

# **ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MJ220007-L vom 15. März 2023**

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2023-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_MJ220007-L](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MJ220007-L)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MJ220007-L du 15 mars 2023

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MJ220007-L del 15 marzo 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Sachverhalt

#### **E. 1.1**

Grundlagen Gestützt auf Art. 270 Abs. 2 OR können die Kantone im Falle von Wohnungsmangel für ihr Gebiet oder einen Teil davon die Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d OR beim Abschluss eines neuen Mietvertrages obligatorisch erklären. Der Kanton Zürich hat von dieser Möglichkeit seit dem 1. November 2013 Gebrauch gemacht (§ 229b EG ZGB/ZH). Das amtliche Formular muss der mietenden Partei bei Vertragsabschluss, spätestens aber bei der Übergabe der Mietsache ausgehändigt werden (BGE 140 III 583 E. 3.1 = Pra 2015 Nr. 102; BGE 121 III 56 E. 2c). Fehlt das Formular, zieht dies zwar nicht die Nichtigkeit des ganzen Mietvertrages, aber die Nichtigkeit des Mietzinses nach sich (BGE 140 III 583 E. 3.2.1; BGE 120 II 341 E. 5; BGer 4A\_451/2019 vom 21. April 2020 E. 6; BGer 4A\_495/2019 vom 28. Februar 2020 E. 3.3). Im Streitfall obliegt es gemäss Art. 8 ZGB grundsätzlich dem Vermieter, den Nachweis zu erbringen, dass dem Mieter das amtliche Formular ausgehändigt wurde (BGE 142 III 369 E. 4.1. = Pra 2019 Nr. 18). Der Anfangsmietzins ist grundsätzlich nichtig, wenn in der obligatorischen Formularanzeige Angaben zum bisherigen oder eine Begründung des neuen Mietzinses fehlen. Wird eine Wohnung zum ersten Mal vermietet, insbesondere bei einem Neubau, entfallen die Angaben zum bisherigen Mietzins zwar, jedoch muss aus dem Formular hervorgehen, dass es sich um eine Erstvermietung handelt. Ähnlich verhält es sich, wenn es sich nicht mehr um das gleiche Mietobjekt handelt, weil vor dem Mieterwechsel Umbauten erfolgten, die insbesondere eine Veränderung der Zimmerzahl oder eine erhebliche Abweichung der Wohnungsfläche zur Folge hatten. Reine Unterhaltsarbeiten, aber auch eine umfassende Renovation entbinden den Vermieter allerdings nicht von der Pflicht, den bisherigen Mietzins mitzuteilen (BGer 4A\_451/2019 vom 21. April 2020, in Pra 110 (2021) Nr. 17 E. 8). Sodann setzt Art. 270 Abs. 2 OR bei einer Erstvermietung keine Begründung des Anfangsmietzinses auf dem amtlichen Formular voraus. Hierbei erweist sich die Formularanzeige auch ohne Begründung als gültig (a.a.O. E. 9). Eine zeitliche Begrenzung für die Geltendmachung der Formnichtigkeit sieht der Gesetzgeber nicht vor. Einzig das Rechtsmissbrauchsverbot kann einem Antrag auf richterliche Festsetzung des Mietzinses und/oder dem entsprechenden Rückforderungsanspruch entgegenstehen (BGE 148 III 63 E. 5 und 6.2.3; BGE 140 III 583 E. 3.2.3, a.a.O.; BGer 4A\_83/2022 vom 22. August 2022, E. 5.3.2; BGer 4A\_495/2019 vom 28. Februar 2020 E. 3.5).

#### **E. 1.2**

Würdigung Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass umfassende Sanierungsarbeiten an der Liegenschaft vorgenommen wurden. Auf dem von der Beklagten eingereichten Grundrissplan des 2. Obergeschosses der Liegenschaft, in der sich die Wohnung der Kläger befindet, ist ersichtlich, dass die Liegenschaft einer Totalsanierung unterzogen wurde. Es wurden umfassende Erneuerungen geplant und auch durchgeführt

- 11 - (insb. neue Wände, Fenster, Sanitäranlagen, Türen, Wintergärten und Küchen). Es scheint zwischen den Parteien weiter unbestritten, dass sich vor diesen umfassenden Umbauten Geschäftsräume in der Liegenschaft befanden. Dies geht auch aus dem Mietvertrag mit der ehemaligen Mieterin von Therapieräumen im 2. Obergeschoss der Liegenschaft hervor. Bei der Sanierung bzw. dem Umbau wurde der Grundriss umfassend verändert. Wenn das Bundesgericht bereits bei einem Umbau mit Veränderung der Zimmerzahl vorsieht, dass einzig erwähnt werden müsse, es handle sich um eine Erstvermietung, dann hat dies umso mehr für eine Liegenschaft zu gelten, die nicht bloss umfassend saniert wurde, sondern bei der ein grosser Geschäftsraum in zwei Wohnungen umgebaut wurde. Entsprechend war die Beklagte nicht verpflichtet, den ehemaligen Mietzins auf dem Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses anzugeben. Auf dem Formular musste lediglich erkennbar sein, dass es sich um eine Erstvermietung handelt. Wie dies auf dem Formular konkret kenntlich zu machen ist, liess das Bundesgericht bisher offen. Indem die Beklagte auf dem Formular vermerkte, dass es sich um einen "Erstbezug nach Totalsanierung" handle, machte sie deutlich, dass es sich bei der Wohnung um eine Erstvermietung handelte. Der auf dem amtlichen Formular mitgeteilte Anfangsmietzins erweist sich aus den ausgeführten Gründen als formgültig.

### **E. 1.3**

Wird mit der Klage eine Geldleistung verlangt, ist diese im Betrag stets zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Als Ausnahme von diesem Grundsatz lässt die ZPO aber immerhin dann unbezifferte Begehren zu, sofern bzw. solange es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, ein bestimmtes Rechtsbegehren zu stellen (vgl. Art. 85 Abs. 1 ZPO). Die Bezifferung des Rechtsbegehrens ist nachzuholen, sobald die Partei (nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die Gegenpartei) dazu in der Lage ist. Bei Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage ist zudem ein Mindeststreitwert anzugeben, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 ZPO). Unmöglich ist die Bezifferung, wenn dem Kläger die Höhe seines Anspruchs unbekannt ist und diese Unkenntnis auf Tatsachen beruht, die in

- 4 - der Sphäre des Beklagten liegen. Unzumutbar ist die Bezifferung, wenn sich die Höhe des Anspruchs nur mithilfe einer vorsorglichen Beweisaufnahme, eines vorsorglichen Expertiseverfahrens oder eines selbständigen Verfahrens auf Rechnungslegung oder Auskunft ermitteln liesse (ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, 3. Aufl., Art. 85 N 12 f.). Da sich die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zufolge einer überhöhten Nettorendite nur anhand von Unterlagen in der Sphäre der Vermieterin ermitteln lässt, steht hier die Variante der Unmöglichkeit der Bezifferung des Rechtsbegehrens im Vordergrund. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung obliegt es demjenigen, der die Unmöglichkeit der Bezifferung des Rechtsbegehrens geltend macht, den Nachweis dafür zu erbringen. Nur soweit ein Beweisverfahren schon für schlüssige Behauptungen unabdingbar ist, fehlt es an der Möglichkeit der Bezifferung (vgl. BGE 148 III 322; BGE 140 III 409 E. 4.3.2). Die Kläger argumentieren, für eine Renditeberechnung die Edition verschiedener Unterlagen der Beklagten zu benötigen, weswegen es ihnen unmöglich sei, einen genauen Streitwert

festzulegen. Aus diesem Grund sei ein Mindeststreitwert angegeben worden). Die Kläger machen eine Herabsetzung des Anfangsmietzinses auf monatlich maximal Fr. 2'312.25 geltend. Bei einer Mietzinsherabsetzung entspricht der Streitwert praxisgemäss der Differenz zwischen dem vereinbarten und dem beantragten herabgesetzten Mietzins, wobei bei einer ungewissen Dauer, d.h. bei einem unbefristeten Mietverhältnis, als Kapitalwert der 20-fache Betrag der einjährigen Leistung gilt (vgl. Art. 92 Abs. 2 ZPO). Wie bereits im Beschluss vom 3. Februar 2022 festgehalten, überzeugt die Argumentation der Kläger nicht, es handle sich nicht um eine ungewisse Mietvertragsdauer, sondern um eine gewisse Dauer von zehn Jahren, da die Kläger dann voraussichtlich eine eigene Familie gründen würden. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass sich die Beklagte dieser Berechnung nicht widersetze. Somit ist von einem Streitwert von Fr. 78'660.– auszugehen (Fr. 327.75 x 12 x 20), womit die Grenze von Fr. 30'000.– überschritten ist und entsprechend das Kollegialgericht sachlich zuständig ist. Die strengen Voraussetzungen der unbezifferten Klage gemäss der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts sind im vorliegenden Fall an sich nicht erfüllt (BGE

- 5 - 148 III 322). Selbst wenn die Beklagte eine Obliegenheit zur Offenlegung von Unterlagen für eine Renditeberechnung treffen würde (was wie noch zu zeigen ist nicht der Fall ist), wäre eine Herausgabe der Unterlagen nicht erzwingbar. Einzige Folge einer pflichtwidrig unterbliebenen Offenlegung wäre nach Art. 164 ZPO die Berücksichtigung dieses Verhaltens bei der Beweiswürdigung. Damit besteht von Anfang an eine Pflicht zur Bezifferung der Klage, denn diesfalls käme es sofort zu einer gerichtlichen Ermessensentscheidung über den Anfangsmietzins ohne Berücksichtigung der unbekannteren Daten. Mit anderen Worten wären die Schwierigkeiten bei der Bezifferung der Klage nicht nur vorübergehender Natur. Einzig auf diesen Fall zielt die gesetzliche Ausnahmeregelung von Art. 85 ZPO (CR CPC-BOHNET, Art. 85 N 14; zum Ganzen ZMP 2023 Nr. 3). Wie es sich damit genau verhält, kann indessen offenbleiben, denn wenn die vorliegende Klage zulässig wäre, wäre sie abzuweisen, wie nachfolgend zu zeigen ist.

## **E. 2**

Anfechtung des Anfangsmietzinses

### **E. 2.1**

Grundlagen

#### **E. 2.1.1**

Nach Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache als missbräuchlich im Sinne der Art. 269 und 269a OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn er sich aufgrund einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Wohnungsmarkt zum Vertragsabschluss gezwungen war oder wenn der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die drei Voraussetzungen alternativ, d.h. es genügt, dass eine von ihnen erfüllt ist, damit die Anfechtung des Anfangsmietzinses als zulässig erachtet wird (BGE 142 III 442 E. 2.2; BGE 136 III 82 E. 2.). Es obliegt dem Mieter, den Beweis zu erbringen, dass eine der drei Voraussetzungen erfüllt ist (BGer 4C.169/2002 vom 16. Oktober 2002 E. 2.1 und 4C.367/2001 vom 12. März 2002 E. 3a, je mit Hinweisen).

- 12 - Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen. Ausgangspunkt ist dabei der Wortlaut. Zu berücksichtigen sind aber auch andere Elemente, in erster Linie der Zweck einer Regelung. Die verschiedenen Möglichkeiten zur Anfechtung des Anfangsmietzins bezwecken den Schutz derjenigen Mieter, die bei den Vertragsverhandlungen strukturell benachteiligt sind, weil sie mit dem Mietverhältnis ein Grundbedürfnis befriedigen und deshalb über weniger Verhandlungsmacht als die Vermieterschaft verfügen (Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, 9. Aufl., S. 394). Genau betrachtet unterscheidet das Gesetz bei den formalen (der Sache nach aber als materielle Anspruchsvoraussetzungen zu betrachtenden) Anfechtungsvoraussetzungen zwei unterschiedliche (Haupt-)Konstellationen, nämlich einerseits einen qualifizierten Missbrauchsverdacht aufgrund einer erheblichen Erhöhung des Anfangsmietzins gegenüber dem vorausgegangenen Mietverhältnis nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR und andererseits die in zwei Unterkonstellationen aufgeteilte Situation, dass der Mieter sich aufgrund einer persönlichen oder familiären Notlage oder der örtlichen Marktverhältnisse zum Vertragsabschluss gezwungen sah (Art. 270 Abs. 1 lit. a OR). Zweck der Voraussetzungen ist in erster Linie, dem materiellen Missbrauchsrecht der Art. 269 f. OR zum Durchbruch zu verhelfen (ZK-HIGI/BÜHL-MANN, Art. 270 N 14). Die Frage, ob ein Anfangsmietzins missbräuchlich ist, beurteilt sich dagegen einzig nach Art. 269 f. OR (MPra-OESCHGER/ZAHRADNIK, a.a.O., S. 453).

### **E. 2.1.2**

Bei der Anfechtung des Anfangsmietzins gemäss der zweiten Alternative von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR genügt der Nachweis, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf dem örtlichen Markt Wohnungsnot herrschte (BGE 142 III 442 E. 3.1), wobei bei einer ausgewiesenen Wohnungsnot ein Zusammenhang mit den Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche vermutet wird (MPra-OESCHGER/ZAHRADNIK, a.a.O., S. 400). Dabei ist in Kantonen, die das Verwenden des amtlich genehmigten Formulars für die Mitteilung des Anfangsmietzins vorschreiben, grundsätzlich ohne Weiteres von einer herrschenden Wohnungsnot auszugehen, sofern die dahinterstehenden Statistiken aktuell und genügend detailliert sind (BGE 136 III 82 E. 2; BGer 4C.367/2001 vom 12. März 2002 E. 3b/dd). Die Knappheit des Angebots verschafft den Anbietern auf dem Wohnungsmarkt eine Stellung, die derjenigen marktmächtiger Unternehmen nahekommt, was ein Marktungleichgewicht zu Ungunsten der Mieter zur Folge hat. Die zweite Alternative von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR

- 13 - dient insoweit der gleichen Zielsetzung wie die Preisüberwachung oder die Kartellgesetzgebung, indem einzig das besagte Marktungleichgewicht beim Vertragsschluss eine Prüfung des Mietzinses auf Missbräuchlichkeit und damit einen Eingriff in den freien Wohnungsmarkt ermöglicht (BGE 142 III 442 E. 3.1.4). Mit anderen Worten soll die mietende Partei geschützt werden, welcher durch die prekären Verhältnisse auf dem öffentlichen Wohnungsmarkt die Entscheidungsfreiheit entzogen wird. Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 142 III 442 zwar klargestellt, dass es angesichts des Wortlauts von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR für die Anfechtung des Anfangsmietzins wegen der Verhältnisse auf dem öffentlichen Markt für Wohnungen und Geschäftsräume keiner Notlage des Mieters bedarf. Es hat in ständiger Rechtsprechung aber auch festgehalten, dass dem Wortlaut von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR entsprechend die persönliche oder familiäre Notlage des Mieters oder die Verhältnisse auf dem lokalen Wohnungsmarkt dergestalt sein müssen, dass sich der Mieter gezwungen sieht, einen Vertrag mit dem

Vermieter abzuschliessen. Dies ist der Fall, wenn der Mieter gute Gründe für einen Wohnungswechsel hat und man nicht von ihm erwarten kann, dass er auf eine sich bietende Gelegenheit verzichtet, da dies ansonsten wegen der persönlichen oder familiären Notlage oder den Verhältnissen auf dem örtlichen Markt unvernünftig erschiene (BGE 142 III 442 E. 2.2.1; BGE 136 III 82 E. 2 = Pra 2010 Nr. 98; BGE 120 II 341 E. 5a = Pra 1995 Nr. 252 [zur Entstehungsgeschichte der Norm]; BGE 114 II 74 = Pra 1988 Nr. 254).

### **E. 2.1.3**

Bei der dritten Anfechtungsvoraussetzung muss der Mietzins gegenüber dem Vormieter erheblich erhöht worden sein. Eine erhebliche Erhöhung liegt dann vor, wenn der Anfangsmietzins gegenüber dem vorherigen Mietzins um mindestens 10% erhöht worden ist (BGE 147 III 431 E. 3.3.2; BGE 136 III 82 E. 3.4; BGE 139 III 13 E. 3.1.1 = Pra 2013 Nr. 105; MPra-OESCHGER/ZAHRADNIK, a.a.O., S. 401; SVIT-Komm.-ROHRER, 4. Aufl., Art. 270 N 21). Dabei sind sowohl nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als auch nach herrschender Lehre die beiden Bruttomietzinse miteinander zu vergleichen. Entscheidend ist mithin einzig die betragsmässige Differenz (BGE 136 III 82 E. 3.3; SVIT-Komm.-ROHRER, a.a.O., Art. 270 N 21 ff.; MPra-OESCHGER/ZAHRADNIK, a.a.O., S. 401). Die im Gesetzestext verwendeten Wörter «dieselbe Sache» («la même chose», «la stessa cosa») bestätigen, dass das Mietobjekt die

- 14 - gleichen Merkmale wie früher aufweisen muss, um einen echten Vergleich vornehmen zu können, insbesondere die gleiche Nutzfläche und die gleiche Anzahl Zimmer (BGer 4C.169/2002 vom 16. Oktober 2002 E. 3 = Pra 2003 Nr. 124; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 270 N 49 und 56). Zu beachten ist, dass allein die erhebliche Erhöhung des Mietzinses noch keine Missbräuchlichkeit bedeutet, sondern zunächst bloss eine Anfechtungs- bzw. Klagevoraussetzung schafft.

## **E. 2.2**

Würdigung

### **E. 2.2.1**

Die Kläger berufen sich vorliegend auf alle drei Anfechtungsvoraussetzungen. Sie berechnen anhand der Mietpreisstrukturerhebung von 2006 eine «Mietzinserhöhung» von 14.17% (...; gemeint ist wohl die Abweichung vom statistischen Mietzins). Sie verkennen dabei, dass es sich verglichen mit dem Vormietverhältnis bei ihrer Wohnung nicht mehr um dieselbe Sache im Sinne der Rechtsprechung handelt. Wie oben ausgeführt wurden durch die an der Liegenschaft vorgenommenen Sanierungs- und Umbauarbeiten Geschäftsräume in Wohnungen umgewandelt, wodurch der Grundriss, die Nutzungsfläche und die Anzahl Zimmer wesentlich verändert wurden (vgl. oben Ziff. 1.2). Daher kann die Anfechtungsvoraussetzung der erheblichen Erhöhung des Anfangsmietzinses aufgrund des Fehlens eines zum direkten Vergleich tauglichen Mietzinses nicht gegeben sein. Die Kläger argumentieren selbst, dass vorliegend das Gebäude ausgekernt sowie im Mietobjekt Küche und Bad eingebaut wurden. Damit scheinen auch die Kläger nicht mehr von derselben Sache auszugehen.

### **E. 2.2.2**

Für die alternative Anfechtungsvoraussetzung der Wohnungsnot haben die Kläger grundsätzlich den Nachweis zu erbringen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf dem örtlichen Markt Wohnungsnot herrschte und sie gute Gründe hatten, die Wohnung

zu wechseln (BGE 142 III 442 E. 3.1). Dabei wird bei einer ausgewiesenen Wohnungsnot ein Zusammenhang mit den Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche vermutet (MPra-OESCHGER/ZAHRADNIK, a.a.O., S. 400). In Kantonen, die das Verwenden des amtlich genehmigten Formulars für die Mitteilung des Anfangsmietzinses vorschreiben, ist grundsätzlich ohne Weiteres von einer herrschenden Wohnungsnot auszugehen, sofern die dahinterstehenden Statistiken aktuell und genügend detailliert sind (BGE 136 III 82 E. 2; BGer 4C.367/2001 vom 12. März 2002 E. 3b/dd).

- 15 -

### E. 2.2.3

Gemäss Art. 270 Abs. 2 OR i.V.m. § 229b EG ZGB ZH ist im Kanton Zürich – aufgrund des ausgewiesenen Wohnungsmangels – beim Abschluss eines neuen Mietvertrages die Verwendung eines amtlich genehmigten Formulars gemäss Art. 269d OR vorgeschrieben. Hierfür hat das kantonale statistische Amt jährlich den Leerwohnungsbestand zu ermitteln (§ 229b Abs. 2 EG ZGB ZH). Die Beklagte bestreitet nicht, dass im Kanton Zürich der Leerwohnungsstand unter 1.5% liegt und entsprechend die Formularpflicht gemäss Art. 270 Abs. 2 OR besteht. Hingegen führt sie an, dass eine nähere auf den Einzelfall bezogene Überprüfung vorzunehmen sei. Die – allgemein bekannten (Art. 151 ZPO) – amtlichen Erhebungen der Stadt und des Kantons Zürich über den Leerwohnungsbestand zeigen jedoch entgegen der Beklagten detailliert die Anzahl der leerstehenden Wohnungen, aufgeschlüsselt nach Zimmerzahl und Gemeinde oder Quartier. Sie sind daher durchaus geeignet, eine Wohnungsnot darzutun. Den offiziellen Statistiken lässt sich entnehmen, dass in der Stadt Zürich im Jahr 2021 0.17% der Wohnungen leer standen. Den Klägern ist denn auch beizustimmen, wenn sie zum Beweis der Wohnungsnot auf diese Statistik verweisen und argumentieren, dass im Jahr 2021 in der Stadt Zürich je nach Quartier zwischen 0.1% bis 0.49% (gemäss Statistik bis 0.43%) der Wohnungen leer standen. Eine Wohnungsknappheit in der Stadt Zürich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist somit gegeben. Unbeachtlich ist sodann der weitere Einwand der Beklagten, wonach zusätzlich auf die finanziellen Verhältnisse oder konkreten Suchbemühungen der Mieter einzugehen sei. Zwar spricht das Gesetz auch in der Variante der Anfechtung wegen eines qualifiziert unausgeglichenes Marktes für Mietobjekte davon, dass die Marktverhältnisse den Mieter zum Vertragsschluss gezwungen haben müssen. Diesen Zusammenhang nimmt das Bundesgericht aber zu recht nicht erst bei einer persönlichen Notlage an, sondern schon, wenn der Mieter gute Gründe hatte für den Wohnungswechsel und man von ihm deshalb nicht erwarten konnte, auf die sich bietende Gelegenheit zu verzichten (BGE 142 III 442 E. 3.1.3.2-3 und E. 3.1.4; BGE 136 III 82 E. 2; BGE 120 II 341 E. 5a; BGE 114 II 74 E. 3d). Vorliegend geben die Kläger an, aufgrund ihrer Arbeitsstellen auf eine Wohnung in Zürich angewiesen zu sein. Sie argumentieren, dass sie ansonsten einen sehr langen Arbeitsweg hätten und nach abendlichen beruflichen Veranstaltungen nicht mehr

- 16 - nach Hause kommen würden. Dies stellen grundsätzlich gute Gründe für einen Wohnungswechsel dar, welche auch von der Beklagten nicht infrage gestellt wurden. Fragen könnte sich höchstens, ob die Angaben der Kläger nicht zumindest teilweise aktenwidrig sind. So wohnten sie vor dem Umzug offenbar nicht wie vorgebracht in Bern, sondern – wie sich aus dem Mietvertrag zwischen den Parteien ergibt – in Zürich bzw. in Y./SO. Zumindest beim ehemals in Y. wohnhaften Kläger 2 scheint der angegebene Grund aber damit zuzutreffen. In einem gemeinsamen Mietverhältnis genügt das für den genannten formalen Anfechtungsgrund, denn ein Mitmieter kann eine Mietzinsanfechtung auch ohne

Mitwirkung des anderen vor Gericht bringen (BGE 146 III 346 E. 2.3). Die Voraussetzung des Zwangs zum Vertragsabschluss zufolge Wohnungsmangels gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. a OR ist demnach erfüllt und die 30-tägige Anfechtungsfrist wurde eingehalten.

### **E. 3**

Kriterien zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit

#### **E. 3.1**

Grundlagen

##### **E. 3.1.1**

Mietzinse sind insbesondere dann missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 269 OR und Art. 269a lit. c OR e contrario) bzw. wenn sie den Rahmen der orts- und quartierüblichen Mietzinse verlassen (Art. 269a lit. a OR). Die Kontrolle der Zulässigkeit des Anfangsmietzinses kann nur mithilfe der absoluten Methode vorgenommen werden; mit dieser kann konkret überprüft werden, ob der Mietzins der Vermieterin mit Blick auf die von ihr zu tragenden Kosten oder die Marktpreise einen übersetzten Ertrag verschafft.

##### **E. 3.1.2**

Grundsätzlich hat das Kriterium des übermässigen Nettoertrags (Art. 269 OR; Kostenmiete) Vorrang gegenüber dem Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse (Art. 269a lit. a OR; Vergleichsmiete; BGE 144 III 514 E. 2.1 [= Pra 2019 Nr. 77]). Bei Altliegenschaften – darunter sind Liegenschaften zu verstehen, die mindestens 30 Jahre vor Beginn des Mietverhältnisses erstellt bzw. erworben worden sind (BGE 144 III 514 E. 3 [=Pra 2019 Nr. 77]) – wird diese (vom Wortlaut des Gesetzes an sich vorgezeichnete) Hierarchie zwischen den absoluten Kriterien indessen durchbrochen. Weil bei solchen Liegenschaften die zur Renditeberechnung erforder-

- lichen Belege regelmässig fehlen bzw. eine Ertragsrechnung den wirtschaftlichen Realitäten unter Umständen nicht (mehr) gerecht würde, wird eine Angleichung von Altmietzinsen an die Vergleichsmiete zugelassen, selbst wenn damit letztlich (im Sinne des Kostenkriteriums) ein «übersetzter» Ertrag resultiert. Der Gesetzgeber wollte nämlich langjährige Eigentümer von Altbauten gegenüber Neuerwerbenden nicht benachteiligen. Bei Altliegenschaften kann sich der Vermieter somit auf den Vorrang des Kriteriums der orts- und quartierüblichen Mietzinse berufen, und es ist dem Mieter der Einwand verwehrt, es würde damit ein übersetzter Ertrag erzielt. Umgekehrt steht dem Vermieter einer Altbaute aber der Nachweis offen, dass die vermietete Liegenschaft nach Massgabe des Kriteriums des Nettoertrags keine übermässige Rendite abwirft (BGE 139 III 13 E. 3.1.2 [= Pra 2013 Nr. 105]; 140 III 433 E. 3.1; BGer 4A\_400/2017 vom 13. September 2018 E. 2.1 und E. 2.2 m.w.H. [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]; vgl. auch BGE 124 III 310 E. 2b). Für die Berechnung der Nettorendite werden die Kosten der Liegenschaft in einer Momentaufnahme ermittelt, wobei einzig die Nettorendite des betreffenden Mietobjekts und nicht die Nettorendite der gesamten Liegenschaft oder gar einer Überbauung mit mehreren Häusern massgeblich ist (BGE 125 III 471 E. 2d; BGer 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020 E. 7). Dabei sind unter anderem die Anlagekosten zu ermitteln, d.h. alle im Zusammenhang mit dem Erwerb oder – bei Neubauten – der Erstellung der Liegenschaft entstehenden notwendigen Kosten (BGE 125 III 421 E 2b; 123 III 171 E 6a = Pra 1997, Nr. 123). Darunter fallen unter anderem der Kaufpreis, die Bau- und Landerwerbskosten oder

die Handänderungskosten (CHK- HULLIGER/HEINRICH, 3. Aufl., Art. 269-269a OR N 14). Für die Ermittlung des Anlage- werts ist auf die tatsächlichen Kosten abzustellen. Das Bundesgericht hat es wieder- holt abgelehnt, objektivierte Schätzwerte wie etwa den Verkehrs-, Steuer-, Versiche- rungs- oder den Buchwert zuzulassen (BGE 142 III 568 E. 2.1.; BGE 122 III 257 E. 3b/bb). Die Nettoendite beruht nämlich auf einer konkreten und individuellen Kos- tenberechnung, weswegen der Mietzins nicht mit einem objektivierten Wert der Lie- genschaft kombiniert werden darf (BGE 139 III 13 E. 3.1.2; BGE 120 II 240 E. 2).

### **E. 3.1.3**

Gemäss Art. 269a lit. c OR sind Mietzinse neuerer Bauten nicht missbräuch- lich, wenn sie im Rahmen der kostendeckenden Bruttoendite liegen. Darunter ver-

- 18 - stehen Lehre und Rechtsprechung das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwi- schen den Nettomietzinseinnahmen und den Anlagekosten (SVIT-Kommentar-ROH- RER, a.a.O., Art. 269a OR N 88 m. w. Hinw.). Es handelt sich ebenfalls um ein abso- lutes Mietzinsgestaltungskriterium (SVIT-Kommentar-ROHRER, a.a.O., Art. 269a OR N 88; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, 9. Aufl., S. 611). In der Lehre werden unter neueren Bauten Gebäude zwischen ihrer Fertigstellung bis etwa 10 Jahre danach verstanden (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 269a OR N 146 ff.; LACHAT/STASTNY, Le bail à lo- yer, Kap. 21 Rz. 6.4; MPra-BRUTSCHIN, a.a.O., S. 612 f.).

### **E. 3.2**

Würdigung

#### **E. 3.2.1**

Zwischen den Parteien blieb umstritten, ob es sich vorliegend um eine Neu- oder Altbaute handelt und dementsprechend auch, ob das Kriterium der Nettoendi- teberechnung oder das der Orts- und Quartierüblichkeit massgebend ist. Wie von den Klägern vorgebracht, haben diverse Übertragungsvorgänge stattgefunden, wes- halb zu prüfen ist, ob einer dieser Vorgänge eine Eigentumsübertragung darstellte, welche auf einem verlässlichen Kaufpreis im Sinne von Art. 269 OR und Art. 10 VMWG beruhte und damit – wie von den Klägern behauptet – als Grundlage für eine Renditeberechnung in Frage kommen könnte. Die Beklagte stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, dass die von den Klägern aufgeworfenen Vorgänge auf einer blossen Veränderung ihrer Rechtsform oder der Konzernstruktur beruhen und nicht als Anknüpfungspunkt für eine Renditeberechnung taugen und somit keinen Einfluss auf die Qualifizierung der Liegenschaft als Altbaute haben.

#### **E. 3.2.2**

Es kann den Klägern nicht gefolgt werden, wenn sie in der Vermögensüber- tragung gemäss Art. 69 ff. i.V.m. Art. 100 Abs. 2 FusG vom 26. Juni 2013, bei der die Liegenschaft von der C. AG auf die Beklagte übertragen wurde, eine für die Rendi- teberechnung taugliche Handänderung sehen. Es handelt sich dabei – wie von der Beklagten ausgeführt – um eine konzerninterne Umstrukturierung, bei der gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG sämtliche im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen per partielle Universalsukzession an die übernehmende Gesell- schaft übergehen. Im vorliegenden Fall sieht der Vermögensübertragungsvertrag un- ter anderem die Liegenschaft an der N.-strasse 46 als ein solches Aktivum vor. Des weiteren wird der Wert der Aktiven und Passiven als

Ganzes ermittelt, da es nach Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG nicht notwendig ist, dass der Wert jeder einzelnen Aktiv-

- 19 - und Passivposition angegeben wird. Der Wert der Liegenschaft wird folglich nicht eigenständig angegeben. In diesem Zusammenhang sieht der abgeschlossene Vermögensvertrag ausdrücklich vor, dass sämtliche Positionen aufgrund der Buchwerte berechnet wurden. Das Bundesgericht hat in einem früheren Entscheid festgehalten, dass eine Universalsukzession infolge einer Fusion keine Handänderung darstellt, auf die sich die Mieter für eine Reduktion des Mietzinses gestützt auf die absolute Methode berufen können (BGer 4C.291/2001 vom 9. Juli 2002 E. 3b [= MRA 3/19 S. 121 ff.]). Die im Zusammenhang mit der Vermögensübertragung angegebenen Bilanzwerte entsprechen nicht den tatsächlichen Anlagekosten und geben auch nicht die effektiv vom Vermieter in die Liegenschaft investierten Mittel an (MPra-BRUT-SCHIN, a.a.O., S. 535). Von einem Kaufpreis im Sinne von Art. 269 OR kann keine Rede sein. Die Vermögensübertragung vom 26. Juni 2013 ist somit nicht geeignet, den Wert und die Anlagekosten der Liegenschaft anzugeben. Die Ausgliederung (...) in die öffentlich-rechtliche Anstalt C. kann entgegen der Auffassung der Kläger ebenfalls nicht als Anknüpfungspunkt verwendet werden. Die Kläger argumentieren pauschal, dass bei der Ausgliederung die damals realen Werte in der Bilanz verbucht worden seien und somit die Höhe des investierten Eigenkapitals aufgrund dieser effektiven Werte der Liegenschaft in der Eröffnungsbilanz des Jahres 1998 ermittelt werden könne. Die Regeln der Erbteilung seien analog anwendbar. Bei den Buchwerten handelt es indessen grundsätzlich um historische Anlagewerte, vermindert um die inzwischen allenfalls vorgenommenen Abschreibungen (vgl. z.B. BGer 2C\_814 und 2C\_815/2016 v. 26. Oktober 2017, Sachverhalt B. sowie E. 3.3 und 3.4), die aus Gründen der vorsichtigen Buchführung verwendet werden (vgl. Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR) und nicht im Ansatz mit einem aktuellen Kaufpreis zu vergleichen sind. Sie dürfen gemäss ständiger Bundesgerichtspraxis einer Ertragsberechnung nicht zugrunde gelegt werden (BGE 142 III 568 E. 2.1. S. 575; BGE 122 III 257 E. 3b/bb). Die Kläger legten nicht dar, weswegen die Regeln der Erbteilung anwendbar sein sollen. Ein Anrechnungswert bei einer Erbteilung kommt einem Kaufpreis sehr nahe, auch wenn einzuräumen ist, dass bei einer Erbteilung aufgrund der besonderen Interessenlage der Erben auch sachunabhängige Überlegungen den Anrechnungswert beeinflussen können.

- 20 - Schliesslich führen die Kläger den Stockwerkanteilserwerb der Beklagten vom 16. Dezember 2010 als Anknüpfungspunkt an. Die Beklagte weist darauf hin, dass es sich beim entsprechenden Vertragsobjekt nicht um Stockwerkeigentum an der N.-strasse 46, sondern um einen Liegenschaftsteil «im Trakt» O.-strasse handle. Dabei handle es sich um einen Gebäudeteil mit reiner Gewerbenutzung und ohne jeden Wohnanteil. Die Aussagen der Beklagten stimmen mit den Angaben gemäss der öffentlichen Beurkundung des Stockwerkeigentums und des Kaufvertrages überein. In beiden Dokumenten wird der betroffene Stockwerkeigentumsanteil von 20/100 mit dem Eigentumsanteil an den Räumen im 1., 2. und 3. Untergeschoss, im Erdgeschoss und im 1. und 2. Obergeschoss aufgeführt. Während im Kaufvertrag nur vom Geschäftshaus "X." und von der Adresse an der N.-strasse 42 und 44 (nicht aber 46) die Rede ist, wird bei der Begründung des Stockwerkeigentums ausdrücklich die O.-strasse angegeben. Damit ist erstellt, dass sich die Wohnung nicht im Gebäudeteil befindet, welcher im Rahmen des Liegenschaftserwerbs vom 16. Dezember 2010 von der Beklagten erworben wurde. Auch kann nichts aus dem von den Klägern angeführten Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg abgeleitet werden.

Die Kläger verkennen, dass dort das Thema die steuerrechtliche Qualifikation von umfassenden Arbeiten – wie bspw. einer Ausker- nung – an einem Gebäude war (vgl. Kantonsgericht Freiburg, Steuergerichtshof, Ur- teil 604 2021 79 vom 24. Januar 2022 E. 3.3 und 4.3). Mit einem massgeblichen An- lagewert, sprich: einem Kaufpreis im Sinne von Art. 269 OR, hat das nichts zu tun. Gleich verhält es sich mit der Berufung der Kläger auf das Energiegesetz. Mit ihrer Argumentation schlagen die Kläger die konstante Bundesgerichtspraxis zum für eine Renditeberechnung massgeblichen Anlagewert in den Wind (vgl. oben Ziff. 3.1).

### **E. 3.2.3**

Die von den Klägern basierend auf verschiedenen Geschäftsberichten der Beklagten oder ihr nahen Entitäten aufgestellten Renditeberechnungen erfüllen die mietrechtlichen Voraussetzungen zur Ermittlung der Anlagekosten ebenfalls nicht, da es sich auch dabei um reine Buchwerte – d.h. objektivierte Schätzungswerte – han- delt (BGE 142 III 568 E. 2.1.; BGE 122 II 257 E. 3b/bb). Auch kann den Klägern – mangels konkreter und individueller Kostenberechnung – nicht gefolgt werden, wenn sie von den Kosten der Aufstockung auf den Anlagewert des Mietobjekts zu schlies- sen versuchen, zumal – wie die Beklagte richtig feststellte – auch ein entsprechender

- 21 - Anteil der Bodenpreise einzurechnen wäre. Diese können aber unbestrittenermassen nicht auf einen Kaufpreis oder eine ähnliche von Gesetz und Rechtsprechung aner- kannte Grösse gestützt werden mangels eines entsprechenden Übertragungsvor- gangs in den letzten 30 Jahren (dazu BGE 148 III 209 E. 3.1; BGE 147 III 14 E. 4.2 = Pra 2021 Nr. 16; BGE 141 III 569 E. 2.1.2 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 139 III 13 E. 3.1.2 = Pra 2013 Nr. 105). Damit hat die Beklagte zu recht die Edition von Unterlagen für die Nettorenditebe- rechnung verweigert, denn es steht fest, dass aus den Daten etwa zu den Bau- und Unterhaltskosten keine taugliche Renditeberechnung erstellt werden kann. Somit kann das Verweigern der Edition – entgegen der Ansicht der Kläger – nicht die Ver- mutung der Missbräuchlichkeit zur Folge haben. Auch die weiteren seitens der Kläger verlangten Editionen – insbesondere durch das Grundbuchamt und das Amt für Bau- bewilligungen – würden nichts daran ändern, dass es vorliegend an einem relevanten Anknüpfungsvorgang mangelt, der als Grundlage für eine Renditeberechnung in Frage käme, weshalb auch die diesbezüglichen Begehren abzuweisen sind. In Anbetracht des Gesagten hat das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit in casu Vorrang vor dem des übersetzten Netto- bzw. Bruttoertrages.

## **E. 4**

Orts- und Quartierüblichkeit

### **E. 4.1**

Bedeutung

#### **E. 4.1.1**

Die Orts- und Quartierüblichkeit stellt auf Mietzinse ab, die für vergleichbare Objekte im Beurteilungszeitpunkt tatsächlich bezahlt werden. Bedeutungslos ist, wann die entsprechenden Mietverträge geschlossen wurden (statt vieler SVIT- Komm.-ROHRER, a.a.O., Art. 269a OR N 4). Ob ein Mietzins orts- oder quartierüblich im Sinne von Art. 269a lit. a OR ist, bemisst sich nach den Mietzinsen bestehender Mietverhältnisse, die für Wohnungen geschuldet sind, welche hinsichtlich Lage, Grösse, Bauperiode, Ausstattung

und Zustand mit dem Mietobjekt vergleichbar sind (Art. 11 Abs. 1 VMWG).

Ausgeschlossen sind Mietzinse, die auf einer Marktbeherrschung beruhen (Art. 11 Abs. 3 VMWG). Damit ein Mietzins als quartier- und ortsüblich qualifiziert werden kann, bedarf es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mindestens fünf vergleichbarer Mietobjekte (BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.; BGE 123 III 317 E. 4a = MRA 5/97, S. 185 ff.; BGE 147 III 431 E. 4.3.3). Die

- 22 - offerierten Objekte müssen im Sinne der Kriterien von Art. 11 VMWG vergleichbar sein; ein Gesamteindruck bezüglich aller Kriterien mit Vornahme von Zu- und Ab- schlägen anhand unterschiedlicher Vergleichskriterien genügt dabei nicht (BGE 123 III 317 E. 4a und b = MRA 5/97, S. 185 ff.; BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.; a.M. ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 269a N 64 f; SVIT-Komm.-ROHRER, a.a.O., Art. 270 OR N 24 f.).

#### **E. 4.1.2**

Taugliche Vergleichsobjekte i.S.v. Art. 11 VMWG können nur solche sein, welche auf gültigen Mietverträgen über genau bezeichnete Objekte beruhen, d.h. auf tatsächlich bestehenden Mietverhältnissen. Werden keine Vergleichsmieten vorgelegt, ist das Gericht nicht in der Lage, den ortsüblichen Mietzins im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzulegen. Die soziale Untersuchungsmaxime ändert daran nichts (BGE 141 III 569 E. 3.1). Für einen Nachweis der Quartierüblichkeit durch Statistiken müssen diese den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG entsprechen. Der Gebrauch einer amtlichen Statistik kommt demnach grundsätzlich nur in Frage, wenn diese Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode der erfassten Objekte gebührend berücksichtigt. Liegen grundsätzlich taugliche Vergleichsobjekte vor, ist zudem die jüngste Entwicklung mit Blick auf den Referenzzinssatz und den Landesindex der Konsumentenpreise zu berücksichtigen (BGer 4A\_183/2020 vom 6. Mai 2021 E. 3.1.2, nicht publ. in: BGE 147 III 431). Soweit die Kläger geltend machen, die Rechtsprechung erlaube es, auch auf Statistiken zurückzugreifen, welche mangels hinreichenden Detaillierungsgrades nicht als Statistiken im Sinne von Art. 11 Abs. 4 VMWG zur Bestimmung der Vergleichsmiete tauglich sind, ist das zwar nicht ganz falsch. Ausgangspunkt ist aber ein anderer: Seit BGE 139 III 13 kann der Vermieter gezwungen sein, das orts- und quartierübliche Vergleichsniveau selber aktiv darzulegen. Dies gilt indessen nur dann, wenn er den Mietzins gegenüber dem zuletzt gültigen Vormietzins erheblich erhöht hat, ohne dass dies in der allgemeinen Entwicklung der Kapitalkosten oder des Liegenschaftsaufwands irgendeine Stütze findet. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass dafür eine Erhöhung gegenüber dem Vormietzins um «erheblich mehr» («beaucoup plus que») 10% erforderlich ist (BGE 148 III 209 E. 3.2.1; BGE 147 III 431 E. 3.3.2). Alsdann hilft

- 23 - dem Mieter bei der Beweisführung unter bestimmten Voraussetzungen eine natürliche Vermutung der Missbräuchlichkeit (BGE 148 III 209 E. 3.2.1; BGer, 6.5.2021, 4A\_183/2020, insbes. E. 3.1.1 [n. publ. in BGE 147 III 431]; JEANNIN, Kommentar zu BGE 147 III 431, Newsletter Bail.ch, Juli 2021). Nur in dieser Konstellation kann es vorkommen, dass nicht der Mieter als beweisbelastete Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Vielmehr wird hier im Grundsatz von einem gelungenen Beweis der Missbräuchlichkeit ausgegangen, so dass die drohende Vertragslücke mit allen verfügbaren Hilfsmitteln zu schliessen ist, auch mit Statistiken, die zum direkten Beweis der Vergleichsmiete an sich nicht tauglich sind. Die Gerichte haben entgegen der Auffassung der Kläger nie entschieden, dass schon eine Abweichung des vereinbarten Mietzinses vom

Niveau einer den Kriterien von Art. 11 VMWG nicht entsprechenden Statistik eine Missbrauchsvermutung zu schaffen vermag. In ZMP 2021 Nr. 11 (inkl. BGE 147 III 431) bzw. ZMP 2020 Nr. 5 wurde nur klargestellt, dass allein das massive Ausmass einer Anpassung gegenüber dem früheren Mietzins keine Grundlage für eine Missbrauchsvermutung bilden kann. Im konkreten Fall ging es um eine Mietzinserhöhung von Fr. 738.– auf Fr. 1'060.– netto für eine 2-Zimmerwohnung, die sich prozentual zwar stolz ausnahm, aber wegen des tiefen Ausgangspunktes für sich genommen noch keinen Anschein für einen Missbrauch zu begründen vermochte. Die Statistik diente somit lediglich einer Überprüfung und Bestätigung der aufgrund des Ausmasses der Anpassung im Raume stehenden Vermutung (vgl. ZMP 2020 Nr. 5, Regeste sowie den MG-Entscheid E. 3.2.2, insbes. S. 12).

#### **E. 4.2**

Würdigung Beide Parteien haben keine tauglichen Vergleichsobjekte offeriert, anhand derer sich eine orts- und quartierübliche Vergleichsmiete für das Mietobjekt ableiten liesse. Die Kläger haben es entgegen ihrer Ankündigung gänzlich unterlassen, Vergleichsobjekte vorzubringen, zumal die in Aussicht gestellten drei Vergleichsobjekte allein ohnehin für einen Beweis nicht ausreichend gewesen wären. Die Beklagte macht diesbezüglich zurecht geltend, es läge an den Klägern, Vergleichsobjekte einzureichen). Auf eine natürliche Vermutung der Missbräuchlichkeit können sich die Kläger offensichtlich nicht berufen, denn wie schon erwähnt existiert im vorliegenden Fall kein früheres Mietverhältnis über die gleiche Sache und mit dem gleichen Zweck, dessen zuletzt gültigen Mietzins man dem Anfangsmietzins gegenüberstellen könnte.

- 24 - Immerhin haben das angerufene Gericht und das Obergericht des Kantons Zürich Plausibilitätsüberlegungen auch schon für einen Anfangsmietzins angestellt, obwohl nach einer Totalsanierung ebenfalls nicht mehr die gleiche Sache im strengen Sinne vorlag: Der letzte Mietvertrag im Altbau betraf eine 4-Zimmerwohnung. Bei der Sanierung war diese in eine 3½-Zimmerwohnung mit gleicher Grundfläche umgestaltet worden. Bekannt waren überdies die Gesamtkosten der Sanierung. Die Zürcher Gerichte bejahten eine Missbrauchsvermutung, weil der indexbereinigte statistische Mietzins für die Altbauwohnung, der erheblich höher lag als der zuletzt effektiv bezahlte Mietzins, vermehrt um den wertvermehrenden Anteil der Baukosten den verlangten Mietzins bei weitem nicht zu erklären vermochte (ZMP 2022 Nr. 5). Letztlich lag darin aber nur eine Bestätigung und Verfeinerung der bisherigen Rechtsprechung. Von einer vergleichbaren Situation kann im vorliegenden Fall keine Rede sein, denn es fehlt an einer tauglichen Vergleichsgrösse aus einem Vormietverhältnis. Aber selbst wenn man ungeachtet dieser Hindernisse dennoch einen statistischen Vergleich zulassen wollte, könnte der vorliegenden Klage kein Erfolg beschieden sein: Gemäss der repräsentativen, den Kriterien von Art. 11 VMWG allerdings nicht genügenden Mietpreisstrukturerhebung 2006 für die Stadt Zürich (zu deren Charakter und grundsätzlichen Verwertbarkeit vgl. ZMP 2020 Nr. 5 = ZR 2020 Nr. 13). betrug der im Jahr 2006 errechnete Mittelwert gemäss Mietpreisstrukturerhebung für 3-Zimmerwohnungen im Quartier Oerlikon Fr. 17.40/m<sup>2</sup>, bei einer Obergrenze des sog. 95%-Vertrauensintervalls von Fr. 18.–/m<sup>2</sup> und einer Untergrenze von Fr. 16.80/m<sup>2</sup> (Strukturerhebung S. 38). Was die Lage angeht, ergibt sich aus der Karte Strassenlärm des GIS-Browsers (<https://maps.zh.ch>), dass die Wohnung der Kläger rund 45 m von der O.-strasse und rund 65 bzw. 84 m von der P.- bzw. der Q.-strasse entfernt liegt. Weiter befinden sich die R.-strasse mit der Tramlinie und die Zuggleise rund 80 bzw. 110 m

entfernt. Damit fehlt es an Lärmquellen in unmittelbarer Nähe. Das Mietobjekt befindet sich mithin innerhalb des Quartieres an einer eher ruhigen und dennoch an einer zentralen Lage, da sich der gut angebundene Bahnhof Oerli- kon weniger als 350 m entfernt befindet. Es ist im vorliegenden Fall ebenfalls zu beachten, dass es sich bei der Wohnung um eine neu gebaute 3½-Zimmerwohnung mit sehr grosszügiger Wohnfläche handelt. Laut Mietvertrag beträgt die Wohnfläche von 132.75 m<sup>2</sup>. Was die Kläger dagegen

- 25 - vorbringen, ist unbehelflich (Säule), irrelevant (Behandlung von Wintergärten in Architektenkreisen) und unsubstantiiert (Bestreitung des Grundrisses der Wohnung). Infolge der Totalsanierung handelt es sich um eine moderne Wohnung mit Neu- baustandard, welche über einen Balkon sowie eine neue Küche verfügt. Der hohe Baustandard scheint vorliegend unbestritten. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, von der Obergrenze des statistischen 95%-Vertrauensintervalls für eine 3-Zim- merwohnung für das Quartier Oerlikon auszugehen, mithin von Fr. 18.–/m<sup>2</sup>. Berück- sichtigt man den Anstieg des allgemeinen Mietzinsniveaus unter Zuhilfenahme der Veränderung des Mietpreisindex der Stadt Zürich [<https://www.stadt-zu-erich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/mietpreise/mietpreisindex/mietpreisindex.html>, 21. Februar 2023] in der Zeit zwischen der Struktur- erhebung 2006 und des Beginns des Mietverhältnisses am 1. September 2021 um rund 12% (Stand Dezember 2006 = 100.9 Punkte; Stand September 2021 = 113 Punkte), so resultiert ein statistischer Nettomietzins von Fr. 20.16/m<sup>2</sup> bzw. für eine Wohnfläche von 132.75 m<sup>2</sup> ein monatlicher Nettomietzins von Fr. 2'676.25. Selbst wenn vom Mit- telwert ausgegangen würde, wäre für eine Wohnfläche von 132.75 m<sup>2</sup> der monatliche Nettomietzins auf Fr. 2'587.30 zu veranschlagen. Weil die für die Mietpreisstruktur- erhebung erhobenen Mietzinse als Nettomietzinse unter der Annahme definiert sind, die Nebenkosten bestünden einzig aus den Heiz- und Warmwasserkosten (Struktur- erhebung S. 4), müssten die im konkreten Fall als zusätzliche Nebenkosten vereinbarten Betriebskosten dem Nettomietzins zugeschla- gen werden, um einen Vergleich mit dem statistischen Mietzins zu ermöglichen. Ge- mäss Mietvertrag werden die Heiz- und Warmwasserkosten zusammen mit den Be- triebskosten mit Fr. 310.– beziffert. Wie sich dieser Betrag genau zusammensetzt und insbesondere wie das Verhältnis zwischen den Kategorien ist, ist mangels nähe- rer Angaben nicht bekannt. Die Betriebskosten dürften aber ca. 2/3 der Nebenkosten ausmachen. In der Terminologie der Struktur- erhebung läge der vereinbarte Anfangs- mietzins daher bei ca. Fr. 2'840.– netto pro Monat oder 6.1% höher als die Ober- grenze des statistischen Vertrauensintervalls bzw. 9.8% oberhalb des Mittelwerts. Dabei ist klar, dass eine völlig neue Wohnung mit grosser Wahrscheinlichkeit preis- lich oberhalb des 95%-Vertrauensintervalls liegen würde, wenn sie in die Statistik einbezogen worden wäre.

- 26 - Noch klarer wird das Ergebnis, wenn man auch die Mietpreisstruktur- erhebung von 2022 einbezieht, die Statistik Stadt Zürich publiziert hat und die wie die Erhebung 2006 zwischen dem gemeinnützigen und dem nicht gemeinnützigen Angebot unter- scheidet. Es geht zwar nicht an, sie tel quel auf Mietverhältnisse anzuwenden, die vor der Erhebung begonnen haben. Zudem würde eine Verwertung auch die Gewäh- rung des rechtlichen Gehörs voraussetzen. Mehr als eine Klammer- bemerkung kann das Folgende also nicht sein. Basierend auf dieser neueren Mietpreisstruktur- erhebung beläuft sich der Nettomietzins für eine 3-Zimmerwohnung im Quartier Oerlikon auf Fr. 22.2/m<sup>2</sup> (Median) bzw. auf Fr. 23.5/m<sup>2</sup> (Obergrenze). Bei einer Wohnfläche von 132.75 m<sup>2</sup> ergäbe dies einen monatlichen statistischen Nettomietzins von min- destens Fr. 2'947.05 und maximal Fr. 3'119.65. Dies

zeigt, dass das Quartier Oerli- kon seit der letzten Strukturhebung im Quervergleich stärker an Attraktivität gewonnen hat als die übrigen Quartiere. Die Abweichung der neueren Statistik von den indexierten Zahlen der Strukturhebung 2006 dürfte allerdings auch technische Gründe haben, denn der Mietpreisindex der Stadt Zürich wird über sämtliche Miet- verhältnisse berechnet, auch diejenigen der gemeinnützigen Träger, deren Mietver- hältnisse einerseits dauerhafter sind und andererseits zu wesentlich günstigeren Konditionen abgeschlossen werden. Man kann es drehen und wenden, wie man will: Beim zwischen den Parteien verein- barten Anfangsmietzins handelt es sich keineswegs um einen missbräuchlichen Miet- zins. Die Klage ist abzuweisen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzu- erlegen. Die Kläger haben daher die Gerichtskosten zu tragen und sind zur Leis- tung einer Parteientschädigung an die Beklagte zu verpflichten. Die ordentliche Ge- bühr ist sowohl für die Gerichtsgebühr als auch für die Parteientschädigung wegen der Streitwertberechnung aufgrund einer periodischen Leistung gestützt auf § 4 Abs. 3 GebV OG bzw. § 4 Abs. 3 AnwGebV OG um einen Drittel zu reduzieren. Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigung ist überdies zu berücksichtigen, dass für die Hauptverhandlung zwei Termine erforderlich waren. Bei der Gerichtsgebühr ist dem mit einer Erhöhung der um einen Drittel reduzierten ordentlichen Gebühr um 10% gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV auf Fr. 5'750.–, bei der

- 27 - vorab um einen Drittel reduzierten ordentlichen Parteientschädigung ebenfalls mit einem Zuschlag von 10% gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 7'565.– (inkl. MwSt.) Rechnung zu tragen. VI. Mutwillige Prozessführung Bös- oder mutwillige Prozessführung einer Partei kann nach Art. 128 Abs. 3 ZPO die Bestrafung mit einer Ordnungsbusse bis Fr. 2'000.–, im Wiederholungsfall bis Fr. 5'000.– bestraft werden. Mutwilliges Prozessieren wird definiert als wissentliche Führung eines ungerechten Prozesses (BGE 115 III 18). Wegen des Verbots der Rechtsverweigerung ist mit einer entsprechenden Annahme zwar Zurückhaltung ge- boten (vgl. BGer 1C\_5/2008 E. 4; 4A\_45/2008 E. 10). Wie schon erwähnt, foutierten sich die von ihrer Rechtsvertreterin unterstützten Kläger während des gesamten Ver- fahrens um die massgeblichen Beurteilungsgrundlagen und schreckten auch nicht davor zurück, mit unsinnigen Berechnungen zu einem ihnen genehmen Resultat zu gelangen. Die Kläger und ihre Rechtsvertreterin wurden schon bei der Fortsetzung der Hauptverhandlung auf ihr unstatthaftes Prozessieren aufmerksam gemacht. Auf die Verhängung einer Ordnungsbusse im vorliegenden Verfahren kann noch knapp verzichtet werden, zumal den Klägern bereits die Kostenfolgen genügend vor Augen führen dürften, dass ihr Tun mit Treu und Glauben im Zivilprozess nicht zu vereinba- ren ist. Die Kläger und ihre Rechtsvertreterin sind aber darauf hinzuweisen, dass weitere Klagen dieser Art die Verhängung einer Ordnungsbusse gestützt auf Art. 128 ZPO zur Folge haben können. Bezüglich der Rechtsvertreterin käme auch eine Mel- dung an die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte in Betracht. (...)» Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2023, 33. Jahrgang. Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich © Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw M. Meienberg, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident

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