

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG150014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

## Urteil vom 9. November 2015

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,

2. **B.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.**\_\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch D.\_\_\_\_\_ AG, diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend

### **Anfechtung des Anfangsmietzinses**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 16. Juni  
2015 (MA130001)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Anfangsmietzins für die 3.5-Zimmer-Maisonette-wohnung als missbräuchlich zu erklären, soweit er monatlich netto Fr. 2'800.– übersteigt.
2. Das Mietzinsdepot sei den Klägern freizugeben, soweit es den Betrag von drei Bruttomietzinsen von total Fr. 9'300.– übersteigt; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Modifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 15 S. 2)

- "1. Es sei der Anfangsmietzins für die 3.5-Zimmer-Maisonette-wohnung als missbräuchlich zu erklären, soweit er monatlich netto Fr. 2'800.– übersteigt.
2. Die bei der E. \_\_\_\_\_ hinterlegte Mietzinsgarantie von Fr. 12'600.– sei auf Fr. 9'300.– zu reduzieren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Modifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 36 S. 2; act. 40 S. 1)

- "1. Es sei der Anfangsmietzins für die 3.5-Zimmer-Maisonette-wohnung als missbräuchlich zu erklären, soweit er monatlich netto Fr. 2'200.– übersteigt.
2. Die bei der E. \_\_\_\_\_ hinterlegte Mietzinsgarantie von Fr. 12'600.– sei auf Fr. 6'600.– zu reduzieren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Urteil des Mietgerichts Zürich:**

(act. 83 = act. 87)

1. Die Klage (Rechtsbegehren Ziffer 1 und Ziffer 2) wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 15'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 0.00 Barauslagen  

---

  
Fr. 15'000.00 Kosten total  

---
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss im Betrage von Fr. 12'600.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'400.– wird von den Klägern unter solidarischer Haftung nachgefordert.
4. Die Kläger werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.– (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

**Berufungsanträge:**

(act. 88 S. 2)

1. Es sei der Anfangsmietzins für die 3.5-Zimmer- Maisonettewohnung am ... [Adresse], als missbräuchlich zu erklären, soweit er monatlich netto Fr. 2'200.– übersteigt.
2. Die bei der E. \_\_\_\_\_ hinterlegte Mietzinsgarantie von Fr. 12'600.– sei auf Fr. 7'500.– zu reduzieren.  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten und Berufungsbeklagten.

## **Erwägungen:**

### 1. Einleitung, Prozessgeschichte

Am 20. März 2013 schlossen die Kläger und Berufungskläger (im Folgenden: Kläger) als Mieter sowie die Beklagte und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) als Vermieterin einen Mietvertrag über eine 3 ½-Zimmer-Maisonette-Wohnung im 5. Obergeschoss am ... [Adresse]. Sie vereinbarten einen monatlichen Mietzins von CHF 3'900.00 zuzüglich CHF 300.00 Nebenkosten. Die Kläger verpflichteten sich, eine Sicherheit von CHF 12'600.00 zu leisten. Als Mietbeginn wurde der 1. April 2013 festgelegt (act. 3/2). Die Wohnungsübergabe fand am 1. April 2013 statt (act. 1 S. 2).

Mit Eingabe vom 23. April 2013 gelangten die Kläger an die Schlichtungsbehörde Zürich und stellten gegen die Beklagte unter der Bezeichnung C. \_\_\_\_\_ ... das Begehren, es sei der Anfangsmietzins für missbräuchlich zu erklären und um Fr. 1'100.– herabzusetzen. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 20. Juni 2013 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. Die Schlichtungsbehörde stellte den Klägern am gleichen Tag die Klagebewilligung aus (act. 5).

Am 26. August 2013 reichten die Kläger beim Mietgericht Zürich Klage gegen die Beklagte ein und stellten das obgenannte Rechtsbegehren, das später geändert wurde (act. 1). Mit Beschluss vom 29. August 2013 stellte die Vorinstanz der Beklagten die Klageschrift zu und auferlegte den Klägern einen Kostenvorschuss von CHF 10'200.00. Die Prozessleitung wurde an den Mietgerichtspräsidenten delegiert (act. 6). Der Vorschuss wurde am 6. September 2013 bezahlt (act. 9). Mit Präsidialverfügung vom 10. September 2013 wurde der Schriftenwechsel angeordnet und den Klägern Frist zur Erstattung der Klagebegründung angesetzt (act. 10). Diese wurde innert erstreckter Frist am 11. Oktober 2013 erstattet (act. 15). Mit Verfügung vom 14. Oktober 2013 wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 19). Diese wurde innert erstreckter Frist am 25. November 2013 erstattet. Die Beklagte stellte die Anträge, die Klage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Kläger abzuwei-

sen und es sei für die Replik und Duplik das schriftliche Verfahren anzuordnen (act. 24). Mit Eingabe vom 27. November 2013 wies die Beklagte darauf hin, dass die Kläger ihr Begehren gegen die C.\_\_\_\_\_ ... gerichtet hätten. Dabei müsse es sich um einen Irrtum handeln. Denn die C.\_\_\_\_\_ ... habe keine Rechtspersönlichkeit und deren Nennung müsse ein Versehen sein. Beklagte könne nur die C.\_\_\_\_\_ AG sein, die auch Eigentümerin der streitbetroffenen Liegenschaft sei (act. 28). Mit Verfügung vom 29. November 2013 passte die Vorinstanz die Parteibezeichnung der Beklagten antragsgemäss an, wies den Antrag um Anordnung des schriftlichen Verfahrens für die Erstattung von Replik und Duplik ab und ordnete die Durchführung der Hauptverhandlung an (act. 31). Diese wurde am 13. Februar 2014 durchgeführt (Protokoll Vorinstanz S. 12 ff.). Am 11. März 2014 wurde den Klägern aufgrund der Klageänderung ein weiterer Kostenvorschuss von CHF 2'400.00 auferlegt (act. 46). Dieser wurde am 17. März 2014 bezahlt (act. 49).

Mit Verfügung vom 3. Oktober 2014 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um dem Gericht eine schriftliche Aufstellung über die Aufteilung der Kosten des Sanierungs- und Umbauprojekts F.\_\_\_\_\_platz ... / G.\_\_\_\_\_strasse ... einzureichen (act. 50). Am 5. November 2014 reichte die Beklagte eine Erklärung der H.\_\_\_\_\_ AG vom 3. November 2014 ein und erklärte, dass eine Aufteilung der Kosten des Sanierungs- und Umbauprojekts F.\_\_\_\_\_platz ... / G.\_\_\_\_\_strasse ... nicht möglich sei (act. 53 und 54). Am 10. März 2015 auferlegte die Vorinstanz den Klägern den Hauptbeweis für die Behauptung, dass ein CHF 2'200.00 netto übersteigender Mietzins die zulässige Nettorendite übersteige. Sie ordnete unter anderem die Erstellung eines Gutachtens an, schlug den Parteien I.\_\_\_\_\_ als Experten vor und auferlegte den Klägern einen Kostenvorschuss von CHF 12'000.00, verbunden mit der Androhung, dass bei Säumnis die Beweiserhebung unterbleibe (act. 70). Mit Eingabe vom 23. März 2015 teilten die Kläger mit, der Kostenvorschuss werde nicht geleistet, da die Erstellung eines Gutachtens nicht angezeigt sei (act. 75).

Mit Urteil vom 16. Juni 2015 wies das Mietgericht Zürich die Klage ab (act. 83). Dieser Entscheid wurde den Klägern am 19. Juni 2015 zugestellt (act. 84). Mit Eingabe vom 18. August 2015 (Datum Poststempel) erhoben sie dagegen recht-

zeitig Berufung und stellten die eingangs erwähnten Anträge (act. 88). Mit Verfügung vom 21. August 2015 wurde den Klägern ein Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren von CHF 9'000.00 auferlegt und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 90). Der Vorschuss wurde am 28. August 2015 bezahlt (act. 92). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, der Mieter könnte gemäss Art. 270 Abs. 1 OR den Anfangsmietzins unter anderem dann als missbräuchlich anfechten, wenn er wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsschluss gezwungen gewesen sei. Diese Voraussetzung sei praxisgemäss erfüllt, wenn der Leerwohnungsanteil unter 1.5% liege. Nach der eingereichten Statistik seien am 1. Juni 2013 in der Stadt Zürich 0.11% der Wohnungen leer gewesen, im Vorjahr seien es 0.10% gewesen. Im ganzen Kanton Zürich betrage die Leerwohnungsnummer 0.61%. Eine Wohnungsknappheit im Sinne der genannten Bestimmung sei belegt.

Der Kläger 1 arbeite bei der J.\_\_\_\_\_ AG und sei per 1. April 2013 von Genf nach Zürich versetzt worden. Er habe einen guten Grund für den Wohnungswechsel gehabt. Der Kläger 2 arbeite bei der gleichen Arbeitgeberin wie der Kläger 1 und sei ebenfalls von Genf nach Zürich versetzt worden. Er habe seit dem 1. August 2012 über ein möbliertes Zimmer an der K.\_\_\_\_\_strasse ... verfügt und damit keinen Grund für einen Wohnungswechsel gehabt. Auch wenn der Kläger 2 das Zimmer an der K.\_\_\_\_\_strasse als Übergangslösung bezeichnet habe, wäre es ihm zuzumuten gewesen, dort auch weiterhin zu leben. Angesichts der Wohnungsnot und des Grundes für den Wohnungswechsel wenigstens für den Kläger 1 habe von den Klägern indes nicht erwartet werden dürfen, auf den Vertragsschluss zu verzichten. Es könne offen bleiben, ob die Kläger bei der Wohnungssuche von der Arbeitgeberin Unterstützung erhalten hätten, zumal dies bei Wohnungsnot keine Garantie dafür gewesen wäre, tatsächlich eine günstigere Wohnung zu finden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts könne von den Mietern auch kein Beweis über erfolglose Suchbemühungen verlangt werden. Die Voraussetzungen für die Anfechtung des Anfangsmietzinses seien erfüllt.

Die Gutheissung der Klage setze voraus, dass der Mietzins missbräuchlich sei. Dies sei der Fall, wenn die Beklagte einen übersetzten Ertrag erziele. Im vorliegenden Fall sei auf die Nettorendite abzustellen, nicht auf die Orts- und Quartierüblichkeit. Die Beweislast liege bei den Klägern. Die Beklagte treffe allerdings eine Mitwirkungsobliegenheit. Sie müsse die ihr zugänglichen Unterlagen herausgeben. Komme die Beklagte ihrer Obliegenheit nicht nach, so dürfe dies nicht zum Nachteil der Mieter ausgelegt werden. Unbestritten sei, dass die Beklagte mit Ausnahme der Aufstellung der Unterhalts- und Betriebskosten der letzten Jahre sämtliche Unterlagen eingereicht habe, die sich in ihrem Besitz befänden. Die Beklagte habe die aneinander liegenden Gebäude F.\_\_\_\_\_platz ... und G.\_\_\_\_\_strasse ... im Jahr 2001 für CHF 21'529'000.00 gekauft und später zum Pauschalpreis von CHF 7'005'960.00 (inkl. MWSt) durch die H.\_\_\_\_\_ AG renovieren und umbauen lassen. Zum genannten Pauschalpreis seien Kosten für Zusatzarbeiten von CHF 896'372.00 (zuzüglich MWSt) hinzugekommen. Aufgrund des Pauschalpreises für Umbau und Renovation beider Liegenschaften sei es nicht möglich, die Rendite der streitbetroffenen Wohnung zu berechnen. Entgegen der Ansicht der Kläger könne nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht auf Schätzungen abgestellt werden. Dies auch dann nicht, wenn die Schätzungen durch ein gerichtliches Gutachten untermauert würden. Zu Unrecht brächten die Kläger auch vor, die Beklagte hätte Unterlagen beschaffen müssen, die eine Aufteilung der Baukosten erlaubt hätten. Die Beklagte sei weder gesetzlich noch vertraglich verpflichtet gewesen, die Bauvorhaben in Regie ausführen zu lassen, nur um später die einzelnen Kosten nachweisen zu können. Es habe von der Beklagten auch nicht verlangt werden können, die Kostenstellen beim Umbau detailliert zu dokumentieren, da anderenfalls kein Totalunternehmer-Werkvertrag mit einem Pauschalpreis mehr abgeschlossen werden könnte. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, ihr Handeln auf eine allfällige Missbrauchsprüfung des Mietzinses auszurichten, sondern dürfe es auf die für sie günstigste Lösung ausrichten.

Mit dem vom Gericht angeordneten Gutachten hätten die relevanten Kosten berechnet (und nicht bloss geschätzt) werden können. Da die Kläger den Vorschuss dafür nicht geleistet hätten, habe der Beweis nicht abgenommen werden können. Die Kläger hätten den Beweis dafür, dass der Anfangsmietzins von netto

CHF 3'900.00 die zulässige Nettorendite übersteige, nicht erbracht. Die Klage sei deshalb abzuweisen.

### 3. Argumente der Kläger

Mit der Vorinstanz gehen die Kläger davon aus, dass die Voraussetzung zur Anfechtung des Anfechtungsmietzinses wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Wohnungsmarkt erfüllt sind. Trotzdem werfen sie der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR vor. Sie vertreten die Auffassung, das Mietgericht habe an den "guten Grund für den Wohnungswechsel" zu hohe Anforderungen gestellt. In Übereinstimmung mit den Erwägungen der Vorinstanz gehen die Kläger davon aus, dass es bei der Prüfung des zulässigen Anfangsmietzinses auf die Nettorendite ankommt und die Kläger dafür beweisbelastet sind. Sie räumen auch ein, diesen Nachweis nicht erbracht zu haben.

Dennoch vertreten sie die Auffassung, die Vorinstanz habe Art. 8 ZGB verletzt. Sie rügen, die Vorinstanz habe die Mitwirkungspflicht der Beklagten zu eng ausgelegt. Das Bundesgericht habe in BGE 139 III 13 die Mitwirkungspflicht so weit gefasst, dass von verschiedenen Kommentatoren die Auffassung vertreten werde, es sei von einer Umkehr der Beweislast auszugehen. Entgegen der Auffassung des Mietgerichts könne die Verletzung der Mitwirkungspflicht nicht durch eine gerichtliche Expertise geheilt werden. Aufgrund des Verhaltens der Beklagten sei die Nettorendite nicht eruiert, was dazu führe, dass der zulässige Mietzins durch das Gericht festgesetzt werde.

### 4. Würdigung

#### 4.1. Umfang der Prüfung im Berufungsverfahren

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Es obliegt dem Berufungskläger, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz

das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80).

#### 4.2. Zulassung zur Prüfung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses im Allgemeinen

An einen geschlossenen Vertrag sind die Parteien auch dann gebunden, wenn zwischen den Leistungen ein Missverhältnis besteht, es sei denn, das Gesetz erlaube ausnahmsweise die Auflösung oder die Anpassung des Vertrages. Der Mieter, der sich verpflichtet, einen bestimmten Mietzins zu bezahlen, ist deshalb grundsätzlich an die vertragliche Vereinbarung gebunden, auch wenn der Mietzins im Sinne von Art. 269 und Art. 269a OR missbräuchlich sein sollte.

Gemäss Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter jedoch den Anfangsmietzins anfechten, wenn er sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsschluss gezwungen sah (lit. a) oder der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat (lit. b). Die drei Voraussetzungen sind alternativ. Bei den ersten beiden Varianten wird zudem eine Zwangslage vorausgesetzt. Ist keine der Voraussetzungen erfüllt, wird der Mieter zur Prüfung des Anfangsmietzinses auf Missbräuchlichkeit hin nicht zugelassen (BGE 136 III 82 E. 2).

#### 4.3. Zulassung zur Prüfung der Missbräuchlichkeit des Anfangs Mietzinses nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR

Die Vorinstanz ging davon aus, die Kläger stützten den geltend gemachten Herabsetzungsanspruch auf Art. 270 Abs. 1 lit. a OR, nicht aber auf lit. b dieser Bestimmung. Dies wird von den Klägern nicht gerügt, weshalb der vorinstanzliche Entscheid diesbezüglich nicht näher zu prüfen ist. Aufgrund der klägerischen Vorbringen ist der Vollständigkeit halber dennoch darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR gemäss dem behaupteten Sachverhalt

nicht gegeben wären. Die Kläger behaupten zwar der "bisherige Mieter" – L. \_\_\_\_\_ – habe für die zwischenzeitlich umgebaute 4 ½-Zimmer-Wohnung einen Mietzins von brutto CHF 2'687.70 bezahlt und deuten damit an, die Beklagte habe den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht. Sie räumen indes ein, dass sich gegenüber der Situation vor dem Umbau sowohl die Zimmerzahl als auch die Wohnfläche verändert hatte. Zudem ist das Dachgeschoss ausgebaut worden (act. 15 S. 9). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt der Begriff der gleichen Sache im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR voraus, dass das Mietobjekt in Bezug auf Fläche und Anzahl Zimmer unverändert blieb (BGer 4C.169/2002 E. 3.2.). Im vorliegenden Fall wurde mit dem Umbau beides verändert. Die Beklagte behauptete, es habe sich um einen völligen Neubau gehandelt. Dies wurde von den Klägern nicht bestritten (Protokoll Vorinstanz S. 14 und S. 17). Beim zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrag handelt es sich somit um eine Erstvermietung, auf die Art. 270 Abs. 1 lit. b OR keine Anwendung findet (LACHAT/DÖRFLINGER, 8. Auflage, S. 287).

#### 4.4. Zulassung zur Prüfung der Missbräuchlichkeit des Anfangs Mietzinses nach Art. 270 Abs. 1 lit. a OR

4.4.1. Die Kläger rügen die falsche Anwendung von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR durch die Vorinstanz (act. 88 S. 4). Die Anfechtung des Anfangsmietzinses nach der genannten Bestimmung setzt voraus, dass sich der Mieter wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsschluss gezwungen sah. Im Folgenden wird vereinfachend von Notlage und – in Anlehnung an die Terminologie in BGE 114 II 74 – von Wohnungsnot gesprochen. Im Unterschied zu Art. 270 Abs. 1 lit. b OR setzt lit. a zusätzlich eine Zwangslage voraus. Es genügt somit nicht, wenn der Mieter eine Notlage oder eine Wohnungsnot nachweist. Er muss zudem nachweisen, dass er sich in einer Zwangslage befunden hat, und diese Zwangslage muss kausal auf die Notlage oder die Wohnungsnot zurückzuführen sein (BGer 4C.367/2001 E. 3a). Bestand bei Vertragsschluss keine Zwangslage oder lässt sich diese nicht kausal auf die persönliche oder familiäre Notlage bzw. der Wohnungsnot zurückführen, so wird der Mieter zur Prüfung der Missbräuch-

lichkeit des Anfangsmietzinses nicht zugelassen (PETER HIGI, ZK Art. 269-270e OR, Art. 270 N 30-31).

Zur Beurteilung der Frage, ob der Mieter zum Abschluss des Vertrages gezwungen war, sind sämtliche Umstände des Einzelfalles in Betracht zu ziehen (BGE 114 II 74 E. 3c, bestätigt in BGer 4C.367/2002 E. 3a). Das Vorliegen einer Zwangslage setzt voraus, dass sich dem Mieter zum geschlossenen Mietvertrag keine vernünftige Alternative bot. Der Nachweis des Fehlens einer vernünftigen Alternative setzt nach Ansicht eines Teils der Lehre voraus, dass der Mieter Suchbemühungen unternommen hat (PETER HIGI, ZK Art. 269-270e OR, Art. 270 N 41; SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Art. 270 N 9). Andere Autoren vertreten wohl die gegenteilige Meinung (LCHAT/DÖRFLINGER, 8. Auflage, S. 287; ROGER WEBER, BSK OR I, 6. Auflage, Art. 270 N 4). Die erste Ansicht überzeugt, da eine Zwangslage begrifflich ausgeschlossen ist, wenn der Mieter die Wahl hatte, sich statt für das schliesslich gemietete Objekt mit missbräuchlichem Mietzins für ein anderes zu entscheiden, bei dem die Höhe des Mietzinses nicht zu beanstanden ist. Die fehlende Wahlmöglichkeit kann der beweisbelastete Mieter nur durch entsprechende Suchbemühungen belegen.

Nachdem das neue Mietrecht am 1. Juli 1990 in Kraft gesetzt worden ist, entschied die Kammer, dass vom Mieter, der den Anfangsmietzins gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. a OR anfechten will, gewisse Suchbemühungen zu erwarten sind, auch wenn an diese noch nicht dieselben strengen Anforderungen zu stellen sind wie bei einer Zweiterstreckung. Dabei kann vom Mieter im Rahmen des Zumutbaren auch eine gewisse örtliche Flexibilität erwartet werden (OGer ZH, 4. September 1992, ZR 91/92 Nr. 73). Von dieser Praxis ist die Kammer bisher nicht abgewichen. In Einklang damit bestätigte das Bundesgericht im März 2002 seine Rechtsprechung, wonach ein Kausalzusammenhang zwischen persönlicher oder familiärer Notlage bzw. Wohnungsnot einerseits und Zwang zum Vertragsschluss andererseits gegeben sein muss. Im Widerspruch dazu kam es dann aber zum Schluss, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, wenn sie vom Mieter den Nachweis konkreter Suchbemühungen verlangt habe (BGer 4C.367/2001). Damit schloss das Bundesgericht direkt von der Wohnungsnot auf das Vorliegen einer

Zwangssituation, ohne die Frage der Kausalität zu beantworten. Dieses in der Begründung nicht widerspruchsfreie Urteil – bei dem wohl auch die seit langem bestehende besonders schwierige Situation im Kanton Genf für das Ergebnis eine Rolle gespielt haben dürfte – veranlasst die Kammer nicht, seine Praxis zu ändern, zumal sich das Bundesgericht wenige Monate später erneut und eingehender mit der Frage befasste und unter Bezugnahme auf den Entscheid ZR 91/92 Nr. 73 zum Schluss kam, der Mieter müsse gewisse Suchbemühungen nachweisen. Im damals zu beurteilenden Fall wurde der Mieterin unter anderem zur Last gelegt, dass sie ihre Suche auf ein bestimmtes Quartier von Lausanne beschränkt und sich nur gerade für eine einzige Wohnung beworben hatte. Das Vorliegen einer Zwangssituation im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR wurde deshalb verneint (BGer 4C.169/2002).

4.4.2. Beide Kläger arbeiteten bei der J.\_\_\_\_\_ AG in Genf und wurden intern nach Zürich versetzt. Gemäss Arbeitsvertrag vom 28. August / 9. September 2012 arbeitet der Kläger 2 ab dem 1. September 2012 in Zürich. Das jährliche Bruttosalär beträgt CHF 90'000.00 (act. 18/3). Im Jahr 2013 wurde ihm ein Nettosalär (inklusive Bonus) von rund CHF 98'000.00 ausbezahlt (act. 43/2). Der Kläger 2 mietete ab dem 1. August 2012 unbefristet ein möbliertes Studio mit separatem Kellerabteil und Waschküche zur Mitbenützung an der K.\_\_\_\_\_strasse in Zürich (act. 3/10). Er zog dort am 1. September 2012 ein (act. 15 S. 5).

Der Kläger 1 arbeitet gemäss Arbeitsvertrag vom 19. März / 16. April 2013 ab dem 1. April 2013 bei der J.\_\_\_\_\_ AG in Zürich. Das jährliche Bruttosalär beträgt CHF 75'000.00 (act. 3/9). Im Jahr 2013 wurde ihm ein Nettosalär (inklusive Bonus) von rund CHF 79'000.00 ausbezahlt (act. 43/1).

Der Kläger 2 suchte einen Ersatz für das von ihm als spartanisch empfundene Studio, fand aber offenbar nichts, das seinen Wünschen entsprach. Die behaupteten Suchbemühungen substantiierte er indes nicht. Um die Suche auf ein höheres Preissegment ausdehnen zu können, schloss er sich mit dem Kläger 1 zusammen (act. 15 S. 6). Nach Darstellung der Beklagten schrieb sie die streitbetroffene Wohnung auf dem Portal M.\_\_\_\_\_ aus. Mit E-Mail vom 28. Januar 2013 meldete sich der Kläger 1 bei der N.\_\_\_\_\_ AG, die von der Beklagten mit der Vermietung

beauftragt worden war. Am 6. Februar 2013 besichtigte der Kläger 1 zwei 3 ½-Zimmer-Wohnungen in der Liegenschaft F. \_\_\_\_\_platz .... Am 12. Februar 2013 bekräftigte der Kläger 1 sein grundsätzliches Interesse an der schliesslich gemieteten Wohnung. Er erklärte, die Wohnung zu einem Mietzins von CHF 3'000.00 mieten zu wollen, falls die vorhandene Badewanne durch eine Dusche ersetzt werde und zudem Wandschränke eingebaut würden. Die N. \_\_\_\_\_ AG liess sich auf Verhandlungen nicht ein. Am 8. März 2013 meldete sich der Kläger 1 erneut und führte aus, er sei noch immer an einer Wohnung in der Liegenschaft F. \_\_\_\_\_platz ... interessiert. Es sollte eine Wohnung mit zwei oder drei Räumen mit Dusche oder auf einem einzigen Geschoss sein. Am 11. März 2013 antwortete die N. \_\_\_\_\_ AG, eine 3 ½-Zimmer-Wohnung sei zum Preis von CHF 3'900.00 zu haben. Am 14. März 2013 besichtigte der Kläger 2 die Wohnung. Nach weiterem E-Mail-Verkehr und nochmaliger Anfrage des Klägers 1, ob der Einbau von Wandschränken möglich sei, schlossen die Parteien schliesslich am 20. März 2013 den Vertrag und vereinbarten einen Mietzins von monatlich CHF 3'900.00 netto bzw. CHF 4'200.00 brutto (act. 3/2, act. 24 S. 6-8). Die Kläger äusserten sich zu dieser Darstellung lediglich dahingehend, als sie behaupteten, die Beklagte habe den nachträglichen Einbau einer Duschkabine versprochen (act. 40 S. 2).

Die Kläger vertreten die Ansicht, eine von der Stadt Zürich entfernte Wohnung sei ihnen nicht zumutbar, da sie aufgrund ihres anspruchsvollen Berufsalltags auf eine Unterkunft in erreichbarer Nähe ihres Arbeitsortes mit üblicher Infrastruktur für Wohnen, Erholung und soziale Kontakte angewiesen seien (act. 15 S. 6). Das Kriterium des anspruchsvollen Berufsalltages trifft auf viele Berufstätige zu. Von diesen wünschen sich wohl die meisten einen kurzen Arbeitsweg, nehmen aber dennoch erhebliche Pendelstrecken in Kauf. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es für die Kläger unzumutbar gewesen sein soll, eine Wohnung auch ausserhalb der Stadt Zürich zu suchen. Die Kläger behaupten nicht, ausser den in der Liegenschaft F. \_\_\_\_\_platz ... besichtigten Wohnungen überhaupt ein weiteres Objekt gesucht zu haben. Umso weniger machen sie geltend, in die Suche auch Wohnungen in der Agglomeration Zürich einbezogen zu haben. Das Vorliegen einer Zwangslage ist schon mangels genügender Suchbemühungen zu verneinen.

Hinzu kommt Folgendes: Der Kläger 2 wohnte in einem möblierten Studio mit unbefristetem Vertrag. Dass er sich den Umzug in eine unmöblierte Wohnung mit eigener Küche wünschte (act. 15 S. 5-6), ist nachvollziehbar, begründete für ihn aber keine Zwangslage in Bezug auf den schliesslich geschlossenen Mietvertrag für die mit dem Kläger 1 zusammen gemietete Wohnung. Aufgrund des ungekündeten Vertragsverhältnisses konnte er sich bei der Suche Zeit lassen. Von einer Zwangslage wäre für ihn – wenn überhaupt – nur dann auszugehen, wenn er nach längerer Suche in der Stadt Zürich und Agglomeration keine Wohnung gefunden hätte.

Da die Kläger nicht Lebenspartner sind, sondern aus ökonomischen Gründen zusammen die Wohnung gemietet haben (act. 15 S. 6) und wie soeben dargelegt der Kläger 2 nicht dringend auf eine Wohnung angewiesen war, hätte der Kläger 1 auch eine Wohnlösung für sich alleine in die Suchbemühungen einbeziehen müssen, was er aber nicht getan hat. Im Unterschied zum Kläger 2 zog der Kläger 1 direkt von Genf nach Zürich, weshalb er darauf angewiesen war, auf Dienstantritt im April 2013 eine Wohnung im Raum Zürich zu finden. Dass er sich trotz dieser zeitlichen Gegebenheiten nicht in einer Zwangslage befand, geht nicht nur aus den mangelnden Suchbemühungen hervor, sondern auch aus der Art und Weise der Vertragsverhandlungen. Es ist notorisch, dass Wohnungen, jedenfalls neu renovierte, so vermietet werden, wie sie sind. Trotzdem wollte der Kläger 1 mit der Beklagten über erhebliche Anpassungen am soeben fertiggestellten Mietobjekt verhandeln, indem er insbesondere wünschte, die Badewanne sei durch eine Dusche zu ersetzen und es seien Einbauschränke zu montieren. Wer so verhandelt, ist nicht darauf angewiesen, die erste sich bietende Gelegenheit zum Abschluss eines Mietvertrages zu ergreifen und befindet sich somit nicht in einer Zwangslage. Der Umstand, dass die Kläger das Objekt mieteten, obwohl die Beklagte sich weder in Bezug auf die Umbauwünsche noch hinsichtlich des Mietzinses auf Verhandlungen einliess, zeigt vielmehr, dass es den Klägern darum ging, eine Wohnung an bevorzugter und zentraler Lage in Zürich zu mieten, ohne auf den Preis besondere Rücksicht zu nehmen. Darauf deutet auch die bereits zitierte Aussage des Klägers 2 hin, wonach sich dieser mit dem Kläger 1 zusammenschloss, um in einem höheren Preissegment suchen zu können.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kläger die behauptete Zwangslage nicht nachgewiesen haben. Da ohne Zwangslage keine Kausalität zwischen Zwangslage einerseits und einer Wohnungsnot bzw. einer familiären oder persönlichen Notlage andererseits bestehen kann, ist die Frage, ob eine Wohnungsnot bzw. eine familiäre oder persönliche Notlage bestand, nicht entscheidrelevant. Die Klage auf Reduktion des Mietzinses ist deshalb abzuweisen, ohne dass die Kläger zum Nachweis der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zugelassen werden. Da das Hauptbegehren abzuweisen ist, kann auch das Rechtsbegehren Ziffer 2 (Anpassung der Pflicht zur Sicherheitsleistung) nicht gutgeheissen werden. Die Berufung ist insgesamt abzuweisen. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die von den Klägern erhobenen Einwendungen im Zusammenhang mit der Mitwirkungspflicht einzugehen.

#### 5. Prozesskosten

Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, die Prozesskosten seien selbst bei ihrem Unterliegen gestützt auf der Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO der Beklagten aufzuerlegen. Dies weil sie in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gewesen seien. Sie stützen sich dabei auf die Behauptung, die Beklagte sei ihrer Mitwirkungspflicht zum Nachweis der Missbräuchlichkeit des Mietzinses nicht nachgekommen (act. 88 S. 11-12).

Die Kläger befanden sich bei Abschluss des Mietvertrages nicht in einer Zwangslage, weshalb sie zur Missbrauchsprüfung nicht zugelassen wurden. Sie waren nicht in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst und es liegen auch keine anderen Umstände im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO vor, um vom Unterliegensprinzip (Art. 106 Abs. 1 ZPO) abzuweichen. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von CHF 15'000.00 (act. 87, Dispositiv Ziffer 2) wurde nicht angefochten. Sie ist unter Verrechnung mit dem geleisteten Vorschuss von CHF 12'600.00 den Klägern aufzuerlegen. Bezüglich der Streitwertberechnung und der Höhe der zugesprochenen Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren bringen die Kläger keine Rügen vor. Sie sind zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 18'000.00 zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, total also CHF 19'440.00, zu bezahlen.

Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist auf CHF 9'000.00 festzulegen (§§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und den Klägern aufzuerlegen. Parteienschädigungen sind im Berufungsverfahren nicht zuzusprechen, den Klägern nicht wegen Unterliegens, der Beklagten nicht mangels erheblicher Aufwendungen.

Die Kläger sind zur solidarischen Haftung für die Prozesskosten zu verpflichten (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und es wird das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 16. Juni 2015 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 9'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt. Sie werden mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 9'000.00 verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 88, sowie an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt CHF 15'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. A. Katzenstein

lic.iur. M. Hinden

versandt am:  
10. November 2015