

Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht¹

Dr. iur. Hannes Zehnder, Rechtsanwalt (Pfäffikon/SZ)

Bei Streitigkeiten um die Haftung des Verkäufers, Unternehmers oder Mieters (nach Rückgabe der Mietsache) taucht immer wieder der Einwand auf, der Käufer, Werkbesteller oder Vermieter hätte den haftungsbegründenden Sachverhalt überhaupt nicht, nicht hinreichend oder zu spät gerügt. Tatsächlich dürften viele Haftungsklagen – empirische Forschungen fehlen leider – an diesem Einwand scheitern. Die Mängelrüge spielt somit bei der Beurteilung von Haftungsfällen im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht eine wichtige Rolle. Der folgende Aufsatz behandelt wichtige Aspekte dieser Erklärung.

A. Rechtsnatur

1. Die Rüge soll den Vertragspartner «von allfälligen Mängeln ... in Kenntnis setzen» (Art. 367 Abs. 1 OR). Sie dient als «Anzeige» (Art. 201 Abs. 2 OR) der Information des Vertragspartners. Insoweit ist die Rüge wie andere Informationen von Vertragsparteien eine *Vorstellungsausserung* über einen bestimmten Sachverhalt und keine Willenserklärung. Sie ist nicht darauf gerichtet, ein Recht oder Rechtsverhältnis zu begründen, abzuändern oder zu beenden. Namentlich vermag die Mängelrüge allein noch keine Mängelhaftung herbeizuführen.

2. Allerdings kann die Verletzung der Rügepflicht zum *Rechtsverlust* führen. Werden erkannte oder bei der Prüfung einer Sache erkennbare Mängel nicht (rechtzeitig oder hinreichend) gerügt, so gilt gemäss den ausdrücklichen Vorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechts die Sache oder das Werk «rücksichtlich dieser Mängel» (Art. 370 Abs. 3 OR) als genehmigt (Art. 201, Art. 370 OR). Mit der Genehmigung wird Verkäufer oder Unternehmer «von seiner Haftpflicht befreit» (Art. 370 Abs. 1 OR). Art 267a OR sieht vor, dass auch der Vermieter seine Ansprüche für jene Mängel der Mietsache verliert, die bei deren Rückgabe erkennbar sind und nicht gerügt werden. Insoweit entspricht die Regelung praktisch vollumfänglich jener von Art. 370 OR für das Werkvertragsrecht. Wie es sich mit anderen, den sogenannten geheimen Mängeln des zurückgegebenen Mietobjektes verhält, wird im Mietrecht nicht ausdrücklich geregelt. Das Gesetz schreibt nur vor, dass der Vermieter diese dem Mieter «sofort melden» muss (Art. 267a Abs. 3 OR). Es ist jedoch in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre anzunehmen, dass auch hier die Verletzung der Rügepflicht zum Verlust der Haftungsansprüche des Vermieters führt². Ganz generell kann die Rügepflicht keine unterschiedliche Bedeutung haben, je nachdem ob sie dem Kauf-, Werk- oder Mietvertragsrecht untersteht. Vielmehr verlangen das allgemeine Prinzip «der widerspruchsfreien und koordinierten Anwendung der Rechtsordnung» (BGE 126 III 226) im

Der Autor befasst sich in erster Linie mit der Frage der Rechtzeitigkeit von Mängelrügen. Er lehnt es ab, bei der Bestimmung der Rügefrist auf den Einzelfall abzustellen. Ausgehend von Beispielen aus der Rechtsprechung schlägt er eine für den Praktiker leicht handhabbare generelle Rügefrist vor und äussert sich zum Beginn der Rügefrist und zum Zugangsrisiko.
Zi.

L'article traite de l'avis des défauts dans la vente, le bail à loyer et le contrat d'entreprise. L'auteur en examine la nature et le contenu et s'interroge en particulier sur le terme avant lequel il faut faire valoir ce moyen.
Hj. P.

¹ Prüfungs- und Rügepflichten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Aufsatz hat Herr RA lic. iur. Kurt Gemperli, St. Gallen, übernommen. Ihm sei dafür herzlich gedankt.

² ZK-Higi, N 39 zu Art. 267a OR.

allgemeinen und der einheitlichen Anwendung des Schuldrechts im besonderen, dass der Inhalt dieser Verpflichtung für alle drei Vertragsarten gleich ausgelegt wird.

3. Das Gesagte gilt nicht uneingeschränkt: Bei *absichtlicher Täuschung* des Verkäufers oder Unternehmers «findet eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nicht statt» (Art. 203 OR, Art. 370 Abs. 1 OR). Dieser Grundsatz gilt (obschon in Art. 267a OR nicht speziell erwähnt) auch gegenüber dem Mieter, der den Vermieter absichtlich (z.B. durch Vertuschung eines Mangels am Mietobjekt) täuscht. Wer absichtlich täuscht, handelt bewusst treuwidrig. Wer bewusst treuwidrig handelt, verdient den Schutz «schlechterdings» nicht, den das Gesetz mit der (strengen) Prüfungs- und Rügepflicht gewährt³.

B. Inhalt

1. Der notwendige Inhalt der Rüge besteht zunächst in der «Anzeige» der Mängel (Art. 201 Abs. 1 OR). Diese Anzeige soll den Vertragspartner darüber informieren, inwieweit die Kaufsache, das Werk oder die zurückgegebene Mietsache als mangelhaft betrachtet wird. Sie ist zwar an keine besondere Form gebunden. Doch «muss die Rüge sachgerecht substantiiert sein und die Mängel (möglichst) genau angeben» (BGE 107 II 175). Es genügt nicht, bloss die Hauptmängel zu nennen⁴. Haben mehrere Unternehmer einen Baumangel gemeinsam verursacht, was immer wieder vorkommt, so hat der Besteller die Rüge gegenüber jedem Verantwortlichen einzeln zu erheben (nach Art. 1.8.2 der SIA-Ordnung 102 und 103 sogar gegenüber dem allenfalls mitverantwortlichen Architekten/Ingenieur)⁵.

Der Rüge entsprechend hat der Verkäufer, Unternehmer oder Mieter die entsprechenden Dispositionen zu treffen. Damit bestimmt der Werkbesteller oder Käufer insbesondere den Gegenstand (z.B. Risse an der Westfassade) einer allenfalls geschuldeten Mängelbehebung. Die Wahl der Behebungsmethode liegt hingegen bei seinem Vertragspartner und kann nicht durch den Rügenden festgelegt werden⁶.

2. Unerlässlicher Inhalt der Rüge ist nach herrschender Praxis und Lehre nicht bloss die Anzeige des Mangels, sondern auch die Erklärung, seinen Vertragspartner dafür haftbar zu machen⁷. Für das Mietrecht ist das in Art. 267a Abs. 1 OR sogar explizit gesagt, indem der Vermieter die «Mängel, für die der Mieter einzustehen hat, diesem ... melden» muss. Diese «Haftbarmachungserklärung» braucht nicht ausdrücklich kundgegeben werden. Sie kann auch stillschweigend erfolgen. Zeigt zum Beispiel ein Besteller seinem Baumeister Fassadenrisse unter dem Titel «Mängelrüge» an, so hat er diese hinreichend gerügt⁸. Keine genügende Rüge ist indessen das blosses Zusenden eines Abnahmeprotokolls nach der Rückgabe einer Mietsache⁹ oder die blosses Übermittlung einer Expertise. Daraus kann der Mieter oder Unternehmer nicht entnehmen, inwieweit er verantwortlich gemacht werden soll.

C. Die Pflicht zur sofortigen Rüge

a) Gesetz, Praxis und Lehre

1. Nach dem Wortlaut der einschlägigen *gesetzlichen Bestimmungen* des Kauf-, Werkvertrags- und Mietrechts müssen Käufer, Werkbesteller und Vermieter die Mängelrüge «sofort» erheben. Bei offenen Mängeln, die bei

der Übernahme des Kaufgegenstandes, der Ablieferung des Werkes¹⁰ oder bei der Rückgabe der Mietsache erkennbar sind und infolge einer (fristgerechten) Prüfung tatsächlich erkannt werden, ist dies grundsätzlich sofort nach Abschluss der Prüfung¹¹. Wird keine Prüfung durchgeführt und werden darum offene Mängel nicht erkannt, so beginnt die Rügefrist mit dem Ablauf des Zeitraums, der zur Prüfung der Sache oder des Werks zur Verfügung gestanden hätte¹². Geheime Mängel, die nicht schon bei der Prüfung, sondern erst «später» feststellbar sind, sind «sofort nach der Entdeckung» zu rügen (Art. 201 Abs. 3, Art. 370 Abs. 3 OR).

2. Gemäss *Rechtsprechung des Bundesgerichts* ist ein Mangel einer Kaufsache, der zwei Tage nach seiner Feststellung (den Entdeckungstag nicht mitgerechnet) mitgeteilt wird, rechtzeitig und damit sofort angezeigt (BGE 98 II 198). Das gleiche gilt für eine Rüge, die am 27. September

³ Gauch, Der Werkvertrag (4. A., Zürich 1996) Nr. 2162.

⁴ OR-Zindel/Pulver, N 18 zu Art. 367 OR.

⁵ Zu den Konsequenzen einer nur gegenüber einem Verantwortlichen erklärten Mängelrüge: Zehnder, Gedanken zur Mehrpersonenhaftung im Baurecht, BR 1998, 7.

⁶ Gauch (zit. Anm. 2) Nr. 1715.

⁷ Z.B. Gauch (zit. Anm. 2) Nr. 2133.

⁸ Vgl. Gauch (zit. Anm. 2) Nr. 2134.

⁹ Lachat/Stoll, Mietrecht für die Praxis (4. A., Zürich 1999) 593.

¹⁰ An sich genügt es nach dem Wortlaut von Art. 367 Abs. 1 OR, wenn der Werkbesteller rügt, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist». Allerdings verlangen Praxis und Lehre (mit Hinblick auf Art. 201 OR) vom Besteller, dass er auch einen offenen Werkmangel sofort rügt (Gauch, zit. Anm. 2, Nr. 2141 mit Verweisen).

¹¹ Gauch (zit. Anm. 2) Nr. 2142.

¹² Vgl. ZK-Giger, N 78 zu Art. 201 OR.

der Post übergeben wird, wenn der Käufer den Mangel der Kaufsache am 23. September entdeckt und zwischen Feststellung und Rüge ein Wochenende liegt (BGE 76 II 225). Verspätet ist jedoch nach der Auffassung des Bundesgerichts eine Rüge, die der Werkbesteller am 4. November gegenüber seinem Unternehmer für einen Mitte Oktober entdeckten Werkmangel (Wassereintrich) erhebt (BGE 107 II 177, bestätigt in BGE 118 II 148). Mit der Frage, wie es sich mit einer Rüge verhält, die 3 bis 19 Tage nach Entdeckung eines Mangels erklärt wird, hat sich das Bundesgericht – zumindest in den publizierten Entscheidungen – noch nie befassen müssen.

3. Die *Lehre* wird vor allem von der Darstellung von *Gauch* zur werkvertraglichen Mängelrüge geprägt. Ver-

langt wird eine «unverzögliche», nicht aber eine «überstürzte Mängelrüge». Dem zur Rüge Verpflichteten steht eine kurze Entscheidungsfrist zu, innerhalb welcher er den Entschluss zur Rüge fassen muss. Er muss sich jedoch rasch («mit tunlicher Beschleunigung») entscheiden und hat dann die Rüge, ohne Zeit zu verlieren, zu erklären¹³. Konkrete Angaben über die Dauer der Frist liefert die Lehre nicht. Eine Ausnahme macht *Higi*. Gemäss seiner Auffassung muss sich die Rüge, die Art. 267a OR vom Vermieter bei Rückgabe einer (mangelhaften) Mietsache verlangt, binnen etwa einer Woche nach der Feststellung des Mangels «im Zugriffsbereich» des Mieters befinden¹⁴.

Von dieser Ansicht *Higis* abgesehen, besteht in der Lehre ziemlich Einmütigkeit darin, dass es für die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht auf den Zugang oder die Kenntnisnahme durch den Adressaten ankommt, sondern (richtigerweise) auf den Zeitpunkt der Absendung an den Erklärungsempfänger. Die Mängelrüge reist auf Gefahr des Adressaten. Dieser trägt neben dem Zugangsrisiko auch das Risiko einer Verzögerung. «Diese Risikoverteilung rechtfertigt sich aus der Tatsache, dass der Unternehmer (Verkäufer, Mieter) es ist, der durch Ablieferung eines mangelhaften Werkes (Kauf- oder Mietsache) die Notwendigkeit der Rüge erst geschaffen hat»¹⁵. Und schliesslich kann die Rügefrist gemäss einhelliger Lehre nicht länger dauern als die Verjährungsfrist.

b) Eigene Stellungnahme

1. Das Postulat der Lehre, wonach dem zur Rüge Verpflichteten stets eine kurze Entscheidungs- und Erklärungsfrist zusteht, ist meiner An-

sicht nach richtig und verträgt sich durchaus mit dem gesetzlichen Erfordernis, dass die Rüge sofort zu erheben ist. Auch ein sofort notwendiges Handeln darf zuerst überlegt werden. Nur ist damit für den Praktiker, der vor der Frage steht, ob die Rüge rechtzeitig erhoben wurde oder nicht, nicht viel gewonnen. Der Praktiker hätte in diesem Punkt gerne Klarheit, und zwar durch eine verlässliche Fristangabe in Tagen. An sich wäre der Gesetzgeber gefordert¹⁶. Es wäre durchaus möglich, die für die Erhebung der Rüge zur Verfügung stehende Frist, die Rügefrist, in Tagen festzulegen, um so zur Rechtssicherheit beizutragen. Rechtsmittelfristen werden ebenfalls in Tagen bestimmt. Auch der «Ersatzgesetzgeber» des Art. 1 Abs. 2 ZGB, der Richter, wird dem Praktiker die Frage nach der einzuhaltenden Rügefrist nicht generell beantworten. Er beurteilt die Angelegenheit fallbezogen und entscheidet – wie die vorne erwähnten Bundesgerichtsentscheide zeigen – nur darüber, ob die Mängelrüge rechtzeitig erhoben wurde oder nicht. Darum sei der Versuch gewagt, unter Berücksichtigung der vorhin dargestellten Praxis und Lehre eine Frist vorzuschlagen, innert welcher die Rüge (von Gesetzes wegen) noch als sofort erhoben gelten kann. Nach meiner Ansicht kann es unter dem Gebot des sofortigen Handelns vom prompten Käufer, Werkbesteller und Vermieter durchaus verlangt werden, dass er sich *innert einer Woche seit Entdeckung des Mangels* (bei offenen Mängeln: nach Abschluss der Prüfung) zur Rüge entscheidet und die Rügeerklärung abgibt¹⁷. Dabei ist entsprechend der Regel von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR der Entdeckungstag nicht mitzuzählen. Zudem liegt das Zugangsrisiko, wie bereits dargelegt wurde, beim Rügeempfänger. Die hier

¹³ *Gauch* (zit. Anm. 2) Nr. 2180; so auch ZK-Bühler, N 36 zu Art. 370 OR; OR-Zindel/Pulver, N 17 zu Art. 370 OR.

¹⁴ ZK-Higi, N 34 zu Art. 267a OR.

¹⁵ *Gauch* (zit. Anm. 2) Nr. 2147; vgl. auch ZK-Bühler, N 54 zu Art. 367 OR, BK-Giger, N 91 zu Art. 201 OR.

¹⁶ In diesem Zusammenhang sei eine etwas längere Anmerkung angebracht: Die EU-Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter sieht keine Rügepflicht mehr vor. Für die Mitgliedsstaaten besteht allerdings die Option, eine Rügepflicht sowie eine Rügefrist von zwei Monaten vorzusehen. Die Umsetzung dieser Richtlinie ins nationale Recht soll bis zum 1. Januar 2002 erfolgen. Es ist durchaus denkbar, dass diese Richtlinie auch zu einer Neuregelung der Rügepflicht im schweizerischen Kaufrecht führt (zum Ganzen: *Stauder*, Die Gewährleistung nach OR und EU-Recht, in: *plädoyer* 2000, 32 ff.).

¹⁷ So auch: *Maissen*, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen, Diss. Zürich 1999, 78.

vorgeschlagene Siebentagefrist wäre eine gängige Frist, die sich im Bewusstsein der Rechtsanwender einprägen könnte. Nicht innerhalb von 7 Tagen erhobene Rügen erachte ich als nicht sofort erklärt und damit als verspätet.

2. Ich bin mir dessen durchaus bewusst, dass ich mit der hier postulierten Siebentagefrist an die Grenze dessen gegangen bin, was sich mit dem Wortlaut des Gesetzes, wonach die Mängelrüge «sofort» erklärt werden muss, noch verträgt. Doch besteht für eine übertrieben strenge Auslegung des Begriffs «soweit» kein Anlass. Denn die gesetzliche Pflicht zur sofortigen Rüge ist – etwas drastisch ausgedrückt – eine «*Gläubigerfalle*», die Käufer, Werkbesteller und Vermieter nur allzu oft um berechnete Ansprüche bringt. Auch das Argument, die Pflicht zur sofortigen Rüge sei vorab «im Interesse der Verkehrssicherheit» aufgestellt worden» und ermögliche «eine rasche Klarstellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse» (BGE 88 II 365), überzeugt nicht mehr. Das mag zwar die ursprüngliche Idee des Gesetzgebers gewesen sein. Wer sich jedoch heute mit Vertragsstreitigkeiten beschäftigt, kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es bei der Frage nach der Rügeerhebung nicht mehr um eine Klarstellung der Verhältnisse geht, sondern die Mängelrüge vielfach zu einem formalistischen Institut verkommen ist, das es ermöglicht, Auseinandersetzungen bequem zu erledigen, ohne sich mit so heiklen Rechts- und Sachfragen wie etwa der Bestimmung des Minderwerts oder des Schadens zu beschäftigen. Abgesehen davon ist die Frage nach der Klarstellung der Verhältnisse eher ein Problem der Beweissicherung und hat mit der anders gelagerten Rechtsfrage, wie lange die Rügefrist dauert, nicht viel gemein.

Ich lehne aber auch die im BGE 118 II 148 geäußerte Auffassung ab, es komme bei der Bestimmung der für die Erhebung der Rüge einzuhaltenen Frist, der Rügefrist, auf den Einzelfall an, etwa auf die Komplexität eines Schadens oder die Person des Rügeverpflichteten. Hier geht es um die Bestimmung einer *Entscheidungs- und Erklärungsfrist*. Diese kann nur und muss für alle Rechtsgenossen *gleich lang* sein. Eine Unterscheidung nach der Person des Rügeverpflichteten oder der Art des Mangels macht das Gesetz nicht. Es verlangt in allen Fällen eine sofortige Rüge. Eine solche Unterscheidung würde auch dem Grundsatz der gleichmässigen Anwendung des Schuldrechts widersprechen. Zudem wird mit der Forderung nach Einzelfallbezogenheit der Rügefrist im Grunde genommen das Datum, an dem die Rügefrist zu laufen beginnt, mit deren Dauer vermischt: Die Rügefrist beginnt für offene Mängel in aller Regel nach Abschluss der Prüfung und für geheime Mängel erst mit ihrer «zweifelsfreien Feststellung» (BGE 107 II 175). Prüfung und Feststellung komplexer Sachverhalte gestalten sich naturgemäss schwieriger und benötigen mehr Zeit als jene von einfachen Tatbeständen. Dementsprechend kann es bezüglich des Beginns der Rügefrist, da diese eben gerade von der Prüfung der Sache oder der Entdeckung des Mangels abhängt, durchaus auf den konkreten Einzelfall ankommen. Dem trägt auch das Gesetz Rechnung, indem es für die Durchführung und den Abschluss der Prüfung einer Sache oder Werks keine einheitliche Frist setzt, sondern diese (erst) dann verlangt, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist» (Art. 201 Abs. 1, 367 Abs. 1 OR). Anders verhält es sich hingegen bei der Bestimmung der durch die Prüfung

der Sache oder Entdeckung des Mangels ausgelösten Rügefrist. Diese ist (als blosse Entscheidungs- und Erklärungsfrist) – wie bereits festgestellt – für alle gleich lang. Allein die Tatsache, dass eine Rüge allenfalls etwas umfangreicher ausfallen kann, rechtfertigt keine Verlängerung dieser Frist. Zudem sind ja an den Inhalt einer Mängelrüge keine übertrieben strengen Anforderungen zu stellen.

3. Schliesslich sei zum *Beginn der Rügefrist* präzisiert: Zur zweifelsfreien Feststellung des Mangels gehört nicht bloss, dass der zur Rüge Verpflichtete um die Mangelhaftigkeit der Sache weiss, sondern auch (in sinngemässer Anwendung von Art. 60 Abs. 1 OR) «die Person des Haftpflichtigen» kennt; sonst kann er die von ihm verlangte «Haftbarmachungserklärung» nicht abgeben. Das gilt namentlich bei einer allfälligen Verantwortlichkeit mehrerer. Auch hier reicht es nicht aus, dass der zur Rüge Verpflichtete nur den Mangel des Gesamtwerks kennt. Vielmehr muss er auch wissen, welcher Beteiligte effektiv mangelhaft geleistet hat. Es kann von ihm nicht verlangt werden, dass er «aufs Geratewohl» hinaus rügt¹⁸. Sobald der zur Rüge Verpflichtete aber einen der Verantwortlichen kennt, hat er ihm gegenüber den Mangel sofort zu rügen. Er darf nicht zuwarten, bis ihm alle möglichen Verantwortlichen bekannt sind.

D. Beweislast

Nach herrschender Lehre und Praxis liegt die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Rüge *beim Rügeverpflich-*

¹⁸ Gauch (zit. Anm. 2) Nr. 2182.

teten¹⁹. Dementsprechend hat er nach Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Zweifaches nachzuweisen: «wann er den gerügten Mangel entdeckt hat²⁰» und wann er ihn «wie und wem ... mitgeteilt hat» (BGE 107 II 176; bestätigt in BGE 118 II 147). Zudem obliegt es dem Rügelasteten, den Beweis für «den gehörigen Inhalt der Mängelrüge» zu führen²¹.

E. Abweichende Vertragsabreden

a) Kauf- und Werkvertragsrecht

Nach einmütiger Praxis und Lehre sind die gesetzlichen Bestimmungen des Kauf- und Werkvertragsrechts über die Prüfungs- und Rügepflichten *dispositiver Natur*. Die Parteien können die Rügepflicht verschärfen, mildern oder gänzlich wegbedingen. Namentlich steht es im Belieben der Parteien, die Rügefrist durch Parteiabrede zu verlängern (was für Käufer und Werkbesteller ratsam ist) oder gar zu verkürzen²². Die Vertragspraxis ist vielfältig. In schriftlichen Bauwerkverträgen ist die Verlängerung der Rügefrist – durch vertragliche Übernahme der SIA-Norm 118 – die Regel. Diese Norm enthält eine ausgespro-

chen «konsumentenfreundliche» Regelung, indem der Bauherr während der Dauer von zwei Jahren seit der Abnahme des Werks oder eines einzelnen Werkteils «in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen» darf (SIA-Norm 118, Art. 173 Abs. 1). Die Nachteile, die sich aus einer nicht sofortigen Rüge für den Unternehmer allenfalls ergeben können, werden dadurch kompensiert, dass der Bauherr «den weiteren Schaden selbst zu tragen» hat, «der bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können» (SIA-Norm 118, Art. 173 Abs. 2). Nach Ablauf der Zweijahresfrist lebt die Pflicht zur sofortigen Rüge wieder auf (SIA-Norm 118, Art. 179 Abs. 2).

b) Mietrecht

1. Mietverträge werden in aller Regel schriftlich abgeschlossen. Zumeist werden die Allgemeinen Bedingungen des jeweiligen kantonalen Hauseigentümergeverbands in den Vertrag übernommen. Erstaunlicherweise finden sich in den Bedingungen vieler Deutschschweizer Hauseigentümergeverbands (z.B. Zürich, Basel-Stadt, Schwyz) keine abweichenden Regelungen von der gesetzlichen Prüfungs- und Rügeordnung des Art. 267a OR. Insbesondere wird am Erfordernis der Sofortrüge festgehalten. Selbst Konkretisierungen darüber, was noch als sofortige Rüge zu gelten hat, fehlen in diesen Bestimmungen, obschon solche Präzisierungen – da sie keine Abweichung vom Gesetz enthalten – ohne weiteres erlaubt wären. Der Grund dafür dürfte in der *Mietrechtslehre* liegen. Diese erachtet die Prüfungs- und Rügeordnung des Art. 267a OR als *relativ zwingend*; davon dürfe nur zugunsten und nicht zuungunsten des Mieters abgewichen wer-

den. Eine Begründung dieser Ansicht kann ich der Lehre nicht entnehmen²³. Eine kritische Hinterfragung ergibt:

2. Art. 267a OR hat nahezu den gleichen Wortlaut wie Art. 201, 367 und 370 OR. Der bereits erwähnte Grundsatz der einheitlichen Auslegung des Schuldrechts verlangt, dass gleichlautende Begriffe (allen Spezialisierungstendenzen zum Trotz) gleich zu verstehen sind²⁴. Schon darum kann die mietvertragliche Prüfungs- und Rügeordnung ebenso wie jene des Kauf- oder des Werkvertragsrechts nur *dispositiven Charakter* haben. Bezüglich Rechtsnatur und übrigen Inhalts der Prüfungs- und Rügepflichten lehnen sich die Mietrechtsautoren denn auch durchaus an der «bewährten Lehre» (Art. 1 Abs. 3 ZGB) des Kauf- und Werkvertragsrechts an. Am dispositiven Charakter von Art. 267a OR ändert auch nichts, dass das Gesetz – wie übrigens auch bei den verwandten Bestimmungen des Kauf- und Werkvertragsrechts – die Imperativform («muss sofort» melden) verwendet. Das Gesetz kann sich generell nicht in unverbindlicher Form, sondern muss sich in verbindlicher Art und Weise an seine Adressaten richten. Es ist aber nicht bloss der Kontext zum Kauf- und Werkvertragsrecht, der für den dispositiven Charakter von Art. 267a OR spricht, sondern auch wertungsmässige Überlegungen. Zwar bezweckt das Mietrecht als soziales Recht allgemein den Schutz vor «Missbräuchen zu Lasten der sozial schwächeren Partei»²⁵, des Mieters. Doch ist auszuschliessen, dass der Mieter, der seinen Vermieter durch vertragswidrige Benützung des Mietobjektes schädigt, diesen Schutz in seiner absoluten Form noch verdient. Der Geschädigte bedarf eher des Schutzes als sein Schädiger. Dies gilt um so mehr, als nach der Rück-

¹⁹ *Gauch* (zit. Anm. 2) Nr. 2169 mit vielen Verweisen.

²⁰ Kritisch: *Gauch* (zit. Anm. 2) Nr. 2190.

²¹ OR-*Zindel/Pulver*, N 32 zu Art. 367 OR.

²² Z.B. *Gauch* (zit. Anm. 2) Nr. 2463; OR-*Hon-sell*, N 13 zu Art. 201 OR.

²³ Vgl. ZK-*Higi*, N 5 zu Art. 267a OR; *Permann/Schaner*, Kommentar zum Mietrecht, Zürich 1999, 347; *Ronceroni*, mp 90, S. 89; *SVIT-Kommentar*, N 6 zu Art. 267–267a OR.

²⁴ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, Basel 1998, 65.

²⁵ ZK-*Higi*, N 27 Vorbemerkungen zu Art. 253–274g OR.

gabe des Mietobjektes und dem Auszug des Mieters kein Abhängigkeitsverhältnis mehr zwischen den Parteien besteht. Es ist darum auch sachlich gerechtfertigt, dem Vermie-

ter zu erlauben, sich zumindest durch abweichende Abrede vom gesetzlichen Erfordernis der sofortigen Rüge zu dispensieren. Durch Vereinbarung einer längeren Rügefrist vermag er

sich wenigstens davor zu schützen, dass seine Haftungsansprüche schon an der «Gläubigerfalle» Sofortrüge hängen bleiben.