

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MA170005-L vom 12. September 2019

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2019-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MA170005-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MA170005-L du 12 septembre 2019

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH MA170005-L del 12 settembre 2019

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 29. Juni 2017 (Datum Poststempel) machte die Klägerin ein Verfahren betreffend Anfechtung des Anfangsmietzinses bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Sodann leitete sie mit Eingabe vom 25. August 2017 (Datum Poststempel) ein Schlichtungsverfahren betreffend Mietzinsherabsetzung ein. Anlässlich der in beiden Angelegenheiten gemeinsam durchgeführten Schlichtungsverhandlung vom 29. November 2017 konnte zwischen den Parteien in keinem Verfahren eine Einigung erzielt werden, weshalb der Klägerin mit Beschlüssen selbigen Datums die Klagebewilligungen erteilt wurden.

E. 1.1

Grundlagen

E. 1.1.1

Nach Art. 270 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache als missbräuchlich im Sinne der Art. 269 und 269a OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn er sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt

- 17 - für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss gezwungen sah oder wenn der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat.

E. 1.1.2

Gemäss Art. 253b Abs. 3 OR gelten die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269 ff.) nicht für Wohnräume, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde und deren Mietzinse durch eine Behörde kontrolliert werden. Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 VMWG geht e contrario hervor, dass bei solchen Mietverhältnissen insbesondere die Anfechtungsmöglichkeiten gemäss Art. 270 und 270a OR ausgeschlossen sind (BGE 135 III 591 E. 4.2.2). Diesfalls wird die zivilrechtliche Überprüfung des Mietzinses ersetzt durch eine solche der zuständigen Verwaltungsbehörden bzw. -gerichte (SCHÖCH, mp 2/17 S. 95). Den Behörden kommt dabei eine ausschliessliche Kompetenz zu und das im OR vorgesehene Verfahren kommt nicht zur Anwendung (Vgl. Urteil des BVGer B-4258/2010 vom 18. Februar 2011). Sind die Voraussetzungen erfüllt, so treten die Zivilgerichte auf entsprechende Klagen nicht ein.

E. 1.2

Subventionierter und behördlich kontrollierter Mietzins i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR

E. 1.2.1

Vorliegend ist zunächst strittig, ob die in der Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung vereinbarte Kontrolle eine behördliche Kontrolle im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR darstellt. Insbesondere sind sich die Parteien nicht darüber einig, ob die vereinbarte Kontrolle die Missbrauchsgesetzgebung gemäss OR ausser Kraft setzt.

E. 1.2.2

Über die Kriterien, welche die behördliche Kontrolle im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR erfüllen muss, damit sie die zivilrechtliche Überprüfung auszuschalten vermag, äussern sich weder das OR noch die VMWG. Die Frage, wer Kontrollinstanz sein soll, wird der Praxis auf Bundes-, Kantons-, und Gemeindeebene überlassen. In der Lehre wird im Sinne einer Mindestanforderung postuliert, dass die Kontrollinstanz von der Vermieterin unabhängig sein muss (SVIT-K-ROHRER, Art. 253b N 19; SCHOCH, a.a.O., S. 95; ZK-HIGI, Art. 253a/253b N 84). Klar ist sodann, dass die Zuständigkeit der Zivilgerichte auch neben einer Kontrolle auf öffentlich-rechtlicher Basis bestehen kann, soweit diese die bundesrechtlichen Mindestanforderungen nicht erfüllt. Der klassische Anwendungsfall liegt vor, wenn der Staat nicht die Vermietung durch einen Dritten mittels Subventionen fördert, sondern

- 18 - selbst als Vermieter auftritt. Hier bestätigt Art. 253b Abs. 3 OR explizit die Anwendbarkeit (auch) des Zivilwegs, denn es wäre mit dem Charakter der Missbrauchsgesetzgebung unvereinbar, wenn der Vermieter – auch wenn es sich um das Gemeinwesen handelt – unter Ausschluss effektiver, gesetzlich vorgesehener Kontrollmechanismen letztlich selbst die Angemessenheit des Mietzinses bestimmen könnte (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 253a/253b N 83 ff.; vgl. auch BSK OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 8). In diesen Fällen besteht neben der behördlichen Kontrolle (durch den Staat bzw. Vermieter selbst) eine zivilgerichtliche Kontrolle. Das Anliegen des Gesetzgebers, mehrspurige Kontrollen zu vermeiden, gilt daher nicht uneingeschränkt.

E. 1.2.3

Ob neben der formellen Anforderung einer unabhängigen staatlichen Kontrollbehörde zusätzliche Anforderungen an die Art und Weise der Durchführung sowie an Kriterien der Kontrolle erfüllt sein müssen, geht ebenfalls weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien hervor. Art. 2 Abs. 2 VMWG ist immerhin zu entnehmen, dass auch bei einer rein verwaltungsrechtlichen Kontrolle subventionierter Mietverhältnisse im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR die Artikel 253–268b, 269, 269d Abs. 3, 270e und 271–273c OR sowie die Artikel 3–19 und 20–23 VMWG gelten. Der Gesetzgeber hat folglich auch geregelt, inwieweit subventionierte und geförderte Mietzinse trotz staatlicher Kontrolle im Einklang mit der Missbrauchsgesetzgebung zu stehen haben (so ZK-HIGI, Vor Art. 269–270e N 29 f.; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 387, FN 27 m.w.H.). Insbesondere darf auch bei staatlich kontrollierten Mietzinsen kein übersetzter Ertrag im Sinne von Art. 269 OR erzielt werden (BGE 142 III 568 E. 1.1; BGer 1C_500/2013 vom 25.9.2014, E. 2.3). Die Anwendung der genannten Bestimmungen obliegt bei subventionierten und kontrollierten Mietverhältnissen zwar nicht den Zivilgerichten, sondern den verwaltungsrechtlichen Instanzen (BSK-OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 10). Bei den in Art. 2 Abs. 2 VMWG vorbehaltenen Normen handelt es sich also nur um eine Rechtsfolge im Falle der ausschliesslichen Anwendbarkeit des Verwaltungswegs. Dennoch folgt aus dem Umkehrschluss, dass die Schaffung einer verwaltungsrechtlichen

Kontrolle die zusätzliche zivilrechtliche nicht verhindern kann, soweit sie die Einhaltung der bundesrechtlichen Vorgaben nach den Intentionen des Subventionsgesetzgebers gar nicht gewährleisten soll: Im Rahmen einer systematischen Auslegung sind die

- 19 - Absichten, die mit der Schaffung einer Kontrolle auf dem Verwaltungsweg verbunden sind, von Bedeutung für die Frage, ob die Kontrolle zur zivilgerichtlichen nur hinzutreten oder diese im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR verdrängen kann. Auch das Bundesgericht bezieht Überlegungen zu den Rechtsfolgen in die Beurteilung bestimmter Voraussetzungen mit ein. So hat es unter anderem aus dem Umstand, dass nach Art. 243 Abs. 3 ZPO vor Handelsgericht das vereinfachte Verfahren nicht zur Anwendung gelangt, geschlossen, dass das Handelsgericht für Prozesse im vereinfachten Verfahren generell nicht zuständig ist. Übertragen auf das vorliegende Problem bedeutet dies, dass eine Mietzinskontrolle auf dem Verwaltungsweg die (zusätzliche) Überprüfung des Mietzinses auf dem Zivilweg jedenfalls dann nicht zu verdrängen vermag, wenn der zulässige Mietzins nach den anwendbaren Normen zu einem übersetzten Ertrag nach Art. 269 OR führen kann.

E. 1.2.4

Wie HIGI [1. A.] zutreffend ausführt, steht Art. 2 Abs. 2 VMWG durchaus mit Art. 253b Abs. 3 OR im Einklang, denn in der Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985 (BBl 1985 I 1389 ff.) wird explizit erwähnt, der damals noch geplante Art. 3 Abs. 2 BGMM entspreche Art. 4 Abs. 2 aVMM (ZK-HIGI, 1.A., N 86 zu Art. 253a-253b OR). Diese Bestimmung wiederum sah ebenfalls schon vor, dass die Ausnahme vom Zivilweg nur für Mietzinse gelten solle, die auf der Basis der Kostenmiete behördlich kontrolliert werden (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 253a/253b N 79; Botschaft, a.a.O., S. 1482). Die von HIGI erwähnten kritischen Stimmen zur Gesetzeskonformität der Verordnungsbestimmung sind inzwischen verstummt (vgl. SVIT-K-ROHRER, 4.A., Art. 253b N 21 ff., gegenüber der 1.A., Art. 253a-253b N 8; BSK OR I-WEBER, 6. A., Art. 253a/253b N 10 gegenüber BSK OR I-ZIHLMANN, 1.A., Art. 253a-253b N 15).

E. 1.2.5

Die Kontrolle auf dem Verwaltungs(gerichts)weg kann von den Kantonen im Übrigen grundsätzlich frei geregelt werden. Erforderlich ist aber eine wirksame Kontrolle, die auf rechtsstaatlichen Prinzipien beruht (BGE 129 II 125 E. 2.5.2 und 2.6; vgl. ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 253a/253b N 83). Ohne eine auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhende Kontrolle, welche die Einhaltung der für subventionierte Wohnräume geltenden Minimalanforderungen der Bundeszivilgesetzgebung erfüllt, kann die Zivilgerichtsbarkeit nicht verdrängt werden. Als genügende

- 20 - gesetzliche Grundlage ist mindestens ein Gesetz im materiellen Sinne vorzusetzen, also eine generell-abstrakte Norm einer Legislative oder einer anderen Behörde, der die Regelungskompetenz auf dem Verordnungswege durch die Legislative delegiert wurde. Die Norm muss sodann dem Bestimmtheitsgebot entsprechen; die Normdichte muss so hoch sein, dass ein vorhersehbares, rechtsgleiches und willkürfreies Staatshandeln gewährleistet ist. Die Betroffenen müssen ihr Verhalten nach der Norm richten können und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können (BGE 138 IV 13 E. 4.1). Dieses Prinzip gilt allerdings nicht absolut. Es ist anerkannt, dass Einzelfallgerechtigkeit oft nur durch eine offene Normierung erreicht werden kann. Die Praxis anerkennt daher eine Kompensationsmöglichkeit durch

hohe Verfahrensstandards (SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 32-34; BGE 127 V 431 E. 2b). Eine wirksame Kontrolle der Mietzinse im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR bedingt zudem grundsätzlich, dass die Mieter zumindest einen rudimentären Anspruch auf Rechtsschutz haben (vgl. BGE 129 II 125 E. 2.6.2). Daraus folgt umgekehrt, dass nicht von einer genügenden behördlichen Kontrolle ausgegangen werden kann, wenn die entsprechende Rechtsgrundlage nicht mindestens einen vergleichbaren Rechtsschutz vorsieht, wie ihn das betroffene Gemeinwesen sonst für die behördliche Kontrolle subventionierter Mietzinse vorsieht. Bei subventionierten Wohnungen der Stadt Zürich bilden insbesondere das Gesetz des Kantons Zürich über die Wohnbau- und Wohneigentumsförderung (LS 841; zu den weitreichenden Kompetenzen der Gemeinden vgl. § 14 f. des Gesetzes) und die zugehörige Verordnung die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen. In der Stadt Zürich basiert die öffentlich-rechtliche Kontrolle von subventionierten Mietzinsen auf dem städtischen Reglement über die Festsetzung, Kontrolle und Anfechtung der Mietzinse bei den unterstützten Wohnungen vom 19. Juni 1996 (Mietzinsreglement; AS Stadt Zürich 841.150). Werden Wohnräume im Sinne des Mietzinsreglements und der dazugehörigen Richtlinien bereitgestellt, sind bei der Festlegung der Mietzinse die gesetzlich vorgesehenen Kriterien zu beachten. § 5 des Wohnbau- und Wohneigentumsförderungsgesetzes verlangt explizit, dass Darlehensempfänger eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch

- 21 - anmerken lassen müssen, die u.a. sicherstellt, dass die Wohnungen nach dem Grundsatz der Kostenmiete an berechtigte Personen vermietet werden. Art. 2 des städtischen Mietzinsreglements hält fest, dass die Mietzinse subventionierter Wohnungen aufgrund der Investitionskosten zu berechnen sind. Art 8 ff. regeln den Rechtsschutz der Mieterinnen und Mieter. Weiter wird etwa in Art. 2 Abs. 3 lit. a der Richtlinien der Stadt Zürich zur Wohnbauaktion 2011 (Gemeinderatsbeschluss vom

E. 1.3

Würdigung

E. 1.3.1

Vorliegend tritt der Staat zweifelsfrei nicht selbst als Vermieter auf. Es liegt ausserdem unbestrittenermassen keine Mietzinskontrolle im technischen Sinne vor. Aus der der Mietzinskontrolle zugrundeliegenden Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung geht zudem nicht hervor, ob die vereinbarte Kontrolle die zivilgerichtliche Mietzinskontrolle unter Anwendung der Missbrauchsgesetzgebung ersetzen soll. Jedenfalls gehört die streitgegenständliche Wohnung nicht zu den 36 Wohnungen der Stiftung Gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse. Entsprechend wird sie auch nicht nach den massgebenden Erlässen für den gemeinnützigen Wohnungsbau bewirtschaftet und vermietet. Der Vollzug und die Kontrolle der Vereinbarung wurden zwar einer staatlichen Behörde überlassen. Die Grundlagen der Mietzinsfestlegung werden aber – durchaus mit Billigung der Stadt Zürich – nach privatwirtschaftlichen Methoden und unabhängig von den Vorgaben des Mietzinsreglements (oder anderen Richtlinien der Stadt Zürich) ermittelt. Damit wurde zwar eine Art behördlicher Kontrolle statuiert und unter anderem eine verbindliche Grundlage der Mietzinsfestlegung bei Neuvermietungen festgelegt. Diese beruht aber nicht auf einer von der Stadt Zürich verabschiedeten gesetzlichen Grundlage, sondern auf einer Vereinbarung der städtischen Exekutive mit der Beklagten als privater Vermieterin. Die Regelungen der Stadt Zürich betreffend subventionierte Wohnräume wurden in der

Vereinbarung betr. Miet- zinsgestaltung auch nicht etwa für analog anwendbar erklärt.

- 22 -

E. 1.3.2

Dass anlässlich der Versammlung des Gemeinderates vom 15. Juni 2016 von der Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung Kenntnis genommen wurde, vermag der Vereinbarung nicht die Qualität eines städtischen Erlasses zu verleihen. Daran ändert auch nichts, dass die Vereinbarung von den Beteiligten nur unter Vorbehalt der Zustimmung des Gemeinderats zum Antrag des Stadtrates gemäss Weisung vom 3. Februar 2016 getroffen wurde, zumal in jener Weisung von der Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung noch gar nicht die Rede war (act. 20/7 S. 10; vgl. auch act. 3/11 S. 2, wo die Vereinbarung als neue Dispositivziffer 2b eingefügt wurde). Dies gilt umso mehr, als auch dem Auszug aus dem Beschlussprotokoll des Gemeinderates nicht zu entnehmen ist, ob die Konsequenzen dieser Vereinbarung hinsichtlich der Missbrauchsgesetzgebung besprochen wurden. Eine Absicht der involvierten städtischen Stellen, mit Abschluss der Vereinbarung die zivilgerichtliche Mietzinskontrolle zu beseitigen, ist damit jedenfalls nicht feststellbar. Die Stellungnahme von E. ist daher zwar für die vorfrageweise Bestimmung des Inhalts des massgeblichen öffentlichen Rechts nicht entscheidend, aber sie erweist sich im Ergebnis als zutreffend.

E. 1.3.3

Angenommen, die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung wäre einem Gemeinderatsbeschluss bzw. einem Erlass der Stadt Zürich gleichgestellt, erweist sie sich hinsichtlich wesentlicher Regelungspunkte als lückenhaft. So ist anhand der Vereinbarung nicht nachvollziehbar, welche Faktoren bei der Mietzinsfestlegung berücksichtigt werden. Selbst für den Hauseigentümer ist nicht transparent, welches die Grundlage der Mietzinsgestaltung ist. Die Mietzinsfestlegung stützt sich ohne Konkretisierung auf Angaben der D. AG (oder eines anderen "anerkannten" Beratungsbüros). Wie genau die D. AG das massgebliche Mietzinsniveau ermittelt, ist aus der Vereinbarung nicht ersichtlich und auch sonst nicht nachvollziehbar. Die Beklagte hat zwar einige technische Details der entsprechenden Methode dargelegt. Sie zählte auch beispielhaft auf, welche Personen bzw. Organisationen der D. AG die Daten zur Ermittlung der hedonischen Anfangsmietzinse geliefert haben sollen, betonte aber zugleich, ihre Angaben seien nicht vollständig und bei den zum Vergleich erhobenen Objekten handle es sich zum grossen Teil um vertrauliche Daten der D. AG. Damit beruht die angebliche behördliche Mietpreiskontrolle im Kern auf einer eigentlichen Blackbox, die einer demokratischen und rechtsstaatlichen Kontrolle entzogen ist und den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage für

- 23 - eine wirksame behördliche Kontrolle im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR nicht zu genügen vermag. Daran vermöchte eine Zeugenaussage von S.D. oder auch die Einholung bestimmter Auskünfte durch die städtischen Kontrollorgane bei der D. AG nichts zu ändern, im Gegenteil: Soweit zur Bestimmung des Gehalts einer Rechtsnorm Auskünfte eines Privaten erforderlich sind, liegt offensichtlich keine im Voraus bestimmte generell-abstrakte Norm vor, wie dies für eine genügende gesetzliche Grundlage erforderlich wäre. Zugleich kann auch nicht von hohen Verfahrensstandards gesprochen werden, welche die fehlende Normdichte zu kompensieren vermöchte: Die mit der Vereinbarung zwischen dem Stadtrat und der Beklagten getroffene Regelung läuft darauf

hinaus, die Art und Weise der Mietzinskontrolle in die Hände einer privaten Expertin zu legen, denn die eingesetzten städtischen Behörden können nur kontrollieren, ob die von der Vereinbarung als massgeblich bezeichnete Methode der Expertin korrekt angewandt wurde oder nicht. Sie kennt dabei wohl nicht einmal die von der privaten Expertin verwendete Datenbasis, auch wenn die Beklagte geltend macht, die Kontrollbehörde könne von der Expertin zusätzliche Angaben verlangen. Ferner äussert sich die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung nicht zum Rechtsschutz der Betroffenen. Bei den subventionierten Wohnungen der Stadt Zürich ist der Rechtsweg im Mietzinsreglement geregelt. Aus der Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung ist grundsätzlich nicht erkennbar, an welche Instanz sich die Mieter bei Einwendungen gegen die Mietzinsfestsetzung wenden können. Dem entspricht, dass die Vermieterin zwar die fehlende Zuständigkeit des hiesigen Gerichts rügt, die Klägerin im Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses jedoch selbst explizit auf den Zivilweg verwiesen hat, und zwar [gemäss späterer Korrespondenz, Anm. d. Red.] auch dann noch, als aufgrund der Nachfrage der Klägerin klar wurde, dass diese nicht gewillt war, einfach auf die Angaben der Beklagten bezüglich städtischer Kontrolle des Mietzinses zu vertrauen.

E. 1.3.4

Hinzu kommt, dass die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung sich darüber ausschweigt, ob die bundesrechtlichen Minimalanforderungen gemäss Art. 2 Abs. 2 VMWG eingehalten bzw. kontrolliert werden. Gegenteils räumt die Beklagte ein, dass die Vereinbarung eigens festgelegte Grundlagen der Mietzinsberechnung enthalte. Sie behauptet zwar, diese seien so ausgestaltet, dass sie vergleichsweise

- 24 - tiefe Mieten sowie eine soziale Mietzinspolitik gewährleisten. Damit ist aber zumindest auch gesagt, dass die vorgesehene behördliche Kontrolle nur auf die in der Vereinbarung festgehaltenen Grundsätze und nicht auf die Mindeststandards der Bundesgesetzgebung ausgerichtet ist. Die Angemessenheit des Anfangsmietzinses ist gemäss Vereinbarung als gegeben zu erachten, sofern sich die Mietzinse im – wie gezeigt nicht näher definierten – Rahmen der hedonischen Methode der D. AG halten. Zweifellos handelt es sich dabei nicht um Mietzinse, welche sich am auch im Mietzinsreglement der Stadt Zürich statuierten Grundsatz der Kostenmiete orientieren. Auch die Beklagte führte mehrmals aus, dass nie beabsichtigt gewesen sei, mit der Vereinbarung eine Kostenmiete zu statuieren. Vielmehr geht es um die private Ermittlung eines Mietzinsniveaus, das angeblich 18% unter dem Niveau der Angebotsmieten für nicht näher definierte Objekte liegen soll, welche dem betroffenen Mieter angeblich einen nicht nach exakt definierten Kriterien definierten Genuss gewährleisten. Auf solche Angebotsmieten abzustellen, hat nicht nur mit der Kostenmiete nichts zu tun. Die Methode entspricht nicht einmal den Kriterien der in Art. 269a lit. a OR verankerten Vergleichsmiete, denn sie schliesst die sog. Bestandesmieten, mithin die Mietzinse gemäss Verträgen, die schon seit Jahren Bestand haben und zumindest in der Tendenz klar ein tieferes Preisniveau aufweisen dürften als Objekte, die aktuell gerade auf den Markt gekommen sind, gerade vom Vergleich aus. Kann aber selbst dem Staat, der bei seinem Handeln an die verfassungsmässigen Rechte der Bürger gebunden ist, bei der Vermietung seiner eigenen Objekte nicht zugebilligt werden, die Mietzinsgestaltung aufgrund von ihm geschaffener Kriterien unter Verdrängung des Zivilwegs zu bestimmen, so vermag die vorliegende Kontrolle der Mietzinsgestaltung anhand von nicht transparent gemachten privatwirtschaftlichen Kriterien, die nicht auf dem Prinzip der Kostenmiete beruhen, ja nicht einmal auf den übrigen Kriterien der

Missbrauchsgesetzgebung, den Anforderungen von Art. 253b Abs. 3 OR erst recht nicht zu genügen und damit die Anfechtung des Mietzinses auf dem Zivilweg nicht zu verdrängen. Es lag nicht in der Disposition der Beklagten und der Stadt Zürich, über die Angemessenheit des Mietzinses unter Ausschluss der Missbrauchsgesetzgebung zu befinden, indem sie eine von den ge-

- 25 - setzlichen Vorgaben abweichende Methode vereinbarten. Ob seitens der Stadt Zürich überhaupt eine entsprechende Absicht der Verdrängung des zivilrechtlichen Schutzes bestand, kann daher offen bleiben.

E. 1.3.5

Damit ist allerdings nur gesagt, dass trotz der vorliegenden Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung die Missbrauchsgesetzgebung gemäss OR bzw. das zivilrechtliche Verfahren zur Überprüfung des Anfangsmietzinses zur Anwendung gelangt. An der Verbindlichkeit der Vereinbarung ändert dies nichts. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der gerichtlich festgesetzte Mietzins höher sein sollte, als der mittels der vereinbarten Methode errechnete.

E. 1.3.6

Die Voraussetzung der behördlichen Kontrolle und der Förderung von der öffentlichen Hand gemäss Art. 253b Abs. 3 OR müssen zwecks Ausschluss der Zivilgerichtsbarkeit kumulativ erfüllt sein. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kann offengelassen werden, ob die Bereitstellung der Wohnungen in der streitgegenständlichen Liegenschaft von der öffentlichen Hand gefördert wurde, insbesondere durch Gewährung eines unter den marktüblichen Konditionen liegenden Baurechtszinses. So oder anders kommt nach dem Gesagten die zivilgerichtliche Kontrolle zum Zug. 2. Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR

E. 1.4

Einige Jahre später wollte die Stadt den Garagenbau auf dem streitbetroffenen Grundstück durch ein Mehrfamilienhaus mit 36 Wohnungen ersetzen, welche im Rahmen der Erlasse für den gemeinnützigen Wohnungsbau und somit nach Kostentmietprinzip vermietet und bewirtschaftet werden sollten. Gleichzeitig sollten mit einem Neubauprojekt der benachbarten Siedlungsgenossenschaft C. 100 Wohnungen gebaut und eine mit dem streitbetroffenen Grundstück gemeinsame Tiefgarage erstellt werden. Zur Ermöglichung des Neubaus musste unter anderem die Fläche des bestehenden Baurechts mit der Beklagten beschränkt werden. Zudem musste ein neues Baurecht mit der von der Beklagten eigens dafür gegründeten Stiftung Gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse errichtet werden.

E. 1.5

Neben weiteren Verträgen wurden der Baurechtsvertrag über die Begründung eines selbstständigen und dauernden Baurechts mit einer Dauer von 62 Jahren sowie der Dienstbarkeitsvertrag mit der Stiftung gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse vom Gemeinderat am 15. Juni 2016 genehmigt. Zugleich wurde die Vereinbarung betreffend Mietzinsgestaltung vom 26. Mai 2016 zwischen der Stadt Zürich und der Beklagten betreffend bestehende Bauten (... nachfolgend 'Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung') „zur Kenntnis genommen“.

E. 1.6

Die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung, von welcher die hier interessierende Wohnung betroffen ist, hat die Limitierung der künftigen Mietzinsentwicklung der 88 Wohnungen in den bestehenden Gebäuden zum Gegenstand. In der Vereinbarung hielten die Parteien unter Bst. A fest, dass Grundlage des Vertrages eine Vertragsbestandteil bildende Liste über die Mietobjekte und die aktuellen Netto-Mietzinse seien, die auf einem Referenzzinssatz von 1.75 % basierten. Unter "B) Mietzinsanpassungen" legten die Parteien erstens fest, dass Anpassungen aufgrund des veränderten Referenzzinssatzes, Kostensteigerung und Anteil Teuerung jederzeit möglich seien. Zweitens seien auch Veränderungen aufgrund von wertvermehrenden Investitionen im Rahmen der Bestimmungen des OR jederzeit möglich, wobei Absichten und Pläne für eine Gesamtrenovation von der Stadt Zürich vorgängig zu bewilligen seien. Drittens wurde festgelegt, dass individuelle Anpassungen im Rahmen der Neuvermietung von Wohnungen möglich seien, sofern sie sich 18 % unter "den jeweils hedonistisch ermittelten Abschluss-Nettomieten (Transaktions-

- 8 - mieten) eines anerkannten Beratungsbüros (z. B. D. AG, Zürich) vergleichbarer Altbauwohnungen im Quartier Sihlfeld bewegen". Unter "C) Vollzug und Kontrolle" ist aufgeführt, dass seitens der Stadt Zürich das dem Finanzdepartement angegliederte Büro für Wohnbauförderung diese Vereinbarung vollziehe und kontrolliere. Dafür müsse die Beklagte der Stadt Zürich alle zwei Jahre eine aktuelle Mieterliste mit Angabe der Netto-Mietzinse und der entsprechenden Grundlagen einreichen. Veränderungen gegenüber der früheren Liste seien zu begründen und auf Verlangen seien der Stadt Zürich alle zweckdienlichen Unterlagen zu überlassen. Eine entsprechende Kontrolle hat bis heute (noch) nicht stattgefunden. Die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung ist auf 15 Jahre befristet.

E. 1.7

Zudem verlangt die Klägerin in Anwendung von Art. 270a OR per 1. Dezember 2017 eine Reduktion des festgesetzten Anfangsmietzinses basierend auf den per

E. 2

Standpunkt der Beklagten Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich beim Mietobjekt um eine subventionierte Wohnung gemäss Art. 253 Abs. 3 OR handle und dass der Mietzins

- 13 - von der Stadt Zürich kontrolliert werde. Folglich sei das Mietgericht zur Behandlung der vorliegenden Sache nicht zuständig. Zunächst erörterte die Beklagte, dass die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung mit der Stadt Zürich vom 26. Mai 2016 statuiere, dass die vereinbarten Anfangsmieten mindestens 18 % unterhalb des hedonistisch ermittelten Abschluss-Nettomieten vergleichbarer Altbauwohnungen im Quartier Sihlfeld liegen müssten. Dies werde vom Büro für Wohnbauförderung regelmässig anhand der durch das Büro D. AG hierfür ermittelten Abschlussmieten für Altbauten im Quartier Sihlfeld überprüft. Damit sei ausgeschlossen, dass die Beklagte missbräuchliche Mietzinse vereinbare und das Ziel der Erhaltung von preiswertem Wohnraum werde erreicht. Die Mieter hätten zudem die Möglichkeit, die Mietzinse überprüfen zu lassen, indem sie sich an die Stadt Zürich wenden würden. Sowohl die Einhaltung der Vereinbarung, als auch die von der D. AG ermittelten Abschlussmieten würden von der Stadt bzw. deren Büro für Wohnbauförderung regelmässig überprüft. Da somit behördlich regulierte Mietzinse vorlägen, sei der im OR vorgesehene Rechtsweg gestützt auf Art. 253b Abs. 3 OR ausgeschlossen. Hinsichtlich der Subventionierung verweist die Beklagte darauf, dass die

Stadt Zürich zur Zeit der Erstellung der Baute im Umfang von bis zu 94 % der ursprünglichen Anlagekosten Darlehen gewährt habe, wie sie von Banken oder Versicherungen nicht erhältlich gewesen wären. Zudem sei der damals gültige Zinsfuss der Zürcher Kantonalbank für 1. Hypotheken vereinbart worden. Die Darlehensgewährung sei somit in Anwendung der städtischen Grundsätze betreffend die Unterstützung des gemeinnützigen Wohnungsbaus der Stadt Zürich erfolgt. Ferner sei die Erstellung der Liegenschaft durch die Gewährung von Baurechten zu sehr tiefen Baurechtszinsen gefördert worden. Für den Ausschluss der Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse genüge der Umstand, dass zu einem früheren Zeitpunkt eine Förderung durch die öffentliche Hand stattgefunden habe. Die Unterstützung durch die Stadt erlaube es der Beklagten, finanzielle Mittel zu äufnen, welche wiederum im Rahmen von Sanierungen in die Liegenschaft investiert werden könnten. In diesem Sinne wirke die Unterstützung noch nach. Hinzu komme, dass die Unterstützung durch die öffentliche Hand auch heute noch erfolge, wenn auch nicht mehr in gleichem Umfang. Zwar verlange die Stadt Zürich im Verlängerungsvertrag

- 14 - einen höheren Baurechtszins als zuvor. Dieser sei aber immer noch attraktiv und ermögliche, auch weiterhin die Wohnmietzinse in der gesamten Überbauung tief zu halten. Indem die Stadt auf eine Erzielung des marktüblichen Gewinns durch Baurechtszinseinnahmen verzichtet habe, fördere sie die Bereitstellung von preiswertem Wohnraum. Für den Fall der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bestreitet die Beklagte die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses. Sodann stellt sie sich auf den Standpunkt, dass die Mieterin die Beweislast für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses trage. Daran ändere auch der Entscheid des Bundesgerichts BGE 139 III 13 nichts. Insbesondere finde gemäss dem erwähnten Entscheid keine Beweislastumkehr statt. Vielmehr obliege dem Vermieter lediglich der Gegenbeweis dafür, dass trotz einer erheblichen Erhöhung keine Missbräuchlichkeit vorliege. Die Differenz zwischen dem früher bezahlten und dem neu verlangten Mietzins sei kein Kriterium für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit. Eine prozentual erhebliche Erhöhung des Mietzinses könne daher nicht automatisch zur Missbräuchlichkeit des Mietzinses führen. Ausserdem treffe es nur bei Anwendbarkeit der (reinen) Kostenmiete zu, dass es bei behördlich kontrollierten Mietzinsen bei einem Mieterwechsel nie zu einer Erhöhung des Mietzinses komme. Vorliegend sei aber keine Kostenmiete vorgesehen. Eine solche sei auch keine Voraussetzung für behördlich kontrollierte Mietzinse. Die Klägerin habe den Nachweis der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses nicht erbracht. Abgesehen davon habe die Beklagte im Rahmen ihres Gegenbeweises aufgezeigt, dass der sehr tiefe frühere Mietzins für das Objekt einerseits in der über längere Zeit erfolgten Mietzinskontrolle der Stadt Zürich und andererseits in der sehr sozialen Vermietungspolitik der Beklagten begründet gewesen sei. Heute müsse der Mietzins gemäss der Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Stadt Zürich betr. Mietzinsgestaltung mindestens 18 % unter den hedonisch ermittelten Abschluss-Nettomieten vergleichbarer Altbauwohnungen im Quartier (teil) Sihlfeld liegen. Dieser durchschnittliche Mietzins habe beim Abschluss des Mietvertrages Fr. 2'125.- pro Monat betragen. Der mit der Klägerin vereinbarte Mietzins liege sogar mehr als 18 % unter dem ermittelten Mietzins vergleichbarer Altbauwohnungen. Der Auflistung gemäss act. (...) lägen die Daten von Mietvertragsabschlüssen des

- 15 - ersten Halbjahres 2016 von 89 Altbauobjekten im Quartier Sihlfeld zugrunde. Die Vergleichsobjekte, die beigezogen worden seien, würden die Qualitäten der Wohnung der

Klägerin aufweisen. Massgebende Kriterien seien dabei zunächst die Makrolage, mithin das Quartier, die Mikrolage innerhalb des Quartiers, die Fläche, die Zimmerzahl, das Baujahr, der Zustand, der Ausbaustandard, das Geschoss, der Aussenraum und der Energiestandard. Die Beklagte ist der Auffassung, insbesondere durch die Vorlage der von der D. AG ermittelten Mietzinse den Gegenbeweis dafür erbracht zu haben, dass der mit der Klägerin vereinbarte Mietzins nicht missbräuchlich sei. Die Einrede des übersetzten Ertrages sei im vorliegenden Fall nicht möglich, da es sich bei der streitgegenständlichen Liegenschaft um eine Altbaute handle. Für den Fall der richterlichen Festsetzung des Mietzinses ist die Beklagte der Auffassung, dass dieser nach der absoluten Methode und unter Berücksichtigung der Orts- und Quartierüblichkeit im Sinne von Art. 269a lit. a OR festzulegen sei. Die Zahlen der D. AG würden auf einem grossen Datenvolumen beruhen und dürften eine gute Grundlage für die Bestimmung eines vernünftigen Anfangsmietzinses darstellen. Selbst wenn die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich für das Jahr 2006 an den Zürcher Mietpreisindex angepasst würde, sei sie nicht geeignet, um festzustellen, welcher Mietzins für die streitbetroffene Wohnung angemessen sei. Das Zahlenmaterial der Mietpreisstrukturerhebung sei alles andere als aktuell und der starke Mietzinsanstieg in den letzten Jahren bleibe komplett unberücksichtigt. Der Mietpreisindex messe zudem lediglich die Entwicklung der Bestandesmieten, lasse aber die Abschlüsse von neuen Mietverträgen unberücksichtigt, obwohl Mietzins erhöhungen in erster Linie bei Neuvermietungen vorgenommen würden. Die Mietzinsentwicklung aufgrund von Neuvermietungen seit dem Jahre 2006 werde im Zürcher Mietpreisindex nicht abgebildet. Um einen adäquaten Mietzins festlegen zu können, müsse auch die allgemeine Marktentwicklung seit dem Jahre 2006 miteinbezogen werden. Dies ergebe sich bereits aufgrund der von der D. AG hedonisch ermittelten Abschluss-Nettomietzinsen, lasse sich aber auch mittels Einholung eines Gutachtens belegen.

- 16 - Hinsichtlich des Augenscheins führt die Beklagte aus, dass die gesamte Wohnung (inkl. Holzwerk) vor dem Einzug der Klägerin neu gestrichen worden sei. Die bestehenden Bodenbeläge seien entweder ersetzt worden (Parkett statt Linoleum) oder der bereits bestehende Parkett sei abgeschliffen und neu versiegelt worden. Zudem sei ein neuer Backofen samt neuem Glaskeramikerd eingebaut worden. Die Wohnung sei aufgrund der grossen Fenster sehr hell und man habe eine wunderbare Sicht auf den Uetliberg bzw. auf und (...) bis nach Höngg. Darüber hinaus sei die Wohnung sehr gut unterhalten und schliesslich sei auch die Lage der Liegenschaft hervorzuheben. Die Wohnung sei mit öffentlichen Verkehrsmitteln bestens erschlossen. Beim nahe gelegenen F.-platz gebe es eine grosse Anzahl an Einkaufsmöglichkeiten und Dienstleistungsbetriebe, diverse Restaurants sowie weitere Tram- und Buslinien in sämtliche Richtungen. Auch das Einkaufszentrum Letzipark mit rund 60 Geschäften und Fachmärkten befinde sich in unmittelbarer Nähe (act. 53 S. 3 f.). Bezüglich Senkung des Nettomietzinses infolge gesunkenen Referenzzinssatzes führt die Beklagte aus, sie habe der Klägerin mit Formular vom 4. August 2017 mit Wirkung auf den 1. Dezember 2017 die Mietzinsreduktion infolge Senkung des Referenzzinssatzes gewährt. Die Senkung des Mietzinses um 2.91 % sei zwischen den Parteien nicht streitig und gelte auch für den Fall, dass der Anfangsmietzins herabgesetzt werde. Auf das Rechtsbegehren sei daher mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten (act. 18 S. 15; Prot. S. 25).

E. 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. Die Vermieterin will auf die Ermittlungen der D. AG zu den Abschlussmieten vergleichbarer Altbauwohnungen abstellen.

E. 2.1.1

Das Gesetz sieht eine Frist von 30 Tagen seit Übernahme der Mietsache vor, während welcher der Mieter den Anfangsmietzins bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich anfechten kann (Art. 270 Abs. 1 OR). Als Übernahme der Sache gilt der Zeitpunkt, in welchem dem Mieter die Verfügung über die Mietsache tatsächlich verschafft wird. Als Indiz gilt die Übergabe der Schlüssel, die Aufnahme eines Übergabeprotokolls o.ä. Dieser Zeitpunkt gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag vor oder nach Übergabe bzw. Antritt der Mietsache abgeschlossen wird und unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem die Parteien den Beginn der Zahlungspflicht des Mieters festlegen (SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 47).

E. 2.1.2

Wird dem Mieter das vom Kanton Zürich gestützt auf den ermächtigenden Vorbehalt in Art. 270 Abs. 2 OR vorgeschriebene amtliche Formular zur Festsetzung des Anfangsmietzinses nicht mit Abschluss des Vertrages oder bei Übergabe der

- 26 - Mietsache übergeben, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, so beginnt die Anfechtungsfrist von Art. 270 Abs. 1 OR nach der Praxis des Bundesgerichts erst innert 30 Tagen nach Übergabe des Formulars zu laufen (BGE 121 III 56 E. 2c). Dies allerdings nur dann, wenn das Formular innert 30 Tagen nach Übergabe der Sache ausgehändigt wird. Gleiches gilt im Falle eines zwar rechtzeitig übergebenen, aber aufgrund Formfehlern (teil)nichtigen Formulars (vgl. SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 43).

E. 2.1.3

Im Mietvertrag wurde der 16. Juni 2017 als Mietbeginn vereinbart, von welchem an der Mietzins geschuldet war. Ob das Mietobjekt ebenfalls am genannten Datum übergeben wurde, lässt sich den Akten zwar nicht entnehmen. Keine Partei hat jedoch etwas anderes behauptet. Das erste (nicht mit einer Begründung versehen) amtliche Formular betreffend Anfangsmietzins war am 11. April 2017 übergeben worden. Die Begründung der Erhöhung des Anfangsmietzinses wurde am 10. Juli 2017 geliefert und damit innert 30 Tagen seit Mietbeginn. Die Anfechtung des Anfangsmietzinses bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich erfolgte mit Eingabe vom 29. Juli 2017 (Datum Poststempel; ...), womit die 30-tägige Anfechtungsfrist, welche sich ab Zugang der innert der 30-tägigen Frist nachgereichten Begründung berechnet, unbestrittenermassen gewahrt ist.

E. 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

- 67 - habe bisher auf im technischen Sinn nicht taugliche Statistiken gegriffen, um einen Vermieter besserzustellen als bei Übernahme des Vormietzinses. 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). 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. 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. 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. 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 folgen sei der Behauptung, die Wohnung verfüge über überdurchschnittlich viel Stauraum. Es gebe sodann keinen Geschirrspüler. Zwei Lifte für 44 Wohnungen seien

- 68 - unterdurchschnittlich. Absolut ungenügend seien drei Waschmaschinen. Ein Trocknungsraum fehle. Wenn die Strukturerhebung beigezogen würde, müsste von der Untergrenze des 95%-Vertrauensintervalls ausgegangen werden, mithin von Fr. 18.50/m² statt Fr. 19.30/m².

E. 2.2.1

Nach Art. 270 Abs. 1 OR setzt eine Anfechtung des Anfangsmietzinses, einen von drei alternativen formalen Gründen voraus, nämlich eine persönliche oder familiäre Notlage des Mieters oder Verhältnisse auf dem örtlichen Wohnungsmarkt, die den Mieter zum Abschluss des Vertrages gezwungen haben, oder aber eine erhebliche Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vermieter.

E. 2.2.2

Ob eine erhebliche Erhöhung vorliegt, bestimmt sich aufgrund eines Vergleichs der Bruttomietzinse (Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 401). Eine erhebliche Erhöhung liegt in der Regel dann vor, wenn der Anfangsmietzins gegenüber dem

vorherigen Mietzins um mindestens 10 % erhöht worden ist (BGE 139 III 13 E. 3.1.1 = Pra 2013 Nr. 105; BGE 136 III 82 E. 3.4.; Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 401; SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 21). Dabei sind sowohl nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als auch nach herrschender

- 27 - Lehre die beiden Bruttomietzinse miteinander zu vergleichen. Entscheidend ist mit- hin einzig die betragsmässige Differenz (BGE 136 III 82 E. 3.3.; SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 21 ff.; Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 401).

E. 2.2.3

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das Kriterium einer Mietzins- erhöhung von mehr als 10 % erfüllt ist. Zu beachten ist, dass allein die erhebliche Erhöhung des Mietzinses noch keine Missbräuchlichkeit bedeutet, sondern viel- mehr einzig eine Anfechtungs- bzw. Klagevoraussetzung schafft (SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 20).

E. 2.3

Auch die Vermieterin hält die Mietpreis-Strukturerhebung 2006 für ungeeignet. Sie beanstandet namentlich das Kriterium des durchschnittlichen Quadratmeter- mietzinses, die "ungenauere Definition des [erhobenen] Nettomietzinses", die schmale Datenbasis und dass in erheblichem Ausmass Mietzinse gemeinnützig vermieteter Objekte in die Statistik eingeflossen seien. 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 Kostenkri- terien vermische. Es missachte mit seinem Vorgehen (Abstellen auf "vermeintli- che" Vergleichsmietzinse aus dem Jahr 2006, Anpassen an einen Teuerungsin- dex) auch, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Überprüfung der Zulässigkeit des Anfangsmietzinses stets und ausnahmslos nach der absolu- ten Methode und damit stichtagsbezogen vorzunehmen sei. Schliesslich bilde der von der Vorinstanz angewandte Mietpreisindex die Kostenentwicklung und nicht die Marktentwicklung ab. Er differenziere nicht nach unterschiedlichen Marktent- wicklungen in verschiedenen Wohnungssegmenten, nach Lage, Alter und Ver- mieterkategorie. 3. Erwägungen der Kammer

E. 2.3.1

Nach Art. 269 OR sind Mietzinse u.a. missbräuchlich, wenn damit ein über- setzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird. Dagegen sind Mietzinse in der Regel insbesondere dann nicht missbräuchlich, wenn sie im Rahmen der orts- oder quar- tierüblichen Mietzinse liegen (Art. 269a lit. a OR) oder durch Mehrleistungen oder Kostensteigerungen des Vermieters begründet sind (Art. 269a lit. b OR). Auch wenn sich ein Vermieter für eine Mietzinsanpassung auf das Kriterium der orts- oder quar- tierüblichen Mietzinse (Art. 269a lit. a OR) beruft, kann der Mieter dagegen in der Regel einwenden, der Vermieter erziele einen übersetzten Ertrag (Art. 269 OR; BGE 140 III 433 E 3.1.; BGE 124 III 310 E. 2). Bei Altbauten, d.h. Grundstücken, die vor mehr als 30 Jahren gebaut oder erworben worden sind, steht allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Mietzinsanpassung an die Orts- oder Quartierüblichkeit im Vordergrund. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten lang- jährige Eigentümer von Altbauten durch die Missbrauchsgesetzgebung gegenüber Neuerwerbenden nicht benachteiligt werden. Dies wäre bei einer vorbehaltlosen Zu- lassung einer Ertragsüberprüfung aber der Fall, weil bei Altbauten allenfalls vorhan- dene Angaben über Anlagekosten, frühere Investitionen etc. nicht den aktuellen re-

alistischen Wertverhältnissen entsprechen (BGE 144 III 514 E. 3; BGE 140 III 433 E. 3.1.; BGE 124 III 310 E. 2b; BGE 122 III 257 E. 4a/bb).

E. 2.3.2

Vorliegend wurde die Liegenschaft N.-strasse y in Zürich in den Jahren 1950 bis 1952 erbaut. Das Grundstück für die Punkthochhäuser "N.-strasse" wurde von der Stadt im Baurecht für siebenzig Jahre an die Beklagte abgegeben. Damit steht

- 28 - das Gebäude mit dem Mietobjekt seit seiner Erbauung im Jahr 1950/1952 und folglich seit etwa 68 Jahren im Eigentum der Beklagten, weshalb es als Altbaute zu qualifizieren ist. Dies ist zwischen den Parteien unbestritten.

E. 2.3.3

Es existiert auch kein Kaufpreis aus neuerer Zeit, der als Grundlage für eine Ertragsberechnung dienen könnte. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die Mehrheit der Autoren lehnen das Abstellen auf den Verkehrs- oder Realwert, den Steuerwert oder Versicherungswert als unzulässig ab. Der Real- oder Verkehrs- wert der Liegenschaft kann nicht massgebend sein, da er zu ungerechtfertigten In- flationsgewinnen führen könnte. Die Berücksichtigung des Gebäudeversicherungs- werts ist sodann ausgeschlossen, weil er die Wiedererrichtung des Gebäudes er- möglichen soll – mithin ein Neuwert ist – und seinerseits auf Vergleichswerten und damit auf Kriterien der Marktmiete beruht. Zudem gibt er lediglich eine ungefähre Summe an, zu welchen Kosten ein gleichartiges Objekt wiedererstellt werden könnte. Gleiches gilt schliesslich für den aktuellen Erstellungswert; denn dieser ent- spricht nicht den tatsächlichen Investitionen des Eigentümers, sondern stützt sich auf marktmässige Kriterien (BGE 122 III 257 E. 3b m.w.H.). Daraus erhellt, dass entgegen der Auffassung der Klägerin auch die Summe der Heimfallentschädigung für die Ermittlung der Anlagekosten und damit des zulässigen Nettoertrags nicht geeignet sein kann, orientiert diese sich doch in der Regel am geschätzten Wert der Baute beim Heimfall und nicht an den aktuellen Verhältnissen oder gar den konkre- ten Investitionen des Bauberechtigten. Den Wert des Grund und Bodens, der mit dem Baurecht belastet ist, berücksichtigt die Heimfallentschädigung gar nicht.

E. 2.3.4

Folglich ist für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzin- ses einzig die Orts- und Quartierüblichkeit relevant und es ist der Klägerin verwehrt, sich auf eine Ertragsrechnung zu berufen.

E. 2.4

Beweislast

E. 2.4.1

Ob ein Mietzins orts- oder quartierüblich im Sinne von Art. 269a lit. a OR ist, bemisst sich nach den tatsächlich bezahlten Mietzinsen, die für Wohnungen ge- schuldet sind, welche hinsichtlich Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Baupe- riode mit dem streitgegenständlichen Mietobjekt vergleichbar sind (Art. 11 Abs. 1 VMWG).

- 29 -

E. 2.4.2

Im Zivilprozess trägt grundsätzlich jene Partei die Beweislast, welche aus den von ihr behaupteten Tatsachen Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Im mietrechtlichen Verfahren betreffend die Anfechtung des Anfangsmietzins trägt demnach die Mieterin die Beweislast (SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 51 ff.). Die Vergleichsobjekte sind zu nennen und es ist detailliert zu substantiieren, inwiefern die genannten Wohnungen mit dem streitgegenständlichen Mietobjekt vergleichbar sind, wobei sämtliche Vergleichskriterien darzulegen sind (SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 51 ff.; ZK-HIGI, Art. 269a N 129 ff.; Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 405). Die Gegenpartei, d.h. die Vermieterin, trifft eine Mitwirkungsobliegenheit im Sinne von Art. 160 und Art. 164 ZPO. Nach ihrer systematischen Stellung beziehen sich diese Normen in erster Linie auf die Beweisführung. Da die ZPO anders als z.B. ihre Zürcher Vorläuferin das Beweisverfahren als Teil der Hauptverhandlung betrachtet (vgl. Art. 231 ZPO), misst das Bundesgericht den genannten Normen zu recht die gleiche Bedeutung zu wie der Mitwirkungsobliegenheit, wie sie die Rechtsprechung zu aArt. 274d Abs. 3 OR verstand, und zwar unabhängig vom Verfahrensthema (vgl. den scheidungsrechtlichen BGE 140 III 264). Die Mitwirkungsobliegenheit wirkt sich damit nach wie vor indirekt schon auf das Behauptungsstadium aus, etwa wenn der Vermieter sich im Rahmen einer Ertragsüberprüfung nicht zu den Grundlagen der Berechnung äussert, obwohl er über die entsprechenden Daten verfügt bzw. verfügen müsste (BGE 142 III 568 E. 2 = Pra 2017 Nr. 93; vgl. dazu STASTNY, La détermination du loyer initial en cas de nullité ou de contestation, S. 197, Rz. 25, sowie S. 201 ff., Rz. 36 ff., in: Bohnet/Carron [Hrsg.], 20e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Basel 2018). Sie erweitert sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu einer Obliegenheit, Gegenbeweise anzubieten, nämlich dann, wenn der Anfangsmietzins gegenüber dem vorherigen Mietzins erheblich erhöht wurde, während demgegenüber sowohl der Referenzzinssatz wie auch die Teuerung rückläufig sind, da bei diesen konjunkturellen Verhältnissen keine sachlichen Gründe bestehen, den Anfangsmietzins erheblich zu erhöhen (BGE 139 III 13 E. 3.2. und 3.3. = Pra 2013 Nr. 105). Aus dem vorerwähnten Entscheid geht nicht klar hervor, unter welchen Umständen genau den Vermieter eine verstärkte Mitwirkungsobliegenheit trifft. In neuerer Zeit scheint das Bundesgericht die Grenze gleich zu ziehen wie beim formalen Anfechtungserfordernis nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR, wo jeweils eine Erhöhung des Bruttomietzins um 10% als erheblich betrachtet wurde (BGer

- 30 - 4A_400/2017 vom 13.9.2018 E. 2.2.2.2; ebenso schon BGer, 4A_295/2016 vom 29.11.2016 E. 5.3.1 = mp 1/17, S. 31 ff.). Im Ergebnis führt der Anschein eines Missbrauchs zu einer entsprechenden Tatsachenvermutung. Eine echte Beweislastumkehr liegt jedoch nicht vor (a.M. KOLLER, ZBJV 2014, S. 938 ff., S. 943 ff.), denn eine solche kann sich immer nur auf Rechtsvermutungen stützen, deren Schaffung dem Gesetzgeber vorbehalten ist (BOHNET/JEANNIN, Le fardeau de la preuve en droit du bail, 19e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Basel 2016, S. 15 und 18 f., zur Anfangsmietzinsanfechtung S. 26 ff.; im Ergebnis ebenso die Urteile BGer 4A_461/2015 vom 15.2.2016 E. 3.3.1 und BGer 4A_400/2017 vom 13.9.2018 E. 2.2.2.2, wo klar von einem Gegenbeweis die Rede ist, den der Vermieter zu führen hat und nicht vom Beweis des Gegenteils, wie dies bei einer Rechtsvermutung der Fall wäre). Tatsachenvermutungen bewirken demgegenüber nur, aber immerhin, dass der dem Beweisbelasteten obliegende Beweis als gelungen zu betrachten ist, soweit es der Gegenpartei nicht gelingt, die Vermutung mit konkreten eigenen Beweisofferten zu unterminieren.

E. 2.4.3

Dem bundesgerichtlichen, auf die sog. Normentheorie gestützten Ansatz ist beizupflichten, denn wo das kantonale Recht für die Festsetzung des Anfangsmietzinses die Verwendung des amtlichen Formulars vorschreibt, folgt daraus die Begründungsobliegenheit des Vermieters und auch dessen Bindung an die gegebenen Anpassungsgründe. Würde man dem Vermieter gestatten, die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete ohne jeden Bezug zum wirtschaftlichen Umfeld zu schätzen, so würde die Formularpflicht im Ergebnis jeden Sinnes beraubt. Zudem bildet das formale Kriterium nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR den einzigen Anhaltspunkt, welchen das Gesetz liefert, um einen verdächtigen Mietzins zu identifizieren. Anders als die beiden anderen Kriterien ist es zudem unabhängig von persönlichen oder markttechnischen Gründen, die den Mieter zum Vertragsschluss bewegen haben mögen. Es eignet sich daher als einziges für alle Mietverhältnisse in der Schweiz für die Abgrenzung. Mit der Beklagten kann man sich immerhin fragen, ob der Anschein eines Missbrauchs in allen Fällen von der Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem vom vorausgegangenem Mieter zuletzt bezahlten Zins abhängen kann. Denkbar ist für die Beurteilung der Erheblichkeit auch ein Rückgriff auf statistische Angaben,

- 31 - denn der Anschein eines Missbrauchs hängt nicht in erster Linie von der prozentualen Anpassung gegenüber dem Vormietzins ab, sondern viel eher von der absoluten Höhe des Mietzinses. Auch wenn daher Statistiken grundsätzlich zur Festlegung der Vergleichsmiete nur bei genügendem Detaillierungsgrad tauglich sind, scheint es nicht ausgeschlossen, sie wenigstens für die Beurteilung des Anscheins eines Missbrauchs und damit des Grades der Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters mit in die Überlegungen einzubeziehen, besonders wenn der Vermieter einen ehemals eher tiefen Mietzins im Rahmen des Mieterwechsels angepasst hat.

E. 2.4.4

Im vorliegenden Fall wurde der Bruttomietzins gegenüber dem vorausgegangenem Mietverhältnis um über 53 % erhöht, womit selbst die von eher skeptischen Stimmen (namentlich ROHRER, MRA 2/13 S. 28) akzeptierte Mindestgrenze für die verstärkte Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters erreicht ist. Berücksichtigt man nach dem Gesagten überdies die vorhandenen amtlichen Statistiken (Art. 11 Abs. 4 VMWG; BGer, 4A_250/2012 vom 28.8.2012, E. 2.3; zur Notorietät derselben vgl. STASTNY, a.a.O., S. 214, Rz. 77 f.), so ergibt sich das gleiche Bild: Für Zürich existiert eine Mietpreis-Strukturerhebung aus dem Jahr 2006 (https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/Analysen/A_001_2008.html; zuletzt besucht am 6. August 2019). Zwar ist die Statistik anerkanntermassen nicht detailliert genug, dass man damit die Vergleichsmiete direkt bestimmen könnte, zumal nicht sämtliche zum Vergleich notwendigen Kriterien dafür erhoben wurden (vgl. dazu BGE 142 III 568 E. 2.1; BGer, Urteile 4A_291/2017 vom 11.6.2018, E. 4.3 f.; 4A_461/2015 vom 15.2.2016, E. 4.2; 4A_623/2013 vom 11.4.2014, E. 2.2.3; 4A_669/2010 vom 28.4.2011, E. 5.3 und 6; 4A_472/2007 vom 11.3.2008, E. 2.2 ff.; 4C.176/2003 vom 13.1.2004, E. 3.1 ff.; act. 19 S. 17; STASTNY, a.a.O., S. 187 ff., S. 214 f.). Die Strukturerhebung enthält aber immerhin auf S. 38 f. die erhobenen Quadratmeterpreise für 1- bis 5-Zimmerwohnungen auf dem privaten Markt des Jahres 2006. Die Zahlen sind nach Stadtquartieren geordnet, wobei die traditionellen 22 Quartiere der Stadt Zürich zum Teil in Untereinheiten aufgeteilt sind. Das Referenzobjekt befindet sich im Quartier Wiedikon, wobei die Strukturpreiserhebung dieses in die Unterquartiere Sihlfeld, in welchem das Mietobjekt

liegt, Alt- Wiedikon und Friesenberg unterteilt. Der im Jahr 2006 errechnete Mittelwert für 3-

- 32 - Zimmer-Wohnungen im Unterquartier Sihlfeld beträgt Fr. 19.30/m², bei einer Obergrenze des sog. 95%-Vertrauensintervalls (Bereich, in welchem bei zufälliger Auswahl 95% aller für die Statistik erhobenen Mietzinse liegen) von Fr. 20.00/m² und einer Untergrenze von Fr. 18.50/m² (S. 38). Die vorliegende Wohnung misst gemäss Angaben der Parteien ca. 76 Quadratmeter. Die statistische Durchschnittsmiete betrug im Jahr 2006 demnach gesamthaft Fr. 1'466.80 (76 x Fr. 19.30). Berücksichtigt man zusätzlich die Entwicklung des Mietpreisindex der Stadt Zürich (Basis 2005), zeigt sich zwischen der Mietpreisstrukturerhebung 2006 mit Stichtag 31. Dezember 2006 und dem Mietbeginn am 16. Juni 2017 ein Anstieg des allgemeinen Mietzinsniveaus um 11.5 % (https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Statistik/Themen/Wirtschaft/Preise/MPI/T_ZIK_MPI_Basis_2005.xlsx», zuletzt besucht am 6. August 2019) oder ein durchschnittlicher Quadratmeterpreis für das Unterquartier Sihlfeld von Fr. 21.52, was zu einer Nettomiete von Fr. 1'635.50 führen würde. Da bei den erhobenen Nettomietzinsen der Mietpreisstrukturerhebung 2006 davon ausgegangen wurde, dass als Nebenkosten einzig die Kosten für Heizung, Warmwasser und hinzugemietete Räume ausgeschieden sind (Mietpreisstrukturerhebung, S. 4), sind die im vorliegenden Fall mit Fr. 184.– veranschlagten Betriebskosten bereits im Nettomietzins von Fr. 1635.50 enthalten. Zuzüglich der monatlichen Akontozahlungen von Fr. 140.– für Heiz- und Warmwasserkosten, welche mit denjenigen beim Vormietzins identisch sind, ergibt dies einen Bruttomietzins von Fr. 1'775.50 pro Monat. Damit liegt die verlangte Miete immer noch um 22.5 % über dem teuerungsbereinigten statistischen Mittel für Wohnungen mit durchschnittlichen Qualitätsmerkmalen – wohl gemerkt auch solchen neueren Erstellungsdatum mit gegenüber dem Mietobjekt deutlich höheren Finanzierungskosten. Beachtet man zudem, dass das Mietobjekt (...) am Rand gleich dreier anderer Quartiere mit tieferem statistischem Durchschnittsniveau liegt (Quartierteil Hard im Quartier Aussersihl, Mittelwert 2006 Fr. 15.30/m²; Quartier Albisrieden, Mittelwert Fr. 17.60/m²; Quartier Altstetten, Mittelwert Fr. 17.60/m²), so würde die Differenz zum entsprechenden statistischen Mittel auf bis zu 39.5 % ansteigen. Selbst unter dieser Vorgabe scheint die verlangte Anfangsmiete nach absoluten Kriterien in einem Umfeld gesunkener Zinsen und weit gehend fehlender Teuerung offensichtlich nicht mehr als plausibel, so dass es zu einer verstärkten Mitwirkungsobliegenheit der Beklagten kommt.

- 33 -

E. 2.5

Gegenbeweis der Orts- und Quartierüblichkeit

E. 2.5.1

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind zur Bestimmung der Orts- und Quartierüblichkeit Vergleiche anzustellen. Die beweis- bzw. mitwirkungsbelastete Partei muss dazu konkrete Vergleichsobjekte nennen, deren Eignung anschliessend durch das Gericht beurteilt wird (BGer, 4A_291/2017 vom 11.6.2018, E. 4.3.3, mit Verweis auf BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.; BGE 123 III 317 E. 4d). Damit ein Mietzins als quartier- und ortsüblich qualifiziert werden kann, bedarf es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mindestens fünf vergleichbarer Mietobjekte (BGE 141 III 569 E. 2.2.1 =

MRA 2/16, S. 61 ff.; BGE 123 III 317 E. 4a = MRA 5/97, S. 185 ff.). Die offerierten Objekte müssen im Sinne der Kriterien von Art. 11 VMWG vergleichbar sein; ein Gesamteindruck bezüglich aller Kriterien mit Vornahme von Zu- und Abschlägen anhand unterschiedlicher Vergleichskriterien genügt dabei nicht (BGE 123 III 317 E. 4a und b = MRA 5/97, S. 185 ff.; BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.; a.M. ZK-HIGI, Art. 269a N 64 f; SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 24 f.). Die Pflicht der beweis- bzw. mitwirkungsbelasteten Partei die Orts- und Quartiersüblichkeit mittels Vergleichsobjekten zu belegen, kann nach ständiger Rechtsprechung und entgegen der Ansicht der Beklagten nicht durch ein gerichtliches Gutachten über die jüngste Entwicklung der Mietzinse ersetzt werden (z.B. BGer, 4A_291/2017 vom 11.6.2018, E. 4.3.3).

E. 2.5.2

Die zur Ermittlung der Orts- und Quartierüblichkeit erforderlichen Vergleichsobjekte sind von der beweis- bzw. mitwirkungsbelasteten Partei im Rahmen ihrer Parteibehauptungen in das Verfahren einzubringen. Dazu reichte die Beklagte eine von der D. AG erstellte Auflistung "Mietzinspotenziale" ins Recht, in welchem die Mietzinse von 87 Vergleichsobjekten aufgelistet werden, welche hinsichtlich Makrolage, Mikrolage, Fläche, Zimmerzahl, Baujahr, Zustand, Ausbaustandard, Geschoss, Aussenraum und Energiestandard mit der streitgegenständlichen Wohnung vergleichbar sein sollen. Zudem reichte die Beklagte wissenschaftliche Beiträge zur Definition und der Methodik der Ermittlung von Mietzinsen anhand der hedonischen Methode ins Recht. Sodann offerierte sie zur Erläuterung der Auflistung sowie der Erhebungsmethode die Befragung von Dr. S.D. von der D. AG als Zeugen. Dieser könne Auskunft darüber erteilen, auf welche Daten sich seine Miet-

- 34 - zinsermittlung abstützt. Gleichzeitig erklärte die Beklagte, dass es aufgrund des Datenvolumens sowie der Vertraulichkeit der Informationen der jeweiligen Datenlieferanten nicht möglich sei, zu den zugrundeliegenden Vergleichsobjekten nähere Angaben zu machen. Die Klägerin bestritt, dass es sich bei den in der Auflistung aufgeführten Objekten um vergleichbare Wohnungen im Sinne von Art. 11 VMWG handle.

E. 2.5.3

Die von der Beklagten offerierte Liste enthält zwar u.a. Angaben zu Nutzfläche, Zimmerzahl, Geschoss und Mietbeginn von angeblich zum Vergleich herangezogenen Wohnungen (act. 20/11). Derweil fehlt es aber substantiierten Angaben zu Lage, Adresse, Zustand, Ausstattung, Erstellungsjahr oder Eigentümerschaft der angeblichen Vergleichsobjekte, geschweige denn zu konkreten Mietverträgen. Die bei allen Objekten identische „Lieg.Nr.“ lässt vermuten, dass es sich schlicht um die Wohnungen handelt, die sich in der gleichen Überbauung befinden wie das Mietobjekt, so dass sie samt und sonders im Eigentum der Beklagten stehen dürften. Auch die Bruttomietzinse der angebotenen Vergleichsobjekte werden nicht offengelegt. Zudem führte die Beklagte aus, dass die Angaben auf vertraulichen Datensätzen beruhen würden. So lässt sich trotz sozialer Untersuchungsmaxime nicht erfolgreich mit dem Kriterium der Vergleichsmiete operieren, denn insbesondere von anwaltlich vertretenen Parteien wird, wie eingangs erwähnt, verlangt, dass sie im Rahmen ihrer Mitwirkungsobliegenheit so konkrete Angaben zu den Eigenschaften der Vergleichsobjekte machen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Es ist bemühend, wenn die Beklagte von der Rechtsprechung entwickelte Kriterien mit dem Argument beiseite schiebt, es wäre „falsch ...“, eine Vermieterin, welche eine derart

soziale Vermietungspolitik betreibt, abzustrafen ...“. Entscheidend ist allein, ob die Vermietungspolitik der Beklagten dem Gesetz entspricht. Das bedeutet nicht, dass richterliches Ermessen ausser Acht bleibt (dazu nachfolgend Ziff. V.3).

E. 2.5.4

Wie schon erwähnt, kann der Beweis zur Vergleichsmiete nicht mittels gerichtlichen Gutachtens geführt werden. Bei der Auflistung der "Mietpotenziale" handelt es sich nicht einmal um ein Privatgutachten, welches den Namen verdient. Ein solches wäre gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohnehin nicht als Beweis gemäss Art. 183 ZPO zu werten. Vielmehr gilt ein solches als blosser Bestandteil der Parteivorbringen, die ohne Einschränkung mit tauglichen Beweismitteln zu

- 35 - untermauern sind (BGE 140 III 24 E. 3.3.3), hier also detailliert auch betr. Zustand, Ausstattung, Bauperiode und Lage der Vergleichsobjekte. Substantiiert darzulegen und mit Beweismitteln zu stützen wäre auch die Struktur der zu bezahlenden Mietzinse, insbesondere Art und Umfang der Ausscheidung von Nebenkosten und anhand der entsprechenden Mietverträge.

E. 2.5.5

Zusammengefasst gelingt es der Beklagten nicht, den Gegenbeweis der Orts- und Quartierüblichkeit mit substantiierten Angaben und tauglichen Beweisofferten zu untermauern. Die Klägerin hat ihrerseits keine Vergleichsobjekte angeboten, sondern nur eine pauschale Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vormietzins von 10 % anerkannt und beantragt, den Mietzins auf diesem Niveau festzusetzen. 3. Gerichtliche Festsetzung des Anfangsmietzinses

E. 3

Auf die Vorbringen der Parteien wird nachfolgend nur soweit eingegangen, als diese für den Entscheid von Belang sind. Dies gilt ganz besonders für Argumente, die in der vorstehenden Zusammenfassung nicht enthalten sind. V. Würdigung 1. Anwendbarkeit des Zivilwegs bzw. der Missbrauchsgesetzgebung

E. 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 und die Vermieterin am 4. August 2017 eine Reduktion des Mietzinses von Fr. 1'680 auf Fr. 1'635 bekanntgegeben hatte, machte ein vorprozessualer Meinungsaustausch der Parteien keinen Sinn.

E. 3.1.1

Damit stellt sich die Frage, wie der Anfangsmietzins festzusetzen ist, wenn ein Missbrauch aufgrund der vorn umschriebenen Tatsachenvermutung zwar anzunehmen ist, der Nachweis einer bestimmten Vergleichsmiete aber scheitert. Anders als bei einer Mietzinsanpassung während eines laufenden Mietverhältnisses droht bei der Überprüfung der Anfangsmiete ohne richterlichen Eingriff bei gescheitertem Nachweis der

Vergleichsmiete das gänzliche Fehlen einer gültigen Mietzinsvereinbarung. Das Bundesgericht hat in einem solchen Fall eine richterliche Mietzinsfestsetzung nach freiem Ermessen unter Beizug der verfügbaren Daten als mit dem Bundesrecht für vereinbar erklärt, insbesondere anhand der vorhandenen statistischen Angaben, des im Rahmen des Vormietverhältnisses zuletzt geschuldeten Mietzinses sowie anhand der Qualitätsmerkmale des Mietobjektes (Urteil 4A_250/2012 vom 28. August 2012 E. 2.4; bestätigt in BGE 139 III 13 E. 3.5.1 = Pra 2013 Nr. 105 sowie in BGer 4A_461/2015 vom 15.2.16 E. 3.2.2 und 3.3; STASTNY, a.a.O., S. 214 f., Rz. 79 ff.). Entgegen den Ausführungen der Klägerin kann das Gericht, anstatt auf den Vormietzins zurückzugreifen, auch amtliche Statistiken verwenden, die nach der Rechtsprechung zur Bestimmung der Vergleichsmiete im technischen Sinne nicht tauglich sind, da sie zu wenig detailliert sind (BGE 139 III

E. 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

- 74 - 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).

E. 3.2.1

Beim Augenschein vom 4. April 2019 konnten Erhebungen zu Lage, Grösse, Ausstattung und Zustand des Mietobjektes gemacht werden. Dieses befindet sich wie bereits ausgeführt am Rand des Quartiers Wiedikon (Quartierteil Sihl-

- 38 - feld) bei der Verzweigung N.-strasse und G.-strasse (...). Die Grenzen zu den Quartieren Albisrieden, Altstetten und Aussersihl (Quartierteil Hard) befinden sich in unmittelbarer Nähe. Direkt vor dem Mietobjekt befindet sich die Tramhaltestelle G., von wo aus das Stadtzentrum mit dem Hauptbahnhof mit öffentlichen Verkehrsmitteln innert rund 20 Minuten, der S-Bahnhof Altstetten innert 10-15 Minuten zu erreichen ist. Sodann ist das Einkaufszentrum Z. innert 10 Gehminuten erreichbar. Auch der F.-platz mit weiteren Einkaufsmöglichkeiten, weiteren Dienstleistungen sowie diversen Restaurants und Bars ist nur 7 Gehminuten entfernt. In unmittelbarer Nähe zum Mietobjekt hat es zudem weitere Restaurants und Lokale. Es kann somit von einer zentralen Lage mit guter Verkehrsanbindung gesprochen werden. Die Wohnung ist aufgrund der relativ grossen Fenster und der Ausrichtung ausgesprochen hell. Insbesondere das Wohnzimmer und das Schlafzimmer verfügen über eine grosse Fensterfront, welche nach Süden ausgerichtet ist und bei Sonnenschein noch sehr viel heller wirken muss als beim bedeckten Wetter zur Zeit des Augenscheins. Das gegen Westen ausgerichtete 3. Zimmer erhält immerhin noch Abendsonne. Nur die Küche und das Badezimmer, welche nach Norden Richtung G. ausgerichtet sind, sind etwas dunkler. Entgegen den Ausführungen der Klägerin bietet die

Wohnung insbesondere vom Wohnzimmer, Schlafzimmer und vom grösseren Balkon aus eine sehr schöne und weite Aussicht über die Parkanlage Y. bis hin zum Uetliberg; dies ist notorisch, auch wenn der Uetliberg beim Augenschein unter einer Wolkenbank lag. Von der Küche aus hat man zwar keine Sicht ins Grüne, da sich die Wohnung aber im 7. Stock befindet, hat man einen sehr weiten Ausblick über G. bis nach Höngg. Einzig die Aussicht vom 3. Zimmer ist schlechter, da diese zu einem grossen Teil von einem Neubau blockiert wird.

E. 3.2.2

Bezüglich Lage sind zudem die Lärmimmissionen zu berücksichtigen, wo- bei insbesondere der Verkehrslärm relevant ist. Anlässlich des Augenscheins wurde auf eine Dezibel-Messung verzichtet, da nur eine Langzeitmessung verläss- liche Angaben liefern könnte und zudem die Daten des GIS-Browsers herangezo- gen werden können, die just auf solchen Erhebungen beruhen und auch für bau- rechtliche Entscheide herangezogen werden. Die Karte Strassenlärm des GIS- Browsers (<https://maps.zh.ch>) zeigt die emissionsintensiven Strassen im Kanton

- 39 - Zürich auf, die in nummerierte Abschnitte unterteilt sind. Jede Adresse lässt sich mit der Suchfunktion individuell ansteuern. mit einem Klick auf den entsprechen- den Strassenabschnitt erhält man die lokalen durchschnittlichen Schalldruck-Emis- sionswerte tagsüber und nachts in Dezibel (dB). Die dB-Skala ist logarithmisch aufgebaut, so dass schon ein vermeintlich geringer Anstieg auf der Skala einer massiven Zunahme des Schalldrucks und damit auch des subjektiven Lärmemp- findens entspricht. So bedeutet ein um 10 dB erhöhter Schalldruckpegel, dass die stärkere Geräuschquelle etwa als doppelt so laut empfunden wird wie die schwä- chere. Ein Fernseher auf Zimmerlautstärke entspricht einem Schalldruckpegel von 60 dB, während eine Hauptverkehrsstrasse im Abstand von 10 m einen Pegel von 80 bis 90 dB verursacht und ein [ungedämpfter] Presslufthammer einen solchen von 100 dB. (<https://de.wikipedia.org/wiki/Schalldruckpegel>; zuletzt besucht am 6. August 2019). Das Mietobjekt befindet sich direkt bei der Tramhaltestation G., zwischen der Ver- zweigung N.-strasse und N.-strasse. Auf der N.-strasse verkehrt die Tramlinie 2 im Siebenminuten-Takt und im Stadion G. finden regelmässig Veranstaltungen wie Fussballspiele und Konzerte statt. Die Wohnung befindet sich auf der 7. Etage in dem gegen das Heiligfeld bzw. den N.-strasse ausgerichteten Abschnitt der Y-för- migen Liegenschaft. Misst man auf der Karte "Strassenlärm" des GIS-Browsers mit dem Messwerkzeug die Distanz dieses Abschnitts der Liegenschaft zur N.-strasse (Emissionsabschnitt Q1) sowie zum N.-strasse (Emissionsabschnitt Q2), so resul- tiert jeweils ein Wert von rund 60 Metern. Die streitgegenständliche Wohnung be- findet sich im 7. Stock der zwölfstöckigen Liegenschaft mit einer Gesamthöhe von 33 Metern und somit in rund 20 Metern Höhe (<https://www.tagesanzeiger.ch/zu- erich/stadt/das-groesste-ist-auch-das-beste/story/21715419>; zuletzt besucht am 6. August 2019). Besonders die N.-strasse (Emissionsabschnitt Q1) ist mit Werten von 76 dB tagsüber und 70.6 dB nachts zwar als lärmintensiver Emissionsabschnitt zu be- trachten. Aufgrund der Entfernung der Wohnung von der Quelle von gut 60 m rela- tiviert sich dies allerdings, denn beim sich linienförmig ausbreitenden Lärm einer Strasse ist bei einer Verdoppelung der Distanz mit einer Lärmreduktion um 3 dB zu rechnen (anders bei punktförmigen Lärmquellen, bei denen man mit einer Abnahme um 5 dB rechnet; vgl.

- 40 - me_rech.php; zuletzt besucht am 6. August 2019; ebenso die bereits erwähnte Fundstelle <https://de.wikipedia.org/wiki/Schalldruckpegel>; zuletzt besucht am 6. August 2019). Dies ergibt für die ehemalige Wohnung der Klägerin einen Restschallpegel von 58.1 dB tagsüber und von 52.7 dB in der Nacht. Weder der Tages- noch der Nacht- wert erreichen die Lautstärke eines Fernsehers auf Zimmerlautstärke. Zu beachten ist zudem, dass einzig die Fenster der Küche und des Badezimmers zur N.-strasse hin ausgerichtet sind, Während das Wohn- und das Schlafzimmer auf [die Parkan- lage] Y. gehen, so dass das Gebäude den Strassenlärm abschirmt und trotz der Nähe zur N.-strasse durchaus von einer ruhigeren Lage wesentlicher Teile der Woh- nung gesprochen werden kann. Das Fenster des 3. Zimmers ist zum N.-strasse ausgerichtet, von welchem ebenfalls Verkehrslärmemissionen von 71.7dB tagsüber und 62.5 dB nachts ausgehen, die sich aber mit der zuvor genannten Berechnung aufgrund der Entfernung und ohne Berücksichtigung der im Bau befindlichen, den Lärm abschirmenden Anlage auf einen Restschallpegel von 53.8 dB tagsüber und von 44.6 dB in der Nacht reduzieren. Die von der Fachstelle Lärmschutz des Kantons Zürich veröffentlichten Immissions- grenzwerte nach Art. 36 der Lärmschutzverordnung des Bundes (LSV) geben einen Anhaltspunkt für die Bewertung dieses Befundes: Die Grenzwerte der Aussenlärm- immissionen, ab denen gemäss Art. 31 LSV Baubeschränkungen gelten, liegen bei der schlechtesten Empfindlichkeitsstufe IV (Industrietätigkeit zulässig, vgl. Art. 43 LSV) bei maximal 70 dB tagsüber und 60 dB nachts. Erreichen die Werte tagsüber 75 dB oder 70 dB in der Nacht, ist gar der Alarmwert für Strassenlärm gemäss Lärm- schutzverordnung erreicht (vgl. Anhang 3 Ziff. 2 LSV i.V.m. Art. 40 Abs. 1 LSV). Ein nächtlicher Immissionsgrenzwert von 50 dB entspricht der Empfindlichkeitsstufe II, d.h. Zonen, in denen keine störenden Betriebe zugelassen sind, namentlich in Wohnzonen sowie Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen, erreicht. Der Immis- sionsgrenzwert am Tag für die Empfindlichkeitsstufe I, d.h. Zonen mit einem erhöh- ten Lärmschutzbedürfnis, namentlich in Erholungszonen. liegt bei einem Wert von 55 dB. Diese Überlegungen bestätigen den Eindruck von einer durchaus insgesamt eher ruhig gelegenen bzw. ausgerichteten Wohnung, der auch beim Augenschein gewonnen werden konnte.

- 41 - Die Tatsache, dass im angrenzenden Stadion G. regelmässig Veranstaltungen wie Fussballspiele und Konzerte stattfinden, relativiert diese Feststellung nur marginal, denn aufgrund dieser Veranstaltungen kommt es nur punktuell zu einer erhöhten Lärmbelastung über einige Stunden.

E. 3.2.3

Betreffend Grösse der Wohnung ist auf die Zimmerzahl sowie die nutzbare bzw. bewohnbare Fläche abzustellen (ZK-HIGI, Art. 269a N 97; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 498). Im vorliegenden Fall wird dieses Element schon durch die Anwendung statistischer Quadratmeterpreise berücksichtigt. Die Klägerin be- mängelt zwar, dass die Zimmereinteilung der Wohnung einer eher älteren Bauweise entspricht, da – anders als bei einer modernen Bauweise – das Wohnzimmer/Ess- zimmer und die Küche räumlich getrennt sind. Nichtsdestotrotz ist diese Art der Zim- mereinteilung auch heute noch üblich. Ob dieses Merkmal den Wert der Wohnung erhöht oder senkt, ist vorab eine Frage des persönlichen Geschmacks und für den Entscheid nicht von Belang.

E. 3.2.4

In Bezug auf den Zustand ist im Sinne eines Gesamteindrucks abzuwägen, ob die Wohnung, auch im Hinblick auf die technischen Geräte sowie die Böden, Fenster, Nasszellen, etc., als überdurchschnittlich gut unterhalten, als durchschnittlich bis gut unterhalten oder als schlecht unterhalten bzw. vernachlässigt erscheint (Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 498 f.; SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 16 ff.; ZK-HIGI, Art. 269a OR N 103 f.; BGE 123 III 317 E. 4b/bb und dd = MRA 5/97 S. 185 ff.; BGer, 4C.265/2000 vom 16.1.2001, E. 4b/ee = mp 1/01 S. 33 ff.). Die vorliegende Wohnung wurde um die Jahrtausendwende saniert. Anlässlich des Mieterwechsels wurde die gesamte Wohnung zudem neu gestrichen. Der Linoleumboden im Schlafzimmer sowie im 3. Zimmer wurde durch Parkett ersetzt und der bestehende Parkettboden im Wohnzimmer/Esszimmer wurde abgeschliffen und versiegelt. Zudem wurde ein neuer Backofen samt neuem Glaskeramikherd eingebaut. Auch wenn an einigen Stellen Abnutzungserscheinungen erkennbar sind (beispielsweise beim Belag beim kleineren Balkon), so erscheint die Wohnung überwiegend gut unterhalten. Wie vorne ausgeführt, wurden von der Beklagten wiederholt Instandhaltungsmassnahmen vorgenommen, welche den guten Zustand der Wohnung sichergestellt haben.

- 42 -

E. 3.2.5

Mit dem Kriterium der Ausstattung sollen der Ausbaustandard und die Infrastruktur des Mietobjekts erfasst werden. Dabei werden die subjektiven Elemente der Wohnung unter dem Aspekt des Komforts untersucht (Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 498 f.; SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 16; ZK-HIGI, Art. 269a OR N 111 ff.; BGE 123 II 317 E. 4a = MRA 5/97 S. 185 ff.). Anlässlich des Augenscheins ergab sich, dass das Badezimmer und die Küche im Rahmen der letzten Sanierung erneuert worden sein dürften. Sie erscheinen jedenfalls im typischen Stil der 90er- bzw. der Nullerjahre. Die Einrichtung des hellen Badezimmers ist zweckmässig, eher schlicht gehalten und mit weissen Fliesen ausgelegt, was für diese Zeit typisch war. Bei der vorhandenen Waschmaschine handelt es sich um eine Mieterinstallation, die unberücksichtigt zu bleiben hat (ZK-HIGI, Art. 269a OR N 112). Die Küche besteht aus einem für die 90er-Jahre typischen Waschbecken aus Chromstahl mit integriertem Trocknungsbereich, einem Külschrank, diversen Stauflächen sowie dem neu eingebauten Backofen mit Glaskeramikherd. Besondere Ausstattungsmerkmale wie beispielsweise ein Induktionsherd fehlen. Beim Geschirrspüler handelt es sich wiederum um eine Mieterinstallation, weshalb dieser nicht zu berücksichtigen ist. Die vorhandene Dunstabzugshaube wird lediglich im Umluftverfahren und nicht über ein Abluftsystem betrieben. Zusammengefasst kann die Küche als standardmässig/durchschnittlich eingestuft werden. Auch die restlichen Ausstattungselemente der Wohnung sind überwiegend durchschnittlich. So handelt es sich bei den Fenstern um herkömmliche Kunststoff-Fenster mit Doppelverglasung, welche heute in den meisten Wohnungen anzutreffen sind und eine gute Wärme- und Schallsolation gewährleisten (Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 498). Zwar verfügt die Wohnung über zwei Balkone, aufgrund der relativ kleinen Grösse von 1 m² bzw. 4.7 m² spricht jedoch auch dies nur für einen leicht überdurchschnittlichen und keinen luxuriösen Ausstattungsstandard. Weiter gehören zur Wohnung zwei Kellerabteile. Mit einer Grösse von je 2 m² sind sie jedoch äusserst klein, weshalb dieses Ausstattungsmerkmal eher als unterdurchschnittlich erscheint. Des Weiteren verfügt die Liegenschaft über zwei Lifte. Die Klägerin macht geltend, dass es bei den Liften

regelmässig zu Wartezeiten komme. Da jedoch auch neuere Bauten wie beispielsweise die 12-stöckigen W.-Türme lediglich

- 43 - über zwei Lifte verfügen, kann hier dennoch jedenfalls nicht von einem belanglosen Ausstattungsmerkmal gesprochen werden ([https://projekte.baudokumentation.ch/\[...\]](https://projekte.baudokumentation.ch/[...]); zuletzt besucht am 6. August 2019). Auch die Bodenbeläge in der Wohnung entsprechen dem Standard. So wirkt der Klinkerbelag im Flur sowie im Eingangsbereich zwar etwas veraltet, erfüllt aber dank des sehr dauerhaften Materials noch immer seinen Zweck. Der neu verlegte Parkett im Schlafzimmer und 3. Zimmer sowie der Parkett im Wohnzimmer entsprechen einem überdurchschnittlichen Ausstattungsstandard. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist in der Wohnung überdurchschnittlich viel Stauraum vorhanden. So verfügt die Wohnung sowohl im Eingangsbereich als auch im Flur über einen Einbauschränk. Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass in der Liegenschaft lediglich 3 Waschtürme für 44 Wohnungen zur Verfügung stehen. Ein Trocknungsraum mit einem Luftentfeuchter ist gar nicht vorhanden. Bei insgesamt 44 Wohnungen stehen den jeweiligen Mietparteien somit jeweils maximal ein Waschtag alle zwei Wochen zur Verfügung. Zudem verfügt die Wohnung über nur wenige Steckdosen. Im Schlafzimmer wie auch im 3. Zimmer gibt es lediglich eine Steckdose beim Lichtschalter sowie eine Mehrfachsteckdose. Im Wohnzimmer gibt es zwei Steckdosen sowie eine Mehrfachsteckdose. Zusammengefasst befindet sich die Wohnung in einem guten Zustand. Obschon die Ausstattung der Wohnung grösstenteils schon ein bisschen älter ist, ist der Ausstattungsstandart der Wohnung als überwiegend durchschnittlich einzustufen.

E. 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. 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, 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.

E. 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

- 75 - 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

Entscheidgebür 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 (... , 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 abzuschätzen zu können, worauf die gerichtliche Ermessensbetätigung hinauslaufen würde. 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. Die Vermieterin beantragt, die Kosten dem Ausgang des Verfahrens entsprechend zu verteilen. 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

- 76 - 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 Entscheidgebür 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) Grundgebür beträgt Fr. 2'030 (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Angesichts des erheblichen Aufwandes ist die Entscheidgebür in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 2 GebV OG auf Fr. 3'000 festzusetzen.

- 77 - § 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, 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. 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 (...; vgl. vorn Erw. VI/3). Die Kammer ist in ihrer Zwischenentscheid vom 12. Juni 2020 zum Schluss gekommen, der Auszug der Mieterin sei, weil er keinen Einfluss auf ihr Rechtsbe-

- 78 - gehen hatte, bei der Bezifferung des Rechtsmittelstreitwertes nicht zu berücksichtigen ([Zwischenentscheid] Erw. II mit Hinweisen). Ob das Bundesgericht im Weiterzugsfall ebenso entscheiden wird, muss offenbleiben. (...)" Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang. Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich © Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident

E. 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 4 ging, mit der vom Mietgericht gewählten 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

- 71 - 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, 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).

E. 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, ist zwar nachvollziehbar; ein Gebot, auf den Vormietzins abzustellen, lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Dem Argument der Mieterin, beide Parteien lehnten den Beizug der Mietkosten-Strukturerhebung ab, 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, ist zu entgegnen, dass die von der Vorinstanz zitierten Erläuterungen

- 72 - 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. 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; ...) gelte selbstredend auch für den Fall, dass der Anfangsmietzins wider Erwarten herabgesetzt und neu festgesetzt würde. Der Mieterin fehle ein Rechtsschutzinteresse. 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).

- 73 - 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. Die Mieterin beantragt die Abweisung dieses Antrages. 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. 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.

E. 8

Juni 2011, AS Stadt Zürich 842.191), auf welche bei späteren Aktionen jeweils verwiesen wurde, explizit festgehalten, dass die unterstützten Wohnungen nur zum Selbstkostenpreis abgegeben werden dürfen.

E. 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):

- 59 - 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 marktgemässigen 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 Vermieter- gruppe beruhen (Abs. 3).

- 60 - 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).

- 61 - 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).

E. 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 Mietpreisindex um 11,5 % (auf Fr. 21.52) erhöht, ergebe sich bei einer Wohnungsgrösse von 76 m² ein statistischer Nettomietzins von Fr. 1'635.50 pro Monat. 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 (Erw. V/3.3 ...; 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). 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 D.-Modell abzulesen, wie die Vermieterin vorschlage, würde zu einem stark verzerrten Ergebnis führen, da die D. AG 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

- 66 - 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. 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. 2. Einwendungen der Parteien

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