

ZH_OBERGERICHT NG170021 vom 30. April 2018

ZH Obergericht, 2018-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG170021

FR: ZH_OBERGERICHT NG170021 du 30 avril 2018

IT: ZH_OBERGERICHT NG170021 del 30 aprile 2018

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend "Klägerin") hat mit den 29 Berufungsbeklagten (nachfolgend "Beklagte") sowie zwei weiteren Personen (einst die Beklagten 16a und 16b) im Frühjahr/Sommer 2012 Mietverträge über 16 Wohnungen in den Liegenschaften D.____-strasse 2, 1 und 4 in E.____ abgeschlossen. Dabei handelte es sich um die Erstvermietung der 16 Wohnungen. Die Mietverhältnisse wurden zwischen dem 15. Mai 2012 und dem 1. Oktober 2012 angetreten. In sämtlichen Mietverträgen wurden Akontozahlungen in der Höhe von Fr. 280.– bis Fr. 360.– pro Monat für die ausgeschiedenen Nebenkosten vereinbart (act. 1/5/3/1 - 16). Anfangs Juni 2014 kündigte die Klägerin alle Mietverhältnisse ordentlich per 30. September 2014 und stellte den Beklagten die Heiz- und Nebenkostenabrechnung für die Abrechnungsperiode 2012/2013 zu (act. 1/5/4/1 - 16). Mitte Oktober 2014 folgte die Heiz- und Nebenkostenabrechnung für die Abrechnungsperiode 2013/2014 (act. 1/5/5/1 - 16).

E. 1.1

Vorzuschicken gilt es, dass die Dispositivziffern 16 - 19 sowie Dispositivziffer 28 des vorinstanzlichen Entscheids vom 26. September 2017 nicht ange-

- 11 - fochten wurden. Die entsprechenden Dispositivziffern sind somit in Rechtskraft erwachsen, was der Klarheit halber vorzumerken ist. Die vorliegende Berufung richtet sich mithin nur noch gegen die Beklagten 1a - 15b. Unangefochten geblieben sind dabei ebenfalls die Dispositivziffern, in denen Widerklagen von Beklagten abgewiesen wurden. Auch das ist vorzumerken.

E. 1.2

Weiter ist klarzustellen, dass die in den Heiz- und Nebenkostenabrechnungen für die Abrechnungsperioden 2012/2013 (act. 1/5/4/1 - 16) und 2013/2014 (act. 1/5/5/1 - 16) ausgewiesenen Nebenkosten der Höhe nach nicht bestritten werden. Umstritten ist einzig der Anspruch der Klägerin auf die Bezahlung der vereinbarten Akontozahlungen übersteigenden tatsächlich angefallenen Heiz- und Nebenkosten durch die Beklagten. Darin liegt der Kernpunkt des Berufungsverfahrens sowie in der damit zusammenhängenden Rechtsfragen wie etwa der, ob den Vermieter in Bezug auf die Höhe der mutmasslich tatsächlich anfallenden Nebenkosten bei Vereinbarung von Akontozahlungen gegenüber dem Mieter eine Aufklärungspflicht trifft oder nicht bzw. ob ein Mieter von kostendeckenden Akontozahlungen für die Nebenkosten ausgehen darf. Zwar wurde diese Frage für ähnlich gelagerte Fälle bereits höchstrichterlich entschieden (BGE 132 III 24 und BGer, 4A_268/2009 vom 4. Februar 2010). Uneinig sind sich die Parteien aber insbesondere darüber, ob zum einen diese höchstrichterliche Rechtsprechung im Lichte der diversen Mieterschutzbestimmungen im Obligationenrecht richtig und deshalb an ihr

festzuhalten ist, sowie zum anderen, ob sie auf den hier zu beurteilenden Fall Anwendung findet. Darauf und auf alle Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren ist nachstehend, soweit für die Urteilsfindung erforderlich, im Einzelnen einzugehen. 2. Allgemeines zur Berufung Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (sog. Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und

- 12 - E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). 3. Entscheid der Vorinstanz

E. 2

Die Saldi der Heiz- und Nebenkostenabrechnungen für die Abrechnungsperioden 2012/2013 und 2013/2014 überstiegen die von den Mietern geleisteten Akontozahlungen erheblich (vgl. dazu die Aufstellung der Vorinstanz, act. 55 S. 9 ff.). In der Folge weigerten sich die Beklagten, die von der Klägerin geltend gemachten Nachforderungen im Zusammenhang mit den (unbestrittenermassen) effektiv angefallenen Nebenkosten im von der Klägerin geforderten Umfang zu bezahlen. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 20. Juli 2015 anerkannten die Beklagten eine Nachzahlungspflicht in der Höhe von 20 % der geleisteten Akontobeträge für Heiz-/Nebenkosten, im Mehrbetrag wurden der Klägerin die Klagebewilligungen ausgestellt (act. 4/1 - 16).

E. 3

Am 11. September 2015 (Datum Poststempel) erhob die Klägerin für die restlichen Forderungsbeträge gemäss den Nebenkostenabrechnungen 2012/2012 und 2013/2014 16 Klagen gegen die Beklagten beim Mietgericht des Bezirkes

- 9 - Horgen (nachfolgend Vorinstanz). Die verschiedenen Verfahren wurden mit Beschluss der Vorinstanz vom 29. Dezember 2015 vereinigt und gemeinsam unter der Verfahrens-Nr. MG150007 weitergeführt. Während sich die damaligen Beklagten 16a - b zur sie betreffenden Klage nicht vernehmen liessen, beantragten die Beklagten 1a - 15b die Abweisung der Klagen. Zudem erhoben die Beklagten 3a - b, 6a - 6b und 7a - 7b Widerklagen gegen die Klägerin.

E. 3.1

Die Vorinstanz hiess die Klage der Klägerin nur teilweise gut; soweit die von der Klägerin gegenüber den Beklagten geltend gemachten Nachzahlungsforderungen gestützt auf die Heiz- und Nebenkostenabrechnungen den Umfang von 30% der in den jeweiligen Mietverträgen vereinbarten, jährlichen Akontozahlungen übersteigen, wies sie die Klage ab. Sie gelangte im Entscheid vom 26. September 2017 zusammengefasst zum Schluss, die Klägerin müsse sich gegenüber den Beklagten eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR vorwerfen lassen: Die von der Klägerin in den Mietverträgen mit den Beklagten vereinbarten Akontozahlungen für Nebenkosten in der Höhe von monatlich Fr. 280.– bis Fr. 360.– deckten die tatsächlich anfallenden Nebenkosten nur rund zur Hälfte, was die Klägerin denn auch nicht bestritten habe (act. 55 S. 32). Die Klägerin habe mit den

Beklagten Akontozahlungen für Nebenkosten in dieser Höhe vereinbart, obwohl ihr im Zeitpunkt des Abschlusses der Mietverträge mit den Beklagten die mutmassliche Höhe der tatsächlichen Nebenkosten bekannt gewesen sei bzw. hätte bekannt sein müssen. Es hätte überdies bekannt sein müssen erstens aufgrund des von der F._____ AG am 26. Juni 2012 erstellten Dokuments "Budget, 01.01.2012-31.12.2012" (act. 15/4) für die baugleichen, von der Klägerin als Stockwerkeigentumseinheiten verkauften Nachbarliegenschaften an der D._____-strasse 2a, 2b, 1a und 4a, welches im Auftrag der Klägerin oder einer ihrer Hilfspersonen habe erstellt werden müssen (act. 55 S. 33 f.). Zweitens sei es gerichtsnotorisch und entspreche der Berufs- und Branchenerfahrung der Mietrichterinnen, dass jede professionelle Investorin – wozu die Klägerin zu zählen sei – vor Erstellung bzw. Verkauf oder Vermietung einer Liegenschaft zur Renditeberechnung ein solches Budget wie jenes der F._____ AG erstelle (act. 55 S. 34). Die im Budget enthaltenen Zahlen würden zudem auffällig nahe bei den letztlich tatsächlich angefallenen Heiz- und Nebenkosten der Mietliegen-

- 13 - schaften liegen (act. 55 S. 34 ff.). Aber auch unabhängig vom Budget der F._____ AG seien der Klägerin die mutmasslich anfallenden Nebenkosten bereits zum Vertragsschluss bekannt oder für diese zumindest relativ genau abschätzbar gewesen, handle es sich bei einem bedeutenden Teil der in Rechnung gestellten Nebenkosten doch um Fixkosten oder um sonstige verbrauchsunabhängige und im Vorherein bekannte Kosten (vgl. act. 55 S. 36). Die der Klägerin genau bekannten Fixkosten bei einer ihr zudem vorliegenden Verbrauchsschätzung des Energiezulieferers stellten sodann einen massgeblichen Unterschied zum Sachverhalt dar, welcher dem BGE 132 III 24 zugrunde liege.

E. 3.2

Aus dem Umstand, dass die Höhe der mutmasslich anfallenden Nebenkosten für die Klägerin zumindest abschätzbar gewesen sei, sie mit den Beklagten in den einzelnen Mietverträgen indes trotzdem keine kostendeckenden Akontozahlungen für die Nebenkosten vereinbart habe, zeige sich, dass die Klägerin nie beabsichtigt habe, kostendeckende Akontozahlungen zu vereinbaren (act. 55 S. 38). Im Mietrecht existiere zwar keine Bestimmung, welche den Vermieter explizit dazu verpflichte, den Mieter über die mutmassliche Höhe der Nebenkosten aufzuklären. Das Verneinen einer Aufklärungspflicht des Vermieters in Bezug auf die effektive Höhe der Nebenkosten stehe aber im Widerspruch zu zahlreichen Mieter-schutzbestimmungen (insbes. entgegen Art. 257a Abs. 2 OR, Art. 269 OR, Art. 269d OR, Art. 270a OR oder Art. 272 OR); zudem drohe eine Umgehung der Möglichkeit der Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 Abs. 1 OR, weil der Mieter erst lange nach Ablauf der 30-tägigen Anfechtungsfrist erfahre, wie hoch die effektiv anfallenden Nebenkosten und damit der effektive Bruttomietzins seien. Richtigerweise sei deshalb eine Aufklärungspflicht des Vermieters nicht generell zu verneinen, sondern vielmehr im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen, ob den Vermieter bei Vertragsschluss eine Aufklärungspflicht treffe bzw. getroffen habe oder nicht (act. 55 S. 39 f.).

E. 3.3

Vorliegend sei zwar unstrittig, dass sich die Beklagten bei der Klägerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen nie danach erkundigt hätten, ob die verlangten Akontozahlungen mutmasslich kostendeckend sein würden. Die Akontozahlungen seien aber mit Fr. 280.– bis 360.– je nach Wohnungsgrösse nicht offen-

- 14 - sichtlich zu tief angesetzt worden und es sei auch nicht ersichtlich, wie die Beklagten zu einer beweisbaren und verbindlichen Auskunft hätten gelangen können (act. 55 S. 41). Die Klägerin habe zudem gewusst, dass die verlangten Akontozahlungen bei Weitem nicht kostendeckend sein würden und dass die Beklagten mit erheblichen Nachforderungen für die Nebenkosten konfrontiert sein würden, nicht zuletzt aufgrund des von ihr abgeschlossenen Energie-Contractings. Da es sich bei einem Mietvertrag zudem um ein Dauerschuldverhältnis handle, zwischen den Parteien eine ausgeprägte Informationsasymmetrie bestanden habe und mit der Vereinbarung von Akontozahlungen nicht zuletzt das Interesse verfolgt werde, das Inkassorisiko des Vermieters zu senken, habe die Klägerin gegenüber den Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine Aufklärungspflicht gehabt. Gemäss Vorinstanz hätte die Klägerin die Beklagten darüber aufklären müssen, dass die vereinbarten Akontozahlungen nicht als kostendeckend verstanden werden dürfen und in welchem Umfang vermutungsweise mit Nachforderungen zu rechnen sei. Indem die Klägerin ihre Aufklärungspflicht nicht wahrgenommen habe, obwohl sie um den (Motiv-)Irrtum der Beklagten betreffend die effektive Höhe der Nebenkosten gewusst habe bzw. einen solchen in Kauf genommen habe, habe sie eine absichtliche Täuschung gegenüber den Beklagten begangen (act. 55 S. 42 ff.). Nach Art. 28 Abs. 1 OR sei ein Vertrag für einen Getäuschten unverbindlich, weshalb die mit der Akontovereinbarung implizit verabredete Nachzahlungspflicht in Bezug auf die Nebenkosten für die Beklagten (als Getäuschte) im die bereits geleisteten Akontozahlungen um 30% übersteigenden Umfang nicht verbindlich sei (act. 55 S. 47). 4. Standpunkte der Klägerin im Berufungsverfahren

E. 4

Mit Urteil vom 26. September 2017 hiess die Vorinstanz die Klagen der Klägerin gegen die damaligen Beklagten 16a - b vollumfänglich und gegen die Beklagten 1a - b, 2a - b, 4a - b, 5a - b, 7a - b, 8a - b, 9a - b, 10a - b, 11, 12a - b, 13a - b, 14a - b und 15a - b teilweise gut und verpflichtete die Beklagten 1a - 2b, 4a - 5b und 7a - 15b (teilweise unter solidarischer Haftung) zur Bezahlung der folgenden Beträge an die Klägerin (act. 55 S. 56 ff. = act. 57 S. 56 ff., nachfolgend zitiert als act. 55): Beklagte 1a - b: Fr. 672.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 2a - b: Fr. 658.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 4a - b: Fr. 864.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 5a - b: Fr. 690.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 7a - b: Fr. 779.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 8a - b: Fr. 672.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 9a - b: Fr. 714.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 10a - b: Fr. 588.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 11: Fr. 644.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 12a - b: Fr. 759.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 13a - b: Fr. 2'592.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015 Beklagte 14a - b: Fr. 1'932.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015

- 10 - Beklagte 15a - b: Fr. 1'980.- zzgl. 5% Zins seit 26. März 2015

E. 4.1

In der Berufung beanstandet die Klägerin im Wesentlichen zunächst eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz habe die Bestimmungen der Art. 55 ZPO, Art. 150 ZPO und Art. 247 ZPO sowie den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 BV verletzt. Zudem habe die Vorinstanz die Vereinbarungen der Parteien über die Akontozahlungen nicht richtig ausgelegt und dadurch Art. 28 OR, Art. 257a OR sowie Art. 2 ZGB verletzt (act. 56 Rz. 6 f.). Weiter moniert die Klägerin in der

Berufung, die Vorinstanz habe

- 15 - ihren Entscheid auf einen Sachverhalt gestützt, welcher von den Beklagten weder behauptet noch aktenmässig belegt oder aber von der Klägerin bestritten worden sei. Über Bestrittenes habe die Vorinstanz indes kein Beweisverfahren durchgeführt, obwohl in diesen Punkten keine Notorietät bestehe. Schliesslich habe die Vorinstanz die (wenigen) vorhandenen Beweismittel falsch gewürdigt (act. 56 Rz. 8).

E. 4.2

In prozessualer Hinsicht rügt die Klägerin im Wesentlichen, im vorliegenden (vereinfachten) Verfahren gelte der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO. Danach obliege dem Gericht zwar eine verstärkte Fragepflicht; bei anwaltlich vertretenen Parteien komme indes eine Verpflichtung des Richters, nach weiteren Sachverhaltselementen zu forschen, nicht zum Tragen (vgl. act. 56 Rz. 21 und insbes. Rz. 22 mit den dortigen Verweisen). Dennoch habe die Vorinstanz im Entscheid vom 26. September 2017 auf eine absichtliche Täuschung durch die Klägerin erkannt, obwohl die dafür vorausgesetzten notwendigen Sachverhaltselemente von den Beklagten weder rechtsgenüglich behauptet noch bewiesen worden seien. Dabei habe die Vorinstanz Sachverhaltsergänzungen zu Hilfe genommen, die von der Klägerin weder je kommentiert noch bestritten hätten werden können. Gelegenheit zur Stellungnahme zum eigenmächtig ergänzten bzw. erweiterten Sachverhalt habe die Vorinstanz der Klägerin nicht eingeräumt. Mit diesem Vorgehen habe die Vorinstanz nicht nur das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt (Art. 29 BV), sondern zusätzlich die prozessualen Vorschriften gemäss Art. 247 ZPO (act. 56 Rz. 25 und Rz. 53).

E. 4.3

Im Rahmen dieses Vorgehens – so rügt die Klägerin weiter – habe die Vorinstanz den Sachverhalt zudem willkürlich und falsch festgestellt: Gestützt auf das von den Beklagten eingereichte sogenannte "Budget" (act. 15/4) sei die Vorinstanz zum Schluss gekommen, die F._____ AG müsse dieses Budget in Erfüllung eines von der Klägerin oder einer ihrer Hilfspersonen erteilten Auftrags erstellt haben; weitere Beweiserhebungen erübrigten sich damit. Unerfindlich sei, woraus die Vorinstanz diesen Umstand ableite. Offenbar habe sie angenommen, die Klägerin sei Eigentümerin, Verkäuferin oder Erstellerin der Liegenschaften D._____ - strasse 2a, 2b, 1a und 4a in E._____ gewesen. Im gesamten Prozess sei solches

- 16 - jedoch von keiner Partei behauptet worden, und dies treffe denn auch nicht zu (act. 56 Rz. 47 ff.). Weder habe die Klägerin die vorgenannten Liegenschaften erstellt, noch hätten die Beklagten (wie nun aber von der Vorinstanz angenommen) je behauptet, dass diese vier Stockwerkeigentumseinheiten baugleich zu den hier interessierenden Mietliegenschaften seien. Zudem habe die Klägerin – wie im vorinstanzlichen Verfahren bereits mehrfach ausgeführt – erstmals im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Kenntnis vom fraglichen "Budget" erlangt (act. 56 Rz. 49 f.).

E. 4.4

In materiell-rechtlicher Hinsicht rügt die Klägerin im Wesentlichen weiter, entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 132 III 24 ff. und BGer, 4A_268/2009 vom 4. Februar 2010) habe die Vorinstanz festgehalten, dass ein Mieter ohne anders lautende Mitteilung des Vermieters davon ausgehen dürfe, dass die vereinbarten Akontobeiträge die

bis dahin bekannten Nebenkosten deckten. Sofern nicht kostendeckende Akontozahlungen vereinbart würden, habe der Vermieter seinen Mieter darüber aufzuklären, widrigenfalls eine Begrenzung der Nachzahlungspflicht des Mieters vorzunehmen sei, was die Vorinstanz im vorliegenden Fall letztlich auch getan habe. Diese Rechtsauffassung stehe im Widerspruch zur geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 132 III 24 und BGer, 4A_268/2009 vom 4. Februar 2010, worin sich das Bundesgericht in Bezug auf die Vereinbarung an sich sowie auf die Höhe von Akontozahlungen für Nebenkosten im Mietvertrag klar für die Geltung von Vertragsfreiheit ausgesprochen und eine diesbezügliche Aufklärungspflicht des Vermieters verneint habe. Besondere Umstände, die einen von dieser Rechtsprechung abweichenden Entscheid rechtfertigen würden, lägen hier nicht vor (act. 56 Rz. 35). Im Übrigen hätten die Beklagten die wesentlichen Tatbestandselemente einer absichtlichen Täuschung nach Art. 28 ZGB (täuschendes Verhalten, Täuschungsabsicht, Motivirrtum beim Getäuschten und Kausalzusammenhang) weder konkret behauptet noch entsprechende Beweismittel dafür offeriert (act. 56 Rz. 43). Mangels Aufklärungspflicht der Klägerin in Bezug auf die nicht kostendeckenden Akontobeiträge liege bereits keine Täuschungshandlung vor; zudem sei der Klägerin die Höhe der effektiv anfallenden Nebenkosten im Zeitpunkt des Abschlusses der Mietverträge - 17 - mit den Beklagten nicht bekannt gewesen, habe es sich doch um eine Erstvermietung gehandelt. 5. Standpunkte der Beklagten in der Berufungsantwort

E. 5

Die Klagen gegen die Beklagten 3a - b und 6a - b wies die Vorinstanz mit Urteil vom 26. September 2017 ab. Ebenfalls abgewiesen wurden die von den Beklagten 3a - b, 6a - b und 7a - b erhobenen Widerklagen (act. 55, Dispositivziffern 3, 6 und 17 - 19).

E. 5.1

Die Beklagten führen in der Berufungsantwort demgegenüber im Wesentlichen zunächst aus, die Vorinstanz habe weder das Recht unrichtig angewendet noch den Sachverhalt unrichtig festgestellt (act. 64 Ziff. 4). Die Beklagten hätten die für eine absichtliche Täuschung i.S.v. Art. 28 OR erforderlichen Sachverhaltselemente sehr wohl behauptet und dazu habe die Klägerin umfassend Stellung nehmen können, weshalb die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs fehlgehe (act. 64 Ziff. 1.5 mit Verweisen auf act. 13 S. 3, 11 ff. und act. 36 S. 4 f.). Zur vorliegend zu beantwortenden Rechtsfrage gebe es entgegen der Auffassung der Klägerin keine ständige Bundesgerichtspraxis, sondern bis anhin nur gerade zwei Entscheide (wobei nur einer davon in der amtlichen Sammlung publiziert worden sei), die in der Lehre nicht spärlich und berechtigterweise kritisiert worden seien. Nach wie vor – so die Beklagten weiter – seien sie der Auffassung, dass für die Festsetzung von Akontozahlungen keine Vertragsfreiheit bestehe und es ebenso wenig besonderer Umstände bedürfe, um eine Aufklärungspflicht der Vermieterin gegenüber den Mietern über nicht kostendeckende Akontozahlungen für Nebenkosten zu bejahen (act. 64 Ziff. 2.1 und 2.2). Aus dem Sinn und Zweck der Missbrauchsgesetzgebung ergebe sich eine generelle Aufklärungspflicht des Vermieters mit Bezug auf die Höhe der zu erwartenden Nebenkosten (act. 64 Ziff. 3.5). Weiter argumentieren die Beklagten, der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt unterscheide sich zudem in wesentlichen Punkten vom Sachverhalt, welcher dem BGE 132 III 24 zugrunde liege. So hätten sich die Beklagten – anders als die Mieter im Sachverhalt des BGE 132 III 24 – nach Erhalt der ersten Nebenkostenabrechnung unverzüglich gegen diese gewehrt, deren Saldo bestritten und

diesen nicht bezahlt. Zudem hätten sie der Klägerin umgehend mitgeteilt, sich nicht an die Nebenkostenabrede halten zu wollen. In Abweichung der vom Bundesgericht beurteilten Sachverhalte sei in casu anhand des Budgets für die baugleichen Stockwerkeigentumseinheiten von F. _____ zudem erstellt, dass die Klägerin die effektiv zu erwartenden Nebenkosten gekannt habe oder zumindest hätte kennen

- 18 - müssen (act. 64 Ziff. 2.3). Die Vergleichbarkeit der Stockwerkeigentumseinheiten mit den Mietwohnungen habe die Klägerin erstmals im Berufungsverfahren und damit verspätet (unzulässiges Novum) bestritten. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang sodann, in wessen Eigentum sich die Liegenschaften D. _____ - strasse 2a bis 4a im Jahre 2012 befunden hätten (act. 64 Ziff. 3.3, Rz. 47, Rz. 49 und Rz. 52). Indem die Klägerin die Beklagten trotz Kenntnis bzw. Erkennbarkeit der effektiv höheren Nebenkosten nicht darüber aufgeklärt habe, dass die vereinbarten Akontozahlungen nicht kostendeckend sein würden, habe sie bei den Beklagten eine falsche Vorstellung über den wirklich geschuldeten Mietzins hervorgerufen. Da sie diesen Irrtum zwar erkannt, aber dennoch nicht aufgeklärt habe, habe sie gegenüber den Beklagten eine absichtliche Täuschung begangen (act. 64 Ziff. 3.5 - 3.8 Rz. 59a ff.).

E. 5.2

Endlich argumentieren die Beklagten im Wesentlichen, selbst wenn aber eine absichtliche Täuschung zu verneinen wäre, schuldeten die Beklagten der Klägerin die eingeklagten Nachzahlungen nicht. Erstens habe die Klägerin eine sich aus Treu und Glauben ergebende vertragliche Nebenpflicht verletzt, indem sie die Beklagten nicht über die nicht kostendeckenden Akontozahlungen aufgeklärt habe (culpa in contrahendo) und zweitens widerspreche die Annahme vollkommener Vertragsfreiheit betreffend Festsetzung der Akontobeiträge für Nebenkosten der Anfechtungsmöglichkeit des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR bzw. höhle diese geradezu aus (act. 64 Ziff. 6.4 und 6.5). Den wirklich geschuldeten Bruttomietzins kenne der Mieter schliesslich erst nach Erhalt der ersten Nebenkostenabrechnung, also zu einem Zeitpunkt, in welchem die Frist zur Anfechtung des Anfangsmietzinses bereits verstrichen sei (act. 64 S. 22 Ziff. 6.5). Unvereinbar sei die Annahme von Vertragsfreiheit mit Bezug auf die Festsetzung der Höhe der Akontozahlungen schliesslich mit den strengen Regeln zum Vorbehalt gemäss Art. 18 VMWG, wonach ein allfälliger Vorbehalt betr. Nettomietzins klar deklariert werden müsse (act. 64 Ziff. 6.6.). Es könne nicht sein, dass ein Vermieter im Sinne einer "reservatio mentalis" mit Bezug auf die Nebenkosten problemlos Nachforderungen stellen könne.

- 19 - 6. Würdigung

E. 6

Gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 26. September 2017 erhob die Klägerin mit Eingabe vom 16. November 2017 fristgerecht Berufung (act. 56).

E. 6.1

Die Vorinstanz qualifiziert die Abrechnungsvereinbarung der Parteien in Bezug auf die Nebenkosten als für die Beklagten teilweise unverbindlich mit der Begründung, die Klägerin müsse sich eine absichtliche Täuschung vorwerfen lassen. Dabei ist die Vorinstanz davon ausgegangen, die Klägerin habe die sie treffende Aufklärungspflicht gegenüber den Beklagten verletzt, indem sie es unterlassen habe, letztere über die Höhe der effektiv anfallenden Nebenkosten zu informieren bzw. darüber, dass die vereinbarten

Akontozahlungen nicht kostendeckend sein werden (vgl. dazu vorstehende E. II./3).

E. 6.2

Die Vorinstanz hat die allgemeinen Voraussetzungen einer absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 28 OR in ihrem Entscheid richtig dargelegt, weshalb an dieser Stelle grundsätzlich auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann (vgl. act. 55 S. 32 E. 4.2). Ergänzend gilt es an dieser Stelle nochmals festzuhalten, dass eine absichtliche Täuschung zwar auch durch Schweigen bzw. das Verschweigen von Tatsachen begangen werden kann (vgl. BGE 136 III 528, E. 3.4.2; BGE 132 II 161, S. 166, E. 4.1). Das Verschweigen von Tatsachen ist indes nur insoweit verpönt, als gegenüber dem Vertragspartner eine Aufklärungspflicht besteht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine solche auf einer besonderen gesetzlichen Vorschrift oder auf einem Vertrag gründen oder sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und der herrschenden Anschauung erheben (BGE 116 II 431, S. 434, E. 3a). Massgebend sind die konkreten Umstände im Einzelfall (vgl. BGE 132 II 161, S. 166, E. 4.1; BGE 116 II 431, S. 434, E. 3a). Erforderlich ist schliesslich, dass der Vertragspartner den Vertrag ohne das täuschende Verhalten so nicht abgeschlossen hätte (BGE 136 III 528, E. 3.4.2; BGE 132 II 161, S. 166, E. 4.1).

E. 6.3

Unbestritten ist, dass die Klägerin den Beklagten keinerlei dahingehende Zusicherungen oder Angaben gemacht hat, dass die in den Mietverträgen vereinbarten Akontozahlungen kostendeckend sein werden. Ebenso ist unbestritten, dass sich die Beklagten vor Vertragsschluss bei der Klägerin nicht nach der Höhe der tatsächlich anfallenden Nebenkosten erkundigten (act. 13 S. 5 Ziff. 1 und S. 11 Ziff. 3.1). Eine aktive Täuschung der Beklagten durch die Klägerin scheidet

- 20 - daher zum Vornherein aus und es kommt nur eine absichtliche Täuschung durch Schweigen in Betracht. Es gilt demnach zu prüfen, ob die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, die Beklagten darüber aufzuklären, dass die in den Mietverträgen vereinbarten Akontozahlungen in der Höhe von Fr. 280.– bis Fr. 360.– pro Monat nicht kostendeckend sein werden.

E. 6.4

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (act. 55 S. 38 f. E. 4.3.3.4), ergibt sich aus dem Gesetz und insbesondere aus den Art. 253 ff. OR keine Pflicht des Vermieters zur Aufklärung des Mieters über die mutmasslich anfallenden Nebenkosten. Ebenso wenig sieht das Gesetz eine Aufklärungspflicht des Vermieters für den Fall vor, dass im Mietvertrag Akontozahlungen für die Nebenkosten vereinbart werden, welche die mutmasslich effektiv anfallenden Nebenkosten nicht vollständig decken werden. In Bezug auf die Nebenkosten einer Mietwohnung bestimmt das Gesetz lediglich, dass der Mieter die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängenden Kosten zu tragen hat, sofern er dies mit dem Vermieter besonderes vereinbart hat (Art. 257a Abs. 2 OR). Keine Bestimmung findet sich im Gesetz jedoch darüber, ob Akontozahlungen für die vom Mieter zu tragenden Nebenkosten zu vereinbaren sind und – falls denn solche (Akontozahlungen) vereinbart wurden – ob und in welchem Umfang diese die später effektiv anfallenden Nebenkosten decken müssen. Entgegen der Auffassung der Beklagten und der von ihnen zitierten Literaturmeinung von WEBER (act. 64 S. 20 Ziff. 6.3) kann sodann Art. 257b Abs. 1 OR weder entnommen werden, dass überhaupt Akontozahlungen für Nebenkosten vereinbart werden müssten, noch dass solche den tatsächlich anfallenden Nebenkosten zu

entsprechen hätten. Art. 257b Abs. 1 OR definiert lediglich die Nebenkosten für Wohn- und Geschäftsräume näher bzw. zählt solche exemplarisch auf. Damit gelten die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts, mithin auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit (Inhaltsfreiheit). Massgeblich ist deshalb, was die Parteien vereinbart haben (BGE 132 III 24, E. 4). Vereinbaren die Parteien im Mietvertrag, dass der Mieter gewisse ausgeschiedene Nebenkosten zu tragen und er dafür Akontozahlungen in einem betragsmässig festgelegten Umfang an den Vermieter zu entrichten hat, begründen die Parteien ein Abrechnungsverhältnis. Nach Treu und Glauben muss eine solche Parteiabrede dahingehend verstanden werden, dass nach Feststehen

- 21 - des definitiven vertraglichen Anspruchs die bereits geleisteten Akontozahlungen von diesem abzuziehen sind und der daraus resultierende Saldo entweder vom Mieter nachzuschliessen oder diesem vom Vermieter zurückzuerstatten ist (vgl. dazu BGE 132 III 24, E. 5.1). Weitergehendes wird damit indes nicht vereinbart.

E. 6.5

Die Parteien haben zudem vertraglich keine Pflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter zur Aufklärung über die Höhe der mutmasslich effektiv anfallenden Nebenkosten vereinbart. Es kommt deshalb lediglich eine aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und der herrschenden Anschauung abgeleitete Aufklärungspflicht in Frage. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage bereits im BGE 132 III 24 geäussert, auf den sowohl die Parteien als auch die Vorinstanz ausgiebig Bezug genommen haben. Nach dieser bundesgerichtlichen Entscheidung kann ein Mieter nicht darauf vertrauen, dass die vereinbarten Akontozahlungen zur Deckung der gesamten, effektiv anfallenden Nebenkosten ausreichen werden, sofern der Vermieter dies dem Mieter nicht ausdrücklich zugesichert hat. Den Vermieter trifft diesbezüglich keine Informationspflicht (vgl. BGE 132 III 24, E. 5.1.1 und E. 6.1.2). Eine aus dem Grundsatz von Treu und Glauben fliessende Aufklärungspflicht des Vermieters über mutmasslich nicht kostendeckend vereinbarte Akontozahlungen verneinte das Bundesgericht sodann explizit im später ergangenen, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil 4A_268/2009 vom 4. Februar 2010: Ein Vermieter – so erwog das Bundesgericht – sei nicht verpflichtet, den Mieter während der Vertragsverhandlungen über die mutmassliche Höhe der Nebenkosten aufzuklären, und zwar selbst dann nicht, wenn diese durch die konkret vereinbarten Akontozahlungen wahrscheinlich nicht gedeckt seien (BGer, 4A_268/2009 vom 4. Februar 2010, E. 2, publ. in mp 2010, S. 118).

E. 6.6

Die Vorinstanz setzt sich im angefochtenen Entscheid ausführlich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auseinander (act. 55 S. 21 E. III). Sie kritisiert diese und führt als Argument für eine allgemeine Aufklärungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter in Bezug auf die mutmasslich effektiv anfallenden Nebenkosten – wie schon die Beklagten – die Schutzbestimmungen des Mietrechts ins Feld. Sie erwägt, das Verneinen einer generellen Aufklärungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter in Bezug auf die Höhe der mutmasslich ef-

- 22 - fektiv anfallenden Nebenkosten stehe in einem Spannungsverhältnis zu zahlreichen Bestimmungen des schweizerischen Mietrechts (z.B. zu Art. 257a Abs. 2 OR, Art. 269 OR, Art. 269d OR, Art. 270a OR oder Art. 272 OR), welche dem Mieterschutz verpflichtet seien (act. 55 S. 39 E. 4.3.3.4). Durch das Festsetzen von zu tiefen, die effektiven Kosten bei weitem nicht deckenden Akontozahlungen könne ein Vermieter insbesondere die in Art.

270 Abs.1 OR vorgesehene Möglichkeit des Mieters der Anfechtung des Anfangsmietzinses vereiteln, denn naturgemäss sei die in Art. 270 Abs. 1 OR vorgesehene Anfechtungsfrist von 30 Tagen in dem Zeitpunkt, in welchem der Mieter die Nebenkostenabrechnung erhalte, bereits verstrichen. Gleich verhalte es sich mit Art. 18 VMWG; für den Mieter spiele es faktisch keine Rolle, ob er aufgrund einer einseitigen Vertragsänderung oder aufgrund von im Mietvertrag ohne sein Wissen nicht kostendeckend eingesetzten Akontobeiträgen höhere Kosten gewärtigen müsse (act. 55 S. 39 E. 4.3.3.4). Mit dieser Problematik habe sich das Bundesgericht bis anhin noch nicht auseinandergesetzt (act. 13 S. 14 Ziff. 3.3.4).

E. 6.7

Dazu ist vorab zu bemerken, dass eine Anfechtung des Anfangsmietzinses nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR für die Beklagten zum Vornherein nicht möglich gewesen wäre, handelte es sich doch um eine Erstvermietung nach Erstellung der Wohnungen, bei welcher es sachgemäss an einem Vormietzins fehlt (vgl. HIGI, Die Miete, Zürich 1998, Art. 269-270e OR, N 56 zu Art. 270 OR; OGer ZH, NG150014 vom 9. November 2015, E. 4.3, m.w.H.). In anders gelagerten Fällen (keine Erstvermietungen), in welchen Art. 270 Abs. 1 lit. b OR anwendbar ist, kann der Vermieter zwar theoretisch den Nettomietzins erhöhen bei gleichzeitiger Herabsetzung der Akontozahlungen für die Nebenkosten. Indes hat er dem neuen Mieter gemäss Art. 256a Abs. 2 OR auf dessen Verlangen die Höhe des Mietzinses des vorangegangenen Mietverhältnisses mitzuteilen und zwar inkl. Nebenkosten. In gewissen Kantonen (zurzeit in den Kantonen Waadt, Genf, Freiburg, Neuchâtel, Nidwalden, Zug und Zürich) sind die Vermieter zudem verpflichtet, den Mietern den Mietzins des Vormieters unaufgefordert auf einem amtlich genehmigten Formular mitzuteilen, und zwar innert 30 Tagen ab Wohnungsübergabe. Diese Formularpflicht bestand im Fall der Parteien indes noch nicht. Inhaltlich geht die Formularpflicht aber nicht weiter als die Regel des Art. 256a Abs. 2 OR; sie

- 23 - erspart dem Mieter lediglich, selbst nach den Informationen zu fragen, anhand derer es ihm möglich sein sollte, sich ein Bild über den Mietzins und die effektiv anfallenden Nebenkosten bzw. den Bruttomietzins zu verschaffen. Genügen ihm diese Angaben nicht, kann er beim Vermieter zusätzliche Informationen über die Nebenkosten erfragen. Insofern kann ein Mieter durchaus erkennen, wenn ein Vermieter bei der Neuvermietung plötzlich einen höheren Nettomietzins erhebt, demgegenüber aber die Nebenkosten erheblich gesenkt oder neue Nebenkosten ausgeschieden hat. Unter solchen Umständen kann der Mieter beim Vermieter nachhaken und sich erkundigen, weshalb etwa die Akontozahlungen für die Nebenkosten herabgesetzt wurden. Besteht dafür kein mit dem Gebrauch des Mietobjekts zusammenhängender, objektiver Anlass (z.B. eine Gebührensenkung), muss der Mieter davon ausgehen, dass die herabgesetzten Akontozahlungen für die Nebenkosten nicht mehr kostendeckend sind. In einem solchen Fall kann der Mieter den Anfangsmietzins rechtzeitig innert der 30-tägigen Frist von Art. 270 Abs. 1 OR anfechten. Im Rahmen des Vergleichs des Brutto-Vormietzinses mit dem neuen Bruttomietzins wäre eine solche Senkung der Akontozahlungen bei aber grundsätzlich unveränderten mutmasslich anfallenden effektiven Nebenkosten nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR angemessen zu berücksichtigen. Schliesslich soll dabei Gleiches mit Gleichem verglichen werden und im Gesetz ist denn auch bloss von einer "erheblichen Erhöhung" die Rede (Art. 270 Abs. 1 lit. b OR). Die sture Anwendung der durch die Rechtsprechung entwickelten sogenannten "Prozentregel", wonach eine Erhöhung um mindestens 10% als erhebliche Erhöhung gilt, wäre in einem solchen Fall

verfehlt und nicht im Sinne des Gesetzes (vgl. da- zu HIGI, Die Miete, Zürich 1998, Art. 269-270e OR, N 52 ff. zu Art. 270 OR). Das Gesetz bietet folglich genügend Handhabe, um einer von den Beklagten skizzier- ten Umgehung bzw. Aushöhlung der Anfechtungsmöglichkeit des Anfangsmiet- zinses (vgl. act. 13 S. 14 Ziff. 3.3.4 und act. 36 S. 13 Ziff. 2.5) zu begegnen. Die Annahme von Vertragsfreiheit in Bezug auf die Vereinbarung von Akontozahlun- gen im Mietvertrag an sich und in Bezug auf deren Höhe steht Art. 270 OR dem- nach nicht entgegen; die in BGE 132 III 24 publizierte bundesgerichtliche Recht- sprechung erweist sich auch unter diesem Gesichtspunkt weiterhin als überzeu- gend.

- 24 -

E. 6.8

Nicht gefolgt werden kann der vorinstanzlichen und beklagtischen Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann, soweit sie diese auf die Be- stimmung von Art. 18 VMWG abstützt. Nach Art. 18 VMWG hat ein Vermieter ei- nen Vorbehalt in Franken oder Prozenten des Mietzinses festzulegen, wenn er ei- ne ihm zustehende Mietzinsanpassung nicht vollständig geltend macht. Art. 18 VMWG auferlegt dem Vermieter für diesen Fall strenge Regeln. Bei der Nachfor- derung von Nebenkosten, für die Akontozahlungen geleistet wurden aufgrund der Saldoziehung, handelt es sich nicht um die Ausschöpfung eines Vorbehaltes, also um keine Vertragsänderung i.S. des Art. 269d OR, sondern es wird vom Mieter bloss die Erfüllung seiner bereits mit Unterzeichnung des Mietvertrages einge- gangenen Pflicht zur Bezahlung der ausgeschiedenen Nebenkosten verlangt. Es kann somit keine Rede davon sein, dass der Vermieter im Sinne einer "reservatio mentalis" mit Bezug auf die Nebenkosten problemlos Nachforderungen stellen könne, wurde die Tragung der Nebenkosten doch bereits bei Vertragsunterzeich- nung geregelt. Damit ist nicht ersichtlich, weshalb das Verneinen einer generellen Aufklärungspflicht des Vermieters dem Schutzgedanken von Art. 18 VMWG ent- gegenlaufen soll (vgl. dazu BGE 132 III 24, S. 26 f., E. 3.2). Der Art. 18 VMWG befasst sich mit Nachforderungen aus Saldoziehung über ausgeschiedene Ne- benkosten gar nicht. Für eine Aufklärungspflicht des Vermieters bei Vertrags- schluss über die mutmasslich anfallenden Nebenkosten lässt sich deshalb aus dieser Norm schlicht nichts ableiten.

E. 6.9

Die Vorinstanz erwägt weiter, das Bundesgericht habe sich in den beiden bisherigen einschlägigen Entscheiden BGE 132 III 24 und BGer, 4A_268/2009 vom 4. Februar 2010, nicht für eine einzelfallunabhängige Verneinung der Aufklä- rungspflicht ausgesprochen. Vielmehr habe es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles verwiesen. Richtigerweise sei deshalb im Einzelfall aufgrund der kon- kreten Umstände zu prüfen, ob den Vermieter eine Aufklärungspflicht getroffen habe oder nicht (act. 55 S. 40 E. 4.3.3.5). Das trifft zu. Im Folgenden argumentiert die Vorinstanz dann aber nicht in diesem Sinne, sondern mit allgemeinen Überle- gungen für eine generelle Aufklärungspflicht des Vermieters in Bezug auf die mutmassliche Höhe der effektiv anfallenden Nebenkosten: Das Interesse des Mieters an der Kenntnis seiner tatsächlichen Vertragsverpflichtung, die bereits

- 25 - hohen vereinbarten Akontozahlungen, die Beweisproblematik zu einer Auskunft der Vermieterin, die Qualifikation des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis und die ausgeprägte Informationsasymmetrie zwischen den Parteien sowie das Ziel der Senkung des Inkassorisikos des Vermieters sprächen insgesamt für eine Aufklärungspflicht der

Klägerin (act. 55 S. 43 E. 4.3.4). Das alles geht weil nicht einzelfallbezogen, sondern allgemein gehalten, an der Sache vorbei, und es bleibt einzig der konkrete Hinweis, der hier zu beurteilende Sachverhalt weise als Unterschied zum Sachverhalt auf, welcher BGE 132 III 24 zugrunde gelegen habe, dass die Beklagten nicht über mehrere Jahre hinweg Nebenkosten gemäss Abrechnung bezahlt und diese dann erst nachträglich zurückgefordert hätten (act. 55 S. 26 E. 5.4). Damit ist indessen noch nicht dargetan, warum eine Aufklärungspflicht bestanden haben soll.

E. 6.10

In BGE 132 III 24, S. 29, E. 5.1.1 hat das Bundesgericht zwar festgehalten, der Vermieter sei umso weniger zu einer Aufklärung von sich aus über die mutmasslich effektiv anfallenden Nebenkosten bzw. über nicht kostendeckend vereinbarte Akontozahlungen verpflichtet, je höher der Nettomietzins und je geringer sich im Verhältnis dazu die zu erwartende Nachzahlung ausnehme. Zudem signalisierte das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung, es seien durchaus besondere Umstände denkbar, welche die Kläger zur Annahme hätten berechtigen können, die vereinbarten Akontozahlungen seien kostendeckend (BGE 132 III 24, S. 30, E. 5.2). Damit bringt das Bundesgericht aber bloss folgendes zum Ausdruck: Der Vertrauensschutz dient nicht dem Schutz gewissermassen "blinden Vertrauens", sondern vielmehr dem Schutz eines berechtigten Vertrauens, welches auf besonderen, Vertrauen bildenden Tatsachen gründet (vgl. dazu HIGI, Bemerkungen zu BGE 132 III 24, in: AJP 2006, S. 601 ff., insbes. S. 604). Wer sich auf den Vertrauensschutz berufen und daraus eine gesetzlich nicht vorgesehene Aufklärungspflicht des Vertragspartners ableiten will, muss sich also auf besondere Umstände stützen können, die – aus objektiver Sicht gesehen – ein berechtigtes Vertrauen hervorzurufen vermögen. Denkbar wäre dies etwa dann, wenn ein Vermieter dem neuen Mieter im Rahmen der Vertragsverhandlungen die bisherigen Nebenkostenabrechnungen vorlegt, woraus ersichtlich ist, dass die Akontozahlungen der bisherigen Mieter mit durchschnittlichem Verbrauch jeweils kostendeckend

- 26 - waren, oder wenn ein Mieter einem Vermieter im Rahmen der Vertragsverhandlungen explizit mitteilt, die effektiv zu bezahlenden Nebenkosten dürften einen gewissen Maximalbetrag nicht überschreiten, andernfalls er den Mietvertrag nicht eingehen könne. Weder das noch Vergleichbares behaupten die Beklagten und es sind auch sonst keine entsprechenden Sachverhalte erkennbar gegeben. Zur Begründung einer gesetzlich und vertraglich durch Vereinbarung nicht vorgesehenen Aufklärungspflicht des Vermieters vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass es sich beim Mietvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt. Denn das allein vermag, wie das Bundesgericht in BGE 132 III 24 zutreffend geschlossen hat, eben gerade keine Aufklärungspflicht zu begründen. Es mag daher die Parteien bei Dauerschuldverhältnissen im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine erhöhte Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben treffen, womit jedoch eine erhöhte Pflicht zur Aufmerksamkeit beider Parteien einhergeht. Ist z.B. die effektive Höhe der Nebenkosten für den Mieter eine *conditio sine qua non* für den Abschluss des Mietvertrages, so liegt es deshalb am Mieter, sich beim Vermieter danach zu erkundigen, ob Schätzwerte über die effektiv anfallenden Nebenkosten vorliegen, und sicherzustellen, dass kostendeckende Akontozahlungen vereinbart werden. Da möglichst die effektiven Nebenkosten deckende Akontozahlungen letztlich ebenso im Interesse des Vermieters sind (Minimierung seiner Vorleistungspflicht und damit seines Inkassorisikos) dürfte dieser nichts dagegen einzuwenden haben, wenn der Mieter die Festsetzung höherer

Akontozahlungen verlangt. Wird für derartige Erkundigungen des Mieters der schriftliche Weg gewählt (z.B. per Brief, E-Mail oder SMS) oder werden die Informationen vor Zeugen erfragt, dürften sich diesbezüglich später denn auch kaum besondere Beweisschwierigkeiten ergeben.

E. 6.11

Das Bundesgericht hat sich im BGE 132 III 24 grundlegend mit den Voraussetzungen befasst, die gegeben sein müssen, damit beim Abschluss von Mietverträgen eine Aufklärungspflicht besteht, und diese Überlegungen gelten ebenfalls hier, weshalb es unerheblich ist, dass die Beklagten – anders als die Kläger im Sachverhalt des BGE 132 III 24 – keine der beiden Nebenkostenabrechnungen bezahlten und gegen diese von Anfang an remonstrierten. Denn besondere, vertrauensbildende Umstände, die zu einer Aufklärungspflicht geführt

- 27 - hätten, haben die Beklagten weder behauptet noch belegt. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen haben die Beklagten vielmehr unbestrittenermassen keinerlei Erkundigungen bei der Klägerin über die mutmasslich anfallenden effektiven Nebenkosten eingeholt; sie haben ebenso wenig erkennbar kundgetan, es sei für sie wesentlich, dass die in den jeweiligen Mietverträgen vereinbarten Akontozahlungen kostendeckend seien. Unbestritten ist weiter, dass die Klägerin nie dahingehende Zusicherungen oder Angaben abgegeben hat. Auch sonst sind keine Umstände ersichtlich, welche bei den Beklagten ein berechtigtes Vertrauen in kostendeckend vereinbarte Akontozahlungen zu begründen vermocht hätten. Den Beklagten war zudem unbestrittenermassen bekannt, dass es sich um eine Erstvermietung der Wohnungen handelte, weshalb sie aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgehen mussten, dass in Bezug auf die effektiv anfallenden Nebenkosten noch keine Erfahrungswerte bestehen. Deshalb durften die Beklagten erst recht nicht darauf vertrauen, die vereinbarten Akontozahlungen würden die effektiv anfallenden Nebenkosten decken und sie mussten daher mit höheren Nachzahlungen nach Vorliegen der Abrechnung rechnen. Wenn das Bundesgericht in BGE 132 III 24 und BGer, 4A_268/2009 vom 4. Februar 2010 eine Aufklärungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter in Bezug auf die mutmasslich effektiv anfallenden Nebenkosten bereits für Mietwohnungen verneint, in Bezug auf welche die ungefähren effektiven Nebenkosten aus früheren Mietverhältnissen bekannt sind, muss dies umso mehr für eine Erstvermietung gelten, bei welcher naturgemäss noch keinerlei gesicherte Erfahrungswerte in Bezug auf die effektiven Nebenkosten bestehen.

E. 6.12

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass weder die ins Feld geführte Missbrauchsproblematik noch die Umstände des konkreten Einzelfalls eine Aufklärungspflicht des Vermieters nach Treu und Glauben und der allgemeinen Anschauung in Bezug auf die Höhe der mutmasslich effektiv anfallenden Nebenkosten oder nicht kostendeckend vereinbarte Akontozahlungen zu begründen vermochten. Demnach war die Klägerin weder aus Gesetz, Vertrag noch nach Treu und Glauben und der allgemeinen Anschauung dazu verpflichtet, die Beklagten über die Höhe der mutmasslich effektiv anfallenden Nebenkosten von sich aus zu informieren, und ebenso wenig dazu, die Beklagten auf mutmasslich nicht kos-

- 28 - tendekend vereinbarte Akontozahlungen für die Nebenkosten hinzuweisen. Entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid und der Auffassung der Beklagten muss sich die

Klägerin somit keine absichtliche Täuschung i.S.v. Art. 28 OR vorwerfen lassen. Ebenfalls scheidet eine Haftung der Klägerin aus culpa in contrahendo aus, hat sie während der Vertragsverhandlungen doch mangels Bestehens einer Aufklärungspflicht weder objektive Sorgfaltspflichten verletzt noch begründete bzw. berechnigte Erwartungen der Beklagten verletzt.

E. 7

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 53). Mit Verfügung vom 4. Dezember 2017 wurde der Klägerin eine Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 8'600.– angesetzt sowie die weitere Prozessleitung an den Referenten delegiert (act. 59). Der Kostenvorschuss ging am

E. 11

Dezember 2017 beim Gericht ein (act. 61). 8. Mit Verfügung vom 8. Februar 2018 wurde den Beklagten das Doppel der Berufungsschrift zugestellt und Frist angesetzt, um eine schriftliche Berufungsantwort einzureichen (act. 62), welche am 27. Februar 2018 rechtzeitig beim hiesigen Gericht einging (act. 64). 9. Das Doppel der Berufungsantwort der Beklagten wurde der Klägerin mit Kurzbrief vom 28. Februar 2018 gegen Empfangsschein zur Kenntnisnahme zugestellt; zudem wurde beide Parteien darüber in Kenntnis gesetzt, dass der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel abgeschlossen sei und sich die Sache nun in Beratung befinde (act. 65 und act. 66). II. Zur Berufung im Einzelnen 1. Vorbemerkungen

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