

**ZMP 2025 Nr. 6**

**Art. 257a f. OR; Art. 269d Abs. 3 OR; Art. 62 ff. OR; Art. 128 OR. Nachträgliche Veränderung oder Einführung von Nebenkosten auf konsensualem Weg. Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs.**

*Eine Anpassung der mietvertraglichen Nebenkostenregelung ist in Form einer einseitigen Vertragsänderung mit amtlichem Formular anzuzeigen. Die Mitteilung muss nicht nur die Höhe der künftig verlangten Kosten angeben, sondern auch den Betrag, der in den vergangenen drei Jahren für die betroffenen Leistungen angefallen ist, sowie das Ausmass, um welchen der Nettomietzins wegen der ausgliederten Kosten gesenkt werden soll. Dies gilt auch und ganz besonders beim Wechsel von einer Pauschale zu Akontozahlungen. Fehlt eine solche Begründung und ist sie auch nicht einem Begleitschreiben zu entnehmen, ist die Vertragsanpassung nichtig.*

*Eine Anpassung auf konsensualem Weg ist zwar nicht ausgeschlossen. Die Vermieterin hat aber zu behaupten und zu beweisen, dass die Mieter nicht unter Druck standen und in voller Kenntnis der Rechtslage auf eine Anfechtung verzichtet haben. Mündliche Erläuterungen über das Geplante ohne Rechtsbelehrung genügen von vornherein nicht.*

*Zwar wird die Meinung vertreten, der Rückforderungsanspruch für zu unrecht bezahlte Nebenkosten sei vertraglicher Natur. Das Bundesgericht nimmt aber seit je einen bereicherungsrechtlichen Anspruch an. Für eine Praxisänderung sprechen jedenfalls keine hinreichenden Gründe.*

Aus dem Urteil des Einzelgerichts des **Mietgerichts Zürich** MJ240061-L vom 31. März 2025 (nicht rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiber Kohler):

«(...)

**(anlässlich der Hauptverhandlung ergänztes) Rechtsbegehren:**

«1. Die Vertragsänderung vom 10. Februar 2014 per 1. Oktober 2014 sei als nichtig zu erklären;

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern die zu viel bezahlten Nebenkosten der letzten 10 Jahre im Umfang von CHF 9'240.– zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 5. August 2024 zurückzubezahlen;
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern die zu viel bezahlten Nebenkosten für den Zeitraum von 1. Oktober 2024 bis und mit 31. März 2025 im Umfang von CHF 462.– zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 5. März 2025 zurückzubezahlen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer von derzeit 8.1 % zu Lasten der Beklagten.»

### **Erwägungen:**

#### *1. Sachverhalt und Prozessgeschichte*

1.1 Am 25./28. Juni 2006 schlossen die Parteien per 1. September 2006 einen Mietvertrag über die 3-Zimmer-Dachwohnung im 4. OG der Liegenschaft Waffenzplatzstrasse 67 in Zürich ab. Der Mietzins wurde auf Fr. 2'492.– netto pro Monat festgelegt. Als Nebenkosten wurden Fr. 147.– pauschal für Heizung und Warmwasser sowie Fr. 26.– pauschal für Antennen-/Kabelfernsehgebühren vereinbart. Die Kündigungsbestimmungen sehen vor, dass der Vertrag im Anschluss an die anfängliche 13-monatige Mindestdauer jeweils per Ende März und September mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden kann.

Nach vorausgegangenem Vertragsanpassungen zeigte die Vermieterin den Mietern mit amtlichem Formular vom 10. Februar 2014 an, dass per 1. Oktober 2014 der Nettomietzins unverändert bei Fr. 2'422.– bleiben solle. An die Stelle der bisherigen pauschalen Nebenkosten für die drei erwähnten Positionen sollte hingegen eine Akontozahlung von Fr. 250.– pro Monat treten. In einem Begleitschreiben wurden die neu abzurechnenden Kosten einzeln bezeichnet, wobei auch zahlreiche Positionen abgerechnet werden sollten, welche zuvor nicht als Nebenkosten ausgeschieden waren.

Zuletzt erhöhte die Vermieterin den Mietzins mit amtlichem Formular vom 15. Dezember 2023 von Fr. 2'422.– auf Fr. 2'822.– netto. Die Nebenkosten sollten unverändert bei Fr. 250.– akonto pro Monat verbleiben. Als Grund für die Erhöhung gab die Vermieterin eine Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit an und brachte unter diesem Titel einen Vorbehalt einer weiteren Erhöhung um Fr. 400.– netto an.

1.2 Mit Klage vom 21. Dezember 2023 fochten die Mieter diese Mietzinserhöhung an. Nachdem die Schlichtungsverhandlung im entsprechenden Verfahren MO240169-L auf den 4. September 2024 angesetzt worden war, gelangten die Mieter mit einer Eingabe vom 31. Juli 2024 an die Schlichtungsbehörde und teilten unter anderem mit, sie hätten festgestellt, dass sie viele Jahre ungerechtfertigte Heiz- und Nebenkosten bezahlt hätten, und fragten an, ob es möglich sei, dies in der anstehenden Schlichtungsverhandlung einzubringen. Die Behörde legte darauf das separate Verfahren MO242450-L an und verhandelte mit den Parteien auch über diese neuen Anträge am 4. September 2024. Eine Einigung konnte nicht gefunden werden, so dass die Behörde den Mietern in der vorliegenden Angelegenheit die Klagebewilligung vom 4. September 2024 ausstellte, welche diesen am 16. September 2024 zuzuging.

Mit elektronischer Eingabe vom 15. Oktober 2024 gelangten die Mieter mit der vorliegenden, später erweiterten Klage fristgerecht ans Mietgericht. Nachdem dem Gericht mitgeteilt worden war, dass die Eingabe nur teilweise in korrekter Form erfolgt war, und nähere Abklärungen ergeben hatten, dass die damalige Rechtsvertretung der Mieter eine falsche Authentifizierungsweise mit der Folge verwendet hatten, dass das zeitlich befristete Zertifikat bei der Weiterleitung der Eingabe an die elektronische Plattform bereits nicht mehr gültig gewesen war, wurde den Mietern mit Verfügung vom 21. November 2024 Frist zur Verbesserung angesetzt, worauf sie am 25. November 2024 fristgerecht die ursprüngliche, jetzt korrekt signierte Eingabe nachreichten. Nach Einholung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'960.– sowie einer fristgerecht erstatteten Stellungnahme der Vermieterin zur Klage vom 7. Januar 2025 wurden die Parteien auf den 5. März 2025 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Nach Durchführung der ersten Parteivorträge wurde das Verfahren für spruchreif erklärt, wobei den Parteien Zeit bis zum 19. März 2025 für weitere Gespräche eingeräumt wurde. Mit Eingabe vom 19. März 2025 ersuchte die Vermieterin um Sistierung des Verfahrens im Interesse einer Gesamtlösung im Kontext einer neuerlichen Mietzinserhöhung per 1. April 2025. Nachdem sich die Mieter auf Rückfrage einem solchen Vorgehen widersetzt hatten, wurde den Parteien am 24. März 2025 mitgeteilt, dass für eine Sistierung keine Handhabe be-

stehe und es damit bei der Spruchreiferklärung des Falles bleibe. Ein nichtsdestotrotz gestelltes neuerliches Sistierungsgesuch vom 28. März 2025 wurde ohne Weiterungen abgewiesen.

## 2. *Parteidarstellungen*

2.1 Die Mieter brachten hauptsächlich vor, nach der Praxis erfordere die Ausscheidung bisher im Nettomietzins enthaltener Kosten als Nebenkosten eine Information auf dem amtlichen Formular oder einem Begleitschreiben, wie hoch diese Kosten in den vorausgegangenen Jahren gewesen seien und wie sich die Ausscheidung auf den Nettomietzins auswirke. Einfach die auszuscheidenden Kosten aufzulisten, genüge den Erfordernissen der Praxis an eine klare Begründung nicht und habe die Nichtigkeit der Vertragsänderung zur Folge. Der daraus entstehende Rückforderungsanspruch sei bereicherungsrechtlich. Die Mieter hätten im Rahmen der Vorbereitung der Schlichtungsverhandlung vom 4. September 2024 in Zusammenhang mit der Anfechtung der Mietzinserhöhung vom 15. Dezember 2023 von den Anforderungen einer solchen Vertragsänderung erfahren und sich mit ihren Anträgen am 5. August 2024 an die Schlichtungsbehörde gewandt. Die relative Verjährungsfrist sei damit offensichtlich eingehalten und sie könnten daher das zu viel Bezahlte seit dem 1. Oktober 2014 zurückfordern. Bei geschuldeten Nebenkosten von Oktober 2014 bis September 2024 von Fr. 20'760.– und Zahlungen aufgrund der nichtigen Vertragsänderung von Fr. 30'000.– belaufe sich ihr Anspruch für diese Phase auf Fr. 9'240.–. Bis zur Hauptverhandlung vom 5. März 2025 seien auch die Akontozahlungen für die Monate Oktober 2024 bis März 2025 bezahlt worden, so dass sich die Forderung um Fr. 462.– erhöhe (6 x Fr. 250.– minus die effektiv geschuldeten 6 x Fr. 173.–). Auf die beiden Beträge sei ab Klageeinleitung am 5. August 2024 bzw. ab Hauptverhandlung vom 5. März 2025 Verzugszins zuzusprechen.

An der ursprünglichen Behauptung, sie hätten nach der Vertragsänderung nie Nebenkostenabrechnungen erhalten, hielten die Mieter bei der Hauptverhandlung nicht fest und widersprachen der Vermieterin auch nicht, soweit sie geltend machte, sie müsse mindestens den Betrag in Abzug bringen können, um den die gesamten abgerechneten Nebenkosten gemäss Vertragsanpassung vom 10. Februar 2014 insgesamt zu Rückerstattungen von Akontozahlungen geführt hätten.

Es sei zwar richtig, dass im Vorfeld zur Anpassung der Nebenkostenregelung eine Senkung des Referenzzinssatzes stattgefunden habe. Das sei aber unabhängig von der einseitigen Vertragsänderung geschehen. Richtig sei auch, dass eine Vertreterin der Vermieterin bei den Mietern persönlich vorbeigegangen sei. Dabei sei es primär darum gegangen, dass die Mieter ein Mietzinssenkungsbegehren aufgrund des Referenzzinssatzes gestellt hätten. Anlässlich dieses Treffens sei besprochen worden, dass man den Vorbehalt im Umfang von Fr. 100.– habe ausschöpfen wollen, der im Mietvertrag angebracht worden sei. Damit seien die Mieter nicht einverstanden gewesen. Auch der Wechsel von der Nebenkostenpauschale auf Akontozahlungen sei Thema gewesen und den Mietern sei auch erklärt worden, dass die Pauschale nicht ausreichend sei. Es werde aber vehement bestritten, dass damals irgendwelche Zahlen genannt oder dass die Vertreterin irgendwelche Dokumente mitgenommen haben soll. Die Mieter hätten deshalb auch nicht gross opponiert. In der Folge sei ihnen dann die einseitige Vertragsänderung zugegangen. Weder im Formular noch im Begleitschreiben sei irgendetwas in dieser Angelegenheit gesagt worden. Die qualifizierte Formvorschrift sei damit nicht gewahrt, und die Vermieterin habe auch nichts anderes dargelegt. Dass sich im Nachhinein die Akonto-Zahlungen (mehrheitlich) als Nullsummenspiel herausgestellt hätten, ändere nichts daran, dass die Begründung für die Mieter nicht nachvollziehbar gewesen sei. Entsprechend sei gemäss bundesgerichtlicher Praxis die Nichtigkeit der Änderung die Rechtsfolge. Ebenso unterstelle das Bundesgericht die Rückforderung nicht dem Vertragsrecht, sondern der ungerechtfertigten Bereicherung.

Bestritten werde, dass die Mieter bereits vor Juni 2021 von der Nichtigkeit Kenntnis gehabt haben sollen. Die Schlichtungsverhandlung im Zusammenhang mit der Mietzinserhöhung sei für September 2024 geplant gewesen. Die Mietzinserhöhung hätten die Mieter mit dem allgemeinen Formular aus dem Internet angefochten. Erst für die Vorbereitung der Schlichtungsverhandlung hätten sie sich von einer Fachperson im Juli 2024 beraten lassen. Unmittelbar nach der Beratung hätten sie der Schlichtungsbehörde das entsprechende Schreiben gesandt. Wieso sie das nicht bereits früher gemacht haben sollten, wenn sie damals schon Kenntnis gehabt hätten, sei nicht nachvollziehbar. Die Unkenntnis des Mieters sei zu vermuten; es liege folglich an der Vermieterin zu beweisen, dass die Mieter schon

vorher Kenntnis gehabt hätten. Alleine aus der langjährigen Bezahlung von Nebenkosten könne gemäss Praxis kein Rechtsmissbrauch abgeleitet werden. Weitere Umstände, welche in diese Richtung deuten würden, lägen nicht vor.

Die Mieter hätten die Mietzinse inklusive Akontozahlungen auch nach der fachlichen Beratung im Juli 2024 weiterhin geleistet, weil sie auf keinen Fall eine Zahlungsverzugskündigung hätten riskieren wollen. Die Erweiterung des Schlichtungsgesuchs müsse als Rückforderungsvorbehalt aufgefasst werden.

2.2 Die Vermieterin wandte dagegen in erster Linie ein, da sie für die Vertragsänderung das amtliche Formular verwendet habe und die Mieter die Erklärung nicht innert Frist angefochten hätten, sei die Vertragsanpassung nicht nichtig und die eingeklagte Forderung bestehe nicht. Auch die Verzugszinse seien zeitlich und quantitativ nicht ausgewiesen.

Gleichen Tags wie die Ausscheidung der Nebenkosten sei den Mietern auch eine Mietzinssenkung gestützt auf ein Senkungsbegehren vom 17. Dezember 2013 gewährt worden, und zwar bereits per 1. April 2014. Nach Erhalt des Herabsetzungsbegehrens habe sich eine freie Mitarbeiterin der Vermieterin mit den Mietern zu einer Besprechung in der Mietwohnung im Januar 2014 getroffen. Dort habe diese Mitarbeiterin mit ihnen die Mietzinsherabsetzung und die Ausscheidung zusätzlicher Nebenkosten detailliert besprochen und mit Zahlen der vergangenen drei Jahre verständlich dargelegt. Dabei sei den Mietern vorgerechnet worden, wie hoch die Mietzinsreduktion aufgrund des gesunkenen Referenzzinses sei, wie sich die Betriebskosten in den letzten drei Jahren entwickelt hätten und dass aufgrund der effektiven Kosten die Nebenkosten neu auf Fr. 250.– akonto monatlich festzulegen seien. Neben der Bezeichnung der Kosten habe sie auch erklärt, dass pro Monat Fr. 77.– an Kosten zu bezahlen seien, welche bis dahin im Mietzins enthalten gewesen seien. Die Mieter hätten sich darauf ausdrücklich damit einverstanden erklärt, dass ihnen in der Folge die amtlichen Formulare mit den Änderungen per 1. April bzw. 1. Oktober 2014 zugestellt würden.

Die Berechnungen hätten sich auch als richtig erwiesen, denn in der Periode 2014/15 habe ein kleines Guthaben zugunsten der Mieter von Fr. 157.05 resultiert, in der Periode 2015/16 eine geringfügige Nachzahlung von Fr. 164.70. Der Umstand, dass der Nettomietzins nicht reduziert worden sei, führe nicht zur Nichtigkeit

der Mitteilung, hätten doch die Mieter jederzeit die Möglichkeit gehabt, Einsicht in die relevanten Rechnungsbeträge zu nehmen. Eine Begründung sei ausreichend, wenn die mietende Partei gestützt darauf über eine Anfechtung der Anpassung entscheiden könne. Auch nach Auffassung eines Teils der Lehre könne eine unklare Begründung nicht zur Nichtigkeit der Anpassung führen. Dies gelte umso mehr, als den Mietern hier die Änderungen substantiiert und belegt erklärt worden seien.

Ein allfälliger Rückforderungsanspruch bestehe wenn überhaupt auf vertraglicher und nicht auf bereicherungsrechtlicher Basis und verjähre daher innert fünf Jahren. Abgesehen davon verhielten sich die Mieter mit ihrer Klage rechtsmissbräuchlich, nachdem sie über eine Zeitdauer von zehn Jahren widerspruchslos die ihnen zugestellten Nebenkostenabrechnungen akzeptiert hätten. Diese zeigten zudem, dass über die Jahre ein Saldo zugunsten der Mieter von insgesamt Fr. 330.75 entstanden und diesen ausbezahlt worden sei. Zumindest dieser Betrag müsse in Abzug gebracht werden. Endlich sei davon auszugehen, dass die Mieter nicht erst im Juli 2024 Kenntnis von der Nichtigkeit der Anpassung erhalten hätten. Es sei davon auszugehen, dass dies schon vor Juni 2021 erfolgt und der Anspruch daher verjährt sei. Die Mieter hätten gewusst, dass das Mietobjekt zu einem Mietzins deutlich unter dem orts- und quartierüblichen Niveau vermietet sei. Sie hätten vom tiefen Mietzins profitieren wollen und auf eine Rückforderungsklage gegenüber der Vermieterin verzichtet.

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. 18'480.– als Einzelgericht zur Behandlung der vorliegenden Klage örtlich und sachlich zuständig (Art. 33 und 35 Abs. 1 lit. b ZPO; § 21 Abs. 1 lit. a GOG; act. 1 = 14 S. 3; act. 28 und 40).

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, BBI 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 hier – 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). Nach erfolgter Spruchreifeerklärung sind nach der zitierten Praxis auch keine echten Noven mehr zu berücksichtigen.

#### *4. Materielle Behandlung der Klage*

##### *4.1 Einseitige Vertragsänderungen*

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. Die Begründung einer solchen Anpassung soll den Mieter in die Lage versetzen, über eine Anfechtung zu entscheiden. Sie muss daher genau und vollständig sein, zumal der Vermieter daran im Verlaufe eines Anfechtungsverfahrens grundsätzlich gebunden ist. Die qualifizierte Form der Mitteilung ist nach Art. 269d Abs. 2 und 3 OR daher auch Gültigkeitserfordernis. Zwar können nähere Ausführungen in einem Begleitschreiben erfolgen. Bloss mündliche Angaben genügen indessen nicht.

Die Rechtsprechung anerkennt daneben in gewissen Fällen auch Vertragsanpassungen ohne Formular. Voraussetzung ist allerdings, dass der Mieter nicht unter Druck steht und die Anpassung im vollen Bewusstsein um die formellen und inhaltlichen Anforderungen an die Mitteilung akzeptiert (BGer 4A\_153/2023 v. 3. Juli 2023; SVIT-Komm.-BIBER, 5. A., Zürich 2025, Art. 257–257b N 32). Zwischenzeitlich hat das Bundesgericht im Kontext der Anfechtung eines Anfangsmietzinses angedeutet, dass nach langer Geltung der Formularpflicht das Wissen der Mieter um dieselbe zugenommen haben dürfte. Dies vermittelte in der Wissenschaft teils den Eindruck, damit stehe die Formularpflicht generell zur Debatte, was auch den Anwendungsbereich konsensualer Vertragsanpassungen stark erweitert hätte. In seiner neuesten Rechtsprechung hat das Bundesgericht aber betont, dass nicht die Formularpflicht als solche in Frage gestellt sei. Vielmehr sei jeweils nur genau zu prüfen, ob die Berufung auf die Nichtigkeit und damit auf einen Rückforderungsanspruch aufgrund des Kenntnisstandes des Mieters statthaft sei oder nicht. Grundsätzlich bestätige schon die Schaffung einer Formularpflicht die natürliche Vermutung, dass der Mieter seine Rechte nicht kenne (BGE 148 III 63 E. 6.2, mit der Diskussion von BGE 146 III 82 E. 4.1.3).

#### 4.2 Einführung oder Anpassung von Nebenkosten

Gemäss Art. 257a Abs. 2 OR muss der Mieter für Nebenkosten nur aufkommen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat. Daraus folgt, dass alle Leistungen des Vermieters im Nettomietzins enthalten sind, für welche die Parteien keine explizite oder sich deutlich aus den Umständen ergebende Nebenkostenabrede getroffen haben (BGE 121 III 460 E. 2.a/aa; BGer, 13.1.2021.

4A\_288/2020 E. 7.1; CHK-HULLIGER, Art. 257–257c N 7; SVIT-Komm.-BIBER, Art. 257–257b N 19 ff.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 13 ff). Nebenkosten können als Pauschalen oder als Akontozahlungen vereinbart werden. Pauschalen müssen auf den Durchschnittswerten dreier Jahre beruhen (Art. 4 VMWG). Zwar können Nebenkosten auch nachträglich aus dem Mietzins ausgeschieden werden. Die Gerichtspraxis stellt indessen hohe formelle und materielle Anforderungen an eine solche Ausscheidung: Wie die Mieter richtig vortragen lassen, bedarf eine gültige Ausscheidung nicht nur einer qualifizierten schriftlichen Mitteilung, sondern auch einer klaren Begründung. Der Vermieter muss im Streitfall nicht nur nachweisen, welche Kosten die auszuscheidenden Leistungen in den vorangegangenen drei Jahren verursacht haben, sondern er muss den (künftigen) Nettomietzins auch im entsprechenden Umfang senken oder aber im Einzelnen begründen, weshalb er dazu nicht verpflichtet zu sein glaubt (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 auch, 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. Nach dem Gesagten ist das höchstens dann hinzunehmen, wenn der Mieter nicht unter Druck steht und in Kenntnis der Nichtigkeit und der Berechnungsparameter einer Ausscheidung auf konsensuellem Weg zustimmt.

#### 4.3 Rechtsfolgen fehlerhafter Anpassungen

4.3.1 Werden die Vorschriften von Art. 269d OR über die Mitteilung einseitiger Vertragsänderungen nicht eingehalten, so ist Nichtigkeit die Folge, wie sich klar aus Abs. 2 der genannten Bestimmung ergibt. Die Begründung kann in einem Begleitschreiben zum Formular erfolgen, muss aber in jedem Fall schriftlich festgehalten und zusammen mit dem Formular versandt werden. Die Begründung ist von zentraler Bedeutung, denn wie erwähnt ist der Vermieter später daran gebunden, und ohne Begründung ist ein Entscheid über die Anfechtung nicht möglich. Für die

Auslegung der Begründung gelten die üblichen Regeln für Willenserklärungen. Was klar genug ist, kann zu Diskussionen Anlass geben. Allzu grosse Strenge verbietet sich, solange der Empfänger aufgrund der gesamten Umstände erkennen kann, was gemeint ist. Eine mündliche Begründung genügt in keinem Fall, wie schon das qualifizierte Schriftformerfordernis zeigt, jedenfalls solange nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen für eine konsensuale Anpassung erfüllt sind (Ziff. 4.2).

Die inhaltliche Überprüfung einer formell gültigen Anpassung muss durch eine Klage bei der Schlichtungsbehörde innert 30 Tagen nach Empfang verlangt werden, sonst verwirkt das Recht (...).

4.3.2 Eine nichtige Anpassung entfaltet dagegen keine Rechtswirkungen und löst Rückforderungsansprüche aus. Wie die Vermieterin mit Recht vorträgt, ist die rechtliche Natur solcher Ansprüche umstritten, und das Bundesgericht hat sie in den letzten Jahrzehnten für ähnliche Fragen unterschiedlich beantwortet (dazu TH. KOLLER, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004, ZBJV 2005, S. 309 ff., S. 315 f.; WEBER, Rückforderungsansprüche im Mietrecht, mp 2005, 1 ff.). Für die Rückforderung nach einer nichtigen Mietzinserhöhung oder einseitigen Vertragsänderung verfolgt es seit Jahrzehnten dezidiert den bereicherungsrechtlichen Ansatz (BGE 148 III 63 E. 5 und 6.1; BGE 146 III 82 E. 4.1.1; BGE 140 III 583 E. 3.2.3 = Pra 2015 Nr. 102; BGer, 10.7.2017, 4A\_254/2016 E. 3.1.3.1; zuvor schon BGer, MRA 2000, 326 ff., sowie BGer, 18.10.2001, 4C.134/2001 = mp 2002, 55 ff.; BGE 130 III 504 E. 6.2, und BGer, 31.8.2005, 4C.177/2005 [unpubl. E. 1 von BGE 132 III 24]). In anderen Themenkreisen zieht es allerdings eine vertragliche Betrachtungsweise vor: So befürwortet es beim Vertragsrücktritt nach Art. 109 OR seit sehr langer Zeit die sog. Umwandlungstheorie mit der Begründung, es sei nicht einzusehen, wieso für die Ansprüche des Zurücktretenden unterschiedliche Fristen gelten sollten, bloss weil der eine Anspruch als vertraglich angesehen werde, der andere dagegen nicht, seien doch beide darauf zurückzuführen, dass der Vertragsgegner seine Verpflichtungen nicht wie vereinbart erfüllt habe (BGE 114 II 152 E. 2b; BGE 60 II 27). Auf einen Vorschlag aus der Lehre in Anlehnung an das Werkvertragsrecht unterstellte es Rückforderungsansprüche als Folge einer Mietzinsminderung nach Art. 259d OR ebenfalls den vertraglichen Regeln, insbesondere der fünfjährigen Verjährungsfrist

nach Art. 128 OR für periodische Forderungen (BGE 130 III 504 E. 6.3). Bei dieser Gelegenheit stellte es aber klar, dass nicht alle Ansprüche aus zu viel Geleistetem allein deshalb dem Vertragsrecht unterstehen, weil die Leistung im Kontext einer Vertragsbeziehung erfolgt sei (a.a.O. E. 6.2).

4.3.3 Dagegen kann man einwenden, im Falle des Verstosses gegen zwingendes Vertragsrecht gehe es bei der Rückforderung letztlich um die Wiederherstellung des vertraglichen Gleichgewichts gestützt auf Normen, die zum Vertragsrecht gehören. Wenn schon nach Vernichtung eines Vertrages gestützt auf einen Rücktritt vertragliche Ansprüche aus einer – wie auch immer gearteten – Umwandlung des weggefallenen Vertrages entstehen können, müsste das eigentlich erst recht gelten, wenn die Rückerstattungsansprüche ihre Grundlage in einem nach wie vor bestehenden Vertrag sowie im zwingenden Gesetzesrecht dazu haben. Die Überlegung, dass allein aus einer vertraglichen Beziehung der Parteien nicht geschlossen werden dürfe, dass die konkreten Ansprüche stets vertraglicher Natur seien (BGE 130 III 504 E. 6.2), ist zwar nicht falsch. Aus der unterschiedlichen Betrachtungsweise ähnlicher Situationen ergeben sich aber gerade im Mietrecht teils inkongruente Konsequenzen: Je nachdem ob eine nichtige Anfangsmietzinsfestsetzung oder Mietzinserhöhung, eine Nachzahlung nach einer gescheiterten Anfechtung einer Erhöhung, eine Rückzahlung gestützt auf ein begründetes Senkungsbegehren nach Art. 270a OR oder gestützt auf eine Mietzinsminderung nach Art. 259d OR zur Debatte steht, sind die Voraussetzungen und Grenzen einer Rück- oder Nachforderung verschieden. Wie zudem die zitierte Rechtsprechung zeigt, tut sich die Praxis mit der Rückerstattung meist hoher Summen aufgrund von periodischen Leistungen schwer und gerät in Versuchung, als unbillig empfundene Resultate durch Überdehnung des Rechtsmissbrauchsverbots zu korrigieren (BGE 146 III 82 E. 4). Besonders häufig treten nichtige Mietzinsfestsetzungen oder -anpassungen bei Untervermietern auf, die oft schlicht nicht über die Kenntnisse verfügen, um ihrer Vermieterrolle gerecht zu werden. Zwar ist das kein Grund, den Schutz der Untermieter einzuschränken. Die vertragliche Konstruktion der Rückerstattungsforderungen könnte aber helfen, wenigstens das Ausmass der Rückerstattung zu begrenzen, denn wie im Falle einer Mietzinsminderung nach Art. 259d OR käme die fünfjährige Verjährungsfrist nach Art. 128 OR zum Tragen. Umgekehrt hätten die Parteien und Gerichte den Vorteil, dass sie sich nicht mehr mit der Konditionssperre gemäss Art. 63 Abs. 1 OR und der relativen Verjährungsfrist

nach Art. 67 Abs. 1 OR auseinanderzusetzen bräuchten. Was der Mieter wann konkret gewusst hat, ist schwierig festzustellen und sollte unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs auch keine Rolle spielen, wenn es darum geht, eine Vertragsbeziehung wieder mit dem zwingenden Recht in Einklang zu bringen.

4.3.4 Für eine vertragliche Konstruktion der Rückforderung aufgrund nichtiger einseitiger Vertragsänderungen spricht sich, wie die Vermieterin richtig vortragen lässt, auch der für den vorliegenden Fall verantwortliche Einzelrichter aus (BSK OR I-WEBER, Art. 269d OR N 8; DERS., Rückforderungsansprüche im Mietrecht, mp 2005, 1 ff.). Wie die Hinweise im zuerst genannten Zitat aber zeigen, befindet er sich damit nicht nur im Widerspruch zur Praxis, sondern auch in der Lehre in einer Minderheitsposition, auch wenn etwa just der an BGE 130 III 504 mitbeteiligte ehemalige Präsident der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts in seiner späteren Funktion als Professor der Universität Bern die gleiche Auffassung vertritt (KUKO OR-WALTER, 1. A., Basel 2014, Art. 269d N 11; ähnlich auch TH. KOLLER, ZBJV 2005, S. 315 f.).

Wie sodann schon im Kontext der Ertragsoptimierungskündigung festgehalten wurde, ist die Rolle insbesondere des Richters eine andere als diejenige des Verfassers wissenschaftlicher Beiträge: Zwar ist es auch erstinstanzlichen Gerichten nicht verwehrt, eine Praxisänderung aufzugleisen. Was aber «bewährte Überlieferung» im Sinne von Art. 1 Abs. 3 ZGB ist und was nicht, hat schon aufgrund der schweizerischen Justizverfassung in erster Linie das Bundesgericht zu entscheiden (ZMP 2022 Nr. 3, Mietgericht E. 3). Mit dieser Ordnung wäre schwerlich zu vereinbaren, dass eine auch wissenschaftlich tätige Gerichtsperson bei ihrer richterlichen Tätigkeit ohne Rücksicht auf die Rechtssicherheit nur ihr eigenes Süppchen kochen und so die Parteien zu unnötigen Rechtsmittelverfahren zwingen würde. Die Rechtsprechung befolgt für eine Praxisänderung im Übrigen Regeln: Eine Anpassung muss sich 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).

4.3.5 Bei der vorliegenden Frage kann nicht gesagt werden, die bisherige Praxis sei schlechterdings falsch oder nicht mehr zeitgemäss, auch wenn es für die vertragliche Konstruktion von Rückforderungsansprüchen nach wie vor sehr gute Gründe gibt. Immerhin deckt das traditionelle Bereicherungsrecht mit der *condictio ob causam finitam* und derjenigen *ob causam futuram non secutam* – d.h. mit den Bereicherungsansprüchen für Leistungen aus einem dahingefallenen oder geplanten, aber nicht verwirklichten Rechtsgrund – just Konstellationen im vertraglichen Umfeld ab. Dass die Praxis die traditionellen Bahnen etwa im Kontext des Vertragsrücktritts verlassen hat, vermag sich mehr auf systematische Überlegungen und auf den Gerechtigkeitsgedanken zu stützen als auf den Wortlaut des Gesetzes. Zwar ist es bedauerlich, dass nach der aktuellen Rechtsprechung verwandte Phänomene unterschiedlich behandelt werden. Eine Vereinheitlichung könnte aber durchaus auch in eine Rückkehr zur bereicherungsrechtlichen Betrachtung des Rückabwicklungsverhältnisses beim Rücktritt nach Art. 109 OR münden. Hinzu kommt ein (weiterer) Gedanke des Vertrauensschutzes: In einer Konstellation wie der vorliegenden wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, selbst bei Befürwortung einer Praxisänderung zumindest noch ein einziges Mal nach der bisherigen, seit vielen Jahrzehnten befolgten Praxis zu entscheiden. Der vorliegende Fall ist daher entlang den Linien von Art. 62, 63 und 67 OR zu entscheiden.

#### 4.4 Anwendung auf den vorliegenden Fall

4.4.1 Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt sich die Vertragsänderungsanzeige vom per 1. Oktober 2014 in keiner Weise mit dem Gesetz in Einklang bringen. Was ihre freie Mitarbeiterin den Mietern im Zusammenhang mit der Mietzinssenkung per 1. April 2014 gesagt haben soll, ist umstritten. Es erscheint wenig überzeugend, dass sie die detaillierten Angaben zur Anpassung der Nebenkostenregelung gemacht haben soll, welche die Vermieterin behauptet, denn Anlass zu diesem Gespräch war zunächst das Senkungsbegehren der Mieter vom 15. Dezember 2013 per 1. April 2014, während die – gleichzeitig erfolgte – Mitteilung der Nebenkostenänderung auf einen Termin ein halbes Jahr später zielte. Aber selbst wenn die Angaben der Vermieterin zutreffen sollten, wäre klar, dass ihre Mitarbeiterin keinerlei schriftliche Angaben machte und dass die gemachten Angaben jedenfalls nicht in die Formularmitteilung vom 10. Februar 2014 oder in das

Begleitschreiben einfließen. Es trifft im Übrigen zwar zu, dass in der Lehre teils ein weniger strenger Massstab für unklare schriftliche Begründungen im Sinne von Art. 269d OR gefordert wird (u.a. BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 7b). Nirgends findet sich aber auch nur der leiseste Hinweis, dass mündliche Erläuterungen zu genügen vermöchten.

Aber selbst wenn man dies anders sehen wollte, macht auch die Vermieterin nicht hinreichend deutlich geltend, ihre Vertreterin habe den Mietern genau umschrieben, welchen finanziellen Aufwand die neuen Nebenkostenpositionen in den drei Jahren vor der Ausgliederung verursacht hatten. Eine Senkung des Nettomietzinses unter diesem Titel lehnte die Vertreterin sodann auch nach Darstellung der Vermieterin ohne irgendeine Begründung ab, und zwar obwohl doch alle übrigen relativen Kostenfaktoren per 1. April 2014 aktualisiert worden waren. Die weiter behauptete Mitteilung, die Nebenkosten erhöhten sich durch die Anpassung um Fr. 77.– pro Monat, hätte schlicht nicht den Tatsachen entsprochen, denn der genannte Betrag bildet lediglich die rechnerische Differenz zwischen den bisherigen Pauschalen von total Fr. 173.– und der neuen Akontozahlung von Fr. 250.– pro Monat, hatte also mit den neu nicht mehr mit dem Nettomietzins zu finanzierenden Kosten nur sehr bedingt etwas zu tun.

Die Vermieterin macht auch nicht geltend, sie oder ihre Vertreterin hätten die Mieter auf die gesetzlichen Anforderungen einer korrekten Mitteilung hingewiesen. Umgekehrt erweist sich die Darstellung der Mieter als plausibel, wonach sie im Rahmen der Rechtsberatung in Zusammenhang mit ihrer Anfechtung der Mietzinserhöhung per 1. April 2024 erstmals erfahren hätten, dass das gewählte Vorgehen bei der Umwandlung einer Nebenkostenpauschale in Akontozahlungen, kombiniert mit einer Ausscheidung von bisher im Nettomietzins enthaltenen Kosten, nicht zulässig sei. Diese Darstellung wird gestützt von ihrer Eingabe an die Schlichtungsbehörde vom 31. Juli 2024, in welcher sie die ursprüngliche Anfechtung einer Mietzinserhöhung um das zusätzliche Thema der Nebenkosten erweiterten. Dies schliesst zwar nicht aus, dass sie tatsächlich schon früher von der Mangelhaftigkeit der einseitigen Vertragsänderung erfahren haben könnten. Konkrete Behauptungen dafür stellt die Vermieterin aber nicht auf und nennt dazu auch keine tauglichen Beweismittel. Damit bleibt es bei der natürlichen Vermutung der Unkenntnis der Mieter von den gesetzlichen Erfordernissen. Zugleich folgt daraus,

dass die Ausgliederung bzw. Änderung der Nebenkosten auch nicht in gültiger Weise auf konsensualem Weg zustande gekommen sein kann.

Die Mieter verhalten sich nicht rechtsmissbräuchlich. Es entspricht konstanter Praxis, dass allein die Zahlung oder die Entgegennahme einer Rückzahlung aus einer Nebenkostenabrechnung die Berufung auf die Nichtigkeit der Grundlage einer solchen Abrechnung nicht zur Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens führen kann.

4.4.2 Im Zeitpunkt ihrer ersten Geltendmachung bei der Schlichtungsbehörde war keine der Teilforderungen verjährt, welche die Mieter heute geltend machen. Selbstverständlich kann ihnen auch nicht bezüglich der Beträge gemäss Klageerweiterung entgegengehalten werden, sie hätten mit ihren weiteren Akontozahlungen eine Nichtschuld freiwillig und irrtumsfrei bezahlt. Schon zum Schutz gegen eine Zahlungsverzugskündigung war ihr Vorgehen jedenfalls vorsichtig. Und die Vermieterin legt nicht dar, weshalb sie die Zahlungen vor dem Hintergrund der Klageergänzung im Schlichtungsverfahren nach Treu und Glauben anders hätte verstehen können, als dass künftige Akontozahlungen nur noch unter einem Rückforderungsvorbehalt erfolgen würden.

4.4.3 Damit ist die Klage gutzuheissen, wobei hinsichtlich der Rückforderung unbestrittenermassen von der Klagesumme der Betrag abzuziehen ist, um welchen die gesamten Rückzahlungen der Vermieterin die Akontozahlungen der Mieter seit 1. Oktober 2014 überstiegen (Fr. 330.75).

Die Vermieterin kritisiert zwar auch den geltend gemachten Verzugszins. Eingaben an die Schlichtungsbehörde oder an ein Gericht, mit welchen eine Forderung geltend gemacht wird, sind aber ohne weiteres als Mahnung zu werten.

Die Vermieterin ist daher zu verpflichten, den Mietern Fr. 9'371.25 (Fr. 9'240.– plus Fr. 462.– minus Fr. 330.75) plus 5% Verzugszins auf Fr. 8'909.25 (Fr. 9'240.– minus Fr. 330.75) seit 5. August 2024 sowie auf Fr. 462.– seit 5. März 2025 zu bezahlen.

## 5. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegen die Kläger mit ihrem Feststellungsbegehren vollumfänglich und bezüglich der Forderungsklage fast vollständig, wobei der geringfügige Abzug nicht umstritten ist. Die Vermieterin ist daher zur Tragung



der Gerichtskosten und zur Ausrichtung einer vollen Parteientschädigung zu verpflichten.

Für die Berechnung von Gerichtsgebühr und Parteientschädigung ist jeweils vom auf zwei Drittel reduzierten Betrag gemäss den entsprechenden Verordnungen des Obergerichts für Klagen bei einem Streitwert von Fr. 18'480.– auszugehen, denn die einander überlappenden Streitsummen der Feststellungs- und der Forderungsklage beruhen auf periodischen Leistungen.

(...))»

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2025, 35. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich  
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw A.I. Altieri, MLaw C. Schenk, Leitende Gerichtsschreiberinnen; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident