

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG190004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss vom 11. Juni 2019

in Sachen

Pensionskasse der A._____ Group (Schweiz),

Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch B._____ AG diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

1. **C.**_____,
2. **D.**_____,
3. **E.**_____,
- 4.1. **F.**_____,
- 4.2. **G.**_____,
5. **H.**_____,
6. **I.**_____,
7. **J.**_____,
- 8.1. **K.**_____,
- 8.2. **L.**_____,
- 9.1. **M.**_____,
- 9.2. **N.**_____,
10. **O.**_____,
11. **P.**_____,
12. **Q.**_____,

13. **R.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte,

alle vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen einen Entscheid des Mietgerichtes Zürich vom 6. Dezember 2018
(MG150023)

Letztes Rechtsbegehren:
(act. 98 S. 1 f., Prot. S. 26 sinngemäss)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, die Nebenkostenabrechnungen der Abrechnungsperioden 2010/11, 2011/12, 2012/13 und 2013/14 korrekt zu erstellen und die zu viel verrechneten Hauswartungskosten, die Kosten von 1 ½ Jahren in der Periode 2012/13 ("überlanges Jahr"), die Verwaltungskosten der Heizungsabrechnung sowie die Liftservicekosten zu korrigieren und es seien die zu viel bezahlten Nebenkosten zurückzuerstatten.
2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern für die Nebenkostenabrechnungsperioden 2010/11, 2011/12, 2012/13 und 2013/14 gemäss Ziff. 1 den nachfolgenden Betrag zu leisten:

Klägerin 1	C._____	Fr. 1'981.81
Klägerin 2	D._____	Fr. 2'062.98
Kläger 3	E._____	Fr. 1'963.66
Kläger 4.1+4.2	F._____+G._____	Fr. 1'257.64
Kläger 5	H._____	Fr. 1'442.31
Klägerin 6	I._____	Fr. 1'787.29
Kläger 7	J._____	Fr. 1'418.17
Kläger 8.1+8.2	K._____	Fr. 1'966.47
Kläger 9.1+9.2	M._____+N._____	Fr. 1'856.47
Klägerin 10	O._____	Fr. 847.07
Kläger 11	P._____	Fr. 1'242.90
Kläger 12	Q._____	Fr. 1'734.39
Kläger 13	R._____	Fr. 2'583.93

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.

Beschluss und Urteil des Mietgerichtes Zürich:
(act. 191 = act. 195 = act. 197, S. 68 f.)

Es wird beschlossen:

1. Die Klage wird betreffend Rechtsbegehren Ziffer 1 hinsichtlich Heizkosten, Allgemeinstrom, Wasser-/Abwasserkosten, Bewachung/Brandschutz, Kehricht, Lüftung Sammelgarage, Verwaltungskosten der Betriebskostenabrechnung sowie betreffend

Rechtsbegehren Ziffer 3 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.

2. Im übrigen Umfang wird auf das Klagebegehren Ziffer 1 nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 12 der modifizierten Klage wird die Beklagte verpflichtet, den Klägern folgende Beträge zu bezahlen:

Klägerin 1	C._____	Fr. 1'981.80
Klägerin 2	D._____	Fr. 1'626.80
Kläger 3	E._____	Fr. 1'635.05
Kläger 4.1+4.2	F._____+F._____	Fr. 1'038.70
Kläger 5	H._____	Fr. 1'189.80
Klägerin 6	I._____	Fr. 1'486.65
Kläger 7	J._____	Fr. 871.00
Kläger 8.1+8.2	K._____	Fr. 1'624.15
Kläger 9.1+9.2	M._____+N._____	Fr. 1'718.60
Klägerin 10	O._____	Fr. 698.75
Kläger 11	P._____	Fr. 842.99
Kläger 12	Q._____	Fr. 1'434.05
Kläger 13	R._____	Fr. 2'134.05

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 6'521.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 60.00 Barauslagen (Zeugenentschädigung)

Fr. 6'581.00 Kosten total

3. Die Kosten werden in der Höhe von Fr. 2'162.– den Klägern und in der Höhe von Fr. 4'419.– der Beklagten auferlegt. Bezogen werden sie im Umfang von Fr. 1'300.– zulasten des Kostenvorschusses der Beklagten in entsprechender Höhe und im Umfang von Fr. 5'281.– zulasten der Kostenvorschüsse der Kläger. Der nicht benötigte Betrag der Vorschüsse der Kläger wird diesen herausgegeben.
Die Aufteilung der Gerichtskosten unter den Klägern sowie die Rückerstattung des nicht benötigten Teils der Vorschüsse hat im

Innenverhältnis nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens jeder klagenden Partei zu erfolgen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'154.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen. Weiter wird sie verpflichtet, den Klägern die über ihren Anteil hinaus durch Vorschüsse getragenen Gerichtskosten zu ersetzen, mithin den Betrag von Fr. 3'119.–.

Die Aufteilung der reduzierten Parteientschädigung unter den Klägern hat im Innenverhältnis nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens jeder klagenden Partei zu erfolgen.

- 5.–6. [Mitteilung/Rechtsmittel]

Berufungsanträge

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 196 S. 2):

1. Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und die Klagen der Kläger 1–13 seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger.

der Kläger und Berufungsgeklagten (act. 203 S. 2):

1. Die Berufungsklage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 6. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. MG150023) sei zu bestätigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich des erstinstanzlichen Verfahrens zuzüglich 7.7% MWST) zulasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. Sachverhalt

1.1. Bei den Klägern und Berufungsbeklagten 1–13 (fortan Kläger) handelt resp. handelte es sich um Mieter von Wohnungen in der Überbauung S._____, ... Zürich. Der S._____ umfasst insgesamt sechs Gebäudekomplexe. Die Kläger/innen 1 und 3 wohnen im Gebäudekomplex W1 ["Wohnen 1"], welcher die Liegenschaften an der T._____-Strasse ...–... umfasst, die Kläger/innen 2 sowie 4–13 wohnen resp. wohnten im Gebäudekomplex W2 ["Wohnen 2"]. Dieser umfasst die T._____-Strasse ...–.... Bei der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) handelt es sich um die Vermieterin.

1.2. Am 1. April 2009 wurden die Wohnungen des Gebäudekomplexes W1 und am 30. Juni 2012 diejenigen des Gebäudekomplexes W2 aus einer dreissigjährigen staatlichen Mietpreiskontrolle entlassen. In der Folge passte die Beklagte die Mietzinse der Wohnungen an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse an. Die Betriebskosten wurden (teilweise mittels Vergleich, teilweise mittels Vertrag resp. Vertragsänderung für die Kläger zu verschiedenen Zeitpunkten zwischen 1. April 2010 und 1. Juli 2012, vgl. entsprechende Aufstellung durch die Vorinstanz act. 195 S. 5) – aus dem Nettomietzins ausgeschieden und neu separat akonto bezahlt und einmal jährlich abgerechnet.

1.3. Nach vorinstanzlicher Darstellung der Kläger hätten "die Mieter" – nachdem ihnen aufgefallen sei, dass die Nebenkosten seit dem Jahr 2011 nahezu explodiert seien – Einsicht in die Belege genommen und bezüglich der Nebenkosten 2010/2011, 2011/2012, 2013/2013 sowie 2013/2014 Ungereimtheiten festgestellt (vgl. act. 1 S. 6).

2. Prozessgeschichte

2.1. Am 1. Dezember 2014 stellten die Kläger je bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein Schlichtungsbegehren bezüglich der Nebenkosten. Nach Erteilung der Klagebewilligungen (act. 4; 109/4; 110/4 etc. bis act. 120/4) reichten die Kläger am 10. Juni 2015 gemeinsam eine begründete Klage beim Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ein (act. 1). Die dreizehn Klagen der Kläger wurden von der Vorinstanz zeitweise getrennt und unter separaten Verfahrensnummern geführt. Nach durchgeführtem Schriftenwechsel und abgebrochener Hauptverhandlung in den Verfahren der Kläger 1 und 3, resp. Verzicht auf dieselbe, und nach Durchführung von zwei Instruktionsverhandlungen, wurden die Verfahren schliesslich wieder vereinigt. Nach Durchführung des Beweisverfahrens und schriftlich erfolgten Schlussvorträgen erging am 6. Dezember 2018 der eingangs wiedergegebene Entscheid durch die Vorinstanz (act. 191 = act. 195 = act. 197, nachfolgend zitiert als act. 195).

2.2. Am 25. Januar 2019 (Datum Poststempel) erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid und stellte die vorgenannten Berufungsanträge (act. 196, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 193). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1–193). Mit Verfügung vom 31. Januar 2019 wurde ein Kostenvorschuss einverlangt und es wurde die Prozessleitung delegiert (vgl. act. 198). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 200). Mit Verfügung vom 7. März 2019 wurde den Klägern Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 201). Die Berufungsantwort ging innert Frist ein (act. 203 u. 204, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 202). Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel ist mit dem Eingang der Berufungsantwort abgeschlossen. Weitere Verfahrensschritte sind nicht erforderlich. Der Beklagten ist zusammen mit diesem Entscheid ein Doppel von act. 203 zuzustellen.

II. (Prozessuale Vorbemerkungen)

1. Zur Berufung

1.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Da die Kläger 1 bis 13 den Prozess als einfache Streitgenossen führen, sich die geltend gemachten Ansprüche nicht gegenseitig ausschliessen und deshalb zur Streitwertberechnung zu addieren sind (vgl. Art. 93 Abs. 1 ZPO), ist der Streitwert vorliegend ohne Weiteres erreicht (act. 196 Rz. 10 u. 203 Rz. 6), womit die Berufung zulässig ist.

1.2. Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), zu der auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens gehört, weshalb das Gesetz dies nicht eigens erwähnt. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen. Fehlt ein Antrag und/oder eine hinreichende Begründung, tritt die Rechtsmittelinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgetragen werden, und zwar auch in Verfahren, die erstinstanzlich noch der Untersuchungsmaxime sowie der Oficialmaxime unterstehen. Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sich die Berufungsinstanz auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

2. Nicht angefochtener Teil des vorinstanzlichen Entscheids

Mit Beschluss schrieb die Vorinstanz einen Teil des Rechtsbegehrens Ziffer 1 sowie das Rechtsbegehren Ziffer 3 der Kläger (vgl. oben S. 3 f.) als durch Rückzug erledigt ab und trat im übrigen Umfang auf das Klagebegehren Ziffer 1 nicht ein (act. 195 S. 67 sowie E. II./3 u. II./4.3. insb. S. 12 f.). Dieser Beschluss

blieb im Rahmen der Berufung unangefochten. Er ist daher in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

III. (Zur Berufung im Einzelnen)

1. Einleitendes zu den Nebenkosten

1.1. Thematik dieses Verfahrens bilden wie gezeigt mietrechtliche Nebenkosten. Nebenkosten sind das Entgelt für Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen (Art. 257a Abs. 1 OR). Sie sind grundsätzlich Teil des Mietzinses und zusätzlich zu diesem nur dann geschuldet, wenn dies besonders vereinbart ist (Art. 257a Abs. 2 OR), ansonsten sind sämtliche anfallenden Nebenkosten mit dem Nettomietzins abgegolten (Art. 257 OR). Mittels gesonderter Vereinbarung auf den Mieter weiterbelastbar (und in diesem Sinne "nebenkostenfähig") sind gemäss Gesetz aber nur Nebenkosten, die mit dem *Gebrauch der Mietsache zusammenhängen*. Darunter fallen Heizungs- und Warmwasserkosten (Art. 257b OR), sowie Kosten für Hauswartung, Garten- und Umgebungspflege, Allgemeinstrom, Betriebs- und Servicekosten für Lift, etc. Keine auf den Mieter überwälzbaren Nebenkosten sind beispielsweise Aufwendungen für den ordentlichen Unterhalt, Ersatzbeschaffungen oder Erneuerungen sowie Kosten für den "kleinen Unterhalt" (vgl. Art. 259 OR), Leistungen des Vermieters ohne Bezug zum Gebrauch der Mietsache etc. (vgl. zum Ganzen z.B.: ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257a/257b N 7 f.; Mietrecht für die Praxis/BÉGUIN, 9. Aufl. 2016, N 14.1.4; SVIT-Kommentar/BIBER, 4. Aufl. 2018, Art. 257–257b N 11 ff.; je m.w.H.).

1.2. Sind die Nebenkosten im Mietvertrag ausgeschieden, so erfolgt deren Weiterbelastung auf den Mieter entweder, indem dieser die Nebenkosten direkt an eine Drittpartei leistet, durch Leistung einer Pauschale oder durch Akontozahlungen, wobei Letzteres in der Praxis weitverbreitet ist. Der Mieter zahlt dabei periodisch einen vereinbarten Betrag im Voraus. Am Ende der Abrechnungsperiode erhält jeder Mieter eine eigene Abrechnung, in welcher die Aufwendungen des

Vermieters und die geleisteten Akontozahlungen des Mieters aufgeführt sind (vgl. z.B.: ZK OR- HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257a/257b N 17 f.; SVIT-Kommentar/BIBER, 4. Aufl. 2018, Art. 257–257b N 38 ff.). Weiteres zur Weiterbelastung mittels System der Akontozahlungen und darauf folgender Abrechnung, vgl. nachfolgend E. III./3.2.1.

2. Ausgangslage und Überblick vorinstanzlicher Entscheid

2.1. Im Rahmen der Berufungsschrift und -antwort unstrittig ist, dass die Nebenkosten zwischen den Parteien separat abgerechnet wurden über das System mit Akontozahlungen, sowie dass die Beklagte den Klägern für die hier interessierenden Abrechnungsperioden 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013 und 2013/2014 jeweils die sie betreffenden Nebenkostenabrechnungen zukommen liess.

Streitpunkt zwischen den Parteien bildet im vorinstanzlichen wie auch im Berufungsverfahren, ob und in welchem Umfang den Klägern durch die Beklagte für die genannten Abrechnungsperioden nicht verrechenbare resp. zu viele Nebenkosten im Rahmen der Nebenkostenabrechnungen in Rechnung gestellt bzw. abgerechnet wurden. Die Kläger machten resp. machen diesbezüglich einen Rückforderungsanspruch für die ihrer Ansicht nach zu viel bezahlten Kosten geltend.

2.2. Das vorinstanzliche Verfahren drehte sich hierbei vereinfacht (zuletzt und hier noch relevant) um die folgenden vier Fragestellungen:

- ob die Beklagte den Klägern in der Position "Hauswartung" u.a. nicht nebenkostenfähige Hauswartungskosten weiterverrechnete und die Beklagte diese den Klägern entsprechend zurückzuerstatten hat (act. 195 S. 26 ff. E. III./3.);
- ob die Verwaltungskostenpauschale für Heizungs- und Warmwasserkosten unzulässig hoch ist und den Klägern entsprechend ein Rückforderungsanspruch bezüglich der zu viel bezahlten Pauschale zusteht (act. 195 S. 34 ff. E. III./4.);
- ob die Beklagte den Klägern mit Blick auf die Abrechnungsperiode 2012/2013 (wo ein Teil der Positionen für einen Zeitraum von anderthalb

Jahren abgerechnet wurde) zu viele Kosten abgerechnet und daher zurückzuerstatten hat (act. 195 S. 39 ff. E. III./5.);

- ob im Rahmen der Liftservicekosten nicht nebenkostenfähige Kosten weiterverrechnet wurden, welche durch die Beklagte daher zurückzuerstatten sind (act. 195 S. 45 ff. E. III./6.).

2.3. Nach durchgeführtem Beweisverfahren, u.a. zu den Hauswartungs- und den Liftservicekosten (vgl. Beweisbeschluss, act. 139), erachtete die Vorinstanz die Begehren der Kläger über weite Teile als begründet und verpflichtete die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zur Rückzahlung der zu viel bezahlten Beträge an die Kläger (act. 195):

2.3.1 Namentlich verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte, sämtliche Hauswartungskosten für die fraglichen Perioden an die Kläger zurückzubezahlen, da nach Durchführung des Beweisverfahrens unbewiesen geblieben sei, ob und wenn ja, in welchem Umfang in den in Rechnung gestellten Beträgen für Hauswartungskosten auch Kosten enthalten waren, welche den Mietern nicht weiterbelastet werden durften. Die Vorinstanz erkannte in diesem Zusammenhang die Beklagte als beweisbelastet, weshalb diese letztlich die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe (act. 195 E. III./3. S. 26 ff.).

2.3.2 Im weiteren erachtete die Vorinstanz die mit den Klägern abgerechneten Verwaltungskosten von pauschal 4% auf die gesamten Heizkosten als unzulässig hoch, da den Klägern in diesem Zusammenhang auch von Dritten generierte Kosten für die Verbrauchserfassung abgerechnet worden seien, welche zu einer Verringerung des Verwaltungsaufwandes bei der Beklagten geführt hätten. Die Vorinstanz sah eine Verwaltungskostenpauschale von 1% als angebracht an und verpflichtete die Beklagte, den Klägern die darüber hinausgehenden Verwaltungskosten zurückzuerstatten (act. 195 E. III./4. S. 34 ff.).

2.3.3 Sodann kam die Vorinstanz zum Schluss, im Zusammenhang mit einem Systemwechsel bei den Nebenkostenabrechnungen (in den Abrechnungen 2011/2012 [1. Juli 2011 bis 30 Juni 2012] wurden bezüglich einzelner Positionen

Kosten abgerechnet, die effektiv im Zeitraum 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 anfielen, nach Systemwechsel wurden die Kosten übereinstimmend mit der Abrechnungsperiode 2013/2014 vom 1. Juli 2013 bis 30. Juni 2014 verrechnet; dazwischen wurden in der Periode 2012/2013 für die betreffenden Positionen die Kosten für die Zeit zwischen 1. Januar 2012 und 30. Juni 2013, also für 1.5 Jahre abgerechnet), seien den Klägern teilweise Nebenkosten abgerechnet worden, die angefallen seien, bevor sie in der Liegenschaft gewohnt hätten resp. bevor das Recht der Beklagten zur Abrechnung der genannten Positionen gemäss den geschlossenen Vergleichen überhaupt bestanden habe. Die Vorinstanz kürzte die zwischen dem 1. Januar 2012 und dem 30. Juni 2013 angefallenen Kosten für die Positionen "Hauswartung/Verbr. Material", "Serviceabo Lift", Brandmelde-/Sprinkleranlage", "Stromverbrauch" und "Wasserverbrauch" auf 2/3 und gestand den Klägern einen entsprechenden Rückforderungsanspruch zu (act. 195 E. III.5. S. 39 ff.).

2.3.4 Schliesslich kam die Vorinstanz bezüglich der Liftservicekosten zum Schluss, dass den im Gebäudekomplex W1 wohnhaften Klägern für die Abrechnungsperioden 2010/11 und 2011/12 und den im Gebäudekomplex W2 wohnhaften Klägern für die Abrechnungsperiode 2011/12 und 2012/13 nicht nebenkostenfähige Reparaturkosten belastet worden seien, welche zurückzuerstatten seien. Alsdann erachtete es die Vorinstanz bezüglich gewissen im Zusammenhang mit den Liftservicekosten verrechneten Kosten als unbewiesen, dass es sich dabei um betriebliche Liftkosten gehandelt habe. Infolge der bei der Beklagten verorteten Beweislast verpflichtete die Vorinstanz diese zur Rückerstattung der betreffenden Kosten (act. 195 E. III.6. S. 45 ff.).

2.4. Die Beklagte wehrt sich vollumfänglich gegen die von der Vorinstanz gutgeheissenen Rückforderungsansprüche. Zentrales Thema der Berufung bildet hierbei unter anderem die Frage der Verteilung der Beweislast durch die Vorinstanz. So erachtete die Vorinstanz – wie gezeigt – die Beklagte als beweisbelastet, was sich im Ergebnis insbesondere bei den Hauswartungskosten sowie den Liftservicekosten auswirkte. Auf diese Thematik ist vorab einzugehen.

3. Hauswartungs- und Liftservicekosten: Verteilung der Beweislast

3.1. Entscheid der Vorinstanz und Parteistandpunkte

3.1.1.1 Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid zum Rechtlichen einleitend aus, hinsichtlich der Nebenkosten habe grundsätzlich die Beklagte als Vermieterin die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, gestützt auf welche die in Abrechnung gestellten Beträge als Nebenkosten qualifiziert werden können; die Mieterseite und damit die Kläger seien lediglich behauptungs- und beweisbelastet bezüglich der von ihnen geleisteten Akontozahlungen. Weiter wies die Vorinstanz auf die Mitwirkungspflicht der Parteien hin und dass von der Mieterseite erwartet werden könne, die ihrer Auffassung nach fehlerhaft in Rechnung gestellten Leistungen möglichst genau zu bezeichnen; da es die Vermieterseite sei, welche die Leistungen erbracht und abgerechnet habe und damit über die Beweisherrschaft verfüge, müsse es genügen, wenn die Mieterseite auf Unklarheiten und Ungereimtheiten hinweise. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGer 4C.24/2002 vom 29. April 2002, E. 3.2) finde eine Beweislastumkehr immerhin dann statt, wenn der Saldo gezogen und anerkannt worden sei, da in diesem Falle der Rückerstattungsanspruch nicht mehr auf dem Mietvertrag beruhe, sondern sich aus dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung ergebe – die Mieterseite sei diesfalls grundsätzlich behauptungs- und beweisbelastet. Dass es hier zu einer Saldoanerkennung gekommen sei, habe die Beklagte im gesamten vorinstanzlichen Verfahren aber nicht geltend gemacht; diskutiert worden sei immer nur die Berechtigung der umstrittenen Positionen. Selbst wenn aber für die Nebenkosten 2010/2011 und 2011/2012 von einer Saldoanerkennung ausgegangen werden müsse und kein Willensmangel der Kläger vorliege, müsse bei der Beweisführung trotz Beweislastumkehr der Mitwirkungsobliegenheit der Beklagten Rechnung getragen werden. Aufgrund der Beweisherrschaft müsse aber auch dann der Bereicherungsnachweis regelmässig als gelungen betrachtet werden, wenn die Vermieterseite die mieterseits mit plausibler Begründung als verdächtig umschriebenen Positionen nicht mit überzeugenden Angaben und Unterlagen als berechtigt zu untermauern vermöge (act. 195 S. 13 ff. E. II./5.).

3.1.1.2 Im Zusammenhang mit den Hauswartungskosten erwog die Vorinstanz in der Folge ausdrücklich, die Beweislast für das Ausmass der erbrachten Leistungen der Hauswarte sowie der Zulässigkeit deren Verrechnung – mithin, dass mit den in die Nebenkostenabrechnungen eingeflossenen Beträge ausschliesslich Tätigkeiten der Hauswarte abgegolten worden seien, welche nebenkostenfähig seien – trage die Beklagte (act. 195 E. III./3.3. u. III./3.4. S. 28 f.). Auch hinsichtlich der strittigen Liftservicekosten sei es an der Beklagten zu beweisen, dass Liftkosten angefallen seien und wofür genau (act. 195 E. III./6.4.). Dies entspricht mehr oder minder den Beweissätzen, welche die Vorinstanz in ihrem Beschluss vom 2. November 2017 formuliert und mit denen sie der Beklagten jeweils den Hauptbeweis für die entsprechenden Beweisthemen auferlegt hatte (act. 139 S. 5 u. 7).

3.1.2 Dagegen wendet die Beklagte im Wesentlichen ein, die Vorinstanz sei bereits bei der Formulierung der Beweissätze gemäss Beweisbeschluss vom 2. November 2017 (act. 139) davon ausgegangen, es sei bezüglich sämtlicher angefochtener Nebenkostenabrechnung nirgends zu einer Saldoanerkennung gekommen. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach in den strittigen Abrechnungen kein Saldo anerkannt worden sei, sei willkürlich und offensichtlich unrichtig. Die Vorinstanz wäre unter Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime gehalten gewesen, diesen Punkt zu klären, soweit diesbezüglich Zweifel bestanden hätten. Die Vorinstanz habe aber nie erkennen lassen, davon auszugehen, es sei kein Saldo gezogen und ausgeglichen worden. Hätte die Vorinstanz auch nur eine der Parteien aufgefordert, zu dieser Frage Stellung zu nehmen, wäre sofort bestätigt worden, dass sämtliche Abrechnungen den Klägern zugestellt und die Saldi ausgeglichen worden seien. Die Saldi seien gezogen worden und ein allfälliger Rückerstattungsanspruch beurteile sich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, und die Kläger treffe die Beweislast. Die Kläger verlangten Nebenkosten zurück, da diese nicht (gültig) vereinbart gewesen seien oder Posten in die Abrechnung eingeflossen seien, die nicht nebenkostenfähig seien. Dafür seien die Kläger beweispflichtig. Die Auferlegung der Beweislast (vgl. act. 139) hinsichtlich der Beweissätze B/2 (vereinfacht: Beweis, dass ausschliesslich Hauswartungs-

kosten in die Berechnung eingeflossen sind, welche mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen) und B/3 (vereinfacht: Beweis, dass die weiterbelasteten Liftkosten nur Betriebskosten sind), sei damit falsch.

Allfällige Beweisschwierigkeiten rechtfertigten ebenfalls keine Umkehr der Beweislast, und die Mitwirkungstheorie der Vorinstanz finde in der Literatur keinen Rückhalt. Ohnehin beziehe sich die Mitwirkungspflicht der Beklagten auf die Sammlung des Prozessstoffes und ergebe sich in diesem Zusammenhang aus dem allgemeinen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben; Schranke bilde die Erarbeitung des Klagefundaments durch die klagende Partei. Auch sei das den Mietern zustehende Einsichts- und Auskunftsrecht gegenüber dem Vermieter im Sinne von Art. 8 Abs. 2 VMWG zu beachten, wovon die Kläger Gebrauch gemacht hätten und womit die Beklagte ihre diesbezügliche vorprozessuale Pflicht vollumfänglich erfüllt habe. Auch während des Verfahrens habe die Beklagte ihre Mitwirkungspflicht stets nach Treu und Glauben wahrgenommen und auf Aufforderung hin nach bestem Wissen und Gewissen Auskünfte erteilt und Unterlagen eingereicht. Der Vorwurf der Vorinstanz, die Beklagte habe ihre Mitwirkungspflicht nicht erfüllt und nun die Folgen davon zu tragen, gehe damit fehl (act. 196 S. 8 ff. Rz. 16 ff.).

3.1.3 Die Kläger tragen in ihrer Berufungsantwort vor, bei der von der Beklagten behaupteten erfolgten Saldoziehung handle es sich um ein nicht zu berücksichtigendes Novum. Ohnehin könnte bei einem Kontokorrentverhältnis nur dann von einer Genehmigung ausgegangen werden, wenn das Schweigen nach dem Vertrauensprinzip als Zustimmung zu deuten sei. So könne sich der Widerspruch einer Saldoanerkennung nur bei voller Kenntnis der Tatsachen aufdrängen. Indes hätten die Kläger erst nach dem Beweisverfahren Kenntnis gehabt, dass in den Nebenkostenabrechnungen Unterhalt, Reparaturen und Verwaltungskostenaufwand verrechnet worden seien.

Es treffe nicht zu, dass die Vorinstanz falsche Grundsätze bei der Verteilung der Beweislast angewendet habe. Die Nebenkostenabrechnung müsse klar und verständlich sein, der Mieter müsse ersehen können, für welche Nebenkostenpositionen er in welchem Umfang korrekterweise belastet werde. Dieser Pflicht sei

die Beklagte nicht nachgekommen, da nicht offengelegt worden sei, dass ein Anteil Unterhaltskosten in den Nebenkosten abgerechnet worden sei. In diesem Sinne finde die Genehmigungsfiktion nur dann berechnete Anwendung, wenn ein Vermieter vom Grundvertrag nicht in einem Mass abweiche, dass er nicht mehr gutgläubig auf die Zustimmung des Schweigenden vertrauen dürfe. Die Beklagte habe nicht offengelegt, dass nebenkostenfremde Positionen in die Nebenkostenabrechnung Eingang gefunden hätten, da sie dann von einer ausdrücklichen Nichtgenehmigung hätte ausgehen müssen. Die Kläger seien nicht davon ausgegangen, dass die Beklagte nicht nebenkostenfähiges via Nebenkosten in Rechnung stelle. Selbstverständlich hätten die Kläger in Kenntnis aller Umstände die Abrechnung nicht akzeptiert. Entsprechend finde die Genehmigungsfiktion hier keine Anwendung. Gehe man davon aus, dass die Nebenkostenabrechnungen richtig seien, da sich darin nicht nebenkostenfähige Beträge befunden hätten, könnten die Akontozahlungen zurückverlangt werden (act. 203 Rz. 27 ff.).

3.2 Rechtliches und Würdigung

3.2.1.1 Haben die Parteien eine Akonto-Vereinbarung getroffen – leistet also der Mieter vereinbarungsgemäss einen Akontobetrag für die anfallenden und vereinbarungsgemäss separat zu bezahlenden Nebenkosten –, so besteht eine Abrechnungspflicht auf Seiten des Vermieters. Durch Zustellung der Nebenkostenabrechnung wird der Saldo gezogen, durch nicht erfolgte Einsprache innert (Prüfungs-)Frist wird dessen Richtigkeit durch die Mieter anerkannt (vgl. auch BSK OR I-GABRIEL, 6. Aufl. 2015, Art. 117 N 12), und es kommt zu einer Novation der Forderung. Im Rahmen der Prüfungsfrist trifft den Mieter damit die Obliegenheit, die Nebenkostenabrechnung zu prüfen, wobei ihm auch das grundsätzliche Recht zusteht, Einsicht in die dazugehörigen Belege zu nehmen (Art. 257b Abs. 2 OR, vgl. auch Art. 8 Abs. 2 VMWG; vgl. z.B. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257a/257b N 28 ff.; Mietrecht für die Praxis/BÉGUIN, 9. Aufl. 2016, N 14.7).

3.2.1.2 Bestehen auf Seiten des Mieters Unklarheiten, kann er die ihm in Rechnung gestellten Kosten nicht nachvollziehen oder ist er aus anderen Gründen damit nicht einverstanden, so hat er innert der Frist die Abrechnung zu beanstanden – es kommt zu keiner Anerkennung des Saldos, und ein allfälliger Rückforde-

rungsanspruch für zu viel bezahlte Akontobeträge ist vertraglicher Natur. Es ist am Vermieter zu belegen, dass die in Rechnung gestellten Positionen und Beträge geschuldet sind, und ihn trifft im Falle eines Prozesses das Risiko, wenn ihm dies nicht gelingt (OGer ZH NG190007 vom 10. April 2019, E. 5.3. m.w.H.).

3.2.1.2 Beanstandet der Mieter die Abrechnung nicht fristgerecht, ist der gezogene Saldo wie gezeigt anerkannt – die Parteien haben eine Saldovereinbarung geschlossen. Danach ist die Korrektur einer zum Nachteil des Mieters falschen Nebenkostenabrechnung nach Literatur und Rechtsprechung zwar noch möglich. Der vom Mieter geltend gemachte Rückforderungsanspruch aus zu viel bezahlten Nebenkosten richtet sich dann aber nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR), und es hat nicht mehr der Vermieter die Richtigkeit der Abrechnung zu beweisen, sondern der Mieter deren Unrichtigkeit (vgl. insb. BGer 4C.24/2002 vom 29. April 2002, E. 3.3.2; BGE 133 III 356 E. 3.2.2; vgl. auch OGer ZH NG170005 vom 7. Juli 2017 E. 3.2.1; NG150022 vom 3. Februar 2016 E. 4.5.). **Es kommt zu einer Umkehr der Beweislast und der Mieter als nun beweissbelastete Partei trägt das Risiko der Beweislosigkeit. Bei fehlgeschlagenem Beweis ist namentlich so zu entscheiden, als ob feststünde, dass die von der behauptungs- und beweissbelasteten Partei geltend gemachte Tatsache nicht besteht (vgl. z.B.: BK ZGB-WALTER, 2012, Art. 8 N 165 ff.; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, 6. Aufl. 2018, Art. 8 N 4).** Dort, wo aber etwas bewiesen werden kann, spielt die Beweislastverteilung keine Rolle mehr (vgl. z.B. BGer 5A_377/2018 vom 20. November 2018, E. 3.6.2.).

Hat der Mieter somit die Beanstandung innert Frist unterlassen und stellt im Nachhinein fest, dass er die Abrechnung (z.B. mit Blick auf die Unterlagen) nicht nachvollziehen kann oder er mit abgerechneten Positionen resp. deren Höhe nicht einverstanden ist, ist es folgerichtig, dass er über die geänderte Beweislastverteilung sein Versäumen der nicht rechtzeitig erfolgten Prüfung resp. Beanstandung zu tragen hat, sollte ihm der Nachweis der Unrichtigkeit der Abrechnung nicht gelingen. Nach Saldoanerkennung – nachdem also keine Beanstandung erfolgte – ist der Vermieter grundsätzlich in seinem aufgrund der Anerkennung berechtigten Vertrauen zu schützen, dass der Mieter mit der (nicht nachweislich fal-

schen) Abrechnung einverstanden ist, hat er doch seinerseits ein berechtigtes Interesse daran, nicht während unbestimmter Zeit mit Beanstandungen der Nebenkostenabrechnung rechnen zu müssen.

3.2.2 Aufgrund des Ausgeführten kann dem durch die Vorinstanz gezogenen Schluss, die Frage, ob es zu einer Saldoanerkennung gekommen sei, spiele letztlich keine Rolle, nicht gefolgt werden (so insb. in act. 195 E. II./5 S. 15). Gerade dort, wo bezüglich einzelner Positionen – nach Durchführung des Beweisverfahrens – nach Ansicht der Vorinstanz unklar und damit unbewiesen blieb, ob in diese auch nicht Nebenkostenfähiges eingeflossen ist oder nicht, ist entscheidend, wer die Beweislast trägt. Dies gilt hier insbesondere für die Hauswartungs- und die Liftkosten:

3.2.2.1 Bezüglich der Hauswartungskosten stellte sich – wie gezeigt – die Frage, ob in den entsprechenden Beträgen, welche den Mietern weiterverrechnet wurden, nur nebenkostenfähige Hauswartungsarbeiten enthalten waren. Die Sachlage stellte sich so dar, dass die von der Beklagten beauftragte Liegenschaftsverwaltung Hauswarte für die Überbauung S. _____ angestellt hatte, welche sowohl nebenkostenfähige wie auch nicht nebenkostenfähige Arbeiten erledigten. Deren (Lohn-)Kosten wurden nach Verteilschlüsseln auf die Gebäudeeinheiten – worin Wohn- und Geschäftsräume mitumfasst sind – aufgeteilt, es wurde festgelegt, in welchem Umfang diese nebenkostenfähig sind und entsprechend an die Mieter weiterverrechnet. In diesem Zusammenhang arbeitete die Beklagte offenbar mit pauschalen Annahmen und u.a. Gutschriften, welche sie buchhalterisch an die Wohnkomplexe leistete (vgl. dazu ausführlich Entscheid der Vorinstanz, act. 195 E. III./3. S. 26 ff., insb. S. 29 ff.). Die entsprechenden Belege, aus welchen sich Kosten und Gutschriften, sowie das System, wie abgerechnet wurde, ergeben, liegen bei den Akten (z.B. act. 20/1/1; 20/5/1; 20/5/2; 37/1; 37/2; 37/5; 37/6; 67/1; 67/2; 78/3; 78/6; 157/2/1; 157/2/2; 157/4/1–3).

3.2.2.2 Nach durchgeführtem Beweisverfahren erwog die Vorinstanz, hinsichtlich der effektiv weiterverrechneten Kosten für die Hauswartung sei unbewiesen geblieben, dass darin ausschliesslich Arbeiten eingeflossen seien, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen würden und damit nebenkostenfähig seien.

Insbesondere sei auch unklar, wie die im von der Beklagten ab 1. Juli 2013 angewendeten Verteilschlüssel (vgl. act. 20/1/1) vorgenommene prozentuale Verteilung der Hauswartungskosten (20% für Unterhalt) errechnet worden sei und auf welchen Grundlagen dies beruhe. Solange nicht nachvollziehbar sei, in welchem Umfang die vollzeitangestellten Hauswarte nebenkostenfähige bzw. nichtnebenkostenfähige Arbeiten leisteten, hätten die Kläger die verrechneten Hauswartungsarbeiten nicht zu bezahlen, bzw. könnten sie diese Beträge zurückfordern (act. 195 S. 26 ff. E. III./3., vgl. insb. Fazit S. 32 ff.).

3.2.2.3 Hinsichtlich der Liftservicekosten kam die Vorinstanz teilweise (insb. für das Jahr 2011 betr. W1 und für das Jahr 2012 betr. W2) zum Schluss, es sei den Mietern nicht Nebenkostenfähiges in Rechnung gestellt worden, weshalb diese Kosten zurückzuerstatten seien. Bezüglich einzelner weiterverrechneter Kosten erwog die Vorinstanz aber, es sei unklar, um was für Kosten es sich handle – namentlich sei unbewiesen geblieben, dass es sich bei den fraglichen Kosten um betriebliche (und damit weiterverrechenbare) Liftkosten handle. Entsprechend ihren Ausführungen zur Beweislast kam die Vorinstanz auch diesbezüglich zum Schluss, die Beklagte habe diese Kosten zurückzuerstatten (act. 195 E. III./6.4 S. 47 ff., vgl. insb. S. 49 u. 50 f.).

3.2.3 Im Ergebnis blieb somit unbewiesen, dass nicht nebenkostenfähige Hauswartungskosten in die Abrechnung eingeflossen sind, wie auch (im Umkehrschluss) unbewiesen blieb, dass dies tatsächlich der Fall war. Das Beweisverfahren lieferte kein Ergebnis. Dasselbe gilt für die unklar gebliebenen Liftkosten. Bleibt ein behaupteter Umstand unbewiesen, klärt die Beweislast, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Um dies zu beantworten, ist wie gezeigt in der vorliegenden Konstellation entscheidend, ob es zu einer Saldoziehung und Anerkennung gekommen ist. Entsprechend wäre es an der Vorinstanz gewesen, dies im Hinblick auf jede Mieterpartei und hinsichtlich jeder beanstandeten Nebenkostenabrechnung festzustellen.

3.2.3.1 Dies lässt sich nicht dadurch umgehen, dass die Vorinstanz die Mitwirkungsobliegenheit und die "Beweisherrschaft" – gemeint sein dürfte der Umstand, dass sich die Beklagte als Vermieterin naturgemäss näher am Beweisthema der

Nebenkosten befindet – heranzieht, um der Beklagten die Beweislast, selbst wenn die Saldoanerkennung erfolgt wäre, faktisch anzulasten (so sinngemäss in act. 195 E. II./5. S. 15). So ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz hier die Thematik der Mitwirkungspflicht, der sog. sekundären Behauptungslast bzw. qualifizierten Bestreitungslast und des Beweismasses resp. der Beweiswürdigung mit der (erst) in einem nachgelagerten Schritt (allenfalls) zu behandelnden Thematik der Beweislast in schwer durchschaubarer Weise vermischt.

3.2.3.2 Es trifft zwar zu, dass sich die Mieterschaft im Hinblick auf die Nebenkosten regelmässig weniger nahe am Beweisthema befindet als die Vermieterschaft, welche die nebenkostengenerierenden Umstände organisiert, über die Unterlagen verfügt und die Nebenkosten letztlich abrechnet. Um dieses Ungleichgewicht auszugleichen, trifft den Vermieter die von der Vorinstanz genannte Mitwirkungsobliegenheit. Damit soll verhindert werden, dass er durch Nichtherausgabe der Unterlagen den Beweis ohne für ihn nachteilige Wirkung vereiteln kann. Eine Vereitelung könnte im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (vgl. Art. 164 ZPO; z.B. BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 320; BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, 6. Aufl. 2018, Art. 8 N 81; ZK ZPO-HASENBÖHLER, 3. Aufl. 2016, Art. 164 N 4 ff.; HIGI, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 164 ZPO N 1 ff.; vgl. zur Mitwirkungsobliegenheit auch OGer ZH NG160009 vom 24. November 2016, E. 6.2). Dass die Beklagte diese prozessuale Mitwirkungsobliegenheit im Zusammenhang mit den Hauswartungskosten und den Liftkosten verletzt hätte, wurde weder konkret dargetan noch ist dies ersichtlich (vgl. act. 195 E. III./3. u. III./6.). Eine Beweiswürdigung zu Ungunsten der Beklagten rechtfertigte sich nicht.

Die erhöhte Mitwirkungspflicht führt aber insbesondere nicht dazu, dass die Behauptungs- und Beweislast (insb. nach erfolgter Saldoanerkennung) auf der Beklagtenseite zu verorten ist. Soweit die Beklagte ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht nachgekommen ist und den Klägern auch ihr unabhängig von einem Verfahren zustehendes Einsichtsrecht (Art. 257b Abs. 2 OR u. Art. 8 Abs. 2 VMWG, vgl. E. III./3.2.1.1) gewährt hat (was von den Klägern grundsätzlich nicht in Frage gestellt wurde), ist es immer noch in erster Linie Aufgabe der Kläger, ihre Ansprüche hinreichend zu behaupten und zu substantiieren. Aufgrund der Ein-

sichtnahme wird der Mieter namentlich regelmässig in die Lage versetzt, die Be-
streitung der Abrechnung bzw. der Nachforderung zu substantiieren. Vom Mieter
kann aufgrund dieses Einsichtsrechts erwartet werden, die seiner Ansicht nach
fehlerhaften, von der Vermieterseite in Rechnung gestellten Leistungen möglichst
genau zu bezeichnen (vgl. etwa Mietrecht für die Praxis/BÉGUIN, 9. Aufl. 2016,
Rz. 14.9; BÉGUIN, Wirtschaftlichkeit von Nebenkosten, a.a.O., S. 194 f.; DONATO
DEL DUCA, Serviceverträge und Nebenkosten unter besonderer Berücksichtigung
von Serviceverträgen für Aufzüge, in: mp 2016 S. 1 ff., S. 15 f.).

3.2.3.3 Sodann wird teilweise diskutiert, in Fällen der erschwerten Beweisführung
bzw. Beweisnot, (welche ihre Ursache allenfalls auch im vorprozessualen Verhal-
ten der nicht beweisbelasteten Partei, welche sich insgesamt näher am Beweis-
thema befindet, haben kann), das *Beweismass* zu Gunsten des Beweisbelasteten
zu reduzieren, sofern die Beweisschwierigkeiten nicht nur im Einzelfall, sondern
typischerweise in einer Vielzahl von Fällen besteht; die Rechtsdurchsetzung soll
namentlich nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern, welche für bestimmte Sach-
verhalte charakteristisch bzw. notorisch sind (OGer ZH NG160009 vom
24. November 2016, E. 6.3; BGE 137 III 255 E. 4.1.2.; BGer 4A_293/2011 vom
23. August 2011, E. 2.1.1). Eine derartige Herabsetzung des Beweismasses lässt
sich rechtsstaatlich aber nur in engen Grenzen und mit Zurückhaltung rechtferti-
gen und sie hat dem Abstraktheitsgebot zu genügen, bedarf mithin einer normati-
ven Grundlage, sei es im Gesetz oder in fallübergreifendem Richterrecht (BK
ZGB-WALTER, 2012, Art. 8 N 139 ff.). Zu einer *Umkehr der Beweislast* kommt es
aber auch im Falle der Herabsetzung des Beweismasses nicht (vgl. z.B. BK ZGB-
WALTER, 2012, Art. 8 N 313 u. 358; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, 6. Aufl. 2018,
Art. 8 N 71; auch BGE 114 II 91, E. 3.).

Obwohl es hier nicht um ein falsch angewendetes Beweismass, sondern die
Verteilung der Beweislast geht, sei der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass
es für eine Reduktion des Beweismasses (resp. bereits der Anforderungen an die
Behauptungs- und Substantiierungslast, wie dies die Vorinstanz zu erkennen gibt,
vgl. act. 195 E. II./5. S. 15) nach erfolgter Saldoanerkennung der Nebenkostenab-
rechnung zum einen an einer normativen Grundlage resp. an einer gefestigten

(oder überhaupt an einer) Rechtsprechung fehlt. Zum andern erschiene eine Reduktion des Beweismasses zu Gunsten der Mieter auch nicht sachgerecht: Zwar zeigt sich auch hier der Fall, dass durch ein pauschalisierendes Vorgehen der Beklagten beim Abrechnen der Nebenkosten ein späteres Aufschlüsseln der einzelnen Kostenpositionen erschwert bis verunmöglicht wurde (und damit auch der entsprechende Beweis durch die Kläger, soweit sie beweibelastet sein sollten). Im Falle der *rechtzeitigen* Prüfung und *Beanstandung* (was in der Hand der Mieter liegt) – und damit nichterfolgter Saldoanerkennung –, käme die Beweislast aber ohnehin bei der Beklagten als Vermieterin zu liegen, und die genannten Schwierigkeiten träfen sie. Es wäre an ihr, die nötigen Behauptungen aufzustellen und zu beweisen, dass die Kosten tatsächlich in diesem Umfang angefallen und nebenkostenfähig sind (OGer ZH NG180006 vom 15. März 2019, E. 3.3.2.1., m.H.a. Mietrecht für die Praxis-BÉGUIN, 9. Aufl. 2016, Rz. 14.9). Soweit die Kläger aber den Saldo anerkannt haben sollten, ist – wie gezeigt (E. III./3.2.1.3) – die Beklagte darin zu schützen, dass erstere mit den abgerechneten Positionen und deren Höhe (und in diesem Sinne auch mit der Art, wie abgerechnet wurde) einverstanden sind. Eine Reduktion des Beweismasses – welche im Ergebnis meist dasselbe sein dürfte, wie eine gewendete Beweislast (vgl. BK ZGB-WALTER, 2012, Art. 8 N 321) – rechtfertigte sich nicht. Dadurch würde auch nicht zuletzt die bundesgerichtliche Rechtsprechung ihres Sinngehalts entleert, denn die Beweislosigkeit im Hinblick auf die Nebenkosten dürfte sich regelmässig in der Sphäre der Vermieter begründen, weshalb – zumindest im Ergebnis – immer die Vermieterseite die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte.

3.2.4. Zuzustimmen ist der Vorinstanz insofern, als es die Beklagte im Tatsächlichen unterlassen hat, sich zur Frage der Saldoziehung und -anerkennung zu äussern (vgl. act. 195 E. II./5. S. 14 unten), obwohl dieser Umstand für ihre Stellung im Hinblick auf die Beweislast entscheidend ist. Dahingegen machten aber auch die Kläger nirgends geltend, es sei eben gerade nicht zu einer Saldoziehung und -anerkennung gekommen, wobei sich eine Bejahung dieses Standpunktes wiederum positiv auf ihre Stellung auswirkte. Damit haben es beide – anwaltlich vertretenen – Parteien im gesamten vorinstanzlichen Verfahren versäumt, sich zu die-

ser in der vorliegenden Streitkonstellation relevanten Thematik zu äussern. Damit sind beide Parteien ihrer Behauptungslast nicht genügend nachgekommen.

Das Gericht darf in einem solchen Fall nicht von sich aus Annahmen treffen. Zeigt sich dem Gericht wie hier, dass es beide Parteien – allenfalls aus Nachlässigkeit – übersehen haben, sich zu einem für die Beurteilung beidseits relevanten Umstand zu äussern, hat das Gericht die Parteien darauf hinzuweisen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (vgl. auch ZK ZPO-HAUCK, 3. Aufl. 2016, Art. 247 N 12).

3.2.5 In diesem Sinn ist den Klägern zwar grundsätzlich zu folgen, dass es sich bei den nun erfolgten tatsächlichen Ausführungen zur Frage der Saldoanerkennung um ein unechtes Novum handelt, welches bereits vor erster Instanz hätte geltend gemacht werden können (so in act. 203 Rz. 27), weshalb die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO beachtlich sind. Hat aber die Vorinstanz von sich aus Annahmen getroffen, hat sie in diesem Rahmen das rechtliche Gehör der Parteien verletzt, und es ist die Voraussetzung von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO regelmässig als erfüllt anzusehen.

3.2.6.1 Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass entgegen den Klägern eine Saldoanerkennung nicht schon aus dem Grund ausgeschlossen ist, weil die Beklagte nicht offengelegt habe, dass nicht nebenkostenfähige Positionen abgerechnet worden seien und die Kläger sich deshalb in einem Irrtum befunden hätten (so sinngemäss in act. 203 Rz. 27 u. 31 ff.). Die Kläger sind darauf hinzuweisen, dass (entgegen ihrer offensichtlichen Auffassung, vgl. z.B. act. 206 Rz. 38 u. 45 f.) die Vorinstanz bezüglich der Hauswartungskosten gerade nicht festgestellt hatte, dass nebenkostenfremde Positionen Eingang in die Abrechnung gefunden hatten, sondern dies unbewiesen blieb – mithin diesbezüglich auch nicht ausgeschlossen ist, dass nur Nebenkostenfähiges durch die Beklagte abgerechnet wurde. Indem die Kläger der Beklagten nun (zumindest implizit) unterstellen, diese habe absichtlich und damit bösgläubig nicht Nebenkostenfähiges abgerechnet und eine Genehmigungsfiktion sei schon aus diesem Grund nicht statthaft (insb. act. 203 Rz. 33), so ist darauf nicht weiter einzugehen. Dort, wo der Nachweis gelungen ist, dass nicht Nebenkostenfähiges Eingang in die Abrechnung gefunden hat,

spielt die Argumentation ohnehin keine Rolle, da die Kosten trotz Saldoanerkennung zurückverlangt werden können.

3.2.6.2 Sodann schliesst der (sinngemäss) geltend gemachte Irrtum auf Seiten der Kläger die Saldoanerkennung nicht aus. Die Beanstandungsfrist dient gerade dazu, im Rahmen der Prüfung der Nebenkosten einen solchen Irrtum aufzudecken; verzichten die Mieter auf eine weitergehende Prüfung, so kommt es trotz allenfalls nachträglich entdecktem Irrtum zu einer Genehmigung. Das Vorliegen eines Irrtums bildet Voraussetzung, um die zu viel bezahlten Kosten über die Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung – eben nach erfolgter Saldoanerkennung – zurückzuverlangen (vgl. Art. 63 Abs. 1 OR). Denn hätten die Mieter die Nebenkostenabrechnung irrtumsfrei (also in voller Kenntnis, dass darin allenfalls auch nicht Verrechenbares enthalten ist) anerkannt, bestünde gestützt auf das Bereicherungsrecht von Vornherein keine Handhabe, dieses Geld zurückzuverlangen (vgl. auch BGer 4D_13/2015 vom 3. Juni 2015, in: mietrechtspraxis, 4/2015, S. 242 ff.). Im Übrigen bewirkt der Umstand, dass sich eine Nebenkostenabrechnung im Nachhinein als falsch (oder unklar) erweist, nicht per se deren Ungültig- oder gar Nichtigkeit (so die Kläger, vgl. act. 206 Rz. 26, 35; vgl. z.B. zur Frage der Unklarheit der Abrechnung und deren Folgen: OGer ZH NG180006 vom 15. März 2019, E. III./3.3.2.2 m.w.H.). Ansonsten würde sich die Frage nach der Rückerstattung von Nebenkosten *nach* Saldoanerkennung gar nie stellen, da es im Rahmen der fehlerhaften Abrechnung nicht zu einer Anerkennung kommen könnte, soweit die Mieter nicht trotz Kenntnis des Fehlers damit einverstanden wären.

3.2.6.3 Soweit die Kläger sodann geltend machen, die Beklagte habe es verpasst, die Beweisverfügung vom 7. November 2017 [recte: den Beweisbeschluss vom 2. November 2017, vgl. act. 139] anzufechten, und sie mache die falsche Verteilung der Beweislast erst nach unerwünschtem Ausgang des Beweisverfahrens geltend (act. 203 Rz. 36), so ist weder dargetan noch ersichtlich, was die Kläger aus diesem Umstand ableiten. Ein Beweisbeschluss kann regelmässig nicht selbständig angefochten werden, sondern ist im Rahmen des Hauptrechtsmittels zusammen mit dem Endentscheid anzufechten, wodurch es für eine selbständige

Beschwerde am nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO fehlt (z.B. ZK ZPO-HASENBÖHLER, 3. Aufl. 2016, Art. 154 N 34). Dass die Beklagte die falsche Verteilung der Beweislast nun vorbringt, ist damit nicht zu beanstanden.

3.2.7 Entsprechend des Ausgeführten ist es damit für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens entscheidend, ob und in welchem Umfang es bezüglich der erfolgten Nebenkostenabrechnungen zu Anerkennungen des Saldos gekommen ist. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt folglich in wesentlichen Teilen nicht festgestellt, weshalb ein Rückweisungsgrund nach Art. 318 lit. c. Ziff. 2 ZPO vorliegt. Die Sache ist daher zur Vervollständigung des Sachverhaltes im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen; eines Rückweisungsantrages der Parteien bedarf es hierzu nicht (vgl. SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1519 ff., insb. auch Rz. 1526). Soweit sich in weiterer Durchführung des Verfahrens zeigen sollte, dass bezüglich strittiger Nebenkostenabrechnungen der Saldo anerkannt wurde, hat die Vorinstanz die Beweislast unter Verletzung von Art. 8 ZGB falsch verteilt, was zu korrigieren wäre.

Sodann ist auf Folgendes hinzuweisen: Zwar ist die Frage, ob Verfahren getrennt oder vereinigt zu führen sind, Sache der Prozessleitung, und damit nach erfolgter Rückweisung wieder der ersten Instanz (Art. 124 ff. ZPO). Es sei aber dennoch erwähnt, dass sich hier eine (erneute) Trennung der Verfahren der einzelnen Mieterparteien zur Vereinfachung und Übersichtlichkeit anbieten könnte. So wird die Vorinstanz für jeden der Kläger im Einzelnen festzustellen haben, für welche Nebenkostenperioden resp. Abrechnungen von einer Saldoanerkennung auszugehen ist oder nicht, und die Folgen je nach individuellem Ergebnis für die einzelnen Klägerparteien festsetzen müssen. Dass eine getrennte Behandlung auch im Hinblick auf die Übersichtlichkeit der Begründung sachdienlich sein könnte, zeigt sich an den im vorinstanzlichen Entscheid befindlichen, über Seiten hinweg erstreckenden tabellarischen Berechnungen der "Zusammenfassung der Rückforderungsansprüche". Diese "Zusammenfassung" – wobei es sich nicht um eine Zusammenfassung, sondern um eine erstmalige Berechnung der konkreten Ansprüche handelt – liess sich offenbar aufgrund ihres Umfanges nicht mehr in

die Begründung integrieren (vgl. act. 195 S. 52–64), und deren Berechnungsgrundlagen erschliessen sich auch nur unter gleichzeitigem Studium der Akten.

3.2.8 Das Verfahren ist aus den dargetanen Gründen zurückzuweisen. Dennoch ist hier noch kurz auf weitere, von der Beklagten am vorinstanzlichen Entscheid vorgebrachte Kritikpunkte einzugehen. Das nachfolgend Erwogene wird die Vorinstanz im Rahmen des erneuten Entscheids zu berücksichtigen haben:

4. Verwaltungskostenpauschale betr. Heizungs- und Warmwasserkosten

4.1. Entscheid der Vorinstanz und Parteistandpunkte

4.1.1 Die Vorinstanz hatte erwogen, aus den Detailjournalen gehe hervor (vgl. act. 37/5–6 S. 1 f.; act. 37/1–2 S. 1 f.; act. 67/1–2 S. 1), dass die Beklagte zum einen Kosten für die Abrechnungsfirma 'U._____ AG' sowie eine Verwaltungskostenpauschale von 4% (zzgl. 8% MwSt.) auf die gesamten Heizkosten abgerechnet habe; auf die gelieferte Fernwärme sei sodann eine Verwaltungsentschädigung von 3% (weiter)verrechnet worden, wobei eine Weiterverrechnung der vom Fernwärmelieferanten in Rechnung gestellten gesamten Kosten zulässig sei (vgl. Art. 6a VMWG). Es stelle sich aber die Frage, inwiefern es gerechtfertigt sei, neben dem Verwaltungsaufwand für die Fernwärme und den Kosten für die Abrechnungsfirma 'U._____ AG' eine Verwaltungspauschale von 4% zu verrechnen. Eine Pauschale von 3–4% erscheine dann als gerechtfertigt, wenn die Vermieter-schaft auch tatsächlich einen wesentlichen Aufwand für die Abrechnung der Heizkosten gehabt habe. Werde aber die Energielieferantin und/oder eine Abrechnungsfirma mit der Verbrauchserfassung beauftragt und werde bereits mit der Abrechnung der Fernwärme ein gewisser, wenn auch fremder Verwaltungsaufwand abgegolten, so sei die Verwaltungspauschale zu verringern, ansonsten mehr als die tatsächlichen Kosten weiterverrechnet würden. Ein Satz von 1% (zzgl. 8% MwSt.) auf die angefallenen Heizkosten erscheine als angebracht. Aufgrund des zwingenden Charakters von Art. 257b OR sei dabei unbeachtlich, dass die Kläger mit der Beklagten einen höheren Ansatz vereinbart hätten. Den Klägern stehe ein anteilmässiges Rückforderungsrecht für zu viel bezahlte Verwaltungskosten zu (act. 195 S. 34 ff., insb. S. 37 ff.).

4.1.2 Die Beklagte bringt vor, mit den Klägern vereinbart zu haben, 4% auf den abgerechneten Betrag betreffend Heiz- und Warmwasserkosten als Honorar zu verrechnen. Präzisierend hält sie fest, dass sich das Verwaltungshonorar nicht bloss auf die Erstellung der Abrechnung für Heizungs- und Warmwasserkosten beziehe, sondern auch auf die Abrechnung aller übrigen Nebenkosten. Die Vereinbarungen würden nicht gegen Art. 257b Abs. 1 OR verstossen; diese Bestimmung erwähne einzig, dass der Vermieter berechtigt sei, die "tatsächlichen Aufwendungen" für die von ihm erbrachten Leistungen in die Nebenkostenabrechnung zu stellen. Konkretisiert werde dieses Recht zur Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand durch Art. 4 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 3 VMWG, worin festgehalten werde, dass auch eine Abrechnung "im Rahmen der üblichen Ansätze" erfolgen dürfe. Eine Verwaltungskostenpauschale von 4% entspreche durchaus dem üblichen Rahmen. Die Reduktion von 4% auf 1% erweise sich als Musterbeispiel willkürlichen Handelns (act. 196 S. 19 f.).

4.1.3 Die Kläger tragen vor, die Vermieterin könne entweder die tatsächlichen Gebühren oder einen üblichen Verwaltungsaufwand verlangen. Den Klägern seien aber tatsächliche Kosten im Zusammenhang mit der 'U. _____ AG' in Rechnung gestellt worden, wie auch ein abstrakter Aufwand, welcher weit über der in der Lehrmeinung üblichen Pauschale von 1% liege. Zudem habe die Beklagte nochmals Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Fernwärme weiterverrechnet. Es könnten wegen der zwingenden Natur von Art. 257b Abs. 1 OR nur die tatsächlichen Kosten in Rechnung gestellt werden (act. 203 Rz. 51).

4.2. Rechtliches und Würdigung

4.2.1 Nebenkosten können dann separat verrechnet werden, wenn dies besonders vereinbart wurde (Art. 257a Abs. 2 OR). Gewöhnlicher Verwaltungsaufwand der Vermieter ist dabei grundsätzlich nicht nebenkostenfähig und gilt als mit dem Mietzins abgegolten. Eine Ausnahme davon bilden die Kosten für die Erstellung der Nebenkostenabrechnung (Art. 4 Abs. 3 VMWG) und für die Verwaltung von Heizungs- und Warmwasser (Art. 5 Abs. 2 lit. i VMWG). Das Verwaltungshonorar ist damit auch geschuldet, wenn es im Mietvertrag nicht ausdrücklich geregelt ist, da es Bestandteil der Heizungs- und Warmwasserkosten bildet, sofern diese se-

parat ausgeschieden sind. Thema sind vorliegend – wie dies die Vorinstanz festhält und wie sich auch aus ihren Berechnungsblättern ergibt (act. 195 S. 52 ff.) – nur die Verwaltungskosten für die Heizungs- und Warmwasserkosten. Auf den (neuen) Einwand der Beklagten, dass sich das Verwaltungshonorar nicht nur auf die Heizungs- und Warmwasserkosten, sondern auch die Abrechnung der übrigen Betriebskosten beziehe, ist daher nicht einzugehen. Denn die entsprechenden Verwaltungskosten für die übrigen Betriebskosten wurden – soweit ersichtlich – ohnehin separat abgerechnet (vgl. z.B. act. 111/3/4–7; act. 112/3/4–7; act. 113/3/4–7; act. 114/3/2, 114/3/5 ff.; u.s.w.), und diese Beträge bildeten nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Entscheids. Entsprechend interessiert hier die Bestimmung von Art. 5 VMWG, welche sich auf die Heizungs- und Warmwasserkosten bezieht.

4.2.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 VMWG sind als Heizungs- und Warmwasserkosten die tatsächlichen Aufwendungen anrechenbar, die mit dem Betrieb der Heizungsanlage oder der zentralen Warmwasseraufbereitungsanlage direkt zusammenhängen. Art. 5 Abs. 2 VMWG enthält eine beispielhafte Aufzählung von Aufwendungen, welche unter die anrechenbaren Heizungs- und Warmwasserkosten fallen. Gestützt auf Art. 5 Abs. 2 lit. f VMWG sind dies unter anderem die Aufwendungen für *"die Verbrauchserfassung und den Abrechnungsservice für die verbrauchsabhängige Heizkostenabrechnung"*. Sodann fällt gemäss lit. i die *"Verwaltungsarbeit, die mit dem Betrieb der Heizungsanlage zusammenhängt"* darunter. Art. 5 Abs. 3 VMWG hält weiter fest, dass die Kosten für die Wartung und die Verwaltung der Heizungs- und Warmwasserkosten nach Aufwand oder im Rahmen der üblichen Ansätze abgerechnet werden können. Die üblichen Ansätze richten sich nach der Ortsüblichkeit. Vorteil einer derart pauschalisierten Abrechnung nach *"üblichen Ansätzen"* ist, eine Vereinfachung herbeizuführen, ohne dass sämtliche tatsächlichen Kosten im Detail belegt sein müssen. Ein Pauschalbetrag stimmt naturgemäss nicht zwingend mit den tatsächlichen Kosten überein – zuweilen können diese effektiv höher oder tiefer als diese ausfallen. Damit der Vermieter aber nicht nach Belieben verfahren kann, haben sich die Pauschalen eben im Rahmen *des Üblichen* zu bewegen. Gemäss Literatur (und wie dies auch die Vorinstanz grundsätzlich nicht in Frage stellt, vgl. act. 195 S. 37 E. III./4.4.)

bewegen sich die als üblich umschriebenen Ansätze zwischen 3–4% (vgl. SVIT-Kommentar/BIBER, 4. Aufl. 2018, Art. 257–257b N 37; HAP Immobiliarmietrecht-WYTTENBACH, N 6.21 m.w.H.; Mietrecht für die Praxis/BÉGUIN, 9. Aufl. 2016, N 14.6.3.5.; OBERLE, Nebenkosten Heizkosten, 5. Aufl. 2012, S. 104).

