
Mietzinsherabsetzung während laufendem Mietverhältnis

Veränderungen wegen gestiegener oder gesunkener Fremdkapitalkosten oder in Zusammenhang mit der Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals sind in ihren Auswirkungen auf den Mietzins ohne weiteres frankenmässig bestimmbar. Die Mietzinsanpassung im laufenden Mietverhältnis erfolgt jedoch unabhängig von der konkreten Finanzierung der Liegenschaft nach standardisierten Ansätzen gestützt auf ein Berechnungsmodell. Es stellt eine Fiktion dar, dient aber der Vereinfachung der Mietzinsgestaltung zwischen den Parteien. Die darauf gestützten Normen der VMWG, namentlich deren Artikel 12a, 13, 14 und 16, sind nach einhelliger Rechtsprechung gesetzeskonforme Ausführungsbestimmungen zu Artikel 269a OR (E. 4.1.3).

Baisse de loyer en cours de bail

Les effets sur le loyer des modifications dues à l'augmentation ou à la diminution du coût des capitaux empruntés ou à la garantie du pouvoir d'achat du capital exposé aux risques peuvent être sans autre chiffrés. L'adaptation d'un loyer en cours s'effectue toutefois sur la base d'un modèle de calcul, selon des taux standardisés, indépendamment du financement concret de l'immeuble. Il s'agit certes d'une fiction, mais cela permet de simplifier la fixation des loyers entre les parties. L'OBLF règle la question, notamment à ses article 12a, 13, 14 et 16. La jurisprudence est unanime à ce propos: ces dispositions d'exécution de l'article 269a CO sont conformes à la loi (consid. 4.1.3).

Diminuzione della pigione nel corso della locazione

Le conseguenze sulla pigione di cambiamenti dovuti all'aumento o alla diminuzione dei costi del capitale di terzi o in relazione alla garanzia del potere d'acquisto del capitale sopportante i rischi sono senz'altro definibili in franchi. L'adeguamento della pigione nel corso della locazione avviene però indipendentemente dal finanziamento concreto della proprietà sulla base di aliquote standardizzate calcolate tramite un modello. Si tratta di una finzione, utile però al fine di semplificare la definizione del canone fra le parti. Stando alla giurisprudenza unanime, le norme dell'OLAL (in part. art. 12a, 13, 14 e 16) sono disposizioni d'esecuzione dell'articolo 269a CO (consid. 4.1.3) conformi alla legge.

Sachverhalt

Mit Vertrag vom 23./27. März 2010 mieteten die Kläger [Mieter] von der Beklagten [Vermieterin] ab dem 1. Mai 2010 eine 4-Zimmerwohnung [...] in Z.. Der Nettomietzins betrug seither stets Fr. 2333.- pro Monat zuzüglich monatliche Akontozahlung für «Heiz-/Nebenkosten» von Fr. 220.-. Der Mietvertrag enthält keinen Vorbehalt für nicht ausgeschöpfte Anpassungsmöglichkeiten im Sinne von Art. 18 VMWG. Der Nettomietzins beruht nach den Angaben im Vertrag auf einem Hypothekar- bzw. Referenzzinssatz von 3% und bezüglich des risikotragenden Kapitals auf dem Landesindex der Konsumentenpreise mit der Basis 2005 von 103,7 Punkten. Der Kostenstand war laut der Vereinbarung der Parteien ausgeglichen bis Ende Februar 2010. Mit Schreiben vom 27. Juni 2017 ersuchten die Kläger von der Beklagten unter Berufung auf die seit Mietbeginn eingetretene Senkung des Hypothekar- bzw. Referenzzinssatzes eine Mietzinssenkung per 1. Oktober 2017. Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 gab die Verwaltung der Beklagten dem Ansinnen nicht statt und berief sich auf die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete. Nachdem die Vergleichsverhandlungen bei der Schlichtungsbehörde scheiterten, erhoben die Kläger fristgerecht Klage beim Mietgericht Zürich mit dem folgenden Rechtsbegehren:

«Es sei der Nettomietzins des Mietobjekts mit Wirkung ab 1. Oktober 2017 auf neu Fr. 2054.- zu reduzieren; alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,7% MwSt. zu Lasten der Beklagten.»

Erwägungen

4. Materielle Behandlung der Klage

4.1 Grundlagen der Mietzinssenkung nach Art. 270a OR

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

schriftlich beim Vermieter stellen. Das Gesetz verlangt anders als bei einer Mietzinserhöhung nach Art. 269d OR sowie Art. 19 VMWG nicht, dass der Mieter sein Senkungsbegehren beziffert (SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 3). Mangels Kenntnis insbesondere der Liegenschaftskosten wird er dazu auch gar nicht in der Lage sein. Es genügt folglich ohne weiteres, wenn er eine Senkung verlangt und dabei auf die von ihm wahrgenommene Veränderung der Berechnungsgrundlagen hinweist (SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 3; anders ZK-HIGI, Art. 270a OR N 71, der eine erkennbare Bestimmung des Umfangs der beantragten Senkung verlangt).

Entspricht der Vermieter dem Begehren nicht oder nur teilweise oder antwortet er nicht fristgemäss, so kann der Mieter innert 30 Tagen die Schlichtungsbehörde anrufen.

Weder der Mieter noch der Vermieter sind an die im Vorverfahren geltend gemachten Zahlen oder die Begründung gebunden. Unter Vorbehalt der Beschränkung neuer Sachvorbringen und der Voraussetzungen der Klageänderung ist daher auch eine Modifikation des Begehrens im laufenden Prozess möglich (BGE 122 III 20 E. 4c; BGer 4C.328/2005 v. 9.12.2005 E. 3; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, Art. 270a N 8 und 25; SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 30 ff.; BSK OR I - WEBER, Art. 270a N 6a a.E.; a.M. bez. der Bindung an die Gründe ZK-HIGI, Art. 270a OR N 85 ff., der aber in N 84 explizit Klageerweiterungen zulässt).

4.1.2 Bezüglich des Ausmasses der zu gewährenden Herabsetzung verweist Art. 270a OR auf die Art. 269 f. OR. Der Mieter kann sich grundsätzlich auf alle dort aufgeführten Kriterien der Mietzinsfestsetzung berufen. Er kann also nicht nur die von ihm angerufenen veränderten Berechnungsgrundlagen geltend machen, sondern auch dartun, dass der Mietzins nunmehr dem Vermieter einen übersetzten Ertrag verschafft oder über der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete liegt (ständige Rechtsprechung, zuletzt BGE 142 III 568 E. 1.2).

Einschränkungen ergeben sich allerdings aus den von der Praxis entwickelten Regeln zu Art. 269 und 269a OR. So ist eine Berufung auf die Nettoerträge gemäss Art. 269 OR ausgeschlossen, soweit es sich beim Mietobjekt um eine Altbaute handelt. Dies ist zu bejahen, wenn seit der Erstellung des Baus oder dessen Erwerb durch den Vermieter mehr als 30 Jahre vergangen sind ([zur Publ. best.] BGer 4A_400/2017 v. 13.9.2018 E. 3; vgl. auch schon BGE 140 III 433 E. 3.1 sowie BGer 4A_147/2016 v. 12.9.2016 E. 2.3). In diesem Fall ergibt eine Nettoertragsberechnung regelmässig zulasten des Vermieters ein unrealistisches Resultat, so dass nur eine Berufung auf die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete in Betracht kommt, zumal dieses

Kriterium gerade auf die Angleichung der zulässigen Mietzinse für ältere Objekte abzielt (BGE 141 III 569 E. 2.1.2 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 139 III 13 E. 3.1.2 = Pra 2013 Nr. 105; BGer 4A_645/2011 v. 27.1.2012 E. 3.2 = SJ 2012 I 377; BGer 4A_276/2011 v. 11.10.2011 E. 5.2.3 = JdT 2012 II 113).

Zudem sind der Berufung auf absolute Anpassungsgründe während des Mietverhältnisses Grenzen gesetzt: Sie können grundsätzlich nicht zu einer gänzlichen Neuberechnung des Mietzinses führen. Das Bundesgericht schliesst ihre Anrufung zwar nicht aus, hat aber wiederholt festgestellt, die absoluten Anpassungsgründe würden im laufenden Mietverhältnis zu relativen. Berufen können beide Seiten sich darauf also nur insofern, als sich das infrage stehende absolute Kriterium seit Mietbeginn verändert hat (BGE 142 III 568 E. 1.2; grundlegend BGE 117 II 452 E. 4a und BGE 118 II 124 E. 4b; vgl. dazu auch CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 269-269a OR N 6). Für eine Erhöhungsmitteilung des Vermieters folgt dies aus der strengen Begründungspflicht nach Art. 269d OR und Art. 18 f. VMWG. Bei Senkungsbegehren des Mieters ist die Beschränkung einerseits aus der nur befristet zulässigen Anfangsmietzinsanfechtung nach Art. 270 OR und andererseits aus dem Umstand abzuleiten, dass das Gesetz in Art. 270a Abs. 1 OR für eine Senkung veränderte Berechnungsgrundlagen voraussetzt. Im Ergebnis bedeutet die relative Methode oft eine Beschränkung der Parteien auf die relativen Anpassungsgründe von Art. 269a lit. b und e OR, also auf Kostenveränderungen und Mehrleistungen seit der letzten Mietzinsfestsetzung sowie auf den Teuerungsausgleich auf dem investierten Eigenkapital. Möglich ist es allerdings auch, dass der Mieter sich direkt auf die Veränderung der Nettorendite oder der Vergleichsmiete seit Mietbeginn oder seit der letzten Mietzinsanpassung beruft (BGE 142 III 568 E. 1.2 = Pra 2017 Nr. 93; BGE 141 III 569 E. 2.1.1 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 133 III 61 E. 3.2.2.2 = Pra 2008 Nr. 4; BGE 126 III 124 E. 2 = Pra 2000 Nr. 186; BGE 124 III 67 E. 3; BGE 122 III 257; BGE 121 III 163 E. 2c und d; BGE 120 II 100 E. 2; BGE 120 II 302 E. 6b; BGE 118 II 124; BGE 118 II 130; BGE 117 II 161; BGE 117 II 452 E. 4 und 5; BGE 117 II 458; BGE 106 II 166 E. 4; BGE 106 II 356 E. 3; BGer 4C.291/2001 v. 9.7.2002 E. 2b und 3b).

4.1.3 Veränderungen wegen gestiegener oder gesunkener Fremdkapitalkosten oder in Zusammenhang mit der Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals sind in ihren Auswirkungen auf den Mietzins ohne weiteres frankemässig bestimmbar. Die Mietzinsanpassung erfolgt unabhängig von der konkreten Finanzierung der Liegenschaft nach standardisierten Ansätzen gestützt auf ein Berechnungsmodell, welches der Bundesrat der Verordnung

über Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 9. Mai 1990 zugrunde gelegt hat. Niedergelegt ist dieses letztlich nur in einer Pressemitteilung vom 9. Mai 1990 (GRATZ, a.a.O., S. 90, Fn. 62), die damals die in aller Eile geschaffene VMWG begleitete, damit das geltende Mietrecht auf den 1. Juli 1990 in Kraft gesetzt werden konnte. Nach diesem Modell dienen 70 % des Mietzinses der Kapitalfinanzierung und 30 % der Finanzierung der allgemeinen Kosten, vor allem der Unterhalts-, aber auch der Betriebs- und Verwaltungskosten, der Amortisation, der Bezahlung von Gebühren, Steuern und Versicherungsprämien (GRATZ, Mietzinsgestaltung, Zürich 1995, S. 34). GRATZ kritisiert an diesem Modell, dass es die Betriebskosten nicht enthalte (ebenso SVIT-Komm.-ROHRER, Vorbem. zu Art. 269-270e OR N 24). Das ist allerdings so nicht richtig. Ähnlich wie die Aufzählung der allgemeinen Kosten in Art. 12 VMWG beruht auch der Anteil der allgemeinen Kosten gemäss Berechnungsmodell nicht auf einer abschliessenden Liste von Ausgaben, die beim Vermieter anfallen. Vielmehr dienen die genannten 30 % des Mietzinses gemäss dem Modell der Finanzierung von allem, was nicht als Fremd- oder Eigenkapitalfinanzierung zu betrachten ist, also auch der Finanzierung der Betriebskosten, soweit diese nicht über Nebenkosten separat abgerechnet werden. Richtig ist andererseits, dass das Berechnungsmodell eine Fiktion darstellt und wohl keine Liegenschaft in der Schweiz exakt dem Modell entsprechen dürfte (GRATZ, a.a.O.). Es dient aber der Vereinfachung der Mietzinsgestaltung zwischen den Parteien. Die darauf gestützten Normen der VMWG, namentlich deren Art. 12a, 13, 14 und 16, sind nach einheitlicher Rechtsprechung gesetzeskonforme Ausführungsbestimmungen zu Art. 269a OR.

Das Modell weist im Übrigen auch Ungenauigkeiten auf, welche sich eher zugunsten des Vermieters auswirken: So sieht Art. 16 VMWG einen Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital von «höchstens» 40 % vor. Der Satz entspricht dem alten Modell gemäss der Verordnung zum 1990 ausser Kraft getretenen Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM bzw. VMM), welches noch davon ausging, der Mietzins diene ausschliesslich der Kapitalfinanzierung und zwar zu 60 % der Finanzierung des Fremd- und zu 40 % derjenigen des Eigenkapitals. Bei der Schaffung der VMWG nahm der Bundesrat die Berücksichtigung der Allgeminkosten im neuen Modell mit einem Anteil von 30 % des Mietzinses zum Anlass für die Senkung der Überwälzungssätze wegen Veränderung der Fremdkapitalzinsen nach Art. 13 VMWG gegenüber der VMM um durchweg 1 % (GRATZ, a.a.O., S. 90 f.). Dies lässt sich rechnerisch nachvollziehen: Steigt der Hypothekar- bzw. Referenzzins um $\frac{1}{4}$ %, so erhöhen sich

die Fremdkapitalkosten um 5 % (1/20; vgl. dazu die Tabelle bei GRATZ, a.a.O., S. 90). Nur 70 % des Mietzinses dienen aber gemäss dem Modell der Kapitalfinanzierung und nur 60 % davon der Finanzierung des Fremdkapitals, also 42 % des Mietzinses. Rechnerisch müsste dies beim genannten Anstieg der Fremdkapitalkosten zu einer Mietzinserhöhung um 42 % von 5 % führen, also um 2.1 %. Die Standardisierung nach Art. 13 Abs. 1 lit. b VMWG rundet diesen Wert auf 2.5 % auf. Das ist insofern parteineutral, als der Senkungssatz beim umgekehrten Fall so zu berechnen ist, dass der gleiche Senkungsbetrag herauskommt wie bei einer Erhöhung, nach der Formel:

$$\text{Senkungssatz} = \frac{\text{Erhöhungssatz} \times 100}{\text{Erhöhungssatz} + 100}$$

Überträgt man nun die Überlegungen des Bundesrates auf den Teuerungsausgleich für das investierte Eigenkapital nach Art. 269a lit. e OR, so dürfte gemäss Art. 16 VMWG die Teuerung nur zu höchstens 28 % ausgeglichen werden, denn dieser Satz entspricht dem 40 %-igen Anteil, welchen die Eigenkapitalfinanzierung bezogen auf die gesamte Kapitalfinanzierung ausmacht, der wiederum 70 % des Mietzinses dienen (so auch GRATZ, a.a.O., S. 34).

Weiter ergibt sich bezüglich der Überwälzungssätze bei Veränderungen der Fremdkapitalkosten nach Art. 13 Abs. 1 VMWG schon aus dem Text der Verordnung, dass sie nur für die bis 1990 üblichen Fremdkapitalzinsen im Bereich von 4 - 7 % gedacht sind. Betrachtet man die aktuelle Situation näher, so sinken die Fremdkapitalkosten (deren Finanzierung gemäss Modell 42 % des Mietzinses dienen) bei einer Senkung des Referenzzinses von $1\frac{3}{4}$ auf $1\frac{1}{2}$ % um einen Siebtel. Dies müsste also eigentlich eine Mietzinsenkung um 6 % zur Folge haben, wenn man das Berechnungsmodell zum Nennwert nimmt. Gleichwohl wenden Schlichtungsbehörden und Gerichte nach wie vor den an sich zu tiefen Senkungssatz von Art. 13 Abs. 1 lit. c VMWG an (nach der schon erläuterten Formel für Senkungen mit hin einen Satz von 2.91 %). Bundesrat und Parlament sind sich der Verzerrung, welche die Verordnungsbestimmung bewirkt, allerdings durchaus bewusst. So antwortete der Bundesrat auf eine Interpellation von Nationalrat Carlo Sommaruga vom 17. Juni 2015, in welcher die Problematik aufgegriffen wurde, in seiner Stellungnahme vom 2. September 2015, er erachte eine Anpassung der Sätze für nicht opportun, weil beim gegenwärtigen tiefen Zinsumfeld die Wahrscheinlichkeit eines Wiederanstiegs des Referenzzinses grösser sei als die Aussicht auf weitere Senkungen. Dies würde dann zu weit stärkeren Mietzinserhöhungen führen als gemäss den aktuellen Sätzen. Der Bundesrat wies ausserdem darauf hin, dass er wiederholt Vorschläge zur

Entkoppelung von Kapitalmarkt und Mietzinsen gemacht habe, die vom Parlament abgelehnt worden seien. Folglich sehe er es nicht als seine Aufgabe, das vom Gesetzgeber favorisierte heutige System grundlegend zu ändern [...]. Zwar sind die Gerichte insbesondere bei der Prüfung der Gesetzeskonformität einer Verordnungsbestimmung nur den Regeln der Gesetzesinterpretation verpflichtet. Wenn allerdings der Gesetzgeber in Kenntnis der gesamten Umstände bewusst auf eine Neuregelung verzichtet hat, verbietet sich eine Uminterpretation der Verordnung mit Blick auf die Gewaltenteilung. Dies hat jedoch eine Anomalie zur Folge, die auch von ROHRER beschrieben wurde: Beruft sich der Mieter auf einen Nettoenditevergleich gestützt auf Art. 269 OR, so fällt die ihm zustehende Mietzinssenkung wesentlich höher aus als bei Anwendung der relativen Überwälzungssätze gemäss Art. 13 VMWG (SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 269 OR N 52). Die Gründe liegen aber in der (aktuell) die Vermieterseite begünstigenden Verzerrung und nicht in einer Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Überwälzung umfassender Überholungen, wie ROHRER annimmt (a.a.O., unter Berufung auf BGE 140 III 433). Insgesamt bestehen damit keine genügenden Gründe, das Berechnungsmodell als solches oder die Überwälzungssätze von Art. 13 VMWG infrage zu stellen.

4.1.4 Vor diesem Hintergrund ist daher auch die zwischen den Parteien umstrittene Veränderung der allgemeinen Kosten im Sinne von Art. 12 VMWG zu betrachten. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung dazu in zwei Entscheiden zusammengefasst und aktualisiert. So hat es in Zusammenhang mit einer Renditeberechnung nach Art. 269 OR entschieden, dass besonders hohe ausserordentliche Unterhaltskosten geglättet in den Vergleich der zwei relevanten Mehrjahresperioden einzubeziehen sind, und zwar ähnlich wie bei der Überwälzung wertvermehrender Investitionen gemäss Art. 269a lit. b OR anhand eines Amortisationsatzes gemäss ihrer Lebensdauer und einer jährlichen Verzinsung des noch nicht amortisierten Betrages. Anwendbar ist ein Zinssatz, der $\frac{1}{2}$ % über dem geltenden Referenzzinssatz zur Zeit der Investition des Vermieters liegt. Dieser Zinssatz ist unter Berücksichtigung des wegen der Amortisation linear abnehmenden, noch zu verzinsenden Restkapitals zu halbieren (BGE 140 III 433 E. 3.5).

In Zusammenhang mit der hier interessierenden Untersuchung der relativen Kostenveränderung seit der letzten Mietzinsfestsetzung hat das Bundesgericht im Urteil 4A_530/2012 v. 17.12.2012 in E. 3.1 und 3.2 die massgeblichen Grundsätze rekapituliert.

...

Das Bundesgericht bestätigte im genannten Entscheid den Grundsatz, dass die allgemeinen Kosten bei einer relativen Berechnung nicht *tel quel* und in voller Höhe berücksichtigt werden können, sondern nur insofern, als aufgrund einer Vergleichsrechnung über zwei mehrjährige Perioden eine dauerhafte Kostensteigerung eingetreten ist. Dadurch unterscheidet sich die Anpassung des Mietzinses gestützt auf gestiegene Allgemeynkosten grundlegend von einer Nettoenditerechnung, welche untersucht, ob ein Mietzins in einem bestimmten Zeitpunkt unter Berücksichtigung der Kapitalkosten und der (u.U. geglätteten) Allgemeynkosten dem Vermieter einen übersetzten Ertrag verschafft oder nicht. Untersucht man indessen nur die Veränderung der Allgemeynkosten, so muss sichergestellt sein, dass ein vollständiger Vergleich erfolgt. Dies bedingt bei den geglättet in die Rechnung einbezogenen Positionen, dass diese nicht nur zu amortisieren und zu verzinsen sind, sondern – wie dies die Kläger mit Recht geltend machen [...] – dass sie auch in Bezug gesetzt werden zu den Kosten, welche für die im Zuge der Unterhaltsarbeiten allenfalls ersetzten Installationen entstanden sind. Denn diese alten Installationen wurden über den geltenden (und vom Mieter auch in Zukunft zu bezahlenden) Mietzins mitfinanziert. Liesse man es zu, dass die Kosten der Ersatzinstallation voll in die Vergleichsrechnung aufgenommen würden, so könnte der Vermieter mit dem neuen Mietzins die neue Installation voll finanzieren, während er auch für die alte und nach der Sanierung nicht mehr vorhandene Vorrichtung Mietzinseinnahmen generieren würde. Zur Korrektur gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder rechnet man den Preis der ersetzten Installation geglättet in die Mehrjahresperiode vor der früheren Mietzinsfestsetzung ein oder man versucht über eine Schätzung zu bestimmen, welcher Anteil der Kosten für die neue Installation investitionsvermehrend wirkt. Diesen Zusammenhang hat auch GRATZ erkannt und in seiner schon mehrfach zitierten, vom Schweizerischen Hauseigentümerversand herausgegebenen Publikation in Zusammenhang mit umfassenden Überholungen unterschieden zwischen Neu- und Ersatzinvestitionen. Blosser Ersatzinvestitionen, zu denen er auch solche zählt, die wie der Ersatz eines Heizkessels blossen Unterhalt darstellen, schlagen sich seiner Einschätzung als Volkswirtschaftler zufolge in einem Mehrwert von 40 - 80 % nieder (GRATZ, a.a.O., S. 99 ff.). Wie er zu den genannten Prozentzahlen gelangte, erläuterte GRATZ allerdings nicht und er untermauerte dies auch nicht mit weiterführender Literatur. Dass der Anteil der Investitionserhöhung für den Vermieter aber auch kleiner sein kann als 40 %, räumte er mit dem Hinweis ein, dass der «vollkommen gleichwertige Ersatz bereits zuvor vorhandener Einrichtungen (Bsp.: Auswechsell

eines defekten Kühlschranks durch das gleiche Modell)» nicht zu einer Mietzinserhöhung berechtige, sondern vom Vermieter zu tragen sei (a.a.O., S. 99).

Dieser Hinweis zeigt letztlich auch einen Zusammenhang auf zwischen der Steigerung der Unterhaltskosten und den sog. wertvermehrenden Investitionen, v.a. im Falle von umfassenden Überholungen. Aus der Optik der Kostenmiete ist bei Ersatzanschaffungen in beiden Fällen eigentlich nur die Kostensteigerung relevant, die für den Vermieter anfällt. Dass Verbesserungen an der Mietsache gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen zu wertvermehrenden Investitionen auch ohne nachgewiesene Kostensteigerung zu einer Mietzinserhöhung führen (dazu etwa das bundesgerichtliche Urteil zum Einbau neuer Fenster BGer 4C.287/2001 v. 26.3.2002 E. 3.3: Überwälzung auf den Mietzins im Umfang von 40 % der Ersatzkosten) lässt sich nur damit erklären, dass für technische Verbesserungen nach den Intentionen des Gesetzgebers auch dann ein Anreiz geschaffen werden soll, wenn dies aufgrund eines reinen Kostenvergleichs nicht gerechtfertigt wäre.

Sodann ergibt sich aus dem zitierten BGer 4A_530/2012 v. 17.12.2012, dass Kosten bei der Berechnung einer Kostensteigerung nicht nur dann geglättet in die Rechnung einzubeziehen sind, wenn sie ausserordentlich hoch sind und in grossen Zeitabständen anfallen. Vielmehr ist mit den Worten des Bundesgerichts generell dafür zu sorgen, dass nur eine dauerhafte Unterhaltskostensteigerung zu einer Mietzinsveränderung führt. Zentral ist auch der Hinweis des Gerichts auf die Möglichkeit einer Pauschalierung, wenn die Abrechnungen ungewöhnlich hohe oder tiefe Posten enthalten, so dass der Durchschnitt die tatsächlichen Kosten im massgeblichen Zeitpunkt unzutreffend wiedergibt: Zur Bestimmung der massgeblichen Pauschale können zwar dennoch zwei Kostenperioden miteinander verglichen werden, wie dies im vorliegenden Fall die Parteien tun. Damit das Resultat bezüglich Dauerhaftigkeit der Kostenveränderung aber verlässlich scheint, muss man entgegen der Auffassung der Beklagten zumindest bei allen Ersatzinvestitionen mit einer gewissen Lebensdauer eine Glättung vornehmen. Denn sonst besteht die Gefahr, dass man nicht nur dauerhafte Kostenveränderungen berücksichtigt, sondern kurzfristige Ausschläge auf den Mietzins umrechnet. Dies wiederum würde innert kürzester Zeit ein neuerliches Anpassungsverfahren zwischen den Parteien erforderlich machen, was nicht im Interesse einer geordneten Vertragsbeziehung liegt.

Zu präzisieren ist sodann der Hinweis des Bundesgerichts auf BÄTTIG, der postuliert, bei der Umlegung des werterhaltenden Teils einer umfassenden Renovation auf den Mietzins bedürfe es nicht des Vergleichs mehrerer Pe-

rioden, da eine solche «Unterhaltskostensteigerung» während der Lebensdauer der erneuerten Einrichtungen, die zu ihr geführt haben, unverändert bleibe und damit für diese Zeitspanne definitiv sei (so BÄTTIG, Die Überwälzung der Kosten von umfassenden Überholungen auf den Mietzins, MRA 1-2/2009 S. 1 ff., S. 16): Einerseits hat dennoch ein Mehrjahresvergleich stattzufinden, wenn aperiodische Unterhaltskosten und laufender Unterhalt in der anzustellenden Rechnung gleichermaßen berücksichtigt werden sollen. Und andererseits ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es um die Umliegung werterhaltender Massnahmen auf den Mietzins geht, also letztlich um den Ersatz von im Mietobjekt bereits vorhandenen Installationen. Es ist daher genau zu untersuchen, ob und inwieweit diese werterhaltenden Massnahmen überhaupt zu einer Kostensteigerung geführt haben. BÄTTIG unterlässt dies. Dass seine Berechnungsbeispiele nicht überzeugen, zeigt schon der von ihm konstatierte Umstand, dass der Vermieter nach seiner Methode besser fährt, wenn er ausserordentliche Kosten als Unterhalt behandelt und nicht als wertvermehrende Investition (HAP-BÄTTIG, S. 31 Rz. 1.61 und 1.62). Der Grund dafür liegt darin, dass BÄTTIG die verzinnten Kosten der alten Installationen nicht in seine Rechnung einbezieht. Dies überrascht, denn bei der Behandlung des wertvermehrenden Anteils umfassender Überholungen hält er gestützt auf BGE 118 II 415 E. 3a zutreffend fest, solche Überholungen enthielten sowohl werterhaltende als auch wertvermehrende Investitionen, wobei sich der werterhaltende Teil vor allem mengenmässig (d.h. nicht der Sache nach) von gewöhnlichen Reparaturen und vom laufenden Unterhalt unterscheidet (HAP-BÄTTIG, S. 20 Rz. 1.32). Gestattet Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VMWG, dass 50-70 % der Kosten umfassender Überholungen, sprich: gemischter Investitionen, als wertvermehrend behandelt werden, bedürfte es für eine zusätzliche Überwälzung der restlichen 30-50 % auf den Mietzins schon eines besonderen Nachweises, dass über den grosszügig pauschalierten investitionsvermehrenden Anteil gemäss Verordnung hinaus eine Kostensteigerung eingetreten ist. Eine Überwälzung der gesamten Kosten für eine umfassende Überholung unter dem einen oder anderen Titel kann nie gerechtfertigt sein, denn dies würde bedeuten, die Kosten der ersetzten und im bisherigen (auch in Zukunft zu bezahlenden) Mietzins berücksichtigten Vorrichtungen bei der Kalkulation der Kostensteigerung und damit der Mietzinsanpassung gänzlich zu ignorieren (BGE 110 II 404 E. 3a; BGer 4A_88/2013 v. 17.7.2013 E. 4.1). Dies meint das Bundesgericht wohl letztlich im vorne zitierten Entscheid mit seiner Bemerkung, seiner Rechtsprechung könne keineswegs entnommen werden, dass sämtliche Kosten einer umfassenden Sanie-

rung, die nicht als wertvermehrend betrachtet und nicht in Anwendung von Art. 14 VMWG als Mietzinserhöhung geltend gemacht werden könnten, ohne weiteres als ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen berücksichtigt und amortisiert sowie verzinst werden dürften. Vielmehr enthielten umfassende Überholungen auch «normale Unterhaltsarbeiten» (Anführungszeichen im Original, vgl. BGer 4A_530/2012 v. 17.12.2012 E. 3.2). Entscheidend ist nicht die Differenzierung zwischen normalem und ausserordentlichem Unterhalt, sondern die Berücksichtigung des Umstands, dass der geltende Mietzins auch der Finanzierung von inzwischen abgeschriebenen Vorrichtungen dient(e), die im Zuge der Sanierung aus dem Mietobjekt entfernt wurden. Denn bei kleineren Ersatzinvestitionen stellt sich die Frage genau gleich wie bei grösseren.

4.2 Anwendung auf den vorliegenden Fall

4.2.1 Aus dem Gesagten geht zunächst hervor, dass der Einwand der Beklagten nicht sticht, die Kläger seien betragsmässig an die Senkung gebunden, die sie im Vor- oder Schlichtungsverfahren verlangt hätten [...]. Das Senkungsbegehren vom 27. Juni 2017 ist wohl auch nach den von HIGI definierten Kriterien betragsmässig bestimmbar, denn wer den aktuellen Nettomietzins und den mit der geltend gemachten Senkung der Fremdkapitalkosten grundsätzlich verbundenen Senkungsanspruch gemäss Art. 13 Abs. 1 VMWG kennt, kann sich die verlangte Senkung ausrechnen. Dass die Kläger in ihrem Schreiben nicht auch die gesunkene Teuerung oder die (ihnen ohnehin nicht bekannten) Allgeminkosten erwähnt haben, ändert nichts daran, dass sie ihren Anspruch noch im Schlichtungsverfahren beziffern konnten. Gebunden waren sie an ihre dortigen Anträge auch dann nicht, denn erst mit der Formulierung des Rechtsbegehrens im Gerichtsverfahren treten Einschränkungen aufgrund der Prinzipien der Klageänderung ein (Art. 227 und 230 ZPO). Die Kläger haben aber ihre Klage seit Beginn des Gerichtsverfahrens so formuliert, wie sie es heute tun [...]. Selbst eine Klageänderung wäre wegen der grosszügigen Novenregelung im vorliegenden, von der sozialen Untersuchungsmaxime beherrschten vereinfachten Verfahren gemäss Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO bis zum Beginn der Urteilsberatung möglich gewesen, d.h. bis zur Spruchreifklärung des Falles am 13. Dezember 2018. Auch eine Bindung an die angegebenen Gründe bestand nach Lehre und Rechtsprechung keineswegs, ganz abgesehen davon, dass die Kläger schon in ihrem ersten Vortrag vom 7. Juni 2018 sowohl eine Überprüfung ihres Senkungsanspruchs aufgrund der relativen Faktoren verlangten als auch die Berücksichtigung der Nettorendite [...].

4.2.2 Die Berufung der Kläger auf die Nettoendite erweist sich sodann nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts als zulässig. Zwar werden absolute Anpassungsgründe wie erwähnt im laufenden Mietverhältnis zu relativen in dem Sinne, dass sie nicht zu einer vollkommen neuen Mietzinskalkulation führen können (vorn Ziff. 4.1.2; BGE 117 II 452). Dies bedeutet nach dem Gesagten aber nicht, dass die Parteien sich nur auf die relativen Anpassungsgründe berufen dürften. Vielmehr ist es ihnen auch gestattet, die Veränderung absoluter Mietzinsfestsetzungskriterien wie der Nettoendite seit der letzten Mietzinsfestsetzung zur Grundlage ihrer Argumentation zu machen. Folge der relativen Methode ist einzig, dass eine ungenügende oder übersetzte Rendite im Rahmen eines Mietzinserhöhungs- bzw. Senkungsbegehrens nur soweit korrigiert werden kann, als sich seit der letzten Festsetzung eine Veränderung ergeben hat. Die Beklagte hat trotz Aufforderung der Kläger und des Gerichts weder vollständige Angaben gemacht, noch Belege eingereicht zu den Daten, die für eine Nettoenditerechnung auf den Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und für eine solche auf den Zeitpunkt des Senkungsbegehrens notwendig wären. Damit hat sie ihrer Substantiierungslast nicht genügt und auch ihre Mitwirkungsobliegenheit verletzt. Ihr Einwand, die Nettoenditerechnung sei unzulässig, ist zumindest insofern nicht korrekt, als ein Nettoenditevergleich bezogen auf die Situation beim Vertragsschluss und derjenigen zur Zeit des Senkungsbegehrens sehr wohl zulässig ist. Eine vergleichende Nettoenditerechnung ist auch nicht aufgrund des Alters der Liegenschaft unzulässig. Wie die Beklagte selbst einräumt, kaufte sie die Liegenschaft mit der Mietwohnung im Jahr 1989, also 28 Jahre vor dem Senkungsbegehren der Kläger, zu einem (nicht belegten) Kaufpreis von Fr. 1.5 Mio. und gab im Jahr 1990 (ebenfalls nicht belegt) weitere Fr. 1 Mio. für eine Gesamtanierung der Liegenschaft aus («Aushöhlung» [...]). Nach der neuesten Rechtsprechung gemäss [dem zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehenen] BGer 4A_400/2017 v. 13.9.2018 E. 3 lassen diese noch nicht 30 Jahre zurückliegenden Vorgänge eine Berufung auf die Nettoendite im vorliegenden Fall zu.

Schon aus diesem Grund ist die Klage gutzuheissen, denn mit ihrer auf einer unzutreffenden Einschätzung der Rechtslage beruhenden Haltung hat die Beklagte einen Nettoenditevergleich verunmöglicht. Abgesehen davon führt eine Kontrollrechnung im Anschluss an den nachfolgenden Unterhaltskostenvergleich zur begründeten Annahme, dass sich die beim Mietbeginn bestehende und wohl schon damals übersetzte Rendite seither noch stark verbessert hat.

4.2.3 Aber auch bei einer Prüfung des Falles anhand des von der Beklagten befürworteten Kostenvergleichs ergäbe sich kein anderes Resultat, soweit die Angaben und Belege für eine zuverlässige Berechnung überhaupt ausreichen. Nicht zu verkennen ist nämlich, dass die Beklagte keineswegs sämtliche Allgemeynkosten in den von ihr diskutierten Perioden beziffert und belegt hat. So hat sie eingestandenermassen keine Angaben zu den Versicherungsprämien gemacht, obwohl sie über eine Versicherung verfügt, über die «ein Teilbetrag» der Kosten für die Behebung von Wasserschäden vergütet wurde, die offenbar in Geschäftsräumen im Parterre der Liegenschaft entstanden sind [...]. Auch die Verwaltungskosten hat sie in ihren Berechnungen nicht aufgeführt, obwohl schon aus der Korrespondenz mit den Klägern hervorgeht, dass sie die Liegenschaft u.a. durch [die Immobilienverwaltung] verwalten liess [...].

Weiter hat die Beklagte in den Unterhaltsaufwendungen zwischen 2006 und 2009 keine Beträge für die Amortisation und Verzinsung der Anlagen berücksichtigt, die sie zwischen 2013 und 2016 ersetzt hat, und zwar obwohl sie geltend gemacht hat, sie habe 1990 das Gebäude ausgehöhlt und schon damals insbesondere den Lift und die Heizung ersetzt [...]. Da sie sich zu den Kosten der ersetzten Installationen von 1990 trotz gerichtlicher Aufforderung [...] nicht geäussert und auch keine Angaben dazu gemacht hat, inwiefern die Neuinstallationen seit 2013 prozentual zu einer Kostensteigerung geführt haben sollen, bleibt das Gericht auf Schätzungen angewiesen. Nicht berücksichtigt werden dürfen sodann Auslagen, die nicht für das Gebäude als solches oder für das Mietobjekt angefallen sind, denn auch eine Kostensteigerung ist so weit wie möglich individuell zu berechnen (so für die Nettoenditerechnung BGer 4A_606/2014 v. 7.7.2015 E. 5.2 [nicht in der amtl. Sammlung publ. Teil von BGE 141 III 245] = Pra 2016 Nr. 33; BGE 139 III 209 E. 2 = Pra 2014 Nr. 3; BGE 125 III 421 E. 2d = Pra 2000 Nr. 30). Es geht daher nicht an, etwa die Kosten für den Ersatz mehrerer Parkettböden in Geschäftsräumen im Erdgeschoss in die Berechnung einzubeziehen, wie die Beklagte dies vorschlägt. Ihr steht überdies auch nicht die Wahl zu, ob sie eine erhaltene Versicherungsleistung in den Kostenvergleich einfließen lassen will oder nicht: Massgeblich ist die konkrete Kostensituation. Der Vermieter hat deshalb auch die tatsächlich erhaltenen Versicherungsleistungen für eine Unterhaltsarbeit zu beziffern und zu belegen, ist dafür aber auch berechtigt, die Versicherungsprämie in die Rechnung einzustellen.

Richtig ist zwar, dass auch das Bundesgericht schon mit den gesamten Liegenschaftskosten gerechnet und die gesamte Kostensteigerung ins Verhältnis zu den Mietein-

nahmen gestellt hat (z.B. BGE 111 II 378 E. 2). Grund für dieses Vorgehen ist, dass es zu einer Verzerrung kommt, wenn man nur die allgemeinen Kosten miteinander vergleicht: Gewährt man dem Vermieter z.B. eine pauschale Steigerung der Allgemekosten im Umfang von 0.5 % des Mietzinses pro Jahr, so deckt dies eine weit höhere Kostensteigerung ab, denn nach dem schon zitierten Berechnungsmodell des Bundes dienen nur 30 % des Mietzinses der Deckung der Allgemekosten. Die auf dem ganzen Mietzins berechnete Pauschale berücksichtigt damit effektiv Kostensteigerungen von $3.33 \times 0.5\%$, mithin von 1.66 % pro Jahr. Dieses Phänomen hat ebenfalls schon GRATZ beschrieben und gefordert, dass bei einer Kostensteigerung von durchschnittlich 3.77 % pro Jahr die Pauschale für die Mietzinsanpassung 1.13 % jährlich betragen müsse, nämlich 30 % von 3.77 % (a.a.O., S. 93 f.). Mit dem vom Bundesgericht gewählten Vorgehen vermeidet man die genannte Umrechnung, denn man legt schlicht die Kostensteigerung betragsmässig auf den Mietzins um. Wichtig ist dann aber, dass bei Berücksichtigung der gesamten im Haus anfallenden Kosten nur dann der korrekte Prozentsatz resultiert, wenn man die Steigerung der Kosten ins Verhältnis setzt zu den Mieteinnahmen nicht nur des betroffenen Objekts, sondern zu denjenigen des ganzen Hauses, unter Berücksichtigung auch allfälliger Leerstände (vgl. für konkrete Rechenbeispiele BGE 110 II 378 E. 2; BGE 106 II 356 = Pra 1981 Nr. 102; vgl. GRATZ, a.a.O., S. 97). Die Beklagte hat die Korrektur so vorgenommen, dass sie die gesamten Liegenschaftskosten nur zu einem Anteil von 18 % den Klägern zugeordnet hat [...]. Ein solches Vorgehen ist jedoch nur zulässig, wenn es bezogen auf die einzelnen Mietobjekte keine erheblichen Unterschiede gibt. Hier sind die Unterschiede indessen teils enorm, wie insbesondere die Arbeiten an den Büros im Erdgeschoss zeigen.

Sodann sind sämtliche aperiodischen Aufwendungen nach den vom Bundesgericht entwickelten Kriterien aufgrund ihrer Amortisationsdauer zu verzinsen und geglättet in die Vergleichsrechnung einzubeziehen. Als Zinssatz ist der um ½ % erhöhte Referenzzins zur Zeit der Investition zu verwenden. Dieser ist in Berücksichtigung des mit der Amortisation abnehmenden, noch zu verzinsenden Restkapitals zu halbieren (BGE 140 III 433 E. 3.5; vorn Ziff. 4.1.4). Wie die Kläger sodann zu recht ausführen, ist anders als bei der Amortisation und Verzinsung von wertvermehrenden Investitionen nicht zusätzlich eine Unterhaltspauschale zu berücksichtigen, denn den laufenden Unterhalt kann die Beklagte direkt in die Rechnung einstellen, so dass sich eine zusätzliche Pauschale verbietet. Diese Auffassung vertritt übrigens nicht nur die von den Klägern zitierte BRUT-

SCHIN (Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 519), sondern auch BÄTTIG (HAP, a.a.O., Rz. 31 f., Rz. 1.61).

Zu folgen ist der Beklagten immerhin darin, dass letztlich gleich lange Zeitperioden vor Mietbeginn und vor dem Senkungsbegehren in die Rechnung einzubeziehen sind. Zwar trifft der Einwand der Kläger zu, dass die Beklagte noch im Rahmen der Klageantwort nicht nur andere Zahlen vorgelegt hat, sondern auch selber mit unterschiedlichen Vergleichsperioden gerechnet hat [...]. Das ändert aber nichts daran, dass die Berücksichtigung unterschiedlicher Perioden zu einem verzerrten Resultat führt. Es mag sein, dass in den Jahren 2010 - 2012 tiefere Unterhaltskosten angefallen sind als danach. Soweit sich indessen grosse Abweichungen ergeben, ist dem mit einer Bewertung des kostenvermehrenden Anteils der Investitionen, einer Glättung durch Verzinsung von Investitionen mit einer Lebensdauer von 10 oder mehr Jahren über die gesamte Amortisationsdauer hinweg sowie notfalls mit der Festlegung einer Pauschale nach den genannten Grundsätzen Rechnung zu tragen.

...

4.2.3.9

[...]

Die Klage ist gutzuheissen. Was die massgeblichen Kostenstände für den neu auf Fr. 2054.– festzulegenden Nettomietzins betrifft, ist auf die Angaben der Kläger im Rechtsbegehren abzustellen, denn die Beklagte hat diese nicht infrage gestellt.

[...]

Urteil Mietgericht Zürich vom 24. Januar 2019 (MA180002-L / U)
