

### **ZMP 2022 Nr. 3**

**Art. 271 Abs. 1 OR; Art. 271a Abs. 1 lit. b OR; Art. 269 OR; Art. 10 VMWG; Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; Art. 1 ZGB. Kündigungsschutz. Rechtsschutzinteresse der nicht mehr in der Mietwohnung lebenden Mitmieterin. Verneinung der Voraussetzungen für eine Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Ertragsoptimierungskündigung. Offensichtlich übersetzter Kaufpreis. Statistische Methode.**

*Zwar ist es auch erstinstanzlichen Gerichten nicht verwehrt, eine Praxisänderung aufzugleisen. Die beteiligten Gerichtspersonen haben dabei aber eine andere Rolle als im Rahmen wissenschaftlicher Beiträge. Was «bewährte Überlieferung» ist und was nicht, hat schon aufgrund der schweizerischen Justizverfassung in erster Linie das Bundesgericht zu entscheiden (E. 3).*

*In einzelnen Entscheiden hat das Bundesgericht Mitmietern, die nicht mehr in der Mietwohnung leben, das Rechtsschutzinteresse an der Beteiligung an einer Kündigungsschutzklage abgesprochen. Ein Mietvertrag verpflichtet die Mieter indessen nicht, die gemietete Sache persönlich zu benutzen. Einer von mehreren Mitmietern ist so oder anders vom Kündigungsschutzverfahren betroffen, denn vom Ausgang des Verfahrens hängt auch ab, wie lange seine Mitverpflichtung aus dem Mietvertrag noch dauert. So oder anders ist ihm zu ermöglichen, durch Beteiligung am Verfahren seine rechtlich geschützten Interessen zu wahren. Es ist ihm zu überlassen, ob er sich aktiv an der Klage der übrigen Mieter beteiligen, ob er sich von diesen passiv ins Recht fassen lassen oder ob er sich durch eine vorbehaltlose Unterziehungserklärung vom Prozess fernhalten will (E. 4.2).*

*Das Bundesgericht erachtet in ständiger, seit 1994 verfolgter Rechtsprechung eine Kündigung des Vermieters zur Erzielung eines höheren Ertrags durch Vermietung an einen Dritten als zulässig. Einzige Einschränkung ist, dass der Ertrag nach absoluter Methode berechnet bei einer Drittvermietung tatsächlich nicht nur unerheblich verbessert werden kann. Zwar ist dieser Rechtsprechung Kritik erwachsen und hat das Bundesgericht in neuester Zeit angetönt, sich damit auseinandersetzen zu wollen. Darin liegt aber noch keine Ankündigung einer Praxisänderung.*

*Wollte man die Rechtsprechung zur Ertragsoptimierungskündigung auf eine neue Grundlage stellen, müsste auch eine Harmonisierung von Kündigungsschutz und*

*Mietzinsanfechtung angestrebt werden. Insbesondere wären Anpassungen nach absoluter Methode generell innert viel kürzerer Dauer zuzulassen als nach geltender Rechtsprechung zur sog. relativen Methode, damit dem Gedanken der Kündigungsfreiheit auch im Bereich des Mietzinses Rechnung getragen würde. Zudem müsste mit einer Forcierung der statistischen Mietzinsbestimmung dafür gesorgt werden, dass übersetzte Kaufpreise tatsächlich kontrolliert und tiefe Altmieten in vernünftiger Masse angehoben werden können. Nur dann liesse es sich rechtfertigen, Ertragsoptimierungskündigungen mangels eines legalen Nutzens generell für missbräuchlich zu erklären. Dafür dass das Bundesgericht solche weitreichenden Schritte plant, gibt es derzeit keine Hinweise (E. 5.1, insbes. 5.1.4).*

*Im konkreten Fall spielt es daher keine Rolle, dass der Mietzins schon von den früheren Eigentümern im Einvernehmen mit den Mieterinnen erheblich angehoben wurde und dass die neue Eigentümerin kurz vor der angefochtenen Kündigung eine vorbehaltlose Mietzinserhöhung ausgesprochen hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist jene nicht treuwidrig, denn gestützt auf den Kaufpreis ist eine Erhöhung nach absoluter Methode zulässig, und nicht einmal bei Überprüfung des Kaufpreises nach der statistischen Methode kann hier gesagt werden, dass ein nicht offensichtlich übersetzter Preis keine Mietzinserhöhung nach absoluter Methode erlauben würde (E. 5.2).*

Aus dem Urteil des Mietgerichts MJ210065-L/U vom 22. August 2022 (nicht rechtskräftig. Gerichtsbesetzung: Weber, Schweizer, Schenk; Gerichtsschreiberin Altieri):

« 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Sachverhalt

Mit Vertrag vom 27. März 2018 mieteten die Klägerinnen 1.1 und 1.2 (nachfolgend auch als Mieterinnen bezeichnet) die 3-Zimmerwohnung im 2. OG rechts an der N.-strasse y in Zürich. Vermieterin war damals eine Erbengemeinschaft Z. (...; zu deren insgesamt 8 Mitgliedern s. ...). Für die Gemeinschaft unterzeichneten den Vertrag Z1 und Z2. Den Nettomietzins legten die Parteien auf Fr. 1'795.– pro Monat fest. Für eine ganze Reihe von Nebenkosten (neben Heiz- und Warmwasser- auch Betriebskosten) vereinbarten sie monatliche Akontozahlungen von Fr. 190.–. Der

Vertrag war kündbar mit einer Frist von drei Monaten auf Ende März, Juni und September jedes Jahres. Die Klägerin 1.1 lebt schon seit dem 15. August 2005 in der Wohnung, wie aus dem vorausgegangenen Vertrag vom 11. Juni 2005 hervorgeht. Der neue Nettomietzins beruhte nach den Angaben im Vertrag auf einem Referenzzinssatz von 1.5 %, einem Stand des Landesindexes der Konsumentenpreise von 101.1 Punkten und einem «Kostenstand 2015». Festgehalten wurde ein Vorbehalt aus einer Reserve bis zum Vertragsschluss im Umfang von 3 % oder Fr. 52.50 pro Monat bzw. Fr. 630.– pro Jahr, die per 1. Juli 2021 ausgeschöpft werden sollte.

Gestützt auf einen Kaufvertrag vom 30. September 2019 ging auf das gleiche Datum hin das Eigentum an der Liegenschaft N.-strasse y auf die Beklagte über (nachfolgend auch als Vermieterin bezeichnet). Der Kaufpreis betrug Fr. 9'160'000.–. Die Vermieterin finanzierte diesen im Umfang von Fr. 2'000'000.– mit einer Festhypothek, den Rest aus Eigenmitteln.

Mit amtlichem Formular vom 8. März 2021 teilte die Beklagte den Mieterinnen auf den 1. Juli 2021 eine Mietzinserhöhung auf Fr. 1'839.– netto mit. In der Begründung verwies sie auf die Reserve gemäss Mietvertrag und gab als Begründung an:

«Anpassung Berechnungsstand Reserve CHF 52.50 / 3.0% auf CHF 44.50 / 1.50%  
Auflösung Vorbehalt aufgelaufene Reserve als Berechnungsstand bis Vertragsabschluss CHF 44.50.»

Einen weiteren Vorbehalt brachte die Beklagte nicht an.

Gut einen Monat später, am 12. April 2021, kündigte die Beklagte sodann das Mietverhältnis per 30. September 2021. Als Begründung gab sie an:

«Nicht Erreichung der gesetzlich zulässigen Nettorendite.»

In den Begleitschreiben bot die Vermieterin eine definitive Erstreckung bis 31. März 2022, ein Recht zum vorzeitigen Auszug auf jedes Monatsende mit einer 30-tägigen Anzeigefrist sowie ihre Hilfe bei der Suche nach einer neuen Wohnung an.

Nachdem die Mieterinnen die Kündigung angefochten hatten, teilte die Beklagte ihnen mit amtlichem Formular vom 10. Dezember 2021 auf den 1. April 2022 eine

Mietzinserhöhung von Fr. 1'839.– auf Fr. 2'794.– netto mit. Als Begründung führte sie auf:

«Anpassung an eine kostendeckende Nettorendite aufgrund Handänderung (Kauf Liegenschaft durch [die Vermieterin]) um Fr. 955.00 auf neu netto Fr. 2'794.00»

Im Begleitschreiben zur Mietzinserhöhung liess die Beklagte klarstellen, dass die Erhöhung nur gelten solle, falls rechtskräftig festgestellt werden sollte, dass die Kündigung vom 12. April 2021 per 30. September 2021 ungültig sein sollte. Die Mieterinnen fochten auch diese Mietzinserhöhung bei der Schlichtungsbehörde an.

Ursprünglich umfasste das vorliegende Verfahren eine damit vereinigte Klage des Klägers 2, der eine andere Wohnung in der gleichen Liegenschaft gemietet hatte. Der entsprechende Teil des Prozesses wurde mit Zirkulationsbeschluss vom 12. April 2022 als gegenstandslos abgeschrieben, nachdem der Kläger 2 das Objekt zurückgegeben hatte und als Untermieter bei den Klägerinnen 1 eingezogen war. Unbestritten ist umgekehrt, dass die Klägerin 1.2 nicht mehr in der von ihr mitgemieteten Wohnung lebt.

## 1.2 Prozessgeschichte

Die Klägerinnen 1 und der Kläger 2 reichten am 6. Oktober 2021 (Poststempel) separat die vorliegenden Klagen sowie die ihnen am 6. September 2021 zugestellten Klagebewilligungen der Schlichtungsbehörde Zürich vom 26. August 2021 ein. Mit Beschluss vom 13. Oktober 2021 wurden die Doppel der Klage der Beklagten zugestellt, die beiden Verfahren miteinander vereinigt und den Klägerinnen 1.1 und 1.2 Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'250.– angesetzt. Auf die Einforderung des in Aussicht gestellten Vorschusses von Fr. 3'970.– für den Kläger 2 wurde mit Rücksicht auf dessen bereits gestelltes, aber noch nicht vollständiges Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege einstweilen verzichtet, zu dessen Ergänzung Frist angesetzt wurde. Die Prozessleitung wurde dem Vorsitzenden delegiert. Nachdem der Prozesskostenvorschuss der Klägerinnen 1.1. und 1.2 fristgerecht geleistet worden war und der Kläger 2 sein Gesuch begründet hatte, wurde diesem mit Verfügung vom 2. Dezember 2021 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

In der Folge wurden die Parteien am 9. Dezember 2021 auf den 20. Januar 2022 zur Hauptverhandlung vorgeladen, welche auf den 7. April 2022 verschoben werden musste. Auf entsprechendes Gesuch vom 1. April 2022 (Poststempel) hin wurde der nicht mehr im Mietobjekt lebenden Klägerin 1.2 am 4. April 2022 für die Hauptverhandlung die Pflicht zum persönlichen Erscheinen erlassen. Mit Eingabe vom 22. März 2022 teilte der Kläger 2 mit, dass er die von ihm gemietete Wohnung am 16. März 2022 der Beklagten zurückgegeben habe, und beantragte, die vereinigten Verfahren zu trennen sowie das Verfahren betreffend den Kläger 2 als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Mit Verfügung vom 23. März 2022 wurde u.a. die Eingabe der Beklagten zugestellt und die Gewährung des rechtlichen Gehörs bei der Hauptverhandlung in Aussicht gestellt. Am 7. April 2022 konnte sodann der erste Teil der Hauptverhandlung durchgeführt werden. Alle Betroffenen bestätigten dabei u.a. die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bezüglich des Klägers 2. Die Klägerinnen 1 und die Beklagte einigten sich sodann darauf, auf das Schlichtungsverfahren betreffend die eventualiter ausgesprochene Mietzinserhöhung vom 10. Dezember 2021 (MO220066-L; vgl. ...) zu verzichten, um eine sofortige Vereinigung mit dem hängigen mietgerichtlichen Verfahren und eine einheitliche Behandlung beider Punkte zu ermöglichen. Darauf wurde das Verfahren bezüglich des Mietverhältnisses mit dem Kläger 2 mit Beschluss vom 12. April 2022 als gegenstandslos abgeschrieben. Nach Eintritt der Rechtskraft wurde der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers 2 aus der Gerichtskasse entschädigt. Weiter wurden die Akten des Schlichtungsverfahrens MO220066-L dem Mietgericht überwiesen; dieses vereinigte die Mietzinsanfechtung mit Beschluss vom 2. Mai 2022 mit dem hängigen Kündigungsschutzverfahren und lud anschliessend zur Fortsetzung der Hauptverhandlung vor, die am 13. Juni 2022 durchgeführt werden konnte. Dabei hatten die Parteien Gelegenheit, sich zu beiden Themen im gesetzlich vorgeschriebenen Umfang zu äussern. Danach wurde das Verfahren für spruchreif erklärt.

Das vorliegende Urteil wurde auf dem Zirkularweg gefällt. Wegen Auslaufens der Anstellung der an den Verhandlungen beteiligten Gerichtsschreiberin musste diese für das Urteil ersetzt werden.

## 2. *Parteidarstellungen*

2.1 Die Mieterinnen machten hauptsächlich geltend, dem Vertragsschluss vom 27. März 2018 seien Verhandlungen zwischen den damaligen Eigentümerinnen und Eigentümern und den Mieterinnen und Mietern in der Liegenschaft vorausgegangen, die seitens der Erbengemeinschaft von Z1 und Z2 und seitens der Mieterschaft von M1 und M2, beide mit juristischer Ausbildung, geführt worden seien, teils in Anwesenheit der Klägerinnen 1. Die Ergebnisse seien in zwei Memoranden vom 17. Februar 2018 und 6./22. März 2018 festgehalten. Die damalige Eigentümerschaft habe darin den erzielten Mietertrag als weit unter dem ortsüblichen Durchschnitt umschrieben und eine Anpassung in zwei Schritten von Fr. 240.– / m<sup>2</sup> auf Fr. 326.– / m<sup>2</sup> pro Jahr angekündigt. Nachdem die Mietenden die Anpassung als zu hoch erachtet hätten, habe man den zweiten Schritt auf Fr. 300.– / m<sup>2</sup> festgelegt und als Vorbehalt in die Mietverträge aufgenommen. Die damalige Vermieterschaft habe sich für den Fall von Neuvermietungen vorbehalten, individuell höhere Preise festzulegen. Im Gegenzug zur Erhöhung hätten die früheren Vermietenden den Mietenden ein langfristiges Mietverhältnis in Aussicht gestellt. Z1 habe erklärt, er könne die Erbengemeinschaft nur dann davon überzeugen, die Liegenschaft nicht zu verkaufen, wenn die Mieter für eine substantielle Mietzinserhöhung Hand böten. Dies hätten Letztere getan, um sich einen langfristigen Verbleib in der Liegenschaft zu sichern. Dass ein langfristiges Mietverhältnis in Aussicht gestellt worden sei, könnten M1 und M2 bestätigen, ebenso dass die Mieterinnen von der Vorvermieterschaft vor die Alternative gestellt worden seien, entweder eine massive Mietzinserhöhung zu akzeptieren oder den Verkauf der Liegenschaft zu riskieren. Die Mieterinnen hätten nach ihrer Zustimmung zur Erhöhung nicht mit einem Verkauf der Liegenschaft rechnen müssen; im Gegenteil habe die Vorvermieterschaft mit dem Verkauf ihr Versprechen gebrochen. Dass die Vorvermieterschaft ein solches Versprechen gegeben habe, gehe auch aus Ziff. 8 Abs. 3 des Kaufvertrages hervor, welche einen Verzicht der Beklagten auf eine Kündigung wegen dringenden Eigenbedarfs nach Art. 261 Abs. 2 OR enthalte. Im Zuge des Eigentumsübergangs habe die I. Immobilien AG denn auch am 12. September 2019 den Betroffenen im Namen der Beklagten geschrieben, man freue sich auf ein langfristiges Mietverhältnis. Die genannte Maklerin habe zwar im Auftrag der Verkäuferschaft gehandelt. Die Mieterinnen hätten aber davon ausgehen dürfen, dass das Schreiben mit der Beklagten

abgestimmt sei. Das abweichende Schreiben vom 30. September 2019 enthalte im Gegensatz zu demjenigen vom 12. September 2019 keine ausformulierte Anrede und sei auch nicht unterzeichnet. Die Beklagte habe dann zwar zunächst mit der Mietzinserhöhung vom 8. März 2021 den Vorbehalt im Mietvertrag – unter Berücksichtigung von inzwischen veränderten relativen Berechnungsfaktoren – teilweise ausgeschöpft, ohne einen weiteren Vorbehalt anzubringen, habe dann aber die angefochtene Kündigung vom 12. April 2021 ausgesprochen mit der Begründung, man erziele nicht die gesetzlich zulässige Nettorendite. Für den Fall der Ungültigkeit der Kündigung habe die Beklagte per 1. April 2022 die weitere Erhöhung des Nettomietzinses auf Fr. 2'794.– angezeigt. Bestritten werde, dass die Vermieterin am 8. März 2021 keine Kenntnis vom Bundesgerichtsurteil vom 26. Oktober 2020 gehabt habe, mit dem erstmals entschieden worden sei, dass der zulässige Ertrag um 2 % über dem Referenzzins liegen dürfe, solange dieser weniger als 2 % betrage. Es sei abstrus, zuerst eine Mietzinserhöhung anzuzeigen und sich erst danach nach der zulässigen Rendite zu erkundigen.

Die Mieterinnen hätten bewusst nur die Kündigung angefochten und machten im Hinblick auf die von Amtes wegen zu prüfende Erstreckung für den Fall der Gültigkeit der Kündigung explizit keine Härte geltend.

Das Bundesgericht erachte zwar grundsätzlich eine Kündigung mit dem Ziel als gültig, die Sache anderweitig zu einem höheren Mietzins zu vermieten. Dabei obliege allerdings dem Vermieter die Beweislast dafür, dass der Mietzins im Zuge der Neuvermietung zulässigerweise erhöht werden dürfe. Selbst wenn dies der Fall sei, könne die Kündigung dennoch gegen Treu und Glauben verstossen, wenn die betroffene Mietpartei im Vertrauen auf eine lange Mietdauer zu schützen sei, zum Beispiel weil der Vermieter die Mietpartei informell darauf hingewiesen habe, dass eine lange Mietdauer angestrebt werde. In der Lehre, insbesondere vom Vorsitzenden des angerufenen Gerichts, sei die Rechtsprechung auf Kritik gestossen, besonders im Fall, wo die Vermieterseite eine Mietzinserhöhung ohne Vorbehalt ausgesprochen und dadurch zum Ausdruck gebracht habe, sie erziele aus der Sache einen genügenden Ertrag, und dann die Kündigung dazu verwende, um von einem Dritten nach absoluter Methode einen höheren Mietzins zu verlangen. Bislang habe das Bundesgericht sich mit dieser Kritik nicht auseinandergesetzt, habe aber in neuerer

Zeit angedeutet, dass es den Einwand ernst genug nehme, um bei Gelegenheit darauf einzugehen. Die vorliegende Konstellation sei zudem eine andere als diejenigen gemäss den Beispielen vornehmlich aus der Westschweiz, in welchen es um eine Korrekturmöglichkeit für ungewöhnlich tiefe Mietzinse gegangen sei. Im vorliegenden Fall hätten die Mieterinnen sich schon vor der Kündigung bereit erklärt, einen Mietzins zu bezahlen, der bei Anwendung der relativen Methode nicht möglich gewesen wäre. Die Vermieterin habe die Mietverhältnisse im Haus im Nachgang zur vorliegenden Kündigung der Reihe nach aufgelöst. Die Klägerinnen 1 seien die «letzten Mohikanerinnen» in der Liegenschaft, denn die anderen Wohnungen seien nach «Zerstörung des sozialen Biotops» durch die Beklagte inzwischen zu einem wesentlich höheren Mietzins vermietet worden, und zwar ohne Sanierung, wenn man von Malerarbeiten absehe.

Die Kündigung verstosse aber schon deshalb gegen Treu und Glauben, weil die I. Immobilien AG als Maklerin des Verkaufsgeschäfts den Mieterinnen mit dem Schreiben vom 12. September 2019 ein langfristiges Mietverhältnis versprochen habe. Zu diesen Zusicherungen stehe die angefochtene Kündigung in einem unauflöselichen Widerspruch; sie sei daher für ungültig zu erklären. Widersprüchlich sei die Kündigung aber auch bezogen auf die Mietzinserhöhung vom 8. März 2021, denn bei derselben habe die Beklagte keinen Vorbehalt angebracht, wonach der Mietzins nicht zu einem genügenden Ertrag führe oder nicht der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete entspreche, und zwar obwohl sie in jenem Zeitpunkt über die Möglichkeit verfügt hätte, die vom Bundesgericht am 26. Oktober 2020 für zulässig bezeichnete Rendite geltend zu machen. Damit habe sie bei den Mieterinnen das berechtigte Vertrauen geweckt, mit dem Nettomietzins von Fr. 1'839.– erziele sie eine genügende Nettorendite. Mit anderen Worten hätten die Mieterinnen nicht damit rechnen müssen, dass ihnen wegen einer ungenügenden Rendite gekündigt werde, wie dies in der Folge geschehen sei. Grundsätzlich habe ein Vermieter den Weg der Mietzinserhöhung zu beschreiten, wenn er den Mietzins zu erhöhen beabsichtige. Ihm stattdessen eine Kündigung zu ermöglichen, erscheine von vornherein als stossend und heble die Absicht des Gesetzgebers aus, die vertragsschwächere Partei vor unzulässigen Mietzinsen und treuwidrigen Kündigungen zu schützen. Die Klägerinnen 1 seien zuversichtlich, das Bundesgericht zu einer Praxisänderung bewegen zu können, sollte der Fall durch die Instanzen getragen werden.



Abgesehen davon habe die Vorvermieterschaft sich bei den Verhandlungen über einen höheren Mietzins nicht von den orts- und quartierüblichen Mietzinsen leiten lassen, sondern von einer Studie der K. AG aus dem Jahr 2013 zur Marktmiete, die in einer städtischen Agglomeration mit chronischem Wohnraummangel stets deutlich über der Vergleichsmiete liege. Aus den Verhandlungen mit der Vorvermieterschaft könne daher nicht abgeleitet werden, die Mieterinnen hätten gewusst, dass auch der neue Mietzins deutlich unter dem orts- und quartierüblichen Niveau gelegen sei.

Mangels Vorbehalts in der Mietzinserhöhung vom 8. März 2021 erweise sich die von der Beklagten für den Fall der Ungültigkeit der Kündigung verlangte Mietzinserhöhung vom 10. Dezember 2021 als Folge des Vertrauensprinzips als unzulässig. Die Parameter der vorgelegten Renditerechnung würden im Übrigen bestritten. Abgesehen davon sei ein offensichtlich übersetzter Kaufpreis im Sinne von Art. 269 Abs. 1 OR vereinbart worden. Da eine massive Mietzinserhöhung um 52 % verlangt werde, gelte in Analogie zur Anfechtung des Anfangsmietzinses eine tatsächliche Vermutung eines übersetzten Preises. Gleiches ergebe sich aus einer Reihe von – zu einem grossen Teil die wesentlichen Kriterien erfüllenden – Vergleichsobjekten, aus denen sich ein durchschnittlicher Bruttomietzins von Fr. 27.– pro Quadratmeter und Monat ergebe, sowie aus dem Beizug der Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006. Mit der Mietzinserhöhung per 1. April 2022 strebe die Beklagte dagegen einen Bruttoquadratmeterpreis von Fr. 40.32 an. Der aktuelle Mietzins liege jedenfalls nicht unter dem orts- und quartierüblichen Niveau. Bei der Fortsetzung der Hauptverhandlung schloss sich der klägerische Rechtsvertreter dann einer im Rahmen von Vergleichsgesprächen erfolgten Äusserung des Gerichts beim ersten Termin an: Es seien für die Beurteilung des übersetzten Kaufpreises möglicherweise ähnliche Prinzipien anzuwenden wie bei der Anfechtung eines (gestützt auf die Vergleichsmiete zu bestimmenden) Anfangsmietzinses (...; auf die einzelnen Elemente ist zurückzukommen).

2.2 Die Vermieterin liess in erster Linie einwenden, bis zur Hauptverhandlung sei nicht klar gewesen, was die Mieterinnen zuvor gemeint hätten mit der schon früher geäusserten Behauptung, ihnen sei ein langjähriges Mietverhältnis zugesichert worden. Grundsätzlich treffe die Sachdarstellung der Mieterinnen zu. Es stelle sich nur

die Frage, wie was ausgelegt werde. Die Mieterinnen hätten sich bei den Verhandlungen mit der Erbgemeinschaft durch zwei Juristen vertreten lassen. Kein einziges der eingereichten Schriftstücke enthalte eine Zusicherung eines langjährigen Mietverhältnisses. Der 2018 ausgearbeitete neue Mietvertrag sei zuerst dem Juristen M2 vorgelegt und dann an die Klägerinnen 1 weitergeleitet worden. Darin sei klar von einem unbefristeten Mietverhältnis die Rede, das jeweils mit einer Frist von drei Monaten auf Ende März, Juni oder September gekündigt werden könne. Zudem sei auf Seite 2 festgehalten worden, dass der Vertrag alle Abmachungen enthalte und dass jede Änderung oder Ergänzung der Schriftform bedürfe. Eine Vereinbarung eines langfristigen oder langjährigen Mietverhältnisses sei etwas sehr Wichtiges und wäre in den Vertrag aufgenommen worden, wenn dies denn die Meinung der Parteien gewesen wäre. Eine solche Zusage habe es nicht gegeben. Die Mieterinnen hätten auch damit rechnen müssen, dass die Liegenschaft früher oder später verkauft werde. Auch im von Z1 und der Klägerin 1.1 unterzeichneten und dem Gericht mit der Klage vorgelegten Schreiben vom 24. März 2018 über die Auflösung des bisherigen und den beabsichtigten Abschluss des aktuellen Mietvertrages stehe kein Wort von einem langfristigen Mietverhältnis. Gleiches gelte für die von den Mieterinnen zitierten Memoranden. Gegenteils habe die frühere Eigentümerschaft klar zum Ausdruck gebracht, dass der Mietzins selbst nach dem zweiten Erhöhungsschritt auf dem tiefsten Niveau der Kategorie unterdurchschnittliche Miete festgesetzt worden sei. Den Klägerinnen 1 sei daher bewusst gewesen, dass ihr Mietzins deutlich unter dem orts- und quartierüblichen Niveau liege. Gleiches gehe aus dem Hinweis hervor, wonach sich die Vermieterschaft bei Neuvermietungen höhere Mietzinse vorbehalte. Selbst wenn ein langfristiges Mietverhältnis zugesichert worden wäre, bedeute dies aufgrund der Recherche des Rechtsvertreters der Beklagten im Internet eine Dauer von drei Jahren, hier also bis Frühling 2021. Gekündigt worden sei aber erst auf Ende September 2021. Selbst aus der Verwendung des Wortes «langfristig» könnten die Mieterinnen also nichts ableiten. Die Echtheit des Schreibens der I. Immobilien AG vom 12. September 2019, welches die Beklagte erstmals an der Schlichtungsverhandlung gesehen habe, werde bestritten. Es sei ohne Rücksprache mit der Beklagten erfolgt, zu einem Zeitpunkt, als der Kaufvertrag über die Liegenschaft noch nicht einmal öffentlich beurkundet gewesen sei. Zudem sei die I. Immobilien AG als Vermittlerin für den Verkauf aufgetreten und

habe im Auftrag der Verkäuferschaft gehandelt. Die Verfasserin I1 habe wahrscheinlich gemerkt, dass sie etwas Unzutreffendes geschrieben habe, denn am 30. September 2019, dem Tag der öffentlichen Beurkundung, habe sie ein ähnliches aufgebautes Schreiben verfasst, in dem aber lediglich von einem angenehmen und soliden Mietverhältnis die Rede sei. Auch aus dem Kaufvertrag selber, insbes. aus Ziff. 8, ergäben sich keine Zusicherungen hinsichtlich der Dauer der Mietverhältnisse. Ebenso wenig habe es eine Zusicherung der früheren Vermieterschaft gegeben, die Liegenschaft nicht zu verkaufen.

Richtig sei, dass per 1. Juli 2021 eine Mietzinsanpassung erfolgt sei. Umgesetzt worden sei dabei aber nur der im Mietvertrag vorgesehene Vorbehalt, wobei wegen einer inzwischen eingetretenen Referenzzinssenkung nicht Fr. 52.50, sondern Fr. 44.50 ausgeschöpft worden seien. Man habe keine Anpassung nach relativer oder absoluter Methode vorgenommen, sondern analog zu einem gestaffelten Mietzins den Vertrag umgesetzt. Der Beklagten könne es nicht schaden, dass sie im Formular vom 8. März 2021 keinen Vorbehalt angebracht habe. In jenem Zeitpunkt sei der Beklagten der Bundesgerichtsentscheid vom Oktober 2021 nicht bekannt gewesen, wonach die maximal zulässige Nettorendite nicht mehr 0.5, sondern 2 % über dem jeweiligen Referenzzins liege [BGE 147 III 14, Anm. d. Red.]. Gekündigt habe sie erst, nachdem sie vom Entscheid Kenntnis erhalten habe durch Rechtsanwalt Dr. C, der ihr am 22. März 2021 eine Nettorenditeberechnung habe zukommen lassen. Das Bundesgericht habe an seiner Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Ertragsoptimierungskündigung stets festgehalten, und zwar in Kenntnis der Kritik in der Literatur. Aus der Nettorenditeberechnung der Beklagten ergebe sich für die hier interessierende Wohnung ein zulässiger Nettomietzins von Fr. 2'794.–. Damit sei offensichtlich, dass die Beklagte von einem Dritten mehr verlangen könne, als die Klägerinnen 1 bezahlten. Auch aus der Mietzinsanpassung vom 8. März 2021 könnten die Klägerinnen 1 nicht ableiten, dass ihnen danach nicht mit der Begründung der Erzielung eines angemessenen Ertrages durch Vermietung an einen Dritten gekündigt werde. Damit erweise sich die Kündigung als gültig. Die Praxis des Bundesgerichts stehe auf dem Boden der Kündigungsfreiheit und damit im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers.

Für die Missbräuchlichkeit der Kündigung seien die Mieterinnen beweisbelastet. Dieser Beweis sei gescheitert, denn die von der Stadt veröffentlichte Mietpreisstrukturerhebung aus dem Jahre 2006 erfülle die von der Praxis entwickelten und in Art. 11 VMWG bestätigten Vergleichskriterien so wenig wie die von den Mieterinnen angegebenen Vergleichsobjekte. Es treffe auch nicht zu, dass die Vorvermeterschaft mit ihrem Verhalten zum Ausdruck gebracht habe, der im Vertrag vom 27. März 2018 vereinbarte bzw. in Aussicht genommene Mietzins sei orts- und quartierüblich. Das Gegenteil sei der Fall: Der vereinbarte Mietzins sei auf Fr. 300.– pro Quadratmeter und Jahr festgelegt worden, obwohl die Vermeterschaft zuerst einen solchen von Fr. 326.– angestrebt habe – als Mietzins im tiefsten Niveau der Kategorie «unterdurchschnittliche Miete». Zudem habe sie klar zum Ausdruck gebracht, dass sie bei Neuvermietungen höhere Preise festzulegen gedenke. Gehe man entgegen diesen Ausführungen davon aus, dass sich die Beklagte mangels genügenden Vorbehalts gegenüber den Klägerinnen 1 im Rahmen einer Mietzinserhöhung nicht auf die ungenügende Rendite berufen dürfe, sei sie erst recht gezwungen gewesen, zu einer Ertragsoptimierungskündigung zu greifen, um die zulässige Rendite erreichen zu können. Die Mieterinnen räumten selber ein, dass nach absoluter Methode ein höherer als der aktuelle Mietzins möglich sei. Also sei die Kündigung gültig, auch wenn die eventualiter geforderte Mietzinserhöhung auf Fr. 2'794.– netto nicht in vollem Umfang begründet wäre.

Die Klägerin 1.2 wohne nicht mehr im Objekt und verfüge für die vorliegende Klage daher nicht über ein Rechtsschutzinteresse.

Die eventualiter geforderte Mietzinserhöhung sei nach dem Gesagten zulässig. Einen Vorbehalt habe man bei der vorausgegangenen Anpassung nicht anbringen müssen, da die Beklagte nicht gewusst habe, dass die Rendite ungenügend sei. Es sei im Übrigen unzulässig, die Praxis zur Plausibilitätsprüfung eines gegenüber dem Vormietverhältnis ohne ersichtlichen Grund erheblich erhöhten Mietzinses bzw. zur Festsetzung eines Anfangsmietzinses analog anzuwenden auf die Frage, ob der hier bezahlte Kaufpreis offensichtlich übersetzt sei. Die Vermieterin trage nicht die Beweislast für diesen Punkt und müsse dazu auch keinen Gegenbeweis antreten. Sollte die Statistik der Stadt Zürich hier überhaupt zur Anwendung gelangen, sei aufgrund der Qualität des Mietobjekts mit der oberen Grenze zu rechnen, mithin mit

Fr. 23.90 pro Quadratmeter und Monat. Modifiziert um die gegenüber der Statistik um Fr. 90.– erweiterte Nebenkostenabrede bezogen auf die Betriebskosten gemäss dem vorliegenden Vertrag ergebe sich ein statistischer Nettomietzins von Fr. 1'890.–, der immer noch höher liege als der aktuell gültige. Die Beklagte habe im Übrigen einen Kaufpreis bezahlt, der wesentlich tiefer gelegen sei als die Fr. 10'200'000.–, für welche die Maklerin das Objekt ursprünglich ausgeschrieben habe. Der Kaufpreis sei auch nicht durch ein Bieterverfahren zustande gekommen, denn die Beklagte sei die Einzige gewesen, die einen Kauf für Fr. 9'160'000.– offeriert habe. Die Zahlen in der vorgelegten Renditeberechnung [...] seien im Übrigen korrekt, auch wenn in der Abrechnung über die Unterhaltskosten 2021 Positionen enthalten seien, die den Mieterinnen nicht überwältzt werden könnten. Nur ein offensichtlich übersetzter Kaufpreis sei im Übrigen relevant, und das Bundesgericht setze die Grenze dafür bei einer Differenz von 12 % an.

2.3 Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit eingegangen, soweit dies für den Entscheid erforderlich ist. Dies gilt besonders für Punkte, die in der vorstehenden Zusammenfassung nicht enthalten sind.

### 3. *Zur Rechtsanwendung allgemein*

3.1 Das vorliegende Verfahren gibt Anlass zu einigen Vorbemerkungen zur Rechtsanwendung und zur Rolle der Gerichte.

Nach Art. 1 Abs. 1 und 2 ZGB findet das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo wie hier auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Abs. 3 der genannten Norm hält sodann fest, dass es bei der Rechtsanwendung bewährter Lehre und Überlieferung folgt, wobei mit dem etwas altertümlichen zweiten Ausdruck die Gerichtspraxis gemeint ist.

Richterinnen und Richter sind zwar auch ihrem Gewissen verpflichtet, in erster Linie aber Gesetz und Verfassung. Nach Art. 188 Abs. 1 BV ist das Bundesgericht die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes. Ihm ist nach Art. 189 Abs. 1 lit. a

BV die Beurteilung von Streitigkeiten wegen Verletzung von Bundesrecht übertragen. Dabei ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivil- und Zivilprozessrechts nach Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes. Aus diesem Kontext ergibt sich, dass es in erster Linie Aufgabe des Bundesgerichts ist zu entscheiden, was von der überlieferten Praxis bewährt im Sinne von Art. 1 Abs. 3 ZGB ist und was nicht, denn es gehört nach dem Gesagten zu seiner Kernaufgabe, für eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts im Land zu sorgen. Es ist den Mitgliedern der Gerichte aller Instanzen folglich zwar durchaus erlaubt, sich privat zu Rechtsfragen zu äussern. Am Gericht ist ihre Rolle aber eine andere: Besonders die Richterinnen und Richter der ersten und zweiten Instanz, letztlich aber auch die einzelnen Bundesrichterinnen und Bundesrichter, haben sich bei ihrer Tätigkeit an die klaren Anweisungen von Verfassung und Gesetz zu halten. Es wäre nicht nur anmassend, sondern nach dem Gesagten widerrechtlich, nur seine persönliche Meinung als «bewährt» zu betrachten oder allein gestützt auf diese Praxisänderungen zu initiieren.

Das Bundesgericht hat zu letzteren sich und damit auch den Vorinstanzen Regeln mit auf den Weg gegeben: Danach lässt sich eine Änderung der Praxis regelmässig nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die – vor allem im Interesse der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (BGE 147 III 14 E. 8.2; BGE 144 III 209 E. 3.2; BGE 143 IV 9 E. 2.4; BGE 137 III 352 E. 4.6 S. 360; BGE 136 V 313 E. 5.3.1; BGE 136 III 6 E. 3 mit Hinweisen). Schaut man sich den zuletzt genannten Entscheid näher an, hat sich das Bundesgericht erst zur Einführung des Regressrechts des Haftpflichtversicherers auf Kausalhaftpflichtige entschlossen, als die starke Kritik in der Lehre bereits zu Aktivitäten des Gesetzgebers geführt hatte. Ähnlich verhielt es sich in Zusammenhang mit dem lange Zeit nur sehr zurückhaltend bejahten Rechtsschutzinteresse an einer negativen Feststellungsklage als Mittel gegen eine ungerechtfertigte Betreibung (BGE 141 III 68, zur negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO, die inzwischen vom Gesetzgeber erweitert wurde um eine parallele Klagemöglichkeit nach Art. 85a

SchKG). Die – auch nachfolgend näher zu beleuchtende – Praxisänderung zur zulässigen Rendite bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen erfolgte demgegenüber vor dem Hintergrund von historisch tiefen Kapitalmarktsätzen, welche bei der Einführung der alten Rechtsprechung so nicht voraussehbar waren (s. BGE 147 III 14, BGer 4A\_554/2019 v. 26.10.2020, E. 8.2; dazu auch TH. KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht im Jahr 2021, ZBJV 2022, S. 285 ff. und 290 ff.).

3.2 Weiter sind insbesondere die Klägerinnen 1 darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Vergleichsgesprächen keine «Steilpässe» liefert (Prot. S. ...) und dass es in diesem Rahmen auch nicht seine Aufgabe ist, sich abschliessend zur Klage zu äussern. Verfehlt sind Bemerkungen wie diejenige des klägerischen Rechtsvertreters in (...), das Gericht habe sich zu diesem oder jenen Punkt noch nicht geäussert. Einschätzungen in Vergleichsgesprächen haben vorläufigen Charakter, wie die anwaltlich vertretenen Klägerinnen sehr wohl wissen und auch im vorliegenden Verfahren vom Gericht gehört haben. Dies gilt umso mehr für Einschätzungen im Rahmen einer Hauptverhandlung nach einer wie hier unbegründet eingereichten Klage, bei welcher das Gericht keine Gelegenheit zu einer fundiert vorbereiteten Analyse hatte. Eine Äusserung des Gerichts zur Sache können die Parteien unter Vorbehalt ihres Gehörsanspruchs und des daraus fliessenden Überraschungsverbotens erst im Urteil erwarten, nicht vorher. Wer argumentiert wie die Klägerinnen, setzt sich dem Verdacht aus, vor den Schranken des Gerichts nicht Recht zu suchen, sondern Politik zu betreiben. Das geht nicht an, auch nicht vor dem Hintergrund des Rechts der Parteien, ihren Standpunkt pointiert zu formulieren.

Kündigungsschutz und Mietzinsgesetzgebung haben im Übrigen auch nicht die Funktion, «soziale Biotope» zu erhalten, sondern sollen im Interesse der Wohnbevölkerung Missbräuchen entgegenwirken, die meist aus Zwangslagen entstehen – nicht mehr und nicht weniger.

#### 4. Prozessuale Punkte

##### 4.1 Zuständigkeit und Verfahrensart. Verzicht auf das Schlichtungsverfahren bei der Mietzinsanfechtung. Soziale Untersuchungsmaxime

Das angerufene Gericht ist zur Behandlung der vorliegenden Klagen betr. Kündigungsschutz und Mietzinsanfechtung unbestrittenermassen örtlich und sachlich zuständig (Art. 33 f. ZPO; § 21 GOG). Anwendbar ist für beide Klagen das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. b ZPO). Bezüglich der Anfechtung der Mietzinserhöhung vom 10. Dezember 2021 haben die Parteien bei einem Streitwert der isoliert betrachteten Mietzinsanfechtungsklage von Fr. 229'200.– (Fr. 955.– pro Monat x 12 x 20) gültig auf das Schlichtungsverfahren verzichtet (...; Art. 199 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht stellt den Sachverhalt gestützt auf Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO von Amtes wegen fest. Es hat durch Fragen und Hinweise darauf hinzuwirken, dass die Parteien den Sachverhalt vollständig vortragen. Sind sie wie hier anwaltlich vertreten, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung am Platz. Dies gilt nicht, wo es um bekannte Tatsachen geht, denn diese sind nach Art. 151 ZPO nicht beweisbedürftig. In gleicher Weise kann das Gericht von Amtes wegen Beweise abnehmen, soweit es an der übereinstimmenden Darstellung beider Seiten erhebliche Zweifel hat (Art. 152 ZPO). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime im Bereich des sozialen Prozessrechts im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO, insbesondere BGE 141 III 569 E. 2.3, stellt im Übrigen keine Abkehr von der Praxis zu aArt 274d Abs. 3 OR dar. Das Gericht kann daher nach wie vor und unabhängig von der Beteiligung von Anwälten den für die Rechtsanwendung notwendigen Sachverhalt vervollständigen, soweit er erkennbar unvollständig vorgetragen wird, sämtliche Akten berücksichtigen und selbst Kenntnisse verwenden, die es von Dritten hat (etwa aus dem Internet) sowie Beweise erheben, ohne grundsätzlich an die Darlegungen und Beweisangebote der Parteien gebunden zu sein. Dies bedeutet z.B. zwar nicht, dass die Gerichte von sich aus Vergleichsobjekte zur Bestimmung der Orts- und Quartierüblichkeit zusammenzutragen hätten, aber sehr wohl, dass sie auch ohne Antrag die Überzeugungskraft von Vergleichsangeboten mittels notorischer Indikatoren wie dem GIS-Browser des Kantons Zürich hinterfragen können (ZMP 2021 Nr. 11, Mietgerichtsentscheid E. 2.2.2).



#### 4.2 Rechtsschutzinteresse der Klägerin 1.2

Die Beklagte lässt wie erwähnt einwenden, aus dem Umstand, dass die Klägerin 1.2 nicht mehr im Mietobjekt wohne, ergebe sich ihr fehlendes Rechtsschutzinteresse, weshalb insoweit auf die Kündigungsschutzklage nicht einzutreten sei.

In der Tat hat das Bundesgericht im Fall, der BGE 143 III 15 zugrunde lag und einen komplexen Sachverhalt betraf, dem nicht mehr im Objekt wohnenden Ehemann und Mitmieter seiner Gattin das Rechtsschutzinteresse an der Kündigungsschutzklage abgesprochen. Bemerkenswert ist, dass die entsprechenden Erwägungen, die im Internet in E. 3 und 4.4 des Urteils 4A\_293/2016 vom 13. Dezember 2016 zu finden sind, keinen Eingang in die amtliche Entscheidsammlung gefunden haben, so dass zumindest fraglich ist, ob sich das Bundesgericht bereits grundsätzlich äussern wollte und die Praxis schon als gefestigt gelten kann. Allerdings hat das Bundesgericht an der Aussage als solche in einem obiter dictum des Urteils 4A\_282/2021 vom 29. November 2021 festgehalten, wenn auch mit Einschränkungen: Die verstorbene Mieterin hatte zwei Söhne. Der eine hatte die gemietete Wohnung zusammen mit seiner Mutter benützt und lebte darin im Zeitpunkt der Kündigung allein. Der andere Sohn war seit vielen Jahren unauffindbar und für verschollen erklärt worden und hinterliess seinerseits zwei Söhne, die damit neben ihrem Onkel Miterben und daher auch Mitmieter geworden waren (vgl. Art. 560 ZGB). Nach der Kündigung des Vertrages durch die Vermieterin focht der überlebende Sohn die Kündigung an, fasste aber entgegen der mit BGE 140 III 598 begründeten Rechtsprechung seine nicht an der Klage beteiligten Neffen nicht mit ins Recht. Das Bundesgericht verneinte in der Folge die Aktivlegitimation des Klägers. Es wiederholte dabei zunächst zwar, dass den nicht in der Wohnung lebenden Personen kein Rechtsschutzinteresse an der Kündigungsschutzklage zukomme. Das gelte aber, so das Gericht weiter, nicht un-besehen (a.a.O., E. 4.6.2):

«Si un héritier dispose d'un intérêt digne de protection pour agir en annulation du congé et que la demande est ainsi recevable, il faut encore examiner si tous ses cohéritiers, conjoints nécessaires, sont bel et bien impliqués à la procédure d'un côté ou de l'autre de la barre. En effet, si certains héritiers - devenus parties au contrat de bail - ne peuvent invoquer les art. 271 s. CO pour contester la résiliation du bail, il n'en demeure pas moins que le sort de l'action en annulation du congé introduite par leur cohéritier peut affecter leur situation juri-

dique. Ils peuvent notamment avoir intérêt à ce que le bail prenne fin afin de ne plus être tenus solidairement de payer le loyer. La décision relative à l'annulation du congé doit dès lors leur être opposable raison pour laquelle l'héritier qui dispose d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 59 al. 2 let. a CPC ne peut pas être l'unique partie au procès contre le bailleur (FRANÇOIS BASTONS BULLETTI, note relative à l'arrêt 4A\_347/2017, in CPC Online, newsletter du 24 mai 2018). A défaut, on risquerait d'aboutir à des situations insatisfaisantes, dans l'hypothèse où un congé contesté avec succès par un seul des hoirs entraînerait le maintien du bail, mais où le jugement rendu ne serait pas opposable aux autres héritiers non parties à la procédure judiciaire. Un tel cas de figure soulèverait divers problèmes juridiques épineux, au rang desquels figurent notamment le point de savoir si les héritiers non parties à la procédure et opposés à la poursuite du bail demeureraient liés par celui-ci, la question du maintien éventuel de la responsabilité solidaire de tous les héritiers à l'égard de la partie bailleuse s'agissant notamment des dettes de loyer ainsi que les compensations éventuelles à opérer au sein de la communauté héréditaire (DENIS PIOTET, note relative à l'arrêt rendu le 21 janvier 2016 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, in JdT 2016 III 96). Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans de nombreux arrêts, dont certains ont été publiés, tous les cotitulaires d'un bail doivent nécessairement être parties à la procédure en annulation du congé d'un côté ou de l'autre de la barre (ATF 146 III 346 consid. 2.2; 140 III 598 consid. 3.2; arrêts 4A\_69/2021 du 21 septembre 2021 consid. 3.1; 4A\_347/2017, précité, consid. 3.1; 4A\_689/2016 du 28 août 2017 consid. 4.1). Au vu de ce qui précède et pour les motifs susmentionnés, il y a lieu d'admettre que les membres de la communauté héréditaire, cotitulaires du bail, doivent nécessairement être parties à l'instance pour que le juge puisse statuer valablement sur la demande en annulation du congé.»

Nicht zu bestreiten an diesen Erwägungen ist, dass die Kündigungsschutzklage sämtliche am Vertrag Beteiligten tangiert und dass aus materiellrechtlichen Gründen sichergestellt werden muss, dass das (Gestaltungs-) Urteil ihnen allen entgegengehalten werden kann, namentlich was die fortbestehende Haftung für den Mietzins und die übrigen Mieterpflichten angeht. Aus Sicht der Vermieterin kommt es nicht infrage, das Rechtsverhältnis als Folge einer Kündigungsschutzklage nur auf den im Objekt weilenden Vertragspartner zu begrenzen, denn dies hätte eine unzulässige subjektive Spaltung des gemeinsamen Mietvertrages zur Folge. Allerdings gilt dieser Einwand auch aus Sicht der beteiligten Mieterinnen und Mieter: Es ist aus mietvertraglicher Optik keineswegs zwingend, dass alle Mietenden die Sache selber benutzen, wie etwa aus dem Recht zur Untervermietung in Art. 262 OR hervorgeht. Die Idee, einem Mitmieter beim Kündigungsschutz ein Einzelklagerecht zuzugestehen, beruht auf der Überlegung, dass Sozialrechte letztlich in der Persönlichkeit wurzeln, so dass das Recht einer Mieterin, eine Kündigung anzufechten oder eine

Erstreckung des Mietverhältnisses zu verlangen, nicht von der Mitwirkung ihrer Mietpartner an der Klage abhängig gemacht werden darf (zum Konzept des Kündigungsschutzes als Einzelrecht trotz notwendiger Streitgenossenschaft s. WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, Diss. Zürich 1993, S. 184 ff.). Auf der anderen Seite haben aber auch diese Mietpartner durchaus und regelmässig eigene Interessen in Zusammenhang mit einer Kündigungsschutzklage. So können nach Auflösung einer Wohngemeinschaft die fortbestehenden Pflichten aus dem Vertrag für den ausziehenden Partner zu einer nicht zu unterschätzenden Belastung führen, welche die Möglichkeit begrenzt, sich ein neues Objekt zu verschaffen oder ein solches über längere Zeit zu halten. Der Einbezug des Mitmieters auf Beklagtenseite hatte zumindest bei der erstmaligen Formulierung des Vorschlags in der Literatur nicht allein den Zweck, vor Gericht eine einheitliche Behandlung des Vertragsverhältnisses als Ganzes zu bewirken. Mit dem Einbezug auf Beklagtenseite ist es der nicht an einer Weiterführung des Mietverhältnisses interessierten Mietpartnerin nämlich auch möglich, ihr Interesse an der raschen Beendigung des Mietverhältnisses in das Verfahren einzubringen, was zu einer kürzeren Mieterstreckung führen kann, als wenn nur die Interessen der Vermieterin der klagenden Mieterin entgegengehalten werden müssten (dazu WEBER, a.a.O., S. 192). In der Lehre wurde im Übrigen zur höchstrichterlichen Rechtsprechung korrekt angemerkt, sie leide insofern an einem Widerspruch, als sie zur Konsequenz hätte, dass bei fehlendem Rechtsschutzinteresse von nicht selber im Objekt lebenden Mietenden auf eine Klage der «nicht wohnenden» Mitmieterin nicht einzutreten, die Klage der «wohnenden» Mitmieterin aber mangels Einbezug aller Mitmieterinnen ins Verfahren abzuweisen wäre (TH. KOLLER, a.a.O., ZBJV 2022, S. 313 ff. und 315).

Aus diesen Gründen erweist sich die – weder langjährige noch gefestigte oder in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts enthaltene – Rechtsprechung, einem das Mietobjekt nicht selber benützenden Partner der Mietergemeinschaft das Rechtsschutzinteresse an der Klage zu versagen, nicht als bewährt im Sinne von Art. 1 Abs. 3 ZGB. Im Gegenteil tangiert eine Klage auf Kündigungsschutz oder Erstreckung die rechtlich geschützte Position aller Mitmieter in schwerwiegender Weise, auch und gerade, wenn sie das Objekt nicht selber benützen. Ihnen ist daher auch die Beteiligung am Verfahren zu ermöglichen. Das heisst nicht, dass die Tatsache ihres Auszugs für den Entscheid keine Rolle spielen würde, denn sowohl ein

krasses Interessenmissverhältnis beim Kündigungsschutz im engeren Sinn als auch eine Härte im Hinblick auf eine Erstreckung setzt voraus, dass zumindest einzelne Partner noch auf das gemietete Objekt angewiesen sind. Der Entscheid darüber hat aber auf der Sachebene zu erfolgen und nicht auf derjenigen des Prozessrechts.

Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin 1.2 ist daher im vorliegenden Fall zu bejahen. Es war und ist ihre Sache, ob sie sich an der Klage der Klägerin 1.1 beteiligen und die aus ihrer Unterstützung möglicherweise resultierenden Folgen tragen, ob sie sich als Beklagte ins Recht fassen lassen und ihr finanzielles Risiko begrenzen oder ob sie durch eine Unterziehungserklärung dem Verfahren fernbleiben will, mit hin mit einer Erklärung, das Urteil so gegen sich gelten zu lassen, wie auch immer es lauten mag.

## 5. *Materielle Behandlung der Klage*

### 5.1 Kündigungsschutz und Mietzins-Missbrauchsgesetzgebung

#### 5.1.1 Kündigungsschutz

Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 271 Abs. 1 OR). Dies ist der Fall, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem erheblichen Missverhältnis zueinander stehen. Zu beachten sind zunächst die aus dem allgemeinen Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben entwickelten Kriterien. Es ist zu fragen, ob auch ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner in der gleichen Situation zur Kündigung gegriffen hätte (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Art. 271a OR konkretisiert und erweitert die Grundnorm von Art. 271 OR. Der Katalog anfechtbarer Kündigungen in Art. 271a OR bestätigt, dass das Gesetz eher von positiven Loyalitätskriterien und vom Sozialschutzgedanken ausgeht, denn vom negativ geprägten Missbrauchs begriff (BGE 131 III 33 E. 3.2). Massgeblich sind selbstverständlich auch die Kriterien, die in Zusammenhang mit dem Verbot (offensichtlichen) Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB entwickelt worden sind, wobei Offensichtlichkeit in Art. 271 OR gerade nicht vorausgesetzt wird (statt vieler ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271 OR N 56). Anfechtbar sind daher neben nutzlosen oder gar schikanösen

Kündigungen auch solche, die Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens oder schonungsloser Rechtsausübung sind. Nicht jedes Interessenmissverhältnis genügt allerdings für eine Ungültigerklärung einer Kündigung. Nach der Konzeption des Gesetzes bleibt es grundsätzlich bei der Kündigungsfreiheit und es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die kündigende Partei ihr eigenes Interesse über diejenigen der gekündigten Partei stellt, solange jenes Interesse nur auch tatsächlich vorhanden ist (CHK-HULLIGER/HEINRICH, 3. A., Art. 271-271a OR N 3 f.; Mietrecht für die Praxis (MPra)-THANEI, 10. A., Zürich 2022, S. 887). Das Gesetz kennt denn auch keinen Katalog gültiger Kündigungsgründe.

Massgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung (BGE 142 III 91 E. 3.2.1; BGer 4A\_435/2021 v. 14. 2.2022 E. 3.1.3; KUKO OR-BLUMER, Art. 271/271a N 16). Laut Bundesgericht obliegt es grundsätzlich dem Empfänger der Kündigung zu beweisen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Verstoss gegen Treu und Glauben gegeben sind, mithin darzutun, dass die Kündigung ohne schützenswerten oder gar aus einem verpönten Grund erfolgte; der Kündigende hat jedoch redlich zur Wahrheitsfindung beizutragen und die Kündigung auf Ersuchen hin zu begründen (vgl. Art. 271 Abs. 2 OR und Art. 8 ZGB; BGE 138 III 59 E. 2.1). Da es sich beim Grundsatz von Treu und Glauben um einen Rechtsbegriff handelt, sind diejenigen Tatsachen zu beweisen, die auf einen Verstoss gegen diesen Grundsatz schliessen lassen (BGer 4A\_345/2007 v. 8.1.2008 E. 2.4.3). Die kündigende Partei ist an die von ihr gegebene Begründung der Kündigung grundsätzlich gebunden (BGer 4A\_342/2007 vom 2.11.2007 E. 2.2.1) und muss den Kündigungsgrund zumindest glaubhaft machen (BGer 4A\_518/2010 v. 16.12.2010 E. 2.4.1). Eine trotz entsprechendem Begehren unvollständig gebliebene oder falsche Begründung stützt sich nach der neueren Rechtsprechung im Allgemeinen nicht auf ein schutzwürdiges Interesse und kann zur Ungültigerklärung der Kündigung führen (BGE 140 III 496 E. 4.1; ZMP 2019 Nr. 7 E. 4.1.2). Zwar ist die Begründung der Kündigung nicht Gültigkeitserfordernis. Sie kann insbesondere noch während des Verfahrens geliefert, ergänzt oder präzisiert werden. Auf der faktischen Ebene hat die Begründungspflicht jedoch oft eine zentrale Bedeutung: Wird im Laufe des Verfahrens ein ganz anderer Grund genannt als noch in der Kündigung selbst, oder bleibt der angegebene Grund vage und pauschal, obwohl der kündigenden Partei nähere Angaben bei Ernsthaftigkeit des genannten Motivs möglich sein

müssten, so kann dies ein Indiz dafür bilden, dass die Kündigung ohne schützenswertes Interesse erfolgt ist (BGE 143 III 344 E. 5.3.3-4, zur Kündigung wegen umfassender Sanierung der Sache; ebenso Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG170019-O v. 9. 3.2018, E. 4.2 und E. 7.2; ZMP 2020 Nr. 2 und 2018 Nr. 3). Dieser Massstab gilt aber auch umgekehrt: Eine während des gesamten Verfahrens konstante und nachvollziehbare Begründung spricht für die Lauterkeit der angegebenen Motive.

### 5.1.2 Mietzinsanfechtung

Will die Vermieterin den Mietzins bei der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen erhöhen, so muss sie dies der Mieterin gemäss Art. 269d OR auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen. Damit die Mieterin selber den Vertrag kündigen kann, wenn sie mit der Erhöhung nicht einverstanden ist, muss ihr die Erhöhungsmitteilung mindestens 10 Tage vor Beginn der Kündigungsfrist zugestellt werden. Die Mitteilung ist nichtig, wenn die Vermieterin sie nicht begründet oder wenn sie mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht. Die gesetzliche Regelung ist älter als der 1990 erweiterte Kündigungsschutz und beruht im Kern auf einer notrechtlichen Regelung aus dem Jahr 1972. Der gesetzliche Mietzinsanpassungsmechanismus ersetzt die sog. Änderungskündigung, welche im klassischen Vertragsrecht die einzige Möglichkeit bildet, gegen den Willen der Gegenpartei eine Vertragsänderung zu erreichen: Die Vermieterin beendet dabei den Vertrag mittels einer vertraglich vorgesehenen Kündigung und bietet der Mieterin einen neuen Vertrag mit veränderten Konditionen an, welchen die Mieterin ablehnen kann, dadurch aber auch ihr Benützungrecht für die Sache verliert. Der Zweck der gesetzlichen Regelung besteht klar darin, ein Verfahren zu schaffen, welches eine Kündigung als Mittel zur Mietzinsanpassung ausschliesst, der Vermieterin aber unter den materiellen Bedingungen der Missbrauchsgesetzgebung einen dem allgemeinen Vertragsrecht unbekanntem Anspruch auf Mietzinserhöhung einräumt (ZK-HIGI/WILDISEN, Vorbem. zu Art. 269 - 270e OR N 151; SVIT-Komm.-ROHRER B., Art. 269d OR N 1 und 3; BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 1). Die Mieterin soll nicht unter Kündigungsdruck über die Erhöhung verhandeln müssen (CPra-Bail-MARCHAND, Art. 269d OR N 4).

Für die Bestimmung des zulässigen Mietzinses sieht das Gesetz besonders in Art. 269 und 269a OR eine Reihe von Anpassungskriterien vor, absolute, die eine Bestimmung des Mietzinses unabhängig von der früheren Gestaltung erlauben und relative, die das Ausmass der erlaubten Anpassung im Vergleich zum früheren Mietzins anzeigen. Absolute Kriterien sind einerseits die Nettorendite gemäss Art. 269 OR, die laut der neuen Praxis des Bundesgerichts bei einem Referenzzins (s. dazu Art. 12a VMWG) von weniger als 2 % maximal 2 % über dem Referenzzins liegen darf (BGE 147 III 14 = Pra 2021 Nr. 16), die kostendeckende Bruttorendite bei neueren, d.h. maximal 10 Jahre alten Bauten nach Art. 269a lit. c OR, die auf einer ähnlichen Überlegung fusst, deren Satz aber so anzusetzen ist, dass die Rendite auch die Liegenschaftskosten abdeckt (BGE 116 II 594 E. 7b), und die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete i.S.v. Art. 269a lit. a OR i.V.m. Art. 11 VMWG. Anerkannt ist, dass die Renditeberechnung, soweit sie zu zuverlässigen Resultaten führt, Vorrang hat vor der Vergleichsmiete (BGE 124 III 310 E. 2 = Pra 1998 Nr. 173). Liegt der Erwerb der Liegenschaft jedoch mehr als 30 Jahre zurück, so kommt der Vergleichsmiete Priorität zu, denn nur so lassen sich unrealistische Resultate vermeiden (BGE 147 III 14 E. 4.2 = Pra 2021 Nr. 16; BGE 141 III 569 E. 2.1.2 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 139 III 13 E. 3.1.2 = Pra 2013 Nr. 105). Vergleichsmiete und Renditeberechnung unterscheiden sich zwar grundlegend. Sie weisen zueinander aber insofern einen Bezug auf, als die Vergleichsmiete auch Ausdruck des Üblichen und damit vermutungsweise auch eines vernünftigen Geschäftsgebarens bezogen auf die angestrebte Rendite ist. Das Gesetz schafft diesen Bezug ebenfalls und erklärt einen offensichtlich übersetzten Kaufpreis als nicht massgeblich für eine Renditeberechnung (Art. 269 OR, zweiter Teilsatz). Art. 10 VMWG kodifiziert dazu die von der Rechtsprechung entwickelte Regel, dass ein Kaufpreis dann offensichtlich übersetzt ist, wenn er den Ertragswert einer Liegenschaft berechnet auf den orts- und quartierüblichen Mietzinsen für gleichartige Objekte erheblich übersteigt. Da sowohl eine Renditeberechnung – namentlich bezüglich der Unterhaltskosten – als auch die Bestimmung einer Vergleichsmiete immer bezogen auf das gemietete Objekt durchzuführen sind (zur Renditeberechnung BGE 147 III 14 E. 7.1 und 8.5; BGer 4A\_288/2020 v. 13.1.2021, E. 5.1; BGE 125 III 421 E. 2d = Pra 2000 Nr. 30; BGE 123 III 171 E. 6b = Pra 1997 Nr. 123; BGE 120 II 100 E. 6c; BGE 116 II 184),

ist es entgegen dem Wortlaut der Verordnungsbestimmung und entgegen der Auffassung der Beklagten nicht erforderlich, den Kaufpreis für die gesamte Liegenschaft auf seine Übersetztheit zu prüfen. Es ist auch möglich, das Resultat der Renditerechnung für das betroffene Objekt direkt zu vergleichen mit Objekten, die nach Lage, Grösse, Zustand, Ausstattung und Bauperiode mit dem Mietobjekt vergleichbar sind. Erheblich überschritten ist der zulässige Ertrag, übersetzt mithin der Kaufpreis, wenn der Ertragswert des gemieteten Objekts berechnet auf dem Kaufpreis mehr als 10 % über der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete liegt. Der Hinweis der Beklagten auf BGE 117 II 77 = Pra 1994 Nr. 12 [E. 3a/bb] (Prot. S. 65) ist nicht einschlägig, denn dort hat das Bundesgericht einen Vergleich zwischen Kaufpreis und Anschaffungskosten angestellt und nicht zwischen dem Ertragswert der Sache gestützt auf den Kaufpreis und der Vergleichsmiete. Das Bundesgericht setzte sich seither soweit ersichtlich noch nicht näher mit der zulässigen Abweichung auseinander, nahm aber Abweichungen von der Vergleichsmiete im Bereich von nur 10 - 20 % nicht zum Anlass für eine Korrektur (BGer 4A\_276/2011 v. 11.10.2011, E. 5.2.4 und 5.5 = JdT 2012 II 113). Zuschläge von mehr als 10% scheinen problematisch, da die Vergleichsmiete schon eine Bandbreite berücksichtigt und zudem wie erwähnt Abbild des Verhaltens vernünftiger und korrekter Marktteilnehmer ist (CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 269–269a N 14).

Nicht direkt mit der Unterscheidung zwischen den skizzierten absoluten und relativen Anpassungskriterien (insbes. Kostensteigerungen, Mehrleistungen, Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital, vgl. Art. 269a lit. b und e OR) zu tun hat die Unterscheidung zwischen der relativen und absoluten Methode: Erstere besagt, dass während des Mietverhältnisses nicht voraussetzungslos eine von der bisherigen Mietzinsgestaltung völlig unabhängige Neuberechnung des Mietzinses erfolgen darf. Die Methode wurde vom Bundesgericht zunächst für Senkungsbegehren der Mieterseite angewandt, da die Anfangsmietzinsanfechtung befristet ist, so dass es dem Mieter nur zu erlauben ist, sich auf Veränderungen zu berufen, die seit dem Mietbeginn eingetreten sind. Für Mietzinserhöhungen ist es zum gleichen Ergebnis gekommen gestützt auf die strikte Begründungspflicht in Art. 269d OR und den Grundsatz von Treu und Glauben. In beide Richtungen ist also grundsätzlich davon auszugehen, dass der zuletzt festgesetzte Mietzins dem Vermieter sowohl



einen zulässigen als auch einen genügenden Ertrag verschafft. Haben sich die Verhältnisse seit dem Mietbeginn oder seit der letzten Mietzinserhöhung, in welcher sich kein Vorbehalt i.S.v. Art. 18 VMWG findet, nicht innerhalb einer statistisch relevanten Periode verändert, so können beide Parteien keine von Grund auf neue Mietzinsberechnung verlangen, sondern sich nur auf die inzwischen eingetretenen Veränderungen berufen, primär also auf die relativen Anpassungsgründe, d.h. auf Kostenveränderungen i.S.v. Art. 269a lit. b und d–f oder aber auf die Veränderung des angerufenen absoluten Anpassungsgrundes seit der letzten Mietzinsfestsetzung (BGE 142 III 568 E. 1.2 = Pra 2017 Nr. 93; BGE 141 III 569 E. 2.1.1 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 133 III 61 E. 3.2.2.2 = Pra 2008 Nr. 4; BGE 126 III 124 E. 2a = Pra 2000 Nr. 186; BGE 124 III 67 E. 3; BGE 122 III 257; BGE 121 III 163 E. 2c und d; BGE 120 II 100 E. 2; BGE 120 II 302 E. 6b; BGE 118 II 124; BGE 118 II 130; BGE 117 II 161; BGE 117 II 452 E. 4 und 5; BGE 117 II 458; BGE 106 II 166 E. 4; BGE 106 II 356 E. 3; BGer, 9.7.2002, 4C.291/2001, E. 2b und 3b; vgl. ZK-HIGI/WILDISEN, Vor Art. 269–270e N 161 ff., Art. 269 N 482 ff.; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 662 ff.). Als statistisch relevant genügt jedenfalls ein Intervall von nur neun Monaten seit der letzten Mietzinsfestsetzung nicht (BGE 118 II 130); auch ein solches von 4 ½ Jahren erweist sich als unzureichend (BGer 4C.291/2001 v. 9.7.2002 E. 3b), ja u.U. selbst ein solches von acht Jahren (BGer 4C.34/2007 v. 15.5.2007 E. 3.1.2; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a N 9). Als hinreichend erachtet wurde aufgrund der konkreten Umstände aber auch schon ein Zeitraum von gut sieben Jahren (BGer 4A\_669/2010 v. 28.4.2011 E. 5.2). Die Praxis unterscheidet dabei auch nach den Gründen für die Abweichung: Während bei der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete ein Zeitraum von fünf bis sieben Jahren seit der letzten vorbehaltlosen Mietzinsfestsetzung für eine Neuurteilung nach absoluter Methode genügen wird, bedarf es bei einer kostenmässigen Fehlberechnung eines wesentlich längeren Zeitraums (BGE 118 II 124 E. 6). Im Urteil 4C.291/2001 v. 9.7.2002 E. 3b wurden dabei 13 Jahre als ausreichend bezeichnet.

Die relative Methode gilt grundsätzlich nur zwischen den konkreten Vertragsparteien bzw. deren Universalsukzessoren. Eine uneingeschränkte Neuberechnung nach absoluter Methode ist möglich bzw. nötig bei einer Neuvermietung (BGE 147 III 14 E. 4.1 = Pra 2021 Nr. 16; BGE 120 II 240). Während des Mietverhältnisses

sind primär Situationen relevant, bei denen die Finanzierungsgrundlage des Mietobjekts sich verändert hat. Wichtigster Anwendungsfall ist der Verkauf der Mietsache (BGE 120 II 302; BGer 4C.291/2001 v. 9.7.2002 E. 2b/gg), denn Art. 269 OR erlaubt grundsätzlich die Neuberechnung des Mietzinses aufgrund des ausgehandelten Kaufpreises (BGE 147 III 14 E. 5.1 und 7.2.2 = Pra 2021 Nr. 16; BGE 141 III 245 E. 6.3 = Pra 2016 Nr. 33).

### 5.1.3 Kündigung zum Zwecke der Ertragsoptimierung

In Konkretisierung der allgemeinen Regel von Art. 271 Abs. 1 OR, wonach die Kündigung mit Treu und Glauben vereinbar sein muss, verbietet Art. 271a Abs. 1 lit. b OR eine Kündigung der Vermieterin mit dem Zweck, eine Mietzinsanpassung oder eine einseitige Vertragsänderung durchzusetzen. Schon wenige Jahre nach Inkrafttreten des geltenden Mietrechts entschied das Bundesgericht, dass beide Bestimmungen dem Vermieter nicht untersagen, eine Kündigung auszusprechen, um statt vom aktuellen Mieter von einem Dritten einen höheren Mietzins verlangen zu können. Es verband dies jedoch mit dem Vorbehalt, dass der Vermieter im Kündigungsschutzverfahren darzutun habe, dass er berechtigt sei, einen Mietzins zu erzielen, der nach absoluter Methode nicht missbräuchlich sei (BGE 120 II 105 = Pra 1995 Nr. 144; bestätigt in BGE 136 III 74 E. 3.1 = Pra 2010 Nr. 86 sowie in diversen nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden, s. nachfolgend). Später hat es klargestellt, dass die Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters nicht gleichzusetzen sei mit der objektiven Beweislast, die grundsätzlich beim Mieter liege (BGer 4A\_448/2009 v. 1.2.2010 E. 2.2). Soweit ersichtlich gelang es der Vermieterseite dabei bislang kaum je aufzuzeigen, dass unter Beachtung der absoluten Mietzinsfestsetzungskriterien des OR ein erheblich höherer Mietzins zu erzielen wäre bei der Vermietung an eine Drittperson (BGer 4A\_211/2015 v. 8.12.2015 E. 2 und 3, 4A\_397/2013 v. 11.2.2014 E. 3.5 und 4-6; 4A\_448/2009 v. 1.2.2010 E. 2.3, 4A\_472/2007 v. 11.3.2008 E. 2 [anders als das Bundesgericht hatte hier die Vorinstanz die Kündigung noch für gültig erklärt], 4C.61/2005 v. 27.5.2005 E. 4). Einzig im Urteil 4C.343/2004 v. 22.12.2004 E. 2.1 und 3 verhielt es sich anders: Obwohl die Vergleichsobjekte nicht allen Vergleichskriterien genügten, war die Differenz des ermittelten Quadratmeterpreises im Vergleich zum geltenden Mietzins so frappant, dass die Kündigung sich als gültig erwies. Im Urteil 4A\_211/2015 v. 8.12.2015 ergab

sich zwar, dass nach absoluter Methode ein höherer Mietzins zu erzielen gewesen wäre. Da der Unterschied aber nur Fr. 75.– pro Jahr ausgemacht hätte, wurde die Kündigung dennoch für ungültig erklärt. Auch der BGE 136 III 74 zugrunde liegende Fall kam ein zweites Mal vor Bundesgericht, welches die Kündigung mit Urteil 4A\_612/2012 v. 19.2.2013 mangels Nachweises eines höheren Vergleichsmietee-Niveaus durch den Vermieter für missbräuchlich erklärte (a.a.O., E. 3).

Das Gericht hatte daher bisher keinen triftigen Anlass, den ersten Leitentscheid BGE 120 II 105 zu hinterfragen, wie die Klägerinnen 1 richtig vorbringen, jedenfalls soweit sich dies aus dem jeweiligen Sachverhalt der Urteilsbegründungen schliessen lässt. Als der genannte Leitentscheid erging, existierten überdies zur Frage kaum Stellungnahmen in der Lehre. Das Bundesgericht wusste sich bei seiner Entscheidung zudem im Einklang mit der damaligen Lehre (BGE a.a.O., E. 3a/bb). Auch der von den Klägerinnen 1 zitierte Beitrag im Basler Kommentar enthielt eine Kritik an der Gültigkeit solcher Kündigungen nicht vor der 2. A. im Jahr 1996, also zwei Jahre nach dem Entscheid. Der Verfasser der 1. A. erkannte in einer Kündigung zur Ertragsoptimierung ähnlich wie BARBEY und die damals noch nicht offengelegten Verfasser der 1. A. des SVIT-Kommentars im Prinzip keine Treuwidrigkeit (BSK OR I-ZIHLMANN, 1. A., Basel 1992, Art. 271a N 10). Selbst die Autoren der damaligen 3. A. des vom Mieterverband herausgegebenen Mietrechts für die Praxis (LACHAT/STOLL) brachten einzig einen Vorbehalt an, wonach kein krasses Interessenmissverhältnis vorliegen dürfe (a.a.O., S. 343).

Dies dürfte damit zu tun gehabt haben, dass bereits die Mietzinsmissbrauchs-gesetzgebung vor der Mietrechtsrevision 1990 Kündigungsschutzvorschriften enthielt, die aber nur sektorielle Wirkung hatten. So erklärte Art. 18 Abs. 3 des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) Kündigungen für nichtig, welche «im Zusammenhang mit Mietzinserhöhungen» ausgesprochen wurden. Das Bundesgericht nahm in BGE 120 II 105 wie die von ihm zitierten Autoren wohl an, dass der neue Kündigungsschutz daran nichts ändern sollte. Immerhin wies das höchste Gericht darauf hin, dass bis zum 1. Juli 1990 kein Anlass bestanden hatte die Frage zu prüfen, denn bis dahin gab es mit Ausnahme der explizit auf den Kontext einer Mietzinserhöhung begrenzten Regelung des BMM (vgl. dazu BGE 115 II 83 E. 4c und 4d) keinen Kündigungsschutz, wogegen das neue Mietrecht «contrairement à l'ancien (ATF 99 II 50 consid. 1 et les références),

ne se désintéresse pas des motifs de la résiliation du bail» (BGE 120 II 105 E. 3b/aa). Die damalige Lehre hatte auch noch keinen Bezug gesehen zur relativen Methode, welche nach den vorstehenden Erwägungen u.a. und besonders bei Mietzinserhöhungen just neben der strengen Begründungsobliegenheit nach Art. 269d OR ganz zentral auch auf dem Grundsatz von Treu und Glauben basiert und welche im Übrigen bis 1972 zurückreicht und damit wesentlich älter ist als der allgemeine Schutz von Treu und Glauben bei Kündigungen, der erst 1990 im Gesetz verankert wurde. BARBEY betrachtete Art. 271 Abs. 1 OR – anders als das Bundesgericht damals wie heute – ausschliesslich aus dem Blickwinkel des Rechtsmissbrauchsverbots von Art. 2 Abs. 2 ZGB, auch wenn er anerkannte, das im Rahmen von Art. 271 Abs. 1 OR ein offensichtlicher Verstoss nicht erforderlich ist für eine Ungültigerklärung der Kündigung (BARBEY, Commentaire du droit du bail, Chapitre III: Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, Genf 1991, Art. 271-271a OR N 28 und 30).

BGE 120 II 105 wurde in der Literatur unterschiedlich aufgenommen. Nach BISANG stimmt die Lösung des Bundesgerichts mit einer verfassungskonformen Auslegung der Missbrauchsgesetzgebung überein, auch wenn sie «nicht zum guten Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien» beitrage. Zur genannten Lösung müsse letztlich nur wegen der zu strengen Vorbehaltspraxis des höchsten Gerichts gegriffen werden, welche die Korrektur einer unzureichenden Rendite auf lange Jahre verunmögliche. Es drohten aber Doppelspurigkeiten, weil der neue Mieter den Anfangsmietzins ungeachtet des Urteils im Kündigungsschutzverfahren anfechten könne. Zu relativieren seien die bundesgerichtlichen Ausführungen zur Beweislast: Lege der Vermieter getreu seiner Mitwirkungsobliegenheit die sachdienlichen Unterlagen vor und behaupte der Mieter einen übersetzten Kaufpreis, so sei es getreu BGE 114 II 366 am Mieter, diesen Einwand zu beweisen (BISANG, Kündigung zur Erzielung höherer Mieten, MRA 0/94, S. 26 ff. und 28). Kritisiert wurde der Leitescheid zuerst von ZIHLMANN, allerdings mit der nach dem Gesagten in dieser Form unzutreffenden Begründung, Kündigungen zur Vermietung an einen Dritten zum Zwecke der Ertragsoptimierung seien gemäss Art. 18 Abs. 3 BMM und BGE 115 II 83 generell nichtig gewesen, wenn sie in einer direkten Beziehung zur einer Mietzinserhöhung gestanden seien (ZIHLMANN, Das Mietrecht, 2. A., Zürich 1995, S. 212 Fn. 35).

Die aktuelle Lehre ist gespalten. Ein gewichtiger Teil der Autorinnen und Autoren hat sich dem Bundesgericht angeschlossen, etwa mit der Begründung, die Absicht, die Sache einer anderen Person zu vermieten, sei auch dann nicht unanständig, wenn sie zum Zwecke der Ertragsoptimierung verfolgt werde, solange nur ein nicht missbräuchlicher Ertrag angestrebt werde (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271 N 60, 69 und 71 f. sowie Art. 271a N 80; CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 271-271a OR N 8; CPra Bail-CONOD, Art. 271 N 17 f. sowie Art. 271a OR N 19; wohl auch HAP-Immobilienmietrecht-HOFSTETTER, Rz. 3.32 und Fn. 70). CONOD befürwortet explizit einen weniger strengen Massstab bei der Beurteilung der Gültigkeit einer Kündigung zur Ertragsoptimierung als bei der Prüfung einer Mietzinserhöhung, besonders was den Nachweis der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete angeht (Art. 271 OR N 18 S. 1139). Kritik erfährt die Rechtsprechung aus zwei Richtungen: So wird postuliert, dass ungeachtet der Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters ganz generell der Mieter die Beweislast dafür zu tragen habe, dass der von einem Dritten zu erzielende höhere Mietzins missbräuchlich sei (SVIT-Kommentar-FUTTERLIEB, Art. 271 N 43 sowie Art. 271a N 20). Andere Autoren erachten die Ertragsoptimierungskündigung als Verstoss gegen Treu und Glauben. Einerseits beruhe die relative Methode bei Mietzinsanpassungen auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Der Vermieter, der zuerst durch eine vorbehaltlose Mietzinserhöhung zum Ausdruck bringe, sein Ertrag aus der Sache sei ausreichend, verhalte sich widersprüchlich, wenn er die Kündigung damit begründe, dies sei nicht der Fall. Zudem durchkreuze die Rechtsprechung zur Ertragsoptimierung zumindest den Zweck der Missbrauchsregelung im Bereich des Mietzinses, welche Kündigungen als Mittel zur Erzielung höherer Mietzinse verunmögliche, und schaffe geradezu einen systemwidrigen Anreiz für Vermieterkündigungen (Mietrecht für die Praxis/THANEI, a.a.O., S. 893 ff. [wie erwähnt in Abweichung zur noch von LCHAT/STOLL bearbeiteten 3. A. des genannten Werks]; GIRÓN, Die missbräuchliche Kündigung von Wohn- und Geschäftsraummiete, unter besonderer Berücksichtigung von Nutzungsänderungs-, Renovations-, Leerverkaufs- und Ertragsoptimierungskündigungen, Jusletter 25.8.2014, Rz. 92-94; KOLLER/BÜHLER, ZBJV 1995, S. 412 ff.; KOLLER, ZBJV 2006, S. 417 ff.; KOLLER/MAUERHOFER, ZBJV 2010, S. 71 ff. [jeweils in Kommentierung schon zitierter Bundesgerichtsurteile]; grundlegend KOLLER, Wertungswidersprüche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mietrecht, ZBJV 2020, S. 1 ff. und 3 ff., sowie

unter dem Aspekt der neuen Praxis zur zulässigen Nettorendite KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020, ZBJV 2021, S. 483 f.; BSK OR I-WEBER, Art. 271-271a N 16). Von den Befürwortern der Zulässigkeit der Ertragsoptimierungskündigung nimmt einzig FUTTERLIEB zu dieser Kritik Stellung und argumentiert ganz ähnlich wie BISANG, die relative Methode verhindere im laufenden Mietverhältnis gerade die Berufung des Vermieters auf einen ungenügenden Ertrag und lasse dem Vermieter keine andere Wahl als eine Kündigung (a.a.O., Art. 271a OR N 20).

#### 5.1.4 Spielraum für eine Praxisänderung?

Die Klägerinnen weisen darauf hin, dass das Bundesgericht in der neuesten, wenn auch nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Praxis erstmals auf die von diversen Autorinnen und Autoren formulierte Kritik an der Praxis zur Ertragsoptimierungskündigung Bezug genommen hat, und zwar mittlerweile gleich in zwei Entscheidungen (BGer 4A\_69/2021 v. 21.9.2021 E. 4.1.3 und 4A\_448/2021 v. 11.4.2022 E. 3.1.1). In beiden Fällen brauchte es aber nicht näher darauf einzugehen, denn im älteren Entscheid hatte es wie die Vorinstanzen angenommen, die Zugabe des Mieters, dass der Mietzins unter dem Marktpreis («prix du marché» bzw. «loyer du marché», BGer 4A\_69/2021 v. 21.9.2021 E. B.b und 4.1.1) liege, entbinde die Vermieterin nicht von der Aufgabe zu behaupten und darzulegen, dass sie von einem Dritten einen nach absoluter Methode nicht missbräuchlichen Mietzins verlangen könne, der über dem vom Mieter zu bezahlenden liege. Im zweiten Fall war es der Vermieterin mangels ausreichender Vergleichsobjekte nicht gelungen darzutun, dass die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete, die von einem Dritten zu erzielen wäre, über dem von den Mieterinnen entrichteten liegen dürfte. Das Bundesgericht lehnte es dabei explizit ab, der Vermieterin einen erleichterten Nachweis der Vergleichsmiete wie im Fall zu gestatten, dass das Gericht einen Anfangsmietzins zu bestimmen hat, weil eine natürliche Vermutung für die Missbräuchlichkeit des vereinbarten Mietzinses spricht und ohne gerichtliche Festsetzung des Mietzinses eine Vertragslücke droht (BGer 4A\_448/2021 v. 11.4.2022 E. 4.3, letzter Absatz).

Wie erwähnt (vorn Ziff. 3) genügt es für eine Änderung der Rechtsprechung nicht, dass eine abweichende Lösung einer bestehenden Praxis vorzuziehen wäre. Ge-

wiss ist es unter einem systematischen und teleologischen Blickwinkel problematisch, dass der Vermieter sein Ziel eines genügenden Ertrags auf dem Weg einer Kündigung besser erreichen kann als mit einer Mietzinserhöhung im bestehenden Mietverhältnis, und zwar obwohl die Schranken für eine Mietzinserhöhung letztlich auf dem gleichen Grundsatz von Treu und Glauben fussen wie auch die Frage der Missbräuchlichkeit einer Kündigung mit dem gleichen Zweck. Dies gilt umso mehr, als die gemäss Rechtsprechung zulässige Drohung des Vermieters, den Vertrag zur Weitervermietung an einen Dritten zu einem höheren Zins zu kündigen, den Mieter letztlich vor eine ähnliche Situation stellt wie eine doch vom Gesetz gerade verpönte Änderungskündigung, denn damit zu argumentieren, dass die Anwendung der absoluten Methode mehr hergibt als den zwischen den Parteien geltenden Mietzins, schafft für die Mieterin denselben Druck nachzugeben wie eine echte Änderungskündigung, wenn auch mit der gewichtigen Einschränkung, dass es für die Vermieterin im drohenden Prozess keine leichte Aufgabe ist, die Zulässigkeit einer Mietzinserhöhung nach absoluter Methode darzutun.

Mit dem gleichen Recht können die Befürworter einer liberaleren Rechtsprechung umgekehrt gegen die geltende Praxis einwenden, es sei zumindest ungereimt, wenn der Vermieter trotz grundsätzlicher Beweislast des Mieters für die Elemente einer missbräuchlichen Kündigung im Ergebnis darzutun habe, dass er nach absoluter Methode von einem Dritten einen höheren, nicht missbräuchlichen Mietzins verlangen könnte, wo doch selbst im Prozess um die Anfechtung des Anfangsmietzinses durch den Dritten dieser für das genannte Thema die Beweislast trägt und die Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters dort nicht derart extensiv interpretiert wird wie bei der Kündigung zur Ertragsoptimierung.

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass das Bundesgericht neue Wege gehen wird. Dabei kann aber nicht übersehen werden, dass für ein systematisch und teleologisch befriedigendes Ergebnis mehrere Eckpfeiler der bestehenden Rechtsprechung angepasst werden müssten: Auch die Vertreter der Auffassung, wonach reine Ertragsoptimierungskündigungen grundsätzlich missbräuchlich seien, räumen ein, dass es im schweizerischen Recht keinen *numerus clausus* gültiger Kündigungsgründe gibt. So ist etwa anerkannt, dass eine Kündigung des angehenden Veräusserers der Mietsache gültig ist, der dem ins Auge gefassten Käufer möglichst rasch die Eigennutzung ermöglichen will (ZMP 2019 Nr. 9, in letzter Instanz bestätigt

mit Urteil des Bundesgerichts 4A\_315/2019 v. 9.9.2019), ebenso die Kündigung zum Zwecke der Nutzung der Sache durch eine Konzern-Schwestergesellschaft der Vermieterin (ZMP 2018 Nr. 11, wo auch die Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich und des Bundesgerichts wiedergegeben sind).

Eine Praxisänderung zur Harmonisierung von Kündigungs- und Mietzinsschutz müsste überdies auch Auswirkungen auf die Rechtsprechung zur relativen Methode haben: Will man unter dem Aspekt von Treu und Glauben eine Fernwirkung dieser Methode auf den Kündigungsschutz bejahen, müsste insbesondere dem Vermieter im Gegenzug wohl auch ermöglicht werden, Anpassungen an die absoluten Kriterien in einem im Vergleich zur geltenden Praxis sehr viel kürzeren Abstand zur letzten vorbehaltlosen Mietzinsfestsetzung verlangen zu können, denn der Grundsatz der Kündigungsfreiheit müsste seinerseits auf den Missbrauchsschutz im Mietzinsbereich zurückwirken (so eine der in der Lehre vorgeschlagenen Varianten, vgl. KOLLER, a.a.O., ZBJV 2020, S. 5). Anbieten würde sich ein Zeitraum von drei Jahren seit der letzten vorbehaltlosen Mietzinserhöhung, während der weder eine Kündigung zur Ertragsoptimierung noch eine weitere Mietzinserhöhung gestützt auf die absolute Methode möglich wäre. Dieser Vorschlag beruht punkto Dauer nicht etwa auf den Internet-Recherchen des Rechtsvertreters der Beklagten zum Ausdruck «langjährig» (Prot. S. 15 und 39; dazu auch hinten Ziff. 5.2.1), sondern auf der Überlegung, dass drei Jahre im Immobiliarmarkt durchaus als statistisch relevante Spanne betrachtet werden können, während derer sich das wirtschaftliche Umfeld für gewöhnlich so stark bewegt, dass sich auch eine umfassende Neubeurteilung des Mietzinses rechtfertigt. Zudem kann sich die Frist auch an Art. 271a Abs. 2 OR orientieren: Zwar ist klar, dass allein der Abschluss eines Mietvertrags oder eine vorbehaltlose und vom Mieter akzeptierte Mietzinserhöhung mangels vorausgegangenen Streites keine Sperrfrist auszulösen vermag. Die vertrauensbildende Funktion, welche die Frist hat, kann jedoch durchaus als zeitlicher Rahmen dafür dienen, wie lange der Mieter auf die Annahme vertrauen darf, der Vermieter erziele mit dem im Vertrag vereinbarten oder mit einer vorbehaltlosen Erhöhung festgelegten Mietzins einen genügenden Ertrag. Während der Spanne von drei Jahren wäre demzufolge wie gesagt eine Ertragsoptimierungskündigung missbräuchlich, ebenso eine Mietzinserhöhung nach absoluter Methode, danach wäre eine Kündigung unnötig, da dem Vermieter die Mietzinsanpassung nach absoluter Methode offen stünde.



Geht es dem Vermieter umgekehrt um die Vermietung an eine ihm aus welchen Gründen auch immer näher als der Mieter stehende Drittperson, wäre die Kündigung unter Vorbehalt eines erheblichen Interessenmissverhältnisses gültig.

Aber es müsste auch eine inhaltliche Neuausrichtung der Missbrauchsgesetzgebung geprüft werden, wenn das Ergebnis einer Praxisänderung justiziabel sein und vor allem eine echte Abstimmung der Bestimmungen von Kündigungsschutz und Mietzinsanfechtung bewirken soll: Wie gezeigt hat die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete als Anpassungskriterium letztlich eine überragende Bedeutung, denn sie dient nicht nur bei der Mietpreisbestimmung bei Altbauten als vorrangiges Kriterium, sondern über Art. 269 OR und Art. 10 VMWG auch als Korrektiv für einen Kaufpreis, der in einem überhitzten Immobilienmarkt zustande gekommen ist. Dies würde bedingen, in der Praxis möglichst eine Beweislosigkeit der Vergleichsmiete zu vermeiden (ähnlich SVIT-Kommentar-B. ROHRER, Art. 269a OR N 5). Einen möglichen Weg zeichnet bereits die geltende Gesetzgebung vor: Nach Art. 11 Abs. 4 VMWG sind amtliche Statistiken bei der Ermittlung der Vergleichsmiete zu berücksichtigen. Es kann keinen Zweifel geben, dass der Bundesrat hier im Sinne von Art. 253a Abs. 3 OR eine zulässige Ausführungsvorschrift zum offenen Begriff des orts- und quartierüblichen Mietzinses im Sinne von Art. 269a lit. a OR geschaffen hat. Das Bundesgericht verlangt allerdings in ständiger Praxis, dass solche Statistiken die gleichen Kriterien abbilden müssen wie die in Art. 11 Abs. 1 VMWG für konkrete Vergleichsobjekte genannten (zuletzt im Urteil 4A\_448/2021 v. 11.4.2022 E. 3.1.2). Ob das nach geltendem Recht richtig ist, scheint allerdings als fraglich: Die Verordnung zum BMM (VMM) enthielt keine solche Vorschrift (ZIHLMANN, Das Mietrecht, a.a.O., S. 147). Zwar existierte die heutige Bundesgerichtspraxis schon zur Zeit des BMM. Die Kodifikation der Pflicht zur Berücksichtigung amtlicher Statistiken scheint jedoch gerade deshalb nicht bedeutungslos, denn auch dem Bundesrat müssen sowohl die Beweisschwierigkeiten beim Nachweis der Vergleichsmiete mittels konkreter Objekte als auch die beschränkte Leistungsfähigkeit von Statistiken bewusst gewesen sein. Dass er die Berücksichtigung dennoch anordnete, kann nur den Sinn haben, amtliche Statistiken trotz ihrer beschränkten Tragweite als Grundlage zur Ermittlung der Vergleichsmiete zuzulassen und damit die Beweislosigkeit des Kriteriums wenn immer möglich zu vermeiden, auch wenn zur

Interpretation zusätzlich eine gerichtliche Ermessensbetätigung bezüglich des Ergebnisses der Statistik erforderlich ist. Die strengen Vergleichskriterien nach Art. 11 Abs. 1 VMWG dienen im Übrigen vorab dazu, die fehlende statistische Relevanz von nur fünf Objekten zu korrigieren, die noch dazu von den Parteien gezielt in ihrem Interesse ausgewählt werden. Bei einer amtlichen Statistik stellt allein schon die grosse Zahl der erhobenen Daten sicher, dass solche Verzerrungen ausbleiben, so dass die Vergleichskriterien durchaus weniger streng gehandhabt werden können, gerade was die für den Wert eines Objekts zwar massgeblichen, aber nicht vorrangigen Kriterien der Bauperiode, der Ausstattung und des Zustands der Sache betrifft. Der Ansatz der bisherigen Rechtsprechung läuft darauf hinaus, dass Art. 11 Abs. 4 VMWG toten Buchstabe bleiben müsste. Das darf dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Ein Ansatz zu einer Präzisierung der Rechtsprechung könnte daher sein, zumindest qualitativ hochwertige Statistiken wie die Mietpreis-Strukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 ([https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Statistik/Publikationsdatenbank/analysen/A\\_001\\_2008.pdf](https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Statistik/Publikationsdatenbank/analysen/A_001_2008.pdf), 26. Juli 2022; ZMP 2020 Nr. 5, E. 3.2.4; ZMP 2019 Nr. 11 E. 4.4.2) als taugliche Basis dafür zu nehmen, dass sie in Verbindung mit einer gerichtlichen Ermessensbetätigung hinsichtlich der nicht oder nicht direkt erfassten Kriterien eine natürliche Vermutung für das konkrete Vergleichsmietniveau schaffen. Vergleichsobjekte der Parteien könnten sich so zwar nach wie vor auf die Beurteilung auswirken, wären aber nicht mehr allein von entscheidender Bedeutung für den Verfahrensausgang.

Besser als die Strukturerhebung 2006 kann man eine Statistik qualitativ mit vernünftigem Aufwand kaum machen: In Ziff. 1 ist die Erhebungsmethode genau beschrieben. Als standardisierte Nebenkosten werden nur Heiz- und Warmwasserkosten erhoben, so dass klar ist, dass übrige Betriebskosten in der Statistik beim Nettomietzins zum Ausdruck kommen (Ziff. 1.3). Die Statistik unterscheidet zwischen dem gemeinnützigen und dem privaten Markt (Ziff. 2.2). Sie differenziert die Preise für die 22 Stadtquartiere Zürichs und gibt gar Informationen zu Unterquartieren. Weiter differenziert sie zwischen den Wohnungsgrössen und rundet halbe Zimmer ab. Sodann arbeitet sie durchwegs mit dem sog. 95%-Vertrauensintervall: Die in Ziff. 7.2 angegebenen Quadratmeterpreise pro Monat bilden folglich innerhalb der Unter- und Obergrenze 95 % aller erhobenen Mietobjekte ab, so dass klar ist, dass

Raum bleibt für die Beurteilung von potentiellen Ausreissern nach unten wie nach oben und Gewähr für die Elimination solcher Erscheinungen zur Vermeidung einer verzerrenden Wirkung des statistischen Ergebnisses. Die Lagekriterien lassen sich verfeinern durch den Beizug des GIS-Browsers des Kantons Zürich (<https://maps.zh.ch>, 26. Juli 2022), etwa mit den Karten Lageklassen und Strassenlärm. Dies erlaubt eine Einordnung der Objekte innerhalb des 95%-Vertrauensintervalls und setzt eine gerichtliche Ermessensbetätigung voraus, die leicht zu bewältigen ist, etwa aufgrund von Fotos der Sache oder einem Augenschein. Sogar um die Ausstattungskriterien haben sich die Schöpfer der Strukturhebung gekümmert, wenn auch nicht objektscharf (Ziff. 7.3). Immerhin wird aus den erfolgten Erhebungen deutlich, dass Mietwohnungen, mit geringfügigen Abweichungen nach der Grösse, durchwegs einen tiefen Ausstattungsindex aufweisen, so dass dem Kriterium kaum eine entscheidende Bedeutung zukommt, wobei Besonderheiten beim konkreten Mietobjekt durch die Gerichte innerhalb oder in besonderen Fällen auch ausserhalb des 95%-Vertrauensintervalls berücksichtigt werden könnten. Die Statistik ist zwar nicht aktuell, und eine neuere Statistik wie die wesentlich kleinere Strukturhebung 2013 bis 2017 leidet gerichtsnotorisch an erheblichen qualitativen Mängeln, denn die erhobenen Daten sind auch nach Einschätzung von Statistik Stadt Zürich schon wegen der Methode der nicht verifizierbaren Befragung in Zusammenhang mit einer Volkszählung über mehrere Perioden hinweg nicht verlässlich und weisen punkto Quadratmeterzahlen pro Quartier auch keine taugliche Detaillierung auf (vgl. ZMP 2021 Nr. 11 E. 2.2.1, ZMP 2020 Nr. 5, Obergerichtsentcheid E. 9.7; ZMP 2019 Nr. 11 E. 4.4.2). Anhand des Mietpreisindex der Stadt Zürich (<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/mietpreise/mietpreisindex/mietpreisindex.html>, 26. Juli 2022) kann die Entwicklung seit der Strukturhebung 2006 im Übrigen nachvollzogen werden, so dass im Ergebnis ein durchaus aktuelles und damit taugliches Instrument vorliegt (a.a.O., MG E. 2.2.3, insbes. die städtische Grafik auf S. 20, die zeigt, dass der Index die Mietpreisentwicklung auch abbildet, soweit sie auf Neuvermietungen beruht).

Auf diese Weise könnte die Mietzins-Missbrauchsgesetzgebung harmonischer ins übrige Mietrecht, namentlich in den Kontext des Kündigungsschutzes eingepasst werden. Damit würde auch der Kritik in der Lehre der Wind aus den Segeln ge-

nommen, die der Rechtsprechung zur natürlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit eines Anfangsmietzins und zu deren Erschütterung seit BGE 147 III 431 gleich aus mehreren Richtungen entgegen gebracht wird (vgl. KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021, ZBJV 2022, S. 285 ff. und 305; DECURTINS, Präzisierung der Beweiswürdigung beim Anfangsmietzins von Altbauten, mp 2021, S. 279 ff. und 293; GIAVARINI, MRA 2021, S. 126 ff. und 140; JEANNIN, Fardeau de la preuve pour la contestation du loyer initial d'un immeuble ancien, Newsletter bail.ch Juli 2021, Ziff. III; vgl. zum Thema auch BIERI, La preuve des loyers usuels lors d'une contestation du loyer initial, AJP 2021, S. 1042 ff.). Nach wie vor erscheint die Missbrauchsgesetzgebung als Fremdkörper im Mietrecht, da die Regelung des BMM 1990 mangels politischen Konsenses über die nötigen Verbesserungen mehr oder weniger unverändert ins OR übernommen wurde, eine Regelung, die ihrerseits im Jahre 1972 eilig im Rahmen von Notrecht geschaffen werden musste, als die Folgen der Aufhebung der Mietpreiskontrolle 1970 sichtbar geworden waren. Seit 1990 genommene Anläufe der Politik zur Behebung der Mängel sind bekanntlich alle gescheitert.

Dass das Bundesgericht zurzeit eine derart weitreichende Anpassung plant, ist der zitierten Rechtsprechung jedoch nicht zu entnehmen und kann entgegen der Auffassung der Klägerinnen auch nicht aus der Ankündigung in den beiden neuesten Entscheiden abgeleitet werden, man werde sich mit der Kritik in der Lehre bei Gelegenheit auseinandersetzen. Immerhin ist zuzugeben, dass insbesondere die Praxisänderung in der Frage der Nettorendite (BGE 147 III 14) eine Tragweite hatte, die in der Zeit seit 1990 ihresgleichen sucht. Während aber dort der seit einigen Jahren herrschende tiefe Referenzzins zumindest vorübergehend ein Niveau erreicht hat, welches der Gesetzgeber von 1972 oder auch von 1990 wohl nie für möglich gehalten hätte, ist am Problem der Ertragsoptimierungskündigung wirklich neu einzig just die geänderte Rechtsprechung zur zulässigen Rendite, wie KOLLER zutreffend festgehalten hat (ZBJV 2021, S. 483 f. sowie ZBJV 2022, S. 295; geradezu prophetisch schon die Ausführungen des genannten Autors noch vor der Publikation von BGE 147 III 14 in ZBJV 2020, S. 5 f.): Anders als bei der grossen Mehrzahl der Fälle in der Vergangenheit besteht heute gerade in Ballungsgebieten wie dem Raum Zürich die Gefahr, dass diese Art von Kündigung einen unerwünschten

Aufschwung nimmt. Wo dies hinführen kann, zeigt der vorliegende Fall zwar exemplarisch, wie noch zu zeigen ist. Der Unterschied ist aber ein rein quantitativer, und dies dürfte für eine Praxisänderung nicht ausreichen, jedenfalls soweit sie über die hier skizzierte vermehrte Berücksichtigung der amtlichen Statistiken hinausgeht. Angesichts der qualitativ klaren und eindeutigen Praxis, die das Bundesgericht seit 1994 verfolgt hat, kommt es aus rechtsstaatlicher Sicht nicht infrage, dass eine erste Instanz nach fast 30 Jahren aus Gründen, die längst bekannt sind, darüber hinweg geht. Diese Aufgabe ist vielmehr nach den einleitend umschriebenen Grundsätzen in einer solchen Konstellation – wenn überhaupt – dem Bundesgericht als Wächter über die einheitliche Handhabung des Bundesrechts vorbehalten. Den Klägerinnen steht es frei, den Instanzenweg zu beschreiten.

## 5.2 Anwendung auf den vorliegenden Fall

5.2.1 Soweit die Mieterinnen geltend machen, ihnen sei im Rahmen der Verhandlungen über den Mietzins im Jahre 2018 ein langfristiges oder längerfristiges Mietverhältnis zugesichert worden, insbesondere von Z1 als Vertreter der Erbengemeinschaft, kann offen bleiben, wie es sich damit genau verhält: Was langfristig bzw. längerfristig genau bedeuten soll, vermögen auch die Mieterinnen nicht zu konkretisieren. Sie begnügen sich mit dem an sich zutreffenden Hinweis, der Kontext sei sehr entscheidend. Es sei etwas anderes, ob ein Baurechtsvertrag, ein Geschäfts- oder Wohnungsmietvertrag oder ein Profivertrag eines Fussballers langfristig sei. Was das aber in Wochen, Monaten oder Jahren genau heissen soll, bleibt ihr Geheimnis und erweist sich damit nicht als «einigermassen substantiiert», wie sie geltend machen, sondern im Gegenteil als gänzlich unsubstantiiert. Es ist auch nicht die Aufgabe eines (alsdann auf Ausforschung gerichteten) Beweisverfahrens zu eruieren, was genau im Rahmen der Verhandlungen mit den Rechtsvorgängern der Vermieterin alles gesagt wurde. Vielmehr setzt eine Beweisabnahme auch unter der Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime konkrete Behauptungen zum Gesagten voraus, jedenfalls wie einleitend erwähnt (Ziff. 4.1) bei anwaltlich vertretenen Parteien. Aus den rechtsgenügend behaupteten und dokumentierten Verhandlungen 2018 oder dem in der Folge abgeschlossenen Mietverhältnis geht gerade keine feste Mindestdauer hervor, und zwar obwohl es das Mietrecht durchaus zulassen würde, dass nur die Vermieterseite sich mit einer längeren Mietdauer bindet, die

Mieterseite dagegen nicht. Nichts davon wurde im Mietvertrag vom 27. März 2018 vereinbart, im Gegenteil: Wie die Beklagte zu recht vortragen lässt, wurde klipp und klar ein unbefristetes Mietverhältnis mit Kündigungsmöglichkeiten mit der gesetzlichen Mindestfrist und auf die drei Quartalstermine Ende März, Juni und September vereinbart, während die dafür vorgesehene Rubrik «Mindestdauer» leer blieb. Auch die weiteren von den Mieterinnen angeführten Elemente sprechen jedenfalls nicht für ihren Standpunkt. Dass die Beklagte im Kaufvertrag zwischen ihr und den früheren Eigentümern in dessen Ziff. 8 Abs. 3 auf das ausserordentliche Kündigungsrecht nach Art. 261 Abs. 2 (lit. a) OR verzichtet hat, könnte – wie die Beklagte zu recht einwenden liess – rechtlich nur Bedeutung erlangen, soweit der integral übernommene Mietvertrag vom 27. März 2018 nicht ohnehin eine Kündigung «mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin» erlauben würde, und zwar ohne dass die Beklagte Eigenbedarf hätte geltend machen müssen (vgl. dazu auch ZMP 2019 Nr. 9).

Eine gewisse Langfristigkeit kann dem vorliegenden Mietvertrag im Übrigen durchaus attestiert werden. Zwar kann man für eine Mindestdauer von drei Jahren bestimmt nicht auf die (nicht hinreichend spezifizierte) Recherche des Rechtsvertreters der Vermieterin im Internet abstellen (... , mit der Beweisofferte einer Eingabe des Ausdrucks «langjährig» in der Suchmaschine «Google», die unter anderem als Treffer einen Eintrag auf der Seite <https://synonyme.woxikon.de> liefert, gemäss welchem es in zehn Gruppen 268 verschiedene Bedeutungen des Wortes geben soll [6. Juli 2022]), wie die Mieterinnen unter Hinweis auf den Lieblingwitz des Sohnes ihres Rechtsvertreters zu recht ausführen lassen (... «Das Gute am Internet ist, dass jeder seine Meinung sagen darf; das Problem ist, dass es alle machen.»). Allerdings ist nicht zu verkennen, dass der Mietvertrag vom 27. März 2018 nicht nur der Bereinigung der personellen Diskrepanz zwischen den Bewohnerinnen des Objekts und den Mieterinnen laut den damaligen Verträgen diene (vgl. das Schreiben vom 24. März 2018, ...), sondern auch der Lösung des Konflikts um den Mietzins, die inhaltlich aus den im Kern unbestrittenen Memoranden vom 17. Februar und vom 6. und 22. März 2018 hervorgeht. Schon gestützt auf Art. 261 OR, erst recht aber gestützt auf die integrale Übernahme der bestehenden Mietverträge in Ziff. 8 des Kaufvertrages vom 30. September 2019, war die Beklagte wohl auch an die dreijährige Sperrfrist gebunden, welche die getroffene Vereinbarung gestützt auf

Art. 271a Abs. 2 OR zur Folge hatte, jedenfalls soweit man nicht den kritischen Stimmen in der Lehre zu dieser Annahme im Kontext von Art. 261 OR folgen will und überdies den vorliegenden Mietvertrag wegen der Besonderheiten der Konstellation nur als Fortsetzung des ursprünglichen Mietverhältnisses mit der Klägerin 1.1 gemäss Vertrag vom 8. und 11. Juni 2005 betrachtet (act. 1/3/2; vgl. zum Meinungsstand CPra-MARCHAND, Art. 261 OR N 24; ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 261 OR N 22 Fn. 38 [vgl. aber auch Art. 263 OR N 49]; CR CO I-LACHAT, Art. 261 N 8; KUKO OR-BLUMER, Art. 261 N 7; Mietrecht für die Praxis-THANEI, a.a.O., S. 919; BSK OR I-WEBER, Art. 261 N 4 und 12; BGE 118 II 50; gegen einen Übergang der Sperrfrist SVIT-Komm.-FUTTERLIEB, Art. 271a OR N 50). Wie es sich damit genau verhält, kann aber ebenfalls offen bleiben, denn die Sperrfrist war im Zeitpunkt der Kündigung vom 12. April 2021 bereits verstrichen.

5.2.2 Soweit die Mieterinnen geltend machen, die Rechtsvorgängerinnen hätten ihnen mit der getroffenen Vereinbarung über die Mietzinserhöhung auch sinngemäss zugesichert, die Liegenschaft nicht zu verkaufen, kann ihnen ebenfalls nicht gefolgt werden. Aus der insoweit übereinstimmenden Darstellung der Parteien und den Akten geht klar hervor, dass die frühere Eigentümerschaft mit der Einigung die von ihr anvisierten Ziele punkto Mietzins nicht erreicht hatte. Eine wie auch immer geartete Zusage, die Mietliegenschaft nicht zu verkaufen, lässt sich der einzig den Mietzins beschlagenden Vereinbarung nicht entnehmen. Die Mieterinnen werden gehofft haben, mit ihrem Nachgeben einen Verkauf der Liegenschaft abzuwenden. Vertraglich in gültiger Weise abgesichert wurde Derartiges aber nicht, schon gar nicht in einer Art, die der heutigen Vermieterin entgegengehalten werden könnte. Die Beklagte liess zu recht darauf hinweisen, dass ihre Rechtsvorgänger sich explizit für den Fall von Neuvermietungen eine weitergehende Anpassung der Mietzinse im Haus vorbehalten haben.

5.2.3 Sodann ist klar, dass die Vermieterin bei Anwendung der absoluten Methode von einer neuen Mieterschaft durchaus einen substantiell höheren Mietzins erzielen kann als den heute von den Mieterinnen bezahlten. Durch den Verkauf verfügt sie über einen aktuellen Anlagewert, den sie für eine Nettorenditerechnung nach Art. 269 OR verwenden darf. Dieser beträgt laut den belegten Angaben der Vermie-

terin für die ganze Liegenschaft Fr. 9'160'000.–. Auf die umstrittenen Unterhaltskosten braucht nicht eingegangen zu werden, denn schon die nicht substantiiert bestrittenen Fremdkapitalkosten von Fr. 37'600.– pro Jahr (Fr. 9'400.– pro Quartal bei einem Zinssatz von 1.88 %, vgl. ...) auf der Hypothek bei der Zürcher Kantonalbank in Höhe von Fr. 2 Mio. und die Verzinsung des ebenfalls nicht konkret bestrittenen investierten Eigenkapitals von Fr. 7.16 Mio. zu 3 ¼ % pro Jahr oder Fr. 232'700.– erlaubt selbst ohne Berücksichtigung der Kosten der Handänderung bezüglich der Liegenschaft gestützt auf die Nettoenditerechnung, umgelegt nach den unbestrittenen Quadratmeterzahlen der Vermieterin (total 698 m<sup>2</sup>, bei einer Grösse der Wohnung der Mieterinnen von 74 m<sup>2</sup>), einen Jahresmietzins von Fr. 28'656.45 ([Fr. 232'700.– + Fr. 37'600.–] : 698 m<sup>2</sup> x 74 m<sup>2</sup>) oder einen monatlichen Nettomietzins von Fr. 2'388.– und damit einen Mietzins, der ganz erheblich über dem aktuellen von Fr. 1'839.– liegt.

5.2.4 Was die Frage des übersetzten Kaufpreises angeht, sind für diesen Einwand nach der zutreffenden Auffassung von BISANG (MRA 0/94, S. 28; vorn Ziff. 5.1.3) trotz der Mitwirkungsobliegenheit der Vermieterin grundsätzlich die Mieterinnen beweisbelastet. Einen gewissen Argwohn wecken zwar die Angaben der Vermieterin, wonach sie die einzige Interessentin gewesen sein soll, ohne dass ein Bieterverfahren stattgefunden und ohne dass sie auch nur annähernd den von der Maklerin in der Ausschreibung geforderten Preis von Fr. 10'200'000.– bezahlt habe. Dass der öffentlich beurkundete Preis von Fr. 9'160'000.– aber bezahlt wurde, bestreiten auch die Mieterinnen nicht substantiiert und ist im Übrigen angesichts der enormen, von den Verkäufern geschuldeten Grundstückgewinnsteuer von Fr. 1'426'700.–, wie sie aus der Vereinbarung zur Tilgung des Kaufpreises im Kaufvertrag hervorgeht, nicht in Zweifel zu ziehen.

Was die von den Mieterinnen präsentierten Vergleichsobjekte angeht, würde deren Berücksichtigung auch nach ihrem eigenen Standpunkt zu einem Mietzins von brutto Fr. 27.– pro Quadratmeter und Monat führen oder von Fr. 1'998.–. Zieht man von diesem Betrag die vereinbarten Nebenkostenkontozahlungen von Fr. 190.– pro Monat ab, verbleibt ein Vergleichsnettomietzins von Fr. 1'808.–. Da aber nur eine erhebliche Abweichung von der Vergleichsmiete die Annahme erlaubt, der



Kaufpreis sei übersetzt, müssten zu diesem Zins nach den einleitenden Erwägungen 10 % oder Fr. 180.80 hinzugeschlagen werden, woraus sich ein Vergleichswert von Fr. 1'988.80 netto pro Monat ergibt, so dass die Vermieterin auch unter diesem Blickwinkel so oder anders berechnet nach absoluter Methode von einem Dritten legal einen nicht unwesentlich erhöhten Nettomietzins erzielen könnte. Dass die Vergleichsobjekte weder nach Substantiierung noch nach den offerierten Beweisen den strengen Anforderungen der Gerichtspraxis genügen, räumen die Mieterinnen im Übrigen selber ein (... , insbes. ... zur identischen Eigentümerschaft bei den ersten vier Objekten; ungenügend substantiiert oder klar vom Mietobjekt abweichend sind aber auch andere Kriterien, vor allem punkto Ausstattung, Zustand und Bauperiode und teils sogar die Lage im Quartier).

Aber selbst wenn man im Sinne der theoretischen Ausführungen vorn in Ziff. 5.1.4 auf die aktualisierte Mietpreis-Strukturerhebung 2006 abstellen und daraus und gestützt auf eine gerichtliche Ermessensbetätigung eine natürliche Vermutung für den quartierüblichen Mietzins ableiten will, ergäbe sich kein anderes Bild: Zu recht setzen auch die Mieterinnen für diesen Fall gestützt auf die Angaben der Mietpreisstrukturerhebung 2006 für ihre Wohnung im Quartier Oberstrass den Mittelwert von Fr. 22.– pro Quadratmeter ein, denn mit Blick auf die von aussagekräftigen Fotos untermauerte Verkaufsdokumentation ist die Liegenschaft zwar unterdurchschnittlich ausgestattet und unterhalten, aber die Mietwohnung liegt in einem sehr schönen und grosszügig gestalteten Gebäude, welches auch laut der Karte Gebäudealter des GIS-Browsers des Kantons Zürich (<https://maps.zh.ch>) aus dem Jahr 1912 stammt (vgl. ....: «Aussergewöhnlich hohe Räume, wunderschöne Stuckaturen an den Decken, Holztäfer, Fischgratparkett und dekorative Elemente im Stil des Baujahres prägen das historische Ambiente. Die Wohnungen präsentieren sich in gepflegtem Zustand; der aktuelle Innenausbau ist zweckmässig, entspricht jedoch nicht den Anforderungen, die man heute an eine Immobilie an einer so begehrten städtischen Lage stellen würde.»). Stattdessen den unteren Wert des 95 % - Vertrauensintervalls zugrunde zu legen, wie die Mieterinnen dies mit der Begründung theoretisch in den Raum stellen, die Mietsache sei alt und eigentlich fänden sich im Quartier ja nur gute Lagen, verbietet sich schon deshalb, weil sich im Quartier auch die Gebäude an der lärmigen Winterthurerstrasse befinden, während die N.-strasse

selber ruhig und die im Bereich der Mietwohnung abzweigende P.-strasse mit Emissionswerten von 62 dB am Tag und 51 dB in der Nacht ebenfalls noch eher ruhig ist (<https://maps.zh.ch>, Karte Strassenlärm). Wie die Mieterinnen zu recht vortragen lassen, ergäbe sich bei Einsetzung des statistischen Mittelwerts von Fr. 22.– / m<sup>2</sup> bereinigt um den Mietpreisindex der Stadt Zürich und unter Eingliederung der Betriebskosten in den Nettomietzins im Umfang von Fr. 100.– ein von den Mieterinnen bezahlter Nettomietzins nach den aktualisierten Kriterien der Strukturerhebung 2006 von Fr. 1'741.– pro Monat. Sie übersehen dabei aber, dass im vorliegenden Fall die Vergleichsmiete nur zur Überprüfung des Kaufpreises heranzuziehen ist, der lediglich nicht offensichtlich übersetzt sein darf. Dies ist nicht das Gleiche, wie wenn die Vergleichsmiete direkt zu ermitteln ist, etwa weil ein Anfangsmietzins gegenüber dem letzten Mietverhältnis erheblich erhöht wurde, ohne dass ein Verkauf stattfand oder andere Investitionen getätigt wurden oder dass andere Veränderungen dies zu erklären vermöchten. Nicht richtig ist jedenfalls die Behauptung des klägerischen Rechtsvertreters, wonach das Bundesgericht aus einer angestrebten erheblichen Erhöhung des Mietzinses eine Vermutung des übersetzten Kaufpreises ableite. Er nannte dafür denn auch keine Belegstelle. Nach den theoretischen Ausführungen zur Mietzinsanpassung im Nachgang zu einem Verkauf muss der statistische Nettomietzins daher um 10 % erhöht werden, um beurteilen zu können, ob der Erwerb der Mietsache auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruht. Daraus ergibt sich ein Vergleichsnettomietzins von Fr. 1'915.10 und damit ein solcher, der mit einer Differenz von Fr. 913.20 pro Jahr noch immer substantiell über dem aktuell gültigen liegt. Der Kaufpreis für die Liegenschaft mag daher nach dieser Betrachtungsweise zwar übersetzt gewesen sein, aber nicht so sehr, dass ein nicht offensichtlich übersetzter Preis keine erhebliche Mietzinserhöhung mehr gestattet hätte.

So oder anders steht damit fest, dass der aktuelle Nettomietzins nach absoluter Methode in relevanter Weise erhöht werden kann, wenn eine Neuvermietung an einen Dritten erfolgt. Nach den Kriterien der Rechtsprechung stand es der Vermieterin daher grundsätzlich zu, den Mietvertrag zu kündigen.

5.2.5 Die Kündigung kann auch nicht als unnötig bezeichnet werden: Nach der vorbehaltlosen Mietzinserhöhung vom 8. März 2021 war der Vermieterin die Berufung auf absolute Anpassungsgründe nach der geltenden Rechtsprechung auf Jahre hinaus verunmöglicht. Die Mieterinnen machen insoweit zu recht geltend, BGE 147 III 14 sei schon am 26. Oktober 2020 ergangen und in den Medien breit diskutiert worden, so dass der Entscheid der Vermieterin bekannt gewesen sein müsse. Diese wiederum bestreitet dies zwar und macht geltend, erst von Rechtsanwalt C die zulässige Rendite in Erfahrung gebracht zu haben. All dies ist aber irrelevant: Anders als bei den Mieterinnen setzt das Gesetz die Unwissenheit der Vermieterin nicht voraus, was schon daraus folgt, dass es die Vermieterin ist, die die Mieterinnen mit den entsprechenden Formularen bei Nichtigkeitsfolge über ihre Rechte aufzuklären hat. Es lag daher an ihr, sich über die bekannte Rechtsprechung zu informieren, bevor sie eine vorbehaltlose Mietzinserhöhung aussprach.

Dass die Beklagte diese versandt hätte, um einen Kündigungsgrund zu schaffen, machen auch die Mieterinnen nicht geltend. Gegenteilig berufen sie sich selber darauf, mit einer Ertragsoptimierungskündigung würden sie in ihrem berechtigten Vertrauen enttäuscht, dass im Anschluss an die wirksame Erhöhung der Ertrag nach Auffassung der Vermieterin genügend sei. Daran ändert nichts, dass auch die Ausführungen der Vermieterin nicht ganz schlüssig sind: Sie versäumte es nämlich zu substantiieren, wann bzw. aus welchem Anlass sie auf die Idee kam, Rechtsanwalt C überhaupt aufzusuchen und mit der Berechnung der Rendite zu betrauen. Es mag daher sein, dass sie vor dessen Recherchen nicht genau wusste, welches Ausmass eine Mietzinsanpassung gestützt auf den Kaufpreis nach den Massstäben der geänderten Rechtsprechung annehmen könnte und ob eine solche überhaupt möglich wäre. Soweit ihr aber klar war, dass die neue Rechtsprechung von Belang sein könnte, oder soweit sie sich über die Grundlagen nicht gehörig informiert hat, muss sie die Erhöhung und den fehlenden Vorbehalt gegen sich gelten lassen. Wie es sich verhielte, wenn die vorbehaltlose Erhöhung vor Bekanntwerden von BGE 147 III 14 erfolgt wäre, kann offen bleiben.

Im Übrigen zeigt schon das Verhalten der Beklagten im vorliegenden Prozess zusammen mit der unbestrittenen Leerkündigung des ganzen Hauses, dass sie die Erhöhung vom 8. März 2021 keinesfalls oder jedenfalls nicht in der vorliegenden Art

ausgesprochen hätte, wenn ihr klar gewesen wäre, dass sie sich damit möglicherweise die von ihr heute angestrebte – und in den übrigen Wohnungen des Hauses durch Kündigungen und Neuvermietungen offenbar bereits erreichte – massive Mietzinserhöhung verbauen könnte.

Aber selbst wenn es sich so verhalten haben sollte, dass die Vermieterin die vorbehaltlose Erhöhung ausgesprochen haben sollte, um sich vermeintlich einen Kündigungsgrund zu verschaffen, läge allein darin nach der geltenden Rechtsprechung nichts Treuwidriges, denn die Diskrepanz zwischen der Praxis zur Mietzinsgesetzgebung und derjenigen zum Kündigungsschutz lässt auch ein solches Verhalten als legitim erscheinen: Als Erwerberin war die Vermieterin zwar berechtigt, sich bei der Erhöhung vom 8. März 2021 auf den zulässigen Ertrag zu berufen, um einen höheren Mietzins zu erzielen. Es stand ihr aber überdies zu, den Vertrag zu kündigen, sei es nun mit oder ohne die vorausgegangene Erhöhung. Da sie im vorliegenden Prozess mit Erfolg dargelegt hat, dass sie den geltenden Mietzins nach absoluter Methode erhöhen könnte, würde es nicht einmal eine Rolle spielen, wenn ihr mit der Kündigung in Wahrheit verfolgtes Ziel in der Erzielung eines noch über dem Ergebnis einer Nettoenditerechnung liegenden Mietzinses liegen sollte, ein Ziel, das insofern mit dem Gesetz im Einklang steht, als es die Mietnachfolger wären, die innert 30 Tagen seit Mietbeginn den Anfangsmietzins anfechten müssten, um zu verhindern, dass sie an einen – nach welcher Methode auch immer beurteilten – missbräuchlichen Mietzins gebunden bleiben (Art. 270 OR).

5.2.6 Was die Klägerinnen zum Thema Treu und Glauben sonst vorbringen, vermag am Ergebnis nichts zu ändern. Es trifft zwar zu, dass das Bundesgericht Kündigungen zur Ertragsoptimierung nur als grundsätzlich gültig bezeichnet, und gewiss hat man für die Klägerinnen Verständnis, wenn sie sich mit einer Kündigung nur gerade fünf Wochen nach einer vorbehaltlosen Mietzinserhöhung nicht abfinden möchten. Die Ausnahmen beziehen sich aber nach der aktuellen Rechtsprechung gerade nicht auf den Schutz, den der Grundsatz von Treu und Glauben den Mieterinnen im Rahmen der relativen Methode gegen eine Mietzinserhöhung vermittelt, sondern im Wesentlichen auf den Vorbehalt, dass der Mietzins sich nach absoluter Methode bei einer Vermietung an einen Dritten überhaupt muss erhöhen lassen,

damit die Kündigung gültig ist. Dies aber ist nach dem Gesagten der Fall, so dass sich die angefochtene Kündigung als gültig erweist.

Eine Erstreckung verlangen die Klägerinnen nicht und haben Härtegründe auch explizit nicht geltend gemacht. Angesichts ihrer anwaltlichen Vertretung ist eine Mieterstreckung nicht zu gewähren, ohne dass eine weitere Prüfung erforderlich wäre. Als Folge der Vorschrift von Art. 273 Abs. 5 OR ist dies allerdings explizit im Urteil festzuhalten.

Die nur eventuell ausgesprochene und angefochtene Mietzinserhöhung erweist sich bei diesem Verfahrensausgang als obsolet.

#### 6. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

Da Eventualbegehren wie dasjenige bezüglich der Mietzinserhöhung vom 8. März 2021 gemäss Art. 91 ZPO bei der Berechnung des Streitwerts ausser Betracht fallen, ist für denselben einzig das Kündigungsschutzbegehren massgeblich, wobei es für die Berechnung der Kündigungsfrist und der anschliessenden Sperrfrist im Falle eines Obsiegens der Mieterinnen auf den Zeitpunkt des Weiterzugs ans Mietgericht ankommt, genauer auf den Eintritt der Fortführungslast gemäss Art. 65 ZPO. Ausser Acht bleiben daher die Dauer des Schlichtungs- und die mutmassliche Dauer des Gerichtsverfahrens (BGE 144 III 346 E. 1.2; in Bestätigung von ZMP 2017 Nr. 11; s.a. BGE 141 III 137; ebenso DIETSCHY, Bail à loyer et procédure civile, Basel 2018, S. 31 f. und 49; krit. zur Berechnung M. TSCHUDI, SJZ 2018, 324).

Die Zustellung der Klage an die Beklagte erfolgte im vorliegenden Fall am 14. Oktober 2021. Gemäss Mietvertrag wäre von diesem Zeitpunkt an gerechnet eine Kündigung frühestens auf Ende März 2022 möglich gewesen. Unter Einrechnung einer potentiellen Sperrfrist ab dem Kündigungstermin beläuft sich der Streitwert daher abgerundet auf 41 Monatsmietzinse oder Fr. 83'189.–. Da das mit dem vorliegenden Verfahren vereinigte Mietzinsanfechtungsverfahren zusätzlichen Aufwand verursachte, besonders am zweiten Hauptverhandlungstermin, sind Gerichtsgebühr und Parteientschädigung gestützt auf § 4 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (GebV) und auf § 4 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zu erhöhen; als angemessen erweist sich ein Satz von je 20 %. Da es sich beim Prozess um ein Kündigungsschutzverfahren

handelt, dessen Streitwert überdies anhand periodischer Leistungen bestimmt wird, ist umgekehrt praxiskonform eine Ermässigung bei beiden Gebühren um einen Drittel angezeigt (§ 4 Abs. 3 bzw. 7 GebV, § 4 Abs. 3 AnwGebV). Dies führt nach den genannten Tarifen des Obergerichts (dazu auch Art. 96 ZPO) zu einer Gerichtsgebühr von Fr. 6'460.– und zu einer vollen Parteientschädigung von Fr. 8'520.– (inkl. MWSt).

Die Mieterinnen unterliegen vollumfänglich und haben daher sämtliche Kosten zu tragen und der Vermieterin eine volle Parteientschädigung zu entrichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für die von ihnen beantragte Verteilung nach Art. 107 ZPO bleibt kein Raum, denn selbst wenn ihnen die Daten zur Renditeberechnung erst im vorliegenden Verfahren vorgelegen haben sollten (was die Beklagte bestreitet), hat sie die Kenntnis der Grundlagen jedenfalls nicht von ihrem Standpunkt abgebracht und war daher auch nicht kausal für ihre Prozessstrategie. Der Kostenvorschuss der Klägerinnen von Fr. 5'250.– ist zur Deckung der Gerichtskosten zu verwenden; der Fehlbetrag ist von ihnen nachzufordern. Bezüglich sämtlicher Prozesskosten ist ihre solidarische Haftung anzuordnen (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

(...).»

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2022, 32. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;

Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident