

ZMP 2024 Nr. 12

Art. 270 OR; Art. 72 ZPO; Art. 12 lit. c BGFA. Gemeinsamer Mietvertrag. Anfangsmietzins. Formularpflicht. Abgrenzung von Vertragsänderungen. Klage des Vermieters und eines Mitmieters gegen die Mitmieterin, die das Schlichtungsverfahren angestrengt hat. Kein Interessenkonflikt des gemeinsamen Rechtsvertreters.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Anfangsmietzinsfestsetzung nicht vor, wenn die Vereinbarung der Parteien «marque plutôt la continuité qu'une césure». Ob dies der Fall war, beurteilt sich aufgrund der gesamten Umstände. Ging dem nicht von einem Formular zur Festsetzung des Anfangsmietzinses begleiteten «Vertragsschluss» ein zunächst befristeter Mietvertrag mit den gleichen Parteien über das gleiche Objekt voraus und sah der neue Vertrag im Wesentlichen die gleichen Konditionen und einen Mietzins vor, der gegenüber der vorausgegangenen Phase einzig gestützt auf eine Kostensenkung zugunsten der Mieterseite angepasst wurde, so hat man es beim zweiten Vertrag mit einer blossen Vertragsänderung zu tun. Es erweist sich als widersprüchlich, die Befristung des ersten Vertrages als Gesetzesumgehung zu bezeichnen und für die zweite Phase dennoch auf die Formularpflicht für einen Anfangsmietzins zu pochen.

Selbst wenn für die zweite Phase von einem Anfangsmietzins auszugehen wäre, wäre dieser unter den gegebenen Umständen auf der Basis des Mietvertrages für die vorausgegangene Phase festzusetzen, denn nach der Rechtsprechung ist das Ziel einer Lückenfüllung ein angemessener Mietzins und nicht eine Missbrauchsprüfung. Die Mieterin, die den ersten Mietzins kannte und innert Frist nicht anfocht, erweist sich nicht als schutzwürdig.

Hat eine Mitmieterin den Anfangsmietzins infrage gestellt und bei der Schlichtungsbehörde eine Klage gegen den Vermieter und ihren Mitmieter eingereicht, so können letztere vor Gericht als Streitgenossen auftreten. Einer gemeinsamen Vertretung durch denselben Rechtsanwalt steht grundsätzlich kein Interessenkonflikt im Weg.

Aus dem Urteil des **Mietgerichts Zürich** MJ240003-L vom 9. Oktober 2024 (rechtskräftig; Besetzung: Weber, Trepp, Bauert; Gerichtsschreiberin Boumedien):

«(...)

Anträge der Kläger 1 [Vermieter] und 2 [Mitmieter 2]:

- ' 1. Es sei festzustellen, dass der 'Anfangsmietzins' gemäss Mietvertrag vom 18. Juli bzw. 28. Juli 2014 für die 4.5-Zimmerwohnung, 2. Stock an der N.-str. x in nicht nichtig ist, und es sei der 'Anfangsmietzins' nicht zu reduzieren;
2. Die von der Beklagten gestellten Rechtsbegehren seien abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8,1% Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten und zugunsten des Klägers 1.'

Anträge der Beklagten [Mitmieterin 1]:

- ' 1. Auf die Klage des Klägers 2 sei nicht einzutreten.
2. Die Klage des Klägers 1 sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Es sei festzustellen, dass der Anfangsmietzins gemäss Mietvertrag vom 18. Juli bzw. 28. Juli 2014 für die 4.5-Zimmerwohnung, 2. Stock an der N.-str. x in Zürich nichtig ist, und es sei der Anfangsmietzins auf CHF 2'819.00 pro Monat (netto) festzulegen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt), unter solidarischer Haftung, zu Lasten der Kläger.'

Das Mietgericht zieht in Betracht:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Am 18. bzw. 28. Juli 2014 unterzeichneten die Parteien auf einem Vertragsformular des Schweizerischen Mieterinnen- und Mietverbands einen Mietvertrag über die 4½ - Zimmerwohnung im 2. OG an der N.-strasse x in Zürich. Als Vermieter wurde der Kläger 1 aufgeführt, als Mieter die Beklagte (nachfolgend auch Mieterin 1) und der Kläger 2 (nachfolgend auch Mieter 2). Den Mietzins legten die Parteien monatlich auf Fr. 3'107.– netto zuzüglich Nebenkosten von Fr. 245.– fest. Unbestrittenermassen wurde zur Festsetzung des Mietzinses kein amtliches Formular verwendet. Der Kanton Zürich hatte bereits per 1. November 2013 die zwi-

schenzeitlich aufgehobene Formularpflicht für die Festsetzung eines Anfangsmietzinses im Sinne von Art. 270 Abs. 2 OR wieder eingeführt (Art. 229b EG ZGB/ZH; [...]).

Bereits vor Unterzeichnung der genannten Vereinbarung existierten über das gleiche Mietobjekt Vertragsbeziehungen zwischen dem Vermieter und der Mieterin 1, teils auch mit dem Mieter 2: Erstmals mietete die Mieterin 1 die Wohnung mit Vertrag vom 9. Februar 2010. Der Mietzins betrug zunächst Fr. 2'960.– netto und wurde in der Folge nach Referenzzinssenkungen zweimal reduziert, und zwar auf Fr. 2'890.– per 1. April 2011 und sodann auf Fr. 2'819.– per 1. April 2012. Am 24. Juni 2011 kündigte der Vermieter dieses Mietverhältnis per 30. November 2011. Auf dem entsprechenden amtlichen Formular begründete er diesen Schritt damit, dass es der Wunsch der Beklagten sei, die Wohnung nicht mehr zu mieten. Sie sei nach ihren Angaben zu gross und zu teuer, und ein Untermieter für das ungenutzte Zimmer habe sich nicht mehr finden lassen. Ihr vorgeschlagener Nachmieter sei für den Vermieter nicht akzeptierbar. Dieser sei aber bereit, selber einen Nachmieter zu suchen und die Mieterin von der weiteren Suche zu befreien. Die Kündigung erfolge, da die Mieterin keine verbindliche Angabe zu ihrem Auszug machen wolle und der Vermieter bei der Suche eines Nachfolgers darauf angewiesen sei, eine verbindliche Angabe zum Mietbeginn machen zu können. Die Mieterin 1 focht diese Kündigung an. Vor Schlichtungsbehörde einigten sich die Parteien auf eine Erstreckung des Mietverhältnisses bis 30. September 2013 und räumten der Mieterin 1 ein vorzeitiges Auszugsrecht ein.

Zum vereinbarten Auszug kam es jedoch nicht. Stattdessen einigten sich die heutigen Prozessparteien am 27. Juni 2013 auf einen bis zum 30. September 2014 befristeten Mietvertrag mit der Beklagten und dem Kläger 2 als Mieter. Der Mietzins wurde auf Fr. 3'200.– netto zuzüglich Fr. 245.– Nebenkosten pro Monat festgesetzt, als Berechnungsbasis nannten die Parteien einen Referenzzins von 2.25% sowie den Stand des Landesindex der Konsumentenpreise per Ende Mai 2013 von 99.2 Punkten.

Auf das Ende dieses befristeten Vertrages schlossen die Parteien dann den einleitend erwähnten Mietvertrag, um welchen sich die vorliegende Auseinandersetzung dreht. Am 23. Juni 2015, 20. Dezember 2016 und 8. Juni 2017 teilte der

Vermieter den Mietern auf dem kantonalen Formular Vertragsänderungen mit. Am 1. Mai 2022 kündigte der Vermieter das Mietverhältnis per 30. September 2022. Vor Schlichtungsbehörde schlossen die Parteien einen Vergleich, in welchem sie u.a. die Gültigkeit der Kündigung festhielten, explizit bestätigten, dass der Kläger 2 trotz seines Auszugs aus der Wohnung am 15. Oktober 2014 weiterhin Mitmieter sei, und eine Erstreckung bis Ende September 2025 vereinbarten. Der Beklagten wurde sodann die Weiterführung eines Untermietverhältnisses gestattet. Das Mietverhältnis der Parteien ist seit Januar 2024 beendet.

Das Eigentum am Mietobjekt war vom Vermieter zusammen mit seiner damaligen Ehefrau gestützt auf einen Kaufvertrag vom 8. Dezember 1997 erworben worden und gemäss Scheidungsurteil vom 13. Juni 2008 in dessen alleiniges Eigentum übergegangen.

1.2 Eine erste bei der Schlichtungsbehörde eingeleitete und mit Eingabe vom 8. Dezember 2022 ans angerufene Gericht getragene, unbezifferte Klage auf Nichtigkeitklärung des Anfangsmietzinses war gemäss Verfügung MJ220098-L vom 28. Februar 2023 daran gescheitert, dass das Gericht eine Bezifferung der Klage nicht als unzumutbar erachtet hatte und auf letztere nicht eingetreten war (ZMP 2023 Nr. 3; vgl. zu diesem Thema mittlerweile auch BGer 4A_24/2024 v. 23. Mai 2024 E. 3.3).

Mit Eingabe vom 19. April 2023 klagte die heutige Beklagte bei der Schlichtungsbehörde gegen die Kläger auf Feststellung der Nichtigkeit des Anfangsmietzinses gemäss Vertrag vom 18./28. Juli 2024, Festsetzung des Mietzinses auf Fr. 2'819.– pro Monat und Rückzahlung von Fr. 20'430.– plus 5% Zins seit mittlerem Verfall. Nachdem die Einigungsbemühungen gescheitert waren, unterbreitete die Schlichtungsbehörde den Parteien am 7. November 2023 einen Urteilsvorschlag, welchen beide Kläger – die damals noch durch verschiedene Anwälte vertreten waren – fristgerecht ablehnten. Darauf erteilte die Behörde den Klägern am 19. Dezember 2023 die Klagebewilligungen.

Gestützt auf dieselben gelangten die Kläger am 25. Januar 2024 mit den eingangs erwähnten Begehren ans Mietgericht, wobei sie sich neu beide durch den Rechtsanwalt des Vermieters vertreten liessen. Mit Beschluss vom 15. Februar 2024

wurde die Klage der Beklagten zugestellt und die Kläger wurden aufgefordert, einen Kostenvorschuss von Fr. 4'720.– zu leisten. Nach Eingang desselben wurde der Beklagten mit Verfügung vom 22. Februar 2024 Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Klage angesetzt. Die entsprechende Eingabe erfolgte innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 22. April 2024. Sie wurde den Klägern zugestellt; parallel dazu wurde die Hauptverhandlung auf den 5. September 2024 angesetzt. Nach Durchführung derselben und gescheiterten Vergleichsbemühungen erklärte das Gericht das Verfahren für spruchreif. Die Urteilsberatung erfolgte am 9. Oktober 2024. [Die Gerichtsminderheit gab ihre abweichende Meinung am 16. Oktober 2024 zu Protokoll.]

2. *Standpunkte der Parteien*

2.1 Die Kläger machen hauptsächlich geltend, auch wenn die Parteien am 18./28. Juli 2014 einen neuen Mietvertrag unterzeichnet hätten, bedeute das nicht, dass sie ein neues Mietverhältnis mit einem Anfangsmietzins eingegangen seien, mit welchem die Pflicht zur Verwendung des Formulars im Sinne von Art. 270 Abs. 2 OR einhergegangen wäre. Eine solche Konstellation setze nach Lehre und Rechtsprechung voraus, dass die nicht den Mietzins betreffenden Konditionen eines vorausgegangen Vertrages wie Umfang des Mietobjekts, Gebrauchszweck, Mietparteien oder dergleichen wesentlich geändert worden seien. Dies sei hier nicht der Fall. Der Kläger 2 sei bereits mit dem Vertrag vom 27. Juni 2013 ins Mietverhältnis aufgenommen worden. Der Nettomietzins sei lediglich aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Senkung des Referenzzinses von 2.25 auf 2% ab 3. September 2013 um Fr. 93.– gesenkt worden. Der im Vertrag vorgesehene Mietzins beruhe daher auf dem Zins des Vertrags vom 27. Juni 2013 von Fr. 3'200.– netto und sei auf den Beginn des neuen Vertrags gerade nicht neu festgesetzt worden. Auch in anderen Punkten seien nur marginale Anpassungen gegenüber dem Vertrag vom 27. Juni 2013 getroffen worden. Einzig beim zuletzt genannten Vertrag habe es sich um einen neuen Mietvertrag mit Anfangsmietzins gehandelt, da dort der Kläger 2 ins Vertragsverhältnis aufgenommen und der Nettomietzins neu festgelegt worden sei. Dieser sei durch die beiden Mieter nicht angefochten worden.

Selbst wenn beim hier interessierenden Vertrag von einem Anfangsmietzins auszugehen wäre, würde die Geltendmachung der Nichtigkeit sich wegen des fehlenden Interesses der Beklagten als offensichtlich rechtsmissbräuchlich erweisen. Der verlangte Mietzins sei der Beklagten bestens bekannt gewesen, habe sie das Mietobjekt doch bereits seit 2010 bewohnt und ab dem 1. Oktober 2013 den mit dem Vertrag vom 27. Juni 2013 festgelegten Anfangsmietzins von Fr. 3'200.– netto pro Monat bezahlt. Aufgrund des Vertrages vom 18./28. Juli 2014 habe sie per 1. Oktober 2014 von einer Mietzinssenkung um Fr. 93.– pro Monat profitiert. Es gebe daher keinen Grund, den «Anfangs»-mietzins zu reduzieren.

Zwar habe sich der Nettomietzins im Mietverhältnis zwischen dem Kläger 1 und der Beklagten per 1. März 2010 mit Fr. 2'960.– auf einem tieferen Niveau bewegt als gemäss dem zunächst befristeten Vertrag vom 27. Juni 2013 und sei in der Folge zweimal gesenkt worden. Schon der genannte Zins sei für die Beklagte allein aber finanziell nicht tragbar gewesen, denn ursprünglich habe sie sich für die Wohnung mit ihrem damaligen Lebenspartner R. beworben. Kurz vor Abschluss eines Vertrages unter Einbezug des Lebenspartners habe sich dieser indessen zurückgezogen. Obwohl die Beklagte in ihrer bisherigen Wohnung nicht weiter habe bleiben können, habe sie den Kläger 1 um Nachsicht gebeten, und dieser habe den Vertrag auf die Beklagte allein ausgestellt, obwohl deren mittel- bis langfristige Leistungsfähigkeit zweifelhaft gewesen sei. Ursprünglich habe der Kläger 1 damals schon die Absicht gehabt, die Wohnung für Fr. 3'175.– netto auszu-schreiben. Die angedachte Untervermietung habe sich zunächst nicht verwirklichen lassen und auch einen Ersatzmieter habe die Beklagte nicht gefunden, so dass der Kläger 1 den Vertrag gekündigt habe. Während laufender Mieterstreckung habe die Beklagte in der Person des Klägers 2 doch noch einen zuverlässigen Untermieter gefunden, der sich an den Mietkosten beteiligt habe. Der Kläger 2 habe darauf ein gemeinsam mit der Beklagten abzuschliessendes Mietverhältnis vorgeschlagen, wobei er zunächst lieber Untermieter hätte bleiben wollen. Weil er allerdings mit beruflichen Aktivitäten im Ausland gerechnet habe, sei man übereingekommen, den Vertrag zunächst auf ein Jahr zu befristen, und zwar obwohl der Kläger 1 ursprünglich einen unbefristeten Vertrag mit einer Mindestdauer von einem Jahr angestrebt habe. Von einem hinterhältigen Testlauf könne keine Rede

sein. Der Kläger 1 habe dann zwar den befristeten Vertrag vorgeschlagen, aber sein Interesse daran sei durch die gesamte Konstellation bedingt gewesen.

Dass der Anfangsmietzins im Vertrag vom 27. Juni 2013 im Vergleich zu den zuvor geltenden Konditionen erhöht worden sei, sei im Umstand begründet gewesen, dass der Kläger 1 zuvor bezüglich des Vertrags vom 9. Februar 2010 irrtümlich zweimal Mietzinssenkungen wegen eines von 3% auf 2.75% und dann auf 2.5% gesunkenen Referenzzinses angezeigt habe, obwohl schon der Mietvertrag selber auf einem Referenzzins von 2.5% beruht habe. Per 1. Oktober 2013 habe er dann den Irrtum korrigiert und überdies die inzwischen eingetretene Teuerung und allgemeine Kostensteigerung miteinberechnet. Dieser Mietzins sei im Übrigen auch nicht angefochten worden. Noch vor Ablauf der festen Vertragsdauer habe sich herausgestellt, dass der Kläger 2 definitiv in der Schweiz bleiben werde. Die Beklagte habe sich ebenfalls nicht nach Ersatz umgesehen und das Mietverhältnis habe sich in der neuen Konstellation bewährt, weshalb die Parteien übereingekommen seien, das Mietverhältnis unbefristet fortzusetzen. Da seit Vertragschluss Mitte Juli 2014 der Referenzzins auf 2.25% gesunken sei, habe man auf Ersuchen der Beklagten eine Mietzinssenkung um 2.91% per 1. Oktober 2014 vorgenommen, wie sich aus der entsprechenden Mail-Korrespondenz ergebe. Es wäre den Parteien nie in den Sinn gekommen, einen neuen Vertrag zu schliessen, geschweige denn eine missbräuchliche Kette von befristeten Verträgen zu bilden. Dafür habe es keinen Grund gegeben, sei es doch im Sommer 2014 nur darum gegangen, das bisherige Mietverhältnis fortzusetzen und dies in geeigneter Form zu verkünden. Die auf das genannte Datum gewährte Mietzinsreduktion bestätige diese Sicht, denn der Kläger 1 hätte bei einem neuen Mietvertrag einen höheren Zins diktieren können. Auch der Kläger 2 empfinde die Haltung der Beklagten nicht als rechtens. Die Argumente der Beklagten seien verfehlt. Was die Kündigungsfristen- und -termine angehe, habe man einfach die gesetzliche Regelung übernommen, die auch gegolten hätte, wenn die Mieter einfach ohne explizite Vereinbarung im Objekt geblieben wären. Die Klausel zu den möglicherweise zusätzlich anfallenden Reinigungsarbeiten allgemeiner Räume nach einem allfälligen Verzicht der Stockwerkeigentümergeinschaft auf einen externen Reinigungsservice habe sich mangels eines solchen Entscheids nie ausgewirkt. Die Kündigungsmöglichkeit für den [Kabel-TV]-Anschluss habe sich aus der Änderung der

gesetzlichen Grundlagen im Kommunikationsbereich ergeben: Schon damals habe die Tendenz bestanden, den Anschluss über den Mieter statt über den Vermieter abzuwickeln. Die Beklagte kritisiere den Zustand des Objekts zu Unrecht. Andernfalls wäre sie wohl nicht so lange darin wohnen geblieben. Das vorliegende Verfahren habe sie wohl nur eingeleitet, um dem Beklagten die Kündigung heimzuzahlen. Die Rendite sei nicht übersetzt. Darauf komme es auch nicht an, denn das Objekt stamme aus dem Jahr 1907 und sei daher eine Altbauweise. Falls es dennoch auf den letzten Erwerb ankäme, sei man bereit, die erforderlichen Unterlagen einzureichen.

