



Geschäfts-Nr. NG100021/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie die juristische Sekretärin lic. iur. K. Wili

Beschluss vom 3. Januar 2011

in Sachen

A._____,

Beklagter und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. B._____,

2. C._____,

Kläger und Appellaten

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung aus Mietvertrag**

**Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirkes Horgen vom
29. Juli 2010; Proz. MD080014 (einfaches und rasches Verfahren)**

Rechtsbegehren:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern Fr. 63'500.-- nebst Zins zu 5% seit dem 4. März 2008 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten.

Urteil des Mietgerichtes Horgen vom 29. Juli 2010:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 54'324.70 nebst Zins zu 5% seit dem 4. März 2008 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'400.--.
3. Die Kosten werden zu 5/6 dem Beklagten und zu 1/6 den Klägern auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern gemeinsam eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 9'200.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6%) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 34 S. 35)

Berufungsanträge:

Des Beklagten (act. 43):

1. Das Urteil des Mietgerichtes Horgen vom 29. Juli 2010 sei aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer, zur Zeit 7,6%) - unter solidarischer Haftung - zulasten der Kläger/Appellanten 1 und 2.

Der Kläger (act. 48):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten des Appellanten.

Das Gericht zieht in Betracht:

1.1 Mit Wirkung ab 1. April 1994 mieteten die Kläger vom Beklagten für Fr. 5'500.-- monatlich das neu erstellte Einfamilienhaus auf Kat.Nr. ... auf dem D._____ in der Gemeinde E._____. Das Objekt hat nach Darstellung des Beklagten einen Verkehrswert von Fr. 3 bis 3,5 Mio. Der Vertrag war auf fünf Jahre fest geschlossen, mit einer Verlängerungsoption der Mieter für weitere fünf Jahre. Am Tag des Vertragsschlusses besprachen die Parteien detailliert, welche Seite welche Arbeiten noch ausführen werde, und wer die Kosten dafür bezahle (SB-act. 2). Im September 2006 kündigten die Kläger die Miete per Ende März 2007; aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Beklagten zogen sie schon im Laufe des Novembers 2006 aus.

Streitig sind Ansprüche der Kläger für Investitionen am Mietobjekt, welche sie auf eigene Kosten vornahmen. In Stichworten geht es um folgende Arbeiten und darauf bezügliche Forderungen: Grosser Wintergarten Fr. 15'000.--, Klimaentlüftung Fr. 2'500.--, EKZ-Stromanschluss Fr. 2'000.--, Pergola Fr. 8'000.--, Terrainerweiterung Fr. 20'000.--, Sauna und Dusche Fr. 13'000.--, Laminat Fr. 6'000.-- (act. 3/2). Von der Summe von Fr. 66'500.-- bringen die Kläger unter dem Titel Mängel bei Rückgabe der Sache Fr. 3'000.-- in Abzug, und das ergibt die eingeklagten Fr. 63'500.--. Davon anerkennt der Beklagte Fr. 1'815.--, weil die Kläger für den nicht ganz konsumierten letzten Monat die Miete vorausbezahlt hatten.

1.2 Das Mietgericht heisst die Klage in einem reduzierten Umfang gut und verpflichtet den Beklagten, den Klägern Fr. 54'324.70 nebst Zins zu bezahlen. Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten. Die Kläger haben weder selbständige noch Anschlussberufung erhoben, sodass die teilweise Abweisung ihrer Klage rechtskräftig geworden ist (§ 260 Abs. 1 ZPO/ZH; nach neuem Recht würde es gleich sein, Art. 315 Abs. 1 ZPO).

Das Verfahren in der Berufung wurde nach Beizug der Akten von Schlichtungsbehörde und Mietgericht schriftlich geführt, die Berufungsantwort der Kläger wurde dem Beklagten am 6. Dezember 2010 zugestellt.

2.1 Der Beklagte bemängelt in prozessualer Hinsicht, dass das Mietgericht keinen Augenschein durchführte, und er verlangt, dass das nachgeholt werde. Er will damit den Nachweis führen, dass die Mieterbauten keinen Mehrwert schufen (act. 43 S. 5).

Das Mietgericht lud nach der mündlichen Hauptverhandlung und dem Scheitern eines ersten Vergleichsversuchs zu einem Augenschein und zu einer anschliessenden Vergleichsverhandlung vor (Prot. I S. 24). Nachdem der Beklagte mitteilen musste, er könne die neuen Mieter nicht erreichen und daher den Zugang zum Objekt nicht sicher stellen, verzichtete das Gericht auf den Augenschein und führte nur eine persönliche Befragung des Klägers und eine Vergleichsverhandlung durch. In der Folge nahm es Beweise ab, allerdings nicht den vom Beklagten in den Parteivorträgen (so in act. 8 passim) beantragten Augenschein. Nach den Erwägungen des Mietgerichtes, dass einerseits ein Mehrwert objektiv festzulegen sei und sich im Wesentlichen nach den aufgewendeten Kosten und der Amortisationsdauer bemesse, und dass der Beklagte aus rechtlichen Gründen Mängel der Einbauten nicht (mehr) geltend machen könne, war ein Augenschein allerdings auch nicht nötig. Dass im Zusammenhang mit Vergleichsbemühungen zu einem Augenschein vorgeladen wird, entspricht gängiger Praxis namentlich auch dort, wo es auf den Augenschein unter streng prozessualen Gesichtspunkten nicht ankommt. Die einmal erfolgte Vorladung gab den Parteien nicht gleichsam ein unbedingtes Recht darauf.

2.2 Das Mietgericht erliess einen Beweisaufgabebeschluss (Prot. I S. 32). Zu Recht moniert der Beklagte, dass das im gemäss § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO/ZH anwendbaren einfachen und raschen Verfahren unrichtig war (act. 43 S. 5 ff.). Dass das Gericht nach den Parteivorträgen den Beweisabnahmebeschluss sofort erlassen "kann" (§ 141 ZPO/ZH), lässt nach der konstanten Praxis der Kammer keinen Spielraum für eine Beweisaufgabe im Sinne von § 136 ZPO/ZH. Unter neuem Recht wird das in allen Verfahren so sein (zu den Regeln fürs Behaupten und das Bezeichnen der Beweismittel Art. 221 Abs. 1 lit. e, Art. 222 Abs. 2, ferner Art. 219 ZPO, für den Inhalt der neuen Beweisverfügung, die der Sache nach den zürcherischen Beweis*abnahme*beschluss übernimmt, Art. 154 ZPO).

Zu Unrecht widerspricht der Beklagte dem von der Vertreterin der Kläger in den Prozess eingeführten und vom Mietgericht übernommenen Argument, es dürften keine Beweismittelnennungen "aus dem Recht gewiesen" werden, wenn die Beweisaufgabe auch an sich zu Unrecht erfolgte. Wohl ist richtig, dass die Parteien unter der Geltung der Untersuchungsmaxime nicht von der aktiven Mitwirkung am Verfahren dispensiert sind. Wenn also ein Zeuge nicht genannt, eine Urkunde nicht vorgelegt wird, ist es kein Verfahrensfehler, wenn das Gericht danach nicht extra fragte. Gleichwohl gibt es für die Parteien bis zum Urteil keine Noven-Beschränkung wie heute nach § 114 ZPO/ZH resp. neu nach Art. 229 Abs. 3 ZPO: neue Beweismittel sind insbesondere zulässig, wenn das Gericht sie von Amtes wegen zu beachten hat (§ 115 Ziff. 5 ZPO/ZH) resp. wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abklären muss (Art. 229 Abs. 3 ZPO; "Abklären" hier als gesetzestechnisch unglücklicher Oberbegriff für die vom Gesetz sonst verwendeten Begriffe "Feststellen" und "Erforschen"). Und der Sachverhalt *ist* im vorliegenden Verfahren von Amtes wegen festzustellen (Art. 274d Abs. 3 aOR; nach neuem Recht würde es bei einem reinen Forderungsstreit wie hier nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000 so sein: Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO).

Fragen kann man sich also höchstens, ob das Mietgericht mit der Beweisaufgabe in dem Sinn zu weit ging, als es einer Partei "Rat gab" und damit einen Ablehnungsgrund setzte (§ 96 Ziff. 2 GVG/ZH; ZR 90/1991 Nr. 37). Unter der sehr

weit gehenden Praxis des Kassationsgerichtes, welches den Schutz der richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO/ZH bekanntlich nicht nur selber unbeholfenen, sondern auch unbeholfen vertretenen Parteien angedeihen lässt, ist das nicht anzunehmen. Zudem geht es unter dem geltenden Recht (Art. 274d Abs. 3 aOR) und nach der Fragepflicht der dritten Stufe des neuen Rechts (in der Folge von Art. 56, Art. 247 Abs. 1, Art. 247 Abs. 2 und Art. 296 ZPO) darum, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt - wogegen bereits schon die zweite Stufe im vereinfachten Verfahren allgemein vom Gericht verlangt, "durch geeignete Fragen darauf hinzuwirken, dass die Parteien [...] die Beweismittel bezeichnen". Eine Beweisaufgabe alten Rechts ist nichts Anderes als ein Hinwirken darauf, dass die Parteien die Beweismittel bezeichnen - ergänzt durch die nach Treu und Glauben nötige Angabe, worüber Beweis abgenommen werden soll, und wer die Beweislast trägt (dazu SJZ 104/2008 S. 474). - Und selbst wenn man annähme, das Mietgericht sei unter Ausstands-Gesichtspunkten zu weit gegangen, wäre ein Ausstandsbegehren in der Berufung auch nach bisherigem Recht verspätet gewesen (Diggelmann, Dike-Kommentar ZPO, Art. 49 N 101 und Fn. 3, online-Stand 22. November 2010).

Der objektive Verfahrens-Fehler, dass das Mietgericht eine Beweisaufgabe erliess, hat demnach keine Folgen für das Verfahren.

2.3 Die Grundlagen für einen Anspruch der Kläger sind im angefochtenen Urteil sorgfältig und detailliert dargestellt (S. 6 ff.). Der Beklagte wiederholt in der Berufung zwar seinen abweichende Standpunkt, wie er ihn dem Mietgericht vortrug, bringt aber keine neuen Gesichtspunkte ein. Es kann daher zustimmend auf die Erwägungen der ersten Instanz verwiesen werden (§ 161 GVG). In der Berufung kritisiert der Beklagte zwar die rechtliche Auffassung des Mietgerichts zur Frage, ob und wann der Vermieter die Entfernung von Mieterbauten verlangen kann. Gleichzeitig betont er aber, dass er die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nicht verlange (act. 43 S. 12). Das steht einem Mehrwertanspruch nicht entgegen, dieser ist aber auch nicht davon abhängig, dass ein ausdrücklicher Verzicht vorläge. Richtig ist, dass eine Entschädigung ausser Betracht fiele, wenn der Beklagte die Wegschaffung der Einbauten vorbehalten hätte

(Art. 260a Abs. 2 OR). Das ist nicht der Fall. Zu entscheiden ist also, ob die Kläger grundsätzlich Anspruch auf Vergütung von bestimmten Aufwendungen haben, wie hoch diese Vergütung gegebenenfalls ist, endlich, ob und in welchem Betrag Mängel solcher Mieterbauten eine Rolle spielen.

2.41 Die Kläger liessen im Keller eine Sauna und eine Dusche installieren, und im Zusammenhang damit eine Entlüftungsanlage. Zutreffend nimmt das Mietgericht an, der Beklagte habe dem gültig zugestimmt. Im Mietvertrag vom 28. Januar 1994 wurde ausdrücklich festgehalten, dass "verbleibende Bau- und Umgebungsarbeiten" noch bis zum 31. März 1994 auszuführen seien, und in einer von einem Treuhänder Eberle verfassten "Akttenotiz" über eine Besprechung vom gleichen Tag heisst es: "Sauna und Dusche: Im UG (grosser Keller links) werden die Installationen mit Zustimmung vom Vermieter gemacht. Organisation und Kosten gehen zu Lasten Vermieter" (SB-act. 2, drittes Blatt). Dass er den Klägern "sagte, dass sie eine Sauna installieren könnten, wenn sie dies wollten", gibt der Beklagte ausdrücklich zu (Prot. I S. 27). Er hat zudem schon am 26. Juli 2006 schriftlich erklärt, dass er diversen baulichen Veränderungen "nur aus goodwill zugestimmt habe, ohne damit einen Mehrwert anzuerkennen" (act. 9/1). Ob aus "goodwill" oder aus anderen Gründen, spielt hier keine Rolle, ebenso wenig noch die Frage des Mehrwertes. Bei der Zustimmung zu den "diversen baulichen Veränderungen" im Zusammenhang mit dem unstreitigen Umstand, dass man am Tag des Mietvertragsschlusses in Gegenwart eines Protokollführers vereinbarte, die Mieter würden die "Organisation" von Sauna und Dusche vornehmen, ist der Beklagte zu behaften, und damit ist auch die Schriftlichkeit erfüllt. Sollte man das nicht annehmen, wäre doch sein Beharren auf der in Art. 260a Abs. 1 OR zu Beweis Zwecken vorgesehenen Schriftlichkeit missbräuchlich, wie das Mietgericht zutreffend findet. Richtig ist auch, dass die installierte Entlüftung mit Einbau und Betrieb der Sauna so eng zusammen hängt, dass die Zustimmung auch dafür zu gelten hat.

Das Mietgericht hat zutreffend den Einwand des Beklagten verworfen, er habe eine Mehrwertentschädigung ausdrücklich wegbedungen (Urteil S. 14), es kann darauf ohne Ergänzungen verwiesen werden.

Der Beklagte macht geltend, seine Zustimmung, wenn es sie denn gab, hätte sich nicht auf den konkreten Standort der Sauna bezogen. Am falschen Ort im Keller, zudem an einer unbeheizten Wand aufgestellt, habe der Betrieb trotz der (aufgrund dieser Umstände nötigen) Entlüftung Schimmelpilzbildung verursacht. Das Mietgericht behaftet ihn aber zu Recht dabei, dass er in der persönlichen Befragung einräumte, er habe den Standort "nicht speziell thematisiert", es war ihm "egal, wo die Kläger die Sauna einbauen würden, links oder ganz links. An der Stelle, an welcher die Sauna installiert worden war, hatte es am meisten Platz dafür" (Prot. I S. 27). Damit bezog sich seine Zustimmung also gerade auch auf den Standort, welchen er heute als ungeeignet bezeichnet. Das ist ein widersprüchliches Verhalten, das nicht geschützt werden darf. Im unbeheizten Keller entwickelte sich aus dem Dampf Kondenswasser, und daher war die Entlüftung wenn nicht notwendig so doch mindestens nützlich. Damit kommt es auf die Behauptung der Kläger nicht an, der "Keller links" sei seinerzeit anders als heute ein einziger Raum gewesen (Prot. I S. 20).

Der Beklagte macht geltend, wenn er einem Mieterbau zugestimmt haben sollte, so in Unkenntnis über die rechtlichen Folgen und daher in einem wesentlichen Irrtum. Entgegen der Stellungnahme der Kläger können rechtliche Verhältnisse an sich Gegenstand eines wesentlichen Irrtums sein, so etwa die zonenrechtliche Situation eines Baugrundstücks. Das Wissen um die zwingenden rechtlichen Folgen einer Vereinbarung ist aber nach Treu und Glauben keine notwendige Vertragsgrundlage. Im Übrigen helfe dem Beklagten auch die Berufung auf Irrtum nicht, da er diesen jedenfalls seiner Fahrlässigkeit zuzuschreiben und auf dem Weg über Art. 26 OR die Kläger gleichwohl zu entschädigen hätte. Er bestreitet daher zu Unrecht einen grundsätzlichen Vergütungsanspruch der Kläger.

Zutreffend hat das Mietgericht den Klägern ihren im Berufungsverfahren freilich nicht aufrecht erhaltenen Anspruch aus der Demontage der Sauna durch den Beklagten und der Unmöglichkeit, die Bauteile an ihrem neuen Wohnort zu verwenden, verweigert. Die Sauna wurde Bestandteil des Grundstücks und war damit Eigentum des Beklagten. Über einen Mehrwert aus dem Einbau im Sinne von Art. 260a OR hinaus haben die Kläger keine Ansprüche.

Eine andere Frage ist es, ob Sauna, Dusche und Entlüftung bei Beendigung der Miete Mängel aufwiesen, denn das könnte für die Festlegung der Mehrwertentschädigung wesentlich sein. Wegen seiner Zustimmung zum konkreten Standort ist dem Beklagten allerdings die Berufung auf Probleme gerade mit diesem Standort verschlossen. Davon nicht betroffen ist seine Behauptung, die Dusche sei unfachmännisch eingebaut worden und der Ablauf habe nicht recht funktioniert (act. 8 S. 10). Das wiederum hat nach seiner eigenen Darstellung sein Vertreter bei der Übergabe des Mietobjektes nicht gerügt (act. 8 S. 4).

Damit bleibt die Bestimmung der Höhe einer Entschädigung. Das Mietgericht geht von Kosten in der Höhe von Fr. 27'486.25 und Fr. 5'112.-- aus (Urteil S. 15 f. und S. 27). Die Einwendungen des Beklagten gegen die Berücksichtigung von erst nach der an sich unzulässigen Beweisaufnahme produzierten Urkunden sind nicht stichhaltig (dazu vorstehend 2.2). Zu folgen ist dem Mietgericht auch darin, dass die Entschädigung im Sinne von Art. 260a Abs. 3 OR zwar unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles, aber doch nach einem objektivierte Massstab zu bemessen ist. Es kann daher von den Klägern nicht verlangt werden, dass sie einen effektiven und genau bestimmten Anteil an der von ihren Nachfolgern bezahlten Miete auf den Einbau der Sauna zurück führen, und ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Beklagte den Aufschlag auf dem Mietzins formell mit der Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit begründete. In dem Objekt gehobenen Standards trägt eine Sauna objektiv zur Wertvermehrung bei. Ein rechtzeitig geltend gemachter und nicht vom Beklagten selber mit verursachter Mangel wäre zu berücksichtigen und könnte die Entschädigung bis auf Null drücken; im konkreten Fall kann sich der Beklagte darauf aber wie gesehen nicht berufen. Es mag sein, wie der Beklagte geltend macht, dass der Erwerb der Liegenschaft durch die Kläger eine von beiden Seiten in Aussicht genommene Option war. Die Mehrwertentschädigung des Gesetzes hängt aber nicht davon ab, dass die Parteien des Mietvertrages mit Sicherheit davon ausgingen, der Vertrag werde einmal aufgelöst werden. Die verhältnismässig lange Dauer des Vertragsverhältnisses (von 1994 bis 2006) führt auch dazu, dass die Entschädigung sich verhältnismässig stark reduziert (dazu sogleich).

Die Methode des Mietgerichtes, die tatsächlichen Investitionskosten als Ausgangspunkt zu nehmen und sie nach einer angemessenen Amortisationsdauer zu reduzieren, ist daher hier angebracht. Auf die Rechnung im Einzelnen (Urteil S. 17 und S. 28) kann zustimmend verwiesen werden.

Den Klägern steht unter dem Titel Sauna/Dusche/Entlüftung ein Mehrwertanspruch von Fr. 11'373.80 (Sauna), Fr. 1'122'70 (Dusche) und Fr. 1'363.20 (Entlüftung) zu, zusammen also Fr. 13'859.70.

2.42 Der Erstellung eines Wintergartens hat der Beklagte zugestimmt, indem er das entsprechende Baugesuch unterzeichnete; das stellt er in der Berufung nicht (mehr) in Abrede. Ohne Ergänzungen kann auf die Erwägungen des Mietgerichtes zur grundsätzlichen Entschädigungspflicht des Beklagten verwiesen werden.

Die Kläger machten geltend, für den Wintergarten hätten sie Fr. 24'000.-- bezahlt (act. 6 S. 3), der Beklagte bestritt es (Prot. I S. 6). Zum Beweis liegt einzig die Rechnung der Metallbau F._____ vor (nicht akturiertes Papier im Faszikel act. 3/3). Das ist ein Akontogesuch über den Betrag von Fr. 8'000.--, und in dieser Höhe anerkennt der Beklagte eine Zahlung der Kläger, auch wenn das Dokument sie genau genommen nicht beweist. Der Vermerk "(1. 1/3 bei Bestellg.) Preis pauschal Fr. 24'000.--" ist ein Indiz dafür, dass die ganze Sache am Ende diese Fr. 24'000.-- kostete, aber kein stringenter Beweis - umso mehr, als der Vermerk nach seiner Art und nach bei einem Laien möglichen Beurteilung der Schrift eher vom Architekten stammen dürfte als vom Rechnungssteller. Nach einer Akontozahlung pflegen weitere Rechnungen gestellt zu werden, allerdings sind diese hier nicht bewiesen. Für den Wintergarten sind demnach Erstellungs-Kosten von Fr. 8'000.-- und die Kosten der Bewilligung (Fr. 144.-- und Fr. 231.--) nachgewiesen. Mit der vom Mietgericht angenommen Lebensdauer des Wintergartens von 25 Jahren gerechnet ergibt sich rechnerisch ein Restwert bei Vertragsauflösung von Fr. 4'690.--.

Der Beklagte bestreitet den Klägern auch diesen reduzierten Anspruch. Weil die Ausführung des Wintergartens (durch Herausbrechen der Balkontüre und des

Wohnzimmerfensters) die Baubewilligung verletzte, habe er das wieder herstellen müssen, abgesehen davon, dass das Öffnen des Wohnzimmers zum unbeheizten Wintergarten Schimmelbildung, Wärmeverlust und Zugluft zur Folge hatte, diverse Fensterdichtungen schadhaft waren und sich mehrere Fenster nur schlecht öffnen liessen (act. 8 S. 7 f.). Er stellt unter diesem Titel verschiedene Positionen zur Verrechnung: Fr. 8'6919.90 für "Montagekosten für Fenster und Balkontüre sowie Instandstellungskosten (...) darin eingeschlossen die Demontage des kleinen Wintergartens" (act. 8 S. 8 und act. 9/3), Aufwendungen der Verwaltung von Fr. 2'636.20 (act. 8 S. 8 und act. 9/4), ferner für "Demontage des kleinen Wintergartens" und für Reinigungsarbeiten Fr. 8'617.90 und Fr. 853.80 (act. 8 S. 9, act. 9/5), endlich für ein Partei-Gutachten zum Zustand der Objekte Fr. 2'185.50 (act. 8 S. 9 und act. 9/6). Die Kläger bestritten die Berechtigung dieser Positionen (Prot. I S. 13 f.).

Nach Darstellung des Beklagten hat sein Vertreter Pfister anlässlich der Rücknahme des Mietobjektes verschiedene Mängel gerügt, unter anderem "Verglasung kleiner Wintergarten (recte: offener Balkon mit Verglasung gegen den Wind) defekt, Fenster schlecht bedienbar etc." (act. 8 S. 4). Dafür einigten sich die Parteien auf eine pauschale Zahlung von Fr. 3'000.-- (oben, Ziff. 1.1 am Ende). Daran ist der Beklagte gebunden, und über die Fr. 3'000.-- kann er keinen Anspruch unter dem Titel Mängel geltend machen.

Anders verhält es sich mit dem Umstand, dass die Kläger entgegen der Baubewilligung (welche ausdrücklich vorgab, die Terrasse werde "nicht zu Wohnzwecken genutzt": act. 3/3 zweites Blatt) das Wohnzimmer gegen den Wintergarten öffneten. Auch wenn der Beklagte diese illegale bauliche Veränderung gesehen und als solche erkannt haben sollte (was er bestreitet), konnten die Kläger nach Treu und Glauben nicht annehmen, das bedeute eine rechtlich wirksame Zustimmung - eine solche war nur schon wegen Art. 20 Abs. 1 OR ungültig. Ein baurechtlich unerlaubter Umbau schafft keinen dem Vermieter zurechenbaren Mehrwert. Der Beklagte scheidet nicht aus, für welche Arbeiten er wie viel bezahlt hat, konkret einerseits für die Wiederherstellung des unerlaubt geöffneten Wohnraums, andererseits für die durch die erwähnten Fr. 3'000.-- pauschal abgegoltenen

Mängel. Ein Verrechnungsposten lässt sich daher unter diesem Titel nicht bestimmen. Andererseits haben aber auch die Kläger nicht ausgeschieden, welche ihrer Kosten auf den grossen Wintergarten entfallen, wie er baubewilligt wurde, und was die unerlaubte Öffnung von Fenster und Türe kostete, und damit ist schon die Bestimmung eines Restwertes der erlaubten Veränderungen unmöglich.

Aus der Erstellung des Wintergartens steht den Klägern damit kein Anspruch zu.

2.43 Zur Pergola hat das Mietgericht ausgeführt, was auszuführen ist, und das Obergericht schliesst sich diesen Erwägungen an, insbesondere ist auf die vorstehenden Erwägungen zu den nachträglich eingereichten Beweismitteln zu verweisen (Ziff. 2.2, hier zur Frage, ob die Kläger die Kosten der Pergola tatsächlich zahlten). Zu präzisieren ist einzig, dass auch in diesem Fall mögliche Mängel bei Rückgabe der Mietsache durch den pauschalen Betrag von Fr. 3'000.-- abgegolten sind.

Die Fr. 8'000.-- unter diesem Titel sind zu übernehmen.

2.44 Endlich geht es um eine "Terrainerweiterung" im Jahr 2000, entgegen dem Wortlaut offenkundig nicht um eine Vergrösserung des Grundstücks, sondern um eine Erweiterung der ebenen Fläche im Bereich der an sich bestehenden Hanglage um rund 40 m² (act. 6 S. 5, Prot. I S. 2 f.). Der Beklagte anerkennt, dass er dieser Massnahme an sich zustimmte. Er übernahm Fr. 15'000.--, die Kläger zahlten nach eigener Darstellung insgesamt Fr. 26'204.35 (Prot. I S. 2, act. 3/8-11). Der Beklagte räumt ein, dass die Fr. 15'000.-- die Hälfte der Kosten des Baugeschäfts G. _____ darstelle (act. 9/10); für Weiteres wie die Bepflanzung, eine Sprinkler-Anlage etc. habe er keine Zustimmung gegeben (act. 8 S. 11).

Zutreffend erwägt das Mietgericht, dass die Parteien die Kosten anteilig übernahmen, sei nicht als Verzicht der Mieter auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 260a OR zu verstehen. Das ergibt sich auch aus der Überlegung, dass im Regelfall die Mieterschaft die ganzen Kosten von durch sie veranlassten Ver-

änderungen zahlt. Es ist nicht zu rechtfertigen, ihr den gesetzlichen Anspruch zu verweigern, weil der Vermieter bereits von Anfang an einen Teil selber übernimmt. Allerdings ist zu fragen, für welche Arbeiten im Zusammenhang mit der Terrainaufschüttung der Beklagte seine Zustimmung gab. Eine schriftliche Vereinbarung existiert nicht. Nach den je von beiden Seiten eingereichten Rechnungen des Baugeschäftes G._____ (act. 3/11, 9/10) ging es im Hauptbetrag (nämlich Fr. 15'000.-- plus Fr. 14'000.-- = Fr. 29'000.--) um eine "Schwellenwand", das heisst um die Abstützung einer zusätzlichen Aufschüttung. Über weitere Arbeiten wurde nach den Akten nicht gesprochen, und die Kläger behaupten auch keine weiter gehende Absprache. In den Rechnungen, welche die Kläger unter diesem Titel anrufen (gemäss act. 6 S. 5 die act. 3/8-11), lassen sich nur wenige Positionen als mehr oder weniger zwingend mit einer Terrainaufschüttung verbunden eruieren: "Humus auffüllen, Rasen säen" (Fr. 1'032.50), "Humus" (Fr. 540.--), "Motorkarrette" (Fr. 162.--, "Transport Material" (Fr. 120.--), "Rasensamen" und "Rasendünger" (Fr. 88.-- und Fr. 33.70), alles zusammen Fr. 1'976.20, mit Mehrwertsteuer gerechnet (dazu act. 3/8) Fr. 2'124.40. Das Erstellen eines neuen Zauns, weitere Bepflanzungen, ein Abschluss aus grossen Steinen oder die vom Beklagten genannte Sprinkleranlage - welche in den genannten Rechnungen allerdings nicht ohne Weiteres auffindbar ist - sind von der Zustimmung des Beklagten zu einer Aufschüttung nicht erfasst.

Die den Klägern zurechenbaren Investitionen betragen also Fr. 14'000.-- (Schwellenwand) und Fr. 2'124.40 (weitere Arbeiten) oder Fr. 16'124.40. Die Terrainaufschüttung an sich hat wohl keine begrenzte Lebensdauer, wohl aber die als Abstützung erstellte Schwellenwand. Muss diese ersetzt werden, ist das nicht ohne gewisse Erdarbeiten zu bewerkstelligen, welche bei der Erstellung der Aufschüttung im Rahmen der Kosten von gut Fr. 2'000.-- enthalten sind. Die Lebensdauer der Schwellenwand mit dem Mietgericht auf eine Lebensdauer von höchstens dreissig Jahren geschätzt, berücksichtigt zum Einen, dass die Kläger das Mietobjekt nach sechs Jahren verliessen und zum Anderen, dass die nicht dauerhafte Position "Rasen säen" einen kleinen Teil ausmacht, erscheint eine Entschädigung von Fr. 12'000.-- angemessen.

2.5 Zusammengefasst stehen den Klägern Entschädigungen für Mieterbauten zu von Fr. 13'859.70 (Sauna etc.), Fr. 8'000.-- (Pergola) und Fr. 12'000.-- (Terrainaufschüttung). Von der Summe (Fr. 33'859.70) gehen die Fr. 3'000.-- für Mängel ab, andererseits kommt die Gutschrift von Fr. 1'815.-- (Miete Rest November 2006) dazu, und es resultiert ein Guthaben der Kläger von Fr. 32'674.70.

Der Verzug trat ein, als die Kläger die Schlichtungsbehörde anriefen (SB-act. 1), der verlangte Verzugszins von 5% ist der gesetzliche (Art. 104 OR).

3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind aufgrund der Streitwerte von Fr. 63'500.-- (Mietgericht) resp. rund Fr. 54'000.-- (Obergericht) nach Obsiegen und Unterliegen zu regeln. Der Prozesserverfolg der Kläger entspricht für die erste Instanz ziemlich genau der Hälfte des eingeklagten Betrages, für das Berufungsverfahren rund drei Fünfteln des hier noch Streitigen. Entsprechend sind die Kosten zu verteilen. Der Beklagte hat den Klägern sodann im reduzierten Umfang vom einem Fünftel des vollen Betrages (§ 68 Abs. 1 ZPO, 3/5 abzüglich 2/5) eine Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Abweisung der Klage im Fr. 54'324.70 nebst Zins zu 5% seit 4. März 2008 übersteigenden Umfang rechtskräftig ist.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 32'674.70 nebst Zins zu 5% seit dem 4. März 2008 zu bezahlen. So weit sie vom Obergericht noch zu beurteilen ist, wird die Klage im Übrigen abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren (Fr. 8'400.--) wird bestätigt.
4. Die Kosten für das Verfahren der ersten Instanz werden den Parteien je zur Hälfte (den Klägern unter sich in solidarischer Haftung) auferlegt.
5. Für das Verfahren in der ersten Instanz wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.

6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 6'000.-- festgesetzt.
7. Die Kosten des Verfahrens in zweiter Instanz werden zu zwei Fünfteln den Klägern (unter sich in solidarischer Haftung) und zu drei Fünfteln dem Beklagten auferlegt.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern zusammen für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 800.-- zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Mietgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.
10. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 54'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die juristische Sekretärin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: