

# ZH\_OBERGERICHT NG210001 vom 30. April 2021

ZH Obergericht, 2021-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG210001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG210001)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG210001 du 30 avril 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT NG210001 del 30 aprile 2021

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Mit Mietvertrag vom 28. Februar 2019 (act. 3/4) vermietete die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) dem Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) per 1. April 2019 eine 2-Zimmerwohnung am C.\_\_\_\_\_ - weg ..., ... Zürich. Vereinbart wurde ein Nettomietzins von Fr. 1'580.– pro Monat zuzüglich monatlich Fr. 240.– "HK/BK-Akonto" (act. 3/4 S. 2). Mit amtlich genehmigtem Formular vom 28. Februar 2019 teilte die Beklagte dem Kläger den vom Vormieter zuletzt (seit 1. Oktober 2017) geschuldeten sowie den neuen Mietzins mit (act. 3/3). Der frühere Nettomietzins belief sich auf monatlich Fr. 1'555.– (bei gleichen Akontozahlungen für Nebenkosten). Zur Begründung der Mietzinserhöhung führte die Beklagte eine "Anpassung an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse" an (act. 3/3).

#### E. 1.2

Mit Eingabe vom 26. April 2019 (Datum des Poststempels) machte der Kläger bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich ein Schlichtungsgesuch anhängig und beantragte u.a. eine "angemessene Herabsetzung des Mietzinses und de[r] Nebenkosten" (act. 6/1 S. 1). An der Schlichtungsverhandlung vom 14. Juni 2019 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. Mit Beschluss vom selben Tag erteilte die Schlichtungsbehörde dem Kläger die Klagebewilligung (act. 6/9 und act. 4).

#### E. 1.3

Mit Eingabe vom 2. September 2019 erhob der Kläger Klage beim Einzelgericht des Mietgerichts Zürich mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 1). Ohne Durchführung des Verfahrens trat das Mietgericht auf die Klage

- 5 - nicht ein, mit der Begründung, die Klage sei nicht beziffert und es sei eine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Bezifferung i.S.v. Art. 85 ZPO nicht dargetan (Verfügung vom 16. September 2019; act. 7). Diesen Entscheid hob die Kammer auf Beschwerde des Klägers auf und wies die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an das Mietgericht zurück (Geschäfts-Nr. PD190018-O; Urteil vom 18. März 2020; act. 10).

#### E. 1.4

Der Präsident des Mietgerichts Zürich unterbreitete die Streitigkeit in der Folge gestützt auf § 26 Satz 2 GOG dem Kollegialgericht des Mietgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz; Verfügung vom 30. März 2020; act. 12). Nachdem die Beklagte mit Eingabe vom 11. Mai 2020 eine schriftliche Stellungnahme eingereicht hatte (act. 19), nahmen an der

Hauptverhandlung vom 21. Oktober 2020 beide Parteien mehrfach Stellung (Prot. Vi., S. 7 ff.). Auf entsprechende Aufforderung der Vorinstanz bezifferte der Kläger die Klage und beantragte eine Festsetzung des Anfangsmietzinses auf monatlich netto Fr. 1'200.– (Prot. Vi., S. 11, 27 f.). Mit Urteil vom 16. Dezember 2020 (act. 47) hiess die Vorinstanz die Klage gut, erklärte den vereinbarten Nettomietzins von monatlich Fr. 1'580.– als missbräuchlich und setzte diesen rückwirkend per Mietbeginn auf monatlich netto Fr. 1'200.– fest (zuzüglich Fr. 240.– "HK/BK-Akonto gemäss Mietvertrag").

### **E. 1.5**

Dagegen erhob die Beklagte mit Eingabe vom 1. Februar 2021 (act. 48) Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge. Mit Verfügung vom 9. Februar 2021 (act. 51) wurde von ihr ein Kostenvorschuss verlangt und die Prozessleitung delegiert. Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (act. 53). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-45). Von der Einholung einer Berufungsantwort ist abzusehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsschrift (act. 48) zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **E. 2**

Prozessuales

### **E. 2.1**

Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und - 6 - Abs. 2 ZPO). Bei der Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR handelt es sich um eine Gestaltungsklage, deren Streitwert sich in der Regel – bei einem unbefristeten Mietverhältnis – anhand der über zwanzig Jahre aufgerechneten Differenz zwischen dem angefochtenen Anfangsmietzins und dem vom Mieter im gerichtlichen Verfahren beantragten neuen Mietzins berechnet (vgl. Art. 91 Abs. 1 und Art. 92 Abs. 2 ZPO). Mit seiner ursprünglichen Klage verlangte der Kläger vor Vorinstanz, es sei der Anfangsmietzins "auf ein noch zu bezifferndes Mass zu reduzieren", womit er sinngemäss eine unbezifferte Klage i.S.v. Art. 85 ZPO erhob, und bezifferte den Mindeststreitwert anfänglich auf Fr. 6'000.– (act. 1 S. 3; vgl. dazu das Urteil der Kammer vom 18. März 2020, PD190018-O [act. 10], S. 8 ff.). Nachdem sich im Rahmen der Hauptverhandlung herausgestellt hatte, dass die Beklagte die geforderten Unterlagen nicht edieren wird, bezifferte der Kläger sein Rechtsbegehren auf Aufforderung der Vorinstanz und beantragte eine Herabsetzung des Anfangsmietzinses auf monatlich netto Fr. 1'200.– (Prot. Vi., S. 11, 27 f.). Im Rahmen einer unbezifferten Klage gemäss Art. 85 ZPO gilt der von der klagenden Partei anfänglich bezifferte Mindestwert als vorläufiger Streitwert. Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts und die anwendbare Verfahrensart werden bereits zu Beginn des Verfahrens anhand dieses vorläufigen Streitwerts definitiv festgelegt, d.h. sie bleiben auch dann erhalten, wenn sich bei der späteren Bezifferung des Begehrens ein Betrag ergeben sollte, der eigentlich eine andere Zuständigkeit oder Verfahrensart verlangen würde (vgl. Art. 85 Abs. 2 ZPO). Demgegenüber bemessen sich die Kosten- und Entschädigungsfolgen – und ebenso allenfalls zusätzlich einzufordernde Kostenvorschüsse und Sicherheiten – sowie das mögliche Rechtsmittel nach Massgabe des Streitwerts gemäss der endgültigen Bezifferung der Rechtsbegehren (zum Ganzen BGer, 4A\_502/2019 vom 15. Juni 2020, E. 5). Der gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO für die Bestimmung des zulässigen

Rechtsmittels massgebliche Streitwert beläuft sich somit auf Fr. 91'200.– (Differenz zwischen dem vereinbarten Anfangsmietzins von monatlich netto Fr. 1'580.–

- 7 - und dem letztlich beantragten Nettomietzins von Fr. 1'200.– aufgerechnet auf 20 Jahre). Damit ist die Berufung grundsätzlich zulässig. Daran ändert nach dem Gesagten nichts, dass der im vorinstanzlichen Verfahren ergangene (aufgehobene) Nichteintretensentscheid des Einzelgerichts des Mietgerichts Zürich (Verfügung vom 16. September 2019; act. 7) noch mit Beschwerde anzufechten war (vgl. das Urteil der Kammer vom 18. März 2020, PD190018-O), denn eine endgültige Bezifferung, die den Betrag von Fr. 10'000.– erreichen würde, war zu jenem Zeitpunkt noch nicht erfolgt.

### **E. 2.2**

Die Berufung wurde rechtzeitig (vgl. act. 45; Art. 311 Abs. 1 ZPO), schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO bei der Kammer als zuständiger Berufungsinstanz eingereicht. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

### **E. 2.3**

Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr aufwerfen; vielmehr hat sie sich grundsätzlich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung bzw. in der Berufungsantwort erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413, E. 2.2.4; BGer, 5A\_434/2020 vom 17. November 2020, E. 4.2.1 [zur Publ. vorsehen]; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz freilich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 5A\_434/2020 vom 17. November 2020, E. 4.2.1 [zur Publ. vorsehen]; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

- 8 -

## **E. 3**

Sistierungsantrag

### **E. 3.1**

Die Beklagte beantragt, es sei das Berufungsverfahren bis zu einer Entscheidung des Bundesgerichts über die gegen das Urteil der Kammer vom 2. März 2020 im Verfahren NG190019-O erhobene Beschwerde (Geschäfts-Nr. 4A\_183/2020) zu sistieren. In diesem – noch nicht rechtskräftigen – Urteil habe die Kammer u.a. entschieden, dass die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 geeignet sein könne, um anstelle des als missbräuchlich erkannten Mietzinses einen neuen Anfangsmietzins festzusetzen. Weil diese (Rechts-)Frage auch im vorliegenden Verfahren entscheidend sei, rechtfertige sich eine Sistierung bis zu einer entsprechenden Bundesgerichtsentscheidung (act. 48 Rz. 7).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt, wobei das Gesetz als Sistierungsgrund beispielhaft die Abhängigkeit des Entscheids vom Ausgang eines anderen Verfahrens nennt. Erforderlich ist stets eine Interessenabwägung, zumal eine Sistierung in einem Spannungsverhältnis zum Beschleunigungsgebot bzw. zum Verbot der Rechtsverzögerung steht. Es trifft zu, dass die Kammer im von der Beklagten erwähnten Entscheid vom 2. März 2020 (Geschäfts-Nr. NG190019-O; publ. in ZR 119/2020 Nr. 13) verschiedene Rechtsfragen beantwortet hat, die auch im vorliegenden Verfahren aufgeworfen wurden, und dass eine dagegen erhobene Beschwerde – soweit der Kammer bekannt – beim Bundesgericht hängig ist. Eine Sistierung des vorliegenden Berufungsverfahrens bis zu einem Endentscheid des Bundesgerichts in jener Sache rechtfertigt sich indessen nicht. Abgesehen davon, dass die beiden Verfahren unterschiedliche Parteien betreffen und ein Entscheid des Bundesgerichts die Kammer ohnehin nicht formell binden würde, betreffen die Gemeinsamkeiten der Verfahren ausschliesslich abstrakte Rechtsfragen, während sich die zugrunde liegenden Sachverhalte erheblich voneinander unterscheiden, was eine präjudizielle Wirkung eines entsprechenden Bundesgerichtsentscheids von vornherein relativieren würde. Im Unterschied zum vorliegenden Verfahren hat die Vermieterin im beim Bundesgericht hängigen Verfahren insbesondere ihre Mitwirkung nicht ver-

- 9 - weigert, sondern im Rahmen des Zumutbaren redlich zur Beibringung der notwendigen Tatsachengrundlagen beigetragen. Bereits deshalb sind die beiden Fälle nicht ohne Weiteres miteinander vergleichbar. Hinzu kommt, dass in keiner Weise feststeht, dass das Bundesgericht die hier relevanten Fragen im Zusammenhang mit der richterlichen Festsetzung des Anfangsmietzinses überhaupt materiell beurteilen wird, da dies – nebst anderem – von den konkreten Rügen der Parteien sowie vom Ausgang vorgelagerter Streitpunkte abhängen wird.

### **E. 3.3**

Der Antrag der Beklagten auf Sistierung des Verfahrens ist deshalb abzuweisen. Auf das Einholen einer Stellungnahme des Klägers zu dieser Frage kann verzichtet werden.

## **E. 4**

Entscheid der Vorinstanz und Beanstandungen der Beklagten

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz hält zunächst fest, die 30-tägige Anfechtungsfrist sowie die weiteren formalen Anfechtungsvoraussetzungen gemäss Art. 270 Abs. 1 OR seien erfüllt. Im Kanton Zürich sowie in der Stadt Zürich herrsche Wohnungsnot i.S.v. lit. a dieser Bestimmung, und es sei entgegen der Auffassung der Beklagten nicht erforderlich, dass aufseiten des Mieters zusätzlich eine Notlage bestanden habe oder der Mietzins erheblich erhöht worden sei (act. 47, E. II.5 und IV.1-3). Dem Kriterium der Nettorenditeberechnung komme vorliegend gegenüber jenem der Orts- und Quartierüblichkeit Vorrang zu, so die Vorinstanz weiter, weil es sich bei der fraglichen Liegenschaft nicht um eine sog. Altbaute im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handle. Eine Altbaute liege nur vor, wenn die Liegenschaft vor mehr als 30 Jahren gekauft oder erstellt wurde, was hier nicht der Fall sei. Die Beklagte habe das Objekt nämlich am 1. Juni 1993 – und damit nur knapp 26 Jahre vor dem Mietbeginn – erworben (act. 47, E. IV.4). Weiter zieht die Vorinstanz in Erwägung, der Mieter trage die Beweislast dafür, dass die Vermieterin eine übersetzte

Rendite aus der Mietsache erziele, wobei die Vermieterin umgekehrt aber eine sich aus Art. 160 ff. ZPO und Art. 2 ZGB ergebende prozessuale Mitwirkungsobliegenheit treffe, die sie dazu anhalte, bei der Beweiserhebung – und bereits im Behauptungsstadium – loyal mitzuwir-