Selbst wenn es sich beim hier interessierenden Mietzins um einen Anfangsmietzins handeln würde, wäre der Mietzins aufgrund der gesamten Umstände aufgrund desjenigen im vorausgegangenen befristeten Vertrag festzulegen, denn dieser Mietzins sei nicht angefochten worden.

Die Kläger seien im Übrigen der Auffassung, dass die Beklagte nicht aktivlegitimiert gewesen sei, im Prozess um den Anfangsmietzins ohne Mitwirkung des Klägers 2 aufzutreten. Die Rechtsprechung zu Kündigungsschutz und Anfechtung einer Mietzinserhöhung sei nicht anwendbar, da alle beteiligten Mieter dem Anfangsmietzins zugestimmt hätten. Ein Mieter allein könne einen allfälligen Rückforderungsanspruch auch gar nicht durchsetzen, da dieser einer Gesamthandschaft zustehe.

Es treffe nicht zu, dass sich der klägerische Rechtsvertreter bei der Einreichung der Klage in einem Interessenkonflikt befunden habe. Noch im Schlichtungsverfahren sei der längst aus dem Mietobjekt ausgezogene Kläger 2 von einem anderen Rechtsanwalt vertreten worden, obwohl beide Kläger schon damals die gleichen Argumente vorgetragen hätten. Dies sei ökonomisch wenig sinnvoll gewesen, so dass die Kläger sich dazu entschlossen hätten, die Kräfte zu bündeln, zumal ohnehin eine inhaltliche und zeitliche Koordination im Hinblick auf das Gerichtsverfahren erforderlich gewesen sei. Nur aus pragmatischen Gründen habe man sich nach dem Einwand der Beklagten entschlossen, an der Hauptverhandlung nicht mehr gemeinsam durch den Rechtsvertreter des Klägers 1 aufzutreten, wobei der Kläger 2 sich nach wie vor den Argumenten des Klägers 1 anschliesse. Schon der Erstreckungsvergleich vom 30. Juni 2022 schliesse einen Konflikt aus,

denn die Beklagte (damals Klägerin) habe sich in Ziff. 5 verpflichtet, den heutigen Kläger 2 für jegliche Ansprüche des Klägers 1 schadlos zu halten. Die Kläger hätten sich für ihr gemeinsames Auftreten auch auf Richtlinien verständigt, welche für die Beklagte irrelevant seien.

2.2 Die Beklagte berief sich zunächst auf einen Interessenkonflikt bei den Klägern, welcher dadurch entstanden sei, dass sie sich im Gerichtsverfahren durch den gleichen Anwalt vertreten liessen, so dass diesem die Postulationsfähigkeit abzusprechen sei. Mit der Beendigung des Mandates mit dem Kläger 2 zu Beginn der Hauptverhandlung sei der Interessenkonflikt fast schon eingestanden worden. Ein solcher liege auf der Hand, da die Mieter nur zu gesamter Hand über einen Rückforderungsanspruch wegen des nichtigen Mietzinses verfügen könnten. Verzichte der Kläger 2 einseitig auf die Forderung, so werde er gegenüber der Beklagten schadenersatzpflichtig. Auch in Zusammenhang mit einem Streit über offene Nebenkostenposten bestehe ein analoger Interessenkonflikt, zumal schon ein potentieller Konflikt genüge. Die mit dem Konflikt einhergehende fehlende Postulationsfähigkeit des Rechtsanwalts der Kläger habe zur Folge, dass die Klage nicht rechtzeitig eingereicht worden sei, so dass der Urteilstvorschlag der Schlichtungsbehörde Bestand habe.

Bei der Anfechtungsklage vor Schlichtungsbehörde sei die heutige Beklagte allein aktivlegitimiert gewesen und habe den heutigen Kläger 2 als Beklagten 2 ins Recht gefasst, als dieser sich geweigert habe, sich an der Klage zu beteiligen.

Es treffe zwar zu, dass die Beklagte die Wohnung im Jahr 2010 zunächst mit ihrem damaligen Lebenspartner R. habe mieten wollen. Schon damals habe der Kläger 1 aber den Mietzins um satte Fr. 210.– auf Fr. 2'960.– netto angehoben, nachdem nur noch die Beklagte einen Mietvertrag habe eingehen wollen. Die Beklagte habe dem bis zum 30. September 2014 befristeten Mietvertrag vom 27. Juni 2013 zu einem deutlich höheren als dem zuvor gültigen Mietzins nur zugestimmt, weil es ihr zufolge der Wohnungsknappheit im Sommer 2013 an Alternativen gemangelt habe und da der Kläger 2 den überhöhten Nettomietzins habe mittragen können. Es sei der Kläger 1 gewesen, der auf der Befristung bestanden habe. Der Kläger 2 habe sich zunächst lediglich an der sechsmonatigen Kündigungsfrist und möglicherweise an der Mindestvertragsdauer gestört. Es treffe nicht zu, dass der Kläger

1 bei der Bestimmung des Mietzinses einen früheren Irrtum korrigiert habe. Beim Abschluss des hier interessierenden Vertrages vom 18./28. Juli 2014 habe die Wohnungsknappheit weiter zugenommen, und die Beklagte sei in einer Notlage und damit dringend auf das Mietobjekt angewiesen gewesen. Im Vertrag seien die Grundlagen für den Mietzins neu berechnet worden. Zudem sei das Abonnement für den Internet-Anschluss auf drei Monate kündbar erklärt worden. Weiter hätten sich die Mieter bereit erklärt, diverse Reinigungsarbeiten vorzunehmen, soweit seitens des Vermieters auf den Beizug eines externen Reinigungsservices für Treppenhaus, Vorplatz und Briefkästen verzichtet werde. Es sei also nicht der bisherige Mietvertrag fortgesetzt, sondern ein neuer vereinbart worden, mit neuen Rechten und Pflichten. Dies ergebe sich schon aus dem Umstand, dass der vorausgegangene Vertrag vom 27. Juni 2013 bis Ende September 2014 befristet gewesen sei. Aus BGer 4A_455/2017 vom 27. November 2017 könnten die Kläger nichts für sich ableiten. Der Kläger 1 habe mit dem befristeten Mietvertrag vom 17. Juni 2013 einen rechtsmissbräuchlichen Testlauf unternommen, um zu schauen, ob die Mieter den Anfangsmietzins anfechten würden oder nicht und dann bei Wohlverhalten einen unbefristeten Vertrag mit ihnen abzuschliessen. Dass es dem Beklagten darum gegangen sei, Druck auszuüben, gehe auch aus seinem früheren Verhalten hervor: So habe er von Ersatzmietern, welche die Beklagte damals habe stellen wollen, einen rund Fr. 400.– höheren Mietzins verlangt. Das Formular hätte beim Vertrag vom 18./28. Juli 2014 nur schon wegen der Einführung der Kündigungsmöglichkeit, der neuen Klausel über den auf drei Monate kündbaren Internet-Anschluss, der Aktualisierung der Mietzinsbasis und der möglichen Übernahme von Reinigungsarbeiten im gemeinschaftlichen Bereich des Hauses verwendet werden müssen, in welchem sich das Mietobjekt befinde. Es liege kein Fall der Vertragskontinuität vor, wie das Bundesgericht dies umschreibe. Aus dem Ausdruck «Erneuerung des Mietvertrages» lasse sich nichts ableiten.

Erst im Kündigungsschutzverfahren 2022 habe sich die Beklagte rechtlich beraten lassen und dabei erfahren, dass die Formularpflicht verletzt worden sei. Dass sie den Vormietzins gekannt habe, ändere nichts an der Nichtigkeit des Anfangsmietzinses; ihre Unkenntnis der Formularpflicht sei nach der Rechtsprechung zu vermuten. Zuzufolge Nichtigkeit der Anfangsmietzinsfestsetzung sei der Mietzins gerichtlich zu bestimmen. Der Kläger 1 habe für das zu Beginn des 20. Jahrhunderts

erbaute Objekt mit seinen 4 ½ Zimmern von 90 m² in einem eher einfachen, vernachlässigten Ausbaustandard bei einem Nettomietzins von Fr. 3'107.– eine deutlich übersetzte Rendite erzielt, auch wenn es zutrefte, dass dieser Mietzins auf der Grundlage des im vorausgegangenen befristeten Vertrag gültigen Nettomietzinses berechnet worden sei. Der Kläger 1 habe alle für eine Renditeberechnung massgeblichen Unterlagen zu edieren. Auch im Vergleich zum orts- und quartierüblichen Mietzins sei der verlangte Nettomietzins deutlich übersetzt gewesen, wie die Mietpreiserhebungen der Stadt Zürich 2006 und 2022 zeigten.

Die Nettoenditeberechnung sei bei der Ergänzung des Vertrages bei nichtigem Anfangsmietzins vorrangig. Subsidiär sei bei Altbauten auf die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete abzustellen. Scheitere der Beweis, habe das Gericht sämtliche Umstände zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall sei eine Nettoenditeberechnung durchzuführen; hilfsweise sei auf den zuletzt im ersten Mietverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger 1 ohne Druck zustande gekommenen Nettomietzins von Fr. 2'819.– abzustellen, wie dies die Beklagte vorerst beantragt habe. Hier sei eine Nettoenditeberechnung möglich, denn der Kläger 1 habe das Mietobjekt weniger als 30 Jahre vor dem Mietbeginn erworben.

2.3 Auf diese und die weiteren Ausführungen der Parteien ist nachfolgend nur soweit einzugehen, als sie für den Entscheid von Bedeutung sind. Fehlende Erwägungen bedeuten fehlende Relevanz.

3. *Prozessuales*

3.1 Zuständigkeit und Verfahrensart

Unbestrittenermassen ist das Kollegialgericht des Mietgerichts für das vorliegende Verfahren örtlich und sachlich zuständig, und es gelangt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (§ 21 GOG, Art. 33 ZPO; Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO).

Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO hat das Gericht in Prozessen gemäss Art. 243 Abs. 2 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Prinzip der eingeschränkten / sozialen / gemässigten Untersuchungsmaxime). Besonders bei Beteiligung von nicht anwaltlich vertretenen Parteien hat das Gericht durch Fragen und Hinweise bei der Sammlung des Prozessstoffes mitzuwirken und die Betroffene

nen dazu zu bringen, dass sie auch als Laien den relevanten Sachverhalt vortragen können. Sind Anwälte im Spiel, auferlegt sich das Gericht hingegen eine gewisse Zurückhaltung (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 247 N 4).

3.2 Interessenkonflikt

Die Beklagte behauptet einen Interessenkonflikt, soweit der Rechtsvertreter des Klägers 1 auch den Kläger 2 vertreten hat, und leitet daraus verschiedene Rechtsfolgen ab. Zur Stützung ihrer These beruft sie sich auf Art. 12 lit. c BGFA (Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Rechtsanwälte) sowie auf BGE 147 III 351. Der genannte Entscheid befasst sich nicht mit Interessenkonflikten als solchen, sondern nur mit der Abgrenzung der Zuständigkeit des mit dem Streit befassten Gerichts und einer kantonalen Aufsichtskommission zur Ahndung von Verstössen gegen die zitierte Berufspflicht und gibt für den vorliegenden Fall nur her, dass das angerufene Gericht über die Postulationsfähigkeit zu entscheiden hat.

Das Verbot der Vertretung mehrerer Parteien geht indessen nicht so weit, wie dies die Beklagte annimmt. Zu verhindern gilt es einzig, dass ein Rechtsvertreter nicht in die Situation gelangt, dass er Kenntnisse aus dem Mandat mit einem Klienten gegen einen anderen zu verwenden gezwungen ist (vgl. KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 72 N 3; BGE 125 III 138 E. 2d). Dass bei Nebenpunkten wie etwa Kostenfragen eine Uneinigkeit entstehen kann oder dass den Betroffenen möglicherweise weitere Verfahren drohen, in denen sich ein Interessengegensatz ergeben könnte, macht eine Vertretung mehrerer Parteien nicht unzulässig. Eine solche Konstellation könnte höchstens zur Folge haben, dass der Vertreter beide Mandate niederzulegen hat, wenn sich ein Konflikt konkretisiert. Ein Beispiel ist etwa die Übernahme eines gemeinsamen Mandates für eine Mediation im Hinblick auf eine Scheidung auf gemeinsames Begehren. Scheitert diese, darf sich die Anwältin oder der Anwalt bei der nachfolgenden Streitscheidung nicht auf eine Seite schlagen. Im zitierten Bundesgerichtsentscheid wurde die gemeinsame Vertretung mehrerer Verwaltungsräte im Rahmen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage implizit als zulässig bezeichnet, solange die Mandanten einander nicht belasten (BGE 125 III 138 E. 2d).

Im vorliegenden Fall widersetzen sich beide Kläger in ihrer Rolle als Vermieter und Mitmieter der ursprünglich von der Beklagten initiierten Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines angeblichen Anfangsmietzinses. Dass möglicherweise offene Fragen aus dem vorliegenden Mietverhältnis bestehen, die nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses sind (Nebenkosten), ändert nichts an der Postulationsfähigkeit des gemeinsamen Vertreters, auch nicht der Umstand, dass das Innenverhältnis zwischen den Klägern einen Einfluss haben kann auf die Prozesskosten. Dies gilt umso mehr, als die Prozessparteien in Ziff. 5 des Kündigungsschutzvergleichs vom 30. Juni 2022 explizit vorgesehen haben, dass die heutige Beklagte den Kläger 2 für jegliche Ansprüche aus dem Mietverhältnis schadlos zu halten hat. Aufgrund der konkreten Umstände – der Kläger 2 ist schon vor Jahren aus dem Mietobjekt ausgezogen und stellt weder gegen die Beklagte noch den Kläger 1 irgendwelche Ansprüche – ist ohne weiteres zu folgern, dass eine allfällige Rückzahlung nicht gültig vereinbarter Mietzinse aus seiner Sicht nur an die Beklagte zu erfolgen hätte (vgl. dazu auch die Ausführungen zur Legitimation, Ziff. 4.1).

Die Kläger machen zudem unwidersprochen geltend, dass sie sich bezüglich der Führung des vorliegenden Prozesses auf Richtlinien verständigt hätten, welche für die Beklagte irrelevant seien. Für das Gericht und die Gegenpartei ist der genaue Inhalt dieser Absprachen ohne Belang. Selbst im Falle echter Interessenkonflikte wie dem Selbstkontrahieren oder der Doppelvertretung erachtet die Rechtsprechung die Vertretung überdies als zulässig, wenn sie auf einer expliziten Zustimmung der betroffenen Parteien beruht. Das Bundesgericht hat diese Überlegungen auch auf die Organvertretung angewandt (vgl. etwa BGer 4A_611/2023 v. 22. Mai 2024 E. 6.1), und es ist nicht einzusehen, weshalb sich dies bei der Postulationsfähigkeit eines Vertreters anders verhalten sollte, wenn dieser die Parteien nicht gegeneinander, sondern zur gemeinsamen Wahrung ihrer Interessen gegen eine Dritte vertritt. Im vorliegenden Fall hat der Kläger 2 die bis zum Beginn der Hauptverhandlung für ihn getroffenen Vorkehrungen des Rechtsvertreters des Klägers 1 explizit bestätigt und sich im Übrigen auch danach dem Standpunkt des Klägers 1 vorbehaltlos angeschlossen. Die Postulationsfähigkeit des klägerischen Rechtsvertreters zu verneinen würde bedeuten, künftig auch gemeinsame Vertretungen bei Mietzinsanfechtungen oder Kündigungsschutzklagen mehrerer Mieter im gleichen Haus nicht mehr zuzulassen. Dies würde auch das Institut der einfachen

Streitgenossenschaft als solches unterminieren, was im Widerspruch zu Art. 72 ZPO stünde, wo eine gemeinsame Vertretung explizit als erlaubt erklärt wird.

Erweist sich die gemeinsame Vertretung als zulässig, so entfaltet sie ihre vollen Wirkungen, solange sie bestand, d.h. bis zum Beginn der Hauptverhandlung. Es kann daher entgegen der Beklagten offensichtlich keine Rede davon sein, dass die Klage des einen oder anderen Klägers nicht gültig eingereicht worden wäre.

4. *Materielle Behandlung der Klage*

4.1 Legitimation

Gemäss Rechtsprechung besteht zwar sowohl bei einer Klage auf Kündigungsschutz als auch bei einer Mietzinsanfechtung eine notwendige Streitgenossenschaft, da über die fraglichen Gestaltungs- und Gestaltungs-klagerechte nur einheitlich entschieden werden kann. Das ändert aber nichts daran, dass die entsprechenden Klagen auch bei Verträgen mit mehreren Mietern von diesen einzeln erhoben werden können, denn es geht um die Wahrung von Sozialrechten, die letztlich in der Persönlichkeit der Berechtigten wurzeln und daher nicht von der Mitwirkung anderer Personen abhängig gemacht werden sollen (BGE 140 III 598; BGE 146 III 346; vgl. BK-MEIER-HAYOZ, Vor Art. 646 ZGB N 27).

Die Kritik in der Lehre bezieht sich meist auf praktische Probleme, die jedoch auch in anderen Teilen des Zivilrechts bestehen. Es kann etwa in der Tat sein, dass die Parteirollen sich im Anschluss an ein Schlichtungsverfahren oder im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens verändern. Dies verhält sich aber auch bei anderen Konstellationen mit notwendigen Streitgenossenschaften so, soweit es um Einzelrechte geht: So ist die Klage des Ehemannes auf Anfechtung der Vaterschaft zwar laut Art. 256 Abs. 2 ZGB gegen die Mutter und das Kind zu richten. Das ändert aber nichts daran, dass die Beklagten jeweils allein zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimiert sind, wobei das Kind auf Seiten der Berufungsbeklagten einzu-beziehen ist, soweit es sich nicht ebenfalls zur Berufung entschliesst (BGE 138 III 737).

Soweit die Kläger, insbesondere der Kläger 1, die Übertragbarkeit der zit. Rechtsprechung auf die Anfangsmietzinsanfechtung infrage stellen, argumentieren sie einzig damit, dass alle Mieter dem Anfangsmietzins zugestimmt hätten. Die Kritik

erschöpft sich damit letztlich in einer solchen an der Anfechtung des Anfangsmietzinses als solche, welche teils als Einbruch in das Prinzip der Vertragstreue bezeichnet wird. Wenn das Gesetz das Institut aber trotz der Kritik unzweifelhaft weiterhin vorsieht, ist nicht einzusehen, inwieweit die Tatsache, dass die Mieter dem Mietzins beim Vertragsschluss zugestimmt haben, für die Legitimationsfrage entscheidend sein könnte. Mehr noch: Geht es um einen mutmasslich nichtigen Anfangsmietzins und damit im Ergebnis um einen gerichtlich zu modifizierenden teilmichtigen Mietvertrag, so beschlägt der Rechtsmangel auch die Grundlage der Rechtsgemeinschaft als solche (jedenfalls soweit nicht eine zuvor schon bestehende Rechtsgemeinschaft den Vertrag geschlossen hat). Eine entsprechende Klage kann daher so oder anders nur eine Einzelbefugnis bilden. Die gegenteilige Lösung würde bedeuten, die von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit zum Nachteil einer betroffenen Partei unberücksichtigt zu lassen, nur weil weitere Personen am (teil-) nichtigen Vertrag beteiligt sind (dazu DILLIER, Konkubinatspartner als gemeinsame Mieter von Wohnräumen, mp 2017, S. 239 ff, 241 f.; WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, Zürich 1993, S. 35).

Richtig ist immerhin, dass die Umsetzung der Rechte und Pflichten in einem gemeinsamen Vertrag im Rahmen eines Zivilprozesses gelegentlich nicht einfach ist. Das kann jedoch nicht zur Folge haben, dass den Betroffenen die genannten Sozialrechte allein deshalb vorenthalten werden, weil auf der gleichen Seite des Vertrages weitere Personen beteiligt sind, zumal das Gesetz solche Pattsituationen auch im traditionellen Privatrecht zu vermeiden versucht (Art. 70 OR). Hätte etwa der Kläger 1 in Unkenntnis des Standpunktes des Klägers 2 diesen auf Beklagten-seite einbezogen und hätte sich später herausgestellt, dass derselbe nach wie vor den gleichen Standpunkt einnimmt wie jener, so wäre dem durch eine Korrektur des Rubrums Rechnung zu tragen gewesen. Eine Diskussion erübrigt sich, da die Kläger ihr Vorgehen unbestrittenermassen aufeinander abzustimmen vermochten.

Soweit die Kläger infrage stellen, dass die Beklagte im Falle einer Nichtigkeit des Anfangsmietzinses den an sich der (ehemaligen) einfachen Gesellschaft zwischen ihr und dem Kläger 2 gesamthandschaftlich zustehenden Anspruch auf Rückerstattung ohne dessen Zustimmung geltend machen könne, bedeutet die Teilnahme des Klägers 2 auf Klägerseite wie schon erwähnt (Ziff. 3.2) auch eine sinn-gemässe Zustimmung dazu, dass die Beklagte das zu viel Bezahlte auf eigene

Faust zurückfordern kann. Wie später mit dem Erstrittenen zu verfahren wäre, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses. Allenfalls wäre eine Ergänzung der Liquidation der Gesellschaft möglich. Denkbar wäre aber auch ein (Eventual-) Antrag des Klägers 2 auf Aufteilung im vorliegenden Prozess. Die Frage erübrigt sich, denn ein solcher Antrag wurde nicht gestellt und die Klage ist ohnehin gutzuheissen, wie sogleich zu zeigen ist.

4.2 Abgrenzung des Anfangsmietzinses von einer Mietzinsanpassung

4.2.1 Gemäss Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Mietsache als missbräuchlich im Sinne der Art. 269 und 269a OR anfechten, wenn er sich entweder wegen einer persönlichen oder familiären Notlage bzw. der Lage auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsschluss gezwungen sah oder der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat. Nach Abs. 2 der genannten Bestimmung können die Kantone für ihr Gebiet im Falle von Wohnungsmangel die Verwendung des Formulars im Sinne von Art. 269d OR für ihr Gebiet obligatorisch erklären.

Das genannte Formular ist auch zu verwenden, wenn der Vermieter während des Mietverhältnisses den Mietzins erhöhen oder den Vertrag auf andere Weise zum Nachteil des Mieters einseitig anpassen möchte (zu den Ausnahmen später). Andere Vertragsänderungen sind ohne Formular durch blossen Konsens der Parteien möglich.

Die Berufung auf die Formularpflicht kann rechtsmissbräuchlich sein, etwa wenn der Mieter die Rechtslage genau kennt und sich nicht innert tunlicher Frist auf den Mangel beruft. Im Zweifel ist aber schon wegen der im Formular festgehaltenen Rechtsbelehrung das Unwissen des Mieters um die gesetzliche Regelung zu vermuten (BGE 140 III 583, BGE 146 III 82; BGE 148 III 63 E. 6).

Die Abgrenzung einer Anfangsmietzinsfestsetzung durch Abschluss eines neuen Vertrages von einer blossen Vertragsmodifikation ist von erheblicher Bedeutung. So können beide Seiten im Rahmen eines Senkungsbegehrens oder einer Mietzinserhöhung aufgrund der sog. relativen Methode nur unter qualifizierten Voraussetzungen eine grundlegend neue Mietzinsberechnung erreichen (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).

Umgekehrt sind die Parteien bei der Festsetzung der Höhe des Anfangsmietzinses freier: Der Mietzins kann – jedenfalls soweit er nicht anhand des vorausgegangenen Mietverhältnisses festgelegt wird – nach absoluter Methode bestimmt werden (Netto- oder Bruttorendite, orts- und quartierübliche Vergleichsmiete). Eine Bindung an die frühere Mietzinsgestaltung besteht daher nicht. Andererseits sind die Bestimmungen für die Anfangsmietzinsfestsetzung teils aber auch strenger als diejenigen für Mietzinsanpassungen: Wo das kantonale Recht für die Festsetzung eine Formularpflicht gestützt auf Art. 270 Abs. 2 OR vorsieht, erweist sich jeder Anfangsmietzins als nichtig, der ohne das Formular festgesetzt wurde.

Für die Abgrenzung ist u.a. massgeblich, ob die Parteien mit der vereinbarten Vertragsmodifikation nur den Mietzins anpassen wollen oder auch andere wesentliche Vertragsbestandteile. Ist etwa die Mietsache als Folge von Grundrissveränderungen nicht mehr die gleiche, so ist es ohne weiteres möglich und daher im Zweifel auch davon auszugehen, dass die Parteien einen neuen Mietvertrag abschliessen. Dem Vermieter kann diesfalls nicht vorgeworfen werden, er habe das für Vertragsänderungen gemäss Art. 269d OR erforderliche Formular nicht verwendet (ZMP 2022 Nr. 5). Eine etwaige Formularpflicht richtet sich einzig nach Art. 270 Abs. 2 OR und dem entsprechenden kantonalen Recht (BGer 4A_455/2017 vom 27. November 2017 E. 2.2; BGer 4A_576/2008 vom 19. Februar 2009, E. 2.2).

Geht es umgekehrt nur um die Anpassung des Mietzinses, so genügt es grundsätzlich nicht, einen neuen Mietvertrag abzuschliessen. Vielmehr ist die Formularpflicht nach Art. 269d OR zu beachten, jedenfalls soweit eine Änderung den Mieter belastet (HAP-BÄTTIG, a.a.O., Rz. 1.123). Dies gilt etwa auch, wenn im Rahmen einer Vertragsänderung typfremde Nebenabreden der Miete einverständlich aufgehoben werden wie beim Wegfall der Hauswartzspflichtung des Mieters (BGE 131 III 566 E. 3.1 = Pra 2006 Nr. 54). In gewissen Konstellationen können allerdings auch Vertragsanpassungen ohne amtlich bewilligtes Formular erfolgen. Selbst belastende Änderungen können auf diese Weise vorgenommen werden,

aber nur sofern der Mieter bei der Anpassung nicht unter Druck stand und über sein Anfechtungsrecht informiert war (BGE 128 III 419 = Pra 2003 Nr. 7 E. 2.4.1-2. Schon damals betonte das Bundesgericht indessen wie später auch in BGE 139 III 145, Vereinbarungen zwischen den Parteien dürften nicht dazu führen, dass die Schutzbestimmungen des Mietrechts umgangen würden (E. 2.4.2: «Les dispositions impératives de la loi ne doivent cependant pas être éludées.»; vgl. auch BGer 4A_198/2008 vom 7. Juli 2008 E. 3.1; BGE 123 III 70 E. 3b).

4.2.2 In der Rechtsprechung wird nicht strikt zwischen dem Abschluss eines neuen Vertrags und einer Vertragsmodifikation im Kontext eines bestehenden Vertrages unterschieden. Letztlich trifft auch das Gesetz keine starre Unterscheidung, lässt es doch gleichermassen befristete und unbefristete Verträge zu (Art. 255 und 266 OR). Art. 266 Abs. 2 OR enthält sodann einen Hinweis darauf, dass selbst befristete Verträge fortgeführt werden können, ohne dass es dazu eines neuen Mietvertrags bedarf. Genügt für eine solche Vertragsänderung schon eine bloss beidseitige Fortsetzung der Vertragserfüllung, muss auch eine explizite Fortsetzung als Änderung des bisherigen Vertrags betrachtet werden, soweit die Parteien im Ergebnis nicht doch etwas anderes vereinbart haben. Hier und auch bei einem unecht befristeten Mietvertrag (frz. «bail de durée déterminée improprement dit», vgl. BGE 121 III 397 E. 2b/bb) greift die Formularpflicht nach Art. 269d OR wieder (HAP-BÄTTIG, a.a.O., Rz. 1.123; BGE 123 III 76, E. 4c, S. 76, sowie BGE 121 III 397 E. 2b/bb, S. 403:

«A l'expiration de la durée convenue pour le bail à loyers échelonnés, s'il s'agit d'un bail à terme fixe, le bailleur pourra négocier un nouveau contrat avec le locataire en place ou avec un tiers et, à cette occasion, augmenter le précédent loyer au cas où celui-ci ne lui permettrait plus d'obtenir un rendement suffisant de la chose louée parce que les prévisions faites lors de la conclusion du bail échelonné, quant à l'évolution des facteurs de hausse, ne se seraient pas vérifiées par hypothèse. De son côté, le locataire aura toujours la possibilité de refuser l'offre du bailleur et de rechercher un logement meilleur marché. Si, toutefois, il ne souhaite pas quitter les lieux, bien qu'il juge excessif le nouveau loyer que lui propose le bailleur, il pourra contester ce loyer "initial", aux conditions de l'art. 270 CO. Il lui sera enfin loisible, le cas échéant, de demander une diminution du dernier échelon de loyer dans le cadre d'une procédure tendant à la prolongation du bail (art. 272c al. 1 CO). Dans le cas **d'un bail de durée déterminée improprement dit [Hervorhebung durch das Mietgericht]** (sur cette notion, cf. l' ATF 114 II 165 consid. 2b et les références, ainsi que LACHAT/MICHELI, op.cit., p. 280, qui parlent de baux "congéables"), soit d'un bail reconductible tacitement après la durée minimum de trois ans imposée par l'art. 269c let. a CO, le bailleur pourra solliciter une majoration du dernier échelon de loyer pour le terme de résiliation, sur la base de l'art. 269d CO, et le locataire invoquer l'art. 270a CO à l'appui d'une demande de diminution de son loyer.»)

Umgekehrt ist es grundsätzlich auch erlaubt, kettenartig aneinandergereihte Verträge abzuschliessen, deren Mietzinse jeweils als Anfangsmieten zu behandeln

sind (BGE 139 III 145 E. 4.2.4; ebenso schon BGer 4C.155/2003 vom 3. November 2003, E. 3.3). Von einer solchen Konstellation ist im Zweifel auszugehen, soweit ein bisheriges Vertragsverhältnis gültig zu Ende gegangen ist. Darunter fällt etwa der echt befristete Mietvertrag mit Index- oder Staffelungsklausel (BGE 121 III 397 E. 2b/bb). Gleiches gilt, wenn der Vermieter dem Mieter nach Ablauf eines gültig wegen Zahlungsverzugs gekündigten Mietverhältnisses eine weitere Chance geben will und deshalb mit ihm einen weiteren Vertrag schliesst (BGer 4A_455/2017 vom 27. November 2017, E. 2.2, wo allerdings zusätzlich eine Partei auf Mieterseite ausschied, mithin die Änderungen mehr umfassten als nur den Mietzins) oder wenn die Parteien nach abgelaufener Erstreckung des Mietverhältnisses nach Art. 272 ff. OR einen neuen Vertrag schliessen.

Die Aneinanderreihung mehrerer Mietverträge ist jedoch nicht schrankenlos zulässig: Wegen des unterschiedlichen Schutzniveaus insbesondere im Bereich der Mietzinsanfechtung hat das Bundesgericht in BGE 139 III 145 E. 4.2.4 klargestellt, dass solche Konstruktionen keine Gesetzesumgehung bezwecken dürfen (zur Debatte in der Lehre, ob die Umgehung eher unter Art. 2 Abs. 1 oder wie vom Bundesgericht eher befürwortet unter Art. 2 Abs. 2 ZGB zu subsumieren ist vgl. HÜRLIMANN-KAUP, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014-2017, ZBJV 2019, S. 121, Ziff. 2.3.6.2). Die Beweislast für eine Umgehungsabsicht liegt dabei beim Mieter. Eine solche ist zu bejahen, wenn die gewählte Konstruktion vernünftigerweise keinen anderen Zweck haben kann, als den Mechanismus für Vertragsänderungen auszuhebeln, wie er für unbefristete Mietverträge vorgesehen ist. Gleiches gilt, soweit sich der vereinbarte Mechanismus zur Mietzinsanpassung innerhalb eines mehrphasigen Mietvertrags mit bestimmbarem Mietzins für alle Phasen überhaupt nicht an den Kriterien von Art. 269 ff. OR orientiert, denn die Missbrauchsgesetzgebung will gerade verhindern, dass die Mieterseite gegenüber einer Mietzinsfestsetzung nach reinen Marktkriterien (nicht zu verwechseln mit der Vergleichsmiete nach Art. 269a lit. a OR) im Voraus auf eine Anfechtung verzichten kann (dazu ZMP 2019 Nr. 8 E. 4).

4.3 Vertragsauslegung

4.3.1 Ob ein konkreter Mietvertrag einheitlich über mehrere Perioden hinweg gelten soll oder ob eine Aneinanderreihung voneinander unabhängiger Mietverträge vorliegt, ist primär eine Auslegungsfrage.

4.3.2 Nach Art. 1 und 18 OR gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht daher zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist.

Bleibt ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie aus der Sicht vernünftiger und redlicher Vertragspartner gemäss ihrem Wortlaut und den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Führt diese objektivierete Betrachtungsweise zur Annahme übereinstimmender Willensäusserungen, liegt ein normativer Konsens vor (BGE 123 III 35 E. 2b). Bei der Bewertung des Verhaltens der Parteien hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt oder gar nur mit Floskeln operiert haben (BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a). Nach der sogenannten Unklarheitsregel sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (BGE 124 III 155 E. 1.b m.w.H.).

Sowohl bei der Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien als auch bei der Frage nach einem normativen Konsens sind die Umstände mitzubersichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Massgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, also der historische Konsens zwischen den Parteien, weshalb nachträgliches Parteiverhalten grundsätzlich nicht von Bedeutung ist. Immerhin lassen später eintretende Umstände besonders bei Dauer-schuldverhältnissen bisweilen erkennen, wie die Parteien den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden haben. Das gibt aber den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen wieder und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3). Mit entsprechenden Schlüssen ist jedenfalls Zurückhaltung geboten, denn wenn schon eine Vertragsänderung durch blosses Vertragsgebaren nicht leichthin angenommen werden darf, verbietet es sich umso mehr, für den historischen Konsens zwischen den Parteien allzu viel aus diesem Gebaren abzuleiten. Dies gilt ganz besonders, wenn schon Streit über eine bestimmte Frage besteht.

Auch bei der Vertragsauslegung hat das Gericht vom Wortlaut der Parteierklärungen auszugehen, aber die Umstände in seine Überlegungen einzubeziehen. Selbst auf den (vermeintlich) klaren Wortlaut eines Vertrages darf nicht unbesehen abgestellt werden. Aus Art. 18 OR folgt, dass der Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend und eine reine Wortauslegung verboten ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Auch das systematische Element ist zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinn wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln Vorrang zu: Immer wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen

Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

4.3.3 Hält bei mehreren möglichen Interpretationen nur eine davon vor dem zwingenden Gesetzesrecht stand, so haben die Gerichte analog Art. 20 Abs. 2 OR nicht von der Rechtswidrigkeit und damit Nutzlosigkeit des Vereinbarten auszugehen, sondern jene Variante zu bevorzugen, welche eine Aufrechterhaltung des von den Parteien Vereinbarten ermöglicht (BGer 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 E. 5.2; sog. Prinzip des «favor negotii»).

4.3.4 In BGE 137 III 580 E. 2 hat das Bundesgericht das entscheidende Kriterium vorgegeben, anhand dessen ein einheitlicher Vertrag mit mehreren Teilphasen von der kettenartigen Aneinanderreihung mehrerer Verträge zu unterscheiden ist: Ein einheitlicher Vertrag über mehrere Phasen liegt immer dann vor, wenn die Verlängerung über mehrere Phasen schon im ursprünglichen Vertrag angelegt ist (a.a.O.: «La reconduction tacite [gemeint war in concreto die explizite Vereinbarung einer festen Mindestdauer mit anschliessender unbefristeter Fortsetzung des Vertrages] marque donc davantage la continuité dans la relation contractuelle plutôt qu'une césure.»). Entscheidend ist mithin, ob der ursprüngliche Vertrag die Kontinuität vorsieht oder eine Zäsur.

4.4 Gesetzesumgehung

Mit BGE 139 III 13 hat das Bundesgericht der bis dahin wenig bedeutsamen Anfechtung des Anfangsmietzinses durch eine natürliche Vermutung der Missbräuchlichkeit Leben eingehaucht: Hat der Vermieter den Mietzins gegenüber dem Vormietverhältnis erheblich erhöht (deutlich mehr als 10%), ohne dass Umstände wie die Entwicklung des Referenzzinses, die Teuerung oder wertvermehrende Investitionen dies zu plausibilisieren vermögen, so besteht eine natürliche Vermutung der Missbräuchlichkeit (BGE 147 III 431 E. 3.3.1; BGE 148 III 209 E. 3.2.1). Der Vermieter hat dann zur Beweisführung beizutragen und die Vermutung zu erschüttern, etwa durch Beibringung von Vergleichsobjekten, die zwar nicht den strengen Kriterien von Art. 269a lit. a OR und Art. 11 VMWG zu genügen brauchen, aber dennoch aufzeigen müssen, dass sich die Vergleichsmiete seit der letzten Anpassung des Vormietzinses zugunsten des Vermieters verändert hat (BGE 150 III 123).

BGE 139 III 13 erging am 6. Dezember 2012 und verursachte namentlich bei den Verbänden einige Aufregung. Der drohenden Anfangsmietzinsanfechtung nach erheblicher Erhöhung des Mietzinses versuchten einige Vermieter dadurch zu entgehen, dass sie zunächst befristete Mietverhältnisse eingingen und der Umwandlung in einen unbefristeten Vertrag bei gleichem Mietzins erst zustimmten, wenn feststand, dass der Anfangsmietzins des befristeten Vertrages unangefochten geblieben war. Es ist anerkannt, dass ein solches Vorgehen als Gesetzesumgehung zu werten und unbeachtlich ist, wenn es dem Vermieter einzig darum geht, eine Anfangsmietzinsanfechtung zu umgehen (BGE 139 III 145; CPra-bail-BOHNET/DIETSCHY, Art. 255 CO N 9; RUBLI, Jurisprudence choisie en droit du bail, plaidoyer 5/19, 28 ff., 33; TH. KOLLER, Wertungswidersprüche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mietrecht, ZBJV 2020, S. 1 ff., 6; WEBER, Gesetzesumgehung im Mietrecht, Zürich 2020, abrufbar unter <https://www.zjurv.ch/event/view/id/85>, S. 6). Eine Umgehungsabsicht ist vom Mieter zu beweisen. Sie liegt nicht vor, wenn es für den Abschluss eines befristeten Vertrages (auch) gute Gründe gab, etwa weil die Mieter selber es wegen ihres auf eine bestimmte Dauer angelegten Aufenthalts in der Schweiz auf einen befristeten Vertrag angelegt haben (BGE 139 III 145 E. 4.3.3). Ist eine Umgehungsabsicht zu bejahen, so kann der Mieter schon während des befristeten Vertrags mittels Klage im vereinfachten Verfahren feststellen lassen, dass der Vertrag als unbefristet zu betrachten ist (BGer 4A_48/2018 v. 18.5.2018, E. 6; WEBER, Gesetzesumgehung, S. 6).

4.5 Beurteilung des vorliegenden Falles

4.5.1 Die Parteien sind sich einig, dass jedenfalls mit dem befristeten Vertrag vom 27. Juni 2013 zwischen ihnen ein neuer Mietvertrag abgeschlossen und damit ein Anfangsmietzins festgelegt wurde. Der vorausgegangene Vertrag zwischen dem Kläger 1 und der Beklagten war durch den Ablauf der vereinbarten Mieterstreckung im Anschluss an eine Kündigung zu Ende gegangen. Wie aus der Kündigung vom 24. Juni 2011 hervorgeht, war die Tragbarkeit des Mietzinses schon in jenem Mietverhältnis ein Thema. Namentlich ist unbestritten, dass die Beklagte die Wohnung eigentlich mit ihrem damaligem Lebenspartner hätte mieten wollen, wozu es zufolge Beendigung der Beziehung aber nicht kam. Sie versuchte das

Problem durch die Suche nach Ersatz- und Untermietern zu lösen. Dies gelang aber nicht, so dass der Kläger 1 zur Klärung der Situation zur Kündigung griff.

4.5.2 Im befristeten Vertrag vom 27. Juni 2013 trat auch der Kläger 2 als Mieter auf. Alle drei Parteien betrachteten das auch als Massnahme, den Mietzins für die Mieterseite tragbar zu machen. Dass der Vertrag befristet geschlossen wurde, mag verschiedene Gründe gehabt haben. Alle Parteien sind sich einig, dass beim Kläger 2 die Situation insofern unklar war, als er sich nicht im Klaren darüber war, ob er sich allenfalls beruflich für längere Zeit im Ausland aufhalten würde. Er schrieb dazu im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit E-Mail vom 20. Mai 2013, eigentlich würde er lieber nur als Untermieter im Mietobjekt wohnen; er könne jedenfalls keinen Vertrag mit einer Mindestdauer von einem Jahr und einer sechsmonatigen Kündigungsfrist unterschreiben. Darauf kam es auf Vorschlag des Klägers 1 zum befristeten Vertrag, wobei der Kläger 1 den Kläger 2 nicht nur fragte, wie lange die befristete Dauer sein solle, sondern ihm sogar eine auf zwei Monate befristete vorzeitige Auszugsmöglichkeit offerierte ([...], E-Mail vom 20. Juni 2013, 09:40 Uhr). Darauf vollzog der Kläger 2 eine Kehrtwende und fragte, ob man auf den Vorschlag des Klägers 1 auf einen gemeinsamen Mietvertrag zurückgehen könne, «idealerweise unbefristet und nach regulärem Mietrecht kündbar ([...], E-Mail vom 25. Juni 2013, 13:36 Uhr). Der Kläger 1 blieb dann beim Vorschlag eines befristeten Vertrages, jetzt mit einer konkretisierten Laufzeit von einem Jahr, fügte aber damals schon bei, der Vertrag könne später je nach den Umständen immer noch verlängert oder in einen unbefristeten umgewandelt werden ([...], E-Mail vom 26. Juni 2013, 09:51 Uhr). Später stellte der Kläger 1 gar auf entsprechenden Hinweis der Beklagten eine Anpassung an eine Referenzzinssenkung für den Fall einer Vertragsverlängerung in Aussicht ([...], Mails vom 10. September 2013, 13:11 Uhr bzw. 09:27 Uhr). Allen drei Parteien war dabei klar, dass im befristeten Vertrag der Nettomietzins gegenüber dem zuletzt gültigen Mietzins im Vormietverhältnis (allein mit der Beklagten) von Fr. 2'819.– auf Fr. 3'200.– netto erhöht worden war.

Diese Debatte zeigt, dass eine Vertragsfortsetzung schon in den Verhandlungen über den schliesslich befristet abgeschlossenen Vertrag angelegt war. Weiter lassen sich aus den Äusserungen der Parteien auch Rückschlüsse auf ihre mietrechtlichen Kenntnisse ziehen: Es ist durchaus anzunehmen, dass alle drei Parteien wesentlich besser über die rechtliche Ausgangslage informiert waren, als sie heute

glauben machen wollen: Die Idee der Untermiete könnte einen Versuch der Mieter gebildet haben, die Fortsetzung des alten Vertrages zum günstigeren Mietzins zu favorisieren.

Nicht überzeugend sind im Übrigen die Ausführungen des Klägers 1, wie er den neuen Nettomietzins im befristeten Vertrag bestimmt haben will. Der von ihm geltend gemachte Irrtum bei der Weitergabe von Referenzzinssenkungen bestand offensichtlich nicht. Zwar trifft es zu, dass der Vertrag vom 9. Februar 2010 als Basis einen Referenzzins von 2.5% angab. Woher der Kläger 1 diese Zahl gehabt haben will, erläutert er indessen nicht. In Wahrheit lag der Referenzzins schon seit dem 2. September 2009 bei 3% (<https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/referenzzinssatz/entwicklung-referenzzinssatz-und-durchschnittszinssatz.html>). Zuvor hatte er durchwegs noch höher gelegen, und auch die zuvor gültigen Sätze der Zürcher Kantonalbank für erste Althypotheken lagen weit höher. Andererseits ist unbestritten, dass schon der Mietzins gemäss Vertrag vom 9. Februar 2010 um rund Fr. 200.– höher lag als zuletzt im Mietverhältnis davor. Dies legt den Schluss nahe, dass sich der Kläger 1 mit dem falsch angegebenen Referenzzins im Vertrag vom 9. Februar 2010 eine Grundlage für eine (missbräuchliche) Mietzinserhöhung oder für die Abwehr eines Senkungsbegehrens verschaffen wollte. Auch die weitere Erklärung, für den befristeten Vertrag vom 27. Juni 2013 habe er den «Irrtum» korrigiert und zudem die Teuerung und die allgemeine Kostensteigerung aufgerechnet, um auf einen Nettomietzins von Fr. 3'200.– zu kommen, entspricht offenkundig nicht den Tatsachen, denn bei den Senkungsmittellungen im Rahmen des Vertrages vom 9. Februar 2010 rechnete er diese Faktoren jeweils auf.

Dass er der Beklagten aber trotz der falschen Angabe des Referenzzinses im Vertrag vom 9. Februar 2010 am 3. Dezember 2010 und 15. Dezember 2011 die Referenzzinssenkungen von 3 auf 2.75% und hernach auf 2.5% weitergab, deutet darauf hin, dass nicht nur der Kläger 1 sich über die Rechtslage im Klaren war, sondern wohl auch die Beklagte, denn ansonsten wäre es dem Kläger 1 ein Leichtes gewesen, eine Senkung unter den in den Formularen angegebenen Titeln zu verweigern.

Daraus und aus der schon zitierten Korrespondenz ist zu folgern, dass der gemäss Vertrag vom 27. Juni 2013 ohne plausiblen Grund um fast Fr. 400.– erhöhte Nettomietzins zumindest mit ein Thema der Vertragsverhandlungen war.

4.5.3 Dennoch gab es für die Befristung des Vertrages jedenfalls auch gute Gründe. Das vorausgegangene Mietverhältnis war von den Zweifeln über die Bonität der Beklagten geprägt gewesen. Das erklärt, weshalb der Kläger 1 auf den Einbezug des Klägers 2 in den neuen Betrag pochte, wobei dieser mit seinen beruflichen Plänen beim Kläger 1 Zweifel an der Beständigkeit der angestrebten Lösung weckte. Beides bildete einen legitimen Grund für ein Mietverhältnis auf Probe, auch wenn die Furcht vor einer Anfangsmietzinsanfechtung im Lichte der verschärften Gerichtspraxis auch eine Rolle gespielt haben mag.

4.5.4 Was den vereinbarten Anfangsmietzins von Fr. 3'200.– im befristeten Vertrag angeht, stellt auch die Beklagte diesen trotz des Gesagten mit Recht nicht infrage, auch wenn sie bezüglich des Vertrags vom 18./28. Juli 2014 die Nichtigkeit des Anfangsmietzinses geltend macht und für die Festlegung des Mietzinses neben einer Renditeberechnung den Rückgriff auf den bis 30. September 2013 gültigen Nettomietzins ihres vorausgegangenen Vertrages vorschlägt. Die Formularpflicht gemäss Art. 270 Abs. 2 OR wurde im Kanton Zürich (nota bene nach einer Volksabstimmung, die ähnlich hohe Wellen geworfen hatte wie BGE 139 III 13) erst per 1. November 2013 wieder eingeführt und bestand demzufolge weder beim Vertragsschluss am 27. Juni noch beim Mietbeginn am 1. Oktober 2013. Mit Ablauf der Frist von Art. 270 Abs. 1 OR spätestens am 30. Oktober 2013 verwirkte daher auch das Recht der Mieter, den Anfangsmietzins noch infrage zu stellen, und zwar unabhängig davon, ob der Anfangsmietzins unter Beachtung der Missbrauchssetzung zustande gekommen war oder nicht und ob die Mieter unter einem gewissen Druck standen, weil der Vermieter sonst das Objekt einem Dritten angeboten hätte.

4.5.5 Daraus wird zugleich ein gewisser Widerspruch in der Argumentation der Beklagten deutlich: Hätte die Befristung des Vertrages vom 27. Juni 2013 der Umgehung der kurz zuvor vom Bundesgericht verschärften Praxis zur Anfangsmietzinsanfechtung gedient, so hätte die Beklagte auf Feststellung klagen können, dass der Vertrag als unbefristet zu gelten habe. Wäre der befristete Vertrag aber

ein widerrechtlicher Testlauf gewesen, wie sie vortragen lässt, dann hätte die Unterzeichnung des Dokuments vom 18./28. Juli 2014 nichts an der Identität dieses Mietverhältnisses mit demjenigen vom 27. Juni 2013 zu ändern vermocht und damit auch keine Anfangsmietzinsfestsetzung zur Folge haben können. Denn diesfalls wäre der Vertrag vom 27. Juni 2013 einzig in Bezug auf die Befristung als (teil-) nichtig zu erachten, nicht aber punkto Anfangsmietzinsfestsetzung.

4.5.6 Aber auch unabhängig von dieser Überlegung markiert die Vereinbarung vom 18./28. Juli 2014 in Würdigung aller Umstände eher die Kontinuität als eine Zäsur in der Vertragsbeziehung zwischen den heutigen Prozessparteien. Zwar wurde formell ein zu Ende gegangenes befristetes Mietverhältnis durch einen weiteren Vertrag erneuert. Wie aber schon die Korrespondenz der Parteien zeigt, wurde eine Verlängerung schon im vorausgegangenen Vertrag vom Vermieter in Aussicht genommen. Die Mietsache blieb unverändert, ebenso die personelle Zusammensetzung auf Mieterseite. Bei der Festlegung des Mietzinses ging man vom Mietzins des befristeten Vertrages aus und senkte diesen gestützt auf eine Anpassung an die relativen Kostenfaktoren, namentlich an die inzwischen eingetretene Referenzzinssenkung von 2.25 auf 2% per 3. September 2013 auf den 1. Oktober 2014 um Fr. 93.– auf Fr. 3'107.– netto. Die gesamten Umstände sprechen daher dafür, dass die Parteien nicht einen neuen Vertrag schlossen, sondern nur die Gültigkeitsdauer des bisherigen verlängerten.

Für diesen Schritt war bei Annahme eines laufenden Mietverhältnisses die Verwendung des amtlichen Formulars nicht nötig, denn die Mietzinsänderung belastete die Mieter nicht. Die Argumentation der Beklagten, es seien ausser dem Mietzins weitere Punkte angepasst worden, ändert daran nichts. Abgesehen davon, dass diese Punkte nie Anlass zu Diskussionen gaben, erweisen sie sich als absolut nebensächlich und hatten keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Mietzinssenkung oder der Vertragsverlängerung: Wer einen befristeten Vertrag unbefristet fortsetzen möchte, kommt um die Festlegung von Kündigungsfristen und –terminen nicht herum (vgl. Art. 266 Abs. 2 OR). Die Neuregelung der Kommunikationskosten war eine blosser Folge der veränderten Gesetzgebung zur Telekommunikation. Und die Einführung von Reinigungspflichten in den allgemeinen Räumen des Hauses blieb theoretisch, weil die Stockwerkeigentümergeinschaft diese Arbeiten bis zum Schluss des Mietverhältnisses extern vergab.

4.5.7 Zudem: Wollte man trotz all dieser dagegen sprechenden Gründe die Vereinbarung vom 18./28. Juli 2014 als neuen Mietvertrag und den darin festgelegten Mietzins als Anfangsmietzins verstehen, so bestünde für eine Renditeüberprüfung oder eine Festsetzung des Mietzinses aufgrund des letzten Zinses im Vor-Vormietverhältnis dennoch keine Handhabe:

Entgegen der Beklagten hat das Bundesgericht bei unterlassener Verwendung des Formulars im Sinne von Art. 270 Abs. 2 OR die Kriterien für die Lückenfüllung beim teilnichtigen Vertrag keineswegs in einer absoluten Weise fixiert. Im Gegenteil betont es in ständiger Rechtsprechung, dass es im Unterschied zur Situation bei einer vermuteten Missbräuchlichkeit nach einer (formgültigen) erheblichen Erhöhung des bisherigen Mietzinses bei der Vertragsergänzung wegen Formnichtigkeit der Mietzinsabrede nicht nur um eine Missbrauchskontrolle geht, sondern um die Festlegung eines angemessenen Mietzinses. Die Nettorendite bildet dabei zwar einen Anhaltspunkt, ebenso die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete, sodann auch (im Lichte von Art. 11 VMWG nicht taugliche) amtliche Statistiken und der zuletzt gültige Mietzins im vorausgegangenen Mietverhältnis. Einzige Obergrenze ist der konkret zwischen den Parteien vereinbarte Mietzins (BGE 120 II 341 E. 6c: «...le juge n'a pas à restreindre son examen au caractère abusif ou non du loyer convenu par les parties. Au demeurant, ce dernier constitue la limite supérieure du loyer à fixer par le juge»; vgl. auch BGE 140 III 583 E. 3.2.1; BGE 148 IV 288 E. 4.4.3). Das Gericht verfügt damit bei der Bestimmung des Mietzinses über ein breites Ermessen, welches pflichtgemäss auszuüben ist (BGer 4A_623/2013 v. 11.4. 2014, E. 2.2.3).

Im vorliegenden Fall stünde der im Vertrag vom 27. Juni 2013 gültig festgelegte und unangefochten gebliebene Anfangsmietzins als Kriterium für die Festsetzung des als Anfangsmietzins erachteten Zinses gemäss Vertrag vom 18./28. Juli 2014 ganz im Vordergrund, denn diese Lösung träte selbst dann ein, wenn schon der befristete Vertrag vom 27. Juni 2013 wegen einer Umgehungsabsicht des Klägers 1 in einen unbefristeten hätte umgedeutet werden müssen, kombiniert mit einem Senkungsanspruch der Mieter per 1. Oktober 2014 um Fr. 93.– gestützt auf die seit Beginn des befristeten Vertrages eingetretenen Kostenveränderungen.

Das Prozessergebnis könnte folglich kein anderes sein, wenn eine Umgehungsabsicht zu verneinen und von zwei separat festgelegten Anfangsmietzinsen auszugehen wäre.

4.5.8 Damit braucht auch der Grundsatz des «favor negotii» nicht bemüht zu werden (Ziff. 4.3.3), gemäss welchem eine zulässige Vertragsänderung einem nichtigen Anfangsmietzins ohnehin vorzuziehen wäre. Die Klage ist so oder anders gutzuheissen und der von den Parteien festgelegte Nettomietzins per 1. Oktober 2014 für rechtens zu erklären. Ein Rückforderungsanspruch besteht nicht.

5. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

Beim vorliegenden Verfahrensausgang hat die Beklagte die Gerichtskosten zu tragen und den Klägern eine angemessene Parteientschädigung auszurichten. Die ordentlichen Ansätze der Gerichts- und der Anwaltsgebührenverordnung sind gestützt auf den jeweiligen § 4 Abs. 3 um einen Drittel zu senken, da die Streitwertberechnung auf periodischen Leistungen beruht.

Zwar hatte der Rechtsvertreter der Kläger bis zur Mandatsbeendigung zu Beginn der Hauptverhandlung zwei Klienten zu betreuen. Einen nennenswerten Mehraufwand hat dies aber nicht verursacht. Umgekehrt ist in Zusammenhang mit der Mandatsbeendigung mit dem Kläger 2 auch keine Reduktion angezeigt, denn der Rechtsvertreter hatte auch keinen Minderaufwand gegenüber der Situation, wenn er lediglich von Anfang bis Schluss für den Kläger 1 aufgetreten wäre.

Die Kläger haben keinen Antrag auf interne Aufteilung der Parteientschädigung gestellt.

(...))»

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2024, 34. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw C. Schenk und S. Ursprung, Leitende Gerichtsschreiberinnen; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident