

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG190020-O/U

damit vereinigt Geschäft Nr. NG190022

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

## Urteil vom 30. November 2020

in Sachen

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

Klägerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte (Mieterin),

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ AG,

Beklagte, Zweitberufungsklägerin und Erstberufungsbeklagte (Vermieterin),

vertreten durch C. \_\_\_\_\_ Immobilien AG

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Anfechtung Anfangsmietzins und Mietzinsherabsetzung**

Berufungen gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom  
12. September 2019 (MA170005)

### **Rechtsbegehren:**

- "1. Es sei festzustellen, dass ein Anfangsmietzins von netto CHF 1'680.00 für die 3-Zimmer-Wohnung am D. \_\_\_\_\_-graben ... in ... Zürich missbräuchlich sei, und dieser sei auf CHF 1'100.00 zu reduzieren.
2. Der Anfangsmietzins von netto CHF 1'100.00 sei per 1. Dezember 2017 auf CHF 1'070.00 zu reduzieren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten der Beklagten."

### **Urteil des Mietgerichtes:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der monatliche Nettomietzins von Fr. 1'680.– als missbräuchlich erklärt und rückwirkend auf den Mietbeginn auf Fr. 1'451.– festgesetzt (zzgl. Fr. 140.– Heiz- und Warmwasserkosten akonto sowie Fr. 184.– Betriebskosten akonto).
2. Es wird festgehalten, dass die Parteien sich bezüglich der Senkung des Nettomietzinses mit Wirkung ab 1. Dezember 2017 aufgrund der relativen Kostenfaktoren um 2.8 % grundsätzlich einig sind. Der neue Mietzins beträgt demzufolge ab dem genannten Datum Fr. 1'411.– netto pro Monat (Nebenkosten unverändert).
3. Der in Ziffer 1 festgelegte Mietzins beruht auf einem Referenzzinssatz von 1.75 % und einem Teuerungsstand per Ende März 2017 von 100.7 Punkten (Basis Dezember 2015 = 100 Punkte). Die allgemeine Kostensteigerung ist ausgeglichen bis Ende März 2017.

Der in Ziffer 2 festgelegte Mietzins beruht auf einem Referenzzinssatz von 1.5 % und einem Teuerungsstand per Ende November 2017 von 100.9 Punkten (Basis Dezember 2015 = 100 Punkte). Die allgemeine Kostensteigerung ist ausgeglichen bis Ende Dezember 2017.

4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'060.00; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 2'060.00 Kosten total

5. Die Kosten werden im Umfang von Fr. 1'246.– der Klägerin [Mieterin] und im Umfang von Fr. 814.– der Beklagten [Vermieterin] auferlegt. Sie werden von der Klägerin unter Verrechnung ihres Kostenvorschusses von Fr. 7'070.– bezogen, sind ihr aber von der Beklagten im Umfang von Fr. 814.– zu ersetzen. Der Restbetrag des Vorschusses wird der Klägerin herausgegeben.

6. Die Beklagte [Vermieterin] wird verpflichtet, der Klägerin [Mieterin] eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 620.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

7./8. ... [Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung]

### **Erstberufungsanträge:**

der Klägerin (Mieterin) (act. 63):

"1. Ziffer 1 und 2 des Urteils des Mietgerichts Zürich vom 12. September 2019 seien aufzuheben, und der monatliche Nettomietzins sei rückwirkend auf den Mietbeginn auf CHF 1'100.00 festzusetzen (zuzüglich CHF 140.00 akonto Heiz- und Warmwasserkosten sowie CHF 184.00 akonto Betriebskosten).

Weiter sei festzustellen, dass der Nettomietzins mit Wirkung ab 1. Dezember 2017 CHF 1'070.00 beträgt.

2. Die Kosten für das mietgerichtliche Verfahren seien unabhängig vom Ausgang der Beklagten und Berufungsbeklagten [Vermieterin] aufzuerlegen, und diese sei zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 2'940.00 (inkl. MwSt) zu bezahlen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

der Beklagten (Vermieterin) (act. 72):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

### **Zweitberufungsanträge:**

der Beklagten (Vermieterin) (act. 75/63):

- "1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei auf die Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten [Mieterin] nicht einzutreten;

eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei demgemäss in Abweisung der Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten [Mieterin] festzustellen, dass der Anfangsmietzins von netto CHF 1'680.00 pro Monat für die von ihr gemietete 3-Zimmerwohnung (7. OG) in der Liegenschaft D.\_\_\_\_-graben ..., ... Zürich, nicht missbräuchlich ist;

subeventualiter sei Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei demgemäss das Begehren der Klägerin und Berufungsbeklagten [Mieterin] auf Senkung des Mietzinses mit Wirkung per 1. Dezember 2017 abzuweisen;

subsubeventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung im Sinne der vorgenannten Anträge an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens der Klägerin und Berufungsbeklagten [Mieterin] aufzuerlegen und es sei diese zu verpflichten, der

Beklagten und Berufungsklägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen;

eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 6 des angefochtenen Urteils aufzuheben und insofern zu berichtigen, dass die Klägerin und Berufungsbeklagte [Mieterin] verpflichtet ist, der Beklagten und Berufungsklägerin [Vermieterin] eine Parteientschädigung zu entrichten.

3. Für das obergerichtliche Verfahren seien die Gerichtskosten der Klägerin und Berufungsbeklagten aufzuerlegen und es sei diese zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsklägerin eine angemessene Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen."

der Klägerin (Mieterin) (act. 75/71):

- "1. Die Berufung sei mit Ausnahme des Subsubeventualantrags abzuweisen soweit darauf einzutreten ist.
2. Der Subsubeventualantrag sei teilweise gutzuheissen, indem Ziff. 1 und 2 des Urteils aufzuheben und wie folgt zu ersetzen sind:  
Der Nettomietzins ist rückwirkend ab Mietbeginn auf CHF 1'100.00, per 1.12.2017 auf CHF 1'070.00 festzusetzen.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens der Beklagten und Berufungsklägerin [Vermieterin] aufzuerlegen, und diese sei zu verpflichten, der Klägerin und Berufungsbeklagten eine volle Prozessentschädigung von CHF 2'940.00 zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

## Erwägungen:

### I.

#### **Übersicht zum Sachverhalt / Prozessgeschichte**

##### 1.

Mit Vertrag vom 7. April 2017 mietete A. \_\_\_\_\_ von der B. \_\_\_\_\_ AG eine 3-Zimmer-Wohnung im 7. Obergeschoss der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-graben ... in Zürich 3 mit Mietbeginn am 16. Juni 2017 (act. 3/4). Die Vermieterin ist Baurechtsnehmerin. Grundeigentümerin ist die Stadt Zürich. Die Mietvertragsparteien streiten sich im Wesentlichen über den Anfangsmietzins.

##### 2.

Mit amtlichem Formular vom 7. April 2017 gab die Vermieterin der Mieterin neben dem Anfangsmietzins von Fr. 1'680 den früheren Mietzins von Fr. 984 seit 1. Juni 2016 bekannt, je zuzüglich Akontobeträge für Betriebskosten (Fr. 184) und Heizung/Warmwasser (Fr. 140), und wies auf die Anfechtbarkeit des Anfangsmietzinses bei der Schlichtungsbehörde hin (Art. 270 OR). Die Erhöhung des Mietzinses begründete sie nicht (act. 3/5). Als Kostenfaktoren nannte sie einen Referenzzinssatz von 1,75 %, den Landesindex der Konsumentenpreise (Basis 2015) von 100,7 Punkten am 31. März 2017 und den Kostenstand am 31. März 2017 (act. 3/4 und 3/5).

Mit Eingabe vom 29. Juni 2017 stellte die Mieterin der Schlichtungsbehörde Zürich das Begehren, den Anfangsmietzins missbräuchlich zu erklären und auf das zulässige Mass herabzusetzen (vgl. act. 4).

Unter dem 10. Juli 2017 stellte die Vermieterin der Mieterin das Anfangsmietzinsformular erneut zu und verwies unter der Rubrik "klare Begründung" auf ein Begleitschreiben vom 10. Juli 2017 (act. 3/7; act. 15 S. 2/3). Dort begründete sie der Mieterin "wunschgemäss" die Erhöhung des Mietzinses (act. 3/6):

*"Die Mietzinse der von Ihnen gewohnten Liegenschaft werden in Absprache mit der Stadt Zürich festgelegt. Die Anpassung berück-*

*sichtigt die Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses, wobei der Mietzins für die von Ihnen gemietete Wohnung gemäss Vereinbarung mit der Stadt Zürich mindestens 18 % unterhalb der jeweils hedonistisch ermittelten Abschluss-Nettomieten vergleichbarer Altbauwohnungen im Quartier E.\_\_\_\_\_ zu liegen hat. Die Mietzinse werden vom Büro für Wohnbauförderung des Finanzdepartementes der Stadt Zürich regelmässig kontrolliert."*

Mit Formular vom 4. August 2017 gab die Vermieterin der Mieterin wegen Senkung des Referenzzinssatzes per 2. Juni 2017 mit Wirkung ab 1. Dezember 2017 eine Reduktion des Nettomietzinses von Fr. 1'680 auf Fr. 1'635 bekannt (act. 3/8).

Am 25. August 2017 wandte sich die Mieterin an die Schlichtungsbehörde mit dem Begehren, den Nettomietzins per 1. Dezember 2017 angemessen zu reduzieren (vgl. act. 5).

Mit Beschlüssen vom 29. November 2017 wurde der Mieterin in beiden Schlichtungsverfahren die Klagebewilligung erteilt (act. 4 und 5).

### **3.**

Am 27. Dezember 2017 reichte die Mieterin beim Mietgericht Zürich Klage ein mit den Begehren, die Missbräuchlichkeit des Nettoanfangsmietzinses von Fr. 1'680 festzustellen und ihn auf Fr. 1'100 zu reduzieren; per 1. Dezember 2017 sei er auf Fr. 1'070 herabzusetzen (act. 1).

### **4.**

Das Mietgericht hiess die Anfechtungsklage mit Urteil vom 12. September 2019 teilweise gut. Es erklärte den (Netto-)Anfangsmietzins von Fr. 1'680 als missbräuchlich und setzte ihn rückwirkend auf den Mietbeginn auf Fr. 1'451 herab. Es hielt sodann fest, dass sich die Parteien bezüglich der Senkung des Nettomietzinses mit Wirkung ab 1. Dezember 2017 aufgrund der relativen Kostenfaktoren grundsätzlich einig seien, weshalb der Mietzins ab genanntem Datum Fr. 1'411 betrage (act. 58 = act. 62).

Den Standpunkt der Vermieterin, die Mietzinskontrolle erfolge in diesem Fall ausschliesslich durch die öffentliche Hand und das Mietgericht sei nicht zuständig (Art. 253b Abs. 3 OR), verwarf das Mietgericht (act. 62 Erw. II/1, III/1 und V/1).

## 5.

Mit Eingabe vom 17. Oktober 2019 erhob die Mieterin beim Obergericht rechtzeitig (Erst-)Berufung. Sie beantragte im Wesentlichen die Gutheissung ihrer Klage (act. 63; vgl. act. 59). Das Geschäft wurde unter der Nummer NG190020 angelegt.

Gleichentags erhob auch die Vermieterin rechtzeitig (Zweit-)Berufung. Sie beantragte im Wesentlichen, auf die Klage nicht einzutreten (vgl. dazu act. 75/63 Ziff. II/1), eventualiter das Begehren um Missbräuchlicherklärung und Herabsetzung des Anfangsmietzinses von Fr. 1'680 abzuweisen, subeventualiter das Begehren um Senkung des Mietzinses per 1. Dezember 2017 abzuweisen, sub-subeventualiter das angefochtene Urteil aufzuheben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung im Sinne der vorgenannten Anträge an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 75/63; vgl. act. 60). Diesem Geschäft wurde die Nummer NG190022 zugewiesen.

Beide Parteien bevorschussten die Verfahren innert angesetzter Frist (act. 65–69 bzw. act. 75/66–68).

In beiden Verfahren wurde eine Berufungsantwort eingeholt; diejenige der Mieterin datiert vom 8. Januar 2020 (act. 75/71), diejenige der Vermieterin vom 20. Januar 2020 (act. 72).

Die Vermieterin beantragt, die (Erst-)Berufung der Mieterin abzuweisen (act. 72).

Die Mieterin beantragt, die (Zweit-)Berufung der Vermieterin mit Ausnahme des Subsubeventualantrags abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Der Subsubeventualantrag sei teilweise gutzuheissen, indem ihre Klage ganz gutgeheissen werde (Herabsetzung des Anfangsmietzinses auf Fr. 1'100; Reduktion per 1. Dezember 2017 auf Fr. 1'070) (act. 75/71). Sie beantragt damit letztlich, ihre von der

Vorinstanz nur teilweise gutgeheissene Klage ganz gutzuheissen, integriert also ihren Erstberufungsantrag in ihren Antrag zur Zweitberufung der Vermieterin.

Am 8. Mai 2020 wurde der Vermieterin die Berufungsantwort der Mieterin zur Zweitberufung (act. 75/71) zwecks Wahrung des Gehörsanspruchs auszugsweise zugestellt (Anträge, Ziff. I zum "Formellen" und Ziff. II/1 zur "Sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Mietgerichts") (act. 75/73–74). Sie äusserte sich nicht.

#### **6.**

Mit Verfügung vom 8. Mai 2020 wurden die beiden Berufungsverfahren vereinigt (act. 75/76 = act. 74).

#### **7.**

Im Rahmen eines Zwischenbeschlusses vom 12. Juni 2020 prüfte die Kammer die Berufungsfähigkeit des angefochtenen Urteils (act. 78 Erw. II).

#### **8.**

Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR und die zivilgerichtliche Zuständigkeit wurden mit genanntem Beschluss vom 12. Juni 2020 bejaht (act. 78 Dispositiv-Ziffer 1). Der Entscheid wurde nicht an das Bundesgericht weitergezogen (vgl. act. 81).

#### **9.**

Am 4. November 2020 wurde den Parteien zwecks Wahrung des Gehörsanspruchs je die (vollständige) Berufungsantwort der Gegenpartei zugestellt (act. 82/1–2 und 83/1–2). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

### **Klagevoraussetzungen gemäss Art. 270 Abs. 1 OR**

Das Mietgericht erachtete die Anfechtungs- bzw. Klagevoraussetzungen gemäss Art. 270 Abs. 1 OR als erfüllt: Die 30-tägige Frist, um den Anfangsmietzins bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne der Art. 269 und 269a OR anzufechten, sei nach der Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 121 III 56 Erw. 2c) gewährt. Der Bruttoanfangsmietzins von Fr. 2'004 (= Fr. 1'680 Nettomietzins + Fr. 324 Nebenkosten) sodann liege mehr als 10 % über dem früheren Bruttomietzins von Fr. 1'308 (= Fr. 984 Nettomietzins + Fr. 324 Nebenkosten), womit die Erhöhung des Mietzinses im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 136 III 82) "erheblich" sei (act. 62 Erw. V/2.1–2 S. 27 ff.). – Diese Klagevoraussetzungen sind nicht streitig.

## III.

### **Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses**

#### 1. Erwägungen des Mietgerichtes (act. 62)

1.1. Die Vorinstanz erwog, nach Art. 269 OR seien Mietzinse unter anderem missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt werde. Nicht missbräuchlich seien Mietzinse dagegen nach Art. 269a lit. a und b OR in der Regel insbesondere dann, wenn sie im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse lägen *oder* durch Mehrleistungen oder Kostensteigerungen des Vermieters begründet seien. Bei "Altbauten" stehe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Mietzinsanpassung an die Orts- oder Quartierüblichkeit im Vordergrund, weil nach dem Willen des Gesetzgebers langjährige Eigentümer von Altbauten durch die Missbrauchsgesetzgebung gegenüber Neuerwerbemern nicht benachteiligt werden sollten (act. 62 Erw. V/2.3.1 S. 29/30).

Das in den Jahren 1950 bis 1952 errichtete und seit etwa 68 Jahren im Eigentum der Vermieterin stehende Gebäude mit dem Mietobjekt sei als "Altbaute" zu qualifizieren. Ein Kaufpreis aus neuerer Zeit, der als Grundlage für eine Ertragsberechnung dienen könnte, existiere nicht. Entgegen der Auffassung der Mieterin

(vgl. Prot. I S. 31/32) sei auch die Summe der Heimfallentschädigung zur Ermittlung des zulässigen Nettoertrages nicht geeignet. Für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses sei einzig die Orts- und Quartierüblichkeit relevant; der Mieterin sei es verwehrt, sich auf eine Ertragsrechnung zu berufen (act. 62 Erw. V/2.3.2–2.3.4 S. 30/31).

**1.2.** Im mietrechtlichen Verfahren betreffend die Anfechtung des Anfangsmietzinses trage die Mieterin die Beweislast für die Orts- oder Quartierüblichkeit des Mietzinses. Die Vermieterin treffe eine Mitwirkungsobliegenheit im Sinne von Art. 160 und Art. 164 ZPO. Diese erweitere sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 139 III 13) zu einer Obliegenheit, Gegenbeweise anzubieten, wenn der Anfangsmietzins gegenüber dem vorherigen Mietzins erheblich erhöht worden sei, während sowohl der Referenzzinssatz wie auch die Teuerung rückläufig seien, da bei solchen konjunkturellen Verhältnissen keine sachlichen Gründe beständen, den Anfangsmietzins erheblich zu erhöhen (act. 62 Erw. V/2.4.2 S. 31/32).

Aus BGE 139 III 13 gehe nicht klar hervor, unter welchen Umständen genau den Vermieter eine verstärkte Mitwirkungsobliegenheit treffe. In neuerer Zeit scheine das Bundesgericht die Grenze gleich zu ziehen wie beim formalen Anfechtungserfordernis nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR, wo jeweils eine Erhöhung des Bruttomietzinses um 10 % als erheblich betrachtet werde (act. 62 Erw. V/2.4.2 S. 32; vgl. vorn Erw. II).

Im Ergebnis führe der Anschein eines Missbrauchs zu einer entsprechenden Tatsachenvermutung. Eine echte Beweislastumkehr liege nicht vor. Die Tatsachenvermutung bewirke nur, dass der dem Beweisbelasteten obliegende Beweis als gelungen zu betrachten sei, soweit es der Gegenpartei nicht gelinge, die Vermutung mit konkreten eigenen Beweisofferten zu unterminieren (act. 62 Erw. V/2.4.2 S. 32/33).

Das formale Kriterium nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR (erhebliche Erhöhung des Mietzinses) bilde den einzigen Anhaltspunkt, welchen das Gesetz liefere, um ei-

nen verdächtigen Mietzins zu identifizieren. Es eigne sich als einziges Kriterium gesamtschweizerisch (act. 62 Erw. V/2.4.3 S. 33).

Mit der Vermieterin könne man sich fragen, ob der Anschein eines Missbrauchs in jedem Fall von der Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem zuvor bezahlten Zins abhängen könne. Denkbar sei für die Beurteilung der Erheblichkeit auch ein Rückgriff auf statistische Angaben, denn der Anschein eines Missbrauchs hänge nicht in erster Linie von der prozentualen Anpassung ab, sondern viel eher von der absoluten Höhe des Mietzinses (act. 62 Erw. V/2.4.3 Abs. 2 S. 33).

Im vorliegenden Fall sei der Bruttomietzins gegenüber dem vorangegangenen Mietverhältnis um über 53 % erhöht worden, womit selbst die von eher skeptischen Stimmen akzeptierte Mindestgrenze für die verstärkte Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters erreicht sei (act. 62 Erw. V/2.4.4 S. 33/34).

Ziehe man die Mietpreis-Strukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006, die zwar anerkanntermassen nicht detailliert genug sei, um die Vergleichsmiete direkt zu bestimmen, sowie die seitherige Entwicklung des Mietpreisindex der Stadt Zürich in die Überlegungen ein, ergebe sich das gleiche Bild. Der im Jahr 2006 errechnete Mittelwert für 3-Zimmer-Wohnungen im Unterquartier E. \_\_\_\_\_ habe Fr. 19.30/m<sup>2</sup> betragen bei einer Obergrenze des sog. 95%-Vertrauensintervalls von Fr. 20/m<sup>2</sup> und einer Untergrenze von Fr. 18.50/m<sup>2</sup>. Bei einer Fläche der streitgegenständlichen Wohnung von ca. 76 m<sup>2</sup> habe die statistische Durchschnittsmiete demnach im Jahr 2006 Fr. 1'466.80 betragen. Unter Berücksichtigung der Entwicklung des Mietpreisindex der Stadt Zürich ergebe sich per Mietbeginn am 16. Juni 2017 inkl. Betriebskosten exkl. Heiz- und Warmwasserkosten (vgl. hinten Erw. IV/1) eine Nettomiete von Fr. 1'635.50 bzw. unter Berücksichtigung der Heiz- und Warmwasserkosten (Fr. 140) ein Bruttomietzins von Fr. 1'775.50. Die von der Vermieterin verlangte Bruttoanfangsmiete (Fr. 2'004) liege damit um 22,5 % (richtig: rund 12,9 %; dazu hinten Erw. III/3.3 a.E.) über dem teuerungsbereinigten statistischen Mittel für Wohnungen mit durchschnittlichen Qualitätsmerkmalen (act. 62 Erw. V/2.4.4 S. 34 f.).

**1.3.** Den Gegenbeweis der Orts- und Quartierüblichkeit mit substantiierten Angaben und tauglichen Beweisofferten zu untermauern, gelinge der Vermieterin nicht (act. 62 Erw. V/2.5, insbes. V/2.5.5 S. 38): Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien zur Bestimmung der Orts- und Quartierüblichkeit Vergleiche anzustellen. Die beweis- bzw. mitwirkungsbelastete Partei müsse mindestens fünf im Sinne der Kriterien von Art. 11 VMWG vergleichbare Mietobjekte nennen. Ein *gerichtliches* Gutachten über die jüngste Entwicklung der Mietzinse genüge nicht (act. 62 Erw. V/2.5.1 S. 35/36). Die von der Vermieterin zum Nachweis der Quartierüblichkeit eingereichte, von der F. \_\_\_\_\_ [Beratungs- und Forschungsunternehmen] erstellte Auflistung "Mietzinspotenziale" (act. 20/11) verdiene nicht einmal den Namen *Privatgutachten* (act. 62 Erw. V/2.5.2–2.5.4 S. 36 ff.).

## **2. Einwendungen der Vermieterin** (act. 75/63 Rz. 69–110)

Die Vermieterin rügt mit ihrer (Zweit-)Berufung, das Mietgericht verletze die Beweislastregel von Art. 8 ZGB, indem es ihr faktisch die alleinige Beweislast für die Orts- und Quartierüblichkeit des Nettomietzinses von Fr. 1'680 auferlege. Der vom Mietgericht zitierte BGE 139 III 13 ändere an der gesetzlichen Beweislastverteilung nichts. Das Bundesgericht habe einen konkreten Einzelfall beurteilt. Es wäre falsch, daraus allgemeine Auswirkungen auf die Beweislastverteilung bzw. irgendwelche allgemeinverbindliche Tatsachenvermutungen abzuleiten. Das Bundesgericht habe gegen den unmissverständlichen und eindeutig dokumentierten Willen des Gesetzgebers verstossen, die Beweislast für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses in jedem Fall dem Mieter aufzuerlegen, und zwar unabhängig von der Differenz zum früher bezahlten Mietzins (act. 75/63 Rz. 70–77).

Das Bundesgericht widerspreche sodann in mehrfacher Weise seinen in der Vergangenheit entwickelten Prinzipien zur Mietzinsgestaltung. Zwischen den beiden absoluten Kriterien der Entwicklung des Marktes und der Kostenfaktoren bestehe kein Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung zugunsten des Kostenprinzips. Bei der Festlegung des Anfangsmietzinses gelte die absolute Methode mit der Konsequenz, dass der Mietzins nicht nach dem früher bezahlten Mietzins beurteilt werden dürfe. Schliesslich sei es nicht zulässig, Kosten- und Marktelemente zu vermischen, was das Bundesgericht tue, wenn es in einem Fall, in welchem sich

der Vermieter auf die Orts- oder Quartierüblichkeit berufe, erwäge, es bestehe eine Vermutung für die Missbräuchlichkeit, weil in der letzten Zeit keine relevanten Kostenveränderungen eingetreten seien (act. 75/63 Rz. 78–82).

### 3. Erwägungen der Kammer

**3.1.** Das Bundesgericht stellt die Rechtslage in einem neueren Entscheid vom 13. September 2018 wie folgt dar (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2 mit zahlreichen Hinweisen, ins Deutsche übersetzt in mp 2019 S. 82 ff. und Pra 2019 Nr. 77; Erw. 2 nicht publiziert in BGE 144 III 514):

Nach Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn er missbräuchlich im Sinne von Art. 269 und 269a OR ist, das heisst insbesondere, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 269 OR). Nicht missbräuchlich ist der Mietzins in der Regel, wenn er im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegt (Art. 269a lit. a OR) (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2).

Ob ein Anfangsmietzins zulässig ist, muss nach absoluter Methode überprüft werden. Diese Methode stellt sicher, dass im konkreten Fall mit dem Mietzins unter Berücksichtigung der Liegenschaftskosten bzw. des Marktpreises kein übersetzter Ertrag erzielt wird. Bei der Anwendung der absoluten Methode sind die beiden absoluten Kriterien – das Kostenprinzip (Nettorendite) und das Marktprinzip (Vergleichsmietzins innerhalb eines Orts oder eines Quartiers) – unvereinbar. Das Kriterium der Berechnung der individuellen und konkreten Kosten (Nettoertrag) darf nicht mit marktmässigen Faktoren wie einem objektivierten Liegenschaftswert vermengt werden.

Das absolute Kriterium des übermässigen Nettoertrags hat (grundsätzlich) Vorrang gegenüber dem absoluten Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2.1).

Bei "Altliegenschaften" indessen ist die Hierarchie unter den absoluten Kriterien umgekehrt: Das Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse hat Vorrang gegenüber dem Kriterium des Nettoertrags. Dies hindert den Vermieter allerdings

nicht nachzuweisen, dass ihm die Liegenschaft nach Massgabe des Kriteriums des Nettoertrags keine übermässige Rendite verschafft (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2.2 und 2.2.1).

Um die orts- oder quartierüblichen Mietzinse zu bestimmen, ist nach Art. 11 VMWG auf die Mietzinse für Wohnräume abzustellen, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind (Abs. 1), oder auf amtliche Statistiken (Abs. 4). Ausser Betracht fallen Mietzinse, die auf einer Marktbeherrschung durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen (Abs. 3).

Nach der Rechtsprechung muss der kantonale Richter aufgrund der Kriterien von Art. 11 VMWG konkrete Vergleiche anstellen. Er kann die üblichen Mietzinse nicht aufgrund eines "Gesamteindrucks" bestimmen. Um einigermaßen sichere Schlüsse ziehen zu können, muss er sich auf amtliche Statistiken abstützen können (Art. 11 Abs. 4 VMWG) oder auf mindestens fünf Vergleichswohnungen (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2.2.2).

Dass der Richter die Methode der amtlichen Statistiken anwenden kann, setzt voraus, dass solche Statistiken bestehen, die den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG genügen. Sie müssen Zahlenangaben enthalten, die ausreichend differenziert sind bezüglich Lage, Grösse, Ausstattung und Zustand der Mietsache wie auch bezüglich der Bauzeit, und der jüngsten Entwicklung der Mietzinse Rechnung tragen (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2.2.2.1).

Die Anwendung der Methode mit den fünf Vergleichswohnungen setzt voraus, dass die Vergleichsobjekte, was die Kriterien gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG betrifft, im Wesentlichen die gleichen Merkmale aufweisen wie die streitgegenständliche Wohnung (bezüglich Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Baujahr), wobei die jüngste Entwicklung von deren Mietzinsen mit Blick auf den Hypothekarzins und den Landesindex der Konsumentenpreise zu berücksichtigen ist. Der Beweis des üblichen Mietzinses ist mit dem Grad der Gewissheit (striker Beweis) zu erbringen: Der Richter muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Bestehen einer Tatsache überzeugt sein; eine absolute Gewissheit ist nicht erforderlich,

aber es dürfen keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen; allenfalls verbleibende Zweifel müssen als leicht erscheinen (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2.2.2.2 Abs. 1).

An die Vergleichbarkeit muss ein strenger Massstab angelegt werden, weil der Vergleich nicht mithilfe amtlicher Statistiken erfolgt, die auf der Basis einer grossen Anzahl von Wohnungen erstellt sind, sondern mit nur fünf Vergleichsobjekten. Weil das Gericht Wohnungen vergleicht, ist im Übrigen ein gewisser Schematismus erforderlich, damit die Vorhersehbarkeit des Rechts und die Gleichbehandlung garantiert sind. Das bedeutet nicht, dass das Gericht, wenn die fünf präsentierten Objekte aufgrund gemeinsamer Merkmale schematisch mit der streitigen Wohnung verglichen werden können, die Vor- und Nachteile Letzterer nicht abwägen darf (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2.2.2.2 Abs. 2).

Bei der Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses einer Wohnung in einer Altliegenschaft trägt der Mieter die Beweislast für die orts- oder quartierüblichen Mietzinse. Gemäss der aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Normentheorie liegt einem vom Mieter gerügten Rechtsmissbrauch, das heisst einem missbräuchlichen Mietzins, eine rechtshindernde Tatsache zugrunde, bezüglich der die Gegenpartei des Rechtsinhabers die Beweislast trägt. Hat sich deshalb der Vermieter im amtlichen Formular auf den üblichen Mietzins berufen, um den vereinbarten Mietzins zu rechtfertigen, obliegt es dem Mieter zu beweisen, dass der Mietzins missbräuchlich ist.

Weiter bestätigt das Bundesgericht unter Verweis auf den von der Vermieterin kritisierten BGE 139 III 13 (= Pra 2013 Nr. 105), es werde vermutet, dass der vereinbarte Anfangsmietzins missbräuchlich sei, wenn er im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR erheblich – das heisse gemäss Rechtsprechung um mindestens 10 % – erhöht worden sei im Vergleich zum Mietzins des Vormieters, so dass es dem Vermieter obliege, sich auf Vergleichselemente stützende Gegenbeweise zu erbringen, um nachzuweisen, dass entgegen dem äusseren Anschein ein Ausnahmefall vorliege und der vereinbarte Anfangsmietzins nicht missbräuchlich sei (BGer 4A\_400/2017 Erw. 2.2.2.2; vgl. BGer 4A\_295/2016 vom 29. November 2016 Erw. 5.3.1).

**3.2.** Der angefochtene Entscheid des Mietgerichtes folgt der Rechtsprechung des Bundesgerichtes. Diese ist in der Literatur auf Kritik gestossen (vgl. Th. Koller, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, in ZBJV 2014 S. 917 ff., S. 938 ff.; ders., Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2019, in ZBJV 2019 S. 529 ff., S. 533 f., je mit Hinweisen). Die Kammer hat sich aber mit dieser Rechtsprechung, insbesondere mit der vom Bundesgericht entwickelten Vermutungsregel, jüngst in einem Entscheid vom 2. März 2020 auseinandergesetzt und ist ihr gefolgt (OGer NG190019 Erw. 5, publ. in ZR 119/2020 Nr. 13; eine Beschwerde gegen den Entscheid ist beim Bundesgericht hängig). Erneut darauf einzugehen ist nicht angezeigt. Soweit sich der vorinstanzliche Entscheid auf die genannte Vermutungsregel stützt, ist er nicht zu beanstanden.

**3.3.** Gemäss dem Anfangsmietzinsformular vom 7. April 2017 (act. 3/5; vgl. auch act. 3/7), mit dem die Vermieterin der Mieterin beim Abschluss des Mietvertrages den Vormietzins und den neuen Mietzins mitteilte, wurde der Nettomietzins gegenüber dem von der Vermieterin zuletzt (ab Juni 2016) bezahlten Mietzins von Fr. 984 auf Fr. 1'680 erhöht und der Bruttomietzins von Fr. 1'308 auf Fr. 2'004. Damit liegt eine erhebliche Erhöhung des Bruttomietzinses um rund 53 % vor.

Mit der Entwicklung des Referenzzinssatzes und der Konsumentenpreise seit Juni 2016 – ab diesem Zeitpunkt galt der Vormietzins – lässt sich die Erhöhung im *gegebenen* Umfang entgegen der Auffassung der Vermieterin nicht erklären. Die Teuerung stieg, wie die Vermieterin ausführt, von 99,8 Punkten (Basis 2015, Stand Februar 2016) auf 100,7 Punkte (Stand März 2017), während der Referenzzinssatz bei 1,75 % verharrte (vgl. act. 75/63 Rz. 87) und ab 2. Juni 2017 aufgrund des per 31. März 2017 erhobenen Durchschnittzinssatzes auf 1,5 % gesenkt wurde (<https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/referenzzinssatz/entwicklung-referenzzinssatz-und-durchschnittzinssatz.html>; vgl. Zinssatzverordnung, SR 221.213.111).

Die Vermieterin erklärt die streitige Mietzinserhöhung im Wesentlichen damit, dass die Stadt Zürich über längere Zeit eine Mietzinskontrolle ausgeübt habe. Zudem habe sie selber eine sehr soziale Vermietungspolitik betrieben, indem sie bei

einer Sanierung der Liegenschaft sowohl auf die weit verbreiteten Leerkündigungen als auch auf eine rechtlich durchaus zulässige gewichtige Erhöhung des Mietzinses aufgrund wertvermehrender Investitionen verzichtet habe. Noch heute gebe es in der Liegenschaft 2-Zimmer-Wohnungen, die zu einem Mietzins von Fr. 645, und 3-Zimmer-Wohnungen, die für Fr. 831 netto vermietet würden (gemeint wohl: vermietet seien). Eine Mietzinsanpassung sei – aus Rücksicht auf die bisherige langjährige Mieterschaft – jeweils erst im Rahmen eines Mieterwechsels vorgenommen worden (act. 75/63 Rz. 90; act. 18 Rz. 52; dazu act. 75/71 S. 15).

Diese Ausführungen sind zu allgemein, um den Umfang der streitigen Mietzinserhöhung zu erklären. Auch die von der Vermieterin eingereichte, von der F. \_\_\_\_\_ Raumentwicklung erstellte Liste "Mietpotenziale", worin die Ist-Nettomieten im Gebäude mit der streitgegenständlichen Wohnung und in dem ebenfalls der Vermieterin gehörenden Nachbargebäude im Zeitraum August 2015/Februar 2016 sowie der Beginn der Mietverhältnisse aufgeführt sind, schafft keine Klarheit (act. 20/10–11). Die Vermieterin stellt zu Recht fest, dass die verlangte Bruttoanfangsmiete (Fr. 2'004) nicht, wie das Mietgericht annahm (act. 62 Erw. V/2.4.4 S. 35), 22,5 % über der vom Mietgericht aufgrund der Mietpreis-Strukturerhebung 2006 der Stadt Zürich unter Berücksichtigung der Entwicklung des Mietpreisindex der Stadt Zürich ermittelten Bruttomiete (Fr. 1'775) liegt, sondern nur rund 13 % (act. 75/63 Rz. 103). Zudem stellt sie die vorinstanzliche Mietzinsermittlung – worauf hinten einzugehen sein wird (Erw. IV) – in Frage (act. 75/63 Rz. 94–107). Angesichts der erheblichen Erhöhung des Bruttoanfangsmietzinses um 53 % und des Nettoanfangsmietzinses um 71 % muss gleichwohl von der Missbräuchlichkeit der Erhöhung des Anfangsmietzinses ausgegangen werden. Der Kritik der Vermieterin, das Kriterium der erheblichen relativen Mietzinserhöhung könne zu fragwürdigen Ergebnissen führen – sie erwähnt das Beispiel der Erhöhung eines symbolischen Mietzinses von Fr. 1 auf Fr. 5 (act. 75/63 Rz. 93) – ist entgegenzuhalten, dass es hier um eine absolute Erhöhung des Mietzinses um immerhin Fr. 696 geht.

**3.4.** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung obliegt es somit der Vermieterin, den Gegenbeweis zu erbringen. Sie hat zu beweisen, dass der vereinbarte

Anfangsmietzins nicht missbräuchlich ist bzw. dass er den orts- und quartierüblichen Mietzinsen entspricht. Zu diesem Zweck hätte sie – weil amtliche Statistiken im Sinne von Art. 11 Abs. 4 VMWG fehlen – fünf Vergleichswohnungen zu nennen gehabt, die allesamt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 VMWG mit der streitgegenständlichen Wohnung vergleichbar sind, und es obläge ihr, die wesentlichen Eigenschaften der Vergleichsobjekte substantiiert zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen (OGer NG190019 vom 2. März 2020 Erw. 5.10). Dieser Obliegenheit ist die Vermieterin nicht nachgekommen.

Zur eingereichten Liste "Mietpotenziale" der F. \_\_\_\_\_ (act. 20/11) ist zu bemerken bzw. klarzustellen, dass sie – wie die Vorinstanz vermutete (act. 62 Erw. V/2.5.3 S. 37) – offensichtlich keine tauglichen Vergleichsmieten nennt, sondern hedonistisch ermittelte "Netto-Marktmieten" für die je 44 Wohnungen im Gebäude mit der streitgegenständlichen Wohnung und im benachbarten Gebäude der gleichen Vermieterin für das erste Halbjahr 2016 aufführt (vgl. act. 75/63 Rz. 89). Die aufgeführten Zahlen sind als Parteistandpunkt zu werten. Mit hedonistisch ermittelten Mietzinspotenzialen lässt sich der Nachweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse im Sinne von Art. 269a lit. a OR aber auch gar nicht führen. Die hedonistische Methode genügt den Anforderungen von Art. 11 VMWG nicht. Sie geht von der Annahme aus, dass sich der Preis eines Gutes aus dessen Eigenschaften erklären lässt. Mittels statistischer Methoden wird der Beitrag der einzelnen Merkmale zum Preis des Gutes berechnet (Schweizerische Vereinigung kantonaler Grundstückbewertungsexperten SVKG [Hrsg.], Das Schweizerische Schätzerhandbuch, 5. Aufl. 2019, S. 107 f.). Die Methode verzichtet auf einen direkten Vergleich des Bewertungsobjekts mit Vergleichsobjekten, deren im Sinne von Art. 11 VMWG wertbestimmende Merkmale mit jenen des Bewertungsobjekts übereinstimmen.

Es bleibt folglich bei der aufgrund des Anscheins der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu vermutenden Rechtsfolge der Missbräuchlichkeit.

#### IV.

### Gerichtliche Festsetzung des Anfangsmietzinses

#### 1. Erwägungen des Mietgerichtes (act. 62 Erw. V/3 S. 38 ff.)

Das Mietgericht legte den Anfangsmietzins aufgrund eines Augenscheins (Prot. I S. 34 ff., act. 42 und 43/1–27) sowie unter Zuhilfenahme der Mietpreis-Strukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahr 2006 und des von der Stadt Zürich erhobenen Mietpreisindex fest ([https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/Analysen/A\\_001\\_2008.html](https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/Analysen/A_001_2008.html); <https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/mietpreise/mietpreisindex/mietpreisindex.html>).

Es erwog, die Wohnung sei zentral gelegen und verfüge über eine gute Verkehrsanbindung. Sie sei im Allgemeinen gut unterhalten, hell und verfüge über einen schönen Ausblick. Die an sich recht hohen Lärmimmissionswerte würden durch die geschickte Ausrichtung der Wohnung weitgehend kompensiert, so dass von einer eher ruhigen Lage auszugehen sei. Zustand und Ausstattung seien durchschnittlich, bei einzelnen Elementen wie der Grösse der Keller und der Anzahl der Steckdosen in der Wohnung sowie der Waschmaschinen im Haus unterdurchschnittlich (act. 62 Erw. V/3.2 und insbes. V/3.3 S. 40 ff.).

Gemäss der Mietpreis-Strukturerhebung 2006 für 3-Zimmer-Wohnungen im Unterquartier E. \_\_\_\_\_ betrage der Mittelwert der Nettomietzinse Fr. 19.30/m<sup>2</sup> bei einer Obergrenze des sog. 95%-Vertrauensintervalls von Fr. 20/m<sup>2</sup> und einer Untergrenze von Fr. 18.50/m<sup>2</sup> (Tabelle 7.2.1 zur Strukturerhebung). Es rechtfertige sich, für die Festlegung des Anfangsmietzinses der streitgegenständlichen Wohnung vom Mittelwert von Fr. 19.30/m<sup>2</sup> auszugehen. Die teils tieferen statistischen Mietzinse der unmittelbar angrenzenden Nachbarquartiere mit zu berücksichtigen verbiete sich, denn aufgrund ihrer gesamten Merkmale passe die Wohnung durchaus zum Charakter der übrigen Objekte im Quartierteil E. \_\_\_\_\_ (act. 62 Erw. V/3.3 S. 47).

Dem Mietpreisindex der Stadt Zürich (Basis Dezember 2005) lasse sich für die Zeit zwischen der Mietpreis-Strukturerhebung 2006 und dem *Mietbeginn* am 16. Juni 2017 ein Anstieg des allgemeinen Mietniveaus um 11,5 % (richtig: 11,5 Punkte entsprechend 11,4 %) entnehmen (<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/mietpreise/mietpreisindex/mietpreisindex.html>). Werde der durchschnittliche Quadratmeterpreis gemäss Mietpreis-Strukturerhebung von Fr. 19.30 entsprechend dem Anstieg des Mietpreisindexes um 11,5 % (auf Fr. 21.52) erhöht, ergebe sich bei einer Wohnungsgrösse von 76 m<sup>2</sup> ein statistischer Nettomietzins von Fr. 1'635.50 pro Monat (act. 62 Erw. V/3.3 S. 47/48).

Weil in der Mietpreis-Strukturerhebung der Nettomietzins die "Betriebskosten" einschliesse, während diese im streitgegenständlichen Mietverhältnis als Nebenkosten ausgeschieden seien, seien vom Betrag von Fr. 1'635.50 Fr. 184 Betriebskosten abzuziehen, was zu einem Nettomietzins von gerundet Fr. 1'451 führe (act. 62 Erw. V/3.3 S. 48; vgl. Mietpreise Stadt Zürich 1/2008, Ergebnisse der Mietpreis-Strukturerhebung 2006, Ziff. 1.3; [https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/Analysen/A\\_001\\_2008.html](https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/Analysen/A_001_2008.html)).

Eine verlässlichere Methode zur Preisbestimmung bestehe nicht. Die Daten der kleineren Mietpreiserhebung aus den Jahren 2013–2017 seien nach Einschätzung von Statistik Zürich nicht verlässlich und wiesen punkto Quadratmeterzahlen auch keine taugliche Detaillierung auf. Die allgemeine Marktentwicklung aus dem punkto Datenbasis intransparenten, nicht von einer neutralen Stelle entwickelten F.\_\_\_\_-Modell abzulesen, wie die Vermieterin vorschlage (act. 52 S. 3), würde zu einem stark verzerrten Ergebnis führen, da die F.\_\_\_\_ nicht die Bestandesmieten ermittelt habe. Ein gerichtliches Gutachten zur Beurteilung der Marktentwicklung komme nicht in Betracht, denn das Bundesgericht verlange für die Lückenfüllung lediglich eine gerichtliche Ermessensbetätigung aufgrund der *verfügbaren* Daten. Ein Gutachten müsste zudem auf die Erstellung einer amtlichen Statistik im Rahmen des vorliegenden Verfahrens unter Erhebung einer breiten Datenbasis hinauslaufen, um eine höhere Überzeugungskraft zu erreichen als die Methode mit der indexierten Strukturerhebung 2006. Eine solche Erhebung

sei so wenig Aufgabe der Zivilgerichte wie die Beibringung von tauglichen Vergleichsobjekten (act. 62 Erw. V/3.1 S. 38 ff.).

Der von der Mieterin befürwortete Rückgriff auf den früheren Mietzins verbiete sich, weil – sinngemäss – die Vermieterin sich nicht dem Vorwurf aussetzen müsse, der Mieterin die Information über das Anfechtungsrecht und die Gründe der Mietpreisanpassung vorenthalten zu haben, sondern das Anfangsmietzinsformular verwendet und jedenfalls innerhalb der vom Bundesgericht vorgegebenen Frist auch eine Begründung der Anpassung des Mietzinses geliefert habe. Ein Rückgriff auf den Vormietzins trüge möglicherweise der historischen Kostenstruktur der Baute besser Rechnung als die statistische Methode. Er würde aber die Entwicklung auf dem Immobilienmarkt ignorieren, welcher der Gesetzgeber bei Altbauten im Rahmen einer Neuvermietung mit der Ermöglichung einer Anpassung an die Vergleichsmieten habe Rechnung tragen wollen (act. 62 Erw. V/3.1 S. 40).

## **2. Einwendungen der Parteien**

**2.1.** Die Parteien beanstanden das vorinstanzliche Vorgehen mit unterschiedlicher Begründung. Die Mieterin will vom Vormietzins ausgehen und diesen um rund 10 % auf Fr. 1'100 erhöhen (act. 63 S. 4, 6 ff.). Die Vermieterin will auf die Ermittlungen der F. \_\_\_\_\_ zu den Abschlussmieten vergleichbarer Altbauwohnungen abstellen (act. 75/63 Rz. 112 ff., insbes. Rz. 118 ff.).

**2.2.** Die Mieterin wirft der Vorinstanz vor, das Verhalten der Vermieterin nicht in die Beweiswürdigung einbezogen zu haben. Sie macht geltend, die Vermieterin habe kein einziges Vergleichsobjekt genannt, um den Nachweis des orts- oder quartierüblichen Mietzinses zu erbringen; es sei weder Aufgabe des Gerichts, vergleichbare Objekte zu suchen, noch, zugunsten der untätigen Vermieterschaft einen Augenschein durchzuführen, um Erhebungen zur nicht ansatzweise substantiierten Lage, Grösse, Ausstattung und zum Zustand des Mietobjekts zu machen. Bleibe eine Vermieterin vollständig untätig und könne vom Vormietzins ausgegangen werden, dürften nicht zulasten der Mieterin im Sinne von Art. 11 Abs. 4 VMWG ungenügend differenzierte Statistiken berücksichtigt werden. Kein Gericht habe bisher auf im technischen Sinn nicht taugliche Statistiken gegriffen,

um einen Vermieter besserzustellen als bei Übernahme des Vormietzinses (act. 63 S. 7 ff.; act. 75/71 S. 17).

Selbst wenn die Verletzung der Substantiierungs- und Mitwirkungspflicht der Vermieterin ohne Folge bliebe, taugte die Mietpreis-Strukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 nicht für die Festsetzung eines Anfangsmietzinses im Jahre 2017. Sie sei zu wenig differenziert und es bedürfe zu vieler rechnerischer Anpassungen (Index, Betriebskostenkonto) (act. 63 S. 10). Auch gehe das Marktprinzip dem Kostenprinzip bei der richterlichen Festsetzung des Anfangsmietzinses nicht vor. Da beide Parteien den Beizug der Strukturerhebung ablehnten und die Vermieterin ihrer Substantiierungs- und Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sei, wäre vom Vormietzins auszugehen gewesen (act. 63 S. 12).

Die Strukturerhebung sei nicht nur ungenügend differenziert, sondern absolut untauglich. Sie sei veraltet und bilde auch mit einer Anpassung an den Mietindex den aktuellen Immobilienmarkt nicht ab. Ausschliesslich auf die Wohnungsfläche abzustellen sei problematisch, weil man bei kleinen Wohnungen eher von der Zimmerzahl ausgehe. Die Flächenangaben etc. für die Strukturerhebung stammten aus den Angaben der Vermieter und seien mit Vorsicht zu geniessen. Der Rücklauf der Fragebogen sei bei den privaten Vermietern (im Gegensatz zu den gemeinnützigen Wohnungen) äusserst klein gewesen, weshalb nicht ansatzweise von einer statistischen Relevanz ausgegangen werden könne. Es fehlten auch Angaben über die Vermieter (professionelle Verwaltungen oder Eigentümer), die die Fragebogen retourniert hätten. Richtigerweise hätte nicht nur von den privaten, sondern auch von den gemeinnützigen Wohnungen ausgegangen werden müssen (act. 63 S. 12 f.).

Der vorinstanzliche Abzug des Akontobetrages für Betriebskosten verfälsche den Preis, weil Akontobeträge nicht in realistischer Höhe festgesetzt werden müssten und auf die Dauer "eher" mit Nachzahlungen zu rechnen sei (act. 63 S. 14).

Zu Recht komme das Mietgericht zum Schluss, dass die meisten Ausstattungsmerkmale der streitgegenständlichen Wohnung durchschnittlich seien. Falsch sei, dass es in unmittelbarer Nähe weitere Restaurants und Lokale habe. Nicht zu fol-

gen sei der Behauptung, die Wohnung verfüge über überdurchschnittlich viel Stauraum. Es gebe sodann keinen Geschirrspüler. Zwei Lifte für 44 Wohnungen seien unterdurchschnittlich. Absolut ungenügend seien drei Waschmaschinen. Ein Trocknungsraum fehle. Wenn die Strukturhebung beigezogen würde, müsste von der Untergrenze des 95%-Vertrauensintervalls ausgegangen werden, mithin von Fr. 18.50/m<sup>2</sup> statt Fr. 19.30/m<sup>2</sup> (act. 63 S. 14/15).

**2.3.** Auch die Vermieterin hält die Mietpreis-Strukturhebung 2006 für ungeeignet (act. 75/63 Rz. 117 mit Hinweis auf Rz. 95 ff.). Sie beanstandet namentlich das Kriterium des durchschnittlichen Quadratmetermietzinses (Rz. 96), die "ungenaue Definition des [erhobenen] Nettomietzinses" (Rz. 100 ff.), die schmale Datenbasis (Rz. 105 f.) und dass in erheblichem Ausmass Mietzinse gemeinnützig vermieteter Objekte in die Statistik eingeflossen seien (Rz. 105 f.).

Schliesslich macht die Vermieterin geltend, das Mietgericht überschreite das ihm nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eingeräumte Ermessen, indem es in Verletzung von Art. 269a lit. a OR, Art. 11 VMWG und Art. 269a lit. e OR das Marktkriterium der Orts- oder Quartierüblichkeit (Vergleichsmietzins) mit Kostenkriterien vermische (act. 75/63 Rz. 113, 97). Es missachte mit seinem Vorgehen (Abstellen auf "vermeintliche" Vergleichsmietzinse aus dem Jahr 2006, Anpassen an einen Teuerungsindex) auch, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Überprüfung der Zulässigkeit des Anfangsmietzinses stets und ausnahmslos nach der absoluten Methode und damit stichtagsbezogen vorzunehmen sei (act. 75/63 Rz. 114 f.). Schliesslich bilde der von der Vorinstanz angewandte Mietpreisindex die Kostenentwicklung und nicht die Marktentwicklung ab. Er differenziere nicht nach unterschiedlichen Marktentwicklungen in verschiedenen Wohnungssegmenten, nach Lage, Alter und Vermieterkategorie (act. 75/63 Rz. 116).

### **3. Erwägungen der Kammer**

**3.1.** Erweist sich der vereinbarte Anfangsmietzins als missbräuchlich im Sinne von Art. 269 f. OR, so ist es am Gericht, einen neuen (nicht missbräuchlichen) Mietzins festzulegen. Befindet sich das Mietobjekt in einer Altliegenschaft und beruft sich die Vermieterin einzig auf die orts- und quartierüblichen Mietzinse, so hat

sich das Gericht grundsätzlich am Kriterium des *üblichen Mietzinses* im Sinne von Art. 269a lit. a OR zu orientieren. Wenn allerdings der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit gerade gescheitert ist und die Annahme der Missbräuchlichkeit letztlich auf einer Vermutungsregel beruht, kann für die richterliche Neufestsetzung des Anfangsmietzinses kein strikter Beweis des orts- und quartierüblichen Mietzinses verlangt werden. Andernfalls würde, weil ein solcher Beweis auch auf dieser Ebene nicht zu erbringen wäre, das gänzliche Fehlen einer Mietzinsvereinbarung – und damit ein Scheitern des Mietvertrages – drohen (OGer NG190019 Erw. 9.5 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Aus diesen Gründen räumt das Bundesgericht dem erkennenden Gericht einen weiten Ermessensspielraum ein und erlaubt insbesondere eine Lockerung der sonst strikte geltenden Anforderungen an den Beweis der Vergleichsmiete. Während auf der Stufe des *(Gegen-)Beweises der (Nicht-)Missbräuchlichkeit* die Orts- und Quartierüblichkeit entweder mit Statistiken zu belegen ist, die den Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 4 VMWG genügen, oder aber auf der Grundlage von fünf Vergleichsobjekten, die hinsichtlich der Kriterien gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG als vergleichbar gelten, ist bei der *richterlichen Neufestsetzung* des als missbräuchlich erkannten Anfangsmietzinses – weil eine positive Anordnung unausweichlich getroffen werden muss – auf das letztlich vorhandene Vergleichsmaterial abzustellen, das eine Annäherung an den (nicht bewiesenen) üblichen Mietzins bestmöglich erlaubt. Zu diesem Zweck lässt es das Bundesgericht zu, auf Statistiken zurückzugreifen, die zwar den Anforderungen von Art. 11 Abs. 4 VMWG nicht genügen – die also die Missbräuchlichkeit des Mietzinses nicht nachzuweisen vermöchten –, gestützt auf welche aber dennoch gewisse Aussagen hinsichtlich der üblichen Mietzinse getroffen werden können und die eine annäherungsweise Bestimmung der Vergleichsmiete zulassen. Liegen auch solche Statistiken nicht vor bzw. genügen die vorliegenden Statistiken nicht einmal solchen minimalen Anforderungen und liefern die Parteien auch sonst keine brauchbaren alternativen Vergleichsmittel, so kann, "faute de mieux", hilfsweise der Vormietzins als Referenz herangezogen werden (OGer NG190019 vom 2. März 2020 Erw. 9.5–9.6 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; Beschwerde beim Bundesgericht hängig).

**3.2.** Dem Einwand der Mieterin, es sei nicht Aufgabe des Mietgerichts gewesen, zugunsten der untätigen Vermieterschaft einen Augenschein durchzuführen, um Erhebungen zum Mietobjekt zu machen, ist entgegenzuhalten, dass die Parteien sich dem vom Mietgericht vorgeschlagenen Augenschein nicht widersetzt haben (Prot. I S. 28 unten, S. 32, 33 und 34). Die Kenntnis der Wohnungsmerkmale ist für die Mietzinsbestimmung unabdingbar. Das Mietgericht war gehalten, auf die Ergänzung der diesbezüglich ungenügenden Sachverhaltsdarstellung hinzuwirken (Art. 247 ZPO). Die Mietpreis-Strukturerhebung der Stadt Zürich und der Mietpreisindex sind gerichtsnotorisch und durften ohne entsprechenden Antrag herangezogen werden.

**3.3.** Auf das von der F. \_\_\_\_\_ aufgrund von Abschlussmieten hedonistisch ermittelte Mietzinspotenzial der streitgegenständlichen Wohnung abzustellen, muss ausser Betracht fallen, zumal schon für den von den Parteien vereinbarten, das Mietzinspotenzial gemäss F. \_\_\_\_\_ (Fr. 2'125; act. 20/11) nicht ausschöpfenden Anfangsmietzins von Fr. 1'680 die *Vermutung der Missbräuchlichkeit* gilt (vorn Erw. III/3.4). Den Vorschlag der Vermieterin, den durchschnittlichen Nettomietzins gemäss Mietpreis-Strukturerhebung von Fr. 1'635 mit den von der F. \_\_\_\_\_ ermittelten durchschnittlichen Abschlussmieten (Fr. 2'125) zu kombinieren, womit ein zulässiger Nettomietzins von Fr. 1'880 resultieren würde, verwirft die Mieterin zu Recht (act. 75/63 Rz. 121; act. 75/71 S. 18).

**3.4.** Der von der Mieterin beantragte, auf dem Vormietzins von Fr. 984 basierende Zins von Fr. 1'100 zuzüglich Nebenkosten ist den Verhältnissen offensichtlich nicht angemessen. Schon die Mietpreis-Strukturerhebung 2006 der Stadt Zürich wies für 3-Zimmer-Wohnungen auf dem freien Markt im Stadtkreis ... ein 95%-Vertrauensintervall von Fr. 1'325 bis Fr. 1'403 aus (gemeinnütziger Markt: Fr. 837 bis Fr. 866), welches sich bei einer Korrektur im Sinne der vorinstanzlichen Erwägungen um Betriebskosten von Fr. 184 (vorn Erw. IV/1) entsprechend nach unten verschiebt (Fr. 1'141 bis Fr. 1'219; Tabelle 2.7 zur Strukturerhebung).

**3.5.** Die Kammer hat sich im erwähnten Urteil vom 2. März 2020, in dem es um die Herabsetzung des Anfang April 2017 vereinbarten Anfangsmietzinses für eine 2-Zimmer-Wohnung im Zürcher Stadtkreis ... ging, mit der vom Mietgericht ge-

wählten Methode auseinandergesetzt (OGer NG190019 Erw. 9). Sie erwog, dass die aus dem Jahre 2006 stammende Mietpreis-Strukturerhebung die Marktverhältnisse per Mietbeginn nicht akkurat abbilde und der Mietpreisindex der Stadt Zürich nicht die aktuellen Marktverhältnisse (differenziert nach den einzelnen Quartieren und Wohnungstypen) wiedergebe, sondern bloss gewisse allgemeine Kostenentwicklungen berücksichtige. Sie kam aber zum Schluss, dass, weil eine Anordnung so oder anders getroffen werden muss, einige Ungenauigkeiten in Kauf zu nehmen sind. Wenn sich die Strukturerhebung auf eine zu schmale Datenbasis stütze und teilweise – in einigen der ausgewiesenen Kategorien – auch gemeinnützige Wohnungen berücksichtigen sollte, mindere dies zwar die Verlässlichkeit bzw. die Aussagekraft der Statistik, mache sie aber nicht geradezu unbrauchbar (a.a.O. Erw. 9.8 und 9.9). Die Kammer erörterte weiter, dass ein gerichtliches Gutachten, wie hier von der Vermieterin in Betracht gezogen (act. 75/63 Rz. 123 ff.), untauglich ist, um die orts- und quartierüblichen Mietzinse (annäherungsweise) festzustellen. Im Gegensatz beispielsweise zur Feststellung der Kostenmiete oder des Werts einer Liegenschaft sei der "übliche Mietzins" (Vergleichsmiete) einer eigentlichen fachmännischen Berechnung oder Schätzung nicht zugänglich, denn es gehe nicht darum, den Mietzins mit Fachwissen gestützt auf eine bestimmte Berechnungs- oder Bewertungsmethode festzulegen, sondern es sei der "übliche Mietzins" zu ermitteln, und zwar so, wie er in der örtlichen Umgebung für entsprechende Wohnungen üblicherweise – rein faktisch – bezahlt werde. Es wäre verfehlt davon auszugehen, der Gutachter würde eine Marktstudie durchführen oder selbst Vergleichsobjekte beibringen, denn das Beweismittel des Gutachtens gemäss Art. 183 ff. ZPO diene einzig dazu, konkrete (bereits behauptete) Tatsachen zu beweisen, und sei nicht ein Instrument dafür, den nicht behaupteten bzw. nicht bekannten Sachverhalt zu ermitteln (a.a.O. Erw. 9.11 und 9.12).

**3.6.** Da – wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat – eine geeignetere Methode nicht ersichtlich ist, muss es bei der erfolgten Festsetzung des Anfangsmietzinses bleiben. Der Einwand der Mieterin gegen die Argumentation der Vorinstanz, ein Rückgriff auf den Vormietzins *verbiete* sich, weil kein Fall vorliege, in dem die Vermieterin der Mieterin die Information über das Anfechtungsrecht und die

Gründe der Mietpreisanpassung vorenthalten habe (act. 62 Erw. V/3.1 S. 40), ist zwar nachvollziehbar (act. 63 S. 11); ein *Gebot*, auf den Vormietzins abzustellen, lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Dem Argument der Mieterin, beide Parteien lehnten den Bezug der Mietkosten-Strukturerhebung ab (act. 75/71 S. 17, act. 63 S. 15/16), ist entgegenzuhalten, dass kein Vorgehen ersichtlich ist, das die Zustimmung beider Parteien findet. Dem Einwand der Vermieterin, die Annahme der Vorinstanz, die Nettomietzinsen gemäss Mietpreis-Strukturerhebung würden die im Mietvertrag der Parteien ausgeschiedenen Betriebskosten umfassen, sei willkürlich (act. 75/63 Rz. 100 ff.), ist zu entgegnen, dass die von der Vorinstanz zitierten Erläuterungen zur Mietpreis-Strukturerhebung ausdrücklich festhalten, die Nettomiete bilde das "zentrale Erhebungsmerkmal" der Befragung, sie sei definiert als Mietpreis ohne Nebenkosten für Heizung, Warmwasser und separate, hinzugemietete Räume; zur Plausibilisierung seien auch die Nebenkosten, die Bruttomiete sowie Garagen- und Parkplatzmieten erfragt worden (zit. vorn in Erw. IV/1). Im Rahmen dieser Mietzinsfestsetzung darf deshalb durchaus darauf abgestellt werden wie auch davon auszugehen ist, dass das im Mietvertrag der Parteien festgesetzte Betriebskostenkonto einigermassen kostendeckend ist, was die Mieterin mit allgemeinen Behauptungen in Frage stellt (act. 63 S. 14). Unsicherheiten müssen in Kauf genommen werden. Schliesslich ist zu beachten, dass das spezialisierte und paritätisch zusammengesetzte Mietgericht Zürich den Zürcher Mietmarkt kennt. Was den Einwand der Mieterin betrifft, anstelle der Durchschnitts-Quadratmetermiete wäre – wenn schon – vom unteren Wert des 95%-Vertrauensintervalls auszugehen, ist auf die grosse Erfahrung hinzuweisen, die das Mietgericht in der Bewertung von Wohnungen hat.

## **V.**

### **Mietzinssenkung per 1. Dezember 2017**

#### **1.**

Die Vermieterin beantragte in der Klageantwort, auf das Rechtsbegehren Ziffer 2, es sei der Anfangsmietzins von netto Fr. 1'100 per 1. Dezember 2017 auf Fr. 1'070 zu reduzieren, nicht einzutreten. Die der Mieterin mit Formularmitteilung

vom 4. August 2017 mit Wirkung auf den 1. Dezember 2017 infolge Senkung des Referenzzinssatzes zugebilligte Mietzinsreduktion um 2,91 % (die Vermieterin senkte den Mietzins von Fr. 1'680 auf Fr. 1'635; act. 3/8) gelte selbstredend auch für den Fall, dass der Anfangsmietzins wider Erwarten herabgesetzt und neu festgesetzt würde. Der Mieterin fehle ein Rechtsschutzinteresse (act. 18 Rz. 34 ff.).

Die Vorinstanz erwog, es sei von einem Vergleich der Parteien auszugehen, und hielt in Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils fest, die Parteien seien sich bezüglich der Senkung des Nettomietzinses mit Wirkung ab 1. Dezember 2017 aufgrund der relativen Kostenfaktoren grundsätzlich einig. Der neue Mietzins betrage demzufolge ab dem genannten Datum Fr. 1'411 netto pro Monat (Nebenkosten unverändert).

Mit der (Zweit-)Berufung beantragt die Vermieterin subeventualiter – für den Fall der Bestätigung der vorinstanzlichen Neufestsetzung des Anfangsmietzinses (Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils) –, Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und das Begehren der Mieterin um Senkung des Mietzinses per 1. Dezember 2017 abzuweisen (act. 75/63 S. 2 und Rz. 126 ff.). Die Mieterin beantragt die Abweisung dieses Antrages (act. 75/71 S. 2 und S. 19/20).

## **2.**

Wird ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug dem Gericht zu Protokoll gegeben, so haben die Parteien das Protokoll zu unterzeichnen (Art. 241 Abs. 1 ZPO). Die Erklärung der Vermieterin, die Senkung des Mietzinses gelte auch für den Fall, dass der Anfangsmietzins herabgesetzt würde, erfolgte mit der Klageantwort mündlich. Diese ist nicht unterzeichnet (vgl. act. 18, insbes. S. 22). Eine unterschriftliche Bekräftigung im Protokoll fehlt. Somit liegt von vornherein kein gültiger Vergleich vor. Die Vermieterin muss sich nicht auf ihrem Zugeständnis in einem vorinstanzlichen Parteivortrag behaften lassen. Das Herabsetzungsbegehren der Mieterin ist materiell zu prüfen. Ein Rechtsschutzinteresse besteht durchaus, wie insbesondere die Berufung der Vermieterin zeigt.

### 3.

**3.1.** Nach Art. 270a Abs. 1 OR kann der Mieter den Mietzins als missbräuchlich anfechten und die Herabsetzung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin verlangen, wenn er Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen nach den Art. 269 und 269a OR übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt. Das Vorverfahren gemäss Art. 270a Abs. 2 OR erübrigte sich im vorliegenden Fall. Nachdem die Mieterin am 29. Juni 2017 den Anfangsmietzins angefochten (vgl. act. 4) und die Vermieterin am 4. August 2017 eine Reduktion des Mietzinses von Fr. 1'680 auf Fr. 1'635 bekanntgegeben hatte (act. 3/8), machte ein vorprozessualer Meinungs austausch der Parteien keinen Sinn.

**3.2.** Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der Änderung der Berechnungsgrundlage ist von der letzten tatsächlichen Mietzinsfestsetzung auszugehen (ZK OR-Higi, Art. 270a N 61; SVIT-Kommentar/Rohrer, Art. 270a OR N 12 f.). Die Veränderung des Referenzzinssatzes um 0,25 % gilt als wesentlich und ermöglicht dem Mieter grundsätzlich, ein Senkungsbegehren zu stellen (SVIT-Kommentar/Rohrer, Art. 270a OR N 6 mit Hinweisen).

Der Vermieter kann sich einem auf die relative Methode gestützten Gesuch um Senkung des Mietzinses widersetzen, indem er geltend macht, dass der Mietzins trotz der veränderten Berechnungsgrundlagen nicht missbräuchlich ist, weil er nach der absoluten Methode keinen missbräuchlichen Ertrag erzielt. Er kann wahlweise einwenden, dass entweder der Nettoertrag der Mietsache nicht übersetzt ist (Art. 269 OR) oder dass der Betrag der Miete den in der Ortschaft oder im Quartier üblichen Mietzinsen entspricht (Art. 269a lit. a OR) (BGE 141 III 569 Erw. 2.1.2 mit Hinweisen, deutsche Übersetzung in Pra 2016 Nr. 99).

**3.3.** Die Vermieterin macht mit der Berufung geltend, der nach dem absoluten Kriterium mit Wirkung auf den Mietantritt am 16. Juni 2017 festgelegte Mietzins dürfe nicht nachträglich auf Basis eines zuvor (per 2. Juni 2017) veränderten relativen Kriteriums (Referenzzinssatz) reduziert werden (act. 75/63 Rz. 129).

Die Vorinstanz hielt im Urteilsdispositiv fest, der neu festgesetzte Anfangsmietzins beruhe auf denselben Kostenfaktoren wie der im Mietvertrag vom 7. April 2017 vereinbarte Anfangsmietzins (act. 62 Dispositiv-Ziffer 3 Abs. 1). Dass sie, wie ihren Erwägungen zu entnehmen ist, den neuen Anfangsmietzins statt mit dem Mietpreisindex der Stadt Zürich Ende März 2017 (Vertragsabschluss; 112,3 Punkte) mit jenem am 16. Juni 2017 (Mietantritt; 112,4 Punkte) berechnete (act. 62 Erw. V/3.3 S. 47/48), ändert nichts und wirkte sich betragsmässig unwesentlich aus (es resultierte eine Differenz im unteren einstelligen Bereich). Ist der von der Vorinstanz auf den Kostenstand Ende März 2017 neu festgesetzte Anfangsmietzins Ausgangspunkt der Beurteilung des Herabsetzungsbegehrens, greift der Einwand der Vermieterin, der Referenzzinssatz sei vor Mietbeginn gesenkt worden, grundsätzlich nicht.

**3.4.** Grund zur Annahme, die Vermieterin erziele aus der Mietsache einen nach den Art. 269 und 269a OR übersetzten Ertrag (vgl. Art. 270a Abs. 1 OR), besteht aber trotz der als wesentlich geltenden Veränderung des Referenzzinssatzes zwischen Vertragsabschluss und Mietantritt nicht. Der zur Festsetzung des Anfangsmietzins beigezogene Mietpreisindex der Stadt Zürich (Basis 2005) ist zwischen Vertragsabschluss und Mietantritt von 112,3 auf 112,4 Punkte gestiegen, so dass sich nach der absoluten Methode für beide Zeitpunkte ein im wesentlichen gleicher Mietzins ergab. Das Begehren um Herabsetzung des Mietzinses per 1. Dezember 2017 ist deshalb unbegründet und abzuweisen.

## **VI.**

### **Prozesskosten**

#### **1.**

Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 2'060 und die sogenannte volle Parteientschädigung auf Fr. 2'940 (inkl. MWSt) fest und erwog, die Kosten seien nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens im Verhältnis 60,5 % : 39,5 % auf die Parteien zu verteilen. Versehentlich sprach sie die resultierende reduzierte

Parteientschädigung statt der überwiegend obsiegenden Vermieterin der Mieterin zu (act. 62 Dispositiv-Ziffer 6).

Die Vorinstanz hielt fest, die Mieterin habe sowohl bezüglich der Grundsatzfrage nach der Zuständigkeit des Mietgerichts als auch bezüglich der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses obsiegt. Obschon der neu festgesetzte Mietzins nicht dem von der Vermieterin geforderten Betrag entspreche, unterliege die Mieterin in überwiegendem Mass. Gründe, die Verfahrenskosten nicht nach dem mathematischen Obsiegen und Unterliegen der Parteien zu verteilen, lägen nicht vor, denn letztlich seien beide Parteien mit der Schwierigkeit konfrontiert gewesen, nicht abschätzen zu können, worauf die gerichtliche Ermessensbetätigung hinauslaufen würde (act. 62 Erw. VI/2).

Mit der Berufung beantragt die Mieterin, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens unabhängig vom Verfahrensausgang der Vermieterin aufzuerlegen und diese zu verpflichten, ihr die volle Parteientschädigung von Fr. 2'940 zu zahlen (act. 63 S. 2 und 16 f., act. 75/71 S. 2). Die Vermieterin beantragt, die Kosten dem Ausgang des Verfahrens entsprechend zu verlegen (act. 72 Rz. 33 f., act. 75/63 Rz. 130 ff.).

## **2.**

Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) beziehungsweise nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt, wenn keine Partei vollständig obsiegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Nach Art. 107 Abs. 1 ZPO kann das Gericht von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, um besonderen Umständen Rechnung zu tragen, beispielsweise wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig ist oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO); ebenso wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Gesetz räumt dem Gericht damit den Spielraum ein, auf Billigkeitserwägungen zurückzugreifen,

wenn im Einzelfall die Belastung der unterlegenen Partei mit Prozesskosten als ungerecht erscheint.

Die Mieterin beantragte eine Herabsetzung des (Netto-)Anfangsmietzinses von Fr. 1'680 um Fr. 580 auf Fr. 1'100; herabgesetzt wird er lediglich um Fr. 229 auf Fr. 1'451. Die Mieterin unterliegt somit zu 60,5 %, während die Vermieterin zu 39,5 % unterliegt. Wird berücksichtigt, dass die Mieterin nun auch mit dem Begehren um Herabsetzung des Mietzinses per 1. Dezember 2017 unterliegt, beträgt das Verhältnis des Unterliegens der Parteien ungefähr 2 : 1.

Da sich der von den Parteien vereinbarte Mietzins insgesamt als missbräuchlich erweist und die Mieterin mit dem Herabsetzungsbegehren immerhin zu rund 1/3 obsiegt, rechtfertigt es sich in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 ZPO, die erstinstanzlichen Kosten hälftig auf die Parteien zu verteilen. Der Vermieterin lässt sich nicht vorwerfen, mit ihren Einwendungen gegen die – von Amtes wegen zu prüfende – zivilgerichtliche Zuständigkeit unnötigen Aufwand verursacht zu haben.

### **3.**

Auch im Rechtsmittelverfahren ist von einem Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Verhältnis 2 : 1 auszugehen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind entsprechend zu verteilen. Vom allgemeinen Verteilungsgrundsatz abzuweichen besteht hier kein Grund.

Bei der Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr ist, weil die Mieterin die Wohnung vor dem 19. März 2019 verliess (act. 31, 34), von einem Streitwert von rund Fr. 12'000 auszugehen. Die entsprechende (einfache) Grundgebühr beträgt Fr. 2'030 (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Angesichts des erheblichen Aufwandes ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 2 GebV OG auf Fr. 3'000 festzusetzen.

§ 4 Abs. 1 AnwGebV sieht beim Streitwert von Fr. 12'000 eine Grundgebühr von Fr. 2'700 vor. In Anwendung von § 13 Abs. 2 AnwGebV ist die ungekürzte Parteientschädigung auf Fr. 1'800 herabzusetzen. Der Vermieterin ist somit eine auf 1/3

reduzierte Parteientschädigung von rund Fr. 650 (7,7 % Mehrwertsteuerzusatz eingeschlossen) zuzusprechen.

## VII.

### Rechtsmittelstreitwert

In mietrechtlichen Fällen ist die ordentliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15'000 beträgt (Art. 74 Abs. 1 BGG) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Der Streitwert bestimmt sich nach den Begehren, die im kantonalen Rechtsmittelverfahren streitig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 BGG).

Gemäss *Rechtsbegehren* der Mieterin belief sich der streitige Mietzinsbetrag vor Mietgericht auf Fr. 580 (= Fr. 1'680 ./ Fr. 1'100) pro Monat in der Zeit ab Mitte Juni 2017 bis Ende November 2017 (5,5 Monate) und auf Fr. 610 (= Fr. 1'680 ./ Fr. 1'070) in der Zeit danach. Damit ergab sich, weil das Mietverhältnis nicht befristet war (act. 3/4), gemäss Art. 92 Abs. 2 ZPO ein Streitwert von rund Fr. 146'000 ( $5,5 \times \text{Fr. } 580 + \{20 \times 12\} \cdot 5,5 \times \text{Fr. } 610 = \text{Fr. } 146'235$ ). Per 1. Dezember 2017 gestand die Vermieterin der Mieterin eine Mietzinsherabsetzung von Fr. 1'680 auf Fr. 1'635 (./ Fr. 45) zu (act. 18 Rz. 34–36, Prot. I S. 25; act. 22 S. 17; vgl. auch act. 72 Rz. 29–32). Der Streitwert der vor der Vorinstanz *zuletzt aufrechterhaltenen* Rechtsbegehren ist deshalb mit rund Fr. 136'000 zu beziffern ( $\text{Fr. } 146'235 \cdot \{20 \times 12 \cdot 5,5\} \times \text{Fr. } 45 = \text{Fr. } 135'683$ ).

Im obergerichtlichen Verfahren halten beide Parteien an ihren erstinstanzlichen Anträgen fest, weshalb der Rechtsmittelstreitwert grundsätzlich wiederum auf rund Fr. 136'000 zu beziffern ist.

Laut Mitteilung ihrer Vertreterin vom 20. März 2019 ist die Mieterin im Laufe des mietgerichtlichen Verfahrens aus dem Mietobjekt ausgezogen (act. 31 und 34; vgl. vorn Erw. VI/3). Die Kammer ist in ihrem Zwischenentscheid vom 12. Juni 2020 zum Schluss gekommen, der Auszug der Mieterin sei, weil er keinen Einfluss auf ihr Rechtsbegehren hatte, bei der Bezifferung des Rechts-

mittelstreitwertes nicht zu berücksichtigen (act. 78 Erw. II mit Hinweisen). Ob das Bundesgericht im Weiterzugsfall ebenso entscheiden wird, muss offenbleiben.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufungen werden die Dispositiv-Ziffern 2, 5 und 6 des angefochtenen Urteils des Mietgerichtes wie folgt geändert:
  2. *Das Begehren um Reduktion des Mietzinses per 1. Dezember 2017 wird abgewiesen.*
  5. *Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Sie werden von der Mieterin unter Verrechnung ihres Kostenvorschusses von Fr. 7'070.– bezogen, sind ihr aber von der Vermieterin im Umfang von Fr. 1'030.– zu ersetzen. Der Restbetrag des Vorschusses wird der Mieterin herausgegeben.*
  6. *Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.*

Dispositiv-Ziffer 3 Abs. 2 des angefochtenen Urteils wird aufgehoben.

Im Übrigen werden die Berufungen abgewiesen und der angefochtene Entscheid bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 2/3 der Mieterin und zu 1/3 der Vermieterin auferlegt.

Der Anteil der Mieterin von Fr. 2'000.– wird, soweit ausreichend, aus dem von der Mieterin geleisteten Kostenvorschuss bezogen; für den Fehlbetrag stellt die Gerichtskasse der Mieterin Rechnung.

Der Anteil der Vermieterin von Fr. 1'000.– wird aus dem von der Vermieterin geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

4. Die Mieterin wird verpflichtet, der Vermieterin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 650.– (Mehrwertsteuerzuschlag eingeschlossen) zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Beilage einer Kopie des Zwischenentscheidendes vom 12. Juni 2020 (act. 78) – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 beträgt rund Fr. 136'000.–.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. M. Isler

versandt am: