

Ungesetzliche Pauschalen:

Wie kann sich die Mieterschaft gegen eine pauschale Überwälzung von Kostensteigerungen wehren?

von Jakob Trümpy, Rechtsanwalt, Rheinfelden

1. Einleitung

In der Praxis vieler Schlichtungsbehörden hat sich eingebürgert, dass der Vermieter für die sogenannte Steigerung der Betriebs- und Unterhaltskosten jährlich eine Pauschale von rund einem Prozent des Mietzinses verlangen darf, ohne dass er nachweisen muss, dass dies Kosten tatsächlich gestiegen sind. Zur Praxis in den einzelnen Kantonen und Bezirken vgl. „Daten und Adressen zum Mietrecht“, herausgegeben vom Schweizerischen Mieterinnen- und Mieterverband, Ausgabe 2005, S. 18 ff. bzw. unter www.mietrecht.ch / ‚Schlichtungsbehörde‘.

Diese Praxis ist aus mehreren Gründen unhaltbar:

- Sie ist gesetzeswidrig. Nach Art. 20 Abs. 1 VMWG kann der Mieter sogar schon vor Einleitung eines Schlichtungsverfahrens verlangen, dass Kostensteigerungen zahlenmässig begründet werden. Im Schlichtungsverfahren kann er verlangen, dass die Belege vorgelegt werden (Artikel 20 Abs. 2 VMWG)¹.
- Das Bundesgericht hat mehrfach bestätigt, dass eine allfällige Steigerung der Unterhaltskosten anhand des Durchschnittes der tatsächlichen Kosten mehrerer Jahre zu berechnen ist (BGE vom 12.2.1993 in mp 1993 S. 75, E. 3b S. 79 s. Seite 5). Eine Pauschale ist nur in Ausnahmefällen zulässig (BGE vom 1.10.2001 in mp 2002 S. 158 ff., vergl. Seite 10).
- Wird die Teuerung zu 40% auf den Mietzins überwälzt (Art. 269 a lit. e OR²), so ist darin die Steigerung der Betriebs- und Unterhaltskosten im Rahmen der Teuerung bereits ausgeglichen (BGE vom 17.4.1989 in mp 1990 S. 203 ff., vergl. Seite 11; Christine Habermacher-Droz, Die neuere Rechtsprechung zum Thema Mietzins, mp 1992 S. 155 ff., S. 172).
- Eine pauschale Kostenüberwälzung hat sich in den 90-iger Jahren eingeschlichen, als die jährliche Inflation teilweise über 5% stieg. Bei

¹ **Art. 20 VMWG** Begründungspflicht des Vermieters

¹ Bei Mietzinserhöhungen wegen Kostensteigerungen oder wegen wertvermehrenden Verbesserungen des Vermieters kann der Mieter verlangen, dass der geltend gemachte Differenzbetrag zahlenmässig begründet wird. Die 30tägige Anfechtungsfrist wird dadurch nicht berührt.

² Im Schlichtungsverfahren kann der Mieter verlangen, dass für alle geltend gemachten Gründe der Mietzinserhöhung die sachdienlichen Belege vorgelegt werden.

² **Art 269a OR** II. Ausnahmen

Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie insbesondere:

- a. im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen;
- b. durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen des Vermieters begründet sind;
- c. bei neueren Bauten im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite liegen;
- d. lediglich dem Ausgleich einer Mietzinsverbilligung dienen, die zuvor durch Umlagerung marktüblicher Finanzierungskosten gewährt wurde, und in einem dem Mieter im voraus bekannt gegebenen Zahlungsplan festgelegt sind;
- e. lediglich die Teuerung auf dem risikotragenden Kapital ausgleichen;
- f. das Ausmass nicht überschreiten, das Vermieter- und Mieterverbände oder Organisationen, die ähnliche Interessen wahrnehmen, in ihren Rahmenverträgen empfehlen.

den heutigen niedrigen Inflationsraten ist eine separate pauschale Kostensteigerung nicht mehr zeitgemäss.

- Die Verhältnisse haben sich auch insofern geändert, als die in den letzten Jahren in der Tat angestiegenen Betriebskosten insbesondere für Heizung, Warmwasser und Abwasser heute in den meisten Mietverträgen aus dem Mietzins ausgegliedert wurden und vom Mieter separat über die Nebenkostenabrechnung bezahlt werden. Es geht nicht an, dem Mieter die Kostensteigerung einerseits konkret über die Nebenkostenabrechnungen und andererseits ein zweites Mal in Form einer Pauschale zu überwälzen.
- Der für die Unterhaltskosten massgebliche Baukostenindex ist in den letzten Jahren wegen der schwierigen Lage in der Bauwirtschaft kaum mehr gestiegen, ja zeitweise sogar gesunken.

2. Die pauschale Überwälzung von Kostensteigerungen im Mietzinsherabsetzungsverfahren

Praktische Bedeutung haben die Pauschalen zum jetzigen Zeitpunkt vor allem bei Mietzinsherabsetzungen: Der Mieter verlangt wegen der gesunkenen Hypothekenzinssätze eine Mietzinsherabsetzung, der Vermieter stellt dem Herabsetzungsanspruch eine pauschale Kostensteigerung entgegen (zum Verfahren auf Herabsetzung des Mietzinses sei auf Art. 270 a OR verwiesen).

Dem Herabsetzungsanspruch des Mieters kann der Vermieter grundsätzlich eine Kostensteigerung entgegenhalten, jedoch nur, wenn die Kosten tatsächlich gestiegen sind. Bei beiden Anpassungsgründen handelt es sich um sogenannte relative Faktoren, d.h. es wird die Veränderung der Verhältnisse geprüft. Massgebend ist zunächst die Veränderung seit Vertragsabschluss.

BEISPIEL DER MIETVERTRAG WURDE AM 1. JULI 2001 ABGESCHLOSSEN. DER MASSGEBLICHE HYPOTHEKARZINSSATZ DER KANTONALBANK FÜR ERSTE HYPOTHEKEN AUF WOHNBAUTEN BETRUG DAMALS 4, 25%. DER MIETER MACHT EINE MIETZINSHERABSETZUNG GELTEND, DA DER HYPOTHEKARZINSSATZ IN DER ZWISCHENZEIT AUF 3% GESUNKEN IST. DER SENKUNGSANSPRUCH BETRÄGT 13, 04% (ART. 13 ABS. 1 VMWG; DATEN UND ADRESSEN ZUM MIETRECHT, S. 14). DER VERMIETER DARF GEGENÜBER DIESEM SENKUNGSANSPRUCH 40% DER TEUERUNG SEIT VERTRAGSABSCHLUSS AUFRECHNEN. UNZULÄSSIG IST DIE ZUSÄTZLICHE ÜBERWÄLZUNG EINER KOSTENPAUSCHALE SEIT VERTRAGSABSCHLUSS.

Wurde der Mietzins im Laufe des Mietverhältnisses angepasst, so ist der massgebliche Zeitpunkt zur Berechnung **die letzte Mietzinserhöhung**. Eine unangefochten gebliebene Mietzinserhöhung kann nicht mehr in Frage gestellt werden, auch wenn sie unzulässige Unterhaltskostenpauschalen enthielt.

BEISPIEL DER MIETVERTRAG WURDE 1998 ABGESCHLOSSEN. DER MIETZINS WURDE IM AUGUST 2000 ZUFOLGE HYPOTHEKARZINSSTEIGERUNG AUF 4, 5% UND ZUSÄTZLICH MIT EINER UNTERHALTSKOSTENPAUSCHALE ERHÖHT. VERLANGT DER MIETER HEUTE EINE HERABSETZUNG DES MIETZINSES, KANN ER DIE PAUSCHALE ÜBERWÄLZUNG DER UNTERHALTSKOSTEN BIS ZUM 1. AUGUST 2000 NICHT MEHR BESTREITEN. INDESSEN BRAUCHT ER SICH NICHT GEFALLEN ZU LASSEN, DASS VON SEINEM AKTUELLEN HERABSETZUNGSANSPRUCH AUCH WEITERHIN EINE PAUSCHALE KOSTENSTEIGERUNG ABGEZOGEN WIRD.

Andererseits braucht sich der Mieter zwischenzeitliche ungenügende Senkungen des Mietzinses nicht entgegenhalten zu lassen. **Er kann, wenn er heute eine Herabsetzung des Mietzinses verlangt, darauf bestehen, dass für die Zukunft auch die früheren ungenügenden Herabsetzungen des Mietzinses korrigiert werden, da in der Entgegennahme einer ungenügenden Senkung kein Verzicht auf den weitergehenden Senkungsanspruch liegt (BGE vom 18.12.1997 in mp 1998 S. 37 ff. s. Seite 16)**. Der Senkungsanspruch berechnet sich also auch in Fällen von zwischenzeitlichen ungenügenden Herabsetzungen seit Vertragsabschluss oder **seit der letzten Mietzinserhöhung**. Der Mieter kann also die

zwischenzeitlichen Senkungen rechnerisch „überspringen“, den Senkungsanspruch seit diesem letzten Zeitpunkt berechnen, 40% der Teuerung davon abziehen und die vom Vermieter in der Zwischenzeit geltend gemachten pauschalen Unterhaltskostensteigerungen bestreiten. Das gilt unabhängig davon, ob der Vermieter die Mietzinsherabsetzungen mit oder ohne Formular mitteilte.

BEISPIEL DER MIETZINS WURDE IM JAHRE 1992 ERHÖHT. SEITHER SENKTE DER VERMIETER DEN MIETZINS MEHRMALS, KÜRZTE DIE MIETZINSHERABSETZUNGEN JEDOCH JEWEILS UM DEN BETRAG DER JÄHRLICHEN KOSTENPAUSCHALE. DER MIETER KANN SEINEN HERABSETZUNGSANSPRUCH AUF DIE HYPOTHEKARZINSENKUNGEN SEIT 1992 STÜTZEN, DER VERMIETER KANN DAGEGEN 40% DER TEUERUNG SEIT DIESEM ZEITPUNKT AUFRECHNEN. DER MIETER BRAUCHT SICH DIE VOM VERMIETER IN DER ZWISCHENZEIT GELTEND GEMachten PAUSCHALEN NICHT GEFALLEN ZU LASSEN.

Wurde indessen über eine frühere Mietzinsherabsetzung ein Verfahren vor Schlichtungsbehörde oder Gericht durchgeführt, so kann auf die früheren Kostenpauschalen nicht mehr zurückgekommen werden.

PRAKTISCHE TIPPS

- Der Mieter weist mit Vorteil bereits im Herabsetzungsbegehren (Art. 270 a Abs. 2 OR) darauf hin, dass er keine Pauschalen akzeptieren wird.

Sehr geehrter Vermieter,

Der Mietzins meiner Wohnung entspricht noch nicht dem aktuellen Hypothekarzinsstand. Mit Formular vom 8.2.2001 wurde der Mietzins zufolge Hypothekarzinssteigerung auf 4,5% erhöht. Seither ist der massgebliche Hypothekarzinsstand der Kantonalbank auf 3% gesunken. Das ergibt auf den Mietzins einen Senkungsanspruch von 13,04%. Dagegen können Sie praxisgemäss die Teuerung aufrechnen. Zum Zeitpunkt der letzten Erhöhung stand der Landesindex auf 148,3 Punkten, im Oktober 2004 galt ein Indexstand von 153,2 Punkten. Das ergibt bei einer Überwälzung zu 2/5 einen Erhöhungsanspruch von 1,32%. **Gestiegene Betriebs- und Unterhaltskosten können nicht pauschal verrechnet werden, sondern müssen anhand des Durchschnittes mehrere Jahre konkret berechnet werden.**

- Im Schlichtungsverfahren verlangt der Mieter erneut die Streichung von Pauschalen, wenn der Vermieter keine Zahlen präsentiert. Ausserdem macht er auf die Argumente in Ziff. 1 aufmerksam.
- Berechnet die Schlichtungsbehörde trotzdem eine Pauschale, lehnt der Mieter den Vergleich ab. Die 30 Tage bis zur Einleitung des Gerichtsverfahrens (Art. 274 f Abs. 1 OR) benutzt der Mieter, um den Vermieter eingeschrieben mitzuteilen, dass er den Vergleich der Schlichtungsbehörde akzeptiert (sofern er in den übrigen Punkten in Ordnung ist), wenn der Mietzins zusätzlich um die Kostenpauschale herabgesetzt wird. So kann in manchen Fällen doch noch ein aussergerichtlicher Vergleich abgeschlossen werden. Lenkt der Vermieter nicht ein, bleibt nur der Weg ans Gericht.
- Präsentiert der Vermieter unter diesen Voraussetzungen im Gerichtsverfahren Zahlenmaterial, welches eine tatsächliche Kostensteigerung belegt, dürfen dem Mieter trotz Unterliegens im Gerichtsverfahren keine Gerichts- und Anwaltskosten überbunden werden (Kassationsgericht Zürich, 22.1.1996 in mp 1996 S. 101 ff., vergl. Seite 18).

3. Die pauschale Überwälzung von Kostensteigerungen im Mietzinserhöhungsverfahren

Pauschale Kostensteigerungen spielen im Erhöhungsverfahren nur eine Rolle, wenn der Vermieter sie geltend macht, d.h., wenn er sie im Formular zur Mitteilung einer Mietzinserhöhung als Erhöhungsgrund anführt. Zum Verfahren auf Anfechtung einer Mietzinserhöhung sei auf Art. 270 d OR verwiesen.

Mietzinserhöhungen werden in der Regel nicht nur wegen pauschalen Kostensteigerungen, sondern gleichzeitig auch zur Anpassung an andere Erhöhungsfaktoren ausgesprochen. Die einzelnen Erhöhungsfaktoren sind im Formular in Einzelbeträgen auszuweisen (Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 VMWG), sonst ist die Erhöhung nichtig.

Der Vermieter kann pauschale Kostensteigerungen und weitere Erhöhungsfaktoren seit Mietvertragsabschluss oder seit der letzten Mietzinserhöhung geltend machen.

Der Mieter kann die Mietzinserhöhung teilweise anfechten, wenn er nur mit der Überwälzung der Kostenpauschalen nicht einverstanden ist oder die ganze Mietzinserhöhung zur Anfechtung bringen, wenn auch die übrigen Erhöhungsfaktoren nicht gerechtfertigt sind. Das gilt auch, wenn die Erhöhung gleichzeitig wegen der gesunkenen Hypothekarzinsätze reduziert wird.

BEISPIEL DER MIETVERTRAG WURDE AM 1. JULI 2001 ABGESCHLOSSEN. DER VERMIETER MACHT EINE ERHÖHUNG DES MIETZINSES UM 20% GELTEND, DA DIE WOHNUNG VOLLSTÄNDIG SANIERT WURDE. AUSSERDEM RECHNET ER 40% DER TEUERUNG SEIT VERTRAGSABSCHLUSS AUF. ZUSÄTZLICH MACHT ER EINE ÜBERWÄLZUNG EINER KOSTENPAUSCHALE SEIT VERTRAGSABSCHLUSS GELTEND. VON DIESEN ERHÖHUNGSANSPRÜCHEN ZIEHT ER 13,04% AB, DA DER MASSGEBLICHE HYPOTHEKARZINSSATZ IN DER ZWISCHENZEIT AUF 3% GESUNKEN IST.

Der Mieter kann die Mietzinserhöhung nur im Umfange der Kostensteigerung anfechten. Er kann aber auch die Erhöhung insgesamt anfechten, da die Erhöhung um 20% wegen der Renovation vermutlich ebenfalls übersetzt ist.

Entscheide:

mp 2/93 S. 75ff. Bundesgericht, 1. Zivilabteilung, 11.2.1993

**Verrechnung früherer Hyposenkungen. Kumulation
Erhöhungsgründe, keine Pauschalierung gestiegene
Betriebs- und Unterhaltskosten**

Macht der Mieter gegen eine Mietzinserhöhung zufolge Hypothekarzinsenerhöhung geltend, frühere Hyposenkungen seien ihm nicht weitergegeben worden, so sind die früheren Mietzinserhöhungen daraufhin zu überprüfen, ob die Senkungen des Hypothekarzinses berücksichtigt worden sind. Für diese Überprüfung der früheren Mietzinserhöhungen ist die damalige Begründung massgebend (E. 3a). Gestiegene Betriebs- und Unterhaltskosten können nicht pauschal, aber zusätzlich zur Kaufkraftsicherung geltend gemacht werden (E. 3b). Der Mieter kann eine bloss zeitweilige frühere Nichtweitergabe von Hyposenkungen bei einer späteren Erhöhung nicht mehr geltend machen (E. 3c).

Art. 9 Abs. 2bis VMM; Art. 9 Abs. 1 und Art. 11 VMM; (neues Recht Art. 13 Abs. 4 VMWG; Art. 12 Abs. 1 und Art. 16 VMWG)

Aus den Tatsachen

A.a) Rita B. ist seit 1978 Mieterin einer 2 1/2-Zimmerwohnung in Morges. Vermieterin ist die La C. AG. Der Mietvertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen; er kann mit einer viermonatigen Kündigungsfrist jeweils auf den 1. Oktober gekündigt werden. Der Nettomietzins betrug zunächst Fr. 460.-, ab 1. Oktober 1978 Fr. 445.- und anschliessend ab 1. Oktober 1980 Fr. 462.-, ab 1. Oktober 1982 Fr. 494.- und ab 1. Oktober 1984 Fr. 530.-.

Ab 1. Oktober 1987 wurde der Mietzins auf Fr. 555.- festgelegt. Diese Erhöhung, welche von der Mieterin nicht angefochten wurde, diente zur Sicherung der Kaufkraft des risikotragenden Kapitals und zum Ausgleich allgemeiner Kostensteigerungen sowie der Abgeltung wertvermehrender Investitionen der Vermieterin. Dabei wurde wie schon bei der vorhergehenden Mietzinserhöhung angemerkt, dass dieser Mietzins keine Anpassung an die orts- oder quartierüblichen Mietzinse vergleichbarer Liegenschaften beinhalte.

Mit Mitteilung vom 18. Mai 1989 wurde der Mietzins ab 1. Oktober 1989 auf Fr. 574.- erhöht. Diese Erhöhung, welche die Mieterin wiederum nicht anfocht, wurde folgendermassen begründet: Sicherung der Kaufkraft des risikotragenden Kapitals, Anpassung an allgemeine Kostensteigerungen bis Ende Dezember 1989 und Mehrleistungen in der Höhe von 323 000 Franken (Dachsanierungsarbeiten). Ausserdem wurde festgehalten, dass dieser Mietzinsanpassung ein Hypothekarzinsatz von 5,5% und ein Landesindex der Konsumentenpreise von 114,2 Punkte zugrunde lägen. Es wurden Vorbehalte angebracht.

Am 10. Mai 1990 wurde der monatliche Mietzins schliesslich per 1. Oktober 1990 auf Fr. 594.- erhöht; dies wegen der Erhöhung des massgeblichen Hypothekarzinsatzes von 5,5 auf 5,75%; die Vorbehalte blieben unverändert.

b) Suzanne R. ist seit 1977 Mieterin einer 4 1/2-Zimmerwohnung. Der Nettomietzins betrug ursprünglich Fr. 740.- und wurde von der La C. AG ab 1. Oktober 1987 auf Fr. 715.- erhöht, anschliessend ab 1. Oktober 1980 auf Fr. 742.-, ab 1. Oktober 1982 auf Fr. 794.- und ab 1. Oktober 1984 auf Fr. 832.- pro Monat. Der Mietvertrag war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und konnte jedes Jahr jeweils auf den 1. Oktober mit einer viermonatigen Kündigungsfrist aufgelöst werden.

Der Mietzins von Suzanne R. erhöhte sich ab 1. Oktober 1987 auf Fr. 872.-, ab 1. Oktober 1989 auf Fr. 902.- und schliesslich auf Fr. 934.- ab 1. Oktober 1990. Diese Erhöhungen wurden gleich begründet wie die diejenigen von Rita B..

B. Die Mieter fochten die Mietzinserhöhung vom 10. Mai 1990 an. ...

Aus den Erwägungen

1. Vor beiden kantonalen Instanzen wurden die Mietzinserhöhungen in einem einzigen Entscheid beurteilt. Die Berufungen erfüllen im übrigen die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess. Die beklagten Mieter sind daher als Streitgenossen gemäss Art. 47 Abs. 1 OG zu behandeln und die Ansprüche sind zur Berechnung des Streitwertes zusammenzuzählen (BGE 103 II 43 ff. E. 1).

... Bei einem stillschweigend fortgesetzten, das heisst einem auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Mietvertrag (BGE 114 II 166 E. 2b) ist die jährliche strittene Mietzinserhöhung mit 20 zu multiplizieren (Art. 36 Abs. 5 OG; BGE 103 II 47 E. 1). ... Auf die Berufung ist somit unter dem Gesichtspunkt von Art. 46 OG einzutreten und zwar für alle Beklagten.

2. Nach Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG; SR 221.213.11) sind die Vorschriften über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen auf Anfangsmietzinse oder Mietzinserhöhungen anwendbar, die mit Wirkung auf einen Zeitpunkt nach dem 1. Juli 1990 festgelegt oder mitgeteilt werden. Im vorliegenden Fall wurden die Mietzinserhöhungen vor diesem Datum (10. Mai 1990) mitgeteilt, sollen aber erst danach am 1. Oktober 1990 in Kraft treten. Demgemäss gelten die revidierten Bestimmungen des Obligationenrechts sowie die erwähnte Verordnung.

3. Die Beklagten berufen sich auf eine falsche Anwendung von Art. 13 Abs. 4 VMWG und werfen der Vorinstanz vor, die am 1. August 1988 eingetretene Senkung des Hypothekarzinssatzes nicht berücksichtigt zu haben. Ausserdem sei Art. 8 ZGB verletzt, denn ihren Forderungen zufolge der Senkung des Hypothekarzinssatzes per 1. Januar 1987 sei eine pauschale Steigerung der Betriebs- und Unterhaltskosten in der geschätzten Höhe von 0,75% jährlich entgegengehalten worden; das komme auf die Berücksichtigung einer nichtbewiesenen Tatsache hinaus, während es Sache der Vermieterin gewesen wäre, die Steigerung der laufenden Kosten mittels Belegen nachzuweisen. Auf jeden Fall könne dieser Erhöhungsgrund nur berücksichtigt werden, soweit er die Teuerung übersteige, machen die Kläger schliesslich gestützt auf einen nichtveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 17. April 1989 geltend.

a) Wie erwähnt (vgl. E. 2) kommt der neue Art. 13 Abs. 4 VMWG zur Anwendung. Nach dem Wortlauf dieser Bestimmung, die anders formuliert den ehemaligen Art. 9 Abs. 2bis VMM wiederaufnimmt (Lachat/Micheli, *Le nouveau droit du bail*, 2. Aufl., S. 228, Anm. 55), ist bei Mietzinsanpassungen infolge von Hypothekarzinsänderungen im übrigen zu berücksichtigen, ob und inwieweit frühere Hypothekarzinsänderungen zu Mietzinsanpassungen geführt haben. Die Auslegung dieser Bestimmung wirft zahlreiche und schwierige Fragen auf (vgl. dazu unter anderem: Habermacher-Droz, *Pratique recente en matiere de loyers*, 7e Seminaire sur le droit du bail, Neuenburg 1992, S. 6 ff. = mietrechtspraxis (mp) 1992, S. 161 ff.; M.-Cl. Jeanpretre, *La protection contre les loyers abusifs ou d'autres pretentions abusives du bailleur*, in *Repertorio di giurisprudenza patria*, 123/1990, S. 10 ff., Ziff. 4; Trümpy, *Bedeutung des revidierten Art. 9 Abs. 2bis VMM*, in mp 1989, S. 146 ff.; Anwendungsbeispiele zu Art. 13 Abs. 4 VMWG resp. zu Art. 9 Abs. 2bis VMM vgl. nebst BGE 117 II 452 = mp 1992 S. 21 und 117 II 458 = mp 1992 S. 92, das Waadtländer Urteil in *Cahiers du bail*, 1/92, S. 17 ff., insbes. S. 20 ff. und die Entscheide in mp 1991 S. 92 ff., 96 ff. und 1990 S. 116 ff. und in Mitteilungen des Bundesamtes für Wohnungswesen zum Mietrecht Heft 23, S. 21 ff.; ausserdem die von Rollini zusammengestellten Entscheide *La jurisprudence relative a l'art. 13 alinea 4 OBLF*, in *Cahiers du bail*, 2/92, S. 33 ff.). Die meisten brauchen im vorliegenden Fall nicht behandelt zu werden; namentlich die dornenvollste, wie weit zurück in die Vergangenheit gerechnet werden muss, kann offen bleiben. Art. 9 Abs. 2bis VMM - und erst recht Art. 13 Abs. 4 VMWG - ist ja erst nach der letzten Mitteilung einer Mietzinserhöhung zufolge Hypothekarzinserhöhung vom 9. Februar 1984, nämlich am 18. September 1989 in Kraft getreten. Die Beklagten konnten sich somit damals nicht auf diese Bestimmung berufen und überprüfen lassen, ob ihnen frühere Hypothekarzins-

senkungen weitergegeben worden seien. Es ist deshalb im vorliegenden Fall, welche Lösung man auch immer bevorzugen würde, nicht möglich, nur bis zur letzten Mietzinsanpassung zufolge Hypothekarzinsveränderung zurückzugehen. So oder so traten auf jedenfall die Senkungen des massgeblichen Hypothekarzinssatzes, auf die sich die Beklagten berufen, erst nach Inkrafttreten der letzten Mietzinserhöhung wegen der Erhöhung des Hyposatzes ein, so dass unabhängig von der gewählten Lösung auf jeden Fall kontrolliert werden müsste, ob diese Senkungen auf die Mietzinse überwältzt worden sind.

Wie ist bei der rückblickenden Überprüfung vorzugehen? Nach einer ersten Methode berechnet man die zulässige Mietzinserhöhung zwischen Mietbeginn und umstrittener Erhöhung unter Berücksichtigung der relativen Erhöhungsfaktoren, ungeachtet der zwischen diesen beiden Zeitpunkten tatsächlich vorgenommenen Mietzinsanpassungen; ist der angefochtene Mietzins höher als der so berechnete Mietzins, wird daraus geschlossen, dass die Hypothekarzinssenkungen nicht oder nicht in genügendem Ausmasse überwältzt worden sind und man zieht die erhaltene Differenz (ganz oder zum Teil) ab. Diese Methode verlangt aber ein Zurückgehen bis zum Mietbeginn; ob das zulässig ist, kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Auf jeden Fall berücksichtigt dieses Vorgehen, wie Habermacher-Droz zu recht hervorhebt (op.cit. S. 8 = mp 1992, S. 164), auch wenn es den Vorteil der Einfachheit hat, die vom Vermieter angerufenen Gründe nicht, während das Bundesgericht den Begründungen zu Mietzinsanpassungen entscheidende Bedeutung beimisst. Ausserdem erweist sich diese Methode als kaum praktikabel, wenn sich eine frühere Erhöhung auf andere Gründe wie zum Beispiel ortsübliche Mietzinse stützte. Mit Habermacher-Droz (op.cit.) ist deshalb die von den waadtländischen Gerichten angewandte Methode vorzuziehen. Danach hält sich der Richter an die Mietzinsanpassungen wie sie während der zu berücksichtigenden Zeitspanne tatsächlich stattgefunden haben und prüft sie sukzessive hintereinander nach relativer Methode; er hält sich dabei an die vom Vermieter jeweils dazu abgegebene Begründung. Das bedeutet, dass eine vom Vermieter geltend gemachte stillschweigende Verrechnung von Senkungsfaktoren durch die in den verschiedenen Erhöhungsmittelungen erwähnten Gründe nicht berücksichtigt wird; nur eine ausdrücklich erklärte Kompensation fällt in Betracht (ßGE 117 II1 460/461 = mp 1992 S. 92 ff. E. 2a mit Hinweisen).

b) Rita B. und Suzanne R. anerkennen, dass die Mietzinse per 1. Oktober 1984 von Fr. 530.- resp., Fr. 832.- monatlich aufgrund der Erhöhungsmittelungen vom 9. Februar 1984 nicht missbräuchlich waren. Diese Mietzinse entsprachen einem Hypothekarzinssatz von 5%, entsprechend dem damals geltenden Leitzinssatz. Zu prüfen ist deshalb, ob die seit dem damaligen Zeitpunkt eingetretene Senkung des Hypozinssatzes auf die Mietzinse überwältzt worden ist.

Am 11. Mai 1987 teilte die Vermieterin eine Mietzinserhöhung per 1. Oktober 1987 mit, für Rita B. auf Fr. 555.- (plus 4,72%) und für Suzanne R. auf Fr. 827.- (plus 4,8%). In der Zwischenzeit sank der Leitzinssatz am 1. Januar 1987 um ein viertel Prozent von 5,5 auf 5,25%, was zu einer Mietzinssenkung um 3,3% hätte führen müssen. Das Mietgericht hat nun geprüft, ob die Hypothekarzinssenkung durch die damals geltend gemachten Erhöhungsfaktoren kompensiert wurde, was die betreffenden Erhöhungen als gerechtfertigt hätte erscheinen lassen. Dabei hat das Mietgericht unter dem Titel Teuerung eine Erhöhung von 2,85% berücksichtigt; die Beklagten bestreiten diesen Prozentsatz nicht. Indessen bestreiten sie, dass die kantonalen Vorinstanzen eine pauschale Erhöhung für laufende Kostensteigerungen von jährlich 0,75% (d.h. 2,25% für die drei Jahre vor der letzten Mietzinsanpassung) einsetzen durften, ohne Art. 8 ZGB zu verletzen. Ausserdem bestreiten sie im Eventualstandpunkt die Möglichkeit, diese beiden Erhöhungsfaktoren zu kumulieren. Man kann aber, wie Habermacher-Droz zu recht feststellt (op.cit., S. 15 = mp 1992, S. 173), im nicht veröffentlichten Entscheid vom 17. April 1989 (4c. 244/1988; wiedergegeben im mp 1990, S. 203 ff.), auf den sich die Beklagten berufen, nicht den Ausschluss einer kumulativen Geltendmachung des Teuerungsausgleichs auf dem risikotragenden Kapital und der Unterhalts- und Betriebskostensteigerung sehen, wie Trümpy anzunehmen scheint (mp 1990, S. 209). Eine derartige Kumulation wurde schon in der früheren Rechtsprechung (SJ 1983 S. 510) zugelassen und nach dem fraglichen Entscheid noch einmal bestätigt (nicht publizierter Entscheid vom 17. Mai 1990 i.S. 4 C. 11, 1990 E. 2); auch wenn im übrigen das Bundesgericht

seine diesbezügliche Rechtsprechung geändert hätte, - was nicht zutrifft -, wäre im vorliegenden Fall die Kumulation trotzdem zulässig, handelt es sich doch um eine Mietzinserhöhung aus dem Jahre 1987. Was hingegen die Steigerung der laufenden Kosten betrifft, kritisieren die Beklagten zu recht die Überwälzung eines pauschalen Prozentsatzes. Das Mietgericht hat im übrigen diese Methode selber früher schon fallengelassen, denn sie begünstigt den den Unterhalt vernachlässigenden Vermieter und bestraft den gewissenhaften; eine Pauschalisierung widerspricht im übrigen der vom Bundesgericht angewandten Berechnungsmethode (BGE 111 II 380 E. 2, 106 II 362 E. 5b; vgl. auch den Basler Entscheid in mp 1990, S. 105 ff., zit. bei Zihlmann, Das neue Mietrecht, S. 138, Anm. 63). Es war damit bundesrechtswidrig, eine pauschale Erhöhung der laufenden Kosten zu berücksichtigen. Offenbar ist das Obergericht so vorgegangen, um die Sache zu vereinfachen und um die nach seiner Meinung schwierige Frage nicht entscheiden zu müssen, wer für die Kostensteigerung beweispflichtig sei. Effektiv wäre dieses Problem leicht zu lösen gewesen: Die Beklagten hatten die Mietzinserhöhungen vom 11. Mai 1987 nicht angefochten und die Klägerin ihrerseits hatte nicht darauf hingewiesen, dass der erhöhte Mietzins das Resultat der Verrechnung zwischen den geltend gemachten Erhöhungsfaktoren und dem Senkungsanspruch aus der Senkung des Hypothekarzinsleitsatzes sei. Die erste Tatsache führt dazu, dass man nicht hinterher die Rechtmässigkeit der am 1. Oktober 1987 in Kraft getretenen Mietzinserhöhung neu überprüfen kann, denn auch vom Mieter, der nicht innert 30 Tagen an die Schlichtungsbehörde gelangt, wird angenommen, dass er die Erhöhung akzeptiert und er verliert damit das Recht, sie später noch anzufechten, denn dies widerspräche Treu und Glauben; der zweite Umstand führt dazu, dass die Vermieterin nicht nachträglich geltend machen kann, dass die anlässlich der damals ausgesprochenen Erhöhung geltend gemachten Gründe nicht voll und ganz ausgeschöpft worden seien, um die Senkung des Leitzinssatzes zu berücksichtigen (BGE 117 II 458 ff. = mp 1992, S. 92 ff.). Die kantonalen Vorinstanzen hätten sich also damit begnügen können, die auf den 1. Oktober 1987 wirksamen Mietzinsen um 3,38% zu kürzen; sie betragen damit für Rita B. gerundet Fr. 536.- und Suzanne R. Fr. 842.-. Die Mietzinserhöhungen per 1. Oktober 1989 (plus 5,92%) und per 1. Oktober 1990 (plus 3,5%) werden von den Beklagten nicht bestritten; der monatliche Nettomietzins per 1. Oktober 1990 beträgt damit Fr. 588.- für Rita B. und Fr. 923.- für Suzanne R.. Diese Beträge liegen unter den in der Erhöhung vom 10. Mai 1990 geltend gemachten und die angefochtenen Erhöhungen sind somit unzulässig, soweit sie diese Beträge übersteigen, weil die Vermieterin die Hypothekarzinsenkung vom 1. Januar 1987 nicht auf die Mietzinse überwälzt hat.

c) Mietgericht und Obergericht haben die zeitweilige, neun Monate dauernde Hypothekarzinsenkung von 5,25% auf 5% ab 1. August 1988 bis zur Erhöhung auf 5,5% am 1. Mai 1989 nicht berücksichtigt. Zur Erklärung wird ausgeführt, die Mietzinse seien während dieser Zeitspanne nicht angepasst worden und es würden nur tatsächliche Mietzinsanpassungen überprüft; die Mieter hätten von einer Mietzinsenkung aus diesem Grunde nur profitieren können, wenn sie diese ausdrücklich verlangt hätten, was nicht der Fall sei. Die Beklagten wenden ein, aufgrund ihrer Verträge hätten sie nicht innert nützlicher Frist eine Mietzinsreduktion erreichen können und die Vermieterin habe damit während neun Monaten von einem Gewinn von 3,38% auf den Mietzinsen profitiert; die umstrittenen Erhöhungen müssten aus diesem Grunde entsprechend zeitlich aufgeschoben werden.

aa) Die Beklagten haben recht damit, dass die Mietzinssenkung erst am 1. Oktober 1989 in Kraft getreten wäre, wenn sie sie am 1. August 1988 verlangt hätten, als die Hypothekarzinsenkung eintrat. Die Mietzinssenkung wird ja nach der Rechtsprechung erst auf den nächsten Termin, auf den gekündigt werden kann, wirksam (BGE 111 11 204 E. 2b mit Hinweis auf weitere Entscheide). Da die Kündigungsfrist vier Monate betrug, hätte das Begehren um Mietzinssenkung der Vermieterin vor dem 1. Juni 1988 gestellt werden müssen, damit die Mietzinssenkung am 1. Oktober dieses Jahres hätte wirksam werden können. Aber in diesem Moment war der Hypothekarzins noch nicht gesunken und die Mietzinssenkung wäre nicht vor dem nächsten Kündigungstermin, d.h. am 1. Oktober 1989 wirksam geworden. Zu diesem Zeitpunkt war aber der Leitzinssatz, der ab 1. Mai 1989 5,5% und ab 1. September 1989 5,75% betrug, bereits wieder auf dem Niveau vor dem 1. August 1988,

respektive sogar darüber, und eine Mietzinserhöhung war aus diesem Grunde nicht mehr gerechtfertigt. Wie nun zu zeigen sein wird, führt dieser Umstand aber nicht zur Zulässigkeit der von den Beklagten vorgeschlagenen Lösung.

bb) Die Beklagten stützen sich auf die von den baselstädtischen Gerichten angewandte Methode (vgl. den in mp 1991, S. 92 H. publizierten Entscheid), wenn sie verlangen, dass die umstrittene Mietzinserhöhung um soviel später in Kraft treten soll, als eine frühere Hypothekarzinsenkung nicht auf ihre Mietzinse überwältzt worden ist. Diese Methode der zeitlichen Verschiebung der Erhöhung und auch diejenige, wonach von der umstrittenen Mietzinserhöhung der nicht überwältzte Teil der Mietzinssenkung zufolge Hypothekarzinsenkung abgezogen wird, laufen beide auf eine teilweise Rückvergütung von Mietzinsen in Form von Verrechnung hinaus; diese Mietzinse hat der Mieter nicht angefochten und bezahlt und das Resultat ist das gleiche, wie wenn anstelle einer derartigen Verrechnung der nicht der Hypothekarzinsenkung angepasste Mietzinsanteil dem Mieter zurückbezahlt würde. Die waadtländische Rechtsprechung und die herrschende Lehre wenden diese Methode nicht an (vgl. das waadtländische Urteil vom 27. September 1990 in fiche Nr. 170 der Chambre vaudoise immobiliere (S. 6 oben), übersetzt in mp 1991 S. 96 H., S. 101 lit. d am Ende und Urteil vom 2. Oktober 1991 publ. in Cahiers du bail, 1/92, S. 17 H., S. 21 Ziff. V; Trümpy, op.cit., S. 151/152, Anm. 7; M.-Cl. Jeanpretre, op.cit., S. 11 Mitte und S. 12/13, Anm. 6; offenbar anderer Ansicht; Habermacher-Droz, op.cit., S. 9, N. 5 = mp 1992, S. 164/165 N. 5 mit Hinweis auf BGE 117 II 458 = mp 1992 S. 92 ff., wo allerdings nicht die hier interessierende Frage behandelt wird). Es ist ihnen darin beizupflichten.

Beide Varianten der Verrechnungsmethode (zeitlich herausgeschobene Inkraftsetzung der umstrittenen Erhöhung oder Abzug des Betrages, der der Mietzinssenkung entspricht, die wegen der früheren Hypothekarzinsenkung geschuldet gewesen wäre) wie auch eine Rückerstattung der Beiträge, die dem Mieter während der Senkung des Leitzinssatzes nicht zugute kamen, in Geld widersprechen zunächst dem an sich unbestrittenen Grundsatz, wonach der Richter zur Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen gegen Missbräuche im Mietwesen nur zukünftige Mietzinse beurteilen darf, d.h. Mietzinse für die Periode nach Inkrafttreten einer angefochtenen Erhöhung; ein Gericht kann also nicht eine teilweise Rückerstattung früherer Mietzinse, die der Mieter bezahlt und nicht angefochten hat, anordnen. Art. 13 Abs. 4 VMWG weicht von diesem Grundsatz nicht ab; er will einfach den zeitlichen Anwendungsbereich der relativen Methode ausdehnen und verlangt unter Voraussetzungen und in Grenzen, die von der Rechtsprechung noch festzulegen sein werden (vgl. E. 3a oben), über die letzte Mietzinsfestlegung hinaus die Überprüfung der tatsächlichen und genügenden Weitergabe von früheren Hypothekarzinsveränderungen auf den Mietzins. Diese Bestimmung schafft also keine grundsätzliche Möglichkeit einer Klage des Mieters auf Rückerstattung eines Teils des Mietzinses, wenn er nicht innert Frist angefochten hat. Wie M.-Cl. Jeanpretre hervorhebt, soll damit vielmehr einfach festgestellt werden, welchem Hypothekarzinsstand der Mietzins im Verhältnis zum massgeblichen Leitzinssatz entspricht. Ist die tatsächliche Berechnungsgrundlage höher als der Leitzinssatz, so kann zwar der Mieter nicht eine Mietzinssenkung beanspruchen, aber den Ausschluss jeder Erhöhung aus diesem Grund, soweit und solange der Leitzinssatz unter diesem tatsächlichen Niveau liegt (op.cit., S. 13).

Vor allem würden diese Methoden aber zu einer automatischen Anpassung des Mietzinses an eine Senkung des massgeblichen Hypothekarzinsatzes führen. Sie setzen eine unmittelbare Überwälzung von Hypothekarzinschwankungen auf den Mietzins voraus, ohne Rücksicht auf den vertraglichen Kündigungstermin, wird doch die ganze früher nicht überwältzte Senkung dem Mieter gutgeschrieben, sei es durch die Verschiebung des Inkrafttretens der angefochtenen Erhöhung, sei es durch Abzug der entsprechenden Summe am ersten oder den ersten erhöhten Mietzinsen oder sei es durch eine Rückerstattung in Geld. Diese Methoden laufen damit dem Willen des Bundesgesetzgebers entgegen, wonach gemäss Art. 270a Abs. 1 OR eine Mietzinssenkung während der Dauer des Mietverhältnisses nur auf den nächsten Kündigungstermin hin verlangt werden kann (BGE 111 II 204 E. 2b mit Hinweisen auf weitere Entscheide). Das käme darauf hinaus, dem Mieter später mehr zuzusprechen, als er sofort hätte verlangen können (M.-Cl. Jeanpretre, op.cit., S. 12, N.

6), oder bei einer zeitweiligen Hypothekarzinsenkung, die wie hier überhaupt nicht auf den Mietzins hätte überwältzt werden können (vgl. lit. a oben), hätte der Mieter nachträglich von einer Mietzinssenkung profitieren können, die er gegen den Willen des Vermieters vorher gar nie bekommen hätte.

Die Weigerung des Kantonsgerichts, die Senkung des Hypothekarzinsleitsatzes zwischen 1. August 1988 und 1. Mai 1989 zu berücksichtigen, muss also wenn auch mit anderer Begründung - bestätigt werden.

(Originaltext französisch)

mp 3/02 S. 158ff. Bundesgericht, 1. Zivilabteilung, 4C.157/2001, 1. Oktober 2001

Steigerung der Unterhaltskosten

Zur Berechnung der Steigerung von Betriebs- und Unterhaltskosten ist auf den Durchschnitt der tatsächlichen Kosten während mehrerer Jahre abzustellen, nicht auf Pauschalen. Ausnahmsweise sind Pauschalen zulässig, namentlich wenn die Abrechnungen ungewöhnlich hohe oder tiefe Kosten enthalten, sodass der Durchschnitt die tatsächlichen Kosten im massgeblichen Zeitpunkt unzutreffend wiedergibt (E. 2). Im Herabsetzungsverfahren trifft den Vermieter gegenüber dem Mieter keine spezielle Begründungspflicht für geltend gemachte Kostensteigerungen, er hat sie aber im Prozess zu beweisen (E. 3)

Art. 269a lit. b OR; Art. 20 VMWG; Art. 270a OR

Aus den Tatsachen

Die Mieter verlangen eine Herabsetzung des Mietzinses zufolge Hypothekarzinsenkungen. Der Vermieter macht dagegen eine pauschale Steigerung von Betriebs- und Unterhaltskosten geltend.

Aus den Erwägungen

2. Die Mieter beanstanden die Berücksichtigung der Kostensteigerung im Rahmen einer Pauschale.

a) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine pauschale Berücksichtigung der Kostensteigerung grundsätzlich nicht zulässig, da dadurch der nachlässige gegenüber dem gewissenhaften Vermieter bevorteilt würde (Urteil des Bundesgerichts vom 11. Februar 1993 i.S. B., E. 3b, wiedergegeben in mp 93 S. 79). Zur Bestimmung des Umfangs der Kostensteigerung muss grundsätzlich der Durchschnitt der in den Jahren vor der letzten Mietzinsfestsetzung angefallenen Kosten mit den durchschnittlichen Kosten der darauffolgenden Jahre verglichen werden. Von dieser Regel darf indessen ausnahmsweise abgewichen werden, namentlich wenn die Abrechnungen ungewöhnlich hohe oder tiefe Posten enthalten, sodass der Durchschnitt die tatsächlichen Kosten im massgeblichen Zeitpunkt unzutreffend wiedergibt (BGE 111 II 378 E. 2 S. 380; Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juli 1995 i.S. V., E. 4a, wiedergegeben in mp 96 S. 141). Da nach den erstinstanzlichen Feststellungen, die das Appellationsgericht implizit übernimmt, ausserordentliche Investitionen aktenkundig sind, ist diese Voraussetzung gegeben.

b) Das Appellationsgericht erachtet unter diesen Umständen die Berücksichtigung von auf Erfahrungssätzen beruhenden Pauschalen als zulässig, sofern der Richter dazu Sorge trägt, dass dies nicht zur Annahme einer über die tatsächlichen Verhältnisse hinausgehenden Kostensteigerung führt (vgl. HIGI, Zürcher Kommentar, N. 214 ff. zu Art. 269a OR mit Hinweisen, insbesondere N. 216; für die generelle Zulässigkeit von Pauschalen: SVIT-Kommentar Mietrecht II, N. 44 zu Art. 269a mit Hinweis). Auch diese Voraussetzung ist nach Ansicht des Appellationsgerichts erfüllt.

c) Die Vorinstanz hat somit die konkreten Gegebenheiten nicht ausser Acht gelassen. Kommt der Richter bei der Würdigung der ihm unterbreiteten Kostenzusammenstellung zum Schluss, angesichts besonderer Umstände entspreche eine auf Erfahrungswerten beruhende Pauschale eher der tatsächlichen Kostenentwicklung als der Vergleich der durchschnittlichen Kosten, wie er unter gewöhnlichen Umständen durchzuführen wäre, ist diese Vorgehensweise bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die Mitberücksichtigung von Pauschalen kann somit im Einzelfall zulässig sein, sofern gewährleistet ist, dass sie nicht zu einer überhöhten Kostensteigerung führen und sofern keine andere Methode ein genaueres Ergebnis erwarten lässt. Die schematische Anwendung von Pauschalen ohne Rücksicht auf den Einzelfall bleibt dagegen unzulässig (BGE 111 II 378 E. 2 S. 380; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Februar 1993 i.S. B., E. 3b, wiedergegeben in mp 93 S. 79; Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juli 1995 i.S. V., E. 4a, wiedergegeben in mp 96 S. 141).

d) Soweit die Mieter als Verstoss gegen Art. 8 ZGB beanstanden, dass das Appellationsgericht von ihnen verlangt, darzulegen, inwiefern die Pauschale übermässig sei, fällt ihr Einwand ins Leere. Das Appellationsgericht hat die tatsächlichen Verhältnisse gewürdigt und ist zum Schluss gekommen, die von der Mietgerichtspräsidentin zur Anwendung gebrachte Pauschale entspreche der tatsächlichen Kostensteigerung eher als der Vergleich des Durchschnitts der in den Jahren vor der letzten Mietzinsfestsetzung angefallenen mit den durchschnittlichen Kosten der darauffolgenden Jahre. Kritik an dieser Beweiswürdigung ist im Rahmen der Berufung unzulässig. Bundesrechtlich ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz jene Berechnungsmethode anwendet, die im Rahmen der Würdigung der dargebotenen Beweise im Einzelfall die tatsächliche Kostensteigerung am genauesten widerzuspiegeln verspricht.

3. Schliesslich rügen die Mieter eine Verletzung von Art. 20 VMWG, da die Vermieter die Kostensteigerung nicht hinreichend begründet hätten. Die Rüge geht indes an der Sache vorbei. Art. 20 VMWG regelt die Pflichten des Vermieters, der eine einseitige Abänderung des Vertrages anstrebt, namentlich eine Erhöhung des Mietzinses. Die Vermieter haben aber ihr Begehren um Erhöhung des Mietzinses nicht weiter verfolgt. Halten die Vermieter die Kostensteigerung dem Herabsetzungsbegehren der Mieter entgegen, trifft sie keine spezielle Begründungspflicht. Es obliegt ihnen vielmehr, die geltend gemachte Kostensteigerung im Prozess zu beweisen. Gelingt ihnen das nicht, bleibt es bei der vom Mieter angestrebten Herabsetzung. Das Appellationsgericht erachtete nun aber den Beweis einer Kostensteigerung im Umfang der von der Mietgerichtspräsidentin angewandten Pauschale als erbracht. Damit dringen die Mieter mit ihrer Berufung auch in diesem Punkt nicht durch. Sie ist insgesamt abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die Mieter werden kosten- und entschädigungspflichtig.

Auf Pauschalen kann ausnahmsweise auch abgestellt werden, wenn bei Neubauten oder nach einer Handänderung die tatsächlichen Kosten nicht ermittelt werden können (BGE 4C.237/2000 vom 21. Mai 2001 in Mietrechtspraxis/mp 2001 S. 148 ff.).

mp 4/90 S. 203 ff. Bundesgericht, 1. Zivilabteilung, 17.4.89

Überwälzung umfassender Überholung. Kumulation Kaufkraftsicherung und gestiegene Unterhaltskosten

Streitwertberechnung bei Mietzinserhöhung (E. 1). Bei umfassenden Überholungen braucht der Vermieter den wertvermehrenden Anteil nicht nachzuweisen (E. 3a). Ein Vermieter, der jahrelang den für die Erhaltung der Mietsache bestimmten Mietzinsanteil anderweitig verbraucht hat, ist nicht mit einem besonders hohen Anteil wertvermehrender Investitionen zu belohnen (E. 3b). Angemessener Satz für Verzinsung, Amortisation und Unterhalt (E. 4). Gestiegene Unterhaltskosten können nebst der

Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals nur geltend gemacht werden, soweit sie die Teuerung übersteigen (E. 5). Normalerweise wird der wertvermehrende Anteil nach einem einheitlichen Erhöhungssatz auf verschiedenartige Wohnungen überwältigt (E. 6).

Art. 15 Abs. 1 lit. b BMM; Art. 10 VMM; Art. 9 Abs. 1 VMM; (neues Recht Art. 269a lit. b OR; Art. 14 VMWG; Art. 12 Abs. 1 VMWG)

Tatsachen

A. Als Vermieterin einer von G.L. gemieteten Wohnung in Basel teilte die T. AG ihrem Mieter mit Formular und Begleitbrief vom 15. Mai 1987 mit, dass der letztmals per 1. Oktober 1986 auf Fr. 680.– festgelegte Mietzins wegen "Küchen- und Fassaden-sanierung" auf Fr. 810.– erhöht werde, und zwar mit Wirkung "nach Beendigung des Umbaus, frühestens per 1. April 1988".

Nach erfolglosem Schlichtungsversuch stellte der Zivilgerichtspräsident des Kantons Basel-Stadt am 29. Februar 1988 in Behaftung des beklagten Mieters bei seiner Anerkennung und in Anweisung des weitergehenden Klagebegehrens der Vermieterin fest, dass die gemäss Formular angekündigte Mietzinserhöhung im Umfang von Fr. 773.– pro Monat nicht missbräuchlich sei. Eine Beschwerde der Klägerin wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt (Ausschuss) mit Urteil vom 18. Mai 1988 ab.

B. Die Klägerin hat gegen dieses Urteil Berufung eingereicht; sie beantragt seine Aufhebung und die Feststellung, dass die Erhöhung auf Fr. 810.–, eventuell auf Fr. 791.–, für die Zeit nach Beendigung des Umbaus, frühestens jedoch per 1. April 1988, nicht missbräuchlich sei. Subeventuell wird die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verlangt.

Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung und auf Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Erwägungen

1. Streitig war vor der Vorinstanz (Art. 46 OG) die Differenz zwischen dem vom Beklagten anerkannten monatlichen Zins von Fr. 773.– und dem von der Klägerin verlangten Zins von Fr. 810.–. Da die Klage auf Feststellung eines um jährlich Fr. 444.– höheren Zinses für wiederkehrende Nutzung geht, deren Dauer ungewiss ist, entspricht der für die Berufung massgebende Streitwert dem zwanzigfachen Betrag der streitigen Jahresleistung oder Fr. 8'880.– (Art. 36 Abs. 5 OG; BGE 101 II 334 f. E. 1). Die Berufungssumme des Art. 46 OG wird somit erreicht.

2. Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen des Vermieters begründet werden (Art. 15 Abs. 1 lit. b BMM). Mehrleistungen sind u.a. Investitionen für wertvermehrende Verbesserungen (Art. 10 Abs. 1 1. Satz VMM); dabei gelten die Kosten umfassender Überholungen "in der Regel zu 50 - 70 Prozent" als wertvermehrende Investitionen (Art. 10 Abs. 1 2. Satz VMM).

Nach dem angefochtenen Urteil ist unbestritten und anerkannt, dass sich die Kosten für die umfassende Überholung der Liegenschaft auf Fr. 1'251'283.- belaufen haben und dass davon rund 40% auf wertvermehrende Arbeiten entfallen sind.

...

3. Die Vorinstanz erhöhte den wertvermehrenden und damit auf den Mieter überwälzbaren Anteil von den ausgewiesenen 40% der Gesamtinvestition auf den in Art. 10 Abs. 1 2. Satz VMM vorgesehenen Mindestansatz von 50%. Durch diesen werde die Klägerin zur Vornahme von Renovationen ermuntert, was der ratio legis entspreche. Hingegen rechtfertige sich keine Überschreitung des Mindestansatzes: Bei umfassenden Überholungen von vernachlässigten Liegenschaften müsse von der unteren Grenze des Rahmen von 50 - 70 % ausgegangen werden; vorliegend seien am

Mietobjekt seit seiner Erstellung vor 28 Jahren keine Unterhaltsarbeiten durchgeführt worden.

Dem hält die Klägerin im wesentlichen entgegen, eine umfassende Überholung hätte gemäss Art. 10 VMM selbst dann mindestens zu 50% als wertvermehrend zu gelten, wenn ausschliesslich werterhaltende Arbeiten durchgeführt worden wären. Entfielen aber 40% der Gesamtinvestition tatsächlich auf wertvermehrnde Arbeiten, sei der Mindestansatz anzuheben und "in angemessener Interpolation" zwischen 50% und 70% festzusetzen, was vorliegend einen wertvermehrenden Anteil von 58% oder sogar 62% ergebe.

a) Lässt der Vermieter das Mietobjekt umfassend überholen, ist oft schwierig zu bestimmen, in welchem Umfang die Arbeiten zu einer wertvermehrenden Verbesserung der Mietsache geführt haben, die als Mehrleistung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. b BMM zu einer Mietzinserhöhung berechtigt, und inwiefern es sich um bloss werterhaltende, durch den bisherigen Mietzins abgegoltene Unterhaltsarbeiten (Art. 254 abs. 1 OR) handelt. Werden an Gebäuden grössere Arbeiten durchgeführt, so umfassen diese regelmässig sowohl wertvermehrnde Verbesserungen wie Unterhalt. Art. 10 VMM enthebt den Vermieter der Notwendigkeit, den wertvermehrenden Anteil auszuweisen, und gestattet ihm, auf dem Mietzins "in der Regel" einen Pauschalsatz von 50 - 70% der gesamten Investition als wertvermehrnde Aufwendung in Anschlag zu bringen (BGE 110 II 407 f. E. 3a mit Hinweisen).

Nebst dieser Vereinfachung soll der seit der Revision vom 5. Mai 1976 (AS 1976 I S. 1110) auf höchstens 70% angehobene Pauschalsatz den Vermieter zur Erhaltung und Anpassung seiner Liegenschaft an den Stand der Zeit anspornen oder ihn wenigstens nicht davon abhalten (Bericht des EVD an den Bundesrat vom 22. April 1976 S. 3). Der Vermieter soll nicht auf die für den Unterhalt vorgenommenen Rückstellungen angewiesen bleiben, sondern zusätzlich auf höhere Mietzinse zurückgreifen können, um sich die erforderlichen Mittel für über laufende Reparatur- und Unterhaltsarbeiten hinausgehende Renovationen zu beschaffen (Raisig/Schwander, Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, S. 125). In diesem Sinn ist die Aussage in BGE 110 II 408 zu verstehen, wonach auch ausschliesslich für bedeutende Unterhaltsarbeiten bestimmte Kosten zur Anwendung des Pauschalsatzes berechtigten.

b) Mit dem Zweck des Pauschalsatzes als Alternative zur genauen Ermittlung des wertvermehrenden Anteils der umfassenden Überholung lässt sich die Auffassung der Klägerin zum vornherein nicht vereinbaren. Da 40% der Gesamtinvestition als wertvermehrend ausgewiesen sind, bleibt für einen Berechnungsersatz kein Raum. Eine Fiktion des Inhalts, dass die wertvermehrenden Arbeiten trotzdem 50% ausmachen würden begründet Art. 10 VM M nicht; andernfalls fände dieser Satz selbst dann Anwendung, wenn nachgewiesen wäre, dass sämtliche Aufwendungen ausschliesslich Unterhaltskosten darstellen. Solches lässt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte von Art. 10 VMM ableiten. Wohl enthielt diese Bestimmung in ihrer ursprünglichen Fassung vom 10. Juli 1972 (AS 1972 11 S. 1562) keinen Pauschalsatz und nach den revidierten Fassungen vom 5. Februar 1975 (AS 1975 I S. 174) vom 5. Mai 1976 bloss die Ergänzung, dass die Kosten umfassender Überholungen „in der Regel bis zur Hälfte“ bzw. „bis zu 70 Prozent“ als wertvermehrnde Investitionen gelten würden. Indem der Verordnungsgeber mit der letzten Revision vom 21. Dezember 1977 (AS 1977 II S. 2235) eine untere Grenze von 50 Prozent einfuhrte, sollte jedoch nicht eine unwiderlegbare Vermutung zugunsten wertvermehrender Arbeiten geschaffen, sondern durch Nennung einer Grössenordnung verhindert werden, dass in jedem Fall automatisch der Höchstansatz von 70 Prozent in die Berechnung der Mietzinserhöhung eingehe (Bericht des EVD an den Bundesrat vom 30. November 1977 S. 4 f.).

Demnach begründet die Vorinstanz die Anhebung des wertvermehrenden Anteils von 40 auf 50 Prozent zu Recht einzig mit dem weiteren Zweck von Art. 10 VMM, einen gewissen Anreiz zu umfassenden Überholungen zu schaffen. Dass die Verwirklichung dieses Ziels im vorliegenden Fall eine Erhöhung um mehr als 10 Prozent vorausgesetzt hätte, tut die Klägerin nicht dar, weshalb diese Frage, bei deren Beantwortung dem kantonalen Richter ohnehin ein weites Ermessen zusteht, nicht zu prüfen ist (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 106 II 175 Nr. 35). Vor Bundesrecht hält jedenfalls die Erwägung stand, dass ein Vermieter, der jahrelang den für die Erhal-

tung der Mietsache bestimmten Mietzinsanteil anderweitig verbraucht hat, nicht mit einem besonders hohen Anteil wertvermehrender Investitionen zu belohnen ist (Beat L. Meyer, Mietrecht im Alltag, 4. A. 1982, S. 66; Gmür/Prerost/Trümpy, Mietrecht für die Praxis, S. 121 f.).

Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang beiläufig erwähnte Erhöhung von Unterhaltskosten kann als Kostensteigerung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. b BMM i.V.m. Art. 9 Abs. 1 a.E. VMM auf den Mietzins überwält werden, ist jedoch nicht ein zweites Mal durch Anhebung des Pauschalsatzes für umfassende Überholungen zu berücksichtigen.

4. Bei der Festlegung der wegen wertvermehrender Verbesserungen zulässigen Mietzinserhöhung ist gemäss Art. 10 Abs. 2 VMM ein angemessener Satz für Verzinsung, Amortisation und Unterhalt der Investition einzusetzen. Wie bereits der Zivilgerichtspräsident, geht die Vorinstanz von einem um 0,2% abgerundeten, gewichteten Durchschnittssatz von 8% aus, der u.a. Art und Umfang der Investitionen berücksichtigte. Aufgrund dieses Satzes sei die zufolge Wertvermehrung zulässige Mietzinserhöhung auf Fr. 50'050.- (8% von 50% der Gesamtinvestition von Fr. 1'251'0283.-) oder auf 14,5% von den bisherigen Netto-Mietzinseinnahmen von Fr. 344'748.- pro Jahr festzusetzen. Dabei ist nach dem angefochtenen Urteil die von der ersten Instanz vorgenommene Abrundung von 8,2% auf 8% nicht zu beanstanden, weil die Klägerin selbst den Satz von 8% als zulässig bezeichnet habe und die Berechnung ohnehin auf verschiedenen geschätzten Faktoren wie der durchschnittlichen Lebensdauer von Küche und Fassade beruhe.

Ob die Klägerin anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung entgegen S. 2 des Protokolls nicht einen Satz von 8%, sondern einen solchen von 8,25% genannt habe, kann offen bleiben. In der Berufung gesteht auch die Klägerin dem Richter einen Ermessensspielraum bei der Festlegung des Erhöhungssatzes zu. Eine Ermessensüberschreitung kann aber nicht mit dem pauschalen Einwand begründet werden, es gehe nicht an, den wertvermehrenden Anteil "im niedrigsten Bereich anzusiedeln und daneben auch noch Abrundungen auf weiteren Berechnungsfaktoren vorzunehmen". Auch insoweit erweist sich die Berufung als unzureichend substantiiert.

5. Weiter schützt die Vorinstanz einen durch den Zivilgerichtspräsidenten den Mietern zuerkannten, teilweise durch die Teuerung kompensierten Senkungsanspruch aus der per 1. Januar 1987 eingetretenen Hypothekarzinsenkung, was einen Erhöhungsanspruch von 11,56% ergebe.

Abgesehen von untauglichen Rechenbeispielen (E. 7 hienach) wendet die Klägerin gegen die Senkung ein, sie sei „mit den seit der letzten Mietzinsfestsetzung gestiegenen Verwaltungskosten und der allgemeinen Kostensteigerung“ zu kompensieren. Dieser Vorwurf verkennt, dass die Teuerung durch Anwendung des Basler Index bei der Ermittlung der Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals berücksichtigt worden ist. Welche Kosten über die durch den Basler Index berücksichtigte Teuerung hinaus gestiegen sind, und in welchem Ausmass dies der Fall gewesen ist, hat die Klägerin nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 OG) nicht nachgewiesen. Ihre Berufung auf Notorietät ist von der Vorinstanz aus Gründen des im Berufungsverfahren nicht zu prüfenden kantonalen Prozessrechts als verspätet zurückgewiesen worden. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Aktenwidrigkeit ist unbehelflich, da nur eine nach Bundesrecht zu beurteilende Tatsache als offensichtlich auf Versehen beruhend angefochten werden kann (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG). Hier geht es jedoch um die nach kantonalem Recht zu beurteilende Frage, ob Behauptungen bereits vor erster Instanz als prozesskonform vorgebracht oder verspätet im Appellationsverfahren erhoben worden sind.

6. Weiter macht die Klägerin geltend, sie habe in Berücksichtigung der unterschiedlichen Lagen und Grössen der Wohnungen innerhalb der gleichen Liegenschaft Mietzinserhöhungen zwischen 14,1 % und 20,1 % vorgenommen. Beim Beklagten seien es 19,1 %, was die geforderten Fr. 810.- ergeben; für den Fall, dass ihr das Bundesgericht das Recht zu unterschiedlicher Überwälzung des Gesamterhöhungsbetra-

ges auf die einzelnen Mieter absprechen sollte, werde entsprechend einem Einheitssatz von 16,3% eine Erhöhung auf Fr. 791.-beantragt.

a) Den von den Vorinstanzen angenommenen Einheitssatzes von 11,56% hat die Klägerin erfolglos angefochten, so dass dem Eventualbegehren die Grundlage entzogen ist.

b) Zufolge des bei der letzten Mietzinserhöhung ausdrücklich auf Orts- und Quartierüblichkeit beschränkten Vorbehalts können nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Bezug auf anderweitige Erhöhungsgründe lediglich nach dem 1. Oktober 1986 geänderte Berechnungsgrundlagen berücksichtigt werden (zuletzt Pra 78/1989 Nr. 38 E. 5b mit Hinweis). Es ist somit davon auszugehen, dass die nach diesem Datum geltenden Mietzinse der unterschiedlichen Lage und Grösse der Wohnungen gemäss ihrem Zustand vor der umfassenden Überholung Rechnung getragen haben. Indem der Zivilgerichtspräsident die zulässigen Erhöhungen aufgrund des einheitlichen Satzes von 11, 56% ermittelt, sind die teureren Wohnungen bereits in einem grösseren Ausmass an den wertvermehrenden Verbesserungen beteiligt als die Wohnungen mit niedrigeren Mieten. Nach Wohnungen unterschiedliche Erhöhungssätze würde aber zusätzlich voraussetzen, dass die umfassende Überholung einzelnen Wohnungen mehr oder weniger zugute käme, als dem Einheitssatz entspricht. Dass die Wohnung des Beklagten aus der umfassenden Überholung einen überdurchschnittlichen Nutzen zöge, der einen Erhöhungssatz von 19,1% statt von 11,56% rechtfertigen würde, wird indessen weder in der Berufung dargetan noch im angefochtenen Urteil festgestellt.

7. Die übrigen Vorbringen in der Berufung bestehen aus Rechenbeispielen, die von den erfolglos angefochtenen Berechnungsgrundlagen ausgehen.

Kommentar

1. Wertvermehrender Anteil

Nach dem vorliegenden Entscheid kommt Art. 10 VMM (neues Recht Art. 14 VMWG) bei rein werterhaltenden Renovationen nicht zur Anwendung. Bei Überholungen zur Werterhaltung und gleichzeitig wertvermehrenden Verbesserungen können 50% als wertvermehrend überwälzt werden, auch wenn der wertvermehrende Anteil effektiv unter 50% liegt. Da der Mieter im vorliegenden Fall die Mietzinserhöhung zum grössten Teil anerkannt hatte, konnte offen bleiben, ob von diesen 50% nach unten abgewichen werden muss, wenn der wertvermehrende Anteil sehr klein ist. Die vom Bundesgericht angetönten Fragen der Beweislastverteilung (Beweis über 50% beim Vermieter, darunter beim Mieter) sollten in ihren praktischen Auswirkungen nicht überschätzt werden, denn der Mieter hat ohnehin Anspruch auf eine zahlenmässige Begründung samt Belegen (Art. 13a VMM; neues Recht Art. 20 VMWG).

2. Kumulationen

Erstmals äusserst sich das Bundesgericht in Erwägung 5 zur kumulierten Überwälzung von Kaufkraftsicherung und gestiegenen Unterhaltskosten und hat entschieden, dass bei einer Kaufkraftsicherung des Risiko tragen den Eigenkapitals kein Raum für eine zusätzliche Überwälzung von gestiegenen Kosten für Unterhalt, Gebühren, Steuern, Versicherungen u.ä. bleibt. Tatsächlich lässt ja ein fiktiver Anteil von 40% des Mietzinses für die Eigenkapitalverzinsung und 60% für Fremdkapitalverzinsung ausser acht, dass der Mietzins nicht nur die Kapitaldienste, sondern auch den Unterhalt deckt. Die Unterhaltskostensteigerung ist durch die 40% Teuerungsanpassung allerdings nur konsumiert, soweit sie nicht über die allgemeine Teuerung hinausgeht; der Vermieter kann darüber hinausgehende Unterhaltskostensteigerungen überwälzen, soweit er sie belegen kann (vgl. zum Beleg mp 1990 S. 105) und von dieser belegten Steigerung müsste nach dem vorliegenden Entscheid der Anteil der allgemeinen Teuerung abgezogen werden.

Eine kumulative Überwälzung von Kostensteigerungen wegen Hypothekarzins erhöhungen und eine gleichzeitige Anpassung an die Teuerung zum Höchstsatz sind nach BGE 101 II 388 und 103 II 266 zulässig. An dieser Rechtsprechung dürfte sich in Anbetracht der kürzlichen Verminderung der Überwälzungssätze beim Hypothekarzins

kaum etwas ändern, ist doch beim neuen Hypoüberwälzungssatz in Art. 13 VMWG bereits berücksichtigt worden, dass der Mietzins nicht nur zur Verzinsung des Kapitals, sondern auch zur Deckung der Unterhaltskosten dient (mp 1990 S. 72 f.).

mp 1/98 S. 37 Bundesgericht, 1. Zivilabteilung, 18. Dezember 1997

Ungenügende Mietzinsherabsetzung

Nimmt ein Mieter stillschweigend eine vom Vermieter mitgeteilte ungenügende Mietzinsherabsetzung hin, so verliert er dadurch den Anspruch auf eine zusätzliche Herabsetzung nicht.

Art. 270a OR

Aus den Tatsachen

Karin R. und Erich F. sind seit dem 15. Oktober 1992 in der Liegenschaft von H.-U. und L.E. in einer 3 ½-Zimmer-Wohnung an der N.-Strasse in Zürich eingemietet. Zu folge gesunkener Hypothekarzinsätze wurde der Anfangsmietzins von monatlich Fr. 1'798.– vermierterseits per 1. April 1994 auf Fr. 1'777.– und per 1. April 1996 auf Fr. 1'740.– gesenkt, beide Male unter Angabe eines Vorbehalts.

Die Mieter, welche gegen die genannten, auf amtlichem Formular mitgeteilten Mietzinsherabsetzungen als solche keine Einwände erhoben oder Schlichtungsverfahren eingeleitet hatten, verlangten mit Schreiben vom 28. Dezember 1995 eine zusätzliche Senkung des Mietzinses auf den 1. April 1996. Die Vermieter widersetzten sich, worauf die Mieter der Schlichtungsbehörde ein Herabsetzungsbegehren stellten, welches sie nach erfolgloser Einigungsverhandlung beim Mietgericht des Bezirks Zürich prosequierten.

Aus den Erwägungen

2. Im bundesgerichtlichen Verfahren wird von keiner Seite in Frage gestellt, dass das mieterseitige Herabsetzungsbegehren nach der relativen Methode zu beurteilen ist, und dass sich danach ein zulässiger Monatszins von netto Fr. 1'596.25 oder von Fr. 1'725.– ergibt, je nach dem, ob als Ausgangsbasis der Kostenstand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder derjenige im Zeitpunkt der Wirksamkeit der ersten Mietzinssenkung massgebend ist. Damit ist allein über den Ausgangszeitpunkt der relativen Mietzinzberechnung zu befinden.

3. Die relative Berechnungsmethode beruht auf den Prinzipien von Treu und Glauben, der Verwirkung und der Rechtskraft. Der Vertrauensgrundsatz bindet die Parteien an das eigene rechtsgeschäftliche Verhalten, untersagt ihnen namentlich, einen frei vereinbarten und unangefochten gebliebenen (Art. 270 OR) Mietzins oder eine vorbehaltlos verlangte und erreichte Mietzinsanpassung nachträglich als missbräuchlich oder ungenügend auszugeben (BGE 121 II 163³ E. 2c und d). Der Verwirkungstatbestand erlangt Bedeutung, wenn eine unangefochten gebliebene Mietzinserhöhung des Vermieters mieterseits nicht mehr in Frage zu stellen ist und die so bewirkte Anpassung als einseitige und nicht als konsensuale verstanden wird (zum Meinungsstreit HIGI, Zürcher Kommentar, N 19 f., zu Art. 257 OR; WEBER/ZIHLMANN, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., N 1 zu Art. 269d OR; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., S. 219). Auf dem Gedanken der materiellen Rechtskraft schliesslich gründet die relative Methode insoweit, als gerichtliche Entscheidungen oder Vergleiche über einen streitigen Mietzins im Umfang des Beurteilten oder Vergleichenen auch jedes mit einer späteren Zinsanpassung befasste Gericht binden.

³ = mp 1995 S. 130 ff.

Geht es um Mietzinsherabsetzungen, beschränkt die relative Methode die Forderung des Mieters insofern, als von vorneherein nur solche Änderungen der Berechnungsgrundlagen in Anschlag gebracht werden dürfen, die sich seit der letzten Mietzinsfestsetzung verwirklicht haben (BGE 121 III 163⁴ E. 2d). Daran ändert im Grundsatz auch die Bestimmung in Art. 13 Abs. 4 VMWG nichts. Einer rückwirkenden Berücksichtigung von Änderungen des Hypothekenzinssatzes sind durch Konsens, Urteil, Vergleich und unbestritten gebliebene Erhöhung nach Massgabe dieses Kostenfaktors Schranken gesetzt (BGE 119 II 348⁵ E. 4b). Im vorliegenden Fall zu entscheiden ist die Frage, ob auch unbestritten gebliebene Mietzinsenkungen durch den Vermieter als bindende Mietzinsfestsetzungen in diesem Sinne zu gelten haben. Sie stellt sich unter den Aspekten des Vertrauensschutzes und der Verwirkung.

a) Vertrauensschutz beanspruchen die Vermieter aus dem Verhalten der Mieter, welche die ihnen per 1. April 1994 angezeigte Mietzinsherabsetzung stillschweigend annahmen und entsprechend den reduzierten Mietzins bezahlten. Sie schliessen daraus vertrauentheoretisch, die Mieter hätten den neu offerierten Mietzins als nicht missbräuchlich anerkannt und sich des Rechts begeben, ihn später wiederum in Frage zu stellen. Diese Auffassung ist mit der Vorinstanz abzulehnen.

Zeigt der Vermieter dem Mieter eine Mietzinsherabsetzung an, was er formfrei tun kann (Art. 269d OR; HIGI, Zürcher Kommentar, N 20 zu Art. 257 OR), stellt er ein begünstigendes Angebot, das der Mieter nach Art. 6 OR mangels Widerspruchs annimmt. Die stillschweigende Annahme reicht indessen nicht weiter als die angebotene Senkung, stellt mangels besonderer Umstände namentlich keine konkludente Willensäusserung des Inhalts dar, dass damit auf den gesetzlichen Anspruch, gegebenenfalls eine weitergehende Herabsetzung zu beanspruchen, verzichtet werde. Diese Annahme widerspräche bereits dem Grundsatz, dass nur das rein begünstigende Angebot durch Stillschweigen als angenommen gilt (SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 32 zu Art. 6 OR, mit Hinweisen), der fingierte Annahmewille sich in der Zustimmung zum beantragten Vorteil erschöpft (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 28 zu Art. 6 OR). So wenig die Annahme einer Teilleistung als solche die Restforderung berührt (WEBER, Berner Kommentar, N 54 zu Art. 69 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 35 zu Art. 69 OR), so wenig verzichtet der Mieter bei stillschweigender Annahme der bloss teilweise angebotenen Reduktion eines missbräuchlichen Mietzinses fiktiv oder vermutungsweise auf die Geltendmachung des gesetzlichen Restanspruchs. Dieser Schluss verbietet sich im Mietrecht zusätzlich daraus, dass im Regelfall allein der Vermieter über die einschlägigen Berechnungsgrundlagen verfügt und der Mieter nicht das Risiko tragen soll, diese nur ungenügend offengelegt erhalten zu haben (DAVID DÜRR, Mietzinsherabsetzung und Einrede des nicht übersetzten Ertrags, SJZ 91/1995 S. 265 ff., 269). Von einer im genannten Sinne bindenden Vertragsänderung wäre daher nur auszugehen, wenn die Parteien sich einvernehmlich und freiwillig auf eine Neugestaltung des Mietzinses, auch unter Missbrauchs Gesichtspunkten, geeinigt hätten. Blosses Stillschweigen auf eine angebotene Teilreduktion bedeutet dagegen keinen Verzicht auf den weitergehenden Herabsetzungsanspruch (BRUNNER/STOLL, Die Mietzinsherabsetzung, mp 3/1993 S. 99 ff., 127).

b) Eine Anspruchsverwirkung sodann tritt ausserhalb des Vertrauensgrundsatzes nur ein, wo das Gesetz sie anordnet. Dies gilt beispielsweise für die unangefochtene Mietzinserhöhung (Art. 270b Abs. 1 OR) oder die nicht ausdrücklich vorbehaltene Mietzinsreserve (Art. 18 VMWG), nicht aber für den hier streitigen Herabsetzungsanspruch. Unbesehen darum, ob die Mietzinsherabsetzung dem Mieter mit amtlichem Formular angezeigt wird oder nicht, ist er nicht gehalten, sie als ungenügend anzufechten, dazu in der Regel auch nicht in der Lage, weil die begünstigende Anzeige als solche der Anfechtung nicht unterliegt und der Mieter eine weitergehende Reduktion ausserhalb eines Erhöhungsverfahrens (Art. 270a Abs. 3 OR) nur verlangen kann, wenn er sie vorgängig unter Beachtung der Kündigungsfrist auf einen Kündigungstermin verlangt hat (Art. 270a OR; BGE 122 III 20⁶ E. 4b). Hatten die Kläger aber keine Möglichkeit, die Ihnen am 1. März 1994 auf den 1. April 1994 angezeigte Mietzinssenkung als ungenügend anzufechten, weil sie selbst auf den Anpas-

⁴ = mp 1995 S. 130 ff.

⁵ = mp 1994 S. 11 ff.

⁶ = mp 1996 S. 94 ff.

sungszeitpunkt kein fristgerechtes Herabsetzungsbegehren gestellt hatten, gingen sie ihres nunmehr zur Beurteilung stehenden Anspruchs nicht dadurch verlustig, dass sie der Anzeige nicht opponierten.

mp 2/96 S. 101 Kassationsgericht Zürich, 22. Januar 1996

Kostenverteilung im Mietzinsherabsetzungsverfahren

Eine ungenügende Stellungnahme des Vermieters im Vorverfahren zur Mietzinsherabsetzung rechtfertigt keine vom Ausgang des Verfahrens abweichende Verteilung der Gerichts- und Anwaltskosten zugunsten des Mieters (E. 1). Legt indessen der Vermieter im Schlichtungsverfahren nicht alle Unterlagen vor, kann er im anschliessenden Gerichtsverfahren zur Übernahme der Anwalts- und Gerichtskosten verurteilt werden (E. 2).

Art. 270a Abs. 2 und 274d Abs. 3 OR, § 64 Abs. 3 ZPO ZH

Aus den Erwägungen

1. Gestützt auf § 64 Abs. 2 Satz 1 ZPO werden die Gerichtskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Von dieser Regel kann insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (§ 64 Abs. 3 ZPO).

Die Vorinstanz hält fest, die Vermieterin werde für das erstinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig, obwohl sie mit ihrem Standpunkt vollumfänglich durchgedrungen sei, indem der Mietzins nicht herabgesetzt werden müsse. Indessen habe sie zufolge ungenügender Stellungnahme im Vorverfahren den Mieter zur Prozessführung veranlasst. In diesem Zusammenhang erwog die Vorinstanz auch, der Mieter sei zur Abschätzung seiner Prozesschancen darauf angewiesen, vom Vermieter binnen Frist (Art. 270a Abs. 2 OR) über die Begründung seiner Verweigerungshaltung in bezug auf das Herabsetzungsbegehren des Mieters Aufklärung zu erhalten. Insoweit auferlege Art. 270a OR dem Vermieter eine Obliegenheit. Die angemessene Folge einer Verletzung dieser Obliegenheit könne nur die prozessuale Folge sein, dass der Vermieter kosten- und entschädigungspflichtig werden müsse, wenn dies die Ursache dafür sei, dass der Mieter im Prozess in Guten und Treuen eine nicht ausgewiesene Sache verfechte.

Diese Begründung des Obergerichtes erweckt Bedenken. Selbst wenn ein Vermieter sich auf ein an ihn gerichtetes Herabsetzungsbegehren des Mieters nicht äussert und damit gegen die Obliegenheit verstösst, die dem Vermieter durch Art. 270a Abs. 2 OR auferlegt wird, kann dies, wie die Vermieterin mit Recht vorbringt, höchstens Auswirkungen auf das Schlichtungsverfahren haben. In diesem Fall wird der Mieter nämlich durch eine mangelhafte Aufklärung resp. keinerlei Aufklärung veranlasst, ein Schlichtungsverfahren einzuleiten. Er kann sich deshalb nur fragen, ob die in Art. 270a Abs. 2 OR statuierte Obliegenheit durch den Vermieter allenfalls Anlass wäre, diesen in Anwendung von Art. 274d Abs. 2 OR für das Schlichtungsverfahren ausnahmsweise kosten- und entschädigungspflichtig werden zu lassen. Diese bundesrechtliche Frage kann hier aber offen gelassen werden, weil klar ist, dass das Verhalten des Vermieters vor der Schlichtungsverhandlung, auch wenn dieses Verhalten eine Verletzung der in Art. 270a Abs. 2 OR statuierten Obliegenheit darstellen würde, nicht mehr als adäquat kausal zur Einleitung der Klage beim Mietgericht bezeichnet werden könnte. Denn ob eine Partei für das Mietgerichtsverfahren in Abweichung der Regel von § 64 Abs. 2 ZPO und in Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO kosten- und entschädigungspflichtig erklärt werden kann, kann letztlich nur davon abhängen, ob sich die im erstinstanzlichen Verfahren unterliegende Partei nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens, d.h. mit Erhalt des Beschlusses der Schlichtungsbehörde, in guten Treuen zur Einreichung der Klage beim Mietgericht veranlasst sah. Die Sichtweise des Klägers in diesem Zeitpunkt und nicht im Zeitpunkt vor dem Schlichtungsverfahren ist damit entscheidend. Die Begründung der Vorin-

stanz, mit der diese auf die Sichtweise vor Anhebung des Schlichtungsverfahrens abstellt, erscheint deshalb nicht als zutreffend.

2. Der Entscheid der Vorinstanz erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig, weil die Beschwerdeführerin ihren vor Schlichtungsbehörde erstmals kundgetanen Einwand, mit der fraglichen Liegenschaft erziele sie keine genügende Nettorendite, nicht mit den dazugehörigen Belegen versehen hat. Art. 274d Abs. 3 OR hält u.a. fest, dass die Parteien der Schlichtungsbehörde alle für die Beurteilung des Streitfalles notwendigen Unterlagen vorlegen müssen. Die Beschwerdeführerin wurde in der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung in sinngemässer Anwendung der genannten Bestimmung darauf hingewiesen, alle erforderlichen Unterlagen mitzubringen. Die Beschwerdeführerin beschränkte sich ungeachtet dessen darauf, der Schlichtungsbehörde lediglich eine Nettorenditenberechnung einzureichen; Belege, die eine Verifizierung dieser Aufstellung erlaubt hätten, legte sie im Schlichtungsverfahren aber nicht vor. Dem Beschwerdegegner war unter diesen Umständen eine Abschätzung der Begründetheit der Einwendung der Beschwerdeführerin, sie erziele keine genügende Nettorendite, nur schwer oder gar nicht möglich. Dieses prozessuale Versäumnis der Beschwerdeführerin ist deshalb im Rahmen der Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO zu berücksichtigen. Unter den gegebenen Umständen muss davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdegegner sich in Guten und Treuen zur Prozessführung veranlasst sah. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, wenn er sich letztlich auf den rechtlichen Standpunkt stellte, der Einwand der ungenügenden Erzielung einer Nettorendite hätte im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht mehr zugelassen werden dürfen. Der Entscheid der Vorinstanz ist deshalb im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demzufolge abzuweisen.