

ZMP 2025 Nr. 1

Art. 269a OR; Art. 269d Abs. 3 OR; Art. 270a OR; Art. 270b OR; Art. 257a f. OR; Art. 271a Abs. 1 lit. e OR. Kombination der Anfechtung einer einseitigen Vertragsänderung (Ausscheidung von Nebenkosten) mit einem Begehren um (weitergehende) Mietzinssenkung. Sperrfrist. Nichtigkeit von Klauseln, die bei kündbaren Mietverträgen eine Unterschreitung des Anfangsmietzinses ausschliessen. Überwälzung allgemeiner Kostensteigerungen.

Möchte der Vermieter neu Nebenkosten separat abrechnen, die zuvor im Mietzins enthalten waren, hat er die Änderung nicht nur auf dem Formular nach Art. 269d OR mitzuteilen. Vielmehr muss er in der Begründung auch angeben, welchen Betrag die auszuscheidenden Kosten in der Vergangenheit ausmachten, und er muss den Nettomietzins um den gleichen Betrag senken. Gibt er gleichzeitig eine Mietzinssenkung wegen veränderter Kostenfaktoren weiter, so kann der Mieter gestützt auf Art. 270a Abs. 3 OR gleichzeitig mit der Anfechtung der einseitigen Vertragsänderung eine weitergehende Senkung verlangen, wenn er der Meinung ist, die angebotene Senkung sei unzureichend.

Ob durch das Urteil in einem solchen Verfahren eine Sperrfrist ausgelöst wird oder nicht, ist erst in Zusammenhang mit der Anfechtung einer Kündigung zu entscheiden. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, ob der Vermieter den berechtigten Forderungen des Mieters bezüglich Senkung nachgegeben hat, sobald ihm eine Prüfung aufgrund der besonderen Umstände wegen des weggefallenen Vorverfahrens zumutbar war.

Allgemeine Kostensteigerungen können im Gerichtsverfahren unter Vorbehalt besonderer Umstände nicht aufgrund von Pauschalen überwältzt werden, sondern sind anhand zweier Vergleichsperioden konkret zu substantiieren und nachzuweisen.

Aus dem Urteil des **Mietgerichts Zürich** MJ240057-L vom 3. Februar 2025 (nicht rechtskräftig; Besetzung: Weber, Ebnöther, Bauert; Gerichtsschreiberin Moshir Omer):

«(...)

Das Mietgericht zieht in Betracht:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Der Kläger und sein damaliger Partner X. schlossen am 22. Juni 2004 mit dem Beklagten per 1. Oktober 2004 einen Mietvertrag für das Restaurant «Z.» an der N.-strasse y in Zürich ab. Der Mietzins wurde auf Fr. 4'500.– festgelegt. Die Kündigungsbestimmungen sahen vor, dass der Vertrag im Anschluss an die anfängliche 5-jährige Mindestdauer bis 30. September 2009 alle zwei Jahre auf Ende September gekündigt werden konnte, unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten. Das Vertragsdokument enthält auch eine Zusatzvereinbarung mit dem gleichen Datum wie der Mietvertrag.

Mit Vereinbarung vom 10. August 2009 einigten sich die ursprünglichen Vertragsparteien darauf, dass ab 1. Oktober 2009 nur noch die heutigen Prozessbeteiligten den Vertrag mit allen Rechten und Pflichten weiterführen. Der Mietzins wurde neu auf Fr. 4'650.– pro Monat festgesetzt.

Die Liegenschaft wird für den Beklagten durch seine Tochter verwaltet. Diese teilte dem Kläger mit amtlichem Formular vom 16. September 2023 eine einseitige Vertragsänderung per 1. April 2024 mit. Damit sollten gegen eine Mietzinssenkung um Fr. 274.– neu Nebenkosten aus dem bisherigen Mietzins ausgegliedert werden. Zudem sollte der Nettomietzins wegen des gesunkenen Referenzzinses und unter Verrechnung mit dem Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital und mit den seit 2009 eingetretenen allgemeinen Kostensteigerungen zusätzlich um Fr. 264.– reduziert werden.

1.2 Mit Eingabe vom 10. August 2023 focht der Kläger diese Anpassungen bei der Schlichtungsbehörde an und machte geltend, die Ausscheidung von Neben-

kosten erfolge missbräuchlich und die angekündigte Mietzinssenkung sei ungenügend. Bei der Schlichtungsverhandlung vom 28. August 2024 anerkannte er den Betrag der vom Beklagten ausgeschiedenen Nebenkosten und errechnete bei Nebenkostenakontozahlungen von Fr. 364.– einen neuen Nettomietzins von Fr. 3'742.40, laut Protokoll der Schlichtungsbehörde per 1. April 2004. Weiter verlangte er, die Vertragsänderung vom 20. August 2009 sei für nichtig zu erklären.

Am 2. Oktober 2024 (Poststempel) reichte der Kläger die vorliegende Klage sowie die ihm am 9. September 2024 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde Zürich vom 28. August 2024 ein. Mit Beschluss vom 9. Oktober 2024 wurde die Klage dem Beklagten zugestellt, dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 5'560.– angesetzt und die weitere Prozessleitung dem Vorsitzenden delegiert. Nach Eingang des Vorschusses wurden die Parteien auf den 16. Januar 2025 zur Hauptverhandlung vorgeladen. An deren Ende wurde das Verfahren für spruchreif erklärt.

