

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG200003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 20. Mai 2020

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Berufungskläger,

1 und 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

C._____ **Anlagestiftung,**

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Nebenkosten**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. Februar 2020 (MG180008)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Mietzinsänderung vom 2. Juli 2002 für nichtig zu erklären.
2. Es sei festzuhalten, dass die Neueinführung der Betriebskosten nicht gültig vereinbart worden sei und lediglich die Heizkosten von monatlich CHF 80.– akonto, Stromkostenpauschale von CHF 10.– sowie die pauschalen Antennengebühren von CHF 45.– für das Mietverhältnis der Kläger gelten solle.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern eine Rückforderung von CHF 7'168.40 zuzüglich 5 % Verzugszins ab 22.11.17 zu leisten.
4. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern korrekte Nebenkostenabrechnungen ab 2007/08 bis 2015/16 zu erstellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Mietgerichtes Meilen:

1. Die Klage wird abgewiesen soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf CHF 3'270.–.
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern – je unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag – auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'400.– verrechnet.
4. Die Kläger werden verpflichtet, der Beklagten eine Parteienschädigung – je unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag – von CHF 4'379.– (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.
- 5.-6. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

(act. 69 S. 2)

- " 1. Das Urteil des Mietgerichts Meilen vom 24. Februar 2020 (Geschäfts Nr. MG180008) sei in Gutheissung der Berufung betreffend Dispositiv Ziffer 1, 2, 3 und 4 aufzuheben und wie folgt zu ändern:
- 1.1 Es sei die Mietzinsänderung vom 8. März 2002 per 2. Juli 2002 für nichtig zu erklären.
 - 1.2 Es sei festzuhalten, dass die Neueinführung der Betriebskosten per 1.7.2002 nicht gültig vereinbart worden sei und lediglich die Heizkosten von monatlich CHF 80.– akonto, Stromkostenpauschale von CHF 10.– sowie die pauschalen Antennengebühren von CHF 45.– für das Mietverhältnis der Kläger gelten solle.
 - 1.3 Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern eine Rückforderung von CHF 7'168.40 zuzüglich 5 % Verzugszins ab 22.11.17 zu leisten.
 - 1.4 Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern korrekte Nebenkostenabrechnungen ab 2007/08 bis 2015/16 zu erstellen.
2. Eventualiter seien in Gutheissung der Berufung die Akten zur neuen Entscheidung verbunden mit der Weisung zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten (zuzüglich MWST) sowohl des erstinstanzlichen wie auch des Berufungsverfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen."

Erwägungen:

1.

1.1. A. _____ und B. _____ sind seit dem 1. Juli 1998 Mieter einer 4.5-Zimmerwohnung ... [Adresse] (vgl. act. 5/4). Mit einem durch die zuständige kantonale Amtsstelle genehmigten Formular vom 8. März 2002 wurde den Mietern durch die damalige Vermieterin gestützt auf Art. 269b-d OR folgende Mietvertragsänderung mit Wirkung ab 1. Juli 2002 mitgeteilt (act. 5/10):

A. Für Mietzinsänderung	Bisher:	Neu:
1. Mietzins ohne Nebenkosten	Fr. 1'935.00	Fr. 1'811.00
2. Nebenkosten		
Heizungskosten akonto	Fr. 80.00	Fr. 80.00
Betriebskosten akonto	Fr. 0.00	Fr. 179.00
Strom	Fr. 10.00	Fr. 0.00
Antennen- u. Urheberrechtsgeb.	<u>Fr. 45.00</u>	<u>Fr. 0.00</u>
Total pro Monat	Fr. 2'070.00	Fr. 2'070.00

Klare Begründung:

Anpassung in Fr.

Senkung der Nettomiete im Umfang der neu ausgeschiedenen Betriebskosten	Fr. 124.00-
Einführung Akontozahlungen für Betriebskosten	Fr. 179.00
Einschluss Strompauschale in die Betriebskosten	Fr. 10.00-
Einschluss TV-Pauschale in die Betriebskosten	Fr. 45.00-

B. Für andere einseitige Vertragsänderungen

Umschreibung und klare Begründung:

Erhebung neuer bisher im Nettomietzins inbegriffener Betriebskosten nach separater Abrechnung gem. sep. Beilage mit den genauen Details. Die Senkung der Nettomiete entspricht dem bisherigen Umfang der neu ausgeschiedenen Betriebskosten. Begründung: Schaffung einer grösseren Kostentransparenz.

Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass die Mietzinsänderung, bzw. andere einseitige Vertragsänderung, innert 30 Tagen seit dem Empfang der Mitteilung bei der Paritätischen Schlichtungsbehörde des Bezirks, in dem sich das Mietobjekt befindet (zuständiges Bezirksgericht), als missbräuchlich angefochten werden kann.

Als Beilage zur Mietzinsänderung vom 8. März 2002 erhielten die Mieter ein Schreiben mit folgendem Wortlaut (act. 5/11):

Auslagerung der Betriebskosten aus dem Nettomietzins

Sehr geehrte Mieterin, sehr geehrter Mieter

Um eine bessere Kostentransparenz zu schaffen werden auf den 01.07.02 die unten aufgeführten Betriebskosten, die bisher im Nettomietzins enthalten waren, separat ausgeschieden und zusammen mit den Heizkosten periodisch abgerechnet. Allfällige bisherige Pauschalen werden ebenfalls in die Heiz- oder in die Betriebskostenabrechnung integriert.

Dem amtlichen Mietzinsanpassungsformular können Sie den neu eingeführten Akontobetrag für die Betriebskosten entnehmen. Der bisherige Nettomietzins wurde um den entsprechenden Betrag reduziert, so dass sich der Bruttomietzins effektiv nicht verändert.

Für die Berechnung der Nettomietzinssenkung und der Betriebskosten-Akontozahlung wurden die Kosten für die unten aufgeführten Positionen der entsprechenden Vorjahresperiode berechnet und anschliessend auf jedes Objekt verteilt.

Es werden inskünftig folgende Betriebskostenarten separat abgerechnet:

- Hauswartung inkl. Verbrauchsmaterial
- Allgemeinstrom
- Wasserverbrauch, Abwasser, Meteorwasser, Kanalreinigung
- Kehrrichtabfuhr, Containerreinigung
- Kabelfernseh- und -radiogebühren inkl. Urheberrechtsgebühr
- Pflege von Garten, Umgebung und Pflanzentrögen
- Serviceabonnemente für Lift, (da vorhanden) Maschinen, Geräte und Anlagen

Für die Abrechnung werden zusätzlich 4 % Verwaltungskosten zuzüglich MWSt. berechnet.

Für Fragen kontaktieren Sie bitte Ihren Verwalter.

1.2. Am 20. Dezember 2013 kaufte die C._____ Anlagestiftung die Liegenschaft, in welcher sich das Mietobjekt befindet (vgl. act. 17/1). Aufgrund der Gesetzesbestimmung von Art. 261 Abs. 1 OR ging das Mietverhältnis in diesem Zeitpunkt von Gesetzes wegen auf die C._____ Anlagestiftung (nachfolgend Vermieterin) über.

1.3. Nach dem Scheitern der Schlichtungsverhandlung reichten die Mieter am 13. Juni 2018 beim Mietgericht Meilen eine begründete Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein (vgl. act. 1). Dazu nahm die Vermieterin am 15. Oktober 2018 Stellung (vgl. act. 15). Nach Durchführung der Hauptverhandlung am 5. Februar 2019 (vgl. Prot. Vi S. 7 ff.) führten die Parteien längere Zeit aussergerichtliche Vergleichsgespräche (vgl. Prot. Vi S. 41 ff.). Diese führten jedoch zu keiner Einigung. Mit Urteil vom 24. Februar 2020 wies die Vorinstanz die Klage schliesslich ab, soweit sie darauf eintrat (vgl. act. 68). Gegen diesen Entscheid erhoben die Mieter am 6. April 2020 rechtzeitig Berufung beim Obergericht und stellten die eingangs erwähnten Rechtsbegehren (vgl. act. 63/1 und 69). Den Kostenvorschuss von Fr. 3'200.– für das Berufungsverfahren leisteten die Mieter auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 73-75). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-66). Das Verfahren ist spruchreif.

1.4. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert für die Berufung ist hier erreicht (vgl. E. 4.1). Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie die unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Es besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen und substantiiert mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewandt habe bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sei (vgl. statt vieler OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. II.1.1 f. mit Verweisen sowie BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht

werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. Februar 2019 hielten die Parteien je zwei Vorträge, ausserdem wurden der Mieter sowie ein Mitarbeiter der Verwaltung der Vermieterin befragt (vgl. Prot. VI S. 7 ff.). Die Mieter sehen ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da die Vorinstanz ihnen das Protokoll zur Hauptverhandlung nicht zur Stellungnahme zukommen liess (vgl. act. 69 S. 6 und 14). Im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren besteht aufgrund von Art. 232 Abs. 1 ZPO ein Anspruch der Parteien, sich abschliessend zum Beweisergebnis und zu Rechtsfragen äussern zu können. Letzteres gilt unabhängig davon, ob in der Hauptverhandlung Beweise abgenommen wurden (vgl. BSK ZPO-Willisegger, 3. Auflage 2017, Art. 232 N 35 f.). Schriftliche anstatt mündliche Schlussvorträge gibt es jedoch nur auf entsprechenden gemeinsamen Antrag der Parteien (vgl. Art. 232 Abs. 2 ZPO). Sodann legen die Mieter in ihrer Berufung nicht dar, welche Vorbringen sie in einer Stellungnahme zum Protokoll der Hauptverhandlung in das vorinstanzliche Verfahren eingeführt hätten und inwiefern diese hätten erheblich sein können. Dies wird jedoch für eine erfolgreiche Geltendmachung einer Gehörsverletzung grundsätzlich vorausgesetzt (vgl. BGer 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3). Die Mieter dringen mit ihrem Vorwurf somit nicht durch.

2.2. Die Mieter sind der Ansicht, auf ihr vorinstanzliches Rechtsbegehren 2 sei zu Unrecht nicht eingetreten worden: Auch wenn die Mietzinsänderung vom 8. März 2002 nichtig sei, sei noch nicht klar, welche Pauschalen fortan gelten würden. Es bestehe damit ein Feststellungsinteresse (vgl. act. 69 S. 13 f.). Die Vorinstanz erwog jedoch zu Recht, aus der Prüfung der Nichtigkeit der Mietzinsänderung vom 8. März 2002 ergebe sich automatisch, welche Nebenkostenpositionen gelten würden; entweder diejenigen, die vor der Änderung bestanden hätten, oder diejenigen, die mit der Mietzinsänderung eingeführt worden seien (vgl. act. 68 E. III.1.9). Mangels schutzwürdigem Interesse trat die Vorinstanz demnach

korrekterweise auf das vorinstanzliche Rechtsbegehren 2 nicht ein; entsprechend ist auf das Rechtsbegehren 1.2 der Berufung nicht einzutreten.

3.

3.1. Die Mieter erachten die streitige Mietvertragsänderung als nicht ausreichend klar begründet und deshalb als nichtig im Sinne von Art. 269d Abs. 2 lit. b OR. Gemäss Vorinstanz habe es die Mietvertragsänderung mit Formularanzeige vom 8. März 2002 samt Begleitschreiben den Mietern jedoch erlaubt, sich ein Bild über die Tragweite und Berechtigung der Mietvertragsänderung zu machen und ihr die Entscheidungsgrundlagen für eine allfällige Einsprache zu verschaffen. Folglich sei die Begründung der Mietvertragsänderung nicht zu beanstanden (vgl. act. 68 E. IV.3.2.6).

3.2. Gegen diesen Schluss wehren sich die Mieter in ihrer Berufung: Die inskünftig separat erhobenen Nebenkosten hätten im einzelnen unter Angabe der auf sie entfallenden Beträge ausgewiesen werden müssen und aus dem Formular oder dem Begleitbrief hätte hervorgehen müssen, wie sich diese Nebenkosten berechnen. Bei der Berechnung hätte auf die Durchschnittskosten der letzten drei bis fünf Jahre abgestellt werden müssen. Das Abstellen auf den Vorjahresaufwand genüge nicht, da starke Schwankungen nicht berücksichtigt würden. Dass früher Fr. 179.– für die künftig separat erhobenen Nebenkosten angefallen seien, sei eine Annahme ohne Beleg (vgl. act. 69 S. 4, 9, 11 und 19-21).

3.3. Während der Dauer des Mietvertrags kann sich der Vermieter entscheiden, die Nebenkostenregelung zu ändern und insbesondere dem Mieter die bis anhin im Mietzins enthaltenen Nebenkosten gesondert in Rechnung zu stellen oder neu entstandene Aufwendungen zu fakturieren. Er muss indessen gemäss Art. 269d OR vorgehen, und der Mieter kann die Änderung anfechten, wenn er sie als missbräuchlich erachtet. Gemäss Art. 269d Abs. 1 und 2 OR muss der Vermieter dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen; die Mietzinserhöhung ist nichtig, wenn der Vermieter sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt, sie nicht begründet oder mit der Mitteilung die Kün-

digung androht oder ausspricht. Eine einseitige Änderung ist auch dann nichtig, wenn sie nicht ausreichend klar begründet wird (vgl. BGE 137 III 362 E. 3.2.1).

Erfolgt die Begründung in einem Begleitschreiben, so hat der Vermieter im Formular ausdrücklich darauf hinzuweisen (Art. 19 Abs. 1^{bis} VMWG). Mit anderen Mitteln erteilte Auskünfte können die im amtlichen Formular oder im Begleitschreiben erwähnten Gründe näher ausführen oder zu deren Auslegung dienen, dürfen sie jedoch nicht erweitern oder eine unterlassene Angabe ersetzen. Die Begründung hat klar zu sein; sie soll dem Mieter erlauben, sich ein Bild über Tragweite und Berechtigung der Änderung zu machen, und ihm damit die Entscheidungsgrundlagen dafür verschaffen, ob er sie anfechten will oder nicht. Die Begründung der Änderung ist unzulänglich, wenn sie nicht angibt, welchen bis anhin im Mietzins enthaltenen Aufwendungen die künftig gesondert in Rechnung gestellten Kosten entsprechen; der Mieter kann sich von der Tragweite der Änderungen nur dann ein Bild machen, wenn er die Beträge kennt, die der Vermieter früher für die Kosten aufgewendet hat, die nun gesondert erhoben werden sollen. Das Erfordernis der Klarheit bedeutet nicht nur, dass im Einzelnen anzugeben ist, welche Nebenkosten dem Mieter künftig direkt in Rechnung gestellt werden sollen, sondern dass auch ersichtlich sein muss, wie sich die Aussonderung der Kosten auf das Mietzinsgefüge auswirkt. Es kann nicht angehen, dass der Mieter auf die Einsichtnahme in die internen Berechnungsgrundlagen des Vermieters verwiesen wird, da damit der Sinn der Begründungspflicht verkannt würde. Der Mieter muss demnach in der Lage sein zu entscheiden, ob die Höhe der neuen Akontozahlung tatsächlichen Aufwendungen entspricht, beziehungsweise ob der Mietzins ansteigen wird (vgl. BGE 137 III 362 E. 3.2.1).

Gemäss Bundesgericht bietet die Lehre relativ kurze Formulierungsmodelle an, die es den Mietern erlauben, die Tragweite einer Änderung zu erkennen (vgl. BGE 137 III 362 E. 3.3). In diesem Zusammenhang verweist das Bundesgericht unter anderem auf einen Formulierungsvorschlag aus dem SVIT-Kommentar. Die Formulierung, welche das Bundesgericht demnach als hinreichende Begründung erachtet, lautet wie folgt (vgl. SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. Auflage 2008, Art. 269d N 68):

Separate Erhebung folgender, bisher im Nettomietzins enthaltener Nebenkosten nach effektivem Aufwand mit jährlicher Abrechnung:

(Folgt Aufzählung der Nebenkostenpositionen.)

Der Nettomietzins reduziert sich in dem Betrag, der aufgrund von Erfahrungswerten dem jährlichen Aufwand der neu separat erhobenen Nebenkosten entspricht. Im gleichen Umfang erhöhen sich die zu leistenden monatlichen Akontozahlungen.

Zeitpunkt: ...

Begründung: Erhebung der neu separat ausgegliederten Nebenkosten nach individuellem effektivem Aufwand in Anwendung des Verursacherprinzips, vgl. beiliegendes Schreiben.

3.4. Die Mietvertragsänderung mit Formularanzeige vom 8. März 2002 samt Begleitschreiben beinhaltet alle Angaben gemäss des soeben zitierten und vom Bundesgericht als hinreichend erachteten Formulierungsvorschlags. Daraus wird insbesondere klar, welche bisher im Nettomietzins enthaltenen Positionen ausgeschieden werden, welche Kosten die Positionen bisher gesamthaft verursacht haben und wie sich die Aussonderung der Kosten auf das Mietzinsgefüge auswirkt. Aus der Begründung ergibt sich schliesslich auch, warum die Änderung erfolgt (vgl. MRA 3/00 S. 307). Die Mieter wenden zwar ein, die Vorinstanz habe die Motivation einer "grösseren Kostentransparenz" zu Unrecht für genügend erachtet, da absolut keine Kostenstruktur der Nebenkosten offengelegt bzw. keine bisherige Kostenstruktur aufgezeigt werde (vgl. act. 69 S. 4 und 9). Unabhängig von der Angabe der bisherigen Kostenstruktur in der Begründung ist jedoch selbsterklärend, dass mit dem vorgenommenen Systemwechsel eine bessere Kostentransparenz geschaffen wird.

3.5. Die Mieter stellen weitergehende Anforderungen an die Begründung. Insbesondere erachten sie es als zwingend, dass die einzelnen ausgeschiedenen Nebenkosten unter Angabe der auf sie entfallenden Beträge und deren Berechnung aufgelistet werden. Zur Stützung ihrer Ansicht verweisen sie auf verschiedene Entscheide des Bundesgerichts (BGE 137 III 362; BGer 4A_268/2011 vom 6. Juli 2011 E. 3.3; BGer 4A_409/2009 vom 1. Februar 2010 E. 2.1; BGer 4C.137/1999 vom 23. August 1999, kommentiert in MRA 3/2000 S. 301 ff.; BGE

121 III 6 und BGE 120 II 206; vgl. act. 69 S. 9, 20 und 21). Aus diesen Entscheidungen ergeben sich jedoch keine solchen weitergehenden Anforderungen. Entgegen der Ansicht der Mieter (vgl. act. 69 S. 21) verlangt insbesondere der vom Bundesgericht als genügend erachtete SVIT-Formulierungsvorschlag nicht zwingend, dass in einem separaten Schreiben eine konkrete rechnerische Aufstellung der einzelnen Nebenkosten aufgeführt wird. Damit zielt auch die Beanstandung der Mieter ins Leere, im Begleitbrief sei kein konkreter Verteilschlüssel angegeben worden (vgl. act. 69 S. 23). Die Verteilschlüssel müssen erst in der auf die Änderung folgenden Nebenkostenabrechnung angegeben werden.

3.6. Die Mieter erachten es weiter als zwingend, dass bei der Berechnung der Kosten für die ausgeschiedenen Positionen nicht bloss wie hier auf die Vorjahresperiode, sondern auf die letzten drei bis fünf Jahre abgestellt wird. Sie verweisen in diesem Zusammenhang auf diverse Bundesgerichtsentscheide (BGE 137 III 362; BGer 4A_268/2011 vom 6. Juli 2011 E. 3.3; BGer 4A_409/2009 vom 1. Februar 2010 E. 2.1; BGE 121 III 460; BGE 121 III 6 und BGE 120 II 206; vgl. act. 69 S. 9, 19 und 21). Keiner der Entscheide erwähnt jedoch eine solche Anforderung. In der Lehre wird hingegen die Auffassung vertreten, es sei auf den Durchschnitt mehrerer Jahre abzustellen (vgl. Mietrecht für die Praxis/Béguin, 9. Auflage 2016, N 14.3.2; SVIT-Kommentar-Rohrer, 4. Auflage 2018, Art. 269d N 76, und CHK-Heinrich, 3. Auflage 2016, Art. 269d N 9).

Wird lediglich auf den Vorjahresaufwand abgestellt, bleiben starke Schwankungen unberücksichtigt. Andererseits wird bei der Berücksichtigung eines Durchschnitts der letzten z.B. drei Jahre in Kauf genommen, dass, bedingt durch eine allfällige inflationäre Entwicklung der einzelnen Nebenkostenpositionen, bis zum Abschluss des ersten Abrechnungsjahres nach neuer Nebenkostenregelung bereits Nachzahlungen zu gewärtigen sind. Insgesamt ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass bei der Berechnung der Kosten für die ausgeschiedenen Positionen lediglich auf die Vorjahresperiode abgestellt wurde (vgl. MRA 3/08, S. 109).

3.7. Gemäss Mieter handle es sich bei der Mietvertragsänderung vom 8. März 2002 um eine geplante indirekte Mietzinserhöhung. Gemäss Vorinstanz ist jedoch unbestritten, dass die Mieter nach der Änderung bis zur Abrechnung 2007/08 keine Nachzahlungen hätten leisten müssen, sondern jedes Jahr Geld zurück erhalten hätten. Daraus ergebe sich zwangsläufig, dass die Aussonderung kostenneutral erfolgt sei. Eine geplante indirekte Mietzinserhöhung sei zu verneinen (vgl. act. 68 E. IV.3.3). In der Berufung erklären die Mieter neu, beim Mietzinsabzug sei die TV-Pauschale von Fr. 45.– gegenverrechnet worden. Der Mieter habe jedoch Ende 2016 erfahren, dass die effektiven monatlichen TV-Gebühren im Jahr 2002 nur Fr. 22.– betragen hätten. Bereits damit sei der Mietzins um Fr. 23.– indirekt erhöht worden (vgl. act. 69 S. 12 und 22 f. und act. 72/5). Es handelt sich hierbei um unzulässige neue Vorbringen, da diese schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Art. 317 ZPO). Ohnehin ist nicht ersichtlich, inwiefern der Mietzins indirekt erhöht worden sein soll, indem die angeblich zu hohe TV-Pauschale in die neu ausgeschiedenen Betriebskosten eingeschlossen wurde (vgl. act. 5/10).

Die Mieter machen weiter geltend, es stimme nicht, dass bis 2007/08 keine Nachzahlungen hätten geleistet werden müssen. Die Nebenkostennachzahlung für die Periode 2004/05 habe auch bereits Fr. 846.– betragen (vgl. act. 69 S. 22). Die Mieter legen aber nicht dar, aus welchen ihrer vorinstanzlichen Ausführungen sich ergeben soll, dass es bereits vor der Periode 2007/08 zu Nachzahlungen gekommen war. In der Befragung anlässlich der Hauptverhandlung erklärte der Mieter, 2002, 2003 und 2004 sei praktisch jedes Mal eine Auszahlung an ihn erfolgt. Bis und mit 06/07 hätten die Akontozahlungen die Kosten ungefähr gedeckt bzw. erst ab 07/08 hätten die Akontozahlungen die Kosten nicht mehr gedeckt (vgl. Prot. Vi S. 30 u. 34 f.). Die Vorinstanz durfte somit davon ausgehen, es habe bis 2007/08 keine Nachzahlungen gegeben, und sie durfte eine geplante indirekte Mietzinserhöhung verneinen.

3.8. Im Ergebnis war die Mietvertragsänderung mit Formularanzeige vom 8. März 2002 samt Begleitschreiben ausreichend klar begründet: Die Mieter konnten die Tragweite der Änderung erkennen. Die Vorinstanz hat die Nichtigkeit mithin zu Recht verneint und das Rechtsbegehren 1 abgewiesen; auch das Rechtsbegehren 1.1 der Berufung ist folglich abzuweisen. Liegt keine Nichtigkeit der Änderung vor, dann haben die Mieter auch keinen Rückforderungsanspruch. Auch die vorinstanzliche Abweisung des Rechtsbegehrens 3 erfolgte zu Recht und es ist das Rechtsbegehren 1.3 der Berufung ebenfalls abzuweisen.

3.9. Die Mieter brachten bei der Vorinstanz vor, verschiedene ausgeschiedene Positionen seien gar nicht nebenkostenfähig. Gemäss Vorinstanz legten sie jedoch nicht substantiiert dar, welche konkreten Nebenkostenpositionen aus welchen Gründen nicht nebenkostenfähig sein sollen. Gegen diese Einschätzung wehren sich die Mieter vor Obergericht. Sie führen aber nicht aus, mit welchen vorinstanzlichen Ausführungen sie ihrer Substantiierungspflicht nachgekommen seien (vgl. act. 69 S. 4-6 und 23-25). Ohnehin ist aber Folgendes zu beachten: Die Begründung der strittigen Mietvertragsänderung war wie dargelegt hinreichend klar; insbesondere ergibt sich aus ihr, welche Nebenkosten ausgeschieden wurden. Waren die Mieter der Ansicht, diese Nebenkosten seien (teilweise) unzulässig, hätten sie gegen die Änderung nach Art. 270b Abs. 2 OR vorgehen können und müssen. Dies unterliessen sie. Auch wenn die Vorbringen der Mieter zu den nicht nebenkostenfähigen Positionen genügend substantiiert gewesen wären, hätten sie von der Vorinstanz wegen verspäteter Geltendmachung demnach nicht beachtet werden müssen. Insoweit ist nämlich ein Vorgehen gegen die strittige Änderung nicht mehr möglich.

3.10. Die Mieter beantragten bei der Vorinstanz und beantragen nun vor Obergericht, die Vermieterin sei eventualiter zu verpflichten, den Mietern korrekte Nebenkostenabrechnungen ab 2007/08 bis 2015/16 zu erstellen. Gemäss Vorinstanz vermögen die Mieter jedoch weder in substantiiertem Weise darzulegen, welche Nebenkostenpositionen oder Beträge aus den streitgegenständlichen Nebenkostenabrechnungen nicht "korrekt" seien, noch wie sich eine "korrekte" Nebenkostenabrechnung ihrer Ansicht nach zusammensetze. Das blosses Verlangen einer

Erstellung korrekter Nebenkostenabrechnungen genüge den Anforderungen an die von den Parteien geforderte Substantiierungspflicht nicht (vgl. act. 68 E. VI.2.1).

Die Mieter erachten diese Einschätzung als unzutreffend: Wie die Vorinstanz selber ausführe machten sie geltend, dass im Falle der nichtigen Mietzinsänderung nur die Heizkosten abgerechnet werden müssten und diese dem jährlichen Akontobetrag von Fr. 960.– gegenübergestellt würden, wie dies in der klägerischen Abrechnung gemacht worden sei (vgl. act. 69 S. 32). Die Eventual-Forderung auf Erstellung einer neuen Nebenkostenabrechnung bezieht sich demnach aber nur auf den Fall, dass die Nichtigkeit der Mietzinsänderung vom 8. März 2002 bejaht wird. Dies tat die Vorinstanz zu Recht nicht und wies deshalb das Rechtsbegehren 4 im Ergebnis zu Recht ab. Somit ist auch das Rechtsbegehren 1.4 der Berufung abzuweisen. Vor Obergericht beantragen die Mieter sodann mit dem Rechtsbegehren 2 eventualiter die Rückweisung der Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens. Da dieser Antrag jedoch nicht begründet wird, ist auf ihn nicht einzutreten.

4.

4.1. Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren bemessen sich nach dem Streitwert, der sich gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem Rechtsbegehren bestimmt. Die Mieter bezifferten den Streitwert ihrer vorinstanzlichen Rechtsbegehren 1 bis 3 auf je Fr. 7'168.40 (vgl. act. 1 S. 3 und act. 31 S. 2), was von der Vermieterin nicht bestritten wurde. Die Vorinstanz ging in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO und Art. 93 Abs. 1 ZPO von einem Streitwert von Fr. 21'505.20 aus (3 x Fr. 7'168.40, vgl. act. 68 E. III.2). Dagegen wenden die Mieter nichts ein (vgl. act. 69 S. 14). Ausgehend von diesem Streitwert resultiert gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidunggebühr von Fr. 3'200.– für das zweitinstanzliche Verfahren. Da die Mieter im Berufungsverfahren unterliegen, sind ihnen die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

4.2. Parteientschädigungen für dieses Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: den Mietern nicht, weil sie unterliegen, und der Vermieterin nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Mietgerichts Meilen vom 24. Februar 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'200.– festgesetzt, den Mietern auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vermieterin unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen, sowie an das Mietgericht Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'505.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw R. Jenny

versandt am:
25. Mai 2020