

# FR\_GERICHTE 102 2022 123 vom 7. März 2023

FR Kantonsgericht, 2023-03-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_102\\_2022\\_123](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2022_123)

FR: FR\_GERICHTE 102 2022 123 du 7 mars 2023

IT: FR\_GERICHTE 102 2022 123 del 7 marzo 2023

## Regeste

Urteil des II. Zivilappellationshofes des Kantonsgerichts

## Erwägungen

### E. 1

ZPO). Massgebend für die Berücksichtigung der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren sind die bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides vorgebrachten Erklärungen der Parteien und nicht der erstinstanzliche Entscheid selbst, die Rechtsmittelanträge oder die Parteierklärungen im Rechtsmittelverfahren (REETZ/THEILER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

### E. 1.1

Über Berufungen aus dem Gebiet des Mietrechts entscheidet der II. Zivilappellationshof (Art. 52 des Justizgesetzes vom 31. Mai 2010 (JG, SGF 130.1); Art. 17 Abs. 1 Bst. a des Reglements des Kantonsgerichts betreffend seine Organisation und seine Arbeitsweise vom 22. November 2012 (RKG; SGF 131.11).

### E. 1.2.1

End- und Zwischenentscheide des Mietgerichts unterliegen der Berufung an das Kantonsgericht, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 ZPO). Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder eine allfällige Publikation des Entscheids sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs.

### E. 1.2.2

Im vorliegenden Fall ersuchte die Berufungsklägerin zuletzt um Festsetzung des Anfangsmietzinses auf CHF 1'000.- sowie um Rückerstattung der zu viel bezahlten Mietzinse seit dem 1. Oktober 2010 (I.), um Herabsetzung des (neu festgesetzten) Mietzinses ab dem 1. Januar 2021 auf CHF 818.- (II.) sowie um Rückerstattung der Nebenkosten der letzten zehn Jahre im Umfang von CHF 27'708.50 nebst Zins (III.). Der Mietzins der streitgegenständlichen Wohnung betrug am 1. Oktober 2010 CHF 1'500.-, ab dem 1. Oktober 2015 CHF 1'293.-, ab dem 1. Oktober 2017 CHF 1'270.- und ab dem 1. Juli 2020 CHF 1'254.-. Somit beläuft sich der Streitwert des ersten Rechtsbegehrens betreffend Neufestsetzung des Anfangsmietzinses und Rückerstattung der zu viel bezahlten Mietzinse auf CHF 47'466.- (Periode 1.10.2010 – 30.9.2015: CHF 30'000.- [5 x 12 x 500 (1'500 – 1'000)]; Periode 1.10.2015 – 30.9.2017: CHF 7'032.- [2 x 12 x 293 (1'293 – 1'000)]; Periode 1.10.2017 – 30.6.2020: CHF 8'910.- [33 x 270 (1'270 – 1'000)]; Periode 1.7.2020 – 31.12.2020: CHF 1'524.- [6 x 254 (1'254 – 1'000)]). Der Streitwert des zweiten Rechtsbegehrens betreffend Herabsetzung des neu festgesetzten Mietzinses ab dem 1.

Januar 2021 beläuft sich auf CHF 104'640.- (12 x 20 x 436 [1'254 – 818]). Der Streitwert des dritten Rechtsbegehrens beträgt CHF 27'708.50. Der gesamte Streitwert beträgt somit CHF 179'814.50, sodass die Berufung offensichtlich zulässig ist. Die beantragte Entschädigung für die Parteikosten des Schlichtungsverfahrens (Rechtsbegehren Ziffer 6) ist für die Bestimmung des Streitwerts nicht zu berücksichtigen, da es sich dabei um vorprozessuale Aufwendungen und Vertretungskosten handelt (Urteil BGer 5D\_23/2017 vom 8. Mai 2017 E. 4.3.3)

### **E. 1.2.3**

Der Streitwert für die Beschwerde ans Bundesgericht ist ebenfalls erreicht (Art. 51 Abs. 1 Bst. a und 74 Abs. 1 Bst. a BGG)

### **E. 1.3**

Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage seit Zustellung des begründeten Entscheids (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Gerichtsort vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet sie am nächsten Werktag (Art. 142 Abs. 3 ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerin am 2. Juni 2022 zugestellt, so dass die am Montag, 4. Juli 2022, eingereichte Berufung rechtzeitig erfolgte.

### **E. 1.4**

Die Berufung ist schriftlich bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen und muss eine Begründung enthalten (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die vorliegende Berufungsschrift enthält Rechtsbegehren und ist grundsätzlich begründet. Es ist darauf einzutreten, unter Vorbehalt von Erwägung 6.3.

Kantonsgericht KG Seite 8 von 30 Die Berufungsbeklagten bringen vor, auf die Rechtsbegehren Ziffern 2 und 3 der Berufung sei mangels Bezifferung der Forderung nicht einzutreten. Darauf ist unter den Erwägungen 5.2.2 und 5.3.1 näher einzugehen.

### **E. 1.5**

Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz hat den angefochtenen Entscheid im Umfang der Anträge im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe mit voller Kognition neu zu beurteilen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

### **E. 1.6**

Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren.

### **E. 1.7**

Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

### **E. 1.8**

Die Rechtsmittelinstanz kann eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Der Zivilappellationshof verzichtet auf die Durchführung einer Verhandlung. 2. 2.1. Die Berufungsklägerin rügt vorab, das Mietgericht sei nicht ordentlich zusammengesetzt gewesen. Aufgrund des Mutterschaftsurlaubs der ordentlichen Gerichtspräsidentin J.\_\_\_\_\_ sei K.\_\_\_\_\_ vom Justizrat am 23. August

2021 als Gerichtspräsident ad hoc ernannt worden; diese Ernennung habe für maximal sechs Monate gegolten. K. \_\_\_\_\_ habe erstmals am 7. September 2021 ein Schreiben des Gerichts unterzeichnet und dann namentlich die Hauptverhandlung vom 10. Januar 2022 präsiert und das Protokoll unterzeichnet. Das Urteil vom 25. Mai 2022 sei aber von Gerichtspräsidentin J. \_\_\_\_\_ unterzeichnet worden, welche an der Gerichtsverhandlung infolge Mutterschaftsurlaub nicht teilgenommen und damit auch die Parteivorträge nicht gehört habe; gemäss einem Schreiben vom 24. Mai 2022 habe Gerichtspräsidentin J. \_\_\_\_\_ am 1. März 2022 wieder alle Fälle übernommen. Damit habe ein falsch (bzw. nicht ordentlich) besetztes Gericht das angefochtene Urteil gefällt. Die Berufungsbeklagten halten dafür, die Besetzung des Mietgerichts sei gesetzeskonform gewesen, und die Berufungsklägerin habe keinen Rechtsnachteil erlitten bzw. lege keinen solchen dar. Auch stelle sie im Zusammenhang mit der Zusammensetzung des Gerichts keine Rechtsbegehren. Im angefochtenen Urteil wird darauf hingewiesen, dass die vorübergehende Änderung des Spruchkörpers bekanntermassen durch den zeitweisen Mutterschaftsurlaub der Gerichtspräsidentin bedingt war. Die Sachlichkeit des Grundes für die erfolgte Besetzungsänderung sei von den Parteien nicht bestritten worden. Damit sei auch nicht ersichtlich, weshalb die Hauptverhandlung wiederholt werden sollte. Der Anspruch auf ein gesetzmässig zusammengesetztes Gericht sei ohne weiteres gewahrt. 2.2. Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind ausdrücklich untersagt. Die Regelung will verhindern, dass Gerichte eigens für die Beurteilung einer Angelegenheit gebildet werden. Die Rechtsprechung soll auch nicht durch eine gezielte Auswahl der Richterinnen und Richter im Einzelfall beeinflusst werden können. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen

Kantonsgericht KG Seite 9 von 30 korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen (BGE 147 III 89 E. 4.1). Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Richters (BGE 137 I 340 E. 2.2.1). Von einem sachlichen Grund ist immer dann auszugehen, wenn diesem Schritt vernünftige, einer sach- und zeitgerechten Fallerledigung dienende Überlegungen zugrunde liegen. Die sachlichen Gründe stehen daher nicht im Gegensatz zu persönlichen, also in der Person der Richterin bzw. des Richters liegenden Motiven, sondern zu sachwidrigen, nicht dem Anliegen einer korrekten Verfahrensführung entspringenden, mithin willkürlichen Beweggründen, die bezwecken, in manipulativer Weise einen ganz bestimmten Spruchkörper für einen konkreten Fall einzurichten, um damit das gewünschte Ergebnis herbeizuführen (vgl. REICH, in Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 30 N. 15 f.). Insofern stellen etwa auch Arbeitsüberlastung oder kürzere krankheitsbedingte Abwesenheiten und Ferien - welche letztere nicht immer kurzfristig geplant bzw. verschoben werden können - jedenfalls bei dringlichen Verfahren sachliche Gründe dar, die sich durch das verfassungsmässige Beschleunigungsgebot (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 1 BV) rechtfertigen lassen (Urteil BGer 1B\_79/2017 vom 21. September 2017 E. 4.2). Im Einzelfall kann nicht vermieden werden, dass die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf eines Verfahrens aus sachlichen Gründen (etwa Krankheit oder Ausscheiden eines Gerichtsmitglieds) ändert (Urteil BGer 5A\_429/2011 vom 9. August 2011 E. 3, in Pra 2011, Nr. 132, S. 966). Gemäss Art. 91 Abs. 1 lit. d Satz 1 JG kann der Justizrat ausnahmsweise

in dringenden Fällen eine Richterin oder einen Richter für höchstens sechs Monate ernennen. Laut Art. 57 Abs. 3 JG tagt das Mietgericht mit drei Mitgliedern, nämlich der Präsidentin oder dem Präsidenten sowie zwei Beisitzenden, von denen eine Person die Eigentümerorganisationen, die andere die Mieterorganisationen vertritt. 2.3. 2.3.1. Die Berufungsklägerin stellt im Zusammenhang mit ihrer Rüge kein konkretes Rechtsbegehren, sodass fraglich ist, ob auf die Rüge überhaupt einzutreten ist. Da sie offensichtlich unbegründet ist, kann die Frage offen gelassen werden. 2.3.2. Gemäss Mitteilung des Justizrates vom 23. August 2021 wurde K.\_\_\_\_\_ vom Justizrat zum Präsidenten ad hoc 10 % (deutsche Angelegenheiten) des Bezirksgericht Saane ernannt, um die Vertretung der ordentlichen Gerichtspräsidentin J.\_\_\_\_\_ während ihres Mutterschaftsurlaubs sicherzustellen, jedoch für eine Maximaldauer von sechs Monaten (L.\_\_\_\_\_). Die Ernennung einer Stellvertretung während des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs soll verhindern, dass die der abwesenden Gerichtspräsidentin zugeteilten Dossiers während dieser Zeit unbehandelt liegen bleiben; sie dient mithin der Verfahrensbeschleunigung und liegt im Interesse der Parteien, namentlich jenen der Klägerin bzw. Berufungsklägerin. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass Mietsachen im vereinfachten Verfahren zu behandeln sind (Art. 243 Abs. 2 Bst. c ZPO), mit dem der Gesetzgeber einen gegenüber dem ordentlichen Verfahren beschleunigten Rechtsweg schaffen wollte (BGE 146 III 297 E. 2.4). Damit liegt ein sachlicher Grund für den vorübergehenden Wechsel in der Besetzung des Mietgerichts vor, was im Übrigen von der Berufungsklägerin auch nicht bestritten wird. Gerichtspräsidentin J.\_\_\_\_\_ hat ihr Amt am 1. März 2022 wieder aufgenommen. Aufgrund der Medienmitteilung des Justizrates vom 23. August 2021 und der gesetzlichen Beschränkung auf sechs Monate (Art. 91 Abs. 1 lit. d Satz 1 JG) ist davon auszugehen, dass K.\_\_\_\_\_ sie ab dem 1. September 2021 vertreten hat, spätestens aber ab dem 7. September 2021, als er ein Schreiben

Kantonsgericht KG Seite 10 von 30 an das Grundbuchamt des Saanebezirks unterzeichnete. Da er gesetzeskonform vom Justizrat ernannt worden war und dafür ein sachlicher Grund vorlag, ist nicht einzusehen, weshalb die von ihm vorgenommenen Verfahrenshandlungen, insbesondere die Hauptverhandlung vom 10. Januar 2022, nicht gültig sein sollten und zu wiederholen wären. Hingegen konnte er nicht über den 1. (evtl. 7.) März 2022 hinaus als Gerichtspräsident ad hoc wirken, da er nicht mehr im Amt war (Urteil BGer 6B\_226/2015 vom 30. Juni 2015 E. 1.2). Überdies berechnet die Berufungsklägerin die Sechsmonatsfrist offenbar falsch, wenn sie davon ausgeht, Gerichtspräsident ad hoc K.\_\_\_\_\_ habe sein Amt höchstens bis am 7. Februar 2022 ausüben können. Die Argumentation der Berufungsklägerin läuft darauf hin, dass eine Stellvertretung während eines Schwangerschaftsurlaubs ausgeschlossen wäre bzw. sämtliche Verfahrenshandlungen des Stellvertreters zu wiederholen wären. Dies stünde im Widerspruch zum Zweck des vereinfachten Verfahrens und insbesondere zum Beschleunigungsgebot. Die Rüge ist unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

### **E. 3**

Aufl. 2016, Art. 308 N. 39 f.). Nach Art. 92 ZPO gilt als Wert wiederkehrender Nutzungen oder Leistungen der Kapitalwert (Abs. 1). Bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer gilt als Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistungen und bei Leibrenten der Barwert (Abs. 2). Bei einer Mietzinsan-

Kantonsgericht KG Seite 7 von 30 passung entspricht der Streitwert somit der jährlichen Differenz zwischen altem und neuem Jahresmietzins, multipliziert mit zwanzig, sofern der

Vertrag auf unbestimmte Dauer lautet. Bei objektiver – Geltendmachung mehrerer Ansprüche durch eine Klage, sei es kumulativ oder eventualiter durch Stellung von Haupt- und Eventualbegehren – und subjektiver Klagehäufung (Art. 71 Abs. 1 ZPO) werden die Rechtsbegehren zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO).

### **E. 3.1**

Die Berufungsklägerin rügt, das Mietgericht habe ihre Eingabe vom 23. Mai 2022 nicht berücksichtigt. Diese Eingabe hätte ihres Erachtens berücksichtigt werden müssen, weil den Parteien kein Aktenschluss angekündigt worden sei. Sie zweifelt auch an, dass das Urteil tatsächlich am 25. Mai 2022 gefällt wurde, da dieses gemäss Mitteilung der Gerichtspräsidentin schon am 24. Mai 2022 in Redaktion gewesen sei. Die Berufungsbeklagten bringen vor, die Rüge sei aktenwidrig. Zudem sei die Eingabe vom 23. Mai 2022 verspätet, und es sei nicht klar, was die Berufungsklägerin aus der fraglichen Eingabe überhaupt zu ihren Gunsten ableiten wolle. Gemäss angefochtenem Urteil waren die neuen Tatsachenbehauptungen in der Eingabe vom 23. Mai 2022 - mit Ausnahme der Vorbringen zur Kostenliste der Gegenpartei - nicht zu berücksichtigen, da das Gericht bereits vor dem 23. Mai 2022 zur Urteilsberatung geschritten sei.

### **E. 3.2**

In Mietsachen stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 Bst. c ZPO, sog. soziale Untersuchungsmaxime). Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Nach Art. 229 Abs. 3 ZPO fällt die Novenrechtsschranke für neue tatsächliche Prozess- und Sachvorbringen mit Beginn der Urteilsberatung (WILLISEGGER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 229 N. 45). Weder aus dem Gesetzestext noch aus den Materialien geht hervor, was mit « bis zur Urteilsberatung » gemeint ist. Nach der Lehre ist – ausser im Fall öffentlicher Urteilsberatungen – darunter wahrscheinlich nicht der faktische Beginn der Urteilsberatung zu verstehen, der von der internen Organisation des Gerichts abhängen kann und den Parteien nicht notwendigerweise bekannt gegeben wird, sondern der Abschluss der Hauptverhandlung (nach welchem die Urteilsberatung beginnen kann), d.h. das Ende der Schlussvorträge, sofern eine solche stattfindet, oder der Ablauf der (gegebenenfalls erstreckten) Frist zur Einreichung schriftlicher Parteivorträge. Das Bundesgericht scheint diese Meinung zu teilen, wenn es festhält, dass die Tatsachen und sämtliche Beweismittel von den Parteien dem Gericht in der Tat vor Abschluss der Hauptverhandlung zur Kenntnis gebracht werden müssen, weil es im Rahmen der Urteilsberatung gestützt auf seine Würdigung der Tatsachen und Beweismittel das Recht auf die festgestellten Tatsachen anwendet und seinen Entscheid fällt (Urteil KG FR 101 2012 357 vom 9. Oktober 2012 E. 2b, unter Hinweis auf BGE 138 III 788 E. 4.2, in Pra

Kantonsgericht KG Seite 11 von 30 2013, 53; vgl. auch Urteile KG FR 102 2020 27 vom 8. Juli 2020, E. 2.1, und 101 2022 12 vom 24. Mai 2022, E. 1.3). Finden keine Schlussvorträge statt und wurde den Parteien auch keine Frist gesetzt, um zu den nach der Hauptverhandlung eingereichten Dokumenten Stellung zu nehmen, ist davon auszugehen, dass die Hauptverhandlung mit der Einreichung der letzten Belege, die an der Hauptverhandlung beantragt worden waren, abgeschlossen wurde. Das Datum des

Abschlusses der Hauptverhandlung entspricht somit jenem dieser Einreichung zuzüglich zehn Tage; von einer solchen Frist kann vernünftigerweise ausgegangen werden, um der Gegenpartei eine allfällige Stellungnahme zum Inhalt der vorgenannten Belege zu ermöglichen (Ausübung des Replikrechts, vgl. zit. Urteil KG FR 101 2012 357, E. 2c).

### **E. 3.3**

Im vorliegenden Fall hielten die Parteivertreter in der Verhandlung vom 10. Januar 2022 nach Behandlung der noch hängigen Beweisanträge und unter gegenseitigem Einverständnis die Schlussvorträge sowie Replik und Duplik; vorbehalten blieb die Einreichung eines aktuellen Mieterspiegels durch die B.\_\_\_\_\_ AG. Gleichzeitig wurden die Rechtsanwälte aufgefordert, ihre Kostenlisten innert der nächsten zehn Tage einzureichen. Der Mieterspiegel wurde von der B.\_\_\_\_\_ AG am 13. Januar 2022 mit der Kostenliste eingereicht und der Gegenpartei mit Schreiben vom 19. Januar 2022 zugestellt. Diese nahm mit Schreiben vom 26. Januar 2022 Stellung. Die Berufungsklägerin hatte ihre Kostenliste bereits gleichentags, d.h. am 10. Januar 2022, eingereicht und das Gericht darauf hingewiesen, dass die Mietliegenschaft per 1. Januar 2022 verkauft worden sei, womit sich die Frage der Passivlegitimation stelle. Daraufhin forderte das Gericht die B.\_\_\_\_\_ AG zur Stellungnahme auf, was diese am 24. Januar 2022 tat. Am 7. Februar 2022 verfügte der Gerichtspräsident, dass die Käuferin C.\_\_\_\_\_ SA von Amtes wegen zur Partei des Verfahrens erklärt wird, und setzte dem Anwalt der B.\_\_\_\_\_ AG eine Frist von zehn Tagen, um zu erklären, ob die C.\_\_\_\_\_ SA beabsichtige, eine Stellungnahme einzureichen, . Am 16. Februar 2022 erklärte der Anwalt der B.\_\_\_\_\_ AG und der C.\_\_\_\_\_ SA, dass diese keine weiteren Stellungnahmen einreicht und vollumfänglich auf die bisherigen Eingaben verweist. Ebenfalls wies der Gerichtspräsident am 21. Februar 2022 ein Gesuch der Berufungsklägerin auf Nachbesserung des Mieterspiegels ab und verwies zur Begründung auf den Endentscheid. Schliesslich wandte sich die Gerichtspräsidentin am 10. Mai 2022 noch bezüglich der Kostenlisten an die Parteien. Unter diesen Umständen erfolgte der Aktenschluss grundsätzlich mit den Schlussvorträgen am 10. Januar 2022, unter Vorbehalt des noch einzureichenden Mieterspiegels und einer allfälligen Stellungnahme der Gegenpartei. Letztere erfolgte am 26. Januar 2022. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Berufungsklägerin dem Gericht am 10. Januar 2022 angezeigt hatte, was sich im Übrigen bereits aus dem Sitzungsprotokoll ergibt, dass die Mietliegenschaft per 1. Januar 2022 verkauft worden war. Die sich daraus ergebende Frage der Passivlegitimation als materiell-rechtliche Voraussetzung des eingeklagten Anspruchs war vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen (BGE 118 Ia 129 E. 1 und 2; 138 III 737 E. 2), und es hat dazu das Beweisverfahren wiedereröffnet (Urteil BGer 5A\_717/2020 vom 2. Juni 2021 E. 4.1.1.2.1 und 4.1.2). Dieses endete mit der Erklärung der C.\_\_\_\_\_ SA vom 16. Februar 2022, auf weitergehende Ausführungen zu verzichten. Zudem wies das Gericht am 21. Februar 2022 ein Gesuch der Berufungsklägerin um Ergänzung des eingereichten Mieterspiegels ab. Damit ist davon auszugehen, dass der Aktenschluss spätestens zehn Tage nach Zustellung der Schreiben vom 16. bzw. 21. Februar 2022 eintrat. Somit ist die Eingabe der Berufungsklägerin vom 23. Mai 2022 offensichtlich verspätet und nicht zu berücksichtigen, soweit sie sich nicht auf die Kostenlisten bezieht. Dass das Gericht den Parteien den Aktenschluss nicht ausdrücklich angezeigt hat, ändert daran nichts, da es dazu nach Abschluss der Hauptverhandlung und der Einreichung des Mieterspiegels und der Abweisung des Antrags um Ergänzung desselben nicht verpflichtet war. Dass das Urteil am 24. Mai 2022 gemäss Gerichtspräsidentin «in Redaktion»

Kantonsgericht KG Seite 12 von 30 war, aber formell erst am 25. Mai 2022 gefällt wurde, schadet nicht; es ist allgemein üblich, bei grösseren Angelegenheiten nach ersten Beratungen einen Urteilsentwurf vorzubereiten, der dann allenfalls noch zu Änderungen im Urteil führen kann. Im Übrigen hatte die Berufungsklägerin in ihrem Schreiben vom 10. Januar 2022 selbst die Meinung geäussert, das Beweisverfahren sei abgeschlossen, sodass ihr auch widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen ist. Die Rüge ist unbegründet. Das Gericht hat zu Recht auf die Rechtsbegehren gemäss Hauptverhandlung vom 10. Januar 2022 abgestellt, und nicht auf jene im Schreiben vom 23. Mai 2022.

#### **E. 4**

Im vorliegenden Mietrechtsverfahren ist die soziale Untersuchungsmaxime anwendbar. Dabei geht es darum, die schwächere Vertragspartei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen und das Verfahren zu beschleunigen. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Gericht nur einer erhöhten Fragepflicht unterworfen. Wie unter der im ordentlichen Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime müssen die Parteien selbst den Prozessstoff beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zu Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Wenn die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind, kann und muss das Gericht wie in einem ordentlichen Verfahren Zurückhaltung üben (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Die anwaltlich vertretenen Parteien haben bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen (Urteil BGer 4A\_701/2012 vom 19. April 2013 E. 1.2.1). Das Gericht hat sich nur über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Die soziale Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen und alle möglichen Beweise abzunehmen (vgl. BGE 125 III 231 E. 4a m.H.). Es ist auch nicht Sache des Gerichts, die Beweismittel danach zu durchforsten, ob sich etwas zu Gunsten der Parteien daraus ableiten lässt (vgl. Urteil BGer 4A\_497/2008 vom 10. Februar 2009 E. 4.2, nicht publ. in: BGE 135 III 220). Verweigert eine Partei entgegen ihren prozessualen Pflichten (vgl. Art. 160 Abs. 1 ZPO) die zumutbare Mitwirkung am Beweisverfahren, kann dieses geschlossen werden. Es obliegt dem Mieter zu beweisen, dass der vereinbarte Mietzins dem Vermieter einen übersetzten Ertrag verschafft. Allerdings muss nach den aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteten Grundsätzen jene Partei, der die Beweislast nicht obliegt, d.h. der Vermieter, bei der Beweiserhebung loyal mitarbeiten und jene Elemente liefern, über die nur sie verfügt (Urteil BGer 4A\_250/2012 vom 28. August 2012 E. 2.3, in SJ 2013 I S. 49). Eine Verletzung dieser Pflicht darf nicht leichthin angenommen werden; sie setzt voraus, dass es dem Mieter unmöglich ist, den Beweis selber zu erbringen, und dass der Vermieter nach Treu und Glauben zur Mitwirkung verpflichtet ist. Kann die Nettorendite gestützt auf die von den Parteien eingereichten Unterlagen ermittelt werden, ist die Missbräuchlichkeit des Mietzinses im Sinn von Art. 269 OR nach diesem Kriterium zu prüfen. Werden dem Gericht keine entsprechenden Unterlagen vorgelegt oder erweisen sich diese Unterlagen für die Berechnung der Nettorendite als ungenügend, ist danach zu unterscheiden, ob dieser Mangel dem Vermieter anzulasten ist oder nicht. Der Vermieter, der sich ohne jede Rechtfertigung weigert, die in seinem Besitze befindlichen Buchhaltungsunterlagen vorzulegen, verletzt seine Mitwirkungspflicht. Dies führt aber nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Vielmehr hat das Gericht der verweigerten Mitwirkung bei der Beweiserhebung im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. In Ermangelung jedes anderen

Beweismittels kann die Weigerung des Vermieters das Gericht zur Überzeugung führen, dass dessen Vorbringen vollständig oder teilweise falsch sind,

Kantonsgericht KG Seite 13 von 30 sodass der anderen Partei Glauben zu schenken ist. Verfügt das Gericht indes über kantonale oder lokale Statistiken, kann es sich nicht darauf beschränken, aus der Weigerung des Vermieters die entsprechenden Schlüsse zu ziehen, sondern muss diese Daten in seine allgemeine Beweiswürdigung einfließen lassen. Selbst wenn sie nicht im Sinne von Art. 11 Abs. 4 VMWG hinreichend differenziert sind, stellen diese Statistiken in Ermangelung anderer Angaben einen objektiven Anhaltspunkt dar, der bei der Festsetzung des zulässigen Mietzinses berücksichtigt werden kann. Gegebenenfalls sind die sich aus den Statistiken ergebenden Zahlen nach Massgabe der konkreten Merkmale der streitgegenständlichen Wohnung, des vom Vormieter bezahlten Mietzinses oder der Erfahrung des Gerichts zu gewichten (BGE 142 III 568 E. 2.1.) Rechtfertigt der Vermieter hingegen die nicht erfolgte Vorlage relevanter Unterlagen, kommt dem Mangel keinerlei Tragweite zu. Diesfalls ist im Rahmen der Beweiswürdigung den einschlägigen Statistiken Rechnung zu tragen, die mangels anderer Angaben die Festlegung der zulässigen Miete ermöglichen, gegebenenfalls unter Gewichtung der Zahlen nach Massgabe der konkreten Merkmale der streitgegenständlichen Wohnung, des vom Vormieter bezahlten Mietzinses oder der Erfahrung des Gerichts (BGE 142 III 568 E. 2.1; 147 III 14 E. 6.1.2). Die Mitwirkungspflicht des Vermieters geht nicht über die Pflicht hinaus, die in seinem Besitz befindlichen Unterlagen vorzulegen. Er ist keineswegs gehalten, Unterlagen bei Dritten zu beschaffen, um sie dem Gericht vorzulegen. Gegebenenfalls obliegt es dem Mieter, dem Gericht zu beantragen, jene Unterlagen bei Dritten einzufordern, die er benötigt, um die Tatsachen zu beweisen, für die er die Beweislast trägt (BGE 142 III 568 E. 2.2).

### **E. 5.1**

Bezüglich des Rechtsbegehrens der Berufungsklägerin um gerichtliche Festsetzung des Anfangsmietzinses hatte das Mietgericht erwogen, es müsse gestützt auf das Beweisverfahren davon ausgegangen werden, dass das offizielle obligatorische Formular der Berufungsklägerin beim Abschluss des Mietvertrags nicht ausgehändigt worden sei. Eine Berufung auf diesen Mangel sei nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Demnach sei der Mietvertrag teilnichtig und der Anfangsmietzins richterlich festzusetzen. Weiter erwog das Mietgericht zutreffend, dass es sich bei der streitgegenständlichen Liegenschaft nicht um eine Altbaute im Sinne der zitierten Rechtsprechung handelt. Aus dem Internet ([www.map.geo.fr.ch](http://www.map.geo.fr.ch)) sei ersichtlich, dass das Gebäude an der D.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_ aus dem Jahr 1990 (Ende Bauperiode) stamme. Demnach sei nach der zitierten Rechtsprechung grundsätzlich der Anfangsmietzins mit der Methode der Nettorenditenberechnung festzulegen, wobei der Zeitpunkt der Unterzeichnung des Mietvertrags massgebend sei, in casu also der 1. April 2005. Die Nettorenditenberechnung sei gemäss der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts vorzunehmen. Da gemäss Mietgericht für diese Berechnung wesentliche Elemente fehlten, insbesondere das investierte Fremdkapital, die wertvermehrenden Investitionen und die Liegenschaftskosten im Jahr 2005, konnte es die Nettorendite nicht errechnen. Somit war der Anfangsmietzins auf andere Weise festzulegen. Eine Ermittlung des Anfangsmietzinses mittels mindestens fünf vergleichbaren Mietobjekten, welche hinsichtlich Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit dem streitgegenständlichen Mietobjekt vergleichbar sind, scheiterte daran, dass keine der Parteien entsprechende Vergleichsobjekte angeboten hatte. Daraufhin

setzte das Mietgericht den zulässigen Anfangsmietzins mittels der ihm zur Verfügung stehenden Statistiken sowie der konkreten Merkmale der Wohnung auf CHF 1'500.- fest. Damit bestand kein Rückforderungsanspruch der Berufungsklägerin.

Kantonsgericht KG Seite 14 von 30

#### **E. 5.2.1**

Die Berufungsklägerin macht eine unrichtige Rechtsanwendung sowie eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend. Sie rügt die Schlussfolgerung des Mietgerichts, die Nettorenditeberechnung sei aufgrund des Ausgangs des Beweisverfahrens nicht möglich, als falsch. Das Gericht habe es trotz entsprechendem Beweisantrag der Berufungsklägerin letztlich abgelehnt, den Kaufvertrag vom 16. Juni 1987 zu edieren, wodurch es Art. 152 ZPO verletzt habe. Aus diesem Kaufvertrag ergäben sich die Anlagekosten, von denen das Fremdkapital abzuziehen sei. Könne dieses vom Mieter nicht bewiesen werden, seien notgedrungen die ganzen Anlagekosten als Eigenkapital zu betrachten. Welche Schulden bei der Aufteilung der Liegenschaft im Jahre 1991 übernommen worden seien, sei [deshalb] nicht relevant. Allfällige wertvermehrnde Investitionen seien vom Vermieter zu beweisen. Entsprechende Behauptungen und Beweise seien aber nicht erbracht worden. Gleich verhalte es sich mit den Betriebskosten, die ebenfalls vom Vermieter zu behaupten und zu beweisen seien. Im Zweifel seien sie gemäss Praxis der Banken auf 1 % der Anlagekosten zu schätzen. Weiter bringt die Berufungsklägerin vor, die B.\_\_\_\_\_ AG habe nach dem Kauf der Liegenschaft im Jahr 2007 einen offensichtlich übersetzten Ertrag erzielt. Dies leitet sie daraus her, dass die B.\_\_\_\_\_ AG für die Liegenschaft 8,5 Mio Franken bezahlt, aber keine Schulden übernommen habe, obwohl 1991 noch über 12 Mio. Franken Schulden auf der Liegenschaft gelastet hätten. Der zulässige monatliche Mietzins für die Wohnung habe beim erwähnten Kaufpreis, einem Hypothekenzinssatz von 3 %, Anlagekosten von 1 %, einer vermieteten Fläche von 2'702 m<sup>2</sup> und einer Wohnungsgrösse von 105 m<sup>2</sup> CHF 915.- betragen. Im Zusammenhang mit der nicht vorgenommenen Ermittlung des Anfangsmietzinses mittels Vergleichsobjekten sowie der Festsetzung der Anfangsmiete mittels Statistiken erhebt die Berufungsklägerin keine Rügen. Sie bringt aber vor, als letztes Mittel sei gemäss BGE 139 III 13 im Falle einer Beweislosigkeit des angemessenen Mietzinses auf den Mietzins des Vormieters festzulegen. Davon habe das Gericht ohne Begründung abgesehen.

#### **E. 5.2.2**

Die Berufungsbeklagten stören sich in formeller Hinsicht daran, dass die Berufungsklägerin in ihrer Berufung die Festsetzung des Anfangsmietzinses auf höchstens CHF 1'000.- beantragt; dabei handle es sich um ein unzulässiges unbeziffertes Forderungsbegehren, das zudem verspätet sei. Genau genommen handle es sich sogar um ein reines Feststellungsbegehren, das ohnehin unzulässig sei. Eine Stufenklage liege nicht vor; die Berufungsklägerin hätte zuerst bei den Voreigentümern die für die Bezifferung ihrer Rechtsbegehren notwendigen Unterlagen beschaffen müssen. Bezüglich des Rechtsbegehrens, die C.\_\_\_\_\_ SA zur Rückzahlung der zwischen Dezember 2021 und Mai 2022 zu viel bezahlten Mietzinse von mindestens CHF 2'820.- zu verurteilen (Rechtsbegehren Ziff. 3 Abs. 2), machen die Berufungsbeklagten eine unzulässige Ausdehnung des Streitgegenstandes bzw. eine unzulässige Klageänderung geltend. In der Sache kommen sie nach weitschweifigen Ausführungen zu den rechtlichen Folgen der Nichterfüllung der kantonalen Formularpflicht zum Schluss, das angefochtene Urteil sei betreffend die

Festsetzung des Anfangsmietzinses auf CHF 1'500.- im Ergebnis zu bestätigen. Dabei bringen sie insbesondere vor, eine Berechnung der Nettoendite sei in der Tat nicht möglich, und es seien keine von der Berufungsklägerin rechtsgenügend offerierten Beweismittel abgelehnt worden. Das Fehlen der für die Berechnung notwendigen Unterlagen, die weder beim Grundbuchamt noch beim beur-

Kantonsgericht KG Seite 15 von 30 kundenden Notar noch beim Staatsarchiv hätten erhältlich gemacht werden können, könne nicht den Berufungsbeklagten angerechnet werden.

### **E. 5.3.1**

In formeller Hinsicht verfängt die Argumentation der Berufungsbeklagten bezüglich der fehlenden Bezifferung nicht. In ihrer Klageschrift legt die Berufungsklägerin einlässlich dar, dass die zulässige Miete zuerst mittels einer Nettoenditeberechnung zu ermitteln ist und sie über die entsprechenden Angaben nicht verfügt, diese aber von der beklagten Partei geliefert werden können. Sie war somit berechtigt, eine unbezifferte Forderungsklage einzureichen. Nach Abschluss des Beweisverfahrens hat die Berufungsklägerin dann ihre Rechtsbegehren ordnungsgemäss beziffert (vgl. BGE 140 III 409 E. 4.3.1), indem sie in der Verhandlung vom 10. Januar 2022 auf Festsetzung der Anfangsmiete auf CHF 1'000.- und auf Verurteilung der B. \_\_\_\_\_ AG bzw. der aktuellen Eigentümerin auf Rückerstattung der zu viel bezahlten Mietzinse schloss. Es lag offensichtlich eine Stufenklage vor, und das Mietgericht ist auf die Rechtsbegehren zu Recht eingetreten. Wohl stellt die Berufungsklägerin in ihrer Berufung in Ziffer 2 der Rechtsbegehren ein Feststellungsbegehren, was an sich nicht zulässig ist, doch findet sich das entsprechende Leistungsbegehren dann in Rechtsbegehren 3; es erlaubt die Prüfung des klägerischen Anspruchs und auch die Berechnung des Streitwerts. Dass die Berufungsklägerin nun verlangt, den Anfangsmietzins auf «höchstens» CHF 1'000.- festzulegen, schadet ihr nicht, da im Gesamtzusammenhang hinreichend klar ist, was sie anstrebt; die gegenteilige Annahme würde überspitzten Formalismus darstellen. Indem die Berufungsklägerin in der Berufung darauf schliesst, zu viel bezahlte Mietzinse seien bis Mai 2022 zurückzuzahlen, dehnt sie den Streitgegenstand nicht in unzulässiger Weise aus. Denn in erster Instanz hatte sie beantragt, die seit Oktober 2010 zu viel bezahlten Mietzinse zurückzuerstatten, ohne diese Forderung in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen. Da das Urteil vom 25. Mai 2022 datiert, hätte das Mietgericht die Berufungsbeklagten bei Gutheissung der Forderung verpflichten müssen, die bis und mit Mai 2022 zu viel bezahlten Mietzinse zurückzuerstatten. Schliesslich liegt auch keine unzulässige Klageänderung vor. Aus der Verfügung des Mietgerichtspräsidenten ad hoc vom 7. Februar 2022 geht hervor, dass die C. \_\_\_\_\_ SA von Amtes wegen zur Verfahrenspartei erklärt wurde, weil sie seit 19. November 2021 als neue Eigentümerin des fraglichen Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist. Damit ist die C. \_\_\_\_\_ SA für nach diesem Datum entstandene Forderungen der Berufungsklägerin passivlegitimiert. Soweit diese Tatsache nicht ohnehin bereits in erster Instanz rechtsgültig in den Prozess eingebracht wurde, muss es zulässig sein, sie als Novum im Berufungsverfahren zu berücksichtigen und nach Art. 317 Abs. 2 ZPO eine Klageänderung vorzunehmen und die Rechtsbegehren an die neue Rechtslage anzupassen (vgl. auch Urteil BGer 4A\_635/2017 vom 8. August 2018 E. 4.1.1). Dies gilt auch für die Ausdehnung des Rückzahlungszeitraums bis zur Einreichung der Berufung.

### **E. 5.3.2**

Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid ausführlich dargelegt und präzisiert, wie die gerichtliche Festsetzung des Anfangsmietzinses vorzunehmen ist (vgl. BGE 147 III 14 E. 7.1). Die Berechnung der Nettorendite im Sinn von Art. 269 OR erfolgt auf der Grundlage der finanziellen Situation des Mietobjekts in einem bestimmten Zeitpunkt, hier im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags, da es um die Festsetzung des Anfangsmietzinses geht. Ausschlaggebend ist einzig die Nettorendite des Mietobjekts, das heisst jene der betreffenden Wohnung bzw. des Geschäftslokals, unter Ausschluss der Nettorendite des gesamten Gebäudes oder gar einer Gruppe von Gebäuden (BGE 125 III 421 E. 2d; 120 II 100 E. 6c). Denn aufgrund der Unterschiede zwischen den Mieten der verschiedenen Wohnungen oder Geschäftsräumen, die bspw. aufgrund von Mieterhöhungen Kantonsgericht KG Seite 16 von 30 nach Mieterwechseln oder der Renovation einzelner Wohnungen erfolgten, würde die Berechnung der Nettorendite des ganzen Gebäudes zu schockierenden Ergebnissen führen. Da die Abrechnungen in der Regel für das ganze Gebäude erstellt werden, ist in der Praxis zuerst die finanzielle Lage des gesamten Gebäudes zu bestimmen. Erst in einem zweiten Schritt ist das Resultat nach einem Verteilungsschlüssel auf die einzelnen Wohnungen aufzuteilen (Urteil BGer 4A\_239/2018 vom 19. Februar 2019 E. 5.2 m.H.). Dabei ist in sieben Schritten vorzugehen, um die Nettorendite zu berechnen: 1° Zuerst sind die effektiven Investitionskosten (oder Gestehungskosten) des Gebäudes zu bestimmen. Dazu gehören insb. die Kosten für den Grundstückerwerb und gegebenenfalls die Kosten für die Gebäudeerstellung sowie für wertvermehrnde Investitionen, ohne Unterhaltskosten. Ein ersatzweises Abstellen auf den Verkehrswert, den Steuerwert oder den Versicherungswert ist nicht zulässig, da es sich dabei um objektive Marktkennzahlen und nicht um tatsächlich angefallene Kosten handelt (BGE 147 III 14 E. 7.2.1 und E. 4.1). 2° Davon sind die Fremdmittel (Fremdkapital, insb. Hypothekendarlehen) abzuziehen, was erlaubt, die Höhe der investierten Eigenmittel zu ermitteln. 3° Der so ermittelte Betrag der Eigenmittel (Eigenkapital) ist aufzuwerten, um die Teuerung zu berücksichtigen (Art. 269a Bst. e OR). Nach der Rechtsprechung ist die Anpassung des Eigenkapitals an die Teuerung gemäss dem Landesindex der Konsumentenpreise zu 100 % vorzunehmen, und nicht mehr bloss zu 40 % (BGE 147 III 14 E. 8.3). Massgebend ist der Zeitraum zwischen der Investition und dem Zeitpunkt der Zustellung der Mieterhöhung, Kündigung oder dem Senkungssuch bzw. im vorliegenden Fall des Abschlusses des Mietvertrags. 4° Auf das an die Teuerung angepasste Eigenkapital ist die zulässige Eigenkapitalverzinsung zu berechnen; diese beläuft sich auf den um 2 % erhöhten Referenzzinssatz für Hypotheken; beträgt letzterer weniger als 2 %, ist eine Erhöhung um 0,5 % vorzunehmen (BGE 147 III 14 E. 8.4). 5° Zur so berechneten zulässigen Eigenkapitalverzinsung sind die tatsächlich anfallenden Liegenschaftskosten hinzuzurechnen. Dazu zählen insb. Betriebs-, Unterhalts- und Verwaltungskosten, werterhaltende Investitionen sowie Kapitalkosten (Hypothekarzinsen). 6° In der Folge ist das Resultat der Berechnung nach einem bestimmten Verteilschlüssel auf die einzelnen Wohnungen der Liegenschaft aufzuteilen, um den zulässigen Jahresmietzins je Wohnung zu erhalten. 7° Um festzustellen, ob der vereinbarte Anfangsmietzins bzw. der erhöhte Mietzins missbräuchlich ist, ist in einem letzten Schritt der zulässige Mietzins der fraglichen Wohnung mit deren aktuellem Mietzins zu vergleichen.

### **E. 5.3.3**

Im vorliegenden Fall wurde die fragliche Liegenschaft GB Art. hhh offenbar im Jahr 1987 von I. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ gekauft; die Eintragung ins Grundbuch erfolgte am 16.

Juni 1987 gemäss dem vom Staatsarchiv am 11. November 2021 gelieferten Grundbuchauszug. Der entsprechende Kaufvertrag liegt nicht vor, obwohl dessen Edition von der Berufungsklägerin beantragt und von der Mietgerichtspräsidentin verfügt worden war. Mit Teilungsvertrag vom 22. November 1991 vereinbarten I. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_, Miteigentümer des Grundstückes je zur Hälfte, dass letzterer per 30. November 1991 die Grundstückshälfte des ersteren sowie sämtliche Hypothekarschulden übernimmt; zu jenem Zeitpunkt lasteten auf dem Grundstück Schuldbriefe von 13,1 Mio. Franken, von denen allerdings einer über 4,5 Mio. auf I. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ lautete. Offenbar

Kantonsgericht KG Seite 17 von 30 bestanden zu jenem Zeitpunkt Hypothekarschulden von total rund CHF 12'918'000.-; diesbezüglich wird auf eine Abrechnung der Schweizerischen Volksbank (SVB) vom 19. November 1991 verwiesen, die dem Kaufvertrag beiliegen soll, aber weder beim verurkundenden Notar noch beim Grundbuch noch beim Staatsarchiv erhältlich gemacht werden konnte. Am 23. November 2007 verkaufte F. \_\_\_\_\_ die Liegenschaft GB Art. hhh an die G. \_\_\_\_\_ AG (später: B. \_\_\_\_\_ AG) für einen Betrag von 8,5 Mio. Franken; Nutzen und Schaden gingen am 31. Dezember 2007 an die Käuferschaft über; auch zu diesem Zeitpunkt lasteten noch Schuldbriefe von 13,1 Mio. Franken auf der Liegenschaft. Dieser Kaufvertrag ist aber für die Berechnung der Nettorendite von vornherein ohne Belang, weil der Mietvertrag vorher, nämlich am 1. April 2005, abgeschlossen wurde und es für die Berechnung auf diesen Zeitpunkt ankommt (vgl. E. 5.3.2). Auch der Teilungsvertrag vom 22. November 1991 erlaubt keine Berechnung der Nettorendite per 1. April 2005, da sich daraus weder die von den beiden Käufern I. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ investierten Eigenmittel noch die Hypothekendarlehen im Zeitpunkt des Kaufs 1987 entnehmen lassen; letztere liessen sich allenfalls der Abrechnung der SVB vom 19. November 1991 entnehmen, doch ist diese nicht auffindbar. Dies ist nicht den Berufungsbeklagten anzulasten. Das Mietgericht hätte somit, wie von der Berufungsklägerin beantragt, den Kaufvertrag von 1987 edieren lassen sollen, was aus unerfindlichen Gründen nicht geschah.

#### **E. 5.3.4**

Allerdings ist dem Mietgericht im Ergebnis zuzustimmen, dass auch die Edition des Kaufvertrags von 1987 keine Ermittlung der Nettorendite per 1. April 2005 erlauben würde. Zwar ist davon auszugehen, dass sich dem Kaufvertrag von 1987 – falls er überhaupt auffindbar ist – Angaben zum Kaufpreis sowie zum damals investierten Eigenkapital der Käufer entnehmen lassen. Diese Angaben sind indes von vornherein nicht ausreichend, um die Nettorendite zu berechnen. Denn den Akten und dem angefochtenen Urteil lässt sich entnehmen, dass die heute bestehende Liegenschaft erst nach dem Erwerb 1987 bis 1990 gebaut wurde. Diese Bauperiode stimmt zeitlich auch mit der Errichtung diverser Servitute und Schuldbriefe in den Jahren 1987 und 1988 überein; die Gebäudeschätzung erfolgte 1989 für einen Wert von CHF 8'475'000.- und eine neue Bodenschätzung erfolgte 1990 (vgl. Grundbuchauszug des Staatsarchivs vom 21. November 2021). Vermutungsweise stand auf dem Grundstück inmitten der Stadt bereits vorher ein Gebäude. Dies kann aber offenbleiben. Unbesehen davon, ob ein bestehendes Gebäude abgerissen oder umgebaut oder ein neues Gebäude errichtet wurde, mussten dafür von den Käufern I. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ bis 1990 während mehrerer Jahre namhafte Investitionen getätigt werden. Über diese Investitionen – sei es aus Eigenmitteln oder aus Fremdmitteln – lässt sich den Akten nichts entnehmen. Damit fehlen wesentliche

Elemente, um die investierten Eigen- und Fremdmittel zu ermitteln, und wäre es auch bei Kenntnis des Kaufpreises im Jahre 1987 nicht möglich, die Nettorendite zu berechnen; dieser Kaufpreis würde aufgrund der nachfolgenden hohen Investitionen das Anlagekapital zudem nicht widerspiegeln. Ebenfalls ist es nicht möglich, die Aufwertung des Eigenkapitals aufgrund der Teuerung vorzunehmen. Denn dafür müsste erstellt sein, welche Beträge wann von wem investiert wurden. Es ist im Übrigen auch kaum anzunehmen, dass die damaligen Eigentümer I.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, über 30 Jahre später noch im Besitz der entsprechenden Unterlagen wären. Wie die Berufungsklägerin in ihrer Klage selber ausgeführt hat, war F.\_\_\_\_\_ gemäss Mietvertrag durch die M.\_\_\_\_\_ AG Zweigstelle E.\_\_\_\_\_ vertreten und wurde letztere sowie deren Muttergesellschaft am 15. September 2010 aufgelöst, sodass auch dort keine sachdienlichen Unterlagen erhältlich gemacht werden können. Unter diesen Umständen hat das Mietgericht zu

Kantonsgericht KG Seite 18 von 30 Recht letztlich in antizipierter Beweiswürdigung vom Beizug des Kaufvertrags aus dem Jahr 1987 abgesehen. Zudem sind die Liegenschaftskosten im Jahr 2005 unbekannt. Dazu gehört auch die Zinslast der Hypotheken. Die Berufungsbeklagte B.\_\_\_\_\_ AG hat überzeugend und wiederholt dargelegt, nicht über entsprechende Angaben zu verfügen, da sie das Grundstück erst Ende 2007 gekauft hat. Damit wäre es an der Berufungsklägerin gewesen, entsprechende Beweismittel beizubringen bzw. zu beantragen, was sie nicht getan hat (vgl. oben, E. 4). Im Ergebnis ist dem Mietgericht beizustimmen, dass die Nettorendite gestützt auf die Ergebnisse des Beweisverfahrens nicht berechnet werden kann. Dies kann nicht den Berufungsbeklagten angelastet werden, deren Mitwirkungspflicht nicht über die Pflicht hinausgeht, die in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen vorzulegen. Dokumente über die Errichtung des Gebäudes Ende der 80er Jahre und die damals getätigten Investitionen gehören offensichtlich nicht dazu. Entgegen der Meinung der Berufungsklägerin können für die Berechnung der Nettorendite nicht einfach ersatzweise der für die Liegenschaft Ende 2007 erzielte Kaufpreis beigezogen und die Liegenschaftskosten auf 1 % des Kaufpreises geschätzt werden; diese Angaben sind für die Festsetzung des Anfangsmietzinses per 1. April 2005 untauglich, da sie nicht die Nettorendite des vorherigen Vermieters zu jenem Zeitpunkt widerspiegeln. Die entsprechenden Ausführungen der Berufungsklägerin gehen an der Sache vorbei.

### **E. 5.3.5**

Da es dem Mietgericht auch nicht möglich war, den Anfangsmietzins mittels Vergleichsobjekten festzusetzen, weil die Parteien keine entsprechenden Vergleichsobjekte offeriert hatten, setzte es den Anfangsmietzins aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Statistiken sowie der konkreten Merkmale der Wohnung fest. Die Berufungsklägerin führt dazu einzig aus, gemäss der Rechtsprechung sei bei Beweislosigkeit auf den vom Vormieter bezahlten Mietzins abzustellen. Dieses Vorbringen geht aus zwei Gründen fehl. Zum einen haben beide Parteien vor dem Mietgericht auf Anfrage erklärt, den vom Vormieter bezahlten Mietzins nicht zu kennen. Die Behauptung der Berufungsklägerin, der Mietzins des Vormieters sei vom Gericht nicht erfragt worden, ist somit aktenwidrig. Zum andern kommt gemäss der zitierten Rechtsprechung das Kriterium der Vormiete nur zum Zug, wenn Statistiken fehlen. Dies ist aber gerade nicht der Fall, hatte das Mietgericht doch Statistiken des Bundesamtes für Statistik beigezogen.

### **E. 5.4**

Damit bleibt es beim vom Mietgericht festgesetzten Anfangsmietzins von CHF 1'500.- und ist die Berufung in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 6.1**

Das Mietgericht hatte das Rechtsbegehren der Berufungsklägerin um Herabsetzung des (gerichtlich festgesetzten) Anfangsmietzins um 18,21% abgewiesen. Es hielt fest, dass der aktuelle Referenzzinssatz noch immer 1,25 % betrage und es könne festgestellt werden, dass die von der Klägerin verlangte Mietzinsreduktion von 18,21 % im Umfang von 16,4 % bereits zugestanden wurde. Strittig bleibe damit ein Betrag bzw. eine Differenz von CHF 27.10. Vorliegend begründe die Klägerin die verlangte Mietzinssenkung sinngemäss damit, dass der von der Beklagten dagegengehaltene Pauschalbetrag für allgemeine Kostensteigerungen nicht zulässig sei. Dabei falle auf, dass die insgesamt aufgerechnete Kostensteigerung von CHF 32.- einer durchschnittlichen jährlichen Kostensteigerung von gerademal rund 0,15 % entspreche. Diese ausserordentlich tiefe Kostensteigerung liege damit deutlich unter dem pauschalen Ansatz, der üblicherweise angewendet wird, weshalb darauf abgestützt werden könne.

Kantonsgericht KG Seite 19 von 30

#### **E. 6.2**

In ihrer Berufung bringt die Berufungsklägerin einzig vor, sie sei berechtigt gewesen, die volle Senkung des Mietzinses um 18,21 % zu verlangen, da die Berufungsbeklagten weder eine Kostensteigerung begründet noch aufgezeigt hätten, warum im vorliegenden Fall ausnahmsweise eine pauschalisierte Erhöhung der Betriebskosten zulässig sein sollte. Die Berufungsbeklagten wenden ein, eine pauschale Kostensteigerung um 0,5 % sei üblich und zulässig. Zudem sei früheren Senkungsbegehren entsprochen und diese nicht angefochten worden, sodass diesbezüglich ein Rechtsschutzinteresse fehle.

#### **E. 6.3.1**

In der Appellationsinstanz befreit die einfache Untersuchungsmaxime den Appellanten nicht von der Begründung der Appellation, weil die Begründung für den ordentlichen Ablauf des Appellationsverfahrens unerlässlich ist. Es obliegt ihm, die Irrtümer der angefochtenen Erwägungen darzulegen. Um diese Anforderung zu erfüllen, genügt es weder, auf die in erster Instanz dargelegten Gründe zu verweisen, noch ganz allgemein den angefochtenen Entscheid zu kritisieren; die Begründung muss ausreichend explizit sein, damit die Appellationsinstanz sie leicht verstehen kann, was einen genauen Hinweis auf die Stellen des angefochtenen Entscheids und auf die Urkunden in den Akten voraussetzt, auf die seine Kritik beruht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3 mit Hinweisen).

#### **E. 6.3.2**

Die Kritik der Berufungsklägerin am erstinstanzlichen Urteil umfasst gerade mal einen Satz. Darin setzt sie sich mit der sorgfältigen vorinstanzlichen Begründung nicht auseinander und kommt ihrer Begründungspflicht somit nicht nach. Auf die Berufung ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

#### **E. 6.3.3**

Wäre auf die Berufung in diesem Punkt einzutreten, müsste sie im Übrigen als unbegründet abgewiesen werden. Gemäss kantonaler Praxis ist eine pauschale Kostensteigerung von 0,5 bis 1 % pro Jahr zulässig (ROHRER, in SVIT-Kommentar Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art.

269a OR Rz. 38; vgl. auch Urteil BGer 4A\_88/2013 vom 17. Juli 2013 E. 4). Im vorliegenden Fall errechnete das Mietgericht über 15 Jahre eine Kostensteigerung von ca. 0,15 %. Selbst wenn man die von der B. \_\_\_\_\_ AG geltend gemachten Kostensteigerungen nur auf die in den Mietzinsänderungen angegebenen Perioden beziehen würden, lägen sie immer noch bei 0,5 % pro Jahr und damit im zulässigen Rahmen (Änderung per 1. Oktober 2017: Kostensteigerung von CHF 14.55 für eine Periode von 2 ¼ Jahren bei einem Mietzins von CHF 1'293.- = 0,5 % pro Jahr; Änderung per 1. Juli 2020: Kostensteigerung von CHF 17.45 für eine Periode von 2 ¾ Jahren bei einem Mietzins von CHF 1'270.- = 0,5 % pro Jahr). Im Übrigen hatte die Berufungsklägerin erstinstanzlich nie vorgebracht, die Berufungsbeklagten hätten die pauschale Kostensteigerung im Einzelnen zu belegen (vgl. auch Urteil BGer 4A\_83/2022 vom 22. August 2022 E. 7, welches das vom Mietgericht angeführte Urteil des Kantonsgerichts 102 2021 43 bestätigt).

### **E. 7.1**

In ihrer Klage hatte die Berufungsklägerin vorgebracht, die von ihr geschuldeten Nebenkosten seien im Mietvertrag vom 1. April 2005 nicht klar und bestimmt umschrieben und somit nicht geschuldet bzw. bereits durch den Mietzins abgegolten. Der von ihr die letzten zehn Jahre als Nebenkosten bezahlte Betrag von CHF 27'708.50 nebst Zins zu 5 % seit dem 16. Juni 2016 (mittlerer Verfall) sei ihr zurückzuerstatten. Das Mietgericht erwog unter Hinweis auf ein Urteil des Kantonsgerichts vom 23. Februar 2019 (102 2018 83), es sei im Mietvertrag genügend klar bezeichnet, was als Nebenkosten vereinbart worden sei. Vertraglich sei nebst dem ausdrücklich als Nettomiete bezeichneten Mietzins zusätzlich eine

Kantonsgericht KG Seite 20 von 30 monatliche Anzahlung von CHF 90.- an die Nebenkosten vereinbart worden. In der Ziffer darunter befinde sich der direkte Verweis auf Art. 10 der allgemeinen Mietvertragsbedingungen für Wohnungen und Garagen (Ausgabe 2002), welche von den Parteien zum integrierenden Bestandteil des Mietvertrags erklärt worden sei. Die Klägerin habe mit ihrer Unterschrift im Mietvertrag zudem bestätigt, ein Exemplar davon erhalten zu haben. Art. 10 der allgemeinen Mietvertragsbedingungen für Wohnungen und Garagen (AVB), auf den konkret und direkt verwiesen wird, sei mithin Bestandteil des Mietvertrags. Dem Artikel sei darüber hinaus detailliert und mittels einfacher Konsultation zu entnehmen, was alles unter Nebenkosten geschuldet sei. Der Klägerin seien die anfallenden Nebenkosten damit voll und ganz bewusst gewesen. Sie habe nicht in irgendwelchen AGB herausfinden müssen, ob und wo diese etwas zu den Nebenkosten sagen. Somit liege eine besondere Vereinbarung über die Nebenkosten im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR vor und seien die verbuchten Nebenkosten, deren Abrechnungen nicht als fehlerhaft bestritten worden seien, geschuldet gewesen. Demnach wies das Mietgericht die Klage in diesem Punkt ab.

### **E. 7.2.1**

Die Berufungsklägerin rügt eine falsche Sachverhaltsfeststellung und eine Verletzung von Art. 257a Abs. 2 OR. Der Verweis auf eine konkrete Ziffer in den allgemeinen Vertragsbestimmungen genüge für die konkrete Vereinbarung von Nebenkosten nicht. Ziffer 10 der AVB enthalte zwar eine Liste von Nebenkosten, die jedoch nicht individuell auf das vorliegende Vertragsverhältnis angepasst worden seien; die Liste sei vorgedruckt. Die Berufungsklägerin bestreitet die Anwendbarkeit der vom Mietgericht zitierten kantonalen Rechtsprechung 102 2018 83 unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts

4A\_149/2019 vom 19. September 2019, mit dem die darin vom Kantonsgericht vertretene Auffassung verworfen worden sei.

### **E. 7.2.2**

Die Berufungsbeklagten lassen ausführen, die Vereinbarung über die Nebenkosten im Mietvertrag sei klar. Es liege nicht ein Globalverweis vor, wie dies im zitierten Bundesgerichtsentscheid abgelehnt wird; dieser Entscheid liege anders und sei hier nicht anwendbar, da insbesondere mehrere Verweise im Mietvertrag selbst vorhanden seien. In Art. 10 AVB könne genau nachgelesen werden, welche Nebenkosten vereinbart wurden; die AVB habe die Berufungsklägerin erhalten; diese seien integrierender Bestandteil des Mietvertrags. Die Verwendung der von der Freiburger Immobilienkammer und dem Verband der Freiburg Immobilientreuhänder herausgegebenen AVB als integraler Vertragsbestandteil sei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Kanton Freiburg gängige Praxis gewesen. Die Berufungsklägerin habe die Nebenkostenabrechnungen während 16 Jahren klaglos akzeptiert und (wie auch die Akontozahlungen) bezahlt, sodass sich die Frage des Rechtsmissbrauchs stelle. Zudem machen sie wie schon vor erster Instanz Verjährung geltend.

### **E. 7.3.1**

Nebenkosten sind das Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen (Art. 257a Abs. 1 OR), d.h. tatsächliche Aufwendung des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen, wie Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (vgl. Art. 257b Abs. 1 OR). Nach Art. 257a Abs. 2 OR haben die Mieter die Nebenkosten nur zu bezahlen, wenn sie dies mit der Vermieterin besonders vereinbart haben. Mit der Bestimmung von Art. 257a Abs. 2 OR bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass die Nebenkosten grundsätzlich vom Vermieter zu tragen sind. Fehlt es an einer besonderen Vereinbarung, gelten entsprechend der gesetzlichen Regel der Kostentragung durch den Vermieter die anfallenden Nebenkosten als durch den Mietzins abgegolten (BIBER, SVIT-Kommentar Mietrecht, 4. Aufl.

Kantonsgericht KG Seite 21 von 30 2018, Art. 257-257b OR Rz. 19 mit Hinweisen; BÉGUIN/ MARSTON, in Mietrecht für die Praxis,

### **E. 7.3.2**

Der Mietvertrag vom 1. April 2005 ist bezüglich des monatlichen Mietzinses und der Anzahlung für die Nebenkosten wie folgt abgefasst: «Miete Monatlich Mietzins Fr. 1'500.- Anzahlung Nebenkosten, Fr. 90.- Art. 10 AM – WOH. & G. Ausg. 2002 Total Fr. 1'590.-»

Kantonsgericht KG Seite 22 von 30 Weiter unten finden sich folgende weitere Angaben: «Abrechnungsperiode Nebenkosten: 01. Juli – 30. Juni Die Mietpartei erklärt ein Exemplar folgender Unterlagen erhalten zu haben: - Allgemeine Mietvertragsbestimmungen für Wohnungen und Garagen, Ausgabe 2002 Durch seine Unterschrift akzeptiert der Mieter vorerwähnte Dokumente, die integrierender Bestandteil des Mietvertrages sind.» Folgen: Das Datum und die Unterschriften der Parteien. Welche Nebenkosten geschuldet sind, spezifiziert der Mietvertrag vom 1. April 2005 offensichtlich nicht. Der Hinweis auf die Abrechnungsperiode ändert daran nichts. Entgegen der Vorinstanz wird auch nicht

präzisiert, dass es sich ausdrücklich um eine «Nettomiete» handelt. Dem Mietvertrag lässt sich einzig entnehmen, dass eine monatliche Anzahlung für Nebenkosten von CHF 90.- zu leisten ist und dass auf «Art. 10 AM – WOH. & G. Ausg. 2002» verwiesen wird. Zwar ist unbestritten, dass die sich hinter dem Kürzel «AM» verbergenden Allgemeinen Mietvertragsbestimmungen im Mietvertrag als dessen Bestandteil erwähnt sind und der Berufungsklägerin ausgehändigt wurden, aber bereits der Verweis «Art. 10 AM – WOH. & G. Ausg. 2002» besticht nicht gerade durch Klarheit. Der verwiesene Art. 10 der fünfseitigen Allgemeinen Mietvertragsbestimmungen für Wohnungen und Garagen (Ausgabe 2002), herausgegeben von der Immobilien-Kammer Freiburg und dem Verband der Freiburger Immobilientreuhänder (Klageantwortbeilage 3), hat folgenden Wortlaut: «Ohne anderslautende schriftliche Vereinbarung fallen folgende Nebenkosten zu Lasten des Mieters: - Heizung und Warmwasser gemäss Art. 5 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) - Abwartskosten und damit verbundene Sozialabgaben - Wasserverbrauch - Abwasserreinigung - Elektrizität der Gemeinanlagen - Abfallentsorgung und Kehricht (sic) - Umgebungs- und Gartenpflege - Unterhaltsabonnement für den Lift - Administrationskosten für die Verwaltung der Installationen, das Führen und Abrechnen der Konten - Die im Zusammenhang mit der Nutzung anfallenden öffentlichen Abgaben - Anschluss- und Nutzungsgebühren für das Fernsehen.» Bei Art. 10 handelt es sich offensichtlich um einen standardisierten, vorgedruckten Vertragszusatz in einem fünfseitigen Dokument, der elf mögliche Arten von Nebenkosten auflistet. Eine Individualisierung für das konkrete Mietverhältnis, etwa durch Streichung nicht zutreffender Nebenkosten, fehlt (vgl. dazu insbesondere die Urteile BGer 4A\_622/2015 vom 4. Februar 2016 E. 3.3.1-3.3.3; 4A\_185/2009 vom 28. Juli 2009 E. 2.4.3), und die Liste wurde von den Parteien denn auch nicht unterschrieben. Zwar mag es zutreffen, dass die Liste, welche die einzelnen Nebenkosten konkretisiert, einfach auffindbar war; dennoch befand sie sich lediglich in einem vorgedruckten Vertragszu-

satz. Kantonsgericht KG Seite 23 von 30 Mit einer Aufzählung aller erdenklichen Nebenkosten, die in der betroffenen Liegenschaft gar nicht alle anfallen, in den von den Vermietersverbänden herausgegebenen Allgemeinen Mietvertragsbestimmungen wird den gesetzlichen Anforderungen von Art. 257a Abs. 2 OR entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht Genüge getan. Dem Mieter kann nicht zugemutet werden herauszufinden, welche Nebenkosten tatsächlich in seinem Mietverhältnis abgerechnet werden sollen bzw. bleibt es hier für den Mieter unklar, welche der aufgeführten Positionen bei ihm anfallen werden (BIBER, Art. 257-257b OR Rz. 22 mit Hinweisen). Dies erhellt im vorliegenden Fall auch daraus, dass gemäss den jährlichen Abrechnungen von der Vermieterschaft jeweils unterschiedliche Arten von Nebenkosten in Rechnung gestellt wurden, ohne dass sich am Mietvertrag inzwischen etwas geändert hätte: per 30. Juni 2011 wurden Heizung und Warmwasser sowie «Nebenkosten» fakturiert, per 30. Juni 2012/2013/2014/2015/2016 Heizung und Warmwasser sowie Kosten Abwasser/Kanalisation, dann per 30. Juni 2017/2018/2019 Heiz- und Nebenkosten, Betriebskosten, Betriebskosten Wasser, Lift und Verwaltungshonorar. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Nebenkosten im Mietvertrag nicht genügend klar bezeichnet sind. Dass die Nebenkosten bei Vertragsabschluss anderweitig, z.B. mündlich, vereinbart worden wären, wird von den Berufungsbeklagten nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Somit liegt entgegen der Vorinstanz keine besondere Vereinbarung über die Nebenkosten im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR vor und sind diese grundsätzlich nicht geschuldet, sondern im Mietzins inbegriffen.

### **E. 7.3.3**

Die Berufungsbeklagten machen Rechtsmissbrauch geltend, weil die Berufungsklägerin während über 16 Jahren sowohl die monatlichen Anzahlungen für die Nebenkosten als auch die Nachforderungen gemäss den jährlichen Abrechnungen anstandslos bezahlt und gegen letztere nie opponiert habe. Wie oben dargelegt kann aber allein aufgrund der Tatsache, dass die Nebenkosten stets bezahlt wurden, nicht auf Rechtsmissbrauch geschlossen werden (vgl. auch CPra Bail-BIERI, 2. Aufl. 2017, Art. 257a-257b OR Rz. 25). Weitere Gründe, die für Rechtsmissbrauch sprechen würden, machen die Berufungsbeklagten nicht geltend. Die Berufungsbeklagten bringen weiter vor, das Mietverhältnis sei in Punkto Mietzins und Nebenkosten noviert worden, weil der Berufungsbeklagten auf Gesuch hin mehrmals eine Anpassung des Mietvertrags auf dem entsprechenden Formular angezeigt worden sei, auf dem auch die Nebenkosten enthalten gewesen seien. Dieses Argument greift schon deshalb nicht, weil bei diesen Gelegenheiten (auf Gesuch der Mieterin) einzig der Mietzins reduziert und nicht die Höhe der Anzahlungen für die Nebenkosten angepasst wurde, diese betragen nach wie vor CHF 140.- pro Monat. Hätte die Vermieterin bei diesen Gelegenheiten einseitig neue bzw. erstmals Nebenkosten (bspw. für «Heizkosten») einführen wollen, hätte sie nach den formellen Bestimmungen für Mietzinserhöhungen vorgehen und die Änderung begründen müssen (BGE 137 III 362 E. 3.2.1). Dies getan zu haben, behauptet sie nicht.

### **E. 7.3.4**

Schliesslich erheben die Berufungsbeklagten die Einrede der Verjährung. Wie oben dargelegt waren gemäss Mietvertrag vom 1. April 2005 von der Berufungsklägerin keine Nebenkosten geschuldet. Die Rückforderung irrtümlich bezahlter, mangels besonderer Vereinbarung nicht geschuldeter Nebenkosten untersteht den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung nach den Art. 62 ff. OR (BGE 146 III 82 E. 4.1.1; 130 III 504 E. 6.2 mit Hinweisen). Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR in der seit 1. Januar 2020 geltenden Fassung, vgl. Art. 49 SchlT ZGB). Dabei ist unbestritten, dass die Berufungsklägerin ihren Rückforderungsanspruch mit Schlichtungsgesuch vom 21. Oktober Kantonsgericht KG Seite 24 von 30 ber 2020 geltend machte. Die Berufungsbeklagten hatten daher nachzuweisen, dass die Berufungsklägerin vor dem 21. Oktober 2017 davon Kenntnis hatte, dass sie die Nebenkosten nicht schuldete. Die Berufungsklägerin hatte erstmals mit Schreiben vom 22. Mai 2020 an die B. \_\_\_\_\_ AG vorgebracht, Nebenkosten seien vertraglich gar nicht vereinbart worden. Noch kurz zuvor war sie offenbar der Ansicht, die Nebenkosten seien grundsätzlich geschuldet. Dass die Berufungsklägerin bereits früher von ihrem Rückforderungsanspruch Kenntnis gehabt hätte, legen die Berufungsbeklagten nicht dar. Damit ist die relative Verjährungsfrist gemäss Art. 67 Abs. 1 OR offensichtlich eingehalten, und die Berufungsklägerin konnte für die letzten zehn Jahre vor Klageeinleitung – das heisst ab 1. November 2010, da Mietzins und Anzahlungen monatlich im Voraus zu leisten waren und der Mietzins und die Nebenkostenanzahlung für Oktober 2020 somit schon fällig geworden war – zu Unrecht geleistet Zahlungen zurückfordern. Die Rückforderung von Nebenkosten oder Anzahlungen, die vor über zehn Jahren seit Anhängigkeit der Klage fällig geworden sind, ist hingegen absolut verjährt (BGE 146 III 82 E. 4.).

### E. 7.3.5

In ihrer Berufung schliesst die Berufungsklägerin dahin, die B. \_\_\_\_\_ AG sei zu verpflichten, ihr die Nebenkosten der Perioden 2010/2011 bis 2018/2019 von gesamthaft CHF 20'388.50 nebst Zins zu 5 % seit dem 16. Juni 2016 (mittlerer Verfall) zurückzuerstatten. Die Berufungsbeklagten beschränken sich diesbezüglich darauf, ihre Passivlegitimation zu bestreiten, beziehen sich aber ausschliesslich auf die C. \_\_\_\_\_ SA. Die B. \_\_\_\_\_ AG, welche die Liegenschaft im November 2007 erworben und im November 2021 verkauft hat, ist in Bezug auf den angegebenen Zeitraum offensichtlich passivlegitimiert. Die Abrechnungsperioden liefen jeweils vom 1. Juli bis 30. Juni. Für die Periode vom 1. Juli 2010 bis 30. Juni 2011 können infolge Verjährung nur die Monate ab November 2010 berücksichtigt werden (vgl. oben, E. 7.3.4). Die Akontozahlungen für November 2010 bis Juni 2011 beliefen sich gemäss Abrechnung vom 6. Januar 2012 auf CHF 864.- (8 x 108.-). Dazu kommt ein zusätzlicher Betrag von CHF 140.05, den die Berufungsbeklagte aufgrund der Abrechnung vom 6. Januar 2012 bezahlte, was von der Gegenpartei nicht bestritten wird, das heisst gesamthaft für diese Periode CHF 1'004.05. Aus den Klagebeilagen ergibt sich, dass die Berufungsklägerin ab 1. Juli 2011 folgende Zahlungen für Nebenkosten (Konto und Jahresabrechnungen) geleistet hat: Periode 2011/2012: CHF 1'679.15, Periode 2012/2013: CHF 1'671.45, Periode 2013/2014: CHF 2'375.85, Periode 2014/2015: CHF 2'321.-, Periode 2015/2016: CHF 1'519.-, Periode 2016/2017: CHF 2'952.55, Periode 2017/2018: CHF 2'907.50, Periode 2018/2019: CHF 3'352.95. Auch diese Zahlen wurden von der Gegenpartei, von der die Abrechnungen stammen, nicht bestritten. Entgegen der Meinung der Berufungsbeklagten B. \_\_\_\_\_ AG hat die Berufungsklägerin in ihrem Schreiben vom 22. Mai 2020 nicht rechtswirksam auf die Rückforderung der vor dem 1. Juli 2016 bezahlten Nebenkosten verzichtet, sondern sich in diesem Schreiben, das heisst vor der Klageeinreichung, auf die Rückforderung eines Teils der bezahlten Nebenkosten beschränkt. Gesamthaft sind der Berufungsklägerin von der Berufungsbeklagten B. \_\_\_\_\_ AG somit CHF 19'783.50 zurückzuerstatten. Auf diesem Betrag ist antragsgemäss ab dem 16. Juni 2016 ein Zins von 5 % per annum geschuldet (Bereicherungszins, BGE 143 II 37 E. 5.4 mit Hinweisen). In diesem Umfang ist die Klage gegenüber der B. \_\_\_\_\_ AG teilweise gutzuheissen.

### E. 7.3.6

Die Berufungsklägerin schliesst weiter dahin, die C. \_\_\_\_\_ SA sei zu verurteilen, ihr die Nebenkostenanzahlungen seit dem 1. Juli 2019 im Betrag von insgesamt CHF 5'040.- zurückzuerstatten, was 36 Monaten à CHF 140.- entspricht. Die Berufungsbeklagten sehen darin einerseits

Kantonsgericht KG Seite 25 von 30 eine unzulässige Klageänderung und bestreiten andererseits die Passivlegitimation der C. \_\_\_\_\_ SA, die erst per 1. Januar 2022 Eigentümerin der Mietliegenschaft geworden sei. Eine Klageänderung muss wie oben dargelegt (E. 5.3.1 hievore) zulässig sein, da die C. \_\_\_\_\_ SA inzwischen Eigentümerin der Mietliegenschaft und somit Verfahrenspartei geworden ist. Veräussert der Vermieter die Sache nach Abschluss des Mietvertrags oder wird sie ihm in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren entzogen, so geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR). Massgebender Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bildet das Verfügungsgeschäft, wobei bei Grundstücken auf das Datum der Einschreibung in das Tagebuch des Grundbuchs abgestellt wird (BGE 138 III 512 E. 3.4.2). Der Mietvertrag bleibt somit bestehen, und der Käufer tritt von Gesetzes wegen in

den Mietvertrag mit allen Rechten und Pflichten ein, in die hängigen Prozesse aber nur, soweit sie Sachverhalte betreffen, die sich auch nach dem Parteiwechsel auf das Mietverhältnis auswirken könnten (sog. Spaltungstheorie). Der Eintritt in das Vertragsverhältnis erfolgt nicht rückwirkend, und der Mieter kann nicht sämtliche Ansprüche, die er gegen den ehemaligen Vermieter besass, auch gegen den Übernehmer des Mietobjekts erheben (BGE 127 III 273 E. 4c/aa mit Hinweisen; Urteil BGer 4A\_275/2022 vom 22. August 2022 E. 5.1.2). Der Verkauf des Grundstücks an die C. \_\_\_\_\_ SA wurde am 19. November 2021 in das Tagebuch des Grundbuchs eingetragen. Damit ist die C. \_\_\_\_\_ SA für nach diesem Datum entstandene Forderungen der Berufungsklägerin passivlegitimiert, nicht aber bezüglich des Rückerstattungsanspruchs für vor diesem Datum entstandene, fällige Forderungen, für die die B. \_\_\_\_\_ AG passivlegitimiert bleibt (vgl. auch BÄTTIG, SVIT-Kommentar Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 261-261a OR Rz. 11 mit Hinweisen). Bezüglich einer (Neu-)Festsetzung des Mietzinses wäre die C. \_\_\_\_\_ SA aus den gleichen Gründen ebenfalls passivlegitimiert. Die Berufungsklägerin legt mit keinem Wort dar, weshalb die C. \_\_\_\_\_ SA die Nebenkostenanzahlungen bereits ab dem 1. Juli 2019 – und nicht erst ab der Einschreibung des Grundstückverkaufs ins Tagebuch am 19. November 2021 – rückerstatten sollte. Die Anzahlungen betragen CHF 140.- pro Monat und sind gemäss Mietvertrag im Voraus zu leisten. Damit hat die Berufungsklägerin gegenüber der C. \_\_\_\_\_ SA in teilweiser Gutheissung der Berufung Anspruch auf Rückerstattung der zwischen dem 1. Dezember 2021 und dem 4. Juli 2022, Datum der Einreichung der Berufung, geleisteten Nebenkostenanzahlungen von CHF 1'120.- (8 x 140.-). Dass diese Anzahlungen geleistet wurden, bestreiten die Berufungsbeklagten nicht. Darüber hinaus ist die Klage in diesem Punkt mangels Begründung abzuweisen. 8. Im Ergebnis ist die Berufung bezüglich der Rückerstattung der Nebenkosten(-anzahlungen) durch die B. \_\_\_\_\_ AG bzw. der C. \_\_\_\_\_ SA teilweise gutzuheissen. Im Übrigen ist sie abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der angefochtene Entscheid ist folglich in den Ziffern 2 und 4 des Dispositivs abzuändern. 9. 9.1. Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 und 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs.

Kantonsgericht KG Seite 26 von 30 2 ZPO). Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Die Berufungsklägerin ist mit ihren Anträgen nur zu einem geringen Teil durchgedrungen; sie obsiegt in einem von drei Hauptpunkten im Umfang von CHF 20'903.50 (19'783.50 + 1'120.-), hatte aber in ihrer Berufung Forderungen von CHF 91'883.80 (62'510 + 2820 + 1'125.30 + 20'388.50 + 5040) geltend gemacht; dazu kommt noch die Kapitalisierung der beantragten Mietzinsherabsetzung gemäss Rechtsbegehren Ziffer 4. In Anbetracht dessen rechtfertigt es sich, der Berufungsklägerin vier Fünftel und den Berufungsbeklagten solidarisch einen Fünftel der Prozesskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Für das erstinstanzliche Verfahren sind die Prozesskosten in Anwendung von Art. 318 Abs. 3 ZPO im gleichen Verhältnis zu verteilen. 9.2. Bei Mietstreitigkeiten über Wohnräume werden keine Gerichtskosten erhoben, wenn die Hauptwohnung des Mieters betroffen ist und diese – wie im vorliegenden Fall – keine Luxuswohnung darstellt (Art. 130 Abs. 1 JG i.V.m. Art. 116 Abs. 1 ZPO). Es werden folglich keine Gerichtskosten erhoben. 9.3. 9.3.1. Festzusetzen sind für beide Instanzen die als Prozesskosten geschuldeten Parteientschädigungen (Art.

95 Abs. 3 ZPO). Da der Streitwert mehr als 30'000.- beträgt, sind die Kostenlisten der Parteianwälte detailliert festzusetzen (Art. 65 und 64 Abs. 1 Bst. b und f e contrario des Justizreglements vom 30. November 2010 [JR; SGF 130.11]). Bei detaillierter Festsetzung berücksichtigt die Behörde insbesondere die unter gewöhnlichen Umständen zur Führung des Prozesses notwendige Zeit und die auf dem Spiel stehenden Interessen (Art. 63 Abs. 3 JR). Korrespondenz und Telefongespräche, die zur Führung des Prozesses notwendig waren und den Rahmen einer einfachen Aktenverwaltung nicht überschreiten, insbesondere Übermittlungsschreiben, Gesuche um Fristerstreckung oder um Verschiebung einer Verhandlung, geben einzig Anspruch auf ein Pauschalhonorar von höchstens 500 Franken (Art. 67 Abs. 1 JR). Gemäss Art. 68 JR werden die für die Führung des Prozesses notwendigen Auslagen zum Selbstkostenpreis verrechnet, vorbehaltlich der Kosten für Kopien, Portos und Telefonate, welche pauschal auf 5 % der Grundentschädigung ohne Zuschlag festgelegt werden (Art. 68 Abs. 2 JR). Gemäss Art. 66 JR kann bei detaillierter Festsetzung ein angemessener Zuschlag gewährt werden, wenn besondere Umstände, die ohne Einfluss auf die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden waren, es rechtfertigen. Die gesamte Entschädigung darf jedoch den doppelten Betrag des nach Artikel 65 festgesetzten Honorars nicht übersteigen (Abs. 1). In vermögensrechtlichen Streitigkeiten werden die gemäss Artikel 65 festgesetzten Honorare nach einer Abstufung um höchstens 350 % erhöht (Abs. 2). 9.3.2. Rechtsanwalt Gruber macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von 10 Std. und 30 Min. geltend. In Anbetracht der doch relativ komplexen Fragestellung erscheint der Aufwand grundsätzlich angemessen; nicht zu berücksichtigen sind usanzgemäss 15 Min. für die Erstellung der Kostenliste, und der Aufwand nach Urteil ist um 15 Min. zu kürzen. Zu berücksichtigen ist somit ein Aufwand von zehn Stunden à CHF 250.-, das heisst ein Honorar von CHF 2'500.-, zuzüglich Auslagenpauschale von CHF 125.- (5 %; Art. 68 Abs. 2 JR). Antragsgemäss ist auf dem Grundhonorar ein Zuschlag zu gewähren. Bei einem Streitwert von CHF 181'254.50 (vgl. E. 1.2) beträgt der Zuschlag 57,12 % (Art. 66 Abs. 2 Bst. b JR und Anhang 2), das heisst CHF 1'428.-. Die Mehrwertsteuer beträgt CHF 312.10 (7,7 % von CHF 4'053.- [2'500 + 1'428 + 125])

Kantonsgericht KG Seite 27 von 30 Die Kostenliste von Rechtsanwalt Gruber für das Berufungsverfahren ist folglich auf CHF 4'365.10 festzusetzen. Davon haben die Berufungsbeklagten einen Fünftel, das heisst CHF 873.-, zu tragen. Rechtsanwalt Suter macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von sage und schreibe 30 Std. und 10 Min., entsprechend einem Honorar von CHF 6'000.-, geltend, zudem Auslagen in Höhe von CHF 180.- sowie die Mehrwertsteuer. 9.3.3. Rechtsanwalt Suter wurde bereits von der ersten Instanz darauf hingewiesen, dass die Kostenliste detailliert und nach den Regeln des Freiburger Justizreglements festzusetzen ist. Darauf ist zu verweisen, ebenfalls auf die Tatsache, dass eine detaillierte Kostenliste nicht vor der Gegenpartei geheim gehalten werden kann. Diese Grundsätze gelten auch für die Berufungsinstanz. Gewisse Korrekturen an der Kostenliste sind von Amtes wegen vorzunehmen. Der geltend gemachte Aufwand von über 30 Stunden erscheint sowohl in Anbetracht der konkreten Angelegenheit, die einzig in der Einreichung einer Berufungsantwort bestand, als auch des vom Gegenanwalt geltend gemachten Aufwandes von gut zehn Stunden als überrissen. Zu streichen oder zu kürzen sind im Wesentlichen folgende Aufwandspositionen: - Die für die Führung des Prozesses notwendige Korrespondenz (3 Mails, 1 Telefonat, 1 Schreiben an die Klientschaft) ist mit der Pauschale von CHF 250.- (Art. 67 Abs. 1JR) vollumfänglich abgegolten. - Die fast zwei Stunden Aufwand für die Erstellung der Kostenliste sind zu streichen; solche Aufwendungen sind im Anwaltshonorar bzw. in der obigen Pauschale

inbegriffen. - «Studium Unterlagen» vom 7. Juni 2022 sind zu streichen; zu jenem Zeitpunkt war noch gar keine Berufung erhoben worden. - Für das Verfassen der Berufungsantwort (inkl. Korrekturlesen und Instruktionen an die Mitarbeiter) werden rund 26 Stunden geltend gemacht; diese umfasst 27 Seiten. Auch wenn die Materie nicht ganz einfach war und die Berufung 12 Seiten umfasste, erscheint dieser Aufwand mit Blick auf den Aufwand des Gegenanwalts und die Tatsache, dass der Streitgegenstand dem Anwalt bekannt war, nicht gerechtfertigt. Insbesondere äussert sich die Berufungsantwort über drei Seiten zur Formularpflicht und deren rechtliche Folgen, was gar nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens war. Angemessen erscheint für die Arbeiten im Zusammenhang mit dem Verfassen der Berufungsantwort ein Aufwand von 12 Stunden. Zu berücksichtigen ist somit ein Aufwand von 12 Stunden à CHF 250.-, das heisst ein Honorar von CHF 3'000.-, sowie eine Korrespondenzpauschale von CHF 250.-. Auf ersterem Betrag ist von Amtes wegen eine Auslagenpauschale von 5 % (Art. 68 Abs. 2 JR), ausmachend CHF 150.-, sowie ein Streitwertzuschlag zu gewähren. Bei einem Streitwert von CHF 181'254.50 (vgl. E. 1.2) beträgt der Zuschlag 57,12 % (Art. 66 Abs. 2 Bst. b JR und Anhang 2), das heisst CHF 1'713,60. Die Mehrwertsteuer beträgt CHF 393.75 (7,7 % von CHF 5'113.60 [3'000 + 250 + 150 + 1'713.60]) Die Kostenliste von Rechtsanwalt Suter für das Berufungsverfahren ist folglich auf CHF 5'507.35 festzusetzen. Davon haben die Berufungsbeklagten vier Fünftel, das heisst CHF 4'405.90, zu tragen. Nach Verrechnung hat die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren somit eine Parteientschädigung von CHF 3'532.90 (4'405.90 – 873.-) zu bezahlen.

Kantonsgericht KG Seite 28 von 30 9.3.4. Für das erstinstanzliche Verfahren wurde die Kostenliste von Rechtsanwalt Suter vom Mietgericht auf CHF 6'739.85 festgesetzt (Honorar CHF 5'100.-, Pauschale für notwendige Korrespondenz und Telefongespräche CHF 500.-, Auslagenpauschale von 5 %, ausmachend CHF 298.-, Reiseentschädigung CHF 360.- sowie Mehrwertsteuer CHF 481.85). Die Festsetzung wurde im Berufungsverfahren nicht bestritten. Sie ist folglich zu übernehmen. Von Betrag von CHF 6'739.85 hat die Berufungsklägerin vier Fünftel, das heisst CHF 5'391.90, zu tragen. Rechtsanwalt Gruber hatte für das erstinstanzliche Verfahren einen Betrag von CHF 7'343.75 geltend gemacht, beinhaltend ein Honorar von CHF 6'437.- (gerundet 25 Std. 45 Min. zu je CHF 250.-), eine Auslagenpauschale von CHF 381.90 sowie Mehrwertsteuer von CHF 525.05 (7,7 %). Der zeitliche Aufwand erscheint aufgrund der Verfahrensdauer, der zwei Gerichtsverhandlungen und der auf dem Spiel stehenden Interessen sowie mit Blick auf den bei der Gegenpartei berücksichtigten Aufwand grundsätzlich angemessen; nicht angemessen erscheint der Aufwand nach Urteil von 1 Std. 30 Min., der zudem teilweise im Berufungsverfahren berücksichtigt wird; er ist um 45 Minuten zu kürzen. Zu berücksichtigen sind somit ein Honorar von CHF 6'250.- (25 Std. à 250.-), 5 % Auslagenpauschale, ausmachend CHF 312.50, sowie 7,7 % MWSt, das heisst CHF 505.30. Eine Streitwerterhöhung wurde erst in zweiter Instanz beantragt; deshalb und aus Billigkeitsgründen ist sie nicht zu gewähren, da auch der Gegenpartei keine Streitwerterhöhung gewährt wurde (Art. 66 Abs. 1 JR). Die Kostenliste von Rechtsanwalt Gruber für das erstinstanzliche Verfahren ist folglich auf CHF 7'067.80 (6'250 + 312.50 + 505.30) festzusetzen. Davon haben die Berufungsbeklagten einen Fünftel, das heisst CHF 1'413.55, zu tragen. Nach Verrechnung hat die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren somit eine Parteientschädigung von CHF 3'978.35 (5'391.90 - 1'413.55) zu bezahlen. 9.4. Schliesslich beantragt die Berufungsklägerin in einem letzten Punkt, die Berufungsbeklagten seien solidarisch zu verurteilen, ihr eine

Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren im Betrag von CHF 1'587.30 zu bezahlen. In ihre Berufungsantwort äussern sich die Berufungsbeklagten nicht zu diesem Rechtsbegehren. Zwar können gemäss Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen werden. Gemäss Bundesgericht kann indes der ordentliche Richter im Rahmen seines Entscheids auch für das Schlichtungsverfahren eine Parteientschädigung zusprechen (BGE 141 III 20 E. 5). Die Rechtsbegehren der Berufungsklägerin im Schlichtungsverfahren entsprachen der Natur der Sache nach im Wesentlichen jenen der Klage bzw. der Berufung. Es rechtfertigt sich daher, entsprechend dem Ausgang des Gerichtsverfahrens die Berufungsbeklagten zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen Fünftel ihrer Anwaltskosten für das Schlichtungsverfahren zu erstatten. Die geltend gemachte Parteientschädigung von CHF 1'587.30 (Honorar: CHF 1'375.- [5,5 Std. à CHF 250.-]; Auslagen inkl. Reisekosten: CHF 98.80; 7,7 % MWSt: CHF 113.50) wird von den Berufungsbeklagten nicht bestritten und erscheint gestützt auf die Kostenliste von Rechtsanwalt Gruber gerechtfertigt. Entsprechend sind die Berufungsbeklagten solidarisch (Art. 106 Abs. 3 ZPO) zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das Schlichtungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 317.45 zu bezahlen.

Kantonsgericht KG Seite 29 von 30 Der Hof erkennt: I. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Mietgerichts des Saanebezirks vom 25. Mai 2022 wird in den Ziffern 2 und 4 abgeändert und um Ziffer 6 ergänzt und lautet neu wie folgt: 1. Der Anfangsnettomietzins für die von A. \_\_\_\_\_ bewohnte 3,5-Zimmerwohnung im 4. Obergeschoss an der D. \_\_\_\_\_ in E. \_\_\_\_\_ wird auf CHF 1'500.- festgesetzt. 2. Die B. \_\_\_\_\_ AG wird verpflichtet, A. \_\_\_\_\_ für nicht geschuldete Nebenkosten für den Zeitraum vom 1. Dezember 2010 bis 30. Juni 2019 CHF 19'783.50 zuzüglich 5 % Zins ab dem 16. Juni 2016, zurückzuerstatten. Die C. \_\_\_\_\_ SA wird verpflichtet, A. \_\_\_\_\_ nicht geschuldete Nebenkostenanzahlungen für den Zeitraum vom 1. Dezember 2021 bis 4. Juli 2022 von CHF 1'120.- zurückzuerstatten. 3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 4. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 5. Die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden A. \_\_\_\_\_ im Umfang von vier Fünfteln sowie der B. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ SA solidarisch im Umfang von einem Fünftel auferlegt. Die Parteientschädigung für A. \_\_\_\_\_ wird auf total CHF 7'067.80 (Honorar: 6'250.-; Auslagen: CHF 312.50; MWSt: CHF 505.30) festgesetzt. Davon haben die B. \_\_\_\_\_ AG und die C. \_\_\_\_\_ SA einen Fünftel, das heisst CHF 1'413.55, zu tragen. Die Parteientschädigung für die B. \_\_\_\_\_ AG und die C. \_\_\_\_\_ SA wird auf CHF 6'739.85 (Honorar: CHF 5'100.-, Korrespondenzpauschale: CHF 500.-, Auslagenpauschale: CHF 298.-; Reiseentschädigung CHF 360.-; Mehrwertsteuer CHF 481.85) festgesetzt. Davon hat A. \_\_\_\_\_ vier Fünftel, das heisst CHF 5'391.90, zu tragen. Nach Verrechnung hat A. \_\_\_\_\_ der B. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ SA eine Parteientschädigung von CHF 3'978.35 zu bezahlen. 6. Die B. \_\_\_\_\_ AG und die C. \_\_\_\_\_ SA werden solidarisch verpflichtet, A. \_\_\_\_\_ für das Schlichtungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 317.45 zu bezahlen. II. Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens werden A. \_\_\_\_\_ im Umfang von vier Fünfteln sowie der B. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ SA solidarisch im Umfang von einem Fünftel auferlegt. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. Die Parteientschädigung für A. \_\_\_\_\_ wird auf total CHF 4'365.10 (Entschädigung: CHF 2'500.-; Streitwerterhöhung: 1'428.-; Auslagenpauschale: CHF 125.-; MwSt.: CHF 312.10) festgesetzt. Davon haben die B. \_\_\_\_\_ AG und die C. \_\_\_\_\_ SA einen Fünftel, das

heisst CHF 873.-, zu tragen. Die Parteientschädigung für die B. \_\_\_\_\_ AG und die C. \_\_\_\_\_ SA wird auf total CHF 5'507.35 (Honorar: CHF 3'000.-, Streitwerterhöhung: 1'713.60; Korrespondenzpauschale: CHF 250.-, Auslagenpauschale: CHF 150.-; Mehrwertsteuer CHF 393.75) festgesetzt. Davon hat A. \_\_\_\_\_ vier Fünftel, das heisst CHF 4'405.90, zu tragen.

Kantonsgericht KG Seite 30 von 30 Nach Verrechnung hat A. \_\_\_\_\_ der B. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ SA eine Partei- entschädigung von CHF 3'532.90 zu bezahlen. III. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvorausset- zungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 7. März 2023/fba Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

## **E. 10**

Aufl. 2022, Ziff. 14.1.7). Art. 257a Abs. 2 OR konkretisiert die allgemeine Auslegungsregel von Art. 18 OR, stösst diese jedoch nicht um. Die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip greift nicht, wenn die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend verstanden und geeinigt haben. Erkennt ein Mieter bei Vertragsabschluss, welche Nebenkosten ihm aufgebürdet werden, und unterzeichnet er den Vertrag im Wissen um den genauen Inhalt, kann er sich im Nachhinein nicht auf die fehlende Bestimmtheit des Vertragstextes berufen (GIGER, in Berner Kommentar OR, 2015, Art. 257a N. 14 f.; Urteil BGer 4P.323/2006 vom 21. März 2006 E. 2.2). Die besondere Vereinbarung ist schriftlich, mündlich und auch konkludent möglich. Ist jedoch der Mietvertrag schriftlich abgeschlossen worden, gilt der Vorbehalt der Schriftlichkeit gemäss Art. 16 Abs. 1 OR auch für die Nebenkostenabrede. Die Parteien haben damit zum Ausdruck gebracht, dass auch für die besondere Vereinbarung der Nebenkosten die Schriftform gilt. Die Bezahlung mietvertraglich nicht ausgeschiedener Nebenkos- ten während mehrerer Jahre bedeutet keine Anerkennung und insbesondere keine konkludente vertragliche Ausscheidung der entsprechenden Nebenkosten im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR, es sei denn, der Mieter akzeptiert und bezahlt die verlangten Nebenkosten in Kenntnis der Rechtslage. Gegen die Annahme einer konkludenten Vereinbarung durch Bezahlung spricht bei schriftlich abge- schlossenen Mietverträgen auch die damit vorbehaltene Schriftform als Gültigkeitsvoraussetzung (BÉGUIN/MARSTON, Ziff. 14.1.7.1 und 14.1.7.2 jeweils mit weiteren Hinweisen) Die besondere Vereinbarung muss jedenfalls die von den Mietern zu tragenden Nebenkosten im Mietvertrag klar und bestimmt umschreiben. Einzig der Hinweis auf einen standardisierten Vertrags- zusatz genügt nicht (vgl. BGE 135 III 591 E. 4.3; 121 III 460 E. 2a/aa; Urteil BGer 4A\_185/2009 vom 28. Juli 2009 E. 2.1). Den Mietern kann nicht zugemutet werden, sich erst aufgrund einer sorgfältigen Konsultation der Vertragsbedingungen ein Bild zu machen, welche Nebenkosten von ihnen zu tragen sind. Vielmehr haben sie Anspruch darauf, dass ihnen nur diejenigen Nebenkosten überbun- den werden, die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden. Nur wenn die allgemeinen Vertragsbedingungen eine Konkretisierung der im Mietvertrag bereits zu ihren Lasten ausgeschie- denen Nebenkosten bedeuten, kann daraus unter Umständen auf deren Übernahme durch die Mieter geschlossen werden (vgl. zum Ganzen Urteil BGer 4A\_149/2019 vom 19. September 2019 E. 2.1. mit Hinweisen). Mit einem konkreten Verweis im Stammvertrag auf die lediglich in den Allgemeinen Vertragsbestim- mungen

erwähnten Nebenkosten liegt noch keine besondere Vereinbarung nach Art. 257a Abs. 2 OR vor, auch dann nicht, wenn die Seitenzahlen von Vertrag und AGB durchgehend laufen, die AGB nur zwei Seiten umfassen und vom Vermieter unterschrieben sind (BÉGUIN/MARSTON, Ziff. 14.1.7.4). Zulässig ist lediglich, die vereinbarten Nebenkosten in den AGB zu konkretisieren (Urteil BGer 4C.24/2002 vom 29. April 2002 E. 2.4.3; BGE 135 III 591 E. 4.3.1; GIGER, Art. 257a N. 44 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.