2. *Parteistandpunkte*

2.1 Der Kläger macht – anders als noch im Schlichtungsverfahren – nicht mehr geltend, die Vertragsänderung vom 10. August 2009 hätte mit amtlichem Formular mitgeteilt werden müssen. Weiter akzeptiert er die Ausscheidung von Nebenkosten, wie sie vom Beklagten vorgenommen wurde. Die angebotene Senkung des Nettomietzinses erachtet er als ungenügend, denn zur Zeit der Vertragsänderung sei der Referenzzins bei 3.25% gelegen und nicht bei 3%. Weiter sei die verrechnete Pauschale für die allgemeinen Kostensteigerung von 0.5% pro Jahr zu hoch; der Kläger akzeptiert nur 0.25%. Zwar erachtet er die Nebenkostenanalyse des Beklagten bezüglich der Hauswart- und Reinigungskosten nicht als stimmig, leitet daraus aber lediglich ab, dass der neue Mietzins anhand des bisherigen Zinses gestützt auf die relativen Kostenfaktoren zu errechnen und hernach um die vorgesehene Akontozahlung von Fr. 364.– pro Monat zu senken sei, welche alle neuen Nebenkosten inkl. Hauswart- und Reinigungsarbeiten abdecke. Dies führe zu einem neuen Nettomietzins von Fr. 3'742.40. Im Laufe der Hauptverhandlung anerkannte der Kläger, dass der Beklagte ihm nach den vertraglichen Kündigungsbestimmungen, die nur alle zwei Jahre einen Termin vorsehen, eine Senkung frühestens per 1. Oktober 2025 zu gewähren hat.

2.2 Der Beklagte liess dagegen hauptsächlich einwenden, dem Kläger stehe eine Senkung nicht zu, da er das Vorverfahren nicht beachtet habe, das Art. 270a OR dafür vorsehe. In der vorliegenden Form habe der Kläger das Senkungsbegehren erstmals mit der Klage ans Gericht gestellt, während er zuvor nur von der Festlegung eines neuen Nettomietzinses gesprochen habe. Er könne nicht die vom Beklagten von sich aus gewährte Senkung zum Anlass nehmen, um im weiteren Verfahren ohne vorherige Anfrage eine weitere Senkung durchzusetzen. Daran ändere nichts, dass der Kläger die tiefere Ansetzung des Nettomietzinses zusammen mit der Anfechtung der Ausscheidung neuer Nebenkosten verlangt habe. Abgesehen davon, dass er den Systemwechsel seither vorbehaltlos anerkannt habe, sei die Ausscheidung der neuen Nebenkosten zwar mit amtlichem Formular als einseitige Vertragsänderung mitgeteilt worden; eine Erhöhung des Mietzinses sei damit aber nicht verbunden gewesen oder mitgeteilt worden. Bei einer als ungenügend erachteten Senkung wäre der Kläger aber verpflichtet gewesen, vor einer Klage den Beklagten um eine weitergehende Senkung anzufragen. Hätte er dies getan, wäre der Beklagte ohne weiteres bereit gewesen, ihm die weitergehende Senkung zu gewähren. Heute sei dem Beklagten ein solches Entgegenkommen ohne negative Konsequenzen nicht mehr möglich, denn er müsse das Ansinnen des Klägers zur Vermeidung einer Kündigungssperrfrist bekämpfen, obwohl er im Grunde genommen gegen die beantragte zusätzliche Senkung nichts habe.

Zudem könne die beantragte Senkung – anders als die vom Beklagten freiwillig angebotene – gegen den Willen des Beklagten nicht auf den 1. April 2024 durchgesetzt werden, denn dafür stehe dem Kläger vertraglich nur alle zwei Jahre ein Kündigungstermin zur Verfügung. Der Beklagte bezeichnete dabei zunächst einen Termin vom 1. April 2025 als massgeblich, korrigierte dies in der Duplik aber auf 1. Oktober 2025. Weiter sehe Ziff. 31 der Zusatzvereinbarung des ursprünglichen Mietvertrags vom 22. Juni 2004 vor, dass ein Absinken des Mietzinses unter den Anfangsmietzins ausgeschlossen sei. Diese Klausel sei auch in den neuen Vertrag vom 10. August 2009 übernommen worden und stehe der beantragten Senkung entgegen. Weiter hielt der Beklagte zunächst daran fest, dass der massgebliche Referenzzins am 10. August 2009 bei 3% gelegen habe, anerkannte aber in der Duplik auf Vorhalt der entsprechenden Tabelle des Bundes die Darstellung des

Klägers. Was schliesslich die geltend gemachten allgemeine Kostensteigerung angeht, verzichtete der Beklagte bewusst auf eine Substantiierung dieser Kosten anhand zweier fünfjähriger Referenzperioden.

2.3 Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sie für den Entscheid von Belang sind. Dies gilt insbesondere für Darlegungen, die in der vorstehenden Zusammenfassung nicht enthalten sind.

3. *Prozessuales*

3.1 Unbestrittenermassen ist das Mietgericht beim vorliegenden Streitwert von Fr. 88'704.– als Kollegialbehörde zur Behandlung der vorliegenden Klage örtlich und sachlich zuständig (Art. 33 und 35 Abs. 1 lit. b ZPO; § 21 Abs. 1 lit. a GOG).

3.2 Das Verfahren betrifft eine Mietstreitigkeit nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und ist im vereinfachten Verfahren zu behandeln.

Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln (eingeschränkte Untersuchungsmaxime aus sozialen Gründen). Als Folge der Mitwirkungslast liegt die Verantwortung für die Schilderung des Sachverhalts und die Nennung von Beweismitteln zwar weiterhin primär bei den Parteien, zumal im vorliegenden Fall beide anwaltlich vertreten sind (BGE 141 III 569 E. 3.2.1 ff.; BSK ZPO-MAZAN, a.a.O., Art. 247 N 11; KUKO ZPO-FRAEFEL, a.a.O., Art. 247 N 8). Bei Unklarheiten hat das Gericht jedoch durch Befragung darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BGE 125 III 231 E. 4a; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl., Art. 247 N 4; KUKO ZPO-FRAEFEL, 3. Aufl., Art. 247 N 6 f.; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juli 2006, BBl 2006 7221 ff., S. 7348; Urteile des Bundesgerichts 4A_674/2016 vom 20. April 2017 E. 2.1; 4A_387/2016 vom 26. August 2016 E. 4.1; 4A_46/2016 vom 20. Juni 2016 E. 7.1.2; 5A_2/2013 vom 6. März 2013 E. 4.2, je m.w.H.).

Die soziale Untersuchungsmaxime hat auch ein erweitertes Novenrecht zur Folge. Neue Tatsachen können bis zum Beginn der Urteilsberatung vorgetragen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Dies gilt erst dann nicht mehr, wenn das Gericht – wie dies hier geschehen ist – die Phase der Urteilsberatung einleitet, indem es das Verfahren für spruchreif erklärt («garder la cause à juger», vgl. BGE 144 III 394 E. 4.3;

BGE 143 III 272 E. 2.3.2 = Pra 2018 Nr. 5; BGE 142 III 413 E. 2.2.5; BGE 138 III 788 E. 5 = Pra 2013 Nr. 53).

4. *Materielle Behandlung der Klage*

4.1 Mietzinserhöhungen, andere einseitige Vertragsänderungen und Mietzinsenkungen im Kontext

4.1.1 Gemäss Art. 269d Abs. 1 OR kann der Vermieter den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dies dem Mieter auf einem amtlich genehmigten Formular mindestens 10 Tage vor Beginn der Kündigungsfrist mitteilen und begründen. Nach Abs. 3 der genannten Bestimmung muss er in gleicher Weise vorgehen, wenn er den Vertrag in anderer Weise einseitig zu Lasten des Mieters ändern will, etwa durch Verminderung der bisherigen Leistungen oder durch Einführung neuer Nebenkosten. Nach Art. 270b OR kann der Mieter die Mitteilung innert 30 Tagen bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich anfechten. Auch hier sind Mietzinserhöhungen den anderen einseitigen Vertragsänderungen gleichgestellt, wie der Vergleich der beiden Absätze von Art. 270b OR zeigt.

4.1.2 Möchte der Mieter eine Senkung des Mietzinses erreichen, so muss er nach Art. 270a Abs. 1 OR zunächst an den Vermieter gelangen, eine Herabsetzung auf den nächsten Kündigungstermin verlangen und dabei geltend machen, er habe Grund zur Annahme, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Veränderung der Berechnungsgrundlagen, etwa einer Kostensenkung, einen übersetzten Ertrag aus der Vermietung erzielt. Der Vermieter muss gemäss Abs. 2 innert 30 Tagen Stellung nehmen. Tut er dies nicht oder lehnt er eine Senkung ab, so kann der Mieter innert 30 Tagen die Schlichtungsbehörde anrufen. Nach Abs. 3 OR der genannten Norm findet das Vorverfahren nach Abs. 2 keine Anwendung, wenn der Mieter gleichzeitig mit der Anfechtung einer Mietzinserhöhung ein Senkungsbegehren stellt.

4.1.3 Ursprünglich, d.h. unter der Herrschaft der vergleichbaren Regelung im Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen BMM, betrachtete das Bundesgericht sowohl die einseitige Vertragsänderung als auch ein Senkungsbegehren als Anwendungsfälle von Vertragsänderungen, die nach allgemeinen Regeln nur einvernehmlich erfolgen können. Bei der Mietzinserhöhung

(und anderen einseitigen Änderungswünschen des Vermieters) komme die Vertragsänderung durch ein Angebot des Vermieters auf dem amtlichen Formular und das Schweigen des Mieters bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist zustande (BGE 106 II 356 E. 3c: «L'acceptation de la hausse par le locataire entraîne une modification du contrat liant les parties sur la base des motifs invoqués par le bailleur»). Eine Anfechtung durch den Mieter schloss daher einen Konsens der Parteien aus, was auch die Weitergeltung des Vertrages während des Verfahrens (heute Art. 270e OR) sowie die Last des Vermieters zur Weiterverfolgung seines Ansinnens und damit den Umstand erklären kann, dass immer er es ist, dem bei einer Anfechtung die Klagebewilligung auszustellen ist (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO). Entsprechend wäre das die Anpassung bestätigende Gerichtsurteil als Gestaltungsurteil zu werten, denn erst dieses würde (rückwirkend auf den Kündigungstermin) die Vertragsanpassung bewirken.

Diesen Pfad hat das Bundesgericht nach 1990 allerdings verlassen und spricht seither von einem Gestaltungsrecht des Vermieters. Die Anfechtung durch den Mieter vor Schlichtungsbehörde hemmt dieses nach dieser Theorie, und die Klage des Vermieters vor Gericht auf Bestätigung der Änderung hat nur noch die Bedeutung einer Feststellungsklage (BGer 4A_616/2019 v. 6. Mai 2021 E. 4.3; vgl. BGE 124 III 67 E. 3; BGE 128 III 419 = Pra 2003 Nr. 7; ZK-HIGI/WILDISEN, Vor Art. 269–270e N 126 f., Art. 269d N 42 und 58, Art. 270b N 30, unter Berufung auf BGE 121 III 6, 10).

Erhalten geblieben ist das Konzept der einvernehmlichen Vertragsänderung beim Senkungsbegehren des Mieters. Dies zeigt sich insbesondere am Vorverfahren, das auf eine Einigung zielt, während das anschliessende Schlichtungs- und Gerichtsverfahren, welches vom Mieter anzustrengen ist, auf eine Umgestaltung des Vertrags zielt und nicht auf eine blosser Feststellung (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 270a OR N 15, 18 und 101).

Teilt der Vermieter von sich aus eine Mietzinssenkung auf dem amtlichen Formular nach Art. 269d OR mit, so hat das nicht die mit einer Mietzinserhöhung verbundenen Wirkungen. Vielmehr bleibt insbesondere der Mieter frei, eine weitergehende Senkung zu verlangen. Referenzpunkt bleibt die letzte massgebliche Mietzinsfestsetzung, sei es beim Abschluss des Mietvertrags, eines Vergleichs über den Mietzins oder im Rahmen einer unangefochten gebliebenen Mietzinserhöhung, nicht

aber eine frühere, mit amtlichem Formular mitgeteilte Senkung (BGE 124 III 67; 126 III 124 E. 2a = Pra 2000 Nr. 186; s.a. BGE 132 III 702 E. 4.2 a.E.; CPra-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 42; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 269d OR N 104 ff., Art. 270a OR N 61; CHK-HULLIGER, Art. 270a OR N 7; SVIT-K-ROHRER B. Art. 270a N 39 f.).

4.1.4 Wegen der unterschiedlichen gesetzlichen Regelung kommt Art. 270a Abs. 3 OR eine Koordinationsfunktion zu. Das Vorverfahren mit der Anfrage des Mieters nach einer Senkung hat offensichtlich wenig Sinn, wenn der Vermieter mit seiner Erhöhungsmitteilung bereits klar gemacht hat, dass eine Senkung für ihn nicht infrage kommt (BGE 122 III 20 E. 4; 132 III 702 E. 4.1; SVIT-K-ROHRER B., Art. 270a OR N 33). Wo dies nicht der Fall ist, kann auf ein Vorverfahren nicht einfach verzichtet werden (BGE 132 III 702 E. 4.2-3).

Schon aus der parallelen Regelung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen in Art. 269d Abs. 1 und 3 sowie Art. 270b Abs. 1 und 2 OR folgt ohne weiteres, dass Art. 270a Abs. 3 OR auch anwendbar sein muss, wenn der Mieter parallel zur Anfechtung einer ihn belastenden Vertragsänderung eine Senkung des Mietzinses beantragen möchte. Die Literatur äussert sich zwar meist nicht explizit dazu (z.B. SVIT-K-ROHRER B., Art. 270a OR N 33 ff.; Mietrecht für die Praxis-OESCHGER/ZAHRADNIK, 10. A., Zürich 2022, S. 517 f.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 270a OR N 7 ff., 18 ff., 76 und 94 [In N 55 stellen die genannten Autoren aber klar, dass unter den Begriff des Mietzinses gemäss Art. 270a OR auch die Nebenkosten nach Art. 257a f. OR fallen, «was auch mit Blick auf Art. 269d Abs. 3 einleuchtet»; die Prozessvoraussetzung nach Art. 270a Abs. 2 sei damit nur dann nicht erfüllt, wenn der Mieter eine Klage ohne erkennbaren Mietzinsbezug erhebe.]; CHK-HULLIGER, Art. 270a OR N 10; befürwortend – nach dem soeben Gesagten wenig überraschend – BSK-OR I-WEBER, Art. 270a N 6a). Die Lehre ist sich jedoch durchaus einig, dass Art. 270a als Ganzes auch auf ein Senkungsbegehren wegen dauerhaft gesunkener Nebenkosten anwendbar ist, jedenfalls soweit nicht Akontozahlungen vereinbart sind (SVIT-K-ROHRER B., Art. 270a N 11; CPra-Bail-MONTINI/WAHLEN, Art. 270a N 7; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 270a N 55; Mietrecht für die Praxis-OESCHGER/ZAHRADNIK, a.a.O., S. 508 f. sowie -BÉGUIN/MARSTON, S. 384).

4.1.5 Der vorliegende Fall eines Senkungsbegehrens parallel zu einer Anfechtung der Ausscheidung von bisher im Nettomietzins enthaltenen Nebenkosten zeigt exemplarisch, dass im Rahmen der Anfechtung der Vertragsänderung auch ein Senkungsbegehren nach Art. 270a Abs. 3 OR möglich sein muss, denn das Bundesgericht stellt hohe formelle und materielle Anforderungen an eine solche Ausscheidung: Wie der Kläger richtig vortragen lässt, bedarf eine gültige Ausscheidung nicht nur einer klaren Begründung. Vielmehr muss der Vermieter im Streitfall nicht nur nachweisen, welche Kosten die auszuscheidenden Leistungen in der Vergangenheit verursacht haben, sondern er muss den (künftigen) Nettomietzins auch im entsprechenden Umfang senken (BGE 137 III 362 E. 3.2.1 = Pra 2012 Nr. 5; BGE 121 III 460 E. 4 = Pra 1996 Nr. 152; vgl. auch BGE 126 III 124 E. 2 = Pra 2000 Nr. 186; BGer 4A_153/2023 v. 3. Juli 2023, E. 5; BGer 4A_374/2020 v. 8. Februar 2021, E. 7.4.2-4). Die gleichen Regeln gelten, wenn ein Kanton für die Festsetzung des Anfangsmietzinses gestützt auf Art. 270 Abs. 2 OR die Verwendung des amtlichen Formulars vorgeschrieben hat und der Vermieter beim Mieterwechsel neue Nebenkosten ausscheiden möchte (BGer 4A_571/2017 v. 10. Juli 2018, E. 4.1.1 und 4.1.2). Gibt der Vermieter eine unzureichende Anpassung des Nettomietzinses bekannt, so läuft seine einseitige Vertragsänderung auf eine verkappte Mietzinserhöhung hinaus. Dann ist entgegen der Meinung des Beklagten nicht einzusehen, weshalb der Mieter nicht aus den gleichen prozessökonomischen Überlegungen wie bei einer gewöhnlichen Erhöhung im gleichen Verfahren weitere Senkungsgründe gestützt auf Art. 270a Abs. 3 OR soll geltend machen können (vgl. BGE 132 III 702 E. 4.1).

Zwar sprach auch das Bundesgericht die vom Beklagten gehegte Befürchtung an, bei einem zu weit gefassten Verzicht auf das Vorverfahren werde dem Vermieter die Möglichkeit genommen, durch ein Entgegenkommen vor einem Prozess die Auslösung einer Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zu verhindern (BGE 132 III 702 E. 4.2). Abgesehen davon, dass die Auslösung einer Sperrfrist erst zu prüfen ist, wenn eine Kündigung des Vermieters erfolgt, ist die Sorge unbegründet, denn die Praxis schliesst eine Sperrfrist nach Abschluss eines Vergleichs aus, wenn zwischen den Parteien gar kein massgeblicher Streit bestanden, sondern der Vermieter – vielleicht im Anschluss an initiale Diskussionen – den Forderungen des Mieters nachgegeben hat (BGE 130 III 563 E. 2.1 und 2.2; BGer 4A_473/2024

v. 29. Oktober 2024, E. 3.5; zur analogen Praxis des angerufenen Gerichts s. ZMP 2020 Nr. 4). Tut er dies im Rahmen eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens, ohne dass er vorher die Chance hatte, auf den Mieter zuzugehen, hat er trotz auf dem Papier verlorenem Prozess bzw. trotz Vergleichs keine Sperrfrist zu befürchten. Wie es sich damit im vorliegenden Fall verhält, braucht nicht heute geprüft zu werden. Sicher ist, dass der Beklagte seit der Schlichtungsverhandlung (in welcher der Kläger entgegen der Darstellung des Beklagten sowohl die einseitige Vertragsänderung in Form einer Nebenkostenausscheidung als auch die Senkung des Mietzinses zum Thema gemacht hat, s. [das Schlichtungsbegehren]) ausreichend Zeit hatte, auf die betragsmässig für ihn offenbar unproblematischen Anliegen des Klägers einzugehen. Zum Problem könnte für ihn folglich höchstens seine bis heute fortbestehende Ablehnung einer Senkung werden.

4.2 Ausscheidung von Nebenkosten

Beide Seiten sind sich im Ergebnis einig, dass aus dem bisherigen einheitlichen Mietzins monatliche Nebenkosten in Höhe von Fr. 364.– ausgeschieden werden sollen und dass mit einer entsprechenden Akontozahlung die dafür entstehenden Kosten inkl. Hauswartung und Reinigung auch gedeckt werden können. Der Kläger wendet zwar ein, die Änderungsmitteilung des Beklagten vom 16. September 2023 sehe nur potentielle Nebenkosten von Fr. 274.– pro Monat vor, in welchen keine Reinigungs- und Hauswartarbeiten enthalten seien. Deshalb seien die Nebenkosten mit Fr. 364.– einzusetzen. Der Beklagte bestätigt dies explizit und betont überdies, wenn der Kläger dies nicht ohne Vorverfahren schon zum Thema einer Klage gemacht hätte, wäre er bereit gewesen, auf das Ansinnen einzugehen. Damit sind die Nebenkosten in der beantragten Höhe von Fr. 364.– einzusetzen und ist der Mietzins um die künftigen Akontozahlungen im gleichen Betrag zu senken.

4.3 Senkung des Referenzzinses

Nicht mehr strittig ist zwischen den Parteien auch, dass die Vereinbarung vom 10. August 2009 gültig ist, obwohl der Beklagte dafür nicht das amtlich bewilligte Formular verwendet hat. Zwar enthält die Vereinbarung gegenüber dem ursprünglichen Mietvertrag eine Mietzinserhöhung. Eine weitere Modifikation bestand je-

doch im Ausscheiden des ehemaligen Mitmieters des Klägers, so dass trotz gewisser Hinweise auf eine beabsichtigte Vertragskontinuität davon ausgegangen werden kann, dass es bei der Änderung nicht allein um den Mietzins ging, sondern auch um die Reduktion des Kreises der Mieter und damit zwangsläufig auch um die Verminderung der dem Vermieter gebotenen Sicherheit für die Vertragserfüllung. In solchen Situationen lässt die Praxis bei Geschäftsräumen den Abschluss eines neuen Vertrages auch ohne Erhöhungsformular zu (BGE 147 III 32 E. 3.4-3.7; BGE 137 III 580 E. 2; BGE 124 III 57 E. 3c; BGE 121 III 397 E. 2.b/bb; BGer 4A_455/2017 v. 27. November 2017, E. 2.2; BGer 4A_576/2008 v. 19. Februar 2009, E. 2.2; ZMP 2019 Nr. 8; Jürg P. Müller [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Wohn- und Geschäftsraummiete HAP-BÄTTIG, Zürich 2015, S. 54 ff.; LCHAT/STASTNY, Le bail à loyer, 5. A., Lausanne 2019, S. 477; CHK-HULLIGER, Art. 270 OR N 1; CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 13).

Eine Differenz besteht zwischen den Parteien bezüglich des massgeblichen Referenzzinses. Während der Kläger auf eine Veränderung des Referenzzinses von 3.25% auf 1.5% schliesst, lehnt der Beklagte die Weitergabe einer Senkung ab, denn einerseits habe der Kläger das Vorverfahren nach Art. 270a Abs. 2 OR nicht eingehalten und andererseits hätten die Parteien eine Senkung des Mietzinses unter den Anfangsmietzins vertraglich ausgeschlossen. Zudem habe für die Vereinbarung vom 10. August 2009 der massgebliche Referenzzins bei 3% gelegen.

Der Ausschluss eines Senkungsbegehrens unter den Anfangsmietzins verstösst gegen zwingendes Recht. Es trifft zwar zu, dass die Parteien ein solches Ergebnis indirekt erzielen können, indem sie sich auf eine feste Vertragsdauer verständigen, denn dann verfügt der Mieter nicht über einen Termin, auf welchen er eine Senkung verlangen könnte. Umgekehrt kann in einer solchen Phase der Vermieter (unter Vorbehalt ungleicher Kündigungsklauseln) den Mietzins aber ungeachtet der Kostensituation auch nicht erhöhen. Gibt es aber einen Kündigungstermin, so kann eine Senkung vertraglich nicht ausgeschlossen werden (vgl. BGE 133 III 61 E. 3.2.2.2; BGE 125 III 358 E. 1; BGer 4C.281/2006 v. 17. November 2006, E. 2.2; MPra-OESCHGER/ZAHRAĐNIK, a.a.O., S. 512; CPRA-MONTINI/WAHLEN, Art. 270a N 4; auf den ersten Blick anders SVIT-Komm.-ROHRER B., Art. 270a N 2 sowie ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 270a N 42, die allerdings offen lassen, ob für den gültigen

Ausschluss einer Senkung der Vertrag dann nicht auch für eine bestimmte Zeit unkündbar sein muss; in diesem Sinne CHK-HULLIGER, Art. 270a OR N 1).

Im vorliegenden Fall sind die Kündigungsmöglichkeiten für die Parteien parallel zueinander ausgestaltet. Damit kann der Kläger sich ungeachtet von Ziff. 31 der Zusatzvereinbarung zum ursprünglichen Mietvertrag, die in der Vereinbarung vom 10. August 2009 explizit bestätigt wurde, auf den gesunkenen Referenzzins berufen.

Was den massgeblichen Referenzzins angeht, ist unbestritten, dass zur Zeit des Senkungsbegehrens bei der Schlichtungsbehörde ein Referenzzins von 1.5% galt. Bei Abschluss der Vereinbarung vom 10. August 2009 lag Referenzzins bei 3.25%. In der Duplik der ersten Parteivorträge hat der Beklagte auf Frage explizit eingeräumt, dass er versehentlich die rechte Spalte in der Referenzzinstabelle des Bundes mit dem Bekanntgabedatum der Änderung gleichgesetzt hat, während die Tabellenüberschrift klarstellt, dass der am 2. September 2009 publizierte Referenzzins von 3% auf dem *Stichtag der Erhebung* vom 30. Juni 2009 beruhte und dass zuvor seit dem 2. Juni 2009 gestützt auf den Stichtag vom 31. März 2009 ein Satz von 3.25% galt, wie der Kläger zutreffend ausführte (Prot. S. 14; vgl. <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/referenzzinssatz/entwicklung-referenzzinssatz-und-durchschnittsinssatz.html> [16. Januar 2025]).

4.4 Verrechnung des Teuerungsausgleichs auf dem risikotragenden Kapital

Keine Differenz besteht zwischen den Parteien mehr über die massgeblichen Stichtage für den zu verrechnenden Teuerungsausgleich auf dem Eigenkapital. Bei der Vereinbarung vom 10. August 2009 waren der Landesindex der Konsumentenpreise und der Kostenstand von Ende Juli 2009 bekannt, beim Senkungsbegehren vor Schlichtungsbehörde vom 10. August 2023 die jeweiligen Zahlen von Ende Juli 2023. Der Landesindex (Basis 2000) im ersten Referenzzeitpunkt bei 108.4, im zweiten bei 114.2 Punkten, wobei nach Art. 269 lit. e OR und Art. 16 VMWG 40% der eingetretenen Teuerung auf den Mietzins überwältzt werden dürfen.

4.5 Verrechnung von allgemeinen Kostensteigerungen

Während der Beklagte für die übrigen Kosten im Sinne von Art. 269a lit. b OR eine Kostensteigerungspauschale von 0.5% pro Jahr geltend macht (act. 15 S. 7 f.),

erklärt sich der Kläger nur mit einem Satz von 0.25% einverstanden. Unbestritten ist, dass nach der Gerichtspraxis Pauschalen im Gerichtsverfahren nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen und dass hier keine solche Ausnahme vorliegt. Soweit der Beklagte dafürhält, dem Gericht stehe es frei, eine überzeugende Pauschale zur Anwendung zu bringen, ist ihm nicht zu folgen. Eine solche – an sich zu begrüssende – Standardisierung bedürfte zumindest einer Anpassung der VMWG. Dabei müsste berücksichtigt werden, dass schon der Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital im Umfang von 40% nicht dem Modell entspricht, auf dem die VMWG beruht, sondern noch auf dem Modell, welches dem alten BMM und der Verordnung dazu zugrunde lag: Das alte Modell beruhte auf der Annahme, dass 60% des Mietzinses der Fremd- und 40% der Eigenkapitalfinanzierung diene. Bei der Schaffung der VMWG gab der Bundesrat zu bedenken, dass der Mietzins zu ca. 30% die allgemeinen Unkosten decke. Damit entfielen nur 42% auf die Fremdkapitalfinanzierung (60% von 70%), so dass die anwendbaren Überwälzungssätze in Art. 13 VMWG gegenüber den Sätzen der alten VMM um 1% zu senken seien. Bei der eiligen Schaffung der VMWG wurde 1990 übersehen, dass die gleiche Überlegung auch zu einer Reduktion des Teuerungsausgleichs auf dem Eigenkapital hätte führen müssen, der dann nur noch zu 28% auf den Mietzins überwältzt werden dürfte (40% von 70%). Stattdessen entspricht Art. 16 VMWG nach wie vor dem alten Modell unter der Herrschaft der VMM. Das Bundesgericht liess im Kontext einer Renditeberechnung die Ausschöpfung von 40% statt nur 28% nur unter der Prämisse zu, dass im Umfang der Differenz eine pauschalisierte Anpassung an gestiegene Allgemeinkosten angenommen werden könne (vgl. BGE 120 II 100 E. 5a; was den Teuerungsausgleich auf dem investierten Eigenkapital im Rahmen einer Renditeüberprüfung angeht, ist der Entscheid mittlerweile überholt, BGE 147 III 14 E. 8.3 = Pra 2021 Nr. 16).

Auf eine Substantiierung der Kostenveränderungen zwischen 2009 und 2023 aufgrund des Vergleichs zweier fünfjähriger Perioden (Art. 20 VMWG; BGE 140 III 433 E. 3.5.1; BGE 117 II 77 E. 3c/bb; BGE 111 II 378 E. 2; BGE 106 II 356 E. 5 = Pra 1981 Nr. 102; BGer in mp 1996, 140 ff.; CPra-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 51) hat der Beklagte bewusst verzichtet (...) – wohl auch wegen des enormen Aufwands und des mit Blick auf die Teilanerkennung des Klägers und die

vorstehenden Überlegungen eher begrenzten möglichen Nutzens, wie die nachfolgende Berechnung deutlich macht (Ziff. 4.7). Damit ist über die Kostensteigerungen auch nicht Beweis zu führen, ganz abgesehen davon, dass der Beklagte die entsprechenden Unterlagen auch nicht als Beweis offeriert hat. Die allgemeine Kostensteigerung ist daher ohne Weiterungen mit 0.25% pro Jahr in die Rechnung einzusetzen.

4.6 Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen

Was den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen betrifft, hat der Beklagte der Klägerin zwar eine Senkung schon per 1. April 2024 angeboten, wobei dem Beklagten aufgrund der gesamten Umstände nur die Wahl offen stand, entweder das Angebot so anzunehmen, wie es gemacht wurde, oder dann eine weitergehende Senkung zu verlangen, die dann aber frühestens auf den nächsten Kündigungstermin erfolgen konnte. In Replik und Duplik waren sich die Parteien diesbezüglich einig, ebenso darüber, dass der Vertrag sich bei Ablauf jeweils um zwei Jahre verlängert, wenn er nicht spätestens 6 Monate vorher auf den 30. September gekündigt wird. Die Erneuerung des Vertrages vom 10. August 2009 bewirkte folglich, dass beide Seiten in den darauf folgenden ungeraden Jahren über eine Kündigungsmöglichkeit verfügten. Sowohl unter dem Blickwinkel der Mitteilung des Beklagten vom 16. September 2023, als auch unter demjenigen des Schlichtungsbegehrens des Klägers vom 10. August 2023 sowie unter demjenigen des Senkungsbegehrens am Gericht vom 28. August 2024 fällt der nächste mögliche Anpassungstermin damit auf den 1. Oktober 2025.

4.7 Ergebnis

Die oben erwähnten Parameter führen gemäss dem Mietzinsrechner der Zürcher Gerichte (<https://www.gerichte-zh.ch/themen/miete/mietzinsgestaltung/mietzinsrechner.html> [16. Januar 2025]) zum folgenden Ergebnis, welches praxisgemäss auf ganze Franken zu runden ist:

Mietzinsrechner

Bisheriger Mietzins	Nettomietzins Fr. 4286	Nebenkosten Fr. 364	Bruttomietzins Fr. 4650.00						
Basisdaten	Letzte verbindliche Mietzinsfestsetzung Aktuelle Mietzinsanpassung	Monat vor der Ankündigung Juli 2009 Juli 2023	Inkrafttreten per Anfang Oktober 2009 Oktober 2025						
Referenzzins	Alter Stand 3.25 %	Neuer Stand 1.5 %	Ergibt eine Anpassung um: -17.355 % Fr. -743.85						
Kostensteigerung	Pauschale wählen (Normalerweise: 0.25%; <input checked="" type="checkbox"/> Merkblatt beachten)	0.25	Ergibt eine Anpassung um: 3.5 % Fr. 150.00						
Kaufkraftsicherung	Alter Stand 108.4	Neuer Stand 114.2	Teuerung 100% 5.351 % Teuerung 40% 2.14 % Fr. 91.75						
Mehrleistungen	Investition: Fr. 0.00	Mehrwert 60 %	Lebensdauer 25 J.	Abschreibung 4 %	Referenz-Zins 1.5 %	Kapitalzins 1.75 %	Unterhalt pro Jahr 1.00 %	Erhöhung pro Jahr Fr. 0.00	Fr. 0.00
Mietzinsanpassung	Berechnen Zurücksetzen		Mietzinsanpassung: Neuer Nettomietzins: Nebenkosten: Neuer Bruttomietzins:	Fr. -502.10 Fr. 3783.90 Fr. 364.00 Fr. 4147.90					

Der neue Mietzins beruht auf einem Hypothekarzinsatz von 1.5 % und auf dem aktuellen Kosten- und Teuerungsstand (Index-Stand 114.2 Punkte; Basis Mai 2000 = 100 Punkte).

Roger Weber 2003, 2023

© GERICHTE ZÜRICH | 8001 ZÜRICH | IMPRESSUM | DISCLAIMER

Der Unterschied zur Rechnung des Klägers beruht einzig auf der Reihenfolge der Anpassung: Während der Kläger die Ausscheidung der Nebenkosten nach Berechnung des Senkungsanspruches aufgrund des alten Einheitsmietzinses vorgenommen hat, scheint es überzeugender, die neuen Nebenkosten bei der Berechnung des Senkungsanspruchs ausser Acht zu lassen, denn sonst ergäbe sich für die zukünftige Mietzinsgestaltung ein Hebeleffekt aufgrund der Nebenkosten, obwohl diese ab dem 1. Oktober 2025 gar nicht mehr Teil des Nettomietzinses sind, sondern separat abgerechnet werden. Dass der Beklagte dies nicht bemängelt hat, spielt keine Rolle, denn wie die beiden umstrittenen Vertragsanpassungen zu koordinieren sind, ist eine Rechtsfrage, und das Gericht hat das Recht von Amtes wegen anzuwenden («iura novit curia», Art. 57 ZPO), so dass es Anspruchsgrundlagen und -hindernisse unter allen Titeln zu prüfen hat, wie das Bundesgericht erst kürzlich wieder bestätigt hat (BGer 4A_158/2024 v. 5. November 2024 E. 6).

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt der Kläger mehrheitlich. Statt der verlangten Senkung des Nettomietzinses auf Fr. 3'742.– erhält er eine solche auf Fr. 3'784.–. Der Beklagte hat an sich nicht selber auf Bestätigung der Nebenkostenausscheidung mit Akontozahlungen von Fr. 364.– pro Monat geklagt; allerdings ist diese zwischen den Parteien nicht mehr umstritten, und es gibt keinen Grund,

den gemeinsamen Willen der Parteien nicht zu respektieren, auch wenn der Beklagte formell die Abweisung der Klage beantragt hat. Dabei hat er gleichwohl zu verstehen gegeben, dass er mit einem Nettomietzins von Fr. 4'286.– (Fr. 4'650.– minus Fr. 364.–) einverstanden ist. Was den Termin angeht, visierten beide Seiten zunächst den 1. April 2024 an. In der Klageantwort schloss der Beklagte auf den 1. April 2025. Beide Seiten räumten dann aber in Replik und Duplik übereinstimmend ein, dass die Anpassungen bei der vertraglichen Ausgangslage frühestens auf den 1. Oktober 2025 in Kraft treten können. Da der Punkt nicht mehr umstritten ist, hat er für die Kosten- und Entschädigungsfolgen ohnehin keine erhebliche Bedeutung, so dass allein auf den Umfang abzustellen ist, in welchem das Ergebnis vom Standpunkt jeder Seite abweicht. Der Kläger obsiegt mit seinen Anträgen zu knapp 93% (Fr. 502.– : Fr. 544.–). In diesem Umfang hat der Beklagte die Gerichtskosten zu tragen. Zudem hat er dem Kläger 86% der Parteikosten zu ersetzen (93% minus 7%).

Es besteht kein Grund, bei der Festsetzung von Gerichtsgebühr und Parteient-schädigung von den ordentlichen Ansätzen abzuweichen, mit einer Reduktion auf je 2/3 der ordentlichen Gebühr wegen der Streitwertberechnung aufgrund von periodischen Leistungen (je § 4 Abs. 3 der Verordnungen des Obergerichts über die Gerichts- und Anwaltsgebühren). Wie erwähnt (Ziff. 3.1) beträgt der Streitwert 88'704.–.

Der Kostenvorschuss des Klägers unterliegt noch der Zivilprozessordnung in der Fassung vor dem 1. Januar 2025 (Art. 407f revZPO), kann also auch zur Deckung von Kosten verwendet werden, die dem Beklagten auferlegt werden. Soweit der Kläger dadurch mehr bezahlt, als er schuldet, ist ihm der Regress auf den Beklagten einzuräumen.

(...))»

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbe-hörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2025, 35. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw N. Nabholz, Leitende Gerichtsschreiberin;
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident