 257d Abs. 1 OR erfolgt.<sup>149</sup>

Das Bundesgericht hatte sich in der Vergangenheit nicht detailliert mit dieser Thematik auseinandergesetzt. Dennoch äusserte es sich in einigen Urteilen uneinheitlich dazu.<sup>150</sup> Im Jahr 2021 gab es diesbezüglich zum ersten Mal ein Urteil.<sup>151</sup> Nach einer Auslegung kam das BGer zum Schluss, dass es nicht möglich ist, Mietzinsen rückwirkend zu hinterlegen. Die Erfüllungswirkung kann also bei zu spät bezahlten Mietzinsen nicht eintreten, auch wenn die Zahlung innerhalb der Frist des Art. 257d Abs. 1 OR erfolgt ist.<sup>152</sup>

Meiner Auffassung nach ist der Meinung des Bundesgerichts zuzustimmen. Bereits bei der Auslegung des Gesetzeswortlauts von Art. 259g Abs. 1 und 2 OR wird deutlich, dass

---

<sup>145</sup> ZÜST, Mängelrechte, N 471.

<sup>146</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 67; PERMANN, Mietrecht, Art. 259g OR N 18; ZÜST, Mängelrechte, N 471; BGer 4A\_571/2020 vom 23.03.2021 E. 3.3.1.

<sup>147</sup> GIGER, Art. 259g OR N 23; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259g OR N 11.

<sup>148</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259g OR N 58; Cour de justice GE, Entscheid vom 10.05.2004, mp 4/05 (2005), S. 277 ff. E. 3.2.

<sup>149</sup> GIGER, Art. 259g OR N 23; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259g OR N 11; BGer 4A\_571/2020 vom 23.03.2021 E. 3.3.2.

<sup>150</sup> BGer 4A\_368/2007 vom 07.11.2007, E. 2.4; BGer 4A\_140/2014, 4A\_250/2014 vom 06.08.2014 E. 5.2.

<sup>151</sup> BGer, 4A\_571/2020 vom 23.03.2021 E. 3.3.2.

<sup>152</sup> BGer, 4A\_571/2020 vom 23.03.2021 E. 3.3.5.

der Gesetzgeber das Recht der Hinterlegung nur für künftig fällige Mietzinsen vorgesehen hat. Als künftig können die Mietzinsen m.E. nicht gelten, wenn diese bereits in der Vergangenheit fällig waren und für das Bezahlen der Schuld eine Nachfrist durch den Vermieter angesetzt wurde. Dementsprechend gilt als künftig jener Zeitpunkt, der noch nicht eingetroffen ist und nicht jener, der für die Bezahlung als Nachfrist angesetzt wurde. Die Erfüllungswirkung kann folglich nicht eintreten, wenn Abs. 1 nicht vollständig erfüllt wurde. Absatz 2 von Art. 259g OR sollte nicht als eine alleinstehende Norm angesehen werden, denn er dient lediglich der Ergänzung von Absatz 1.<sup>153</sup>

### **3.2.5.1. Ziel der Hinterlegung**

Die Mieterin erhält mit der Hinterlegung ein Druckmittel, welches sie zur Durchsetzung der Beseitigung eines Mangels nutzen kann. Die Mieterin kann mit diesem Vorhaben den gesamten Mietzins hinterlegen oder auch nur einen Teil davon. Der zu hinterlegende Betrag ist also nicht von den Mängelbehebungskosten abhängig. Ebenfalls ist es irrelevant, wie hoch die weiteren Ansprüche der Mieterin sind (Schadenersatz oder Herabsetzung). Mit dem Entzug des vollständigen Mietzinses wird der Vermieter gezwungen, eine Mängelbeseitigung einzuleiten.<sup>154</sup>

Neben der Tatsache, dass mit der Hinterlegung ein Druckmittel für die Mieterin geschaffen wurde, bestehen weitere Ziele der Hinterlegung. Durch die Hinterlegung des vollständigen Mietzinses wird vermieden, dass eine illiquide Mieterin dieses Recht böswillig einsetzen kann und den Vermieter damit schikaniert. Darüber hinaus wird die Kommunikation zwischen der Mieterin und dem Vermieter unterstützt.<sup>155</sup> Zusätzlich zur Mängelbehebung dient die Hinterlegung auch der Durchführung von weiteren Mängelansprüchen, die im Verfahren geltend gemacht werden können. Daher kann die Hinterlegung auch für Mängelrechte als Druckmittel verwendet werden. Die Geltendmachung von weiteren Mängelrechten im Hinterlegungsverfahren ist jedoch erst dann möglich, wenn die Mängelbeseitigung auch effektiv verlangt wird. Dementsprechend kann der alleinige Anspruch auf Geld (bspw. Schadenersatz) nicht über das Hinterlegungsverfahren geltend

---

<sup>153</sup> Vgl. BGer 4A\_571/2020 vom 23.03.2021 E. 3.3.2.3 ff.

<sup>154</sup> HENSCH, S. 997; PERMANN, Mietrecht, Art. 259g OR N 2; ZÜST, Mängelrechte, N 474; Botschaft Mieterschutz, S. 1437; BGE 125 III 120 E. 2b.

<sup>155</sup> ROHRER, N 5.89; BGer 4A\_571/2020 vom 23.03.2021, E. 3.3.2.3.

gemacht werden.<sup>156</sup> Das Recht zur Mietzinshinterlegung ist zugunsten der Mieterin zwingend, weshalb es vertraglich nicht wegbedungen werden kann.<sup>157</sup>

### 3.2.5.2. Vorgehen

Die Erfüllungswirkung kann nur erfolgen, wenn die Hinterlegung gerechtfertigt ist.<sup>158</sup> Folgende Voraussetzungen müssen nach Art. 259g OR erfüllt sein, damit der Mietzins hinterlegt werden kann:

- Die Mieterin hat die Behebung des konkreten Mangels zu verlangen.
- Sie muss schriftlich zur Behebung des Mangels eine angemessene Frist ansetzen und zudem androhen, dass nach Ablauf der Frist der Mietzins bei der dafür zuständigen Schlichtungsstelle hinterlegt wird.
- Vor der Hinterlegung muss eine schriftliche Ankündigung erfolgen.<sup>159</sup>

Die Mieterin muss somit folgende Schritte unternehmen, um die Hinterlegung rechtsgültig durchzuführen:

#### 1. Ansetzung einer Frist zur Behebung des Mangels und Androhung der Hinterlegung

Bei der Entdeckung des Mangels muss die Mieterin den Vermieter über den Mangel informieren und die Mangelbehebung verlangen. Das Gesetz sieht für die Erfüllung der Meldepflicht keine besondere Form vor.<sup>160</sup> Der MV empfiehlt jedoch, einen eingeschriebenen Brief an den Vermieter zu verfassen. Darin muss explizit erklärt werden, worin der Mangel besteht. Zur Veranschaulichung können Fotos beigefügt werden. Für die rechtsgültige Hinterlegung hat der Mieter im Brief die Hinterlegung anzudrohen, sollte der Mangel nicht behoben werden. Der Brief muss zudem eine angemessene Frist zur Behebung enthalten. Die Angemessenheit wird danach beurteilt, wie viel Zeit zur Behebung des Mangels notwendig ist. I.d.R. reicht eine Frist von ca. 2 Wochen. Die Frist sollte so festgelegt werden, dass nach Ablauf genügend Zeit zur Hinterlegung bleibt. Bsp.: Bei der Hinterlegung der Juli-Miete muss die Frist bis zum 25. Juni gewährt werden. So bleibt

---

<sup>156</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 67; Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Hinterlegung der Miete, S. 1; BGE 146 III 63 E. 4.4.4.

<sup>157</sup> ROHRER, N 5.89.

<sup>158</sup> BGE 125 III 120 E. 2b.

<sup>159</sup> PERMANN, Mietrecht, Art. 259g OR N 3; BGE 146 III 63 E. 4.4.3.

<sup>160</sup> Siehe Kapitel 4.1.1.

Zeit, bis Ende Juni die Miete für Juli zu hinterlegen. Der MV empfiehlt zudem, ein Protokoll zu erstellen. In diesem Protokoll sollten sämtliche Informationen zu Mangel (Telefonate, Korrespondenz, Temperaturmessungen etc.) mit Datum und ggf. Uhrzeit festgehalten werden.<sup>161</sup>

## **2. Durchführung der Hinterlegung**

Falls die angegebene Frist zur Beseitigung des Mangels abgelaufen ist und der Mangel nicht behoben wurde, kann der künftig fällige Mietzins (inkl. Nebenkosten) bei der zuständigen Schlichtungsstelle für mietrechtliche Streitigkeiten hinterlegt werden.<sup>162</sup> Der MV hat für die korrekte Hinterlegung eine Übersicht zu den zuständigen Schlichtungsbehörden auf der Internetseite publiziert.<sup>163</sup>

Die Mieterin muss den Vermieter über die Mietzinshinterlegung benachrichtigen. Bei der Benachrichtigung empfiehlt der MV ebenfalls, dies mit einem eingeschriebenen Brief inkl. Quittungskopie zu tun.<sup>164</sup> Wenn die Mieterin gutgläubig von einem Mangel an einer Mietsache ausgeht, gelten die hinterlegten Mietzinsen als bezahlt. Falls bösgläubig und somit unberechtigter Weise der Mietzins hinterlegt wird, trägt die Mieterin das Risiko. Die unberechtigte Hinterlegung des Mietzinses rechtfertigt die ausserordentliche Kündigung durch den Vermieter.<sup>165</sup>

## **3. Klagefrist**

Mit der Hinterlegung wird nicht gleichzeitig das Verfahren eröffnet.<sup>166</sup> Um die Interessen des Vermieters zu wahren und diesen vor böswilligen Hinterlegungen zu schützen, hat die Mieterin ihren Anspruch auf Mängelbeseitigung innert 30 Tagen bei der Schlichtungsstelle geltend zu machen. Falls dies nicht geschieht, fallen die hinterlegten Mietzinse nach Art. 259h Abs. 1 OR dem Vermieter zu. Gem. Art. 259h Abs. 2 OR hat der Vermieter zudem die Möglichkeit, die zu Unrecht hinterlegten Mietzinsen bei der Schlichtungsstelle zurück zu verlangen.<sup>167</sup>

---

<sup>161</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 66; Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Hinterlegung der Miete, S. 2.

<sup>162</sup> Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Hinterlegung der Miete, S. 2

<sup>163</sup> Zu finden unter <<https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/unterlagen-tools/schlichtungsbehoerden.html>> zuletzt besucht am 26.05.2023.

<sup>164</sup> Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Hinterlegung der Miete, S. 2.

<sup>165</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 68; BGE 125 III 120 E. 2b.

<sup>166</sup> BGE 146 III 63 E. 4.4.3.

<sup>167</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 68; Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Hinterlegung der Miete, S. 2; PERMANN, Mietrecht, Art. 259g OR N 20; BGE 125 III 120 E. 2b.

#### 4. Schlichtungsverhandlung

Nach Einreichung der Klage informiert die Schlichtungsstelle beide Parteien mind. 10 Tage vorher über den Termin für eine Verhandlung. Alle betroffenen Parteien müssen persönlich an der Verhandlung teilnehmen. Anlässlich der Verhandlung wird schriftlich vereinbart, bis wann der Mietmangel beseitigt werden muss. Zudem wird festgehalten, dass ein Teil der hinterlegten Mietzinsen zurück an die Mieterin überwiesen werden. Somit werden die Mietzinsherabsetzung und ggf. der Schadenersatz durchgesetzt. Der Rest der hinterlegten Mietzinsen wird an den Vermieter überwiesen. Falls eine der beiden Parteien nicht zustimmt, wird eine Klagebewilligung erteilt. Die klagende Partei muss sich innert Frist an das Gericht wenden. Tut sie dies nicht, wird ein allenfalls vorhandener Urteilstvorschlag rechtskräftig.<sup>168</sup>

#### 3.2.6. Fristlose Kündigung

Ein weiteres Recht der Mieterin bei Mietmängeln besteht gem. Art. 259b lit. a OR darin, das Mietverhältnis fristlos (d.h. ausserordentlich) zu kündigen.<sup>169</sup> Dies bedeutet, dass allfällige Kündigungstermine und Fristen von der Mieterin nicht eingehalten werden müssen. Das Mietverhältnis wird sofort aufgelöst, wenn die Kündigung ausgesprochen wird (ex nunc).<sup>170</sup> Eine solche Kündigung ist nur dann möglich, wenn der Vermieter innerhalb einer angemessenen Frist den Mangel nicht beseitigt und wenn der Mangel die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts ausschliesst oder stark einschränkt. Es muss für die Parteien aufgrund der gegebenen Umstände unzumutbar sein, das Mietverhältnis weiterzuführen.<sup>171</sup> Demzufolge muss es sich um einen schweren Mangel handeln und der Vermieter muss Kenntnis vom Mangel haben.<sup>172</sup>

Bei der fristlosen Kündigung ist kein Verschulden des Vermieters notwendig. Jedoch wird die nicht getätigte Mängelbeseitigung seitens des Vermieters als Pflichtwidrigkeit angesehen. Das pflichtwidrige Verhalten wird somit durch das Gesetz stillschweigend vorausgesetzt. Folglich ist die fristlose Kündigung nicht möglich, wenn sich die Beseitigung des Mangels als unmöglich erweist, oder für den Vermieter unzumutbar ist.<sup>173</sup> Die

---

<sup>168</sup> Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Ergebnis eines Schlichtungsverfahrens; Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Hinterlegung der Miete, S. 3; SPÖNDLIN, S. 127 f.;

<sup>169</sup> HENSCH, S. 995; BGer 4A\_309/2017 vom 26.03.2018 E. 3.1.

<sup>170</sup> HULLIGER ET ALL., 77 Fragen, S. 74.

<sup>171</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 52; BGer 4A\_309/2017 vom 26.03.2018 E. 3.3.4; BGer 4C.168/2001 vom 17.08.2001 E. 4.a.

<sup>172</sup> HENSCH, S. 995; BGer 4A\_309/2017 vom 26.03.20218 E. 3.1.

<sup>173</sup> HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259b OR N 7.

fristlose Kündigung ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Vermieter sogleich alles Erdenkliche unternimmt, was zur Behebung des Mangels möglich und notwendig ist. Dies gilt ebenfalls, wenn der Vermieter bereits eine Massnahme getroffen hat, um den Mangel zu beheben.<sup>174</sup> Zudem ist eine solche Kündigung auch ausgeschlossen, wenn die Mieterin für den Mangel selbst verantwortlich ist und diesen somit eigenständig und auf eigene Kosten beheben muss.<sup>175</sup> Wenn die Voraussetzungen gem. Art. 259b lit. a OR nicht erfüllt sind, entfaltet eine Kündigung der Mieterin keine Rechtswirkung. D.h. der Vermieter kann sich auf die Wirkungslosigkeit der Kündigung berufen. Aus Sicht des Vermieters ist es daher nicht notwendig, die Kündigung bei der Schlichtungsstelle für mietrechtliche Streitigkeiten anzufechten. Der Vermieter sollte auf die Kündigung schriftlich eingehen und der Mieterin erklären, dass diese unwirksam ist und nicht akzeptiert werden kann. Falls die Mieterin trotz dieser Erklärung die Mietsache dem Vermieter zurückgibt, handelt es sich um eine sog. «vorzeitige» Rückgabe der Mietsache i.S.v. Art. 264 OR. Falls der Vermieter sich nicht dagegen wehrt, wird angenommen, dass die fristlose Kündigung anerkannt wird.<sup>176</sup>

Erneuerungs- und Änderungsarbeiten können für die Mieterin unzumutbar sein und somit einen schweren Mangel darstellen. Aufgrund dessen besteht auch in diesem Fall die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung. Um die Zumutbarkeit von solchen Arbeiten beurteilen zu können, sind objektive Kriterien massgebend. Dazu müssen die Umstände im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden: Die Interessen der Mieterin an einem ungestörten Gebrauch werden mit den Interessen des Vermieters verglichen und ins Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung gebracht. Je weniger das Gleichgewicht durch die Sanierungsarbeiten gestört wird, desto zumutbarer sind diese Arbeiten für die Mieterin. Folgendes ist bei der Beurteilung ebenfalls zu berücksichtigen: Art, Zweck, Zeitpunkt, Dauer des Mietverhältnisses, Umfang der Arbeiten, Auswirkungen auf die Mieterin und die Dringlichkeit einer solchen Arbeit sowie der Nutzen für die Mieterin.<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> HENSCH, S. 995.

<sup>175</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 54.

<sup>176</sup> HULLIGER ET ALL., 77 Fragen, S. 74.

<sup>177</sup> OGer ZH, Entscheid vom 04.12.2017, mp 4/19 (2019), S. 52 E. 1.7.1.

### 3.2.7. Ersatzvornahme durch die Mieterin

Die Ersatzvornahme durch die Mieterin ist eine weitere Möglichkeit, um gegen Mietmängel vorzugehen. Mit der Regelung in Art. 259b lit. b OR wird ein Selbsthilferecht für die Mieterin geschaffen.<sup>178</sup> Vom Vermieter nicht behobene Mängel können u.U. durch die Mieterin auf Kosten des Vermieters beseitigt werden. Um die Ersatzvornahme tätigen zu können, müssen zunächst die Voraussetzungen dazu gegeben sein.<sup>179</sup> Die erste Voraussetzung für die Durchführung der Ersatzvornahme ist es, dass der Vermieter bereits Kenntnis über den Mangel hat und die Tauglichkeit des Mietgegenstands vermindert ist. Eine weitere Voraussetzung ist zudem, dass die Mieterin den Mangel nicht selbst verursacht hat.<sup>180</sup>

Bevor die Ersatzvornahme tatsächlich durchgeführt wird, sollte vorgängig ein (eingeschriebener) Reklamationsbrief an den Vermieter mit Androhung der Ersatzvornahme verschickt werden.<sup>181</sup> Nach Ablauf der angesetzten Frist kann die Mieterin bspw. eine Reparatur in Auftrag geben, ohne eine entsprechende Ermächtigung des Vermieters zu verlangen.<sup>182</sup>

Die Ersatzvornahme ist nur bei leichten und mittleren Mängeln erlaubt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Mieterin bei schweren Mängeln keine Ersatzvornahme durchführen darf. Ihr bleibt bei schweren Mängeln nur die Möglichkeit, fristlos zu kündigen oder die Beseitigung des Mangels auf dem Rechtsweg durchzusetzen.<sup>183</sup> Auf dem Rechtsweg kann der Richter die Mieterin dazu ermächtigen, eine Mängelbeseitigung bei schweren Mängeln dennoch durchführen – ebenfalls auf Kosten des Vermieters – wenn dieser innert angemessener Frist den Mangel nicht selbst beseitigt oder beseitigen lässt.<sup>184</sup>

In Ausnahmefällen darf die Ersatzvornahme ausgeführt werden, ohne dass der Vermieter über den Mangel informiert wird. Diese Ausnahme ist gegeben, wenn der Vermieter oder der Hauswart in einem dringenden Fall nicht erreichbar sind (z.B. kein warmes Wasser

---

<sup>178</sup> ZÜST. Mängelrechte, N 269.

<sup>179</sup> ZÜST. Mängelrechte, N 271.

<sup>180</sup> GIGER, Art. 259b OR N 8; ROHRER, N 5.13; SPÖNDLIN, S. 50.

<sup>181</sup> SPÖNDLIN, S. 50.

<sup>182</sup> HULLIGER ET ALL., 77 Fragen, S. 80 f.

<sup>183</sup> GIGER, Art. 259b OR N 18; HULLIGER ET ALL., 77 Fragen, S. 80; ZÜST, Mängelrechte, N 271.

<sup>184</sup> GIGER, Art. 259b OR N 28; HULLIGER ET ALL., 77 Fragen, S. 81; HULLIGER/HEINRICH, CH-HK, Art. 259b OR N 8.

im Winter während dem Wochenende).<sup>185</sup> Der Vermieter ist in so einem Fall grundsätzlich zur Rückerstattung der aufgewendeten Kosten verpflichtet, vorausgesetzt die Mängelbeseitigung lag auch in seinem Interesse.<sup>186</sup> Falls der Vermieter die Kosten zur Reparatur nicht übernehmen möchte, hat die Mieterin diese selbst zu zahlen und mittels Klage vom Vermieter zurückzuverlangen. Eine Verrechnung mit dem Mietzins darf nicht vollzogen werden, da ein Zahlungsverzug der Mieterin entstehen würde. Der Vermieter hätte damit ggf. die Möglichkeit, der Mieterin zu kündigen.<sup>187</sup>

### **3.2.8. Ersatz der Mietsache und Wegfall von Mängelrechten**

Gem. Art. 259c OR kann der Vermieter nicht nur mittels Beseitigung eines Mangels die Befreiungswirkung erlangen. Durch die genannte Norm wird dem Vermieter die Möglichkeit gewährt, einen Ersatz der Mietsache zu leisten, statt eine Mängelbeseitigung durchzuführen. Mit der Realisierung der Ersatzleistung kann der Vermieter also seiner Erfüllungspflicht ebenfalls nachkommen.<sup>188</sup> Gem. Gesetz muss das Ersatzobjekt vollwertig sein. Die Voraussetzung der Vollwertigkeit ist gegeben, wenn das neue Objekt vergleichbar mit dem ursprünglichen ist. Dies bedeutet nicht zwingend, dass es identisch sein muss. Es muss jedoch bzgl. Lage, Grösse, Ausstattung, Mietzins, Zustand sowie Bauperiode der vorherigen Mietsache ähnlich sein. Zudem hat sich die Mietsache in einem vertragsgemässen Zustand zu befinden.<sup>189</sup> Die Mängelbeseitigungsrechte gem. Art. 259b OR entfallen, falls der Vermieter innert einer angemessenen Frist einen vollwertigen Ersatz für das Mietobjekt leistet oder diesen zumindest anbietet. D.h. die Mieterin kann z.B. nicht fristlos kündigen, eine Ersatzvornahme auf Kosten des Vermieters durchführen oder die Behebung des Mangels verlangen.<sup>190</sup> Dies gilt jedoch nicht für den Zeitpunkt der Leistung des Ersatzes. Bis zur Leistung steht der Mieterin die Geltendmachung von einer Mietzinsherabsetzung gem. Art. 259d OR und ggf. Schadenersatz gem.

---

<sup>185</sup> SPÖNDLIN, S. 50.

<sup>186</sup> GIGER, Art. 259b OR N 27.

<sup>187</sup> HULLIGER ET ALL., 77 Fragen, S. 80 f.

<sup>188</sup> GIGER, Art. 259c OR N 6; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259c N 6; PERMANN, Kommentar OR, Art. 259c OR N 1.

<sup>189</sup> GIGER, Art. 259c OR N 9; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259c N 14 f.; PERMANN, Kommentar OR, Art. 259c OR N 2; TSCHUDI, SVIT, Art. 259c OR N 5.

<sup>190</sup> PERMANN, Kommentar OR, Art. 259c OR N 4; TSCHUDI, SVIT, Art. 259c OR N 8.

Art. 259e OR zur Verfügung. Das Ersatzobjekt muss zudem nicht zwingend von der Mieterin angenommen werden. Falls die Mieterin die Annahme verweigert, gehen die Mängelbeseitigungsrechte unter.<sup>191</sup>

Die Regelung von Art. 259c OR ist vor allem für bewegliche Sachen von Bedeutung. Die Erfüllung der Vollwertigkeit innerhalb einer angemessenen Frist könnte sich bei unbeweglichen Sachen als schwierig erweisen. Für den Vermieter ist es einfacher, bspw. ein Ersatzfahrzeug zur Verfügung zu stellen als eine Ersatzwohnung.<sup>192</sup> Die Leistung eines vollwertigen Ersatzes kann nicht vollzogen werden, falls die Mietsache eine Speziessache ist. Speziessachen sind individuell angefertigte Objekte, die ggf. zu besonderen Zwecken dienen oder aufgrund von speziellen Bedürfnissen der Mieterin zur Verfügung gestellt wurden.<sup>193</sup>

### **3.3. Zwischenfazit**

Mängel können bei der Übergabe des Mietgegenstands oder während der Dauer des Mietverhältnisses entstehen. Bei anfänglichen Mängeln hat die Mieterin die Möglichkeit nach Art. 107 – 109 OR vorzugehen, wobei ihr drei verschiedene Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Sie kann entweder auf die Erfüllung des Vertrags beharren und Schadenersatz verlangen, auf die nachträgliche Erfüllung verzichten und Ersatz des pos. Vertragsinteresses geltend machen oder vom Vertrag zurücktreten und den Ersatz des neg. Vertragsinteresses geltend machen. Die Mieterin kann jedoch auch keinen der Rechtsbehelfe geltend machen und den mangelhaften Mietgegenstand annehmen. Falls sie dies tut, stehen ihr die Mängelrechte gem. Art. 259a – Art. 259i OR zur Verfügung. Diese Mängelrechte kann sie ebenfalls geltend machen, wenn Mängel während der Dauer des Mietverhältnisses entstehen. Die Mieterin kann zunächst die Behebung eines Mangels verlangen. Falls der Vermieter sich weigert, den Mangel zu beheben, kann sie den Mietzins hinterlegen. Somit wird Druck auf den Vermieter erzeugt, um die Beseitigung des Mangels durchzuführen. Ab dem Zeitpunkt der Meldung bis zur effektiven Behebung kann zudem der künftige Mietzins herabgesetzt werden. Ferner kann die Mieterin u.U. Mängel selbst beseitigen lassen (sog. Ersatzvornahme) oder bei schweren Mängeln fristlos kündigen. Für Geltendmachung von rechtlichen Ansprüchen durch Dritte besteht eine Sonderregelung,

---

<sup>191</sup> GIGER, Art. 259c OR N 11; PERMANN, Mietrecht, Art. 259c OR N 3 f.

<sup>192</sup> GIGER, Art. 259c OR N 8; PERMANN, Mietrecht, Art. 259c OR N 1.

<sup>193</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259c N 7.

welche die Übernahme eines Rechtsstreits durch den Vermieter vorschreibt. Die Mängelbeseitigungsrechte gem. Art. 259b OR entfallen, wenn der Vermieter statt der Mängelbeseitigung den vollwertigen Ersatz der Mietsache leistet oder zumindest anbietet.

#### **4. Pflichten der Mieterin bei Mietmängeln**

Um gegen Mietmängel vorzugehen, stehen der Mieterin verschiedene Rechtsbehelfe zur Verfügung. Für die Geltendmachung dieser Rechte muss die Mieterin jedoch auch div. Pflichten erfüllen. In diesem Kapitel werden die Pflichten im Zusammenhang mit Mängeln ausführlich erläutert.

##### **4.1. Meldepflicht**

Um den Vermieter vor Schäden aufgrund von unbekanntem Mängeln zu schützen, hat die Mieterin gem. Art. 257g OR, Mängel rechtzeitig zu melden. Dies bedeutet, dass der Vermieter Kenntnis über diejenigen Mängel haben muss, für deren Behebung er verantwortlich ist. Darüber hinaus hat die Mieterin den Vermieter über Mängel in Kenntnis zu setzen, deren Eintritt noch bevorsteht und die ggf. zu einer Schädigung des Vermieters führen.<sup>194</sup>

Nicht erforderlich ist die Meldung von kleinen resp. geringfügigen Mängeln, da die Mieterin diese grundsätzlich selbst zu beheben hat und die Behebung somit zur Unterhaltspflicht gehört. Ausnahmsweise sind jedoch auch diese Mängel zu melden, wenn sie sich auf eine andere Wohnung negativ auswirken könnten. Ästhetische Mängel<sup>195</sup> sind ebenfalls nicht zu melden, da diese grundsätzlich keine Mängel i.S. des Mietrechts darstellen.<sup>196</sup>

Ob Mängel zu Beginn des Mietverhältnisses vorhanden waren oder während der Dauer des Mietverhältnisses eingetreten sind, ist für die Meldepflicht unerheblich. D.h. Die Meldepflicht muss sowohl vor als auch während der Dauer des Mietverhältnisses wahrgenommen werden.<sup>197</sup>

---

<sup>194</sup> BLUMER, KuKo, Art. 257g OR N 3 f.; BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge, N 620; KUNZ, Pflichten, S. 254 f.; PERMANN, Kommentar OR, Art. 257g OR N 2 ff.; TSCHUDI, SVIT, Art. 257g OR N 9 f.; ZÜST, Mängelrechte N 112 ff.

<sup>195</sup> Siehe Kapitel 2.3.2.

<sup>196</sup> BLUMER, KuKo, Art. 257g OR N 3 f.; BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge, N 620; KUNZ, Pflichten, S. 254 f.; PERMANN, Kommentar OR, Art. 257g OR N 2; STRUB, S. 141; TSCHUDI, SVIT, Art. 257g OR N 9 ff.; ZÜST, Mängelrechte N 112 ff.

<sup>197</sup> BLUMER, KuKo, Art. 257g OR N 3; PERMANN, Kommentar OR, Art. 257g OR N 2.

#### **4.1.1. Zeitpunkt und Form der Meldung**

Die Meldung ist von Gesetzes wegen an keine Formvorschrift gebunden. Somit ist die Meldepflicht der Mieterin auch formlos erfüllt. Grundsätzlich genügt es also, wenn die Mieterin eine mündliche oder telefonische Meldung an die Verwaltung oder an den Hauswart macht. Eine schriftliche Meldung in Form einer E-Mail oder eines (eingeschriebenen) Briefs ist zur Beweissicherung jedoch geeigneter. Die Meldung hat ohne Verzug und mit Ansetzung einer angemessenen Frist zur Mängelbehebung zu erfolgen. Damit wird sichergestellt, dass der Vermieter rechtzeitig informiert wird, um die Mängel zu beheben und den bereits entstandenen Schaden möglichst gering zu halten.<sup>198</sup>

#### **4.1.2. Bei Unterlassung: Haftung der Mieterin für Folgeschäden**

Da die Mieterin bei der Ausübung von Mängelrechten nach Treu und Glauben zu handeln hat (Art. 2 ZGB), muss eine Meldung an den Vermieter (oder eine Verwaltung/Hauswart) unverzüglich erfolgen. Die Meldung liegt auch in ihrem Interesse, da die unterlassene oder verspätete Anzeige zum einen als ein stillschweigender Verzicht auf die eigenen Rechte angesehen wird (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und zum anderen eine Schadenersatzpflicht begründet.<sup>199</sup> Daher muss die Mieterin für alle adäquat-kausalen Schäden einstehen, die aufgrund eines nicht gemeldeten Mangels entstehen (z.B. eine feuchte Wand im Schlafzimmer, die dem Vermieter nicht gemeldet wird, was letztlich zur massiven Schimmelbildung führt).<sup>200</sup> Das Verschulden der Mieterin wird bei der Verletzung der Meldepflicht vermutet; sie hat jedoch die Möglichkeit zur Erbringung eines Exkulpationsbeweises.<sup>201</sup> Darüber hinaus kann die Verletzung der Meldepflicht einen Kündigungsgrund i.S.v. Art. 257f Abs. 3 und 4 OR darstellen, weil die Mieterin ihren Pflichten nicht nachgekommen ist.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> BLUMER, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, N 692; HULLIGER, *Nutshell*, S. 40; REY, Art. 257g OR N 1; STRUB, S. 141; ZÜST, *Mängelrechte* N 116.

<sup>199</sup> BLUMER, *KuKo*, Art. 257g OR N 5; BGer 4A\_621/2014 vom 24.03.2015 E. 3.1.

<sup>200</sup> PERMANN, *Kommentar OR*, Art. 257g OR N 5.

<sup>201</sup> BLUMER, *KuKo*, Art. 257g OR N 5.

<sup>202</sup> BLUMER, *KuKo*, Art. 257f OR N 7; BLUMER, *KuKo*, Art. 257g OR N 7; TSCHUDI, *SVIT*, Art. 257g OR N 19.

## 4.2. Duldungspflicht

Art. 257h OR definiert zwei verschiedene Arten der Duldungspflicht einer Mieterin und stellt somit ein Korrelat zur Pflicht des Vermieters dar, weil dieser die Mietsache während der Mietdauer im gebrauchstauglichen Zustand zur Verfügung zu stellen und währenddessen zu erhalten hat.<sup>203</sup>

Folgende Duldungspflichten werden in Art. 257h OR statuiert:

- **Abs. 1:** Die Mieterin hat Arbeiten am Mietgegenstand zu dulden, die zur Mängelbeseitigung oder zur Vorbeugung von Mängeln dienen.
- **Abs. 2:** Soweit es für den Unterhalt, den Verkauf oder die Weitervermietung notwendig ist, sind Besichtigungen ebenfalls zu dulden.<sup>204</sup>

In wie weit die Duldung seitens der Mieterin erfolgen muss, hängt vom Einzelfall ab.<sup>205</sup> Eine Verletzung der Duldungspflicht liegt bspw. vor, wenn die Mieterin sich nach mehreren Aufforderungen beim Vermieter zwecks Terminvereinbarung nicht meldet.<sup>206</sup> Nachfolgend wird auf die genannten Duldungspflichten näher eingegangen.

### 4.2.1. Duldung von Arbeiten

Die erste Duldungspflicht gem. Art. 257h OR ist in Abs. 1 festgehalten. Sie umfasst die Duldung sämtlicher Arbeiten, die in Zusammenhang mit der Unterhaltungspflicht des Vermieters stehen.<sup>207</sup> Es ist dabei unerheblich, ob es sich um die effektive Behebung von Mängeln handelt oder bloss um die Vermeidung von solchen.<sup>208</sup> Zu dulden sind jegliche Reparaturen, die effektiv erforderlich sind. Die Erforderlichkeit ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen: Erforderlich ist all das, was durch einen sorgfältig handelnden Vermieter Unternommen werden soll, um den Zustand einer Liegenschaft gut zu erhalten (z.B. Ersatz von Einrichtungen, die das Ende der Nutzdauer erreicht haben).<sup>209</sup> Dazu gehören ebenfalls u.U. diverse Erneuerungs- oder Änderungsarbeiten (Art. 260 OR).<sup>210</sup> Falls es aufgrund der gegebenen Umstände nicht anders möglich ist, ist die Mieterin dazu

---

<sup>203</sup> HULLIGER, Nutshell, S. 40; TSCHUDI, SVIT, Art. 257h OR N 6.

<sup>204</sup> BLUMER, KuKo, Art. 257h OR N 2; PERMANN, Mietrecht, Art. 257h OR N 2; ZÜST, Mängelrechte, N 119.

<sup>205</sup> REY, Art. 257h OR N 1.

<sup>206</sup> REY, Art. 257h OR N 1; BGer 4A\_286/2015 vom 07.12.2015 E 3.2.

<sup>207</sup> BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge, N 693.

<sup>208</sup> BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge, N 693; PERMANN, Mietrecht, Art. 257h OR N 1; BGer 4C.306/2003 vom 20.02.2004 E. 3.3.

<sup>209</sup> KUNZ, Pflichten, S. 260.

<sup>210</sup> ZÜST, Mängelrechte, N 123.

verpflichtet, die Wohnungsschlüssel bei jemanden (z.B. beim Nachbarn) zu hinterlegen. Dadurch wird sichergestellt, dass Arbeiten auch bei Abwesenheit der Mieterin erfolgen können.<sup>211</sup> Die Mieterin hat Anspruch auf eine Mietzinsherabsetzung, falls der Gebrauch einer Mietsache aufgrund von Unterhaltsarbeiten eingeschränkt wird. Ggf. kann sie in diesem Fall neben der Herabsetzung des Mietzinses auch Schadenersatz geltend machen. Im Gegensatz dazu ist der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder die Hinterlegung des Mietzinses nicht gegeben.<sup>212</sup> Die Pflicht zur Duldung von Arbeiten entfällt, wenn das Mietverhältnis bereits gekündigt ist und die Unterhaltsarbeiten im Hinblick auf eine Wiedervermietung vorgenommen werden. Folglich müssen die getätigten Arbeiten für den aktuellen Mieter einen positiven Nutzen erbringen.<sup>213</sup>

#### **4.2.2. Duldung der Besichtigung durch den Vermieter**

Eine weitere Duldungspflicht findet sich in Art. 257h Abs. 2 OR. Demzufolge muss es dem Vermieter gestattet werden, Besichtigungen vorzunehmen.<sup>214</sup> Dies gilt vor allem dann, wenn es für den Verkauf oder eine Wiedervermietung der Mietsache notwendig ist. Aufgrund dessen sind auch Wohnungsbesichtigungen von Mietinteressenten zu dulden, wenn das Mietverhältnis gekündigt wurde. Bei jeglichen Besichtigungen (und Arbeiten) hat der Vermieter die Interessen der Mieterin zu berücksichtigen.<sup>215</sup> Es gilt die schonende Rechtsausübung, weshalb der Zeitpunkt einer Besichtigung zumutbar sein muss (werktags und während der üblichen Tageszeiten) und rechtzeitig angezeigt werden muss (gem. BLUMER ca. 5 Tage im Voraus<sup>216</sup>).<sup>217</sup>

#### **4.3. Unterhaltspflicht der Mieterin und Abgrenzungen**

Eine weitere Pflicht der Mieterin ist in Art. 259 OR festgehalten. Grundsätzlich ist für den Unterhalt einer Mietsache der Vermieter verantwortlich. Durch die in dieser Norm geregelte Unterhaltspflicht der Mieterin wurde jedoch eine Ausnahme zur allgemeinen Regel geschaffen. Die Mieterin hat gem. Art. 259 OR eine Dauerpflicht, gewisse Mängel

---

<sup>211</sup> BLUMER, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, N 693; HULLIGER, *Nutshell*, S. 40; PERMANN, *Mietrecht*, Art. 257h OR N 1 f.;

<sup>212</sup> BLUMER, *KuKo*, Art. 257h OR N 3; ZÜST, *Mängelrechte*, N 121.

<sup>213</sup> BLUMER, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, N 693; ZÜST, *Mängelrechte*, N 120.

<sup>214</sup> PERMANN, *Mietrecht*, Art. 257h OR N 3; ZÜST, *Mängelrechte*, N 120.

<sup>215</sup> PERMANN, *Mietrecht*, Art. 257h OR N 3.

<sup>216</sup> BLUMER, *KuKo*, Art. 257h OR N 2.

<sup>217</sup> BLUMER, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, N 699; BLUMER, *KuKo*, Art. 257h OR N 2; ZÜST, *Mängelrechte*, N 122.

selbst zu beseitigen oder diese auf eigene Kosten beseitigen zu lassen. Dabei handelt sich primär um kleine (=leichte<sup>218</sup>) Mängel. Bei der Ausübung der Unterhaltspflicht ist die Anwendung von Mängelrechten ausgeschlossen.<sup>219</sup> Aufgrund des Gesetzes hat die Mieterin für den Unterhalt in jedem Fall aufzukommen, ohne dass dies im Mietvertrag dies explizit erwähnt wird.<sup>220</sup>

Die Unterhaltspflicht wird in zweifacher Weise eingeschränkt. Erstens ist diese nur für Arbeiten vorgesehen, die «kleine» Reinigungen und Ausbesserungen darstellen. Zweitens gilt sie nur für diejenigen Arbeiten, die den gewöhnlichen Unterhalt darstellen. Diese Elemente haben eine konstitutive Wirkung und bestimmen, ob Mängel von der Mieterin übernommen werden müssen oder nicht.<sup>221</sup> Von der Unterhaltspflicht sind daher keine Erneuerungen oder Änderungen gem. Art. 260a OR erfasst.<sup>222</sup>

Ob ein Mangel klein (oder gross) ist, ist für die Unterhaltspflicht grundsätzlich irrelevant. Für die Beurteilung dieser Frage muss eher auf objektive Kriterien abgestellt werden, z.B. persönlicher resp. finanzieller Aufwand, Art der Miete (bewegliche/unbewegliche Sache), Dauer der Miete und Mietzweck. Es wird zusätzlich vorausgesetzt, dass die durchschnittliche Mieterin im Stande ist, den Mietmangel zu beheben. Dies ist gegeben, wenn die Mängelbehebung mit einfachen Handgriffen möglich ist oder wenn für die Reparatur kein spezielles Fachwissen erforderlich ist.<sup>223</sup>

Der Gesetzgeber regelt in der Norm den (betragsmässigen) Umfang der Unterhaltspflicht nicht konkret.<sup>224</sup> Dies führt in der Lehre zu Uneinigkeit über den jeweiligen Umfang der Unterhaltspflicht der Mieterin. Aufgrund des geringen Streitwerts gibt es zudem kaum Rechtsprechung, die sich in der Vergangenheit zu dieser Frage explizit geäußert hat.<sup>225</sup>

Aus finanzieller Sicht vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, dass ein Aufwand als klein gilt, wenn die Kosten dafür ca. CHF 75.00 – 150.00 betragen.<sup>226</sup> Ein anderer Teil der

---

<sup>218</sup> Siehe Kapitel 2.3.1.

<sup>219</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259 OR N. 6 – 8; OBERLE, S. 69; TSCHUDI, SVIT, Art. 259 OR N 10 f.; ZÜST, Mängelrechte, N 126.

<sup>220</sup> OBERLE, S. 69.

<sup>221</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259 OR N 13 f.; TSCHUDI, SVIT, Art. 259 OR N 11.

<sup>222</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259 OR N 11.

<sup>223</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259 OR N 17; ZUCKER/KUNZ, S. 4 f.

<sup>224</sup> ZUCKER/KUNZ, S. 2.

<sup>225</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259 OR N 16; ZUCKER/KUNZ, S. 3.

<sup>226</sup> Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Kleinreparaturen & Ersatzteile; SPÖNDLIN, S. 57; ZUCKER/KUNZ, S. 5.

Lehre ist der Ansicht, dass die Kostengrenze bei ca. CHF 150.00 – 200.00 liegt.<sup>227</sup> Im Gegensatz dazu vertreten andere Lehrmeinungen die Ansicht, dass die Beurteilung anhand einer starren Kostengrenze nicht getätigt werden kann.<sup>228</sup>

Oft wird ein Grenzbetrag für kleine Unterhaltsarbeiten in Mietverträgen festgehalten. I.d.R. wird dieser entweder genau auf den Frankenbetrag angegeben oder prozentual festgelegt (meistens ca. 1% des Jahresmietzinses). Die prozentuale Festlegung kann problematisch sein, da gewisse Mietzinsen zu einem höheren Unterhaltsbetrag als die festgelegten Grenzen von ca. CHF 75.00 – 150.00 resp. CHF 150.00 – 200.00 führen würden. Die Rechtsgültigkeit der prozentualen Vereinbarung ist daher nicht gegeben, da sie oft zu stossenden Ergebnissen führen würde.<sup>229</sup>

In Art. 259 OR wird neben der Art des Unterhalts (d.h. kleiner gewöhnlicher Unterhalt) auch auf den jeweiligen Ortsgebrauch verwiesen.<sup>230</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, was darunter zu verstehen ist. Der Ortsgebrauch ist in der Praxis oft schwer zu belegen, weshalb diese Thematik ebenfalls umstritten ist.<sup>231</sup> Aufgrund dessen werden diesbezüglich zwei ausgewählte Lehrmeinungen aufgeführt: Gem. PERMANN sind unter «Ortsgebrauch» Ausbesserungen des gewöhnlichen Unterhalts zu verstehen, die nach lokaler Verkehrsübung und der allg. gesellschaftlichen Anschauung zu einem sorgfältigen Umgang der Mietsache gehören.<sup>232</sup> Der Ortsgebrauch ist gem. ZÜST schwierig festzustellen. Allerdings ist er der Auffassung, dass der Ortsgebrauch in den Hintergrund tritt, falls die Parteien den Umfang der leichten Mängel schriftlich ausgemacht haben (z.B. durch ein Mietvertragsformular).<sup>233</sup>

Meiner Meinung nach, ist der Grenzbetrag bis ca. CHF 150.00 einleuchtend. Der Grenzbetrag entspricht dem Sinn und Zweck des Begriffs der Unterhaltspflicht einer Mieterin: Die Behebung von leichten Mängeln darf nicht besonders komplex und muss mit einfachen Handgriffen ausführbar sein. Im Umkehrschluss sind also besonders aufwendige Arbeiten nicht durch die Mieterin zu übernehmen, weil diese i.d.R. auch kostspieliger sind. Eine ungefähre Festsetzung des Grenzbetrags erleichtert zudem die Beurteilung und

---

<sup>227</sup> OBERLE, S. 69.

<sup>228</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259 OR N 17; ZUCKER/KUNZ, S. 5.

<sup>229</sup> SPÖNDLIN, S. 57; STRUB, S. 137 f.; ZUCKER/KUNZ, S. 7.

<sup>230</sup> OBERLE, S. 69; ZUCKER/KUNZ, S. 9.

<sup>231</sup> ZUCKER/KUNZ, S. 9.

<sup>232</sup> PERMANN, Kommentar OR, Art. 259 OR N 2.

<sup>233</sup> ZÜST, Mängelrechte, N 133.

Abgrenzung der zu tragenden Kosten. Eine durchschnittliche Mieterin ohne mietrechtliche Kenntnisse kann sich dadurch auch besser vorstellen, für welche Arbeiten sie finanziell aufzukommen hat und für welche nicht. Dennoch sollte die Beurteilung nicht nur auf den Grenzbetrag beschränkt werden. Zur Beurteilung müssen in jedem Fall die bereits genannten objektiven Faktoren berücksichtigt werden.

Gefährliche Unterhaltsarbeiten und Reparaturen müssen nicht von der Mieterin übernommen werden. Dies wäre der Fall, wenn sie z.B. auf ein Dach steigen müsste, um gewisse Mängel zu beheben. Einige Mietverträge beinhalten die Klausel, dass die Mieterin Fensterläden zu ölen hat. Dies wäre im Erdgeschoss zwar möglich, auf höheren Stockwerken wäre es unzumutbar. Aufgrund dessen hat der Vermieter Fachleute zu organisieren, die mit den notwendigen Werkzeugen die Arbeit professionell ausführen können.<sup>234</sup>

Ebenfalls nicht von der Mieterin zu beheben sind jegliche leichte Mängel, die nicht durch kleine Ausbesserungen zu beheben sind und auch nicht zum gewöhnlichen Unterhalt gehören. Diese müssen vom Vermieter behoben werden (auch wenn sie noch so klein sind), weil die genannten Voraussetzungen zur Unterhaltspflicht nicht gegeben sind.<sup>235</sup> Falls die Kosten einer Reparatur über dem durch die Mieterin zu zahlenden Grenzbetrag liegt, hat der Vermieter die gesamten Kosten zu übernehmen.<sup>236</sup> Nichtig sind jegliche Vereinbarungen, die der Mieterin bei objektiv nicht mehr kleinen Reinigungen oder Ausbesserungen einen fixen Selbstbehalt auferlegen.<sup>237</sup>

#### **4.4. Zwischenfazit**

Neben den Mängelrechten hat die Mieterin auch Pflichten, die sie im Zusammenhang mit Mietmängeln zu erfüllen hat. Von zentraler Bedeutung ist die Pflicht, dem Vermieter unbekannte Mängel an der Mietsache unverzüglich zu melden. Dies gilt für alle Mängel, die durch den Vermieter zu beheben sind. Die Form der Meldung ist grundsätzlich unerheblich. Somit kann diese sowohl schriftlich (Brief, E-Mail) als auch mündlich (telefonisch) erfolgen. Eine schriftliche Meldung ist Zwecks Beweissicherung zu empfehlen. Eine weitere Pflicht der Mieterin liegt darin, Arbeiten an der Mietsache zu dulden. In wie weit die Duldung zu erfolgen hat, entscheidet sich nach den einzelnen Umständen und nach den

---

<sup>234</sup> SPÖNDLIN, S. 57.

<sup>235</sup> HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, Art. 259 OR N 13; OBERLE, S. 70.

<sup>236</sup> STRUB, S. 138.

<sup>237</sup> OBERLE, S. 70; STRUB, S. 138.

objektiven Kriterien. Auch die Besichtigung der Mietsache muss von der Mieterin geduldet werden. Wobei der Vermieter auf die Mieterin Rücksicht zu nehmen hat. Schliesslich ist auch die Pflicht zur Leistung von kleinen Unterhaltsarbeiten durch die Mieterin zu nennen. Diese hat für jegliche Arbeiten aufzukommen, die zum gewöhnlichen Unterhalt gehören. Davon erfasst sind nur leichte resp. geringfügige Mängel, die sich mit einfachen und ungefährlichen Handgriffen beheben lassen. Da das Gesetz den betragsmässigen Umfang der Unterhaltsarbeit nicht konkret erwähnt, ist die Kostengrenze bei Unterhaltsarbeiten umstritten. Ebenfalls umstritten ist der im Gesetz erwähnte Begriff des Ortsgebrauchs, da dieser in der Praxis oft schwer nachzuweisen ist.

## 5. Prozessdiagramm

Basierend auf den gewonnenen Erkenntnissen wird das Vorgehen bei Mietmängeln in einer selbst erarbeiteten Grafik dargestellt. Bei der Erstellung der Grafik flossen auch persönliche Erfahrungen mit ein, die während einer Beteiligung bei der Durchsetzung der Behebung eines Mietmangels (in Form eines Wasserschadens inkl. Schimmel) gesammelt wurden. In der Grafik wurde der Rechtsbehelf der fristlosen Kündigung gem. Art. 259b lit. a OR bewusst ausgelassen. Für die Mieterin kann es unter bestimmten Umständen herausfordernd sein, die Schwere des Mangels einzuschätzen, um eine fristlose Kündigung wirkungsvoll durchzusetzen.

Die nachfolgende Darstellung ist ein Vorschlag für ein sinnvolles Vorgehen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die Darstellung beinhaltet einerseits das Vorgehen von Gesetzeswegen und andererseits das Vorgehen, welches aus praktischen Gründen (mit \* markiert) empfohlen wird.<sup>238</sup>

### Mögliches Vorgehen bei schweren Mietmängeln

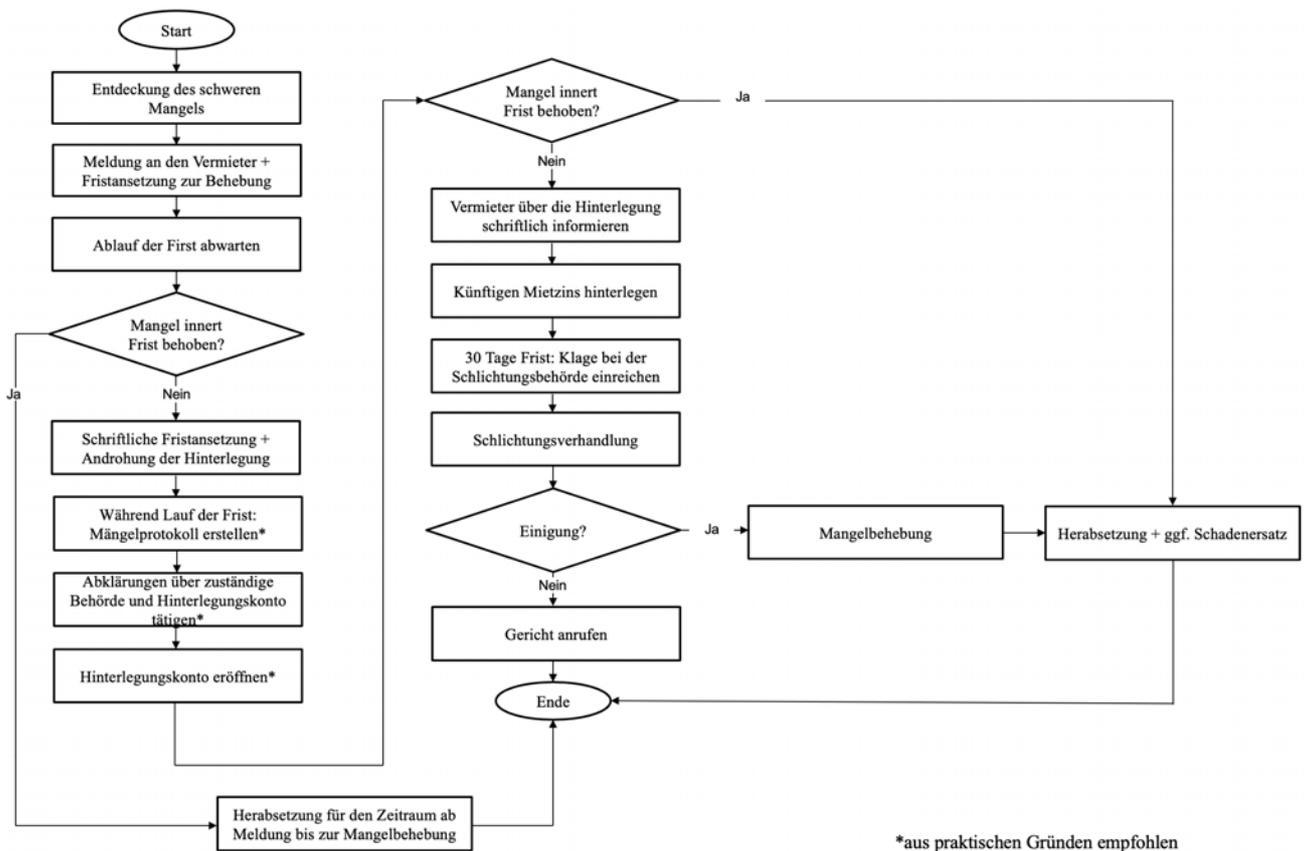


Abbildung 1: Prozessdiagramm zum möglichen Vorgehen bei schweren Mietmängeln (eigene Darstellung)

<sup>238</sup> Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Merkblatt – Hinterlegung der Miete, S. 2 ff.

## 6. **Schlussfazit**

Im Mietrecht werden Mängel in unterschiedliche Arten und Kategorien eingeteilt. Die Kategorisierung von Mietmängeln ist wichtig für die Beantwortung der Frage, wer für die Beseitigung der jeweiligen Mängel verantwortlich ist. Leichte Mängel sind grundsätzlich von der Mieterin auf eigene Kosten zu beheben. Bei mittleren und schweren Mängeln liegt es in der Verantwortung des Vermieters, diese zu beheben und die damit verbundenen Kosten zu tragen.

Mängel können in verschiedenen Zeitpunkten entstehen, was sich unter Umständen auf die Ausübung der Mängelrechte auswirken kann. Einerseits können sie im Zeitpunkt der Übergabe des Mietgegenstands (anfänglich) bestehen und andererseits können sie während der Dauer des Mietverhältnisses entstehen. Bei anfänglichen Mängeln hat die Mieterin nach Art. 258 OR zwei Möglichkeiten, um gegen Leistungsstörungen vorzugehen: entweder nach Art. 258 Abs. 1 OR oder nach Art. 258 Abs. 2 OR. Die Mieterin kann somit selbst entscheiden, was sie gegen anfängliche Leistungsstörungen unternehmen möchte.

Um nach Art. 258 Abs. 1 OR vorzugehen, muss die Annahme des Mietgegenstands verweigert werden. Falls sich die Mieterin auf das Recht der Annahmeverweigerung beruft, können 3 Wahlrechte nach Art. 107 – 109 OR geltend gemacht werden.

Die Mieterin kann aber auch den mangelhaften Mietgegenstand annehmen und gem. Art. 258 Abs. 2 OR vorgehen. Diese Norm besagt, dass gem. Art. 259a – 259i OR verschiedene Rechtsbehelfe für die Behebung von Mängeln zur Verfügung stehen. Die gleichen Rechtsbehelfe können auch bei Mängeln während der Dauer des Mietverhältnisses angewendet werden.

Die Mieterin kann zunächst die Mängelbeseitigung verlangen und dafür eine angemessene Frist ansetzen. Falls der Vermieter die Mängel nicht innerhalb dieser Frist beseitigt, stehen weitere Mängelrechte zur Verfügung. Die Mieterin kann den Mietzins ganz oder teilweise hinterlegen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, eine Herabsetzung des Mietzinses für die verminderte Qualität der Mietsache zu verlangen. Allenfalls kann zur Herabsetzung auch Schadenersatz geltend gemacht werden, falls Mangelfolgeschäden aufgrund der Nichtbehebung entstehen. Die Mieterin muss nicht nur vor körperlichen

sondern auch vor unkörperlichen (rechtlichen) Mängeln geschützt werden. Es besteht daher die Regelung der Übernahme eines Rechtsstreits, welche bei behaupteten Rechtsansprüchen einer dritten Person greift. Bei mittleren Mängeln kann die Mieterin zudem den Mangel auf Kosten des Vermieters selbst beheben lassen (Ersatzvornahme). In Ausnahmesituationen kann die Mieterin ausserordentlich (fristlos) kündigen, was jedoch nur bei schwerwiegenden Mängeln möglich ist. Die Mängelbeseitigungsrechte gem. Art. 259b OR entfallen, wenn der Vermieter einen vollwertigen Ersatz der Mietsache leistet oder anbietet.

Um Mängelrechte geltend zu machen, müssen jedoch auch Pflichten im Zusammenhang mit Mietmängeln erfüllt werden. Der Vermieter muss über Mängel in Kenntnis gesetzt werden, die ihm nicht bekannt sind und zu deren Behebung er verpflichtet ist. Die Meldung hat unverzüglich zu erfolgen, damit der Vermieter schnellstmöglich reagieren und die Mängel beseitigen lassen kann. Wird die Meldung unterlassen, haftet die Mieterin für adäquat-kausale Folgeschäden. Darüber hinaus kann die Verletzung der Meldepflicht einen Kündigungsgrund darstellen. Die Mieterin hat jedoch die Möglichkeit, sich zu exkulpieren. Des Weiteren müssen durch die Mieterin Arbeiten und Besichtigungen am Mietgegenstand geduldet werden, wobei die schonende Rechtsausübung durch den Vermieter gilt. Aufgrund dessen sollte die Mieterin frühzeitig über bspw. Besichtigungstermine informiert werden. Zur weiteren Pflicht gehört die Durchführung von gewöhnlichen Unterhaltsarbeiten am Mietgegenstand. Davon sind leichte resp. geringfügige Mängel erfasst, die sich mit einfachen und ungefährlichen Handgriffen beheben lassen.

Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse lässt sich sagen, dass das Gesetz einen umfangreichen Schutz vor Mietmängeln gewährt. Dies bestätigt sich unter anderem dadurch, dass das Mietrecht eine Vielzahl von Rechtsbehelfen zum Vorgehen gegen Mietmängel anbietet. Grundsätzlich wird eine friedliche Lösung bei der Behebung dieser Mängel angestrebt. Falls der Vermieter jedoch nicht kooperiert, kann mit Unterstützung der Schlichtungsbehörde die Mängelbehebung durchgesetzt werden – sofern der Anspruch auf Behebung berechtigt ist. Wichtig ist es jedoch, dass die Mieterin ihren mietrechtlichen Pflichten im Zusammenhang mit Mietmängeln ebenso nachkommt, wie der Vermieter.

### **Wahrheitserklärung**

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst habe.

Gleichzeitig nehme ich zur Kenntnis, dass die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse dieser Arbeit bei der ZHAW liegen. Das Recht auf Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Pratteln, 29. Mai 2023



Doris Prižmić