

## ZMP 2015 Nr. 10

**Einrede des übersetzten Ertrages; massgebende Baukosten; Substantiierungspflicht: Das Mietgericht kam vorliegend zum Schluss, dass Anlagekosten und Eigenkapital nicht bekannt seien, weshalb eine Nettorenditeberechnung nicht möglich sei und die Einrede des übersetzten Ertrages unbewiesen bleibe. Weiter hielt es fest, welche Positionen bei der Ermittlung der Investitionskosten zu berücksichtigen seien und welche nicht. Zudem äusserte sich das Mietgericht auch zur Substantiierungspflicht im vereinfachten Verfahren.**

*In den Jahren 2010 und 2011 nahm die Klägerin (Vermieterin) an der streitgegenständlichen Liegenschaft eine umfassende Sanierung vor. Dabei wurde die Dachgeschosswohnung von einer einstöckigen in eine zweistöckige, ca. 195 m<sup>2</sup> grosse Wohnung ausgebaut. In den darunter liegenden Geschossen befindet sich je eine 5-Zimmerwohnung. Die Wohnung im Erdgeschoss wurde von den Beklagten gemietet. Am 8. Dezember 2011 zeigte die Klägerin den Beklagten eine Mietzinserhöhung per 1. April 2012 an und erhöhte den Nettomietzins um rund Fr. 900.–. Die Beklagten erhoben die Einrede des übersetzten Ertrags. Das Mietgericht kam zum Schluss das Anlagekosten und Eigenkapital nicht ermittelbar seien, weshalb eine Nettorenditeberechnung nicht möglich sei und die Einrede des übersetzten Ertrages unbewiesen bleibe. Weiter hielt das Mietgericht fest, dass neben den Baukosten auch Verzinsungskosten zu den Investitionskosten zu zählen seien, nicht aber die Entschädigungen für die Mieter, ebenso sind Förderbeiträge und (punktuelle) Renovationskosten abzuziehen. Zudem äusserte sich das Mietgericht auch zur Substantiierungspflicht, nachdem die Beklagten geltend gemacht hatten, die Klägerin habe ihre Behauptungen nicht genügend substantiiert, habe sie doch nur pauschal auf eine Auflistung (Schlussrechnung Umbau) verwiesen.*

Aus dem Urteil des Mietgerichts vom 20. November 2015:

### **"III. Rechtliches**

(...)

#### 4. Einrede des übersetzten Ertrags

4.1. Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 269 OR). Der zulässige oder missbräuchliche Ertrag bestimmt sich anhand einer Nettoenditeberechnung (vgl. dazu SVIT-Kommentar III, Art. 269 OR N 6 ff.).

Die Beklagten erheben die Einrede des übersetzten Ertrags, indem sie geltend machen, sofern die Mietzinserhöhung den anerkannten Betrag von Fr. 600.– übersteige, führe dies zu einem nach Art. 269 OR missbräuchlichen Mietzins.

Die Klägerin hält dem entgegen, die Liegenschaft sei vor Jahrzehnten in ihr Eigentum übertragen worden. Unbekannt sei, zu welchen Konditionen dies erfolgt sei. Sofern überhaupt allfällige Übernahmewerte vorhanden wären, wären diese gegenüber heutigen Wertverhältnissen unrealistisch und könnten zu einer Ertragsberechnung nicht mehr herangezogen werden. Der Einwand des übersetzten Ertrags sei somit unbehelflich. Unstrittig ist im Übrigen zwischen den Parteien, dass die streitgegenständliche Liegenschaft eine Altbaute ist.

4.2. Die Klägerin hat den Mietzins wegen Mehrleistungen i.S.v. Art. 269a lit. b OR erhöht. Die Beklagten sind grundsätzlich berechtigt, gegenüber einer derart begründeten Mietzinserhöhung die Einrede des übersetzten Ertrags zu erheben (BGE 124 III 310 E. 2b; 140 III 433 E. 3 und 3.1 je mit weiteren Verweisungen).

Sowohl der angerufene Erhöhungsgrund als auch die erwähnte auf die Nettoenditeberechnung gestützte Einrede des übersetzten Ertrags beruhen auf dem Prinzip der Kostenmiete. Dieser steht die Marktmiete gegenüber. Der Marktmietzins wird anhand des orts- und quartierüblichen Mietzinses ermittelt (Art. 269a lit. a OR). Diese beiden Prinzipien stehen zueinander in einem gewissen Spannungsverhältnis (z.B. BGE 118 II 124 E. 4). Bei Altbauten geht die Marktmiete der Kostenmiete vor, weil die Nettoenditeberechnung zu wirtschaftlich unrealistischen Ergebnissen führt (zuletzt BGE 140 III 433 E. 3.1 mit weiteren Verweisungen). In Anbetracht dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung, worauf die Klägerin sich beruft, kann bei Altbauten eine Nettoenditeberechnung unterbleiben, wenn die Vermieterin (...) sich auf die Orts- und Quartierüblichkeit beruft und eine genü-

gend grosse Anzahl von Vergleichsobjekten im Sinne von Art. 11 VMWG nennen kann (so der Sachverhalt in BGE 4C.323/2001 E. 3a). Im vorliegenden Fall macht die Klägerin allerdings keinerlei Ausführungen zur Orts- und Quartierüblichkeit. Vielmehr lässt sie es beim allgemeinen Hinweis bewenden, eine Nettoertragsberechnung führe – sofern diese überhaupt durchgeführt werden könne – zu unrealistisch tiefen Werten. Bei einer derartigen Konstellation, bei welcher die Orts- und Quartierüblichkeit nicht einmal behauptet wird, ist indessen davon auszugehen, dass die Marktmiete gar nicht zu prüfen ist. Die Klägerin macht es sich daher mit ihrer Argumentation zu einfach. Nur allein die theoretisch denkbare Tatsache, dass eine Ertragsberechnung zu unrealistischen wirtschaftlichen Ergebnissen führt oder führen kann, bewirkt noch nicht, dass eine solche zum vornherein gänzlich zu unterbleiben hat. Eine Ertragsberechnung entfällt vielmehr erst dann, wenn die Klägerin (die Vermieterin) substantiiert Vergleichsobjekte nennt, aufgrund derer die Orts- und Quartierüblichkeit bestimmt werden kann. Erst in einem solchen Fall wird die Marktmiete zum Prozessthema und es stellt sich auch erst dann die Frage, ob die Marktmiete der Kostenmiete vorgeht.

Da die Klägerin es unterlassen hat, sich zur Orts- und Quartierüblichkeit zu äussern, sind die Beklagten grundsätzlich berechtigt, gegenüber der strittigen Mietzinserhöhung die Einrede des übersetzten Ertrags (zu hohe Nettoertragsberechnung) zu erheben (vgl. dazu auch BGE 4C.323/2001 E. 3a letzter Satz).

4.3. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Nettoertragsberechnung anhand der vom Eigentümer in die Liegenschaft investierten Eigenmittel zu überprüfen. Diese Nettoertragsberechnung entspricht der Verzinsung des Eigenkapitals. Als Eigenkapital gilt dabei die Differenz zwischen den Anlagekosten und den aufhaftenden Schulden (BGE 122 III 257 E. 3a). Als Anlagekosten gelten einzig die Kosten bei Erwerb oder Erstellung der Liegenschaft (z.B. Kaufpreis, Baukosten und Kosten für Land). Andere Werte kommen nicht in Frage (BGE 122 III 257 E. 3). Die Beklagten sind gemäss Art. 8 ZGB dafür beweispflichtig, dass ihre Einrede, wonach der Mietzins zu einem übersetzten Ertrag führt, zutrifft. Eine Ertragsberechnung setzt zunächst voraus, dass das Eigenkapital berechnet werden kann. Dies wiederum bedingt, dass die Anlagekosten und die Hypothekarschulden ermittelt

werden müssen. Die Beklagten sind demnach zur Höhe der Anlagekosten und Hypothekarschulden zum Beweis zuzulassen.

Auf der Liegenschaft lasten keine Hypothekarschulden. Gemäss einer (...) schriftlichen Auskunft des Grundbuchamtes wurde das Eigentum an der Liegenschaft im Jahr 1969 an die Kollektivgesellschaft A. übertragen. Dabei wurde kein Übernahmewert festgelegt, denn gemäss Auskunft des Grundbuchamtes wurde die Eigentumsübertragung im Grundbuch "gestützt auf eine Grundbuchanmeldung, welche zwar die Schuldübernahme aber keine Übernahmewerte enthält, und ohne zusätzlichen Rechtsgrundaussweis eingetragen". Zuzufolge einer Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft wurde die Klägerin im Jahr 1985 sodann als neue Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen. Die Grundbuchanmeldung enthielt wiederum keine Angaben zum Wert des Grundstücks. Weitere vor diesen Eigentumsübertragungen datierende Unterlagen aufgrund derer die Anlage- oder Baukosten ermittelt werden können, existieren nicht bzw. nicht mehr.

Mangels Vorliegens von Unterlagen sowie zuzufolge dieser schriftlichen Auskunft steht fest, dass die Anlagekosten nicht eruiert werden können. Demzufolge kann auch das Eigenkapital nicht ermittelt werden. Da Belege zur Feststellung des investierten Eigenkapitals fehlen, kann eine Nettoerenditeberechnung nicht vorgenommen werden. Die von den Beklagten erhobene Einrede bleibt demnach unbewiesen.

## 6. Mietzinserhöhung wegen Sanierung der Liegenschaft

### 6.1. Massgebende Baukosten und weitere anrechenbare Positionen

Gestützt auf die Schlussrechnung Umbau behauptet die Klägerin Baukosten in Höhe von Fr. 2'145'111.–. (...)

Die Klägerin macht geltend, zu den Baukosten seien die Mieterentschädigungen von Fr. 11'062.– und die Verzinsungskosten von Fr. 13'270.– für die von ihr bis zum Inkrafttreten der Mietzinserhöhung vorgeleisteten Sanierungskosten hinzuzurechnen. Gemäss ständiger Praxis des Mietgerichts zählen die Mieterentschädigungen nicht zu den Renovationskosten und sind allein vom Vermieter, d.h. der

Klägerin zu tragen (ZMP 2/04, S. 14 und 18; anders Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Mai 2001, E. 4.c in: MRA 5/01, S. 139). An dieser Praxis des Mietgerichts ist festzuhalten. Mit den Entschädigungen sollen die eingeschränkte Gebrauchstauglichkeit der Mietsache abgegolten werden. Dieser Anspruch steht den Mietern von Gesetzes wegen zu (Art. 259d OR). Es kann daher nicht angehen, dass diese Entschädigungen zu den Baukosten hinzugerechnet werden, würden doch damit die Mieter die ihnen zugesprochenen Entschädigungen im Laufe der Jahre dem Vermieter wieder zurückzahlen.

Das Obergericht hat zudem in Erw. 4.b des erwähnten Entscheids festgehalten, dass Zwischenzinsen den Sanierungskosten zuzurechnen sind. Nach der Praxis des Mietgerichts gehören die Finanzierungskosten indessen nur dann zu den überwälzbaren Investitionskosten, wenn sie tatsächlich angefallen sind, was z.B. für die Baukreditzinsen zutrifft. Werden die Sanierungskosten hingegen aus eigenen Mitteln finanziert, sind keine Verzinsungskosten zu berücksichtigen (ZMP 1/04, S. 8 und 11 f.). Sofern der Vermieter die Baukosten aus eigenen Mitteln finanziert, kann er sein Kapital nicht anderweitig verzinsen. Diese entgangenen Zinseinnahmen sind daher genauso wie die Zinsen für einen vom Vermieter aufgenommenen Baukredit als Investitionskosten zu betrachten. Auch ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, der eine Unterscheidung zwischen Baukreditzinsen und Eigenkapitalzinsen nahelegen würde. An der erwähnten Praxis des Mietgerichts ist daher nicht mehr festzuhalten. Der Vermieter kann somit einen Zwischenzins für sein eigenes Kapital, welches er zur Finanzierung der Sanierung einsetzte, verlangen. (...)

Für die Sanierung der Gebäudehülle wurden der Klägerin Förderbeiträge von Fr. 14'950.– ausbezahlt. Dieser Betrag ist von den Baukosten abzuziehen.

Die Klägerin bringt vor, die Wohnung im 1. Obergeschoss sei vor der umfassenden Überholung punktuell renoviert worden. Die entsprechenden Renovationskosten von Fr. 42'300.– seien von den Baukosten abzuziehen. Die Beklagten wenden ein, es sei von deutlich höheren Kosten auszugehen. Der Experte konnte die Renovationskosten nicht beziffern. Die Zeugen Y. und Z. gaben übereinstimmend an, dass die Kosten ungefähr Fr. 30'000.– betragen hätten. In Anbetracht dieser

glaubhaften Aussagen sowie der Behauptungen der Klägerin sind die gesamten Baukosten um Fr. 42'300.– zu reduzieren.

Weiter wenden die Beklagten ein, dass die Kosten für den Einbau des neuen Studios im Untergeschoss von den Investitionskosten auszuscheiden seien. Die Klägerin behauptet, dass diese Kosten deutlich unter Fr. 10'000.– liegen. Die Frage, wie hoch die Ausbaurkosten sind, konnte der Experte anhand der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht abschliessend beantworten. Der Zeuge Y. gab an, der Ausbau habe ein paar wenige Tausend Franken gekostet. Die Kosten hätten sich gesamthaft auf ungefähr Fr. 5'000.– bis Fr. 9'000.– belaufen. Gestützt auf diese glaubhaften Aussagen sind die Ausbaurkosten auf Fr. 9'000.– zu veranschlagen und von den Baukosten abzuziehen.

(...)

#### 6.2.1. Zur klägerischen Substantiierung der Baukostenaufteilung

(...)

b) Zur Substantiierung der Behauptungen gehört, dass eine Partei die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen hat, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Eine Partei darf sich daher nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Das Beweisverfahren soll nicht dazu dienen, ungenügende Parteivorträge zu vervollständigen (BGE 108 II 337 E. 3; BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 4 und BSK ZPO-Hafner, Art. 168 N 15).

Diese aufgeführten Grundsätze gelten uneingeschränkt für das ordentliche Verfahren, in welchem es den Parteien obliegt, die Tatsachen darzulegen und die Beweismittel anzugeben, auf die sie ihre Begehren stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; sog. Verhandlungsgrundsatz). Vorbehalten bleiben indessen gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhalts und die Beweiserhebung von Amtes wegen (Art. 55 Abs. 2 ZPO). Für Mietzinsstreitigkeiten gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Für die-

se Streitigkeiten stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO; sog. sozialer Untersuchungsgrundsatz). Im vereinfachten Verfahren trägt das Gericht bei der Beschaffung des Prozessstoffes eine Mitverantwortung. Es nimmt diese Aufgabe primär durch die Ausübung der Fragepflicht wahr und kann die erforderlichen Beweise von Amtes wegen erheben (DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 ZPO N 33 ff.; BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 17). So wirkt das Gericht durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Im Weiteren kann das Gericht Beweismittel ohne entsprechende Parteianträge abnehmen (vgl. Art. 58 Abs. 2 ZPO).

Den in Erw. a) wiedergegebenen Argumenten der Beklagten ist daher zunächst entgegenzuhalten, dass die Klägerin aufgrund der sozialen Untersuchungsmaxime nur in untergeordnetem Masse substantiierungspflichtig ist. Dies gilt auch für eine Partei, die anwaltlich vertreten ist. Der klägerische Rechtsvertreter führte in der Hauptverhandlung aus, die Klägerin habe im Hinblick auf die Plausibilisierung und die Berechnung der Mietzinserhöhung die Bauleitung beauftragt, eine Aufteilung nach drei Kriterien – Gesamtliegenschaft, nur Wohnungen EG bis 2. OG, nur Dachgeschosswohnung – vorzunehmen. Die einzelnen Unternehmer nähmen eine solche Aufteilung nicht vor. (...) Praktisch sämtliche Untergattungen seien Werkverträge, welche als Leistungsinhalt alle Bereiche in dieser ganzen Liegenschaft hätten. Die Bauleitung habe aus den Unternehmerrechnungen die einzelnen Positionen herausfiltrieren und den einzelnen Bereichen zuordnen müssen. (...) R. habe aufgrund der Unternehmerrechnungen, der Kenntnisse über den Bauvorgang, der Pläne sowie anderer Unterlagen die Kostenaufteilung für jede einzelne BKP-Position vorgenommen. Das Produkt habe die Klägerin in Form dieser von ihm vorgenommenen Zusammenstellung mit gewissen Erläuterung ins Recht gelegt. Diese Ausführungen veranlassten den (damaligen) Mietgerichtspräsidenten offenbar zu einer Zwischenbemerkung (...).

Falls das Gericht nach diesen Ausführungen des klägerischen Rechtsvertreters tatsächlich die Auffassung vertreten hätte, mit dem Verweis auf die vom Bauleiter R. erstellte Zusammenstellung sei die Aufteilung der Baukosten von der Klägerin

ungenügend substantiiert worden, hätte es dies in Anwendung von Art. 55 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 247 ZPO der Klägerin klar und deutlich mitteilen müssen. Eine bloss präsidentiale Zwischenbemerkung genügt diesen Anforderungen nicht. Ein derartiger formeller Substantiierungshinweis unterblieb jedoch, weshalb die Klägerin davon ausgehen durfte, ihre Behauptungen seien ungeachtet der präsidentialen Zwischenbemerkung und dem Standpunkt der Beklagten genügend substantiiert. Wie nachfolgend dargelegt wird, wirkte im Übrigen das Gericht im Verlaufe des Beweisverfahrens insbesondere durch ausführliche Befragung des Experten und des Zeugen R. darauf hin, die Aufteilung der Baukosten zu ermitteln. Im übrigen kam die Klägerin ihren Substantiierungspflichten nach (...).

c) Bei eingereichten Urkunden sind konkrete Behauptungen aufzustellen, die den einzelnen Urkunden zugeordnet werden können. Unzulässig wäre es hier, für die behaupteten Tatsachen pauschal auf die eingereichten Aktenstücke zu verweisen (Leuenberger in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Art. 221 N 46). Sachverhaltselemente sind durch Verweis auf eingelegte Akten genügend behauptet, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen (z.B. BSK ZPO-Hafner, Art 168 N 16).

Aus den klägerischen Ausführungen in den Rechtsschriften und im Hauptverfahren ist unschwer zu entnehmen, dass sich die Klägerin gesamthaft auf die Zusammenstellung des Bauleiters R. stützt. Aus der klägerischen Behauptung ergibt sich auch, dass die Klägerin sämtliche darin aufgeführte Zahlen mitsamt den angegebenen Begründungen, mit welchen die Bauleitung für jede Baukostenposition die Kosten in die drei Baubereiche aufteilte, übernahm. Damit erhob die Klägerin die in der Zusammenstellung enthaltenen Zahlen und Begründungen in der Gesamtheit zu ihrer eigenen Sachdarstellung. Dies war sowohl für das Gericht als auch die Gegenpartei ohne Weiteres ersichtlich. Ein derartiger umfassender Verweis der Klägerin auf eine von ihr eingereichte Beilage stellt somit eine genügende substantiierte Behauptung dar.

d) Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 127 III E. 2b mit weiteren Hinweisen).

In der von der Bauleitung erstellten Tabelle sind die Baukosten, welche je Arbeitsgattung bzw. je Baukostenposition anfielen, auf jeder Zeile im einzelnen aufgeführt. Zudem wurden die entsprechenden Kosten, welche für jede einzelne Baukostenposition anfielen, in vier Spalten unterteilt (Gesamtbaukosten, Gebäude allgemein, Kosten Wohnungen EG bis 2.OG, Kosten Wohnung DG). Aus der Zusammenstellung geht demnach hervor, welchen Betrag die Klägerin je Baukostenposition geltend macht und zu welchen Beträgen sich diese Kosten auf die drei Baubereiche aufteilen. Damit ist die Klägerin ihrer Substantiierungspflicht in genügender Weise nachgekommen, kann und konnte doch für die drei Baubereiche Baukostenposition für Baukostenposition Beweis abgenommen werden und war es den Beklagten gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung möglich, jede einzelne Position substantiiert zu bestreiten und den Gegenbeweis anzutreten. Dies gilt umso mehr als in der Tabelle noch ausgeführt wurde, welche Arbeiten in den entsprechenden Baubereichen ausgeführt wurden. Es würde daher zu weit gehen, von der Klägerin darüber hinaus noch zu verlangen, darzulegen, wie der Bauleiter jede einzelne Position für den jeweiligen Bauteil berechnet hat."

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2015, 25. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber