

ZMP 2020 Nr. 13

Art. 253b Abs. 3 OR; Art. 269 OR; Art. 269a lit. a OR; Art. 270 OR; Art. 270a OR. Mit öffentlichen Mitteln geförderter und kontrollierter Wohnbau: Abgrenzung von Zivil- und Verwaltungsweg. Bestimmung des Anfangsmietzinses bei Unmöglichkeit einer Renditeberechnung und gescheitertem Nachweis der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete. Mietzinssenkung wegen Referenzzinssenkung.

Dass sich ein privater Anbieter auf politischen Druck hin einer Mietzinskontrolle durch das Gemeinwesen unterzieht, verdrängt die Zivilgerichtsbarkeit nicht, soweit nicht alle Voraussetzungen von Art. 253b Abs. 3 OR erfüllt sind. Ein subventioniertes Wohnbauprojekt muss auf dem einschlägigen öffentlichen Recht beruhen und dem Zweck der Wohnbauförderung dienen, damit die Verlagerungswirkung eintritt (MG E. V.1; OG-Zwischenentscheid E. III.4).

Eine Nettorenditeberechnung gestützt auf die Heimfallentschädigung für das Baurecht auf der Mietliegenschaft ist nicht zulässig. Bringen beide Parteien zur Bestimmung der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete keine Vergleichsobjekte bei, kann diese nicht durch ein gerichtliches Gutachten bestimmt werden. Vielmehr kommt es zu einer gerichtlichen Mietzinsfestsetzung nach freiem Ermessen gestützt auf die verfügbaren Daten. Im konkreten Fall erfolgt ein Rückgriff auf die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006, korrigiert um den Mietpreisindex (MG E. V.2.3-5 und V.3; OG-Endentscheid E. IV.3).

Ein Mietzinssenkungsbegehren wegen einer Referenzzinssenkung ist abzuweisen, wenn der geltende Mietzins trotz der Senkung noch immer mit dem nach der angewandten gerichtlichen Methode bestimmten Anfangsmietzins im Einklang steht. Dass die Vermieterin in einem Parteivortrag die Senkung zugestanden hat, ist mangels Unterzeichnung des Protokolles bedeutungslos (OG-Endentscheid, E. V).

Aus dem **Urteil des Mietgerichts** MA170005-L vom 12. September 2019 (Entscheidung des Obergerichts im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber, Huggenberger, Nef; Gerichtsschreiberin Wallace):

"(...)

I. Prozessgeschichte

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.

2. Mit Eingabe vom 27. Dezember 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin fristgerecht Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren sowie die Klagebewilligungen beim hiesigen Gericht ein. Mit Beschluss vom 11. Januar 2018 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 7'070.– zu leisten und die Prozessleitung wurde an den Mietgerichtspräsidenten delegiert. Nachdem der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet worden war, wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 31. Mai 2018 vorgeladen. Die Klägerin erklärte anlässlich der Hauptverhandlung, nicht sofort zu den zahlreichen neu eingereichten Belegen der Beklagten Stellung nehmen zu können. Das nachfolgend gestellte Gesuch der Beklagten, das Verfahren auf dem Schriftweg fortzusetzen, wurde vom Vorsitzenden abgelehnt. In der Folge wurden die Parteien am 3. Juli 2018 zur Fortsetzung der Hauptverhandlung auf den 4. Oktober 2018 vorgeladen. Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung gaben die Rechtsvertreter die Replik und Duplik zu Protokoll und erhielten die Gelegenheit, zu den Noven Stellung zu nehmen. Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung offerierten zudem sowohl die Klägerin wie auch die Beklagte zum Beweis einen gerichtlichen Augenschein in der streitgegenständlichen Wohnung. Am 13. November 2018 erging diesbezüglich der Beweisbeschluss, woraufhin die Parteien am 6. Dezember 2018 zum Augenschein auf den 4. April 2019 vorgeladen wurden. Noch vor Durchführung des Augenscheins haben Abklärungen der Mietgerichtskanzlei ergeben, dass die Klägerin aus der streitgegenständlichen Wohnung ausgezogen ist. Die Durchführung des Augenscheins konnte jedoch aufgrund der Mitwirkung der neuen Mieter gewährleistet wer-

den. Bezüglich der Schlussvorträge wurde mit den Parteien vereinbart, diese grundsätzlich auf eine einzige schriftliche Stellungnahme jeder Seite zum Augenschein zu beschränken, wobei jede Seite das Recht haben sollte, die Ansetzung einer Verhandlung zu beantragen. In der Folge wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 23. April 2019 Frist angesetzt, um die schriftliche Stellungnahme zum Augenschein einzureichen. Die entsprechenden Eingaben erfolgten innert Frist und datieren vom 15. Mai und 11. Juni 2019. Eine weitere Verhandlung wurde von keiner Seite beantragt. Mit Präsidialverfügung vom 14. Juni 2019 wurden die Eingaben der jeweiligen Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt und das Verfahren für spruchreif erklärt.

II. Prozessuales

1. Prozessvoraussetzungen. Zivilweg

1.1. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, wobei die Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen ist (Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzung ist unter anderem die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Das Mietgericht hat im Rahmen seiner zivilgerichtlichen Kompetenz u.a. Streitigkeiten betreffend Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gemäss Art. 269 ff. OR zu beurteilen. Gemäss Art. 253b Abs. 3 OR gelten die Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse hingegen nicht für Wohnräume, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde und deren Mietzinse durch eine Behörde kontrolliert werden. Sofern diese beiden Elemente kumulativ erfüllt sind, steht der Zivilweg nicht offen. Vielmehr wird die zivilrichterliche Überprüfung des Mietzinses durch eine solche der zuständigen Verwaltungsbehörden und -gerichte ersetzt (BGE 124 III 463 = Pra 1999 Nr. 35; SVIT-K-ROHRER, Art. 253b N 17 ff. sowie Art. 269d N 4; ZK-HIGI, Vor Art. 269–270e N 29 ff.; HIGI, AJP 1999, S. 105; BISANG, MRA 1/99 S. 11 ff.; BGer 2A.254/2002 vom 3.12.2002 = mp 1/03 S. 5 ff.). Zweck dieses Verweises ist die Vermeidung einer doppelten Kontrolle und widersprüchlicher richterlicher Entscheide (BGE 124 III 463 E. 4b/dd).

1.2. Vorliegend ist zwischen den Parteien streitig, ob die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gemäss Art. 269 ff. OR zur Anwendung

gelangen. Von der Anwendbarkeit der Missbrauchsgesetzgebung gemäss Art. 269 ff. OR hängt nach dem Gesagten nicht nur die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts ab, sondern auch die Zulässigkeit der Beschreitung des Zivilwegs i.S.v. Art. 1 lit. a ZPO.

1.3. Tatsachen, die sowohl für die Befugnis des angerufenen Gerichts zur Beurteilung eines Anspruchs als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind, werden als doppelrelevant bezeichnet. Sie sind erst im Zeitpunkt der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs zu untersuchen. Für die Beurteilung der Klagevoraussetzungen werden sie auch bei Bestreitung durch die Gegenpartei als wahr unterstellt. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann. Wenn das Gericht seine Entscheidbefugnis aber (von Amtes wegen) aufgrund einer schlüssig vorgebrachten doppelrelevanten und damit als wahr vorausgesetzten Tatsache bejaht, tritt es auf die Sache ein und fällt nach Durchführung des Prozesses einen Sachentscheid – jedenfalls soweit dies aufgrund der Anträge der Parteien möglich ist. Wenn es sich bei der materiellen Prüfung zeigt, dass die doppelrelevante Tatsache nicht bewiesen werden kann, weist das Gericht die Klage mit einem der Rechtskraft fähigen Entscheid ab. Es kann diesfalls nicht mehr auf seinen Eintretensentscheid zurückkommen (BGE 141 III 294; vgl. zur zeitweise schwankenden Rechtsprechung LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2015, ZBJV 2017, S. 246 f.; BSK ZPO-KAISER JOB, 3. Aufl., Art. 33 N 21).

Diese Rechtsprechung kann allerdings keine Geltung beanspruchen, soweit nicht nur die Zuständigkeit von der betroffenen Rechtsfrage abhängt, sondern schon die Frage, ob der Zivilweg im Sinne von Art. 1 lit. a ZPO überhaupt offen steht oder nicht. Die Rechtsprechung zu den doppelt relevanten Tatsachen fusst letztlich auf der Verfahrensmaxime der gerichtlichen (Zivil-)Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO): Der Zweck dieser Norm liegt nicht nur darin, die Rechtsanwendung nicht ins Belieben der Parteien zu stellen. Vielmehr soll darüber hinaus das einmal für zuständig befundene Gericht im Interesse der Parteien einen Zivilan-

spruch unter allen möglichen rechtlichen Titeln prüfen und nicht nur unter dem Blickwinkel insbesondere einer spezialgerichtlichen Zuständigkeit. Dies ist solange unproblematisch, als die Rechtsanwendung auf dem Zivilweg zu erfolgen hat. Es ist dem Mietgericht aber jedenfalls verwehrt, Kontrollfunktionen wahrzunehmen, die den Verwaltungsbehörden und -gerichten bzw. dem Verwaltungsweg zugewiesen sind. Insofern handelt es sich bei der hier vorzunehmenden Abgrenzung letztlich nur um eine einfach relevante Tatsache, so dass ein Nichteintretensentscheid zu ergehen hätte, wenn das Gericht zum Schluss gelangen würde, im vorliegenden Fall komme die Mietzinskontrolle auf dem Verwaltungsweg zum Zug.

2. Zivilgerichtliche Zuständigkeit und Verfahren

2.1. Vorausgesetzt, der Zivilweg steht im vorliegenden Fall offen, ist die Zuständigkeit des Mietgerichts als Kollegialbehörde zur Behandlung der vorliegenden Streit Sache unproblematisch, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis, dem eine im Bezirk Zürich gelegene Wohnung zugrunde liegt und beträgt der Streitwert doch mehr als Fr. 30'000.– (Art. 33 ZPO; Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 21 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 26 GOG ZH). Die Zuständigkeit des Mietgerichts ist im Falle der Bejahung der Anwendbarkeit der Missbrauchsgesetzgebung unbestritten.

2.2. Für Prozesse um den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Das Gericht stellt dabei den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Es beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BGE 125 III 231 E. 4a; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N 4). Für das Ausmass der richterlichen Hilfe ist unter anderem ausschlaggebend, wie kompliziert die Materie ist, wie weit die intellektuellen Fähigkeiten der betroffenen Partei reichen, ob diese anwaltlich vertreten oder rechtskundig ist und ob ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 16 ff.; KUKO ZPO-FRAEFEL, 2. Aufl., Art. 247 N 10; BRUNNER/STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 247 N 12).

III. Ausgangslage

1. Streitbetroffene Liegenschaft

1.1. Im Jahr 1951 räumte die Stadt Zürich der A. AG (damalige Firma der heutigen Beklagten) ein Baurecht über ein Grundstück an der Ecke N.-strasse/O.-strasse ein. Gleichzeitig konnte die A. AG auch das Nachbargrundstück der B. AG zu den gleichen Bedingungen im Baurecht übernehmen. Die A. AG erstellte gestützt darauf auf den beiden Grundstücken die zwei Wohnhochhäuser (...) mit insgesamt 88 2- und 3-Zimmer-Wohnungen, darunter auch die streitbetroffene Wohnung, sowie verschiedene Nebengebäude. Die Häuser sind mittlerweile im Inventar der kunst- und kulturhistorischen Schutzobjekte von kommunaler Bedeutung aufgenommen. Im Jahr 1954 konnte die Stadt Zürich das Grundstück der B. AG erwerben und trat an deren Stelle als Baurechtsgeberin in das zweite Baurecht ein.

1.2. Im gleichen Zeitraum gewährte die Stadt Zürich der Beklagten mit Darlehensvertrag vom 6. Juli 1955 ein Darlehen in der Höhe von Fr. 3'600'000.–. Im Rahmen dieses Vertrages wurden die Wohnungsmietzinse in den beiden Hochhäusern der behördlichen Kontrolle unterstellt. Die Stadt Zürich liess sich von der Beklagten die Zusicherung geben, dass die Wohnungsmietzinse nur mit ihrer Zustimmung geändert werden dürfen. Am 31. August 1964 gewährte die Stadt Zürich der Beklagten ein weiteres Darlehen in Höhe von Fr. 37'000.– für die Erstellung von Parkplätzen. Beide Darlehensverträge wurden auf den 30. Juni 1994 gekündigt. Damit fiel die ursprünglich vereinbarte Mietzinskontrolle weg.

1.3. Aufgrund anstehender umfassender Sanierungsmassnahmen und der daraus resultierenden hohen Investitionskosten einigten sich die Stadt und die Beklagte am 12. November 2004 darauf, die bestehenden Baurechte bis ins Jahr 2066 zu verlängern. Gleichzeitig wurden die beiden Grundstücke bzw. Baurechte vereinigt sowie die Vertragsbestimmungen den üblichen Baurechtsbedingungen angepasst. Die Beklagte kam sodann mit der Stadt Zürich überein, die nicht konsumierte Ausnutzung des stark unternutzten Grundstücks im Eigentum der Stadt zu belassen. Aufgrund eines Referendums war eine Zustimmung der Stimmberechtigten zur Baurechtsverlängerung erforderlich, welche am 27. November 2005 erteilt wurde.

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 Kostenmietprinzip 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.

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“.

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 Gesamtenovation 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-*

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.

1.7. Mit E-Mail vom 24. November 2017 stellte sich E., Mitarbeiter des Rechtsdienstes des Finanzdepartements der Stadt Zürich, auf den Standpunkt, dass die Vereinbarung eine befristete Limitierung der Mietzinse und Kontrollaufgaben des Büros für Wohnbauförderung dazu beinhalte. Es habe seit Vertragsschluss keine Streitigkeiten über die sachliche Zuständigkeit zur Mietzinskontrolle gegeben, die Vereinbarung sei jedoch diesbezüglich nicht klar bzw. auslegungsbedürftig. In einer weiteren E-Mail vom 27. November 2017 präzisierte E. auf Nachfrage gegenüber der Rechtsvertreterin der Klägerin, er sei (unpräjudiziell) der Ansicht, dass die Voraussetzungen für eine behördliche Mietzinskontrolle im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR vorliegend nicht gegeben seien und eine entsprechende Mietzinskontrolle unter Ausschluss der Missbrauchsgesetzgebung bzw. des Schlichtungsverfahrens mit der Vereinbarung nicht beabsichtigt gewesen sei.

2. Das Mietverhältnis

2.1. Mit Mietvertrag für Wohnräume vom 7. April 2017 mietete die Klägerin von der Beklagten eine 3-Zimmer-Wohnung im 7. Stockwerk in der Liegenschaft N.-strasse y, 8003 Zürich, zu einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 1'680.– zuzüglich Fr. 184.– Betriebskosten akonto und Fr. 140.– Heizung und Warmwasser akonto pro Monat. Als Mietbeginn vereinbarten die Parteien den 16. Juni 2017. Als Berechnungsgrundlagen wurden ein Referenzzinssatz von 1.75 %, der Landesindex der Konsumentenpreise (Basis 2015) vom 31. März 2017 sowie der Kostenstand per 31. März 2017 festgelegt.

2.2. Anlässlich des Abschlusses dieses Mietvertrages wurde der Klägerin ebenfalls am 7. April 2017 durch die Verwalterin der Beklagten auf dem entsprechenden Formular gemäss Art. 270 Abs. 2 i.V.m. Art. 269d OR der Anfangsmietzins mitgeteilt. Gemäss Anfangsmietzinsformular betrug der frühere Nettomietzins seit dem 1. Juni 2016 Fr. 984.– pro Monat. Eine Begründung für die Erhöhung des Anfangsmietzinses auf Fr. 1'680.– pro Monat ist dieser Mitteilung nicht zu entnehmen. Es wurden lediglich die Berechnungsgrundlagen, nämlich der Referenzzinssatz von 1.75 %, die Teuerung von 100.7 Punkten, Stand 31. März 2017 (Basis 2015) sowie der Ausgleich der allgemeinen Kostensteigerung bis 31. März 2017 angeführt.

2.3. Auf Wunsch der Klägerin wurde die Erhöhung des Mietzinses mit Schreiben vom 10. Juli 2017 begründet sowie ein neues Formular zugestellt, in welchem auf die Begründung verwiesen wurde. So würden die Mietzinse der von der Klägerin bewohnten Liegenschaft in Absprache mit der Stadt Zürich festgelegt. Die Anpassung berücksichtige die Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses, wobei der Mietzins für die von der Klägerin gemietete Wohnung gemäss Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung mindestens 18 % unterhalb der jeweils hedonistisch ermittelten Abschluss-Nettomieten vergleichbarer Altbauwohnungen im Quartier Sihlfeld zu liegen habe. Die Mietzinse würden vom Büro für Wohnbauförderung des Finanzdepartementes der Stadt Zürich regelmässig kontrolliert.

2.4. Mit Schreiben vom 4. August 2017 kündigte die Verwalterin der Beklagten schliesslich eine Mietzinssenkung per 1. Dezember 2017 an, wonach der bisherige Nettomietzins neu Fr. 1'635.– betrage, was auf den gesunkenen Referenzzinssatz von 1.75 % auf 1.5 % per 2. Juni 2017 sowie auf den Teuerungsausgleich auf 100.9 Punkte per 30. Juni 2017 zurückzuführen sei, wobei die allgemeine Kostensteigerung von 31. März 2017 bis 30. Juni 2017 ausgeglichen sei.

IV. Parteistandpunkte

1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin verlangt von der Beklagten eine Herabsetzung des ihrer Ansicht nach missbräuchlichen Anfangsmietzinses von netto Fr. 1'680.– auf Fr. 1'100.–. Sie ist der Auffassung, dass die Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem vom Vormieter

verlangten Mietzins gestützt auf die Orts- und Quartierüblichkeit bzw. auf die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung missbräuchlich im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR sei.

Das Mietgericht sei für das Verfahren sachlich zuständig, da die streitbetroffene Liegenschaft nicht in den Anwendungsbereich von Art. 253b Abs. 3 OR falle. Die Mietzinskontrolle durch die Stadt Zürich sei mit der Kündigung der Darlehensverträge auf den 30. Juni 1994 entfallen. Hernach seien die Mietzinse effektiv auch nicht mehr von der Stadt Zürich kontrolliert worden. Die Funktionäre der Beklagten hätten sich dagegen gewehrt, die Mietzinse der städtischen Kontrolle zu unterstellen. Die streitgegenständliche Liegenschaft sei gemäss dem bestehenden Baurechtsvertrag keiner Mietzinskontrolle unterworfen und auch die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung lege lediglich die Obergrenzen für die Mietzinse fest. Die Stadt Zürich kontrolliere nur, ob die Vereinbarung eingehalten werde. Sie kontrolliere jedoch nicht die Mietzinse und setze sie auch nicht fest. Da die Beklagte nur verpflichtet sei, der Stadt Zürich alle zwei Jahre eine aktuelle Mieterliste mit Angabe der Nettomietzinsen und der entsprechenden Grundlagen einzureichen, habe die Stadt Zürich bis anhin überhaupt nichts kontrolliert. Die Obergrenze orientiere sich auch nicht am Kostenmietemodell für subventionierte Wohnungen, sondern an der Orts- und Quartierüblichkeit bzw. an einer hedonistischen Methode, welche für die Mieter schlechter sei als die Vergleichsmiete. Eine solche Vereinbarung, wie sie mit der Beklagten geschlossen worden sei, habe nicht zum Zweck, die Missbrauchskontrolle gemäss OR ausser Kraft zu setzen. Die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung sollte vielmehr sicherstellen, dass "keine Wuchermietzinse" verlangt würden, während die Stadt Zürich dem Vermieter Baurechte zu günstigen Mietzinsen einräume. Die behördliche Mietzinskontrolle ersetze die richterliche Überprüfung gemäss OR nur, wenn die einzelnen Mietzinsfestsetzungen direkt vom Mieter angefochten werden könnten, wie dies bei subventionierten Wohnungen der Fall sei. Die Stadt Zürich könne Art. 270 OR nicht durch eine Vereinbarung mit einer privaten Gesellschaft aushöhlen. Dass für umfassende Sanierungen gemäss Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung die Bewilligung der Stadt Zürich einzuholen sei, sei ausschliesslich im Hinblick auf die Heimfallentschädigung vereinbart worden und nicht wegen

der daraus resultierenden Mietzinserhöhung. Die Stadt Zürich überprüfe nicht Mietzinserhöhungen gestützt auf umfassende Sanierungen, weil diese gemäss OR zu beurteilen seien.

Es handle sich im Übrigen beim Mietobjekt nicht um eine subventionierte Wohnung, da sich der Baurechtszins als üblich erweise. Daher sei irrelevant, dass die Beklagte irgendwann einmal von der Stadt Zürich subventioniert worden sei. Für den Ausschluss der Missbrauchsgesetzgebung genüge es nicht, wenn zu einem früheren Zeitpunkt eine Förderung durch die öffentliche Hand stattgefunden habe. Ferner figuriere die streitgegenständliche Liegenschaft auch nicht auf der Liste der subventionierten Wohnungen der Stadt Zürich. Sie unterliege weder dem streng geregelten Kostenmietemodell, noch seien die strengen Vermietungsrichtlinien für subventionierte Wohnungen eingehalten worden. Zudem würden Mieterwechsel bei subventionierten Wohnungen kaum zu Mietzinserhöhungen führen, da solche Erhöhungen Ausfluss der Markt- und nicht der Kostenmiete seien. Schliesslich sei die Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung zwischen der Beklagten und der Stadt Zürich anlässlich der Ratssitzung vom 15. Juni 2016 nicht genehmigt, sondern lediglich zur Kenntnis genommen worden.

Hinsichtlich der Festsetzung des Anfangsmietzinses stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, den Nachweis der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses erbracht zu haben, da der Mietzins bei sinkender oder gleichbleibender Teuerung und sinkendem Referenzzinssatz gegenüber dem Vormietzins erheblich erhöht worden sei. Dies sei vorliegend bei einer Erhöhung um Fr. 696.– resp. 70.73 % der Fall. Es liege nun an der Beklagten, die These der Missbräuchlichkeit durch den Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit zu widerlegen. Sodann stehe der Klägerin die Einrede des übersetzten Ertrags offen. Die von der Beklagten ins Recht gelegte Auflistung der D. AG über die "Mietzinspotenziale" in der Liegenschaft sei nicht in Zusammenarbeit mit den städtischen Behörden erstellt worden und vermöge die Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses nicht zu beweisen. Der Detaillierungsgrad, wie er gemäss Art. 11 VMWG gefordert werde, werde bei den Erhebungen der D. AG nicht berücksichtigt.

