

# ZH\_GERICHTE NG160002 vom 20. November 2015

Zh Gerichte, 2015-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_NG160002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_NG160002)

FR: ZH\_GERICHTE NG160002 du 20 novembre 2015

IT: ZH\_GERICHTE NG160002 del 20 novembre 2015

## Regeste

Mietzinserhöhung Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 20. November 2015 (MA120003)

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagte) mieteten mit Mietvertrag vom 18. September 2007 von der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) die 5.0-Zimmerwohnung im EG (Hochparterre) in der Liegenschaft

- 4 - D. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, mit Mietbeginn am 1. Oktober 2007. Vereinbart war ein monatlicher Mietzins von Fr. 2'535.– netto, zuzüglich Nebenkosten von insgesamt Fr. 220.– (act. 3/2). Die Liegenschaft wurde in den Jahren 2010/2011 umfassend saniert. Dabei wurde u.a. die Dachgeschosswohnung von einer einstöckigen in eine zweistöckige, ca. 195 m<sup>2</sup> grosse Wohnung ausgebaut. In den darunterliegenden drei Geschossen befinden sich pro Etage je eine 5-Zimmerwohnung. Diese drei Wohnungen sind in etwa gleich gross (Wohnung EG 129 m<sup>2</sup>, Wohnungen 1. und 2. OG je 126 m<sup>2</sup>, vgl. auch act. 140 S. 2 f.). Am 8. Dezember 2011 zeigte die Klägerin den Beklagten mit amtlichem Formular eine Mietzinserhöhung per 1. April 2011 "infolge Gebäude-, Küchen- und Badsanierung" von Fr. 950.– unter gleichzeitiger Mietzinssenkung von Fr. 54.– wegen "Anpassung Referenzzinssatz, Teuerungsausgleich und Kostensteigerung" an. Den bis dahin zuletzt zu leistenden monatlichen Nettomietzins von Fr. 2'422.– erhöhte sie damit auf Fr. 3'318.–. Die akonto zu leistenden Nebenkosten blieben mit Fr. 353.– gleich hoch (act. 3/1).

### E. 1.1

Das Berufungsverfahren gemäss den Art. 308 ff. ZPO stellt im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO), wobei zur unrichtigen Rechtsanwendung auch die Unangemessenheit eines Entscheides gehört. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen des vorinstanzlichen Entscheides von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Es muss m.a.W. jeweils dargelegt werden, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei leidet; dem genügen Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Soweit eine Berufung

unbegründet bleibt, ist darauf nicht einzutreten.

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren ausnahmsweise gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu BGE 138 III 625).

Das alles gilt es im Folgenden zu beachten.

## **E. 1.2**

Die Beklagten beantragen mit ihrem Berufungsantrag 1 die vollständige Aufhebung des angefochtenen Urteils und im Berufungsantrag 2 die Feststellung, dass der monatliche Nettomietzins im Fr. 2'968.- übersteigenden Umfang missbräuchlich sei. Sie verlangen damit auch die Aufhebung der Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheides, mit der davon Vormerk genommen wurde, dass die Beklagten die ihnen mitgeteilte Mietzinserhöhung im Umfang eines monatlichen Nettomietzinses von Fr. 2'968.- vor der Vorinstanz anerkannt haben. Die Beklag-

- 10 - ten begründen nirgends, weshalb Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben ist (vgl. act. 141). Sie legen insbesondere nicht dar, inwiefern die Vormerknahme der Vorinstanz unzutreffend sein könnte oder sollte. Ihre Berufung erweist sich insoweit als unbegründet im vorhin erläuterten Sinn, weshalb auf sie insoweit nicht einzutreten ist.

Bei diesem Ergebnis ist es an sich müssig auch noch darauf hinzuweisen, dass sich die Beklagten mit ihrem Berufungsantrag 2 ohnehin auf den Standpunkt stellen, der missbrauchsrechtlich noch zulässige Monatsnettomietzins belaufe sich auf Fr. 2'968.-. Daher fehlte ihnen insoweit ebenfalls ein schützenswertes Interesse, die vorinstanzliche Dispositivziffer 1 im Berufungsverfahren gleichwohl noch irgendwie zur Debatte zu stellen, was ebenfalls zu einem entsprechenden Nichteintreten führte. Und es kann offen gelassen werden, ob die Antragstellung der Beklagten insofern nicht auf einem Versehen beruht. 2. Die strittige Mietzinserhöhung wird mit Mehrleistungen des Vermieters in Form von wertvermehrenden Investitionen (Gebäude-, Küchen- und Badsanierung, act. 3/1) begründet (Art. 269 i.V.m. Art. 269a lit. b OR i.V.m. Art. 14 VMWG, vgl. auch act. 140 S. 10). Es ist festzuhalten, dass die Beklagten eine Erhöhung des Nettomietzinses um Fr. 600.- bereits im vorinstanzlichen Verfahren anerkannten (act. 18 S. 3; act. 140 S. 47). Die Beklagten stellten im vorinstanzlichen Verfahren sodann nicht in Abrede, dass es sich bei den durchgeführten Arbeiten um eine umfassende Überholung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 VMWG gehandelt hatte, was zutreffend ist (act. 140 S. 5; act. 18 S. 4; act. 29 S. 10). Der Vermieter ist bei einer solchen Sanierung berechtigt, 50-70 % der Überholungskosten als wertvermehrende Investitionen pauschal auf den Mietzins zu überwälzen (Art. 14 Abs. 1 VMWG), zumal bzw. weil sich die Unterscheidung in wertvermehrende und -erhaltende Arbeiten bei grösseren Umbauarbeiten jeweils schwierig gestaltet (vgl. dazu auch BGer, 4C.328/2005 vom 9. Dezember 2005, E. 2.2 m.w.H.). 3.

3.1. Die Vorinstanz ermittelte Gesamtbaukosten von Fr. 2'145'111.- und massgebliche Überholungskosten von Fr. 2'092'131.- (act. 140 S. 11 ff.), was von den

- 11 - Beklagten in der Berufung grundsätzlich nicht beanstandet wird (act. 141 S. 2 ff.). Der wertvermehrende Anteil dieser Kosten darf auf die Mietzinse der einzelnen Mietobjekte überwält werden. Es ist allerdings zu beachten, dass Art. 14 Abs. 1 VMWG

zwar eine pauschalisierte Form der Abgrenzung von werterhaltenden und -vermehrenden Arbeiten ermöglicht. Es existiert jedoch keine Norm des Bundesrechts, welche Regeln zur Verteilung von Kosten für die wertvermehrenden Arbeiten an einem ganzen Gebäude auf die einzelnen Mietobjekte vorschreibt (BGE 139 III 209, E. 1.2 m.w.H.; 125 III 421, E. 2d; Higi, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4C.300/1999 vom 27. Oktober 1999, AJP 2000 S. 487 ff., S. 489 m.w.H.). 3.2. Bei der Wahl des Verteilschlüssels ist primär dem Zweck der Art. 269 ff. OR Rechnung zu tragen: Es ist zu beurteilen, in welchem Umfang ein Mietzins für ein bestimmtes Mietobjekt zulässig ist (siehe etwa BGE 139 III 209, E. 2.1; 116 II 184, E. 3a; Higi, a.a.O., AJP S. 490; Sohm, Bemerkungen zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A\_727/2012, 4A\_731/2012, 4A\_733/2012, 4A\_737/2012 und 4A\_735/2012 vom 21. März 2013, MRA 1/14 S. 17 ff., S. 22 m.w.H.). Der zur Anwendung gelangende Verteilschlüssel muss daher widerspiegeln, in welchem Ausmass jedes einzelne Objekt von der Sanierung "profitiert" (vgl. dazu BGE 139 III 209, E. 2.1; ZK-Higi, Art. 296a N 357 ff.; Sohm, a.a.O., S. 22; vgl. auch Bättig, Die Überwälzung der Kosten von umfassenden Überholungen auf den Mietzins, MRA 1-2/09 S. 1 ff., S. 43). Bei der Ermittlung des Wertes der Mehrleistung ist deshalb differenzierend zu berücksichtigen, inwieweit dieser bloss objektbezogen oder allgemeiner Natur ist. Ist die Mehrleistung wie vorliegend aus allgemeinen und objektbezogenen Arbeiten gemischt, so ist eine Aufteilung in Anteile vorzunehmen, welche die objektbezogenen von den allgemeinen Mehrleistungen abgrenzt (ZK-Higi, Art. 269a N 357 ff.) 3.3. Die Parteien sind sich im Grundsatz einig, dass die von der Klägerin in die Liegenschaft investierten Baukosten nicht gleichmässig auf die einzelnen Wohnungen verteilt werden können, weil nicht in allen Mietobjekten die gleichen Arbeiten ausgeführt wurden. Die vorgenommene Aufteilung der Kosten in die Bereiche "Liegenschaft allgemein", "Ausbau Wohnungen EG – 2. OG" sowie "Ausbau

- 12 - Wohnung DG" wird von den Beklagten grundsätzlich anerkannt (act. 141 S. 2 f.) und erweist sich unter Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz (act. 140 S. 13) auch als sachgerecht (vgl. auch BGE 139 III 209, E. 2.1 sowie BGE 125 III 421, E. 2d). In der Stellungnahme zur Berufungsantwort heben die Beklagten im Wesentlichen besonders hervor, dass im Dachgeschossausbau ein Neubau einer Wohnung zu erblicken ist, was grundsätzlich andere Bauarbeiten erforderlich gemacht habe als bei der Sanierung der darunter liegenden Wohneinheiten. Entsprechend seien die dafür notwendigen Baukosten für die Berechnung der Mietzinserhöhung nicht zu verteilen, sondern auszuscheiden. Die diesbezüglich angefallenen Baukosten würden bei der strittigen Mietzinserhöhung ausser Betracht fallen (act. 151 S. 2 ff.). Damit bestätigen die Beklagten erneut die sachliche Rechtfertigung der gewählten Aufteilung der Baukosten in die drei Bereiche. Es versteht sich, dass die Ausbaukosten der Dachgeschosswohnung nicht auf den vorliegend im Streit liegenden Mietzins überwälzt werden dürfen und deshalb auszuscheiden sind, da das fragliche Mietobjekt nicht davon profitiert (vgl. hierzu Ziff. III./5.2 ff.). 4.

4.1. Die Beklagten beanstanden prozessual, dass die Klägerin die für die Mietzinsberechnung massgebende Aufteilung der Baukosten in die drei Bereiche nicht rechtsgenügend substantiiert habe. Insbesondere sei aus der Aufstellung des Bauleiters F.\_\_\_\_\_ (act. 3/7) nicht ersichtlich, nach welchen Grundlagen bzw. Kriterien die Baukosten der einzelnen Baukostenpositionen (BKP) auf die drei Bereiche aufgeteilt worden seien (act. 141 S. 3-20). Die Vorinstanz machte hierzu bereits im angefochtenen Urteil Ausführungen (act. 140 S. 14-18) und wies – was auch die Beklagten anerkennen

(act. 141 S. 7) – zutreffend darauf hin, dass es zur ausreichenden Substantiierung einer Behauptung gehört, diese so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (siehe zum Ganzen auch BGE 127 III 365, E. 2b; BGer, 4A\_7/2012 vom 3. April 2012, E. 2.3.1 m.w.H.; vgl. ferner ZK ZPO-Sutter-Somm/Schrank, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 23). Die Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden

- 13 - kann (BGE 127 III 365, E. 2b; 136 III 322, E. 3.4.2 m.w.H.). Eine Partei darf sich daher nicht mit allgemeinen Behauptungen in der Meinung begnügen, dass sich ihr Prozessstandpunkt aus dem Beweisverfahren ergeben werde. Dieses soll insbesondere nicht dazu dienen, ungenügende Sachdarstellungen der Partei- en zu vervollständigen (BGE 108 II 337, E. 3; BSK ZPO-Hafner, 2. Aufl. 2013, Art. 168 N 15 m.w.H.; ZK ZPO-Leuenberger, 3. Aufl. 2016, Art. 221 N 43 m.w.H.; ZR 102/2003 Nr. 15, S. 71 f.). Es versteht sich nach den Grundsätzen des Art. 8 ZGB, dass die Behauptungs- und Beweislast für die individuelle Höhe der Mehrleistung im Sinne von Art. 269a lit. b OR für ein Mietobjekt bei der Vermieterschaft liegt (ZK-Higi, Art. 269a N 355; Lachat et al., Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl. 2009, S. 385 m.w.H.; vgl. ins- bes. auch Art. 14 Abs. 5 VMWG). Beweisgegenständliche Tatsachen waren im vorinstanzlichen Verfahren folgerichtig die Kosten für den gesamten Umbau sowie die jeweiligen Gesamtkosten der drei Bereiche nach dem Verteilschlüssel, wie sich aus der Beweisverfügung der Vorinstanz vom 5. Juni 2014 auch eindeutig ergibt (act. 36).

Zu Recht stimmen die Beklagten der vorinstanzlichen Auffassung zu, dass die Klägerin die in der Zusammenstellung des Bauleiters F. \_\_\_\_\_ enthaltenen Zahlen und Begründungen (act. 3/7) zu ihrer eigenen Sachdarstellung erhob (act. 141 S. 8; act. 140 S. 17; vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/Schrank, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 31 m.w.H.). Bereits die Vorinstanz erklärte, dass die Baukosten, welche je Arbeitsgattung bzw. Baukostenposition anfielen, auf jeder Zeile der massgeblichen Zusammenstellung (act. 3/7) im einzelnen aufgeführt sind. Zudem sind die entsprechenden BKP-Kosten in die drei beweisgegenständlichen Bereiche unter- teilt, womit deutlich hervorgeht, welchen Betrag die Klägerin für jede BKP-Position geltend macht und wie sich dieser auf den gewählten Verteilschlüssel aufteilt. Es finden sich in der Aufstellung auch Begründungen für die ausgeführten Arbeiten (vgl. act. 140 S. 18).

Es ist nicht einzusehen, inwiefern die Klägerin damit den vorhin beschriebenen Anforderungen an die Substantiierung (vgl. Ziff. III./4.1) nicht genügt haben soll. Wie das vorinstanzliche Verfahren zeigte, konnte der Beweis über die angefallenen Kosten abgenommen werden – ob der Beweis gelungen ist, ist eine an-

- 14 - dere Frage (vgl. dazu Ziff. III./5). Auch war es den Beklagten problemlos möglich, die vorgebrachten Tatsachen (bspw. mit Nichtwissen) zu bestreiten. Art. 20 Abs. 1 VMWG verlangt denn auch nicht mehr als eine zahlenmässige Begründung der Mietzinserhöhung, ohne dass das Abwälzungssystem zu erläutern wäre (BGer, 4A\_366/2015 vom 13. April 2016, E. 3.3.2), was im Übrigen nicht die Frage der Substantiierung, sondern vielmehr der Beweisbarkeit einer Tatsachenbehauptung betrifft.

Zutreffend widerlegte die Vorinstanz bereits die in der Berufung erneut vor- gebrachte Rüge betreffend den Substantiierungshinweis des damaligen Mietge- richtspräsidenten (act. 140 S. 16 f.). Die Beklagten tragen dazu in der Berufungs- schrift nichts Neues bzw. nichts

von Belang vor (act. 141 S. 4-7), das eine andere Sicht rechtfertigte. Auf die diesbezüglichen zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid kann daher verwiesen werden. Die Rüge der mangelnden Substantiierung erweist sich somit als unbegründet. Die Klägerin genüge ihrer Substantiierungsobliegenheit. Es kann damit offen bleiben, ob die Klägerin im vor der Vorinstanz anwendbaren vereinfachten Verfahren mit (eingeschränktem) Untersuchungsgrundsatz (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) nur in untergeordnetem Masse substantiierungspflichtig ist (act. 140 S. 15), was die Beklagten auch beanstanden (act. 141 S. 7). 5.

5.1. Die Beklagten machen eine willkürliche Beweiswürdigung geltend (act. 141 S. 20 ff.). In Bezug auf die Höhe der überwälzbaren Investitionskosten könne sich die Klägerin nicht wie bei Art. 14 Abs. 1 VMWG oder Art. 42 Abs. 2 OR auf eine Beweiserleichterung berufen. Es sei der strikte Beweis gefordert. Die Vorinstanz habe jedoch bei denjenigen BKP-Positionen, bei welchen der Sachverständige die Kosten nicht eindeutig einem der drei Bereiche habe zuordnen können, entweder auf die Behauptung der Klägerin oder die Plausibilitätsbetrachtung des Sachverständigen abgestellt, ohne dass auf die gutachterliche Beantwortung der Ergänzungsfragen der Beklagten vom 16. Februar 2015 (act. 93 f. i.V.m. act. 105) eingegangen oder der Grad der Unsicherheit bei der Plausibilitätsbetrachtung angegeben worden wäre. Die Klägerin habe es versäumt, die dreigeteilte Aufteilung

- 15 - der Baukosten in die Ausschreibungen einfließen zulassen und sich so der eigenen Beweismittel beraubt. Die Frage nach der konkreten Höhe der für die drei Bereiche entstandenen Kosten sei einzig mit dem Gutachten und den Ergänzungsgutachten des Sachverständigen zu beantworten. Für die drei Wohnungen EG bis 2. OG würden anrechenbare Baukosten von lediglich Fr. 455'452.- resultieren, da der Sachverständige nur diese Kosten habe nachvollziehen können (act. 141 S. 20 ff.). 5.2. Wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. III./0), trägt der Vermieter die Beweislast für die Höhe der Mehrleistung im Sinne von Art. 269a lit. b OR (vgl. z.B. ZK-Higi, Art. 269a N 355; Lachat et al., a.a.O., S. 385 m.w.H.). Zwar grenzt der 50-70 %- Ansatz der VMWG im Sinne einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Beweiserleichterung für den Vermieter (siehe dazu auch BGer, 4C.328/2005 vom

## **E. 2.1**

Im Rahmen der Berufung bringen die Beklagten im Wesentlichen vor, dass die Klägerin die von ihr behauptete betragsmässige Aufteilung der Baukosten auf die drei Bereiche – trotz zwei Substantiierungshinweisen des Mietgerichtspräsidenten – ungenügend substantiiert habe und überdies ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht nicht genügend nachgekommen sei, indem sie nicht alle notwendigen und in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen eingereicht habe. Die von der Klägerin anerbauten Beweise seien daher infolge unsubstantiiertes Behauptungen nicht abzunehmen gewesen, womit die Folgen der Beweislosigkeit nach Art. 8 ZGB ohne Durchführung eines Beweisverfahrens zum Nachteil der Klägerin einzutreten habe (act. 141 S. 1 ff.).

## **E. 2.2**

Im Weiteren halten die Beklagten im Wesentlichen dafür, dass weder die Angaben des Bauleiters F.\_\_\_\_\_ noch diejenigen des Sachverständigen E.\_\_\_\_\_ beweisrechtlich eine genügende Grundlage für die dem vorinstanzlichen Urteil zu Grunde liegenden Annahmen über die Höhe der Baukosten für die drei Bereiche bilden würden. Während die Aussagen des Bauleiters F.\_\_\_\_\_ zwar eine Beurteilung ermöglichen würden, ob das von ihm

angegebene Vorgehen der Aufteilung der Baukosten sachgerecht erscheine oder nicht, sei die Frage nach der konkreten Höhe für die bei den drei Bereichen entstandenen Baukosten mit dem Gutachten und den Ergänzungsgutachten des Sachverständigen zu beantworten. Im Rechtssinne bewiesen seien nur die im Gutachten vom 10. November 2014 (act. 76) festgestellten Baukosten, wovon insgesamt Fr. 151'817.33 (Fr. 455'452.– /3) auf die Wohnung im Hochparterre entfallen würden. Im darüber hinausgehenden Betrage sei die Klägerin mit dem Nachweis der Aufteilung der Baukosten und damit des Anteils für die fragliche Wohnung gescheitert. Insbesondere müssten es sich die Beklagten nicht gefallen lassen, dass auf Plausibilitätsbetrachtungen

- 8 - des Sachverständigen abgestellt werde. Es könne nicht angehen, dass im Zentrum des Beweisverfahrens letztlich nicht mehr die Frage stehe, ob und inwieweit es der Klägerin gelungen sei, die Höhe der Kosten für die drei Bereiche strikte zu beweisen, sondern nur noch, ob die von ihr behauptete Aufteilung plausibel erscheine (act. 141 S. 20 ff.). Im Weiteren gehen die Beklagten von einem wertvermehrenden Anteil im Sinne von Art. 14 Abs. 1 VMWG von höchstens 52.5 % aus, wobei dieser Betrag mit einem Zinssatz von 5.57 % zu kapitalisieren sei (act. 141 S. 29). 3. Die Klägerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, dass ihre Vorbringen – entgegen der Ansicht der Beklagten – und im Lichte des Leitentscheids BGE 139 III 209 den Anforderungen an die Substantiierung entsprochen hätten, was bereits die Durchführung des Beweisverfahrens zeige. Es sei bei einer umfassenden Sanierung weiter unüblich und weitgehend unmöglich, die geplanten Arbeiten nach den von der Klägerin differenzierten drei Bereichen (vgl. Ziff. II./1.1) auszuschreiben. Dem Gericht, dem die Aufgabe übertragen sei, den Verteilungsschlüssel einer Mietzinserhöhung aufgrund von umfassenden Überholungen an Mietobjekten zu beurteilen, stehe ein erhebliches Ermessen zu. Die Beklagten würden übersehen, dass die Gutachten des Sachverständigen zum Beweis der Aufteilung nicht alleine massgeblich seien. Die Vorinstanz habe auch weitere Weise abgenommen und in pflichtgemässer Ermessensausübung durchaus auch auf Plausibilitätsüberlegungen des Sachverständigen abstellen dürfen. Sie habe in einem aufwändigen Beweisverfahren mit Zusatzabklärungen bestmöglich zu eruieren versucht, ob die Aufteilung der Kosten durch die Klägerin auf die drei differenzierten Bereiche einer objektiven Überprüfung standhielten. Die These, dass sich Mietzinserhöhungen nur bezüglich derjenigen Kosten rechtfertigen würden, bei denen der strikte Nachweis der (objektbezogenen) Verwendung gelungen sei, widerspreche der herrschenden Lehre und Rechtsprechung. Die Vorinstanz habe das Ergebnis der Beweiserhebungen zutreffend und nachvollziehbar begründet und auch mit Alternativberechnungen aufgezeigt, dass die geltend gemachte Mietzinserhöhung nicht zu einem missbräuchlichen Mietzins führe. Das ihr zustehende Ermessen habe die Vorinstanz damit pflichtgemäss ausgeübt, weshalb das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen sei (act. 149 S. 5 ff.).

- 9 - III. 1.

### **E. 2.3**

Am 5. Juni 2014 erliess die Vorinstanz die Beweisverfügung (act. 36). Nachdem die Klägerin am 10. Juli 2014 weitere Unterlagen eingereicht (act. 48- 50) und auch die Vorinstanz weitere Unterlagen beigezogen hatte (act. 53-56), fand am 26. August 2014 die Instruktion des Sachverständigen E.\_\_\_\_\_ statt (act. 43; act. 58-59). Am 10. November 2014 erstattete dieser das Gutachten (act. 76) und beantwortete die Ergänzungsfragen der Beklagten (act. 59; act. 65 i.V.m. act. 77). Am 12. November 2014 fanden sodann ein

Augenschein und die Befragung des Sachverständigen sowie von vier Zeugen statt (Prot. VI S. 45 ff.). Weitere Ergänzungsfragen der Vorinstanz sowie der Beklagten (act. 81; act. 92-93) waren am 3. März 2015 an den Sachverständigen weitergeleitet worden (act. 94), welche er am 8. Juni 2015 beantwortete (act. 105 f.). Für die Beweiserhebungen leistete die Klägerin Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 3'750.–, die Beklagten leisteten Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 19'750.– (vgl. act. 36, act. 60 sowie act. 100). Die Parteien erstatteten ihre Schlussvorträge in der Folge fristgerecht am 20. August 2015 (act. 121) beziehungsweise am 21. September 2015 (act. 128). Hernach erachtete die Vorinstanz die Sache als spruchreif und fällte das Urteil vom 20. November 2015 (act. 136 = act. 140 = act. 142). 3. Mit Eingabe vom 11. Januar 2016 erhoben die Beklagten dagegen Berufung (act. 141). Vorab wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen und danach den Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Sie leisteten den mit Verfügung vom 14. Januar 2016 verlangten Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren (act. 144) fristgerecht (act. 145-146). Die Klägerin reichte ihrerseits fristgerecht die eingeholte (act. 147) Berufungsantwort ein (act. 148-149). Die Beklagten reichten dazu unaufgefordert eine Stellungnahme ein (act. 151). Die vorinstanzlichen Akten sind beigezogen (act. 1-138). Die Sache ist spruchreif. Der Klägerin ist indes noch zusammen mit diesem Entscheid ein Doppel von act. 151 zuzustellen.

- 6 - II. 1.

#### **E. 6**

November 2012 ihre Stellungnahme zur Klage ein (act. 18). Der Antrag auf Vereinigung wurde mit Verfügung vom 7. November 2012 abgewiesen (act. 20), indes wurden beide Verfahren an derselben Hauptverhandlung vom 4. April 2013

- 5 - verhandelt (Prot. VI S. 8 ff.). Am 7. Mai 2014 führte die Vorinstanz sodann eine Instruktionsverhandlung mit Vergleichsgesprächen durch (act. 35). Die Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. VI S. 34).

#### **E. 9**

Dezember 2005, E. 2.2 m.w.H.; BGE 118 II 415, E. 3a; 110 II 404, E. 3a; vgl. auch Lachat et al., a.a.O., S. 380 m.w.H.) den Anteil der Investitionsvermehrungen einer umfassenden Überholung vom sachlich untrennbar mit ihr verbundenen Unterhalt ab (Art. 14 Abs. 1 VMWG). Er taugt jedoch nicht dazu, den tatsächlichen Umfang der umfassenden Überholung pro Mietobjekt zu bestimmen (ZK-Higi, Art. 269a N 374 sowie N 383), worauf die Beklagten zu Recht hinweisen (act. 141 S. 20 a.E.; act. 151 S. 2). Dieser Nachweis richtet sich vielmehr nach dem Regelbeweismass der richterlichen Überzeugung (Art. 157 ZPO). Danach ist ein Beweis dann erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit wird nicht verlangt; es reicht aus, dass das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. statt vieler: BGE 130 III 321, E. 3.1 sowie BGE 128 III 271, E. 2b/aa). 5.3. Die Funktion des Regelbeweismasses besteht darin, dem materiellen Recht im Prozess zum Durchbruch zu verhelfen. Die Rechtsdurchsetzung darf daher nicht daran scheitern, dass zu hohe Anforderungen an das Beweismass gestellt werden (BGE 118 II 235, E. 3c; 98 II 231, E. 5 m.w.H.; 128 III 271, E. 2b/aa m.w.H.; vgl. auch schon BGE 45 II 92, E. 2). Nach der Bundesgerichts-

- 16 - praxis besteht deshalb in Fällen, in welchen nach der Natur der Sache ein direkter Beweis nicht möglich oder unzumutbar ist, eine Ausnahme bzw. Senkung des Regelbeweismasses. Eine solche Beweisnot liegt aber nicht schon dann vor, wenn der beweisbelasteten Partei für eine grundsätzlich direkt beweisbare Tatsache im Einzelfall bloss die Beweismittel fehlen (vgl. zum Ganzen insbes. BGE 130 III 321, E. 3.2 m.w.H.). 5.4. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass anhand der einzelnen ausgeführten Arbeiten, die objektbezogenen und die allgemeinen Kostenanteile der Investitionsvermehrung aus Überholungsarbeiten gemäss Abrechnung auszuscheiden sind (ZK-Higi, Art. 269a N 391 m.w.H.). Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass dies bei umfassenden Sanierungs- und Ausbauarbeiten, die sowohl gemeinsame als auch einzelne objektbezogene Teile betreffen, erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Bei der Vielgestalt der unbestrittenermassen ausgeführten Arbeiten war es nicht zumutbar, dass jeder daran Beteiligte seine Rechnung nach den drei Baubereichen gegliedert hätte stellen müssen bzw. die Arbeiten entsprechend schon zuvor so hätten ausgeschrieben werden müssen, wie das die Beklagten heute verlangen (act. 141 S. 24; act. 151 S. 4). Dergleichen ist unüblich und wäre auch für die beteiligten Unternehmer aufwändig sowie – etwa bei Zusatzarbeiten und Abschlussarbeiten in Regie – fast unpraktikabel. Jedenfalls führte es zu unverhältnismässigem Mehraufwand mit entsprechenden Mehrkosten und wäre zuweilen (bspw. bei Planungs- und Bauleitungskosten) gar unmöglich, worauf auch die Klägerin zutreffend hinweist (act. 149 S. 5 ff.). Bei umfassenden Bauvorhaben ist der Vermieterschaft ein gewisser Schematismus zuzugestehen (ähnlich Higi, a.a.O., AJP, S. 490; Bättig, a.a.O., S. 43; BSK OR I-Weber, 6. Aufl. 2015, Art. 269 N 12 m.w.H.; Giavarini, Mietzinserhöhung: Bestimmung der Anlagekosten bei der Berechnung des Ertrags, MRA 5/99 S. 182 ff., S. 188 sowie BGer, 4C.328/2005 vom 9. Dezember 2005, E. 2.2 m.w.H.). Spitzfindiger Formalismus, der letztlich jede konkrete Kostenumlegung verunmöglicht, ist auch mit Blick auf den Zweck der Art. 269 f. OR nicht geboten. 5.5. Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Dies bedeutet, dass ohne Bindung an formelle Beweisre-

- 17 - geln oder -rangordnungen nach pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen und freigebildeter Überzeugung zu entscheiden ist, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache gelungen ist oder nicht (statt vieler Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 18 Rz. 31).

Die Vorinstanz führte ein aufwändiges Beweisverfahren zur Frage der Kostenaufteilung durch. Es wurde ein Gutachten eingeholt (act. 76), das durch die schriftliche Beantwortung von Zusatzfragen (act. 77) sowie von Ergänzungsfragen (act. 105) und weiteren Fragen zum erstellten Gutachten (act. 106) weiter konkretisiert wurde. Der Sachverständige E. \_\_\_\_\_ (Prot. Vi S. 50 ff.), der Bauleiter F. \_\_\_\_\_ (Prot. Vi S. 96 ff.), die Architektin G. \_\_\_\_\_ (Prot. Vi S. 86 ff.) sowie die Zeugen H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ (Prot. Vi S. 80 ff.) wurden vom Gericht eingehend einvernommen. Es wurde zudem ein Augenschein in der Liegenschaft durchgeführt (Prot. Vi S. 45 ff.). Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) ist es entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 141 S. 26) unzutreffend, dass sich der Beweis der konkreten Höhe der angefallenen Baukosten alleine auf die Gutachten stützen soll. Die weiteren Beweismittel sind – worauf bereits die Vorinstanz zutreffend hinwies (act. 140 S. 23) – genauso zu berücksichtigen, um dem Anspruch an eine pflichtgemässe Beweiswürdigung gerecht zu werden. Dabei kommt keinem der Beweismittel zum vornherein erhöhte Beweiskraft zu. Anderes gälte nur dann,

wenn die übrigen Beweismittel untauglich wären. Das sind sie indessen nicht, und die Beklagten behaupten das daher so zu Recht auch nicht ernsthaft.

Für die Berechnung und Aufteilung stellte die Vorinstanz einander zu- nächst (i) die Ergebnisse des ersten Gutachtens (act. 76) mitsamt der Beantwor- tung der Zusatzfragen vom 10. November 2014 (act. 77), (ii) der Befragung des Sachverständigen (Prot. Vi S. 50 ff.) und (iii) der schriftlichen Beantwortung der gerichtlichen Zusatzfragen und der Ergänzungsfragen der Beklagten vom 8. Juni 2015 (act. 105 f.) gegenüber (act. 140 S. 19-29). Anschliessend würdigte sie die schriftliche Zusammenstellung (act. 3/7) sowie die Aussage des mit der Planung und Bauleitung beauftragten Zeugen F.\_\_\_\_\_ (Prot. Vi S. 96-123) und verglich diese Ergebnisse darauf BKP-genau mit den ermittelten Zahlen des Gutachtens (act. 77 f.) sowie der Plausibilitätsberechnung des Sachverständigen (Prot. Vi - 18 - S. 50 ff.; act. 105 f.). Im Ergebnis erachtete die Vorinstanz die Aufteilung in der Zusammenstellung des Bauleiters F.\_\_\_\_\_ als massgebend (act. 140 S. 29-39). 5.6. Eine willkürliche Beweiswürdigung kann der Vorinstanz dadurch nicht vor- geworfen werden. Im Gegenteil ging sie sorgfältig und gewissenhaft vor und stell- te die Beweisergebnisse einander ausführlich gegenüber. Richtig erkannte die Vorinstanz dabei, dass eine Plausibilitätsbetrachtung des Sachverständigen an- gesichts der Beweisschwierigkeiten bei umfassenden Überholungen (vgl. Ziff. III./5.4) zulässig sein muss. Diese bildet gleichermassen ein zu würdigendes Beweismittel wie die übrigen erhobenen Beweise. Indes waren die Plausibilitäts- betrachtungen zum Beweis der Kostenaufteilung nicht alleine massgebend. Mit der Vorinstanz (act. 140 S. 30) erscheint die Zeugenaussage des Bauleiters F.\_\_\_\_\_ schlüssig, präzise und detailgetreu. Selbst die Beklagten räumen ein, dass es die Aussagen des Zeugen F.\_\_\_\_\_ erlauben, dessen Vorgehen nachzuvollzie- hen, weil er für jede BKP-Position angegeben habe, nach welchen Kriterien und Vorgaben die Aufteilung vorgenommen wurde (act. 141 S. 26; vgl. insbes. auch Prot. Vi S. 99 ff.). Auch übersah die Vorinstanz ein gewisses Näheverhältnis des Bauleiters F.\_\_\_\_\_ zur Klägerin nicht. Daraus im Ergebnis jedoch die nur teilwei- se Verwertbarkeit der Aussagen abzuleiten (vgl. act. 141 S. 26 f.), geht zu weit, zumal die Aussagen unter Wahrheitspflicht und der strengen Strafandrohung von Art. 307 StGB erfolgten (Prot. Vi S. 96). Zudem ist ohnehin die Glaubhaftigkeit der Aussagen eines Zeugen selbst und nicht die sog. Glaubwürdigkeit des Zeugen massgebend. Der Zeuge F.\_\_\_\_\_ hat – wie erwähnt – schlüssig und nachvoll- ziehbar dargelegt, nach welchen Vorgaben und Kriterien er die Aufteilung vorge- nommen hat. Seine Aussagen erscheinen somit insgesamt nachvollziehbar und glaubhaft. Weiter wies die Vorinstanz darauf hin, dass der Sachverständige zahl- reiche Zusatzfragen der Beklagten nicht habe beantworten können (act. 105 S. 12 ff.). Entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 141 S. 24 ff.) blieb dieser Um- stand jedoch nicht unberücksichtigt. Zutreffend wurde nämlich angeführt, dass aus der fehlenden Beantwortung der detailreichen Fragen nicht auf die fehlende Beweisbarkeit der Aufteilung geschlossen werden könne (act. 140 S. 29). Die rund Fr. 1'206'178.– an Baukosten, welche der Gutachter zunächst nicht einem Gebäudeteil eindeutig zuordnen konnte (act. 140 S. 19 f.), sind zweifellos angefal-

- 19 - len. Vor diesem Umstand die Augen zu verschliessen und – wie die Beklagten da- für halten (act. 141 S. 28) – nur diejenigen Baukosten verteilen zu wollen, welche für die drei Bereiche strikte zugeordnet wurden, ist angesichts der Tatsache, dass dem Vermieter sachgemäss (grösseres Bauvorhaben bei einer mehrere Objekte umfassenden Liegenschaft) ein gewisser Schematismus zugestanden werden muss und daher zuzugestehen ist (vgl. Ziff.

III./5.4), schlicht nicht sachgerecht. Auch die nicht strikte zugeordneten Kosten sind für eine qualifizierte Beurteilung der Mietzinserhöhung zu berücksichtigen und auf die fraglichen Baubereiche um- zulegen. Selbst wenn sodann eine Plausibilitätsbetrachtung zum Beweis nicht al- leine massgeblich sein kann, so muss sie dennoch zulässig sein und als Beweis- mittel für die Zuordnung der tatsächlich angefallenen Kosten auf die drei Bereiche dienen können. Dass die Vorinstanz im Ergebnis – trotz Vorliegens von zahlen- mässigen Differenzen mit der Plausibilitätsbetrachtung des Sachverständigen – auf die Zahlen in der Aufstellung in act. 3/7 abstellte, ist im Ergebnis zudem nicht zu beanstanden, sondern durchaus sachgerecht und zutreffend. Aufgefangen wird diese Unschärfe im Übrigen durch die Alternativberechnungen der Vor- instanz, welche auf den plausibilisierten Zuordnungen der Kosten des Sachver- ständigen beruhen und zu keinem anderen Endergebnis führten, nämlich der Zu- lässigkeit der allein streitgegenständlichen Mietzinserhöhung (act. 140 S. 44 f.). Die Beweiswürdigung erfolgte auch insoweit umfassend, und der Klägerin ist der Beweis in deren Ergebnis geglückt. Anzufügen bleibt einzig noch, dass es unter dem Aspekt der freien Beweiswürdigung nicht willkürlich ist, wenn die Vorinstanz der Aufstellung und den Aussagen des Bauleiters F.\_\_\_\_\_ angesichts der augen- scheinlichen Zuteilungsprobleme in den Gutachten einiges Gewicht zumass. Der vorinstanzliche Entscheid ist bezüglich des Beweises der Baukostenverteilung somit insgesamt nicht zu beanstanden, und es kann daher ergänzend auf die ent- sprechenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden. 6. Die Vorinstanz ermittelte sodann mit einlässlicher Begründung einen wert- vermehrenden Anteil der Arbeiten von 60 % und einen Kapitalisierungssatz von 5.33 % (act. 140 S. 40-44). In der Berufung erklären die Beklagten demgegen- über, dass sie von einem wertvermehrenden Anteil von 52.5 % und einem Kapita- lisierungssatz von 5.57 % ausgingen (act. 141 S. 29). Damit geben sie lediglich

- 20 - ihre eigene Sicht der Dinge wieder. Weder setzen sie sich diesbezüglich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander, noch erklären sie, woraus sich ihre Parameter ableiten. Ihre Berufung erweist sich insoweit nicht als hinreichend be- gründet und bleibt entsprechend unbeachtlich. 7. Die Beklagten bringen auch sonst nichts Stichhaltiges vor, was am bislang gewonnenen Ergebnis etwas zu ändern vermöchte. Die Berufung erweist sich somit insgesamt als (sachlich) unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Das Urteil vom 20. November 2015 ist daher in der Sa- che zu bestätigen. IV. Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beklagten für beide Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Festset- zungen der Gerichtskosten und die Parteientschädigungen blieben unbean- standet und sind daher ebenfalls zu bestätigen. Der Streitwert der Berufung be- trägt Fr. 84'000.- (act. 144 S. 2).

Bei der Festsetzung der Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens ist ins- besondere zu berücksichtigen, dass vorliegend zwei gleichgelagerte Parallelfälle zu beurteilen waren und dass periodische Leistungen im Streit lagen. Die Ent- scheidgebühr ist deshalb in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Der Betrag ist mit dem von den Beklagten geleisteten Kostenvorschuss (act. 146) zu verrechnen. Dar- über hinaus haben die Beklagten die Klägerin für deren notwendige Aufwendun- gen in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 bis 3 An- wGebV OG mit Fr. 4'500.- (inkl. MWSt.) zu entschädigen.

- 21 - Es wird beschlossen:

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