

Art. 269 OR, Missbräuchlichkeit des Mietzinses, Beweis. *Der Mieter bleibt beweiss-belastet, auch wenn sein Beweis schwierig ist, etwa weil der Vermieter Sanie-rung/Umbau der Liegenschaft zu einem Pauschalpreis (also nicht nach einzelnen Wohnungen spezifiziert) durchführen liess. Ist für den Beweis ein Gutachten nötig und zahlt der Mieter dafür den Vorschuss nicht, scheidert die Klage.*

Die Mieter forchten den Anfangsmietzins ihrer in Zürich zentral gelegenen und neu erstellten 3 ½ Zimmer-Maisonette-Wohnung an. Zur Frage, ob die vom Gesetz verlangte "Notlage" vorliege, war Gegenstand der Entscheide OGerZH NG150014 vom 9. November 2015 und (diesen aufhebend) BGE 142 III 442 vom 18. Mai 2016. Nach Rückweisung der Sache durch das Bundesgericht war die geltend gemachte Missbräuchlichkeit des Mietzin-ses zu prüfen.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, ein Mietzins sei gemäss Art. 269 OR missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt werde. In der Regel nicht missbräuchlich sei der Mietzins, wenn er im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liege (Art. 269a lit. a OR). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien die Ausnahmen nach Art. 269a OR subsidiärer Natur. Die Vergleichsmietzinse im Sinne dieser Bestimmung könnten dem Vermieter nicht als Verteidigungsmittel dienen, wenn der Mieter nachweise, dass der Liegenschaftenertrag übersetzt sei. Nur im Falle, wo die Widerlegung der Vermutung misslinge oder es nicht möglich sei, den übersetz-ten Ertrag zu ermitteln – insbesondere bei Altliegenschaften – dürfe das Kriterium der ortsüblichen Mietzinse angewendet werden. Zu Recht gingen beide Parteien davon aus, dass vorliegend die Nettorendite massgeblich sei.

Beweisbelastet für die Behauptung des missbräuchlichen Mietzinses seien die Kläger. Die Beklagte habe indes eine Mitwirkungsobliegenheit, sie müsse nach Treu und Glauben mitwirken und alle Unterlagen einreichen, über die sie verfüge. Könne die Rendite wegen nicht hinreichender Mitwirkung der Vermieterin nicht festgestellt werden, so dürfe dies nicht zu Lasten der Mieter ausgelegt werden.

Die Beklagte habe mit Ausnahme der Aufstellung der Unterhalts- und Betriebskosten der letzten Jahre sämtliche Unterlagen eingereicht, die sich in ihrem Besitz befunden hätten. Die Beklagte habe die Liegenschaften ...strasse (darin befindet sich die von den Klägern gemietete Wohnung) sowie ...strasse am 6. Dezember 2001 zusammen

für CHF 21'529'000.00 gekauft und später wiederum gemeinsam zu einem Pauschalpreis von rund sieben Millionen Franken umbauen lassen. Für die Berechnung der Nettorendite müssten die Kosten der Renovation auf die beiden Liegenschaften und auf das im Streit liegende Mietobjekt heruntergebrochen werden. Eine gleichmässige Verteilung nach Quadratmetern wäre offensichtlich unrichtig, da die Erstellung der Maisonette-Wohnungen sicher mehr gekostet habe als die Renovation im unteren Teil des Gebäudes. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei indes davon auszugehen, dass eine Aufteilung der Kosten des Sanierungs- und Umbauprojekts auf die beiden Liegenschaften, die allgemeinen Teile und die einzelnen Mietobjekte prinzipiell möglich sei, weshalb dazu von Amtes wegen ein Gutachten einzuholen wäre. Die Kläger hätten jedoch den ihnen dafür auferlegten Kostenvorschuss nicht bezahlt, weshalb die Berechnung der Nettorendite nicht möglich sei. Die Folgen dafür hätten die beweisbelasteten Kläger zu tragen. Da die Berechnung der Nettorendite möglich gewesen wäre und das Kriterium des übersetzten Ertrages vorrangig sei, könne nicht auf das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit ausgewichen werden. In diesem Zusammenhang sei zu bemerken, dass die Kläger ohnehin die erforderlichen fünf Vergleichsobjekte nicht geliefert hätten.

Schliesslich erwog die Vorinstanz, dass die Nettorendite auch ohne Gutachten über die Aufteilung der Pauschalkosten hätte berechnet werden können, wenn die Beklagte für die mietzinsrelevanten Bauvorhaben statt eines Werkvertrages mit Pauschalpreis Regierverträge geschlossen hätte. Die Beklagte sei aber nicht verpflichtet gewesen, ihr Handeln auf eine allfällige Missbrauchsprüfung des Mietzinses auszurichten, sondern habe die für sie günstigste Lösung wählen dürfen. Es sei ihr deshalb erlaubt gewesen, einen Totalunternehmer-Werkvertrag mit Pauschalpreis abzuschliessen.

Die Nettorendite habe aufgrund des von den Klägern nicht geleisteten Kostenvorschusses für eine Expertise zur Aufteilung der Renovationskosten nicht berechnet werden können. Die Folgen der Beweislosigkeit hätten die Kläger zu tragen. Die Klage sei abzuweisen.

4. Argumente der Kläger

Die Kläger bringen in der Berufungsschrift vor, es sei mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Frage der Missbräuchlichkeit des Mietzinses aufgrund der Nettorendite zu beantworten sei. Zu Recht sei die Vorinstanz auch davon ausgegangen, dass die Nettorendite im vorliegenden Fall nicht berechnet werden könne, eine Berechnung aber grundsätzlich möglich wäre. Zwar sei es zutreffend, dass die Kläger beweisbelastet seien, doch treffe die Beklagte eine Mitwirkungspflicht. Diese gehe so weit, dass mit einigen Kommentatoren seit BGE 139 III 13 von einer Beweislastumkehr

gesprochen werden könne. Die Mitwirkungspflicht des Vermieters erschöpfe sich nicht in der Herausgabe der vorhandenen Unterlagen. In BGE 140 III 433 habe das Bundesgericht festgehalten, der Vermieter, der 26 oder 27 Jahre nach einer Investition nicht mehr in der Lage sei, die entsprechenden Belege einzureichen, könne sich nicht mit dem Hinweis entlasten, die gesetzliche Aufbewahrungsfrist sei viel kürzer. Zur Mitwirkungspflicht gehöre also, dass der Vermieter die für die Nettoenditeberechnung erforderlichen Unterlagen bereit halte. Dies beinhalte nicht nur eine Aufbewahrungspflicht, sondern es bestehe darüber hinaus die Pflicht, solche Unterlagen zu beschaffen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz werde dem Vermieter dadurch nicht verunmöglicht, Aufträge an einen Totalunternehmer zu einem garantierten Preis zu erteilen. Doch habe der Vermieter die Pflicht, alle Angaben sicherzustellen, die nötig seien, um die Investitionen den einzelnen Mietobjekten zuzuordnen. Der Vermieter müsse einen Totalunternehmer bereits bei der Auftragserteilung auf die mietrechtlichen Bestimmungen zur Mietzinsgestaltung aufmerksam machen. Der im vorliegenden Fall von der Beklagten beigezogene Totalunternehmer habe eingeräumt, dass er grundsätzlich in der Lage sei, die Angaben zu erstellen. Allerdings müsste ihm dies im Voraus aufgetragen werden. Die Vorinstanz liege falsch, wenn sie davon ausgehe, ein Vermieter müsste die Aufträge in Regie vergeben, um die Mitwirkungsobliegenheit – wie sie von den Klägern verstanden wird – zu erfüllen. So wie die Beklagte den Vertrag abgeschlossen habe, sei im Nachhinein eine Aufschlüsselung der Kosten auf die einzelnen Mietobjekte nicht möglich.

Schon aufgrund des investierten Betrages von mehr als sieben Millionen Franken habe die Beklagte damit rechnen müssen, dass eine Renditeprüfung vorgenommen werden müsse. Die Beklagte hätte die für die Nettoenditeberechnung erforderlichen Unterlagen bei Auftragserteilung erhältlich machen sollen.

Das Mietgericht habe dafür gehalten, die Erwerbskosten und die seitherigen Investitionen seien bekannt. Unbekannt sei nur der Verteilschlüssel, der durch eine Expertise ermittelt werden könne. Die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang eine Reihe von Rechtsfragen aufgeworfen. Soweit es um die Verteilung der Kosten gehe, könne ein Experte nur Schätzungen bezüglich der einzelnen Arbeitsgattungen abgeben. Auf Schätzungen dürfe zur Berechnung der Nettoendite aber nicht abgestellt werden. Die Beklagte habe ihre Mitwirkungspflicht verletzt. Dies sei nach den Beweisregeln zu würdigen.

Ginge man davon aus, die fehlenden Grundlagen für eine Renditeberechnung könne durch eine Expertise erbracht werden, so müssten die Kosten zu Lasten der Beklagten gehen, welche die fehlenden Informationen hätte beschaffen müssen. Der Kostenvorschuss wäre deshalb nicht den Klägern, sondern der Beklagten aufzuerlegen gewesen.

Auch wenn die Beklagte keine genügenden Unterlagen eingereicht habe, sei aufgrund des vorhandenen Materials der Beweis dafür erbracht, dass der vereinbarte Nettomietzins von CHF 3'900.00 zuzüglich Nebenkosten zu einem missbräuchlichen Ertrag führe. Es könne vereinfacht davon ausgegangen werden, dass die im Streit liegende Wohnung angemessen berücksichtigt werde, wenn auf den durchschnittlichen Quadratmeterpreis abgestellt werde. Vor dem Umbau hätte die Beklagte bei angenommenen Anlagekosten von CHF 22'123.200.00 (Kaufpreis von CHF 21'529.000.00 zuzüglich Teuerung auf 40%) einen zulässigen Ertrag von 2.75% (massgeblicher Referenzzinssatz: 2.25%) erzielen dürfen, was unter Berücksichtigung eines Zuschlages von 20% des Mietzinses für Unterhalts- und Betriebskosten für die Wohnung der Kläger (96.54m² der Gesamtfläche von 4'027m²) einen zulässigen Mietzins von jährlich CHF 17'502.00 oder monatlich CHF 1'458.00 ergebe. Verlangt werde heute – nach dem Umbau – ein Mietzins von CHF 46'800.00 pro Jahr. Die Differenz zwischen zulässigem Mietzins vor dem Umbau und tatsächlichen Mietzins nach dem Umbau betrage CHF 29'298.00, was zusätzlichen Anlagekosten für die streitbetroffene Wohnung von CHF 1'065'382.00 ($29'298.00 \div 0.0275$) entspreche. Dies zeige deutlich, dass der verlangte Nettomietzins einer näheren Überprüfung im Rahmen einer Nettoenditeberechnung nicht standhalten könne.

5. Argumente der Beklagten

Die Beklagte ist der Auffassung, der angefochtene Entscheid und dessen Begründung sei bezüglich des hier noch zu Beurteilenden richtig. Auch sie geht davon aus, für die Frage der Missbräuchlichkeit des Mietzinses sei grundsätzlich auf die Nettoendite abzustellen. Indes könne dies auch hinterfragt werden, da das strittige Mietobjekt neu gebaut worden sei. Doch auch wenn auf die Bruttoendite abgestellt würde, müssten die Anlagekosten bekannt sein, was im vorliegenden Fall aber nicht zutrefte.

Die Beklagte ist der Meinung, ihrer Mitwirkungsobliegenheit nachgekommen zu sein. Es sei zulässig, für Bauarbeiten einen Pauschalpreis zu vereinbaren. Ein Vermieter müsse sein Verhalten nicht auf eine künftige vom Mieter verlangte Renditeberechnung ausrichten. Beweisbelastet für die behauptete Missbräuchlichkeit des Mietzinses seien die Kläger. Den Beweis hätten sie nicht erbracht, weshalb die Vorinstanz die Klage zu Recht abgewiesen habe. Die Kläger versuchten, den fehlenden Beweis durch eine Plausibilitätsberechnung zu ersetzen, was aber ungenügend sei. Die Kläger hätten die behauptete Missbräuchlichkeit anhand der orts- und quartierüblichen Mietzinse nachweisen können. Obwohl die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen habe, hätten die Kläger von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Unzulässig wäre es auch, den Anfangsmietzins anhand von Statistiken festzulegen.

Dies schon deshalb, weil es sich beim im Streit liegenden Objekt nicht um eine durchschnittliche, sondern um eine luxuriös ausgebaute Wohnung an privilegierter Lage im Zentrum der Stadt Zürich handle. Hinzu komme, dass die amtliche Erhebung des Leerwohnungsbestandes im Kanton Zürich nicht geeignet sei, um eine Wohnungsknappheit hinreichend zu belegen.

6. Würdigung

6.1 Die Kläger sind zur Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. a OR berechtigt und können die Herabsetzung des Mietzinses verlangen, wenn dieser im Sinne von Art. 269 und 269a OR missbräuchlich ist. Die Kläger behaupteten vor Vorinstanz, die Beklagte erziele mit dem vereinbarten Mietzins eine zu hohe Nettorendite. Die Frage, ob dies zutreffend ist, war Gegenstand des Prozesses vor Mietgericht, und sie ist im Berufungsverfahren neu zu beurteilen. Die Bruttorendite war nicht thematisiert worden. Die Beklagte hinterfragt in der Berufungsschrift den Vorrang der Nettorendite, geht indes (zu Recht) davon aus, dass die Frage der Bruttorendite unbeantwortet bleiben könne, da so oder anders die Anlagekosten bekannt sein müssten, was aber nicht der Fall sei (siehe zur Voraussetzung der Feststellung der Anlagekosten für die Berechnung von Netto- als auch der Bruttorendite: BSK OR I-Weber, 6. Auflage, Art. 269 N 6 und Art. 269a N 13).

6.2 Gemäss Art. 269 OR ist ein Mietzins missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird. Die Beweislast trägt die Partei, die aus dem behaupteten missbräuchlichen Ertrag Rechte ableitet (Art. 8 ZGB), bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses ist dies der Mieter (BSK OR I-Weber, 6. Auflage, Art. 269 N 12a). Der Beweis ist indes in der Regel vom Mieter nur schwierig zu erbringen, da es der Vermieter ist, der über die Unterlagen verfügt, die einer Renditeberechnung zu Grunde zu legen sind. Um zu verhindern, dass der Vermieter durch Nichtherausgabe der Unterlagen den Beweis für ihn ohne nachteilige Wirkung vereiteln kann, wird ihm eine Mitwirkungsobliegenheit auferlegt. Wie weit diese geht, wird noch zu klären sein. Dies ändert indes nichts daran, dass im vorliegenden Fall die Kläger beweisbelastet sind. Entgegen ihrer Ansicht lässt sich aus BGE 139 III 13 nichts anderes ableiten. In diesem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, trotz unterschiedlicher Meinungen in der Literatur sei vom Grundsatz auszugehen, dass der Mieter, der den Anfangsmietzins anfechte, die Beweislast für die Missbräuchlichkeit des Mietzinses trage. Im damals beurteilten Fall wurde ein Mietzins vereinbart, der 43% höher war als derjenige des früheren Mietverhältnisses. Der Vermieter begründete den höheren Zins damit, dieser sei orts- und quartierüblich. Der Beweis dafür wurde nicht erbracht.

Dennoch hiess das Bundesgericht die Klage auf Herabsetzung des Anfangsmietzinses gut. In Anbetracht der notorischen Tatsache, dass in den vergangenen Jahren der Referenzzinssatz und die Teuerung tief gewesen seien, sei der Beweis der Missbräuchlichkeit des um 43% erhöhten Mietzinses erbracht (BGE 139 III 13). In der Literatur wurde zum Teil daraus der Schluss gezogen, das Bundesgericht habe mit dieser Entscheidung die Beweislast umgekehrt (siehe den Hinweis der Kläger in act. 4/88 S. 5 sowie die Kritik von Beat Rohrer in MRA 2/13 S. 15 ff). Dies ist indes unzutreffend. Wenn das Bundesgericht aufgrund nicht behaupteter (aber notorischer) Tatsachen den Beweis als erbracht erachtete, so hat es möglicherweise geringe Anforderungen an den Beweis gestellt (was im Endergebnis die gleiche Wirkung wie eine Beweislastumkehr hatte), jedoch keine Beweislastumkehr vorgenommen. Denn das Gericht hielt ja den Beweis für erbracht, was dazu führt, dass sich die Frage der Beweislastverteilung nicht mehr stellte (vgl. BGE 130 III 591 E. 5.4.).

6.3 Nach nicht gerügter Feststellung der Vorinstanz hat die Beklagte mit Ausnahme der Aufstellung der Unterhalts- und Betriebskosten der letzten Jahre sämtliche in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen eingereicht. Der Umstand, dass es nicht mehr zur Einreichung der Unterlagen zu den Unterhalts- und Betriebskosten kam, liegt nicht im Verhalten der Beklagten, sondern daran, dass die Vorinstanz der Beklagten mit Verfügung vom 27. März 2015 die mit Verfügung vom 10. März 2015 angesetzte Frist abgenommen hatte. Eine Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit der Beklagten ist hinsichtlich der Unterlagen zu den Unterhalts- und Betriebskosten nicht auszumachen. In diesem Zusammenhang haben die Kläger auch keine Rüge vorgebracht. Sie vertreten indes die Auffassung, die Beklagte habe in Bezug auf die Anlagekosten zwar den Kaufvertrag und den Generalunternehmervertrag eingereicht, doch genüge dies nicht. Denn die Pflicht des Vermieters erschöpfe sich nicht darin, bestehende Unterlagen aufzubewahren. Es müsse von ihm verlangt werden, im Hinblick auf eine allfällige mietrechtliche Überprüfung die dafür notwendigen Unterlagen zu beschaffen.

Die Vorinstanz hat diese Ansicht zu Recht verworfen. Würde man der Meinung der Kläger folgen, so wäre ein Vermieter, der mehrere Liegenschaften im Paket kauft und anschliessend renovieren und erweitern lässt, verpflichtet, die Verträge mit dem Verkäufer bzw. dem Generalunternehmer so auszugestalten, dass daraus ohne Weiteres die Anlagekosten des im Streit liegenden einzelnen Mietobjekts abgeleitet werden könnten. So weit ist die Obliegenheit der Beklagten indes nicht zu fassen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Vermieter nur (aber immerhin) die für eine Berechnung notwendigen Unterlagen aufbewahren, dies auch über eine

allfällige gesetzliche Aufbewahrungspflicht hinaus (BGE 140 III 433 E. 3.1.2.). Eine Obliegenheit zur Beschaffung von Dokumenten bzw. zur Gestaltung von Verträgen im Hinblick auf ein mögliches späteres Verfahren kann daraus aber nicht abgeleitet werden. Solches würde einen ungerechtfertigten Eingriff in die Vertragsfreiheit bedeuten. Es ist zulässig, für die Erstellung eines Bauwerkes einen Pauschalpreis zu vereinbaren ohne vorgängig die entsprechenden Ausmasse konkret zu erheben. Der Besteller geht damit das Risiko ein, einen ungerechtfertigten Preis zahlen zu müssen, umgekehrt riskiert der Unternehmer, eine Vergütung zu erhalten, die nicht kostendeckend ist (vgl. OGerZH LB150067 E. 4.2.3.). Ob die Vertragsparteien dieses Risiko eingehen wollen, steht in ihrem Belieben. Wie aus dem Schreiben des Generalunternehmers vom 3. November 2014, auf das die Kläger verweisen (act. 4/88 S. 7 mit Hinweis auf act. 4/54), hervorgeht, verzichteten die Vertragspartner damals auf das Erheben der konkreten Ausmasse, weil eben ein Pauschalpreis festgelegt wurde. Dies ist nach dem Gesagten zulässig und stellt keine Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit der Beklagten dar.

Nicht von der Hand zu weisen ist, dass die Beweisführung für den Mieter erschwert werden kann, falls der Vermieter wie im vorliegenden Fall Pauschalverträge abgeschlossen hat. Die Kläger befürchten diesfalls, dass dadurch ein Grossteil der Anfangsmietzinse einer Überprüfung entzogen werden könnten. Die Lösung wäre gegebenenfalls jedoch nicht in einer Verschärfung der Mitwirkungspflicht des nicht Beweisbelasteten, sondern in einer Reduktion des Beweismasses zu Gunsten des Beweisbelasteten zu suchen, sofern die Beweisschwierigkeiten nicht nur im Einzelfall sondern typischerweise und in einer Vielzahl von Fällen bestehen (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1.). Da im vorliegenden Fall die Beweisabnahme wegen der Nichtbezahlung des Vorschusses durch die Kläger unterblieb – ob zu Recht wird noch zu klären sein – und damit keine Beweise zu würdigen waren, stellt sich die Frage der Reduktion des Beweismasses nicht.

6.4 Die Vorinstanz erwog in der Verfügung vom 10. März 2015, entgegen der Ansicht der Kläger sei eine Berechnung der Nettorendite möglich. Um die Kosten auf das im Streit liegende Mietobjekt herunterzubrechen, sei ein Beweisverfahren durchzuführen, insbesondere sei ein Gutachten einzuholen. Die Kläger rügen dies. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz müsste der Experte zur Ermittlung der Anlagekosten der im Streit liegenden Wohnung Schätzungen vornehmen, was aber unzulässig sei. Es handle sich dabei um rechtliche Fragen, die das Gericht nicht an einen Gutachter delegieren könne. Dies ergebe sich aus der vom Mietgericht zitierten massgeblichen Rechtsprechung (wo auf BGer 4A_204/2010 hingewiesen wird).

Aus dem erwähnten Entscheid des Bundesgerichts lässt sich nichts zu Gunsten der Kläger ableiten. Im damals zu beurteilenden Fall war die Höhe des Architektenhonorars als Teil der Anlagekosten strittig und nicht die Verteilung der Kosten auf das einzelne Mietobjekt. Der Vermieter behauptete, die Kosten betrügen CHF 200'000.00, während das Kantonsgericht Neuenburg von Kosten in der Höhe von CHF 25'000.00 ausgegangen war. In einem vom Gericht angeordneten Gutachten wurden diese Kosten bloss geschätzt, was als unzulässig betrachtet wurde, zumal die Schätzung auf einer Auflistung eines der Architekten beruhte, der selber Verfahrenspartei war (*BGer 4A_204/2010 E. 3.*). Im hier zu beurteilenden Fall sind die angefallenen Kosten nicht bestritten. Es geht darum, aus den Gesamtkosten, bestehend aus dem Kaufpreis und den Baukosten, die Anlagekosten der von den Klägern gemieteten Wohnung herauszuschälen. Zu diesem Zweck ordnete die Vorinstanz ein Gutachten sowie die Abnahme weiterer Beweise an.

In einem kürzlich ergangenen Entscheid hatte die Kammer die Zulässigkeit einer Mietzinserhöhung zu beurteilen. Strittig war die Verteilung von Bau- bzw. Sanierungskosten auf eine einzelne Wohnung. Ähnlich wie im vorliegenden Verfahren stellte sich die Schwierigkeit, dass die Kosten nicht nach einem einfachen Verteilschlüssel auf die verschiedenen Mietobjekte verteilt werden konnten, weil teilweise bestehende Wohnungen saniert wurden, jedoch im Dachgeschoss auch eine neue Wohnung eingebaut wurde. Mit der Vorinstanz ging die Kammer davon aus, dass in einem solchen Fall die Gesamtkosten nicht einfach nach einem Verteilschlüssel auf die einzelnen Mietobjekte verteilt werden können, sondern zunächst die auf die neu erstellte Wohnung anfallenden Kosten auszuscheiden sind. Die Vorinstanz hatte zu diesem Zweck ein Beweisverfahren durchgeführt und unter anderem ein Gutachten eingeholt. Dies war nicht zu beanstanden (*OGerZH NG160002, 15. August 2016*). Im vorliegenden Fall geht es im Unterschied zum eben erwähnten um die Berechnung der Nettorendite im Sinne von Art. 269 ZGB, und nicht um die Frage, ob eine Mietzinserhöhung durch wertvermehrende Investitionen des Vermieters gerechtfertigt sind (Art. 269a lit. b OR). In beiden Fällen ist aber zu entscheiden, wann Kosten durch blosser Anwendung eines Verteilschlüssels den verschiedenen Mietobjekten zugeordnet werden können und wann sie nicht zu verteilen, sondern auszuscheiden sind. Die zitierte Rechtsprechung ist für den vorliegenden Fall einschlägig. Da die von den Klägern gemietete Wohnung neu gebaut wurde, vermag eine Verteilung der Kosten nach dem von ihnen für massgeblich erachteten Schlüssel (die Kläger verteilen in einer Plausibilitätsrechnung die Kosten nach Massgabe der Fläche) nicht zu genügen, sondern es sind die konkreten Kosten des Mietobjekts auszuscheiden. Zu Recht hat deshalb die Vorinstanz mit Verfügung vom 10. März 2015 zu dieser Frage ein Gutach-

ten sowie die Abnahme weiterer Beweismittel angeordnet.

Die Vorinstanz verpflichtete die Kläger, für die Kosten des Gutachtens einen Vorschuss von CHF 12'000.00 zu bezahlen und drohte für den Fall der Nichtzahlung das Unterbleiben der Beweiserhebung an. Die Kläger rügen, der Kostenvorschuss hätte (wenn überhaupt) von der Beklagten verlangt werden müssen. Gemäss Art. 102 Abs. 1 ZPO hat einen Vorschuss zu leisten, wer die Abnahme eines Beweismittels verlangt hat. Leistet eine Partei ihren Vorschuss nicht, so kann die andere die Kosten vorschliessen; andernfalls unterbleibt die Beweiserhebung. Vorbehalten bleiben Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat (Art. 102 Abs. 3 ZPO). Im vorliegenden Fall hat keine der Parteien die Anordnung eines Gutachtens verlangt, sondern dieses wurde von Amtes wegen gestützt auf die beschränkte Untersuchungsmaxime angeordnet. Ein Vorschuss wurde zu Recht verlangt, denn Art. 102 Abs. 3 zweiter Satz ZPO, gilt nur im Bereich der Erforschungsmaxime, nicht aber dort, wo die beschränkte Untersuchungsmaxime greift (Adrian Urwyler / Myriam Grütter, Dike-Kommentar ZPO, 2. Auflage, Art. 102 N 3; BSK ZPO-Viktor Rüegg, 2. Auflage, Art. 102 N 6). Für diesen Fall beantwortet Art. 102 Abs. 1 ZPO nicht, von welcher Partei der Vorschuss zu leisten ist. Da Sinn und Zweck von Art. 102 ZPO ist, die Beweiserhebung auf Kosten des Staates zu vermeiden (ZK ZPO-Suter/von Holzen, 3. Auflage, Art. 102 N 1), kann der Verzicht auf den Vorschuss nicht die Lösung des Problems sein. Da kein anderes Kriterium vorhanden ist, scheint es für den Spezialfall der Beweiserhebung von Amtes wegen bei Geltung der beschränkten Untersuchungsmaxime als sachgerecht, den Vorschuss von der beweisbelasteten Partei zu verlangen. Denn die Beweiserhebung soll wie eben dargelegt nicht auf Kosten des Staates gehen und eine Einforderung des Vorschusses von der nicht beweisbelasteten Beklagten liesse sich nicht begründen. Die Beklagte trifft lediglich eine Mitwirkungsobliegenheit, die sich im Wesentlichen in der Einreichung vorhandener Unterlagen erschöpft und sich deshalb nicht auf die Zahlung eines Kostenvorschusses für eine nicht selber beantragte Beweisabnahme erstrecken kann. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz die beweisbelasteten Kläger zu Recht zur Zahlung eines Vorschusses verpflichtet und entsprechend der Säumnisandrohung auf die Beweiserhebung verzichtet, nachdem der Vorschuss nicht bezahlt worden war.

6.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kläger für die Behauptung, die Beklagte erziele eine zu hohe Nettorendite, beweisbelastet sind. Nachdem sie den Vorschuss für das Gutachten nicht bezahlt haben, unterblieb die Beweisabnahme zu Recht und die Kläger tragen die Folgen der Beweislosigkeit. Die Vorinstanz hat die Klage zu Recht abgewiesen, weshalb die Berufung abzuweisen und der angefochtene

Entscheid zu bestätigen ist.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 24. November 2016
NG160009

Hinweis: bestätigt durch *BGer* 4A_17/2017 vom 7. September 2017