

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG140002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

## Beschluss und Urteil vom 6. Januar 2015

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Gesellschaft B.**\_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.  
Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Mietzinsanfechtung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 4.  
Februar 2014 (MA1300001)

### Rechtsbegehren:

#### Ursprüngliches Rechtsbegehren (act. 1):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Mietzinserhöhung vom 24. Oktober 2012 gültig ist und der ab 1. April 2013 für das Mietobjekt C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, geltende Nettomietzins CHF 10'255 pro Monat beträgt.
2. Eventualiter sei der monatliche Nettomietzins für das 10-Zimmer-Einfamilienhaus C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, per 1. April 2013 durch das Gericht festzulegen, soweit dieser den bisherigen Nettomietzins von CHF 7'400 übersteigt.
3. Subeventualiter sei festzustellen, dass das Mietverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten über das 10-Zimmer-Einfamilienhaus C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, durch die Optionsausübung **nicht** wirksam um fünf Jahre bis zum 31. März 2018 verlängert wurde.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

#### Modifiziertes Rechtsbegehren (act. 21):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Mietzinserhöhung vom 24. Oktober 2012 gültig ist und der ab 1. April 2013 für das Mietobjekt C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, geltende Nettomietzins CHF 10'255 pro Monat beträgt.
2. Eventualiter sei ein Schiedsgutachter durch das Gericht zu bestimmen, welcher den Mietzins für das 10-Zimmer-Einfamilienhaus C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, aufgrund der herrschenden orts- und quartierüblichen Marktverhältnisse auf den 1. April 2013 für beide Parteien verbindlich festlegt.
3. Es sei der Beklagte unter Androhung von Busse gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, bei der Erstellung eines Schiedsgutachtens gemäss Ziff. 2 hiervor gehörig mitzuwirken.
4. Subeventualiter sei der monatliche Nettomietzins für das 10-Zimmer-Einfamilienhaus C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, per 1. April 2013 durch das Gericht festzulegen, soweit dieser den bisherigen Nettomietzins von CHF 7'400 übersteigt.
5. Subsubeventualiter sei festzustellen, dass das Mietverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten über das 10-Zimmer-Einfamilienhaus C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, durch die Optionsausübung **nicht** wirksam um fünf Jahre bis zum 31. März 2018 verlängert wurde.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.) zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 4. Februar 2014:**

(act. 49 = act. 54 = act. 56)

1. Es wird festgestellt, dass die Mietzinserhöhung vom 24. Oktober 2012 teilweise gültig ist und der ab 1. April 2013 für das Mietobjekt C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, geltende Nettomietzins CHF 9'655.– pro Monat beträgt.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'700.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 1/5 und dem Beklagten zu 4/5 auferlegt.
4. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 11'600.– verrechnet, sind ihr jedoch in der Höhe von CHF 6'960.– vom Beklagten zu ersetzen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 12'069.– (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.
6. [Mitteilung]
7. [Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

des Berufungsklägers (act. 55):

- "1. Es sei das Urteil des Mietgerichtes Meilen vom 4. Februar 2014 (MA130001) vollumfänglich aufzuheben und damit festzustellen, dass die mit amtlichem Formular vom 24. Oktober 2012 angezeigte Mietzinserhöhung missbräuchlich ist;
  2. eventualiter sei das Urteil des Mietgerichtes Meilen vom 4. Februar 2014 (MA130001) vollumfänglich aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

der Berufungsbeklagten (act. 64):

- "1. Es sei die Berufung vom 12. März 2014 vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei das Urteil des Mietgerichts Meilen vom 4. Februar 2014 (MA130001) zu bestätigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

1. Einleitung, Prozessgeschichte

1.1. Am 29./30. Oktober 1997 schlossen der Beklagte und Berufungskläger (im Folgenden Beklagter) sowie E.\_\_\_\_\_ als Mieter mit der Klägerin und Berufungsbeklagten (im Folgenden: Klägerin) einen Mietvertrag über die 10-Zimmervilla an der C.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_. Sie vereinbarten einen monatlichen Mietzins von CHF 7'900.00 und erklärten die Zusatzvereinbarung vom 17. Oktober 1997 zum integrierenden Bestandteil des Mietvertrages (act. 4/3). In der Zusatzvereinbarung wurde unter anderem Folgendes festgehalten (act. 4/4):

"1. Option

Den Mietern steht ein zweimaliges Optionsrecht auf Verlängerung des Vertrages um je 5 Jahre, d.h. bis 31. März 2013 bzw. 31. März 2018 zu. Wollen sie davon Gebrauch machen, haben sie dies bis spätestens 30. Juni 2007 bzw. 2012 gegenüber dem Vermieter mittels eingeschriebenem Brief zu erklären.

Wird das Optionsrecht ausgeübt, so haben die Parteien das Recht, auf den 1. April 2008 resp. 1. April 2013 den Mietzins an die dazumal herrschenden orts- und quartierüblichen Marktverhältnisse zu verlangen. Eine Unterschreitung des Anfangsmietzinses ist ausgeschlossen. Können sich die Parteien bis zum 31. August 2007 bzw. 2012 über den Mietzins nicht einigen, so legt die Schatzungsabteilung des HEV Zürich den Mietzins bis zum 31. Oktober 2007 bzw. 2012 für beide Parteien verbindlich fest. Den Mietern wird bis zum 30. November 2007 bzw. 2012 das Recht eingeräumt, das angezeigte Optionsrecht zurückzuziehen."

In einer zweiten Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag hielten die Vertragsparteien am 10./14. November 2005 fest, dass der bisherige Mietzins von CHF 7'900.00 mit dem Vorbehalt der Rückforderung bezahlt worden sei. Sie einigten sich darauf, dass der Mietzins bis Ende Juli 2005 netto CHF 6'900.00 und ab 1. August 2005 netto CHF 7'400.00 betrage und schlossen eine Vereinbarung über die Rückzahlung zu viel bezahlten Mietzinses. Weiter verpflichtete sich die Klägerin, bestimmte Mängel an der Mietliegenschaft zu beheben. Für den Streit in Bezug auf die Mängelbehebung wurde eine Schiedsgerichtsvereinbarung geschlossen und die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen als Schiedsgericht vereinbart (act. 4/7).

Mit Schreiben vom 15. Juni 2012 teilte der Beklagte der Klägerin mit, er übe das ihm zustehende Optionsrecht aus und verlängere den Mietvertrag um 5 Jahre bis am 31. März 2018 (act. 4/11).

Mit Brief vom 21. August 2012 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass sie gestützt auf die erste Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag berechtigt sei, den Mietzins per 1. April 2013 den herrschenden orts- und quartierüblichen Marktverhältnissen anzupassen. Gestützt auf die Berechnung eines renommierten Immobilienunternehmens werde der Mietzins auf CHF 11'660.00 erhöht. Diese Erhöhung wurde zusätzlich mit Formular vom 16. August 2012 mitgeteilt (act. 4/12). Am 30. August 2012 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er mit der Mietzinserhöhung nicht einverstanden sei (act. 4/13). Er focht die Mietzinserhöhung mit Eingabe vom 17. September 2012 bei der Schlichtungsbehörde Meilen an (act. 3). Nachdem sich die Parteien in einem mehrfachen Briefwechsel (act. 4/14-23) nicht geeinigt hatten, teilte die Klägerin dem Beklagten am 24. Oktober 2012 mit, dass der Mietzins gestützt auf ein Schiedsgutachten der Schatzungsabteilung des Hauseigentümerverbandes Zürich (HEV) per 1. April 2013 auf CHF 10'255.00 erhöht werde (act. 4/24). Die entsprechende Mitteilung auf amtlich genehmigtem Formular erfolgte am gleichen Tag (act. 4/25). Mit Eingabe vom 21. November 2012 focht der Beklagte die mit Formular vom 24. Oktober 2012 erklärte Mietzinserhöhung ebenfalls an. Im Beschluss vom 18. Dezember 2012 stellte die Schlichtungsbehörde Meilen fest, dass anlässlich der an diesem Tag erfolgten Schlich-

tungsverhandlung keine Einigung erzielt worden sei. Sie schrieb das Verfahren bezüglich der Anfechtung der Mietzinserhöhungserklärung vom 16. August 2012 als gegenstandslos ab und stellte der Klägerin in Bezug auf die angefochtene Mietzinserhöhungserklärung vom 24. Oktober 2012 die Klagebewilligung aus (act. 3).

1.2. Mit Eingabe vom 31. Januar 2013 erhob die Klägerin beim Mietgericht des Bezirksgerichtes Meilen Klage mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung und Erstattung der schriftlichen Duplik wurden die Parteien zu einem Augenschein, zur Novenstellungnahme sowie zur Instruktionsverhandlung (Vergleichsverhandlung) auf den 29. November 2013 vorgeladen (Protokoll Vorinstanz S. 7 ff.). Anlässlich der Instruktionsverhandlung schlossen die Parteien keinen Vergleich (Protokoll Vorinstanz S. 51). Am 6. Dezember 2013 stellte die Vorinstanz den Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag zu (act. 36-37). Während sich die Klägerin hiermit einverstanden erklärte (act. 40), lehnte der Beklagte ihn ab und unterbreitete seinerseits einen Vorschlag (act. 42 und 43). Die Klägerin hat sich hierzu nicht vernehmen lassen. Am 4. Februar 2014 fällte die Vorinstanz das Urteil und hiess die Klage teilweise gut (act. 54).

Das Urteil vom 4. Februar 2014 wurde dem Beklagten am 10. Februar 2014 zugestellt (act. 50/1). Mit Eingabe vom 12. März 2014 (Datum Poststempel) erhob er rechtzeitig Berufung (act. 55). Mit Verfügung vom 27. März 2014 wurde dem Beklagten Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 7'000.00 angesetzt (act. 58). Dieser wurde am 1. April 2014 fristgerecht bezahlt (act. 60). Mit Verfügung vom 30. April 2014 wurde der Klägerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 61). Diese wurde mit Eingabe vom 4. Juni 2014 (Datum Eingang) rechtzeitig erstattet (act. 62 und 64) und dem Beklagten zugestellt (act. 66). Auf Anfrage des Beklagten wurden ihm ebenfalls die Kopien der Beilagen der Berufungsantwort zugestellt (act. 67). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Klägerin stütze ihren Anspruch auf das Schiedsgutachten des HEV (act. 4/9). Ein solches sei gemäss Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO zulässig, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen könnten. Der Begriff der freien Verfügbarkeit über das Rechtsverhältnis stimme mit demjenigen in Art. 354 ZPO betreffend die Schiedsfähigkeit überein. Bei der Anwendung von Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO sei zu beachten, dass gemäss Art. 361 Abs. 4 ZPO in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen nur die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht eingesetzt werden könne. Zwar sei ein Schiedsgutachten nicht mit einem Schiedsurteil gleichzusetzen, doch könne eine analoge Anwendung im Einzelfall sinnvoll sein. Mit einem Schiedsgutachten, das den Mietzins verbindlich festlege, würden die Schutznormen von Art. 269-270e OR faktisch ausgeschaltet, weshalb im Anwendungsbereich dieser Bestimmungen ein Schiedsgutachten nicht zulässig sei. Sofern es sich bei der Mietliegen- schaft um ein Luxusobjekt im Sinne von Art. 253b Abs. 2 OR handle, kämen die Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen nicht zur Anwen- dung, weshalb in diesen Fällen ein Schiedsgutachten zulässig sei. Insbesondere gestützt auf den Augenschein vom 29. November 2013 kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die im Streit liegende Mietsache ein Luxusobjekt sei. Weiter erwog die Vorinstanz, dass ein Schiedsgutachten von einer juristischen Person erstellt werden könne. Ein Ausstandsgrund im Sinne von Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO sei nicht erfüllt. Das Schiedsgutachten sei ohne Bevorzugung einer Partei erstellt worden und sei grundsätzlich nicht offensichtlich unrichtig (Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO). Offensichtlich unrichtig sei das Gutachten jedoch insofern, als es einen Mietzinszuschlag von CHF 600.00 für eine Garage vorgenommen habe, die nicht existiere. Da dieser Zuschlag separat berechnet worden und nicht im Rahmen ei- ner Gesamtwertung aller Faktoren in das Endresultat eingeflossen sei, könne auf den gutachterlich berechneten Mietzins von CHF 10'255.00 abzüglich CHF 600.00 abgestellt werden. Es sei deshalb festzustellen, dass der Mietzins ab 1. April 2013 CHF 9'655.00 betrage.

Auf die Einzelheiten der Begründung der Vorinstanz sowie der nachfolgend zusammengefassten Argumente der Parteien ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.

### 3. Argumente des Beklagten

Der Beklagte vertritt die Auffassung, dass unabhängig davon, ob ein Mietobjekt luxuriös oder nicht luxuriös sei, die Parteien nicht frei über das Rechtsverhältnis verfügen könnten. Sowohl gemäss der bei Abschluss des Mietvertrages gültigen Bestimmung von Art. 274c OR als auch unter Geltung des neuen Rechts sei die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens unzulässig. Auf das Gutachten des HEV könne schon deshalb nicht abgestellt werden. Hinzu komme, dass der HEV eine juristische Person sei, Schiedsgutachter könne aber nur eine natürliche Person sein. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages habe der HEV die Klägerin vertreten und sei als Verwalterin tätig gewesen. Gegen den HEV liege deshalb ein Ausstandsgrund im Sinne von Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO vor. Inhaltlich sei das Gutachten mit offensichtlichen Mängeln behaftet, dies insbesondere wegen methodischer Mängel und weil nicht der orts- und quartierübliche Mietzins im Sinne von Art. 269a lit. a OR und Art. 11 VMWG ermittelt worden sei. Zudem sei das Gutachten ohne Besichtigung der Liegenschaft erstellt worden. Die Vorinstanz habe dem Beklagten zu Unrecht vorgeworfen, er habe seine Mitwirkungsobliegenheit verletzt. Denn dem Kläger sei nur gerade ein Termin zur Besichtigung des Hauses vorgeschlagen worden und diesen Termin habe der Beklagte wegen eines Spitalaufenthaltes nicht wahrnehmen können.

Zu Unrecht sei die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass das Mietobjekt luxuriös sei. Die Vorinstanz habe sich bei seinem Urteil massgeblich auf einen Augenschein gestützt. Da der Entscheid über den Luxuscharakter ausgesprochen subjektiv sei, stellte der Beklagte den Antrag, dass durch die Berufungsinstanz ein erneuter Augenschein durchzuführen sei.

#### 4. Argumente der Klägerin

Die Klägerin kritisiert weder das Dispositiv noch die Begründung des angefochtenen Entscheides. Sie ist insbesondere der Ansicht, dass das Gutachten des HEV korrekt und die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen sei, dass es sich bei der Mietliegenschaft um ein Luxusobjekt handle.

#### 5. Würdigung

##### 5.1. Umfang der Prüfung im Berufungsverfahren

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden. Dies entbindet den Berufungskläger jedoch nicht von seiner Obliegenheit, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt (BGE 138 III 374 und 133 II 249, OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80). Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist.

##### 5.2. Grundsätzliche Zulässigkeit des Schiedsgutachtens, Rüge der Verletzung von Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO

###### 5.2.1. Schiedsfähigkeit, Luxusobjekt als Abgrenzungskriterium

Die Vereinbarung über das Schiedsgutachten wurde im Jahr 1997 und damit vor dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO geschlossen. Der Beklagte vertritt die Auffassung, dass nach dem damals gültigen Art. 274c OR die Schiedsfähigkeit in Bezug auf Angelegenheiten aus der Miete von Wohnräumen ausgeschlossen gewesen sei (act. 55 S. 4). Die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen, die vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO geschlossen wurden, beurteilt sich nach dem für sie günstigeren Recht (Art. 407 Abs. 1 ZPO). Das Günstigkeitsprinzip gilt insbesondere auch für die Beantwortung der Frage der Schiedsfähigkeit (BK ZPO-Wehrli, Art. 407 N 10). Die Vereinbarung über das Schiedsgutachten wird im

Folgenden nach neuem Recht beurteilt. Falls sich dabei herausstellt, dass die Vereinbarung zulässig ist, hat es damit sein Bewenden. Die Frage, ob die Vereinbarung auch nach altem Recht zulässig gewesen wäre, kann dann unbeantwortet bleiben.

Durch die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens verpflichten sich die Vertragsparteien, bestimmte Tatsachen statt vom mit dem Streit befassten Gericht von einem privaten Gutachter feststellen zu lassen. Ein für das angerufene Gericht verbindliches Schiedsgutachten kann dann vereinbart werden, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können (Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO). Der Begriff der freien Verfügbarkeit ist mit demjenigen von Art. 354 ZPO betreffend die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Schiedsgerichts identisch (siehe die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz, act. 54 S. 8).

Frei verfügbar ist ein Anspruch, wenn die Parteien darauf verzichten oder sich durch Vergleich einigen können und den Anspruch somit – in einem staatlichen Gerichtsverfahren – anerkennen oder zum Gegenstand eines Vergleichs machen können. Vertragliche Ansprüche sind frei verfügbar und damit schiedsfähig. Dies gilt auch in Bezug auf Verträge mit sozial schwächeren Parteien, also bei Verträgen mit Konsumenten, Arbeitnehmern und Mietern (BK ZPO-Pfisterer, Art. 354 N 17-22). Soweit ersichtlich, vertritt niemand eine andere Meinung.

Auseinander gehen jedoch die Meinungen, ob in Bezug auf die Miete und Pacht von Wohnräumen etwas anderes gilt. Gemäss Art. 361 Abs. 4 ZPO können die Parteien in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen einzig die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht einsetzen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung wird somit nicht die Schiedsfähigkeit, sondern lediglich die Wahlmöglichkeit der Schiedsrichter eingeschränkt. Dennoch vertreten einige Autoren die Ansicht, Ansprüche aus der Miete und Pacht von Wohnräumen seien nicht schiedsfähig. Soweit die Meinungen begründet werden, wird darauf hingewiesen, dass die freie Wahl der Schiedsrichter durch die Parteien zum Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit gehöre. Fehle diese Wahlmöglichkeit, sei die Essenz der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen. Aus Art. 361 Abs. 4 ZPO sei abzuleiten, dass die Schiedsfähigkeit bei Ansprüchen aus der Miete und Pacht von Wohnräumen

nicht bloss beschränkt, sondern gar nicht erst gegeben sei (BSK ZPO-Habegger, 2. Auflage, Art. 361 N 39; BSK ZPO-Dolge, 2. Auflage, Art. 189 N 24; BSK ZPO-Weber-Stecher, 2. Auflage, Art. 354 N 38, BK ZPO-Pfisterer, Art. 354 N 24). Das Argument, dass die freie Wahl der Schiedsrichter ein zentraler Bestandteil der Schiedsgerichtsbarkeit darstellt, ist zwar zutreffend, vermag aber am klaren Wortlaut von Art. 361 Abs. 4 ZPO, wonach die Schiedsfähigkeit gegeben und nur die Wahl der Schiedsrichter eingeschränkt ist, nichts zu ändern. Es mag zutreffen, dass die Bestimmung dogmatisch nicht zu überzeugen vermag oder gar als gesetzgeberische Fehlleistung zu bezeichnen ist (BSK OR I-Weber, 5. Auflage, vor Art. 253-273c, N 22). Aufgrund der Gewaltenteilung steht es den Gerichten indes nicht zu, einen dogmatischen Grundsatz über das Gesetz zu stellen. Sie sind an das Gesetz gebunden (Art. 190 BV). Mit den nachgenannten Autoren ist deshalb davon auszugehen, dass auch in Bezug auf Ansprüche aus Miete und Pacht von Wohnräumen die Schiedsfähigkeit zu bejahen ist und lediglich die Wahl der Schiedsrichter eingeschränkt ist (Code de procédure civile commenté-Schweizer, Art. 361 N 10-11; KuKo-ZPO-Dasser, 2. Auflage, Art. 354 N 14 und Art. 361 N 12; DIKE-Komm ZPO-Stacher, Art. 354 N 12, ZK ZPO-Wenger, 2. Auflage, Art. 354 N 18, BSK OR I-Weber, 5. Auflage, vor Art. 253-273c, N 22).

Nicht zu überzeugen vermag die Ansicht der Vorinstanz, die eine vermittelnde Position eingenommen hat. Sie ging davon aus, dass die Schiedsfähigkeit in Bezug auf Ansprüche aus Miete und Pacht von Wohnräumen davon abhängt, ob die Bestimmungen betreffend den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269-270e OR) zur Anwendung gelangen, was der Fall ist, wenn das Mietobjekt nicht luxuriös ist (Art. 253b Abs. 2 OR). Diese Lösung findet im Gesetz keine Stütze, denn das entscheidende Abgrenzungskriterium ist die *freie Verfügbarkeit der Parteien* über den Anspruch (Art. 354 ZPO). Ansprüche aus Miete und Pacht von Wohnräumen sind aber auch dann frei verfügbar, wenn im Entscheidfall die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen zur Anwendung gelangen. Denn auch in diesen Fällen kann der Streit durch Vergleich oder Klageanerkennung erledigt werden. Es sind also nicht die Parteien, die in der freien Verfügbarkeit des Anspruches eingeschränkt sind, sondern es ist *das Gericht, das* im Entscheidfall an die besonderen Schutznormen *gebunden* ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Anspruch auf Erhöhung des Mietzinses auch in Bezug auf Wohnräume schiedsfähig ist. Dies unabhängig davon, ob die Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen zur Anwendung gelangen. Die Frage, ob die streitbetroffene Liegenschaft luxuriös im Sinne von Art. 253b Abs. 2 OR ist, kann in diesem Zusammenhang offen gelassen werden.

### 5.2.2. Zulässigkeit eines Schiedsgutachtens

Gemäss Art. 361 Abs. 4 ZPO können die Parteien in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen einzig die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht einsetzen. Ein von den Parteien gewählter Dritter kann somit zwar nicht Schiedsrichter, nach zutreffender Auffassung der Vorinstanz aber Schiedsgutachter sein:

Ein Schiedsgutachten ist kein Schiedsurteil, sondern erfüllt bloss eine schiedsrichterliche Teilfunktion (KuKo ZPO-Schmid, 2. Auflage, Art. 189 N 5). Mit der Vereinbarung eines Schiedsgutachtens binden sich die Parteien somit weniger weitgehend als mit der Vereinbarung eines Schiedsgerichts. Ohne besondere gesetzliche Grundlage kann die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens in Bezug auf ein schiedsfähiges Rechtsverhältnis nicht als unzulässig betrachtet werden. Eine solche Grundlage besteht nicht und liegt insbesondere nicht in Art. 361 Abs. 4 ZPO, da diese Bestimmung nur die Wahl der Schiedsrichter beschränkt, nicht aber die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens für unzulässig erklärt. Bezüglich der Person des Schiedsgutachters besteht keine Einschränkung. Dies mit gutem Grund. Denn wenn sich die Beschränkung der Zulässigkeit von Schiedsgerichten auf die Schlichtungsbehörde auf die Wahl eines Schiedsgutachters erstrecken würde, so wäre die Schlichtungsbehörde zwingend die einzige in Frage kommende Gutachterin. Ein Gericht eignet sich in den meisten Fällen aber nicht als Gutachter, da ihm die nötige Fachkompetenz in der Regel fehlt. Mit einer in der Literatur geäusserten Meinung ist deshalb auch in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen von der Zulässigkeit von Schiedsgutachten auszugehen (DIKE-Komm ZPO-Müller, Art. 189 N 25). Die vom Beklagten geäusserte gegenteilige Auffassung überzeugt nicht, zumal der von ihm zitierte Autor von der unzutreffen-

den Prämisse ausgeht, dass Rechtsverhältnisse bezüglich Wohnräumen nicht schiedsfähig seien (act. 55 S. 4 mit Hinweis auf Rohrer in: MRA 4/04 S. 123).

### 5.2.3. Juristische Personen als Schiedsgutachter

Die Parteien einigten sich auf den HEV und damit auf eine juristische Person als Schiedsgutachter. Die Vorinstanz hält dies für zulässig (act. 54 S. 20), was vom Beklagten gerügt wird. Nach den vom Beklagten zitierten Autoren kann nur eine natürliche Person Schiedsgutachter sein. Begründet wird dies damit, dass der Schiedsgutachter richterliche Teilaufgaben wahrzunehmen hat und dass die auf den Schiedsgutachter anwendbaren Ablehnungsregeln auf natürliche Personen zugeschnitten sind (act. 55 S. 6 mit Hinweis auf: DIKE-Komm ZPO-Müller, Art. 189 N 42; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar ZPO-ZH, 3. Auflage, § 258 N 6a).

Im Unterschied zum Gutachter in einem staatlichen Gerichtsverfahren hat der Schiedsgutachter lediglich eine auftragsrechtliche Treuepflicht zu erfüllen und untersteht nicht der Strafandrohung von Art. 307 StGB. Deshalb sind als Schiedsgutachter auch juristische Personen zugelassen, zumal die Ausstandsregeln auch auf diese angewendet werden können (KuKo ZPO-Schmid, 2. Auflage, Art. 189 N 5 und N 9 mit Hinweis auf ZR 94 Nr. 100).

### 5.2.4. Fazit

Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ist schiedsfähig und die Erstellung eines Schiedsgutachtens durch den HEV ist zulässig. Die Frage, ob die streitbetroffene Liegenschaft luxuriös ist, ist in diesem Zusammenhang nicht relevant. Eine Verletzung von Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO liegt nicht vor.

### 5.3. Ausstandsgrund, Rüge der Verletzung von Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO

Gemäss Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO ist ein Schiedsgutachten unverbindlich, wenn gegen die beauftragte Person ein Ausstandsgrund vorlag. Es gelten die Bestimmungen von Art. 47 ff. ZPO (DIKE-Komm ZPO-Müller, Art. 189 N 47).

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gekommen, es liege kein Ausstandsgrund gegen den HEV vor. Es könne nicht angehen, dass die

Vertretung und Verwaltung einer Vertragspartei gerade auch noch als Schiedsgutachterin eingesetzt werde. Aus den vor Vorinstanz eingereichten Dokumenten (act. 4/19, 4/21 und 4/23) gehe hervor, dass der Beklagte die Unabhängigkeit des HEV und damit die Zulässigkeit des Schiedsgutachtens konsequent bestritten habe. Überdies sei die Begründung der Vorinstanz, wonach eine Befangenheit naturgemäss nur bei natürlichen Personen vorliegen könne, falsch (act. 55 S. 7-8).

Nach Treu und Glauben muss ein Ausstandsgrund unverzüglich geltend gemacht werden (Art. 49 ZPO). Wer die unverzügliche Geltendmachung unterlässt, handelt treuwidrig und verliert das Recht auf den Ausstand (BGE 121 I 225 E. 3). Treuwidrig handelt demnach, wer nach der Unterzeichnung der Schiedsgutachterklausel von der Befangenheit des Schiedsgutachters Kenntnis erhält und dies nicht unverzüglich geltend macht. Ebenso treuwidrig handelt, wer der Bestellung eines Schiedsgutachters zustimmt, obwohl er bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Ausstandsgrund, auf den er sich später beruft, gekannt hat.

Der Beklagte macht geltend, dass gegen den HEV ein Ausstandsgrund vorliege, da der HEV bei Abschluss des Mietvertrages Vertreter der Klägerin gewesen sei. Dies mag – da es für die Bejahung der Befangenheit bereits genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen (BGE 139 III 433) – zutreffend sein, ist aber vorliegend nicht relevant. Denn der HEV ist im Mietvertrag sowie in der Zusatzvereinbarung, welche die Schiedsgutachterklausel enthält, als Vertreter der Klägerin aufgeführt. Beide Dokumente wurden vom Beklagten am gleichen Tag unterzeichnet (act. 4/3 und 4/4). Er stimmte der Schiedsgutachterklausel im Wissen darum zu, dass der HEV die Klägerin vertritt und verwirkte damit das Recht, diesen Interessenkonflikt als Ausstandsgrund geltend zu machen. Indem die Vorinstanz die Befangenheit des HEV verneint hat, hat sie Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO nicht verletzt.

#### 5.4. Behauptung der offensichtlichen Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens, Rüge der Verletzung von Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO

##### 5.4.1. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, dass der Schiedsgutachter gemäss Schiedsgutachterklausel den neuen Mietzins anhand der "dannzumal herrschenden orts- und quartierüblichen Marktverhältnisse" zu ermitteln habe. Der Beklagte habe dagegen eingewendet, dass die Parteien entgegen dem Wortlaut der Klausel von der Anpassung an die "orts- und quartierüblichen Mietzinse" ausgegangen seien. Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, dass es fraglich sei, ob die Anpassung an die orts- und quartierüblichen Mietzinse zu einem anderen Ergebnis als die Anpassung an die orts- und quartierüblichen Marktverhältnisse führe. Jedenfalls sei davon auszugehen, dass der Schiedsgutachter die Vergleichsmiete und nicht die Marktmiete zu ermitteln habe. Die Vergleichsmiete entspreche dem preislich Üblichen. Da das Mietobjekt luxuriös sei, müsse der Schiedsgutachter nicht auf die Vergleichsbasis im Sinne von Art. 11 Abs. 1 VMWG abstellen, sondern könne den ortsüblichen Mietzins gestützt auf statistische Erhebungen oder eine nach anerkannten Methoden der Immobilienbewertung durchgeführte Schätzung erheben. Der HEV habe das Mietobjekt anhand einer ZKB-Schätzung beschrieben. Der Beklagte wende dagegen ein, dass der Schiedsgutachter die ZKB-Schätzung nicht offen gelegt habe. Dieser Einwand sei nicht stichhaltig, da der Augenschein des Gerichts keine Erhebungen hervorgebracht habe, die dem Beschrieb gemäss dem Gutachten widersprechen würden. Entgegen der Ansicht des Beklagten könne mit dem im Gutachten genannten Tiefkühlschrank sowohl das im Mietobjekt befindliche Gefrierfach als auch die Kühlschublade gemeint sein. Der HEV habe den Mietwert aufgrund von Marktpreiserhebungen von F. \_\_\_\_\_ [Immobilienfirma] beziehungsweise auf eigene Erfahrungswerte sowie, soweit verfügbar, auf öffentliche Statistiken gestützt. Die ermittelten Medianwerte seien anhand der Korrekturtabelle des Schätzerhandbuches SVKG-SEK/SVIT korrigiert worden. Aus dem Mittelwert zweier ermittelter Varianten sei unter Hinzurechnung eines Zuschlages für ein freistehendes Einfamilienhaus von 15% sowie für eine Garage der Mietzins ermittelt worden. Der Beklagte habe nicht näher dargelegt, inwieweit das Vorge-

hen des HEV den anerkannten Methoden der Immobilienbewertung widerspreche. Offensichtlich falsch sei das Gutachten in Bezug auf den Zuschlag von CHF 600.00 für die Garage. Diese sei nicht vorhanden und der HEV hätte dies auch ohne Besichtigung des Liegenschaft berücksichtigen müssen, denn das Fehlen der Garage ergebe sich auch aus dem Gutachten von G. \_\_\_\_\_ [Immobilienfirma] (act. 4/10 S. 10). Da der Zuschlag für die Garage separat am Schluss vorgenommen worden sei, könne dieser Fehler ohne Verfälschung des übrigen Resultats eliminiert werden. Der auf CHF 9'655.00 korrigierte Wert (CHF 10'255.00 minus CHF 600.00) sei nicht offensichtlich unrichtig und es könne darauf abgestellt werden.

#### 5.4.2. Orts- und Quartierüblichkeit im Sinne von Art. 269a lit. a OR

Der Beklagte bringt vor, aus der Entstehungsgeschichte der Optionsklausel gehe hervor, dass die Parteien bewusst die Anpassung des Mietzinses an das Orts- und Quartierübliche im Sinne eines Terminus technicus des Mietrechts vereinbart hätten. Der Gutachter hätte deshalb die mietrechtliche Gesetzgebung und Rechtsprechung zu Art. 269a lit. a OR respektive Art. 11 VMWG beachten müssen. Dieser Schluss sei auch aus dem Umstand abzuleiten, dass in den ersten beiden Vorversionen noch die Verwendung des amtlichen Formulars für die Mietzinsanpassung die Rede gewesen sei. Dies deute klar darauf hin, dass die Parteien die Einhaltung der Vorschriften von Art. 269 ff. OR gewollt hätten. Der HEV hätte den Vergleichsmietzins unter Berücksichtigung von Art. 11 VMWG und der dazu geltenden Praxis ermitteln müssen, gemäss der mindestens fünf konkrete Vergleichsobjekte zu berücksichtigen seien, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar seien (act. 55 S. 9-10).

Der Umstand, dass in den Vertragsentwürfen die Verwendung des amtlichen Formulars vorgesehen war, stützt die Argumentation des Beklagten nicht, da im schliesslich geschlossenen Vertrag gerade dieses Erfordernis nicht mehr aufgenommen worden war. Die Weglassung des Erfordernisses der Formularpflicht (vgl. Art. 269d Abs. 1 OR) deutet vielmehr darauf hin, dass sich die Parteien den Schutzbestimmungen gegen missbräuchliche Mietzinsen im Sinne von Art. 269 ff. OR nicht unterstellen wollten. Daran ändert auch die Verwendung des Begriffs der

Orts- und Quartierüblichkeit nichts, da es sich dabei zum einen gemäss Art. 269 lit. a OR nur um eines von mehreren Elementen zur Feststellung eines missbräuchlichen Mietzinses handelt. Zum anderen übernimmt der Vertragswortlaut nicht den gesetzlichen Wortlaut, der auf übliche "Mietzinse" verweist, sondern stellt auf die "Marktverhältnisse" ab. Die Vertragsfreiheit lässt es ohne Weiteres zu, dass auch dort, wo die Schutzbestimmungen gegen missbräuchliche Mietzinsen nicht zur Anwendung gelangen, die Anpassung an das Orts- und Quartierübliche vereinbart wird. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist deshalb aufgrund einer objektivierten Vertragsauslegung nicht davon auszugehen, dass sich die Parteien den Bestimmungen von Art. 269 ff. OR unterstellen wollten. Einen davon abweichenden übereinstimmenden tatsächlichen Willen behauptet der Beklagte nicht. Der Schiedsgutachter musste deshalb die von der Rechtsprechung zu Art. 269a lit. a OR und Art. 11 VMWG entwickelten Grundsätze nur beachten, sofern diese Bestimmungen zwingend zur Anwendung kommen. Dies ist dann nicht der Fall, wenn das Mietobjekt luxuriös ist (Art. 253b Abs. 2 OR).

#### 5.4.3. Luxuscharakter des Mietobjekts

Die Vorinstanz kam nach Durchführung eines Augenscheins und aufgrund einer Abwägung der Elemente, die für und die gegen den Luxuscharakter des Mietobjekts sprechen, zum Schluss, die streitbetroffene Liegenschaft sei aufgrund des Gesamteindrucks luxuriös im Sinne von Art. 253b Abs. 2 OR (act. 54 S. 11-19).

Der Beklagte rügt zunächst, die Vorinstanz sei von einem falschen Luxusbegriff ausgegangen. Ohne sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen (act. 54 S. 11-13) näher auseinanderzusetzen, führt der Beklagte aus, die Vorinstanz gehe von einem zu weiten Luxusbegriff aus. Die streitbetroffene Liegenschaft sei an der sog. Goldküste nichts seltenes. Dies mag zutreffen, spricht aber nicht für eine falsche Anwendung des Luxusbegriffs durch die Vorinstanz, sondern dafür, dass am rechten Zürichseeufer wohl zahlreiche Luxusobjekte im Sinne von Art. 253b Abs. 2 OR vorhanden sind. Letztes ist übrigens notorisch.

Weiter rügt der Beklagte, die Vorinstanz habe als Element, das für den Luxuscharakter spreche, den Umstand gewürdigt, dass das Mietobjekt über viele Zimmer

verfüge. Die Zimmerzahl sei damit zweimal, einmal im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 253b Abs. 2 OR und einmal bei der Frage, ob der Luxuscharakter zu bejahen sei, berücksichtigt worden. Der Einwand ist unberechtigt. Denn Art. 253b Abs. 2 OR setzt lediglich voraus, dass mindestens sechs Wohnräume vorhanden sein müssen, damit von einem Luxusobjekt die Rede sein kann, sagt aber nicht, dass die konkrete Zahl der Zimmer im Rahmen der Gesamtwürdigung nicht berücksichtigt werden dürfte.

Der Beklagte bringt vor, dass das von ihm gemietete Haus gestützt auf ein Schreiben der H. \_\_\_\_\_ Immobilien vom 11. Juli 2012 (act. 4/8) als Abbruchliegenschaft einzustufen sei. Diese Aussage lässt sich dem Schreiben nicht entnehmen. Der Verfasser führte aus, ein Mietzins von CHF 11'660.00 könne als quartierüblich und vergleichbarer Wert betrachtet werden könne. Er berücksichtigte dabei die Vorzüge der Liegenschaft, aber auch den Umstand, dass der Ausbau nicht mehr ganz modern sei und gewisse Investitionen nötig seien. Die Aussage, dass nach Beendigung des Mietvertrages die Liegenschaft wohl nur noch den Wert als Bauland habe, bedeutet im Kontext des Schreibens nicht, dass der Verfasser davon ausging, das Mietobjekt sei eine Abbruchliegenschaft, sondern dass mit einem Neubau ein grösserer Ertrag erzielt werden könnte. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Aussage des Briefverfassers, der Ausbau sei nicht mehr als ganz modern zu bezeichnen, mit den Feststellungen der Vorinstanz in Einklang steht. Als Element, das gegen den Luxuscharakter der Liegenschaft spreche, erwähnte die Vorinstanz, dass die Toiletten und Bäder, mit Ausnahme desjenigen im Obergeschoss, in die Jahre gekommen seien und kaum mehr dem heutigen Standard entsprächen (act. 54 S. 17). Dass die Vorinstanz dennoch die Zahl der sanitären Einrichtungen (vier Toiletten und zwei Bäder) als für den Luxuscharakter sprechendes Element gewichtete (act. 54 S. 18), ist entgegen der Ansicht des Beklagten (act. 55 S. 13) nicht zu beanstanden, sondern richtig.

Die Vorinstanz erwähnte unter den Elementen, die für den Luxuscharakter sprächen, einen Fitnessraum (act. 54 S. 12). Der Beklagte führt dazu aus, dass die Bezeichnung Fitnessraum abwegig sei. Es handle sich um einen trostlosen Luftschutzkeller, der definitionsgemäss nicht luxuriös sei (act. 55 S. 15). Dass der

Raum als trostlos empfunden wird, ist nachvollziehbar, aber nicht relevant. Denn der Beklagte bestreitet nicht, dass er den Luftschutzkeller tatsächlich als Fitnessraum braucht, weshalb die entsprechende Bezeichnung der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist. Dass der Raum für sich allein betrachtet luxuriös wäre, sagte die Vorinstanz nicht, wertete das Vorhandensein dieses zusätzlichen Raumes aber als Element, das für den Luxuscharakter spreche. Dem ist zuzustimmen. Denn das Haus verfügt im Kellergeschoss über einen Waschraum, einen separaten Trockenraum, einen Heizraum, der auch als Abstellraum genutzt wird, einen Weinkeller und einen weiteren Keller mit grossem Vorraum. Wenn neben dieser überdurchschnittlicher Ausstattung ein Luftschutzkeller vorhanden ist, der als Fitnessraum benützt werden kann, so ist dies ein Element, das für den Luxuscharakter spricht.

Der Beklagte moniert, die Liegenschaft verfüge über keinen Parkplatz. Zu einem Luxusobjekt gehöre die vernünftige Erschliessung mit Garagenplatz oder zumindest eigenen Parkplätzen. Die Zulieferung sei nur über eine Treppe mit fünfzig Treppenstufen möglich (act. 55 S. 17-18). Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass ein Parkplatz keine notwendige Voraussetzung für ein Luxusobjekt ist, gewichtete aber die fehlende Erschliessung für Fahrzeuge als Element, das gegen den Luxuscharakter spreche (act. 54 S. 18). Diese Begründung ist zutreffend.

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung des Umschwunges von rund 2'300 m<sup>2</sup> ausser Acht gelassen, dass es sich dabei weitgehend um nutzloses Land in Hanglage handle, dessen Unterhalt mit erheblichem Aufwand verbunden sei. Rund zwei Drittel der unterhalb des Hauses gelegenen Grundstücksfläche sei mit Büschen, Rasen und Moos bewachsen. Dies relativiere den grosszügigen und repräsentativen Charakter des Umschwunges (act. 55 S. 19). Die Rüge ist unbegründet. Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, ist ein freistehendes Haus mit unverbauter Sicht auf den See in unmittelbarer Nähe zur Stadt Zürich an ruhiger und bevorzugter Lage auf einer Grundstücksfläche von rund 2'300 m<sup>2</sup> selten. Die ruhige Lage und die Aussicht verdankt die Liegenschaft insbesondere dem grossen Umschwung und der Hanglage. Dass der Umschwung keinen darüber hinausgehenden Nutzen hat, spricht nicht gegen den

Luxuscharakter. Bekanntlich gehört die teilweise Nutzlosigkeit von Dingen im übrigen gerade zu dem, was Luxus ausmacht.

Weiter verweist der Beklagte auf verschiedene weitere negative Punkte, die sich zum Teil auch aus dem Gutachten des HEV ergäben (act. 55 S. 14-19). Er zeigt indessen nicht auf, ob und gegebenenfalls welche Elemente von der Vorinstanz nicht geprüft oder falsch gewürdigt worden sind und erfüllt damit insofern seine Rügeobliegenheit nicht.

Der Beklagte stellt den Antrag auf Durchführung eines Augenscheins durch die Berufungsinstanz (act. 55 S. 11). Die nochmalige Abnahme eines Beweises durch die Berufungsinstanz ist zulässig (Art. 316 Abs. 3 ZPO), aber nur vorzunehmen, wenn davon ein Erkenntnisgewinn zu erwarten ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Vorinstanz hat den Augenschein durch Wortprotokoll und Fotos sorgfältig dokumentiert und sich mit den Feststellungen in der Entscheidbegründung einlässlich auseinandergesetzt. Die Überprüfung des Entscheides ist ohne Wiederholung des Augenscheins ohne weiteres möglich. Der Antrag ist abzuweisen.

Die Vorinstanz hat die wesentlichen Elemente, die für und gegen den Luxuscharakter der Liegenschaft sprechen, aufgeführt und abgewogen. Der Beklagte vertritt die Ansicht, die äusseren Elemente seien nach der Devise "aussen fix und innen nix" zu stark gewichtet worden (act. 55 S. 19). Das Äussere der Liegenschaft, insbesondere die exklusive ruhige Lage in Stadtnähe, die Grösse des Grundstückes, die Hang- und Aussichtslage, sind für den Entscheid wesentlich, aber nicht allein ausschlaggebend. Entgegen der Ansicht des Beklagten weist das Mietobjekt auch im Inneren neben negativen Punkten (wie die in die Jahre gekommenen sanitären Anlagen) auch zahlreiche Luxusattribute auf, so dass auch bei einer engen Auslegung des Luxusbegriffs die streitbetroffene Liegenschaft insgesamt als luxuriös bezeichnet werden kann.

#### 5.4.4. Fehlerhaftigkeit des Gutachtens

Der Beklagte bringt vor, das Gutachten sei in tatsächlicher Hinsicht von falschen Voraussetzungen ausgegangen. So sei ein Tiefkühlschrank erwähnt, der nicht

vorhanden sei. Auch ein Closomat sei nicht vorhanden. Tatsächlich sei im ersten Obergeschoss ein Aufsatz-Dusch-WC vorhanden, das aber mieterseits montiert worden sei. Das Fehlen einer Alarmanlage hätte nach Ansicht des Beklagten im Gutachten festgehalten werden müssen. Zudem sei das Gutachten zu Unrecht von einer Wohnfläche von zirka 350 m<sup>2</sup> ausgegangen. Die Wohnfläche betrage höchstens 300m<sup>2</sup>.

Der Objektbeschrieb im Gutachten basiert auf einer Schätzung der ZKB aus dem Jahr 2009. Die Gutachter haben zu Recht festgestellt, dass ein besseres Resultat hätte erzielt werden können, wenn die Gutachter das Haus hätten besichtigen können. Der Beklagte bringt in diesem Zusammenhang vor, dass er diesbezüglich seine Mitwirkung nicht verweigert habe. Die Klägerin habe ihm einen einzigen Termin vorgeschlagen, den er wegen eines Spitalaufenthalts nicht wahrnehmen können (act. 55 S. 10). Dies ist unzutreffend. In den Schreiben vom 24. September 2012 und 27. September 2012 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er die Einsetzung des HEV als Schiedsgutachter für unzulässig erachte. Er sehe deshalb keine Möglichkeit für Schätzungstermine durch den HEV oder die Involvierung von anderen Schiedsgutachtern (act. 4/19 und 4/21). Der Beklagte lehnte eine Besichtigung des Hauses durch die Gutachter also unabhängig vom Termin ab. Er verhält sich offensichtlich widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich, wenn er heute vorbringt, die Gutachter hätten in Bezug auf das Innere des Gebäudes sowie insbesondere die Fläche nicht auf den Beschrieb der früheren ZKB-Schätzung abstellen dürfen. Aus sich daraus ergebenden allfälligen Mängeln kann er deshalb nichts zu seinen Gunsten ableiten. Hinzu kommt, dass der Beklagte nicht aufzeigt, inwiefern die von ihm vorgebrachten unrichtigen Feststellungen zu einem offensichtlich unrichtigen Resultat geführt hätten.

Der Beklagte rügte weiter, die Gutachter seien fälschlicherweise davon ausgegangen, es sei eine Garage vorhanden. Gemäss Feststellung der Vorinstanz ist dieser Einwand zutreffend. Die Vorinstanz führte dazu aus, die Gutachter hätten diesen Fehler auch ohne Besichtigung des Hauses vermeiden können und sie hielt fest, dass das Gutachten in diesem Punkt offensichtlich mangelhaft sei. Die Rüge des Beklagten zielt insofern ins Leere. Die Frage, ob der Fehler durch Kor-

rektur des für die Garage eingesetzten Betrages von CHF 600.00 behoben werden kann oder ob für die fehlende Parkmöglichkeit ein Abschlag von CHF 1'500.00 bis CHF 2'000 vorzunehmen wäre, wie der Beklagte vorbringt, ist später zu beantworten.

Der Beklagte vertritt die Auffassung, auf das Gutachten des HEV könne schon deshalb nicht abgestellt werden, weil Daten von F.\_\_\_\_\_ verwendet würden und dieses Unternehmen in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Haftung für die objektive Richtigkeit übernehme (act. 55 S. 23). Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, da ein Haftungsausschluss für Auskunftserteilung verbreitet ist und verschiedene Gründe haben kann. Aus dem Haftungsausschluss kann deshalb nicht der Schluss gezogen werden, die Daten seien falsch erhoben worden.

Weiter bringt der Beklagte vor, das Gutachten des HEV weise in methodischer Hinsicht mehrere Mängel auf. So rügt er, das Gutachten basiere auf den Daten von F.\_\_\_\_\_ und diese Zahlen gründeten auf den aktuellen Mietangeboten. Dies sei unzulänglich, da die Angebotsmieten höher als die tatsächlich bezahlten Mieten seien, weil nur für schlecht vermietbare, also zu teure Objekte überhaupt Inse-  
rate geschaltet werden müssten (act. 55 S. 23-24). Der Einwand wäre dann wohl stichhaltig, wenn sich das Gutachten an die Vorgaben von Art. 11 Abs. 1 VMWG halten müsste. In der Literatur wird dazu die Auffassung vertreten, dass das Abstellen auf die Angebotsmieten nicht zulässig sei, weil der Mietzins bei Neuvermietungen in der Regel höher sei als die Durchschnittsmietzinse (Lachat/Brutschin, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, S. 359). Da im vorliegenden Fall der Luxuscharakter des Mietobjekts bejaht wurde, kommen die Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen nicht zur Anwendung und damit auch nicht die Praxis zu Art. 11 Abs. 1 VMWG. Dass das Abstellen auf die Angebotsmiete zu einem offensichtlich unrichtigen Ergebnis führen würde, macht der Beklagte nicht geltend. Es ist notorisch, dass nicht nur schlechte und zu teure Objekte überhaupt zur Vermietung ausgeschrieben werden. Das Abstellen auf die Angebotsmieten macht das Gutachten nicht offensichtlich unrichtig, sondern ist übrigens durchaus korrekt, weil damit die Marktverhältnisse, welche die Parteien

zum Massstab der Mietpreisfestlegung vereinbart haben, mitberücksichtigt wurden.

Die Gutachter ermittelten den Mietzins aus den Medianwerten der Mietzinsen für eine 4-Zimmerwohnung in D.\_\_\_\_\_ und einer 6- bis 6 ½-Zimmer-Wohnung in dieser Ortschaft. Der Medianquadratmeterpreis der 4-Zimmerwohnung (Variante A) wurde mit CHF 339.00 angegeben und der ermittelte Preis wurde auf das Mietobjekt hochgerechnet. Der Beklagte ist der Meinung, dass die Hochrechnung zu einem falschen Ergebnis führe, weil dadurch der Mietwert der Küche sowie der sanitärischen Räume und der Waschküche zweieinhalb mal gerechnet werde (act. 55 S. 25). Der Einwand läuft darauf hinaus, dass eine Hochrechnung von einer kleineren auf eine grössere Wohnung generell nicht zulässig sei, weil der Mietzins nicht genau linear mit der Wohnungsgrösse ansteige. Dies wäre im Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 1 VMWG wohl zutreffend (vgl. Lachat/Brutschin, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, S. 357). Da diese Bestimmung vorliegend nicht anwendbar ist, wäre die Hochrechnung nur zu beanstanden, wenn sie zu einem offensichtlich unrichtigen Resultat führen würde, was aber nicht ersichtlich ist.

Bezüglich der Variante B (6- bis 6 ½-Zimmer-Wohnung) wendet der Beklagte ein, dass die Berechnung von F.\_\_\_\_\_ nicht korrekt sei. F.\_\_\_\_\_ gingen von einem Medianwert für eine 6- bis 6 ½-Zimmer-Wohnung in der Schweiz von CHF 2'600.00 aus. Das Bundesamt für Statistik gehe demgegenüber von einem Durchschnittspreis von CHF 2'115.00 aus, andere Erhebungen kämen auf CHF 2'348.00 zu liegen (act. 55 S. 25 mit Hinweis auf act. 24/9 und 24/10). Der Vergleich hinkt, da die Werte von F.\_\_\_\_\_ vom Median ausgehen, während die vom Beklagten angeführten Vergleichswerte die Durchschnittsmiete betreffen. Weiter ist zu bemerken, dass es vorliegend nicht auf die Zahlen für die Schweiz, sondern für D.\_\_\_\_\_ ankommt. Die Tabelle des Bundesamtes für Statistik ist jedoch nicht nach Gemeinden aufgeschlüsselt. Die Zahlen von F.\_\_\_\_\_ für die Gemeinde D.\_\_\_\_\_ lassen sich deshalb anhand der Werte des Bundesamtes für Statistik nicht überprüfen. Schliesslich ist zu bemerken, dass das Abstellen auf den Median nicht zu beanstanden ist, da Extremwerte einer Stichprobe den Median weniger zu beeinflussen vermögen als das arithmetische Mittel (vgl. <http://www.bfs>).

admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/08/11/def.html). Weiter wendet der Beklagte wiederum ein, dass die Hochrechnung unzulässig sei. Wie bereits dargelegt, ist dieser Einwand nicht stichhaltig.

Der Beklagte wendet ein, die im Gutachten verwendeten Korrekturfaktoren von 6% (Variante A), 12% (Variante B) sowie 15% (Zuschlag für ein freistehendes Einfamilienhaus) seien nicht nachvollziehbar. Die Gutachter stellten anhand von zehn Kriterien differenziert dar, welche Qualitäten und welche Schwächen das Mietobjekt hat. Die Addition der Werte ergibt einen Korrekturfaktor von 12%. Dieser Faktor wurde nur auf die Variante B angewendet. Der Beklagte weist darauf hin, dass die Verwendung eines Faktors von bloss 6% für die Variante A nicht transparent gemacht worden sei. Da sich die Abweichung im Vergleich zur Variante B zu Gunsten des Beklagten auswirkt, ist das Gutachten auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden. Dass für ein freistehendes Einfamilienhaus ein Zuschlag gemacht werden darf, wird vom Beklagten nicht bestritten. Der Wert von 15% wird im Gutachten nicht näher erläutert, ist aber aufgrund der eigenen Erfahrung der Gutachter, auf die sie sich zulässigerweise stützen konnten, nicht zu beanstanden.

Schliesslich bringt der Beklagte vor, dass das Gutachten für die Festsetzung der Korrekturfaktoren nicht auf die Bewertungskriterien des Schätzerhandbuches SVKG + SEK/SVIT hätte abstellen dürfen, da es sich dabei um ein Handbuch für den Liegenschaftenverkauf handle (act. 55 S. 26). Es ist nicht ersichtlich und wird vom Beklagten auch nicht näher begründet, weshalb bei Mietliegenschaften grundsätzlich andere Bewertungskriterien und Korrekturfaktoren anzuwenden sind als bei Liegenschaften, die zum Verkauf stehen. Der Einwand ist nicht stichhaltig.

Wie bereits erwähnt, ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, das Gutachten sei bezüglich des Zuschlages für die nicht vorhandene Garage offensichtlich falsch. Der Zuschlag von CHF 600.00 könne aber ohne Verfälschung des übrigen Resultats vom errechneten Mietzins in Abzug gebracht werden, so dass im Übrigen dennoch auf das Gutachten abgestellt werden könne (act. 54 S. 26). Der Beklagte rügt zu Recht nicht, dass die Bewertung der Garage nicht in den berechne-

ten Mietzins für die übrige Liegenschaft eingeflossen ist. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, kann deshalb der Zuschlag von CHF 600.00 ohne Verfälschung des übrigen Ergebnisses aus der Berechnung eliminiert werden. Der Beklagte bringt in diesem Zusammenhang jedoch vor, der Abzug von CHF 600.00 genüge nicht. Es müsste ein zusätzlicher Abzug von CHF 1'500.00 bis CHF 2'000.00 wegen mangelhafter Erschliessung der Liegenschaft gemacht werden (act. 55 S. 23). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Denn der Zuschlag für die nicht vorhandene Garage betrifft offensichtlich eine Garage mit entsprechender Zufahrtsmöglichkeit. Wenn der Zuschlag für die Garage subtrahiert wird, so ist damit automatisch auch die fehlende Zufahrtsmöglichkeit mit einem Auto berücksichtigt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Gutachten des HEV nicht offensichtlich unrichtig ist.

#### 5.5. Ergebnis

Der Streit um die Mietzinshöhe ist schiedsfähig. Die Bestimmung von Art. 361 Abs. 4 ZPO, wonach in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnungen einzig die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht eingesetzt werden kann, ist auf das Schiedsgutachten nicht anwendbar. Als Schiedsgutachter kann auch eine juristische Person eingesetzt werden, weshalb der HEV Schiedsgutachter sein kann. Der HEV war bei Vertragsschluss Vertreter der Klägerin. Auf den Ausstandsgrund der Interessenkollision kann sich der Beklagte jedoch nicht berufen, da er den Schiedsgutachtervertrag in Kenntnis der Interessenkollision geschlossen hatte. Da das Mietobjekt luxuriös ist, kommen die Vorschriften zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen nicht zur Anwendung. Das Gutachten des HEV ist nicht offensichtlich unrichtig. Die vom Beklagten erhobenen Rügen sind nicht stichhaltig. Die Berufung ist daher abzuweisen und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

## 6. Prozesskosten

Im Berufungsverfahren ist die Mietzinsdifferenz von CHF 2'255.00 (9'655 - 7'400) für die Dauer von 60 Monaten (April 2013 bis März 2018) strittig, was einem Streitwert von CHF 135'300.00 entspricht. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf CHF 7'000.00 festzusetzen (§§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 2 und 3 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Er ist zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'000.00 (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 2 und 3 sowie 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

### **Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag des Beklagten und Berufungsklägers auf Durchführung eines Augenscheins im Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Mietgericht, vom 4. Februar 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 7'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten und Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'000.00 verrechnet.
4. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'400.00 (enthaltend die Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Meilen, Mietgericht, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 CHF 135'300.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. A. Katzenstein

lic.iur. M. Hinden

versandt am: