

ZMP 2021 Nr. 11

Art. 270 OR; Art. 269a lit. a OR; Art. 247 Abs. 2 ZPO. Anfangsmietzinsanfechtung. Orts- und quartierübliche Vergleichsmiete. Tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit eines Anfangsmietzinses aufgrund erheblicher Erhöhung gegenüber dem Vormietzins. Kriterien zur Erschütterung der Vermutung. Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime.

Im Urteil 4A_183/2020 vom 6. Mai 2021, teilweise publiziert in BGE 147 III 431, hat das Bundesgericht erstmals die Kriterien umschrieben, anhand derer die Vermieterseite die Tatsachenvermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses erschüttern kann, die entsteht, wenn der Anfangsmietzins gegenüber dem zuletzt gültigen Vormietzins um deutlich mehr als 10% erhöht wurde (ZMP 2020 Nr. 5, BGer E. 3.4, 3.5 und 4.3). Hilfskriterien können etwa Vergleiche mit Statistiken sein, auch wenn diese nicht alle Kriterien von Art. 11 Abs. 4 VMWG erfüllen (BGer E. 4.3.1). Daneben sind aber weitere Faktoren zu prüfen, so die lange Dauer des Vormietverhältnisses ohne umfassende Anpassung des Mietzinses, die richterliche Lebenserfahrung und Kenntnis des lokalen Marktes, eine zur Bestimmung der Vergleichsmiete an sich nicht genügende Anzahl von 3 oder 4 Vergleichsobjekten und allenfalls gar ein Privatgutachten (BGer E. 3.5, 4.3 und 4.5).

Das Obergericht hat das vom Bundesgericht zurückgewiesene Verfahren zwecks Nutzung der Sachkunde der Erstinstanz und Garantie des Instanzenzuges mit Urteil NG210009-O vom 4. August 2021 ans Mietgericht zurückgewiesen.

Will die Vermieterin die Vermutung umstossen, hat sie mindestens drei oder vier Vergleichsobjekte zu benennen, die nicht durchwegs den strengen Kriterien von Art. 11 Abs. 1 VMWG zu genügen brauchen. Zentrale Eigenschaften wie die Lage im Quartier oder die Lärmexposition der Objekte müssen jedoch vergleichbar sein. Die Substantiierungslast liegt bei der Vermieterin. Es genügt nicht, die Lage mit Allgemeinplätzen wie «mässig lärmig» oder die Ausstattung mit solchen wie «Standard» zu umschreiben. Selbst wenn die Vergleichsobjekte diesen Anforderungen entsprechen, vermögen sie die Missbrauchsvermutung nur umzustossen, wenn das Ergebnis durch eine amtliche Statistik oder ein anderes Element bestä-

tigt wird. Eine Statistik ist dabei zu berücksichtigen, auch wenn sie den Anforderungen von Art. 11 VMWG nicht vollauf genügt. Bestätigt die Statistik hingegen die Missbrauchsvermutung, bleibt es grundsätzlich bei der Missbrauchsvermutung. Gleiches gilt für ein Parteigutachten (MG E. 2.2.1-2). Die lange Dauer des Vormietverhältnisses von mehr als 15 Jahren kann zwar ein Indiz dafür sein, dass der Vormieter von einer Prämie des langen Mietverhältnisses profitiert hat. Voraussetzung ist allerdings, dass Hinweise für ein während der Dauer des Vormietverhältnisses erheblich gestiegenes Mietniveau bestehen. Dies kann ausgeschlossen werden, wenn der für die Plausibilitätskontrolle herangezogene und an sich veraltete statistische Mietzins aufgrund eines Mietindex korrigiert wird, der auch das durch Neuvermietungen gestiegene Mietniveau abbildet. Dies ist beim Mietpreisindex der Stadt Zürich der Fall (MG E. 2.2.3). Die gerichtliche Erfahrung kann für die Plausibilisierung der Missbrauchsvermutung die übrigen Kriterien nicht ersetzen, denn auch ein Fachgericht ist nicht in der Lage, aus seiner zwangsläufig beschränkten Kenntnis der Marktverhältnisse ein Vergleichsmietniveau festzulegen. Möglich sind immerhin gewisse allgemeine Aussagen zur Struktur des Mietmarktes und zur Entwicklung des Mietpreisniveaus sowie zur Überzeugungskraft der Plausibilitätskriterien, namentlich der vorhandenen Statistiken und Indizes und des aus den präsentierten Vergleichsobjekten erweckten Anscheins (MG E. 2.2.3).

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime im Bereich des sozialen Prozessrechts im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO stellt keine Abkehr von der Praxis zu aArt 274d Abs. 3 OR dar. Das Gericht kann daher nach wie vor und unabhängig von der Beteiligung von Anwälten

- den für die Rechtsanwendung notwendigen Sachverhalt vervollständigen, soweit er erkennbar unvollständig vorgetragen wird,
- sämtliche Akten berücksichtigen und selbst Kenntnisse verwenden, die es von Dritten hat [etwa aus dem Internet] und
- Beweise erheben, ohne grundsätzlich an die Darlegungen und Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein.

Dies bedeutet zwar nicht, dass die Gerichte von sich aus Vergleichsobjekte zur Bestimmung der Quartierüblichkeit zusammenzutragen haben, aber sehr wohl,

dass sie auch ohne Antrag die Überzeugungskraft von Vergleichsangeboten mittels notorischer Indikatoren wie dem GIS-Browser des Kantons Zürich hinterfragen können (MG E. 2.2.2).

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** MJ210048-L vom 1. September 2021 (nicht rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Trepp, Heusser; Gerichtsschreiber Nutt):

«(...)

1. Vorgeschichte und bisheriger Verfahrensgang

Für die Vorgeschichte und den bisherigen Verfahrensgang kann grundsätzlich auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. August 2021 verwiesen werden. Um der besseren Übersicht willen seien die Erwägungen hier mit den Instanz-bedingten Anpassungen erneut wiedergegeben ([Urteil NG210009-O] E. 1 und 2):

1. Mit Mietvertrag vom 30. März bzw. 4. April 2017 vermietete die Klägerin der Beklagten per 16. April 2017 eine 2-Zimmerwohnung (4. OG) an der N.-strasse x in Zürich. Vereinbart wurde ein monatlicher Nettomietzins von Fr. 1'060.– zuzüglich einer Akontozahlung von Fr. 55.– für Heiz- und Warmwasserkosten sowie von Fr. 110.– für Betriebskosten. Mit Formular vom 30. März 2017 teilte die Klägerin der Beklagten den von der Vormieterin zuletzt geschuldeten sowie den neuen Mietzins mit. Der frühere Nettomietzins belief sich auf monatlich Fr. 738.– (bei gleichen Akontozahlungen für Nebenkosten). Zur Begründung der Mietzinserhöhung führte die Klägerin eine «Anpassung an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse» an.

2. Mit Eingabe vom 2. Mai 2017 stellte die Beklagte bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich das Begehren, es sei der Anfangsmietzins für missbräuchlich zu erklären. Nachdem an der Schlichtungsverhandlung keine Einigung erzielt werden konnte, unterbreitete die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag. Dieser wurde von der Klägerin abgelehnt, woraufhin ihr die Klagebewilligung erteilt wurde. Mit Klage vom 14. September 2017 beantragte die Klägerin beim Mietgericht Zürich, es sei der Anfangsmietzins von monatlich netto Fr. 1'060.– als nicht missbräuchlich zu erklären. Mit Urteil vom 26. August 2019 erklärte das Mietgericht den

vereinbarten Nettomietzins für missbräuchlich und setzte diesen rückwirkend per Mietbeginn auf Fr. 855.– fest (zuzüglich einer monatlichen Akontozahlung von insgesamt Fr. 165.– für Nebenkosten). Eine dagegen erhobene Berufung der Klägerin wies die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Urteil vom 2. März 2020 ab ([Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020 = ZMP 2020 Nr. 5]). Dagegen erhob die Klägerin Beschwerde beim Bundesgericht, welches diese mit Urteil vom 6. Mai 2021 teilweise guthiess, das angefochtene Urteil aufhob und die Sache zu neuer Entscheidung ans Obergericht zurückwies ([BGer 4A_183/2020 v. 6.5.2021, teilweise publiziert in BGE 147 III 431]).

2. *Erwägungen des Obergerichts*

Das Obergericht erwog im Urteil vom 4. August 2021, nach der Rückweisung durch das Bundesgericht sei über die Berufung gegen das Urteil des Mietgerichts vom 26. August 2019 neu zu entscheiden. Dabei sei die Kammer an die Erwägungen im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid gebunden ([Urteil NG210009-O] E. 3).

Zusammengefasst habe das Bundesgericht festgehalten, die Beweislast betreffend Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses trage die Mieterin, wobei im Falle einer erheblichen Mietzinserhöhung gegenüber dem Vormietverhältnis eine tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit bestehe ([BGE 147 III 431] E. 3.2-3.3). Angesichts der unbestrittenen Mietzinserhöhung von rund 44% sei dies hier ohne Weiteres der Fall ([BGE 147 III 431] E. 3.3.2 a.E.), und zwar im Grundsatz ungeachtet des Umstands, dass das Vormietverhältnis knapp 20 Jahre gedauert habe ([BGer 4A_183/2020 v. 6.5.2021] E. 3.5.2-3.5.5).

Diese tatsächliche Vermutung bewirke keine Beweislastumkehr, sondern betreffe die Beweiswürdigung. Die Vermutungsträgerin (hier: die Mieterin) könne den ihr obliegenden (Haupt-)Beweis der Missbräuchlichkeit entsprechend auch durch Berufung auf die tatsächliche Vermutung erbringen, während es der Vermutungsgegnerin (hier: der Vermieterin) freistehe, entweder den Beweis des Gegenteils anzutreten oder aber bloss Zweifel an der Richtigkeit der Indizien (Vermutungsbasis) oder der daraus gezogenen Schlussfolgerungen (Vermutungsfolge) zu wecken. Von der Vermieterin werde also nicht ein Beweis des Gegenteils

verlangt – d.h. ein Nachweis, dass der vereinbarte Anfangsmietzins den orts- und quartierüblichen Mietzinsen entspricht und somit nicht missbräuchlich ist –, sondern es genüge, wenn diese beim Gericht begründete Zweifel an der Richtigkeit der tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses wecke ([BGer 4A_183/2020 v. 6.5.2021] E. 4.1-4.2). Um begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung zu wecken, könne die Vermieterin beispielsweise Statistiken oder Vergleichsobjekte heranziehen, selbst wenn diese den Anforderungen von Art. 11 VMWG nicht durchwegs genügten, oder sich auf ein Privatgutachten stützen. Zudem sei unter diesem Titel auch dem Umstand eines lange dauernden Vormietverhältnisses von 15-20 Jahren angemessen Rechnung zu tragen ([BGE 147 III 431] E. 4.3.1-4.3.2). Komme das Gericht – unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung und seiner Kenntnisse des lokalen Marktes – zum Schluss, die von der Vermieterin vorgelegten Indizien weckten begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung, so entfalle diese. In diesem Fall obliege es der Mieterin, mithilfe von fünf Vergleichsobjekten bzw. einer amtlichen Statistik, die den Anforderungen von Art. 11 VMWG genügten, die Missbräuchlichkeit bzw. die fehlende Orts- und Quartierüblichkeit des Anfangsmietzinses nachzuweisen. Gelingt es der Vermieterin dagegen nicht, solche Zweifel zu wecken, so bleibe es bei der Geltung der tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit, in welchem Fall es der Vermieterin obliege, die fehlende Missbräuchlichkeit bzw. die Orts- und Quartierüblichkeit des Anfangsmietzinses nachzuweisen ([BGE 147 III 431] E. 4.3.3; [Urteil NG210009-O] E. 4).

Im Ergebnis habe das Bundesgericht das obergerichtliche Urteil vom 2. März 2020 zur Prüfung der Frage aufgehoben, ob die von der Vermieterin vorgelegten Indizien begründete Zweifel an der Richtigkeit der tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit weckten. Dabei habe es insbesondere darauf hingewiesen, dass diese Frage auch unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung sowie der Kenntnisse des lokalen Marktes des kantonalen Richters zu beurteilen und dass ferner dem Umstand Rechnung zu tragen sei, dass die Klägerin in einem Privatgutachten 23 Vergleichsobjekte angeführt und das Vormietverhältnis fast 20 Jahre gedauert habe ([BGer 4A_183/2020 v. 6.5.2021] E. 4.3.3 und E. 4.5; [Urteil NG210009-O] E. 5).

Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Sache zur neuen Entscheidung an das Mietgericht zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Einerseits verfüge diese über zuverlässigere Kenntnisse des lokalen Marktes, die gemäss den verbindlichen bundesgerichtlichen Erwägungen zu berücksichtigen sind, und andererseits dränge sich eine Rückweisung auch unter dem Gesichtspunkt des andernfalls drohenden Instanzenverlusts auf ([Urteil NG210009-O] E. 6).

Sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so sei das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Die Vorinstanz werde in ihrem neuen Entscheid auch darüber zu befinden haben. Für die beiden Verfahren vor Obergericht NG190019-O und NG210009-O setze dieses die Gerichtsgebühr auf Fr. 5'000.– fest und verrechne diese soweit ausreichend mit dem von der Klägerin im Verfahren NG190019-O geleisteten Kostenvorschuss (von Fr. 4'000; vgl. [Urteil NG210009-O], Disp. Ziff. 2 und 3). Die Verlegung der Gerichtskosten sowie die Festsetzung einer allfälligen Parteientschädigung für das Berufungsverfahren überliess es in Anwendung von Art. 104 Abs. 4 ZPO dem neuen Entscheid der ersten Instanz ([Urteil NG210009-O] E. 7).

2. Neubeurteilung durch das angerufene Gericht

2.1 Auch für das mietgerichtliche Verfahren gilt die Bindung der ersten Instanz an die Erwägungen des Ober- und des Bundesgerichts. Weiterungen in Form von zusätzlichen Stellungnahmen der Parteien sind nicht erforderlich, denn die Rückweisung versetzt das Verfahren in den Stand zurück, in welchem es sich vor dem Urteil des Mietgerichts befand, mithin inklusive der Spruchreiferklärung des Falles gemäss Verfügung vom 16. April 2019, so dass ohnehin keine echten oder unechten Noven mehr eingebracht werden können. Die von Bundes- und Obergericht aufgeworfenen Fragen waren auch nicht mit Noven verknüpft (zur grundsätzlichen Unzulässigkeit von Noven im Rechtsmittelverfahren vgl. [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 2.4).

Das angerufene Gericht stellte schon im Urteil vom 26. August 2019 Plausibilitätsüberlegungen zur Missbrauchsvermutung an, die durch die hier unstreitig vorliegende Anhebung des Nettomietzinses gegenüber dem zuletzt gültigen Zins im

Vormietverhältnis zur Debatte steht, und gewährte dazu den Parteien auch aktiv das rechtliche Gehör, namentlich was die notorischen Daten des GIS-Browsers des Kantons Zürich zur Lärmexposition von Mietsache und Vergleichsobjekten angeht (vgl. dazu [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 2.4, 8.1-4 und besonders 8.3.1.3-4; zur Notorietät und den daraus fließenden Konsequenzen E. 8.3.2.2-5) und was die Tragweite und Bedeutung der ebenfalls allgemein bekannten und damit nicht beweisbedürftigen Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 betrifft (dazu [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 9.5-9). Daher sind keine Weiterungen unter dem Aspekt der gerichtlichen Fragepflicht bzw. des rechtlichen Gehörs erforderlich. Dass sich das Bundesgericht nicht mit den erstinstanzlichen Plausibilitätsüberlegungen auseinanderzusetzen hatte, ist vorab darauf zurückzuführen, dass das Obergericht mit einem Teil der Lehre von einer – zwar aus einer Tatsachenvermutung hergeleiteten, aber letztlich zu einer Rechtsvermutung verdichteten – Vermutung der Missbräuchlichkeit ausging, so dass die Beweislast für die Vergleichsmiete bei der Klägerin gelegen hätte (vgl. [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 5, insbes. E. 5.5-10). Unter solchen Vorzeichen waren Plausibilitätsüberlegungen zu den Erfahrungstatsachen entbehrlich, auf denen die Vermutung nach Auffassung des Bundesgerichts beruht.

2.2 Das Mietgericht ging im Urteil vom 26. August 2019 wie das Bundesgericht von einer tatsächlichen Vermutung aus, welche sich aus einer – hier laut allen Instanzen zweifellos vorliegenden – Erhöhung des Anfangsnettomietzinses um 44 % gegenüber dem Vormietzins grundsätzlich ergibt ([Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.2.1 und IV.3.2.2). Dabei leitete es in Anlehnung an das Urteil BGer 4A_400/2017 v. 13.9.2018 E. 2.2.2.2 die Vermutung ebenfalls nicht mehr nur aus der Mitwirkungsobliegenheit der Vermieterin bei der Beweisführung der nach Art. 8 ZGB für die Anfechtungsvoraussetzungen beweisbelasteten Mieterin ab (so noch der Vorsitzende des Gerichts in BSK-OR I-WEBER, 7. A., Basel 2020, Art. 270 N 13a, wo immerhin darauf hingewiesen wurde, dass aus BGer 4A_400/2017 vom 13.9.2018 E. 2.2.2.2 möglicherweise eine echte Vermutung abzuleiten sei), sondern erblickte darüber hinaus im Umstand, dass keine plausiblen Gründe für eine massive Anpassung des Nettomietzinses

vorliegen, ein unmittelbares Indiz für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses ([Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.2.2; vgl. dazu BGE 147 III 431 E. 3.3.1: «Aus dieser Formulierung [im Urteil 4A_400/2017 E. 2.2.2.2, nicht publ. in BGE 144 III 514] ergibt sich, wie auch die Vorinstanz zu Recht annimmt, dass das Bundesgericht von einer eigentlichen Vermutung und nicht nur von einer verstärkten Mitwirkungsbliegenheit ausgeht. [...] Es ist somit präzisierend festzuhalten, dass bei einer erheblichen Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vormietverhältnis – über eine (verstärkte) Mitwirkungsbliegenheit hinaus – von einer tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit auszugehen ist.»).

2.2.1 In der Folge erwog das Mietgericht, man könne sich mit der Vermieterin fragen, ob der Anschein eines Missbrauchs in allen Fällen nur vom Ausmass der Abweichung des Anfangsmietzinses gegenüber dem vom vorausgegangenem Mieter zuletzt bezahlten Mietzins abhängen könne. Denkbar sei – über die bis dahin bekannte Rechtsprechung des Bundesgerichts hinaus – auch ein Rückgriff auf statistische Angaben, denn der Anschein eines Missbrauchs hänge nicht in erster Linie von der prozentualen Anpassung gegenüber dem Vormietzins ab, sondern viel eher von der absoluten Höhe des neu verlangten Mietzinses ([Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.2.2). Schon das Mietgericht prüfte also, ob Hinweise dafür bestehen, welche die aus der massiven Erhöhung des Mietzinses fliessende tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses ins Wanken zu bringen vermögen. In E. IV.3.2.4 prüfte es die Plausibilität des verlangten Anfangsmietzinses und damit die Vermutungsbasis anhand der allgemein bekannten Mietpreisstrukturerhebung für die Stadt Zürich aus dem Jahr 2006 und kam zum Schluss, dass der verlangte Mietzins selbst nach Anpassung des statistischen Zinses anhand des Mietpreisindex der Stadt Zürich letztlich netto um Fr. 200.– pro Monat über dem teuerungsbereinigten statistischen Mittel liege, und zwar obwohl sich die Mietwohnung an lärmiger Lage befinde, seit mehr als 20 Jahren nicht mehr grundlegend saniert worden sei und nur über eine eher einfache Ausstattung verfüge. Damit erscheine unabhängig vom Ausmass der Mietzinsanpassung die verlangte Anfangsmiete nach absoluten Kriterien offensichtlich nicht mehr als plausibel ([Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.2.4; auch das Obergericht gab diese Überlegungen (...) wieder, vgl. [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 3.2). An diesen Erwägungen ist heute uneingeschränkt festzuhalten. Als Zwi-

schenergebnis steht daher fest, dass die verfügbaren Statistiken die Vermutung der Missbräuchlichkeit, wie sie sich schon aus dem Ausmass der Mietzinsanpassung gegenüber dem Vormietverhältnis ergibt, nicht etwa erschüttern, sondern sie im Gegenteil bestätigen.

2.2.2 Als weiteres Kriterium kann gemäss Bundesgericht die Vermieterin u.U. mittels nur drei oder vier Vergleichsobjekten die Grundlage der Tatsachenvermutung erschüttern und diese damit umstossen. Klar gemacht hat die höchste Instanz zunächst, dass bloss eines oder zwei Vergleichsobjekte nicht genügen. Es darf sich auch nicht um Objekte handeln, die den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG von vornherein nicht genügen. Dennoch ist an die Vergleichbarkeit nicht der gleich strenge Massstab anzulegen wie beim eigentlichen Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit. Zudem verlangt das Bundesgericht, dass beispielsweise zusätzlich eine amtliche Statistik – auch eine solche, die den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 und 4 VMWG nicht vollauf genügt – den durch die Vergleichsobjekte erweckten Eindruck bestätigt (BGE 147 III 431 E. 4.3.1). Auch andere Faktoren, insbesondere ein Privatgutachten, können für die Erschütterung der Vermutung allenfalls geeignet sein (a.a.O.).

Im vorliegenden Fall gehen das bei den Akten liegende Parteigutachten von Prof. Dr. Peter Ilg von der Hochschule für Wirtschaft Zürich HWZ und die von der Klägerin beigebrachten Vergleichsobjekte insoweit ineinander auf, als ersteres die alleinige Grundlage für die ersten 17 der insgesamt 23 offerierten Vergleichsobjekte bildete [während die restlichen 6 von der Klägerin im Rahmen der Replik eingebracht wurden, Anm. d. Red.]. Das Gutachten wurde von der Klägerin denn auch im vollen Wortlaut in ihre Plädoyernotizen zur Klagebegründung integriert. Der Privatgutachter hat sich für seine Einschätzung nicht hinreichend mit den rechtlichen Prämissen der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete auseinandergesetzt und sich insbesondere nicht in genügendem Mass um die Kriterien von Art. 11 VMWG gekümmert. Das Mietgericht hat bereits ausführlich dargelegt, dass die Privatexpertise beim Lagekriterium wahllos auch Vergleiche mit Objekten z.T. weit ausserhalb des hier interessierenden Quartiers Aussersihl anstellt (vgl. [Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.7.3 und IV.3.7.4).

Darüber hinaus enthält das Gutachten bei den Vergleichsobjekten völlig unsubstantiiert die Behauptung, das Mietobjekt befinde sich wie die Vergleichsobjekte an «mässig lärmiger» Lage. Im Urteil vom 26. August 2019 wurde detailliert aufgezeigt, dass besonders die teureren Vergleichsobjekte an ruhiger bis sehr ruhiger Lage liegen, während das Mietobjekt wegen des Privat- und Tramverkehrs auf der nahen O.-strasse einer hohen Lärmbelastung ausgesetzt ist. Es kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf [Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.7-3.11 verwiesen werden. Auch das Obergericht hat sich mit dieser Frage befasst und diese Vorgehensweise der Klägerin als nicht zulässig erachtet ([Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 8.3.3.2).

Auch soweit Vergleichsobjekte nicht direkt zur Behauptung einer bestimmten Vergleichsmiete dienen, sondern nur die aus einer erheblichen Mietzinserhöhung gegenüber dem Vormietverhältnis fliessende Tatsachenvermutung eines missbräuchlichen Anfangsmietzinses umstossen sollen, gelten für sie die gleichen Substantiierungsanforderungen wie für die Nennung von Objekten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 VMWG. Mit ihren vagen und im Kern falschen Behauptungen zur Lärmexposition der Vergleichsobjekte hat die Klägerin diesen Anforderungen nicht genügt, wie das Obergericht zu recht festgehalten hat ([Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 8.3.3.2).

Für den Fall, dass eine der Rechtsmittelinstanzen in einem allfälligen neuerlichen Rechtsmittelverfahren die Behauptungslast anders verorten sollte als die erste Instanz, sei hier kurz auf den Hinweis der Zweitinstanz eingegangen, das Mietgericht habe im Erstverfahren durch seinen Verweis auf die Karte Strassenlärm des GIS-Browsers und die damit zusammenhängenden Überlegungen möglicherweise die Grenzen der sozialen Untersuchungsmaxime überschritten (vgl. [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 8.3.3.2). Es ist zwar richtig, dass das Bundesgericht bei anwaltlich vertretenen Parteien eine gewisse Zurückhaltung des Gerichts anmahnt (BGE 141 III 569 E. 2.3; [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 8.3.2.2). Das Obergericht hat jedoch zu recht die Ausnahmen angesprochen, die sich im Falle offenkundiger Tatsachen ergeben (a.a.O. E. 8.3.3.2). Hinzu kommt Art. 153 Abs. 2 ZPO: Das Gericht braucht sich

nicht von unbestrittenen Tatsachen leiten zu lassen, an welchen es erhebliche Zweifel hat. Diese Regel gilt nicht nur unter der sozialen Untersuchungsmaxime, sondern generell. Zudem kann nach Auffassung des Mietgerichts aus BGE 141 III 569 nicht eine Pflicht zur Zurückhaltung abgeleitet werden, wie sie im Rahmen der Verhandlungsmaxime gilt. Welchen Zweck hätte die soziale Untersuchungsmaxime dann noch? Bei diesen subtilen, oft im Rahmen der Prozessleitung während einer Verhandlung zu entscheidenden Fragen sollte nicht ohne Not ins Ermessen der ersten Instanz eingegriffen werden. Gewiss mag man dem Obergericht zustimmen, wenn es findet, es sei etwas gar einfach gewesen, dass die Klägerin die Vorgehensweise der Erstinstanz zur Beurteilung der Lärmimmissionen schlicht als unbrauchbar bezeichnet hat, ohne eigene Überlegungen oder Untersuchungen anzustellen (a.a.O. E. 8.3.3.2). Zuzugeben ist der Klägerin aber (und dies würde für die Beklagte im Falle der bei ihr liegenden Behauptungslast genauso gelten), dass die vom Mietgericht soweit ersichtlich schweizweit erstmals angewandte Methode zur Einschätzung der Lärmsituation auch für eine anwaltlich vertretene Partei nicht leicht vorauszusehen war – nicht einmal bei entsprechender Spezialisierung. Hätte das Mietgericht das Thema nicht von sich aus aufgebracht, obwohl die Methode zumindest für eine grobe Einschätzung der Situation auch nach Meinung des Ober- und offenbar auch des Bundesgerichts durchaus tauglich ist, wäre dies darauf hinausgelaufen, dass es seine Zweifel an den vagen Darlegungen der Klägerin unterdrückt hätte im Wissen um die aus dem GIS-Browser herauslesbaren Unterschiede bezüglich der Lärmexposition der zur Diskussion stehenden Wohnungen. Diese Art von Zurückhaltung war jedenfalls nicht im Sinne des Gesetzgebers von 1990, der in Art. 274d Abs. 3 aOR die soziale Untersuchungsmaxime im Bereich der Miete von Wohn- und Geschäftsräume erstmals allgemein verankert hat. Vor der Einführung der Bundes-ZPO war völlig unbestritten,

- dass das Gericht als Folge der sozialen Untersuchungsmaxime den für die Rechtsanwendung notwendigen Sachverhalt zu vervollständigen hatte, soweit er erkennbar unvollständig vorgetragen worden war,
- dass es sämtliche Akten berücksichtigen und selbst Kenntnisse verwenden sollte, die es von Dritten hatte [etwa aus dem Internet] und

- dass es grundsätzlich nicht an die Darlegungen und Beweisanträge der Parteien gebunden war (zum Ganzen ZK-HIGI, aArt. 274d OR N 57-60 m. Hinw.).

Die Materialien zur ZPO enthalten keinen Hinweis darauf, dass insbesondere Art. 247 Abs. 2 (hier lit. a) ZPO daran etwas Grundlegendes ändern sollte (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006, S. 7348, zu E Art. 243 ZPO): Die vom Bundesgericht angesprochene Zurückhaltung bei anwaltlich vertretenen Parteien «darf und soll» gemäss der bundesrätlichen Botschaft zum Zuge kommen (a.a.O.). Das Ermessen der betroffenen Instanz ist schon in dieser Formulierung enthalten, die im Übrigen nur das Problem aufnimmt, dass dem Gericht kein eigener Ermittlungsapparat zur Verfügung steht – der Bundesrat hat insbesondere den Unterschied zum Strafprozess explizit hervorgehoben (a.a.O.). Dass mit der Formulierung eine Abkehr von der seit 1990 verfolgten Praxis gerade in den von Art. 247 Abs. 2 ZPO erfassten Angelegenheiten aus dem Kernbereich des sozialen Prozessrechts beabsichtigt war, lässt sich der Botschaft jedenfalls nicht entnehmen. Auch das Bundesgericht befürwortete Interventionen bei ernsthaften Zweifeln an der Vollständigkeit der Darlegungen und unabhängig davon selbst im Falle von fehlenden Behauptungen und Beweisanträgen (BGer 4A_32/2007 E. 4.1; BGer 4C.395/2005 E. 4.3; BGE 125 III 231 E. 4a; sehr deutlich diesbezüglich schon BGE 107 II 236 E. 2b und 2c, zur Lage im einfachen und raschen Verfahren im Arbeitsrechtsprozess nach aArt. 343 Abs. 4 OR). In Erwägung 2b des zuletzt genannten Entscheids hielt das Bundesgericht fest:

«b) La cour cantonale, se référant à sa pratique constante en matière de procédure ordinaire, a estimé que seuls pouvaient être pris en considération les faits allégués de manière expresse, à l'exclusion de ceux qui ressortiraient simplement des pièces versées au dossier (Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, 1976 p. 87 s., 1973 p. 64). Dans les litiges relevant du contrat de travail, **une telle restriction au pouvoir d'examen du juge est incompatible tant avec la lettre qu'avec l'esprit de l'art. 343 al. 4 CO** [*Hervorhebung des Mietgerichts*]; elle se heurte à l'intention clairement reconnaissable du législateur (...)»

In den zitierten späteren Entscheiden bis 2010 wurde dieses Präjudiz stets bestätigt, namentlich was die Möglichkeit von Beweiserhebungen ohne Antrag angeht, insbesondere in BGE 125 III 231 E. 4a. Diesen Entscheid wiederum bestätigte das Bundesgericht auch in BGE 141 III 569 erneut (E. 2.3.1). Wichtig ist, dass es sich in diesem Fall lediglich mit der von einer Partei geforderten Beweiserhebung von Amtes wegen in Zusammenhang mit der Beibringung – also nicht der Überprüfung – von Vergleichsobjekten zur Ermittlung der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete zu befassen hatte. Es ging nur darum klarzustellen, dass ein solches Ansinnen die Möglichkeiten des Gerichts selbst im sozialen Zivilprozess sprengt, denn die gerichtliche Suche nach tauglichen Vergleichsobjekten liefe auf die Anordnung einer mehrere zehntausend bis hunderttausend Franken kostenden statistischen Erhebung hinaus – auf Kosten der Parteien, ohne jede Erfolgsgarantie und obwohl Art. 11 Abs. 4 VMWG nur die Berücksichtigung einer allenfalls bestehenden Statistik anordnet, nicht etwa die Anfertigung einer gerichtlichen. In E. 3.2.3 hat das Bundesgericht denn auch die Rechtsprechung zu Art. 274d Abs. 3 und 343 Abs. 4 OR explizit bestätigt. Diese hatte nämlich schon vor der Einführung der Bundes-ZPO nicht zur Folge, dass das Gericht den Parteien die Verantwortung für die Beibringung von Vergleichsobjekten abnehmen sollte.

In der Literatur wird zu recht darauf hingewiesen, dass bei einer zu grossen Zurückhaltung bei der Auslegung von Art. 247 Abs. 2 ZPO die Unterschiede zur Fragepflicht nach Art. 56 ZPO verschwimmen würden (z.B. KUKO ZPO-FRAEFEL, 3. A., Basel 2021, Art. 243 N 10). Dass diese Gefahr überhaupt besteht, ist zweifelsohne auf die unsorgfältige Gesetzgebung bei der Schaffung der ZPO zurückzuführen. Ohne klare Willensäusserung des Gesetzgebers in Richtung eines restriktiveren Verständnisses der sozialen Untersuchungsmaxime als nach altem Recht verbietet es sich aber, dem Gesetzeswortlaut eine solch unsinnige Regelauslegung zuzuschreiben. FRAEFEL verwirft daher zu recht eine Beschränkung von richterlichen Interventionen auf Fälle ernsthafter Zweifel des Gerichts (a.a.O.). Wie gezeigt findet dieser Ansatz schon eine Stütze darin, dass Interventionen hier wegen Art. 153 Abs. 2 ZPO selbst bei Geltung der Verhandlungsmaxime möglich sind und dass das Bundesgericht weder in BGE 141 III 569 noch in

den zit. früheren Entscheiden etwas Derartiges postuliert, sondern in E. 2.3.2 einzig festgehalten hat:

«Ainsi, conformément à la jurisprudence rendue sous l'empire des anciens art. 274d al. 3 et 343 al. 4 CO, en première instance, les parties doivent renseigner le juge sur les faits de la cause et lui indiquer les moyens de preuve propres à établir ceux-ci. De son côté, le juge doit les informer de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves. Il doit les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. **Son rôle ne va toutefois pas au-delà (à propos de l'ancien art. 274d al. 3 CO, cf. ATF 136 III 74 consid. 3.1 p. 80; ATF 125 III 231 consid. 4a p. 238 s.; à propos de l'ancien art. 343 al. 4 CO, cf. ATF 107 II 233 consid. 2c).**» [Hervorhebung des Mietgerichts]

Dass es mit dieser Formulierung nicht alle Elemente der bestätigten alten Rechtsprechung angesprochen hat, ändert nichts daran, dass es über diese nur nicht hinausgehen wollte. Dass es die alten Limiten zu unterschreiten gedachte, folgt daraus keineswegs.

Hervorzuheben ist im Übrigen zu den Vergleichskriterien, dass das Mietgericht im Erstverfahren durchaus keinen sehr strikten Massstab angewandt hat, gerade gemessen an gewissen Entscheiden von anderen Instanzen in der Vergangenheit. So hat es zwei Objekte im Unterquartier Langstrasse in den Vergleich einbezogen, trotz der im Unterquartier Hard nicht vorhandenen Nähe zur Vergnügungsmeile der Stadt Zürich. Weiter hat es ein Objekt im Quartier Wiedikon grundsätzlich als vergleichstauglich erachtet, weil jenes auf der anderen Seite der die Quartiergrenze bildenden Badenerstrasse gelegen ist ([Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.7.4). Das Obergericht vertrat diesbezüglich eine strengere Auffassung, allerdings nicht bezogen auf die Vermutungsbasis, sondern auf die strikte angewandten Kriterien von Art. 11 VMWG ([Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 7.9). Auch bei einer weniger strengen Optik geht es entgegen der Meinung der Klägerin aber nicht an, Objekte im benachbarten Quartier Wiedikon zum Vergleich beizuziehen, die nur wenige Strassenzüge von der Quartiergrenze entfernt liegen – hier die Objekte 5, 19 und 20. Für das Objekt 19 beurteilte das Mietgericht überdies auch die Lärmbelastung als deutlich geringer ([Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019]

E. IV.3.8.12). Alle drei Objekte liegen zudem anders als das Mietobjekt gleich neben dem Friedhof Sihlfeld (gut zu erkennen auf den Plänen der Klägerin), einer der grössten grünen Lungen der Stadt, und scheiden auch für einen summarischen Vergleich schon aus diesem Grund aus ([Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.11).

Aber selbst wenn man die Lage im Quartier und die weiteren Lage-Merkmale weitgehend ignorieren würde, käme man inkl. Objekt 5 (V1.-strasse 154, Wiedikon) 6 (V2-strasse 365, Wiedikon), 16 (V3-strasse 38, Aussersihl) und 19 (V1-strasse 156, Wiedikon) zwar auf vier Objekte (vgl. dazu ausführlich [Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] insbes. E. IV.3.11 und IV.3.13). Auch bezüglich dieser – und im Übrigen auch aller weiteren der offerierten – Objekte schweigen sich sowohl Gutachten als auch Klägerin aber zu den Merkmalen des Zustands und der Ausstattung aus oder begnügen sich mit Allgemeinplätzen, die für eine Substantiierung auch nur von Elementen zur Erschütterung einer Tatsachenvermutung in keiner Weise ausreichen und so auch nicht zum Beweis verstellt werden können, denn dies liefe darauf hinaus, die mangelnde Substantiierung im Rahmen gerichtlicher Augenscheine zu korrigieren (ebenso das Obergericht in [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 4.8 sowie das Bundesgericht in BGer 4A_183/2020 vom 6.5.2021 E. 3.1.2, 3.4 und 4.5, nicht publ. in BGE 147 III 431; BGE 147 III 431 E. 3.2.2 und 4.3.3, in Bestätigung von BGE 139 III 13 E. 3.3). Die konkreten Beschreibungen der Klägerin zu Ausstattung und Zustand der Objekte ähneln denjenigen zur Lärmexposition, die im Gutachten und für die nachträglich präsentierten Vergleichsobjekte stets mit "mässig lärmig" angegeben wurden, obwohl sich aufgrund der Daten der Karte "Strassenlärm" aus dem GIS-Browser für den Kanton Zürich sehr unterschiedliche Lärmexpositionen ergaben (vgl. ... sowie [Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.8.2-14). So gab die Klägerin zum Küchenausbau jeweils nur an, dieser sei "Standard", die Ausstattung der ganzen Wohnung wurde jeweils mit "Durchschnittlich" umschrieben. Auch der Zustand im Innenbereich wurde jeweils vage und nur bei drei Objekten gleich wie beim Mietobjekt, mit "normal / gut unterhalten (saniert vor 1997)" beschrieben, während für das Objekt V1-strasse 154 (Wiedikon) von einer Sanierung des gesamten Innenbereichs der

Wohnung im Jahr 2007 gesprochen wurde, wobei der Umfang der Arbeiten im Dunkeln blieb. Im Aussenbereich erfolgten vage unterschiedliche Klassifizierungen mit "normal / gut unterhalten (saniert zw. 2007 und 2017)" bzw. "normal / gut unterhalten (saniert vor 1997)" bzw. "normal / gut unterhalten (saniert 2007)" (a.a.O.). Nur für das Objekt 16 (V3-strasse 38) wurde der Aussenzustand wie beim Mietobjekt, wenn auch genauso vage, als "normal / gut unterhalten (saniert zw. 1997 und 2007)" angegeben.

Mit solchen Behauptungen zu einigen wenigen Objekten – für die übrigen Vergleichsangebote gilt mutatis mutandis das gleiche – lässt sich die Vermutung der Missbräuchlichkeit auch bei einem sehr grosszügigen Massstab nicht ins Wanken bringen. Hinzu kommt, dass die untauglichen Vergleiche anders als vom Bundesgericht vorgegeben nicht im Einklang stehen mit einer – wenn auch den Vergleichskriterien von Art. 11 VMWG möglicherweise nicht voll genügenden – Statistik (BGE 147 III 431 E. 4.3.1). Eine solche liegt nicht vor, wie bei den Erläuterungen zur Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 schon ausgeführt wurde. Im Gegenteil: die Analyse der Statistik bestätigt die tatsächliche Vermutung eines missbräuchlichen Anfangsmietzinses, die schon durch die erhebliche Erhöhung gegenüber dem Vormietzins begründet wird (vorn E. 2.2.1, m. Hinw.).

2.2.3 Vor diesem Hintergrund verblasst die Tatsache der langen Mietdauer des Vormietverhältnisses von knapp 20 Jahren, welche das Bundesgericht grundsätzlich allein oder in Verbindung mit anderen Faktoren als relevant erachtet für eine mögliche Erschütterung der Vermutungsbasis (so BGer 4A_183/2020 vom 6.5.2021 E. 3.5.4, nicht publ. in BGE 147 III 431 sowie E. 147 III 431 4.3.2). Dabei ging das Bundesgericht zu recht – und im Übrigen wie schon erwähnt für die Vorinstanzen bindend – davon aus, dass die lange Dauer des Vormietverhältnisses allein nicht dazu führen kann, dass die Vermutung der Missbräuchlichkeit tel quel nicht mehr gilt, die aus der massiven Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem letzten Stand des Vormietverhältnisses folgt. Zwar müsse ein Ausgleich der Interessen von Mieterin und Vermieterin gesucht werden, wenn der Verdacht bestehe, der Vermieter habe von einer «prime pour le bail de longue

durée» profitiert (wie CONOD es formuliert hat); bei diesem Kriterium handle es sich aber nur um einen Aspekt, der zur Erschütterung der Vermutungsbasis führen könne. Die Vermutung solle jedenfalls nicht dazu führen, dass eine Vermieterin die Miete gegenüber der vom Vormieter bezahlten Miete nicht (entscheidend) erhöhen könne, obwohl eine solche Mietzinserhöhung aufgrund erheblich gestiegener Mieten im Quartier berechtigt wäre (a.a.O.).

Dass eine solche Konstellation hier vorliegt, ist nicht ersichtlich. Das Quartier Aussersihl hat sich in den letzten 20 Jahren nicht entscheidend verändert. Wegen der diskutierten Eigenschaften des Mietpreisindex der Stadt Zürich steht fest, dass die Erhöhung des allgemeinen Mietzinsniveaus während der Dauer des Vormietverhältnisses durch die Indexierung des statistischen Mietzinses von 2006 in den festzulegenden Anfangsmietzins schon im ersten Urteil eingeflossen ist und nun auch weiterhin einfließt. Zwar beschlägt der Index (auf diesen ist zurückzukommen) nur das Niveau der ganzen Stadt, nicht des hier interessierenden Quartiers, aber bessere Parameter existieren schlicht nicht. Es ist sodann daran zu erinnern, dass das Vergleichsmiete-Kriterium entgegen landläufiger Meinung gerade nicht mit einer Marktmiete gleichzusetzen ist. In den Vergleich einbezogen werden weder die Angebote auf dem Markt zur Zeit des Vertragschlusses noch die Mietpotentiale anderer Objekte oder des Mietobjekts, sondern einzig die bestehenden Mietverträge für vergleichbare Objekte und zwar ungeachtet der konkreten Vertragsdauer. Die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete ist daher nicht etwa Ausdruck des Marktmietepinzips, welches nach dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage funktionieren würde, sondern ähnlich wie das Kriterium der Kostenmiete ein Korrektiv dazu, welches nach den Intentionen des Gesetzes – anhand des guten Beispiels der Vertragsabschlüsse anderer Mietparteien – dämpfend auf die Mietpreisentwicklung einwirken und gerade nicht zu Mietzinsen auf einem Niveau führen soll, wie sie der Markt ohne die Missbrauchsgesetzgebung ermöglichen würde.

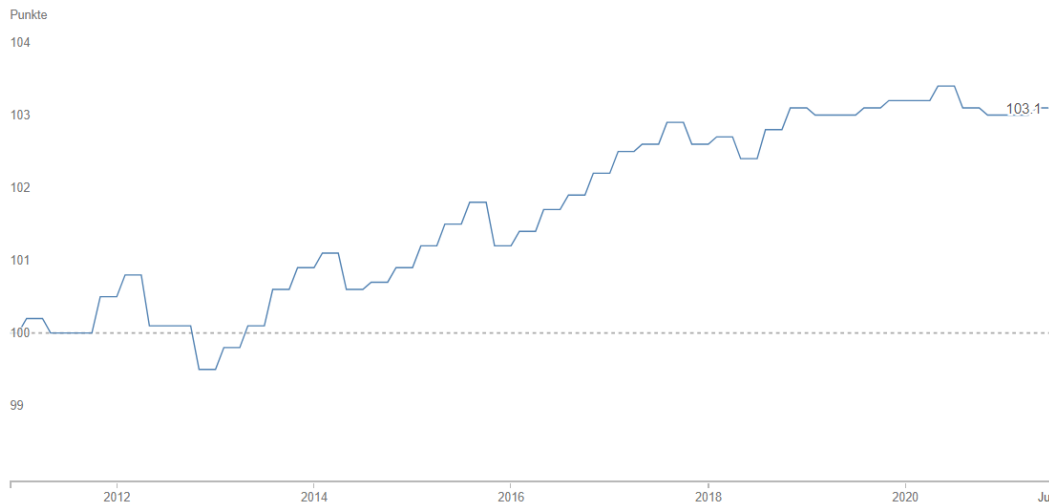
Was die von Bundes- und Obergericht angesprochene Kenntnis des angerufenen Gerichts von den örtlichen Verhältnissen und ihrer Entwicklung angeht, wäre es vermessen zu behaupten (und gehen im Übrigen auch die Rechtsmittelinstan-

zen nicht davon aus), dass das Mietgericht losgelöst von Statistiken oder konkreten Vergleichen zu beurteilen vermöchte, wie sich die Verhältnisse im Quartier genau gestalten bzw. entwickeln, denn dafür ist schon die Anzahl der Fälle zu gering, die vor Schlichtungsbehörde oder Gericht jährlich zum Thema Mietzins verhandelt werden. Dabei dürfte es sich um einen tiefen einstelligen Promillesatz der knapp 230'000 Wohnungen in der Stadt Zürich handeln (zu dieser Zahl s. <https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/gebäude-wohnungen/wohnungsbestand.html>, besucht am 11. August 2021). Sicher ist immerhin, dass die Wohnungen in vielen Altbauten wie derjenigen, in der sich auch das Mietobjekt befindet, nach der Erfahrung des Mietgerichts trotz der Entwicklung der letzten Jahre nach wie vor oft zu überraschend günstigen Mietzinsen vermietet sind. Dies erklärt sich auch aus der Kostensituation bei solchen Bauten. Insbesondere ist nicht zu erwarten, dass Mietverhältnisse in unrenovierten Altbauten wie der vorliegenden in ihrer Mehrzahl Mietzinse aufweisen, die über dem indexierten Mittel der Mietpreisstrukturerhebung liegen. Zwar kommen Objekte insbesondere nach umfassenden Sanierungen heute zu für den Mittelstand teils kaum mehr tragbaren Preisen auf den Markt. Auch dort zeigt sich jedoch, dass sich bei den vorausgegangenen Bestandesmieten – und nur diese wären mit dem vorliegenden Mietobjekt als Altbaute nach den Kriterien der Orts- und Quartierüblichkeit vergleichbar, wenn die entsprechenden Mietverträge denn noch bestünden – jeweils sehr tiefe Mietzinse zu zeigen pflegen. Nach der Sanierung erfolgen dabei für gewöhnlich zwar beträchtliche Mietzinserhöhungen auf das Doppelte des früheren Nettomietzinses und mehr. Kombiniert man dort aber die statistische Methode für die unrenovierte Altbaute mit der jeweiligen, meist beträchtlichen Bausumme, so ergibt sich besonders unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur zulässigen Nettorendite (BGE 147 III 14 = Pra 2021 Nr. 16) durchaus oft die Zulässigkeit des geforderten neuen Mietzinses. Die Vorstellung eines allgemein stark steigenden Mietpreisniveaus, losgelöst von den Kosten und von konkreten Verbesserungen an der betroffenen Liegenschaft in einer von einer regen Bautätigkeit betroffenen Stadt wie Zürich, hat daher mit der Realität nicht viel zu tun. Gewiss: Es ist nicht zu bestreiten, dass nicht wenige Vermieter versuchen, nach einer Renovation den Mietzins über das von der

Missbrauchsgesetzgebung tolerierte Mass hinaus ans Marktniveau anzuheben. Wer sich heute am Markt nach Wohnraum umschauchen muss, wird das bestätigen. Aber gerade deshalb hat er oder sie auch die Möglichkeit einer Anfangsmietzinsanfechtung, z.B. mit der Begründung, der Mietzins sei gegenüber dem Vormietverhältnis stark angehoben worden und die Vermieterseite habe nicht dargetan, dass das behauptete Vergleichs- d.h. Bestandesmieten-Niveau sich seinen Preisvorstellungen und den Baukosten entsprechend entwickelt hat. Diese Anfechtungsmöglichkeit deckt sich mit den Intentionen des Gesetzgebers von 1988/9, denn die zunächst federführende Bundesrätin hat damals in der ständerrätlichen Debatte Vermietende, die ohne plausiblen Grund einen Mieterwechsel zum Anlass für massive Mietzinserhöhungen nehmen, als «schwarze Schafe» bezeichnet, die es von den anständigen Vermietenden zu trennen gelte, und damit den von einem Teil des Parlaments kritisierten Eingriff in die Vertragsfreiheit begründet (s. dazu AB SR 1988 II 171; RONCORONI, mp 2018, S. 22; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 270 N 1a). Nebenbei: Es ist gerade das Verdienst des Bundesgerichts, dass seit BGE 139 III 13 die Regelung zur Anfechtung des Anfangsmietzinses bei Altbauten nicht mehr nur toter Buchstabe und so in vielen Fällen das gesetzgeberische Ziel der Bekämpfung von Auswüchsen auch erreichbar ist. Dass jetzt Bestrebungen hinzutreten, die Regelung nach den ersten Erfahrungen weiter auszutarieren, liegt in der Natur der Sache.

Der weitere Umstand, dass viele Mieterinnen und Mieter die Anfangsmiete nicht anfechten, wirkt sich zwar preistreibend auch auf das Vergleichsmietniveau aus, wegen des Einbezugs der Altmieten aber erst mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung. Es ist davon auszugehen, dass der Mietpreisindex der Stadt Zürich, welcher vom Mietgericht wie erwähnt schon im Ersturteil in seine Plausibilitätsüberlegungen einbezogen wurde, die tatsächliche Entwicklung der Mietpreise unabhängig vom Zeitpunkt der Vermietung zuverlässig abbildet, also auch für die Zeit seit der Strukturhebung 2006 und folglich auch die von den seitherigen Neuvermietungen beeinflusste Entwicklung. Am besten lässt sich dies anhand der grafischen Darstellung des Indexes zeigen:

Zürcher Mietpreisindex – Dezember 2010 bis Juli 2021



Verlauf des Zürcher Index der Mietpreise, Basis Dezember 2010 = 100 Punkte

(Quelle: <https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/mietpreise/mietpreisindex/mietpreisindex.html>; besucht am 11. August 2021)

Man erkennt in Form der Dellen in der ansteigenden Kurve die Auswirkungen der Referenzzinssenkungen 2013, 2015, 2017 und 2019 ebenso wie das danach, jeweils hauptsächlich aufgrund der in der Folgezeit neu festgesetzten Anfangsmietzinse, wieder in stärkerem Umfang gestiegene allgemeine Mietniveau. Selbst die Auswirkungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind möglicherweise sichtbar, scheinen doch viele Vermietende heute bei der Anfangsmietzinsfestsetzung deutlich vorsichtiger zu sein als noch 2013, dem Jahr, in welchem am 6. Dezember BGE 139 III 13 erging, denn die Wiederanstiege nach den neuesten Referenzzinssenkungen sind deutlich moderater ausgefallen als derjenige nach 2013. Möglich ist natürlich, dass die grössere Zurückhaltung der Vermietenden auch in anderen Markteinflüssen begründet liegt. Aus der grafischen Darstellung ist zugleich ersichtlich, dass der Index auch die Neuvermietungen seit der Strukturhebung 2006 abbildet, denn wenn er nur die damals schon in Kraft stehenden Mieten erfassen würde, wären wegen des seither stets gesunkenen Referenzzinses und der mit Schwierigkeiten verbundenen Begründung von Mietzinserhöhungen die deutlichen Wiederanstiege unmittelbar nach Senkungen des Referenzzinses nicht zu erwarten.

Selbst das Privatgutachten und die weiteren Erhebungen der Klägerin deuten im Übrigen in die Richtung, dass höhere Mietzinse häufig auch mit entsprechenden Investitionen zusammenhängen, denn höhere Preise sind auch bei den von der Klägerin zum Vergleich angeführten Objekten (neben einer besseren Lage) nach Unterhaltsarbeiten in einer jüngeren Zeit als beim Mietobjekt anzutreffen. Interessant ist beispielsweise, dass die Objekte 5 und 19 (V1-strasse 154 und 156, Wiedikon) mehr als 10 Jahre nach dem Mietobjekt innen wie aussen einer Sanierung unterzogen wurden und zurzeit nach Angaben der Klägerin in etwa das kosten, was die Klägerin von der Beklagten verlangt, wobei für das Objekt V1-strasse 154 – wie schon im Mietgerichtsurteil vom 26. August 2019 angeführt ([Urteil des Mietgerichts MA170003-L v. 26.8.2019] E. IV.3.6.2) – hinzukommt, dass der Mietzins noch auf einem Hypothekarsatz von 3½% basiert.

2.2.4 Damit gelingt es der Klägerin im vorliegenden Fall nicht, die tatsächliche Missbrauchsvermutung zu erschüttern, die sich aus der massiven Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem Vormietverhältnis ergibt. Da die Rechtsmittelinstanzen die weiteren Überlegungen der ersten Instanz, insbesondere diejenigen zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses bei Anwendbarkeit der Tatsachenvermutung sowie zur gerichtlichen Festlegung des Mietzinses, zumindest im Ergebnis nicht beanstandet haben, hat es beim Urteil vom 26. August 2019 sein Bewenden. Die von der Klägerin geforderte grundsätzliche Abkehr von der Praxis, wie sie mit BGE 139 III 13 eingeläutet und seither auch mit guten Gründen konsequent verfolgt wurde, hat das Bundesgericht explizit abgelehnt (BGer 4A_183/2020 vom 6.5.2021 E. 4.4, nicht publ. in BGE 147 III 431).

3. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

Auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind grundsätzlich entlang des ursprünglichen Urteils des Mietgerichts zu regeln. Zu beachten ist, dass das Bundesgericht die Beschwerde der Vermieterin zwar nur teilweise gutgeheissen und das obergerichtliche Urteil aufgehoben, die Beklagte und damalige Beschwerdegegnerin aber dennoch unter Bezugnahme auf Art. 66 Abs. 1 und 68 Abs. 2 BGG definitiv zur Tragung der Kosten- und Entschädigungsfolgen verurteilt hat (BGer 4A_183/2020 vom 6.5.2021 E. 5 sowie Disp. Ziff. 2 und 3, nicht publ. in BGE 147

III 431). Demzufolge hat es bezüglich des bundesgerichtlichen Verfahrens bei der Kosten- und Entschädigungsregelung des Bundesgerichts zu bleiben.

Es besteht kein Grund, für den ersten Teil des mietgerichtlichen Verfahrens von der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen entlang Obsiegen und Unterliegen gemäss Urteil vom 26. August 2019 abzuweichen, denn auch das Obergericht hat das Kostendispositiv des Mietgerichts bei gleichem Prozessausgang nicht verändert ([Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020], Dispositiv Ziff. 1-4). Für das erste Berufungsverfahren hat es die Klägerin als unterliegend betrachtet, der Beklagten aber mangels Anhörung keine Parteientschädigung zugesprochen (zu letzterem s. [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 1.4). Nach dem Gesagten muss es auch heute dabei bleiben, wobei zu beachten ist, dass die obergerichtliche Gerichtsgebühr nun insgesamt nicht mehr Fr. 4'000.–, sondern Fr. 5'000.– beträgt und dass die Kosten des Obergerichts im Umfang von Fr. 4'000.– durch einen Vorschuss der Klägerin im zweitinstanzlichen Verfahren gedeckt sind.

Was die Gerichtsgebühr im erstinstanzlichen Verfahren angeht, ist diese aufgrund des zusätzlichen Aufwands ebenfalls zu erhöhen, und zwar um Fr. 1'500.–. Diese zusätzlichen Kosten hat die Klägerin allerdings allein zu tragen, denn soweit der Aufwand des Gerichts die Rückweisung betrifft, unterliegt sie vollständig.

Auf die Parteientschädigung wirkt sich das Rechtsmittel- und Rückweisungsverfahren nicht aus, soweit nicht schon das Bundesgericht die Folgen abschliessend geregelt hat, denn die Beklagte hatte seit dem ersten mietgerichtlichen Verfahren vor den kantonalen Gerichten keinen relevanten Aufwand mehr (zum Verzicht auf Einholung einer Berufungsantwort vgl. [Urteil des Obergerichts NG190019-O v. 2.3.2020] E. 1.4).

(...)»

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident