

# **BGE 150 III 123**

Bundesgericht (BGE), 2023-11-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_150 III 123](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_150_III_123)

FR: ATF 150 III 123

IT: DTF 150 III 123

## **Regeste**

Regeste Art. 269a und 270 OR; Miete; Anfechtung des Anfangsmietzinses für Wohnräume in einer Altbaute; Orts- oder Quartierüblichkeit; massive Erhöhung des Anfangsmietzinses. Missachtung des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids (BGE 147 III 431) durch überspannte Anforderungen an die Indizien, um begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu wecken (E. 3 und 4). Begründete Zweifel an dieser Vermutung wurden im konkreten Einzelfall bejaht, womit diese entfällt (E. 5). Entfällt die Vermutung, hat die Mieterin den strikten Beweis zu erbringen, dass der Anfangsmietzins missbräuchlich ist (E. 6).

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts sind sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen BGE 150 III 123 S. 126 Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren ( BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1).

### **E. 4**

Umstritten ist, ob die Vorinstanz zu Recht mit der Erstinstanz davon ausgegangen ist, die Beschwerdeführerin habe keine Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geweckt.

#### **E. 4.1.1**

Die Vorinstanz erwog, die statistischen Daten deuteten darauf hin, dass eine moderate Erhöhung des Anfangsmietzinses zulässig gewesen wäre, allerdings nicht so hoch wie der strittige Mietzins, sondern rund Fr. 200.- weniger. Insofern bestätigte dieses Indiz die Vermutung der Missbräuchlichkeit. Die beigezogene Statistik, d.h. die Mietpreisstrukturerhebung aus dem Jahr 2006 (nachfolgend: Strukturerhebung 2006), berücksichtige nicht sämtliche Vergleichskriterien nach Art. 11 der Verordnung vom 9. Mai 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG; SR 221.213.11) , dafür beruhe sie auf einer Vielzahl von Wohnungen. Diese statistischen Daten stammten zwar aus dem Jahr 2006, es könne aber annäherungsweise eine Anpassung mittels des Mietpreisindex der Stadt Zürich erfolgen. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb die statistischen Daten im Verhältnis zu den Vergleichsobjekten lediglich eine untergeordnete Bedeutung erhalten sollten. Betreffend die Vergleichsobjekte sei

festzuhalten, dass lediglich zwei Objekte (Nr. 16 und Nr. 21) als mit dem Mietobjekt vergleichbar zu qualifizieren seien. Alle anderen Objekte würden zufolge anderer Quartierzugehörigkeit und/oder nicht vergleichbarer Lage (Lärmbelastung) - gründend nicht zuletzt auf unsubstanzierten Parteiangaben - sowie ungleicher Bauperiode/Grösse ausscheiden. Dies reiche nicht aus, um die Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu erschüttern.

#### **E. 4.1.2**

Weiter erwog die Vorinstanz, selbst wenn man aufgrund der erstinstanzlich von Amtes wegen vorgenommenen Überprüfung der Lärmbelastung zusätzlich zwei weitere Objekte zuliesse, verblieben vier Vergleichsobjekte. Ausgehend von entsprechend angepassten Nettomietzinsen von Fr. 1'442.- (Objekt Nr. 1), Fr. 1'440.- (Objekt Nr. 4), Fr. 1349.- (Objekt Nr. 16) sowie Fr. 1'366.- (Objekt Nr. 21) ergäbe sich ein durchschnittlicher Mietzins von knapp Fr. 1'400.-. BGE 150 III 123 S. 127 Dieser läge rund Fr. 340.- über dem strittigen Anfangsmietzins von Fr. 1'060.-. Da es sich lediglich um vier Vergleichsobjekte handle, wäre aber zur Erschütterung der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses weiter vorausgesetzt, dass auch andere Hinweise in dieselbe Richtung deuteten. Dies sei nicht der Fall. Die Statistik indiziere die Missbräuchlichkeit. Das Indiz der langen Dauer des Vormietverhältnisses deute aufgrund des allgemeinen ansteigenden Mietzinsniveaus prima vista zwar darauf hin, dass der Vormietzins bei Abschluss des Mietvertrags den Marktverhältnissen nicht mehr entsprochen habe und eine gewisse Erhöhung zulässig gewesen wäre. Allerdings sei nicht das allgemeine Mietzinsniveau, sondern die orts- und quartierüblichen Vergleichsmieten für das konkret umstrittene, seit mehr als zwei Jahrzehnten nicht mehr nennenswert sanierte Mietobjekt an lärmexponierter Lage massgeblich, vermöge doch die Dauer des Vormietverhältnisses losgelöst vom streitgegenständlichen Mietobjekt die Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses nicht zu erschüttern. Es wäre zudem offen, um welchen Betrag der Mietzins hätte angehoben werden können. Insbesondere deute die lange Dauer des Vormietverhältnisses keineswegs klar daraufhin, dass die Erhöhung - wie von der Beschwerdeführerin vorgenommen - zulässig gewesen wäre.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe bei der Frage, ob es ihr gelungen sei, die Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu erschüttern, einen viel zu strengen Massstab angewandt. Es gehe beim verfassungsmässig verankerten Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gemäss Art. 109 Abs. 1 BV nicht darum, rappengenau einen Anfangsmietzins zu beurteilen. Vielmehr rechtfertige sich ein Einschreiten nur dann, wenn es im konkreten Fall einen Missbrauch zu verhindern gelte. Die Vorinstanz habe diesen Grundsatz bei der Würdigung der Indizien aus den Augen verloren und die Anforderungen an den Indizienbeweis massiv überdehnt.

#### **E. 4.3**

Das Bundesgericht erwog im Rückweisungsentscheid, um begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung zu wecken, sei beispielsweise denkbar, dass die Vermieterin Statistiken hinzuziehe, selbst wenn diese den Anforderungen gemäss Art. 11 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 VMWG nicht durchwegs genügen sollten bzw. es sich dabei nicht um amtliche Statistiken handle. Unter Umständen möge es ausreichen, dass die Vermieterin bloss 3 oder 4 Vergleichsobjekte aufführe, sofern beispielsweise zusätzlich eine Statistik, selbst wenn

BGE 150 III 123 S. 128 diese den Anforderungen gemäss VMWG nicht durchwegs entspreche, oder andere Faktoren die Orts- und Quartierüblichkeit indizierten. Auch sei an die Vergleichbarkeit der Objekte betreffend die relevanten Kriterien nicht der gleich strenge Massstab wie beim eigentlichen Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit anzulegen. Gehe es doch in diesem Schritt nur darum, begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung der Missbräuchlichkeit zu wecken ( BGE 147 III 431 E. 4.3.1; Hervorhebung beigefügt).

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz würdige die insgesamt 23 von ihr offerierten Vergleichsobjekte im Ergebnis mit demselben und daher viel zu strengen Massstab wie beim strikten Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit. Sie verletze dadurch die klar gegenteiligen Vorgaben im Rückweisungsentscheid.

##### **E. 4.4.1**

Die Vorinstanz führt zwar in ihren theoretischen Erwägungen zutreffend aus, die Beschwerdeführerin müsse bloss Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit wecken. In diesem Sinne erwog sie, es sei korrekt, dass die Anforderungen bei der Nennung von Vergleichsobjekten als blosser Indizien zur Erschütterung der Vermutung im Vergleich zum strikten Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit herabgesetzt seien. Die Erstinstanz sei diesbezüglich zumindest in ihren allgemeinen Ausführungen von einem zu strengen Massstab ausgegangen. Anschliessend relativierte sie ihre zutreffende Erwägung allerdings sogleich wieder. Sie erwog, eine andere Frage sei, ob die Erstinstanz den zu strengen Massstab bei den einzelnen Kriterien tatsächlich angewandt und von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Vergleichsobjekte zu Unrecht ausgeschlossen habe. In ihren Erwägungen zu den einzelnen Kriterien der Vergleichsobjekte schildert die Vorinstanz wie die Erstinstanz dann über weite Strecken erneut die Anforderungen an die Vergleichsobjekte im Rahmen der Führung des strikten Beweises. Teilweise hält sie explizit fest, dass sich an den Anforderungen nichts ändere, auch wenn es in diesem Stadium nur darum gehe, Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu wecken. Ihre konkreten fallbezogenen Erwägungen, die teilweise mit Erwägungen aus ihrem Urteil vor dem Rückweisungsentscheid übereinstimmen, vermitteln denn auch über weite Strecken den Eindruck, es ginge darum, mit den Vergleichsobjekten den strikten Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Anfangsmietzinses zu erbringen. Die Vorinstanz hatte aber einzig zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin begründete BGE 150 III 123 S. 129 Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu wecken vermochte.

##### **E. 4.4.2**

Bezeichnend sind diesbezüglich die vorinstanzlichen Erwägungen zum Quartierbegriff. In den betreffenden Erwägungen hält die Vorinstanz fest, es sei betreffend den Quartierperimeter kein Grund ersichtlich, um von der administrativen und historischen Einteilung der Stadt Zürich abzurücken. Entgegen der insofern zu grosszügigen Erstinstanz seien nicht nur die Vergleichsobjekte Nr. 5, 7, 15, 19, und 20 als nicht vergleichbar auszuschliessen, sondern auch das im Quartier S. gelegene Objekt 6, auch wenn sich dieses direkt an der Grenze zum Quartier T. befinde. Anschliessend warf sie die Frage auf, ob sich an der dargelegten Definition des zu berücksichtigenden Quartiers etwas ändere, wenn nicht der strikte Beweis zu erbringen sei, sondern es einzig um die Erschütterung der Vermutung

mittels Indizien gehe. Sie verneinte dies und erwog, würde man die Grenzen des Quartiers ausweiten wollen, frage sich, wo die neue Grenze zu ziehen wäre. Da es sich beim Quartier um eine historische und administrative Einheit handle, sei nicht ersichtlich, wie dies bewerkstelligt werden könnte, ohne in Willkür zu verfallen. Damit trägt die Vorinstanz in Missachtung der Vorgaben des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts dem Umstand nicht angemessen Rechnung, dass es vorliegend nur darum geht, Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu wecken. Es muss daher ausreichen, wenn Vergleichsobjekte, die offensichtlich nicht mit dem Referenzobjekt vergleichbar sind, vom Vergleich ausgeschlossen werden können. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, weshalb Vergleichsobjekte an der Grenze des Quartierperimeters - namentlich das selbst von der Erstinstanz noch zum Vergleich zugelassene Objekt Nr. 6 - nicht in den Vergleich einbezogen werden sollten.

#### **E. 4.4.3**

Da es vorliegend einzig darum geht, Vergleichsobjekte auszuschliessen, die mit dem Referenzobjekt offensichtlich nicht vergleichbar sind, ist betreffend das Kriterium der Lage auch fraglich, inwieweit Vergleichsobjekte einzig bereits aufgrund unterschiedlicher Belastung durch Strassenlärm vom Vergleich ausgeschlossen werden können. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, die Lage werde nicht allein durch die Lärmexposition, sondern auch durch andere Kriterien, wie namentlich die Nähe der Wohnung zu öffentlichen Verkehrsmitteln, Schulen, Einkaufsmöglichkeiten und Naherholungsgebieten bestimmt. Die von der Vorinstanz ins Feld geführte BGE 150 III 123 S. 130 bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass erhebliche Unterschiede mit Bezug auf die Lärmbelastung unbesehen anderer Lageaspekte die Vergleichbarkeit der Lage entfallen liessen ( BGE 139 III 13 E. 3.3.2; Urteile 4A\_295/2010 vom 26. Juli 2010 E. 3.2.4; 4C.265/2000 vom 16. Januar 2001 E. 4b/dd), betrifft jedenfalls den strikten Beweis und nicht die Erschütterung der Vermutung der Missbräuchlichkeit. Es ist nicht ersichtlich, weshalb vorliegend, wo es einzig darum geht, Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit zu wecken, betreffend das Lagekriterium keine Zu- und Abschlüsse vorgenommen und mittels eines Gesamteindrucks wieder ausgeglichen werden dürfen. Erneut ist in Erinnerung zu rufen, dass an die Vergleichbarkeit der Objekte betreffend die relevanten Kriterien nicht der gleich strenge Massstab wie beim eigentlichen Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit anzulegen ist. Hinzu kommt, dass die Erstinstanz betreffend die Frage der Belastung durch Strassenlärm - gestützt auf die Daten des GIS-Browsers (Geografisches Informationssystem des Kantons Zürich, [www.maps.zh.ch](http://www.maps.zh.ch) [besucht am 17. November 2023]) bzw. dessen Karte "Strassenlärm" - selbst Abklärungen zum Sachverhalt vorgenommen hat. Die Vorinstanz hat dieses Vorgehen grundsätzlich als zulässig erachtet. Wenn aber die Methode mit dem GIS-Browser als zulässig gilt, ist nicht recht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz dann Vergleichsobjekte dennoch - mangels hinreichend substantzierter Behauptungen betreffend die Lärmbelastung - vom Vergleich ausschliessen will.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführerin rügt, die lange Dauer des Vormietverhältnisses sei von der Vorinstanz in Missachtung des Rückweisungsentscheids nicht berücksichtigt worden.

##### **E. 4.5.1**

Die Vorinstanz erwog, es sei von einem während der rund 20-jährigen Dauer des Vormietverhältnisses allgemein ansteigenden Mietzinsniveau auszugehen. Dass der Vormietzins entsprechend unter Anpassung an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse hätte erhöht werden können, sei damit durchaus möglich. Umgekehrt dürfe daraus aber auch nicht zwingend geschlossen werden, eine Erhöhung - zumal eine massive, wie sie hier vorgenommen worden sei - wäre nicht missbräuchlich gewesen. Denn es sei letztlich nicht das allgemeine Mietzinsniveau bzw. dessen Anstieg, sondern die orts- und quartierüblichen Vergleichsmieten für das konkret umstrittene, seit längerem nicht mehr nennenswert sanierte Mietobjekt BGE 150 III 123 S. 131 an lärmexponierter Lage massgeblich. Auf welchen Betrag eine allfällige Erhöhung hätte erfolgen können, stehe zudem nicht fest. Insofern lasse sich mit der Dauer des Vormietverhältnisses, losgelöst von den konkreten Umständen des streitgegenständlichen Mietobjekts, die Vermutung der Missbräuchlichkeit weder bestätigen noch erschüttern.

#### **E. 4.5.2**

Dem Umstand eines langen Vormietverhältnisses ist bei der Beurteilung, ob die Vermieterin begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit geweckt hat, angemessen Rechnung zu tragen ( BGE 147 III 431 E. 4.3.2; Hervorhebung beigefügt). Das Bundesgericht erwog diesbezüglich im Rückweisungsentscheid, es könne auch im Falle eines langen Vormietverhältnisses nicht in jedem Fall gesagt werden, der Vormieter habe aufgrund der langen Dauer des Vormietverhältnisses von einer Prämie ("prime pour le bail de longue durée") profitiert. Dennoch sei jedenfalls im Falle eines (stark) steigenden Mietzinsniveaus im Quartier bzw. Ort während der Dauer des Vormietverhältnisses wahrscheinlich, dass der Vormietzins den aktuellen quartier- und ortsüblichen Mietzinsen nicht mehr entspreche (zit. Urteil 4A\_183/2020 E. 3.5.4, nicht publ. in: BGE 147 III 431 ).

#### **E. 4.5.3**

Die Vorinstanz überspannt die Anforderungen an das Indiz des langen Vormietverhältnisses in Missachtung der Vorgaben des Bundesgerichts im Rückweisungsentscheid. Sie hielt fest, es sei unbestritten, dass der Mietzins während der Dauer des Vormietverhältnisses von rund 20 Jahren nie nach absoluter Methode neu festgesetzt worden sei. Zuzustimmen sei der Beschwerdeführerin sodann dahingehend, dass allgemein, also in Bezug auf die gesamte Stadt Zürich, das Mietzinsniveau während den 20 Jahren der Dauer des Vormietverhältnisses angestiegen sei. Dies zeige sich am Mietpreisindex, der in diesem Zeitraum von 101.0 (Februar 1997) auf 122.5 Punkte (April 2017) angestiegen sei. Genauere quartierspezifische Parameter oder Angaben zur Entwicklung des Mietpreisniveaus existierten nicht. Damit könne nicht mit Sicherheit beurteilt werden, wie sich das Mietzinsniveau im Quartier T. entwickelt habe. In dieser Situation sei es angebracht, mangels besserer Alternativen den Mietpreisindex heranzuziehen, da dieser wenigstens annäherungsweise eine Abschätzung erlaube. Die Vorinstanz macht selbst zutreffend geltend, es sei während dem rund 20-jährigen Vormietverhältnis von einem allgemein ansteigenden Mietzinsniveau auszugehen. Dass der Vormietzins entsprechend BGE 150 III 123 S. 132 unter Anpassung an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse hätte erhöht werden können, sei durchaus möglich. Allerdings führt sie dann aus "[...] daraus [darf] aber auch nicht zwingend geschlossen werden, eine Erhöhung - zumal eine massive, wie sie hier vorgenommen wurde - wäre nicht missbräuchlich gewesen" (Hervorhebung beigefügt). Damit geht sie erneut von zu hohen Anforderungen an die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Indizien aus. Die Beschwerdeführerin musste in

diesem Stadium gerade nicht darlegen, dass die Erhöhung nicht missbräuchlich gewesen wäre. Erst recht kann das Indiz des langjährigen Vormietverhältnisses nicht mit der Begründung unberücksichtigt gelassen werden, es stehe nicht fest, auf welchen Betrag eine allfällige Erhöhung hätte erfolgen können. Entscheidend ist einzig, ob ein Indiz Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu wecken vermag. Die Vorinstanz überspannt die Anforderungen, wenn sie davon ausgeht, es sei auf die orts- und quartierüblichen Vergleichsmieten für das konkret umstrittene, seit längerem nicht mehr nennenswert sanierte Mietobjekt an lärmexponierter Lage abzustellen. Es ist zusammenfassend nicht ersichtlich, weshalb das lange Vormietverhältnis von 20 Jahren vor dem Hintergrund des von der Vorinstanz festgestellten allgemein steigenden Mietzinsniveaus keine Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses begründen soll, zumal sie selber erwog, bei der erstinstanzlichen Erwägung, dass die allgemein ansteigenden Mietzinse wohl primär auf erhöhten Mietzinsen nach Sanierungen beruhen würden, handle es sich letztlich um eine reine Mutmassung.

## **E. 5**

Mit Blick auf die lange Verfahrensdauer rechtfertigt es sich vorliegend, von einer erneuten Rückweisung an die Vorinstanz zur Würdigung der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Indizien - namentlich der Vergleichsobjekte - im Lichte der obigen Erwägungen abzusehen (vgl. Urteil 4A\_247/2015 vom 6. Oktober 2015 E. 4). Wie nachfolgend dargelegt, kann bereits aufgrund der vorhandenen vorinstanzlichen Feststellungen zu den Indizien davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin die Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu erschüttern vermochte.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz hat betreffend die von ihr geprüften Kriterien trotz (stellenweise) zu strengen Anforderungen immerhin mindestens BGE 150 III 123 S. 133 zwei (bzw. gar vier) von der Beschwerdeführerin offerierten Vergleichsobjekte als mit dem Referenzobjekt vergleichbar erachtet. Aus diesen zwei (bzw. vier) Vergleichsobjekten ergibt sich ein durchschnittlicher Mietzins von Fr. 1'357.- (bzw. knapp Fr. 1'400.-). Dieser durchschnittliche Mietzins liegt deutlich über dem strittigen Anfangsmietzins von Fr. 1'060.-. Offengelassen hat die Vorinstanz zwar, ob die Vergleichsobjekte betreffend Zustand und Ausstattung mit dem Referenzobjekt als vergleichbar zu qualifizieren sind. Sie hielt aber immerhin fest, es spreche einiges dafür, die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu Zustand und Ausstattung der Vergleichsobjekte (entgegen der Erstinstanz) als genügend substantiiert zu qualifizieren. Die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin geht in ihrer Beschwerdeantwort nicht darauf ein, weshalb die von der Vorinstanz betreffend die von ihr geprüften Kriterien mit dem Referenzobjekt als vergleichbar bewertete Vergleichsobjekte betreffend Zustand und Ausstattung offensichtlich nicht vergleichbar sein sollen. Zusammenfassend sind die von der Vorinstanz mit dem Referenzobjekt als vergleichbar erachteten Vergleichsobjekte als Indiz für begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu werten.

### **E. 5.2**

Auch das unbestrittenermassen lange Vormietverhältnis von 20 Jahren spricht entgegen der Vorinstanz für begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses (vgl. dazu hievore E. 4.5.3).

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz betont, die statistischen Daten - gemeint die Strukturerhebung 2006 "aktualisiert" durch den Mietpreisindex - würden die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses indizieren. Entsprechend bleibt zu prüfen, ob aufgrund der von der Vorinstanz berücksichtigten statistischen Daten entgegen der Indizien der Vergleichsobjekte und des langen Vormietverhältnisses nicht von begründeten Zweifeln an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses auszugehen ist.

### **E. 5.3.1**

Die Vorinstanz erwog, die Erstinstanz habe bei der Würdigung des statistischen Datenmaterials auf die mittels des Mietpreisindex an die Verhältnisse im April 2017 angepassten Zahlen aus der Strukturerhebung 2006 abstellen dürfen. Dabei sei die Erstinstanz zu Recht von den genauesten verfügbaren Daten ausgegangen, dem Quadratmeterpreis für privat vermietete 2-Zimmerwohnungen im Unterquartier X. Weitere Zahlen der Strukturerhebung 2006 seien BGE 150 III 123 S. 134 ausser Acht zu lassen, da sie weniger exakt und damit nicht aussagekräftig seien. Da die konkrete Mietzinsberechnung in Bezug auf das umstrittene Mietobjekt unter Einschluss der zeitlichen Anpassung von der Beschwerdeführerin im Detail nicht bestritten werde, sei mit der Erstinstanz gestützt auf die Statistik von einer um die Betriebskosten korrigierte Nettomiete von Fr. 855.- pro Monat auszugehen. Das seien rund Fr. 200.- weniger als der umstrittene Anfangsmietzins, was ein Indiz für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses darstelle, wobei nicht zu vergessen sei, dass die der Strukturerhebung 2006 und damit diesem Indiz innewohnenden Schwächen im Rahmen der Gesamtwürdigung aller vorliegenden Indizien zu berücksichtigen seien.

### **E. 5.3.2**

Die Erstinstanz hat die Zahlen aus der (von Amtes wegen erhobenen) Strukturerhebung 2006 gestützt auf den städtischen Mietpreisindex angepasst. Sie erwog, es sei die bestmögliche Art, einen plausiblen Anhaltspunkt für das Zinsniveau im Frühling 2017 zu erhalten. Ein solches Vorgehen ist grundsätzlich - jedenfalls unter der Voraussetzung, dass keine aktualisierten statistischen Daten vorliegen - nicht zu beanstanden. Im Gegensatz zu den Vergleichsobjekten hat die Vorinstanz mit der Erstinstanz betreffend die statistischen Daten der Strukturerhebung 2006 einzig auf das Unterquartier X. und nicht auf das gesamte Quartier T. abgestellt. Sie begründet dies damit, dass die Quadratmeterpreise für Wohnflächen in den drei Unterquartieren Y., Z. und X. des Quartiers T. erhebliche Unterschiede aufweisen würden. Dies mag zutreffen, es stellt sich aber trotzdem die Frage, ob - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - eine weniger restriktive Vorgehensweise (Beachtung des ganzen Quartiers T. wie bei den Vergleichsobjekten) nicht sachgerechter gewesen wäre, da es einzig um die Erschütterung der Vermutung der Missbräuchlichkeit geht. Darauf muss aber - wie nachfolgend dargelegt - nicht weiter eingegangen werden. Die Vorinstanz hätte bei ihrem Vorgehen jedenfalls zwingend berücksichtigen müssen, dass die so angepassten statistischen Daten bloss eine Annäherung an die Mietzinse im Frühling 2017 ergeben können. Es lässt sich daraus nur eine Tendenz des Mietzinsniveaus - vorliegend ein steigendes Mietzinsniveau im Unterquartier X. - ableiten. Dies verkennt die Vorinstanz, wenn sie festhält, gestützt auf die entsprechend angepasste Strukturerhebung 2006 sei von BGE 150 III 123 S. 135 einer um die Betriebskosten korrigierten Nettomiete für das Referenzobjekt von Fr. 855.- pro Monat auszugehen. Damit trägt sie den der Strukturerhebung 2006 innewohnenden Schwächen gerade nicht angemessene Rechnung. Sie orientiert sich vielmehr am Betrag, den sie im ersten Verfahren, das zum

bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid führte, gestützt auf die Strukturhebung 2006 als Anfangsmietzins richterlich festgesetzt hatte. Im vorliegenden Verfahrensstadium geht es aber gerade nicht um die richterliche Festsetzung des Anfangsmietzinses, sondern einzig um die Frage, ob die Beschwerdeführerin begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses geweckt hat. Wenn sich aus den verwendeten statistischen Daten ein steigendes Mietzinsniveau im Unterquartier X. ergibt, spricht dies als Indiz grundsätzlich gerade für begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses. Die Vorinstanz überspannt die Anforderungen, wenn sie von der Beschwerdeführerin verlangt, sie hätte den Betrag nachweisen müssen, um den der Mietzins hätte erhöht werden dürfen. Ebenso wenig kann das Indiz der statistischen Daten mit der Begründung beiseitegeschoben werden, es spreche nicht genau für einen Betrag in der Höhe des vorliegend strittigen Anfangsmietzinses. Zusammenfassend ist der Vorinstanz nicht zu folgen, wenn sie argumentiert, die statistischen Daten würden die Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses indizieren, weil der Betrag des Anfangsmietzinses über dem Betrag von Fr. 855.- liege.

#### **E. 5.4**

Zusammenfassend hat die Beschwerdeführerin begründete Zweifel an der aus der Erhöhung um 44 % resultierenden Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses geweckt, womit diese entfällt. Die Beschwerdegegnerin kann somit aus der Erhöhung des Anfangsmietzinses um knapp 44 % nichts für sich ableiten. Entsprechend obliegt es ihr, im Sinne eines strikten Beweises (vgl. dazu hiernach E. 6) den Nachweis zu erbringen, dass der strittige Anfangsmietzins nicht den quartierüblichen Mietzinsen entspricht, und damit missbräuchlich ist ( BGE 147 III 431 E. 4.3.3).

#### **E. 6**

Damit bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin den strikten Beweis erbracht hat, dass der strittige Anfangsmietzins missbräuchlich ist.

##### **E. 6.1.1**

Um die orts- und quartierüblichen Mietzinse zu bestimmen, ist gemäss Art. 11 VMWG auf die Mietzinse für Wohnräume BGE 150 III 123 S. 136 abzustellen, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind (Abs. 1). Ausser Betracht fallen Mietzinse, die auf einer Marktbeherrschung durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen (Abs. 3). Amtliche Statistiken sind zu berücksichtigen (Abs. 4).

##### **E. 6.1.2**

Für einen Nachweis der Quartierüblichkeit durch Statistiken ( Art. 11 Abs. 4 VMWG ) müssen diese den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG entsprechen. Der Gebrauch einer amtlichen Statistik kommt demnach grundsätzlich nur in Frage, wenn diese Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode der erfassten Objekte gebührend berücksichtigt ( BGE 147 III 14 E. 4.1.2.2; BGE 114 II 361 E. 3; zit. Urteil 4A\_183/2020 E. 3.1.2, nicht publ. in: BGE 147 III 431 ).

##### **E. 6.2.1**

Gemäss dem Rückweisungsentscheid machten die Parteien übereinstimmend geltend, dass für die Stadt Zürich keine amtlichen Statistiken gemäss Art. 11 Abs. 4 VMWG existierten, die den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG genügten. Damit verbleibe die Methode mit den fünf Vergleichswohnungen, was auch zwischen den Parteien unbestritten sei (zit.

Urteil 4A\_183/2020 E. 3.1.3, nicht publ. in: BGE 147 III 431 ).

### **E. 6.2.2**

Die Beschwerdegegnerin kann für den Fall, dass den Argumenten der Beschwerdeführerin gefolgt wird, Rügen als Eventualbegründung gegen den angefochtenen Entscheid vorbringen ( BGE 140 III 456 E. 2.2.2; BGE 136 III 502 E. 6.2). In diesem Sinne hätte die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort darlegen können, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren prozesskonform 5 Vergleichsobjekte offeriert hat, die den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG entsprechen. In ihrer Beschwerdeantwort äussert sie sich dazu allerdings nicht. Ebenso wenig macht sie geltend, es existierten für die Stadt Zürich (neu) Statistiken gemäss Art. 11 Abs. 4 VMWG , die den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG genügen. Dass sie dies getan hätte, ergibt sich auch nicht aus dem vorinstanzlichen Entscheid. Im Gegenteil, die Beschwerdegegnerin hat sich betreffend den von ihr zu erbringenden Nachweis der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses im Wesentlichen auf die Vermutung der Missbräuchlichkeit (bzw. [im ersten Verfahren] auf eine vom Bundesgericht im Rückweisungsentscheid verworfene Beweislastumkehr) abgestützt. Vor diesem Hintergrund kann eine Rückweisung zur Prüfung der Frage unterbleiben, ob die Beschwerdegegnerin die BGE 150 III 123 S. 137 orts- und quartierüblichen Mietzinse bzw. die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses (im Sinne eines strikten Beweises) nachzuweisen vermochte.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.