

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MA180002-L vom 24. Januar 2019

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2019-01-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MA180002-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MA180002-L du 24 janvier 2019

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MA180002-L del 24 gennaio 2019

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt / Prozessgeschichte

E. 1.1

Mit Vertrag vom 23./27. März 2010 mieteten die Kläger von der Beklagten ab dem 1. Mai 2010 eine 4 ½ - Zimmerwohnung im 3. OG der Liegenschaft N.- strasse x in Zürich. Der Nettomietzins betrug seither stets Fr. 2'333.– pro Monat zuzüglich monatliche Akontozahlung für "Heiz-/Nebenkosten" von Fr. 220.–. Der Mietvertrag enthält keinen Vorbehalt für nicht ausgeschöpfte Anpassungsmöglichkeiten im Sinne von Art. 18 VMWG. Der Nettomietzins beruht nach den Angaben im Vertrag auf einem Hypothekar- bzw. Referenzzinssatz von 3 % und bezüglich des risikotragenden Kapitals auf dem Landesindex der Konsumentenpreise mit der Basis 2005 von 103,7 Punkten. Der Kostenstand war laut der Vereinbarung der Parteien ausgeglichen bis Ende Februar 2010. Mit Schreiben vom 27. Juni 2017 ersuchten die Kläger die Beklagte unter Berufung auf die seit Mietbeginn eingetretene Senkung des Hypothekar- bzw. Referenzzinssatzes um eine Mietzinssenkung per 1. Oktober 2017. Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 gab die Verwaltung der Beklagten dem Ansinnen nicht statt und berief sich auf die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete.

E. 1.2

= Pra 2017 Nr. 93; BGE 141 III 569 E. 2.1.1 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 133 III 61 E. 3.2.2.2 = Pra 2008 Nr. 4; BGE 126 III 124 E. 2a = Pra 2000 Nr. 186; BGE 124 III 67 E. 3; BGE 122 III 257; BGE 121 III 163 E. 2c und d; BGE 120 II 100 E. 2; BGE 120 II 302 E. 6b; BGE 118 II 124; BGE 118 II 130; BGE 117 II 161;

- 10 - BGE 117 II 452 E. 4 und 5; BGE 117 II 458; BGE 106 II 166 E. 4; BGE 106 II 356 E. 3; BGer 4C.291/2001 v. 9.7.2002 E. 2b und 3b).

E. 1.5

%, was nach Art. 13 VMWG zu einer Senkung des Mietzinses um 15.25 % führe, sowie mit der Abnahme des Landesindex der Konsumentenpreise von 103.7 auf 102.3 Punkte, was unter dem Titel des Teuerungsausgleichs für das Eigenkapital zu einer weiteren Senkung des Mietzinses um 0.54 % führe. Auf der anderen Seite anerkennen sie unter dem Titel der allgemeinen Kostensteigerung eine Zunahme um pauschal 0.5 % pro Jahr, so dass sich ihr Senkungsanspruch um 3.83 % vermindere.

E. 2

Parteistandpunkte

E. 2.1

Die Kläger verlangen eine Senkung des Nettomietzinses um Fr. 279.– pro Monat und begründen dies mit der Senkung des Referenzzinssatzes von 3 % auf

E. 2.2

Die Beklagte stellt den Senkungsanspruch in Zusammenhang mit der Veränderung des Referenzzinssatzes und des Landesindexes grundsätzlich nicht infrage, macht aber geltend, dass sich die allgemeinen Kosten für den Unterhalt stark

- 4 - erhöht hätten, so dass insgesamt nur eine Senkung des Mietzinses um Fr. 100.– pro Monat gerechtfertigt sei.

E. 2.3

Auf die Darstellung der Parteien im Einzelnen ist in Zusammenhang mit dem konkreten Kostenvergleich zurückzukommen.

E. 3

Prozessuales

E. 3.1

Unbestritten ist zunächst, dass es sich beim vorliegenden Fall um eine Mietstreitigkeit im Sinne von § 21 und 26 GOG sowie Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO handelt. Damit ist grundsätzlich das Mietgericht sachlich zuständig und es gelangt das vereinfachte Verfahren unabhängig vom Streitwert zum Zuge. Örtlich zuständig sind nach Art. 33 und 35 Abs. 1 lit. b ZPO die Gerichte in Zürich. 3.2.1 Die Beklagte wendet jedoch ein, die Kläger hätten sich an das Einzelgericht des Mietgerichts gewandt, wie sich aus der Adressierung der Klage und der Anzeige an den Mietgerichtspräsidenten ergebe. Dem Mietgericht sei es nicht gestattet gewesen, das Verfahren von sich aus dem Kollegialgericht zu unterbreiten. Vielmehr hätte mangels sachlicher Zuständigkeit ein Nichteintretensentscheid ergehen müssen. Im Anschluss daran wäre den Klägern ein Vorgehen nach Art. 63 ZPO offen gestanden. 3.2.2 Richtig ist, dass gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 236 Abs. 1 ZPO ein Nichteintretensentscheid zu ergehen hat, wenn es an der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts fehlt. In diesem Fall kann die klagende Partei nach Art. 63 Abs. 1 ZPO ihre Eingabe innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu einreichen mit der Wirkung, dass die mit der ursprünglichen Klage ausgelöste Rechtshängigkeit erhalten bleibt. Nach herrschender Lehre gilt dieses Vorgehen sowohl bei fehlender örtlicher als auch sachlicher Zuständigkeit. BERTI wies zu recht darauf hin, dass der Umstand, dass die sachliche Zuständigkeit weiterhin vom kantonalen Recht geregelt wird, den Bundesgesetzgeber nicht daran hindert, die Folgen der fehlenden sachlichen Kompetenz zu regeln (KUKO ZPO-BERTI, 2. Aufl., Art. 63 N 5; zum gleichen Schluss gelangen OFK ZPO-MORF, 2. Aufl., Art. 63 N 6; DIKE-Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 63 N 6; SUTTERSOMM/HEDINGER, in Sutter-

- 5 - Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Komm., 3. Aufl., Art. 63 N 8; BK ZPO-STEINER-BERGER, Art. 63 N 8 f.). Eine andere Auffassung vertritt INFANGER: Da unter der Herrschaft des Gerichtsstandsgesetzes dessen Art. 34 Abs. 2 explizit nur die örtliche Zuständigkeit erfasst habe, müsse dies auch für Art. 63 ZPO gelten (BSK ZPO-INFANGER, 3. Aufl., Art. 63 N 6). Diese Argumentation übersieht allerdings, dass das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus zu interpretieren ist. Art. 63 ZPO spricht

generell von Zuständigkeit, so dass darunter ohne gegen- teilige Indizien jede Form von Zuständigkeit zu verstehen ist (zutreffend DIKE- Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 63 N 6; CR CPC-BOHNET, 2. Aufl., Art. 63 N 9). Dass sich in Art. 34 Abs. 2 GestG eine andere Regelung fand, hängt damit zu- sammen, dass sich der fragliche Erlass – wie der Name schon sagte – grundsätz- lich nur mit dem Gerichtsstand in Zivilsachen d.h. mit der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte befasste und gerade keine umfassende Zivilprozessordnung darstell- te. Auch das Bundesgericht und das Handelsgericht des Kantons Zürich sind zum gleichen Ergebnis gelangt (BGer 4A_592/2013 v. 4.3.2013 E. 3.2 [ebenso schon – wenn auch ohne nähere Erörterung des Themas – BGE 138 III 471 E. 6]; ZR 2012 Nr. 111 E. 1.1.1). Die bundesrechtliche Regelung verdrängt in ihrem Anwendungsbereich kantona- les Recht, welches eine Überweisung von Amtes wegen vorsieht, auch wenn die Prozessüberweisung eher modernen Ansätzen entspricht als die Regelung von Art. 63 ZPO (z.B. CR CPC-BOHNET, Art. 63 N 28 ff.). Allerdings macht die Lehre eine Ausnahme bei der Zuweisung oder Adressierung eines Falles an einen be- stimmten Spruchkörper innerhalb des gleichen Gerichts: BOHNET erachtet einen solchen Fehler als "vice de forme mineur" mit der Folge, dass die Behandlung des Falles von Amtes wegen durch den zuständigen Spruchkörper zu erfolgen hat (CR CPC-BOHNET, Art. 63 N 29 a.E.; ebenso BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 63 N 22; ähnlich SUTTER-SOMM/HEDINGER, a.a.O., Art. 63 N 8). Auch das Obergericht des Kantons Zürich verfolgt diesen Ansatz und hat in ZR 2016 Nr. 23 zwar einen Ent- scheid des Arbeitsgerichts Zürich aufgehoben, der statt durch das Kollegial- durch das Einzelgericht entschieden worden war. Es ordnete aber an, dass der Fall ohne Weiterungen neu durch das Kollegialgericht des Arbeitsgerichts zu behandeln sei.

- 6 - 3.2.3 Schon aus diesem Grund erweist sich im vorliegenden Fall die Auffassung der Beklagten als unbegründet, es habe mangels sachlicher Zuständigkeit des Kollegialgerichts des Mietgerichts ein Nichteintretensentscheid zu ergehen. Hinzu kommt, dass die vorliegende Klage wie alle Handlungen der Parteien nach Treu und Glauben auszulegen ist (vgl. Art. 52 ZPO). Die Kläger haben die Klage zwar an den "Präsidenten des Mietgerichts Zürich" adressiert und als Grussformel "Sehr geehrter Herr Präsident" verwendet. Diese Adressierung ist jedoch durch- aus interpretationsbedürftig, denn sowohl beim Einzelgericht als auch beim Kolle- gialgericht des Mietgerichts ist es dessen Vorsitzende/r, die/der den Fall dem zu- ständigen Gremium unterbreitet. Auch das GOG unterscheidet terminologisch zwischen dem Titel des Präsidenten oder der Präsidentin des Gerichts und der sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichts als Einzel- bzw. Kollegialgericht (§ 26 GOG; vgl. auch § 21 GOG). In Ziff. 2 ihrer Kurzbegründung haben die Kläger so- dann "das Mietgericht" als örtlich wie sachlich zuständig bezeichnet und den Streitwert korrekt auf Fr. 66'960.– beziffert. Da die Eingabe von ihrem Rechtsver- treter verfasst wurde, dem die Konsequenzen der Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– nach § 21 und 26 GOG natürlich bewusst sind, müsste sich eine Interpre- tation durch das Gericht, die Klage sei fälschlicherweise statt ans Kollegialgericht ans Einzelgericht gerichtet worden, geradezu als mutwillig erweisen. Die Interpre- tation der Klage nach Treu und Glauben führt zum Resultat, dass die Kläger durchaus das sachlich zuständige Kollegialgericht anrufen wollten und auch ange- rufen haben. Der Einwand der Beklagten ist daher so oder anders nicht zu hören.

E. 3.2

Aufgeschobener Unterhalt, der im Rahmen einer umfassenden Sanierung nachgeholt wird, bleibt Unterhalt (Urteil 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001 E. 1b, MRA 4/2001 S. 116 ff.). Er kann eine Mietzinserhöhung daher nur im tatsächlichen Umfang einer dauernden Kostensteigerung rechtfertigen (LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 381). Dabei können nur ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen, nicht aber Kosten von aufgeschobenen laufenden Unterhaltsarbeiten, die der Werterhaltung der Mietsache dienen und aus den laufenden Mietzinseinnahmen zu finanzieren sind (BGE 110 II 404 E. 3a S. 407) zu einer Kostensteigerung führen, die bei der Mietzinsberechnung berücksichtigt werden darf (BGE 118 II 415 E. 3a S. 417; DAVID LACHAT, Protection contre les loyers abusifs, Droit du bail 2002 S. 24). Das Bundesgericht führte in seinem Urteil 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001 aus, es liesse sich mit der Praxis, wonach Pauschalen für die Amortisation des Gebäudes und Rückstellungen für künftigen Unterhalt nicht zulässig sind (vgl. BGE 125 III 421 E. 2d S. 425), nicht vereinbaren, Unterhaltskosten, die im Rahmen einer umfassenden Renovation anfielen, überhaupt nicht zu berücksichtigen. Konkret schloss es nicht aus, in diesem Rahmen angefallene ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen zu berücksichtigen, sei es im Rahmen einer Ertragsberechnung, sei es bei einer Mietzinsanpassung nach der relativen Methode. Damit wurde aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht gesagt, dass sämtliche Kosten einer umfassenden Sanierung, die nicht als wertvermehrend betrachtet und nicht in Anwendung von Art. 14 VMWG als Mietzinserhöhung geltend gemacht werden konnten, ohne weiteres als zu berücksichtigende ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen betrachtet werden dürften, die pauschal amortisiert und verzinst werden könnten (unzutreffend auch: LUKAS POLIVKA, Berechnung der Nettorendite, MRA 4/2001 S. 120). Eine pauschale Amortisation und Verzinsung des gesamten, nicht nach Art. 14 VMWG als werterhaltend qualifizierten Anteils der Renovation würde dem System widersprechen, das zwischen wertvermehrenden Investitionen (Art. 14 VMWG) und Kostensteigerungen (Art. 12 VMWG) unterscheidet. Der werterhaltende Teil einer umfassenden Renovation ist nicht wegen des ausserordentlich hohen Betrages automatisch als ausserordentlicher Unterhalt zu qualifizieren, der über die folgenden Jahre amortisiert und verzinst werden darf, enthalten doch auch umfassende Renovationen regelmässig weitgehend "normale Unterhaltsarbeiten". Andernfalls würde überdies der gewissenhafte Vermieter, der den laufenden Unterhalt besorgt, gegenüber dem Nachlässigen benachteiligt, der sich um diesen nicht kümmert und dann mit aufgeschobenen Unterhaltsarbeiten plötzlich einen grossen Betrag generiert, der zu einer Kostensteigerung führen würde und auf die Mieter überwältzt werden dürfte. Aus dem Ausgeführten folgt, dass ausserordentlicher Unterhalt, der zu einer Kostensteigerung berechtigt, vom Vermieter auszuweisen ist, indem er konkret zwischen Unterhaltsarbeiten differenzieren muss, die im Rahmen der Renovation noch zu den üblichen zählen, und denjenigen, die als ausserordentliche Unterhaltsarbeiten über die "Lebensdauer" der betreffenden Einrichtungen amortisiert und damit anteilmässig in die künftigen Unterhaltskostenberechnungen aufgenommen werden dürfen. Auch ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen im Rahmen umfassender Renovationen können, wie das Bundesgericht im Urteil 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001 (E. 1b) weiter festhielt, erst dann berücksichtigt werden, wenn sie bezahlt sind, da allein tatsächlich bereits angefallene Unterhaltskosten in Rechnung gestellt werden dürfen. Eine Unterhaltskostensteigerung, die aus dem werterhaltenden Teil einer umfassenden Renovation resultiert, braucht nicht erst im Zuge mehrerer Vergleichsperioden in

- 15 - die Unterhaltskostenrechnung einbezogen zu werden. Denn eine solche Unterhaltskostensteigerung bleibt während der Lebensdauer der erneuerten Einrichtungen, die zu ihr geführt haben, unverändert und ist damit für diese Zeitspanne definitiv. Eine Berechnung aufgrund von Durchschnittswerten mehrerer Jahre kann deshalb unterbleiben (so zutreffend HANS BÄTTIG, Die Überwälzung der Kosten von umfassenden Überholungen auf den Mietzins, MRA 1-2/2009 S. 1 ff., S. 16)." Das Bundesgericht bestätigte im genannten Entscheid den Grundsatz, dass die allgemeinen Kosten bei einer relativen Berechnung nicht *tel quel* und in voller Höhe berücksichtigt werden können, sondern nur insofern, als aufgrund einer Vergleichsrechnung über zwei mehrjährige Perioden eine dauerhafte Kostensteigerung eingetreten ist. Dadurch unterscheidet sich die Anpassung des Mietzinses gestützt auf gestiegene Allgemeinkosten grundlegend von einer Nettorenditerechnung, welche untersucht, ob ein Mietzins in einem bestimmten Zeitpunkt unter Berücksichtigung der Kapitalkosten und der (u.U. geglätteten) Allgemeinkosten dem Vermieter einen übersetzten Ertrag verschafft oder nicht. Untersucht man indes nur die Veränderung der Allgemeinkosten, so muss sichergestellt sein, dass ein vollständiger Vergleich erfolgt. Dies bedingt bei den geglättet in die Rechnung einbezogenen Positionen, dass diese nicht nur zu amortisieren und zu verzinsen sind, sondern – wie dies die Kläger mit Recht geltend machen – dass sie auch in Bezug gesetzt werden zu den Kosten, welche für die im Zuge der Unterhaltsarbeiten allenfalls ersetzten Installationen entstanden sind. Denn diese alten Installationen wurden über den geltenden (und vom Mieter auch in Zukunft zu bezahlenden) Mietzins mitfinanziert. Liesse man es zu, dass die Kosten der Ersatzinstallation voll in die Vergleichsrechnung aufgenommen würden, so könnte der Vermieter mit dem neuen Mietzins die neue Installation voll finanzieren, während er auch für die alte und nach der Sanierung nicht mehr vorhandene Vorrichtung Mietzinseinnahmen generieren würde. Zur Korrektur gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder rechnet man den Preis der ersetzten Installation geglättet in die Mehrjahresperiode vor der früheren Mietzinsfestsetzung ein oder man versucht über eine Schätzung zu bestimmen, welcher Anteil der Kosten für die neue Installation investitionsvermehrend wirkt. Diesen Zusammenhang hat auch GRATZ erkannt und in seiner schon mehrfach zitierten, vom Schweizerischen Hauseigentümerverband herausgegebenen Publikation in Zusammenhang mit umfassenden Überholungen zwischen Neu- und Ersatzinvestitionen unterschieden. Bloss Ersatzinvestitionen, zu denen er auch solche zählt, die wie der Ersatz eines Heizkessels blossen Unterhalt dar-

- 16 - stellen, schlagen sich seiner Einschätzung als Volkswirtschaftler zufolge in einem Mehrwert von 40 - 80 % nieder (GRATZ, a.a.O., S. 99 ff.). Wie er zu den genannten Prozentzahlen gelangte, erläuterte GRATZ allerdings nicht und er untermauerte dies auch nicht mit weiterführender Literatur. Dass der Anteil der Investitionserhöhung für den Vermieter aber auch kleiner sein kann als 40 %, räumte er mit dem Hinweis ein, dass der "vollkommen gleichwertige Ersatz bereits zuvor vorhandener Einrichtungen (Bsp.: Auswechseln eines defekten Kühlschranks durch das gleiche Modell)" nicht zu einer Mietzinserhöhung berechtige, sondern vom Vermieter zu tragen sei (a.a.O., S. 99). Dieser Hinweis zeigt letztlich auch einen Zusammenhang auf zwischen der Steigerung der Unterhaltskosten und den sog. wertvermehrenden Investitionen, v.a. im Falle von umfassenden Überholungen. Aus der Optik der Kostenmiete ist bei Ersatzanschaffungen in beiden Fällen eigentlich nur die Kostensteigerung relevant, die für den Vermieter anfällt. Dass Verbesserungen an der Mietsache gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen zu wertvermehrenden Investitionen auch ohne nachgewiesene Kostensteigerung zu einer

Mietzinserhöhung führen (dazu etwa das bundesgerichtliche Urteil zum Einbau neuer Fenster BGer 4C.287/2001 v. 26.3.2002 E. 3.3: Überwälzung auf den Mietzins im Umfang von 40 % der Ersatzkosten) lässt sich nur damit erklären, dass für technische Verbesserungen nach den Intentionen des Gesetzgebers auch dann ein Anreiz geschaffen werden soll, wenn dies aufgrund eines reinen Kostenvergleichs nicht gerechtfertigt wäre. Sodann ergibt sich aus dem zitierten BGer 4A_530/2012 v. 17.12.2012, dass Kosten bei der Berechnung einer Kostensteigerung nicht nur dann geglättet in die Rechnung einzubeziehen sind, wenn sie ausserordentlich hoch sind und in grossen Zeitabständen anfallen. Vielmehr ist mit den Worten des Bundesgerichts generell dafür zu sorgen, dass nur eine dauerhafte Unterhaltskostensteigerung zu einer Mietzinsveränderung führt. Zentral ist auch der Hinweis des Gerichts auf die Möglichkeit einer Pauschalierung, wenn die Abrechnungen ungewöhnlich hohe oder tiefe Posten enthalten, so dass der Durchschnitt die tatsächlichen Kosten im massgeblichen Zeitpunkt unzutreffend wiedergibt: Zur Bestimmung der massgeblichen Pauschale können zwar dennoch zwei Kostenperioden miteinander vergli-

- 17 - chen werden, wie dies im vorliegenden Fall die Parteien tun. Damit das Resultat bezüglich Dauerhaftigkeit der Kostenveränderung aber verlässlich scheint, muss man entgegen der Auffassung der Beklagten zumindest bei allen Ersatzinvestitionen mit einer gewissen Lebensdauer eine Glättung vornehmen. Denn sonst besteht die Gefahr, dass man nicht nur dauerhafte Kostenveränderungen berücksichtigt, sondern kurzfristige Ausschläge auf den Mietzins umrechnet. Dies wiederum würde innert kürzester Zeit ein neuerliches Anpassungsverfahren zwischen den Parteien erforderlich machen, was nicht im Interesse einer geordneten Vertragsbeziehung liegt. Zu präzisieren ist sodann der Hinweis des Bundesgerichts auf BÄTTIG, der postuliert, bei der Umlegung des werterhaltenden Teils einer umfassenden Renovation auf den Mietzins bedürfe es nicht des Vergleichs mehrerer Perioden, da eine solche "Unterhaltskostensteigerung" während der Lebensdauer der erneuerten Einrichtungen, die zu ihr geführt haben, unverändert bleibe und damit für diese Zeitspanne definitiv sei (so BÄTTIG, Die Überwälzung der Kosten von umfassenden Überholungen auf den Mietzins, MRA 1-2/2009 S. 1 ff., S. 16): Einerseits hat dennoch ein Mehrjahresvergleich stattzufinden, wenn aperiodische Unterhaltskosten und laufender Unterhalt in der anzustellenden Rechnung gleichermassen berücksichtigt werden sollen. Und andererseits ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es um die Umlegung werterhaltender Massnahmen auf den Mietzins geht, also letztlich um den Ersatz von im Mietobjekt bereits vorhandenen Installationen. Es ist daher genau zu untersuchen, ob und inwieweit diese werterhaltenden Massnahmen überhaupt zu einer Kostensteigerung geführt haben. BÄTTIG unterlässt dies. Dass seine Berechnungsbeispiele nicht überzeugen, zeigt schon der von ihm konstatierte Umstand, dass der Vermieter nach seiner Methode besser fährt, wenn er ausserordentliche Kosten als Unterhalt behandelt und nicht als wertvermehrende Investition (HAP-BÄTTIG, S. 31 Rz. 1.61 und 1.62). Der Grund dafür liegt darin, dass BÄTTIG die verzinsten Kosten der alten Installationen nicht in seine Rechnung einbezieht. Dies überrascht, denn bei der Behandlung des wertvermehrenden Anteils umfassender Überholungen hält er gestützt auf BGE 118 II 415 E. 3a zutreffend fest, solche Überholungen enthielten sowohl werterhaltende als auch wertvermehrende Investitionen, wobei sich der werterhaltende Teil vor allem mengen-

- 18 - mässig (d.h. nicht der Sache nach) von gewöhnlichen Reparaturen und vom laufenden Unterhalt unterscheidet (HAP-BÄTTIG, S. 20 Rz. 1.32). Gestattet Art. 14 Abs. 1

Satz 2 VMWG, dass 50-70 % der Kosten umfassender Überholungen, sprich: gemischter Investitionen, als wertvermehrend behandelt werden, bedürfte es für eine zusätzliche Überwälzung der restlichen 30-50 % auf den Mietzins schon eines besonderen Nachweises, dass über den grosszügig pauschalierten investitionsvermehrenden Anteil gemäss Verordnung hinaus eine Kostensteigerung eingetreten ist. Eine Überwälzung der gesamten Kosten für eine umfassende Überholung unter dem einen oder anderen Titel kann nie gerechtfertigt sein, denn dies würde bedeuten, die Kosten der ersetzten und im bisherigen (auch in Zukunft zu bezahlenden) Mietzins berücksichtigten Vorrichtungen bei der Kalkulation der Kostensteigerung und damit der Mietzinsanpassung gänzlich zu ignorieren (BGE 110 II 404 E. 3a; BGer 4A_88/2013 v. 17.7.2013 E. 4.1). Dies meint das Bundesgericht wohl letztlich im vorne zitierten Entscheid mit seiner Bemerkung, seiner Rechtsprechung könne keineswegs entnommen werden, dass sämtliche Kosten einer umfassenden Sanierung, die nicht als wertvermehrend betrachtet und nicht in Anwendung von Art. 14 VMWG als Mietzinserrhöhung geltend gemacht werden könnten, ohne weiteres als ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen berücksichtigt und amortisiert sowie verzinst werden dürften. Vielmehr enthielten umfassende Überholungen auch "normale Unterhaltsarbeiten" (Anführungszeichen im Original, vgl. BGer 4A_530/2012 v. 17.12.2012 E. 3.2). Entscheidend ist nicht die Differenzierung zwischen normalem und ausserordentlichem Unterhalt, sondern die Berücksichtigung des Umstands, dass der geltende Mietzins auch der Finanzierung von inzwischen abgeschriebenen Vorrichtungen dient(e), die im Zuge der Sanierung aus dem Mietobjekt entfernt wurden. Denn bei kleineren Ersatzinvestitionen stellt sich die Frage genau gleich wie bei grösseren.

E. 3.3

Im vereinfachten Verfahren betr. Mietzinsanfechtung stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 1 lit. c ZPO). Es beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl., Art. 247 N 4). Dabei ist für das Ausmass der richterlichen Hilfe u.a. ausschlaggebend, wie kom-

- 7 - pliziert die Materie ist, wie weit die intellektuellen Fähigkeiten der betroffenen Parteien reichen, ob diese anwaltlich vertreten oder rechtskundig ist und ob ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; MAZAN, a.a.O., Art. 247 N 16 ff.; KUKO ZPO-FRAEFEL, 2. Aufl., Art. 247 N 10; BRUNNER/STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 247 N 12). Neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt das Gericht bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO), wobei das Gericht diese Phase mit einem formellen Entscheid einleiten kann, wie es im vorliegenden Fall mit der Spruchreiferklärung des Falles im Anschluss an die Fortsetzung der Hauptverhandlung am 13. Dezember 2018 geschah (...; vgl. BGE 143 III 272 E. 2.3.2; BGE 142 III 413 E. 2.2.5; BGE 138 III 788 E. 4.2). Im Rahmen der Darlegungen der Parteien wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Es ist daher an die rechtliche Einstufung der Behauptungen durch die Parteien nicht gebunden. Die soziale Untersuchungsmaxime ändert nichts daran, dass die Parteien frei über den Streitgegenstand verfügen können. Das Gericht darf daher einer Partei nicht mehr und nichts anderes

zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

E. 4

Materielle Behandlung der Klage

E. 4.1

Grundlagen der Mietzinssenkung nach Art. 270a OR

E. 4.1.1

Nach Art. 270a Abs. 1 OR kann der Mieter den geltenden Mietzins als missbräuchlich anfechten und dessen Senkung ("Herabsetzung"; zur Unterscheidung von der im Gesetz ebenfalls als Herabsetzung bezeichneten Mietzinsminderung nach Art. 259d OR wird hier ausschliesslich der Begriff der Senkung verwendet) auf den nächsten Kündigungstermin verlangen, wenn er Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Veränderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen nach den Art. 269 und 269a OR übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt. Der Mieter muss nach Abs. 2 der genannten Norm das Senkungsbegehren schriftlich beim Vermieter stellen. Das Gesetz verlangt anders als bei einer Mietzinserhöhung nach Art. 269d OR sowie Art. 19 VMWG nicht, dass der Mieter sein Senkungsbegehren beziffert

- 8 - (SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 3). Mangels Kenntnis insbesondere der Liegenschaftskosten wird er dazu auch gar nicht in der Lage sein. Es genügt folglich ohne weiteres, wenn er eine Senkung verlangt und dabei auf die von ihm wahrgenommene Veränderung der Berechnungsgrundlagen hinweist (SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 3; anders ZK-HIGI, Art. 270a OR N 71, der eine erkennbare Bestimmung des Umfangs der beantragten Senkung verlangt). Entspricht der Vermieter dem Begehren nicht oder nur teilweise oder antwortet er nicht fristgemäss, so kann der Mieter innert 30 Tagen die Schlichtungsbehörde anrufen. Weder der Mieter noch der Vermieter sind an die im Vorverfahren geltend gemachten Zahlen oder die Begründung gebunden. Unter Vorbehalt der Beschränkung neuer Sachvorbringen und der Voraussetzungen der Klageänderung ist daher auch eine Modifikation des Begehrens im laufenden Prozess möglich (BGE 122 III 20 E. 4c; BGer 4C.328/2005 v. 9.12.2005 E. 3; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, Art. 270a N 8 und 25; SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 30 ff.; BSK OR I- WEBER, Art. 270a N 6a a.E.; a.M. bez. der Bindung an die Gründe ZK-HIGI, Art. 270a OR N 85 ff., der aber in N 84 explizit Klageerweiterungen zulässt).

E. 4.1.2

Bezüglich des Ausmasses der zu gewährenden Herabsetzung verweist Art. 270a OR auf die Art. 269 f. OR. Der Mieter kann sich grundsätzlich auf alle dort aufgeführten Kriterien der Mietzinsfestsetzung berufen. Er kann also nicht nur die von ihm angerufenen veränderten Berechnungsgrundlagen geltend machen, sondern auch dartun, dass der Mietzins nunmehr dem Vermieter einen übersetzten Ertrag verschafft oder über der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete liegt (ständige Rechtsprechung, zuletzt BGE 142 III 568 E. 1.2). Einschränkungen ergeben sich allerdings aus den von der Praxis entwickelten Regeln zu Art. 269 und 269a OR. So ist eine Berufung auf die Nettorendite gemäss Art. 269 OR ausgeschlossen, soweit es sich beim Mietobjekt um eine Altbau handelt. Dies ist zu bejahen, wenn seit der Erstellung des Baus oder dessen Erwerb durch den Vermieter mehr als 30 Jahre vergangen sind ([zur Publ. best.] BGer 4A_400/2017 v. 13.9.2018 E. 3;

vgl. auch schon BGE 140 III 433 E. 3.1 so-

- 9 - wie BGer 4A_147/2016 v. 12.9.2016 E. 2.3). In diesem Fall ergibt eine Nettorenditeberechnung regelmässig zulasten des Vermieters ein unrealistisches Resultat, so dass nur eine Berufung auf die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete in Betracht kommt, zumal dieses Kriterium gerade auf die Angleichung der zulässigen Mietzinse für ältere Objekte abzielt (BGE 141 III 569 E. 2.1.2 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 139 III 13 E. 3.1.2 = Pra 2013 Nr. 105; BGer 4A_645/2011 v. 27.1.2012 E. 3.2 = SJ 2012 I 377; BGer 4A_276/2011 v. 11.10.2011 E. 5.2.3 = JdT 2012 II 113). Zudem sind der Berufung auf absolute Anpassungsgründe während des Mietverhältnisses Grenzen gesetzt: Sie können grundsätzlich nicht zu einer gänzlichen Neuberechnung des Mietzinses führen. Das Bundesgericht schliesst ihre Anrufung zwar nicht aus, hat aber wiederholt festgestellt, die absoluten Anpassungsgründe würden im laufenden Mietverhältnis zu relativen. Berufen können beide Seiten sich darauf also nur insofern, als sich das infrage stehende absolute Kriterium seit Mietbeginn verändert hat (BGE 142 III 568 E. 1.2; grundlegend BGE 117 II 452 E. 4a und BGE 118 II 124 E. 4b; vgl. dazu auch CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 269- 269a OR N 6). Für eine Erhöhungsmitteilung des Vermieters folgt dies aus der strengen Begründungspflicht nach Art. 269d OR und Art. 18 f. VMWG. Bei Senkungsbegehren des Mieters ist die Beschränkung einerseits aus der nur befristet zulässigen Anfangsmietzinsanfechtung nach Art. 270 OR und andererseits aus dem Umstand abzuleiten, dass das Gesetz in Art. 270a Abs. 1 OR für eine Senkung veränderte Berechnungsgrundlagen voraussetzt. Im Ergebnis bedeutet die relative Methode oft eine Beschränkung der Parteien auf die relativen Anpassungsgründe von Art. 269a lit. b und e OR, also auf Kostenveränderungen und Mehrleistungen seit der letzten Mietzinsfestsetzung sowie auf den Teuerungsausgleich auf dem investierten Eigenkapital. Möglich ist es allerdings auch, dass der Mieter sich direkt auf die Veränderung der Nettorendite oder der Vergleichsmiete seit Mietbeginn oder seit der letzten Mietzinsanpassung beruft (BGE 142 III 568 E.

E. 4.1.3

Veränderungen wegen gestiegener oder gesunkener Fremdkapitalkosten oder in Zusammenhang mit der Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals sind in ihren Auswirkungen auf den Mietzins ohne weiteres frankenmässig bestimmbare. Die Mietzinsanpassung erfolgt unabhängig von der konkreten Finanzierung der Liegenschaft nach standardisierten Ansätzen gestützt auf ein Berechnungsmodell, welches der Bundesrat der Verordnung über Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 9. Mai 1990 zugrunde gelegt hat. Niedergelegt ist dieses letztlich nur in einer Pressemitteilung vom 9. Mai 1990 (GRATZ, Mietzinsgestaltung, Zürich 1995, S. 90, Fn. 62), die damals die in aller Eile geschaffene VMWG begleitete, damit das geltende Mietrecht auf den 1. Juli 1990 in Kraft gesetzt werden konnte. Nach diesem Modell dienen 70 % des Mietzinses der Kapitalfinanzierung und 30 % der Finanzierung der allgemeinen Kosten, vor allem der Unterhalts-, aber auch der Betriebs- und Verwaltungskosten, der Amortisation, der Bezahlung von Gebühren, Steuern und Versicherungsprämien (GRATZ, a.a.O., S. 34). GRATZ kritisiert an diesem Modell, dass es die Betriebskosten nicht enthalte (ebenso SVIT-Komm.-ROHRER, Vorbem. zu Art. 269-270e OR N 24). Das ist allerdings so nicht richtig. Ähnlich wie die Aufzählung der allgemeinen Kosten in Art. 12 VMWG beruht auch der Anteil der allgemeinen Kosten gemäss Berechnungsmodell nicht auf einer abschliessenden Liste von Ausgaben, die beim Vermieter anfallen. Vielmehr

dienen die genannten 30 % des Mietzinses gemäss dem Modell der Finanzierung von allem, was nicht als Fremd- oder Eigenkapitalfinanzierung zu betrachten ist, also auch der Finanzierung der Betriebskosten, soweit diese nicht über Nebenkosten separat abgerechnet werden. Richtig ist andererseits, dass das Berechnungsmodell eine Fiktion darstellt und wohl keine Liegenschaft in der Schweiz exakt dem Modell entsprechen dürfte (so GRATZ, a.a.O.). Es dient aber der Vereinfachung der Mietzinsgestaltung zwischen den Parteien. Die darauf gestützten Normen der VMWG, namentlich deren Art. 12a, 13, 14 und 16, sind nach einhelliger Rechtsprechung gesetzeskonforme Ausführungsbestimmungen zu Art. 269a OR.

- 11 - Das Modell weist im Übrigen auch Ungenauigkeiten auf, welche sich eher zugunsten des Vermieters auswirken: So sieht Art. 16 VMWG einen Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital von "höchstens" 40 % vor. Der Satz entspricht dem alten Modell gemäss der Verordnung zum 1990 ausser Kraft getretenen Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM bzw. VMM), welches noch davon ausging, der Mietzins diene ausschliesslich der Kapitalfinanzierung, und zwar zu 60 % der Finanzierung des Fremd- und zu 40 % derjenigen des Eigenkapitals. Bei der Schaffung der VMWG nahm der Bundesrat die Berücksichtigung der Allgemeynkosten im neuen Modell mit einem Anteil von 30 % des Mietzinses zum Anlass für die Senkung der Überwälzungssätze wegen Veränderung der Fremdkapitalzinsen nach Art. 13 VMWG gegenüber der VMM um durchweg 1 % (GRATZ, a.a.O., S. 90 f.). Dies lässt sich rechnerisch nachvollziehen: Steigt der Hypothekar- bzw. Referenzzins von 5 auf 5 ¼ %, so erhöhen sich die Fremdkapitalkosten um 5 % (1/20; vgl. dazu die Tabelle bei GRATZ, a.a.O., S. 90). Nur 70 % des Mietzinses dienen aber gemäss dem Modell der Kapitalfinanzierung und nur 60 % davon der Finanzierung des Fremdkapitals, also 42 % des Mietzinses. Rechnerisch müsste dies beim genannten Anstieg der Fremdkapitalkosten zu einer Mietzinserhöhung um 42 % von 5 % führen, also um 2.1 %. Die Standardisierung nach Art. 13 Abs. 1 lit. b VMWG rundet diesen Wert auf 2.5 % auf. Das ist insofern parteineutral, als der Senkungssatz beim umgekehrten Fall so zu berechnen ist, dass der gleiche Senkungsbetrag herauskommt wie ein analoger Erhöhungsbetrag, nach der Formel: Erhöhungssatz x 100 Senkungssatz = Erhöhungssatz + 100 Überträgt man nun die Überlegungen des Bundesrates auf den Teuerungsausgleich für das investierte Eigenkapital nach Art. 269a lit. e OR, so dürfte gemäss Art. 16 VMWG die Teuerung nur zu höchstens 28 % ausgeglichen werden, denn dieser Satz entspricht dem 40 %-igen Anteil, welchen die Eigenkapitalfinanzierung bezogen auf die gesamte Kapitalfinanzierung ausmacht, der wiederum 70 % des Mietzinses dienen (vgl. BGE 120 II 100 E. 5a; so auch GRATZ, a.a.O., S. 34).

- 12 - Weiter ergibt sich bezüglich der Überwälzungssätze bei Veränderungen der Fremdkapitalkosten nach Art. 13 Abs. 1 VMWG schon aus dem Text der Verordnung, dass sie nur für die bis 1990 üblichen Fremdkapitalzinsen im Bereich von 4 -

E. 4.1.4

Vor diesem Hintergrund ist daher auch die zwischen den Parteien umstrittene Veränderung der allgemeinen Kosten im Sinne von Art. 12 VMWG zu betrachten. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung dazu in zwei Entscheidungen zusammengefasst und aktualisiert. So hat es in Zusammenhang mit einer Renditeberechnung nach Art. 269 OR entschieden, dass besonders hohe ausserordentliche Unterhaltskosten geglättet in den Vergleich der zwei relevanten Mehrjahresperioden einzubeziehen sind, und zwar ähnlich

wie bei der Überwälzung wertvermehrender Investitionen gemäss Art. 269a lit. b OR anhand eines Amortisationsatzes gemäss ihrer Lebensdauer und einer jährlichen Verzinsung des noch nicht amortisierten Betrages. Anwendbar ist ein Zinssatz, der $\frac{1}{2}$ % über dem geltenden Referenzzinssatz zur Zeit der Investition des Vermieters liegt. Dieser Zinssatz ist unter Berücksichtigung des wegen der Amortisation linear abnehmenden, noch zu verzinsenden Restkapitals zu halbieren (BGE 140 III 433 E. 3.5). In Zusammenhang mit der hier interessierenden Untersuchung der relativen Kostenveränderung seit der letzten Mietzinsfestsetzung hat das Bundesgericht im Urteil 4A_530/2012 v. 17.12.2012 in E. 3.1 und 3.2 die massgeblichen Grundsätze rekapituliert: "3.1 ... Unterhaltskosten sind die Aufwendungen, die dem Vermieter für die Instandhaltung des Mietobjekts zum vorausgesetzten Gebrauch entstehen. Sie berechtigen grundsätzlich nicht zu einer Mietzinserhöhung (BGE 110 II 404 E. 3a S. 407; HIGI, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 1998, N. 81 zu Art. 269 OR). Solche Aufwendungen können aber allenfalls, wenn sie zu einer dauerhaften Unterhaltskostensteigerung führen, nach Art. 269a OR als Kostensteigerung mietzinserhöhend geltend gemacht werden (HIGI, a.a.O., N. 224 zu Art. 269a OR; LACHAT/BRUTSCHIN, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl. 2009, S. 372). In zeitlicher Hinsicht können Unterhaltskosten berücksichtigt werden, sobald die Arbeiten ausgeführt und vom Vermieter bezahlt sind. Um die Zufälligkeiten anfallender Unterhaltsarbeiten auszugleichen, ist zur Bestimmung des Umfangs der Kostensteigerung auf die durchschnittlichen Aufwendungen der letzten fünf - eventuell mindestens drei - Jahre abzustellen (BGE 117 II 77 E. 3c/bb S. 85). Eine pauschale Berücksichtigung

- 14 - der Kostensteigerung kann nur ausnahmsweise greifen, namentlich wenn die Abrechnungen ungewöhnlich hohe oder tiefe Posten enthalten, so dass der Durchschnitt die tatsächlichen Kosten im massgeblichen Zeitpunkt unzutreffend wiedergibt (Urteile 4A_484/2011 vom 2. November 2011 E. 7 und 4C.157/2001 vom 1. Oktober 2001 E. 2a). Ausserordentlich hohe Unterhaltskosten sind auf die Lebensdauer der damit finanzierten Einrichtungen zu verteilen ... [die hier weggelassene Passage wurde durch den bereits erwähnten BGE 140 III 433 E. 3.5 präzisiert, Anm. d. Gerichts] (Urteil 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001 E. 1b, MRA 4/2001 S. 116 ff.).

E. 4.2

Anwendung auf den vorliegenden Fall

E. 4.2.1

Aus dem Gesagten geht zunächst hervor, dass der Einwand der Beklagten nicht sticht, die Kläger seien betragsmässig an die Senkung gebunden, die sie im Vor- oder Schlichtungsverfahren verlangt hätten. Das Senkungsbegehren vom 27. Juni 2017 ist wohl auch nach den von HIGI definierten Kriterien betragsmässig be-

- 19 - stimmbar, denn wer den aktuellen Nettomietzins und den mit der geltend gemachten Senkung der Fremdkapitalkosten grundsätzlich verbundenen Senkungsanspruch gemäss Art. 13 Abs. 1 VMWG kennt, kann sich die verlangte Senkung ausrechnen. Dass die Kläger in ihrem Schreiben nicht auch die gesunkene Teuerung oder die (ihnen ohnehin nicht bekannten) Allgemerkosten erwähnt haben, ändert nichts daran, dass sie ihren Anspruch noch im Schlichtungsverfahren beziffern konnten. Gebunden waren sie an ihre dortigen Anträge auch dann nicht, denn erst mit der Formulierung des Rechtsbegehrens im Gerichtsverfahren treten Einschränkungen aufgrund der Prinzipien der Klageänderung ein (Art. 227 und 230 ZPO). Die Kläger haben aber ihre Klage seit Beginn des

Gerichtsverfahrens so formuliert, wie sie es heute tun. Selbst eine Klageänderung wäre wegen der grosszügigen Novenregelung im vorliegenden, von der sozialen Untersuchungsmaxime beherrschten vereinfachten Verfahren gemäss Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO bis zum Beginn der Urteilsberatung möglich gewesen, d.h. bis zur Spruchreiferklärung des Falles am 13. Dezember 2018. Auch eine Bindung an die angegebenen Gründe bestand nach Lehre und Rechtsprechung keineswegs, ganz abgesehen davon, dass die Kläger schon in ihrem ersten Vortrag vom 7. Juni 2018 sowohl eine Überprüfung ihres Senkungsanspruchs aufgrund der relativen Faktoren verlangten als auch die Berücksichtigung der Nettorendite.

E. 4.2.2

Die Berufung der Kläger auf die Nettorendite erweist sich sodann nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts als zulässig. Zwar werden absolute Anpassungsgründe wie erwähnt im laufenden Mietverhältnis zu relativen in dem Sinne, dass sie nicht zu einer vollkommen neuen Mietzinskalkulation führen können (vorn Ziff. 4.1.2; BGE 117 II 452). Dies bedeutet nach dem Gesagten aber nicht, dass die Parteien sich nur auf die relativen Anpassungsgründe berufen dürfen. Vielmehr ist es ihnen auch gestattet, die Veränderung absoluter Mietzinsfestsetzungskriterien wie der Nettorendite seit der letzten Mietzinsfestsetzung zur Grundlage ihrer Argumentation zu machen. Folge der relativen Methode ist einzig, dass eine ungenügende oder übersetzte Rendite im Rahmen eines Mietzinserhöhungs- bzw. Senkungsbegehrens nur soweit korrigiert werden kann, als sich seit der letzten Festsetzung eine Veränderung ergeben hat.

- 20 - Die Beklagte hat trotz Aufforderung der Kläger und des Gerichts weder vollständige Angaben gemacht, noch Belege eingereicht zu den Daten, die für eine Nettoenditerechnung auf den Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und für eine solche auf den Zeitpunkt des Senkungsbegehrens notwendig wären. Damit hat sie ihrer Substantiierungslast nicht genügt und auch ihre Mitwirkungsobliegenheit verletzt. Ihr Einwand, die Nettoenditerechnung sei unzulässig, ist zumindest insofern nicht korrekt, als ein Nettoenditevergleich bezogen auf die Situation beim Vertragsschluss und derjenigen zur Zeit des Senkungsbegehrens sehr wohl zulässig ist. Eine vergleichende Nettoenditerechnung ist auch nicht aufgrund des Alters der Liegenschaft unzulässig. Wie die Beklagte selbst einräumt, kaufte sie die Liegenschaft mit der Mietwohnung im Jahr 1989, also 28 Jahre vor dem Senkungsbegehren der Kläger, zu einem (nicht belegten) Kaufpreis von Fr. 1.5 Mio. und gab im Jahr 1990 (ebenfalls nicht belegt) weitere Fr. 1 Mio. für eine Gesamtsanierung der Liegenschaft aus ("Aushöhlung", [...]). Nach der neuesten Rechtsprechung gemäss [dem zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehenen] BGE 4A_400/2017 v. 13.9.2018 E. 3 lassen diese noch nicht 30 Jahre zurückliegenden Vorgänge eine Berufung auf die Nettorendite im vorliegenden Fall zu. Schon aus diesem Grund ist die Klage gutzuheissen, denn mit ihrer auf einer unzutreffenden Einschätzung der Rechtslage beruhenden Haltung hat die Beklagte einen Nettoenditevergleich verunmöglicht. Abgesehen davon führt eine Kontrollrechnung im Anschluss an den nachfolgenden Unterhaltskostenvergleich zur begründeten Annahme, dass sich die beim Mietbeginn bestehende und wohl schon damals übersetzte Rendite seither noch stark verbessert hat (dazu hinten Ziff. 4.2.4).

E. 4.2.3

Aber auch bei einer Prüfung des Falles anhand des von der Beklagten be- fürworteten Kostenvergleichs ergäbe sich kein anderes Resultat, soweit die Anga- ben und Belege für eine zuverlässige Berechnung überhaupt ausreichen. Nicht zu verkennen ist nämlich, dass die Beklagte keineswegs sämtliche Allgemeinkosten in den von ihr diskutierten Perioden beziffert und belegt hat. So hat sie eingestan- denermassen keine Angaben zu den Versicherungsprämien gemacht, obwohl sie über eine Versicherung verfügt, über die "ein Teilbetrag" der Kosten für die Behe-

- 21 - bung von Wasserschäden vergütet wurde, die offenbar in Geschäftsräumen im Parterre der Liegenschaft entstanden sind. Auch die Verwaltungskosten hat sie in ihren Berechnungen nicht aufgeführt, obwohl schon aus der Korrespondenz mit den Klägern hervorgeht, dass sie die Liegenschaft u.a. durch die P. AG verwalten liess. Weiter hat die Beklagte in den Unterhaltsaufwendungen zwischen 2006 und 2009 keine Beträge für die Amortisation und Verzinsung der Anlagen berücksichtigt, die sie zwischen 2013 und 2016 ersetzt hat, und zwar obwohl sie geltend gemacht hat, sie habe 1990 das Gebäude ausgehöhlt und schon damals insbesondere den Lift und die Heizung ersetzt. Da sie sich zu den Kosten der ersetzten Installationen von 1990 trotz gerichtlicher Aufforderung nicht geäussert und auch keine Angaben dazu gemacht hat, inwiefern die Neuinstallationen seit 2013 prozentual zu einer Kostensteigerung geführt haben sollen, bleibt das Gericht auf Schätzungen ange- wiesen. Nicht berücksichtigt werden dürfen sodann Auslagen, die nicht für das Gebäude als solches oder für das Mietobjekt angefallen sind, denn auch eine Kos- tensteigerung ist so weit wie möglich individuell zu berechnen (so für die Nettor- enditerechnung BGer 4A_606/2014 v. 7.7.2015 E. 5.2 [nicht in der amtl. Samm- lung publ. Teil von BGE 141 III 245] = Pra 2016 Nr. 33; BGE 139 III 209 E. 2 = Pra 2014 Nr. 3; BGE 125 III 421 E. 2d = Pra 2000 Nr. 30). Es geht daher nicht an, et- wa die Kosten für den Ersatz mehrerer Parkettböden in Geschäftsräumen im Erd- geschoss in die Berechnung einzubeziehen, wie die Beklagte dies vorschlägt. Ihr steht überdies auch nicht die Wahl zu, ob sie eine erhaltene Versicherungsleistung in den Kostenvergleich einfliessen lassen will oder nicht: Massgeblich ist die kon- krete Kostensituation. Der Vermieter hat deshalb auch die tatsächlich erhaltenen Versicherungsleistungen für eine Unterhaltsarbeit zu beziffern und zu belegen, ist dafür aber auch berechtigt, die Versicherungsprämien in die Rechnung einzustel- len. Richtig ist zwar, dass auch das Bundesgericht schon mit den gesamten Liegen- schaftskosten gerechnet und die gesamte Kostensteigerung ins Verhältnis zu den Mieteinnahmen gestellt hat (z.B. BGE 111 II 378 E. 2). Grund für dieses Vorgehen ist, dass es zu einer Verzerrung kommt, wenn man nur die allgemeinen Kosten

- 22 - miteinander vergleicht: Gewährt man dem Vermieter z.B. eine pauschale Steige- rung der Allgemeinkosten im Umfang von 0.5 % des Mietzinses pro Jahr, so deckt dies eine weit höhere Kostensteigerung ab, denn nach dem schon zitierten Be- rechnungsmodell des Bundes dienen nur 30 % des Mietzinses der Deckung der Allgemeinkosten. Die auf dem ganzen Mietzins berechnete Pauschale berücksich- tigt damit effektiv Kostensteigerungen von $3.33 \times 0.5 \%$, mithin von 1.66 % pro Jahr. Dieses Phänomen hat ebenfalls schon GRATZ beschrieben und gefordert, dass bei einer Kostensteigerung von durchschnittlich 3.77 % pro Jahr die Pau- schale für die Mietzinsanpassung 1.13 % jährlich betragen müsse, nämlich 30 % von 3.77 % (a.a.O., S. 93 f.). Mit dem vom Bundesgericht gewählten Vorgehen vermeidet man die genannte Umrechnung, denn man legt schlicht die Kostenstei- gerung betragsmässig auf den Mietzins um. Wichtig ist aber, dass bei Berücksich- tigung der gesamten im Haus anfallenden Kosten nur dann der korrekte Prozent- satz resultiert,

wenn man die Steigerung der Kosten ins Verhältnis setzt zu den Mieteinnahmen nicht nur des betroffenen Objekts, sondern zu denjenigen des ganzen Hauses, unter Berücksichtigung auch allfälliger Leerstände (vgl. für konkrete Rechenbeispiele BGE 110 II 378 E. 2; BGE 106 II 356 = Pra 1981 Nr. 102; vgl. GRATZ, a.a.O., S. 97). Die Beklagte hat die Korrektur so vorgenommen, dass sie die gesamten Liegenschaftskosten nur zu einem Anteil von 18 % den Klägern zugeordnet hat. Ein solches Vorgehen ist jedoch nur zulässig, wenn es bezogen auf die einzelnen Mietobjekte keine erheblichen Unterschiede gibt. Hier sind die Unterschiede indessen teils enorm, wie insbesondere die Arbeiten an den Büros im Erdgeschoss zeigen. Sodann sind sämtliche aperiodischen Aufwendungen nach den vom Bundesgericht entwickelten Kriterien aufgrund ihrer Amortisationsdauer zu verzinsen und geglättet in die Vergleichsrechnung einzubeziehen. Als Zinssatz ist der um ½ % erhöhte Referenzzins zur Zeit der Investition zu verwenden. Dieser ist in Berücksichtigung des mit der Amortisation abnehmenden, noch zu verzinsenden Restkapitals zu halbieren (BGE 140 III 433 E. 3.5; vgl. Ziff. 4.1.4). Wie die Kläger sodann zu recht ausführen, ist anders als bei der Amortisation und Verzinsung von wertvermehrenden Investitionen nicht zusätzlich eine Unterhaltspauschale zu berücksichtigen, denn den laufenden Unterhalt kann die Beklagte direkt in die Rechnung

- 23 - einstellen, so dass sich eine zusätzliche Pauschale verbietet. Diese Auffassung vertritt übrigens nicht nur die von den Klägern zitierte BRUTSCHIN (Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 519), sondern auch BÄTTIG (HAP, a.a.O., Rz. 31 f., Rz. 1.61). Zu folgen ist der Beklagten immerhin darin, dass letztlich gleich lange Zeitperioden vor Mietbeginn und vor dem Senkungsbegehren in die Rechnung einzubeziehen sind. Zwar trifft der Einwand der Kläger zu, dass die Beklagte noch im Rahmen der Klageantwort nicht nur andere Zahlen vorgelegt hat, sondern auch selber mit unterschiedlichen Vergleichsperioden gerechnet hat [2006-2009 gegenüber 2010-2016, Anm. d. Red.]. Das ändert aber nichts daran, dass die Berücksichtigung unterschiedlicher Perioden zu einem verzerrten Resultat führt. Es mag sein, dass in den Jahren 2010 - 2012 tiefere Unterhaltskosten angefallen sind als danach. Soweit sich indessen grosse Abweichungen ergeben, ist dem mit einer Bewertung des kostenvermehrenden Anteils der Investitionen, einer Glättung durch Verzinsung von Investitionen mit einer Lebensdauer von 10 oder mehr Jahren über die gesamte Amortisationsdauer hinweg sowie notfalls mit der Festlegung einer Pauschale nach den genannten Grundsätzen Rechnung zu tragen. Konkret ergibt sich daraus Folgendes:

E. 4.2.3.1

Für das Jahr 2006 stellt die Beklagte Fr. 1'990.65 in die Vergleichsrechnung und stützt sich auf die Belege gemäss Urk. 38/1-9. Die Kläger wandten unwidersprochen ein, die Belege gemäss Urk. 38/2-4 und 38/9 betreffen nicht das Mietobjekt (...). Der in Beleg 38/1 erwähnte Backofengriff sei gemäss einem handschriftlichen Vermerk im Beleg auf Vorrat angeschafft worden und daher dem Mietobjekt nur zu 18 % zuzurechnen – d.h. anhand des zwischen den Parteien unbestrittenen Verteilschlüssels für Investitionen ins ganze Haus. Gleiches gelte für die Belege 38/6-8, welche die Heizungsanlage betreffen. Die Kläger errechnen so für das fragliche Jahr massgebliche Kosten von Fr. 206.44. Ihre Rechnung ist richtig. Es kann auf die nachfolgende Tabelle verwiesen werden (hinten Ziff. 4.2.3.9).

- 24 -

E. 4.2.3.2

Für das Jahr 2007 berücksichtigt die Beklagte Rechnungen im Totalbetrag von Fr. 3'751.45 und stützt sich auf die Belege gemäss Urk. 38/10-21. Den von ihr eingereichten Beleg 38/22 berücksichtigte sie in der Duplik nicht mehr, mit der Begründung, bei der dort verrechneten Gartenpflege handle es sich um Hauswartungsarbeiten. Die Kläger wandten unwidersprochen ein, die Belege 38/10-12 und 16-20 beträfen nicht das Mietobjekt. Die Belege 38/13-15 und 21 seien dem ganzen Haus zuzurechnen. Bezüglich des Belegs 38/22 hielten sie auf die Ausführungen der Beklagten in der Duplik hin daran fest, dass der entsprechende Aufwand für Gartenarbeiten in die Vergleichsrechnung einzubeziehen und dem ganzen Haus, dem Mietobjekt also zu 18 % zuzuordnen sei. Der Beklagten ist zuzugestehen, dass die Gartenpflege zu den Hauswartungsarbeiten gehört. Dennoch ist ihre Darstellung letztlich nicht schlüssig. Im Mietvertrag haben die Parteien für "Heiz-/Nebenkosten" eine monatliche Akontozahlung von Fr. 220.– vereinbart. Während der Begriff der Heizkosten aufgrund der ausführlichen Regelung in Art. 5 VMWG klar genug definiert ist, widerspricht die Ausscheidung nicht näher spezifizierter weiterer Nebenkosten Art. 257a OR. Das Bundesgericht verlangt einerseits eine klare und spezifische Ausscheidung der gesondert zu bezahlenden Nebenkosten. Es lässt den blossen Verweis auf Allgemeine Vertragsbedingungen nicht zu, und auch aus der Tatsache, dass gewisse Kosten in der Vergangenheit durch die Mieterseite bezahlt wurden, kann die Vermieterseite grundsätzlich nichts ableiten (zum Ganzen BGE 121 III 460 E. 2a; BGer 4A_451/2017 v. 22.2.2018 E. 4.3; BGer 4A_719/2016 v. 31.8.2017 E. 2.2; BGer 4C.24/2002 v. 29.4.2002 E. 2.1; spez. zur Formulierung in AGB BGE 135 III 591 E. 4.3 = Pra 2010 Nr. 53; BÉGUIN, mp 2004, 176; CPra Bail-BIERI, Art. 257a-257b N 21 ff. und 174 ff.; KOLLER/SENNHAUSER, ZBJV 2011, 298 ff.; BLUMER, SPR VII/3, Rz 485 und 668; krit. AELLEN, MRA 2018, 95 ff.; SVIT-Komm.-BIBER, Art. 257–257b OR N 22; a.M. anscheinend BK-GIGER, N 22 und 43 ff.; spez. zur Bezahlung gewisser Kosten in der Vergangenheit: BGE 121 III 460 E. 2a/bb; BGer 4C.24/2002 v. 29.4.2002 E. 2.1 und 3.2; CPra Bail-BIERI, Art. 257a-257b N 30a; SVIT-Komm.-BIBER, Art. 257-257b OR N 20). Obwohl sich die Parteien zur Frage der gültigen Ausscheidung der Nebenkosten nicht geäußert haben, dürfte die Verrechnung von Hauswartungsarbeiten [und ähnlichen Leistungen] gestützt auf die verfügba-

- 25 - ren Unterlagen via Nebenkosten im vorliegenden Fall unzulässig sein. Das bedeutet zugleich, dass solche Betriebskosten über den Nettomietzins zu finanzieren sind, so dass sie in den Vergleich der Allgemeinkosten einzubeziehen sind, und zwar als Aufwendungen für das gesamte Haus. Wie die am Ende der Diskussion der einzelnen Jahre zu findende Tabelle zeigt (hinten Ziff. 4.2.3.9), erweist sich die Rechnung der Kläger auch für das Jahr 2007 demzufolge als richtig.

E. 4.2.3.3

Für das Jahr 2008 berücksichtigt die Beklagte Rechnungen im Totalbetrag von Fr. 2'515.55 und stützt sich auf die Belege gemäss Urk. 38/23-32. Die Kläger wandten unwidersprochen ein, die Belege 38/27-30 sowie 38/32 beträfen nicht das Mietobjekt, ebenso wenig der Beleg 38/26, welcher die Wohnung der Beklagten im 4. OG betreffe. Die Belege 38/23-25 seien dem ganzen Haus zuzurechnen, während der Beleg 38/31 ihre Wohnung betreffe und die Kosten daher voll einzurechnen seien. Auch diese Rechnung entspricht den einleitend erwähnten Kriterien und ist richtig (s. Tabelle im Anschluss, Ziff. 4.2.3.9).

E. 4.2.3.4

Für das Jahr 2009 berücksichtigt die Beklagte Rechnungen im Totalbetrag von Fr. 10'809.70 und stützt sich auf die Belege gemäss Urk. 38/33-42. Die Kläger wandten unwidersprochen ein, die Belege 38/33, 38/35-38 und 38/42 betreffen das ganze Haus und Urk. 38/39 gehe in Urk. 38/38 auf. Bezüglich der Belege 38/34 und 38/35 sind sich die Parteien einig, dass sie die gleichen Arbeiten am Lift (Ersatz Hydrauliksteuerblock) für einen Betrag von Fr. 3'458.70 betreffen. Die Beklagte hat sich für den Eventualfall, dass das Gericht den geglätteten Einbezug von Ersatzinvestitionen für richtig erachten sollte, nicht geäußert. Hält man ihr dieses Argument aber bei den Unterhaltskosten der Vergleichsperiode 2013-2016 entgegen, so stellt sich auch beim Ersatz des Hydrauliksteuerblocks des Lifts im Jahr 2009 die Frage, ob dieser nicht entsprechend zu behandeln ist. Allerdings ist die fragliche Rechnung der Q. AG vom 30. November 2009 explizit als blosse Reparatur bezeichnet. Da die Kläger dies auch so sehen und die Beklagte dies trotz des gerichtlichen Hinweises auf die Problematik der Ersatzinvestitionen nicht bestritten hat, ist der Betrag im Jahr 2009 voll anzurechnen, auch wenn es sich um einen Grenzfall handelt. Dem Mietobjekt ist er zu 18 % zuzurechnen, denn die

- 26 - Liftanlage betrifft das ganze Haus. Bezüglich Beleg 38/40-41 wandten die Kläger ebenfalls unwidersprochen ein, die Rechnungen betreffen andere Wohnungen. Sie sind daher nicht zu berücksichtigen. Abgesehen von Rechnungsdifferenzen von weniger als vier Franken stimmt auch hier das Resultat mit dem von den Klägern errechneten überein. Einzusetzen ist für 2009 ein Betrag von Fr. 960.77 (s. Tabelle hinten Ziff. 4.2.3.9).

E. 4.2.3.5

Erste massgebliche Vergleichsperiode nach Mietbeginn ist gestützt auf die einleitenden Erwägungen das Jahr 2013. In die Perioden 2013-2016 sind jedoch, wie dies die Kläger vorschlagen, die aperiodischen Unterhaltsarbeiten zwischen 2010 und 2012 einzuberechnen, deren Kosten via Amortisation auf die ganze Lebensdauer zu verteilen sind. Es betrifft dies die in der Replik rot markierten Positionen, mithin die Belege 38/56 (Kamin), 38/60 (Sanierung Vorplatz), 38/61-63 (Sanierung Warmwasserversorgung), 38/66 (Ersatz Kühlschrank im Mietobjekt) und 38/75 (Ersatz und Ergänzung Beleuchtung Treppenhaus und Vorplatz). Die Beklagte bestritt nur pauschal die Verteilung der Kosten der genannten Installationen auf mehrere Jahre, nicht aber die von den Klägern genannten Parameter wie Lebensdauer und den massgeblichen Zinssatz, so dass die Angaben der Kläger gemäss der Eventualmaxime auch den Berechnungen des Gerichts zugrunde zu legen sind. Bezüglich Sanierung des Kamins wirkt sich dies wohl zu Gunsten der Beklagten aus, denn Kupfer hat jedenfalls bei Dachabläufen eine Lebensdauer von 40 und nicht nur von 20 Jahren (Paritätische Lebensdauertabelle S. 16, Ziff. 4). Bei den anderen aperiodischen Aufwendungen der Jahre 2010-2012 ist sodann zu berücksichtigen, dass es sich um Ersatzinvestitionen handelt. Die Kläger halten zumindest bei der Position Liftsanierung dafür, dass nur der kostensteigernde Anteil solcher Investitionen in die Rechnung einfließen dürfe, falls man es zulasse, dass die erst im Jahr 2017 bezahlte Teilrechnung für die Sanierung schon im Jahr 2016 berücksichtigt werde. Dieser Standpunkt erweist sich jedoch bezüglich aller aperiodischen Ersatzinvestitionen als richtig, wie einleitend schon erläutert wurde, denn sonst würde der Mietzins sowohl die ersetzte als auch die neue Investition abdecken und damit nicht nur die eingetretene Kostensteigerung, wie das Gesetz dies vorsieht. Bei dieser Überlegung handelt es sich um eine Frage der Rechtsanwendung, so dass keine Bindung des Gerichts an die Behauptung

- 27 - tungen der Parteien besteht. Da sodann beide Parteien keine Angaben zu den Kosten der ersetzten Vorrichtungen gemacht und trotz gerichtlichen Hinweises auch nicht den Versuch unternommen haben, den kostensteigernden Anteil der Ersatzinvestitionen zu bestimmen, bleibt das Gericht wie schon erwähnt (Ziff. 4.2.3) auf Schätzungen angewiesen: Die Kläger haben sich zwar zur Höhe des jeweiligen kostensteigernden Anteils nicht geäußert, aber sie haben sich jeden- falls auf die Notwendigkeit der Ausscheidung berufen, soweit das Prozessergebnis ansonsten von ihrem Standpunkt abweicht. Behauptungs- und beweisbelastet für den kostensteigernden Anteil ist an sich die Beklagte, die aber ebenfalls keine An- gaben gemacht hat. Indessen darf der kostensteigernde Anteil deshalb nicht ein- fach auf Fr. 0.– festgelegt werden, zumal eine Kostensteigerung durch die Er- satzinvestitionen im Grundsatz nicht bestritten und zudem auch allgemeinnoto- risch ist (Art. 151 ZPO). Dabei ist zu beachten, dass der in Prozenten zu veran- schlagende Wert vom Betrag der aktuellen Investition ausgeht, so dass z.B. ein kostensteigernder Anteil von 50 % letztlich einer Verdoppelung der Kosten für die ersetzte Installation entspricht (100/50). Ein so hoher Anteil wird anders als von GRATZ, der eine Bandbreite von 40-80 % nennt, nur bei qualitativ hochwertigen Ersatzinvestitionen und sehr langer Amortisationsdauer gerechtfertigt sein. Bezüg- lich der Kaminsanierung gemäss Urk. 38/56 ist anzunehmen, dass diese wegen des verwendeten, im Vergleich zum Vorzustand besseren Materials Kupfer mit seiner langen (künftigen) Lebensdauer eine erhebliche kostensteigernde Wirkung hatte. Es dürfte sich ähnlich verhalten wie beim Beispiel des Ersatzes eines ge- mauerten Kamins durch einen solchen aus Chromnickelstahl, wo GRATZ den Anteil der Investitionsvermehrung auf 60 % der Neuinvestition schätzt (a.a.O., S. 104). Dies entspricht einer Verteuerung gegenüber der alten Vorrichtung um 150 % (100/40). Bezüglich des Ersatzes der Treppenhausbeleuchtung sowie der Ergän- zung der Beleuchtung auf dem Vorplatz gehen beide Parteien zu recht davon aus, dass hauptsächlich eine Unterhaltsarbeit vorliegt. Bezüglich des Strahlers auf dem Vorplatz liegt allerdings in einem kleineren Teilbetrag wohl gar eine wertvermeh- rende Investition vor. Dem ist dadurch Rechnung zu tragen, dass der kostenstei- gernde Anteil der Investition hier auf 50 % veranschlagt wird (Verdoppelung der Kosten, 100/50). Es spricht nichts dagegen, diesen Punkt trotz der teilweisen

- 28 - Wertvermehrung in die gesamte Vergleichsrechnung betr. Unterhalt einzubezie- hen. Soweit sich ergibt, dass die von den Klägern anerkannte Pauschale von 0.5 % pro Jahr auch diese Investition abdeckt, schliesst dies dann allerdings eine zusätzliche Mietzinserhöhung wegen wertvermehrender Investitionen aus. Bezüg- lich der übrigen Ersatzinvestitionen (Vorplatz, Sanierung Warmwasserversorgung und Ersatz Kühlschranks) dürfte der kostensteigernde Anteil mit Blick auf die unter- schiedliche Lebensdauer und damit Teuerung während derselben höchstens bei 40 % bzw. 30 % bzw. 25 % liegen, denn schon dies entspricht einer Verteuerung gegenüber der entfernten Installation um zwei Drittel (100/60) bzw. 42 % (100/70) bzw. um einen Drittel (100/75). Die Beklagte stützt sich im Übrigen für das Jahr 2013 auf Rechnungen im Totalbe- trag von Fr. 13'912.– gemäss Urk. 38/82-108. Die Kläger wenden gegen die Be- rücksichtigung der Belege 38/82-96, 105 und 108 unwidersprochen und zutreffend ein, diese beträfen andere Mietobjekte im Haus. Die Parteien stimmen darin über- ein, dass die Belege 38/97-104 und 106 dem Haus als Ganzes zuzuordnen und mit einem Anteil von 18 % der Wohnung der Kläger zuzurechnen sind. Bezüglich des Belegs 38/107 machen die Kläger geltend, die dort sanierten Parkplätze seien an Dritte vermietet, so dass die Rechnung nicht dem Haus oder gar dem Mietob- jekt belastet werden dürfe. Die Beklagte liess dies unkommentiert, und ein Park- platz ist

jedenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Mietvertrags, sodass auch hier von einem Aufwand auszugehen ist, der nicht das Mietobjekt betrifft und daher auch nicht berücksichtigt werden darf. Auch hier kann auf die Tabelle (hinten Ziff. 4.2.3.9) verwiesen werden. Es resultiert ein Gesamtbetrag von Fr. 637.38, der deshalb tiefer liegt als die von den Klägern geltend gemachte Summe von Fr. 938.53, weil die Kläger bei den aperiodischen Ersatzinvestitionen aus den Jahren 2010 bis 2012 die gesamten Kosten eingestellt haben statt nur die Kostenvermehrung, wie dies rechtlich korrekt hätte geschehen müssen.

E. 4.2.3.6

Für das Jahr 2014 berücksichtigt die Beklagte Rechnungen im Totalbetrag von Fr. 39'864.65 und stützt sich auf die Belege gemäss Urk. 38/109-147. Nicht festgehalten hat sie in der Duplik an einer noch in der Klageantwort angekündigten Rechnung R. (dazu die Kläger in ...), die sich in den genannten Belegen

- 29 - 38/109-147 nicht findet. Die Kläger wandten unwidersprochen ein, die Belege 38/109, 110, 112, 115-123, 127-129, 134, 135, 139-144, 146 und 147 betreffen andere Mietobjekte. Die entsprechenden Beträge gehören demzufolge nicht in die Rechnung. Zur Reparaturrechnung für den Geschirrspüler in der Mietwohnung reichten die Kläger eine Rechnung der Verwaltung der Beklagten vom 5. Dezember 2014 ein, die zeigt, dass die Verwaltung geltend machte, die Pumpe des Spülers sei defekt gewesen, weil sich Scherben in der Maschine befunden hätten, so dass die Reparaturkosten den Klägern verrechnet würden. Die Beklagte bestritt mit Nichtwissen, dass die Kläger die Rechnung der Verwaltung bezahlt hätten. Zwar ist grundsätzlich der Schuldner für die Tilgung einer Forderung beweisbelastet. Hier sind das die Kläger. Der Einwand der Beklagten genügt den Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung aber nicht. Es wäre äusserst ungewöhnlich, wenn die Verwaltung eine unbezahlte Rechnung auf sich hätte beruhen lassen. Die Beklagte bestreitet die Ausstellung der Rechnung nicht, schweigt sich aber über allfällige Inkassomassnahmen aus (Mahnung etc.). Unter solchen Umständen ist der Einwand nicht zu hören und der Betrag demzufolge auch nicht zu berücksichtigen. Auf das Ergebnis wirkt er sich so oder anders nicht aus. Zu den Kosten der Kanalsanierung mittels Einführung eines sog. "Inliners" reichte die Beklagte die Belege 38/113 und 145 ein. Eine Rechnung R. war wie schon erwähnt duplicando kein Thema mehr. Entgegen den Ausführungen der Beklagten ist der Totalbetrag von Fr. 10'131.90, über welchen die Parteien sich einig sind, auf die Lebensdauer umzulegen und zu verzinsen, wie die Kläger dies tun. Die einschlägigen Parameter wurden von der Beklagten nicht bestritten. Nicht geäussert haben sich die Parteien über den kostensteigernden Anteil dieser Ersatzinvestition (unbestrittenermassen diene der bisherige Mietzins schon der Finanzierung der bestehenden Anlage). Angesichts der langen Lebensdauer von unbestrittenermassen 30 Jahren ist der kostensteigernde Anteil auf 40 % zu schätzen. Für die Berechnung kann auf die Tabelle verwiesen werden (hinten Ziff. 4.2.3.9). Bezüglich der Fugensanierung im Bad der Kläger handelt es sich um einen Grenzfall. Wie in der Replik behauptet, haben Fugen (von der Beklagten unbestritten) eine Lebensdauer von 8 Jahren. In ihre Rechnung haben die Kläger sie mit 10

- 30 - Jahren eingesetzt. Entsprechend den einleitend aufgestellten Grundsätzen ist von aperiodischen Unterhaltsleistungen erst ab einer Lebensdauer von 10 Jahren auszugehen, folglich gehört der Fugenersatz zum laufenden Unterhalt, wie dies die Beklagte geltend macht. Anders verhält es sich mit dem Fassadenanstrich gemäss Urk. 38/124. Die Be-

klage bezeichnet diesen als Reparatur "im Bereich des Erdgeschosses und des 1. OG". Gemäss der Rechnung der S. Bau wurde aber nicht nur ein beschränkter Bereich gestrichen, sondern die ganze Fassade auf zwei Seiten des Hauses und über zwei Stockwerke hinweg. Das kann nicht mehr als Reparatur verstanden werden, zumal die Beklagte berechtigt ist, echte Reparaturen zusätzlich als laufenden Unterhalt geltend zu machen, wie dies jeweils bei der Entfernung von Graffiti der Fall war. Wie die Kläger zu recht geltend machen, ist der entsprechende Betrag zu amortisieren und zu verzinsen. Die Parameter sind unbestritten. Der kostensteigernde Anteil ist auf 30 % der Ersatzinvestition zu veranschlagen. Bezüglich der Belege 38/125, 130-133, 136 und 137 anerkennen die Kläger unbestritten, dass es sich hier um anteilmässig anrechenbare Ausgaben für das gesamte Haus handelt. Entgegen den Klägern ist auch die Rechnung des Hauswartes zum laufenden Unterhalt zu zählen. Die Beklagte macht dies hier zu recht so geltend, auch wenn sie sich damit letztlich in Widerspruch zur beantragten Behandlung der Gartenarbeiten aus dem Jahr 2007 setzt, die sie dort nicht verrechnen möchte, weil es sich um Hauswartungsleistungen handle. Soweit die Kläger mit ihrem Einwand andeuten sollten, die Hauswartung werde über die Nebenkosten abgerechnet, ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Art der Ausscheidung dieser Kosten gemäss den verfügbaren Unterlagen den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt. Sollten die Kläger also Abrechnungen für die Hauswartung erhalten haben, können sie diese zurückfordern (vgl. vorn Ziff. 4.2.3.2). Anerkannt ist schliesslich, dass die Rechnung für die Spiegelschrankbeleuchtung das Mietobjekt betrifft. Die Tabelle der Kläger enthält einen Verschieb: Zwar wird zunächst in Spalte 4 der gemäss dem Buchungsstempel auf der Rechnung angegebene Betrag von Fr. 93.40 eingesetzt; in Spalte 7 und 8 erscheint dann aber der Rech-

- 31 - nungsbetrag ohne Skonto. Der zuerst genannte Betrag ist laut dem Stempel der tatsächlich bezahlte. Für die gesamte Berechnung sei erneut auf die Tabelle verwiesen (Ziff. 4.2.3.9).

E. 4.2.3.7

Für das Jahr 2015 berücksichtigt die Beklagte Rechnungen im Totalbetrag von Fr. 23'575.45 und stützt sich auf die Belege gemäss Urk. 38/148-162 und 165-169. Die Kläger verweisen unbestrittenermassen darauf, dass die Belege 38/148-155 andere Mietobjekte im Haus betreffen, ebenso die Belege 38/159-162 und 165-169, wobei die Belege 160 und 165 zudem identisch sind. Diese sind demzufolge nicht in die Rechnung einzubeziehen. Als Ausgaben für das gesamte Haus anerkannt sind dagegen die Belege 38/156-158.

E. 4.2.3.8

Für das Jahr 2016 berücksichtigt die Beklagte Rechnungen im Totalbetrag von Fr. 16'115.60 und stützt sich auf die Belege gemäss Urk. 38/170-194. Die Kläger machen zu recht geltend, beim Ersatz der Waschmaschine mit ihrer Lebensdauer von 15 Jahren sei ein geglätteter Einbezug der Kosten gemäss Urk. 38/171 in die Vergleichsrechnung erforderlich. Mangels Angaben der Parteien ist mit Blick auf die Lebensdauer ein kostensteigernder Anteil von maximal 35 % gerechtfertigt, denn dies entspricht einer Verteuerung gegenüber dem ersetzten Gerät um gut 50 % innert nur 15 Jahren (100/65). Der Referenzzins lag im Jahr 2016 bei 1.75 %. Weiter machen die Kläger zu recht geltend, die Belege 38/170 (Rechnung aus dem Jahr 2015, bezahlt am 15.1.16), 38/172, 174, 178, 183, 185-190 und 192-194 seien nicht zu berücksichtigen, da sie (grundsätzlich unbestrittenermassen) nicht das Mietobjekt betreffen. Bezüglich der Belege 38/173, 175-177

und 182 anerkennen die Kläger den Zusammenhang mit dem ganzen Haus. Entgegen ihren Angaben ist ein solcher auch aus den Belegen 38/180, 181 und 190 ersichtlich, denn hier handelt es sich um Hauswartungsarbeiten im Haus als Ganzes, zu deren rechtlichen Einordnung auf Ziff. 4.2.3.2 und 4.2.3.6 verwiesen werden kann. Beim Beleg 38/181 ist jedoch zu beachten, dass der fragliche Betrag für Sperrgutent-sorgung in der Hauptrechnung 38/180 ebenfalls enthalten ist und daher nicht zusätzlich Berücksichtigung finden kann. Der Beleg 38/184 betrifft schliesslich aner-

- 32 - kanntermassen die Rollladenreparatur im Kinderzimmer der Wohnung der Kläger und ist voll einzurechnen. Schliesslich fallen auch der Ersatz des Lifts und der Gasheizung in die Periode 2016. Beim Lift ist dies umstritten, weil die Beklagte sich die Rechnung aus steuer-lichen Gründen in zwei Portionen aufteilen liess, von denen sie die eine erst im Jahr 2017 bezahlte. An sich trifft der Standpunkt der Kläger zu, dass Kosten erst in die Rechnung eingestellt werden dürfen, wenn die Arbeiten ausgeführt und be-zahlt sind. Wie man es macht, spielt allerdings für das Ergebnis keine Rolle. Folgt man dem Eventualstandpunkt der Kläger und lässt die Verrechnung schon 2016 zu, berücksichtigt aber andererseits – wie dies entgegen der Annahme der Be- klagten rechtlich korrekt ist – nur die Kostensteigerung gegenüber der alten, aus dem Miethaus entfernten Liftanlage und schätzt diese bei einer unbestrittenen Le- bensdauer von 30 Jahren auf 40 % der Neuinvestition (entspricht einer Teuerung von 66 %, $100/60$), so wird das einzusetzende Betreffnis nur unwesentlich höher als der von den Klägern im Hauptstandpunkt zugestandene Betrag. Da es sich sowohl bei der Heizung als auch beim Lift um Ersatzinvestitionen für bestehende Anlagen handelt, ist die von der Beklagten geforderte zusätzliche Verzinsung um 1 % pro Jahr für den laufenden Unterhalt nicht gerechtfertigt. Wie schon mehrfach erwähnt, wurde der laufende Heizungs- und Liftunterhalt jeweils zu den effektiven Kosten in die Vergleichsrechnung einbezogen. Daher bedarf es nicht auch noch der Einrechnung einer Unterhaltspauschale.

E. 4.2.3.9

Der Zusammenzug der vorstehenden Überlegungen führt zu folgendem Resultat:

- 33 -

- 34 -

- 35 -

- 36 -

- 37 - [Anmerkung des Gerichts: Die Abbildungen beruhen auf einer Excel-Tabelle, die im elektronischen Geschäftsordner des vorliegenden Prozesses als "Unterhaltskosten.xlsx" gespeichert ist und den Parteien auf Wunsch zur Verfügung gestellt werden kann.] Der vorstehende Vergleich zeigt, dass die korrekt berechnete Steigerung der von der Beklagten ausgewiesenen Allgemeynkosten über die relevante Mietdauer hin- weg 2.46 % des geltenden Jahresnettomietzinses beträgt, während die Kläger pauschal 3.83 % zugestehen. Selbst wenn man den kostensteigernden Anteil von Ersatzinvestitionen sehr viel höher einsetzt, erreicht die Kostensteigerung nicht den Pauschalbetrag. Hinzu kommt, dass die Beklagte wie erwähnt nicht alle All- gemeinkosten und deren Entwicklung aufgezeigt hat. Es ist anzunehmen, dass die Unterhaltskosten der volatilste Teil davon sind, sodass eine Gesamtschau das Bild noch zugunsten der Kläger korrigieren würde. Die Klage ist gutzuheissen. Was die massgeblichen Kostenstände für den neu auf Fr. 2'054.–

festzulegenden Nettomietzins betrifft, ist auf die Angaben der Kläger im Rechtsbegehren abzustellen, denn die Beklagte hat diese nicht infrage gestellt. Der Klarheit halber sind die Kostenstände ins Dispositiv aufzunehmen, auch wenn keine der Parteien dies verlangt hat.

E. 4.2.4

Um der Vollständigkeit willen ist nochmals auf den aufgrund des Verhaltens der Beklagten nicht möglichen Vergleich der Nettorenditen bei Mietbeginn und im Zeitpunkt des Senkungsbegehrens zurückzukommen (vorn Ziff. 4.1.3 und 4.2.2, insbes. S. 12 f. und S. 19 f.). Zwar fehlen für eine vollständige Berechnung wichtige Angaben und Belegamentlich zum Erwerb der Liegenschaft, zur Totalsanierung 1990 und zum Umfang und den Konditionen der konkreten Fremdfinanzierung der Liegenschaft. Die vorstehenden Ausführungen zeigen jedoch, dass die Beklagte für die Mietliegenschaft bei korrekter Berechnung in den vier Jahren vor Mietbeginn Aufwendungen von Fr. 552.15 pro Jahr zu tragen hatte, während diese sich in den vier Jahren vor dem Senkungsbegehren auf durchschnittlich Fr. 1'240.05 pro Jahr erhöhten. Für die Finanzierung der Allgemeinkosten sind jedoch gemäss dem erläuterten Berechnungsmodell des Bundes 30 % des Nettomietzinses gedacht. Vor der verlangten Mietzinssenkung entsprach das im vorliegenden Fall einem Betrag von Fr. 700.– pro Monat oder Fr. 8'400.– pro Jahr, nach der - 38 - Senkung wären dies noch Fr. 616.20 pro Monat oder Fr. 7'394.40 pro Jahr. ROHRER hat dargelegt, dass sich der 30 %-Anteil gemäss Berechnungsmodell noch weiter aufschlüsseln lässt u.a. in 12 % für laufende Unterhaltskosten und in weitere 10% für Rückstellungen bzw. Amortisationen für aperiodischen Unterhalt (SVIT-Komm.-ROHRER, Vorbem. zu Art. 269-270e OR N 24). Selbst wenn man nun lediglich den 12 %-Anteil für den laufenden Unterhalt in Rechnung stellt, stehen der Beklagten dafür mit dem von den Klägern zurzeit zu bezahlenden Nettomietzins pro Monat Fr. 280.– zur Verfügung (12 % von Fr. 2'333.–), mithin Fr. 3'360.– pro Jahr. Nach der verlangten Senkung erhält die Beklagte dafür immer noch Fr. 246.50 pro Monat oder Fr. 2'958.– pro Jahr. (...) Geht man weiter von der Annahme aus, dass sich die tatsächlichen Fremdfinanzierungskosten mindestens so günstig entwickelt haben wie der Referenzzins des Bundes (heute sind Hypotheken zu weit weniger als 1.5 % pro Jahr auf dem Markt erhältlich), so hätten sich seit Mietbeginn die Fremdfinanzierungskosten halbiert. Würden dem Modell entsprechend 42 % des Mietzinses der Fremdkapitalverzinsung dienen, so entspräche das einer Mietzinssenkung um 21 %, während die Kläger gestützt auf die relativen Anpassungssätze der VMWG unter diesem Titel nur eine Senkung um 15.25 % geltend machen. Nur bei einem aussergewöhnlich tiefen Fremdfinanzierungsgrad der Liegenschaft könnte es daher sein, dass sich die Rendite seit Mietbeginn verschlechtert hat. Viel wahrscheinlicher ist es jedoch, dass sie trotz der Steigerung der – vergleichsweise tiefen – Allgemeinkosten seit Mietbeginn erheblich besser geworden ist. Zwar können die Kläger wie erwähnt wegen des Prinzips von Treu und Glauben und der daraus abgeleiteten relativen Methode mit der Anrufung der Nettorendite im Senkungsverfahren nicht eine unterlassene Anfangsmietzinsanfechtung nachholen. Sie brauchen sich aber auch nicht gefallen zu lassen, dass eine übersetzte Rendite sich im Laufe des Mietverhältnisses noch verbessert. Diese Kontrollrechnung bestätigt, dass es nicht folgenlos bleiben kann, wenn die Beklagte ihren Beitrag zur Ermöglichung eines Nettorenditevergleichs seit Mietbeginn nicht geleistet hat (vorn Ziff. 4.2.2).

- 39 - 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei diesem Verfahrensausgang unterliegt die Beklagte vollumfänglich. Sie hat daher die Gerichtskosten zu übernehmen und ist zu

verpflichten, den Klägern eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Bei der Bemessung des Kosten- vorschusses ging das Gericht noch von einer Ermässigung der ordentlichen Ge- bühr um einen Drittel mit Rücksicht darauf aus, dass sich der Streit um periodi- sche Leistungen dreht (§ 4 Abs. 3 GebV). Wie die sich über zwei Termine und net- to einen ganzen Tag erstreckende Hauptverhandlung sowie der Umfang der vor- stehenden Ausführungen zeigen, brachte das Verfahren indessen einen Aufwand mit sich, der denjenigen eines durchschnittlichen Verfahrens mit einem Streitwert von Fr. 42'960.– bei weitem übersteigt. Die Gebühr ist daher auf $\frac{4}{3}$ der ordentli- chen Gebühr zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV). Analog ist mit der Parteientschädi- gung zu verfahren (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehör- de des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2019, 29. Jahrgang. Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich © Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident

E. 7

% gedacht sind. Betrachtet man die aktuelle Situation näher, so sinken die Fremdkapitalkosten (deren Finanzierung gemäss Modell 42 % des Mietzinses die- nen) bei einer Senkung des Referenzzinses von $1\frac{3}{4}$ auf $1\frac{1}{2}$ % um einen Siebtel. Dies müsste also eigentlich eine Mietzinssenkung um 6 % zur Folge haben, wenn man das Berechnungsmodell zum Nennwert nimmt. Gleichwohl wenden Schlich- tungsbehörden und Gerichte nach wie vor den an sich zu tiefen Senkungssatz von Art. 13 Abs. 1 lit. c VMWG an (nach der schon erläuterten Formel für Senkungen mithin einen Satz von 2.91 %). Bundesrat und Parlament sind sich der Verzerrung, welche die Verordnungsbestimmung bewirkt, allerdings durchaus bewusst. So antwortete der Bundesrat auf eine Interpellation von Nationalrat Carlo Sommaruga vom 17. Juni 2015, in welcher die Problematik aufgegriffen wurde, in seiner Stel- lungnahme vom 2. September 2015, er erachte eine Anpassung der Sätze für nicht opportun, weil beim gegenwärtigen tiefen Zinsumfeld die Wahrscheinlichkeit eines Wiederanstiegs des Referenzzinses grösser sei als die Aussicht auf weitere Senkungen. Dies würde dann zu weit stärkeren Mietzinserhöhungen führen als gemäss den aktuellen Sätzen. Der Bundesrat wies ausserdem darauf hin, dass er wiederholt Vorschläge zur Entkoppelung von Kapitalmarkt- und Mietzinsen ge- macht habe, die vom Parlament abgelehnt worden seien. Folglich sehe er es nicht als seine Aufgabe, das vom Gesetzgeber favorisierte heutige System grundlegend zu ändern: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153584>. Zwar sind die Gerichte insbesondere bei der Prü- fung der Gesetzeskonformität einer Verordnungsbestimmung nur den Regeln der Gesetzesinterpretation verpflichtet. Wenn allerdings der Gesetzgeber in Kenntnis der gesamten Umstände bewusst auf eine Neuregelung verzichtet hat, verbietet sich eine Uminterpretation der Verordnung mit Blick auf die Gewaltenteilung. Dies hat jedoch eine Anomalie zur Folge, die auch von ROHRER beschrieben wur- de: Beruft sich der Mieter auf einen Nettoenditevergleich gestützt auf Art. 269 OR, so fällt die ihm zustehende Mietzinssenkung wesentlich höher aus als bei Anwen- dung der relativen Überwälzungssätze gemäss Art. 13 VMWG (SVIT-Komm.-

- 13 - ROHRER, Art. 269 OR N 52). Die Gründe liegen aber in der (aktuell) die Vermieter- seite begünstigenden Verzerrung und nicht in einer Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Überwälzung umfassender Überholungen, wie ROHRER annimmt

(a.a.O., unter Berufung auf BGE 140 III 433). Insgesamt bestehen damit keine genügenden Gründe, das Berechnungsmodell als solches oder die Überwälzungssätze von Art. 13 VMWG infrage zu stellen.

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