

# **ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MA150003-L vom 23. September 2016**

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2016-09-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_MA150003-L](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MA150003-L)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MA150003-L du 23 septembre 2016

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MA150003-L del 23 settembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Sachverhalt

#### **E. 1.1**

Herabsetzungsbegehren des Mieters

##### **E. 1.1.1**

Theorie Gemäss Art. 270a Abs. 1 OR kann der Mieter den Mietzins als missbräuchlich anfechten und die Herabsetzung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin verlangen, wenn er Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen nach den Artikeln 269 und 269a OR übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt. Das Herabsetzungsbegehren muss dabei vor Beginn der Kündigungsfristen beim Vermieter eingehen, also in dessen Machtbereich gelangen (SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 270a OR N 23). Der nächstmögliche Kündigungstermin bestimmt sich damit nach dem Empfang des Senkungsbegehrens durch den Vermieter (BSK OR I-Weber, 6. Aufl., Art. 270a N 4). Für die Mietzinsherabsetzung stellt Art. 270a Abs. 2 OR gewisse Vorschriften bezüglich des Vorverfahrens auf: So hat der Mieter das Herabsetzungsbegehren schriftlich zu stellen. Mit Zustellung des Herabsetzungsbegehrens beginnt für den Vermieter eine Frist von 30 Tagen zu laufen, innert welcher er zum Begehren des Mieters Stellung nehmen sollte. Erhält der Mieter innert dieser Frist keine Erklärung des Vermieters zum geltend gemachten Herabsetzungsanspruch, so kann er innert 30 Tagen nach Fristablauf die zuständige Schlichtungsbehörde anrufen (Art. 270a Abs. 2 OR). Geht hingegen eine Antwort des Vermieters ein, die erkennen lässt, dass dem Herabsetzungsbegehren nicht oder nicht im vollen beantragten Sinn entsprochen wird, so beginnt die Frist zur Aufrufung der Schlichtungsbehörde bereits mit dem Eingang dieser Stellungnahme zu laufen (SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 270a OR N 28). Nach Ansicht des Bundesgerichts rechtfertigt es sich, dem Mieter in analoger Anwendung von Art. 270a Abs. 3 OR während eines laufenden Herabsetzungsverfahrens die Möglichkeit einzuräumen, ein weiteres Herabsetzungsbegehren ohne

- 8 - parteiinternes Vorverfahren im Sinne von Art. 270a Abs. 2 OR stellen zu können. Die Vorschrift beruht auf der Überlegung, dass ein Vorverfahren, das eine gütliche Einigung ermöglichen soll, nicht mehr sinnvoll ist, wenn die Parteien bereits in einem Anfechtungsverfahren über den Mietzins streiten (BGE 122 III 20, E. 4c).

##### **E. 1.1.2**

Würdigung Die Parteien schlossen am 11. August 2008 einen Mietvertrag mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf jeweils Ende März und Ende September. Der Beklagte hat die erste Mietzinsherabsetzung infolge einer Hypothekarzins senkung von 3.5% auf 2% mit Schreiben vom 17. November 2014 per 1. April 2015 geltend gemacht. Die Klägerinnen bestreiten nicht, dieses Schreiben vor Ende Dezember 2014 und somit vor Beginn der dreimonatigen Kündigungsfrist erhalten zu haben. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2015 stellte der Beklagte ein weiteres Herabsetzungsbegehren infolge einer Hypothekarzins senkung von 2% auf 1.75% auf den nächsten Kündigungstermin. Nachdem die Klägerinnen nicht bestreiten, das Begehren vor Ende Dezember 2015 erhalten zu haben, war der nächstmögliche Kündigungstermin, auf welchen der Beklagte die Mietzinsherabsetzung verlangen konnte, Ende März 2016. Der Beklagte hat somit beide Herabsetzungsbegehren den Klägerinnen fristgerecht zukommen lassen, um die entsprechenden Mietzinsherabsetzungen per 1. April 2015 und 1. April 2016 verlangen zu können. Das Schreiben des Beklagten vom 17. November 2014 blieb unbestrittenermassen innert der dreissigtägigen Antwortfrist der Klägerinnen unbeantwortet. Der Beklagte gelangte anschliessend fristgerecht an die zuständige Schlichtungsbehörde, womit er das Vorverfahren i.S.v. Art. 270a Abs. 2 OR für sein Senkungsbegehren per 1. April 2015 rechtmässig durchlaufen hat. Auch bezüglich des Schreibens vom 3. Dezember 2015 des Beklagten liessen die Klägerinnen die dreissigtägige Frist zur Stellungnahme unbenutzt verstreichen. Der Beklagte gelangte wiederum fristgerecht an die zuständige Schlichtungsbehörde, welche das Verfahren jedoch infolge des bereits vor dem Mietgericht Zürich hängigen Verfahrens betreffend die Senkung des Mietzinses per 1. April 2015 sistierte. Damit wurde das Vorverfahren für das Herabsetzungsbegehren per 1. April 2016 nicht vollständig durchlaufen. Der Beklagte wiederholte aber sein Senkungsbegehren per 1. April 2016 widerklageweise im hängigen Verfahren, weshalb im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung das beklagtische Rechtsbegehren betreffend die Mietzinsherabsetzung per 1. April 2016 berücksichtigt werden kann, ohne dass ein erneutes Schlichtungsverfahren in dieser Angelegenheit erforderlich ist.

## **E. 1.2**

Änderung der Berechnungsgrundlagen

### **E. 1.2.1**

Standpunkt der Parteien Die Klägerinnen machen geltend, die Berechnungsgrundlage für die Miete der Wohnung des Beklagten habe sich seit Beginn des Mietverhältnisses am 1. September 2008 nicht verändert. Die streitgegenständliche Liegenschaft sei seit dem Jahr 2006 nicht mehr mit einer Hypothek belastet. Deshalb hätten die Klägerinnen vom Rückgang des Hypothekarzins satzes nicht profitieren können, weshalb sich eine Senkung des Mietzinses nicht rechtfertigen lasse. Der Beklagte müsse als Mieter beweisen, dass es bei den Klägerinnen zu einer Kostensenkung gekommen sei, was nicht der Fall sei. Der Mietzins liege mit Sicherheit im quartierüblichen Rahmen. Der Beklagte ist der Meinung, massgebend seien die veränderten Berechnungsgrundlagen zwischen dem Mietvertragsabschluss am 11. August 2008 und dem Mietzinsherabsetzungsbegehren am 17. November 2014. Der massgebliche Hypothekarzins satz sei im Mietvertrag vom 11. August 2008 fehlerhaft aufgeführt worden. Er habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses 3.5% und nicht – wie vertraglich festgehalten – 3% betragen. Der Referenzzinssatz sei folglich in der massgeblichen Zeitspanne des ersten Senkungsbegehrens per 1. April 2015

von 3.5% auf 2% gesunken, was zweifelsohne zu einer wesentlichen Veränderung der Berechnungsgrundlage geführt habe.

### **E. 1.2.2**

Theorie Gemäss Art. 270a Abs. 1 OR muss eine wesentliche Änderung der Berechnungsgrundlage gegeben sein, die dem Mieter Anlass zur Annahme gibt, der Vermieter erziele einen übersetzten Ertrag im Sinne von Art. 269 OR und Art. 269a OR.

- 10 - Nicht jede noch so geringfügige Änderung allfälliger Berechnungsgrundlagen rechtfertigt also eine Mietzinsreduktion. Ob eine Änderung wesentlich ist, bestimmt sich vorrangig nach quantitativen Aspekten. Dabei wird jede Veränderung des Hypothekarzinsrates um 0.25% als wesentlich betrachtet (vgl. Art. 13 Abs. 1 VMWG; SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 270a OR N 4; ZK-Higi, Art. 270a OR N 59), wobei Art. 13 Abs. 1 VMWG auch regelt, welche Auswirkungen Hypothekarzinsveränderungen auf die Mietzinsgestaltung im Quantitativ haben können. Die Kostenmiete stellt auf die tatsächlichen Kosten des Vermieters ab. In der Praxis kommt bei der Kostenmiete vor allem der Kostensenkung infolge der Senkung des Hypothekarzinsrates vorrangige Bedeutung zu (CHK-Hulliger/Heinrich, 3. Aufl., Art. 270a OR N 2; Lachat/Dörflinger, a.a.O., S. 312; SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 270a OR N 6). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht der Anspruch auf Mietzinsreduktion unabhängig davon, ob und zu welchem Grad eine Liegenschaft fremdfinanziert wird und somit unabhängig davon, ob der Vermieter angesichts seiner konkreten Finanzierungsverhältnisse von einer Hypothekarzinsenkung profitiert (BGE 133 III 61 E. 3.2.2.1; BGE 118 II 45 E. 2a; BGE 101 II 333 E. 2d; SVIT-Kommentar Mietrecht III Art. 270a OR N 8). Die entsprechenden individuellen Verhältnisse sind dann allerdings im Zusammenhang mit dem möglicherweise vom Vermieter erhobenen Einwand, er erziele mit dem aktuellen Mietzins keinen übersetzten Ertrag, bedeutsam (SVIT-Kommentar Mietrecht III Art. 270a OR N 8). Auf einen im Vertrag festgesetzten Anfangsreferenzzinssatz ist nur insoweit abzustellen, als dieser der Wirklichkeit entspricht und keine stillen Reserven beinhaltet. Insbesondere ist ein im Vertrag zu tief angegebener Hypothekarzinsatz oder Indexstand nicht als Vorbehalt zu werten (Lachat/Brutschin, a.a.O., S. 433), es sei denn der Vermieter habe den Anfangsmietzins auf dem Stand des vorausgegangen Mietverhältnisses und der dazumal bestehenden Kostenfaktoren belasten und der Vorbehalt sei in Franken oder Prozenten beziffert worden (Urteil des Bundesgerichts 4C.34/2007 vom 7. August 1995, publ. in: mp 4/95 S. 212 ff. und MRA 2/96, S. 64 ff.).

- 11 -

### **E. 1.2.3**

Würdigung Aus dem Mietvertrag vom 11. August 2008 geht hervor, dass der Berechnung des Mietzinses ein Anfangshypothekarzinsatz von 3% zugrunde lag. Tatsächlich lag der Hypothekarzinsatz im Kanton Zürich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – also im August 2008 – bei 3.5%, weshalb von diesem auszugehen ist, und zwar unabhängig davon, worüber sich die Parteien vertraglich geeinigt haben. Der Hypothekarzins sank per 3. September 2013 auf 2% und per 2. Juni 2015 auf 1.75%. Folglich kam es in der Zeitspanne zwischen Vertragsschluss und dem ersten – am 17. November 2014 gestellten – Herabsetzungsbegehren zu einer Senkung des Hypothekarzinses von 1.5%. In der Zeitspanne zwischen dem ersten und dem zweiten – am 3. Dezember 2015 gestellten –

Herabsetzungsbegehren kam es nochmals zu einer Reduktion von 0.25%. Beide Hypothekarzinsveränderungen sind im Sinne von Art. 13 Abs. 1 VMWG als wesentlich zu erachten, weshalb für beide Senkungsbegehren eine wesentliche Änderung der Berechnungsgrundlagen gegeben ist. Daran ändert im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch der Umstand nichts, dass die streitgegenständliche Liegenschaft seit dem Jahr 2006 nicht mehr durch einen Hypothekarkredit fremdfinanziert wird. 2. Einreden der Klägerinnen

### **E. 1.3**

Mit Datum vom 17. November 2014 verlangte der Beklagte resp. dessen Rechtsvertreterin von den Klägerinnen gestützt auf die eingetretene Referenzzinssatzsenkung von 3.5% auf 2.0% eine angemessene Nettomietzinsreduktion per 1. April 2015 und bat um eine Stellungnahme innert 30 Tagen. Dieses Schreiben blieb seitens der Klägerinnen unbeantwortet.

### **E. 1.4**

Mit Schreiben vom 3. Dezember 2015 stellte der Beklagte gegenüber der klägerischen Vertreterin ein weiteres Senkungsbegehren, weil der Referenzzinssatz für Hypotheken von 2.0% auf 1.75% gesenkt worden sei. Er ersuche die Klägerinnen höflich, seine Nettomiete auf den nächsten Kündigungstermin um 2.91% zu reduzieren. Gleichzeitig bitte er um eine schriftliche Bestätigung innert 30 Tagen. Sollte seinem Herabsetzungsbegehren nicht oder nur teilweise entsprochen werden, bitte er sie, ihm die Gründe ebenfalls innert 30 Tagen mitzuteilen. Auch dieses Schreiben blieb unbeantwortet.

## **E. 2**

Streitwert

### **E. 2.1**

Einrede des nicht übersetzten Ertrages

#### **E. 2.1.1**

Standpunkt der Parteien Die Klägerinnen führen aus, der Bruttomietzins, welchen der Beklagte für eine renovierte 3-Zimmerwohnung an bester Lage seit dem Jahr 2008 bezahle, sei weit davon entfernt, einen übersetzten Ertrag zu ergeben. Der Beklagte hielt dem entgegen, diese Einrede sei nicht ansatzweise substantiiert. Deshalb halte er daran fest, dass die Klägerinnen auch mit einem Nettomietzins in der Höhe von Fr. 1'370.– respektive Fr. 1'329.– eine genügende Rendite erzielen würden.

- 12 -

#### **E. 2.1.2**

Theorie Nach dem Wortlaut von Art. 270a Abs. 1 OR besteht der Mietzinsherabsetzungsanspruch des Mieters bei einer wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlage nur dann, wenn er Grund zur Annahme hat, der Vermieter erziele einen nach den Artikeln 269 und 269a OR übersetzten Ertrag aus der Mietsache und der Mietzins sei somit missbräuchlich (Lachat/Brutschin, a.a.O., S. 323). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Vermieter deshalb dem Herabsetzungsbegehren des Mieters die Einrede des nicht übersetzten – und damit nicht missbräuchlichen – Ertrags entgegenhalten (BGE 116 II 73, E. 2a; bestätigt in BGE 121 III 163, E. 2d/bb). Den Beweis für den nicht übersetzten Ertrag trägt nach den allgemeinen prozessualen Grundsätzen diejenige Partei,

die ein Recht daraus ableitet (Art. 8 ZGB). Möchte sich der Vermieter mittels Einrede aus nicht übersetztem Ertrag gegen ein Herabsetzungsbegehren wehren, trägt er folglich auch die Beweislast dafür.

### **E. 2.1.3**

**Würdigung** Die Klägerinnen beriefen sich auf die Einrede des nicht übersetzten Ertrages ohne diese Einrede weiter zu begründen. Die Klägerinnen haben nicht ansatzweise substantiiert dargelegt, dass sie (trotz der eingetretenen Kostensenkung) keinen übersetzten und damit einen zulässigen Ertrag aus der Mietsache erzielen. So haben sie insbesondere keinerlei Berechnungen oder Zahlen vorgelegt, die diese Einrede stützen würden. Es gelingt ihnen deshalb nicht, den Nachweis der Einrede des nicht übersetzten Ertrages zu erbringen.

## **E. 2.2**

Einrede der Orts- und Quartierüblichkeit

### **E. 2.2.1**

**Standpunkt der Parteien** Die Klägerinnen machen geltend, der Mietzins des Beklagten sei nicht missbräuchlich, da er im orts- und quartierüblichen Rahmen liege. Bereits der Vorsitzende der Schlichtungsbehörde habe erwähnt, es handle sich beim Mietzins der streitgegenständlichen Wohnung um einen günstigen Mietzins, obwohl er nicht gewusst habe, dass die Wohnung renoviert worden sei. Ein derart günstiger Mietzins liege sicherlich im quartierüblichen Rahmen. Bei der verlangten Herabset-

- 13 - zung des Mietzinses der beklagten Wohnung läge dieser am Ende tiefer als der Mietzins von 1997 für eine 3-Zimmerwohnung in derselben Liegenschaft. Auch die ins Recht gereichte Statistik von "Wüest & Partner, Immobilienpreise nach Zimmerzahl für Mietwohnungen 3- bis 3.5-Zimmer für das Stadtviertel Zürich Kreis 9" belege, dass der Mietzins des Beklagten bei einer allfälligen Senkung einer der tiefsten Mietzinse für das Stadtviertel Zürich Kreis 9 darstellte. Im Weiteren reichte die Vertreterin der Klägerinnen Mietverträge der Wohnungen in den beiden Liegenschaften an der E-Strasse, Zürich ins Recht und offerierte den Beweis eines Augenscheins der beiden Liegenschaften. Anlässlich der Hauptverhandlung gab die Vertreterin der Klägerinnen zudem zu Protokoll, auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts könne keine Rücksicht genommen werden, da diese völlig realitätsfremd sei. Missbräuchlich sei diese vor allem, weil – wie alle wüssten – die Orts- und Quartierüblichkeit eines Mietzinses nicht nachgewiesen werden könne. Da die Anforderungen an die Vergleichsobjekte sehr hoch seien, versuche sie schon gar nicht mehr, danach zu suchen. Der Beklagte macht demgegenüber geltend, die Einrede der Orts- und Quartierüblichkeit sei von den Klägerinnen nicht ansatzweise substantiiert worden. Zudem handle es sich bei den Wohnungen der Liegenschaften an der E-Strasse, Zürich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um keine tauglichen Vergleichsobjekte, da die Klägerinnen an allen Vergleichswohnungen nutzniessungsberechtigt seien. Hinzu komme, dass sämtliche 3-Zimmerwohnungen in den beiden Liegenschaften günstiger seien, als diejenige des Beklagten. Bei den übrigen Wohnungen handle es sich um 4-Zimmerwohnungen.

### **E. 2.2.2**

Theorie Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen (Art. 269a lit. a OR). Die Orts- und Quar-

tierüblichkeit stellt auf Mietzinse ab, die für vergleichbare Objekte im Beurteilungszeitpunkt tatsächlich bezahlt werden. Dabei ist grundsätzlich irrelevant, wann entsprechende Mietverträge abgeschlossen worden sind (SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 269a OR N 4).

- 14 - Der Beweis für die Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses obliegt derjenigen Vertragspartei, welche sich auf dieses Kriterium beruft (Art. 8 ZGB; SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 269a OR N 27), weshalb der Vermieter beweispflichtig ist, wenn er sich auf die Einrede der Orts- und Quartierüblichkeit zur Abwendung einer Mietzinsherabsetzung beruft (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.85/2002 vom 10. Juni 2002, E. 2a). Zum Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit müssen mindestens fünf Objekte, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind (Art. 11 Abs. 1 VMWG), genannt werden (BGE 123 III 317, E. 4a, Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: MRA 5/97 S. 185 ff. sowie mp 4/97 S. 215 ff.). Dabei sind konkrete Vergleiche anzustellen und der Vergleich kann nicht durch ein Gutachten über den Ertragswert des Grundstücks oder durch eine Mietwert-schätzung ersetzt werden (BGE 114 II 361, E. 3 und 4c). Die Vergleichsobjekte beizubringen hat die beweisbelastete Partei; daran ändert auch die soziale Untersuchungsmaxime nichts (BGE 141 III 569 E. 2.3.). Damit die orts- und quartierüblichen Mietzinse überhaupt festgestellt werden können, fallen gemäss Art. 11 Abs. 3 VMWG Mietzinse ausser Betracht, die auf einer Marktbeherrschung durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen. Werden mehrere Wohnungen, die sich in der gleichen Liegenschaft befinden und dem gleichen Eigentümer gehören, zum Vergleich herangezogen, vermag nicht jedes einzelne Objekt eine Übung zu begründen. Verlässliche Schlussfolgerungen auf das orts- und quartierübliche Niveau können nur dann gezogen werden, wenn mehrere Wohnungen, die sich in verschiedenen Liegenschaften befinden und an deren Eigentümer gehören, als Vergleichsobjekte zur Verfügung stehen. Mehrere Wohnungen in der gleichen Liegenschaft können daher grundsätzlich nur als ein Vergleichsobjekt berücksichtigt werden (vgl. dazu BGE 123 III 317, E. 4c, Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: MRA 5/97 S. 185 ff. sowie mp 4/97 S. 215 ff.; kritisch bezüglich Eigentümerstellung SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 269a OR N 21). Art. 11 Abs. 4 VMWG erlaubt im Zusammenhang mit der Beweisführung der orts- und quartierüblichen Verhältnisse die Berücksichtigung amtlicher Statistiken. Als

- 15 - solche gelten nach der Gerichtspraxis nur diejenigen Erhebungen, die genügend differenzierendes Zahlenmaterial über die Lage, Ausstattung, Zustand und Bauperiode der berücksichtigten Objekte enthalten (CHK-Hulliger/Heinrich, a.a.O., Art. 269 – 269a OR N 18).

### **E. 2.2.3**

Würdigung Die Klägerinnen anboten drei 4.5- und zwei 3-Zimmerwohnungen in der streitgegenständlichen Liegenschaft sowie fünf 3- und zwei 4.5-Zimmerwohnungen sowie eine 3.5-Zimmerwohnung der benachbarten Liegenschaft als Vergleichsobjekte. Gebäudeeigentümer beider Liegenschaften sind unbestrittenermassen die Kinder der Klägerinnen, wobei die Klägerinnen die Nutzniessungsrechte innehaben. Dies wird auch durch die neu abgeschlossenen Mietverträge bestätigt. Folglich handelt es sich bei den zum Vergleich offerierten Mietobjekte um Wohnungen der gleichen Vermieterinnen. Da der Mietsache nicht nur Objekte desselben (Dritt-)Vermieters gegenübergestellt werden können (BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 269a N 2b), können die Klägerinnen den Beweis der

Orts- und Quartierüblichkeit bereits aufgrund der ungenügenden Anzahl Vergleichsobjekte nicht erbringen, weshalb diese Vergleichsobjekte auch nicht auf die weiteren im Gesetz aufgeführten Kriterien zu überprüfen sind. Die Klägerinnen berufen sich im Weiteren auf die Statistik von Wüest & Partner. Diese ist jedoch aufgrund der fehlenden Informationen zur Ausstattung, dem Zustand und der Bauperiode der berücksichtigten Wohnungen im Kreis 9 der Stadt Zürich nicht als amtliche Statistik zu werten, weshalb die Klägerinnen daraus nichts ableiten können. Auch der offerierte Augenschein kann den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit nicht erbringen und vermag taugliche Vergleichsobjekte oder zugelassene Statistiken nicht zu ersetzen. Das Argument der klägerischen Vertreterin, aufgrund der realitätsfremden bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Anforderungen an ein Vergleichsobjekt könne der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit nicht erbracht werden, ist unbehelflich. Es sind die Klägerinnen, welchen gestützt auf Art. 8 ZGB

- 16 - der Beweis für die Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses obliegt, da sie sich auf dieses Kriterium berufen, um den Mietzins nicht herabzusetzen. Zusammenfassend gelingt es den Klägerinnen demnach nicht, den Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit zu erbringen.

## **E. 2.3**

Vorbehalt

### **E. 2.3.1**

Parteivorbringen Die beklagte Rechtsvertreterin machte anlässlich der Hauptverhandlung geltend, der Mietvertrag vom 11. August 2008 sei vorbehaltlos abgeschlossen worden. Es gebe zwar einen Vorbehalt von 10%, dieser sei durch die Klägerinnen aber nicht ansatzweise begründet worden. Weder die Klägerinnen noch deren Vertreterin haben den Vorbehalt von 10% geltend gemacht. Auch in der Klagebegründung und anlässlich der Hauptverhandlung wurde der Vorbehalt nicht thematisiert und keine Angaben dazu gemacht.

### **E. 2.3.2**

Theorie Macht der Vermieter die ihm zustehende Mietzinsanpassung nicht vollständig geltend, hat er diesen Vorbehalt in Franken oder in Prozenten des Mietzinses festzulegen (Art. 18 VMWG). Mit dem sog. Mietzinsvorbehalt weist er darauf hin, dass der vereinbarte Mietzins bei Abschluss des Mietvertrages zu tief angesetzt ist, weil er die ihm zustehenden konkreten Erhöhungsrechte nicht vollständig ausschöpft und sich deren Ausschöpfung auf später vorbehält (ZK-Higi, Art. 269d OR N 106). Der Vermieter kann seinen Vorbehalt auch zur Abwehr eines Herabsetzungsanspruchs ganz oder teilweise ausschöpfen (ZK-Higi, Art. 269d OR N 109). Zur Ausschöpfung des Vorbehalts ist eine Erklärung nötig, die einer Mietzinsgestaltungserklärung i.S.v. Art. 269d Abs. 1 OR genügt (ZK-Higi, Art. 269d OR N 108.). Der Vorbehalt allein ist indessen nicht anfechtbar; ein Rechtsschutzinteresse des Mieters besteht diesbezüglich erst bei der Ausschöpfung in einem späteren Anpassungsverfahren (BSK OR I-Weber, a.a.O., 6. Aufl., Art. 269d N 4).

- 17 -

### **E. 2.3.3**

Würdigung Die Klägerinnen haben sich vorliegend nicht auf den im Mietvertrag vom 11. August 2008 vereinbarten Vorbehalt von 10% für aufgelaufene Reserven berufen,

weshalb es an der entsprechenden Gestaltungserklärung ihrerseits zur Ausschöpfung des Vorbehalts fehlt und dieser deshalb weder gerichtlich zu überprüfen ist noch dem vorliegenden Herabsetzungsbegehren des Beklagten entgegensteht.

#### **E. 2.4**

Zwischenfazit Die Voraussetzungen für eine Mietzinsherabsetzung sind gegeben und die Einreden der Klägerinnen gehen ins Leere, weshalb im Folgenden die Höhe der Mietzinsherabsetzung zu prüfen sein wird. 3. Mass der Herabsetzung

#### **E. 2.5**

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. April 2016 erstatteten die Rechtsvertreterinnen der Parteien ihre mündlichen Parteivorträge und erklärte die beklagte Rechtsvertreterin, an ihrem Rechtsbegehren in der Stellungnahme zur Klage vom 1. Februar 2015 festzuhalten und in diesem Sinne Widerklage zu erheben. Nach Abschluss der Parteivorträge wurde den Parteien die vorläufige Einschätzung der Sach- und Rechtslage erläutert.

#### **E. 2.6**

Der Prozess erweist sich nach durchgeführtem Hauptverfahren als spruchreif, sodass das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Die Urteilsberatung fand am 23. September 2016 statt.

- 5 - II. Prozessuales 1. Verfahren

### **E. 3**

Widerklage

#### **E. 3.1**

Standpunkt der Parteien Die Klägerinnen machen geltend, beim vom Beklagten als Nettomietzins bezeichneten Betrag von Fr. 1'565.– handle es sich um den Bruttomietzins, da darin alle Nebenkosten (ausser der Kosten für die Heizung und für die Treppenhausreinigung) enthalten seien. Der Nettomietzins belaufe sich aktuell auf ca. Fr. 1'465.– im Monat. Es sei folglich von dieser Berechnungsgrundlage auszugehen. Der Beklagte hingegen erklärt, der Nettomietzins belaufe sich gemäss Vertragschluss auf Fr. 1'565.–. Ausgehend von diesem monatlichen Nettomietzins beantrage er, die Senkung des Mietzinses gestützt auf die Senkung des Referenzzinssatzes von 3.5.% auf 2% per 1. April 2015 sowie die Senkung des Referenzzinssatzes von 2% auf 1.75% per 1. April 2016.

#### **E. 3.2**

Theorie Grundsätzlich beurteilt sich ein Herabsetzungsbegehren des Mieters nach der relativen Methode (Urteil des Bundesgerichts 4C.34/2007 vom 15. Mai 2007, Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: mp 3/07, S. 165 ff.; BGE 126 III 124, Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: MRA 4/00, S. 335 ff.). Der Nettomietzins ist nur bis zur letzten Mietzinsfestlegung herabzusetzen (BGE 133 III 61, E. 3.2.2.2, Originaltext französisch, auf Deutsch

- 18 - übersetzt und publ. in: mp 1/07, S. 26). Eine darüber hinausgehende Senkung kommt auch dann nicht infrage, wenn der zuletzt festgesetzte Mietzins missbräuchlich gewesen ist (CHK-Hulliger/Heinrich, a.a.O., Art. 270a OR N 2). Ausgehend von der Berechnungsbasis der letzten Mietzinsfestsetzung wird nach der relativen Methode geprüft,

wie sich die Kosten seitdem entwickelt haben und ob diese Entwicklung eine Mietzinsanpassung rechtfertigt. Berücksichtigt wird nicht nur die letzte Senkung des Hypothekarzinssatzes, sondern alle Veränderungen des Zinssatzes, die bei der letzten Mietzinsfestsetzung noch nicht berücksichtigt worden sind (Urteil des Bundesgerichts 4A\_489/2010 vom 6. Januar 2011, E. 4.1, Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: mp 2/11, S. 129 ff.). Wie bereits dargelegt, löst eine Veränderung des Referenzzinssatzes für Hypotheken von 0.25% eine Mietzinsanpassung aus (Art. 13 Abs. 1 VMWG).

### **E. 3.3**

Würdigung

#### **E. 3.3.1**

Massgeblicher Nettomietzins Gemäss Mietvertrag vom 11. August 2008 (act. 15/2 = act. 23/8) haben die Parteien einen monatlichen Nettomietzins von Fr. 1'565.– und monatliche Nebenkostenentschädigungen von total Fr. 205.– (Heiz- und Warmwasserkosten akonto Fr. 140.–, Hauswartung/Treppenhausreinigung pauschal Fr. 35.–, Allgemestrom Fr. 30.–) vereinbart, was einen monatlichen Bruttomietzins von Fr. 1'770.– ergibt. Die Klägerinnen brachten nichts vor, was belegen würde, dass die Parteien entgegen dem Mietvertrag vom 11. August 2008 einen anderen Nettomietzins vereinbart hätten, weshalb für das Herabsetzungsbegehren vom im Mietvertrag festgelegtem Nettomietzins von Fr. 1'565.– auszugehen ist.

#### **E. 3.3.2**

Herabsetzung per 1. April 2015 Die einzelnen Kostenfaktoren haben sich vom Vertragsschluss am 11. August 2008 bis zur verlangten Herabsetzung des Mietzinses am 17. November 2014 wie folgt verändert: Der Hypothekar-Referenzzinssatz ist von 3.5% auf 2% gesunken. Der Indexstand der Konsumentenpreise hat sich per Ende Juli 2008 von 116.0 Punkten auf 115.3 Punkte per Ende Oktober 2014 bewegt, ausgegangen von der im Mietvertrag vereinbarten Basis von Mai 1993 = 100 Punkte.

- 19 - Die allgemeine Kostensteigerung wurde mit einer Pauschale von 0.5% pro Jahr bis Ende Oktober 2014 aufgerechnet. Demnach sind die einzelnen Kostenfaktoren wie folgt anzupassen: Veränderung der Hypothekarzinssätze -15.25% = Fr. -238.73 von 3.5% auf 2.0%: Verrechnung von 40% Teuerung von -0.28% = Fr. -4.38 116.0 Pkt. auf 115.3 Pkt.: Allgemeine Kostensteigerung 3.08% = Fr. 48.25 (0.5%/Jahr): Total Veränderung des Nettomietzinses: -12.45% = Fr. -194.86 Dies ergibt mit Wirkung ab 1. April 2015 einen monatlichen (gerundeten) Nettomietzins Fr. 1'370.– zuzüglich Nebenkosten wie bisher, nämlich: - Heizkosten akonto Fr. 140.– - Hauswartung/Treppenhausreinigung Fr. 35.– pauschal - Allgemestrom Fr. 30.– Bruttomietzins Fr. 1'575.–

#### **E. 3.3.3**

Herabsetzung per 1. April 2016 Die einzelnen Kostenfaktoren haben sich von der ersten Mietzinsherabsetzung per 1. April 2015 bis zur zweiten verlangten Herabsetzung des Mietzinses am 3. Dezember 2015 wie folgt verändert: Der Hypothekar-Referenzzinssatz ist von 2% auf 1.75% gesunken. Der Indexstand des Konsumentenpreise hat sich per Ende Oktober 2014 von 115.3 Punkten auf 113.7 Punkte per Ende November 2015 bewegt, ausgegangen von der im Mietvertrag vom 11. August 2008 vereinbarten Basis von Mai 1993 = 100 Punkte (act. 15/2 S. 2 = act. 23/8 S. 2). Wiederum wurde die allgemeine

Kostensteigerung mit einer Pauschale von 0.5% pro Jahr bis Ende November 2015 aufgerechnet. Demnach sind die einzelnen Kostenfaktoren wie folgt anzupassen:

- 20 - Veränderung der Hypothekarzinsen von -2.91% = Fr. -39.90 2.0% auf 1.75%:  
Verrechnung von 40% Teuerung von -0.64% = Fr. -8.77 115.3 Pkt. auf 113.7 Pkt.:  
Allgemeine Kostensteigerung 0.54% = Fr. 7.42 (0.5%/Jahr): Total Veränderung des Nettomietzinses: -3.01% = Fr. -41.25 Dies ergibt mit Wirkung ab 1. April 2016 einen monatlichen (gerundeten) Nettomietzins Fr. 1'329.– zuzüglich Nebenkosten wie bisher, nämlich: - Heizkosten akonto Fr. 140.– - Hauswartung/Treppenhausreinigung Fr. 35.– pauschal - Allgemestrom Fr. 30.– Bruttomietzins Fr. 1'534.–

#### **E. 4**

Schlussfolgerung Nach dem Gesagten ist der Nettomietzins des Beklagten mit Wirkung per 1. April 2015 auf Fr. 1'370.– und mit Wirkung per 1. April 2016 auf Fr. 1'329.– zu senken.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess verteilt (Art. 106 ZPO) und bemessen sich anhand des Streitwerts der Klage (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV OG; Art. 96 ZPO). Gemäss Art. 94 Abs. 2 ZPO werden die Streitwerte zur Bestimmung der Prozesskosten zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen. Ein Ausschluss liegt vor, wenn aus dem Gutheissen der einen Klage die Abweisung der anderen folgt (BGE 108 II 51 E. 1). Vorliegend schliessen sich Haupt- und Widerklage gegenseitig aus. Der Streitwert bestimmt sich

- 21 - damit nach dem höheren Rechtsbegehren, also nach der Hauptklage, und beträgt demnach Fr. 46'800.–. Die Klägerinnen unterliegen mit ihrem Rechtsbegehren und der Beklagte obsiegt mit seiner Widerklage vollständig. Es rechtfertigt sich deshalb, die Gerichtskosten vollumfänglich den Klägerinnen aufzuerlegen. Zudem sind sie zu verpflichten, dem Beklagten unter Solidarhaftung eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr sind § 4 Abs. 3 GebV OG und bei der Festlegung der Parteientschädigung § 4 Abs. 3 AnwGebV angemessen zu berücksichtigen. Es wird erkannt:

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