Da die Beklagte den Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit nicht erbracht habe, sei der Mietzins richterlich festzusetzen. Das Gericht habe den Mietzins nach der relativen Methode ausgehend vom früheren Mietzins unter Berücksichtigung des Ertrages festzusetzen. Die Klägerin anerkenne eine Erhöhung um etwas mehr als 10 % gegenüber dem Vormietzins, weshalb der Mietzins mangels rechtsgenügender Statistiken auf diesem Niveau festzusetzen sei. Das Gericht dürfe den Mietzins auch im Falle einer richterlichen Festsetzung nicht gestützt auf einen Augenschein oder irgendwelche amtlichen Statistiken festsetzen. Überdies gebe es in der Stadt Zürich keine beweistauglichen amtlichen Statistiken, da diese nicht genügend detailliert seien. Würden offizielle Statistiken, welche zur Bestimmung des orts- und quartierüblichen Mietzinses beigezogen werden könnten, fehlen, so sei vom Vormietzins auszugehen und der Anfangsmietzins sei nach der relativen Methode festzusetzen.

Hinsichtlich des Augenscheins führt die Klägerin aus, dass die Situation in der Liegenschaft aufgrund der grossen Anzahl von Mietobjekten sehr anonym sei. Es gebe lediglich zwei Lifte, was nicht selten zu Wartezeiten führe. Auch die Waschmöglichkeiten seien alles andere als komfortabel. Den Mietern stehe höchstens ein Waschtag alle zwei Wochen zur Verfügung. Die Wohnung könne auch nicht als familienfreundlich bezeichnet werden. Überdies entspreche der Grundriss und die Zimmereinteilung dem Baustil der 50er-Jahre des letzten Jahrhunderts. Es sei nur eine relativ kleine Nasszelle vorhanden. Die Ausstattung sei veraltet. In der Wohnung gebe es wenig Stauraum. Obwohl sich die Wohnung in der 7. Etage befinde, sei die Aussicht alles andere als berauschend.

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 2. Juni 2017 von 1.75 % auf 1.5 % gesunkenen Referenzzinssatz sowie den Teuerungsausgleich von 100.7 Punkten per 31. März 2017 auf 100.9 Punkte per 30. Juni 2017.

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

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 hedonisch 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

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

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 Altbauhandlung 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 Mietzinsenerhöhungen 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.

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 Glaskeramikherd 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).

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

1.1. Grundlagen

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

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

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 (SCHOCH, 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.

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

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.

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 so dann, 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

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.

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

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.

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 (BBI 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).

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

gesetzliche Grundlage ist mindestens ein Gesetz im materiellen Sinne vorauszusetzen, 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

anmerken lassen müssen, die u.a. sicherstellt, dass die Wohnungen nach dem Grundsatz der Kostenmiete an berechnete 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 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.

1.3. Würdigung

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 Erlassen 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. Mietzinsgestaltung auch nicht etwa für analog anwendbar erklärt.

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.

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

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.

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

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-

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

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.

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

2.1. *Anfechtungsfrist*

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).

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

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).

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 versehene) 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.

2.2. *Erhebliche Erhöhung i.S.v. Art. 270 Abs. 1 lit. b OR*

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.

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

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).

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

2.3 *Kriterien zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit*

2.3.1. Nach Art. 269 OR sind Mietzinse u.a. missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird. Dagegen sind Mietzinse in der Regel insbesondere dann nicht missbräuchlich, wenn sie im Rahmen der orts- oder quartierüblichen 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 quartierüblichen 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 langjährige Eigentümer von Altbauten durch die Missbrauchsgesetzgebung gegenüber Neuerwerbenden nicht benachteiligt werden. Dies wäre bei einer vorbehaltlosen Zulassung einer Ertragsüberprüfung aber der Fall, weil bei Altbauten allenfalls vorhandene Angaben über Anlagekosten, frühere Investitionen etc. nicht den aktuellen realistischen 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).

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

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.

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 Verkehrswert der Liegenschaft kann nicht massgebend sein, da er zu ungerechtfertigten Inflationsgewinnen führen könnte. Die Berücksichtigung des Gebäudeversicherungswerts ist sodann ausgeschlossen, weil er die Wiedererrichtung des Gebäudes ermöglichen 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 entspricht 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 konkreten Investitionen des Bauberechtigten. Den Wert des Grund und Bodens, der mit dem Baurecht belastet ist, berücksichtigt die Heimfallentschädigung gar nicht.

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

2.4. *Beweislast*

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 geschuldet sind, welche hinsichtlich Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit dem streitgegenständlichen Mietobjekt vergleichbar sind (Art. 11 Abs. 1 VMWG).

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 Anfangsmietzinses 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.], 20^e 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 Bruttomietzinses um 10% als erheblich betrachtet wurde (BGer

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*, 19^e 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.

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 bewogen 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 vorausgegangen Mieter zuletzt bezahlten Zins abhängen kann. Denkbar ist für die Beurteilung der Erheblichkeit auch ein Rückgriff auf statistische Angaben,

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.

2.4.4. Im vorliegenden Fall wurde der Bruttomietzins gegenüber dem vorausgegangenen 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-Strukturhebung 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 Strukturhebung 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-

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 Erstellungsdatums 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.

2.5. *Gegenbeweis der Orts- und Quartierüblichkeit*

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).

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-

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.

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).

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

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.

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

3.1. Grundlagen

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 13 E. 3.5.2; BGE 142 III 568 E. 2.1). Wie bereits erwähnt, steht dem Mietgericht die Mietpreis-Strukturerhebung aus dem Jahr 2006 zur Verfügung, gestützt auf welche

ein Mietzins errechnet werden kann, wie nachfolgend zu zeigen ist. Richtig ist, dass die Erhebung nicht aktuell ist. Sie genügt aber anerkannten statistischen Kriterien, insbesondere was die Grösse der erfassten Stichprobe und die Auswertungsmethode betrifft. Mit dem von der Stadt Zürich darüber hinaus erhobenen Mietpreisindex ist zudem eine Anpassung an die Teuerungsentwicklung im Bereich der Wohnungsmietzinse möglich. Eine verlässlichere Methode zur Preisbestimmung besteht im Übrigen nicht. Die erhobenen Daten der kleineren Mietpreiserhebung aus den Jahren 2013-2017 sind nach Einschätzung von Statistik Zürich nicht verlässlich und weisen punkto Quadratmeterzahlen pro Quartier auch keine taugliche Detaillierung auf (vgl. act. 75; zur Priorität von statistischen Quadratmeterzahlen gegenüber anderen Erhebungsmethoden STASTNY, a.a.O., S. 217, Rz. 87); die Parteien haben sich deshalb zu recht nicht darauf berufen. Was das Alter der Strukturerhebung 2006 angeht, kann mittels Anpassung an den Mietpreisindex der Stadt Zürich der Entwicklung zumindest annäherungsweise Rechnung getragen werden (vgl. auch STASTNY, a.a.O., S. 218 f., Rz. 92 ff.). Diese Methode ist einer relativen Anpassung des Mietzinses gestützt auf die Missbrauchsgesetzgebung vorzuziehen, da die indexierten statistischen Mietzinse der Entwicklung der gesamten Bestandesmieten besser Rechnung tragen und damit näher beim Vergleichsmietekriterium liegen als eine Anpassung an die relativen Kostenfaktoren. Beim Mietpreisindex ist sodann nicht der (gesamt)schweizerische Mietzins des HEV (act. 21/15), sondern der genauere Mietpreisindex der Stadt Zürich zu verwenden, da letzterer die lokale Entwicklung abbildet und zudem von einer neutralen Stelle berechnet wird (vgl. STASTNY, a.a.O. S. 218 f., Rz. 92 ff., der überzeugend darauf hinweist, dass ältere Statistiken, die durch einen Mietindex an die aktuellen Verhältnisse angepasst werden, u.U. die auch der Orts- und Quartierüblichkeit zugrundezulegenden Bestandesmieten zumindest zuverlässiger abbilden als Neuvermietungsstatistiken). Die Grenzen des statistischen 95%-Vertrauensintervalls erlauben es zudem, den Mietzins anhand der Qualitätsmerkmale der Wohnung festzulegen.

Was die Parteien gegen diese Methode vorbringen, überzeugt nicht: Gewiss bildet die Statistik die Neuvermietungen nach 2006 nicht ab, wie die Beklagte vorbringen lässt. Wie schon gezeigt, schafft die Indexierung aber einen Ausgleich. Zudem existiert keine bessere Datengrundlage: Die allgemeine Marktentwicklung aus dem punkto Datenbasis intransparenten, nicht von einer neutralen Stelle entwickelten D.-

Modell abzulesen, wie die Beklagte vorschlägt, würde zu einem stark verzerrten Ergebnis führen, da die D. AG gerade nicht die Bestandesmieten ermittelt hat (vgl. zu den Abschlussmieten STASTNY, a.a.O., S. 223). Auch ein gerichtliches Gutachten zur Beurteilung der Marktentwicklung kommt nicht in Betracht, denn das Bundesgericht verlangt für die Lückenfüllung zu recht lediglich eine gerichtliche Ermessensbetätigung aufgrund der *verfügbaren* Daten. Ein Gutachten müsste zudem auf die Erstellung einer amtlichen Statistik im Rahmen des vorliegenden Verfahrens unter Erhebung einer breiten Datenbasis hinauslaufen, um eine höhere Überzeugungskraft zu erreichen als die Zugrundelegung der indexierten Strukturhebung 2006. Dies ist so wenig Aufgabe der Zivilgerichte wie die Beibringung von tauglichen Vergleichsobjekten. Ein Rückgriff auf den früheren Mietzins, wie die Klägerin ihn befürwortet, verbietet sich, weil hier die Vermieterin das Formular zur Festlegung des Anfangsmietzinses durchaus verwendet und jedenfalls innerhalb der vom Bundesgericht vorgegebenen Fristen auch eine Begründung für die Anpassung des Mietzinses geliefert und so die Klägerin in die Lage versetzt hat, sich über ihre Rechte und die schliesslich erfolgte Anfechtung klar zu werden. Der vorliegende Fall, bei welchem die richterliche Mietpreisfestsetzung nur mangels Nachweisbarkeit der Vergleichsmiete zum Zuge kommt, unterscheidet sich von den Fällen, bei welchen den betroffenen Mietern auch die Information über ihr Anfechtungsrecht und die Gründe der Mietpreisanpassung vorenthalten wurden (dazu STASTNY, a.a.O., S. 199 ff. und 223 f., Rz. 31 ff., und 108 ff.). Ein Rückgriff auf den Vormietzins würde möglicherweise der historischen Kostenstruktur der Baute besser Rechnung tragen als die statistische Methode. Er würde aber die Entwicklung auf dem Immobilienmarkt ignorieren, welcher der Gesetzgeber mit der Ermöglichung einer Anpassung an die Vergleichsmieten bei Altbauten im Rahmen einer Neuvermietung gerade Rechnung tragen wollte. Die richterliche Mietzinsfestsetzung hat sich möglichst an diesem Ziel zu orientieren.

3.2. *Bestimmung des vorliegenden Anfangsmietzinses*

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-

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.

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

Zürich auf, die in nummerierte Abschnitte unterteilt sind. Jede Adresse lässt sich mit der Suchfunktion individuell ansteuern. mit einem Klick auf den entsprechenden Strassenabschnitt erhält man die lokalen durchschnittlichen Schalldruck-Emissionswerte 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 Lärmempfindens entspricht. So bedeutet ein um 10 dB erhöhter Schalldruckpegel, dass die stärkere Geräuschquelle etwa als doppelt so laut empfunden wird wie die schwächere. 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 Verzweigung 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-förmigen 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 resultiert jeweils ein Wert von rund 60 Metern. Die streitgegenständliche Wohnung befindet sich im 7. Stock der zwölfstöckigen Liegenschaft mit einer Gesamthöhe von 33 Metern und somit in rund 20 Metern Höhe (<https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/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 betrachten. Aufgrund der Entfernung der Wohnung von der Quelle von gut 60 m relativiert 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. <https://schweizer-fn.de/berechnung/akustik/pegelabnahme/pegelabnah>

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 Nachtwert 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 Parkanlage] Y. gehen, so dass das Gebäude den Strassenlärm abschirmt und trotz der Nähe zur N.-strasse durchaus von einer ruhigeren Lage wesentlicher Teile der Wohnung 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 Immissionsgrenzwerte nach Art. 36 der Lärmschutzverordnung des Bundes (LSV) geben einen Anhaltspunkt für die Bewertung dieses Befundes: Die Grenzwerte der Aussenlärmimmissionen, 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 Lärmschutzverordnung 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 Immissionsgrenzwert am Tag für die Empfindlichkeitsstufe I, d.h. Zonen mit einem erhöhten 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.

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.

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 bemängelt zwar, dass die Zimmereinteilung der Wohnung einer eher älteren Bauweise entspricht, da – anders als bei einer modernen Bauweise – das Wohnzimmer/Esszimmer und die Küche räumlich getrennt sind. Nichtsdestotrotz ist diese Art der Zimmereinteilung 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.

3.2.4 In Bezug auf den Zustand ist im Sinne eines Gesamteindruckes 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.

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 Kühlschrank, diversen Stauflächen sowie dem neu eingebauten Backofen mit Glaskeramikerd. 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 Schallisolation 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

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.

3.3. *Fazit*

Wie vorne bereits ausgeführt, beträgt der im Jahr 2006 errechnete Mittelwert gemäss Mietpreis-Strukturerhebung für 3-Zimmer-Wohnungen im Unterquartier Sihlfeld Fr. 19.30/m², bei einer Obergrenze des sog. 95%-Vertrauensintervalls von Fr. 20.00/m² und einer Untergrenze von Fr. 18.50/m² (Strukturerhebung S. 38). Die Wohnung ist zentral gelegen und verfügt über eine gute Verkehrsanbindung. Weiter wurde die Wohnung im Allgemeinen gut unterhalten, ist hell und verfügt über einen schönen Ausblick. Die an sich recht hohen Lärmimmissionswerte werden durch die geschickte Ausrichtung der Wohnung weitgehend kompensiert, so dass von einer

eher ruhigen Lage auszugehen ist. Zustand und Ausstattung sind durchschnittlich, bei einzelnen Elementen wie der Grösse der Keller und der Anzahl der Steckdosen in der Wohnung sowie der Waschmaschinen im Haus unterdurchschnittlich. Vorliegend rechtfertigt es sich somit, für die Festlegung des Anfangsmietzinses vom Mittelwert auszugehen, mithin von Fr. 19.30/m². Es verbietet sich, die teils tieferen statistischen Mietzinse der unmittelbar angrenzenden Nachbarquartiere mitzubersichtigen, denn aufgrund ihrer gesamten Merkmale passt die vorliegende Wohnung durchaus zum Charakter der übrigen Objekte im Quartierteil Sihlfeld.

Berücksichtigt man zudem den Mietpreisindex der Stadt Zürich (Basis Dezember 2005), zeigt sich zwischen der Mietpreisstrukturerhebung 2006 und dem Mietbeginn am 16. Juni 2017 ein Anstieg des allgemeinen Mietniveaus 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). Erhöht man den durchschnittlichen Quadratmeterpreis gemäss Mietpreis-Strukturerhebung um den Anstieg des Mietpreisindex von 11.5 % und multipliziert das Resultat mit 76 m², so ergibt sich ein statistischer Nettomietzins von Fr. 1'635.50 pro Monat.

Für die Strukturpreiserhebung wurden zwar die Nettomietzinse erhoben, dabei aber davon ausgegangen, dass als Nebenkosten einzig die Kosten für Heizung, Warmwasser und separate, hinzugemietete Räume ausgeschieden sind (Strukturpreiserhebung, a.a.O., S. 4). Im Mietvertrag wurden sowohl Betriebskosten wie auch Heizungs- und Warmwasserkosten als Nebenkosten ausgeschieden. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit zwischen Statistik und vorliegendem Mietzins sind daher die Betriebskosten von Fr. 184.– abzuziehen, was zu einem Nettomietzins von gerundet Fr. 1'451.– führt. Auf diesen Betrag ist auch der Anfangsmietzins festzusetzen.

4. Mietzinssenkung

Unbestrittenermassen verfügt die Klägerin aufgrund der Senkung des Referenzzinssatzes per 2. Juni 2017 auf 1.5 % über einen entsprechenden Mietzinssenkungsanspruch. Die Beklagte bestreitet zwar ein Rechtsschutzinteresse, tut aber nicht dar, dass sie vor Einleitung des Gerichtsverfahrens den Standpunkt der Klägerin formell auch für den Fall anerkannt hat, dass der Anfangsmietzins gesenkt wird. Es ist daher von einem entsprechenden Vergleich der Parteien auszugehen.

Die Senkung des Referenzzinssatzes führt zu einem Mietzinssenkungsanspruch von 2.91 % (Art. 13 Abs. 1 VMWG). Unter Berücksichtigung von Teuerung (0.08%) und allgemeiner Kostensteigerung reduziert sich dieser nach der unbestrittenen Rechnung der Klägerin auf 2.8%. Es ist daher von dieser Zahl auszugehen, weshalb der monatliche Nettomietzins von Fr. 1'451.50 mit Wirkung ab 1. Dezember 2017 auf Fr. 1'411.– herabzusetzen ist.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen bemessen sich anhand des Streitwerts der Klage (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin hat den Streitwert in Übereinstimmung mit Art. 92 Abs. 2 ZPO ursprünglich auf Fr. 146'400.– beziffert (Fr. 610.– x 12 x 20). Da die Klägerin jedoch spätestens am 19. März 2019 aus der streitgegenständlichen Wohnung ausgezogen ist, ist der Streitwertberechnung nun nur mehr die konkrete Mietdauer von maximal 21 Monaten zugrunde zu legen – und nicht der zwanzigfache Betrag der strittigen Mietzinsdifferenz als Kapitalwert gemäss Art. 92 Abs. 2 ZPO. Damit beträgt der Streitwert im vorliegenden Fall Fr. 12'810.– (Fr. 610.– x 21). Ein kleiner Teil des Streitwerts betrifft die Mietzinssenkung per 1. Dezember 2017, über die die Parteien sich im Grundsatz einig sind und die auch keinen nennenswerten Aufwand verursachte. Es rechtfertigt sich daher, der Streitwertberechnung der Einfachheit halber und zugunsten beider Seiten nur das umstrittene Hauptbegehren zugrunde zu legen, mithin den Betrag von Fr. 12'180.– (Fr. 580.– x 21).

Bei Streitigkeiten über wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen gemäss Art. 92 ZPO wird die Grundgebühr in der Regel ermässigt (§ 4 Abs. 3 GebV OG). Sie kann jedoch unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden. Bei Streitigkeiten über wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen gemäss Art. 92 ZPO kann zudem die Parteientschädigung gem. § 4 Abs. 3 Anw-

GebV bis auf die Hälfte ermässigt werden. Im vorliegenden Fall wurden zwei Verhandlungen sowie ein Augenschein durchgeführt. Die Parteivertreter hatten darüber hinaus je eine schriftliche Stellungnahme zum Augenschein zu verfassen. Aufgrund des damit einhergehenden Zeitaufwands bzw. der resultierenden Zuschläge nach § 11 Abs. 3 AnwGebV rechtfertigt es sich bei der ordentlichen Grundgebühr sowie Parteientschädigung zu bleiben, also ohne die praxisgemäss insbesondere der Berechnung des Kostenvorschusses zugrunde gelegte Reduktion auf 2/3 der Gebühr. Dies führt zu einer Gerichtsgebühr von Fr. 2'060.– und zu einer (vollen) Parteientschädigung von Fr. 2'940.– (inkl. MWSt).

2. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder Bezifferung des Anspruchs schwierig war. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin sowohl bezüglich der Grundsatzfrage nach der Zuständigkeit des Mietgerichts wie auch bezüglich der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses obsiegt. Obschon der neu festgesetzte Mietzins nicht dem von der Beklagten geforderten Betrag entspricht, unterliegt die Klägerin in überwiegendem Mass. Gründe, die Verfahrenskosten nicht nach dem mathematischen Obsiegen und Unterliegen der Parteien zu verteilen, liegen dennoch nicht vor, denn letztlich waren beide Parteien mit der Schwierigkeit konfrontiert, nicht im Voraus abschätzen zu können, worauf insbesondere die gerichtliche Ermessensbetätigung hinauslaufen würde. Ausgehend vom von der Klägerin zugestandenen (Anfangs-) Nettomietzins von Fr. 1'100.– und einem von der Beklagten geforderten von Fr. 1'680.– unterliegt die Klägerin beim vorliegenden Ergebnis zu rund 60.5% (1 – Fr. 229.–/Fr. 580.–). In diesem Ausmass hat sie die Gerichtskosten zu tragen. Zudem hat sie der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen, die der Differenz des Erfolgs beider Parteien entspricht (60.5% - 39.5%, also 21% einer vollen Entschädigung).

(...)

Aus dem **Beschluss des Obergerichts** NG190020-O/Z03 vom 12. Juni 2020 (rechtskräftiger **Zwischenentscheid** gemäss Art. 237 ZPO; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Diggelmann, Glur; Gerichtsschreiber Isler):

"(...)

I. Übersicht zum Sachverhalt / Prozessgeschichte

[1. - 4.: Ausgangslage und erstinstanzliches Verfahren, Anm. d. Red.]

5. Mit Eingabe vom 17. Oktober 2019 erhob die Mieterin rechtzeitig (Erst-)Berufung. Sie beantragt im Wesentlichen die Gutheissung ihrer Klage. Das Geschäft wurde unter der Nummer NG190020 angelegt.

Gleichen Tags erhob auch die Vermieterin rechtzeitig (Zweit-)Berufung. Sie beantragt im Wesentlichen, auf die Klage nicht einzutreten, eventualiter das Begehren um Herabsetzung des Anfangsmietzinses von Fr. 1'680.– abzuweisen, subeventualiter das Begehren um Senkung des Mietzinses per 1. Dezember 2017 abzuweisen, subsubeventualiter das angefochtene Urteil aufzuheben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung im Sinne der vorgenannten Anträge an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dieses Geschäft wurde unter der Nummer NG190022 angelegt.

Beide Parteien bevorschussten die Verfahren innert angesetzter Frist.

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

Die Mieterin beantragt, die (Zweit-)Berufung der Vermieterin mit Ausnahme des Subsubeventualantrags abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Der Subsubeventualantrag sei teilweise gutzuheissen, indem ihre Klage ganz gutgeheissen werde (Herabsetzung des Anfangsmietzinses auf Fr. 1'100.–; Reduktion per 1. Dezember 2017 auf Fr. 1'070.–). Sie beantragt damit letztlich, ihre von der Vorinstanz nur teilweise gutgeheissene Klage ganz gutzuheissen, integriert also ihren Erstberufungsantrag in ihren Antrag zur Zweitberufung der Vermieterin.

Am 8. Mai 2020 wurde der Vermieterin die Berufungsantwort der Mieterin zur Zweitberufung zwecks Wahrung des Gehörsanspruchs auszugsweise zugestellt:

die Anträge sowie Ziff. I ("Formelles") und Ziff. II/1 ("Sachliche Zuständigkeit des angerufenen Mietgerichts").

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

II. Zulässigkeit der Berufung

Die Berufung ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der *zuletzt aufrechterhaltenen* Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Gemäss *Rechtsbegehren* der Mieterin belief sich der streitige Mietzinsbetrag vor Vorinstanz 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 ergibt sich, weil das Mietverhältnis nicht befristet war, gemäss Art. 92 Abs. 2 ZPO ein Streitwert von rund Fr. 146'000.– ($5,5 \times \text{Fr. } 580 + \{20 \times 12\} ./ 5,5 \times \text{Fr. } 610 = \text{Fr. } 146'235$).

Per 1. Dezember 2017 hat die Vermieterin der Mieterin eine Mietzinsherabsetzung von Fr. 1'680.– auf Fr. 1'635.– (./ Fr. 45.–) zugestanden. Der Streitwert der vor der Vorinstanz *zuletzt aufrechterhaltenen* Rechtsbegehren ist deshalb mit rund Fr. 136'000.– zu beziffern ($\text{Fr. } 146'235 ./ \{20 \times 12 ./ 5,5\} \times \text{Fr. } 45 = \text{Fr. } 135'683$).

Zu prüfen bleibt, ob der laut Mitteilung ihrer Vertreterin vom 20. März 2019 im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens erfolgte Auszug der Mieterin aus dem Mietobjekt den Rechtsmittelstreitwert beeinflusst. Im bundesgerichtlichen Verfahren gilt der auf die Zeit des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) zurückgehende Grundsatz, dass der Zeitpunkt der Klageanhebung für die Schätzung des Streitwertes massgeblich ist. Im Laufe des Rechtsstreites eintretende Tatsachen, die bei gleich bleibendem Begehren nur den Wert des Streitgegenstandes beeinflussen, sind nicht zu berücksichtigen. Änderungen des klägerischen Rechtsbegehrens dagegen können den Streitwert beeinflussen (BGer 5A_58/2009 vom 28. September 2009 Erw. 1.2; BGE 87 II 190). Überträgt man diese Rechtsprechung auf das kantonale Verfahren (vgl. CR CPC-TAPPY, Art. 91 N 69b, mit Hinweis auf abweichende Auffassungen; M. Frey, Grundsätze der Streitwertbestimmung, Diss. Zürich 2017,

Rz. 195 f.; BK ZPO-STERCHI, Art. 308 N 31; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 10), ist der Auszug der Mieterin, der keinen Einfluss auf ihr Rechtsbegehren hatte, bei der Bezifferung des Rechtsmittelstreitwertes nicht zu berücksichtigen. Das Bundesgericht hat in BGE 140 III 65 auf die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung hingewiesen, wonach sich die Bestimmung des Streitwertes im Berufungsverfahren an der Bundesrechtspflege orientiert (BBl. 2006 S. 7221 ff., S. 7371 Ziff. 5.23.1).

Der nach Art. 308 Abs. 2 ZPO für die Zulässigkeit der Berufung erforderliche Streitwert ist demnach zu bejahen.

Würde der Auszug der Mieterin bzw. die Auflösung des Mietverhältnisses berücksichtigt und zudem unterstellt, dass die Mieterin nicht vor Mitte Dezember 2018 auszog, ergäbe sich ebenfalls ein genügender Streitwert von Fr. 10'000.– (5,5 Monate [Mitte Juni bis Ende November 2017] zu Fr. 580 + 12,5 Monate [Dezember 2017 bis Mitte Dezember 2018] zu Fr. 565 = Fr. 10'253).

III. Zum Hauptantrag der Vermieterin

(Aufhebung des mietgerichtlichen Urteils, Nichteintreten auf die Klage)

1. Nach Art. 253b Abs. 3 OR gelten die Bestimmungen des OR über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse nicht für Wohnräume, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde und deren Mietzinse durch eine Behörde kontrolliert werden. Kommen die Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse nicht zur Anwendung, sind alle Mechanismen verdrängt, welche dem Zivilrichter erlauben, sich über den zulässigen Mietzins auszusprechen, namentlich die Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 OR), die Anfechtung einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR), das Herabsetzungsbegehren (Art. 270a OR) und die Anfechtung indexierter Mietzinse (Art. 270c OR). Art. 253b Abs. 3 OR begrenzt nicht nur den Anwendungsbereich der mietrechtlichen Bestimmungen des OR. Er zieht auch eine Grenze zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht. Schliesslich gilt Art. 253b Abs. 3 OR als eidgenössische Zuständigkeitsnorm. Bei Wohnräumen, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde, verfügt die mit der Mietzinskontrolle betraute Behörde über eine ausschliessliche Zuständigkeit (BGer 2C_927/2018 vom 13. November 2019

Erw. 4.1, 1C_500/2013 vom 25. September 2014 Erw. 2.2, 4A_267/2009 vom 7. August 2009 Erw. 2.2; BGE 124 III 463 = Pra 1999 Nr. 35).

2. Die Vorinstanz beurteilte die Voraussetzungen für den Ausschluss der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse und der mietgerichtlichen Zuständigkeit nach Art. 253b Abs. 3 OR als nicht erfüllt: Die von der Stadt Zürich und der Vermieterin für die Wohnhäuser N.-strasse y vereinbarte Mietzinskontrolle sei ungenügend. Ob die zweite Voraussetzung des Ausschlusses der Zivilgerichtsbarkeit – die Förderung der Bereitstellung der Wohnräume durch die öffentliche Hand – erfüllt sei, könne offenbleiben. Mit der Berufung hält die Vermieterin am Ausschluss der Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse gemäss OR und an der Unzuständigkeit der Zivilgerichte fest.

3. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse und die mietgerichtliche Zuständigkeit sind im Wesentlichen aufgrund des folgenden Sachverhalts zu beurteilen:

Mit Vertrag vom 27. Januar 1950, grundbuchlich vollzogen am 27. März 1951, räumte die Stadt Zürich der Vermieterin für die Dauer von 70 Jahren ein Baurecht über eine Parzelle in Zürich-Wiedikon ein, worauf das Wohnhaus N.-strasse y errichtet wurde (ca. 4865 m² [alt Kat. Nr. 6268, abgetrennt von "älter" Kat. Nr. 6043], Baurechtszins: Fr. 9'000.– p.a., Vorbehalt der Anpassung an veränderte Bodenwertverhältnisse nach 30 Jahren, Heimfall entschädigungslos und pfandrechtsfrei) (vgl. act. 20/1 und act. 20/8 S. 1 und 2).

Für die gleiche Dauer von 70 Jahren räumte die B. AG der Vermieterin mit Vertrag vom 9. Februar 1951, im Grundbuch eingetragen am 27. März 1951, ein Baurecht über die benachbarte Parzelle ein, worauf das Wohnhaus N.-strasse y mit der Wohnung der Mieterin zu stehen kam (6356,1 m² [alt Kat. Nr. 6267], Baurechtszins: Fr. 10'000.– p.a., Vorbehalt der Anpassung an veränderte Bodenwertverhältnisse nach 30 Jahren, Heimfall entschädigungslos und pfandrechtsfrei). Mit Antritt per 1. Juli 1955 verkaufte die B. AG ihre Parzelle an die Stadt Zürich. Diese trat in den Baurechtsvertrag ein. Der Baurechtszins wurde von Fr. 10'000.– auf Fr. 12'000.– p.a. erhöht.

Mit Vertrag vom 6./8. Juli 1955 gewährte die Stadt Zürich der Vermieterin – im Wesentlichen zur Ablösung der bestehenden Hypotheken – ein bis zum 22. März 2021 (Ende der Baurechte) zu amortisierendes, hypothekarisch sicherzustellendes Darlehen von 3,6 Mio. Franken. Das Darlehen war – Vertragsverletzungen der Vermieterin vorbehalten – unkündbar. Die Vertragsparteien vereinbarten, dass die Wohnungsmietzinse nur noch mit Zustimmung der Stadt Zürich geändert werden dürften.

Auf den 30. Juni 1994 kündigte die Stadt Zürich den Darlehensvertrag (und ein weiteres der Vermieterin im Jahre 1964 zur Erstellung von Parkplätzen auf dem Baurechtsgrundstück gewährtes Darlehen von Fr. 37'000.–). Damit entfiel nach übereinstimmender Darstellung der Parteien die Mietzinskontrolle der Stadt Zürich.

Mit Vertrag vom 12. November 2004 verlängerten die Stadt Zürich und die Vermieterin wegen hohen Sanierungsbedarfs der Wohnhäuser die bis 2021 befristeten Baurechte um 45 Jahre, unter gleichzeitiger Vereinigung der Baurechte und Anpassung der Vertragsbestimmungen. Die Vertragsparteien vereinbarten neu einen jährlichen, fünfjährlich neu festzusetzenden Baurechtszins von Fr. 333'730.–, unter Berücksichtigung eines angenommenen Basislandwertes von Fr. 8'343'243.– (Fr. 742.–/m²) und eines Zinssatzes von 4,00 % (Durchschnittszinssatz der Zürcher Kantonalbank für 1. Althypotheken auf Wohnliegenschaften der damals vorangegangenen 5 Jahre). Bei der Festlegung des Landwertes für die Berechnung des Baurechtszinses wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Überbauung der Vermieterin die zulässige Ausnützung nicht konsumierte und die Ausnutzungsreserve der Grundeigentümerin gehören sollte. Neu wurden eine Heimfallentschädigung und die Verpflichtung der Vermieterin zur Äufnung eines Erneuerungsfonds verabredet. Der unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Genehmigung durch den Gemeinderat von Zürich geschlossene Vertrag wurde – dies ist gerichtsnotorisch – mit Beschluss des Gemeinderates vom 6. Juli 2005 und – nachdem dagegen das Referendum ergriffen worden war – an der Gemeindeabstimmung vom 27. November 2005 durch das Volk genehmigt.

Mit Weisung vom 3. Februar 2016 beantragte der Stadtrat von Zürich dem Gemeinderat, der Entlassung einer Teilfläche von 3246 m² (Ausnutzungsreserve) aus

dem Baurecht der Vermieterin zuzustimmen und an dieser Fläche der neuen Stiftung Gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse ein Baurecht einzuräumen, damit diese 36 neue Wohnungen errichten könne.

Auf politischen Druck schloss die Vermieterin, die die Stiftung Gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse ins Leben gerufen hatte, am 26. Mai 2016 mit der Stadt Zürich eine "Vereinbarung betr. Mietzinsgestaltung" für die Wohnhäuser N.-strasse y. Die Vertragsparteien hielten in der Einleitung des Vereinbarungstexts unter anderem fest, dass die 36 Wohnungen gemäss vorgesehenem Baurechtsvertrag mit der Stiftung dauernd nach gemeinnützigen Grundsätzen zu bewirtschaften seien, hingegen keine Subventionierung erfolge, weil die geplanten Wohnungen die Vorgaben gemäss kantonalen Erlassen nicht erfüllten. Der Wortlaut der unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Zustimmung des Gemeinderates zum Antrag des Stadtrates gemäss Weisung vom 3. Februar 2016 geschlossenen Vereinbarung lautet:

"A) Grundlage

Grundlage dieser Vereinbarung bildet die Vertragsbestandteil bildende Liste über die Mietobjekte und die aktuellen Netto-Mietzinse.

Die Mietzinse basieren auf dem Referenzzinssatz von 1.75 %.

B) Mietzinsanpassungen

a) relative Veränderungen gemäss OR

Anpassungen aufgrund des veränderten Referenzzinssatzes, Kostensteigerungen und Anteil Teuerung (Kaufkraftsicherung) sind jederzeit möglich.

b) Veränderungen aufgrund wertvermehrender Investitionen

Anpassungen aufgrund wertvermehrender Investitionen sind im Rahmen der Bestimmungen des OR jederzeit möglich. Absichten und Pläne für eine Gesamtrenovation (umfassende Erneuerung) sind vorgängig von der Stadt (auch im Sinne der Ziff. 4.3 des Baurechtsvertrages) bewilligen zu lassen.

c) Anpassungen bei Neuvermietungen

Individuelle Anpassungen im Rahmen der Neuvermietung von Wohnungen sind möglich, sofern sie sich 18 (achtzehn) % unter den jeweils hedonistisch ermittelten Abschluss-Nettomieten (Transaktionsmieten) eines anerkannten Beratungsbüros (zB. D. AG, Zürich) vergleichbarer Altbauwohnungen im Quartier Sihlfeld bewegen.

C) Vollzug und Kontrolle

Seitens der Stadt vollzieht und kontrolliert das dem Finanzdepartement angegliederte Büro für Wohnbauförderung diese Vereinbarung.

Die [Vermieterin] reicht der Stadt alle zwei Jahre eine aktuelle Mieterliste mit Angabe der Netto-Mietzinsen und der entsprechenden Grundlagen ein. Veränderungen gegenüber der früheren Liste sind zu begründen. Auf Verlangen sind der Stadt alle zweckdienlichen Unterlagen zu überlassen.

D) Dauer der Vereinbarung

Die Vereinbarung dauert 15 (fünfzehn) Jahre, gerechnet ab dem Eintrag des neuen Bau-rechtes mit der Stiftung gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse.

Weitere Bestimmungen

1. *Diese Vereinbarung steht unter dem Vorbehalt, dass der Gemeinderat dem Antrag des Stadtrates gemäss Weisung vom 3. Februar (GR 2016/45) rechtskräftig zustimmt. Erfolgt diese Zustimmung nicht bzw. nicht bis Ende August 2016, fällt sie gegenseitig entschädigungslos dahin.*
2. *Jede Partei trägt ihre eigenen Aufwendungen für das Zustandekommen und die Umsetzung dieser Vereinbarung. Externe Drittkosten werden je zur Hälfte geteilt.*
3. *Bei Uneinigkeiten über den Vollzug dieser Vereinbarung während der Laufzeit suchen die Parteien eine einvernehmliche Lösung, bei unüberwindbaren Differenzen unter Beizug je einer Vertretung des Mieter- und des Hauseigentümergebietes Zürich.*
4. *Ändern sich die Verhältnisse so dass eine Revision dieser Vereinbarung notwendig wird, nehmen die Parteien die entsprechenden Anpassungen mit dem gleichen Ziele vor. Seitens der Stadt Zürich ist der/die jeweilige Vorstehende des Finanzdepartements zuständig."*

Mit Beschluss vom 15. Juni 2016 stimmte der Gemeinderat dem Antrag des Stadtrates gemäss Weisung vom 3. Februar 2016 zu. Von der Vereinbarung betreffend Mietzinsgestaltung nahm er Kenntnis.

4.

4.1. Im Rahmen der sozialen Wohnungspolitik kann das Gemeinwesen Eigentümer unterstützen, um durch tiefe Mieten dem Bedürfnis eines Teils der Bevölkerung Rechnung zu tragen. Dazu braucht das Gemeinwesen die Möglichkeit, eine

Kontrolle über die Mietzinsfestsetzung auszuüben. Zweck der Zuständigkeitsnorm von Art. 253b Abs. 3 OR ist es, eine doppelte Kontrolle der Mietzinse zu vermeiden und widersprüchliche Entscheide zu verhindern (BGer 2C_927/2018 vom 13. November 2019 Erw. 4.1, 1C_500/2013 vom 25. September 2014 Erw. 2.2, 4A_267/2009 vom 7. August 2009 Erw. 2.2). Die in Art. 253b Abs. 3 OR genannten Voraussetzungen (Förderung der Bereitstellung des Wohnraums durch das Gemeinwesen, behördliche Mietzinskontrolle) müssen kumulativ erfüllt sein.

4.2. Das Baurecht für das Wohnhaus N.-strasse y, worin die Mieterin später eine Wohnung mietete, wurde der Vermieterin im Jahre 1951 von der B. AG eingeräumt, welche ihr Eigentum mit Antritt per 1. Juli 1955 auf die Stadt Zürich übertrug. Mit Vertrag vom 12. November 2004 verlängerten die Stadt Zürich und die Vermieterin das Baurecht bis 2066, wobei sie die Baurechte für die Wohnhäuser N.-strasse y vereinigten und die Vertragsbestimmungen änderten. Eine Mietzinskontrolle wurde nicht vorgesehen.

Im Darlehensvertrag vom 6./8. Juli 1955 vereinbarten die Vermieterin und die Stadt Zürich, dass die Wohnungsmietzinse in beiden Häusern nur noch mit Zustimmung der Stadt Zürich geändert werden dürften. Dieser Vertrag wurde von der Stadt Zürich auf den 30. Juni 1994 gekündigt, worauf die Mietzinskontrolle der Stadt Zürich unbestrittenermassen entfiel (Erw. III/3 oben).

Die Vereinbarung betreffend Mietzinsgestaltung in den Häusern N.-strasse y vom 26. Mai 2016 wurde von der Vermieterin mit der Stadt Zürich geschlossen, um die Zustimmung des Gemeinderates zur Baurechtseinräumung an die Stiftung Gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse sicherzustellen. Sie wurde unter den Vorbehalt gestellt, dass der Gemeinderat der Baurechtseinräumung zustimme, und auf 15 Jahre ab dem Eintrag des neuen Baurechts der Stiftung Gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse befristet. Wie die Vermieterin vor Vorinstanz einräumte, gab es keinen Rechtsgrund dafür, ihre Wohnhäuser unter die behördliche Kontrolle zu stellen; der politische Druck habe sie dazu veranlasst.

Zwischen den Leistungen der Stadt Zürich (Baurechte N.-strasse y, Darlehen) einerseits und der in der Vereinbarung betreffend Mietzinsgestaltung vorgesehenen Mietzinskontrolle andererseits besteht somit kein unmittelbarer Zusammenhang.

Die Unterstellung unter die behördliche Mietzinskontrolle erfolgte nicht als Voraussetzung für Förderleistungen zugunsten der beiden Wohnhäuser, sondern um die Zustimmung des Gemeinderates zur Baurechtseinräumung an die Stiftung Gemeinnütziger Wohnungsbau N.-strasse sicherzustellen.

Die Voraussetzungen für den Ausschluss der Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse und der zivilgerichtlichen Zuständigkeit sind damit nicht erfüllt. Art. 253b Abs. 3 OR ist auf die Fälle der behördlichen Mietzinskontrolle als *Voraussetzung* von objektbezogenen Förderleistungen des Gemeinwesens zugeschnitten. Die Bestimmung ist nicht so zu verstehen, dass eine Mietzinskontrolle, die den Behörden nachträglich aus andern Motiven zugestanden wird, die Zivilgerichtsbarkeit ausschliesst. Ein Zuständigkeitsentscheid sollte auch nicht gutachterliche Abklärungen über historische Marktverhältnisse voraussetzen.

4.3. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR und die zivilgerichtliche Zuständigkeit sind somit zu bejahen.

4.4. Die Vorinstanz ist mit anderen Überlegungen zum gleichen Ergebnis gelangt. Sie erwog insbesondere, aus der Vereinbarung betreffend Mietzinsgestaltung gehe nicht hervor, dass die vereinbarte Kontrolle die zivilgerichtliche Mietzinskontrolle unter Anwendung der Missbrauchsgesetzgebung ersetzen solle. Die vereinbarte Mietzinskontrolle beruhe auf keiner von der Stadt Zürich verabschiedeten gesetzlichen Grundlage wie etwa dem stadträtlichen Reglement über die Festsetzung, Kontrolle und Anfechtung der Mietzinse bei den unterstützten Wohnungen (Mietzinsreglement; AS 841.150). Die Vereinbarung sei im Übrigen hinsichtlich wesentlicher Regelungspunkte lückenhaft. Die Grundlage der Mietzinsgestaltung sei nicht transparent. Die Vereinbarung äussere sich nicht zum Rechtsschutz der Betroffenen. Die vorgesehene behördliche Kontrolle sei nur auf die in der Vereinbarung betreffend Mietzinsgestaltung festgehaltenen Grundsätze und nicht auf die Mindeststandards der Bundesgesetzgebung gemäss Art. 2 Abs. 2 VMWG (SR 221.213.11) ausgerichtet. Sie orientiere sich weder an dem im Mietzinsreglement der Stadt Zürich (AS 841.150) statuierten Grundsatz der Kostenmiete noch an den Kriterien der in Art. 269a lit. a OR verankerten Vergleichsmiete. Auf die Einwendungen der Vermieterin einzugehen erübrigt sich.

5.

5.1. Der Entscheid über die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse und die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichtes ist den Parteien als Zwischenentscheid zu eröffnen. Art. 237 ZPO sieht diese Möglichkeit vor für Fälle, wo durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann. Die Möglichkeit besteht auch im Rechtsmittelverfahren (vgl. KRIECH, DIKE-Komm-ZPO, Art. 237 N 9; ZK ZPO-Staehelin, Art. 237 N 12; BK ZPO-KILLIAS, Art. 237 N 30).

5.2. Der für die Zulässigkeit der ordentlichen Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht vorausgesetzte Streitwert beträgt in mietrechtlichen Fällen Fr. 15'000.– (Art. 74 Abs. 1 BGG). Wird dieser Streitwert nicht erreicht und stellt sich auch nicht eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 BGG), kommt als Rechtsmittel die subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Betracht (Art. 113 ff. BGG).

Bei Beschwerden gegen Vor- und Zwischenentscheide bestimmt sich der massgebliche Streitwert nach den Begehren, die vor der Instanz streitig sind, wo die Hauptsache hängig ist (Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG), im vorliegenden Fall also nach den im Berufungsverfahren streitigen Begehren.

Geht man von dem vorn für das Berufungsverfahren ermittelten Rechtsmittelstreitwert von rund Fr. 136'000.– aus (vorn Erw. II), ist die ordentliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig.

Der vorliegende Entscheid dürfte als Zwischenentscheid über die Zuständigkeit im Sinne von Art. 92 BGG zu qualifizieren sein, der – im Unterschied zu Zwischenentscheiden im Sinne von Art. 93 BGG – nur unmittelbar nach seinem Erlass angefochten werden kann. Die zivilgerichtliche Zuständigkeit ist mit der Anwendbarkeit der Bestimmungen des OR über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse untrennbar verknüpft.

Festzuhalten bleibt, dass das Bundesgericht bei Eingang einer Beschwerde selbständig und ohne Bindung an die Erwägungen der Kammer über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet.

5.3. Über die Prozesskosten wird im Endentscheid zu befinden sein.

(...)"

* * * * *

Aus dem **Urteil des Obergerichts** NG190020-O/U vom 30. November 2020 (Weiterzug ans Bundesgericht offen; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Diggelmann, Glur; Gerichtsschreiber Isler):

"(...)

I. Übersicht zum Sachverhalt / Prozessgeschichte

[Ausgangslage und bisheriger Verfahrensgang, Anm. d. Red.]

II. Klagevoraussetzungen gemäss Art. 270 Abs. 1 OR

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

III. Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses

1. [Erwägungen des Mietgerichts]
2. Einwendungen der Vermieterin

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

Das Bundesgericht widerspreche sodann in mehrfacher Weise seinen in der Vergangenheit entwickelten Prinzipien zur Mietzinsgestaltung. Zwischen den beiden absoluten Kriterien der Entwicklung des Marktes und der Kostenfaktoren bestehe kein Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung zugunsten des Kostenprinzips. Bei der Festlegung des Anfangsmietzinses gelte die absolute Methode mit der Konsequenz, dass der Mietzins nicht nach dem früher bezahlten Mietzins beurteilt werden dürfe. Schliesslich sei es nicht zulässig, Kosten- und Marktelemente zu vermischen, was das Bundesgericht tue, wenn es in einem Fall, in welchem sich der Vermieter auf die Orts- oder Quartierüblichkeit berufe, erwäge, es bestehe eine Vermutung für die Missbräuchlichkeit, weil in der letzten Zeit keine relevanten Kostenveränderungen eingetreten seien.

3. Erwägungen der Kammer

3.1. Das Bundesgericht stellt die Rechtslage in einem neueren Entscheid vom 13. September 2018 wie folgt dar (BGer 4A_400/2017 Erw. 2 mit zahlreichen Hinweisen, ins Deutsche übersetzt in mp 2019 S. 82 ff. und Pra 2019 Nr. 77; Erw. 2 nicht publiziert in BGE 144 III 514):

Nach Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn er missbräuchlich im Sinne von Art. 269 und 269a OR ist, das heisst insbesondere, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 269 OR). Nicht missbräuchlich ist der Mietzins in der Regel, wenn er im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegt (Art. 269a lit. a OR) (BGer 4A_400/2017 Erw. 2).

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

Das absolute Kriterium des übermässigen Nettoertrags hat (grundsätzlich) Vorrang gegenüber dem absoluten Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse (BGer 4A_400/2017 Erw. 2.1).

Bei "Altliegenschaften" indessen ist die Hierarchie unter den absoluten Kriterien umgekehrt: Das Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse hat Vorrang gegenüber dem Kriterium des Nettoertrags. Dies hindert den Vermieter allerdings nicht nachzuweisen, dass ihm die Liegenschaft nach Massgabe des Kriteriums des Nettoertrags keine übermässige Rendite verschafft (BGer 4A_400/2017 Erw. 2.2 und 2.2.1).

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

Nach der Rechtsprechung muss der kantonale Richter aufgrund der Kriterien von Art. 11 VMWG konkrete Vergleiche anstellen. Er kann die üblichen Mietzinse nicht aufgrund eines "Gesamteindrucks" bestimmen. Um einigermaßen sichere Schlüsse ziehen zu können, muss er sich auf amtliche Statistiken abstützen können (Art. 11 Abs. 4 VMWG) oder auf mindestens fünf Vergleichswohnungen (BGer 4A_400/2017 Erw. 2.2.2).

Dass der Richter die Methode der amtlichen Statistiken anwenden kann, setzt voraus, dass solche Statistiken bestehen, die den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG genügen. Sie müssen Zahlenangaben enthalten, die ausreichend differenziert sind bezüglich Lage, Grösse, Ausstattung und Zustand der Mietsache wie auch bezüglich der Bauzeit, und der jüngsten Entwicklung der Mietzinse Rechnung tragen (BGer 4A_400/2017 Erw. 2.2.2.1).

Die Anwendung der Methode mit den fünf Vergleichswohnungen setzt voraus, dass die Vergleichsobjekte, was die Kriterien gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG betrifft, im Wesentlichen die gleichen Merkmale aufweisen wie die streitgegenständliche Wohnung (bezüglich Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Baujahr), wobei die jüngste Entwicklung von deren Mietzinsen mit Blick auf den Hypothekarzins und den Landesindex der Konsumentenpreise zu berücksichtigen ist. Der Beweis des üblichen Mietzinses ist mit dem Grad der Gewissheit (striker Beweis) zu erbringen: Der Richter muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Bestehen einer Tatsache überzeugt sein; eine absolute Gewissheit ist nicht erforderlich, aber es dürfen keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen; allenfalls verbleibende Zweifel müssen als leicht erscheinen (BGer 4A_400/2017 Erw. 2.2.2.2 Abs. 1).

An die Vergleichbarkeit muss ein strenger Massstab angelegt werden, weil der Vergleich nicht mithilfe amtlicher Statistiken erfolgt, die auf der Basis einer grossen Anzahl von Wohnungen erstellt sind, sondern mit nur fünf Vergleichsobjekten. Weil das Gericht Wohnungen vergleicht, ist im Übrigen ein gewisser Schematismus erforderlich, damit die Vorhersehbarkeit des Rechts und die Gleichbehandlung garantiert sind. Das bedeutet nicht, dass das Gericht, wenn die fünf präsentierten Objekte aufgrund gemeinsamer Merkmale schematisch mit der streitigen Wohnung verglichen werden können, die Vor- und Nachteile Letzterer nicht abwägen darf (BGer 4A_400/2017 Erw. 2.2.2.2 Abs. 2).

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

Weiter bestätigt das Bundesgericht unter Verweis auf den von der Vermieterin kritisierten BGE 139 III 13 (= Pra 2013 Nr. 105), es werde vermutet, dass der vereinbarte Anfangsmietzins missbräuchlich sei, wenn er im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR erheblich – das heisse gemäss Rechtsprechung um mindestens 10 % – erhöht worden sei im Vergleich zum Mietzins des Vormieters, so dass es dem Vermieter obliege, sich auf Vergleichselemente stützende Gegenbeweise zu erbringen, um nachzuweisen, dass entgegen dem äusseren Anschein ein Ausnahmefall vorliege und der vereinbarte Anfangsmietzins nicht missbräuchlich sei (BGer 4A_400/2017 Erw. 2.2.2.2; vgl. BGer 4A_295/2016 vom 29. November 2016 Erw. 5.3.1).

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

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

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

Die Vermieterin erklärt die streitige Mietzinserhöhung im Wesentlichen damit, dass die Stadt Zürich über längere Zeit eine Mietzinskontrolle ausgeübt habe. Zudem habe sie selber eine sehr soziale Vermietungspolitik betrieben, indem sie bei einer Sanierung der Liegenschaft sowohl auf die weit verbreiteten Leerkündigungen als auch auf eine rechtlich durchaus zulässige gewichtige Erhöhung des Mietzinses aufgrund wertvermehrender Investitionen verzichtet habe. Noch heute gebe es in der Liegenschaft 2-Zimmer-Wohnungen, die zu einem Mietzins von Fr. 645, und 3-Zimmer-Wohnungen, die für Fr. 831 netto vermietet würden (gemeint wohl: vermietet seien). Eine Mietzinsanpassung sei – aus Rücksicht auf die bisherige langjährige Mieterschaft – jeweils erst im Rahmen eines Mieterwechsels vorgenommen worden.

Diese Ausführungen sind zu allgemein, um den Umfang der streitigen Mietzinserhöhung zu erklären. Auch die von der Vermieterin eingereichte, von der D. AG erstellte Liste "Mietpotenziale", worin die Ist-Nettomieten im Gebäude mit der streitgegenständlichen Wohnung und in dem ebenfalls der Vermieterin gehörenden Nachbargebäude im Zeitraum August 2015/Februar 2016 sowie der Beginn der Mietverhältnisse aufgeführt sind, schafft keine Klarheit. Die Vermieterin stellt zu

Recht fest, dass die verlangte Bruttoanfangsmiete (Fr. 2'004) nicht, wie das Mietgericht annahm, 22,5 % über der vom Mietgericht aufgrund der Mietpreis-Strukturerhebung 2006 der Stadt Zürich unter Berücksichtigung der Entwicklung des Mietpreisindex der Stadt Zürich ermittelten Bruttomiete (Fr. 1'775) liegt, sondern nur rund 13 %. Zudem stellt sie die vorinstanzliche Mietzinsermittlung – worauf hinten einzugehen sein wird (Erw. IV) – in Frage. Angesichts der erheblichen Erhöhung des Bruttoanfangsmietzinses um 53 % und des Nettoanfangsmietzinses um 71 % muss gleichwohl von der Missbräuchlichkeit der Erhöhung des Anfangsmietzinses ausgegangen werden. Der Kritik der Vermieterin, das Kriterium der erheblichen relativen Mietzinserhöhung könne zu fragwürdigen Ergebnissen führen – sie erwähnt das Beispiel der Erhöhung eines symbolischen Mietzinses von Fr. 1 auf Fr. 5 – ist entgegenzuhalten, dass es hier um eine absolute Erhöhung des Mietzinses um immerhin Fr. 696 geht.

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

Zur eingereichten Liste "Mietpotenziale" der D. AG ist zu bemerken bzw. klarzustellen, dass sie – wie die Vorinstanz vermutete (Erw. V/2.5.3 ...) – offensichtlich keine tauglichen Vergleichsmieten nennt, sondern hedonistisch ermittelte "Nettomarktmieten" für die je 44 Wohnungen im Gebäude mit der streitgegenständlichen Wohnung und im benachbarten Gebäude der gleichen Vermieterin für das erste Halbjahr 2016 aufführt. Die aufgeführten Zahlen sind als Parteistandpunkt zu werten. Mit hedonistisch ermittelten Mietzinspotenzialen lässt sich der Nachweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse im Sinne von Art. 269a lit. a OR aber auch gar nicht führen. Die hedonistische Methode genügt den Anforderungen von Art. 11

VMWG nicht. Sie geht von der Annahme aus, dass sich der Preis eines Gutes aus dessen Eigenschaften erklären lässt. Mittels statistischer Methoden wird der Beitrag der einzelnen Merkmale zum Preis des Gutes berechnet (Schweizerische Vereinigung kantonaler Grundstückbewertungsexperten SVKG [Hrsg.], Das Schweizerische Schätzerhandbuch, 5. Aufl. 2019, S. 107 f.). Die Methode verzichtet auf einen direkten Vergleich des Bewertungsobjekts mit Vergleichsobjekten, deren im Sinne von Art. 11 VMWG wertbestimmende Merkmale mit jenen des Bewertungsobjekts übereinstimmen.

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

IV. Gerichtliche Festsetzung des Anfangsmietzinses

1. Erwägungen des Mietgerichtes

Das Mietgericht legte den Anfangsmietzins aufgrund eines Augenscheins sowie unter Zuhilfenahme der Mietpreis-Strukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahr 2006 und des von der Stadt Zürich erhobenen Mietpreisindex fest (https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/Analysen/A_001_2008.html; <https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/mietpreise/mietpreisindex/mietpreisindex.html>).

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

Gemäss der Mietpreis-Strukturerhebung 2006 für 3-Zimmer-Wohnungen im Unterquartier Sihlfeld betrage der Mittelwert der Nettomietzinse Fr. 19.30/m² bei einer Obergrenze des sog. 95%-Vertrauensintervalls von Fr. 20/m² und einer Untergrenze von Fr. 18.50/m² (Tabelle 7.2.1 zur Strukturerhebung). Es rechtfertige sich,

für die Festlegung des Anfangsmietzinses der streitgegenständlichen Wohnung vom Mittelwert von Fr. 19.30/m² auszugehen. Die teils tieferen statistischen Mietzinse der unmittelbar angrenzenden Nachbarquartiere mit zu berücksichtigen verbiete sich, denn aufgrund ihrer gesamten Merkmale passe die Wohnung durchaus zum Charakter der übrigen Objekte im Quartierteil Sihlfeld.

Dem Mietpreisindex der Stadt Zürich (Basis Dezember 2005) lasse sich für die Zeit zwischen der Mietpreis-Strukturerhebung 2006 und dem *Mietbeginn* am 16. Juni 2017 ein Anstieg des allgemeinen Mietniveaus um 11,5 % (richtig: 11,5 Punkte entsprechend 11,4 %) entnehmen (<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/mietpreise/mietpreisindex/mietpreisindex.html>). Werde der durchschnittliche Quadratmeterpreis gemäss Mietpreis-Strukturerhebung von Fr. 19.30 entsprechend dem Anstieg des 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

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 Strukturhebung 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

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.

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

habe bisher auf im technischen Sinn nicht taugliche Statistiken gegriffen, um einen Vermieter besserzustellen als bei Übernahme des Vormietzinses.

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

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

2.3. Auch die Vermieterin hält die Mietpreis-Strukturhebung 2006 für ungeeignet. Sie beanstandet namentlich das Kriterium des durchschnittlichen Quadratmetermietzinses, 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 Kostenkriterien vermische. Es missachte mit seinem Vorgehen (Abstellen auf "vermeintliche" Vergleichsmietzinse aus dem Jahr 2006, Anpassen an einen TeuerungsindeX) auch, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Überprüfung der Zulässigkeit des Anfangsmietzinses stets und ausnahmslos nach der absoluten Methode und damit stichtagsbezogen vorzunehmen sei. Schliesslich bilde der von der Vorinstanz angewandte Mietpreisindex die Kostenentwicklung und nicht die Marktentwicklung ab. Er differenziere nicht nach unterschiedlichen Marktentwicklungen in verschiedenen Wohnungssegmenten, nach Lage, Alter und Vermieterkategorie.

3. Erwägungen der Kammer

3.1. Erweist sich der vereinbarte Anfangsmietzins als missbräuchlich im Sinne von Art. 269 f. OR, so ist es am Gericht, einen neuen (nicht missbräuchlichen) Mietzins festzulegen. Befindet sich das Mietobjekt in einer Altliegenschaft und beruft sich die Vermieterin einzig auf die orts- und quartierüblichen Mietzinse, so hat sich das Gericht grundsätzlich am Kriterium des *üblichen Mietzinses* im Sinne von Art. 269a lit. a OR zu orientieren. Wenn allerdings der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit gerade gescheitert ist und die Annahme der Missbräuchlichkeit

letztlich auf einer Vermutungsregel beruht, kann für die richterliche Neufestsetzung des Anfangsmietzinses kein strikter Beweis des orts- und quartierüblichen Mietzinses verlangt werden. Andernfalls würde, weil ein solcher Beweis auch auf dieser Ebene nicht zu erbringen wäre, das gänzliche Fehlen einer Mietzinsvereinbarung – und damit ein Scheitern des Mietvertrages – drohen (OGer NG190019 Erw. 9.5 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Aus diesen Gründen räumt das Bundesgericht dem erkennenden Gericht einen weiten Ermessensspielraum ein und erlaubt insbesondere eine Lockerung der sonst strikte geltenden Anforderungen an den Beweis der Vergleichsmiete. Während auf der Stufe des *(Gegen-)Beweises der (Nicht-)Missbräuchlichkeit* die Orts- und Quartierüblichkeit entweder mit Statistiken zu belegen ist, die den Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 4 VMWG genügen, oder aber auf der Grundlage von fünf Vergleichsobjekten, die hinsichtlich der Kriterien gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG als vergleichbar gelten, ist bei der *richterlichen Neufestsetzung* des als missbräuchlich erkannten Anfangsmietzinses – weil eine positive Anordnung unausweichlich getroffen werden muss – auf das letztlich vorhandene Vergleichsmaterial abzustellen, das eine Annäherung an den (nicht bewiesenen) üblichen Mietzins bestmöglich erlaubt. Zu diesem Zweck lässt es das Bundesgericht zu, auf Statistiken zurückzugreifen, die zwar den Anforderungen von Art. 11 Abs. 4 VMWG nicht genügen – die also die Missbräuchlichkeit des Mietzinses nicht nachzuweisen vermöchten –, gestützt auf welche aber dennoch gewisse Aussagen hinsichtlich der üblichen Mietzinse getroffen werden können und die eine annäherungsweise Bestimmung der Vergleichsmiete zulassen. Liegen auch solche Statistiken nicht vor bzw. genügen die vorliegenden Statistiken nicht einmal solchen minimalen Anforderungen und liefern die Parteien auch sonst keine brauchbaren alternativen Vergleichsmittel, so kann, "faute de mieux", hilfsweise der Vormietzins als Referenz herangezogen werden (OGer NG190019 vom 2. März 2020 [= ZMP 2020 Nr. 5] Erw. 9.5–9.6 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; Beschwerde beim Bundesgericht hängig).

3.2. Dem Einwand der Mieterin, es sei nicht Aufgabe des Mietgerichts gewesen, zugunsten der untätigen Vermieterschaft einen Augenschein durchzuführen, um Erhebungen zum Mietobjekt zu machen, ist entgegenzuhalten, dass die Parteien sich dem vom Mietgericht vorgeschlagenen Augenschein nicht widersetzt haben.

Die Kenntnis der Wohnungsmerkmale ist für die Mietzinsbestimmung unabdingbar. Das Mietgericht war gehalten, auf die Ergänzung der diesbezüglich ungenügenden Sachverhaltsdarstellung hinzuwirken (Art. 247 ZPO). Die Mietpreis-Strukturerhebung der Stadt Zürich und der Mietpreisindex sind gerichtsnotorisch und durften ohne entsprechenden Antrag herangezogen werden.

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

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

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

so oder anders getroffen werden muss, einige Ungenauigkeiten in Kauf zu nehmen sind. Wenn sich die Strukturhebung 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).

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-Strukturhebung 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-Strukturhebung würden die im Mietvertrag der Parteien ausgeschiedenen Betriebskosten umfassen, sei willkürlich, ist zu entgegnen, dass die von der Vorinstanz zitierten Erläuterungen

zur Mietpreis-Strukturerhebung ausdrücklich festhalten, die Nettomiete bilde das "zentrale Erhebungsmerkmal" der Befragung, sie sei definiert als Mietpreis ohne Nebenkosten für Heizung, Warmwasser und separate, hinzugemietete Räume; zur Plausibilisierung seien auch die Nebenkosten, die Bruttomiete sowie Garagen- und Parkplatzmieten erfragt worden (zit. vorn in Erw. IV/1). Im Rahmen dieser Mietzinsfestsetzung darf deshalb durchaus darauf abgestellt werden wie auch davon auszugehen ist, dass das im Mietvertrag der Parteien festgesetzte Betriebskostenkonto einigermaßen kostendeckend ist, was die Mieterin mit allgemeinen Behauptungen in Frage stellt. 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).

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.

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.

3.2. Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der Änderung der Berechnungsgrundlage ist von der letzten tatsächlichen Mietzinsfestsetzung auszugehen (ZK OR-HIGI, Art. 270a N 61; SVIT-Kommentar/-ROHRER, Art. 270a OR N 12 f.). Die Veränderung des Referenzzinssatzes um 0,25 % gilt als wesentlich und ermöglicht dem

Mieter grundsätzlich, ein Senkungsbegehren zu stellen (SVIT-Kommentar-ROH-RER, Art. 270a OR N 6 mit Hinweisen).

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

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

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.

3.4. Grund zur Annahme, die Vermieterin erziele aus der Mietsache einen nach den Art. 269 und 269a OR übersetzten Ertrag (vgl. Art. 270a Abs. 1 OR), besteht aber trotz der als wesentlich geltenden Veränderung des Referenzzinssatzes zwischen Vertragsabschluss und Mietantritt nicht. Der zur Festsetzung des Anfangsmietzins beigezogene Mietpreisindex der Stadt Zürich (Basis 2005) ist zwischen Vertragsabschluss und Mietantritt von 112,3 auf 112,4 Punkte gestiegen, so dass

sich nach der absoluten Methode für beide Zeitpunkte ein im wesentlichen gleicher Mietzins ergab. Das Begehren um Herabsetzung des Mietzinses per 1. Dezember 2017 ist deshalb unbegründet und abzuweisen.

VI. Prozesskosten

1. Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 2'060 und die sogenannte volle Parteientschädigung auf Fr. 2'940 (inkl. MWSt) fest und erwog, die Kosten seien nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens im Verhältnis 60,5 % : 39,5 % auf die Parteien zu verteilen. Versehentlich sprach sie die resultierende reduzierte Parteientschädigung statt der überwiegend obsiegenden Vermieterin der Mieterin zu (... , Dispositiv-Ziffer 6).

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

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 verlegen.

2. Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) beziehungsweise nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt, wenn keine Partei vollständig obsiegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Nach Art. 107 Abs. 1 ZPO kann das Gericht von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, um besonderen Umständen Rechnung zu tragen, beispielsweise wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in

der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig ist oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO); ebenso wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Gesetz räumt dem Gericht damit den Spielraum ein, auf Billigkeitserwägungen zurückzugreifen, wenn im Einzelfall die Belastung der unterlegenen Partei mit Prozesskosten als ungerecht erscheint.

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

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

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

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

§ 4 Abs. 1 AnwGebV sieht beim Streitwert von Fr. 12'000 eine Grundgebühr von Fr. 2'700 vor. In Anwendung von § 13 Abs. 2 AnwGebV ist die ungekürzte Parteientschädigung auf Fr. 1'800 herabzusetzen. Der Vermieterin ist somit eine auf 1/3 reduzierte Parteientschädigung von rund Fr. 650 (7,7 % Mehrwertsteuerzusatz eingeschlossen) zuzusprechen.

VII. Rechtsmittelstreitwert

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

Gemäss *Rechtsbegehren* der Mieterin belief sich der streitige Mietzinsbetrag vor Mietgericht auf Fr. 580 (= Fr. 1'680 ./ Fr. 1'100) pro Monat in der Zeit ab Mitte Juni 2017 bis Ende November 2017 (5,5 Monate) und auf Fr. 610 (= Fr. 1'680 ./ Fr. 1'070) in der Zeit danach. Damit ergab sich, weil das Mietverhältnis nicht befristet war, 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 ihrem Zwischenentscheid vom 12. Juni 2020 zum Schluss gekommen, der Auszug der Mieterin sei, weil er keinen Einfluss auf ihr Rechtsbe-

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