

# ZH\_OBERGERICHT NG150012 vom 20. November 2015

ZH Obergericht, 2015-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG150012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG150012)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG150012 du 20 novembre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT NG150012 del 20 novembre 2015

## Erwägungen

### E. 1

Mit Mietvertrag vom 23./27. Mai 2002 vermieteten die Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Kläger) der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beklagte) ab dem 1. Oktober 2002 eine 3 ½-Zimmer-Wohnung im

### E. 2

Der ursprüngliche Mietvertrag zwischen den Parteien vom 23./27. Mai 2002 sah einen Mietzins von monatlich netto Fr. 1'450.-- zzgl. Fr. 90.-- Nebenkosten vor (act. 3/3). Per 1. Oktober 2009 wurde die Nettomiete dem veränderten Referenzzins angepasst und auf Fr. 1'415.-- reduziert (act. 21/1). Nach den Renovationsarbeiten in den Jahren 2012/2013 vereinbarten die Parteien im Rahmen eines Mietzinsanfechtungsverfahrens bzw. der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen vom 7. Juni 2013 vergleichsweise einen Nettomietzins per 1. Oktober 2013 von Fr. 1'568.--, u.a. unter Berücksichtigung des Referenzzinssatzes von 2,25% (act. 3/4).

### E. 2.1

Die Vorinstanz hielt nach ausführlichen und zutreffenden rechtlichen Erwägungen – worauf um Wiederholungen zu vermeiden verwiesen werden kann – zum mieterseitigen Mietzinsherabsetzungsbegehren infolge Senkung des Referenzzinssatzes für Hypotheken gemäss Art. 270a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 12a VMWG und der möglichen Einrede der Vermieterschaft, dass der herabgesetzte Mietzins unter den orts- und quartierüblichen Mietzinsen zu liegen käme (Art. 269a lit. a OR), fest, dass zufolge des am 3. September 2013 von 2,25% auf 2% gesenkten Referenzzinssatzes ein grundsätzlicher Anspruch der Beklagten auf eine proportionale Senkung ihres Mietzinses bestehe (act. 41 S. 10 f.). Dies ist im Rechtsmittelverfahren unbestritten (act. 42).

### E. 2.2

Die von den Klägern nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erstmals bei der Beschwerdeinstanz eingereichte Kopie eines Zeitungsartikels aus der ...-Zeitung vom 17. September 2015 (act. 48 f.) erfolgte nicht nur verspätet, sondern hat auch als neues Beweismittel unberücksichtigt zu bleiben.

### E. 2.2.1

Im Rahmen der Prüfung der von den Klägern geltend gemachten Orts- und Quartierüblichkeit des beklagischen Mietzinses schloss die Vorinstanz im Anschluss an die Definition der massgebenden Kriterien gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG (act. 41 S. 12 f.) sämtliche Wohnungen aus den von den Klägern eingereichten Zeitungsinserten ohne genauere Prüfung der einzelnen Vergleichskriterien als Vergleichsobjekte aus. Einerseits mit der Begründung der fehlenden Substantiierung der Vergleichbarkeit mit der

beklagtischen Wohnung und andererseits gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Vergleich mit Mietinseraten nicht zulässig sei, da die in Inseraten ausgedruckten Mietzinse als blosser Offerten noch keine erhärteten Marktpreise darstellen und sich daher nicht als Grundlage eines statistisch aussagekräftigen Vergleichs eignen. Aus letzterem Grund blieb auch das sich auf Wohnungsinserte der Website comparis.ch stützende Gutachten von J.\_\_\_\_\_, welches belegen sollte, dass der aktuelle Mietzins der Beklagten bereits mehr als Fr. 200.-- unter dem Quartierüblichen liege, unberücksichtigt (act. 41 S. 14 f.).

#### **E. 2.2.2**

Weiter wurden die von den Klägern präsentierten Objekte an der F.\_\_\_\_-strasse ..., dem G.\_\_\_\_ ... und dem H.\_\_\_\_-weg ... - ... einerseits aufgrund des Grössenunterschieds zur beklagtischen Wohnung und andererseits aufgrund ungleicher Baujahre nicht zum Vergleich zugelassen (act. 41 S. 15).

#### **E. 2.2.3**

Die zum Vergleich angebotenen restlichen drei Wohnungen des Mehrfamilienhauses an der D.\_\_\_\_-strasse ... in ..., welche im Eigentum der Kläger stehen, wurden gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend mehrerer zum Vergleich angebotener Objekte in der gleichen Liegenschaft desselben Eigentümers nur als ein Vergleichsobjekt berücksichtigt (act. 41 S. 15 f.).

#### **E. 2.3**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Kläger hätten maximal ein taugliches Vergleichsobjekt offeriert statt der vom Bundesgericht geforderten fünf Objekte, weshalb ihre Einrede der Orts- und Quartierüblichkeit mangels zum Vergleich tauglicher Objekte abgewiesen wurde. Ebenfalls verworfen wurde die klägerische Einrede des nicht übersetzten Ertrages (Art. 269 OR; act. 41 S. 16 f.). Folglich wurde der grundsätzliche Anspruch der Beklagten auf Mietzinsherabsetzung gestützt auf den von 2,25% auf 2% gesunkenen Referenzzinssatz konkret im Umfang von 2,91% bejaht und unter Berücksichtigung des anerkannten klägerischen Erhöhungsanspruchs von 0,5% als Ausgleich der allgemeinen Kostensteigerung im Ergebnis eine Mietzinsreduktion im Umfang von 2,41% bzw. rund Fr. 37.85 monatlich gutgeheissen (act. 41 S. 17 f.). Die Klage der Kläger wurde abgewiesen und der Mietzins der Beklagten ab dem 1. April 2014 antragsgemäss auf monatlich Fr. 1'530.15 netto festgesetzt (act. 41 S. 20).

#### **E. 3**

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2013 ersuchte die Beklagte um eine Anpassung ihrer Nettomiete an den auf 2% gesunkenen Referenzzinssatz (act. 3/6). Dies wurde von den Klägern mit Brief vom 14. Januar 2014 abgelehnt mit der Begründung, dass der aktuelle Mietzins der Beklagten bereits wesentlich

- 3 - unter dem Ortsüblichen liege. Ausserdem habe der gesunkene Referenzzinssatz keinen Einfluss auf die Höhe ihrer täglichen Ausgaben (act. 3/7).

#### **E. 3.1**

Vorweg ist festzuhalten, dass entgegen der klägerischen Rüge (act. 42 Rz 14) nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz deren Ausführungen zum gestiegenen Hypothekenzinssatz und den Bankkosten unter dem Titel des nicht übersetzten Ertrages

gewürdigt hat (act. 41 S. 16 f.). Im Ergebnis blieb dieser ab-

- 9 - gewiesene Einwand der Kläger im Beschwerdeverfahren unangefochten (act. 42 Rz 14).

### **E. 3.2**

und 3.2.3 [= MRA 2/13 S. 50 ff.]; eine grössere Zahl von Vergleichsobjekten verlangen je nach den örtlichen Verhältnissen Lachat/Brutschin, Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, N 19/2.2.1, S. 356 und Higi, ZK, N 57 ff. zu Art. 269a OR, wobei Letzterer gleichzeitig dafür hält, die Anforderungen an die Vergleichbarkeit herabzusetzen). Dabei muss es sich um mindestens fünf vergleichbare Wohnungen in verschiedenen Liegenschaften oder von verschiedenen Eigentümern handeln (BGE 123 III 317 E. 4a und 4c/aa; BGer, Urteil 4A\_675/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2). Die Vergleichsobjekte müssen mit Bezug auf die in

- 10 - Art. 11 Abs. 1 VMWG aufgeführten und durch die Praxis daraus abgeleiteten Kriterien im wesentlichen die gleichen Merkmale wie das konkret zu beurteilende Objekt aufweisen. Nur auf diese Weise kann eine Schlussfolgerung gezogen werden, die eine gewisse Sicherheit vermittelt (vgl. BGE 123 III 317 E. 4a m.w.H.; BGer, Urteil 4C.40/2001 vom 15. Juni 2001 E. 5b [= MRA 5/01 S. 142 ff.], 4C.275/2004 vom 26. Oktober 2004 E. 3.1, 4A\_379/2009 vom 21. Oktober 2009 E. 3.1 [= mp 2010 S. 32 ff.]). Weicht ein Objekt nur schon unter einem dieser Kriterien wesentlich vom Ausgangsobjekt bzw. der streitigen Wohnung ab, so ist die Vergleichbarkeit in Bezug auf dieses Objekt zu verneinen (vgl. ZK-Higi, N 63 zu Art. 269a OR).

### **E. 3.3**

Es trifft zu, dass das Gericht, sofern – wie im vorliegenden Fall – der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, in erster Instanz neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsfällung berücksichtigt (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Beim Objekt E.\_\_\_\_-weg ... in ... handelt es sich um einen von der Beklagten im Rahmen der Hauptverhandlung offerierten Gegenbeweis. Nachdem indes die beweisbelasteten Kläger – wie nachfolgend im Einzelnen zu zeigen sein wird – die fünf von der Rechtsprechung verlangten Vergleichsobjekte nicht beizubringen und somit den Nachweis für die von ihnen geltend gemachte Orts- und Quartierüblichkeit des beklagten Mietzinses nicht zu erbringen vermochten (vgl. nachstehend Ziff. III.5 - III.11), wurden durch die Nichtberücksichtigung ihrer nach der Hauptverhandlung erfolgten schriftlichen Darstellung (act. 32) zum von der Beklagten offerierten Gegenbeweis im Ergebnis keine Parteirechte beeinträchtigt. (Die Nennung eines einzigen Vergleichsobjektes durch die Beklagte ist ohnehin ungenügend, da an den Gegenbeweis in etwa die gleichen Anforderungen wie an den Hauptbeweis zu stellen sind; vgl. SVIT-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 26 zu Art. 269a OR; ZK-Higi, N 137 zu Art. 269a OR). Dasselbe gilt für den nicht durchgeführten Augenschein im Objekt E.\_\_\_\_-weg .... Die Vorinstanz war nicht gehalten, eine Beweiserhebung über unerhebliche

- 7 - und zur Beeinflussung des Entscheides ungeeignete Fakten anzuordnen. Nach dem Gesagten liegt weder eine Verletzung des Rechts auf Beweis (Art. 8 ZGB, Art. 29 Abs. 2 BV) noch des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) vor. III. (Materielles) 1. Die Parteibehauptungen wurden im angefochtenen Entscheid ausführlich wiedergegeben (act. 41 S. 4 - 7). Darauf kann vorab verwiesen werden.

#### **E. 4**

Die Beklagte gelangte daraufhin am 10. Februar 2014 an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen. Ihrem Mietzinsherabsetzungsbegehren zufolge Senkung des Referenzzinssatzes setzten die Kläger die Einrede der Orts- und Quartierüblichkeit des angefochtenen Mietzinses entgegen. Nachdem anlässlich der Schlichtungsverhandlung keine Einigung erzielt werden konnte, unterbreitete die Schlichtungsbehörde den Parteien mit Zirkulationsbeschluss vom 2. Juni 2014 einen Urteilsvorschlag (act. 3/1). In diesem wurde der strittige Mietzins ab 1. April 2014 auf monatlich Fr. 1'530.15 netto festgesetzt, basierend u.a. auf dem Referenzzinssatz von 2% und der allgemeinen jährlichen Kostensteigerung von 0,5% (act. 3/1 S. 10 f.). Der Urteilsvorschlag wurde von den Klägern innert Frist abgelehnt, worauf die Schlichtungsbehörde ihnen mit Beschluss vom 4. Juli 2014 die Klagebewilligung erteilte (act. 2).

#### **E. 4.1**

Massgeblich für die Ermittlung der orts- oder quartierüblichen Mietzinse im Sinne von Art. 269a lit. a OR sind nach Art. 11 VMWG die Mietzinse für Wohn- und Geschäftsräume, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der zu beurteilenden Mietsache vergleichbar sind (Abs. 1). Ausser Betracht fallen Mietzinse, die auf einer Marktbeherrschung durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen (Abs. 3). Das Bundesgericht stellt hohe Anforderungen an die Vergleichbarkeit. Um eine einigermaßen zuverlässige Aussage zur Üblichkeit der Mietzinse zu erhalten, fordert es gemäss ständiger Rechtsprechung mindestens fünf Vergleichsobjekte (BGE 114 II 361 E. 4.b; BGE 123 III 317 E. 4a [= MRA 5/97 S. 185 ff.]; BGer, Urteil 4A\_448/2009 vom 1. Februar 2009 E. 2.3 [= MRA 2/11 S. 77 ff.]; BGE 136 III 74 E. 3.1 und 3.2.2 [= Pra 99 (2010) Nr. 86]; BGer, Urteil 4A\_675/2011 vom

#### **E. 4.2**

Es ist Sache jener Partei, welche sich auf die Orts- und Quartierüblichkeit beruft, die Vergleichsbeispiele beizubringen.

#### **E. 5**

Mit Eingabe vom 5. August 2014 (act. 1) und unter Beilage der Klagebewilligung vom 4. Juli 2014 (act. 2) sowie weiterer Belege (act. 3/1, act. 3/3-19) erhoben die Kläger Klage beim Einzelgericht des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen und beantragten sinngemäss, es sei festzustellen, dass die Beklagte keinen Anspruch auf eine Anpassung ihrer Miete an den gesunkenen Referenzzinssatz habe und der Nettomietzins weiterhin Fr. 1'568.-- betrage (act. 1 S. 1; Prot. I S. 2; act. 41 S. 9). Nach Leistung des Kostenvorschusses durch die Kläger in Höhe von Fr. 1'884.-- (act. 5 und act. 7) nahm die Beklagte mit Schriftsatz vom 17. November 2014 (act. 20) samt Beilagen (act. 21/1-5) fristgerecht (vgl. act. 16 und act. 17/1) Stellung und beantragte, es sei die Klage abzuweisen und ihre Nettomiete in Bestätigung von Ziffer 1 des Urteilsvorschlages der Schlichtungsbehörde vom 2. Juni 2014 auf Fr. 1'530.15 zu senken, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zulasten der Kläger (act. 20 S. 2). Unter Berücksichtigung des im Vergleich zum Schlichtungsverfahren erfolgten Parteirollenwechsels wurde das Rechtsbegehren der Beklagten nicht als Widerklage anhand genommen, sondern als sinngemässe Teilanerkennung des klägerischen Rechtsbegehrens (bezogen auf die allgemeine Kostensteigerung; vgl. act. 41 S. 9 und vorste-

- 4 - hend Ziff. I.4) gewertet. Nach Durchführung der Hauptverhandlung vom 14. Januar 2015 (Prot. I S. 9 ff.) wandten sich die Kläger mit Schreiben vom 19. Januar 2015 (act. 32), welches sie auch der Vorinstanz zur Kenntnis brachten (act. 31), an die Beklagte, da sie der Ansicht waren, durch deren anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten Klageantwort "überrumpelt" worden und daher nicht in der Lage gewesen zu sein, sofort dazu Stellung zu nehmen. Auf dieses Schreiben reagierte die Beklagte mit Eingabe vom 22. Januar 2015 (act. 35; vgl. nachstehend Ziff. II.3.1).

### **E. 5.1**

Konkret rügen die Kläger im Beschwerdeverfahren unter Verweisung auf ihre Klageschrift, die Vorinstanz habe "lapidar" auf bloss zwei Zeilen gesagt, die Orts- und Quartierüblichkeit sei keineswegs als gerichtsnotorisch zu betrachten. Dabei habe sie ihre Argumentation übergangen, wonach die einzigen, welche Vergleichszahlen aus ihrer täglichen amtlichen Berufserfahrung kennen würden, die Spezialinstanzen, d.h. die Schlichtungsstelle und das Mietgericht seien, welche insbesondere bei der Beurteilung der Orts- und Quartierüblichkeit die "Spezialisten" seien (act. 42 Rz 7; act. 1 Rz 17).

### **E. 5.2**

Der Beweis für die Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses, welche entgegen der Meinung der Kläger (act. 42 Rz 9) nicht gerichtsnotorisch ist, obliegt nach den prozessualen Grundsätzen derjenigen Partei, welche sich darauf beruft (Art. 8 ZGB; KUKO OR-Blumer, N 5 zu Art. 269a OR m.w.H.). Im Zusammenhang mit einer Mietzinserhöhung gestützt auf die Vergleichsmiete oder wie im vorliegenden Fall mit der Abwehr eines Senkungsbegehrens unter Berufung auf die Vergleichsmiete ist dies die Vermieterschaft bzw. sind es die Kläger (vgl. BGE 127 III 411 E. 5a am Ende = Pra 91 (2002) Nr. 25). Dass der Nachweis des entsprechenden Mietzinsniveaus infolge der möglicherweise zu strengen Vergleichskriterien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung oft nicht oder nur mit grossem Aufwand zu erbringen ist, ändert daran nichts. Die soziale Untersuchungs-

- 11 - maxime gemäss Art. 247 ZPO hat an den Beweisschwierigkeiten nichts geändert, da nach Literatur und Rechtsprechung die Parteien die notwendigen Unterlagen vorlegen müssen und damit die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung weiterhin beim Beweisbelasteten liegt (vgl. BSK OR-I-Weber, 6. Aufl., Basel 2015, N 5 zu Art. 269a OR). Denn auch die soziale Untersuchungsmaxime verlangt vom Richter nicht, dass er anstelle der beweisbelasteten Partei die Aufgabe übernimmt, die für den Mietzinsvergleich mit dem Referenzobjekt erforderlichen Unterlagen/Beweise beizubringen (vgl. BGer, Urteil 4A\_612/2012 vom 19. Februar 2013 E. 2.2). Im Übrigen galt die soziale Untersuchungsmaxime bereits vor Inkrafttreten der ZPO.

### **E. 6**

Mit Urteil vom 23. April 2015 wies das Einzelgericht des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen die Klage ab und setzte den strittigen Mietzins ab dem 1. April 2014 auf monatlich Fr. 1'530.15 netto fest. Als Rechtsmittel wurde die Berufung angegeben (act. 38 = act. 41 S. 20).

### **E. 6.1**

Die Kläger kritisieren sodann, dass die Vorinstanz gestützt auf einen mehr als 20 Jahre zurückliegenden Entscheid des Bundesgerichts den Vergleich mit Mietinseraten als nicht

zulässig erachtet habe und somit ihre umfangreiche, umfassende und nahezu vollständige Sammlung aller Mietinserate der vergangenen zwei Jahre aus der ...-Zeitung völlig unberücksichtigt gelassen habe, eben so wie die zum besseren Verständnis erstellten Übersichten, in welchen die Preise der inserierten Wohnungen verzeichnet seien. Diese Inserate, aus welchen ersichtlich sei, dass es seit März 2012 in der ...-Zeitung nicht eine einzige 3 ½-Zimmer-Wohnung gegeben habe, die billiger gewesen wäre als jene der Beklagten, seien so starke Indizien für die Marktsituation, dass sie ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Beweis von einem Mietgericht nicht einfach unbeachtet bleiben dürften (act. 42 Rz 9).

## **E. 6.2**

Mietangebote in Inseraten können nicht als "Vergleichsobjekte" zugelassen werden (vgl. Urteil des BGer in: mp 3/95 S. 122 ff.). Diese Auffassung wird auch in der Literatur vertreten (Gmür/Thanei, Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Mietzinserhöhung, Fachheft Mietrecht Nr. 3, Zürich 1993, S. 18; ZK-Higi, N 56 zu Art. 269a OR; SVIT-Kommentar, N 29 zu Art. 269a OR; Lachat/Brutschin, a.a.O., N 19/2.2.4, S. 359). Was das Bundesgericht im Jahre 1995 entschieden hat, gilt auch heute. Das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit stellt auf einen Mietzinsvergleich mit ähnlichen Objekten ab (Vergleichsmiete). Die Vergleichsmiete ist nicht zu verwechseln mit einer sog. Marktmiete und lässt sich nicht mit

- 12 - den in Inseraten ausgeschriebenen Mietzinsen gleichsetzen, die als blossen Offerten ohnehin noch keine erhärteten Marktpreise abbilden. In der Tagespresse erschienene Inserate lassen bestenfalls Rückschlüsse auf Marktverhältnisse zu, nicht aber auf die auf der Basis von Vergleichsmieten zu ermittelnde Orts- und Quartierüblichkeit. Sie tragen den Kriterien von Art. 11 Abs. 1 VMWG nicht oder nicht genügend Rechnung (vgl. Lachat/Brutschin, a.a.O., N 19/2.2.4, S. 359; BSK OR I-Weber, a.a.O., N 1a zu Art. 269a OR m.w.H.; SVIT-Kommentar, N 29 zu Art. 269a OR). Die Vorlage von Zeitungsinseraten genügt somit für die von Gesetz und Rechtsprechung für Vergleichsobjekte geforderten rechtsgenügenden Angaben nicht.

## **E. 6.3**

Darüber hinaus blieb die Vergleichbarkeit der Wohnungen aus den Zeitungsinseraten trotz entsprechendem Hinweis der Vorderrichterin (Prot. I S. 18 f.) unsubstantiiert bzw. machten die Kläger keine genauen Angaben dazu, inwieweit diese mit dem Ausgangsobjekt bzw. der beklagten Wohnung unter sämtlichen Kriterien gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG vergleichbar sind. Beschreibungen allgemeiner Art wie Anzahl der Zimmer und Mietpreise, wie sie aus den Zeitungsinseraten entnommen werden können und von den Klägern für eine Auswahl der inserierten Wohnungen vorgelegt wurden (act. 3/9-10), genügen nicht (vgl. auch BGer, Urteil 4A\_675/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2).

## **E. 6.4**

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass sämtliche Wohnungen aus den Zeitungsinseraten der ...-Zeitung (act. 3/8-10) nicht als Vergleichsobjekte zur Bestimmung der Orts- und Quartierüblichkeit taugen (act. 41 S. 14). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder des Rechts auf Beweis ist nach dem Gesagten zu verneinen.

## **E. 7**

Dagegen erhoben die Kläger mit Eingabe vom 22. Mai 2015 (Post- stempel) rechtzeitig (vgl. act. 39/2-3) ein mit "Berufung" bezeichnetes Rechtsmit- tel beim Obergericht des Kantons Zürich mit den folgenden Anträgen (act. 42 S. 1 f.): "Es sei die Berufung gutzuheissen und es sei festzustellen, dass die Berufungsbeklagte keinen Anspruch auf eine Herabsetzung ihrer Miete hat und der Nettomietzins weiterhin CHF 1'568.-- beträgt. Gegebenenfalls sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und 2 ZPO. Alles unter KEF zu Lasten der Berufungsbeklagten."

### **E. 7.1**

Aus vorstehend erwähntem Grund hat die Vorinstanz sodann das von den Klägern eingereichte Gutachten von J.\_\_\_\_\_ zur Mietpreissituation im Ortsteil I.\_\_\_\_\_ in ... (act. 3/16), welches belegen soll, dass der aktuelle Mietzins der Be- klagten bereits mehr als Fr. 200.-- unter dem Quartierüblichen liege (act. 1 S. 8), zu Recht als untauglich qualifiziert, da es sich auf Wohnungsinserate der Website comparis.ch stützt (act. 3/16 S. 5), welche ebenso wie Mietangebote in Zeitungs- inseraten nicht als Vergleichsobjekte zugelassen werden können (act. 41 S. 14).

- 13 - Kommt hinzu, dass das Gutachten in Bezug auf die Vergleichsobjekte nur Be- schreibungen sehr allgemeiner Art enthält, nämlich die Angabe der Strasse ohne Hausnummer, die Qualifikation des Standards im Vergleich zum Ausgangsobjekt bzw. der beklagten Wohnung (gehobener, einfacher oder vergleichbar), der Fläche in m<sup>2</sup> sowie des monatlichen Mietzinses (act. 3/16 S. 5).

### **E. 7.2**

Entgegen der Behauptung der Kläger in der Rechtsmittelschrift (act. 42 Rz 10) hat die Vorinstanz das eingereichte Gutachten in erster Linie somit nicht wegen des fehlenden Augenscheins in der Wohnung der Beklagten als untauglich in Zusammenhang mit dem zu erbringenden Nachweis der Orts- und Quartierüb- lichkeit qualifiziert, sondern weil sich das Gutachten auf Wohnungsinserate der Website comparis.ch stützt (act. 41 S. 14) und für Wohnungsinserate von Inter- netseiten dasselbe gilt wie für Zeitungsinserte – als blosse Angebotsmieten tau- gen sie nicht als "Vergleichsobjekte". Lediglich angemerkt wurde, dass der Gut- achter keinen Augenschein in der Wohnung der Beklagten, sondern in einer an- deren Wohnung im Mehrfamilienhaus an der D.\_\_\_\_\_ -strasse ... in ... genommen habe, deren Ausbaustandard anlässlich der Hauptverhandlung nicht mehr genau- er hat eruiert werden können (act. 41 S. 14 f.; Prot. I S. 30 f.).

### **E. 8**

Da der Streitwert (vgl. Rechtsbegehren vorstehend Ziff. I.5; act. 41 S. 9) unter Fr. 10'000.-- liegt, der angefochtene Entscheid folglich mit Beschwerde und nicht mit Berufung (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZOP und Art. 319 lit. a ZPO) anfecht- bar ist, wurde das Rechtsmittel der Kläger als Beschwerde entgegen genommen (vgl. act. 45 Ziff. 1.3). Der ihnen mit Verfügung vom 11. Juni 2015 auferlegte Kos- tenvorschuss in Höhe von Fr. 1'200.-- wurde innert Frist geleistet (act. 45 - 47). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 39). Der Prozess ist spruchreif.

- 5 - II. (Prozessuales) 1. Im vorinstanzlichen Verfahren, das nach den Regeln des vereinfachten Verfahrens durchzuführen war, galt die soziale bzw. eingeschränkte Untersu- chungsmaxime (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO).

### **E. 8.1**

Die Vorinstanz hat sodann die von den Klägern offerierten Vergleichs-objekte in der F.\_\_\_\_-strasse ..., dem G.\_\_\_\_ ... und dem H.\_\_\_\_-weg ... - ... vom Vergleich ausgeschlossen, da die Fläche dieser 3 ½-Zimmer-Wohnungen rund 123 - 126,5% derjenigen der beklagtischen Wohnung betrage und daher ge- stützt auf die Praxis des Bundesgerichts die offerierten Wohnungen zufolge des Grössenunterschieds nicht als Vergleichsobjekte geeignet seien (act. 41 S. 15).

### **E. 8.2**

Die Kläger bemängeln, die Vorinstanz habe ihre Argumentation unbe- rücksichtigt gelassen, wonach die Grösse einer Wohnung keine absolute Bedeu- tung habe und das Bundesgericht z.B. eine Wohnung mit 170 m2 Fläche mit einer solchen mit 142 m2 Wohnfläche vergleichbar erachtet habe. Vergleichsobjekte seien auch dann tauglich, wenn sie 20% Flächenunterschied aufwiesen (vgl. act. 1 Ziff. 14). Die von ihnen genannten Vergleichswohnungen an der F.\_\_\_\_- strasse ..., G.\_\_\_\_ ... und H.\_\_\_\_-weg ... - ... seien nicht wegen des unwesent- lichen Grössenunterschieds vom Vergleich auszuschliessen (act. 42 Rz 11).

- 14 -

### **E. 8.3**

Art. 11 Abs. 1 VMWG sieht die Berücksichtigung der Grösse der Objek- te vor. Während das Bundesgericht in Auslegung dieses Kriteriums bei grossen Wohnungen (Wohnfläche Referenzobjekt 171 m2, Vergleichsobjekt 130 m2) die Vergleichbarkeit bei einem Flächenunterschied von 24 % oder mehr ausge- schlossen (BGE 123 III 317 E. 4b/cc) und eine Flächendifferenz von knapp weni- ger als 24 % (konkret 23,79 %) bei grossen Wohnungen (Referenzobjekt 141 m2, Vergleichsobjekt 185 m2) noch als vergleichbar erachtet hat (BGer, Urteil 4A\_448/2009 vom 1. Februar 2009, E. 2.3), wurde in späteren Entscheiden auch bei grossen Wohnungen die Vergleichbarkeit bei einer Flächendifferenz von 20% ausgeschlossen (vgl. BGE 136 III 74 E. 3.2.2 am Schluss; BGE 139 III 13 E. 3.3.3). Diese Grenze wurde in einem neueren Urteil bestätigt (BGer, Urteil 4A\_612/2012 vom 19. Februar 2013 E. 3.2.2; gl. M. ZK-Higi, N 100 zu Art. 269a OR, der bezüglich der Grösse einen Toleranzspielraum von höchstens ca. 20% als richtig erachtet, welcher Ansicht im SVIT-Kommentar, N 13 zu Art. 269a OR, beigespflichtet wird). Die als eher klein zu bezeichnende beklagtische 3 ½-Zimmer-Wohnung hat eine Fläche von 83 m2 (act. 3/5), während die 3 ½-Zimmer-Wohnungen am H.\_\_\_\_-weg ... und ... eine Fläche von 102 m2 (act. 3/12-13), jene am H.\_\_\_\_- weg ... eine Fläche von 104.8 m2 (act. 3/14) und jene im G.\_\_\_\_ ... sowie der F.\_\_\_\_-strasse ... eine Fläche von je 105 m2 (act. 3/11 und act. 3/15 Blatt 3) aufweisen. Da der Flächenunterschied somit 22,9%, 26,3% und 26,5% beträgt und damit mehr als die vom Bundesgericht zugelassene Toleranzgrenze von 20%, schliesst er den Vergleich aus. Die Unterschiede können weder durch Zu- oder Abschläge auf den Vergleichsmietzinsen ausgeglichen werden (vgl. Lachat/Brutschin, a.a.O., N 19/2.2.3, S. 359) noch – entgegen der Ansicht der Kläger (act. 1 Rz 14 und act. 42 Rz 11) – durch die anderen Vergleichskriterien kompensiert werden. Die Ermittlung der orts- und quartierüblichen Mieten erfolgt nämlich nicht aufgrund einer "gesamtheitlichen Betrachtung" (BGer, Urteil 4A\_612/2012 vom 19. Februar 2012 E. 3.2.2). Vielmehr müssen die Vergleichs- objekte mit Bezug auf alle in Art. 11 VMWG aufgezählten Kriterien im wesentli- chen die gleichen Merkmale wie das konkret zu beurteilende Objekt

aufweisen. Weicht ein Objekt nur schon unter einem dieser Kriterien wesentlich vom Ausgangsobjekt ab, ist die Vergleichbarkeit in Bezug auf dieses Objekt zu verneinen (vgl. ZK-Higi, N 63 zu Art. 269a OR; vorstehend Ziff. III.4.1).

#### **E. 8.4**

Selbst wenn man aufgrund der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung die beiden Wohnungen am H.\_\_\_\_-weg ... und ... mit einer Abweichung von knapp 23% zum Vergleich zulassen würde, entfielen deren Vergleichbarkeit – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – aufgrund des Kriteriums der Bauperiode.

#### **E. 9**

Februar 2012 E. 2 [= mp 2012 S. 293 ff.]; BGE 139 III 13 E. 3.3.1 und 3.4 [= Pra 102 (2013) Nr. 105]; BGer, Urteil 4A\_612/2012 vom 19. Februar 2013 E.

#### **E. 9.1**

Die Vorinstanz hat die Objekte H.\_\_\_\_-weg ... - ..., G.\_\_\_\_ ... und F.\_\_\_\_-strasse ... auch deshalb zurückgewiesen, weil sie als Neubauten aus den Jahren 2010 bis 2014 das Kriterium der Bauperiode – das Gebäude, in welchem sich die beklagte Wohnung befindet, wurde im Jahre 1970 erbaut – nicht erfüllten. Ergänzt wurde, dass selbst dann, wenn man sich am Zeitpunkt der Totalrenovierung der beklagten Wohnung, dem Jahre 1991, orientieren würde, zwischen dieser Totalsanierung und den offerierten Vergleichsobjekten rund 20 Jahre lägen und somit nicht die vom Bundesgericht maximal vorgesehenen 10 Jahre. Von der gleichen Bauperiode könne daher nicht gesprochen werden. Daran ändere auch nichts, dass die Kläger geltend machten, die Wohnung der Beklagten weise allen Komfort des "heute aktuellen besten Ausbaustandards" auf und sei "im Prinzip neuwertig", da die Ausstattung ein weiteres, von der Bauperiode unabhängiges Kriterium sei (act. 41 S. 15).

#### **E. 9.2**

Die Kläger widersetzten sich dieser Argumentation und machen geltend, der Erstellungszeitpunkt sei ein wenig aussagekräftiges Vergleichskriterium. Sie verlangen, dass dem wirtschaftlichen Alter der Gebäude Rechnung getragen werde. So habe die Vorinstanz selber festgestellt, dass nach der Totalsanierung der Wohnung der Beklagten im Jahre 1991 die Bodenbeläge im Jahr 2002 erneuert worden seien und in den Jahren 2012/13 die Liegenschaft erneut umfassend saniert worden sei, insbesondere seien die Balkone vergrössert, ein Lift und schalldämpfende Wohnungstüren eingebaut sowie die Wärmeisolation auf den neusten Stand gebracht worden. Bereits vor Vorinstanz sei dargetan worden, dass sich das Haus als praktisch neuwertig präsentiere und auch die beklagte Wohnung mit Lift, Terrasse, Wärme- und Geräuschdämmung, Cheminée, separatem WC etc. dem heute aktuellen besten Ausbaustandard entspreche und somit - 16 - nur mit Wohnungen neueren Erstellungsdatums zu vergleichen sei. Die Wohnqualität sei ein sehr viel wichtigeres Bewertungselement als das Erstellungsjahr, weshalb auch ein Augenschein in der Wohnung der Beklagten beantragt worden, jedoch in Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Beweis verweigert worden sei (act. 42 Rz 12).

#### **E. 9.3**

Der Vergleich der Bauperioden muss in Berücksichtigung des Alters der Liegenschaft erfolgen. In der Literatur wird als grobe Unterteilung der Kategorie Bauperiode gefordert, dass Liegenschaften mit Erstellungsjahr vor 1900, zwischen 1900 und 1920 (so unter Verweisung auf BGE 123 III 317 E. 4b/aa), 1921 bis 1946, 1947 und 1960 und danach in Zehnjahresperioden untereinander jeweils vergleichbar sind. Sodann wird dafür gehalten, dass vollständig renovierte Liegenschaften je nach Ausmass der Renovation mit Liegenschaften zu vergleichen sind, die in der Zeitperiode der Renovation neu erstellt wurden (Lachat/Brutschin, a.a.O., N 19/2.2.2, S. 358 f. m.w.H.; ZK-Higi, N 110 zu Art. 269a OR). Eine allzu starre Handhabung von Zeitlimiten wird abgelehnt (SVIT-Kommentar, N 19 zu Art. 269a OR). Higi (a.a.O., N 122 ff. zu Art. 269a OR) spricht dem Kriterium der Bauperiode eine eigenständige Bedeutung ab. Dieser Auffassung in der Literatur ist das Bundesgericht bisher nicht gefolgt. Es hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach zwei Gebäude bei einer Abweichung im Erstellungsdatum von über zwanzig Jahren keinesfalls derselben Bauperiode zugeordnet werden können und eine Lockerung der Regel der zwanzig Jahre sich nicht rechtfertigt. In diesem Bereich sei nämlich eine gewisse Schenmatik angebracht, um die rechtliche Vorhersehbarkeit und Gleichbehandlung zu gewährleisten. Ohne Rücksicht auf Art und Zeitpunkt von vorgenommenen Renovationen wird streng am Kriterium der Erstellungsjahres bzw. einem eng begrenzten Zeitraum vor und nach dem Erstellungsjahr festgehalten (vgl. BGE 123 III 317 E. 4b/aa; BGer, Urteil 4C.40/2001 vom 15. Juni 2001 E. 5c/aa und 5c/bb, 4A\_448/2009 vom 1. Februar 2009 E. 2.3 und 4A\_612/2012 vom 19. Februar 2013 E. 3.2.2; BGE 136 III 74 E. 3.2.1). Das Gebäude, in welchem sich die Wohnung der Beklagten befindet, wurde im Jahre 1970 erstellt (act. 3/5), während die von den Klägern genannten Ver-

- 17 - gleichobjekte gemäss ihren Angaben in den Jahren 2010 bis 2014 (act. 3/11-12) erstellt wurden und somit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht vergleichbar sind. Daran ändert auch der Einwand der Kläger nichts, dass ihrer Ansicht nach der Wert einer Wohnung und damit auch der dafür orts- und quartierübliche Preis zu einem ganz geringen Teil davon abhängen, wann die Mauern erstellt worden seien, hingegen sehr viel mehr von den "weichen" Faktoren wie allgemeiner Zustand, Terrasse, Lift, Wärme- und Schalldämmung und nicht zuletzt von der Aussicht und der Umgebung (act. 43 Ziff. 12), da das Bundesgericht einerseits die Beurteilung nach dem wirtschaftlichen Alter ablehnt und an dieser, in der Literatur teilweise kritisierten Rechtsprechung (vgl. ZK-Higi, N 123 zu Art. 269a OR; Sommer, in MRA 5/01 S. 149 zu BGer, Urteil E 4C.40/2001; Sommer, in MRA 2/11 S. 85 zu BGer, Urteil 4A\_448/2009 vom 1. Februar 2009) festhält. Andererseits stellen die von den Klägern erwähnten Komponenten Lage, Ausstattung und Zustand – bei den beiden Letzteren wären gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Unterhalt und allfällige Renovationen zu berücksichtigen (vgl. BGE 123 III 317 E. 4b/bb und 4b/dd; BGer, Urteil 4C.40/2001 vom 15. Juni 2001 E. 5c/aa und 4A\_448/2009 vom 1. Februar 2009 E. 2.3) – zwar weitere Kriterien dar, welche gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG übereinstimmen müssen, auf die Vergleichbarkeit der Bauperiode als eigenständiges Kriterium indes keinen Einfluss haben.

#### **E. 9.4**

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen erweist sich der Ausschluss der Vergleichsobjekte H.\_\_\_\_-weg ... - ..., G.\_\_\_\_ ... und F.\_\_\_\_-strasse ... auch gestützt auf das Kriterium der Bauperiode als begründet und werfen die Kläger der Vorinstanz zu

Unrecht vor, willkürlich verfahren zu sein.

### **E. 9.5**

Da die Übereinstimmung mit zwei der Kriterien gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG (Grösse und Baujahr) zufolge wesentlicher Abweichungen zu Recht verneint wurde, hat die Überprüfung der Übereinstimmung mit den weiteren Vergleichskriterien nach Art. 11 VMWG unterbleiben können. 10.1 Schliesslich stellen sich die Kläger mit der Beschwerde auf den Standpunkt, dass der Ausschluss der von ihnen als Vergleichsobjekte zur Prüfung der Orts- und Quartierüblichkeit aufgeführten restlichen drei Wohnungen des in ih-

- 18 - rem Eigentum stehenden Mehrfamilienhauses an der D.\_\_\_\_\_-strasse ... im ... willkürlich sei (act. 42 Rz 8 und 13). 10.2 Das Bundesgericht hält dafür, dass zum Vergleich taugliche Objekte im Eigentum verschiedener Drittpersonen stehen und sich nicht in der gleichen Liegenschaft befinden sollten, da ein Vergleich mit den dem gleichen Eigentümer gehörenden Objekten keine generelle Schlussfolgerung mit Bezug auf das allgemeine Niveau der orts- und quartierüblichen Mietzinse zulasse. Mehrere zum Vergleich angebotene Objekte, die sich in der gleichen Liegenschaft befinden und demselben Eigentümer gehören, sind daher nur als ein Vergleichsobjekt zu berücksichtigen (BGE 123 III 317 E. 4c/aa und 4c/bb; BGer, Urteil 4C.40/2001 vom 15. Juni 2001 E. 5c, 4A\_573/2008 vom 24. April 2008 E. 2.3 [= mp 4/09 S. 261 ff.]; gl. M. Lachat/Brutschin, a.a.O., N 19/2.2.1, S. 356 und N 19/2.2.5, S. 359; BSK OR-I-Weber, a.a.O., N 2b zu Art. 269a OR). Gemäss SVIT-Kommentar (N 21 zu Art. 269a OR) soll diese Einschränkung nur für den Fall gelten, dass im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VMWG eine marktbeherrschende Stellung des Vermieters behauptet oder gar nachgewiesen wird. Higi (a.a.O., N 82 f. zu Art. 269a OR) differenziert und stellt klar, dass die Einschränkung der Praxis nicht auf einem Analogieschluss zu Art. 11 Abs. 3 VMWG beruht, sondern aus der sachbezogenen Überlegung, dass vom gleichen Vermieter vermietete Objekte nicht sozusagen Übliches repräsentativ wiedergeben würden. Dass die Vorinstanz ihrer Würdigung das vom Bundesgericht gestützt auf Art. 269a lit. a OR und Art. 11 VMWG definierte Kriterium, welche Rechtsprechung auch in der Lehre mehrheitlich befürwortet wird, zugrunde legt, kann ihr nicht vorgeworfen werden. Es besteht keine Veranlassung von dieser, letztmals mit Urteil des BGer 4A\_675/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2 bestätigten Rechtsprechung abzuweichen. Somit ist nur eine Wohnung der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_-strasse ... in ... als Vergleichsobjekt zuzulassen. 10.3 Durch die von den Klägern unterbreiteten Unterlagen und gestützt auf deren Darstellung kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass die Kläger die fünf von der Rechtsprechung verlangten Vergleichsobjekte nicht beizubringen vermochten, weshalb sich ein Augenschein in der Wohnung der Beklagten erüb-

- 19 - rigte, da ein solcher zum Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit nichts hätte beitragen können. Die Vorinstanz war nicht gehalten, eine Beweiserhebung über zur Beeinflussung des Entscheids ungeeignete Fakten anzuordnen. Die Beweisabnahme durfte nach dem Gesagten unterbleiben und verletzt entgegen der Meinung der Kläger (act. 43 Rz 10 und 12) weder das Recht auf Beweis noch ihr rechtliches Gehör.

### **E. 11**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Kläger nur ein zum Vergleich geeignetes Objekt präsentiert haben und die Vorinstanz nicht gegen die Grundsätze von Art. 269a lit. a OR und Art. 11 Abs. 1 VMWG verstossen hat, indem es alle übrigen

Objekte vom Vergleich ausgeschlossen hat. Selbst wenn, wie von den Klägern geltend gemacht, alle drei Wohnungen an der D. \_\_\_\_\_-strasse ... im ... (und nicht nur eine) berücksichtigt werden würden, würden sich die Vergleichsobjekte auf drei belaufen, welche Anzahl ungenügend ist, um die quartierüblichen Mietzinse zu ermitteln. Im Resultat fehlt es am Nachweis der von den Klägern geltend gemachten Orts- und Quartierüblichkeit des geltenden – also noch nicht herabgesetzten – Mietzinses der Beklagten. Die Beschwerde der Kläger ist nach dem Gesagten abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei einem Streitwert von Fr. 9'084.-- (vgl. vorstehend Ziff. I.8) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühren in Anwendung der §§ 4 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'200.-- festzusetzen. Sie ist dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend den Klägern 1 und 2 unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihnen geleisteten Vorschuss zu beziehen. Parteientschädigungen sind mangels erheblicher Umtriebe keine zuzusprechen. Es wird erkannt:

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