4.2.3.1 Gestützt auf diese Bestimmungen von Art. 5 Abs. 2 VMWG ist die Beklagte berechtigt, die mit der Verbrauchserfassung entstandenen Kosten weiter zu belasten, als auch eine Verwaltungspauschale im Rahmen der üblichen Ansätze (oder nach tatsächlichem Aufwand) zu erheben. Diese beiden Kostenpositionen schliessen sich nach der Bestimmung von Art. 5 Abs. 2 VMWG nicht gegenseitig aus, sondern stellen beide mögliche Bestandteile der verrechenbaren Heizungs- und Warmwasserkosten dar. Durch die Vorinstanz behandelt wurde, wie sich das Verhältnis von durch Dritten erbrachten Leistungen zur Bestimmung von Art. 5 Abs. 3 VMWG verhält. Dabei stützte sie sich auf eine in der Literatur vertretene Meinung, dass wenn im Zusammenhang mit der *verbrauchsabhängigen Heizkostenabrechnung* (VHKA) die VHKA-Installationsfirma mit der Kostenaufteilung auf die Mieter und allenfalls mit der Erstellung der Heiz- und Warmwasserkostenabrechnung beauftragt werde, auf diese Kosten nicht noch die volle Verwaltungspauschale des Vermieters berechnet werden dürfe, da durch Fremdvergabe der Verwaltungsaufwand allenfalls stark reduziert werde – die Erhebung einer Verwaltungspauschale von 3% und mehr lasse sich dann unter Umständen nicht mehr rechtfertigen. Angebracht sei aber jedenfalls eine minimale Verwaltungspauschale von 1%, da dem Vermieter doch stets ein gewisser Verwaltungsaufwand verbleibe (HAP Immobiliarmietrecht-WYTTENBACH, N 6.22; OBERLE, Nebenkosten Heizkosten, 5. Aufl. 2015, S. 105). Dieser Meinung folgend reduzierte die Vorinstanz die abgerechnete Pauschale von 4% auf 1%.

4.2.3.2 Indes ist vorliegend nicht erkennbar, inwiefern sich eine Anwendung dieser Literaturmeinung auf den vorliegenden Fall im von der Vorinstanz vorgenommenen Umfang rechtfertigt, resp. dieser Meinung hier überhaupt zu folgen ist. Der Aufwand der 'U. _____ AG' beschränkt sich offenbar darauf, die unter Art. 5 Abs. 2 lit. f VMWG zu subsumierende und verrechenbare "Verbrauchserfassung" zu vollbringen und die Werte der Verwaltung zukommen zu lassen (anderes behaupten

auch die Kläger nicht: act. 1 S. 7 u. 13; act. 27 S. 12 u. 22; act. 45 S. 9). Die darauf folgenden mit der verbrauchsgerechten Abrechnung im Zusammenhang stehenden Aufwendungen verbleiben offenbar bei der Beklagten, wobei diese Arbeiten unter Art. 5 Abs. 2 lit. i VMWG zu subsumieren sind. Wie gezeigt, schliessen diese Kostenpositionen sich laut Verordnung grundsätzlich nicht aus – sie differenziert klar zwischen der "*Verbrauchserfassung und Abrechnungsservice*" (lit. f) sowie der "*Verwaltungsarbeit*" (lit. i); es handelt sich hierbei um zu unterscheidende Aufwendungen. Und auch gemäss der Literaturmeinung rechtfertigt sich eine Reduktion der Verwaltungskosten erst dort, wo nachweislich Verwaltungsarbeiten im Sinne von lit. i durch einen Dritten vollbracht wurden und sich der Verwaltungsaufwand des Vermieters tatsächlich reduziert.

4.2.3.3 Zur von der Vorinstanz zitierten Literaturmeinung und der durch sie erfolgten Anwendung auf den vorliegenden Fall ist ohnehin Folgendes festzuhalten: Zwar kann allenfalls tatsächlich davon ausgegangen werden, dass der eigene Aufwand der Beklagten dadurch geringer ausfällt, weil sie durch Verbrauchserfassung für die einzelnen Mieterparteien mithilfe technischer Geräte und Ablesung durch eine Dritte selbst nicht rechnerisch unter Anwendung eines Verteilschlüssels ein Total an Kosten auf die Mieterparteien aufzuteilen braucht, sondern die vorgegebenen Zahlen übernehmen kann. Diese Reduktion des Aufwandes dürfte aber in der Praxis regelmässig wiederum andernorts erhöhtem Aufwand gegenüberstehen und durch diesen wettgemacht werden (wie dies auch die Beklagte geltend macht, vgl. act. 18 S. 13, act. 35 S. 16, act. 65 S. 13.), beispielsweise durch die Organisation der Ablesung durch einen Dritten (Korrespondenz usw.) und die nun nötig gewordene Kontrolle der übermittelten Daten etc. Solange die Vermieterin die Erstellung der Heiz- und Warmwasserabrechnung zuhanden der Mieter weiterhin selbst vollbringt und in diesem Zusammenhang auch die entsprechenden Belege zu kontrollieren und zu verarbeiten hat, namentlich diese Verwaltungsarbeit nicht vollständig oder in essentiellem Ausmass an die 'U. _____ AG' oder eine andere Dritte auslagert und mit deren Kosten den Mietern verrechnet wird, rechtfertigt sich die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion der nach Art. 5 Abs. 2 lit. i VMWG unter Anwendung der üblichen Ansätze erhobenen Pauschale jedenfalls nicht. Nicht hinreichend begründet wurde und auch nicht er-

sichtlich ist sodann, weshalb der Umstand, dass die im Fernwärmebezug (diesbezüglich die Vorinstanz zu Recht darauf verweist, dass die tatsächlichen Kosten abgerechnet werden dürfen, vgl. Art. 6a VMWG) von der 'A._____ Energiezentrale' abgerechnete Verwaltungsentschädigung zu einer Reduzierung des Verwaltungsaufwandes der Beklagten führte und sich gestützt darauf eine Reduktion deren Verwaltungsaufwandes rechtfertigte.

5. Nebenkostenabrechnung 2012/2013 – drei Semester verrechnet

5.1. Entscheid der Vorinstanz und Parteistandpunkte

5.1.1 Wie einleitend gezeigt (E. III./2.4.3), ergab sich vor Vorinstanz für die Nebenkostenperiode 2012/13 – welche formell den Zeitraum vom 1. Juli 2012 bis 30. Juni 2013 betroffen habe –, dass darin gewisse Positionen für den Zeitraum von eineinhalb Jahren abgerechnet wurden, namentlich von Januar 2012 bis und mit Juni 2013 (vgl. Detailjournale, act. 20/5/1–2; act. 37/1–2; act. 37/5–6; act. 67/1–2). Dies, da es bei der Beklagten zu einem Systemwechsel in der Abrechnung gekommen war und die Kosten danach in Übereinstimmung mit der jeweiligen Abrechnungsperiode abgerechnet werden sollten. Vorher waren in der Abrechnung 2011/12 resp. 2010/11 für die fraglichen Positionen jeweils effektiv die Zeiträume von Januar bis Dezember 2010 resp. Januar bis Dezember 2011 abgerechnet worden (vgl. act. 195 E. III./5., insb. E. III./5.3).

5.1.2 Die Vorinstanz hatte erwogen, nach dem alten System habe die Beklagte stets auf Kosten zurückgegriffen, welche bereits ein halbes Jahr zurückgelegen hätten. Dies habe dazu geführt, dass unabhängig davon, wann ein Mietverhältnis begonnen resp. eine Vertragsänderung wirksam geworden war, Kosten in die Rechnung eingeflossen seien, welche vor dem massgeblichen Stichtag (Mietbeginn, Inkrafttreten Vergleich) angefallen seien. Mit dem Systemwechsel habe den Klägern eine Belastung mit Kosten gedroht, welche ihnen zur Zeit der Ausscheidung der Nebenkosten nicht hätten verrechnet werden können. Den Mietern seien stets Kosten verrechnet worden, welche ein halbes Jahr vor dem Stichtag angefallen seien. Diese Systemungenauigkeit habe sich so lange nicht ausgewirkt, als die Kosten der verschobenen Positionen in etwa gleich hoch ausgefallen seien.

Mit dem Systemwechsel hätte die Beklagte dafür sorgen müssen, dass den Klägern nach Stichtag verrechnete, aber zuvor angefallene Kosten zurückvergütet würden (vgl. auch wörtliche Wiedergabe nachfolgend, E.III./5.2.2.2). Da die Beklagte es unterlassen habe, sich auf Aufforderung hin zur Höhe der Kosten zu äussern resp. die entsprechenden Belege für die Jahre 2009 und 2010 einzureichen, und damit ihre Mitwirkungspflicht verletzt habe, seien – damit der Wechsel der massgeblichen Kostenperiode für die Kläger möglichst neutral ausfalle – die zwischen dem 1. Januar 2012 und dem 30. Juni 2013 angefallenen Kosten auf ein Jahr umzurechnen, sprich auf 2/3 zu kürzen. Den Klägern stehe ein entsprechender Rückforderungsanspruch zu. Dies betreffe die Positionen "Hauswartung/Verbr. Material", "Serviceabo Lift", Brandmelde-/Sprinkleranlage", "Stromverbrauch" und "Wasserverbrauch" (act. 195 S. 39 ff., insb. S. 42 ff.).

5.1.3 Die Beklagte trägt vor, bei keinem der Kläger sei auch nur eine angefallene Rechnung für Nebenkosten zweimal verrechnet worden. Den Detailjournalen könne entnommen werden, dass die in Abrechnung gestellten Aufwendungen der Lieferanten entweder monatlich (z.B. Treppenhausreinigung/Hauswartung und Kehrrichtabfuhr), quartalweise (Januar bis März, April bis Juni, Juli bis September, Oktober bis Dezember, z.B. Serviceabonnement Lift), oder mittels Akonti (Strom) in Rechnung gestellt worden seien (mit Verweis auf Detailjournal W1 2012/2013 [act. 37/1] und W2 2012/2013 [act. 37/2]). Dort, wo dies ausnahmsweise nicht möglich gewesen sei, habe die Rechnung lediglich einmal Eingang in eine Abrechnung gefunden. Unzulässig sei es, wenn die Beklagte einem (oder mehreren) der Kläger Kosten für eine Zeitperiode anteilmässig verrechnet hätte, in welcher diese oder dieser noch gar nicht Mieter gewesen sei(en). Davon scheine die Vorinstanz indes auszugehen, wobei es ihr nicht gelinge, auch nur eine Rechnung zu nennen, welche in der Abrechnungsperiode 2012/2013 berücksichtigt worden sei, bei welchem die Berücksichtigung zum Nachteil des einen oder anderen Mieter geführt haben solle (act. 196 Rz. 46 ff.).

5.1.4 Die Kläger halten grundsätzlich an ihrem bereits vorinstanzlich vorgetragenen Standpunkt fest, ihnen seien zu Unrecht Kosten doppelt verrechnet worden (act. 203 Rz. 47 ff.).

5.2. Rechtliches und Würdigung

5.2.1 Vorab ist darauf hingewiesen, dass sich das Gericht auch unter Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime im Verfahren zurückzuhalten hat. Die soziale Untersuchungsmaxime entbindet namentlich die Parteien nicht davon, das Tatsächliche des Streites vorzutragen sowie die allenfalls zu erhebenden Beweismittel nach Möglichkeiten zu bezeichnen (vgl. BGE 107 III 233 E. 2c; BGer 5C.142/2000 vom 11. August 2000, E. 2a; BGer 4C.255/2005 vom 26. Oktober 2006, E. 3.4; vgl. Dike Komm ZPO-BRUNNER/STEININGER, 2. Aufl. 2016, Art. 247 N 10). Die richterliche Initiative geht insoweit nicht über eine Aufforderung an die Parteien hinaus, Beweismittel zu nennen und beizubringen (BGE 125 III 231 E. 4a). Die soziale Untersuchungsmaxime dient in erster Linie zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien (hier Mieter und Vermieter) oder bei ungleichem Knowhow (Laie gegen anwaltlich vertretene Partei). Wenn sich jedoch – wie vorliegend – zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüberstehen, darf und soll sich das Gericht wie in einem ordentlichen Prozess zurückhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; vgl. insb. Botschaft ZPO vom 28. Juni 2006, BBl. 2006 7221 ff., S. 7348), und es ist nicht seine Aufgabe, im Falle der ungenügenden Behauptung und Substantiierung aus den Akten selbst den Prozessstoff zusammenzutragen.

5.2.2.1 Entsprechend bedarf es bezüglich des Vorwurfes, die Beklagte habe den Klägern Kosten ungerechtfertigt – nach Ansicht der Kläger offenbar ein Semester doppelt (vgl. z.B. act. 1 S. 10; act. 27 S. 11, 19 f., 23; vgl. auch act. 203 Rz. 47 ff.) – angelastet, in einem ersten Schritt der hinreichenden Behauptung und (insbesondere im Bestreitungsfall) der Substantiierung durch die anspruchstellende und hier anwaltlich vertretene Klägerseite (welche im Übrigen soweit ersichtlich nie geltend machte, ihr fehlten diesbezüglich relevante Unterlagen und eine hinreichende Substantiierung sei deshalb nicht möglich). Namentlich muss sich ergeben, bezüglich welcher Kläger im Hinblick auf welche Positionen, in welchem Umfang und aus welchem Grund konkret von zu viel abgerechneten Kosten ausgegangen wird. Gestützt darauf hat das Gericht in seiner Entscheidung zu prüfen, ob diese konkreten Vorbringen aufgrund der eingereichten und genannten Belege ausreichend begründet sind und der Argumentation der Kläger gefolgt werden

kann. Das Gericht hat daher zuerst zu prüfen, ob die Behauptung und Substantiierung genügend klar erfolgt ist. Bejaht es dies, muss sich aus der darauf folgenden Begründung des Gerichts, in welcher es wie vorliegend den Anspruch der Kläger gutheisst, ebenfalls schlüssig ergeben, weshalb es den (genügend behauptet und substantiiert vorgetragenen) Standpunkt aufgrund der vorhandenen Belege resp. des durchgeführten Beweisverfahrens konkret als gegeben erachtet und die Klage in diesem Umfang gutheisst. Die Parteien haben namentlich Anspruch darauf, dass die Entscheidbegründung so abgefasst ist, dass sie sich über die Tragweite des Entscheids und über allfällige Anfechtungsmöglichkeiten ein Bild machen können sowie die Möglichkeit haben, die Sache in voller Kenntnis um die Entscheidungsgründe an die obere Instanz weiterzuziehen (BGE 136 I 229 E. 5.1 und 5.2; BGer 5A_532/2011 E. 3.1).

5.2.2.2 Aufgrund des von der Vorinstanz hier Erwogenen ist nicht nachvollziehbar, wie sie letztlich zu ihrem Ergebnis kam. Insbesondere nicht, weshalb durch *sämtliche* Kläger für die Nebenkostenperiode von 2012/13 pauschal einen Drittel der Kosten zurückfordern können. Die entsprechenden Erwägungen erfolgen weitgehend ohne Bezug zu einzelnen Mietverhältnissen und Belegen. Die Vorinstanz stellt lediglich abstrakte Überlegungen an, namentlich erwägt sie: *"(...) Dennoch wirkte sich das Vorgehen insgesamt sehr wohl zum Nachteil der Kläger aus, denn nach dem alten System hatte die Beklagte für die Abrechnung stets auf Kosten zurückgegriffen, welche um ein halbes Jahr früher angefallen waren. Wie die Kläger zu recht rügen, bestand das alte beklagtische Abrechnungsschema schon zurzeit der Neuregelung der Nebenkosten. Dieses bewirkte unabhängig davon, wann im Jahr ein Mietverhältnis begonnen oder ein Mietzinsvergleich wirksam geworden war, dass Kosten in die Rechnung einflossen, die effektiv vor dem massgeblichen Stichtag (Mietbeginn bzw. Inkrafttreten eines Vergleichs) angefallen waren. Erst aufgrund des Systemwechsels hatten die Mieter auch Anlass, sich gegen den alten Abrechnungsmodus zur Wehr zu setzen, denn erst jetzt drohte ihnen eine Belastung mit Kosten, die ihnen zur Zeit der Ausscheidung der Nebenkosten eigentlich nicht hätten verrechnet werden dürfen. Die Benachteiligung durch den Wechsel des Abrechnungsmodus entstand unabhängig vom Zeitpunkt des Mietbeginns bzw. Inkrafttretens des jeweiligen Vergleichs über die Ausscheidung der Nebenkosten (...)"* Sie erwog sodann weiter: *"Stets wurden den Mietern im Ergebnis jeweils die Kosten verrechnet, die während des halben Jahres vor dem Stichtag angefallen waren, mithin bevor sie überhaupt im Mietobjekt wohnten oder bevor das Recht der Beklagten zur Abrechnung der genannten Positionen gemäss den geschlossenen Vergleichen überhaupt entstanden war."* Und sodann: *"Die*

Ungenauigkeit des alten Systems war so lange nicht von entscheidender Bedeutung, als die Kosten in den beiden verschobenen Perioden in etwa gleich hoch ausfielen. Als die Beklagte aber das System änderte, hätte sie dafür sorgen müssen, dass den Klägern die bei der ersten Abrechnung (...) nach dem Systemwechsel bzw. des Mietbeginns verrechneten, aber vor dem genannten Zeitpunkt angefallenen Kosten zurückvergütet werden." (vgl. act. 195 S. 42 ff.). Diese abstrakten Erwägungen ohne Bezug zu den Akten belegt die Vorinstanz mit beispielhaft drei Klägern, ohne dass ersichtlich wäre, wie hoch die durch diese angeblich zu viel bezahlten und daher zurückzufordernden Kosten effektiv sind und insbesondere auch, ohne dass sich ergäbe, was konkret für die weiteren Klägerparteien zu gelten hat. Die getroffenen Annahmen, welche die Vorinstanz in abstrakter Weise auf sämtliche Klägerparteien anwendet, genügen einer Begründung nicht.

5.2.3 Überdies sei auf Folgendes hingewiesen: Weshalb sich eine Kürzung der abgerechneten (und effektiv angefallenen, vgl. act. 195 S. 42 unten) Kosten für die Periode 2012/13 rechtfertigen soll, nur weil für einen längeren Zeitraum abgerechnet wurde als normal (aber wohlgemerkt keine der Positionen doppelt – davon geht die Vorinstanz offenbar nicht aus), erschliesst sich nicht. Soweit die Vorinstanz den Grund für die von ihr angenommene "Doppelbelastung" der Kläger offenbar darin ersieht, dass den Mietern in einer früheren Periode aufgrund des dort erfolgten Abrechnungssystems Kosten in Rechnung gestellt worden sind, welche sich vor dem für sie relevanten Stichtag (Zeitpunkt Beginn resp. Mietvertragsänderung) verwirklicht hätten (was von den Klägern im Übrigen in dieser Form soweit ersichtlich ohnehin nirgends substantiiert behauptet wurde, vgl. act. 1, 45, 65, 98), so wäre dieser Fehler nicht über eine Kürzung der Abrechnung für die Periode 2012/13 zu korrigieren, sondern durch Anfechtung derjenigen früheren Nebenkostenabrechnungen, in welchen den Mietern effektiv Kosten für eine Zeit abgerechnet wurden, zu der sie noch nicht in der Liegenschaft wohnten, bzw. die Nebenkosten noch nicht aus dem Mietzins ausgeschieden waren. Denn in diesem Fall sind es diese früheren Abrechnungen, welche fehlerhaft sind.

5.2.4 Insgesamt zeigt sich bei dieser Thematik ebenfalls, dass eine gemeinsame Behandlung der diversen Klagen in einem einzigen Verfahren, bei welchem individuell von anderen Grundlagen auszugehen ist, kaum praktikabel erscheint. Denn die Situation bezüglich der einzelnen Mieter kann sich bereits aus dem Grund

nicht einheitlich darstellen, weil die "Stichtage", ab wann die Nebenkosten aus dem Mietzins ausgeschieden waren, resp. die Mieter ihr Mietverhältnis antraten, sehr unterschiedlich ausfallen (vgl. act. 195 S. I./1. S. 5). Für einzelne Parteien dürften beispielsweise die gemäss Vorinstanz bei der Beklagten nicht erhältlich gemachten Belege für die Jahre 2009 und 2010 gar keine Relevanz haben. Es sei daher nochmals darauf hingewiesen, dass eine Behandlung der einzelnen Klagen in getrennten Verfahren sachgerecht erschiene (so schon in E. III./3.2.7).

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Ist der Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz wird neu darüber zu befinden haben. Es erübrigt sich daher, auf die Vorbringen der Beklagten einzugehen, wonach im Falle ihres Unterliegens den Klägern aufgrund eines von der Vorinstanz falsch angenommenen Streitwerts im Hinblick auf die vorinstanzlichen Klagebegehren 60% der Entscheidgebühr aufzuerlegen und über die Parteientschädigung neu zu befinden sei (act. 196 Rz. 4 ff., 14 f., 60 ff.). Festzusetzen ist heute einzig die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren, und zwar in Anwendung von § 12 Abs. 1–2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'500.–. Die Gerichtskosten sind mit dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss von Fr. 2'900.– zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid über die Verteilung der Gerichtskosten und damit über eine allfällige Ersatzpflicht nach Art. 111 Abs. 2 ZPO ist der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

2. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 4 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zuzüglich Mehrwertsteuer – sofern eine solche verlangt wurde – festzusetzen (vgl. act. 196 und 203). Der Entscheid über die Verteilung der Parteientschädigung ist der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss des Mietgerichts Zürich vom 6. Dezember 2018 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 6. Dezember 2018 wird aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt und mit dem von der Beklagten und Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 2'500.– zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuer festgesetzt.
5. Der Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Mietgerichts vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 203, die Obergerichtskasse und – unter Beilage der Akten – an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
7. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 22'145.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
14. Juni 2019