- 10 - ken und insbesondere jene Unterlagen einzureichen, die sich allein in ihrem Machtbereich befinden. Der Kläger verfüge vorliegend unbestrittenermassen nicht über die Unterlagen, die für eine Durchführung der Nettoenditeberechnung erforderlich seien, und es sei umgekehrt die Behauptung unbestritten geblieben, dass die Beklagte solche Dokumente ohne Weiteres einreichen könnte. Die Beklagte habe sich einem entsprechenden Editionsantrag des Klägers nur mit dem – unzu- treffenden – Argument widersetzt, dass eine Nettoenditeberechnung aufgrund einer Qualifikation der Mietliegenschaft als Altbaute nicht zugänglich sei. Dadurch habe sie eine Nettoenditeberechnung verunmöglicht, weshalb diesbezüglich auf die entsprechenden Behauptungen des Klägers abzustellen sei. Folglich sei da- von auszugehen, dass die Beklagte aus der Mietsache einen übersetzten Ertrag erziele und der vereinbarte Anfangsmietzins deshalb missbräuchlich sei (act. 47, E. IV.5). Ausgehend von der Erkenntnis, der vereinbarte Anfangsmietzins sei miss- bräuchlich, setzte die Vorinstanz den neuen Mietzins richterlich fest, indem sie – mangels geeigneterer Alternativen – auf die Mietpreisstrukturhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 abstellte und den entsprechenden statistischen Netto- mietzins gestützt auf den Mietpreisindex der Stadt Zürich an die seitherigen Ent- wicklungen des allgemeinen Mietniveaus bis zum Mietbeginn am 1. April 2019 anpasste. Gemäss der genannten Mietpreisstrukturhebung habe der Mittelwert für 2-Zimmerwohnungen im Unterquartier D.\_\_\_\_\_ im Jahre 2006 Fr. 20.60/m<sup>2</sup> betragen, wobei die obere Grenze des 95%-Vertrauensintervalls bei Fr. 23.60/m<sup>2</sup> gelegen habe. Bei einem Anstieg des allgemeinen Mietniveaus zwischen dem Jahre 2006 und dem 1. April 2019 um 11.9 Punkte, entsprechend 11.79%, ergebe sich ein durchschnittlicher Quadratmeterpreis von Fr. 23.03/m<sup>2</sup> bzw. Fr. 26.38/m<sup>2</sup>. Selbst wenn aufgrund eines von der Beklagten behaupteten sehr guten Ausbau- standards auf den höheren Wert und auf eine von der Beklagten behauptete Flä- che der Mietwohnung von 48m<sup>2</sup> abgestellt werde, ergebe sich ein statistischer Nettomietzins von Fr. 1'266.25. Weil die für die Mietpreisstrukturhebung ermit- telten Nettomietzinse indessen so definiert seien, dass nur Heiz- und Warmwas- serkosten als Nebenkosten separat ausgeschieden seien, müssten vorliegend die Betriebskosten herausgerechnet werden. Von den zwischen den Parteien verein-

- 11 - barten Fr. 240.– für Nebenkosten würden mindestens Fr. 66.25 auf die Betriebskosten entfallen, so dass ohne Weiteres auf den vom Kläger beantragten Betrag von monatlich netto Fr. 1'200.– abzustellen sei (act. 47, E. IV.6).

#### **E. 4.2**

Die Beklagte anerkennt in der Berufung, dass die formalen Anfechtungsvo- raussetzungen gemäss Art. 270 Abs. 1 OR erfüllt sind (act. 48 S. 4). Ferner stellt sie nicht mehr in Abrede – jedenfalls nicht in hinreichend begründeter Weise (Art. 311 Abs. 1 ZPO) –, dass dem absoluten Kriterium der Nettoenditeberech- nung vorliegend Vorrang zukommt und dass es sich bei der Mietliegenschaft nicht um eine sog. Altbaute im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt (vgl. aber act. 48 S. 7, wo die Beklagte ohne jede Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen in offensichtlich unrichtiger Weise behauptet, es sei "unbestritten", dass eine Altbaute vorliege). Im Hauptstandpunkt

macht die Beklagte geltend, dass sie selbst nicht – ebenso wenig wie der Kläger – über die für eine Nettorenditeberechnung notwendigen Unterlagen verfüge und dass sie eine gegenteilige Behauptung des Klägers vor Vorinstanz sehr wohl bestritten habe. Ebenfalls substantiiert bestritten habe sie die klägerische Behauptung, sie erziele eine übersetzte Rendite aus dem Mietobjekt. Ihrer Mitwirkungsobliegenheit zur Feststellung der erforderlichen Tatsachen sei sie nachgekommen, und es habe der diesbezüglich beweisbelastete Kläger den Beweis einer übersetzten Rendite und damit der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses nicht erbracht (act. 48 S. 4 ff.). Eventualiter beanstandet die Beklagte die vorinstanzliche Festsetzung des als missbräuchlich erkannten Anfangsmietzinses, u.a. mit dem Argument, die von der Vorinstanz herangezogene Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 und der Mietpreisindex der Stadt Zürich seien in diesem Zusammenhang unter diversen Gesichtspunkten unzulänglich (act. 48 S. 6 ff., 8 ff.). Nach Auffassung der Beklagten hätte die Vorinstanz vielmehr den Vormietzins als Referenz heranziehen und diesen um 10 % erhöhen müssen (act. 48 S. 7). Eventualiter sei auf den vom Kläger vor Vorinstanz genannten Betrag von monatlich netto Fr. 1'370.– abzustellen, den dieser als der Orts- und Quartierüblichkeit entsprechend anerkannt habe (act. 48 S. 8). Subeventualiter sei der Anfangsmietzins

- 12 - gestützt auf ein gerichtliches Gutachten bzw. gestützt auf die Fachkenntnisse und Erfahrungen des Gerichts sowie einen Augenschein festzusetzen (act. 48 S. 9, 13).

## **E. 5**

Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz hat die Grundlagen zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses zutreffend dargestellt, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden kann (act. 47, E. IV.4). Die Beklagte bestreitet nicht mehr, dass der vereinbarte Mietzins vorliegend in erster Linie aufgrund einer Nettorenditeberechnung zu überprüfen ist und nicht, wie von ihr ursprünglich geltend gemacht, anhand des Kriteriums der Orts- und Quartierüblichkeit.

### **E. 5.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind zur Berechnung der zulässigen Nettorendite zunächst alle tatsächlichen Investitionskosten der gesamten Liegenschaft zu ermitteln (insbesondere die Kosten für den Grundstückserwerb und gegebenenfalls die Kosten für die Gebäudeerstellung sowie für wertvermehrende Investitionen) und davon die investierten Fremdmittel (Hypothekendarlehen etc.) abzuziehen. Das so ermittelte, in die Liegenschaft investierte Eigenkapital ist alsdann an die Teuerung anzupassen (neuerdings zu 100 %), und es ist darauf die zulässige Eigenkapitalverzinsung von neuerdings 2 % aufzurechnen (BGer, 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 8 [zur Publ. vorgesehen]). Hinzuzurechnen sind ferner die tatsächlich anfallenden Liegenschaftskosten (Betriebs-, Unterhalts- und Verwaltungskosten, werterhaltende Investitionen sowie Kapitalkosten). Der so resultierende, auf der gesamten Liegenschaft in zulässiger Weise erzielbare Mietertrag ist alsdann nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel ermessensweise auf die einzelnen Wohnungen aufzuteilen, was letztlich eine Überprüfung des konkret vereinbarten Anfangsmietzinses für das fragliche Mietobjekt erlaubt (zum Ganzen ausführlich BGer, 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 7 m.Nw. [zur Publ. vorgesehen]).

### E. 5.3

Für sämtliche dieser Tatsachen, aus denen sich letztlich – gemäss den Behauptungen des anfechtenden Mieters – ergeben soll, dass die Vermieterin ei-

- 13 - ne übersetzte Nettorendite aus dem Mietobjekt erzielt und dass der vereinbarte Anfangsmietzins entsprechend missbräuchlich ist, trägt im Grundsatz der Mieter die Behauptungs- und Beweislast (BGer, 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 6.1 m.Nw. [zur Publ. vorgesehen]; OGer ZH, NG190019 vom 2. März 2020, ZR 119/2020 Nr. 13, E. 5.4). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (act. 47, E. IV.5.2), erfährt dieser Grundsatz jedoch erhebliche Einschränkungen (vgl. zum Ganzen ausführlich OGer ZH, NG190019 vom 2. März 2020, ZR 119/2020 Nr. 13, E. 5.5-5.9). Eine sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergebende tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzins, die im Ergebnis zu einer Umkehr der Beweislast führen würde, greift vorliegend nicht, weil der Anfangsmietzins gegenüber dem Vormietzins nur moderat – um wesentlich weniger als 10 % – erhöht wurde (vgl. dazu OGer ZH, NG190019 vom 2. März 2020, ZR 119/2020 Nr. 13, E. 5.6-5.9). Die Vermieterin trifft aber eine sich aus Art. 160 ff. ZPO und aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergebende prozessuale Mitwirkungsobliegenheit, die sie dazu anhält, bei der Beweiserhebung loyal mitzuwirken und jene Angaben und Unterlagen zu liefern, die sich (allein) in ihrem Machtbereich befinden. Eine Verletzung dieser Mitwirkungsobliegenheit führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast, ist aber als eine unberechtigte Verweigerung gemäss Art. 164 ZPO im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Darüber hinaus trifft die Beklagte eine allgemeine, ebenfalls aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie aus Art. 8 ZGB und Art. 150 Abs. 1 ZPO abgeleitete Obliegenheit, Bestreitungen so substantiiert und detailliert vorzutragen, als es ihr möglich und zumutbar ist. Obschon das Gericht im Anwendungsbereich der (sozialen) Untersuchungsmaxime nicht strikt an die Behauptungen und Bestreitungen der Parteien gebunden ist, führt eine nicht hinreichend substantiiert vorgetragene Bestreitung in der Regel dazu, dass die entsprechende behauptete Tatsache als erstellt zu betrachten ist (OGer ZH, NG190019 vom 2. März 2020, ZR 119/2020 Nr. 13, E. 5.5 m.w.Nw.; vgl. zudem BGer, 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 6.1 [zur Publ. vorgesehen]).

- 14 -

### E. 5.4

Wie in einem Fall wie dem vorliegenden konkret vorzugehen ist, hat das Bundesgericht im zur Publikation vorgesehenen Entscheid vom 26. Oktober 2020 (4A\_554/2019, E. 6) detailliert dargelegt (vgl. bereits BGer, 4A\_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.3-3.3): In einem ersten Schritt stellt sich die Frage, ob die von den Parteien gemachten Angaben und die eingereichten Unterlagen ausreichen, um eine Nettorenditeberechnung gemäss den soeben dargelegten Grundsätzen aufzustellen. Ist dies der Fall, so ist ausschliesslich auf dieser Grundlage zu prüfen, ob der vereinbarte Anfangsmietzins missbräuchlich im Sinne von Art. 269 OR ist oder nicht. Ist dies nicht der Fall, weil dem Gericht entweder gar keine oder nicht alle benötigten Unterlagen eingereicht wurden, so ist in einem zweiten Schritt danach zu unterscheiden, ob dieser Mangel der Vermieterin zuzurechnen ist oder nicht. Hat die Vermieterin sämtliche ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen eingereicht, so kann ihr der Umstand der fehlenden Dokumentation nicht angelastet werden. Hat sie demgegenüber die benötigten Unterlagen in ungerechtfertigter Weise nicht eingereicht und damit ihre Mitwirkungsobliegenheit verletzt, so ist in einem dritten Schritt danach zu

unterscheiden, ob dem Gericht andere Beweismittel zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit vorliegen oder nicht. Ist dies nicht der Fall, hat die Mitwirkungsverweigerung in der Regel zur Folge, dass unmittelbar auf die (unbelegten) Angaben des Mieters abgestellt wird. Sind demgegenüber gewisse andere Beweismittel vorhanden, so sind diese bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses im Rahmen einer Gesamtwürdigung mitzubersichtigen (s. dazu im Einzelnen BGer, 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 6.1.1-6.1.3 [zur Publ. vorgesehen]).

### **E. 5.5**

Zur Durchführung einer Nettoenditeberechnung sind insbesondere Angaben bzw. Unterlagen zu folgenden Punkten erforderlich (vgl. oben, E. 5.2): – Tatsächliche Anschaffungskosten (z.B. durch Vorlage des Grundstückkaufvertrages oder sonstigen Erwerbstitels, gegebenenfalls mit einer Zusammenstellung über die Kosten für die Gebäudeerstellung sowie für wertvermehrende Investitionen); – investiertes Fremdkapital (z.B. durch Vorlage von Hypothekarverträgen sowie einer Zusammenstellung bisher erfolgter Amortisationen);

- 15 - – tatsächlich anfallende laufende Liegenschaftskosten (Betriebs-, Unterhalts- und Verwaltungskosten, werterhaltende Investitionen sowie Kapitalkosten); – Aufschlüsselung des zulässigen Gesamtmietetrags auf die einzelnen Wohnungen (z.B. durch Vorlage von Grundriss- oder Wohnungsplänen oder des Nebenkostenverteilungsschlüssels).

### **E. 5.6**

Es ist unbestritten, dass weder der Kläger noch die Beklagte irgendwelche Angaben zu diesen Berechnungselementen gemacht oder Unterlagen dazu eingereicht haben. Ebenfalls unbestritten ist, dass der Kläger über die hierfür notwendigen Informationen und Unterlagen nicht verfügt. Umgekehrt erwog die Vorinstanz, die Behauptung des Klägers, wonach die Beklagte über die entsprechenden Unterlagen verfüge und diese auch einreichen könne, sei unbestritten geblieben, weshalb darauf abzustellen sei (act. 47, E. IV.5.3). Die Beklagte beanstandet diese Erwägung (act. 48 S. 4 f.).

### **E. 5.7**

Der Beklagten ist insoweit zuzustimmen, als sie in ihrer Stellungnahme vom 11. Mai 2020 vor Vorinstanz in der Tat ausführen liess, sie verfüge "über keine sachdienlichen Unterlagen zur Berechnung einer Nettoendite" (act. 19 S. 3). Eine derart pauschale Bestreitung kann hier aber nicht ausreichen. Zum einen ist es schlicht unglaublich und lebensfremd, dass die Beklagte – eine grosse schweizerische Versicherungsgesellschaft – über keinerlei Unterlagen (mehr) verfügen und keinerlei Angaben machen können soll, die für eine Nettoenditeberechnung relevant sein könnten. Nicht ohne Weiteres nachvollziehbar scheint zunächst, dass die Beklagte nicht (mehr) über den Grundstückkaufvertrag vom 1. Juni 1993 (vgl. act. 21/1) verfügen soll, und dass sie diesen auch nicht vom Grundbuchamt erhältlich machen könnte. Jedenfalls hätte sie aber substantiierte und nachvollziehbare Ausführungen dazu machen müssen, dass und weshalb ihr die Vorlage des Grundstückserwerbstitels nicht möglich sein soll und inwiefern sie auch keinerlei Angaben über den seinerzeit bezahlten Kaufpreis machen können soll. Mit ihrer pauschalen Behauptung, über "keine sachdienlichen Unterlagen" zu verfügen, kam die Beklagte ihrer Mitwirkungsobligiertheit jedenfalls nicht hinreichend nach (vgl. hierzu nur die von ihr eingereichte Eigentümergebarung [act. 21/1], aus der hervorgeht, dass sie das fragliche Grundstück am 1. Juni 1993

- 16 - gekauft hat). Dasselbe gilt für allenfalls noch bestehende Hypothekarkreditverträge oder auf andere Weise beschafftes Fremdkapital, das in die Liegenschaft investiert ist, und erst recht für die laufenden Liegenschaftskosten (Betriebs-, Unterhalts- und Verwaltungskosten, werterhaltende Investitionen sowie Kapitalkosten), über die die Beklagte sehr wohl Auskunft hätte erteilen können.

### **E. 5.8**

Zum anderen hat die Beklagte in der Hauptverhandlung vor Vorinstanz ausgeführt, dass sie (nur) deshalb keine Angaben zur Nettorenditeberechnung mache und (nur) deshalb keine entsprechenden Unterlagen einreiche, weil sie davon ausgehe, die formalen Anfechtungsvoraussetzungen seien nicht erfüllt, weil sie mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Qualifikation einer Liegenschaft als "Altbaute" nicht einverstanden sei und weil sie zudem den Standpunkt vertrete, vorliegend eine Nettorenditeberechnung nicht durchzuführen (Prot. Vi., S. 14 f., 29 f.). Daraus geht wenigstens sinngemäss hervor, dass die Beklagte sehr wohl über Angaben und Unterlagen verfügen würde, die sie machen bzw. einreichen könnte, dass sie dies jedoch (einzig) aufgrund ihrer – unrichtigen – Rechtsauffassung nicht tun wollte. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, wäre die anwaltlich vertretene Beklagte im Rahmen der Eventualmaxime gehalten gewesen, Tatsachenbehauptungen aufzustellen und Beweismittel einzureichen für den Fall, dass sich ihre primäre Rechtsauffassung als unzutreffend erweist.

### **E. 5.9**

Die Beklagte hat folglich ihre Mitwirkungsobliegenheit verletzt, indem sie das Einreichen der relevanten Unterlagen ohne sachlichen Grund verweigerte. Spätestens mit der expliziten Aufforderung der Gegenseite zur Vorlage dieser Dokumente (vgl. act. 1 Rz. 10; act. 28 Rz. 9 ff.) bzw. auf entsprechende – wenigstens implizite – Hinweise der Vorinstanz hin (vgl. Prot. Vi., S. 11, 27, 32) wäre es an der Beklagten gewesen, substantiierte Angaben zu machen und die verfügbaren Unterlagen einzureichen oder wenigstens detailliert und im Einzelnen darzulegen, dass und inwiefern dies nicht möglich sein soll. Nach Treu und Glauben konnte sie sich jedenfalls nicht einfach darauf beschränken, in undifferenzierter Weise geltend zu machen, über keinerlei sachdienlichen Unterlagen zu verfügen, und die Behauptung des Klägers, die Beklagte erziele eine übersetzte Nettorendite, bloss pauschal zu bestreiten.

- 17 -

### **E. 5.10**

Diese ungerechtfertigte Mitwirkungsverweigerung der Beklagten – i.e. die fehlende Substantiierung der Bestreitung der Missbräuchlichkeit sowie die unternommene Vorlage relevanter Unterlagen – führt im Ergebnis dazu, dass auf die klägerische Behauptung abgestellt werden muss, die Beklagte erziele eine übersetzte Nettorendite und der vereinbarte Anfangsmietzins sei missbräuchlich i.S.v. Art. 269 f. OR (vgl. dazu oben, E. 5.3-5.4, und BGer, 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 6.1.3 [zur Publ. vorgesehen]). Wie noch zu zeigen sein wird, sind nämlich keine anderen (tauglichen) Beweismittel vorhanden, die eine Überprüfung der klägerischen Behauptungen zulassen bzw. diese widerlegen würden (dazu im Einzelnen unten, E. 6.3-6.7).

## **E. 6**

Richterliche Festsetzung des Anfangsmietzins

## **E. 6.1**

In einem zweiten Schritt setzte die Vorinstanz den als missbräuchlich erkannten Anfangsmietzins richterlich fest, indem sie auf die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 zurückgriff und den entsprechenden statistischen Nettomietzins gestützt auf den Mietpreisindex der Stadt Zürich an die seitherigen Entwicklungen des allgemeinen Mietniveaus bis zum Mietbeginn anpasste (vgl. oben, E. 4.1 Abs. 4).

## **E. 6.2**

Diese richterliche Mietzinsfestsetzung beanstandet die Beklagte in ihrer Berufung (act. 48 S. 6 ff.). Zunächst wendet sie ein, keine der Parteien habe sich auf die Mietpreisstrukturerhebung bzw. den Mietpreisindex der Stadt Zürich berufen und die Vorinstanz hätte nicht von sich aus darauf abstellen dürfen. Ferner sei ihr (der Beklagten) keine Gelegenheit eingeräumt worden, sich vorab zu diesen Statistiken zu äussern, was eine Gehörsverletzung darstelle (act. 48 S. 7, 14). Sodann macht die Beklagte geltend, es hätten verlässlichere Methoden bestanden, um den Anfangsmietzins festzusetzen. So hätte die Vorinstanz nach Auffassung der Beklagten auf den Vormietzins zurückgreifen und diesen um 10 % erhöhen müssen; eventualiter sei ein gerichtliches Gutachten über die Mietzinshöhe einzuholen oder der Mietzins gestützt auf die Erfahrungen und Fachkenntnisse des Gerichts sowie einen Augenschein festzulegen (act. 48 S. 7, 9, 13 f.). Ferner habe der Kläger einen den orts- und quartierüblichen Verhältnissen entsprechenden Mietzins von monatlich netto Fr. 1'370.– anerkannt, so dass wenigstens darauf hätte abgestellt werden müssen (act. 48 S. 8, 14). Schliesslich macht die Beklagte geltend, die von der Vorinstanz verwendeten Statistiken seien in verschiedener Hinsicht ungeeignet, um den Anfangsmietzins festzulegen. Erstens seien die der Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich zugrunde liegenden Daten auf der Grundlage statistisch nicht relevanter Angaben erhoben worden, wobei teilweise auch gemeinnützige Wohnungen berücksichtigt worden seien. Zweitens unterscheiden die Mietpreisstrukturerhebung nur ungenügend nach den relevanten Kriterien von Lage, Bauperiode, Zustand und Ausstattung der jeweiligen Wohnungen, was hier insbesondere deshalb relevant sei, weil sich die fragliche Mietwohnung in sehr gutem Zustand befände (letztmals saniert im Jahre 2006) und über eine sehr gute Ausstattung verfüge. Drittens sei die aus dem Jahre 2006 stammende Mietpreisstrukturerhebung veraltet, und es decke der Mietpreisindex bloss die Kosten-, nicht aber die Marktentwicklung ab; ferner würde damit das absolute Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit in unzulässiger Weise mit Kostenfaktoren vermischt. Viertens gehe es nicht an, zur Herstellung der Vergleichbarkeit der statistischen Nettomietzinse und des vorliegend vereinbarten Mietzinses auf den für Betriebskosten vereinbarten Akontobetrag abzustellen, weil dieser Betrag nicht ohne Weiteres den effektiven Kosten entspreche (act. 48 S. 8 ff.).

### **E. 6.3.1**

Erweist sich der vereinbarte Anfangsmietzins als missbräuchlich i.S.v. Art. 269 f. OR, so ist es am Gericht, einen neuen Anfangsmietzins festzulegen. Kommt, wie vorliegend, dem absoluten Kriterium der Nettoertragsrate (sog. Kostenmiete) Vorrang zu, weil sich das Mietobjekt nicht in einer sog. "Altbaute" i.S.d. bundesgerichtlichen Rechtsprechung befindet und weil sich der Mieter darauf beruft, die Vermieterin erziele einen übersetzten Nettoertrag aus dem Mietobjekt (vgl. insb. BGer, 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 4.2 [zur Publ. vorgesehen]; BGE 124 III 310, E. 2b; 140 III 433, E. 3.1, je m.w.Nw.), so ist

nicht nur die Frage der Missbräuchlichkeit als solche anhand einer Nettoenditeberechnung zu beurteilen, sondern es hat sich gegebenenfalls auch eine richterliche Neufestsetzung des als missbräuchlich erkannten Mietzinses an diesem Kriterium zu orientieren (vgl. BGer, 4A\_250/2012 vom 28. August 2012, E. 2.4).

- 19 -

### **E. 6.3.2**

Reichen die von den Parteien gemachten Angaben und die eingereichten Unterlagen nicht aus, um die erzielte bzw. in zulässiger Weise erzielbare Nettoendite zu ermitteln – oder diese auch nur annäherungsweise zu schätzen –, so muss der Anfangsmietzins zwangsläufig auf andere Weise festgesetzt werden, denn sonst würde mangels Bestimmbarkeit des Mietzinses ein gänzlichliches Scheitern des Mietvertrages drohen. Das Bundesgericht räumt dem erkennenden Gericht dabei einen sehr weiten Ermessensspielraum ein (vgl. BGE 139 III 13, E. 3.5; BGer, 4A\_250/2012 vom 28. August 2012, E. 2.4; 4A\_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.1.3 und E. 3.2-3.3).

### **E. 6.3.3**

Ist die fehlende Bestimmbarkeit der Nettoendite, wie hier, auf eine ungerichtfertigte Mitwirkungsverweigerung der Vermieterin zurückzuführen, so ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts danach zu unterscheiden, ob dem Gericht weitere Beweismittel bzw. Anhaltspunkte zur richterlichen Mietzinsfestsetzung zur Verfügung stehen. Ist dies nicht der Fall, so ist grundsätzlich – als Folge der unberechtigten Mitwirkungsverweigerung der Vermieterin – unmittelbar auf die unbelegten Angaben des Mieters abzustellen, d.h. diese sind als wahr zu unterstellen. Sind demgegenüber kantonale oder kommunale Statistiken vorhanden, die zwar den Anforderungen von Art. 11 Abs. 4 VMWG nicht genügen (die also eine Missbräuchlichkeit des Mietzinses als solche nicht nachzuweisen vermöchten), gestützt auf welche sich aber dennoch gewisse Aussagen hinsichtlich der orts- und quartierüblichen Mietzinse machen lassen, so sollen diese, so das Bundesgericht, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung mitberücksichtigt werden, wobei die entsprechenden statistischen Angaben gegebenenfalls aufgrund von Besonderheiten der fraglichen Wohnung im Einzelfall ermessensweise anzupassen sind (BGer, 4A\_554/2019, 26. Oktober 2020, E. 6.1.3 [zur Publ. vorgesehen]; 4A\_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.3.1; vgl. auch BGer, 4A\_250/2012 vom 28. August 2012, E. 2.4; 4A\_3/2011 vom 28. Februar 2011, E. 5.2).

### **E. 6.3.4**

Diese Rechtsprechung ist nach Auffassung der Kammer in (nur) einem Punkt zu präzisieren bzw. zu relativieren. Verweigert die Vermieterin die ihr obliegende Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung und kann eine Nettoenditeberechnung aus diesem Grund nicht durchgeführt – und ein sich an der zulässigen

- 20 - Nettoendite orientierender Anfangsmietzins auch nicht annäherungsweise geschätzt – werden, so darf nicht stattdessen auf das absolute Kriterium des orts- und quartierüblichen Mietzinses abgestellt werden. Bei Liegenschaften, die weniger als 30 Jahre vor Beginn des Mietverhältnisses erstellt bzw. erworben worden sind (sog. "Neuliegenschaften"; vgl. BGE 144 III 514, E. 3), kommt dem Kriterium der Kostenmiete (Art. 269 OR) gegenüber jenem der Vergleichsmiete (Art. 269a lit. a OR) Vorrang zu, und es hat der Mieter grundsätzlich Anspruch darauf, dass der Anfangsmietzins anhand einer Nettoenditeberechnung überprüft

und gegebenenfalls anhand dieses Kriteriums neu festgesetzt wird. Beruft sich der Mieter darauf, die Vermieterin erziele eine übersetzte Nettorendite, so ist nur dann ausnahmsweise auf das Kriterium der Vergleichsmiete auszuweichen, wenn sich die zulässige Nettorendite wegen objektiver Beweislosigkeit nicht feststellen lässt (vgl. insb. BGer, 4A\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 4.2 [zur Publ. vorgesehen]; BGE 124 III 310, E. 2b; 140 III 433, E. 3.1, je m.w.Nw.). Gründet die Beweislosigkeit jedoch einzig in der Verweigerung der Vermieterin, die notwendigen Angaben zu machen bzw. die relevanten Unterlagen einzureichen, so kann dies nicht zur Folge haben, dass anstelle einer Kostenmiete auf den üblichen Mietzins abgestellt wird. Der Vermieterin darf nämlich nicht gestattet werden, sich durch ihre Verweigerungshaltung letztlich dem Einwand des Mieters zu entziehen, sie erziele aus der Mietsache einen übersetzten Ertrag, und dadurch seinen Anspruch auf Festsetzung des Mietzinses auf Grundlage einer Nettorenditeberechnung zu unterlaufen.

### **E. 6.3.5**

Wenn das Bundesgericht dafürhält, es seien verfügbare kantonale oder kommunale Statistiken – die naturgemäss nur Aussagen über den orts- und quartierüblichen Mietzins zulassen (Art. 269 lit. a OR) – im Rahmen der richterlichen Mietzinsfestsetzung auch dann mitzuberechnen, wenn dem Kriterium der Kostenmiete (Art. 269 OR) Vorrang zukommt und wenn dem Mieter, der sich auf dieses Kriterium beruft, ein Nachweis der zulässigen Nettorendite einzig aufgrund einer ungerechtfertigten Mitwirkungsverweigerung der Vermieterin misslingt (BGer, 4A\_554/2019, 26. Oktober 2020, E. 6.1.3/b [zur Publ. vorgesehen]; 4A\_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.3.1/b), so kann damit nicht gemeint sein, dass die Festsetzung des Anfangsmietzinses in einem solchen Fall auf der

- 21 - Grundlage des Kriteriums der Vergleichsmiete zu erfolgen hat. Vielmehr muss es grundsätzlich, wenn die zulässige Nettorendite nicht aufgrund anderer Beweismittel wenigstens annäherungsweise geschätzt werden kann, bei den Behauptungen des Mieters bleiben, die dieser zur Kostenmiete aufgestellt hat. Andernfalls würde der Vermieterin erlaubt, durch ihre ungerechtfertigte Mitwirkungsverweigerung eine – für sie unter Umständen günstige – Auswechslung des massgeblichen materiell-rechtlichen Beurteilungskriteriums herbeizuführen.

### **E. 6.3.6**

Eine Ausnahme ist höchstens dann zu machen, wenn sich die Behauptungen des Mieters zur zulässigen Nettorendite, die dieser im Falle einer vollständigen Mitwirkungsverweigerung der Vermieterin regelmässig "ins Blaue hinaus" machen muss, als geradezu absurd und offensichtlich unhaltbar erweisen, i.e. wenn der Mieter eine Kostenmiete behauptet, die in schlechterdings stossender Weise als offenkundig zu tief erscheint. Ob dies der Fall ist – und nur dies –, ist gegebenenfalls anhand eines Vergleichs mit den orts- und quartierüblichen Mietzinsen zu überprüfen. Diese reine Plausibilitätsprüfung der unbelegten Behauptungen des Mieters anhand der Vergleichsmiete darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass letztlich das Kriterium der Kostenmiete – und entsprechend die Behauptungen des Mieters dazu – relevant bleibt. Davon ist nur abzurücken, wenn die behauptete Kostenmiete ohne plausiblen Grund in keinem vernünftigen Verhältnis zur Vergleichsmiete steht und deshalb als offensichtlich abwegig erscheint.

### **E. 6.4**

Vorliegend kann eine Nettorenditeberechnung nicht aufgestellt und der auf einer zulässigen Nettorendite basierende Mietzins auch nicht annäherungsweise geschätzt werden, weil es an jeglichen Angaben und Unterlagen zu den hierfür relevanten Elementen fehlt. Dieser Mangel ist, wie bereits ausgeführt, der Beklagten anzulasten, die die ihr obliegende Mitwirkung in ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Andere Beweismittel, die eine grobe Schätzung der Kostenmiete ermöglichen würden, sind nicht vorhanden. Nach dem Gesagten verbietet es sich vor diesem Hintergrund, anstelle des vorrangigen Kriteriums der Kostenmiete auf jenes der Vergleichsmiete abzustellen und den Anfangsmietzins nach Massgabe des orts- und quartierüblichen Mietzinses festzusetzen.

- 22 - Diese Grundsätze verkennt die Beklagte, wenn sie geltend macht, der Kläger habe einen orts- und quartierüblichen Nettomietzins von monatlich Fr. 1'370.– anerkannt und es sei wenigstens darauf abzustellen (act. 48 S. 7 f., 14). Es trifft zu, dass der Kläger vor Vorinstanz eine Vergleichsmiete in dieser Höhe zugestanden (act. 28 Rz. 20; Prot. Vi., S. 27) – und hierfür einige Vergleichsobjekte beigebracht (act. 30/6) – hat und dass ein solches Zugeständnis grundsätzlich auch im Rahmen der hier geltenden sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) Beachtung finden muss (vgl. BGer, 4A\_360/2015 vom 12. November 2015, E. 4.2). Entscheidend ist aber, dass sich der Kläger in seinem Hauptstandpunkt stets auf die vorrangige Nettorenditeberechnung berufen und einen orts- und quartierüblichen Mietzins von monatlich Fr. 1'370.– nur eventualiter für den Fall eingestanden hat, dass seiner Rechtsauffassung nicht gefolgt und die Vergleichsmiete als vorrangig erachtet wird (act. 28 Rz. 18 ff.; Prot. Vi., S. 27). Wie dargelegt, erweist sich die Auffassung des Klägers aber als zutreffend, d.h. es ist dem Kriterium der Kostenmiete Vorrang einzuräumen, und diesbezüglich hat er letztlich einen Betrag von monatlich Fr. 1'200.– behauptet (Prot. Vi., S. 27 f.). Darauf ist nach dem Gesagten im Grundsatz abzustellen, sofern sich diese Behauptung – gemessen an einer Vergleichsmiete – nicht als geradezu absurd und abwegig erweist. Wie noch auszuführen sein wird, ist dies nicht der Fall (unten, E. 6.6-6.7).

## **E. 6.5**

Ebenfalls zum Scheitern verurteilt ist das Vorbringen der Beklagten, es sei zur Festsetzung des Anfangsmietzinses auf den Vormietzins abzustellen und dieser um 10% zu erhöhen bzw. sei eventualiter ein gerichtliches Gutachten über die Mietzinshöhe einzuholen oder der Mietzins gestützt auf die Erfahrungen und Fachkenntnisse des Gerichts sowie einen Augenschein festzusetzen (act. 48 S. 7, 9, 13 f.).

### **E. 6.5.1**

Eine richterliche Mietzinsfestsetzung auf der Grundlage des (unter Umständen pauschal zu erhöhenden) Vormietzinses verbietet sich in einem Fall wie dem vorliegenden. Ist eine Berechnung der zulässigen Nettorendite, wie hier, nur deshalb nicht möglich, weil die Vermieterin die ihr obliegende Mitwirkung verweigert, so geht es nicht an, stattdessen auf den Vormietzins zurückzugreifen und der

- 23 - Vermieterin dadurch zu erlauben, sich durch ihre Verweigerung letztlich dem Einwand des Mieters zu entziehen, sie erziele – gegebenenfalls bereits mit dem Vormietzins – einen übersetzten Ertrag. In diesem Punkt unterscheidet sich der vorliegende Fall massgeblich von jenem, der dem Entscheid NG190019 der Kammer vom 2. März 2020, ZR 119/2020 Nr. 13, E. 9.6, zugrunde lag. In letzterem Fall ergab sich die Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses letztlich aus einer natürlichen Vermutung und es war

der Vermieterin eine Mitwirkungsverweigerung nicht vorzuwerfen. Anders als in der hier zu beurteilenden Konstellation mag ein Rückgriff auf den Vormietzins – und gegebenenfalls eine pauschale Erhöhung – dann in Betracht kommen (vgl. auch BGE 139 III 13, E. 3.5).

### **E. 6.5.2**

Ein von der Beklagten verlangtes gerichtliches Gutachten i.S.v. Art. 183 ff. ZPO erweist sich von vornherein als untaugliches Instrument zur Festlegung des Anfangsmietzins. Dies trifft nicht nur mit Bezug auf den (hier nicht relevanten) orts- und quartierüblichen Mietzins zu, wie die Kammer bereits im Entscheid NG190019 vom 2. März 2020, ZR 119/2020 Nr. 13, E. 9.11-9.13, ausführlich dargestellt hat, sondern auch hinsichtlich der hier massgeblichen Kostenmiete. Würden die hierfür erforderlichen Angaben und Unterlagen vorliegen, könnte eine entsprechende Berechnung der zulässigen Nettorendite ohne Weiteres durch das Gericht selber vorgenommen werden, denn besonderes Fachwissen wäre hierfür nicht erforderlich. Sind demgegenüber die notwendigen tatsächlichen Grundlagen nicht bekannt (etwa der seinerzeit bezahlte Kaufpreis für die vermietete Liegenschaft, allfällige Gebäudeerstellungskosten oder das investierte Fremdkapital; vgl. oben, E. 5.2 und 5.5), so wäre es verfehlt, zu verlangen, dass ein gerichtlich bestellter Gutachter diese Tatsachen selber in Erfahrung bringen soll. Das Beweismittel des Gutachtens i.S.v. Art. 183 ff. ZPO dient dazu, konkrete – bereits substantiiert behauptete – Tatsachen zu beweisen, und ist grundsätzlich nicht ein Instrument dafür, den nicht behaupteten bzw. nicht bekannten Sachverhalt erst noch zu ermitteln (eine beschränkte Sachverhaltsermittlung durch den Gutachter ist zwar möglich [vgl. Art. 186 ZPO; BGer, 4A\_85/2017 vom 4. September 2017, E. 2.2.1], diese kann aber nicht die von den Parteien aufzustellenden und zu sub-

- 24 - stanzierenden Tatsachenbehauptungen ersetzen und verbietet sich von vornherein in Bereichen, in denen Fachwissen nicht erforderlich ist).

### **E. 6.5.3**

Nichts anderes gilt mit Bezug auf den Antrag der Beklagten, das Gericht solle den Anfangsmietzins gestützt auf seine Erfahrungen und Fachkenntnisse sowie einen Augenschein festlegen. Die für eine Nettorenditeberechnung erforderlichen Tatsachen sind dem Gericht nicht bekannt und es kann eine Schätzung der zulässigen Nettorendite ohne gewisse Grundparameter auch nicht annäherungsweise vorgenommen werden. Daran würden weder besondere Fachkenntnisse bzw. Erfahrungswerte des Gerichts noch ein Augenschein etwas ändern. Die relevanten Kenngrössen liessen sich damit offenkundig nicht ermitteln.

### **E. 6.6**

Die Vorinstanz hat im Rahmen der richterlichen Neufestsetzung des Anfangsmietzins unmittelbar auf die Mietpreisstrukturerhebung 2006 und den Mietpreisindex der Stadt Zürich – also auf verfügbare amtliche Statistiken und damit letztlich auf das Kriterium des üblichen Mietzinses – abgestellt. Dieses Vorgehen erweist sich in der vorliegenden Konstellation nach dem Gesagten als unrichtig. Aufgrund des Vorrangs des Kriteriums der Kostenmiete und der diesbezüglichen, von der Beklagten verursachten Beweislosigkeit ist vielmehr auf die unbelegten Behauptungen des Klägers zur zulässigen Nettorendite der Beklagten abzustellen, sofern sich diese nicht als offensichtlich unrichtig erweisen. Nur (aber immerhin) zu diesem Zweck, i.e. der Plausibilisierung der klägerischen Behaupt-

tungen, kann der orts- und quartierübliche Mietzins – und entsprechend verfügbare amtliche Statistiken – herangezogen werden. Die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend den üblichen Mietzins, die sich entscheidend auf die Mietpreisstrukturerhebung 2006 und den Mietpreisindex der Stadt Zürich stützen, erweisen sich folglich von vornherein nur unter diesem Gesichtspunkt als relevant.

#### **E. 6.7**

Die Beklagte macht in ihrer Berufung in diesem Zusammenhang geltend, die von der Vorinstanz herangezogene Mietpreisstrukturerhebung 2006 und der Mietpreisindex der Stadt Zürich seien als solche in mehrfacher Hinsicht ungeeignet, den üblichen Mietzins zu bestimmen, bzw. habe die Vorinstanz darauf nicht abstellen dürfen, weil sich keine der Parteien darauf berufen habe. Diese Beanstandungen sind nicht zielführend. Selbst wenn sie zutreffen sollten, was offen

- 25 - bleiben kann, würde dies nicht zur Gutheissung der Berufung führen. Die Beklagte hat selbst keine anderen Statistiken oder Vergleichsobjekte beigebracht, anhand welcher der übliche Mietzins bestimmt und die Plausibilität der andernfalls massgeblichen klägerischen Behauptungen zur Kostenmiete überprüft werden könnten. Kann aber auf die Mietpreisstrukturerhebung bzw. den Mietpreisindex der Stadt Zürich nicht abgestellt werden, wie die Beklagte im Ergebnis geltend macht, so ist nicht dargetan, inwiefern sich die Behauptung des Klägers, die zulässige Kostenmiete betrage monatlich Fr. 1'200.–, als offensichtlich unrichtig erweisen sollte. Auf die Beanstandungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Mietpreisstrukturerhebung 2006 und dem Mietpreisindex der Stadt Zürich braucht deshalb nicht eingegangen zu werden. Zu keinem anderen Ergebnis führt der Umstand, dass der Kläger einen orts- und quartierüblichen Mietzins von monatlich Fr. 1'370.– anerkannt hat. Eine Differenz von Fr. 170.– bzw. etwas mehr als 10% zwischen der behaupteten Kosten- und der Vergleichsmiete lässt die klägerischen Behauptungen zur zulässigen Nettorendite jedenfalls nicht als offensichtlich unrichtig erscheinen, so dass es dabei sein Bewenden haben muss.

#### **E. 6.8**

Die vorinstanzliche Mietzinsfestsetzung auf monatlich netto Fr. 1'200.– erweist sich damit im Ergebnis als zutreffend, denn der von der Vorinstanz gestützt auf die Mietpreisstrukturerhebung 2006 und den Mietpreisindex der Stadt Zürich ermittelte übliche Mietzins entspricht der vom Kläger behaupteten Kostenmiete, auf die hier abzustellen ist. Die Berufung erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 7.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die erst- und die zweitinstanzlichen Prozesskosten der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurde nicht beanstandet. Es bleibt daher beim erstinstanzlichen Kostendispositiv.

- 26 -

##### **E. 7.2**

Bei einem Streitwert von Fr. 91'200.– (vgl. § 12 Abs. 2 GebV OG und oben, E. 2.1) ist die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren gestützt auf § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1–3 GebV OG auf Fr. 5'600.– festzusetzen und mit dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, dem Kläger mangels Umtrieben, die zu entschädigen wären. Es wird beschlossen:

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