

ZH_OBERGERICHT NG190019 vom 2. März 2020

ZH Obergericht, 2020-03-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG190019

FR: ZH_OBERGERICHT NG190019 du 2 mars 2020

IT: ZH_OBERGERICHT NG190019 del 2 marzo 2020

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Mit Mietvertrag vom 30. März bzw. 4. April 2017 (act. 3/2) vermietete die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) per 16. April 2017 eine 2-Zimmerwohnung (4. OG) an der C.____-strasse ... 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 (act. 3/3). 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 (act. 3/3).

E. 1.2

Mit Eingabe vom 2. Mai 2017 (Datum des Poststempels) stellte die Beklagte bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich das Begehren, es sei der Anfangsmietzins für missbräuchlich zu erklären und auf das zulässige Mass, mindestens aber auf Fr. 905.– brutto herabzusetzen (vgl. act. 4 S. 2). An der Schlichtungsverhandlung vom 28. Juni 2017 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. Nachdem die Schlichtungsbehörde den Parteien mit Beschluss vom selben Tag einen Urteilsvorschlag unterbreitet und die Klägerin diesen in der Folge fristgerecht abgelehnt hatte, wurde gestützt auf Art. 211 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO der ablehnenden Partei (Vermieterin) die Klagebewilligung erteilt (act. 4).

E. 1.3

Daraufhin erhob die Klägerin mit Eingabe vom 14. September 2017 (act. 1) Klage beim Mietgericht Zürich (nachfolgend Vorinstanz) mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren. An der Hauptverhandlung vom 7. Dezember 2017 begründete sie ihre Klage (Prot. Vi., S. 6 ff.; act. 11) und es nahm die Beklagte dazu Stellung (Prot. Vi., S. 8 ff.). Am 24. Mai 2018 wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt, wobei beide Parteien mehrmals Stellung nahmen (Prot. Vi., S. 25 f., 27 ff., 40 ff., 44, act. 19). In der Folge reichten sowohl die Klägerin wie auch die Beklag-

- 5 - te weitere Eingaben mit diversen Beilagen ins Recht (act. 22-24, act. 28-30, act. 36). Mit Beweisbeschluss vom 20. August 2018 (act. 40) ordnete die Vorinstanz an, es werde zur Frage der Ausstattung und des Zustands der vermieteten Wohnung (C.____-strasse ..., ... Zürich) ein Augenschein durchgeführt; dieser fand am 15. November 2018 statt

(Prot. Vi., S. 51 ff., act. 44/1-49). Mit Verfügung vom 22. November 2018 (act. 45) wurde die Klägerin aufgefordert, zum Ergebnis des Augenscheins sowie "zu den Daten des GIS-Browsers zur Strassen-lärmexposition des Mietobjekts sowie der offerierten Vergleichsobjekte" Stellung zu nehmen. Dieser Aufforderung kam die Klägerin mit Eingabe vom 16. Januar 2019 (act. 50) nach. Die Beklagte erstattete ihre Stellungnahme hierzu mit Eingabe vom 11. März 2019 (act. 56), woraufhin auch die Klägerin nochmals Stellung nahm (act. 70). Auf weitere Vorträge verzichteten die Parteien (act. 62, 70, 71). Mit Urteil vom 26. August 2019 (act. 80) erklärte die Vorinstanz den monatlichen Nettomietzins von Fr. 1'060.– für missbräuchlich und setzte diesen rückwirkend per Mietbeginn auf Fr. 855.– fest (zuzüglich einer monatlichen Akontozahlung von insgesamt Fr. 165.– für Nebenkosten).

E. 1.4

Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 30. September 2019 (act. 81) rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge. Mit Verfügung vom 7. Oktober 2019 (act. 83) wurde von ihr ein Kostenvorschuss verlangt und die Prozessleitung delegiert. Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (act. 85). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–78). Von der Einholung einer Berufungsantwort ist abzusehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Beklagten ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsschrift (act. 81) zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Nachdem die Klägerin (Vermieterin) den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde abgelehnt hatte (vgl. Art. 210 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO), erhob sie vor Vorinstanz Klage mit dem Begehren, es sei der

- 6 - Anfangsmietzins für nicht missbräuchlich zu erklären (act. 1 S. 2). Hierbei handelt es sich der Sache nach um eine als actio duplex ausgestaltete (negative) Gestaltungs- klage, bei der auch die beklagte Partei (hier: die Mieterin) mit Bezug auf die Festsetzung des Anfangsmietzinses selbständige Anträge stellen kann, ohne dass sie hierfür formell Widerklage erheben müsste; an ihre Anträge vor der Schlichtungsbehörde bzw. an den (nur von der Gegenseite abgelehnten) Urteilsvorschlag ist sie hierbei nicht gebunden (vgl. hierzu BGE 135 III 253, E. 2; BSK OR I-WEBER, Vor Art. 253 ff. N 15, Art. 270 N 7). Der Streitwert einer solchen Klage entspricht in der Regel der über zwanzig Jahre aufgerechneten Differenz zwischen dem angefochtenen Anfangsmietzins und dem von der Mieterin im gerichtlichen Verfahren beantragten neuen Mietzins (vgl. Art. 92 Abs. 2 ZPO). Vor Vorinstanz verlangte die Beklagte eine Herabsetzung des Nettomietzinses von monatlich Fr. 1'060.– auf Fr. 738.– (Prot. Vi., S. 8), was einen Streitwert von Fr. 77'280.– ergibt. Damit ist die Berufung grundsätzlich zulässig.

E. 2.2

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. Die Berufung führende Partei muss sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids einlässlich auseinandersetzen

und wenigstens rudimentär darlegen, an welchen konkreten Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet und in welchem Sinne er ab- geändert werden soll. Hierbei sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeich- nen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kri- tik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausfüh- rungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift (praktisch) wortgleich wieder- zugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kriti- sieren. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer, 5A_209/2014 vom 2. September 2014, E. 4.2.1; 5A_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1).

E. 2.3

Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung wie auch un- richtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen

- 7 - Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung (und gebebe- nenfalls in der Berufungsantwort) erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413, E. 2.2.4; BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). In- nerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz aber weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vor- bringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tat- fragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheis- sen oder diese mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

E. 2.4

Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren und es kommt der soziale Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung (Art. 247 Abs. 2 ZPO; vgl. dazu unten, E. 8.3.2.1). Neue Tatsa- chen und Beweismittel (Noven) werden im Berufungsverfahren nur noch berück- sichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch im Anwendungsbereich der eingeschränkten Untersuchungs- maxime; eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, wonach vor erster Instanz bei Geltung der Untersuchungsmaxime Noven bis zum Beginn der Urteils- beratung voraussetzungslos zugelassen werden, fällt für das obergerichtliche Ver- fahren grundsätzlich ausser Betracht (vgl. BGE 138 III 625, E. 2.2; 142 III 413, E. 2.2.2).

E. 3

Parteistandpunkte und Entscheid der Vorinstanz

E. 3.1

Die Klägerin stellte sich vor Vorinstanz zusammengefasst auf den Stand- punkt, es sei der bisherige von der Vormieterin bezahlte Nettomietzins (zuletzt Fr. 738.–) gegenüber der

Beklagten auf Fr. 1'060.– erhöht worden, um diesen an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse anzupassen; folglich sei der vereinbarte Anfangsmietzins nicht missbräuchlich (Art. 269a lit. a OR). Zu diesem Zweck

- 8 - reichte sie ein Privatgutachten von Prof. Dr. D. _____ von der Hochschule für Wirtschaft in Zürich (HWZ) ins Recht und offerierte insgesamt 23 Vergleichsobjekte, die hinsichtlich Lage, Grösse, Bauperiode, Ausstattung und Zustand mit der von der Beklagten gemieteten Wohnung vergleichbar seien und für die durchwegs ein höherer Nettomietzins bezahlt werde als jener, der mit der Beklagten vereinbart worden sei (act. 11 S. 8 ff., act. 13/7, act. 21/13). Die Beklagte machte demgegenüber im Wesentlichen geltend, es seien die von der Klägerin bezeichneten Vergleichsobjekte allesamt nicht mit der gemieteten Wohnung vergleichbar und es sei der Anfangsmietzins missbräuchlich i.S.v. Art. 269 f. OR, namentlich weil dieser gegenüber dem bisherigen Mietzins um gut 43 % (bei Berücksichtigung der Teuerung sogar um gut 57 %) erhöht worden sei.

E. 3.2

Die Vorinstanz hält zunächst fest, es sei unbestritten, dass die Klägerin der Beklagten die Mietzinserhöhung unter Verwendung des vorgeschriebenen Formlars gemäss Art. 270 Abs. 2 OR mitgeteilt habe und dass sowohl die Anfechtungsfrist als auch die formalen Anfechtungsvoraussetzungen gemäss Art. 270 Abs. 1 OR (Wohnungsmangel [lit. a] und erhebliche Erhöhung des Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins [lit. b]) erfüllt seien (act. 80 S. 10). Zu prüfen sei daher einzig, ob der vereinbarte Anfangsmietzins missbräuchlich i.S.v. Art. 269 f. OR sei. Diesbezüglich sei unbestritten, dass die Klägerin die vermietete Liegenschaft mit Baujahr 1933 im Jahre 1948 erworben habe und dass diese folglich als Altbaute zu qualifizieren sei. Demzufolge sei für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzins alleine auf die Orts- und Quartierüblichkeit abzustellen (act. 80 S. 11). Hierfür trage zwar grundsätzlich die Mieterin (Beklagte) die Beweislast, es treffe die Vermieterin (Klägerin) indessen – angesichts der erheblichen Erhöhung des Anfangsmietzins von mehr als 30 % (act. 80, E. IV.3.2.3) sowie aufgrund notorischer statistischer Daten (act. 80, E. IV.3.2.4) – eine verstärkte Mitwirkungsobliegenheit. Dies führe im Ergebnis zwar nicht zu einer echten Beweislastumkehr, aber doch immerhin zu einer tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit. Als Folge davon gelte der an sich der Beklagten obliegende Beweis als erbracht, soweit es der Klägerin nicht gelinge, die Vermutung zu widerlegen (act. 80, E. IV.3.2).

- 9 -

E. 3.3

Der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit sei, so die Vorinstanz weiter, mittels konkreter Vergleiche zu erbringen; ein von der Klägerin offeriertes gerichtliches Gutachten sei insofern untauglich (act. 80, E. IV.3.3.3). Die beweisbelastete Partei habe mindestens fünf konkrete Vergleichsobjekte zu nennen, die sich im selben Quartier befänden, die verschiedenen Eigentümern gehörten (vgl. Art. 11 Abs. 3 VMWG) und die gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG hinsichtlich Lage, Grösse, Bauperiode, Ausstattung und Zustand mit dem fraglichen Mietobjekt vergleichbar seien; ein Gesamteindruck bezüglich aller Kriterien mit Zu- und Abschlägen genüge nicht. Ferner seien die Vergleichsmieten jeweils an den aktuellen Stand des Referenzzinssatzes anzupassen, selbst wenn dies in den entsprechenden Mietverhältnissen nicht erfolgt sei (act. 80, E. IV.3.4-3.7).

E. 3.4

Unbestritten sei, dass sämtliche der 23 von der Klägerin benannten Vergleichsobjekte verschiedenen Eigentümern gehören (act. 80, E. IV.3.5.2). Indessen würden sich die Vergleichswohnungen allesamt hinsichtlich wenigstens eines relevanten Kriteriums entscheidend von der Wohnung der Beklagten unterscheiden bzw. sei die Vergleichbarkeit in gewissen Fällen unklar. Die Vergleichsobjekte – nummeriert gemäss der Aufstellung der Klägerin (act. 13/7 und act. 21/13) – Nr. 5 (E.____-strasse ...), Nr. 7 (F.____-strasse ...), Nr. 8 (G.____-strasse ...), Nr. 9 (H.____-strasse ...), Nr. 10 (I.____-strasse ...), Nr. 11 (J.____-strasse ...), Nr. 12 (K.____-strasse ...), Nr. 13 (L.____-strasse ...), Nr. 14 (M.____-strasse ...), Nr. 15 (N.____-strasse ...), Nr. 19 (O.____-strasse ...) und Nr. 20 (P.____-strasse ...) würden aufgrund ihrer Lage ausscheiden, da sie ausserhalb des Quartiers gelegen seien, in dem sich die von der Beklagten gemietete Wohnung befindet (Quartier Q.____; act. 80, E. IV.3.7). Die Objekte Nr. 5 und Nr. 19-20 seien zudem in unmittelbarer Nähe zum Friedhof R.____ gelegen, einer der grössten Grünflächen Zürichs, was deren Lage als deutlich besser als jene der Wohnung der Beklagten erscheinen lasse (act. 80, E. IV.3.11). Aufgrund deutlich höherer oder geringerer Lärmexposition seien – ebenfalls unter dem Aspekt der Lage – die Vergleichsobjekte Nr. 1 (S.____-strasse ...), Nr. 2 (T.____-strasse ...), Nr. 3 (U.____-strasse ...), Nr. 4 (V.____-strasse ...), Nr. 7-11, Nr. 13-14, Nr. 17 (W.____-strasse ...), Nr. 18 (AA.____-strasse ...), Nr. 20, Nr. 21 (AB.____-strasse ...), Nr. 22 (AC.____-strasse ...) und Nr. 23 (AD.____-strasse ...) nicht

- 10 - mit dem strittigen Mietobjekt vergleichbar (act. 80, E. IV.3.8). Mit Bezug auf Objekt Nr. 5 sei zudem der auf einem Referenzzinssatz von 3.5 % beruhende Mietzins an den Referenzzinssatz anzupassen, der für das hier fragliche Mietobjekt gelte (1.75 %), sodass ein monatlicher Nettomietzins von Fr. 876.85 resultiere, der wesentlich tiefer sei als der angefochtene Anfangsmietzins (act. 80, E. IV.3.6). Vergleichsobjekt Nr. 3 würde sodann auch wegen der abweichenden Grösse und des Baujahrs ausser Betracht fallen (act. 80, E. IV.3.9 und IV.3.10). Schliesslich sei mit Bezug auf die Objekte Nr. 2-4, Nr. 6 (AE.____-strasse ...), Nr. 12-13, Nr. 15, Nr. 16 (AF.____-strasse ...), Nr. 18-19 und Nr. 23 die Vergleichbarkeit hinsichtlich des Zustands und der Ausstattung unklar bzw. zu verneinen (act. 80, E. IV.3.12 und IV.3.13).

E. 3.5

Damit sei der im Ergebnis der Vermieterin (Klägerin) obliegende Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit gescheitert. Aufgrund einer entsprechenden Tatsachenvermutung, die sich aus dem Anschein der Missbräuchlichkeit ergebe, erweise sich der vereinbarte Anfangsmietzins demzufolge als missbräuchlich. Obschon eine Vergleichsmiete nicht nachgewiesen sei, müsse aber – nach freiem Ermessen und auf Grundlage der vorhandenen Daten (insbesondere statistischer Angaben) – ein Anfangsmietzins richterlich festgesetzt werden. Ohne Weiteres auf den früheren (zuletzt bezahlten) Mietzins abzustellen, gehe nicht an, zumal das Vormietverhältnis rund 20 Jahre gedauert habe, eine Anpassung nach absoluter Methode nie erfolgt sei und die Vermieterin das vorgeschriebene Formular zur Anzeige der Mietzinserhöhung korrekt verwendet habe. Mangels einer verlässlicheren Methode der Mietzinsbestimmung stellte die Vorinstanz hierfür auf die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 ab und berechnete den neu festzusetzenden Mietzins auf Grundlage des Durchschnittswerts der für das Quartier Q.____ (Quartier AG.____) erhobenen Quadratmeterpreise für

2-Zimmerwohnungen im privaten Markt (Fr. 18.05/m²). Diesen Wert passte sie nach Massgabe des Mietpreisindex der Stadt Zürich an die Teuerung seit Dezember 2006 an und erhöhte ihn um 11.4 % auf Fr. 20.11/m². Bei einer Fläche der von der Beklagten gemieteten Wohnung von 48 m² ergebe sich somit ein monatlicher Nettomietzins von Fr. 965.–, von dem aber Fr. 110.– für Nebenkosten (Betriebskosten) abzuziehen seien, weil diese Kosten in der zu-

- 11 - grunde liegenden Statistik – im Gegensatz zur von den Parteien gewählten Mietzinsgestaltung – im Nettomietzins enthalten seien. Der Anfangsnettomietzins sei somit auf monatlich Fr. 855.– festzusetzen, wobei die Nebenkosten unbestritten massen auf dem vereinbarten Niveau zu belassen seien (monatlich akonto Fr. 55.– für Heiz- und Warmwasserkosten sowie Fr. 110.– für Betriebskosten; act. 80, E. IV.3.14).

E. 3.6

In ihrer Berufung wirft die Klägerin der Vorinstanz zunächst vor, sie habe mit Bezug auf die Frage der Orts- und Quartierüblichkeit die Beweislast falsch verteilt und damit Art. 8 ZGB verletzt. Die Behauptungs- und Beweislast treffe die Mieterin (Beklagte) und es sei – trotz BGE 139 III 13 – nicht von einer Beweislastumkehr bzw. einer entsprechenden Tatsachenvermutung auszugehen. Sie (die Klägerin) habe die Orts- und Quartierüblichkeit soweit möglich substantiiert, nämlich durch Beibringen von 23 Vergleichsobjekten, was nur im Rahmen des ihr obliegenden Gegenbeweises erfolgt sei, während die Beklagte ihrerseits kein einziges Vergleichsobjekt benannt habe (act. 81 Rz. 6, 15 ff.).

E. 3.7

Sodann habe die Vorinstanz, so die Klägerin weiter, Art. 269a lit. a OR und Art. 11 VMWG verletzt, indem sie die Begriffe des "Quartiers" und der "Lage" – insbesondere mit Bezug auf die Bedeutung der Lärmexposition – zu eng bzw. unrichtig ausgelegt und zahlreiche der offerierten Vergleichsobjekte fälschlicherweise unter diesen Aspekten ausgeschlossen habe (act. 81 Rz. 7 ff., 24 ff., 33 ff., 48 f.). Namentlich habe die Vorinstanz zu Unrecht auf die ungenauen Daten des "GIS-Browsers" (Karte Strassenlärm) abgestellt, diverse Annahmen ohne entsprechendes Fachwissen getroffen und massgebliche Faktoren ausser Acht gelassen (act. 81 Rz. 38 ff.). Mit Bezug auf die Kriterien des Zustands und der Ausstattung habe sie die von der Beklagten gemietete Wohnung unzutreffend als bloss "durchschnittlich unterhalten" (und nicht als "normal/gut unterhalten") qualifiziert (act. 81 Rz. 50 ff.) und sie habe der Klägerin zu Unrecht mangelnde Substantiierung des Zustands bzw. der Ausstattung der Vergleichsobjekte vorgeworfen. Da sie (die Klägerin) weder über ein Recht auf vorgängige Besichtigung noch über einen Auskunftsanspruch verfüge, sei es unmöglich bzw. nicht zumutbar,

- 12 - weitergehende Angaben zu den Vergleichswohnungen zu machen (act. 81 Rz. 53 ff., 58).

E. 3.8

Ferner wirft die Klägerin der Vorinstanz hinsichtlich aller dieser Kriterien eine Verletzung der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO vor, weil sie zahlreiche Tatsachen von Amtes wegen festgestellt habe, ohne dass diese von den Parteien behauptet worden wären (act. 81 Rz. 30, 35 ff., 54 f.). Zudem moniert sie eine Verletzung des Rechts auf Beweis bzw. des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 8 ZGB, Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV), weil verschiedene der offerierten Beweismittel nicht

abgenommen worden seien, so namentlich ein Augenschein über den Zustand und die Lage der 23 benannten Vergleichswohnungen, ein Gutachten über deren jeweilige Lärmexposition sowie die Edition der fehlenden Angaben bzw. Unterlagen über diese Wohnungen durch die jeweiligen Eigentümer bzw. Vermieter (act. 81 Rz. 29 f., 35 ff., 44 ff., 50 ff., 55 ff., 74).

E. 3.9

Schliesslich macht die Klägerin geltend, die Vorinstanz habe – nachdem sie die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzins (zu Unrecht) bejaht habe – den Mietzins in rechtsverletzender Weise festgelegt. Indem sie die Mietpreisstruktur-erhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 herangezogen und die jeweiligen Werte auf Grundlage des Mietpreisindex der Stadt Zürich an die heutigen Verhältnisse angepasst habe, habe sie das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit in unzulässiger Weise mit Kostenfaktoren vermengt. Sodann bilde der Mietpreisindex nur Kosten-, nicht aber Marktentwicklungen ab, und es unterscheide die Mietpreisstrukturerhebung nur ungenügend nach den Kriterien der Lage, des Alters, des Zustands und der Ausstattung der jeweiligen Wohnungen. Ferner seien die Daten auf Grundlage statistisch nicht relevanter Angaben erhoben bzw. auch Mietzinse gemeinnütziger Wohnungen berücksichtigt worden (act. 81 Rz. 60 ff.). Vielmehr sei der Anfangsmietzins, sofern er sich denn als missbräuchlich erweisen sollte, durch ein gerichtliches Gutachten festzusetzen (act. 81 Rz. 72 ff.).

E. 3.10

Auf diese von der Klägerin erhobenen Beanstandungen ist, soweit relevant, nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

- 13 -

E. 4

Grundlagen

E. 4.1

Gemäss Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache als missbräuchlich i.S.v. Art. 269 f. OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, sofern er sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss gezwungen sah (lit. a) oder der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat (lit. b). Diese formellen Anfechtungsvoraussetzungen sind vorliegend unbestrittenermassen erfüllt; strittig ist einzig die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses gemäss Art. 269 f. OR.

E. 4.2

Gemäss Art. 270 Abs. 2 OR i.V.m. § 229b EGZGB ZH ist im Kanton Zürich – aufgrund des ausgewiesenen Wohnungsmangels – beim Abschluss eines neuen Mietvertrages die Verwendung eines amtlich genehmigten Formulars gemäss Art. 269d OR vorgeschrieben. Darin hat der Vermieter eine allfällige Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem vom Vormieter bezahlten Mietzins zu begründen (vgl. Art. 269d Abs. 1 und Abs. 2 OR). An diese Begründung ist der Vermieter (nicht aber der Mieter) einseitig gebunden, d.h. er kann sich in einem Mietzinsanfechtungsverfahren nicht auf andere als die im Formular angegebenen Gründe berufen (BGE 139 III 13, E. 3.1.2). Es ist unbestritten, dass die

Klägerin die Erhöhung des Anfangsmietzinses korrekt und unter Verwendung des vorgeschriebenen Formulars angezeigt und darin eine Anpassung an die orts- und quartierüblichen Mietzinse gemäss Art. 269a lit. a OR geltend gemacht hat (act. 3/3). Vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren hat sie sich ausschliesslich auf diesen Erhöhungsgrund berufen.

E. 4.3

Mietzinse sind insbesondere dann missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 269 OR und Art. 269a lit. c OR e contrario; Kriterium der Kostenmiete), und insbesondere dann nicht missbräuchlich, wenn sie im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen (Art. 269a lit. a OR; Kriterium der Vergleichs- bzw. Marktmiete). Die Beurteilung der Zulässigkeit bzw. der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses hat ausschliesslich nach der sog. absoluten Methode zu erfolgen, wobei sich die beiden

- 14 - genannten absoluten Kriterien (die sich an den konkreten Kosten messende Rendite und der auf einem Marktvergleich gründende Mietzins) gegenseitig ausschliessen. Namentlich darf das Kosten- bzw. Ertragskriterium nicht mit marktgebundenen Faktoren vermengt werden (BGE 139 III 13, E. 3.1.2; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.1 [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]).

E. 4.4

Grundsätzlich hat das Kriterium des übermässigen Nettoertrags (Art. 269 OR; Kostenmiete) Vorrang gegenüber dem Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse (Art. 269a lit. a OR; Vergleichsmiete). Bei Altliegenschaften – darunter sind Liegenschaften zu verstehen, die mindestens 30 Jahre vor Beginn des Mietverhältnisses erstellt bzw. erworben worden sind (BGE 144 III 514, E. 3) – wird diese (vom Wortlaut des Gesetzes an sich vorgezeichnete) Hierarchie zwischen den absoluten Kriterien indessen durchbrochen. Weil bei solchen Liegenschaften die zur Renditeberechnung erforderlichen Belege regelmässig fehlen bzw. eine Ertragsrechnung den wirtschaftlichen Realitäten unter Umständen nicht (mehr) gerecht würde, wird eine Angleichung von "Altzinsen" an die neuen "Marktverhältnisse" – auch in bestehenden Mietverhältnissen – zugelassen, selbst wenn damit letztlich (im Sinne des Kostenkriteriums) ein "übersetzter" Ertrag resultiert. Der Gesetzgeber wollte nämlich langjährige Eigentümer von Altbauten gegenüber Neuerwerbenden nicht benachteiligen. Bei Altliegenschaften kann sich der Vermieter somit auf den Vorrang des Kriteriums der orts- und quartierüblichen Mietzinse berufen, und es ist dem Mieter der Einwand verwehrt, es würde damit ein übersetzter Ertrag erzielt. Umgekehrt steht dem Vermieter einer Altbaute aber der Nachweis offen, dass die vermietete Liegenschaft nach Massgabe des Kriteriums des Nettoertrags keine übermässige Rendite abwirft (BGE 139 III 13, E. 3.1.2; 140 III 433, E. 3.1; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.1 und E. 2.2 m.w.Nw. [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]; vgl. auch BGE 124 III 310, E. 2b in fine).

E. 4.5

Vorliegend ist unbestritten, dass die Klägerin die vermietete Liegenschaft mit Baujahr 1933 im Jahre 1948 erworben hat und dass diese somit als Altbaute zu qualifizieren ist (vgl. act. 80 S. 11). Es stellt sich damit – weil sich die Klägerin

- 15 - nicht auf den Einwand des nicht übersetzten Ertrags beruft – einzig die Frage, ob der vereinbarte Anfangsmietzins i.S.v. Art. 269a lit. a OR im Rahmen der orts- und quartierüblichen Mietzinse liegt.

E. 4.6

Massgeblich für die Ermittlung der orts- und quartierüblichen Mietzinse i.S.v. Art. 269a lit. a OR sind die Mietzinse für Wohnräume, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind (Art. 11 Abs. 1 VMWG); ausgenommen sind Mietzinse, die auf einer Marktbeherrschung durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen (Art. 11 Abs. 3 VMWG). Amtliche Statistiken sind zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 4 VMWG).

E. 4.7

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die üblichen Mietzinse nicht aufgrund eines "Gesamteindrucks" ermittelt werden, sondern es sind konkrete Vergleiche anzustellen. Dabei kann der Beweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse auf zwei Arten geführt werden. Zum einen kann sich das Gericht auf amtliche Statistiken stützen (Art. 11 Abs. 4 VMWG). Solche Statistiken müssen indessen, um unter diesem Gesichtspunkt Berücksichtigung zu finden, den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG genügen, d.h. bezifferte Angaben enthalten, die ordnungsgemäss ermittelt wurden, die ausreichend nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Baujahr differenzieren und die den jüngsten Entwicklungen der Mietzinse Rechnung tragen (BGE 141 III 569, E. 2.2.1 und E. 2.2.2; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.2.2 [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]). Dass für die Stadt Zürich solche Statistiken existieren, macht weder die Klägerin noch die Beklagte geltend.

E. 4.8

Zum anderen kann der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit von Mietzinsen dadurch erbracht werden, dass mindestens fünf konkrete Vergleichswohnungen unter Angabe der jeweiligen Merkmale und der Mietzinsberechnungsgrundlagen benannt und entsprechende Beweismittel dazu offeriert werden. Die Vergleichsobjekte müssen allesamt dieselben Merkmale wie die strittige Wohnung aufweisen, nämlich (kumulativ) in Bezug auf Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode (vgl. Art. 11 Abs. 1 VMWG), und es dürfen die massgeblichen Mietzinse dieser Vergleichswohnungen ihrerseits nicht missbräuchlich sein, weshalb diese insbesondere an die jüngsten Entwicklungen des Referenzzinssatzes - 16 - anzupassen sind (BGE 127 III 411, E. 5; 136 III 74, E. 3.1; 139 III 13, E. 3.3.1; 141 III 569, E. 2.2.1 und E. 2.2.3; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.2.2.2 [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]). Um einigermaßen verlässliche Schlüsse ziehen zu können, muss das Gericht bei der Auswahl der in Betracht kommenden Wohnungen besonders streng sein, weil der Vergleich nicht auf Grundlage einer offiziellen und breit abgestützten Statistik, sondern anhand einiger weniger (statistisch nicht relevanter) Vergleichswohnungen erfolgt. Angesichts dessen, dass Wohnungen verglichen werden, ist im Übrigen ein gewisser Schematismus erforderlich, um die Vorhersehbarkeit und die Gleichbehandlung zu gewährleisten. Innerhalb eines gewissen Toleranzbereichs müssen die benannten Wohnungen also – schematisch – hinsichtlich aller relevanter Kriterien (Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode) mit der strittigen Wohnung vergleichbar sein, wobei für die Frage der Vergleichbarkeit unter diesen Merkmalen keine Zu- oder Abschläge gemacht werden können. Es geht also bei-

spielsweise nicht an, eine (über den Toleranzbereich hinaus) grössere Wohnung für mit einer kleineren Wohnung vergleichbar zu erklären, nur weil diese ungefähr im selben Ausmass besser ausgestattet oder gelegen ist als jene. Sofern die Vergleichswohnungen indessen – schematisch und hinsichtlich sämtlicher Kriterien je einzeln – mit der strittigen Wohnung vergleichbar sind, können verbleibende (sich aus dem Toleranzbereich ergebende) Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen werden (vgl. BGE 139 III 13, E. 3.3.2 und E. 3.3.3; 141 III 569, E. 2.2.3; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.2.2.2 [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]).

E. 4.9

% des gesamten Wohnungsmarktes und es würden darin teilweise – in einigen der ausgewiesenen Kategorien – wohl auch gemeinnützige Wohnungen berücksichtigt. Die Richtigkeit dieser Behauptung unterstellt, mindert dies zwar die Verlässlichkeit bzw. die Aussagekraft der Statistik, es macht sie aber nicht geradezu unbrauchbar. Der einzigen vorhandenen Alternative (abgesehen von einem "Vergleichsgutachten"; dazu sogleich, E. 9.11–9.13), nämlich dem Abstellen auf den Vormietzins, ist diese Statistik trotzdem vorzuziehen. 9.10. Auf den Vormietzins beruft sich die Klägerin denn auch gar nicht. Vielmehr macht sie zum einen (eventualiter) geltend, es müsse, wenn denn auf die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich abgestellt werde, auf den dort ebenfalls

- 57 - ausgewiesenen Durchschnittswert von Fr. 1'080.– zurückgegriffen werden; dieser Betrag sei im Jahre 2006 über die ganze Stadt gesehen für 2-Zimmerwohnungen durchschnittlich bezahlt worden. Es liege nämlich, so die Klägerin, der Mittel- und der Medianwert bei den 2-Zimmerwohnungen nahe beieinander, was auf geringe Preisunterschiede und damit einen homogenen Markt hindeute; zudem würden die Mietpreise in den Kreisen ... und ... ungefähr dem Durchschnittswert entsprechen (act. 80 Rz. 70). Dem ist nicht zu folgen. Es ist nicht einzusehen, inwiefern diese Erhebung, die weder nach den einzelnen Stadtquartieren (bzw. Quartierteilen) noch nach der Grösse der 2-Zimmerwohnungen unterscheidet, verlässlichere Resultate liefern sollte als der von der Vorinstanz herangezogene Wert, der spezifisch für das fragliche (Unter-)Quartier ermittelt wurde und der zudem eine Berücksichtigung der tatsächlichen Wohnungsgrösse erlaubt (Quadratmeterpreise). 9.11. Zum anderen verlangt die Klägerin (vorrangig), es sei der übliche Mietzins mittels eines gerichtlichen Gutachtens gemäss Art. 183 ff. ZPO festzustellen, wobei der Gutachter die Kriterien gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG zu beachten habe (act. 81 Rz. 72 ff.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es indessen – mit Bezug auf den Nachweis der Missbräuchlichkeit – unzulässig, den orts- und quartierüblichen Mietzins mittels eines Gutachtens zu ermitteln, sondern es müssen hierfür entweder Statistiken beigezogen werden, die Art. 11 Abs. 4 VMWG genügen, oder es muss der Vergleich auf Grundlage von mindestens fünf konkreten Vergleichsobjekten erfolgen, die den Kriterien von Art. 11 Abs. 1 VMWG entsprechen (BGE 114 II 361, E. 3 und E. 4; BGer, 4A_291/2017 vom 11. Juni 2018, E. 4.3.3). Obschon auf der Stufe der richterlichen Neufestsetzung des als missbräuchlich erkannten Anfangsmietzins andere (tiefere) Anforderungen gelten, und ein Abweichen von Art. 11 VMWG grundsätzlich möglich ist, erweist sich ein gerichtliches Gutachten auch hier als untaugliches Instrument, um die orts- und quartierüblichen Mietzinse (annäherungsweise) festzustellen. Im Gegensatz beispielsweise zur Feststellung der Kostenmiete oder des Werts einer Liegenschaft ist der "übliche Mietzins" (Vergleichsmiete) einer eigentlichen fachmännischen Berechnung oder Schätzung gar nicht zugänglich, denn es geht hier nicht

darum, den Mietzins mittels Fachwissen gestützt auf eine bestimmte Berechnungs- oder Bewertungsmethode festzulegen, sondern es ist der "übliche Mietzins" zu ermit-

- 58 - teln, und zwar so, wie er in der örtlichen Umgebung für entsprechende Wohnun- gen üblicherweise – rein faktisch – bezahlt wird. Für die Ermittlung des "Üblichen" ist ein Gutachten aber kein taugliches Mittel, denn es bliebe auch einem gericht- lich bestellten Gutachter letztlich nichts anderes übrig, als hierfür auf die vorhan- denen Statistiken, die von den Parteien ins Feld geführten Vergleichsobjekte oder den vom Vormieter bezahlten Mietzins abzustellen; weitere (taugliche) Vergleichs- mittel stünden auch ihm nicht zur Verfügung. 9.12. Wenn die Klägerin davon ausgeht, ein Gutachter würde gewissermassen selbst eine Marktstudie durchführen oder selbst (weitere) konkrete Vergleichsob- jekte beibringen, dann wäre dies verfehlt. Das Beweismittel des Gutachtens ge- mäss Art. 183 ff. ZPO dient einzig und allein dazu, konkrete (bereits behauptete) Tatsachen zu beweisen; es ist nicht ein Instrument dafür, den nicht behaupteten bzw. nicht bekannten Sachverhalt erst noch zu ermitteln. Es könnte ein Gutachter also – genau wie es auch das Gericht selbst kann – den üblichen Mietzins bloss anhand der vorhandenen (von den Parteien beizubringenden) Statistiken und konkreten Vergleichsobjekte bestimmen. Besonderes Fachwissen ist hierfür aber nicht notwendig. 9.13. Sollte die Klägerin mit ihrem Vorbringen letztlich darauf abzielen, es sei zur Festlegung des Anfangsmietzinses eine Art Schiedsgutachten (vgl. Art. 189 ZPO) einzuholen – im Sinne einer materiell-rechtlichen Bestimmung des Leistungsin- halts (Mietzins) oder einer prozessual verbindlichen Feststellung des hierfür rele- vanten Tatsachenfundaments –, so wäre ihr einerseits entgegenzuhalten, dass dies nur auf der Grundlage einer (hier nicht vorhandenen) Parteivereinbarung er- folgen könnte, und andererseits, dass hierfür ohnehin nur die Schlichtungsbehör- de in Frage käme (Art. 361 Abs. 4 i.V.m. Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO; BGE 141 III 201). 9.14. Nach dem Gesagten ist der Vorinstanz weder unrichtige Rechtsanwendung noch unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorzuwerfen, wenn sie mangels geeigneter Alternativen auf das vorhandene statistische Vergleichsmaterial abge- stellt hat, um den üblichen Mietzins annäherungsweise zu bestimmen. Das von ihr erzielte Resultat erscheint im Übrigen auch unter dem Gesichtspunkt als ange-

- 59 - messen, dass ein Rückgriff auf den Vormietzins – der einzigen echten Alternative zum Vorgehen der Vorinstanz – unter Gewährung eines gebührenden pauschalen Zuschlags (vgl. dazu oben, E. 9.6) zu einem ähnlichen Ergebnis geführt hätte. Bei einem Vormietzins von Fr. 738.– pro Monat entspricht die von der Vorinstanz vor- genommene Neufestsetzung des Nettomietzinses auf monatlich Fr. 855.– einer Erhöhung von rund 16 %, was angesichts der langen Dauer des Vormietverhält- nisses von rund 20 Jahren angemessen erscheint. 9.15. Die Berufung erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 5

Beweislast

E. 5.1

Aufgrund der regelmässig bestehenden Beweisschwierigkeiten kommt der Frage der Beweislastverteilung im Zusammenhang mit der Orts- und Quartierüb- lichkeit von Mietzinsen eine oftmals entscheidende Bedeutung zu.

E. 5.2

Die Vorinstanz führte hierzu Folgendes aus (act. 80, E. IV.3.2): Grundsätzlich trage im Verfahren der Anfechtung des Anfangsmietzinses die Mieterin die Beweislast dafür, dass der Mietzins missbräuchlich sei (Art. 8 ZGB), hier also für die fehlende Orts- und Quartierüblichkeit. Es seien Vergleichsobjekte zu nennen und es sei substantiiert darzulegen, inwiefern die genannten Wohnungen mit der strittigen Wohnung vergleichbar seien. Die Vermieterin treffe indessen gestützt auf Art. 160 und Art. 164 ZPO eine prozessuale Mitwirkungsobliegenheit, die sich indirekt bereits auf das Behauptungsstadium auswirke. Sei der Anfangsmietzins gegenüber dem Vormietzins "erheblich" erhöht worden, so sei diese Mitwirkungsobliegenheit eine erweiterte, die auch das Angebot von Gegenbeweisen erfordere. Im Ergebnis führe dies zwar nicht zu einer echten Beweislastumkehr, aber doch zu einer tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit. Vorliegend sei ein zu einer solchen Vermutung führender Anschein des Missbrauchs zu bejahen, weil der Mietzins einerseits um mehr als 30 % erhöht worden sei und weil andererseits auch statistische Daten einen Missbrauch nahelegen würden.

- 18 -

E. 5.3

Die Klägerin macht in ihrer Berufung geltend, es habe ihr die Vorinstanz im Ergebnis die Beweislast für den Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit auferlegt, was Art. 8 ZGB verletze. Namentlich sei zu berücksichtigen, dass die Vermieterin über 20 Jahre in der Wohnung gelebt habe und dass der Mietzins dabei nie den marktüblichen Konditionen angepasst worden sei. BGE 139 III 13, auf den sich die Vorinstanz massgeblich stütze, sei nicht überzeugend, weil er zum einen Kostenkriterien mit dem Kriterium der Marktmiete vermische und weil darin zum anderen auf relative Kriterien abgestellt werde, obschon für die Berechnung des Anfangsmietzinses die absolute Methode massgeblich sei. Ferner lasse auch die Botschaft zur Revision des Mietrechts vom 27. März 1985 darauf schliessen, dass die Beweislast für die behauptete Missbräuchlichkeit des Mietzinses von der Mieterin zu tragen sei (act. 81 Rz. 16 ff.).

E. 5.4

Gemäss Art. 8 ZGB muss jede Partei, wenn das Gesetz es nicht anders bestimmt, das Vorhandensein jener Tatsachen beweisen, aus denen sie Rechte ableitet. Nach der vorherrschenden Normentheorie ergibt sich daraus grundsätzlich, dass für die Verteilung der Beweislast im Wesentlichen auf das Verhältnis zwischen den anwendbaren materiellen Rechtsnormen abzustellen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, muss jene Tatsachen beweisen, von denen die Entstehung des Rechts abhängt (rechtsbegründende Tatsachen), während umgekehrt der Anspruchsgegner die Beweislast für diejenigen Tatsachen trägt, die – im Sinne eines Ausnahmetatbestands – die Rechtsentstehung von Anfang an verhindern (rechtshindernde Tatsachen) oder ein bereits entstandenes Recht nachträglich verändern bzw. zum Untergang bringen (rechtsvernichtende bzw. -verändernde Tatsachen). Mit Bezug auf die mietrechtliche Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 Abs. 1 i.V.m. Art. 269 f. OR steht ausser Frage, dass es sich bei denjenigen Tatsachen, die die Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses begründen, um rechtshindernde Tatsachen handelt, die gemäss Art. 8 ZGB im Grundsatz – unabhängig von der Parteirollenverteilung – von der Mieterin zu beweisen sind. Der Rechtsmissbrauch (Missbräuchlichkeit des Mietzinses) stellt nämlich einen Ausnahmetatbestand dar, der die Entstehung des Rechts der Vermieterin auf Zahlung des

vereinbarten Mietzinses (teilweise) verhindert. Handelt es sich bei der gemieteten Liegenschaft um eine Altbaute und

- 19 - beruft sich die Vermieterin, wie hier, im Formular gemäss Art. 270 Abs. 2 OR auf eine Anpassung an die orts- und quartierüblichen Mietzinse gemäss Art. 269a lit. a OR, trägt demzufolge grundsätzlich die Mieterin (hier: die Beklagte) die Beweislast für die orts- und quartierüblichen Mietzinse bzw. dafür, dass der angefochtene Mietzins ausserhalb dieses Rahmens liegt (BGE 139 III 13, E. 3.1.3; 142 III 568, E. 2.1; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.2.2.2 [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]; 4A_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.2; vgl. auch die Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBl 1985 I, S. 1491).

E. 5.5

Es stellt sich indessen die Frage, ob und inwieweit dieser Grundsatz Einschränkungen erfährt. Zunächst ist klar, dass die nicht beweisbelastete Partei (hier: die Klägerin) eine sich aus Art. 160 ff. ZPO und aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergebende prozessuale Mitwirkungsobliegenheit trifft, die sie dazu anhält, bei der Beweiserhebung loyal mitzuwirken und jene Angaben und Unterlagen zu liefern, die sich (allein) in ihrem Machtbereich befinden. Im Rahmen dieser allgemeinen Mitwirkungsobliegenheit, die in jedem Mietzinsanfechtungsverfahren gilt, ist die nicht beweisbelastete Partei aber nicht gehalten, Dokumente zu beschaffen (bzw. deren Edition zu verlangen) oder Angaben zu machen, über die sie nicht verfügt. Eine Verletzung dieser prozessualen Mitwirkungsobliegenheit führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast, sondern sie ist als eine unberechtigte Verweigerung gemäss Art. 164 ZPO im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (BGE 142 III 568, E. 2; BGer, 4A_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.2 und 3.3; vgl. auch BGE 139 III 13, E. 3.2; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.2.2.2 am Ende [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]). Darüber hinaus trifft die nicht behauptungs- bzw. beweisbelastete Partei eine allgemeine, ebenfalls aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie aus Art. 8 ZGB und Art. 150 Abs. 1 ZPO abgeleitete Obliegenheit, Bestreitungen so substantiiert und detailliert vorzutragen, als es ihr möglich und zumutbar ist. Obschon das Gericht im Anwendungsbereich der (sozialen) Untersuchungsmaxime nicht an die Behauptungen und Bestreitungen der Parteien gebunden ist, führt eine nicht hinreichend substantiiert vorgetragene Be-

- 20 - streitung in der Regel dazu, dass die entsprechende Tatsache als erstellt zu betrachten ist.

E. 5.6

Von dieser allgemeinen Mitwirkungs- bzw. Substantiierungsobliegenheit abzugrenzen sind Gesetzesbestimmungen, die die Beweislast in Abweichung von Art. 8 ZGB regeln, sowie Vermutungen. Während Erstere schlicht die Beweislast umkehren, ohne dass hierfür eine Vermutungsbasis nachgewiesen werden müsste (sog. schlichte Beweislastumkehr; dazu zählt etwa Art. 3 Abs. 1 ZGB), ändern Vermutungsregeln grundsätzlich nichts an der Beweislastverteilung, sie erleichtern der beweisbelasteten Partei den Beweis aber dadurch, dass – abgesehen von der Möglichkeit, die rechtserheblichen Tatsachen direkt nachzuweisen – vom Vorliegen bestimmter anderer Tatsachen (der Vermutungsbasis) auf die rechtserheblichen Tatsachen bzw. die Rechtsfolge selbst geschlossen wird (Vermutungsfolge). Dogmatisch lassen sich Vermutungen einerseits in gesetzliche und tatsächliche unterteilen, je nachdem, ob sie unmittelbar durch das Gesetz aufgestellt

werden oder ob sie in der allgemeinen Lebenserfahrung begründet sind. Sofern tatsächliche Vermutungen über den Einzelfall hinaus allgemeine Bedeutung erlangen, stellen auch sie – als Teil des Bundesprivatrechts – normative Rechtsregeln dar. Andererseits lassen sich Vermutungen danach unterscheiden, ob als deren Folge (d.h. als Folge des Beweises der Vermutungsbasis) eine Tatsache vermutet wird, nämlich jene, die von der beweisbelasteten Partei zu beweisen ist (Tatsachenvermutung), oder ob direkt auf eine Rechtsfolge geschlossen wird (Rechtsvermutung). Neben der Möglichkeit, die Vermutungsbasis durch Gegenbeweis zu entkräften, steht es der nicht beweisbelasteten Partei in ersterem Fall frei, die vermutete Tatsache als solche zu widerlegen (Beweis des Gegenteils) oder aber sich gegen andere, die fragliche Rechtsfolge begründende Tatsachen zu richten. Demgegenüber lässt eine Rechtsvermutung, sofern die Vermutungsbasis bewiesen ist, unmittelbar auf die entsprechende Rechtsfolge schliessen, sodass es der Gegenpartei nur offensteht, diese Rechtsfolge durch Widerlegung der sie begründenden Tatsachen umzustossen. Sofern die Vermutungsbasis nachgewiesen ist, führt eine Rechtsvermutung im Ergebnis also zu einer eigentlichen Beweislastumkehr (vgl. zum Ganzen etwa ZK-JUNGO, Art. 8 ZGB, 3. Aufl. 2018, N 267 ff.; BK-WALTER, Art. 8 ZGB, 2012, N 362 ff.).

- 21 -

E. 5.7

BGE 139 III 13 betraf einen Fall, in dem der Anfangsmietzins gemäss dem amtlich genehmigten Formular gegenüber dem Vormietzins um rund 43 % erhöht wurde, wobei sich eine solche Erhöhung nicht durch die Entwicklungen des Referenzzinssatzes bzw. der Konsumentenpreise erklären liess (vgl. a.a.O., E. 3.1.4). Aus diesem Umstand schloss das Bundesgericht darauf, dass es – obschon die Beweislast für den Nachweis der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses grundsätzlich beim Mieter liege – nunmehr an der Vermieterin sei, zu beweisen, dass der vereinbarte Mietzins trotz des Anscheins der Missbräuchlichkeit nicht missbräuchlich sei und somit ein Ausnahmefall vorliege (a.a.O., E. 3.2). In einem solchen Fall obliege es im Ergebnis der Vermieterin, mindestens fünf Vergleichsobjekte beizubringen und deren konkrete Merkmale substantiiert darzulegen (a.a.O., E. 3.3). In jenem Fall misslang der Vermieterin der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit, weshalb das Bundesgericht den Beweis der Missbräuchlichkeit – aufgrund des Anscheins – als erbracht erachtete (a.a.O., E. 3.4).

E. 5.8

Im Entscheid 4A_400/2017 vom 13. September 2018 stellte das Bundesgericht klar, dass diese in BGE 139 III 13 aufgestellte Vermutungsregel dann eingreife, wenn der Anfangsmietzins gegenüber dem Vormietzins i.S.v. Art. 270 Abs. 1 lit. b OR "erheblich" – d.h. um mindestens 10 % (vgl. hierzu bereits [obiter] BGE 139 III 13, E. 3.2) – erhöht worden sei, wobei sich Letzterer nach Massgabe des vom Vermieter zuletzt tatsächlich bezahlten Mietzinses bestimme. Sei dies der Fall, so sei zu vermuten, dass der vereinbarte Anfangsmietzins missbräuchlich sei, und es obliege dann dem Vermieter, den sich auf Vergleichsobjekte stützenden Gegenbeweis dafür zu erbringen, dass der Mietzins trotz des äusseren Anscheins nicht missbräuchlich sei (a.a.O., E. 2.2.2.2 [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]: "le loyer convenu [...] est présumé abusif, de sorte qu'il incombe au bailleur d'apporter des contre-preuves fondées sur des éléments comparatifs pour démontrer que, malgré les apparences, il s'agit d'un cas exceptionnel et que le loyer initial convenu n'est pas abusif").

E. 5.9

Der Sache nach handelt es sich bei diesem vom Bundesgericht entwickelten Rechtssatz um eine tatsächliche Vermutung, die sich auf die allgemeine Lebenserfahrung stützt und der über den Einzelfall hinaus allgemeine (normative)

- 22 - Bedeutung zukommt. Vermutungsbasis (d.h. die von der Mieterin zu beweisende Tatsache, die die Vermutungsfolge auslöst) ist der äussere Anschein der Missbräuchlichkeit, der in der Regel ab einer Erhöhung des Anfangsmietzinses von mindestens 10 % gegenüber dem Vormietzins gegeben ist (jedenfalls dann, wenn sich diese Erhöhung nicht durch Entwicklungen des Referenzzinssatzes bzw. der Konsumentenpreise oder durch die lange Dauer des Vormietverhältnisses erklären lässt). Vermutungsfolge ist die Missbräuchlichkeit des Mietzinses. Hierbei handelt es sich in Wahrheit nicht um eine Tatsache, die sich als solche beweisen oder widerlegen liesse, sondern um einen rechtlichen Subsumtionsschluss, der auf Grundlage einer Vielzahl rechtserheblicher Tatsachen zu ziehen ist. Es liegt demnach eine Rechtsvermutung vor, und zwar in dem Sinne, dass der Nachweis des Anscheins der Missbräuchlichkeit (Vermutungsbasis) auf die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses als solche schliessen lässt (Vermutungsfolge), sodass es dann der Vermieterin obliegt, Tatsachen zu beweisen, die die Missbräuchlichkeit widerlegen. Handelt es sich bei der vermieteten Liegenschaft um eine Altbau- te und beruft sich die Vermieterin ausschliesslich auf eine Anpassung an orts- und quartierübliche Mietzinse, so ist Vermutungsfolge, dass der Anfangsmietzins nicht den üblichen Mietzinsen entspricht, und es ist dann an der Vermieterin, das Gegenteil zu beweisen, d.h. mindestens fünf Vergleichsobjekte beizubringen, die i.S.v. Art. 11 Abs. 1 VMWG mit der strittigen Wohnung vergleichbar sind (so im Ergebnis auch BGE 139 III 13, E. 3.1.4 und E. 3.2-3.4; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.2.2.2 [=Pra 2019 Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]).

E. 5.10

Damit greift die Beanstandung der Klägerin, es sei ihr im Ergebnis zu Unrecht die Beweislast für den Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit des vereinbarten Mietzinses auferlegt worden, ins Leere. Gemäss dem Formular vom 30. März 2017 (act. 3/3), mit dem sie der Beklagten beim Abschluss des Mietvertrages den Vormietzins und den neuen Mietzins mitgeteilt hatte, wurde der Nettomietzins gegenüber dem von der Vermieterin zuletzt (ab Mai 2011) bezahlten Mietzins von Fr. 738.– auf Fr. 1'060.– (also um knapp 44 %) erhöht. Diese massive Erhöhung lässt sich weder durch Entwicklungen des Referenzzinssatzes bzw. der Konsumentenpreise noch durch die lange Dauer des Vormietverhältnisses er-

- 23 - klären. Es gelingt der beweisbelasteten Beklagten damit der Nachweis des Anscheins der Missbräuchlichkeit (Vermutungsbasis), der aufgrund der erwähnten Vermutungsregel im Ergebnis zu einer Umkehr der Beweislast führt (Vermutung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses als Vermutungsfolge). Es obliegt demnach der Klägerin zu beweisen, dass der vereinbarte Anfangsmietzins nicht missbräuchlich ist, d.h., dass er den orts- und quartierüblichen Mietzinsen entspricht. Zu diesem Zweck hat sie – weil amtliche Statistiken i.S.v. Art. 11 Abs. 4 VMWG fehlen – fünf Vergleichswohnungen zu nennen, die allesamt im Sinne der obigen Ausführungen (vgl. E. 4.8) mit der strittigen Wohnung vergleichbar sein müssen, und es obliegt ihr (der Klägerin), die hierfür notwendigen Eigenschaften der jeweiligen Vergleichsobjekte substantiiert zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Weicht eine bestimmte Vergleichswohnung mit Bezug

auf eines oder mehrere der relevanten Vergleichsmerkmale ab (über die jeweilige Toleranzgrenze hin- aus) oder bestehen mit Bezug auf die Vergleichbarkeit bestimmter Wohnungen Unklarheiten, sei es aufgrund mangelnder Substantiierung oder wegen Beweislosigkeit, so fällt das jeweilige Vergleichsobjekt ausser Betracht. Liegen keine oder weniger als fünf vergleichbare Wohnungen vor, so hat der von der Klägerin zu erbringende (Gegen-)Beweis der fehlenden Missbräuchlichkeit als gescheitert zu gelten und es ist von der Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses auszugehen (vgl. BGE 127 III 411, E. 5; 139 III 13, E. 3.3 und E. 3.4). Von diesen Grundsätzen ging die Vorinstanz im Ergebnis zutreffend aus.

E. 6

Kriterien der Grösse, Bauperiode und Kostenstände

E. 6.1

Die Vorinstanz erwog, dass die von der Klägerin offerierte Vergleichswohnung Nr. 3 (U.____-strasse ...) sowohl wegen ihrer Grösse (58 m² gegenüber einer Grösse von 48 m² des strittigen Mietobjekts) als auch aufgrund der unterschiedlichen Bauperioden, in der die fraglichen Liegenschaften erstellt worden sind (Baujahr 1951 gegenüber Baujahr 1933), ausscheide (act. 80, E. IV.3.9-10). Weiter ging die Vorinstanz davon aus, dass der für die Vergleichswohnung Nr. 5 (E.____-strasse ...) ausgewiesene Nettomietzins von Fr. 1'061.–, der auf einem Referenzzinssatz von 3.5 % beruhe, (hypothetisch) an den für das strittige Mietverhältnis geltenden Referenzzinssatz von 1.75 % anzupassen sei, sodass ein - 24 - monatlicher Nettomietzins von Fr. 876.85 resultiere. Dieser sei wesentlich tiefer als der vereinbarte Anfangsmietzins für die strittige Wohnung (monatlich Fr. 1'060.–), sodass das Objekt Nr. 5 ebenfalls ausser Betracht falle bzw. es die Orts- und Quartierüblichkeit des vereinbarten Mietzinses gerade nicht zu beweisen vermöge (act. 80, E. IV.3.6, 3.11, 3.13).

E. 6.2

Diese vorinstanzlichen Erwägungen hat die Klägerin in ihrer Berufung nicht beanstandet, weshalb darauf nicht zurückzukommen ist (vgl. oben, E. 2.2). Es scheiden die Vergleichswohnungen Nr. 3 und Nr. 5 damit für den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit aus.

E. 7

Kriterium des Lageorts im gleichen Quartier

E. 7.1

Die Vorinstanz ging davon aus, dass sich sämtliche Vergleichsobjekte im selben Quartier befinden müssen (act. 80, E. IV.3.7). Das strittige Mietobjekt sei im Quartier Q.____ (Quartiertel AG.____) gelegen, während zahlreiche der von der Klägerin offerierten Vergleichswohnungen im Quartier AH.____ (Quartiertel AI.____) gelegen seien. Das Quartier Q.____ (Stadtkreis ...) unterscheide sich deutlich vom Quartier AH.____ (Stadtkreis ...). Während Ersteres – ähnlich wie auch das Industriequartier (Stadtkreis ...) – von einer Vergangenheit als Arbeiterquartier geprägt sei und auch heute noch von Arbeitnehmern aus zahlreichen Nationen bevölkert werde, sei das seit jeher gutsituierte Quartier AH.____ eher auf Familien ausgerichtet und verstehe sich neuerdings – insbesondere seit der Abklassierung der ...-strasse – als "Trendquartier" für ein jüngeres Publikum. Folglich seien die Vergleichsobjekte Nr. 5, Nr. 7-15 und Nr. 19-20, die im

Quartier AH._____ gelegen seien, nicht mit der strittigen Wohnung vergleichbar. Eine Ausnahme gelte indessen für das am nördlichen Rand des Quartiers AH._____ (AI._____) gelegene Vergleichsobjekt Nr. 6 (AE._____-strasse ...), weil sich dieses direkt an der Grenze zum Quartier Q._____ (AG._____) befinde. Im Übrigen sei das Unterquartier AJ._____ historisch zum Quartier Q._____ zu zählen, weshalb die Vergleichswohnungen Nr. 3 (U._____-strasse ...) und Nr. 4 (V._____-strasse ...), die dort gelegen seien, unter dem Aspekt der Quartierzugehörigkeit als mit dem strittigen Mietobjekt vergleichbar zu betrachten seien. Dasselbe gelte für das Objekt Nr. 1 (S._____-strasse ...), das zwar von der Wohnung der Beklag-

- 25 - ten vergleichsweise weit entfernt sei, das sich aber noch im Quartier Q._____ befinde.

E. 7.2

Dagegen bringt die Klägerin zusammengefasst vor (act. 81 Rz. 26 ff.), es sei der Quartierbegriff weit auszulegen und es sei nicht primär auf eine administrative oder historische Städteinteilung abzustellen; vielmehr sei die "Standortgüte" massgebend. Die von der Klägerin offerierten Vergleichsobjekte seien allesamt – wie auch das strittige Mietobjekt – Teil einer Blockrandüberbauung, was für diesen Stadtteil prägend sei. Das Quartier Q._____ mit seinen drei Quartierteilen AG._____, AJ._____ und AK._____ gehöre mit dem Quartierteil R._____ des Quartiers AH._____ historisch eng zusammen, weshalb diese vier Quartierteile als ein einziges Quartier zu betrachten seien. Indem die Vorinstanz eine Besichtigung der Lage der Vergleichsobjekte (mit Blick auf die jeweilige Quartierzugehörigkeit) verweigert habe, habe sie das Recht der Klägerin auf Beweis (Art. 8 ZGB) sowie ihren Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt. Ferner macht die Klägerin geltend, es sei nicht erheblich, ob das Quartier AH._____ eher auf Familien ausgerichtet oder "trendiger" sei, und es habe die Vorinstanz diesbezüglich Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO verletzt, indem sie diese Feststellungen ohne entsprechende Behauptungen der Beklagten von Amtes wegen getroffen habe. Zudem habe die Klägerin hierzu gar nicht Stellung nehmen können, was ihren Gehörsanspruch verletze (Art. 29 Abs. 2 BV). Sachlich nicht nachvollziehbar sei ferner, weshalb die Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt der Quartierzugehörigkeit zwar das Objekt Nr. 6 (AE._____-strasse ...) für den Vergleich zugelassen habe, nicht aber die Objekte Nr. 5 (E._____-strasse ...), Nr. 19 (O._____-strasse ...) und Nr. 20 (P._____-strasse ...), die ebenfalls an der Grenze zum Quartier Q._____ (AG._____) liegen würden und überdies nur drei Strassenzüge vom Objekt Nr. 6 bzw. nur einen Strassenzug von der Quartiersgrenze entfernt seien.

E. 7.3

Das Erfordernis, dass die offerierten Vergleichsobjekte im selben Quartier wie das in Frage stehende Mietobjekt gelegen sein müssen, ist als solches weder in Art. 269a lit. a OR noch in Art. 11 Abs. 1 VMWG explizit vorgesehen, es ergibt sich aber aus dem Begriff des "quartierüblichen Mietzinses" (vgl. BGE 136 III 74, E. 2.2.1). Aus dem Umstand, dass der Wortlaut von Art. 269a lit. a OR die Kon-

- 26 - junktion "oder" verwendet ("orts- oder quartierübliche Mietzinse"), während Art. 11 Abs. 1 VMWG von "orts- und quartierüblichen" Mietzinsen spricht, lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 81 Rz. 26) nichts ableiten. Auf die ortsüblichen Mietzinse, d.h. jene, die für eine ganze "Ortschaft" massgeblich sind, ist dann abzustellen, wenn sich eine geografisch zusammengehörige Ortseinheit aufgrund ihrer Grösse – wie

etwa bei kleineren Dörfern auf dem Land – gar nicht in mehrere Teile (Quartiere) unterteilen lässt, sondern eine einzige Einheit bildet. Bei grösseren Ortschaften, wie namentlich bei grösseren Städten, sind demgegenüber (nur) jene Mietzinse relevant, die auf das betreffende "Quartier" entfallen, also die "quartierüblichen Mietzinse".

E. 7.4

Unter dem Begriff des "Quartiers" ist ein Teil einer Stadt bzw. einer Ortschaft zu verstehen, der eine administrative, historische, geografische oder soziologische Einheit bildet. Ein Quartier kann sich nicht auf einige wenige Gebäude oder Häuserblöcke beschränken, sondern es ist eine gewisse räumliche Ausdehnung vorausgesetzt (BGE 136 III 74, E. 2.2.1). Dass sich Liegenschaften in Stadtteilen mit unterschiedlichen Postleitzahlen befinden, schliesst eine Zugehörigkeit zum selben Quartier nicht aus (BGE 123 III 317, E. 4b/ee). Ebenfalls nicht erforderlich ist, dass die sich in einem Quartier befindenden Gebäude aus einer ähnlichen Bauperiode stammen, über ähnliche architektonische Eigenschaften verfügen oder eine ähnliche Lage aufweisen; das Quartier kann vielmehr auch heterogen sein, was sich namentlich daraus ergibt, dass die Merkmale der Bauperiode und der Lage in Art. 11 Abs. 1 VMWG als separate Kriterien ausgewiesen sind (BGE 136 III 74, E. 2.2.1). Die Abgrenzung des als Quartier massgeblichen Gebietsteils hängt damit wesentlich von der tatsächlichen Sachlage ab, wobei regelmässig die administrative Gliederung einer Stadt und deren historische Aufteilung ausschlaggebend sind (BGE 136 III 74, E. 2.2.1).

E. 7.5

Die Stadt Zürich ist administrativ in zwölf Stadtkreise eingeteilt, die sich wiederum in die 22 historischen Stadtquartiere unterteilen lassen. Während andere Stadtkreise teilweise mehrere historische Quartiere umfassen, sind die Stadtquartiere AH.____ (Kreis ...) und Q.____ (Kreis ...) deckungsgleich mit den je-

- 27 - weiligen Stadtkreisen. Bei diesen Gegebenheiten handelt es sich ohne Weiteres um allgemein bekannte Tatsachen (vgl. dazu unten, E. 8.3.2.2 – 8.3.2.6).

E. 7.6

Die Klägerin kritisiert im Wesentlichen die von der Vorinstanz vorgenommene Unterteilung des Stadtgebiets (unter anderem) in die Quartiere AH.____ und Q.____ und verlangt der Sache nach, dass zumindest der Quartierteil R.____ – trotz der dem entgegenstehenden administrativen Unterteilung der Stadt Zürich in die zwölf Stadtkreise – für die Frage der Quartierüblichkeit des vereinbarten Mietzinses zum Quartier Q.____ gezählt wird. Der Quartierteil R.____ sei dem Quartier Q.____ (bzw. dessen Quartierteil AG.____) sehr ähnlich und historisch eng mit diesem verbunden.

E. 7.7

Dem kann nicht gefolgt werden. Auch bei der im Rahmen von Art. 269a lit. a OR und Art. 11 Abs. 1 VMWG relevanten Abgrenzung des als Quartier massgeblichen Gebietsteils einer Stadt ist ein gewisser Schematismus unabdingbar, um die Voraussehbarkeit des Rechts und die Gleichbehandlung zu gewährleisten (vgl. BGE 141 III 569, E. 2.2.3; BGer, 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.2.2.2 [Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]). Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, weshalb von der administrativen Städteinteilung in die zwölf Stadtkreise bzw. von der historischen Einteilung in die 22 Stadtquartiere, die bezüglich der hier relevanten Stadtkreise ... und ... deckungsgleich sind, abgerückt

werden sollte. Die Stadtquartiere AH._____ und Q._____ erweisen sich als historisch gewachsene Einheiten, zumal sie bis zu deren Eingemeindung im Jahre 1893 eigenständige Gemeinden waren. Daran ändert nichts, dass diese beiden Quartiere nach deren Eingemeindung zunächst während einiger Jahre – zusammen mit dem Industrie- quartier (heutiger Kreis ...) – den Stadtkreis III bildeten, bevor sie dann im Jahre 1913 in die Stadtkreise ... und ... (und ...) unterteilt wurden.

E. 7.8

Dass sich die von der Klägerin offerierten Vergleichswohnungen allesamt – wie auch das strittige Mietobjekt – in Liegenschaften befinden, die Teil einer Blockrandüberbauung sind, wie die Klägerin behauptet (act. 81 Rz. 28), ist unerheblich. Architektonische Eigenschaften, der Baustil oder die Bauperiode der jeweiligen Liegenschaften sind für die Frage der Quartierzugehörigkeit keine relevanten Kriterien (vgl. BGE 136 III 74, E. 2.2.1). Angesichts der klaren historischen

- 28 - und administrativen Grenzen zwischen den Quartieren AH._____ und Q._____ ebenfalls nicht entscheidend ist die Frage, ob das eine Quartier mehr "auf Familien ausgerichtet" oder "trendiger" ist als das andere (was auch immer dies im Einzelnen heissen mag). Insofern ist ein von der Klägerin in diesem Zusammenhang verlangter Augenschein (act. 81 Rz. 29) für die Frage der Quartiereinteilung von vornherein untauglich. Abgesehen davon hat die Klägerin ein solches Beweisangebot vor Vorinstanz nur in ganz pauschaler Weise und nicht spezifisch für die Frage der Quartierzugehörigkeit gemacht (vgl. act. 11 Rz. 15, 37, act. 19 Rz. 23 f.), sodass es sich dabei um ein unzulässiges Novum handelt (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO und oben, E. 2.4).

E. 7.9

Schliesslich ist der Klägerin zwar darin zuzustimmen, dass es sachlich nicht gerechtfertigt ist, das Vergleichsobjekt Nr. 6 (AE._____ -strasse ...) trotz seiner Lage im Quartier AH._____ (Quartierteil AI._____) für den Vergleich zuzulassen, nur weil es sich "direkt an der Grenze zum Quartier Q._____/AG._____" befindet (act. 80 E. IV.3.7.4), während andere Vergleichsobjekte, die etwas weiter weg von der Quartiersgrenze gelegen sind, ausgeschlossen werden. Dies führt aber nicht dazu, dass diese anderen Vergleichsobjekte (Nr. 5, 19 und 20) für den Vergleich zuzulassen wären, sondern dazu, dass auch die Vergleichswohnung Nr. 6 ausser Betracht fallen muss. Einer Grenzziehung haftet in einem gewissen Sinne immer etwas Willkürliches an, dennoch ist eine Grenze irgendwo zu ziehen. Würden Liegenschaften, die sich direkt an der Grenze (quasi in der "ersten Reihe") befinden, noch für den Vergleich zugelassen, während solche, die in der "zweiten Reihe" oder noch weiter entfernt gelegen sind, ausgeschlossen würden, so würde die Grenze gewissermassen um eine Häuserreihe nach hinten verlegt, was sachlich nicht gerechtfertigt ist. Vielmehr ist die Grenze dort zu ziehen, wo sie liegt. Offen gelassen werden kann die Frage, ob es nicht überspitzt wäre, Liegenschaften vom Vergleich auszuschliessen, die sich an einer Strasse, durch die die Grenze verläuft, direkt gegenüber liegen. Denn das ist beim Vergleichsobjekt Nr. 6 in Bezug auf das Mietobjekt nicht der Fall.

E. 7.10

Damit scheiden die von der Klägerin offerierten Vergleichswohnungen Nr. 5 (E._____ -strasse ...), Nr. 6 (AE._____ -strasse ...), Nr. 7 (F._____ -strasse

- 29 - ...), Nr. 8 (G.____-strasse ...), Nr. 9 (H.____-strasse ...), Nr. 10 (I.____- strasse ...), Nr. 11 (J.____-strasse ...), Nr. 12 (K.____-strasse ...), Nr. 13 (L.____-strasse ...), Nr. 14 (M.____-strasse ...), Nr. 15 (N.____-strasse ...), Nr. 19 (O.____-strasse ...) und Nr. 20 (P.____-strasse ...) für den Beweis der Quartierüblichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses aufgrund ihrer Lage in ei- nem anderen Quartier aus.

E. 8

Kriterium der vergleichbaren Lärmexposition

E. 8.1

Erwägungen der Vorinstanz und Parteivorbringen

E. 8.1.1

Mit Bezug auf das Kriterium der Lage, das für die Vergleichbarkeit der Wohnungen relevant ist (Art. 11 Abs. 1 VMWG), führt die Vorinstanz zusammen- gefasst aus (act. 80, E. IV.3.8), es sei – innerhalb eines Quartiers – die jeweilige Nähe der Wohnungen zu öffentlichen Verkehrsmitteln, Schulen, Einkaufsmöglich- keiten und Naherholungsgebieten zu berücksichtigen, während das Stockwerk, in dem sich die Wohnungen befinden, nicht entscheidend sei. Massgebend seien zudem die Lärmimmissionen, insbesondere solche aus dem Strassenverkehr, de- nen die Wohnungen ausgesetzt seien. Bereits Abweichungen im Bereich von 5 dB würden – weil die Dezibelskala logarithmisch aufgebaut sei und weil ein um

E. 8.1.2

In diesem Zusammenhang stellte die Vorinstanz massgeblich auf den sog. "GIS-Browser" (Geografisches Informationssystem des Kantons Zürich, Karte Strassenlärm; www.maps.zh.ch) ab, worauf sie die Parteien im Rahmen der (fort- gesetzten) Hauptverhandlung (vgl. Prot. Vi., S. 39, 45 und act. 21a [Ausdruck aus dem GIS-Browser, Karte Strassenlärm, der die Umgebung des strittigen Mietob- jekts zeigt]) sowie zudem mittels separater Verfügung vom 22. November 2018 (act. 45) hingewiesen hatte. Hierbei steuerte die Vorinstanz jeweils in einem ers- ten Schritt – für jede Wohnung separat – die Adressen der Wohnungen im GIS-Browser (Karte Strassenlärm) an und entnahm daraus die Dezibelwerte der nächstgelegenen grösseren Strassen (unterteilt in durchschnittliche Emissions- werte am Tag und in der Nacht). Diese Werte justierte sie alsdann in einem zwei-

- 30 - ten Schritt, indem sie nach Massgabe der mit dem Messwerkzeug der GIS-Karte gemessenen Distanz sowie allfälliger Hindernisse, die zwischen der jeweiligen Wohnung und der fraglichen Lärmquelle liegen, gewisse Abzüge in Anschlag brachte. Mit dieser Methode könne zwar, so die Vorinstanz, keine Gewissheit über die genauen Immissionswerte gewonnen werden; dies könnte nur durch Langzeitmessungen beim Mietobjekt und möglichen Vergleichsobjekten erreicht werden. Ein solches Vorgehen sei aber dennoch ausreichend, weil damit immer- hin Vergleichsobjekte ausgeschlossen werden könnten, die aufgrund offensicht- lich höherer oder tieferer Lärmbelastung nicht mit der strittigen Wohnung ver- gleichbar seien, und weil dies dazu führe, dass zusammen mit den weiteren Ver- gleichskriterien so oder so weniger als fünf vergleichbare Wohnungen übrig blei- ben. Aus diesem Grund könne darauf verzichtet werden, Langzeitmessungen der exakten Immissionswerte durchzuführen (act. 80 S. 21 ff.). Von der Klägerin ins Feld geführte "Mehrfachreflexionen", die den Lärm in Häuserschluchten verstär- ken könnten,

seien von eher untergeordneter Bedeutung (dies könne einen Unterschied von maximal 3 dB ausmachen); zudem sei dieser Effekt gerade bei der Wohnung der Beklagten besonders ausgeprägt (act. 80 S. 24 f.). Richtig sei ferner, dass der Schalldruck durch den Boden, die Bau-Schalldämmmasse und andere Hindernisse gedämpft werden könne, solches sei aber in Bezug auf die Wohnung der Beklagten nicht behauptet worden, während dies bei verschiedenen Vergleichswohnungen der Fall sei; folglich würde sich ein Unterschied hierdurch nur noch verschärfen (act. 80 S. 25). Ferner sei bei verschiedenen Vergleichswohnungen unklar, ob diese – wie die Wohnung der Beklagten – zur Strasse oder zu einer Art Innenhof hin ausgerichtet seien; auch dies könne letztlich aber nur zu einer Vergrösserung der Unterschiede zwischen den Wohnungen führen (act. 80 S. 25 f.). Mit Bezug auf die Innenisolation der Wohnungen, die die Klägerin als Argument gegen die von der Vorinstanz angewandte Methode anführe, sei allfälligen Unterschieden im Rahmen der Kriterien der Bauperiode, des Zustands und der Ausstattung Rechnung zu tragen; würden sich die Wohnungen diesbezüglich tatsächlich voneinander unterscheiden, so sei ihre Vergleichbarkeit bereits aus diesem Grunde zu verneinen (act. 80 S. 25 f.).

- 31 -

E. 8.1.3

Für die Lage der Wohnung der Beklagten kam die Vorinstanz zum Schluss, es sei diese als "notorisch lärmig" zu bezeichnen. Die Wohnung sei in einer Querstrasse gelegen, nur unweit (ca. 25 Meter) von der beidseits vielbefahrenen N. _____-strasse entfernt, auf der zwei Tramlinien in einem Intervall von fünf bis zehn Minuten verkehren würden. Wie sich anlässlich des Augenscheins gezeigt habe, sei der Tramverkehr auch ausserhalb der Stosszeiten deutlich hörbar. Die sich aus dem GIS-Browser für den relevanten Strassenabschnitt der N. _____-strasse ergebenden Emissionswerte würden tagsüber 79.4 dB und nachts 75.2 dB betragen. Angesichts der Distanz von rund 25 Metern, die zwischen der Lärmquelle und der Wohnung liege, sei von Immissionswerten von tagsüber 65.5 dB und nachts 61.3 dB auszugehen (act. 80, E. IV.3.8.4).

E. 8.1.4

Unter Anwendung der erwähnten Methode verneinte die Vorinstanz alsdann die Vergleichbarkeit der strittigen Wohnung mit den von der Klägerin offerierten Vergleichsobjekten Nr. 1-4, Nr. 7-11, Nr. 13-14, Nr. 17-18, Nr. 20 und Nr. 22-23 aufgrund der erheblich lärmexponierteren Lage der Wohnung der Beklagten (act. 80 S. 26 ff.). Umgekehrt schloss sie auch die Vergleichbarkeit des Objekts Nr. 21 aus, dies jedoch mit der Begründung, es befinde sich dieses an einer erheblich lärmigeren Lage als das strittige Mietobjekt (act. 80 S. 30). Hierbei stellte die Vorinstanz wie bereits erwähnt im Wesentlichen auf die distanzbereinigten Emissionswerte der nächstgelegenen Strassen gemäss GIS-Browser ab, wobei sie lärm-dämmende Hindernisse (Abschirmung durch andere Gebäude, Gebäudevorsprünge oder Lärmschutzwände) mitberücksichtigte; zudem erwog sie, dass einige der Vergleichswohnungen – im Gegensatz zur Wohnung der Beklagten – an eine Tempo-30-Zone angrenzen würden, was ebenfalls zu berücksichtigen sei. Diese Tatsachen (Emissionswerte, Strassenkarte, Distanzangaben, abschirmende Gebäude, Tempo-30-Zonen und Lärmschutzwände) stellte die Vorinstanz im Wesentlichen durch Konsultation des GIS-Browsers sowie von Google Street View fest.

E. 8.1.5

Die Klägerin macht in ihrer Berufung zunächst geltend, es habe die Vorinstanz den sozialen Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO verletzt, indem sie den Sachverhalt in diesem Zusammenhang weitgehend von

- 32 - Amtes wegen festgestellt habe. Namentlich habe die Vorinstanz von sich aus – ohne dass dies von den Parteien eingebracht worden sei – Abklärungen hinsichtlich der jeweiligen Lärmexposition (Emissionswerte, Distanzen, lärmdämmende Hindernisse, Tempo-30-Zonen u.a.) der einzelnen Wohnungen vorgenommen und hierbei entscheidend auf den GIS-Browser und andere eigene Internet-recherchen (z.B. Google Street View) abgestellt. Ferner habe sie den Parteien keine (hinreichende) Gelegenheit eingeräumt, zu den Ergebnissen dieser Abklärungen Stellung zu nehmen, und damit den Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt (act. 81 Rz. 35 ff.).

E. 8.1.6

Sodann kritisiert die Klägerin die von der Vorinstanz angewandte Methode zur Beurteilung der Lärmexposition der jeweiligen Wohnungen. Die diesbezüglichen theoretischen Ausführungen seien unrichtig, es verfüge die Vorinstanz in diesem Bereich über kein ausgewiesenes Fachwissen und es sei willkürlich, hierfür auf Wissen abzustellen, das sie sich über "Wikipedia" angeeignet habe (act. 81 Rz. 38). Zur Ermittlung der jeweiligen Entfernung einer Wohnung zur fraglichen Lärmquelle habe die Vorinstanz auf das "Massstabswerkzeug" des GIS-Browsers abgestellt, was zu ungenauen und unrichtigen Ergebnissen geführt habe (act. 81 Rz. 37). Ferner sei der Bezug der Karte Strassenlärm des GIS-Browsers ungenügend. Bei den dort angegebenen Dezibelwerten handle es sich bloss um Emissionswerte und es werde die Intensität des Lärms am relevanten Empfangspunkt (Immission) nicht nur durch die Lautstärke der Emission an der Quelle und die Distanz zwischen der Quelle und dem Empfangspunkt beeinflusst, sondern auch durch zahlreiche weitere Faktoren (so namentlich durch lärmdämmende Hindernisse, durch den sog. Aspektwinkel, in dem der Schall am Empfangspunkt auftreffe, oder durch sog. Reflexionen und Mehrfachreflexionen, die insbesondere in Häuserschluchten auftreten würden). Zudem könne nicht einzig auf den Strassenlärm abgestellt werden, sondern es seien auch andere Lärmquellen zu berücksichtigen, namentlich aus dem Eisenbahn- oder Flugverkehr sowie Industrie- und Gewerbelärm. Beispielsweise sei das Vergleichsobjekt Nr. 1 (S.____-strasse ...) in der Nähe des "... " und des "... " gelegen, die Objekte Nr. 3 (U.____-strasse ...), Nr. 4 (V.____-strasse ...), Nr. 12 (K.____-strasse ...) und Nr. 15 (N.____-strasse ...) nahe einer Bahnlinie, von wo aus ebenfalls Lärm

- 33 - ausgehe. Schliesslich seien diverse Vergleichswohnungen von mehreren Strassen (und nicht nur von einer Strasse) umgeben, was ebenfalls zu berücksichtigen sei. Willkürfrei könne die Lärmexposition nur anhand einer Messung im Rahmen eines Gutachtens beurteilt werden; eine solche Beweisofferte habe die Vorinstanz indessen in Verletzung des Rechts auf Beweis abgelehnt. Hinzu komme, dass ohnehin nicht der Lärm massgebend sei, der an der Aussenfassade der jeweiligen Wohnungen auftreffe, sondern jener, der im Wohnungsinnen wahrnehmbar sei; entsprechend hätten die Messungen innerhalb der Wohnungen zu erfolgen (act. 81 Rz. 39 ff.; vgl. bereits act. 50 Rz. 1 ff.).

E. 8.1.7

Schliesslich wendet die Klägerin ein, es hätte auch für das Kriterium der Lärmexposition – ähnlich wie etwa für die Grösse einer Wohnung – ein Toleranzbereich von rund 20 % beachtet werden müssen (act. 81 Rz. 49).

E. 8.2

Grundlagen

E. 8.2.1

Um im Rahmen des Nachweises der orts- und quartierüblichen Mietzinse i.S.v. Art. 269a lit. a OR als Vergleichsobjekt berücksichtigt zu werden, muss eine von den Parteien offerierte Vergleichswohnung nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit dem strittigen Mietobjekt vergleichbar sein (Art. 11 Abs. 1 VMWG); ein "Gesamteindruck" hinsichtlich dieser Kriterien genügt wie bereits ausgeführt nicht (s. dazu oben, E. 4.6-4.8). Mit Bezug auf das hier fragliche Kriterium der Lage sind verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen, so namentlich die Nähe der Wohnung zu öffentlichen Verkehrsmitteln, Schulen, Einkaufsmöglichkeiten und Naherholungsgebieten, die Dichte und Art der umliegenden Bebauung, die in der Umgebung gegebenenfalls vorhandenen Grünflächen, die Aussicht aus der Wohnung sowie deren Immissionsbelastung, insbesondere (aber nicht ausschliesslich) hinsichtlich des Lärms. Hierbei ist nicht erforderlich, dass hinsichtlich jedes einzelnen dieser "Lageaspekte" Übereinstimmung besteht (auch nicht mit einem gewissen Toleranzbereich), es muss aber die Belegenheit der Vergleichswohnung als insgesamt mit jener des strittigen Mietobjekts vergleichbar erscheinen. Dies setzt nicht nur voraus, dass die jeweiligen Lagen als ungefähr gleichwertig zu betrachten sind, sondern auch, dass sie als in ihrem Grundcharakter gleichartig (vergleichbar) erscheinen. Es müssen mit anderen

- 34 - Worten die Wohnungen hinsichtlich ihrer Lage einerseits über ähnliche Vor- und Nachteile verfügen und es dürfen andererseits allfällige Unterschiede nicht so beschaffen sein, dass sie aufgrund ihrer Art oder ihres Ausmasses – selbst wenn sie durch andersartige Vor- bzw. Nachteile ausgeglichen werden – den Charakter der jeweiligen Lagen als unterschiedlich erscheinen lassen. Ist ein Mietobjekt beispielsweise in einer ruhigen Wohngegend am Waldrand belegen, so ist es mit einem Mietobjekt, das sich an einer wichtigen und emissionsstarken Verkehrsader befindet, auch dann nicht vergleichbar, wenn die Vorteile der geringeren Lärmbelastung und der grünen Umgebung durch Nachteile in Bezug auf die Anbindung an den öffentlichen Verkehr oder die Nähe zu Schulen und Einkaufsmöglichkeiten kompensiert werden (vgl. BGE 139 III 13, E. 3.3.2; BGer, 4A_295/2010 vom 26. Juli 2010, E. 3.2.4; 4C.265/2000 vom 16. Januar 2001, E. 4b/dd).

E. 8.2.2

Dem Kriterium der Lärmexposition kommt gerade in grösseren (lärmbelasteten) Städten für die Bestimmung des Mietzinses eine wesentliche Bedeutung zu. Bestehen mit Bezug auf die Lärmbelastung erhebliche Unterschiede zwischen den zu vergleichenden Wohnungen, so lässt dieser Unterschied allein – unbesehen anderer Lageaspekte – die Vergleichbarkeit der Lage entfallen (vgl. BGE 139 III 13, E. 3.3.2; BGer, 4A_295/2010 vom 26. Juli 2010, E. 3.2.4; 4C.265/2000 vom 16. Januar 2001, E. 4b/dd). Dies gilt insbesondere dann, wenn die in Frage stehende Lärmbelastung einer Wohnung derart hoch ist, dass die Immissionsgrenzwerte (bzw. sogar die Alarmwerte) gemäss der LSV (Anhänge) erreicht werden. Ist eine Wohnung Lärmimmissionen ausgesetzt, die nur schwer zu ertragen sind, so entfällt eine Vergleichbarkeit mit anderen Wohnungen ohne Weiteres, wenn diese – obschon auch nicht in "ruhigen Wohngebieten" gelegen – eine Lärmbelastung deutlich unter der Erträglichkeitsgrenze aufweisen.

E. 8.2.3

In Erinnerung zu rufen ist sodann, dass das Gericht bei der Auswahl der für einen Vergleich in Betracht kommenden Wohnungen streng zu sein hat, weil die- ser nicht auf Grundlage einer breit abgestützten Statistik erfolgt, sondern anhand einiger weniger Vergleichsobjekte. Ferner ist unweigerlich ein gewisser Schema- tismus erforderlich, um die Vorhersehbarkeit des Rechts und die Gleichbehand- lung zu gewährleisten (s. dazu oben, E. 4.8). Insofern müssen die zum Vergleich

- 35 - herangezogenen Wohnungen – innerhalb eines gewissen Toleranzbereichs (dazu unten, E. 8.4.4.1) – also auch hinsichtlich des Kriteriums der Lärmexposition mit- einander vergleichbar sein, d.h. es müssen sich deren Immissionswerte in einem vergleichbaren Rahmen bewegen.

E. 8.2.4

Mit Bezug auf die Lage hat die Vorinstanz, soweit ersichtlich, einzig auf das Kriterium der Lärmbelastung abgestellt, während sie andere Gesichtspunkte der Lage nicht beurteilt bzw. die Wohnungen insofern als miteinander vergleichbar erachtet hat (act. 80 S. 21 ff.; eine Ausnahme besteht für die ohnehin in einem anderen Quartier gelegenen Objekte Nr. 5, 19 und 20, deren Lage die Vorinstanz bereits aufgrund ihrer Nähe zum Friedhof R._____ als mit jener der strittigen Wohnung nicht vergleichbar erachtet hat; act. 80 S. 33 f.). Dieses Vorgehen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, denn es kann, wie dargelegt, eine erheblich unterschiedliche Lärmbelastung die Vergleichbarkeit der Wohnungen bereits für sich alleine entfallen lassen, so dass sich eine Beurteilung anderer Aspekte erüb- rigt.

E. 8.2.5

Im Folgenden ist zunächst auf die von der Klägerin aufgeworfene Frage einzugehen, ob die Vorinstanz die für die Beurteilung der jeweiligen Lärmexpositi- on relevanten Tatsachen korrekt, d.h. insbesondere im Einklang mit Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO, festgestellt hat. Alsdann ist zu beurteilen, ob die von der Vor- instanz zur Ermittlung der Lärmbelastung herangezogene Methode, die sich mas- sgeblich auf den sog. GIS-Browser stützt, ein hierfür taugliches Instrument dar- stellt, und zu welchen Ergebnissen dies vorliegend führt.

E. 8.3

Feststellung des Tatsachenfundaments

E. 8.3.1.1

Mit Bezug auf die Lärmbelastung führte die Klägerin vor Vorinstanz aus, es liege das strittige Mietobjekt an einer ruhigen Quartierstrasse (C._____ - strasse; Tempo-30-Zone), es sei dieses aber unweit von der N._____ -strasse ent- fernt, die relativ stark befahren sei und auf der auch Tramverkehr herrsche. Die Immissionsbelastung sei als "mässig" bzw. die Lage als "mässig lärmig" zu be-

- 36 - zeichnen; hierfür offerierte die Klägerin das Beweismittel des Augenscheins sowie ein Gutachten (act. 11 Rz. 5, Rz. 17 i.V.m. act. 13/7 S. 3 ff., act. 19 Rz. 13). Ebenso würden sich sämtliche Vergleichsobjekte an einer als "mässig lärmig" zu bezeichnenden Lage befinden (act. 11 Rz. 17 i.V.m. act. 13/7 S. 8 ff.; act. 19 Rz. 52 i.V.m. act. 21/13). "Mässig lärmig" bedeute hierbei weder "ruhig" noch "lärmig". Als "lärmig" sei eine Lage dann zu bezeichnen, wenn eine Wohnung di- rekt an eine stark befahrene Strasse angrenze und praktisch permanent mit Lärm belastet sei. Dies sei mit Bezug auf das strittige Mietobjekt aber nicht der Fall, da dieses nicht direkt an die N._____ -strasse angrenze; für diese letzte Behauptung offerierte die Klägerin ebenfalls einen Augenschein und ein Gutachten (act. 11

Rz. 41; vgl. zudem act. 11 Rz. 15 f., 37 und act. 19 Rz. 24, 52, wo pauschal für alle Wohnungen und alle Vergleichskriterien ein Augenschein und ein Gutachten offeriert wurde).

E. 8.3.1.2

Die Beklagte liess ihrerseits ausführen, es sei die Lage des strittigen Mietobjekts, das nur 20-30 Meter von der N.____-strasse bzw. der dort gelegenen Tramhaltestelle entfernt sei, als "sehr lärmig" bzw. als "lärmig bis sehr lärmig" zu bezeichnen; insbesondere herrsche aufgrund des bis um 01.00 Uhr andauernden Tramverkehrs erheblicher Lärm bis in die Nacht (Prot. Vi., S. 12 f., 22). Ferner bestritt die Beklagte die Vergleichbarkeit der von der Klägerin offerierten Vergleichswohnungen – mit Ausnahme der Objekte Nr. 12 (K.____-strasse ...; vgl. Prot. Vi. S. 18) und Nr. 21 (AB.____-strasse ...; Prot. Vi., S. 39) – explizit mit Bezug auf das Lärmkriterium und machte zusammengefasst geltend, es seien diese allesamt wesentlich ruhiger gelegen als das strittige Mietobjekt (Prot. Vi., S. 14 ff., 33 ff., 38 f.).

E. 8.3.1.3

Nachdem sich beide Parteien je zweimal geäußert hatten, legte ihnen die Vorinstanz einen Ausdruck aus dem GIS-Browser (Karte Strassenlärm) vor, der die Umgebung des strittigen Mietobjekts zeigt (act. 21a; Prot. Vi., S. 39); trotzdem äusserten sich in ihren dritten Vorträgen weder die Klägerin noch die Beklagte dazu (Prot. Vi., S. 40 ff.). Auf explizite Nachfrage des Vorsitzenden, ob sie hierzu Stellung nehmen wollen, liess die Klägerin erklären, es sei notorisch,

- 37 - dass die N.____-strasse stark befahren sei, während die Beklagte nichts beizufügen hatte (Prot. Vi., S. 45).

E. 8.3.1.4

Daraufhin wies die Vorinstanz die Parteien mit Verfügung vom 22. November 2018 (act. 45) u.a. darauf hin, dass die jeweiligen Lärmimmissionen (insbesondere aus dem Strassenverkehr) für die Beurteilung der Lage und die Vergleichbarkeit der Wohnungen relevant seien. Ferner erläuterte sie die Funktionsweise des GIS-Browsers in detaillierter Weise und stellte in Aussicht, entscheidend darauf abzustellen. In der Folge wurden beide Parteien je separat aufgefordert, hierzu – und insbesondere zu den so zu ermittelnden Daten betreffend die jeweilige Lärmexposition der einzelnen Wohnungen – Stellung zu nehmen. Die Klägerin liess hierzu im Wesentlichen ausführen, es sei der GIS-Browser, Karte Strassenlärm, ein untaugliches Instrument, um die jeweilige Immissionsbelastung festzustellen, und führte diverse Gründe an, die gegen die Verwendung des GIS-Browsers sprechen würden (act. 50 Rz. 1 ff.); dieses Vorbringen wiederholte sie (praktisch wortgleich) in ihrer Berufung (act. 81 Rz. 39 ff.; vgl. dazu oben, E. 8.1.6). Die Beklagte ihrerseits hielt fest, es habe sich anlässlich des Augenscheins gezeigt, dass der von der N.____-strasse ausgehende, das strittige Mietobjekt belastende Lärm die Lage als "lärmig bis sehr lärmig" erscheinen lasse; dies würden die Daten des GIS-Browsers (80.4 dB tagsüber, 76.2 dB in der Nacht) bestätigen (act. 56 Rz. 4, 8). Diese Werte verglich die Beklagte sodann mit den gemäss dem GIS-Browser ausgewiesenen Emissionswerten für die Objekte Nr. 1, 5, 6 und 16 und stellte fest, dass hiervon mit Bezug auf die Lärmbelastung einzig das Objekt Nr. 16 mit dem strittigen Mietobjekt vergleichbar sei (act. 56 Rz. 9 ff.).

E. 8.3.1.5

In der Folge stellte die Vorinstanz, wie bereits erwähnt, auf die sich aus dem GIS-Browser ergebenden Daten ab und ermittelte wie in Aussicht gestellt die entsprechenden Werte von sich aus (act. 80 S. 21 ff.).

E. 8.3.2.1

Eine Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses ist ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren zu beurteilen (Art. 243 Abs. 2 lit. c

- 38 - ZPO) und es ist der Sachverhalt gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO von Amtes wegen festzustellen. Die hier zur Anwendung kommende Untersuchungsmaxime ist jedoch eine eingeschränkte, die aus sozialen Gründen dem Schutz der nach gesetzgeberischer Wertung schwächeren Partei (i.e. der Mieterschaft) dient (BGE 141 III 569, E. 2.3.1). Damit wird die Verantwortung für die Erstellung des Sachverhalts gewissermassen zwischen den Parteien und dem Gericht verteilt, wobei Letzterem eine verstärkte Mitwirkungspflicht zukommt. Die soziale Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht aber nicht dazu, den Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen, wenn die Parteien darauf verzichten, ihre Standpunkte in das Verfahren einzubringen bzw. zu erklären, sondern sie begründet im Grundsatz nur eine – gegenüber Art. 56 ZPO – verstärkte Fragepflicht. Wie unter der im ordentlichen Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Prozessstoff grundsätzlich selbst beschaffen und das Gericht auf Tatsachen und Beweismittel hinweisen. Das Gericht kommt den Parteien mit spezifischen Fragen zu Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen aufgestellt und die notwendigen Beweismittel bezeichnet werden, und es weist die Parteien auf ihre Obliegenheit hin, bei der Sachverhaltserstellung mitzuwirken. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, so kann und muss sich das Gericht wie im ordentlichen Verfahren eine gewisse Zurückhaltung auferlegen und darf nicht eine Partei zuungunsten der anderen beraten. Es ist insbesondere nicht Sache des Richters, aus eigenem Antrieb zu ermitteln, die Akten zu durchforsten oder auf andere Weise nach Beweismitteln zu suchen, um anstelle der Parteien Behauptungen aufzustellen oder zu beweisen (BGE 141 III 569, E. 2.3; 139 III 13, E. 3.2; BGer, 4D_87/2017 vom 20. März 2018, E. 3.3.1; 4A_703/2016 vom 24. Mai 2017, E. 7; 4A_701/2012 vom 19. April 2013, E. 1.2).

E. 8.3.2.2

Sowohl bei der eingeschränkten Untersuchungsmaxime als auch bei der Verhandlungsmaxime gibt es hiervon indes Ausnahmen. Hierzu zählen insbesondere offenkundige oder notorische Tatsachen (Art. 151 ZPO; zu den Ausnahmen im Einzelnen SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, ZBJV 136/2000, S. 685 ff., 698 ff.). Diese sind von den Parteien nicht zu behaupten und bedürfen grundsätzlich keines Beweises. Möchte das Gericht auf eine offenkundige Tatsache abstellen, die von den Parteien nicht behauptet worden ist, so hat es den Par-

- 39 - teien in der Regel vorgängig das rechtliche Gehör hierzu zu gewähren (KUKO ZPO-SCHMID, 2. Aufl., Art. 151 N 3; ZK ZPO-HASENBÖHLER, 3. Aufl., Art. 151 N 3d). Die Parteien müssen sich dazu äussern können, nicht nur, um allfällige Zweifel an der Offenkundigkeit bzw. an der Richtigkeit der Tatsache äussern zu können (so DIKE Kommentar ZPO-LEU, 2. Aufl., Art. 151 N 7), sondern auch und vor allem, weil sonst das aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Verbot von Überraschungsentscheiden greifen würde.

E. 8.3.2.3

Tatsachen sind i.S.v. Art. 151 ZPO offenkundig, wenn sie allgemein, jedenfalls aber am Ort des Gerichts verbreitet bekannt sind. Nicht erforderlich ist, dass die Allgemeinheit bzw. das Gericht die offenkundige Tatsache unmittelbar kennt, solange sie sich aus allgemein zugänglichen Quellen erschliessen lässt (BGE 135 III 88, E. 4; 143 IV 380, E. 1.1.1; BGer, 5A_719/2018 vom 12. April 2019, E. 3.2.1; 5A_774/2017 vom 12. Februar 2018, E. 4.1.1; 4A_509/2014 vom 4. Februar 2015, E. 2.1-2.2). Der Umstand allein, dass eine Tatsache in allgemein zugänglichen Quellen (insbesondere im Internet) enthalten ist, genügt für sich aber nicht, um die Tatsache als offenkundig bzw. allgemein bekannt zu qualifizieren (BGE 143 IV 380, E. 1.1-1.2; BGer, 5A_639/2014 vom 8. September 2015, E. 7.4; 4A_486/2017 vom 23. März 2018, E. 3.2.2). Zusätzlich erforderlich ist erstens, dass sich die Information leicht auffinden lässt, d.h. eine Nachforschung einfach und schnell möglich ist, und zweitens, dass sie zudem aus einer vertrauenswürdigen Quelle mit einem gewissen "amtlichen Anstrich" stammt (vgl. BGE 143 IV 380, E. 1.2 und E. 1.3.2; BGer, 4A_582/2016 vom 6. Juli 2017, E. 4.5-4.6). Als in diesem Sinne offenkundige Tatsachen gelten etwa Geschehnisse der Weltgeschichte, Naturereignisse, Wechselkurse (BGE 135 III 88, E. 4), Handelsregistereinträge (BGer, 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 2.2), offizielle inländische Statistiken (BGE 128 III 4, E. 4b/bb; BGer, 5A_503/2017 vom 14. Mai 2018, E. 3.3) sowie amtliche Geodaten (BGer, 1C_582/2018 vom 23. Dezember 2019, E. 2.4), nicht aber beispielsweise öffentlich zugängliche Presseartikel (BGer, 5A_639/2014 vom 8. September 2015, E. 7.4) oder Bücher (BGer, 4A_486/2017 vom 23. März 2018, E. 3.2.2), der LIBOR-Zinssatz (BGE 143 III 404, E. 5.3.3) oder Informationen aus "Wiktionnaire" oder "Wikipedia" (BGE 143 IV 380, E. 1.3.2).

- 40 -

E. 8.3.2.4

Die Vorinstanz hat, ohne dass die Parteien die entsprechenden Tatsachen von sich aus behauptet hätten, unter anderem auf die Strassenlärmswerte (Emissionswerte) des Zürcher Geoinformationssystems (GIS-Browser) abgestellt und aus dieser Quelle zudem Distanzangaben sowie andere örtliche bzw. bauliche Gegebenheiten (z.B. Abschirmung einer Liegenschaft durch eine andere) entnommen. Sie hat die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung mündlich sowie mit nachfolgender Präsidialverfügung schriftlich aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen (Prot. VI S. 39, 45; act. 45).

E. 8.3.2.5

Die vom Kanton Zürich gestützt auf das Kantonale Geoinformationsgesetz (KGeoIG, LS 704.1; dieses in Ausführung des Bundesgesetzes über Geoinformation [GeoIG, SR 510.62]) im Internet (§ 8 f. KGeoIG; Art. 3 Abs. 1 lit. j GeoIG) zur allgemeinen Verfügung gestellten Geodaten sind allgemein bekannte Tatsachen i.S.v. Art. 151 ZPO. Die Karte "Strassenlärm" bildet in Form eines Lärmbelastungskatasters gemäss Art. 37 der Lärmschutzverordnung (LSV, SR 814.41) Geobasisdaten des Bundesrechts ab (Anhang 1 der kantonalen Geoinformationsverordnung [KGeoIV, LS 704.11] i.V.m. Anhang 1 der Verordnung über Geoinformation [GeoIV, SR 510.620]). Das Zuverfügungstellen im Internet ist Folge des gesetzgeberischen Entscheids. Die Vorinstanz hat den Parteien ausreichend Gelegenheit gegeben, sich zu diesen allgemein bekannten Tatsachen, d.h. insbesondere zu deren Offenkundigkeit bzw. inhaltlichen Richtigkeit zu äussern. Folglich ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf allgemein bekannte Daten des GIS-Browsers (Emissionswerte, Strassenkarten, Distanzangaben, bauliche

Gegebenheiten) abgestellt hat, obschon diese von keiner Partei behauptet wurden. Dies war nach Art. 151 ZPO zulässig und verletzt Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO nicht.

E. 8.3.2.6

Dies gilt indessen nicht, soweit sich die Vorinstanz in ihrem Urteil auf andere – nicht amtliche – Informationen aus dem Internet (insbesondere aus Google Street View) gestützt hat, so namentlich mit Bezug auf die Tatsachen, dass sich in der Nähe des Vergleichsobjekts Nr. 4 eine Lärmschutzwand befinden soll (act. 80, E. 3.8.8) und dass einige Objekte in Tempo-30-Zonen liegen sollen (act. 80, E. 3.8.6-7 und E. 3.8.13). Google Street View weist in keiner Hinsicht of-

- 41 - fiziellen oder amtlichen Charakter auf, und es sind die darin enthaltenen Informationen nicht hinreichend verlässlich, um als allgemein bekannt qualifiziert werden zu können (vgl. BGE 143 IV 380, E. 1.3.2 zu Informationen aus "Wiktionnaire"); namentlich mögen sie veraltet sein. Dass die Vorinstanz offenbar Kenntnis davon hat, dass sich zwischen der AL._____-strasse bzw. der Bahnlinie und der V._____-Strasse eine Lärmschutzwand befindet (act. 80, E. 3.8.8), macht diese Information nicht zu einer notorischen Tatsache i.S.v. Art. 151 ZPO, denn persönliches Wissen des Richters über den konkreten Beweisgegenstand führt nicht zu Notorietät (BGer, 5A_774/2017 vom 12. Februar 2018, E. 4.1.1; 5A_606/2018 vom 13. Dezember 2018, E. 6.1.2). Diese Informationen sind weder offenkundig noch notorisch i.S.v. Art. 151 ZPO, sodass hierfür Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO zur Anwendung kommt.

E. 8.3.2.7

Wie bereits erwähnt müssen die Parteien, insbesondere wenn sie anwaltlich vertreten sind, auch bei Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) den Prozessstoff grundsätzlich selbst beschaffen und das Gericht auf Tatsachen und Beweismittel hinweisen. Das Gericht hat sich eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und nicht aus eigenem Antrieb zu ermitteln (oben, E. 8.3.2.1). Diese Grundsätze verletzt die Vorinstanz, wenn sie von Amtes wegen Internetrecherchen auf Google Street View durchführt, obschon die anwaltlich vertretenen Parteien die entsprechenden Tatsachen – selbst nach mehrfachem Hinweis darauf, dass die Behauptungslage zur Lärmsituation ungenügend sei – nicht vorgebracht haben. Eine solche Untersuchung des (nicht notorischen) Sachverhalts, die ohne jede Mitwirkung bzw. Veranlassung durch die Parteien erfolgt, verletzt Art. 247 Abs. 2 ZPO.

E. 8.3.2.8

Hinzu kommt, dass eine Internetrecherche (Konsultation von Google Street View), wie sie die Vorinstanz von sich aus vorgenommen hat, kein nach Art. 168 Abs. 1 ZPO zulässiges Beweismittel darstellt (anders als in Kinderbelangen gilt hier ein numerus clausus zulässiger Beweismittel; vgl. BGE 141 III 433, E. 2.5.1; BGer, 4A_85/2017 vom 4. September 2017, E. 2.1). Ob eine Lärmschutzwand besteht oder nicht und ob für eine Strasse "Tempo 30" gilt, sind grundsätzlich behauptungs- und gegebenenfalls beweisbedürftige Tatsachen,

- 42 - dies im Unterschied zu den im GIS-Browser abrufbaren Informationen, die allgemein bekannt und damit weder zu behaupten noch zu beweisen sind.

E. 8.3.2.9

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zwar nicht hätte berücksichtigen dürfen, dass zwischen der AL. _____-strasse bzw. der Bahnlinie und der V. _____-Strasse eine Lärmschutzwand besteht und dass für bestimmte Strassen "Tempo 30" gilt, dass sie aber sehr wohl befugt war, auf die im GIS- Browser abrufbaren Informationen zurückzugreifen.

E. 8.3.3.1

Der Umstand, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf das Vorhandensein einer Lärmschutzwand beim Objekt Nr. 4 bzw. darauf abgestellt hat, dass sich einige Vergleichsobjekte in Tempo-30-Zonen befinden, und dass sie dadurch Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO verletzt hat, hilft der Klägerin indessen nicht weiter. Die Nichtbeachtung dieser Tatsachen führt nämlich nicht dazu – wovon die Klägerin aber im Kern auszugehen scheint –, dass für die Beurteilung der Lärmbelastung des strittigen Mietobjekts und der einzelnen Vergleichswohnungen ein Lärmgutachten einzuholen wäre bzw. dass die Vergleichswohnungen mit Bezug auf die Lage (Lärm) ohne Weiteres als vergleichbar anzusehen wären. Aus den folgenden Gründen wäre die Berufung der Klägerin nämlich selbst dann nicht erfolgreich, wenn auch das Abstellen auf die im GIS-Browser gespeicherten Informationen unzulässig gewesen wäre, wie dies die Klägerin geltend macht.

E. 8.3.3.2

Wie bereits ausgeführt (E. 5), oblag es im Ergebnis der Klägerin, den Beweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse zu erbringen, zu diesem Zweck wenigstens fünf Vergleichsobjekte zu benennen und hierfür sämtliche Tatsachen vorzubringen, die für die Beurteilung der Vergleichbarkeit relevant sind. Insofern lag es grundsätzlich an ihr, alle für die Beurteilung der Lage – also insbesondere auch der jeweiligen Lärmbelastung – erheblichen Tatsachen zu behaupten und im Bestreitungsfall zu beweisen. Mit Bezug auf die Lärmbelastung beliess es die anwaltlich vertretene Klägerin aber im Wesentlichen bei der Behauptung, es sei die Lage des strittigen Mietobjekts sowie jene sämtlicher Vergleichsobjekte als "mässig lärmig" zu bezeichnen (act. 11 Rz. 5, Rz. 17 i.V.m. act. 13/7 S. 3 ff., 8 ff.,

- 43 - act. 19 Rz. 13, 52 i.V.m. act. 21/13). Was mit dieser von der Klägerin geschaffenen Kategorie einer "mässig lärmigen Lage" aber im Einzelnen gemeint sein soll, ist nicht klar, und es liesse sich darüber, ob eine Lage als "mässig lärmig" zu gelten hat, vernünftigerweise auch keinen Beweis abnehmen. Spätestens als die Beklagte die Vergleichbarkeit der jeweiligen Lärmbelastungen im Einzelnen bestritten hatte (Prot. Vi., S. 14 ff., 33 ff., 38 f.), wäre es an der Klägerin gewesen, hierzu substantiierte Angaben zu machen. Dies hätte sie etwa in der Form tun können, wie es die Vorinstanz – ob zu Recht oder zu Unrecht – getan hat, nämlich durch Angabe der Emissionswerte der nächstgelegenen Strassen, der Distanzen sowie der allenfalls vorhandenen lärmdämmenden Hindernisse, so, wie sie sich aus dem GIS-Browser ergeben, und zwar für jede der Vergleichswohnungen sowie für das strittige Mietobjekt separat und konkret. Es wäre ihr auch freigestanden, öffentlich zugängliche Begebenheiten zu besichtigen, entsprechende Fotografien, Pläne o.Ä. einzureichen und – um konkrete Behauptungen treffender aufstellen zu können – allenfalls selbst Messungen durchzuführen. Selbst auf die Aufforderung der Vorinstanz hin, zur Lärmsituation (insbesondere zum GIS-Browser) eingehender Stellung zu nehmen, hat sich die Klägerin darauf beschränkt darzulegen, weshalb die von der

Vorinstanz vorgeschlagene Methode zur Beurteilung der Lärmimmissionen unbrauchbar sei, dies jedoch ohne selbst weitere Behauptungen zu den jeweiligen Lärmbelastungen aufzustellen oder darzutun, wie denn eine Beurteilung ihrer Ansicht nach erfolgen soll (act. 50). Namentlich genügt es nicht, in allgemeiner abstrakter Art darzulegen, welche Einflüsse theoretisch (auch noch) relevant sein könnten, um die am Empfangspunkt auftretenden Lärmimmissionen zu beeinflussen (vgl. act. 50 Rz. 1 ff und act. 81 Rz. 39 ff.). Es wäre vielmehr an der Klägerin gelegen, dies konkret darzutun.

E. 8.3.3.3

Entgegen ihrer Darstellung in der Berufung (act. 81 Rz. 44 ff.) hat die Klägerin vor Vorinstanz zudem einzig für die Lärmbelastung des strittigen Mietobjekts ein Gutachten (bzw. einen hierfür von vornherein untauglichen Augenschein) offeriert (act. 11 Rz. 5; act. 19 Rz. 13), nicht aber – jedenfalls nicht mit hinreichender Deutlichkeit – ein Gutachten zur Lärmbelastung der Vergleichsobjekte. Ein pauschales Beweisangebot (Augenschein und Gutachten) zu "sämtlichen Vergleichskriterien" hinsichtlich aller Vergleichsobjekte (act. 11 Rz. 15 f., 37; act.

- 44 - 19 Rz. 24, 52) ist zu unspezifisch, als dass dies als Offerte eines zu erstellenden Lärmgutachtens hinsichtlich aller Wohnungen betrachtet werden könnte (vgl. zudem act. 50 Rz. 1, wo ein Gutachten/Augenschein zum Beweis der rein theoretischen Ausführungen der Klägerin zur Beurteilung der Lärmexposition einer Wohnung im Allgemeinen angeboten wurde).

E. 8.3.3.4

Selbst wenn aber die Klägerin ein Gutachten zur Frage der Lärmbelastung sämtlicher Wohnungen form- und fristgerecht offeriert hätte, so wäre ein solches Beweismittel mangels dazugehöriger substantiiertes Tatsachenbehauptung trotzdem nicht abzunehmen gewesen. Die Behauptung, es seien die jeweiligen Lagen allesamt als "mässig lärmig" zu bezeichnen (bzw., implizit, es seien diese hinsichtlich der Lärmimmissionen "vergleichbar"), ist zu unspezifisch und zu vage, als dass dies zum Gegenstand eines Beweisverfahrens gemacht werden könnte. Vielmehr hätte die Klägerin konkrete Immissionswerte (allenfalls auch einen Bereich von Dezibelwerten) behaupten müssen, was dann zum Beweis hätte gestellt werden können. Nach der Konzeption der schweizerischen Zivilprozessordnung geht es nicht an, die jeweiligen Behauptungen – etwa, weil einer Partei der diesbezügliche Sachverhalt selbst unbekannt ist – erst im Anschluss an das Beweisverfahren aufzustellen bzw. die Beweisabnahme (hier: die Erstellung eines Lärmgutachtens) dafür zu verwenden, um die notwendigen Behauptungen erst aufstellen zu können.

E. 8.3.3.5

Hinzu kommt, dass Langzeitmessungen der Lärmimmissionen innerhalb der jeweiligen Wohnungen, wie dies die Klägerin nunmehr in ihrer Berufung – verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. oben, E. 2.4) – beantragt (act. 81 Rz. 44 ff.), in dieser Form ohnehin nicht möglich wären. Hierfür wären in den Wohnungen der Beklagten und unbeteiligter Drittpersonen Gerätschaften über eine Dauer mehrerer Tage, unter Umständen sogar Wochen, zu installieren, die mit Mikrofonen und ähnlichen Einrichtungen auszustatten wären und die die in den Wohnungen wahrnehmbaren Geräusche aufzeichnen würden. Dies wäre – jedenfalls soweit technisch nicht sichergestellt werden könnte, dass hierbei keine konkreten Aufnahmen von Gesprächen und anderer in den Wohnungen wahrnehmbarer

Geräusche stattfinden, sondern dass einzig die Lautstärke des von aussen eindringenden Lärms aufgezeichnet würde – den Betroffenen nicht zuzumuten und würde einem unverhältnismässigen Eingriff in ihre Freiheitsrechte (insbesondere Art. 13 BV) gleichkommen. So weit ginge die Mitwirkungspflicht im Rahmen von Art. 160 Abs. 1 ZPO nicht (vgl. dazu KUKO ZPO-SCHMID, Art. 160 N 7).

E. 8.3.3.6

Nach dem Gesagten erweist sich der Tatsachenvortrag der Klägerin hinsichtlich der Lärmexposition der einzelnen Wohnungen (strittiges Mietobjekt und Vergleichswohnungen) als nicht hinreichend substantiiert. Selbst wenn also die Vorinstanz den Sachverhalt diesbezüglich nicht von sich aus hätte untersucht bzw. nicht auf allgemein bekannte Tatsachen hätte abstellen dürfen, stünde der Sachverhalt bezüglich der jeweiligen Lärmimmissionen mangels substantiierter Behauptung nicht fest. Dies führt dazu, dass die Vergleichbarkeit der Vergleichswohnungen mit dem strittigen Mietobjekt hinsichtlich des Lagekriteriums ohne Weiteres verneint werden muss, dies mit Ausnahme jener Objekte (Nr. 12, 16 und 21), in Bezug auf welche die Vergleichbarkeit der Lärmbelastung unstritten ist (vgl. Prot. VI. S. 18, 39; act. 56 Rz. 12). Bereits aus diesem Grund scheidet der von der Klägerin zu erbringende (Gegen-)Beweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse, denn drei Vergleichsobjekte – wovon zudem eines (Nr. 12) wegen seiner Lage in einem anderen Quartier ausscheidet (dazu oben, E. 7) – reichen hierfür nicht aus (vgl. oben, E. 4.6-4.9).

E. 8.4

Beurteilung der Lärmexposition auf Grundlage des GIS-Browsers

E. 8.4.1

Nach dem Gesagten erweist sich, dass die Vorinstanz zu Recht auf die GIS-Daten abgestellt hat. Für diesen Fall bringt die Klägerin in ihrer Berufung im Wesentlichen zwei Beanstandungen vor, nämlich erstens, es habe die Vorinstanz Distanzangaben gemäss dem GIS-Browser in unzutreffender Weise ermittelt (act. 81 Rz. 37), und zweitens, es sei die von der Vorinstanz gewählte Methode zur Ermittlung der Lärmbelastung in grundsätzlicher Weise untauglich (act. 81 Rz. 38 ff.).

E. 8.4.2

Diese Beanstandungen, selbst wenn sie zutreffen würden, helfen der Klägerin von vornherein nicht. Wie bereits ausgeführt, war es an ihr, positiv und konkret für jedes einzelne Objekt darzutun, dass und inwiefern die Vergleichswo-

- 46 - nungen mit dem Mietobjekt auch hinsichtlich der jeweiligen Lärmsituation vergleichbar sind. Dieser Obliegenheit kommt die Klägerin aber nicht nach, wenn sie bloss das Vorgehen der Vorinstanz kritisiert, ohne selbst irgendwelche Ausführungen zur konkreten Vergleichbarkeit der Lärmsituationen zu machen. Bereits daran scheidet die Berufung.

E. 8.4.3

Das Vorbringen der Klägerin ist aber auch für sich genommen unzutreffend bzw. die von der Vorinstanz gewählte Methode im Kern nicht zu beanstanden. Zum einen zielt der klägerische Einwand ins Leere, es habe die Vorinstanz zu Unrecht auf das "Massstabswerkzeug" der Karte "Strassenlärm" abgestellt, und es habe dies zu ungenauen und unrichtigen Ergebnissen geführt (act. 81 Rz. 37): Entgegen der Klägerin (a.a.O.) ist das

Masstabswerkzeug nicht der in der unteren linken Kartenecke sichtbare Masstab, der dann irgendwie über die Karte gelegt wird, um eine Distanz zu schätzen (was in der Tat ungenau wäre), sondern es befindet sich dieses Werkzeug oberhalb der Karte. Der dritte bzw. fünfte Button von links heisst "Messwerkzeug zum Messen von Längen". Das benutzerfreundliche pull-down-Menü gibt sogleich die Anleitung: "Abschliessen eines Linienzugs mit Doppelklick". Das elektronische Messwerkzeug erlaubt Messungen, die um einiges genauer sind als auf herkömmlichem Kartenmaterial. Für die hier in Frage stehenden Zwecke ist dies ausreichend.

E. 8.4.4

Zum anderen trifft es nicht zu, dass die von der Vorinstanz gewählte Methode ein von vornherein untaugliches Instrument sein soll, um die Lärmexposition der involvierten Wohnungen miteinander zu vergleichen:

E. 8.4.4.1

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Vergleichbarkeit zweier Mietobjekte unbesehen anderer Lageaspekte bereits deshalb entfallen kann, weil sich diese an Lagen mit erheblich unterschiedlicher Lärmexposition befinden. Liegt die Lärmbelastung des strittigen Mietobjekts, wie hier, prima facie in der Nähe oder sogar über der Grenze des Zumutbaren (Immissionsgrenzwerte gemäss LSV), so muss bereits eine Abweichung der Lärmbelastung von 5 dB und mehr (am Tag und/oder in der Nacht) als in diesem Sinne erheblich bezeichnet werden, so dass ein Vergleich ausser Betracht fällt. Davon ist die Vorinstanz im Grundsatz zutreffend ausgegangen. Sie führt nachvollziehbar aus (act. 80 S. 22, 24), und dies

- 47 - wurde von keiner Partei in Abrede gestellt, dass die Dezibelskala logarithmisch aufgebaut ist und eine Erhöhung des Schalldruckpegels um 10 dB einer Verdoppelung (also einer Zunahme um 100 %) der empfundenen Lautstärke entspricht. Im Sinne einer Grundregel – es ist hier ein gewisser Schematismus unvermeidbar (vgl. dazu oben, E. 4.8) – ist für das Vergleichskriterium der Lage (Lärmbelastung) somit von einem Toleranzbereich von +/- 5 dB auszugehen.

E. 8.4.4.2

Die Richtigkeit bzw. Aktualität der im GIS-Browser gespeicherten Dezibelwerte hat als solche weder die Klägerin noch die Beklagte in Frage gestellt. Zu beachten ist aber – darauf weist die Klägerin zu Recht hin –, dass es sich dabei um Emissionswerte handelt, d.h. um Werte, die an der Schallquelle (lärmemittlernde Strasse) gemessen wurden, während hier die Lärmimmissionen an den jeweiligen Empfangspunkten (fragliche Wohnungen) massgeblich sind. Es sind deshalb insbesondere auch die Distanzen zwischen den Lärmquellen (Strassen) und den Wohnungen sowie gegebenenfalls dazwischen liegende (lärmdämmende) Hindernisse zu berücksichtigen.

E. 8.4.4.3

Gestützt auf die dem GIS-Browser zu entnehmenden Daten (Emissionswerte) lassen sich deshalb keine exakten Ergebnisse erzielen bzw. keine genauen Immissionswerte ermitteln. In diesem Zusammenhang verfällt die Vorinstanz insofern in der Tat einer Scheingenauigkeit, als sie von den jeweiligen Emissionswerten konkrete ("dezibelscharfe") Distanzabschläge bis auf die Nachkommastelle genau veranschlagt und zudem danach unterscheidet, ob es sich um linien- oder punktförmige Lärmquellen handelt.

E. 8.4.4.4

Obschon genaue ("dezibelscharfe") Immissionswerte nicht ermittelt werden können, was letztlich auch die Vorinstanz zu Recht betont (act. 80, E. 3.8.5), lassen sich gestützt auf den GIS-Browser sehr wohl gewisse lärmbezogene Feststellungen treffen und insbesondere Objekte ausschliessen, denen die Vergleichbarkeit mit Blick auf die Lärmexposition offensichtlich abgeht. Freilich ist den mit dieser Methode verbundenen Ungenauigkeiten Rechnung zu tragen, weshalb auf diesem Wege nur Vergleichsobjekte ausgeschlossen werden können, die ohne jeden Zweifel an einer erheblich lauterer oder erheblich leiserer Lage gelegen sind. Dies mag etwa dann der Fall sein, wenn eine Vergleichswohnung gleich weit

- 48 - oder sogar weiter von einer Strasse entfernt ist, als es das strittige Mietobjekt ist, und wenn diese Strasse Emissionswerte aufweist, die bereits für sich genommen erheblich tiefer sind als die Werte der das strittige Mietobjekt belastenden Strasse (angesichts der Ungenauigkeit der Methode ist hier als Richtwert nicht bloss ein Unterschied von 5 dB zu verlangen, sondern ein solcher von rund 10 dB).

E. 8.4.4.5

Vorliegend ist die Wohnung der Beklagten rund 25 m von der N._____ - strasse entfernt (die exakte Messdistanz ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht entscheidend, weil hier nur offensichtlich unterschiedliche Objekte ausgeschieden werden), und es weist diese gemäss GIS-Browser durchschnittliche Emissionswerte von tagsüber 79.4 dB und nachts 75.2 dB auf; zwar trifft der Lärm nicht frontal, sondern nur seitlich auf die Wohnung auf, lärmdämmende Hindernisse sind aber keine ersichtlich. Wenn sich nun beispielsweise eine Vergleichswohnung 25 m oder mehr von einer Strasse entfernt befindet, die als solche bloss Emissionswerte von weniger als 70 dB tagsüber bzw. weniger als 65 dB in der Nacht aufweist (also rund 10 dB weniger als die N._____ -strasse im relevanten Abschnitt), so lässt die allgemeine Lebenserfahrung ohne Weiteres den Schluss zu, dass diese Wohnung aufgrund erheblich geringerer Lärmbelastung offensichtlich nicht vergleichbar ist. Eine Messung der exakten Immissionswerte (Gutachten) ist dann entbehrlich. Dasselbe gilt für den Fall, dass sich eine Wohnung unmittelbar an einer Strasse befindet, während eine andere zurückversetzt in der "zweiten Reihe" liegt, der von der Strasse ausgehende Lärm also von einem Häuserblock abgeschirmt wird. Diese Lärmdämmung ist – ohne jede Scheingenauigkeit – alleine gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung derart erheblich, dass eine Vergleichbarkeit der Wohnungen wenigstens dann entfällt, wenn die Emissionswerte der das "lärmgeschützte" Objekt betreffende Strasse ähnlich hoch oder sogar tiefer sind als jene der das "ungeschützte" Objekt belastende Strasse.

E. 8.4.4.6

Mit anderen Worten lassen sich gestützt auf den GIS-Browser immerhin Aussagen zur Lärmexposition treffen, die aufgrund ihrer Offensichtlichkeit und gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung kein Fachwissen und auch keinen naturwissenschaftlichen Beweis erfordern. Insofern trifft die grundsätzliche Beanstandung der Klägerin nicht zu, es sei die von der Vorinstanz gewählte Methode

- 49 - ohne Weiteres ungeeignet, um für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Lärmbelastung herangezogen zu werden (ganz abgesehen davon, dass die Klägerin damit die Vergleichbarkeit der Wohnungen ohnehin nicht positiv dargetan hat).

E. 8.4.5

Die von der Vorinstanz in Anwendung dieser Methode erzielten Ergebnisse, d.h. das Ausscheiden konkreter Vergleichsobjekte wegen offensichtlicher Nichtvergleichbarkeit der Lärmbelastung, hat die Klägerin in ihrer Berufung nicht im Einzelnen beanstandet. Demzufolge hat es diesbezüglich bei den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz zu bleiben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; dazu oben, E. 2.2). Selbst wenn aber die Klägerin diese Erwägungen der Vorinstanz in rechtsgenügender Weise beanstandet hätte, wäre nicht anders zu entscheiden:

E. 8.4.5.1

Das Vergleichsobjekt Nr. 2 (T.____-strasse ...) lässt sich gestützt auf den GIS-Browser sogleich als hinsichtlich der Lärmbelastung offensichtlich nicht vergleichbar ausschliessen (vgl. dazu act. 80 S. 26 f.). Es ist diese Liegenschaft ungefähr gleich weit oder sogar weiter von der nächstgelegenen grösseren Strasse (AC.____-strasse) entfernt, als es das strittige Mietobjekt von der N.____-strasse ist, und es ist diese Lärmquelle mit Emissionswerten von tagsüber 69.6 dB und nachts 57.3 dB verglichen mit der N.____-strasse (79.4/75.2 dB) ganz erheblich leiser, vor allem in der Nacht. Auch die noch weiter entfernte AM.____-strasse (59.6/51.7 dB) ist erheblich leiser. Dieselben Feststellungen gelten für das Vergleichsobjekt Nr. 18 (AA.____-strasse ...), das an das Objekt Nr. 2 in Richtung der (leiseren) AM.____-strasse angrenzt. Beide Vergleichswohnungen scheiden aufgrund offensichtlich leiserer Lage aus.

E. 8.4.5.2

Ähnliches gilt für die – ohnehin in einem anderen Quartier gelegenen – Vergleichsobjekte Nr. 7 (F.____-strasse ...) und Nr. 11 (J.____-strasse ...), die beide gleich weit bzw. weiter von den nächstgelegenen grösseren Strassen entfernt sind, als es das strittige Mietobjekt ist, wobei diese Strassen verglichen mit der N.____-strasse ebenfalls erheblich leiser sind (F.____-strasse: 65.8/53.6 dB; AN.____-strasse: 59.2/51.0 dB; AO.____-strasse: 61.2/51.3 dB); hinzu kommt, dass diese Objekte in einer Art Innenhof gelegen sind und von Häuserreihen abgeschirmt werden (vgl. act. 80 S. 28 f.). Ihre Lage ist offenkundig nicht mit jener des strittigen Mietobjekts vergleichbar. Das gilt auch für das – ebenfalls in - 50 - einem anderen Quartier gelegene – Objekt Nr. 13 (L.____-strasse ...), das von der viel ruhigeren F.____-strasse (65.8/53.6) weiter entfernt ist als die Wohnung der Beklagten von der N.____-strasse. Auch das Objekt Nr. 23 (AD.____-strasse ...) ist verglichen mit dem strittigen Mietobjekt viel weiter von der nächstgelegenen grösseren Strasse entfernt, die ihrerseits erheblich ruhiger ist als die N.____-strasse (P.____-strasse; 67.6/55.5 dB; vgl. act. 80 S. 29).

E. 8.4.5.3

Das Vergleichsobjekt Nr. 17 (W.____-strasse ...) ist zwar ähnlich weit (bzw. etwas weiter) von der N.____-strasse entfernt (diese weist im dort relevanten Abschnitt Emissionswerte von 78.2/74.2 dB auf), wie es auch die Wohnung der Beklagten ist, es ist diese Liegenschaft aber in der "zweiten Reihe" gelegen und wird von einem Häuserblock abgeschirmt. Dies führt nach allgemeiner Lebenserfahrung zu erheblich geringeren und nicht vergleichbaren Immissionen, als es bei der Wohnung der Beklagten der Fall ist, die nicht abgeschirmt wird. Von der AI.____-strasse, die sich vom Objekt Nr. 17 in ähnlicher Distanz wie die N.____-strasse zum strittigen Mietobjekt befindet, gehen erheblich geringere Emissionen aus (67.4/59.7 dB; vgl. act. 80 S. 27).

E. 8.4.5.4

Die Vergleichsobjekte Nr. 8 (G._____-strasse ...) und Nr. 9 (F._____- strasse ...), die sich ohnehin in einem anderen Quartier befinden, sind zwar beide etwas näher (rund 10 Meter) an einer lärmemittierenden Strasse gelegen als das strittige Mietobjekt, es ist diese Strasse jedoch – insbesondere in der Nacht – wesentlich ruhiger (65.8/53.6 dB) als die N._____-strasse (79.4/75.2 dB); dieser Lärmunterschied kann nach allgemeiner Lebenserfahrung auch durch die etwas geringere Distanz zur Lärmquelle offensichtlich nicht kompensiert werden. Das- selbe gilt ebenso für das Vergleichsobjekt Nr. 22 (AC._____-strasse ...), das ähn- lich weit (ebenfalls rund 10 Meter) von einer – ebenfalls vor allem in der Nacht – wesentlich ruhigeren Strasse (AC._____-strasse: 69.6/57.3 dB) entfernt liegt.

E. 8.4.5.5

Damit ergibt sich folgendes Bild: Die Vergleichsobjekte Nr. 2, 7-9, 11, 13, 17-18 und 22-23 scheiden aufgrund ihrer unterschiedlichen Lage (Lärmbelas- tung) und die Objekte Nr. 5-15 und 19-20 aufgrund ihrer Lage in einem anderen Quartier (oben, E. 7) aus. Das Vergleichsobjekt Nr. 3 entfällt wegen unterschiedli- cher Grösse und Bauperiode, das Objekt Nr. 5 infolge Anpassung der Kosten-

- 51 - stände (oben, E. 6). Damit verbleiben bloss die Objekte Nr. 1, 4, 16 und 21, die für einen Vergleich grundsätzlich in Frage kommen mögen. Eine genauere Beur- teilung der jeweiligen Lärmexposition könnte indessen, selbst wenn dies bean- tragt und die entsprechenden Tatsachen substantiiert behauptet worden wären, unterbleiben, da vier Vergleichsobjekte für den Beweis der orts- und quartierübli- chen Mietzinse nicht ausreichen.

E. 8.4.5.6

Aus diesem Grund kann zudem auch eine Beurteilung der Vergleichskri- terien des Zustands und der Ausstattung der jeweiligen Wohnungen unterbleiben. Der von der Klägerin zu erbringende (Gegen-)Beweis der orts- und quartierübli- chen Mietzinse (vgl. dazu oben, E. 5) ist damit so oder anders gescheitert. Es bleibt folglich bei der vermuteten Rechtsfolge (Missbräuchlichkeit des vereinbar- ten Anfangsmietzinses), da die Beklagte die hierfür vorausgesetzte Vermutungs- basis (Anschein der Missbräuchlichkeit) nachgewiesen hat. 9. Richterliche Festsetzung des Anfangsmietzinses 9.1. Im Ergebnis ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass der ver- einbarte Anfangsmietzins missbräuchlich i.S.v. Art. 269 f. OR ist. Bei dieser Fest- stellung kann es aber nicht sein Bewenden haben, denn es ist – in einem zweiten Schritt – anstelle des missbräuchlichen ein neuer (nicht missbräuchlicher) An- fangsmietzins richterlich festzusetzen, wie dies auch die Vorinstanz getan hat. 9.2. Hierfür stellte die Vorinstanz (act. 80 E. 3.14) zusammengefasst auf die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 (act. 21/16) ab, namentlich auf den Mittelwert der für 2-Zimmerwohnungen im Quartierteil AG.____ erhobenen Quadratmeterpreise im privaten Markt (Fr. 18.05 / m² [rec- te: Fr. 18.00 / m²]; act. 21/16 S. 38), und passte diesen Wert (Stand: Ende De- zember 2006) nach Massgabe des Mietpreisindex der Stadt Zürich (https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Statistik/Themen/Wirtschaft/Preise/MPI/T_ZIK_MPI_Basis_2005.xlsx) annäherungsweise an die seitherigen Entwicklungen (ins- besondere die Teuerung) per Mietbeginn (Mitte April 2017) an (Erhöhung um 11.4 % auf Fr. 20.11 / m² [recte: 20.05 m²]). Bei einer Wohnungsgrösse von 48 m²

- 52 - ergab dies einen Nettomietzins von rund Fr. 965.– (recte: rund Fr. 962.–). Weil in der Mietpreisstrukturerhebung die "Betriebskosten" im Nettomietzins eingeschlossen seien, während diese im strittigen Mietverhältnis separat als Nebenkosten ausgedeutet werden, zog die Vorinstanz von diesem Betrag Fr. 110.– (entsprechend der hierfür vereinbarten Akontozahlung) ab; dies ergab einen Nettomietzins von Fr. 855.– (recte: Fr. 852.–).

9.3 Ein Abstellen auf den statistischen Mittelwert rechtfertigt sich, so die Vorinstanz, insbesondere deshalb, weil sich das Mietobjekt an lärmexponierter Lage befindet, weil diesem abgesehen von einem Mitbenutzungsrecht an der hofseitigen Dachterrasse keine besonderen Ausstattungsmerkmale zukommen und weil es sich in einem höchstens durchschnittlichen Zustand befindet (act. 80 S. 45). Die herangezogene Statistik (Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich) erfülle zwar die Anforderungen von Art. 11 Abs. 4 VMWG nicht, sie genüge aber statistisch anerkannten Grundsätzen, insbesondere hinsichtlich der Grösse der Vergleichsbasis und der Art der Auswertung (act. 80 S. 14 f., 43 ff.). Eine verlässlichere Methode bestehe nicht. Statistische Erhebungen der Stadt Zürich aus den Jahren 2013-2017 seien gemäss einer Auskunft der Statistik Stadt Zürich (act. 75) nicht bzw. weniger verlässlich und weniger detailliert als jene aus dem Jahre 2006. Ein Abstellen auf den Vormietzins sei angesichts der Tatsache, dass das Vormietverhältnis rund 20 Jahre gedauert und die Klägerin das vorgeschriebene Formular zur Anzeige der Mietzinserhöhung verwendet habe, nicht sachgerecht (act. 80 S. 43 ff.).

9.4. Dem hält die Klägerin in ihrer Berufung zunächst entgegen, es vermische die Vorinstanz in unzulässiger Weise das (absolute) Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit (Vergleichsmiete) mit (absoluten) Kostenfaktoren (Kostenmiete), wenn sie die aus dem Jahre 2006 stammende Mietpreisstrukturerhebung an seither eingetretene Kostenentwicklungen anpasse (act. 81 Rz. 61 f.). Die Anpassung auf Grundlage des Mietpreisindex sei ungeeignet, um die Vergleichsmiete stichtagsbezogen zu bestimmen (act. 81 Rz. 63 f.), bzw. bilde diese Messgrösse einzig Kostenentwicklungen ab, nicht aber Marktentwicklungen (differenziert nach unterschiedlichen Marktsegmenten; act. 81 Rz. 65). Hinzu komme, dass die (ver-

- 53 - altete) Mietpreisstrukturerhebung nicht hinreichend nach den gemäss Art. 11 VMWG relevanten Vergleichskriterien differenziere und zudem auf einer ungenügenden statistischen Grundlage erstellt sei; insbesondere würden aus dem privaten Sektor bloss 7'474 Wohnungen berücksichtigt, was nur 4.9 % des gesamten Wohnungsmarktes entspreche, und es seien in gewissen (Unter-)Quartieren auch gemeinnützige Wohnungen berücksichtigt worden, wobei aber unklar sei, bei welchen Quartieren bzw. Unterkategorien dies der Fall sei (act. 81 Rz. 66 ff.). Vielmehr sei, wenn überhaupt auf die Mietpreisstrukturerhebung zurückgegriffen werde, auf den dort ebenfalls ausgewiesenen Durchschnittswert von Fr. 1'080.– abzustellen, der im Jahre 2006 über die ganze Stadt gesehen für 2-Zimmerwohnungen monatlich durchschnittlich bezahlt worden sei (wobei darin aber auch gemeinnützige Wohnungen enthalten seien). Die Mittel- und Medianwerte würden bei 2-Zimmerwohnungen nämlich nahe beieinanderliegen, was auf geringe Preisunterschiede hindeute. Deshalb, und weil die in den Kreisen ... und ... bezahlten Mietpreise ungefähr dem stadtweiten Durchschnitt entsprechen würden, sei dieser Wert aussagekräftig (act. 81 Rz. 70). Richtigerweise sei aber, so die Klägerin, der übliche Mietzins mittels eines gerichtlichen Gutachtens (Art. 183 ff. ZPO) festzustellen (act. 81 Rz. 72 ff.; vgl. bereits act. 11 Rz. 47).

9.5. Erweist sich der vereinbarte Anfangsmietzins als missbräuchlich i.S.v. 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 hierbei grundsätzlich am Kriterium des üblichen Mietzinses i.S.v. Art. 269a lit. a OR zu orientieren (vgl. BGE 139 III 13, E. 3.5; BGer, 4A_250/2012 vom 28. August 2012, E. 2.4). Wenn allerdings, wie hier, der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit gerade gescheitert ist, und die Annahme der Missbräuchlichkeit letztlich auf einer Vermutungsregel beruht, so 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.

- 54 - 9.6. 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 (vgl. BGE 139 III 13, E. 3.5; BGer, 4A_250/2012 vom 28. August 2012, E. 2.4; 4A_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.1.3 und E. 3.2-3.3). Während auf der Stufe des (Gegen-)Beweises der 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 (s. dazu oben, E. 4.6–4.9), ist bei der richterlichen Neufestsetzung des als missbräuchlich erkannten Anfangsmietzinses – weil eben 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 (BGer, 4A_250/2012 vom 28. August 2012, E. 2.4; 4A_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.3.2; 4A_3/2011 vom 28. Februar 2011, E. 5.2). Liegen indessen auch solche Statistiken nicht vor, bzw. genügen diese 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 (BGE 139 III 13, E. 3.5; BGer, 4A_576/2008 vom 19. Februar 2009, E. 2.5). In einem solchen Fall wäre aber jedenfalls eine pauschale Erhöhung gegenüber dem Vormietzins von wenigstens rund 10 % – bei langer Dauer des Vormietverhältnisses unter Umständen auch mehr – zu gewähren, dies nur schon deshalb, weil eine solche Mietzinserhöhung noch nicht den Anschein der Missbräuchlichkeit erwecken (vgl. dazu oben, E. 5) und ein entsprechender Anfangsmietzins, mangels positiven Nachweises der Orts- und Quartierüblichkeit, nicht als missbräuchlich gelten würde.

- 55 - 9.7. Sind offizielle Statistiken vorhanden, die für eine annäherungsweise Bestimmung der Vergleichsmiete im erwähnten Sinne in Frage kommen, so ist dies grundsätzlich – auch wenn sie den Anforderungen von Art. 11 Abs. 4 VMWG nicht genügen – der Vorzug einzuräumen, weil sie die Marktverhältnisse in der Regel besser abzubilden vermögen, als dies bei einem Abstellen auf den Vormietzins (mit Zuschlägen) der Fall wäre. Es fragt sich aber, ob hilfsweise auch eine Vergleichsbasis von weniger als fünf konkreten Vergleichsobjekten beigezogen werden kann, bzw. ob auch auf solche Objekte zurückgegriffen werden darf, die gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG als nicht

miteinander vergleichbar gelten. Obschon auf der Stufe der richterlichen Neufestsetzung des als missbräuchlich erkannten Anfangsmietzinses andere (wesentlich tiefere) Anforderungen gelten, als dies im Rahmen des Nachweises der Missbräuchlichkeit der Fall ist, ist ein solches Vorgehen abzulehnen. Der sich auf fünf konkrete Vergleichsobjekte stützende Vergleich steht ohnehin bereits auf einer sehr dünnen (statistisch nicht relevanten) Vergleichsbasis; würde diese noch weiter geschmälert, so wären die so erzielten Ergebnisse endgültig ein Produkt des Zufalls. Jedenfalls dann, wenn brauchbare statistische Daten vorhanden sind, sind diese einem konkreten Vergleich mit weniger als fünf (bzw. mit nicht vergleichbaren) Vergleichsobjekten vorzuziehen. 9.8. Zur Festlegung des üblichen Mietzinses hat die Vorinstanz auf die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich (Stand Ende Dezember 2006) abgestellt (Mittelwert der für den Quartierteil AG._____ erhobenen Quadratmeterpreise für 2-Zimmerwohnungen im privaten Markt; act. 21/16 S. 38) und den entsprechenden Wert auf Grundlage des Mietpreisindex der Stadt Zürich an die Verhältnisse per Mietbeginn (April 2017) angepasst. Was die Klägerin dagegen in ihrer Berufung vorbringt, verfängt nicht. Der Einwand, die Mietpreisstrukturerhebung unterscheide nicht hinreichend nach den in Art. 11 Abs. 1 VMWG genannten Vergleichskriterien (Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand, Bauperiode) und es genüge diese Statistik damit den Anforderungen von Art. 11 Abs. 4 VMWG nicht (act. 81 Rz. 69), geht wie dargelegt fehl. Anders als auf der Stufe des (Gegen-)Beweises der Missbräuchlichkeit gelten hier tiefere Anforderungen und es können auch Statistiken berücksichtigt werden, die für den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit

- 56 - untauglich wären. Ferner trifft es zwar zu, dass die Mietpreisstrukturerhebung aus dem Jahre 2006 stammt und dass damit die Marktverhältnisse per Mietbeginn nicht akkurat abgebildet werden, und es ist auch richtig, dass der Mietpreisindex der Stadt Zürich, den die Vorinstanz zur Korrektur verwendet hat, nicht die aktuellen Marktverhältnisse abbildet (differenziert nach den einzelnen Quartieren und Wohnungstypen), sondern bloss gewisse allgemeine Kostenentwicklungen berücksichtigt. Im Rahmen der richterlichen Neufestsetzung des Anfangsmietzinses sind aber wie gesagt einige Ungenauigkeiten in Kauf zu nehmen, da eine Anordnung so oder anders getroffen werden muss. Weil auch die Klägerin – abgesehen vom Antrag, über die Frage des üblichen Mietzinses ein Gutachten einzuholen (dazu unten, E. 9.11–9.13) – keine anderen Statistiken, Erhebungen oder sonstigen Berechnungsgrundlagen ins Feld geführt hat, erscheinen die beiden von der Vorinstanz beigezogenen Statistiken als die verlässlichsten der vorhandenen Vergleichsmittel, um den üblichen Mietzins immerhin annäherungsweise zu bestimmen. Namentlich ist eine Aktualisierung der aus dem Jahre 2006 stammenden Daten, die immerhin anhand der seitherigen Kostenentwicklungen erfolgt, einem Abstellen auf die unkorrigierten damaligen Marktverhältnisse vorzuziehen. Auf welchem Wege diese Daten sonst (präziser) hätten aktualisiert werden sollen, zeigt die Klägerin nicht auf. 9.9. Ähnliches gilt für ihren Einwand (act. 81 Rz. 66 ff.), es stütze sich die Mietpreisstrukturerhebung auf eine zu schmale Datenbasis von bloss 13 % bzw.

E. 10

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 10.1

Die Bemessung der Prozesskosten für das erstinstanzliche Verfahren wurde nicht beanstandet. Die Vorinstanz hat diese nach Massgabe des Unterliegens verteilt (Art. 106

Abs. 2 ZPO). Angesichts des Ausgangs des Berufungsverfahrens ist hiervon nicht abzuweichen, zumal die Kostenverlegung als solche – bei gegebenem Verfahrensausgang – nicht beanstandet wurde. Es bleibt damit beim erstinstanzlichen Kostendispositiv.

E. 10.2

Die zweitinstanzlichen Prozesskosten sind der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem für die Kosten massgebenden Streitwert von Fr. 49'200.– (§ 12 Abs. 2 GebV OG i.V.m. Art. 91 Abs. 1 und Art. 92 Abs. 2 ZPO) ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren gestützt auf § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1–3 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Für das zweitinstanzliche Verfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels Umtrieben, die zu entschädigen wären. Es wird erkannt:

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