

## **ZMP 2020 Nr. 5**

### **Art. 270 OR; Art. 269a lit. a OR. Anfangsmietzinsanfechtung bei Verwendung des amtlichen Formulars. Gerichtliche Mietzinsfestsetzung bei Unmöglichkeit der Ermittlung einer orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete.**

*Eine erhebliche Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem zuletzt gültigen Mietzins im vorausgegangenen Mietverhältnis liegt bei einer Steigerung um mindestens 10 % vor. In diesem Fall ist nicht nur die formale Anfechtungsvoraussetzung gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR erfüllt (MG E. IV.1.1). Vielmehr trifft den Vermieter ab dieser Grenze eine verstärkte Mitwirkungsobliegenheit bezüglich der Frage, ob sich der Mietzins tatsächlich im Rahmen der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete bewegt, denn ohne gegenteilige Indizien besteht in diesen Fällen eine tatsächliche Vermutung für missbräuchliche Parameter der Mietzinsfestsetzung (MG, E. IV.3.2; OG, E. 5.8). Das Obergericht geht gar von einer Beweislast des Vermieters aufgrund einer Rechtsvermutung aus (OG, E. 5). Hilfskriterium für eine massgebliche Abweichung von diesem Rahmen kann auch der Umstand sein, dass der Nettomietzins oberhalb des 95 % - Vertrauensintervalls einer repräsentativen amtlichen Statistik liegt (MG, E. IV.3.2.2 a.E. sowie IV.3.2.4).*

*Bei der Bestimmung der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete sind an die Qualität der von den Parteien offerierten Vergleichsobjekte hohe Anforderungen zu stellen, da ansonsten die Beschränkung auf fünf Objekte mangels statistischer Relevanz die Gefahr zufälliger Ergebnisse birgt (MG, E. IV.3.4; OG, E. 4.8). Private Gutachten entbinden die Parteien nicht von der Substantiierungslast. Es genügt insbesondere nicht zu behaupten, ein Vergleichsobjekt weise „vergleichbare“ Eigenschaften auf wie das Mietobjekt, ohne diese Eigenschaften konkret zu umschreiben. Es entspricht nicht der Funktion des Beweisverfahrens, eine unvollständige Substantiierung zu beheben (MG, E. IV.3.3.2; OG, E. 8.3.3.2-6). Das Kriterium der vergleichbaren Lage kann grundsätzlich auch aufgrund der amtlichen Daten eines Geo-Informationssystems (GIS-Browser), kombiniert mit Erfahrungssätzen der Wissenschaft beurteilt werden, insbesondere was die Strassenlärm-Exposition eines Objekts betrifft (MG, E. IV.3.8.2 + 3.8.4 ff.; OG, E. 8.3, 8.4.3 und 8.4.4). Einzubeziehen sind auch die Grenzwerte der Lärmschutzverordnung (MG,*

E. IV.3.8.3; OG, E. 8.2.2). Für den Quartierbegriff ist in Zürich auf die 22 historischen Stadtquartiere abzustellen (MG, E. IV.3.7; OG, E. 7.3 - 7.10).

*Kommt es mangels Nachweises einer bestimmten Vergleichsmiete zu einer gerichtlichen Mietpreisfestsetzung, steht dem Gericht eine breite Palette von Kriterien zur Verfügung, so u.a. der Rückgriff auf den zuletzt gültigen Mietzins des Vormietverhältnisses, aber auch auf amtliche Statistiken. Solche Statistiken können anders als bei der Bestimmung der Vergleichsmiete auch dann herangezogen werden, wenn sie die Vergleichskriterien von Art. 269a lit. a OR und Art. 11 VMWG nicht vollständig abbilden. Ältere Statistiken sind aufgrund von Indizes den aktuellen Verhältnissen anzupassen. Die statistische Methode verdient jedenfalls dann den Vorzug, wenn der Vermieter bei der Festsetzung des Mietzinses das Formular i.S.v. Art. 270 Abs. 2 OR verwendet hat (MG, E. IV.3.14; OG, E. 9).*

Aus dem **Urteil des Mietgerichts** MA170003-L vom 26. August 2019 (Urteil des Obergerichts im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber, Trepp, Heusser; Gerichtsschreiberin Ursprung):

"(...)

## **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

### **1. Sachverhalt**

1.1. Mit Mietvertrag für Wohnräume vom 30. März bzw. 4. April 2017 mietete die Beklagte von der Klägerin ab dem 16. April 2017 eine 2-Zimmer-Wohnung im 4. Stockwerk der Liegenschaft N-strasse X in Zürich in der Grösse von ca. 48 m<sup>2</sup>. Vereinbart wurde ein monatlicher Nettomietzins von Fr. 1'060.– zuzüglich Fr. 55.– pro Monat für Heiz- und Warmwasserkosten akonto sowie Fr. 110.– monatlich für Betriebskosten akonto, beruhend auf einem Referenzzinssatz von 1.75% und einer Teuerung von 100.4 Punkten (Stand 28. Februar 2017, Basis 2015; ...).

1.2. Mit Formular vom 30. März 2017 teilte die Klägerin der Beklagten den früheren Mietzins sowie den Anfangsmietzins bzw. neuen Mietzins mit. Der frühere Mietzins belief sich auf Fr. 738.– netto zuzüglich Fr. 55.– Heiz- und Warmwasserkosten akonto sowie Fr. 110.– für Betriebskosten akonto. Als Begründung für die Erhöhung wurde "Anpassung an die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse" an-

gegeben. Die Beklagte erachtet diesen Mietzins als missbräuchlich, während die Klägerin auf dessen Bestätigung schliesst.

## 2. *Prozessgeschichte*

2.1. Mit Eingabe vom 2. Mai 2017 (Datum des Poststempels) machte die Beklagte das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 28. Juni 2017 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, weshalb die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreitete. Der Urteilsvorschlag wurde von der Klägerin innert Frist abgelehnt, worauf ihr die Klagebewilligung erteilt wurde.

2.2. (...)

## **II. Prozessuales**

### 1. *Zuständigkeit*

1.1. Für Klagen aus Miete und Pacht von Wohnräumen ist das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig (Art. 33 und 35 ZPO). Das streitgegenständliche Mietobjekt befindet sich vorliegend in Zürich, weshalb das hiesige Mietgericht örtlich zuständig ist.

1.2. In sachlicher Hinsicht ist das Mietgericht als Kollegialgericht zuständig für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, wenn der Streitwert Fr. 30'000.– übersteigt (§ 21 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 26 GOG). Dies ist hier der Fall, beträgt der Streitwert berechnet auf der 20-fachen Differenz zwischen dem zuletzt geltenden Mietzins im vorausgegangenen Mietverhältnis von Fr. 738.– pro Monat, auf den die Beklagte den Mietzins reduzieren will, und dem zwischen den Parteien vereinbarten neuen Mietzins doch gemäss Beschluss vom 21. September 2017 Fr. 77'280.–.

### 2. *Verfahrensart*

Für Prozesse betreffend Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Das Gericht stellt dabei den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2

lit. a ZPO). Es beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.; BGE 139 III 13 E. 3.2 = Pra 2013 Nr. 105; BGE 125 III 231 E. 4a; BSK ZPO-MAZAN, 2. Aufl., Art. 247 N 4).

### III. Parteivorbringen

#### 1. Klägerin

1.1. Die Klägerin bringt im Wesentlichen vor, dass der Anfangsmietzins infolge zulässiger Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit nicht missbräuchlich sei. Die Vormieterin habe seit dem Jahr 1997 zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 862.– resp. zuletzt Fr. 738.–/Monat netto ab Mai 2011 in dieser Wohnung gewohnt. Mit der Übernahme der Wohnung durch die Beklagten sei der Nettomietzins deshalb um Fr. 322.–, d.h. um 43% angehoben worden, um diesen an die Orts- und Quartierüblichkeit anzupassen, Senkungsansprüche nach relativer Methode seien dabei unbeachtlich. Die Nebenkosten seien unverändert geblieben.

1.2. Bei der von der Beklagten gemieteten Wohnung handle es sich um ein Mietobjekt mit durchschnittlicher Ausstattung aus den 80er-Jahren, das über einen Balkon verfüge. Es sei im Inneren in den letzten 20 Jahren nicht umfassend saniert worden, jedoch sei die Wohnung vor Bezug neu gestrichen worden; sodann seien die Bodenbeläge im Schlaf- und Wohnzimmer (Parkett) abgeschliffen und neu versiegelt worden. Weiter habe man Kochherd, Dampfabzug, WC-Garnitur und Abfallauszug unter dem Waschbecken in der Küche ersetzt. Die Schränke in der Küche seien überdies durch den Schreiner gerichtet worden. Zwar sei die Waschküche für 13 Parteien gedacht, sie müsse jedoch nicht mit allen geteilt werden, da viele Mieter eine eigene Waschmaschine hätten. Mängel am Mietobjekt, welche sich auf die Gebrauchstauglichkeit der Wohnung hätten auswirken können, habe die Klägerin vor Mietantritt, spätestens aber nach entsprechender Reklamation der Beklagten zu deren Zufriedenheit behoben. Die Wohnung dürfe damit als normal/gut unterhalten bezeichnet werden. Die Wohnung sei weder schlecht iso-

liert noch hellhörig. Sie liege unweit der stark befahrenen VC-strasse, weshalb ihre Lage als "mässig lärmig" bezeichnet werden könne; die subjektive Lärmempfindlichkeit der Beklagten hinsichtlich des in der Nähe verkehrenden Trams habe dabei unbeachtlich zu bleiben. Schule, Einkaufsmöglichkeiten und mehrere ÖV-Haltestellen befänden sich wenige Gehminuten entfernt. Nicht gelten lassen will die Klägerin sodann das Argument der Beklagten, dass sich im Kreis 4 bzw. in der unmittelbaren Nähe des Mietobjekts ein "Sexshop und horizontales Gewerbe" befänden, die sich negativ auf die Standortgüte des Objekts niederschlagen würden.

1.3. Zum Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit des angehobenen Nettomietzinses reichte die Klägerin zunächst ein als "Gutachten zur Beurteilung des orts- und quartierüblichen Mietzinses" bezeichnetes und von der Hochschule für Wirtschaft in Zürich HWZ erstelltes Dokument ein, in welchem 17 Vergleichsobjekte dargestellt werden, welche ihrer Meinung nach hinsichtlich Lage, Grösse, Zustand, Ausstattung und Bauperiode mit der streitgegenständlichen Wohnung vergleichbar seien. Damit sei den Anforderung an die Substantiierung der Vergleichsobjekte Genüge getan. Die als Grundlage des Gutachtens dienenden Daten habe man nicht erhältlich machen können. Keine der in diesem Dokument als Referenzobjekt angegebene Liegenschaften stehe im Eigentum der Klägerin. Die im Dokument für die Referenzobjekte angegebenen Mietzinse würden tatsächlich bezahlt. Die Angaben, dass die Objekte "saniert vor 1997" seien, reiche zur Beschreibung des baulichen Allgemeinzustands, da eine Sanierungsperiode von 20 Jahren gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügend sei. Für die Lärmexposition sämtlicher Wohnungen sei die vom geographischen Informationssystem des Kantons Zürich verfügbare Karte "Strassenlärm" (alleine) nicht aussagekräftig, da der Schall auch von anderen Faktoren beeinflusst werde, die zu Reduktionen oder Erhöhungen führten. Der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses sei sodann allenfalls durch ein gerichtliches Gutachten zu erbringen. Im Verlaufe des Verfahrens offerierte die Klägerin fünf weitere Objekte, die – als einzige aus über 300 in ihre Prüfung einbezogenen Liegenschaften – die Erfordernisse der Vergleichbarkeit erfüllen würden. Dies sei auch dem Umstand zuzuschreiben, dass es in diesem Stadtteil viele gemeinnützige Wohnungen gebe, die von staatlichen Subventionen oder privaten Schenkungen profitieren und zur Beurteilung des Wohnungsmarktes nicht herangezogen werden könnten.

## 2. *Beklagte*

2.1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Mietzins sei ungerechtfertigt massiv um 43,6%, unter Berücksichtigung der Entwicklung des Referenzzinssatzes und Teuerungsausgleichs beim früheren Mietzins gar um über 57,5% erhöht worden. Das gemietete Objekt sei eine alte Wohnung mit einem sehr kleinen, nur ca. 1 m tiefen und dadurch nicht wirklich brauchbaren Balkon. Ein Geschirrspüler fehle. Die ganze Liegenschaft mit 13 Mietparteien verfüge lediglich über eine Waschküche und einen Trocknungsraum, der überdies nicht beheizt sei und über keinen Secomaten verfüge. Die Zimmeraufteilung sei gleichmässig. Die Ausstattungselemente, insbesondere Küche, Linoleumboden und Bad, seien sehr alt, vermutlich aus den 70er-Jahren. Es sei nur das Allernötigste gemacht worden, beispielsweise habe man ein Loch im Küchenschrank nicht repariert. Der beim Einzug defekte Kochherd sei nicht durch ein neues, sondern durch ein älteres Modell ersetzt worden. Die Fenster seien nicht kippbar. Die Liegenschaft verfüge über keinen Lift. Der Standard sei eher unterdurchschnittlich. Das Mietobjekt sei nicht "gut unterhalten", sondern veraltet. Unklar sei sodann, wann das Mietobjekt zuletzt saniert worden sei, "saniert vor 1997" sei diesbezüglich eine sehr ungenaue Bezeichnung.

2.2. Zudem sei die Wohnung schlecht isoliert, Schallimmissionen von ausser- und innerhalb des Gebäudes seien sehr gut hörbar. Aus einem Wandschrank dringe Rauch aus der Nachbarwohnung ein. Man habe im Sommer sehr heisse und im Winter sehr kalte Räume. Das Tram halte direkt vor der Wohnung, ca. 20-30 m entfernt, bis um 1 Uhr nachts, weshalb es zu erheblichen Lärmimmissionen komme, auch wegen der stark befahrenen VC-strasse. Schlafen bei offenem Fenster sei unmöglich. Die Lage müsse folglich als "lärmig bis sehr lärmig" bezeichnet werden.

2.3. 11 der (ursprünglich) 17 von der Klägerin vorgebrachten Vergleichsobjekte würden im Kreis 3 der Stadt Zürich liegen und seien deswegen bereits auszuschliessen. Die Lage des Referenzobjekts im Kreis 4 sei nicht mit derjenigen von Wohnungen im "In-Quartier" Kreis 3 vergleichbar, auch aufgrund von "horizontalem Gewerbe" und anderen gerichtsnotorischen Zuständen, welche rund um die Wohnung der Beklagten vorherrschen würden. Auch die übrigen Vergleichsobjek-

te seien nicht vergleichbar, namentlich wegen ihres höheren Ausbaustandards und der ruhigeren Lage, sowie in Teilen wegen ihrer Lage ausserhalb des Quartiers.

2.4. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist im Rahmen der folgenden Erwägungen zurückzukommen, soweit dies für den Entscheid von Belang ist.

#### **IV. Erwägungen**

##### *1. Anfechtungsvoraussetzungen*

###### 1.1. Grundlagen

Nach Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache als missbräuchlich im Sinne der Art. 269 und 269a OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen. Der Vermieter hat dem neuen Mieter gestützt auf Art. 270 Abs. 2 OR i.V.m. § 229b EG ZGB/ZH mittels amtlichen Formulars den früheren Mietzins mitzuteilen. Die Mietzinsfestsetzung ist nichtig, wenn der Vermieter sie nicht mit Formular mitteilt oder diese nicht begründet (Art. 269d Abs. 2 lit. a und b OR i.V.m. Art. 270 Abs. 2 OR).

Nach Art. 270 Abs. 1 OR bestehen drei formale Gründe für die Anfechtung des Anfangsmietzinses, nämlich nach der ersten Alternative in Art. 270 Abs. 1 lit. a OR eine persönliche oder familiäre Notlage, die den Mieter zum Abschluss des – angefochtenen – Vertrages gezwungen hat, nach der zweiten Alternative in Art. 270 Abs. 1 lit. a OR die Verhältnisse auf dem örtlichen Wohnungsmarkt, die den Mieter zum Abschluss dieses Vertrages gezwungen haben, und schliesslich als dritte Variante eine erhebliche Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vormieter gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR. Beim Anfechtungsgrund nach der zweiten Alternative von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR genügt der Nachweis, dass im örtlichen Markt Wohnungsnot herrscht, ohne dass darüber hinaus eine Not- oder Zwangslage des Mieters dargetan werden muss (BGE 142 III 442 E. 3.1.6). Der Mangel an Wohnungen oder Geschäftsräumen im Sinne der zweiten Alternative von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR kann mit offiziellen Statistiken belegt werden. Vorausgesetzt ist, dass diese aktuell sind und auf verlässlichen und hinreichend differenzierten Erhebungen beruhen (BGE 142 III 442 E. 3.2; BGE 136 III 82 E. 2). Soweit verlässli-

che statistische Daten über den Prozentsatz der im massgebenden Zeitpunkt verfügbaren Bestand von Wohnungen nicht vorhanden sind, kann der Mieter den ihm obliegenden Nachweis des Wohnungsmangels auf andere Weise erbringen, namentlich durch den Nachweis intensiver und fruchtloser Suchbemühungen (BGE 142 III 442 E. 3.2; BGer, 4A\_250/2012 vom 28.8.2012, E. 2.2).

Bei der dritten Anfechtungsvoraussetzung muss der Mietzins gegenüber dem Vormieter erheblich erhöht worden sein. Eine erhebliche Erhöhung liegt in der Regel dann vor, wenn der Anfangsmietzins gegenüber dem vorherigen Mietzins um mindestens 10% erhöht worden ist (BGE 136 III 82 E. 3.4; BGE 139 III 13 E. 3.1.1 = Pra 2013 Nr. 105; Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 401; SVIT-K-ROHRER, 4. Aufl., Art. 270 N 21). Dabei sind sowohl nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als auch nach herrschender Lehre die beiden Bruttomietzinse miteinander zu vergleichen. Entscheidend ist mithin einzig die betragsmässige Differenz (BGE 136 III 82 E. 3.3; SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 21 ff.; Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 401). Zu beachten ist, dass allein die erhebliche Erhöhung des Mietzinses noch keine Missbräuchlichkeit bedeutet, sondern zunächst einmal nur eine Anfechtungs- bzw. Klagevoraussetzung schafft.

## 1.2 Würdigung

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Mietzinserhöhung korrekt mitgeteilt wurde und dass sowohl die Voraussetzungen des Wohnungsmangels als auch die der erheblichen Erhöhung als Anfechtungskriterien gemäss Art. 270 Abs. 1 OR erfüllt sind. Ob zudem das Kriterium der persönlichen Notlage erfüllt ist, wie dies die Beklagte erklärt und die Klägerin bestreitet, kann somit offen bleiben. Weiter ist unbestritten, dass die 30-tägige Anfechtungsfrist eingehalten wurde.

## 2. *Kriterien zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit*

### 2.1. Grundlagen

Nach Art. 269 OR sind Mietzinse u.a. missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird. Dagegen sind Mietzinse in der Regel insbesondere dann nicht missbräuchlich, wenn sie im Rahmen der orts- oder quartier-



üblichen Mietzinse liegen (Art. 269a lit. a OR) oder durch Mehrleistungen oder Kostensteigerungen des Vermieters begründet sind (Art. 269a lit. b OR). Auch wenn sich ein Vermieter für eine Mietzinsanpassung auf das Kriterium der orts- oder quartierüblichen Mietzinse (Art. 269a lit. a OR) beruft, kann der Mieter in der Regel den Nachweis des übersetzten Ertrags (Art. 269 OR) erbringen, mithin die Vermutung nach Art. 269a lit. a OR widerlegen (BGE 140 III 433 E. 3.1; BGE 124 III 310 E. 2). Bei Altbauten, d.h. Grundstücken, die vor mehreren Jahrzehnten gebaut oder erworben worden sind, steht allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Mietzinsanpassung an die Orts- oder Quartierüblichkeit im Vordergrund. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten langjährige Eigentümer von Altbauten durch die Missbrauchsgesetzgebung gegenüber Neuerwerbem nicht benachteiligt werden. Als Altbauten gelten dabei Gebäude, die vor mehr als 30 Jahren erstellt oder durch den Vermieter erworben worden sind (BGE 144 III 514 E. 3; BGE 140 III 433 E. 3.1; BGE 124 III 310 E. 2b; BGE 122 III 257 E. 4a/bb).

## 2.2. Würdigung

Vorliegend ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Liegenschaft mit Baujahr 1933 im Jahr 1948 von der Klägerin erworben wurde. Damit ist sie ohne weiteres als Altbaute zu qualifizieren, und es existiert auch kein Kaufpreis aus neuerer Zeit, der als Grundlage für eine Ertragsberechnung dienen könnte. Folglich ist für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses vorliegend einzig die Orts- und Quartierüblichkeit relevant.

## 3. Prüfung der Orts- und Quartierüblichkeit

### 3.1. Ausgangslage

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

### 3.2. Beweislast

3.2.1. Im Zivilprozess trägt grundsätzlich jene Partei die Beweislast, welche aus den von ihr behaupteten Tatsachen Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Im mietrechtlichen Verfahren betreffend Anfechtung des Anfangsmietzinses trägt demnach die Mieterin die Beweislast. Die Vergleichsobjekte sind zu nennen und es ist detailliert zu substantiieren, inwiefern die genannten Wohnungen mit dem streitgegenständlichen Mietobjekt vergleichbar sind, wobei sämtliche Vergleichskriterien darzulegen sind (SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 51 ff.; ZK-HIGI, Art. 269a N 129 ff.; Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 405).

3.2.2. Die Gegenpartei, d.h. die Vermieterin, trifft eine Mitwirkungsobliegenheit im Sinne von Art. 160 und Art. 164 ZPO. Nach ihrer systematischen Stellung beziehen sich diese Normen in erster Linie auf die Beweisführung. Da die ZPO anders als z.B. ihre Zürcher Vorläuferin das Beweisverfahren als Teil der Hauptverhandlung betrachtet (vgl. Art. 231 ZPO), misst das Bundesgericht den genannten Normen zu recht die gleiche Bedeutung zu wie der Mitwirkungsobliegenheit, wie sie die Rechtsprechung zu aArt. 274d Abs. 3 OR verstand, und zwar heute unabhängig vom konkreten Verfahrensthema (vgl. den scheidungsrechtlichen BGE 140 III 264). Die Mitwirkungsobliegenheit wirkt sich damit nach wie vor indirekt schon auf das Behauptungsstadium aus, etwa wenn der Vermieter sich im Rahmen einer Ertragsüberprüfung nicht zu den Grundlagen der Berechnung äussert, obwohl er über die entsprechenden Daten verfügt bzw. verfügen müsste (BGE 142 III 568 E. 2 = Pra 2017 Nr. 93; vgl. dazu STASTNY, *La détermination du loyer initial en cas de nullité ou de contestation*, S. 197, Rz. 25, sowie S. 201 ff., Rz. 36 ff., in: Bohnet/Carron [Hrsg.], *20<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel/Basel 2018). Sie erweitert sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedenfalls zu einer Obliegenheit, Gegenbeweise anzubieten, nämlich dann, wenn der Anfangsmietzins gegenüber dem vorherigen Mietzins erheblich erhöht wurde, während demgegenüber sowohl der Referenzzinssatz wie auch die Teuerung rückläufig sind, da bei diesen konjunkturellen Verhältnissen keine sachlichen Gründe bestehen, den Anfangsmietzins erheblich zu erhöhen (BGE 139 III 13 E. 3.2. und 3.3. = Pra 2013 Nr. 105). Aus dem vorerwähnten Entscheid geht jedoch das Mass der Mitwirkungsobliegenheit der Vermieterin nicht klar hervor. In neuerer Zeit scheint das

Bundesgericht die Grenze gleich zu ziehen wie beim formalen Anfechtungserfordernis nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR, wo jeweils eine Erhöhung des Bruttomietzinses um 10 % als erheblich betrachtet wurde (BGer, 4A\_400/2017 vom 13.9.2018, E. 2.2.2.2; ebenso schon 4A\_295/2016 vom 29.11.2016, E. 5.3.1 = mp 1/17, S. 31 ff.). Im Ergebnis führt der Anschein eines Missbrauchs zu einer entsprechenden Tatsachenvermutung. Eine echte Beweislastumkehr liegt jedoch nicht vor (a.M. KOLLER, ZBJV 2014, S. 938 ff., S. 943 ff.), denn eine solche kann sich immer nur auf Rechtsvermutungen stützen, deren Schaffung dem Gesetzgeber vorbehalten ist (BOHNET/JEANNIN, *Le fardeau de la preuve en droit du bail*, 19<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, S. 15 und 18 f., zur Anfangsmietzinsanfechtung S. 26 ff.; im Ergebnis ebenso die Urteile BGer, 4A\_461/2015 vom 15.2.2016, E. 3.3.1 und 4A\_400/2017 vom 13.9.2018, E. 2.2.2.2, wo klar von einem Gegenbeweis die Rede ist, den der Vermieter zu führen hat und nicht vom Beweis des Gegenteils, wie dies bei einer Rechtsvermutung der Fall wäre). Tatsachenvermutungen bewirken demgegenüber nur, aber immerhin, dass der dem Beweisbelasteten obliegende Beweis als gelungen zu betrachten ist, soweit es der Gegenpartei nicht gelingt, die Vermutung mit konkreten eigenen Beweisofferten zu unterminieren.

Dem bundesgerichtlichen, auf die sog. Normentheorie gestützten Ansatz ist beizupflichten, denn wo das kantonale Recht für die Festsetzung des Anfangsmietzinses die Verwendung des amtlichen Formulars vorschreibt, folgt daraus die Begründungsobliegenheit des Vermieters und auch dessen Bindung an die gegebenen Anpassungsgründe. Würde man dem Vermieter gestatten, die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete ohne jeden Bezug zum wirtschaftlichen Umfeld zu schätzen, so würde die Formularpflicht im Ergebnis jeden Sinnes beraubt. Zudem bildet das formale Kriterium nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR den einzigen Anhaltspunkt, welchen das Gesetz liefert, um einen verdächtigen Mietzins zu identifizieren. Anders als die beiden anderen Kriterien ist es zudem unabhängig von persönlichen oder markttechnischen Gründen, die den Mieter zum Vertragsschluss bewogen haben mögen. Es eignet sich daher als einziges für alle Mietverhältnisse in der Schweiz für die Abgrenzung.

Mit der Klägerin kann man sich immerhin fragen, ob der Anschein eines Missbrauchs in allen Fällen von der Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem

vom vorausgegangenen Mieter zuletzt bezahlten Zins abhängen kann. Denkbar ist für die Beurteilung der Erheblichkeit auch ein Rückgriff auf statistische Angaben, denn der Anschein eines Missbrauchs hängt nicht in erster Linie von der prozentualen Anpassung gegenüber dem Vormietzins ab, sondern viel eher von der absoluten Höhe des Mietzinses. Auch wenn daher Statistiken grundsätzlich zur Festlegung der Vergleichsmiete nur bei genügendem Detaillierungsgrad tauglich sind, scheint es nicht ausgeschlossen, sie wenigstens für die Beurteilung des Anscheins eines Missbrauchs und damit des Grades der Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters mit in die Überlegungen einzubeziehen, besonders wenn der Vermieter einen ehemals eher tiefen Mietzins im Rahmen des Mieterwechsels angepasst hat.

3.2.3. Im vorliegenden Fall wurde der Mietzins gegenüber dem vorausgegangenen Mietverhältnis um über 30% erhöht, womit selbst die von eher skeptischen Stimmen (namentlich ROHRER, in: MRA 2/13 S. 28) akzeptierte Mindestgrenze für die verstärkte Mitwirkungsobliegenheit des Vermieters erreicht ist.

3.2.4. Berücksichtigt man überdies die gerichtsnotorischen amtlichen Statistiken (Art. 11 Abs. 4 VMWG; BGer, 4A\_250/2012 vom 28.8.2012, E. 2.3; zur Notorietät derselben vgl. STASTNY, a.a.O., S. 214, Rz. 77 f.), so ergibt sich das gleiche Bild: Für Zürich existiert eine Mietpreisstrukturerhebung aus dem Jahr 2006. Zwar ist die Statistik anerkanntermassen nicht detailliert genug, dass man damit die Vergleichsmiete direkt bestimmen könnte, zumal nicht sämtliche zum Vergleich notwendigen Kriterien dafür erhoben wurden (vgl. dazu BGE 142 III 568 E. 2.1; BGer, Urteile 4A\_291/2017 vom 11.6.2018, E. 4.3 f.; 4A\_461/2015 vom 15.2.2016, E. 4.2; 4A\_623/2013 vom 11.4.2014, E. 2.2.3; 4A\_669/2010 vom 28.4.2011, E. 5.3 und 6; 4A\_472/2007 vom 11.3.2008, E. 2.2 ff.; 4C.176/2003 vom 13.1.2004, E. 3.1 ff.; STASTNY, a.a.O., S. 195 Rz. 18, S. 214 f.). Die Strukturerhebung enthält aber immerhin auf S. 38 f. die erhobenen Quadratmeterpreise für 1- bis 5-Zimmer-Wohnungen auf dem privaten Markt des Jahres 2006 (zum Alter der Statistik siehe hinten Punkt 3.14.2). Die Zahlen sind nach Stadtquartieren geordnet, wobei die traditionellen 22 Quartiere der Stadt Zürich zum Teil in Untereinheiten aufgeteilt sind.

Das Referenzobjekt befindet sich im Quartier Aussersihl, wobei die Strukturhebung dieses in die Unterquartiere VZ-, in welchem das Mietobjekt liegt, Werd und Langstrasse unterteilt. Der im Jahr 2006 errechnete Mittelwert für 2-Zimmer-Wohnungen in diesem Unterquartier beträgt Fr. 18.05/m<sup>2</sup> ([Strukturhebung] S. 38), d.h. für die vorliegende Wohnung gesamthaft rund Fr. 864.– (48 x Fr. 18.–). Berücksichtigt man zusätzlich die Entwicklung des Mietpreisindex der Stadt Zürich (Basis 2005) zeigt sich zwischen der Mietpreisstrukturhebung aus dem Jahre 2006 mit Stichtag 31. Dezember 2006 und dem Mietbeginn am 16. April 2017 ein Anstieg des allgemeinen Mietniveaus um 11.4% ([https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Statistik/Themen/Wirtschaft/Preise/MPI/T\\_ZIK\\_MPI\\_Basis\\_2005.xlsx](https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Statistik/Themen/Wirtschaft/Preise/MPI/T_ZIK_MPI_Basis_2005.xlsx); zuletzt besucht am 12. August 2019) oder ein durchschnittlicher Quadratmeterpreis für das Unterquartier VZ- von Fr. 20.11, was zu einer Nettomiete von Fr. 965.– führen würde. Damit läge die verlangte Miete immer noch über dem statistischen Mittel für Wohnungen mit durchschnittlichen Qualitätsmerkmalen. Hinzu kommt, dass für die Mietpreisstrukturhebung 2006 zwar die Nettomietzinse erhoben wurden, dabei aber davon ausgegangen wurde, dass als Nebenkosten einzig die Kosten für Heizung, Warmwasser und hinzu gemietete Räume ausgeschieden sind ([Strukturhebung] S. 4 u.). Enthält ein zu vergleichender Mietzins wie im vorliegenden Fall Betriebskosten, so sind diese daher in den Nettomietzins einzurechnen, damit ein Vergleich mit dem Resultat der Strukturhebung möglich wird. Vorliegend sieht der Mietvertrag monatliche Akontozahlungen von Fr. 110.– für die Betriebskosten vor, so dass für den Vergleich mit der Strukturhebung von einem effektiv verlangten Nettomietzins von Fr. 1'170.– auszugehen ist, wie die Beklagte zu recht geltend macht. Man kann auch umgekehrt die Betriebskosten aus dem statistischen Nettomietzins herausrechnen. Bei dieser Methode würde der massgebliche statistische Nettomietzins Fr. 855.– betragen. So oder anders liegt der vorliegende Mietzins letztlich Fr. 200.– pro Monat über dem teuerungsbereinigten statistischen Mittel. Da die Mietwohnung sich zudem an lärmiger Lage befindet, seit mehr als 20 Jahren nicht mehr grundlegend saniert wurde und nur über eine eher einfache Ausstattung verfügt (dazu später), erscheint selbst unter dieser Vorgabe die verlangte Anfangsmiete nach absoluten Kriterien offensichtlich nicht mehr als plausibel, so dass es zu einer verstärkten Mitwirkungsobliegenheit der Klägerin kommt.

### 3.3. Angebotene Beweismittel

3.3.1. Die zur Ermittlung der Orts- und Quartierüblichkeit erforderlichen Vergleichsobjekte sind von der beweis- bzw. mitwirkungsbelasteten Partei im Rahmen ihrer Parteibehauptungen in das Verfahren einzubringen. Dazu reichte die Klägerin ein von der Hochschule für Wirtschaft in Zürich HWZ erstelltes (Partei-) Gutachten ein, in welchem 17 Vergleichsobjekte dargestellt werden, welche hinsichtlich Lage, Grösse, Zustand, Ausstattung und Bauperiode mit der streitgegenständlichen Wohnung vergleichbar seien.

3.3.2. Bloss von einer Partei eingebrachte Privatgutachten sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als Beweis gemäss Art. 183 ZPO zu werten, vielmehr gelten diese als Bestandteil der Parteivorbringen, die ohne Einschränkung mit tauglichen Beweismitteln zu untermauern sind (BGE 140 III 24 E. 3.3.3), hier also detailliert auch betr. Grösse, Zustand, Ausstattung, Bauperiode und Lage der Vergleichsobjekte. Substantiiert darzulegen und mit Beweismitteln zu stützen wäre auch die Struktur der zu bezahlenden Mietzinse, insbesondere Art und Ausmass der Ausscheidung von Nebenkosten, insbesondere anhand der entsprechenden Mietverträge. Welche Parteien an den genannten Mietverhältnissen als Mieter beteiligt sind, ist nicht bekannt. Auch die entsprechenden Mietverträge liegen nicht vor, wurden von der Klägerin aber zumindest offeriert mit dem Hinweis, gegebenenfalls müssten an die von ihr bezeichneten Eigentümer Editionsaufforderungen ergehen.

3.3.3. Die Klägerin offeriert zur Beurteilung der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete darüber hinaus ein gerichtliches Gutachten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind jedoch stets konkrete Vergleiche anzustellen, was entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht durch ein gerichtliches Gutachten über den (Ertrags-)Wert des Grundstücks oder durch eine Mietwertschätzung ersetzt werden kann (BGer, 4A\_291/2017 vom 11.6.2018, E. 4.3.3, mit Verweis auf BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff., wo das BGer deutlich genug die Bestimmung der Vergleichsmiete als – dem Gericht obliegende – Rechtsfrage bezeichnet hat; siehe überdies schon BGE 114 II 361 E. 2, 3 und 4). Vielmehr muss die beweisbelastete Partei die Vergleichsobjekte nennen, deren Eignung anschliessend durch das Gericht beurteilt wird. Für die Prüfung der Vergleichbar-

keit der angebotenen Objekte als solche bedarf das angerufene Gericht jedenfalls keiner gutachterlichen Unterstützung, zumal es wegen seiner Spezialisierung und der Besetzung mit Fachrichtern auch in tatsächlicher Hinsicht über die nötige Erfahrung namentlich mit den sich stellenden Baufragen verfügt.

### 3.4. Allgemeine Anforderungen an die Vergleichsobjekte

Damit ein Mietzins als quartier- und ortsüblich qualifiziert werden kann, bedarf es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mindestens *fünf* vergleichbarer Mietobjekte (BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.; BGE 123 III 317 E. 4a = MRA 5/97, S. 185 ff.). Die offerierten Objekte müssen im Sinne der Kriterien von Art. 11 VMWG vergleichbar sein; ein Gesamteindruck bezüglich aller Kriterien mit Vornahme von Zu- und Abschlägen anhand unterschiedlicher Vergleichskriterien genügt dabei nicht (BGE 123 III 317 E. 4a und b = MRA 5/97, S. 185 ff.; BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.; a.M. ZK-HIGI, Art. 269a N 64 f; SVIT-K-ROHRER, Art. 270 N 24 f.). Die Klägerin kritisiert dies zwar und moniert, dass der Nachweis durch die strenge Rechtsprechung wenn überhaupt nur mit grösstem, bisweilen unverhältnismässigem Aufwand erbracht werden könne. Ähnliche Kritik findet sich auch in der Lehre (SVIT-K-ROHRER, a.a.O.; BÄTTIG, in: MRA 1/02, S. 19; CR CO I-LACHAT, Art. 270 N 3; KUKO OR-BLUMER, Art. 270 N 5; BLUMER, SPR VII/3, Rz 445; BK-GIGER, Vor Art. 253–273c N 40). Nachdem aber diverse parlamentarische Vorstösse gescheitert sind, das bestehende System zu ändern, verbietet sich eine Lockerung durch die Praxis. Die von dieser geforderte Anzahl von lediglich fünf Vergleichsobjekten ist statistisch nicht relevant und würde zu zufälligen Ergebnissen führen, wenn an die Qualität der Vergleichsobjekte nicht hohe Anforderungen gestellt würden (vgl. dazu neuerdings auch WEHRMÜLLER, Die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters bei der Miete von Wohnräumen, Luzerner Diss., Zürich 2019, S. 139 f., Rz. 308, die mit Recht eine Senkung der Qualitätsanforderungen für amtliche Statistiken einer Lockerung derjenigen für die Vergleichsobjekte vorzieht). Der Klägerin ist allerdings zuzugestehen, dass sie grosse Anstrengungen unternommen hat, entsprechende Objekte zu finden, und dass ihre Bemühungen durchaus auch auf objektive Schwierigkeiten gestossen sein können, wie sie anmerkt (häufige Vermietung von Sozialwohnungen im Quartier).

### 3.5. Eigentümerschaft

3.5.1. Gemäss Art. 11 Abs. 3 VMWG fallen Mietzinse ausser Betracht, die auf einer Marktbeherrschung durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen. Verlässliche Schlussfolgerungen auf das orts- und quartierübliche Niveau können nur dann gezogen werden, wenn mehrere Wohnungen, die sich in verschiedenen Liegenschaften befinden und anderen Eigentümern gehören, als Vergleichsobjekte zur Verfügung stehen. Mehrere Wohnungen in der gleichen Liegenschaft können daher grundsätzlich nur als ein Vergleichsobjekt berücksichtigt werden (vgl. dazu BGE 123 III 317 E. 4c/aa und E. 4c/bb = MRA 5/97, S. 185 ff.; SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 21).

3.5.2. Vorliegend ist zwischen den Parteien unbestritten, dass das Mietobjekt und die von der Klägerin angeführten Referenzobjekte samt und sonders verschiedenen Eigentümern gehören.

### 3.6. Kostenstände

3.6.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Vergleichsmieten an den aktuellen Stand des Referenzzinssatzes anzupassen, selbst wenn dies in den entsprechenden Mietverhältnissen nicht geschehen ist. Die Überprüfung einer Mietzinserhöhung auf deren Missbräuchlichkeit soll nicht durch den Vergleich mit ihrerseits missbräuchlichen Mietzinsen erfolgen können (statt vieler BGE 123 III 317 E. 4d).

3.6.2. Das Objekt Nr. 5 (VA-strasse 154) basiert auf einem Referenzzinssatz von 3.5%. Bei Anpassung an den für das streitbetroffene Mietverhältnis geltenden Referenzzinssatz von 1.75% resultiert ein Mietzins von Fr. 876.85/Monat, der ungeachtet der ausgeschiedenen Nebenkosten wesentlich tiefer ist als der verlangte Mietzins für das Referenzobjekt von Fr. 1'060.-/Monat. Bei Objekt Nr. 23 (VB-strasse Nr. 39) fehlen Angaben zum Referenzzinssatz. Angesichts des sich in der Nähe des Mietzinses des Referenzobjekts befindlichen Zinses könnte hier unter Umständen die Vergleichbarkeit auch aufgrund einer Anpassung an die Kostenstände scheitern. Da dieses Objekt jedoch auch aufgrund seiner Lärmexposition ausscheidet, kann dies offen bleiben (siehe unten Punkt 3.8.14.). Die anderen Ob-



jekte bleiben im Rahmen der Vergleichbarkeit, soweit man sie einzig unter dem Blickwinkel der Anpassung der Kostenstände betrachtet.

### 3.7. Quartier

3.7.1. Bei der Ermittlung der Orts- und Quartierüblichkeit ist das Quartier zu definieren, in dem sich die Vergleichsobjekte befinden müssen. Im Anschluss daran sind die im selben Quartier befindlichen Objekte anhand der in Art. 11 VMWG aufgeführten Kriterien miteinander zu vergleichen (BGE 136 III 74 E. 2.2.1 = mp 2/10, S. 125 ff.).

Fraglich ist, welche Gebiete als eigenes Quartier zu bezeichnen sind bzw. wo zwischen zwei Quartieren eine Abgrenzung vorzunehmen ist. Dazu bestehen keine starren Regeln. Diese Frage ist vielmehr im Sinne einer jeweiligen Einzelfallbeurteilung und mittels gerichtlichen Ermessens zu klären. Für die Quartiereinteilung beizuziehen sind zunächst die administrativen oder historischen Quartiere einer Stadt (vgl. BGE 136 III 74 E. 2.2.1 = mp 2/10, S. 125 ff.; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 496 f.). Ausnahmen von dieser Regel sind insbesondere möglich, wenn das Objekt, dessen Mietzins geprüft werden muss, sich an der Quartiergrenze befindet und mit einem Nachbargrundstück verglichen wird (BGer, 4C.275/2004 vom 26.10.2004, E. 3 = mp 1/05, S. 74 ff.).

3.7.2. Die Stadt Zürich ist aufgeteilt in zwölf Kreise, die aus den 22 traditionellen Quartieren gebildet werden. Die Mietwohnung befindet sich im Quartier Aussersihl, wie schon erwähnt im Quartierteil VZ-. Dieses grenzt u.a. an die Quartiere Wiedikon und Altstetten.

Ob in einem Quartier "horizontales Gewerbe" stattfindet, kann entgegen der Auffassung der Beklagten höchstens für die Lage innerhalb des Quartiers ein Vergleichskriterium sein. Dies ist hier belanglos, denn zwar gehört das Unterquartier Langstrasse, das für die genannte Art von Dienstleistungen bekannt ist, ebenfalls zum Stadtquartier Aussersihl. Der von der Klägerin bewohnte Quartierteil VZ- ist davon jedoch nicht betroffen. Jedenfalls fehlt es in den Stellungnahmen der Beklagten an substantiierten Behauptungen dazu.

3.7.3. Die Klägerin hat diverse Vergleichsobjekte genannt, welche sich nicht im Quartier Aussersihl befinden.

3.7.4. Das Quartier Aussersihl mit seinen Teilen Werd, Langstrasse und VZ- unterscheidet sich deutlich vom Quartier Wiedikon, in welchem der Quartierteil VK- liegt. Während Aussersihl wie das im Norden angrenzende Industriequartier geprägt ist von seiner Vergangenheit als Arbeiterquartier und noch heute von Arbeitnehmern aus vielen Nationen bevölkert wird, war das seit jeher gutsituierte Wiedikon eher auf Familien ausgerichtet und versteht sich in jüngster Zeit – besonders seit der Abklassierung der Weststrasse und den damit einher gehenden baulichen Veränderungen – als "Trend-Quartier" für ein junges Publikum

([http://www.quartierverein-wiedikon.ch/\\_downloads/NZZ\\_14\\_10\\_2017\\_Wiedikon\\_-\\_Ein\\_Quartier\\_erfindet\\_sich\\_neu.pdf](http://www.quartierverein-wiedikon.ch/_downloads/NZZ_14_10_2017_Wiedikon_-_Ein_Quartier_erfindet_sich_neu.pdf)). Entsprechend sind die von der Klägerin präsentierten Vergleichsobjekte Nr. 5, 7-15, 19 und 20 in Wiedikon nicht mit der streit betroffenen Liegenschaft vergleichbar. Eine Ausnahme bildet lediglich die Wohnung Nr. 6 an der VC-strasse Y, welche im nördlichen VK- und damit direkt an der Grenze zum Quartier Aussersihl/VZ- liegt.

3.7.5. Weiter ist fraglich, wie es sich mit den zwar im Quartier Aussersihl, aber im Unterquartier "Langstrasse" liegenden Mietobjekten 3 und 4 verhält. Der Bereich "Langstrasse" ist vom Quartier VZ- klar durch die vom Bahnhof Wiedikon herkommende Bahnlinie bzw. den dafür gebauten Graben getrennt. Diese geographische Barriere hat zur Bildung von zwei unterschiedlichen Quartierkomplexen geführt, wobei sich der eine in Richtung der Langstrasse ("Vergnügungsmeile") bzw. des neugebauten Zentrumsbaus am Tramdepot VP- hin orientiert, der andere in Richtung Lochergut bzw. Albisriederplatz. Aufgrund der Lage der Objekte im gleichen historischen Quartier scheint dennoch eine Einbeziehung in den Vergleich möglich, zumal die Vergleichsobjekte nicht in unmittelbarer Nähe der Langstrasse liegen.

3.7.6. Ebenso befindet sich das Mietobjekt Nr. 1 zwar recht weit vom Mietobjekt entfernt an der Grenze zum Quartier Altstetten, aber doch noch in Aussersihl und ist daher für den Vergleich unter diesem Aspekt tauglich.

### 3.8. Lage

3.8.1. Innerhalb des Quartiers ist die Nähe zu öffentlichen Verkehrsmitteln, Schulen, Einkaufsmöglichkeiten und Naherholungsgebieten zu berücksichtigen. Ebenso sind Lärmimmissionen, insbesondere die Strassenführung und der dadurch entstehende Verkehrslärm relevant. Das Stockwerk ist nicht zu berücksichtigen (BGer 4C.55/2001 vom 4.7.2001, E.4b/cc; a.M. SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 11; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 497). Es beeinflusst entgegen der Beklagten die Attraktivität einer Wohnung höchstens indirekt, etwa punkto Lärm, Aussicht und Besonnung. Soweit Wohnungen in höher gelegenen Geschossen gemeinhin als weniger anfällig für Einbrüche betrachtet werden, beruht die Einschätzung auf irrationalen Überlegungen, die sich – gerichtsnotorisch – gerade auch Einbrecher oft zunutze machen, indem sie auf die Sorglosigkeit der Bewohner in höheren Etagen bauen.

3.8.2. Was besonders die Lärmexposition betrifft, wurden die Parteien bei der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom Gericht auf den so genannten GIS-Browser (Geografisches Informationssystem des Kantons Zürich) hingewiesen, besonders auf die Karte Strassenlärm (...; <http://maps.zh.ch/>, zuletzt besucht am 12. August 2019, anschliessend in der Navigationsleiste zur Karte "Strassenlärm" scrollen). Die Karte zeigt die emissionsintensiven Strassen im Kanton Zürich auf, die in nummerierte Abschnitte unterteilt sind. Jede Adresse lässt sich mit der Suchfunktion individuell ansteuern. Mit einem Klick auf den entsprechenden Strassenabschnitt erhält man die lokalen durchschnittlichen Schalldruck-Emissionswerte tagsüber und nachts in Dezibel (dB). Um die Resultate richtig einordnen zu können, muss die Bedeutung der dB-Skala kurz erörtert werden: Diese ist logarithmisch aufgebaut, so dass schon ein vermeintlich geringer Anstieg auf der Skala einer massiven Zunahme des Schalldrucks und damit auch des subjektiven Lärmempfindens entspricht. Die logarithmische Formel wurde im Hinblick auf die Übersichtlichkeit der Skala gewählt, denn die Schallwahrnehmung des menschlichen Gehörs weist eine enorme Bandbreite auf – das lauteste wahrnehmbare Geräusch ist mehrere Billionen mal lauter als das leiseste (<https://de.wikipedia.org/wiki/Schalldruckpegel>, zuletzt besucht am 12. August 2019). Die Formel für den Schalldruckpegel und damit die dB-Skala lautet:

$$\text{Schalldruck } L_p = 20 \log_{10} (P/P_0) \text{ dB}$$

Gemessen wird dabei zunächst der herrschende Schalldruck  $P$ . Dieser wird ins Verhältnis gesetzt zum Wert  $P_0$ , dem Referenzschalldruck von  $20 \mu\text{Pa}$  (Mikro-Pascal =  $\text{mg/m}^2$ ), welcher der Schwelle des menschlichen Gehörs entspricht, mithin dem leisesten noch wahrnehmbaren Geräusch bei einer Frequenz von  $1 \text{ kHz}$ . Für das vorliegende Verfahren genügt die Feststellung, dass auf der logarithmischen Skala ein um  $10 \text{ dB}$  erhöhter Schalldruckpegel bedeutet, dass die stärkere Geräuschquelle als doppelt so laut empfunden wird wie die schwächere (a.a.O.; s. auch die Beispiele dort, wonach ein Fernseher auf Zimmerlautstärke einem Schalldruckpegel von  $60 \text{ dB}$  entspricht, während eine Hauptverkehrsstrasse im Abstand von  $10 \text{ m}$  einen Pegel von  $80 - 90 \text{ dB}$  verursacht und ein (ungedämpfter) Presslufthammer einen solchen von  $100 \text{ dB}$ ).

3.8.3. Die auch von der Fachstelle Lärmschutz des Kantons Zürich veröffentlichten Immissionsgrenzwerte nach Art. 36 der Lärmschutzverordnung des Bundes (LSV), d.h. der Grenzwerte der Aussenlärmimmissionen, ab denen gemäss Art. 31 LSV Baubeschränkungen gelten, liegen selbst bei der schlechtesten Empfindlichkeitsstufe IV (Industrietätigkeit zulässig, vgl. Art. 43 LSV) maximal bei  $70 \text{ dB}$  tagsüber und  $60 \text{ dB}$  nachts. Erreichen die Werte  $75$  bzw.  $70 \text{ dB}$ , ist gar der Alarmwert für Strassenlärm gemäss Lärmschutzverordnung erreicht (vgl. Anhang 3 Ziff. 2 LSV i.V.m. Art. 40 Abs. 1 LSV).

3.8.4. Vorliegend ist bei der Untersuchung mittels der Daten des GIS-Browsers insbesondere ein Augenmerk auf die Lärmimmissionen an der Lage des Referenzobjekts und der von der Klägerin präsentierten Vergleichsobjekte zu legen.

Das Mietobjekt befindet sich in einer Querstrasse nur wenig entfernt von der beidseitig vielbefahrenen VC-strasse. Misst man auf der Karte "Strassenlärm" des GIS-Browsers mit dessen Massstabswerkzeug die Distanz vom Hauseingang zur Einmündung zur VC-strasse, so resultiert ein Wert von rund  $25 \text{ m}$ . Direkt vor der Einmündung der N-strasse befindet sich die Tramhaltestelle "Q-strasse", an der zwei Tramlinien im kurzen 5-10-Minuten Takt verkehren. Selbst ausserhalb der Stosszeiten ist der Tramverkehr deutlich hörbar. Die Lage muss als notorisch lärmig bezeichnet werden. Klickt man in der Lärmkarte des GIS-Browsers auf den

Abschnitt der VC-strasse direkt bei der Einmündung (Nr. 10619), so resultiert tagsüber ein Emissionswert von 79.4 dB, nachts ein solcher von 75.2 dB. Ist bei einer Differenz von 10 dB auf der Skala von einer gefühlten Verdoppelung des Lärmempfindens auszugehen, so entsprechen die Werte rund dem eineinhalbfachen Alarmwert gemäss LSV oder der vierfachen Lautstärke eines Fernsehers in Zimmerlautstärke. In Rechnung zu stellen ist allerdings auch der Abstand des Mietobjekts von der Einmündung der VC-strasse. Beim sich linienförmig ausbreitenden Lärm einer Strasse ist bei einer Verdoppelung der Distanz mit einer Lärmreduktion um 3 dB zu rechnen (anders bei punktförmigen Lärmquellen, hier rechnet man mit einer Abnahme um 5 dB; vgl. [https://www.schweizerfn.de/berechnung/akustik/pegelabnahme/pegelabnahme\\_rech.php](https://www.schweizerfn.de/berechnung/akustik/pegelabnahme/pegelabnahme_rech.php), zuletzt besucht am 12. August 2019; ebenso die bereits erwähnte Fundstelle <https://de.wikipedia.org/wiki/Schalldruckpegel>; zuletzt besucht am 12. August 2019; auf der zuerst genannten Seite befinden sich neben den theoretischen Ausführungen auch Berechnungsprogramme für die entfernungsbedingte Pegelabnahme). Ersetzt man – mit Blick auf die von der VC-strasse in einem recht offenen Winkel von rund 30° auf das Mietobjekt wirkenden Lärmimmissionen – im ersten derselben den vorgegebenen Abnahmewert von 5 dB für Punktschallquellen durch denjenigen von 3 dB für Linienschallquellen und nimmt man zudem an, der Emissionswert der infrage stehenden Strasse entspreche dem Immissionswert in 1 m Entfernung, so ergibt sich für das Mietobjekt ein Immissionsschallpegel in 25 m Entfernung von der VC-strasse von 65.5 dB tagsüber und von 61.3 dB in der Nacht. Der Nachtwert liegt über dem Immissionsgrenzwert nach LSV selbst in der schlechtesten Empfindlichkeitsstufe IV gemäss Anhang 3 Ziff. 2 LSV i.V.m. Art. 43 LSV (Industrietätigkeit erlaubt) und ermöglicht z.B. ein Schlafen bei offenem Fenster so oder anders nicht (näher dazu später, Ziff. 3.8.13).

3.8.5. Während die Beklagte die Verwendung des GIS-Browsers grundsätzlich für zulässig hält, steht die Klägerin diesem Vorgehen skeptisch gegenüber, da die aufgrund der Daten zu den Strassenlärm-Emissionen sowie der Abstandsformel errechneten Immissionswerte nicht genau genug seien. Die Höhe des Lärms am Empfangspunkt hänge nicht bloss von der Stärke der Emission an der Quelle und der Distanz zum Empfangspunkt ab, sondern würde vom sie umgebenden Terrain verstärkt oder geschwächt.

Es trifft zwar zu, dass Gewissheit über die genauen Immissionswerte nur durch Langzeitmessungen beim Mietobjekt und bei den infrage kommenden Vergleichsobjekten im Rahmen einer Expertise gewonnen werden könnte. Wie nachfolgend zu zeigen ist, erübrigt sich dies aber aufgrund der Situation im vorliegenden Fall.

Die Daten des GIS-Browsers zeigen nämlich in vielen Fällen punkto Lärmbelastung so deutliche Unterschiede, dass auf solche Weiterungen zu verzichten ist, denn zusammen mit den weiteren Vergleichskriterien bleiben so oder anders nicht fünf taugliche Objekte übrig. Zur Erinnerung: Die dB-Skala ist nicht linear; vielmehr entspricht eine Differenz von 10 dB der gefühlten Verdoppelung des Lärms. Abweichungen im Bereich von 5 dB sind damit bereits signifikant. Soweit die Klägerin geltend macht, der Lärm könne sich durch sog. Mehrfachreflexionen in Strassenschluchten erhöhen, ist dieser Effekt gerade beim vorliegenden Mietobjekt besonders ausgeprägt. Im Übrigen ist er nach wissenschaftlichen Erkenntnissen gegenüber dem Emissionswert eher von untergeordneter Bedeutung: Durch Mehrfachreflexionen kann in engen Häuserschluchten selbst in einem ungünstigen Umfeld max. eine Erhöhung des Pegels von 3 dB erreicht werden (vgl. Bericht zur Lärmkartierung des Amts für Umwelt der Stadt Stuttgart S. 7; [http://www.stadtklima-stuttgart.de/stadtklima\\_filestorage/download/LMP/Ergebnisbericht-Laermkartierung-2012.pdf](http://www.stadtklima-stuttgart.de/stadtklima_filestorage/download/LMP/Ergebnisbericht-Laermkartierung-2012.pdf), zuletzt besucht am 12. August 2019). Richtig ist weiter zwar, dass der Schalldruck durch den Boden, die Bau-Schalldämmmasse und andere Hindernisse gedämpft wird, wie die Klägerin zutreffend ausführt. Auch diesbezüglich sind aber Hindernisse gerade beim klägerischen Objekt weder behauptet noch auszumachen, wie auch der Augenschein gezeigt hat, während sich dies bei mehreren der angebotenen Vergleichsobjekte anders verhält. Solche Faktoren akzentuieren daher die Unterschiede zu den meist ruhiger gelegenen Vergleichsobjekten zusätzlich, so dass von Messungen keine relevanten zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten wäre.

Was die Ausrichtung der Vergleichswohnungen bezogen auf die Strasse betrifft, gilt Ähnliches. Da das vorliegende Mietobjekt zur Strasse hin ausgerichtet ist, muss auch bei den Vergleichsobjekten stets vom "worst case" [oder besser gesagt „identical case“] der Ausrichtung gegen aussen ausgegangen werden, zumal die Klägerin die Eigenschaften der wie erwähnt nur mit den Adressen, nicht aber den

konkreten Wohnungen bezeichneten Vergleichsobjekte in ihrer Darstellung diesbezüglich nicht näher umschrieben, sondern nur angegeben hat, diese seien alle mit dem Mietobjekt vergleichbar und würden zumeist eine „mässig lärmige“ Exposition aufweisen. Würde es sich anders verhalten und wären einzelne der Vergleichsobjekte auf einen Hof hin ausgerichtet, müsste ihre Vergleichbarkeit von vornherein entfallen, denn über diesen Vorteil verfügt das Mietobjekt unbestritten nicht. Was die Innenisolation des Gebäudes angeht, welche die Klägerin als mögliches Hindernis der Verwendung der Lärmkarte anführt, so wird dieser bereits durch die Berücksichtigung der Bauperiode sowie des Renovations- und Ausbaustandards Rechnung getragen (darauf ist auch in Zusammenhang mit der von der Beklagten bemängelten Hellhörigkeit der Mietwohnung zurückzukommen, Ziff. 3.12.5). Auch hier ist weder rechtsgenügend behauptet noch ersichtlich, dass das vorliegende Mietobjekt einem anderen Standard entspricht als die Vergleichsobjekte. Verhielte es sich anders, müsste von relevanten Unterschieden bei Zustand und Ausstattung ausgegangen werden. Allfälligen Störquellen innerhalb des Gebäudes – z.B. laute Nachbarn – ist schon deshalb keine Rechnung zu tragen, weil nur der mängelfreie Zustand von Mietobjekt und Vergleichsobjekten von Bedeutung ist, denn darauf beruht auch das zu überprüfende Preis- / Leistungsverhältnis, ganz abgesehen davon, dass selbst eine Expertise solche Erscheinungen aufgrund ihrer mangelnden Permanenz nicht zuverlässig abzubilden vermöchte. Zusammenfassend ist mit der Beklagten davon auszugehen, dass die vorstehend errechneten Dezibelwerte wie diejenigen bei den Vergleichsobjekten zwar keine vollständige Genauigkeit garantieren, jedoch dazu dienen können, offensichtlich nicht vergleichbare Objekte auszuschliessen. Ausgehend davon sollen die Vergleichsobjekte untersucht werden.

3.8.6. Beim Vergleichsobjekt Nr. 1 (VD-strasse 72) ist wie bei allen Objekten nicht klar, welches genau die zum Vergleich angebotene Wohnung ist und wie diese ausgerichtet ist. Die Emissionswerte der VD-strasse liegen tagsüber bei 72.9 und nachts bei 64.0 dB. Der Hauseingang der Liegenschaft befindet sich 8 m von der seit einigen Jahren (anders als die VC-strasse) als Tempo-30-Zone ausgestalteten Strasse (vgl. Google Street View) entfernt, so dass der Immissionswert hier nachts nur noch 55 dB beträgt und folglich deutlich (etwa um einen Drittel) tiefer liegt als beim Referenzobjekt. Der Lärm der weit entfernten VE-strasse ist vernachlässig-

bar. Sodann ändern auch der nahe gelegene Schlachthof bzw. das Letziggrundstation nichts an der ruhigeren (Nacht-)Lage des Objekts, da beide zu später Stunde nicht bzw. selten in Betrieb sind. Damit ist das Objekt nicht vergleichbar.

3.8.7. Auch die Objekte Nr. 2, 3, 17 und 18 sind ruhiger gelegen als das Mietobjekt: Die Objekte Nr. 2 und 18 an der VF-strasse 34 und 36 sind rundum von Tempo-30-Zonen umgeben (die Lage sämtlicher Objekte, so auch der vorliegenden, ist wiederum gut ersichtlich auf Google Street View). Nennenswerter Strassenlärm kann höchstens von der – in diesem Bereich als Tempo 30-Zone verkehrsberuhigten – VG-strasse oder von der ebenfalls auf Tempo 30 beschränkten VH-strasse ausgehen, die laut Strassenlärmkarte im GIS-Browser in den Strassenabschnitten 16271 und 13549 Emissionswerte von nur 69.6 bzw. 59.6 dB tagsüber sowie 57.3 bzw. 51.7 dB nachts aufweisen. Selbst das näher bei der etwas lautereren VG-strasse liegende Objekt Nr. 18 (VF-strasse 36) weist vom Hauseingang bis zum Strassenrand eine Distanz von rund 35 m auf, also rund 10 m mehr als die Distanz zwischen Mietobjekt und der VC-strasse, wobei von der VG-strasse auf das Vergleichsobjekt nur etwa die Hälfte des gefühlten Lärms ausgeht wie von der VC-strasse auf das Mietobjekt der Beklagten. Das Objekt Nr. 17 an der VJ-strasse 3 befindet sich in einer Parallelstrasse zur VC-strasse und ist von dieser durch einen Häuserblock abgeschirmt. Strassenlärm kommt nur von der am Rand gut 20 m vom Hauseingang entfernten VK-strasse mit Emissionswerten von 67.4 dB am Tag und 59.7 dB in der Nacht. Auch diese Lage ist keineswegs vergleichbar mit der äusserst lärmexponierten Position des Mietobjekts, offensichtlich erst recht nicht, wenn man zusätzlich die Distanz zur Lärmquelle berücksichtigt. Das Objekt Nr. 3 an der VL-strasse 15 wird durch zwei Gebäudekomplexe von der VM- und der VC-strasse abgeschirmt. Die VL-strasse selber emittiert beim Hauseingang am Tag nur einen Lärmpegel von 62.2 dB und einen solchen von 52.8 dB in der Nacht. Soweit man den Lärm der VC-strasse berücksichtigen will, in welche die VL-strasse im 90°-Winkel einmündet, ist dieser schon aufgrund der Entfernung (vom Hauseingang bis zur Einmündung sind es mind. 75 m) vernachlässigbar. Rechnet man mit dem Nachtwert im Abschnitt 17808 von 76.1 dB, so ergibt sich bei einem Vergleich des Lärms in 1 m Abstand mit demjenigen in 75 m Abstand nur noch ein Immissionswert von 57.4 dB. Betrachtet man die VC-strasse wegen der Abschirmung durch die umliegenden Gebäude und der grossen Entfernung



zur Einmündung statt als Linien- nur noch als Punktschallquelle und rechnet deshalb mit einer Abnahme des Schalldruckpegels um 5 dB pro Abstandsverdoppelung, so ergibt sich gar ein Immissionswert von nur noch 45 dB, was dem nächtlichen Immissionsgrenzwert in der besten Empfindlichkeitsstufe I gemäss Anhang 3 Ziff. 2 zur LSV i.V.m. Art. 43 LSV entspricht (Zonen mit erhöhtem Lärmschutzbedürfnis, namentlich Erholungszonen).

3.8.8. Das Objekt Nr. 4 an der VN-Strasse 48 befindet sich zwar in der Nähe der VM-strasse, die mit tagsüber 78.7 dB und 73.8 dB nachts ähnlich schlechte Lärmwerte aufweist wie VC-strasse. Zwischen VM-strasse und VN-Strasse führt aber in einem Graben die vom Bahnhof Wiedikon herkommende (See-)Bahnlinie hindurch. Notorisch (und auf Google Street View gut ersichtlich) verläuft zwischen Bahnlinie und VN-Strasse eine Lärmschutzwand, die den Bahnlärm minimiert und auch einen Teil des Strassenlärms dämmt. Zudem sind die Distanzen viel grösser als beim Mietobjekt. So beträgt die Entfernung zum Rand der VM-strasse nahezu 60 m. Bei einer Pegelreduktion um 3 dB bei Verdoppelung des Abstands zu einer Linienlärmquelle ergibt sich für das Vergleichsobjekt selbst ohne Berücksichtigung der Lärmschutzwand bei der VN-Strasse infolge der 60 m Distanz nachts nur noch ein Restschallpegel von 56.1 dB – dies entspricht etwa 65% des empfundenen Lärms beim Mietobjekt. Mit den Massstäben der LSV bedeutet dies, dass beim Mietobjekt selbst bei der schlechtesten Empfindlichkeitsstufe IV der Immissionsgrenzwert überschritten wird, während das Vergleichsobjekt den genannten Wert bei weitem und denjenigen der Stufe III beinahe einhält.

3.8.9. Bei Objekt Nr. 5 (VA-strasse 154) belaufen sich die Werte der VA-strasse (Abschnitt 10069) auf 76.5 dB bei Tag und 70.6 dB bei Nacht. Die Distanz des Eingangs zur Strasse beträgt ca. 5 m, was heruntergerechnet eine Belastung von 69.5 bzw. 63.6 dB ergibt. Es scheint somit, als wäre dieses Objekt punkto Lärm mit dem Mietobjekt vergleichbar. Dieselben Werte ergeben sich für Objekt Nr. 19 (VA-strasse 156). Unter Umständen kommt noch eine weitere Lärmbelastung durch die VO-strasse bzw. die VP-strasse hinzu, welche jedoch aufgrund der Entfernung höchstens einen minimalen Lärmanstieg bewirken dürfte. Auch Objekt Nr. 6 (VC-strasse Y), welches 11 m vom Strassenabschnitt 10555 liegt, bei dem die dB-Werte tagsüber bei 77.6 und nachts bei 73.2 dB liegen, hat abgerechnet

vergleichbare Werte von 67.2 bzw. 62.8 dB. Zusätzlicher Lärm von anderen Strassen ist angesichts von deren Entfernung und Abschirmung durch andere Gebäude vernachlässigbar.

3.8.10. Objekt Nr. 7 (VQ-strasse 91) befindet sich als Gebäude in einer Art Innenhof und ist bereits rein aufgrund dessen nicht vergleichbar, gleiches gilt für Objekt Nr. 11 (VR-strasse 24). Im Übrigen weist die nahe VQ-strasse bereits ohne "Distanzabschlag" tiefere Immissionswerte von 65.8 tagsüber bzw. 53.6 dB nachts auf. Infolgedessen ist auch das rund 55 m von der VQ-strasse befindliche Objekt Nr. 13 an der VS-strasse 49 aufgrund seiner ruhigeren Lage nicht vergleichbar. Dieselben tieferen dB-Werte haben sodann die Objekte Nr. 8 und 9 weiter unten an der VQ-strasse 88 bzw. 82. Auch hier ist zusätzlicher Lärm anderer Strassen angesichts deren Entfernung vernachlässigbar. Objekt Nr. 10 (VT-strasse 17) liegt nicht direkt an einer in die Lärmkarte aufgenommenen Strasse. Zur – mit 78.1 bzw. 72.1 dB relativ lärmigen – VU-strasse, in welche die VT-strasse schräg einmündet, besteht ein beträchtlicher Abstand von 45 m, daher liegen die distanzreduzierten Werte von 61.6 bzw. 55.6 dB insbesondere nachts bei einem Bruchteil derjenigen beim Mietobjekt. Im Übrigen liegt die VT-strasse in einer ruhigeren Gegend neben einem Park. Auch hier ist von einer deutlich ruhigeren Lage und damit von fehlender Vergleichbarkeit auszugehen.

3.8.11. Das Objekt Nr. 12 (VV-strasse 74) liegt direkt an einer lärmigen Stelle, wo die Lärmwerte tagsüber und nachts laut der Lärmkarte bei 76.7 bzw. 70.7 dB liegen. Der Hauseingang liegt in ca. 5 m Entfernung, damit betragen die distanzreduzierten Werte noch rund 69.7 bzw. 63.7 dB. Das ist etwas lauter als das Referenzobjekt, dürfte jedoch noch im Bereich der Vergleichbarkeit liegen. Angesichts der ebenfalls in der Nähe liegenden Eisenbahnlinie sowie anderen Strassen bzw. der Autobahn, auf welche die Beklagte zutreffend hinweist, ist dies allerdings grosszügig betrachtet. Als punkto Lärm vergleichbar zu gelten hat auch das Objekt Nr. 15 an der VW-strasse 73, welches ca. 5 m entfernt von einer Strasse mit ca. 75.2 bzw. 68.7 dB Lärmbelastung liegt, was abgerechnet rund 68.2 bzw. 61.7 dB ergibt. Auch hier liegt eine Eisenbahnlinie in der Nähe. Auch das Objekt Nr. 16 (VX-strasse 38) weist eine ähnliche Lärmexposition auf wie das Mietobjekt: Es liegt ebenfalls in einer Querstrasse zur VC-strasse, allerdings nicht in 25 m, son-

dem in 45 m Abstand von der Einmündung. Mit den Emissionswerten der VC-strasse in diesem Bereich von 78.9 bzw. 74.7 dB ergibt dies bei Zugrundelegung einer Linienschallquelle nur noch einen Immissionswert von 62.4 dB tagsüber und 58.2 dB nachts.

3.8.12. Objekt Nr. 14 (VY-strasse 43) ist 20 m von der mit 74.5 bzw. 66.4 dB bemessenen VAA-strasse entfernt, was distanzreduzierte Werte von 61.5 bzw. 53.4 dB ergibt. Es ist zudem durch einen Gebäudevorsprung geschützt, umso mehr dürfte es insbesondere nachts deutlich ruhiger als beim Referenzobjekt sein. Objekt Nr. 20 liegt ca. 11 m von der verkehrsberuhigten und weitläufigen Q-strasse entfernt, deren Werte tagsüber bei 69.8, nachts bei 59.3 dB liegen. Um die Distanz reduziert ergeben sich deutlich ruhigere Lärmexpositionen von 59.4 dB tagsüber bzw. 48.9 dB nachts. Von der im 90-Grad-Winkel dazu verlaufenden VA-strasse ist die Wohnung an die 45 m entfernt; deren Lärm dürfte sich folglich kaum auswirken. Gleiches gilt für Objekt Nr. 21, welches an der lauten VC-strasse liegt, welche Lärm von 78.2 bzw. 74.2 dB verursacht, was infolge des lediglich 2 m entfernten Objekts jedenfalls als erheblich lärmiger als beim Mietobjekt einzustufen ist.

3.8.13. Deutliche Unterschiede ergeben sich sodann zwischen dem Mietobjekt und dem Vergleichsobjekt Nr. 22 (VG-str. 223): Wie schon in Zusammenhang mit den Objekten 2 und 18 an der VF-strasse diskutiert, ist die VG-strasse in diesem Bereich eine verkehrsberuhigte Tempo-30-Zone. Im Abschnitt 15441 liegen die Emissionswerte Tag und Nacht bei lediglich 69.6 bzw. 57.3 dB. Selbst ohne Berücksichtigung des Abstands zur Strasse von 7 m ergibt sich daraus eine erheblich tiefere Lärmbelastung als beim Mietobjekt. Erst recht gilt dies für das Vergleichsobjekt Nr. 23 (VB-strasse 39). Dieses ist von der VC-strasse durch Gebäude völlig abgeschirmt und liegt zudem mehr als 100 m von dieser entfernt (Luftlinie). In 120 bzw. 100 m Entfernung mündet die Strasse in die VZ- bzw. die Q-strasse, welche Emissionswerte von 77.9 bzw. 73.4 dB (VZ-strasse) und 67.5 bzw. 55.5 dB (Q-strasse) aufweisen. Distanzbereinigt ergibt sich selbst aus Richtung VZ-strasse nur ein Schalldruckpegel von 57.2 dB tagsüber und 52.7 dB nachts, und selbst das nur, wenn man trotz der grossen Entfernung zur Einmündung von einer Li-

nien- und nicht von einer Punktschallquelle ausgeht. Bei diesem Wert kann man je nach Empfindlichkeit und Konstitution auch bei offenem Fenster schlafen.

Ob dies ratsam ist, ist allerdings eine andere Frage: Während in Zusammenhang mit dem Zürcher und Frankfurter Flughafen oder auch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Lautstärke von Kirchenglocken ursprünglich noch angenommen wurde, die nächtliche Aufweckschwelle liege bei 60 dB(A), zeigen neuere Erkenntnisse der Wissenschaft, die in die Beurteilung der Lärm-schutzbehörden eingeflossen sind, dass bereits ab einer durchschnittlichen nächtlichen Lärmbelastung von 40-50 Dezibel (dB) der Schlaf gestört werden kann (vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung BGer 1C\_383/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 5.2). Aufwachreaktionen sind schon bei Geräusch-Maximalpegeln von 35 dB möglich. Folge davon sind Schlafmangel und damit verbunden verminderte Aufmerksamkeit und Leistungsfähigkeit am Folgetag. Besonders davon betroffen sind Kinder, kranke Menschen und Menschen, die regelmässig nachts arbeiten und tagsüber schlafen. Hinzu kommt, dass selbst akustische Störungen, die nicht zum Aufwachen führen, Krankheiten wie Bluthochdruck, Herzkrankheiten und gar Herzinfarkt oder Schlaganfall begünstigen können, da der menschliche Körper auf jedes störende Geräusch mit der Ausschüttung von Stresshormonen reagiert, so dass das Herz schneller schlägt und der Blutdruck sowie die Atemfrequenz steigen (vgl. zum Ganzen die Studie «Lärmbelastung in der Schweiz» des Bundesamts für Umwelt, S. 9, abrufbar unter <https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/laerm/uz-umwelt-zustand/laermbelastung-in-der-schweiz.pdf.download.pdf/UZ-1820-D.pdf> [besucht am 12. August 2019]). Zu ähnlichen Schlüssen kommen deutsche Behörden ([https://www.regierung.oberpfalz.bayern.de/leistungen/umwelt/info/ger\\_quellen/ger\\_quellen.htm](https://www.regierung.oberpfalz.bayern.de/leistungen/umwelt/info/ger_quellen/ger_quellen.htm) [besucht am 12. August 2019]). Auch das Bundesgericht hat im Laufe der Zeit seine Rechtsprechung in Zusammenhang mit Fluglärm- und Glockenklangimmissionen verschärft (a.a.O.) und bezieht mittlerweile eine ETH-Studie aus dem Jahr 2011 in seine Überlegungen mit ein, aus welcher hervorgeht, dass es wohl keine fixe, vom Schalldruckpegel abhängige Aufwachschwelle gibt; zwar nimmt die Wahrscheinlichkeit des Aufwachens mit steigendem Maximalpegel zu. Sie erhöht sich indessen vermutlich auch schon bei Ereignissen, die akustisch nur unwesentlich aus dem Hintergrund hervortreten (a.a.O., E. 5.3). Dies deckt sich mit der Erfahrung, dass man ohne weiteres bei in Zimmerlautstärke laufendem Fernsehgerät (ca. 60 dB(A)) einschlafen kann, oft aber spätestens bei der dramatischen Musik in der Schlussphase eines Films wieder aufwacht – und sich dabei keineswegs erholt fühlt.

3.8.14. Aus den vorstehend dargestellten Gründen erscheinen die Objekte Nr. 1 (VD-strasse 72), 2 (VF-strasse 34), 3 (VL-strasse 15), 4 (VN-Strasse 48), 7 (VQ-strasse 91), 8 und 9 (VQ-strasse 88 und 82), 10 (VT-strasse 17), 11 (VR-strasse 24), 13 (VS-strasse 49), Nr. 14 (VY-strasse 43), 17 (VJ-strasse 3), 18 (VF-strasse 36), 20 (Q-strasse 9), 21 (VC-strasse 286), 22 (VG-strasse 223), und 23 (VB-

strasse 39) punkto Lärmimmissionen als mit dem Mietobjekt offensichtlich nicht vergleichbar.

### 3.9. Bauperiode

3.9.1. Das Alter der Liegenschaft soll in den Vergleich der Mietobjekte einfließen, wobei von jeweils mehrjährigen Zeitperioden auszugehen ist. Gerade im Hinblick auf den in den letzten Jahren rasanten technischen Fortschritt, welcher auch zu einer Verbesserung insbesondere der Bausubstanz, der Fassadenisolierung und der Lärmdämmung geführt hat, erscheint der in der Literatur begrüßte Vergleich von Bauten, die innerhalb einer Periode von 20 Jahren erstellt wurden, als zweckmässig und angemessen. Demnach sind in der Regel nur Liegenschaften aus der gleichen Bauperiode vergleichbar, wobei insbesondere Renovationen die Einteilung in die obgenannten Zeitperioden relativieren können (vgl. etwa BGE 123 III 317 E. 4b/aa = MRA 5/97, S. 185 ff.; BGE 136 III 74 E. 3.2.1 = mp 2/10, S. 125 ff.; SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 19; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 499).

3.9.2. Das Referenzobjekt an der N-strasse wurde im Jahr 1933 erbaut. Von den nicht infolge ihrer Quartierlage ausgeschiedenen Mietwohnungen wurden die Objekte Nr. 2, 4, 6, 16 und 17 innerhalb derselben Bauperiode zwischen 1921 und 1946 errichtet. Demgegenüber liegt das (wie gezeigt ohnehin auch ruhiger gelegene) Objekt Nr. 3 an der VL-strasse 15 mit Baujahr 1952 zwar knapp innert der Zeitspanne von 20 Jahren, ist aber dennoch wesentlich jünger als das Mietobjekt und zudem eine Nachkriegsbaute, so dass auch die Bauperioden als unterschiedlich zu erachten sind.

### 3.10. Grösse

3.10.1. Betreffend Grösse der zu vergleichenden Mietobjekte ist auf die Zimmerzahl abzustellen, da sowohl Wohnungen als auch Wohnhäuser primär anhand dieses Kriteriums unterschieden werden. Zusätzlich ist auch die Anzahl nutzbarer bzw. bewohnbarer Quadratmeter in die Würdigung einzubeziehen, wobei ab einer Abweichung von rund 20 % Wohnfläche nicht mehr von einem vergleichbaren Mietobjekt ausgegangen werden kann (BGE 139 III 13 E. 3.3.3 = Pra 2013 Nr. 105; BGE 136 III 74 E. 3.2.2 = mp 2/10, S. 125 ff.; Mietrecht für die Pra-

xis/BRUTSCHIN, S. 498; SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 14). Auch hier handelt es sich um eine Einzelfallabwägung, zumal insbesondere bei grossen Wohnungen nicht mehr die Zimmeranzahl, sondern die Fläche ausschlaggebend sein dürfte (dazu etwa BGE 136 III 74 E. 3.2.2 = mp 2/10, S. 125 ff.; ebenso ZK-HIGI, Art. 269a N 98). Hingegen kann entgegen der Ansicht der Beklagten die unterschiedliche Zimmereinteilung in grössere oder kleinere Räume die Vergleichbarkeit nicht ausschliessen. Wollte man dies zulassen, würden dem ohnehin schon schwer zu erbringenden Beweis noch weitere – und unnötige – Hürden in den Weg gestellt (gl. M. ZK-HIGI, Art. 269a OR N 100).

3.10.2. Das Referenzobjekt verfügt über zwei Zimmer mit einer Gesamtfläche von 48 m<sup>2</sup>. Die Vergleichsobjekte Nr. 2 (VF-strasse 34), 4 (VN--Strasse 48), 6 (VC-strasse Y) und 16 (VX-strasse 38) sind beinahe gleich gross. Das Objekt Nr. 17 (VJ-strasse 3) ist mit 54 m<sup>2</sup> deutlich, aber noch nicht um mehr als 20% grösser, weshalb dies seiner Vergleichbarkeit nicht entgegensteht. Es verfügt weiter möglicherweise aufgrund der Bilder entgegen den Angaben der Klägerin über eine offene Küche, was die Vergleichbarkeit jedenfalls unter dem Aspekt der Grösse allerdings nicht einschränkt. Demgegenüber hat Objekt Nr. 3 (VL-strasse 15) mit 58 m<sup>2</sup> über 20% mehr Fläche als das Referenzobjekt, was dessen Vergleichbarkeit entgegensteht. Die Klägerin weist zwar zu recht darauf hin, dass die Flächenangaben zufolge nicht standardisierter Messmethoden sehr unterschiedlich hoch ausfallen können, weshalb grundsätzlich eine Nachmessung vonnöten wäre. Wie jedoch vorstehend unter Ziffern 3.8.7. und 3.9.2. dargestellt, ist dieses Objekt ohnehin bereits aufgrund seiner nicht vergleichbaren (ruhigeren) Lage und der verschiedenen Bauperiode auszuschliessen, weshalb auf Weiterungen zu diesem Kriterium verzichtet werden kann.

### 3.11. Zwischenfazit

Von den 23 angebotenen Vergleichsobjekten scheidet 12 aufgrund ihrer Lage ausserhalb des Quartiers (Objekte Nr. 5, 7-15, 19 und 20) und eines (Objekt Nr. 5) zusätzlich aufgrund des nach Anpassung des Referenzzinssatzes massiv tieferen Mietzinses aus. Bei den Objekten 5, 19 und 20 kommt hinzu, dass sie sich gleich neben dem Friedhof VK- und damit einer der grössten Grünflächen Zürichs befinden, was die Lage unabhängig vom unterschiedlichen Stadtquartier als deutlich

besser erscheinen lässt als im Falle des Mietobjekts. Zudem hat Objekt Nr. 5 bei angepassten Kostenständen einen massiv tieferen Mietzins. Überdies fallen diverse Objekte aufgrund ihrer (teils massiv) ruhigeren oder lärmigeren Lage weg, und zwar Objekt Nr. 1 (VD-str. 72), 2 (VF-str. 34), 3 (VL-str. 15), 4 (VN--Str. 48), 7, 8 und 9 (VQ-str. 91, 88 und 82), 10 (VT-str. 17), 11 (VR-str. 24), 13 (VS-str. 49), 14 (VY-str. 43), Nr. 17 (VJ-str. 3) und 18 (VF-str. 36), 20 (Q-str. 9), 21 (VC-str. 286), 22 (VG-str. 223), und 23 (VB-str. 39), Nr. 3 zusätzlich wegen seiner Grösse und wegen der Bauperiode. Damit verbleiben an sich nur zwei Vergleichsobjekte, Nr. 6 (VC-str. 365) und 16 (VX-str. 38). Damit wäre der Beweis an sich bereits gescheitert. Im Interesse der Vollständigkeit soll trotzdem – soweit möglich – noch die Prüfung von Zustand und Ausstattung vorgenommen werden, wobei auch auf signifikante Abweichungen bei den bereits "ausgeschiedenen" Objekten hinzuweisen ist.

### 3.12. Zustand und Ausstattung

3.12.1. In Bezug auf den Zustand ist im Sinne eines Gesamteindrucks abzuwägen, ob die Wohnung, auch im Hinblick auf die technischen Geräte sowie die Böden, Fenster, Nasszellen, etc., als überdurchschnittlich gut unterhalten, als durchschnittlich oder gut unterhalten, als schlecht unterhalten bzw. vernachlässigt erscheint (Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 498 f.; SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 16 ff.; ZK-HIGI, Art. 269a N 103 f.; BGE 123 III 317 E. 4b/bb und dd = MRA 5/97, S. 185 ff.; BGer, 4C.265/2000 vom 16.1.2001, E. 4b/ee = mp 1/01 S. 33 ff.). Dabei werden auch – in vergrößerter Art und Weise – in der Vergangenheit erfolgte Renovationen berücksichtigt, wobei richtigerweise nur umfassende Erneuerungsarbeiten zusätzlich ins Gewicht fallen. Vergleichbar in diesem Sinne sind Objekte, deren Gesamtrenovation nicht länger als 5 Jahre zurückliegt als beim Vergleichsobjekt (ZK-HIGI, Art. 269a N 107 ff.).

3.12.2. Mit dem Kriterium der Ausstattung soll ein Vergleich des Ausbaustandards und der Infrastruktur der einzelnen Mietobjekte ermöglicht werden. Über den anzuwendenden Massstab bestehen in Lehre und Rechtsprechung jedoch unterschiedliche Ansichten. Eine Seite will anhand eines grosszügigen Gesamteindrucks entscheiden, wobei Unterschiede in der Ausstattung durch die Bildung von Kategorien wie "einfach", "durchschnittlich" und "luxuriös" kompensiert werden

können (SVIT-K-ROHRER, Art. 269a N 16; ZK-HIGI, Art. 269a N 111). Andere wollen den Vergleich bereits infolge von Unterschieden bezüglich eines einzelnen als "Standard" definierten Einrichtungsgegenstandes (z.B. Doppelverglasung, TV-Anschluss) scheitern lassen (Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 498). Das Bundesgericht hat sich in einem nicht in die offizielle Sammlung aufgenommenen Entscheid aus dem Jahr 2001 dahingehend geäußert, dass an lärmiger Lage bereits Fenster mit Doppelverglasung sowie allgemein das Fehlen eines Kabel-Fernsehanschlusses einen entscheidenden Unterschied zu begründen vermögen (BGer, 4C.265/2000 vom 16.1.2001, E. 4b/dd und 4b/ee = mp 1/01 S. 33 ff.).

3.12.3. Zwar dürfen relevante Unterschiede gemäss Bundesgericht bei einzelnen Vergleichskriterien grundsätzlich nicht durch Zu- oder Abschläge oder aufgrund eines Gesamteindrucks ausgeglichen werden (in diesem Sinne jedenfalls BGE 123 III 317 E. 4a und b = MRA 5/97, S. 185 ff.; BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.). Einzelne untergeordnete Differenzen von Ausstattungselementen können jedoch im Interesse der Justiziabilität des Vergleichsmietekriteriums nicht entscheidend sein, zumal sich ihr Wert im Laufe der Zeit auch ändern kann. So macht die immer mehr genutzte Möglichkeit, Internet über das stetig schneller werdende Mobilfunknetz zu beziehen, das Vorhandensein eines kabelbasierten Internet- und Fernsehanschlusses gerade für jüngere Leute unter Umständen zweitrangig. BÄTTIG weist sodann zutreffend darauf hin, dass ein solcher Anschluss maximal Fr. 20.– bzw. heute ca. Fr. 30.– mehr Miete ausmacht und damit wertmässig kaum zu Buche schlägt (BÄTTIG, in: MRA 1/02 S. 18). Einen interessanten Ansatz verfolgt die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006, in welcher für bestimmte Ausstattungsmerkmale Punkte vergeben wurden, was die Errechnung eines Ausstattungsindex ermöglichte ([Strukturerhebung] S. 42 ff.). Dieses Vorgehen, so praktikabel es auf den ersten Blick scheint, dürfte allerdings der strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht standhalten. Nichtsdestotrotz soll vorliegend eine gewisse Pauschalisierung in Kategorien einfach, standardmässig/durchschnittlich, überdurchschnittlich, luxuriös vorgenommen werden, wobei gleichzeitig versucht wird, die einzelnen Objekte auf das Vorliegen von relevanten Ausstattungsmerkmalen zu untersuchen, die eine Vergleichbarkeit ausschliessen könnten (ähnlich ZK-HIGI, Art. 269a N 111; SVIT-K ROHRER, Art. 269a N 16). Zu berücksichtigen sind nicht nur die Art der technischen



Einrichtungen (bspw. Backofen auf Bedienungshöhe, Steamer, Dampfabzüge, Küchenherde mit Keramikplatten, Anzahl Steckdosen, Anschlüsse etc.), sondern auch deren Funktionalität, wobei das Alter diesbezüglich relevant sein kann (SVIT-K-ROHRER, a.a.O.). Weiter sind die Verglasung von Fenstern, die Bodenbeläge sowie die Anzahl und Infrastruktur der Nasszellen und Küchenausstattung in die Gesamtwürdigung einzubeziehen (vgl. Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 498). In jedem Fall müssen Einbauten des Mieters unberücksichtigt bleiben (ZK-HIGI, Art. 269a N 112).

3.12.4. Das Referenzobjekt wurde in den vergangenen zwanzig Jahren nicht umfassend saniert. Die Vormieterin wohnte dort seit dem Jahr 1997. Die Inneneinrichtung, insbesondere die Plattenbeläge und Holzelemente, erscheinen im Stil der 70er-Jahre und wirken damit – je nach Sichtweise – "retro" bzw. eher veraltet (vgl. [Bilder in den Akten]). Die Klägerin hält dagegen, dass es sich um Ausstattungselemente der 80er-Jahre handle, kann dies jedoch nicht mit entsprechenden Unterlagen oder Beweisofferten untermauern. In jedem Fall ist die Inneneinrichtung in grösseren Teilen über 30 Jahre alt, insbesondere im Bad, und punkto Ausstattung im Vergleich mit dem generellen Ausbaustandard eher durchschnittlich, was anlässlich des Augenscheins festgestellt wurde. Zudem wurden anlässlich des Mieterwechsels lediglich begrenzte Instandstellungsarbeiten durchgeführt. Konkret wurde die Wohnung gestrichen, wobei jedoch gewisse schwer zugängliche Flächen ausgelassen wurden. Weiter wurden das Kehrichtsystem sowie der Toilettensitz ersetzt, die Küchenschränke gerichtet, die Steckdosen instand gestellt, der Parkett abgeschliffen, die Abläufe von WC und Bad gereinigt sowie ein Lavaboablauf kontrolliert, die Radiatoren gelüftet und der Thermostat gelöst (...). Zudem wurden Kochherd und Dampfabzug ersetzt. Wie jedoch die Beklagte zutreffend ausführt, handelt es sich dabei nicht um einen Glaskeramikherd, sondern um ein eher älteres Modell mit gusseisernen Kochplatten (...). Instandstellung bedeutet zwar nicht die Schaffung von Mehrwert, wie die Klägerin zu recht betont. Gleichzeitig kann jedoch auch nicht auf die sporadische Anpassung an einen zeitgemässen Standard verzichten, wer sein Mietobjekt als "normal/gut unterhalten" bezeichnen will. Gesamthaft handelt es sich bei den zum Mietbeginn vorgenommenen Arbeiten angesichts der langen Dauer des Vormietverhältnisses um eher elementare Instandstellungen. Die Streicharbeiten wurden wie erwähnt nicht voll-

ständig durchgeführt. Weniger bedeutsam sind demgegenüber Elemente, an denen die Beklagte sich besonders stört, etwa die unterlassene Ausbesserung eines beträchtlichen, von aussen deutlich sichtbaren Lochs im Küchenschrank, auch wenn der Beklagten zuzugestehen ist, dass sie aufgrund der entsprechenden Parteivereinbarung wohl nicht über einen Anspruch auf Behebung dieser ästhetischen Beeinträchtigung verfügt, so dass der Punkt durchaus in die Zustandsbewertung einfließen kann. Zudem bringt die Beklagte vor, die Klägerin habe sich trotz Rüge nicht um eine von selbst zufallende Tür sowie eine angeklebte und nicht ersetzte Fussleiste gekümmert, was die Klägerin mit Hinweis auf das Antrittsprotokoll bestreitet. Dass es sich tatsächlich so verhält, wie von der Beklagten behauptet, ergibt sich aus dem eingereichten Mailverkehr und dem Augenschein (...), erscheint aber als zweitrangig, denn wie schon erwähnt sind Mängel bei der Feststellung der Vergleichbarkeit eines Objekts nicht zu berücksichtigen, da die Mieterin ihre Behebung verlangen kann, ohne dass die Vermieterin dafür einen höheren Mietzins erhält. Ein allfälliger Wertausgleich hat daher nicht über die Missbrauchsgesetzgebung, sondern über eine Mietzinsminderung nach Art. 259d OR zu erfolgen.

3.12.5. Auch die Durchschnittlichkeit der Ausstattung des Mietobjektes zeigt sich in vielen Punkten deutlich. So muss die Waschküche mit 13 Parteien geteilt werden; dabei ist entgegen der Ansicht der Klägerin unbeachtlich, ob einige davon zusätzlich noch über eine eigene Waschmaschine verfügen, denn die damit einhergehenden Kosten trägt nicht die Klägerin. Zudem steht es den entsprechenden Mietparteien weiterhin frei, zusätzlich die Waschküche zu nutzen. Der Trockenraum ist im nicht beheizten, schlecht isolierten Estrich untergebracht und dementsprechend gerade im Winter kalt (...). Eher von untergeordneter Bedeutung sind indessen die nicht kippbaren Fenster, zumal die Arretierung eines Fensters auch anderweitig zu erreichen ist. Was das Fehlen eines Glaskeramikerdes betrifft, unterscheiden sich Funktionalität und Komfort von einem Herd mit gusseisernen Platten zwar nicht erheblich, deuten aber auf einen veralteten Zustand der Küche hin. Die "Hellhörigkeit" wird grundsätzlich bereits durch die Bauperiode und den (mehr 30 Jahre alten) Unterhaltszustand abgedeckt, weshalb auf die Frage nach angeblich "guter" oder "schlechter" Isolation als Teil der Ausstattung an sich nicht (mehr) im Detail eingegangen werden muss. Anlässlich des Augenscheins ergab

sich immerhin, dass der Strassenlärm mit geschlossenen Fenstern, welche vermutlich aus den 90er-Jahren stammen, deutlich weniger hörbar ist, und dass diese dicht sind. Weiter wurde festgestellt, dass Rauchgeruch vom Nachbarn via den Wohnzimmerschrank in die Wohnung dringt, was auf mangelnde Innenisolation hindeutet. Die Klägerin erklärte sodann, dass weder das Referenz- noch die Vergleichsobjekte über eine Aussenisolation verfügten. Ein Lift fehlt. Hingegen verfügt die Liegenschaft über eine für alle benutzbare, wenn auch eher in vernachlässigtem Zustand befindliche Dachterrasse. Unter Berücksichtigung des vorstehend Ausgeführten kann das Objekt gesamthaft höchstens als durchschnittlich ausgestattet und unterhalten gelten.

3.12.6. Allgemein fehlen bei sämtlichen Wohnungen, sowohl beim Miet- als auch bei den Vergleichsobjekten, detaillierte Angaben der Klägerin zu Datum und Art der vergangenen Sanierungen. Es ist punkto Zustand entgegen der Ansicht der Klägerin in der Regel ein Unterschied, ob ein Objekt letztmals in den 70er- oder den 90er-Jahren grundlegend saniert wurde, was als Umkehrschluss auch dem von ihr zitierten Bundesgerichtsentscheid zu entnehmen ist, wo das Bundesgericht aus dem Umstand, dass alle zu vergleichenden Objekte in den 60er Jahren gebaut worden waren, schloss, "*... qu'il est peu probable qu'ils présentent des différences notables du point de vue de leur état général, d'autant moins qu'il n'est pas allégué que l'un ou l'autre ait été rénové de fond en comble*", BGer, 4C.55/2001 vom 4.7.2001, E. 4.b/cc). Die pauschale Auskunft "saniert vor 1997" ist für die Beurteilung an sich nicht ausreichend, wie auch die Beklagte zutreffend ausführt. Die Klägerin verfügt jedoch anscheinend nicht mehr über entsprechende Unterlagen. Wie dem auch sei: Klarerweise sind jedenfalls die Objekte Nr. 18, 19 und 23, welche (angeblich) im Jahr 2007 (teilweise) und damit wesentlich später innen renoviert wurden, nicht mit dem Referenzobjekt vergleichbar.

3.12.7. Weiter fehlen bei den Listen bzw. den im Privatgutachten angebotenen Vergleichsobjekten Angaben darüber, ob ein Lift eingebaut wurde. Diesbezüglich ist der Beklagten zuzustimmen, dass das Vorhandensein eines Aufzugs, dessen nachträglicher Einbau gerade bei Altbauwohnungen Investitionskosten von nicht geringer Höhe mit sich bringt, insbesondere bei Wohnungen in oberen Stockwerken ein wesentliches Ausstattungsmerkmal ist und als solches die Vergleichbar-

keit von Objekten ausschliessen kann. Zwar behauptete die Klägerin nach entsprechender Bestreitung, sämtliche Vergleichsobjekte würden über keinen Lift verfügen. Ob dies zutrifft, kann infolge des Scheiterns des Nachweises von genügend Vergleichsobjekten letztlich offen bleiben.

3.12.8. Bei den Vergleichsobjekten Nr. 6 (VC-strasse 365), 9-10 (VQ-strasse 82 und VR-strasse 24) sowie Nr. 17-23 fehlen Fotos von innen. Damit ist ihre Vergleichbarkeit punkto Ausstattungselemente unklar; Weiterungen erübrigen sich aber, da schon aufgrund der übrigen Vergleichskriterien keine ausreichende Zahl an Vergleichsobjekten vorliegt. Festzustellen ist immerhin, dass Objekt Nr. 1 (VD-strasse 72) basierend auf den eingereichten Fotos heller wirkt. Ob die Ausstattung auch moderner oder besser unterhalten ist, lässt sich jedoch nicht eindeutig feststellen (vgl. ...). Wie schon erwähnt, ist beim genannten Objekt jedoch bereits aufgrund von anderen Kriterien die Vergleichbarkeit ausgeschlossen (siehe Punkt 3.11.). Ob Parkett in der Küche eine Vergleichbarkeit ausschliessen könnte, wie die Beklagte argumentiert, ist fraglich, zumal Parkettboden – gerade im Küchenbereich – nicht zwingend eine Aufwertung bzw. praktische Ausstattung darstellt. Objekt Nr. 2 (VF-strasse 34) verfügt mit Blick auf die eingereichten Fotos über eine deutlich moderner wirkende Inneneinrichtung und kann daher wohl als "gut unterhalten" bezeichnet werden. Was die Ausstattung betrifft, ist ersichtlich, dass die Küche über einen Gasherd verfügt, was jedoch der Vergleichbarkeit mit dem über Chromstahlplatten verfügenden Referenzobjekt nicht entgegensteht, zumal die gewünschte Art des (sc. voll funktionstüchtigen) Herdes von individuellen Präferenzen abhängt und damit nicht als Abgrenzungskriterium taugt, soweit eine bestimmte Bauart nicht deutlich höherwertiger oder komfortabler ist als die andere. Ob die fehlende Badewanne eine Vergleichbarkeit ausschliesst, kann angesichts dessen, dass dieses Objekt bereits aus anderen Gründen nicht vergleichbar ist, offen bleiben. Objekt Nr. 3 (VL-strasse 15) erscheint insbesondere in der Küche basierend auf den Fotos klar neuwertiger und tendenziell besser ausgestattet, es ist zudem vom Vergleich ohnehin aufgrund der deutlich geringeren Lärmexposition ausgeschlossen (vgl. Punkt 3.8.7. vorstehend). Beim ebenfalls schon mit Blick auf die Lärmsituation ungeeigneten Objekt Nr. 4 an der VN-Strasse 48 werden möglicherweise Fotos von Küche und Zimmern aus unterschiedlichen Wohnungen verwendet, weshalb ohne Weiterungen nur begrenzt Aussagen über die Ver-

gleichbarkeit gemacht werden können, was die Klägerin nicht bestreitet. Die Inneneinrichtung der Küche, wo wohl Steinabdeckung und Glaskeramikerd vorhanden sind, sowie das Bad wirken ebenfalls moderner als das Referenzobjekt (...), dementsprechend wären bei diesem Objekt Ausstattung und Zustand eher besser. Hinsichtlich Objekt Nr. 5 (VA-strasse 154, Quartier Wiedikon, nicht angepasster Kostenstand) kann die Vergleichbarkeit von Ausstattung und Zustand offen bleiben, abgesehen davon dass von der Beklagten diesbezüglich keine Einwände erfolgt sind. Bei Objekt Nr. 7 (VQ-strasse 91; Quartier Wiedikon, ruhigere Lage) sind Boden und Fliesen zwar heller, daraus alleine lässt sich jedoch kein besserer Ausbaustandard oder Unterhaltszustand ableiten, selbiges gilt für die von der Beklagten vermutete andere Raumeinteilung. Letztlich kann auch hier mit Blick auf die Lage die Vergleichbarkeit offen bleiben. Selbiges gilt für Objekt Nr. 8 (VQ-strasse 88, ebenfalls schon aus anderen Gründen zum Vergleich nicht geeignet): Auf den Bildern erscheint die Einrichtung heller, aber nicht zwingend moderner oder besser unterhalten. Auch Objekt Nr. 11 (VR-strasse 24, Wiedikon, ruhiger gelegen als das Mietobjekt) erscheint tendenziell moderner, allerdings sind auf den Fotos z.B. der Herd und die Lavabo-Armatur nicht sichtbar, weshalb diesbezüglich keine eindeutigen Aussagen gemacht werden können. Bezüglich Duschkabine bzw. Badewanne kann auf das vorstehend zu Objekt Nr. 2 ausgeführte verwiesen werden. Demgegenüber erscheinen Ausstattung von Küche und Bad bei Objekt Nr. 12 (VV-strasse 74, Quartier Wiedikon) deutlich moderner (...). Bei Objekt Nr. 13 (VS-strasse 49, Quartier Wiedikon, ruhigere Lage) wurde die Vergleichbarkeit der Inneneinrichtung basierend auf den Bildern seitens der Beklagten nicht bemängelt; dies wohl zu recht, zumal hier punkto Ausstattung im "retro"-Stil grosse Ähnlichkeiten mit der im Streit stehenden Mietwohnung bestehen. Die Grösse der Balkone erscheint vorliegend bei sämtlichen Mietobjekten entgegen der Ansicht der Beklagten eher sekundär, zumal deren Gebrauchstauglichkeit bei Mietobjekten an lärmiger Lage ohnehin beschränkt ist und die Beklagte im Übrigen eine nach innen gerichtete Dachterrasse mitbenützen kann (vgl. ZK OR-H1G1, Art. 269a N 117). Entsprechend erübrigt sich eine vertiefte Behandlung der entsprechenden Parteidarstellungen. Gestützt auf die Bilder wirkt Objekt 13 jedoch eher besser unterhalten als das Referenzobjekt. Angesichts dessen ist die Vergleichbarkeit zumindest punkto Ausstattung und allenfalls auch Unterhaltszustand

zweifelhaft. Die Wohnung an der VY-strasse 43 (Objekt Nr. 14, Quartier Wiedikon, Ziff. 3.7.4) erscheint entgegen der Ansicht der Beklagten punkto Funktionalität der Ausstattung nicht moderner, trotz anderer Farbgebung. Ob der Unterhalt gleich gut ist wie beim Referenzobjekt, kann alleine anhand der Fotos nicht eindeutig eruiert werden. Objekt Nr. 15 (VW-strasse 73, Quartier Wiedikon) erscheint besonders mit Blick auf die Bilder des Bads deutlich heller als das Vergleichsobjekt (...). Objekt Nr. 16 (VX-strasse 38) erscheint aufgrund des auf den Fotos abgebildeten Zustands der sanitären Anlagen und der mit VW-abdeckung und Glaskeramikerhd versehenen Küche deutlich besser unterhalten bzw. neuwertiger.

3.12.9. Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass folgende Objekte basierend auf ihren Zustand bzw. ihre Ausstattung eher nicht vergleichbar bzw. zumindest zweifelhaft sind: Objekt Nr. 2 (VF-str. 34), Nr. 3 (VL-str. 15), Nr. 4 (VN-Str. 48), Nr. 12 (VV-str. 74), Nr. 13 (VS-str. 49), Nr. 15 (VW-strasse 73), 16 (VX-str. 38) sowie Nr. 18 (VF-str. 36), 19 (VA-str. 156) und 23 (VB-str. 39).

### 3.13. Fazit

Wie bereits oben erwähnt, scheiden von den 23 angebotenen Vergleichsobjekten 12 aufgrund ihrer Lage ausserhalb des Quartiers (Objekte Nr. 5, 7-15, 19 und 20) aus, eines (Objekt Nr. 5) zusätzlich aufgrund des nach Anpassung des Referenzzinssatzes massiv tieferen Mietzinses. Überdies fallen diverse Objekte aufgrund ihrer (teils massiv) ruhigeren oder lärmigeren Lage weg, nämlich Nr. 1 (VD-str. 72), 2 (VF-str. 34), 3 (VL-str. 15), 4 (VN--Str. 48), 7, 8 und 9 (VQ-str. 91, 88 und 82), 10 (VT-str. 17), 11 (VR-str. 24), 13 (VS-str. 49), 14 (VY-str. 43), 17 (VJ-strasse 3), 18 (VF-str. 36), 21 (VC-strasse 286, lärmigere Lage) und 22 (VG-str. 223) und 23 (VB-str. 39) weg, Nr. 3 zusätzlich wegen seiner Grösse und der Bauperiode. Die Vergleichbarkeit des verbleibenden Vergleichsobjekts Nr. 6 (VC-str. Y) ist basierend auf den vorhandenen Angaben zu Zustand und Ausstattung unklar. Zudem ist bei den Objekten Nr. 2 (VF-str. 34), 3 (VL-str. 15), 4 (VN-Str. 48), 12 (VV-str. 74), 13 (VS-str. 49) und 16 (VX-str. 38) sowie 18 (VF-str. 36), 19 (VA-str. 156) und 23 (VB-str. 39) die Vergleichbarkeit punkto Ausstattung oder Unterhalt zweifelhaft, bei letzteren drei Objekten wohl ganz auszuschliessen. Damit ist der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit gescheitert.

Der vorliegende Fall zeigt exemplarisch die Problematik der Bestimmung der Vergleichsmiete mittels einiger weniger Vergleichsobjekte, andererseits aber auch die Schwierigkeit, den Beweis der Vergleichbarkeit überhaupt zu erbringen.

### 3.14. Gerichtliche Festlegung des Anfangsmietzinses

3.14.1. Damit stellt sich die Frage, wie der Anfangsmietzins festzusetzen ist, wenn ein Missbrauch aufgrund der vorn umschriebenen Tatsachenvermutung zwar anzunehmen ist, der Nachweis einer bestimmten Vergleichsmiete aber scheitert. Anders als bei einer Mietzinsanpassung während eines laufenden Mietverhältnisses droht bei der Überprüfung der Anfangsmiete ohne richterlichen Eingriff bei gescheitertem Nachweis der Vergleichsmiete das gänzliche Fehlen einer gültigen Mietzinsvereinbarung. Das Bundesgericht hat in einem solchen Fall eine richterliche Mietzinsfestsetzung nach freiem Ermessen unter Beizug der verfügbaren Daten als mit dem Bundesrecht für vereinbar erklärt, insbesondere anhand der verfügbaren statistischen Angaben, des im Rahmen des Vormietverhältnisses zuletzt geschuldeten Mietzinses sowie anhand der Qualitätsmerkmale des Mietobjektes (BGer, 4A\_250/2012 vom 28.8.2012, E. 2.4; bestätigt in BGE 139 III 13 E. 3.5.1 f. = Pra 2013 Nr. 105 und BGer, 4A\_461/2015 vom 15.2.2016, E. 3.2.2 und 3.3; STASTNY, a.a.O., 214 f., Rz. 79 ff.).

3.14.2. Wie bereits oben erwähnt, steht dem Mietgericht die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 zur Verfügung, gestützt auf welche ein Mietzins errechnet werden kann, wie nachfolgend zu zeigen ist. Richtig ist, dass die Erhebung aus dem Jahre 2006 stammt. Sie genügt aber anerkannten statistischen Kriterien, insbesondere was die Grösse der erfassten Stichprobe und die Auswertungsmethode betrifft. (...) Eine verlässlichere Methode zur Preisbestimmung besteht im Übrigen nicht. Die erhobenen Daten der kleineren Mietpreis-erhebung aus den Jahren 2013-2017 sind nach Einschätzung von Statistik Zürich nicht verlässlich und weisen punkto Quadratmeterzahlen pro Quartier auch keine taugliche Detaillierung auf (vgl. act. ....; zur Priorität von statistischen Quadratmeterzahlen gegenüber anderen Erhebungsmethoden STASTNY, a.a.O., S. 217, Rz. 87); die Parteien haben sich deshalb zu recht nicht darauf berufen.

Was das Alter der Strukturhebung 2006 angeht, kann mittels Anpassung an den Mietpreisindex der Stadt Zürich der Entwicklung zumindest annäherungsweise Rechnung getragen werden (vgl. auch STASTNY, a.a.O., S. 218 f., Rz. 92 ff.). Diese Methode ist einer relativen Anpassung des Mietzinses gestützt auf die Missbrauchsgesetzgebung vorzuziehen, da die indexierten statistischen Mietzinse – wie die Klägerin zu recht ausführt – der Entwicklung der gesamten Bestandesmieten besser Rechnung tragen und damit näher beim Vergleichsmietekriterium liegen. Beim Mietpreisindex ist sodann nicht der (gesamt)schweizerische Mietzinsindex des Schweizerischen Hauseigentümerverbandes, sondern der genauere Mietpreisindex der Stadt Zürich vorzuziehen, da letzterer die lokale Entwicklung abbildet und zudem von einer neutralen Stelle berechnet wird (vgl. STASTNY, a.a.O. S. 218 f., Rz. 92 ff., der überzeugend darauf hinweist, dass ältere Statistiken, die durch einen Mietindex an die aktuellen Verhältnisse angepasst werden, u.U. die auch der Orts- und Quartierüblichkeit zugrunde zu legenden Bestandesmieten zuverlässiger abbilden als Neuvermietungsstatistiken).

Zu recht weist die Beklagte darauf hin, dass die Nebenkosten in die Statistik nicht nach der Methode einbezogen wurden, auf welcher die Mietzinsgestaltung der Parteien beruht. Vielmehr beruhen die statistischen Daten auf der Ausscheidung lediglich von Heiz- und Warmwasserkosten, während sämtliche übrigen Nebenkosten im Nettomietzins eingerechnet sind ([Strukturhebung] S. 4 u.; ...). Infolgedessen muss der aufgrund der Statistik bestimmte Nettomietzins um Fr. 110.– herabgesetzt werden, damit die zwischen den Parteien nicht umstrittene Ausscheidung auch der Betriebskosten als Nebenkosten im Resultat eine korrekte Berücksichtigung findet.

Was die Parteien, namentlich die Klägerin sonst gegen die Berücksichtigung der Statistik vorbringen, ist nicht stichhaltig. Auf die entsprechenden Einwände wird im Folgenden nur punktuell eingegangen, soweit diese für den Entscheid von Belang sind.

3.14.3. Für die konkrete Berechnung sind lediglich die Mietzinse des Quartierteils Hard heranzuziehen und nicht die Daten des gesamten Quartiers Aussersihl, denn dies trägt den unterschiedlichen Preisniveaus Rechnung, die in erster Linie mit der Lagequalität innerhalb des Quartiers zusammenhängen. Der Umstand, dass 2.5-



Zimmer-Wohnungen unter Umständen attraktiver als 2-Zimmer-Wohnungen erscheinen, wie die Beklagte einwenden lässt, ist nicht besonders in die Überlegungen einzubeziehen, denn was als halbes Zimmer zu gelten hat, ist nicht allgemein definiert; überdies fliesst die Grösse der voneinander durch Wände und Türen getrennten Räume ohne weiteres in die Berechnung ein, wenn man statt auf die Zimmerzahl auf die (genaueren) Quadratmeterpreise abstellt, die der Strukturhebung ebenfalls zu entnehmen sind (vgl. auch STASTNY, a.a.O., S. 217 und 221 f., Rz. 87 und 102 ff.). Da im vorliegenden Fall wie erwähnt von einem älteren, an einer lärmexponierten Lage gelegenen Mietobjekt auszugehen ist, dem abgesehen vom Mitbenützungsrecht an der hofseitigen Dachterrasse besondere Ausstattungsmerkmale fehlen und das sich in einem höchstens durchschnittlichen Zustand befindet (vorn Ziff. 3.8.4 und 3.12.4), rechtfertigt es sich, unter Berücksichtigung der vor und nach dem Einzug der Beklagten erfolgten Arbeiten für die Festlegung der Anfangsmiete grundsätzlich vom Durchschnittswert der erhobenen Quadratmeterpreise für 2-Zimmer-Wohnungen im privaten Markt gemäss Mietpreisstrukturhebung 2006 auszugehen, mithin von Fr. 18.05/m<sup>2</sup>. Erhöht man den Betrag um den Anstieg des Zürcher Mietpreisindex seit Ende Dezember 2006 um 11.4% auf Fr. 20.11 und multipliziert man das Resultat mit 48 m<sup>2</sup>, so ergibt sich ein statistischer Nettomietzins von rund Fr. 965.– pro Monat. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit zwischen Statistik und vorliegendem Mietzins sind sodann die Betriebskosten von Fr. 110.– abzuziehen, was zu einem Nettomietzins von Fr. 855.– führt. Vor diesem Hintergrund verbietet es sich, auf den zuletzt gültigen und nicht an die relativen Kostenfaktoren (d.h. nach unten) angepassten Mietzins im Vormietverhältnis von Fr. 738.– abzustellen, denn das Vormietverhältnis dauerte unbestrittenermassen rund 20 Jahre und eine Anpassung nach absoluter Methode scheint nie erfolgt zu sein. Ein Rückgriff auf den früheren Mietzins verbietet sich auch deshalb, weil hier die Vermieterin das Formular zur Festlegung des Anfangsmietzinses durchaus verwendet hat. Der vorliegende Fall, bei welchem die richterliche Mietpreisfestsetzung nur mangels Nachweisbarkeit der Vergleichsmiete zum Zuge kommt, unterscheidet sich grundlegend von den Fällen, bei welchen den betroffenen Mietern auch die Information über ihr Anfechtungsrecht und die Gründe der Mietpreisanpassung vorenthalten wurden (dazu STASTNY, a.a.O., S. 199 ff. und 223 f., Rz. 31 ff., und 108 ff.). Der Anfangsnettomietzins ist daher in

Würdigung der Umstände auf Fr. 855.– pro Monat festzulegen. Die Nebenkosten sind unbestrittenermassen auf dem vereinbarten Niveau zu belassen. Sie entsprechen im Übrigen auch dem Betrag, der im vorausgegangenen Mietverhältnis galt.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess verteilt (Art. 106 ZPO) und bemessen sich anhand des Streitwerts der Klage (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV OG; Art. 96 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 ZPO). Im vorliegenden Fall hat die Beklagte bezüglich der Grundsatzfrage nach der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses obsiegt. Gründe, die Verfahrenskosten nicht nach dem mathematischen Obsiegen und Unterliegen der Parteien zu verteilen (vgl. Art. 107 ZPO, insbes. dessen Abs. 1 lit. a), liegen dennoch nicht vor, denn letztlich waren beide Parteien mit der Schwierigkeit konfrontiert, nicht im Voraus abschätzen zu können, worauf die gerichtliche Ermessensbetätigung hinauslaufen würde. Ausgehend vom von der Klägerin geforderten Nettomietzins von Fr. 1'060.– und einem von der Beklagten zugestandenem von Fr. 738.– unterliegt die Klägerin beim vorliegenden Ergebnis zu rund 63.7%. In diesem Ausmass hat sie die Gerichtskosten zu tragen. Zudem hat sie der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen, die der Differenz des Erfolgs beider Parteien entspricht (63.7% - 36.3%, also 27.4% einer vollen Gebühr).

Bei Streitigkeiten über wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen gemäss Art. 92 ZPO wird die Grundgebühr in der Regel ermässigt (§ 4 Abs. 3 GebV OG). Sie kann jedoch unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden. Bei Streitigkeiten über wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen gemäss Art. 92 ZPO kann zudem die Parteientschädigung gem. § 4 Abs. 3 AnwGebV bis auf die Hälfte ermässigt werden. Bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung wird die Gebühr jedoch entsprechend erhöht (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Im

vorliegenden Fall wurden zwei Verhandlungen sowie ein Augenschein durchgeführt. Die Parteivertreter hatten darüber hinaus diverse Eingaben zu verfassen. Aufgrund des damit einhergehenden Zeitaufwands bzw. der resultierenden Zuschläge nach § 11 Abs. 3 AnwGebV rechtfertigt es sich bei der ordentlichen Grundgebühr sowie Parteientschädigung zu bleiben, also ohne die praxisgemäss insbesondere der Berechnung des Kostenvorschusses zugrunde gelegte Reduktion auf 2/3 der Gebühr. Dies führt zu eine Gerichtsgebühr von Fr. 7'730.– und zu einer (vollen) Parteientschädigung von Fr. 9'460.– (inkl. MWSt).

(...)"

\* \* \* \* \*

Aus dem **Urteil des Obergerichts** NG190019-O vom 2. März 2020 (Beschwerde ans Bundesgericht offen; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Higi, Sarbach; Gerichtsschreiber Zogg):

"(...)

1. *Sachverhalt und Prozessgeschichte*

(...)

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

## 2. *Prozessuales*

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 Anfangsmietzins für nicht missbräuchlich zu erklären. Hierbei handelt es sich der Sache nach um eine als *actio duplex* ausgestaltete (negative) Gestaltungsklage, bei der auch die beklagte Partei (hier: die Mieterin) mit Bezug auf die Festsetzung des Anfangsmietzins 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.–, was einen Streitwert von Fr. 77'280.– ergibt. Damit ist die Berufung grundsätzlich zulässig.

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 abgeändert werden soll. Hierbei sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kritik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift (praktisch) wortgleich wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren. 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).

2.3. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung wie auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung (und gegebenenfalls 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). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz aber weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

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 Tatsachen und Beweismittel (Noven) werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, 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 Untersuchungsmaxime; eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, wonach vor erster Instanz bei Geltung der Untersuchungsmaxime Noven bis zum Beginn der Urteilsberatung voraussetzungslos zugelassen werden, fällt für das obergerichtliche Verfahren grundsätzlich ausser Betracht (vgl. BGE 138 III 625, E. 2.2; 142 III 413, E. 2.2.2).

### 3. *Parteistandpunkte und Entscheid der Vorinstanz*

(...)

### 4. *Grundlagen*

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.

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. Vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren hat sie sich ausschliesslich auf diesen Erhöhungsgrund berufen.

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 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]).

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).

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. Es stellt sich damit – weil sich die Klägerin 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.

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).

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.

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



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 beispielsweise 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]).

4.9. Für den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit des in Frage stehenden Mietzinses gilt das Beweismass des strikten Beweises. Das Gericht muss nach objektiven Gesichtspunkten mit dem Grad der Gewissheit vom Bestehen der relevanten Tatsachen überzeugt sein. Zwar ist keine absolute Gewissheit erforderlich, es dürfen aber auch keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen bzw. müssen allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 141 III 569, E. 2.2.1; 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]). Kann ein solcher (striker) Beweis aufgrund der Eigenart des Einzelfalls objektiv nicht erbracht oder vernünftigerweise nicht verlangt werden, so kommt eine Herabsetzung des Beweismasses – etwa auf dasjenige

der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – nicht in Frage, denn einfache Beweisschwierigkeiten in einem bestimmten Fall rechtfertigen eine Beweiserleichterung nicht. Andernfalls würde gegen das gesetzliche System verstossen, das der Bundesgesetzgeber aufstellen wollte (BGE 141 III 569, E. 2.2.1). Gemäss der in diesem Punkt sehr strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ändert daran letztlich auch der Umstand nichts, dass der vom Gesetzgeber hier verlangte Beweis – was notorisch ist – praktisch nur in ganz vereinzelt Ausnahmefällen möglich ist. Ob es sinnvoll ist, von einer Partei einen praktisch fast unmöglichen oder doch sehr schwierigen und aufwendigen Beweis zu verlangen bzw. ihr diese (nicht selten rein theoretische) Möglichkeit überhaupt zu eröffnen, ist angesichts der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung hier nicht zu beurteilen.

## 5. *Beweislast*

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

5.2. Die Vorinstanz führte hierzu Folgendes aus: 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.

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.

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 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).

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 Beweismwürdigung 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 Bestreitung in der Regel dazu, dass die entsprechende Tatsache als erstellt zu betrachten ist.

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.).

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 Refe-

renzzinssatzes 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).

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 Vormieter 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").

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) 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]).

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, 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 erklären. 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 hinaus) 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.

#### 6. *Kriterien der Grösse, Bauperiode und Kostenstände*

6.1. Die Vorinstanz erwog, dass die von der Klägerin offerierte Vergleichswohnung Nr. 3 (VL-strasse 15) sowohl wegen ihrer Grösse (58 m<sup>2</sup> gegenüber einer Grösse von 48 m<sup>2</sup> des strittigen Mietobjekts) als auch aufgrund der unterschiedlichen Bauperioden, in der die fraglichen Liegenschaften erstellt worden sind (Baujahr 1951 gegenüber Baujahr 1933), ausscheide. Weiter ging die Vorinstanz davon aus, dass der für die Vergleichswohnung Nr. 5 (VA-strasse 154) 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 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.

6.2. Diese vorinstanzlichen Erwägungen hat die Klägerin in ihrer Berufung nicht beanstandet, weshalb darauf nicht zurückzukommen ist. Es scheiden die Ver-



gleichswohnungen Nr. 3 und Nr. 5 damit für den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit aus.

## 7. *Kriterium des Lageorts im gleichen Quartier*

7.1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass sich sämtliche Vergleichsobjekte im selben Quartier befinden müssen. Das strittige Mietobjekt sei im Quartier Aussersihl (Quartierteil Hard) gelegen, während zahlreiche der von der Klägerin offerierten Vergleichswohnungen im Quartier Wiedikon (Quartierteil VK-) gelegen seien. Das Quartier Aussersihl (Stadtkreis 4) unterscheide sich deutlich vom Quartier Wiedikon (Stadtkreis 3). Während Ersteres – ähnlich wie auch das Industriequartier (Stadtkreis 5) – von einer Vergangenheit als Arbeiterquartier geprägt sei und auch heute noch von Arbeitnehmern aus zahlreichen Nationen bevölkert werde, sei das seit jeher gutsituierte Quartier Wiedikon eher auf Familien ausgerichtet und verstehe sich neuerdings – insbesondere seit der Abklassierung der Weststrasse – als "Trendquartier" für ein jüngeres Publikum. Folglich seien die Vergleichsobjekte Nr. 5, Nr. 7-15 und Nr. 19-20, die im Quartier Wiedikon gelegen seien, nicht mit der strittigen Wohnung vergleichbar. Eine Ausnahme gelte indes für das am nördlichen Rand des Quartiers Wiedikon (VK-) gelegene Vergleichsobjekt Nr. 6 (VC-strasse Y), weil sich dieses direkt an der Grenze zum Quartier Aussersihl (Hard) befinde. Im Übrigen sei das Unterquartier Langstrasse historisch zum Quartier Aussersihl zu zählen, weshalb die Vergleichswohnungen Nr. 3 (VL-strasse 15) und Nr. 4 (VN-Strasse 48), 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 (VD-strasse 72), das zwar von der Wohnung der Beklagten vergleichsweise weit entfernt sei, das sich aber noch im Quartier Aussersihl befinde.

7.2. Dagegen bringt die Klägerin zusammengefasst vor, es sei der Quartierbegriff weit auszulegen und es sei nicht primär auf eine administrative oder historische Stadteinteilung 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 Aussersihl mit seinen drei Quartierteilen Hard, Langstrasse und Werd gehöre mit dem Quartierteil VK- des Quartiers Wiedikon 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 Wiedikon 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 (VC-strasse Y) für den Vergleich zugelassen habe, nicht aber die Objekte Nr. 5 (VA-strasse 154), Nr. 19 (VA-strasse 156) und Nr. 20 (Q-strasse 9), die ebenfalls an der Grenze zum Quartier Aussersihl (Hard) liegen würden und überdies nur drei Strassenzüge vom Objekt Nr. 6 bzw. nur einen Strassenzug von der Quartiersgrenze entfernt seien.

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 Konjunktion "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 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".

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).

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 Wiedikon (Kreis 3) und Aussersihl (Kreis 4) deckungsgleich mit den jeweiligen 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).

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

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 mass-

geblichen 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 Stadteinteilung in die zwölf Stadtkreise bzw. von der historischen Einteilung in die 22 Stadtquartiere, die bezüglich der hier relevanten Stadtkreise 3 und 4 deckungsgleich sind, abgerückt werden sollte. Die Stadtquartiere Wiedikon und Aussersihl 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 Industriequartier (heutiger Kreis 5) – den Stadtkreis III bildeten, bevor sie dann im Jahre 1913 in die Stadtkreise 3 und 4 (und 5) unterteilt wurden.

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, 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 und administrativen Grenzen zwischen den Quartieren Wiedikon und Aussersihl 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 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, sodass es sich dabei um ein unzulässiges Novum handelt (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO und oben, E. 2.4).

7.9. Schliesslich ist der Klägerin zwar darin zuzustimmen, dass es sachlich nicht gerechtfertigt ist, das Vergleichsobjekt Nr. 6 (VC-strasse Y) trotz seiner Lage im Quartier Wiedikon (Quartierteil VK-) für den Vergleich zuzulassen, nur weil es sich "direkt an der Grenze zum Quartier Aussersihl/Hard" befindet, 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.

7.10. Damit scheidet die von der Klägerin offerierten Vergleichswohnungen Nr. 5 (VA-strasse 154), Nr. 6 (VC-strasse 365), Nr. 7 (VQ-strasse 91), Nr. 8 (VQ-strasse 88), Nr. 9 (VQ-strasse 82), Nr. 10 (VT-strasse 17), Nr. 11 (VR-strasse 24), Nr. 12 (VV-strasse 74), Nr. 13 (VS-strasse 49), Nr. 14 (VY-strasse 43), Nr. 15 (VW-strasse 73), Nr. 19 (VA-strasse 156) und Nr. 20 (Q-strasse 9) für den Beweis der Quartierüblichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses aufgrund ihrer Lage in einem anderen Quartier aus.

## *8. Kriterium der vergleichbaren Lärmexposition*

### *8.1. Erwägungen der Vorinstanz und Parteivorbringen*

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 zusammengefasst aus, es sei – innerhalb eines Quartiers – die jeweilige Nähe der Wohnungen zu öffentlichen Verkehrsmitteln, Schulen, Einkaufsmöglichkeiten 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, denen die Wohnungen ausgesetzt

seien. Bereits Abweichungen im Bereich von 5 dB würden – weil die Dezibelskala logarithmisch aufgebaut sei und weil ein um 10 dB erhöhter Schalldruckpegel einer Verdoppelung der empfundenen Lautstärke entspreche – einen signifikanten Unterschied bedeuten.

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](http://www.maps.zh.ch)) ab, worauf sie die Parteien im Rahmen der (fortgesetzten) Hauptverhandlung (vgl. ... [Ausdruck aus dem GIS-Browser, Karte Strassenlärm, der die Umgebung des strittigen Mietobjekts zeigt]) sowie zudem mittels separater Verfügung vom 22. November 2018 hingewiesen hatte. Hierbei steuerte die Vorinstanz jeweils in einem ersten 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 Emissionswerte am Tag und in der Nacht). Diese Werte justierte sie alsdann in einem zweiten 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 immerhin Vergleichsobjekte ausgeschlossen werden könnten, die aufgrund offensichtlich höherer oder tieferer Lärmbelastung nicht mit der strittigen Wohnung vergleichbar seien, und weil dies dazu führe, dass zusammen mit den weiteren Vergleichskriterien so oder so weniger als fünf vergleichbare Wohnungen übrig bleiben. Aus diesem Grund könne darauf verzichtet werden, Langzeitmessungen der exakten Immissionswerte durchzuführen. Von der Klägerin ins Feld geführte "Mehrfachreflexionen", die den Lärm in Häuserschluchten verstärken 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. 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 Be-

klagen nicht behauptet worden, während dies bei verschiedenen Vergleichswohnungen der Fall sei; folglich würde sich ein Unterschied hierdurch nur noch verschärfen. 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. 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.

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 VC-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 VC-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.

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. 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. Hierbei stellte die Vorinstanz wie bereits erwähnt im Wesentlichen auf die distanzbereinigten Emissionswerte der nächstgelegenen Strassen gemäss GIS-Browser ab, wobei sie lärmdämmende Hindernisse (Abschirmung durch andere Gebäude, Gebäudevorsprünge oder Lärmschutzwände) mit-

berücksichtigte; 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.

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 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 Internetrecherchen (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.

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. 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. 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. Reflexio-



nen 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 (VD-strasse 72) in der Nähe des "Schlachthofs" und des "Letzigrunds" gelegen, die Objekte Nr. 3 (VL-strasse 15), Nr. 4 (VN-Strasse 48), Nr. 12 (VV-strasse 74) und Nr. 15 (VW-strasse 73) nahe einer Bahnlinie, von wo aus ebenfalls Lärm 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 Wohnungsinneren wahrnehmbar sei; entsprechend hätten die Messungen innerhalb der Wohnungen zu erfolgen.

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.

## 8.2. Grundlagen

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 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).

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 Wohngegenden" gelegen – eine Lärmbelastung deutlich unter der Erträglichkeitsgrenze aufweisen.

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 dieser nicht auf Grundlage einer breit abgestützten Statistik erfolgt, sondern anhand einiger weniger Vergleichsobjekte. Ferner ist unweigerlich ein gewisser Schematismus erforderlich, um die Vorhersehbarkeit des Rechts und die Gleichbehandlung zu gewährleisten (s. dazu oben, E. 4.8). Insofern müssen die zum Vergleich herangezogenen Wohnungen – innerhalb eines gewissen Toleranzbereichs (dazu unten, E. 8.4.4.1) – also auch hinsichtlich des Kriteriums der Lärmexposition miteinander vergleichbar sein, d.h. es müssen sich deren Immissionswerte in einem vergleichbaren Rahmen bewegen.

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 (...; 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 VK- als mit jener der strittigen Wohnung nicht vergleichbar erachtet hat; ...). 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 erübrigt.

8.2.5. Im Folgenden ist zunächst auf die von der Klägerin aufgeworfene Frage einzugehen, ob die Vorinstanz die für die Beurteilung der jeweiligen Lärmexposition 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 Vorinstanz zur Ermittlung der Lärmbelastung herangezogene Methode, die sich massgeblich auf den sog. GIS-Browser stützt, ein hierfür taugliches Instrument darstellt, und zu welchen Ergebnissen dies vorliegend führt.

### 8.3. Feststellung des Tatsachenfundaments

#### 8.3.1.

8.3.1.1. Mit Bezug auf die Lärmbelastung führte die Klägerin vor Vorinstanz aus, es liege das strittige Mietobjekt an einer ruhigen Quartierstrasse (N-strasse; Tempo-30-Zone), es liege dieses aber unweit von der VC-strasse, die relativ stark befahren sei und auf der auch Tramverkehr herrsche. Die Immissionsbelastung sei als "mässig" bzw. die Lage als "mässig lärmig" zu bezeichnen; hierfür offerierte die Klägerin das Beweismittel des Augenscheins sowie ein Gutachten. Ebenso würden sich sämtliche Vergleichsobjekte an einer als "mässig lärmig" zu bezeichnenden Lage befinden. "Mässig lärmig" bedeute hierbei weder "ruhig" noch "lärmig". Als "lärmig" sei eine Lage dann zu bezeichnen, wenn eine Wohnung direkt 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 VC-strasse angrenze; für diese letzte Behauptung offerierte die Klägerin ebenfalls einen Augenschein und ein Gutachten (...; vgl. zudem ..., wo pauschal für alle Wohnungen und alle Vergleichskriterien ein Augenschein und ein Gutachten offeriert wurde).

8.3.1.2. Die Beklagte liess ihrerseits ausführen, es sei die Lage des strittigen Mietobjekts, das nur 20-30 Meter von der VC-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. Ferner bestritt die Beklagte die Vergleichbarkeit der von der Klägerin offerierten Vergleichswohnungen – mit Ausnahme der Objekte Nr. 12 (VV-strasse 74; ...) und Nr. 21 (VC-strasse 286; ...) – explizit mit Bezug auf das Lärmkriterium und machte zusammengefasst geltend, es seien diese allesamt wesentlich ruhiger gelegen als das strittige Mietobjekt.

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 (...); trotzdem äusserten sich in ihren dritten Vorträgen weder die Klägerin noch die Beklagte dazu. Auf explizite Nachfrage des Vorsitzenden, ob sie hierzu Stellung nehmen wollen, liess die Klä-

gerin erklären, es sei notorisch, dass die VC-strasse stark befahren sei, während die Beklagte nichts beizufügen hatte.

8.3.1.4. Daraufhin wies die Vorinstanz die Parteien mit Verfügung vom 22. November 2018 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; dieses Vorbringen wiederholte sie (praktisch wortgleich) in ihrer Berufung. Die Beklagte ihrerseits hielt fest, es habe sich anlässlich des Augenscheins gezeigt, dass der von der VC-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. 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.

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.

8.3.2.

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 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 ge-

setzgeberischer 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).

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 Parteien 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.

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).

8.3.2.4. Die Vorinstanz hat, ohne dass die Parteien die entsprechenden Tatsachen von sich aus behauptet hätten, unter anderem auf die Strassenlärnwerte (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.

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.

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 und dass einige Objekte in Tempo-30-Zonen liegen sollen. Google Street View weist in keiner Hinsicht offiziellen 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 Seebahnstrasse bzw. der Bahnlinie und der VN-Strasse eine Lärmschutzwand befindet, 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.

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 mehrfachen 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.

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

8.3.2.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zwar nicht hätte berücksichtigen dürfen, dass zwischen der Seebahnstrasse bzw. der Bahnlinie und der VN-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.

### 8.3.3.

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.

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 (...). 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, 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 lärm-dämmenden 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. Namentlich genügt es nicht, in allgemeiner abstrakter Art darzulegen, welche Einflüsse *theoretisch* (auch noch) relevant sein könnten, um die am Empfangspunkt auftreffenden Lärmimmissionen zu beeinflussen. Es wäre vielmehr an der Klägerin gelegen, dies konkret darzutun.

8.3.3.3. Entgegen ihrer Darstellung in der Berufung hat die Klägerin vor Vorinstanz zudem einzig für die Lärmbelastung des strittigen Mietobjekts ein Gutachten (bzw. einen hierfür von vornherein untauglichen Augenschein) offeriert, 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 ist zu unspezifisch, als dass dies als Offerte eines zu erstellenden Lärmgutachtens hinsichtlich aller Wohnungen betrachtet werden könnte (vgl. zudem ..., wo ein Gutachten/Augenschein zum Beweis der rein theoretischen Ausführungen der Klägerin zur Beurteilung der Lärmexposition einer Wohnung im Allgemeinen angeboten wurde).

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 verstellt 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.

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, 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).

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 untersuchen bzw. nicht auf allgemein bekannte Tatsachen hätte abstellen dürfen, stünde der Sachverhalt bezüglich der jeweiligen Lärmimmissionen mangels substantiiert 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 unbestritten ist. 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).

#### *8.4. Beurteilung der Lärmexposition auf Grundlage des GIS-Browsers*

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, und zweitens, es sei die von der Vorinstanz gewählte Methode zur Ermittlung der Lärmbelastung in grundsätzlicher Weise untauglich.

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 Vergleichswohnungen 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.

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: Entgegen der Klägerin (a.a.O.) ist das Massstabswerkzeug nicht der in der unteren linken Kartenecke sichtbare Massstab, 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.

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:

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, und dies 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.

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 (lärmemittierende 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.

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.

8.4.4.4. Obschon genaue ("dezibelscharfe") Immissionswerte nicht ermittelt werden können, was letztlich auch die Vorinstanz zu Recht betont (...), 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 lautereren oder erheblich leiseren Lage gelegen sind. Dies mag etwa dann der Fall sein, wenn eine Vergleichswohnung gleich weit 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).

8.4.4.5. Vorliegend ist die Wohnung der Beklagten rund 25 m von der VC-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 VC-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 Scheingenaugigkeit – 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.

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 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).

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:

8.4.5.1. Das Vergleichsobjekt Nr. 2 (VF-strasse 34) lässt sich gestützt auf den GIS-Browser sogleich als hinsichtlich der Lärmbelastung offensichtlich nicht vergleichbar ausschliessen [Verweis auf Vi.]. Es ist diese Liegenschaft ungefähr gleich weit oder sogar weiter von der nächstgelegenen grösseren Strasse (VG-strasse) entfernt, als es das strittige Mietobjekt von der VC-strasse ist, und es ist diese Lärmquelle mit Emissionswerten von tagsüber 69.6 dB und nachts 57.3 dB verglichen mit der VC-strasse (79.4/75.2 dB) ganz erheblich leiser, vor allem in der



Nacht. Auch die noch weiter entfernte VH-strasse (59.6/51.7 dB) ist erheblich leiser. Dieselben Feststellungen gelten für das Vergleichsobjekt Nr. 18 (VF-strasse 36), das an das Objekt Nr. 2 in Richtung der (leiseren) VH-strasse angrenzt. Beide Vergleichswohnungen scheiden aufgrund offensichtlich leiserer Lage aus.

8.4.5.2. Ähnliches gilt für die – ohnehin in einem anderen Quartier gelegenen – Vergleichsobjekte Nr. 7 (VQ-strasse 91) und Nr. 11 (VR-strasse 24), 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 VC-strasse ebenfalls erheblich leiser sind (VQ-strasse: 65.8/53.6 dB; VAA-strasse: 59.2/51.0 dB; VAB-strasse: 61.2/51.3 dB); hinzu kommt, dass diese Objekte in einer Art Innenhof gelegen sind und von Häuserreihen abgeschirmt werden. Ihre Lage ist offenkundig nicht mit jener des strittigen Mietobjekts vergleichbar. Das gilt auch für das – ebenfalls in einem anderen Quartier gelegene – Objekt Nr. 13 (VS-strasse 49), das von der viel ruhigeren VQ-strasse (65.8/53.6) weiter entfernt ist als die Wohnung der Beklagten von der VC-strasse. Auch das Objekt Nr. 23 (Agnestrasse 39) ist verglichen mit dem strittigen Mietobjekt viel weiter von der nächstgelegenen grösseren Strasse entfernt, die ihrerseits erheblich ruhiger ist als die VC-strasse (Q-strasse; 67.6/55.5 dB; vgl. ...).

8.4.5.3. Das Vergleichsobjekt Nr. 17 (VJ-strasse 3) ist zwar ähnlich weit (bzw. etwas weiter) von der VC-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 VK-strasse, die sich vom Objekt Nr. 17 in ähnlicher Distanz wie die VC-strasse zum strittigen Mietobjekt befindet, gehen erheblich geringere Emissionen aus (67.4/59.7 dB; vgl. ...).

8.4.5.4. Die Vergleichsobjekte Nr. 8 (VQ-strasse 88) und Nr. 9 (VQ-strasse 82), 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 ruhi-

ger (65.8/53.6 dB) als die VC-strasse (79.4/75.2 dB); dieser Lärmunterschied kann nach allgemeiner Lebenserfahrung auch durch die etwas geringere Distanz zur Lärmquelle offensichtlich nicht kompensiert werden. Dasselbe gilt ebenso für das Vergleichsobjekt Nr. 22 (VG-strasse 223), das ähnlich weit (ebenfalls rund 10 Meter) von einer – ebenfalls vor allem in der Nacht – wesentlich ruhigeren Strasse (VG-strasse: 69.6/57.3 dB) entfernt liegt.

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 (Lärmbelastung) 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 unterschiedlicher Grösse und Bauperiode, das Objekt Nr. 5 infolge Anpassung der Kostenstände (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 Beurteilung der jeweiligen Lärmexposition könnte indessen, selbst wenn dies beantragt und die entsprechenden Tatsachen substantiiert behauptet worden wären, unterbleiben, da vier Vergleichsobjekte für den Beweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse nicht ausreichen.

8.4.5.6. Aus diesem Grund kann zudem auch eine Beurteilung der Vergleichskriterien des Zustands und der Ausstattung der jeweiligen Wohnungen unterbleiben. Der von der Klägerin zu erbringende (Gegen-)Beweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse (vgl. dazu oben, E. 5) ist damit so oder anders gescheitert. Es bleibt folglich bei der vermuteten Rechtsfolge (Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses), da die Beklagte die hierfür vorausgesetzte Vermutungsbasis (Anschein der Missbräuchlichkeit) nachgewiesen hat.

## 9. *Richterliche Festsetzung des Anfangsmietzinses*

9.1. Im Ergebnis ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass der vereinbarte Anfangsmietzins missbräuchlich i.S.v. Art. 269 f. OR ist. Bei dieser Feststellung kann es aber nicht sein Bewenden haben, denn es ist – in einem zweiten Schritt – anstelle des missbräuchlichen ein neuer (nicht missbräuchlicher) Anfangsmietzins richterlich festzusetzen, wie dies auch die Vorinstanz getan hat.

9.2. Hierfür stellte die Vorinstanz zusammengefasst auf die Mietpreisstrukturerhebung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2006 ab, namentlich auf den Mittelwert der für 2-Zimmerwohnungen im Quartierteil Hard erhobenen Quadratmeterpreise im privaten Markt (Fr. 18.05 / m<sup>2</sup> [recte: Fr. 18.00 / m<sup>2</sup>]; [Strukturerhebung] S. 38), und passte diesen Wert (Stand: Ende Dezember 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](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 (insbesondere die Teuerung) per Mietbeginn (Mitte April 2017) an (Erhöhung um 11.4 % auf Fr. 20.11 / m<sup>2</sup> [recte: 20.05 m<sup>2</sup>]). Bei einer Wohnungsgrösse von 48 m<sup>2</sup> 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 ausgeschiedenen 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 befinde, weil diesem abgesehen von einem Mitbenutzungsrecht an der hofseitigen Dachterrasse keine besonderen Ausstattungsmerkmale zukommen und weil es sich in einem höchstens durchschnittlichen Zustand befinde. 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. Eine verlässlichere Methode bestehe nicht. Statistische Erhebungen der Stadt Zürich aus den Jahren 2013-2017 seien gemäss einer Auskunft der Statistik Stadt Zürich (...) 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.

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. Die Anpassung auf Grundlage des Mietpreisindex sei ungeeignet, um die Vergleichsmiete stichtagsbezogen zu bestimmen, bzw. bilde diese Messgrösse einzig Kostenentwicklungen ab, nicht aber Marktentwicklungen (differenziert nach unterschiedlichen Marktsegmenten; ...). Hinzu komme, dass die (veraltete) 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. 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 3 und 4 bezahlten Mietpreise ungefähr dem stadtweiten Durchschnitt entsprechen würden, sei dieser Wert aussagekräftig. Richtigerweise sei aber, so die Klägerin, der übliche Mietzins mittels eines gerichtlichen Gutachtens (Art. 183 ff. ZPO) festzustellen.

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 Quar-

tierüblichkeit 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.

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 Vormiet-

verhältnisses 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 Quartier-üblichkeit, nicht als missbräuchlich gelten würde.

9.7. Sind offizielle Statistiken vorhanden, die für eine annäherungsweise Bestimmung der Vergleichsmiete im erwähnten Sinne in Frage kommen, so ist diesen 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 Hard erhobenen Quadratmeterpreise für 2-Zimmerwohnungen im privaten Markt; [Strukturerhebung] 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, 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 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, es stütze sich die Mietpreisstrukturerhebung auf eine zu schmale Datenbasis von bloss 13 % bzw. 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 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 3 und 4 ungefähr dem Durchschnittswert entsprechen. 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. 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 Fachwis-



sen gestützt auf eine bestimmte Berechnungs- oder Bewertungsmethode festzulegen, sondern es ist der "übliche Mietzins" zu ermitteln, und zwar so, wie er in der örtlichen Umgebung für entsprechende Wohnungen üblicherweise – rein faktisch – bezahlt wird. Für die Ermittlung des "Üblichen" ist ein Gutachten aber kein taugliches Mittel, denn es bliebe auch einem gerichtlich bestellten Gutachter letztlich nichts anderes übrig, als hierfür auf die vorhandenen Statistiken, die von den Parteien ins Feld geführten Vergleichsobjekte oder den vom Vormieter bezahlten Mietzins abzustellen; weitere (taugliche) Vergleichsmittel 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 Vergleichsobjekte beibringen, dann wäre dies verfehlt. Das Beweismittel des Gutachtens gemäss 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 Leistungsinhalts (Mietzins) oder einer prozessual verbindlichen Feststellung des hierfür relevanten Tatsachenfundaments –, so wäre ihr einerseits entgegenzuhalten, dass dies nur auf der Grundlage einer (hier nicht vorhandenen) Parteivereinbarung erfolgen könnte, und andererseits, dass hierfür ohnehin nur die Schlichtungsbehörde 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 abgestellt hat, um den üblichen Mietzins annäherungsweise zu bestimmen. Das von ihr erzielte Resultat erscheint im Übrigen auch unter dem Gesichtspunkt als ange-

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 vorgenommene Neufestsetzung des Nettomietzinses auf monatlich Fr. 855.– einer Erhöhung von rund 16 %, was angesichts der langen Dauer des Vormietverhältnisses von rund 20 Jahren angemessen erscheint.

9.15. Die Berufung erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### 10. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

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.

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 Entscheidungsgebühr 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.

(...)

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich  
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident