

ZMP 2019 Nr. 11

Art. 270 OR; Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. Nichtverwendung des amtlichen Formulars bei der Anfangsmietzinsfestsetzung. Richterliche Festsetzung des Mietzinses. Kombination von Anfangsmietzinsanfechtung und Rückforderungsklage.

Ist die Mietzinsvereinbarung der Parteien mangels Verwendung des Formulars gemäss Art. 270 Abs. 2 OR nichtig, schliesst das Gericht die entstandene Vertragslücke durch Bewertung aufgrund der gesamten Umstände. Im Vordergrund steht eine Ertragsberechnung. Wo eine solche nicht tunlich ist, namentlich bei Bauten, die vor mehr als 30 Jahren erstellt oder zuletzt veräussert worden sind, steht als Kriterium die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete im Vordergrund. Bleibt diese mangels Nachweises von mindestens fünf tauglichen Objekten unbewiesen, so ist auf weitere Kriterien zurückzugreifen, etwa auf den früheren Mietzins oder auch auf amtliche Statistiken, auch wenn diese für eine Bestimmung der Vergleichsmiete mangels genügenden Detaillierungsgrades nicht tauglich sind (E. III.4.1 und 4.3). Verweigert eine Partei ihre Mitwirkung bei der Beweiserhebung, so berücksichtigt das Gericht dies bei der Beweiswürdigung (E. III. 4.2.1).

Die Klage auf Rückerstattung von grundlos bezahlten Mietzinsen gehört der Sache nach zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. Sie kann daher unabhängig vom Streitwert mit der Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses kombiniert werden. Auch eine entsprechende Klageerweiterung ist zulässig (E. III.2).

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** MA180012-L vom 11. Juli 2019 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Reller, Heinemann; Leitende Gerichtsschreiberin Mosele):

" (...)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Mit Mietvertrag für Wohnräume vom 15. Dezember 2016 (act. 3/2) mietete der Kläger ab dem 11. Dezember 2016 ein 1-Zimmer Studio an der N.-strasse ... in ... Zürich zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'350.—, wobei keine Nebenkosten ausgeschieden wurden. Das amtliche Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses wurde unbestrittenermassen nicht verwendet.

2. Prozessgeschichte

[...]

II. Parteivorbringen

1. Kläger

Der Kläger brachte vor, der Anfangsmietzins sei mangels Verwendung des amtlichen Formulars nichtig. Liege kein gültig vereinbarter Anfangsmietzins vor, könne er nicht angefochten werden; es bleibe kein Raum für ein Anfangsmietzinsanfechtungsverfahren. Der Kläger habe die Teilnichtigkeit des Mietvertrages in Bezug auf die Höhe des Anfangsmietzinses erst entdeckt, nachdem er sich im Zusammenhang mit der Kündigung des Mietvertrages vom 7. Dezember 2017 per 31. Januar 2018 rechtlich habe beraten lassen. Zuvor habe er den Anfangsmietzins im Irrtum darüber bezahlt, er sei in der vereinbarten Höhe verbindlich geschuldet. Mit seinem Schlichtungsgesuch vom 9. Februar 2018 habe er innert angemessener Frist seit Entdeckung des Formmangels bei der Schlichtungsbehörde Zürich die Anträge gestellt, es sei die Nichtigkeit des Anfangsmietzinses festzustellen und dieser sei auf das zulässige Mass herabzusetzen.

Bei der Mietsache handle es sich um ein kleines, unmöbliertes Zimmer ohne Küche und ohne Lavabo im Wohn- resp. Schlafzimmer. Fliessendes Wasser gebe es nur im WC resp. in der Dusche. Es gebe keine Küche und auch keine Kochnische, nur eine Mikrowelle. Der Kläger koche auf dem Fenstersims mit einem kleinen Kocher. Wenn ein normales Bett drin stehe, könne man das Zimmer sonst nicht

mehr gross möblieren. [...] Auf Frage des Gerichts führte der Kläger aus, das Zimmer sei vorne etwa 8 bis 10 m² gross und mit dem Gang und der Toilette höchstens 12 m². Es seien etwa 6 m und von der Front bis zur Wand bei der Dusche etwa 8 m. Aber er sei nicht gut mit Quadratmetern. Der Rechtsvertreter des Klägers bestritt die Grössenangaben des Beklagten und behauptete im Anschluss an die Angaben seines Klienten, das Mietobjekt sei höchstens 12 m² gross. Aufgrund der Grösse und Ausstattung könne beim Mietobjekt nicht von einer 1-Zimmerwohnung gesprochen werden. Vielmehr handle es sich um ein Zimmer bzw. Einzelzimmer mit Dusche/WC, gemeinhin als Studio bezeichnet. [...] Der Kläger bestritt den Umfang der vom Beklagten genannten Kosten von Fr. 2.1 Mio. für die Renovation der Liegenschaft in den Jahren 2015/2016. Der Beklagte und die Eigentümerin der Liegenschaft seien verpflichtet, alle erforderlichen Urkunden herauszugeben, die notwendig seien, um die Nettorendite berechnen zu können. Er bestritt den durch den Beklagten geltend gemachten Pachtvertrag zur Nutzung der Liegenschaft sowie den darin vereinbarten Betrag von Fr. 1'040.– pro Monat für jedes Zimmer. Bereits ein Blick in die Inserate auf homegate.ch für 1-Zimmerwohnungen (möbliert und unmöbliert) mache deutlich, dass der hier interessierende Mietzins über dem orts- und quartierüblichen Niveau für vergleichbare Objekte liege. Homegate.ch widerspiegle zudem nicht die orts- und quartierüblichen Mietzinse, sondern den Marktwert, welcher meistens deutlich höher liege.

2. *Beklagter*

Der Beklagte führte aus, richtig sei, dass er kein Anfangsmietzinsformular herausgegeben habe. Im vorliegenden Fall sei der Grund gewesen, dass es nach einem Umbau im Jahr 2016 keinen Anfangsmietzins gegeben habe [gemeint wohl: keinen früheren Mietzins, der mit dem Anfangsmietzins im vorliegenden Fall habe verglichen werden können]. Es sei aber keineswegs so, dass er das Formular mit Absicht nicht verwendet habe, geschweige denn in der Absicht der Irreführung des Klägers oder mit dem Ziel, diesen seiner Rechte zu berauben.

Die Liegenschaft sei in den Jahren 2015/2016 von einer uralten Liegenschaft in ein Haus mit 30 Einzimmerwohnungen umgebaut und neu vermietet worden. Vorher hätten sich darin ein Restaurant und verschiedene Drei- und Vierzimmerwoh-

nungen befunden. Die Renovationskosten der Liegenschaft hätten Fr. 2.1 Mio. betragen. [...] Im Mietpreis sei alles – Strom, Wasser, Heizung etc. – enthalten. Die entsprechenden Stromkosten, welche sonst gesondert aufgeführt würden und meistens zulasten des Mieters gingen, seien inklusive. Ebenso sei das WLAN inbegriffen. Das Zimmer resp. die Wohnung des Klägers sei 17 oder 18 m² gross. [...] Der Kläger habe die Möglichkeit, in einer Kochnische zu kochen. [...]

Der Beklagte nutze die Liegenschaft auf der Grundlage eines mündlichen Pachtvertrages. Pro Zimmer bezahle er Fr. 1'040.–. Der Pachtvertrag sei im Februar 2018 aufgelöst worden. In der Liegenschaft sei einzig noch der Kläger. Ansonsten würden sämtliche Liegenschaften zu Hotels umgebaut. Über Belege über den Ankauf resp. Liegenschafts Kauf oder Bankunterlagen verfüge er nicht und könne sie von der X. AG – der Eigentümerin Liegenschaft – auch nicht erhältlich machen. Allenfalls wäre es erforderlich, die X. AG zu verpflichten, die entsprechenden Unterlagen herauszugeben..

Die durch den Kläger eingereichten Inserate von homegate.ch zeigten alles ähnlich möblierte und nicht möblierte Einzimmerwohnungen in der Stadt Zürich im Kreis 5. Es gebe Mieten, die exakt den vom Beklagten verlangten entsprächen oder zum Teil noch höher seien.

III. Erwägungen

1. Zuständigkeit und Verfahrensart

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

1.2. In sachlicher bzw. funktioneller 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). Nach § 26 GOG kann der Mietgerichtspräsident eine Streitigkeit indes unabhängig vom Streitwert dem Kollegialgericht unterbreiten, was vorliegend mit Verfügung vom 8. November 2018 geschah.

1.3. 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. Sind die Parteien anwaltlich vertreten, soll und darf sich das Gericht wie im ordentlichen Verfahren zurückhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 = Pra 2016 Nr. 99; 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).

2. *Klageerweiterung*

2.1. Der Kläger beantragte anlässlich der Hauptverhandlung in Erweiterung seiner Klage die Rückerstattung von viel bezahltem Mietzins zuzüglich 5% Zins ab mittlerem Verfall.

2.2. Ob die Voraussetzungen für eine Klageänderung gegeben sind, stellt eine Prozessvoraussetzung dar (Art. 59 ZPO) und ist von Amtes wegen zu prüfen (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Art. 227 N 12). Die Klageänderung ist eine Änderung des Streitgegenstands und umfasst insbesondere eine inhaltliche Änderung der Rechtsbegehren, d.h. es wird mehr, Zusätzliches oder anderes verlangt als im ursprünglichen Begehren (OFK ZPO-ENGLER, 2. Aufl., Art. 227 N 2). Gemäss Art. 230 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO ist eine Klageänderung an der Hauptverhandlung nur zulässig, sofern die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt sind und sie zudem auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht. Bei unterbliebenem zweiten Schriftwechsel sowie fehlender vorgängiger Instruktionsverhandlung ist eine Klageänderung jedoch allein schon unter den Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO möglich (KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, 2. Aufl., Art. 230 N 5; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 230 N 1a). Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart

zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht.

2.3. Im Hinblick auf das Erfordernis der gleichen Verfahrensart stellt sich die Frage, ob die Klage auf Rückerstattung von zu viel bezahltem Mietzins als Streitigkeit betreffend Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu qualifizieren ist. Andernfalls wäre das vereinfachte Verfahren nur bis zu einem Rückerstattungsbetrag von bis zu Fr. 30'000.– anwendbar (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Gemäss Bundesgericht handelt es sich bei der Kombination der Klagen betreffend Nichtigkeit des Anfangsmietzinses und Rückerstattung von zu viel bezahltem Mietzins um eine Klagehäufung (siehe Ziffer II.3.3 mit weiteren Hinweisen). Eine solche setzt nach Art. 90 lit. b ZPO ebenfalls die gleiche Verfahrensart voraus. Die Streitwerte sind jedoch vorgängig zur Prüfung nach Art. 90 ZPO zusammenzurechnen (Art. 93 Abs. 1 ZPO; BGE 142 III 788 E. 4.2.3). Dies gilt gemäss Bundesgericht für Ansprüche, für welche allein aufgrund des Streitwertes unterschiedliche Verfahrensarten zur Anwendung gelangen, und kann nicht dazu führen, dass Streitigkeiten, welche gemäss Art. 243 Abs. 2 ZPO streitwertunabhängig im vereinfachten Verfahren zu behandeln sind, dem ordentlichen Verfahren zugeordnet werden. Den Begriff des Kündigungsschutzes im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO interpretiert das Bundesgericht weit (vgl. BGE 144 III 346 E. 1.2.2.1; BGE 142 III 278; BGE 139 III 457; HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, a.a.O., Art. 243 N 20). Ebenso versteht das Obergericht des Kantons Zürich den Begriff der Hinterlegung von Mietzinsen gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO weit und kam zum Schluss, dass sämtliche Mängelrechte gemäss Art. 259a OR darunter fallen, so dass diese unabhängig vom Streitwert im vereinfachten Verfahren geltend gemacht werden können (ZR 115 (2016) Nr. 6). Es liegt somit nahe, die in engem Zusammenhang mit der Anfechtung des Anfangsmietzinses stehende Klage auf Rückerstattung ebenfalls als Streitigkeit betreffend den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu qualifizieren. Vorliegend kann dies allerdings offen bleiben, zumal der Streitwert der Rückerstattungsklage – wie aufzuzeigen sein wird (siehe Ziffer IV.) – die Grenze von Fr. 30'000.– nicht überschreitet.

2.4. Vorliegend ist sowohl für die ursprünglichen als auch für die erweiterten Rechtsbegehren des Klägers das vereinfachte Verfahren anwendbar. Die Ansprüche stehen zudem unzweifelhaft in einem sachlichen Zusammenhang miteinander, zumal sie auf demselben Mietverhältnis beruhen und sich aus der Nichtigkeit des Anfangsmietzinses ergeben. Die Klageerweiterung des Klägers ist daher zulässig.

3. *Nichtigkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses*

3.1. Gestützt auf Art. 270 Abs. 2 OR können die Kantone im Falle von Wohnungsmangel für ihr Gebiet oder einen Teil davon die Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d OR beim Abschluss eines neuen Mietvertrages obligatorisch erklären. Der Kanton Zürich hat von dieser Möglichkeit seit dem 1. November 2013 Gebrauch gemacht (§ 229b EG ZGB/ZH). Das amtliche Formular muss dem Mieter bei Vertragsabschluss, spätestens aber bei der Übergabe der Mietsache ausgehändigt werden (BGE 140 III 583 E. 3.1 = Pra 2015 Nr. 102, publ. in: mp 1/15 S. 47 ff.; BGE 121 III 56 E. 2c). Bei Erstvermietung ist auf dem Formular anstelle des früheren Mietzinses zu vermerken, dass die Wohnung noch nie vermietet wurde (Urteil des Bundesgerichts 4A_132/2011 v. 1.6.2011 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_185/2008 v. 24.9.2008 E. 2.1). Fehlt das Formular, obwohl es obligatorisch ist, zieht dies zwar nicht die Nichtigkeit des ganzen Mietvertrages, aber die Nichtigkeit des Mietzinses nach sich (BGE 140 III 583 E. 3.2.1 a.a.O.; BGE 120 II 341 E. 5; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2013 v. 11.4.2014 E. 2.1 publ. in: mp 3/14 S. 227 ff.). Eine zeitliche Begrenzung für die Geltendmachung der Formnichtigkeit, etwa die Dauer des Mietvertrags, sieht der Gesetzgeber nicht vor. Einzig die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung können das schutzwürdige Interesse des Mieters an einer richterlichen Festsetzung des Mietzinses begrenzen (BGE 140 III 583 E. 3.2.3, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_254/2016 v. 10.7.2017 E. 3.1.3.1, publ. in: mp 4/17 S. 292 ff.; siehe dazu Ziffer II.5.). Genau betrachtet unterliegt der Verjährung allerdings nicht die gerichtliche Mietzinsfestsetzung, sondern nur der daraus allenfalls resultierende Rückforderungsanspruch. Dem zitierten Bundesgerichtsentscheid lässt sich auch keine Aussage entnehmen, wonach die richterliche Mietzinsfestsetzung nach Eintritt der

Verjährung *des Rückforderungsanspruchs* nicht mehr möglich wäre (insofern zu pauschal KOLLER, Einmal mehr: Fragwürdiges Mietrecht vom Mon-Repos, Jusletter, 20.11.2017 S. 4 f.; zutreffend CPra-DIETSCHY, Art. 270 N 81a).

3.2. Vorliegend ist unbestritten, dass der Beklagte das amtliche Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses nicht verwendet hat, womit sich der vertraglich vereinbarte Anfangsmietzins in der Höhe von monatlich Fr. 1'350.– als nichtig erweist. Es blieb zudem unwidersprochen, dass der Kläger erst im Zusammenhang mit der Anfechtung der Kündigung vom 7. Dezember 2017 Kenntnis des Formmangels erhalten hat. Mit Eingabe vom 9. Februar 2018 machte der Kläger die Klage bei der Schlichtungsbehörde anhängig. Damit hat er innert Jahresfrist von Art. 67 Abs. 1 OR gehandelt. Die Einrede der Verjährung des Rückforderungsanspruchs wurde auch nicht erhoben.

3.3. Im Falle der Nichtigkeit des Anfangsmietzinses kann der Mieter die richterliche Festsetzung des Anfangsmietzinses und die Rückerstattung von allenfalls zu viel bezahltem Mietzins verlangen, wenn der Mietvertrag abgeschlossen wurde, ohne dass das amtliche Formular verwendet wurde. [...] Die erste Klage zielt auf die richterliche Festsetzung des Mietzinses ab. Ihr geht eine Klage auf Feststellung voraus, dass der vereinbarte Mietzins nichtig ist. Die zweite Klage auf Rückerstattung ist die Folge davon (BGE 140 III 583 E. 3.2.3, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_254/2016 v. 10.7.2017 E. 3.1.3.1, a.a.O.).

3.4. Es geht bei der gerichtlichen Festsetzung des Anfangsmietzinses nicht um eine Missbrauchsprüfung im klassischen Sinne, sondern in erster Linie um die Schliessung der Vertragslücke, die durch die Nichtverwendung des Formulars zur Festsetzung des Anfangsmietzinses entstanden ist. Das Bundesgericht orientiert sich dabei nicht an bestimmten Kriterien, sondern überlässt den kantonalen Gerichten deren Auswahl nach den gesamten Umständen des Falles.

4. Festsetzung des Anfangsmietzinses

4.1. Grundlagen

Das Gericht verfügt bei der Festsetzung des Anfangsmietzinses über einen grossen Ermessensspielraum (BGE 139 III 13 E. 3.5.1, a.a.O.; BGE 124 III 62 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2013 v. 11.4.2014 E. 2.2.2, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2012 v. 28.8.2012 E. 2.4, publ. in: mp 1/13 S. 15 ff.). Soweit dafür taugliche Grundlagen vorhanden sind, kann es aufgrund der Anlagekosten des Mietobjekts eine Nettoenditeberechnung anstellen, denn diese Mietzinsgestaltung hat den Vorrang vor allen anderen Methoden zur Bestimmung des zulässigen Mietzinses (BGE 124 III 310 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2013 v. 11.4.2014 E. 2.2.2, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2012 v. 28.8.2012 E. 2.4, a.a.O.). Bei älteren Liegenschaften, die bereits vor mehreren Jahrzehnten gebaut und erworben wurden, d.h. wenn ihre Erstellung oder ihr letzter Erwerb beim Anfang der Miete mindestens 30 Jahre zurückliegt (BGE 144 III 514 E. 3.2), gilt diese Rangordnung nicht mehr. Vielmehr hat das Kriterium der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete Vorrang, da eine Renditeberechnung wegen des Alters der einzusetzenden Daten zum Nachteil des Vermieters zu unrealistischen Ergebnissen führen würde. Das Kriterium der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete hat hier gerade die Funktion, zwischen den Mieten älterer und neuerer Bauten einen gewissen Ausgleich zu schaffen (BGE 144 III 514 E. 3; BGE 141 III 569 E. 2.1.2, a.a.O.; BGE 139 III 13 E. 3.1.2, a.a.O.; BGE 124 III 310 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2013 v. 11.4.2014 E. 2.2.2, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2012 v. 28.8.2012 E. 2.4, a.a.O.). Zur Ermittlung der orts- und quartierüblichen Mietzinse muss das Gericht zumindest über fünf Mietzinse verfügen, die im Sinne von Art. 11 VMWG vergleichbar sind (BGE 139 III 13 E. 3.3, a.a.O.; BGE 136 III 74 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2013 v. 11.4.2014 E. 2.2.3, a.a.O.). Werden keine Vergleichsmieten vorgelegt, ist das Gericht nicht in der Lage, den ortsüblichen Mietzins im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzulegen.

Unter solchen Umständen muss es den zulässigen Mietzins aufgrund aller im Einzelfall verfügbaren Umstände festsetzen, damit keine Vertragslücke entsteht. Die

strengen Anforderungen an die Ermittlung einer Vergleichsmiete gelten dabei nicht mehr, denn wenn diese beweislos bliebe, könnte die Lücke sonst nicht geschlossen werden (BGE 139 III 13 E. 3.5.1, a.a.O.; BGE 124 III 62 E. 2b; BGE 123 III 317 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 4A_461/2015 v. 15.2.2016 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2013 v. 11.4.2014 E. 2.2.3, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2012 v. 28.8.2012 E. 2.4, a.a.O.). Das Gericht kann sich auf amtliche Statistiken im Sinne von Art. 11 Abs. 4 VMWG stützen. Die Rechtsprechung erlaubt es aus den genannten Gründen hier ausnahmsweise, auch auf Statistiken zurückzugreifen, welche nicht als Statistiken im Sinne von Art. 11 Abs. 4 VMWG zur Bestimmung der Vergleichsmiete tauglich sind, da sie zu wenig detailliert sind (wie z.B. die kantonalen Statistiken von Genf). Erforderlich ist für ein solches Vorgehen einzig, dass keine anderen tauglichen Beweise vorgelegt oder offeriert worden sind. Das Bundesgericht überprüft eine solche Mietzinsfestsetzung nur im Falle von Willkür (Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2013 v. 11.4.2014 E. 2.2.3, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2012 v. 28.8.2012 E. 2.4, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2007 v. 11.3.2008 E. 2.4, publ. in: mp 3/08 S. 171 ff.).

4.2. Nettorenditeberechnung und Vergleichsmiete

4.2.1. Aus den Informationen des GIS-Browsers des Kantons Zürich (Geografisches Informationssystem des Kantons Zürich; <https://maps.zh.ch/>), Karte Gebäudealter, ist ersichtlich, dass die Liegenschaft N.-strasse ... aus dem Jahr 1898 stammt. Wann die Liegenschaft durch die aktuelle Eigentümerin erworben wurde, ist nicht bekannt. Der Kläger verlangte die Edition aller erforderlichen Unterlagen für die Berechnung der Nettorendite, während der Beklagte geltend machte, nicht über Unterlagen für eine Nettorenditeberechnung zu verfügen. Zudem nutze er die Liegenschaft auf der Grundlage eines Pachtvertrages, in dessen Rahmen er monatlich Fr. 1'040.– pro Zimmer bezahle, und zwar angeblich unabhängig von der Grösse. Der Kläger bestritt dies. Beweismittel zum Pachtvertrag präsentierte oder offerierte der Beklagte trotz gerichtlicher Aufforderung und Hinweis auf die Mitwirkungspflicht nach Art. 160 ZPO sowie die Folgen ihrer Nichtbeachtung gemäss Art. 164 ZPO nicht. Er zeigte sich explizit nicht interessiert an entsprechenden Beweisanordnungen, etwa einer Beweisverfügung des Gerichts mit einer Fristansetzung zur Nachreichung von Unterlagen. Um Weiterungen zu vermeiden, war er

bereit, dem Kläger den Mietzins für die restliche Mietdauer, d.h. bis Ende September 2019, zu erlassen. Dies hat das Gericht gemäss Art. 164 ZPO bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Der Kläger liess die Angaben des Beklagten zwar bestreiten, stellte aber nicht substantiiert in Abrede, dass die Mietliegenschaft vom Beklagten nur gepachtet ist und nicht in seinem Eigentum steht. Dies kann sich aber nicht zum Nachteil des Klägers auswirken, denn welches auch immer die Grundlagen für eine Nettoenditeberechnung sein mögen (Anlagekosten bzw. Pachtzins), es ist der Beklagte, der sich an entsprechenden Erhebungen nicht beteiligen möchte.

4.2.2. Auch taugliche Vergleichsobjekte im Sinne von Art. 269a lit. a OR sowie Art. 11 VMWG nannten die Parteien nicht. Ob ein Mietzins orts- oder quartierüblich im Sinne von Art. 269a lit. a OR ist, bestimmt sich nach den tatsächlich bezahlten Mietzinsen, die für Wohnungen geschuldet sind, welche hinsichtlich Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit dem streitgegenständlichen Mietobjekt vergleichbar sind (Art. 11 Abs. 1 VMWG). 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, a.a.O.; BGE 136 III 74 E. 3.1; BGE 123 III 317 E. 4a). 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 141 III 569 E. 2.2.1, a.a.O.; ZK-HIGI, Art. 269a OR N 64 f; a.M. SVIT Komm.-B. ROHRER, 4. Aufl., Art. 269a N 25).

Der Beklagte enthielt sich jeglicher Angaben. Der Kläger verwies lediglich auf eine Sammlung von Homegate-Inseraten, welche aber als blosser Angebote zur Bestimmung der zurzeit im Quartier gestützt auf laufende Mietverträge tatsächlich bezahlten Mietzinse von vornherein nicht tauglich sind (vgl. BGE 141 III 569 E. 3.2.2.), ganz abgesehen davon, dass keine konkreten Behauptungen zu den relevanten Vergleichskriterien vorliegen, wie dies letztlich auch der Kläger einräumte. Soweit nach Einsicht in die Offerten gewisse Kriterien dennoch ersichtlich sind, verbietet sich ein Vergleich mit dem Mietobjekt allein schon aufgrund der Ausstattung der Vergleichsobjekte, welche allesamt über eine Küche im Mietobjekt

bzw. auf der Etage verfügen, und aufgrund der Grösse zweier Objekte von 24 und 27 m². Auch das vom Kläger offerierte Gutachten ist nicht einzuholen, denn nach der klaren und langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermöchte ein solches den konkreten Nachweis anhand von Vergleichsobjekten nicht zu ersetzen (zuletzt BGE 141 III 569 E. 2.2.1, a.a.O.).

4.3. Eigenschaften des Mietobjekts

4.3.1. Beim vorliegenden Mietobjekt handelt es sich – was unbestritten ist und sich auch aus dem Mietvertrag ergibt – um eine unmöblierte 1-Zimmerwohnung. Dieses verfügt jedoch nicht über eine voll funktionsfähige Küche, sondern lediglich über eine Mikrowelle sowie einen Kühlschrank. [...]

4.3.2. Betreffend Grösse des Mietobjekts sind sich die Parteien uneinig. Im Zivilprozess trägt grundsätzlich jene Partei die Beweislast, welche aus den von ihr behaupteten Tatsachen Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Da die Höhe des Mietzinseses ganz zentral von der Grösse der Wohnung abhängt, ist grundsätzlich der Beklagte für die Grösse beweisbelastet. Während der Beklagte explizit auf Beweisofferten verzichtete, offerierte der Kläger einen Augenschein.

Der Beklagte gab an, die Zimmer in der Liegenschaft N.-strasse ... seien alle etwa 15 bis 25 m² bzw. 20 bzw. 17 bis 18 m² gross [...]während der Rechtsvertreter des Klägers zunächst lediglich von einem "kleinen Mietobjekt" sprach bzw. von einem "Zimmerli" und ausführte, einen Augenschein zu begrüssen, um die genaue Grösse festzustellen. Nach dem Hinweis auf das Erfordernis einer substantiierten Bestreitung führte der Kläger auf Befragen aus, vorne sei das Zimmer etwa 8 bis 10 m² und mit dem Gang und der Toilette höchstens 12 m² gross. Auf die Aufforderung, Länge und Breite zu schätzen, meinte der Kläger, es seien etwa 6 m [gemeint wohl in der Breite] und von der Front bis zur Wand bei der Dusche etwa 8 m. Erst nach diesen Ausführungen nannte der Rechtsvertreter des Klägers eine konkrete Grösse und behauptete, das Mietobjekt sei 12 m² gross. Die Quadratmeter-Angaben des Klägers erscheinen zwar nicht als allzu zuverlässig, zumal er selber einräumte, er habe kein gutes Augenmass für die Grösse von Flächen, und sie insofern im Widerspruch zu seinen Längen- und Breitenangaben stehen, als

selbst bei einer unregelmässigen Form des Mietobjekts eine maximale Länge von 8 m und eine maximale Breite von 6 m zu einer weit grösseren Fläche führen müsste. Vor diesem Hintergrund allein müsste auch die vom Rechtsvertreter des Klägers am Ende der Verhandlung zugestandene Grösse von 12 m² infrage gestellt werden, denn sie beruhte nicht auf einer Messung, sondern auf den unzuverlässigen Angaben des Klägers selber.

Der Beklagte reichte allerdings zur Illustration der Probleme, die er mit den meist unterstützungsbedürftigen Mietern der Liegenschaft gehabt habe, eine Reihe von Fotos ein, die zwar wie schon erwähnt nicht vom konkreten Mietobjekt stammen, aber die Angaben des Klägers dennoch als plausibel erscheinen lassen. So zeigt das Zimmer in act. ... im Vordergrund ein ca. 2 m langes Bett, welches wohl in der Ecke beim Eingang aufgestellt ist. Dahinter steht ein Kühlschrank mit einer – wie allgemein bekannt ist – genormten Breite von 55 (Swissnorm) oder 60 cm (Euro-norm). Der Raum dürfte wohl etwa 4 m lang sein; die Breite lässt sich zwar nicht zuverlässig bestimmen, dürfte aber wohl nicht viel mehr als 2 m betragen, wenn der Schrank rechts und die Kommode dahinter unmittelbar an der Seitenwand stehen. Kommen ein Eingangsbereich und ein Bad hinzu, dürfte die Annahme einer Grösse von 12 m² durchaus korrekt sein. Zum gleichen Schluss führt die Betrachtung des Bildes in act. ...: Das Bettsofa im Vordergrund dürfte ca. 2 m lang sein. Davor reicht die geöffnete Tür fast bis zum Bett. Ein Türblatt weist für gewöhnlich eine Breite von 90 cm auf, so dass der ganze Raum nicht viel mehr als 2 m breit sein kann. Zwischen dem Sofa und dem Ausgang zeigt die offene Tür an, dass die Distanz zwischen dem nicht ganz abgebildeten Sofa und der Wand beim Ausgang maximal 1.5 m beträgt. Auch bei diesem Zimmer dürfte eine Fläche ohne Nasszellen von 8 bis 9 m² vorliegen.

Unter diesen Umständen war der Beklagte gehalten, seine widersprüchlichen Grössenangaben mit Beweisofferten zu untermauern. Da er dies trotz Nachfrage des Gerichts unterlassen und die Angaben des klägerischen Rechtsvertreters in der Replik nicht mehr infrage gestellt hat, ist von der Flächenangabe des Klägers auszugehen.

4.3.3. Wie ausgeführt, stammt die Liegenschaft gemäss Angaben des GIS-Browsers aus dem Jahr 1898, wurde jedoch 2015/2016 in ein Haus mit 30 Einzimmerwohnungen umgebaut. [...] Auch wenn Renovationskosten von Fr. 2.1 Mio. vom Beklagten nicht mit Beweisofferten oder Unterlagen untermauert wurden – die Kosten wurden wohl ohnehin nicht von ihm, sondern von der Verpächterseite getragen – deuten die erwähnten Fotos, auf denen moderne Lichtschalter [...] moderne Wohnungstüren sowie neuer, dunkler Parkett- oder Laminat-Boden erkennbar sind, trotz des anscheinend auf Mieterverhalten zurückzuführenden, erbärmlichen Zustands der Zimmer auf eine erst kurze Zeit zurückliegende Renovation hin. Dem entsprechenden gerichtlichen Hinweis hat der Kläger auch nicht widersprochen.

4.3.4. Das Mietobjekt liegt im Industriequartier, Quartierteil Gewerbeschule, welches sich nördlich des Hauptbahnhofes bzw. der Gleise bis zur Limmat erstreckt und durch den Bahndamm begrenzt wird. Als ehemaliges Industriequartier mit vielen Arbeiterwohnungen erfuhr dieses in jüngerer Zeit eine Aufwertung – ebenso wie schon seit einigen Jahren der nördlichere Teil des Kreises 5, Escher-Wyss. So entstehen neue Überbauungen am Gleisfeld, insbesondere die Projekte "Gleisribüne" und "Zollhaus", welche Wohn- und Gewerbeflächen bieten, sowie der Louis-Favre-Platz mit Restaurants (siehe Quartierspiegel S. 4, 6, 18 und 19, verfügbar auf «https://www.stadt-zuerich.ch/epaper/PRD/SSZ/QS/Quartierspiegel_051-Gewerbeschule_2015_output/web/flipviewerxpress.html»; zuletzt besucht am 20. Juni 2019).

In unmittelbarer Nähe zum Mietobjekt befindet sich die Tramhaltestelle O.-strasse, von wo aus der Limmatplatz und innert rund fünf Minuten der Hauptbahnhof Zürich innert zehn Minuten zu erreichen ist. Es kann somit von einer sehr guten Verkehrsanbindung sowie zentralen Lage in Nähe zu diversen Einkaufsmöglichkeiten, Banken, weiteren Dienstleistungen und Infrastruktureinrichtungen gesprochen werden.

4.3.5. Was die Lärmexposition betrifft, wurden die Parteien an der Hauptverhandlung vom Gericht auf die Karte Strassenlärm des GIS-Browsers hingewiesen. Die Karte zeigt die emissionsintensiven Strassen im Kanton Zürich auf, die in numme-

rierte Abschnitte unterteilt sind. Jede Adresse lässt sich mit der Suchfunktion individuell ansteuern. Mit einem Klick auf den entsprechenden Strassenabschnitt erhält man die lokalen durchschnittlichen Schalldruck-Emissionswerte tagsüber und nachts in Dezibel (dB).

Die von der Fachstelle Lärmschutz des Kantons Zürich veröffentlichten Immissionsgrenzwerte nach Art. 36 der Lärmschutzverordnung des Bundes (LSV), d.h. die 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 dB tagsüber und 60 dB nachts. Erreichen die Werte 75 bzw. 70 dB, ist gar der Alarmwert für Strassenlärm gemäss Lärmschutzverordnung erreicht (vgl. Anhang 3 Ziff. 2 LSV i.V.m. Art. 40 Abs. 1 LSV). Ein Fernseher auf Zimmerlautstärke entspricht einem Schalldruckpegel von 60 dB, während eine Hauptverkehrsstrasse im Abstand von 10 m einen Pegel von 80 bis 90 dB verursacht und ein [ungedämpfter] Presslufthammer einen solchen von 100 dB. Ein um 10 dB erhöhter Schalldruckpegel bedeutet auf der logarithmisch aufgebauten Dezibel-Skala, dass die stärkere Geräuschquelle als doppelt so laut empfunden wird wie die schwächere («<https://de.wikipedia.org/wiki/Schalldruckpegel>»; zuletzt besucht am 20. Juni 2019).

Das streitgegenständliche Mietobjekt befindet sich an einer Parallelstrasse zur Limmatstrasse, auf welcher die Tramlinien 4, 13 und 17 im Zwei- bis Vierminuten-Takt verkehren. Klickt man in der Lärmkarte des GIS-Browsers auf den Abschnitt bei der N.-strasse ..., so resultiert tagsüber ein Emissionswert von 66.7 dB, nachts ein solcher von 55.7 dB. Während der Wert in der Nacht noch nicht demjenigen eines Fernsehers auf Zimmerlautstärke entspricht, liegt derjenige am Tag darüber. Dabei sind die Immissionsgrenzwerte von 65 dB tagsüber und 55 dB nachts für die Empfindlichkeitsstufe III, d.h. Zonen, in denen mässig störende Betriebe zugelassen sind, namentlich Wohn- und Gewerbezone (vgl. Art. 43 Abs. 1 lit. c LSV sowie deren Anhang 3 Ziff. 2), erreicht. Es handelt sich somit nicht um eine ruhige Wohnlage. Vielmehr wirkt sich die Lärmexposition nachteilig auf das Mietobjekt aus.

4.3.6. Zusammengefasst handelt es sich beim streitgegenständlichen Mietobjekt um eine bei Einzug frisch renovierte, ca. 12 m² grosse 1-Zimmerwohnung ohne funktionsfähige Küche, jedoch mit Kühlschrank und Mikrowelle, an eher lärmiger Lage, indes zentral gelegen und mit guter Verkehrsanbindung.

4.4. Bestimmung des Mietzinses

4.4.1. Wie schon erwähnt, helfen die Kriterien der Nettorenditeberechnung und der Vergleichsmiete für die Bestimmung des Mietzinses im vorliegenden Fall nicht weiter. Eine Orientierung am Mietzins des Vormieters (vgl. BGE 139 III 13 E. 3.5.2, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2012 v. 28.8.2012 E. 2.4, a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 4A_576/2008 v. 19.2.2009 E. 2.4, publ. in: mp 1/10 S. 41) fällt vorliegend ebenso ausser Betracht, da die Liegenschaft – wie erwähnt – vor Einzug des Klägers in 1-Zimmerwohnungen umgebaut und renoviert worden ist. Ebenso kann auf den vom Beklagten angegebenen Pachtzins von Fr. 1'040.– pro Zimmer nicht abgestellt werden, da der Kläger diese Angabe bestritt und der Beklagte von Beweisofferten dazu bewusst absah. Dieser Umstand ist wegen der damit einher gehenden Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit allerdings zulasten des Beklagten zu würdigen (Art. 164 ZPO).

4.4.2. Für Zürich existiert eine Mietpreis-Strukturerhebung aus dem Jahr 2006 (abrufbar unter «https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/Analysen/A_001_2008.html»; zuletzt besucht am 20. Juni 2019; die Studie kann auf der genannten Seite als PDF-Dokument heruntergeladen werden, deren Seiten im Folgenden zitiert werden). Zwar ist die Statistik anerkanntermassen nicht detailliert genug, dass man damit die Vergleichsmiete direkt bestimmen könnte, zumal nicht sämtliche zum Vergleich notwendigen Kriterien darin aufgeführt sind. Die Strukturerhebung enthält aber immerhin auf S. 38 f. die erhobenen Quadratmeterpreise – jeweils einen Mittelwert sowie eine untere und obere Grenze des 95%-Vertrauensintervalles (Bereich, in welchem bei zufälliger Auswahl 95% aller für die Statistik erhobenen Mietzinse liegen) – für 1- bis 5-Zimmerwohnungen auf dem privaten Markt des Jahres 2006. Die Zahlen sind nach Stadtquartieren geordnet, wobei die traditionellen 22 Quartiere der Stadt Zürich zum Teil in Untereinheiten aufgeteilt sind.

Die im Jahr 2006 errechneten Werte gemäss Mietpreis-Strukturerhebung für 1-Zimmerwohnungen im Industriequartier, Unterquartier Gewerbeschule, zeigen bei einem 95%-Vertrauensintervall zwischen Fr. 29.20 und Fr. 36.20/m² einen Mittelwert von Fr. 32.70/m² (Strukturerhebung S. 38). Dass das Mietobjekt bei Einzug frisch renoviert war, mit Parkett- oder Laminat-Boden ausgestattet ist sowie über eine gute Verkehrsanbindung verfügt und zentral gelegen ist, wirkt sich erhöhend auf den Mietzins aus. Diese Faktoren werden indes durch die Lärmexponiertheit sowie die fehlende Küche wieder ausgeglichen. Vorliegend rechtfertigt es sich damit, für die Festlegung des Anfangsmietzinses vom Mittelwert auszugehen, mit hin Fr. 32.70/m². Berücksichtigt man den Mietpreisindex der Stadt Zürich (Basis 2005), zeigt sich zwischen der Mietpreisstrukturerhebung 2006 und dem Mietbeginn am 11. Dezember 2016 ein Anstieg des allgemeinen Mietniveaus um 10.9% («<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bauen-wohnen/mietpreise/mietpreisindex/mietpreisindex.html>»; zuletzt besucht am 20. Juni 2019). Erhöht man den durchschnittlichen Quadratmeterpreis gemäss Mietpreis-Strukturerhebung, vorliegend Fr. 32.70, um den Anstieg des Mietpreisindexes von 10.9% und multipliziert das Resultat mit 12 m², so ergibt sich ein statistischer Nettomietzins von Fr. 435.– pro Monat.

4.4.3. Für die Strukturpreiserhebung wurden zwar die Nettomietzinse erhoben, dabei aber davon ausgegangen, dass als Nebenkosten einzig die Kosten für Heizung, Warmwasser und separate, hinzugemietete Räume ausgeschieden sind (Strukturpreiserhebung, a.a.O., S. 4 u.). Vorliegend sind gemäss Mietvertrag im Nettomietzins sowohl Heizungs- und Warmwasserkosten, Wasser- und Abwasserkosten, Hauswartung sowie Allgemeinstrom enthalten. Zudem führte der Beklagte unwidersprochen aus, Strom sowie WLAN seien im Mietzins inklusive. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit zwischen der Statistik und dem vorliegendem Mietzins sind somit auf den ermittelten Nettomietzins Zuschläge von Fr. 70.– für Heiz- und Wasserkosten, Fr. 40.– für WLAN und Fr. 35.– für Stromkosten hinzuzurechnen. Der Anfangsmietzins ist somit unter Würdigung aller Umstände auf Fr. 580.– pro Monat festzulegen.

5. *Rückerstattung*

5.1. Der Kläger verlangt die Rückerstattung von zuviel bezahltem Mietzins zuzüglich Zins zu 5% seit mittlerem Verfall.

5.2. Die Klage auf Rückerstattung von zu viel bezahltem Mietzins im Anschluss an die richterliche Festsetzung des Mietzinses verlangt die Rückerstattung einer Leistung, die ohne Rechtsgrund erbracht worden ist. Diese richtet sich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR; BGE 140 III 583 E. 3.2.3, a.a.O.; BGE 130 III 504 E. 6.2, publ. in: mp 3/04 S. 134 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_254/2016 v. 10.7.2016 E. 3.1.3.1, a.a.O.). Die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Bereicherungsanspruch Kenntnis hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR; Art. 128 Ziff. 1 OR). Innert dieser Verjährungsfrist, oder solange der Vermieter die Einrede der eingetretenen Verjährung nicht geltend macht (Art. 142 OR), gibt es keine zeitliche Begrenzung für diese Klage (BGE 140 III 583 E. 3.2.3, a.a.O.; BGE 142 III 369 E. 3, publ. in: mp 3/16 S. 253 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_254/2016 v. 10.7.2017 E. 3.1.3.1, a.a.O.).

5.3. Wie ausgeführt wurde und unstrittig ist, hat der Kläger innert Jahresfrist seit Kenntnisnahme des Formmangels mit Klage vom 9. Februar 2018 gehandelt. Der Beklagte erhob denn auch nicht die Verjährungseinrede, womit darauf ohnehin nicht einzugehen ist (Art. 142 OR). Vorliegend hat der Kläger den im Mietvertrag festgehaltenen Mietzins von monatlich Fr. 1'350.– seit Mietbeginn am 11. Dezember 2016 bezahlt, in der Annahme, dieser sei geschuldet. Da sich der Anfangsmietzins als nichtig erweist und mit vorliegendem Urteil auf monatliche Fr. 580.– festgesetzt wird, hat der Kläger die Differenz ohne Rechtsgrund erbracht. Durch die Zahlungen entstand eine Vermögensverschiebung vom Kläger zum Beklagten. Während beim Kläger eine Entreicherung in diesem Umfang vorliegt, entstand beim Beklagten eine Bereicherung. Der Beklagte hat dem Kläger den zu viel bezahlten Mietzins zu erstatten. Da nicht bekannt ist, welche Mietzinse im Zeitpunkt des Urteils offen bzw. beglichen sind, kann der Rückerstattungsanspruch im Urteil nur indirekt bestimmt werden. Im Hinblick auf eine Zwangsvoll-

streckung kann heute nur festgehalten werden, dass der Anspruch seit Mietbeginn pro Monat Fr. 770.– beträgt, soweit der Kläger jeweils den vereinbarten Betrag von Fr. 1'350.– pro Monat bezahlt hat.

5.4. Nach der Rechtsprechung gehört zu der ungerechtfertigten Bereicherung, die gemäss Art. 62 ff. OR zurückzuerstatten ist, unabhängig von einem Verzug auch der Zins, den der ungerechtfertigt Bereicherte in der Zeit zwischen dem Empfang und der Rückerstattung der Leistung bezogen hat (BGE 143 II 37 E. 5.4; BGE 120 II 259 E. 5; BGE 116 II 689 E. 3b/bb; BGE 84 II 179 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 2C_351/2015 v. 23.5.2016 E. 4.4). Kapital und daraus gezogene Zinsen bilden eine Einheit (BK OR-WEBER, 2. Aufl., Art. 73 OR N 40; BSK OR I-SCHULIN, 6. Aufl., Art. 64 N 4b; BGE 116 II 689 E. 3b/bb). Ein Zins kann unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung jedoch nicht zugesprochen werden, wenn die Zinsfrage etwa jeglicher Begründung ermangelt. Davon sind Verzugszinsen zu unterscheiden, die nach Eintritt des Verzugs des Bereicherungsschuldners nach Art. 104 OR verlangt werden können (BSK OR I-SCHULIN, a.a.O., Art. 64 N 4b). Gemäss Lehre und Rechtsprechung wird bei der *condictio sine causa* die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung schon mit der (ungerechtfertigten) Zahlung zur Rückzahlung fällig (BSK OR I-HUWILER, a.a.O., Art. 67 N 3; Urteil des Bundesgerichts 2C_351/2015 v. 23.5.2016 E. 5.3.1). Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt, es sei denn, es wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet (Art. 102 OR). Die Abrede, die Mietzinse zu Beginn einer bestimmten Periode zu bezahlen, beinhaltet nebst der periodischen Zahlungspflicht des Mieters regelmässig eine Verfalltagsabrede im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR. Der Verzug des Mieters tritt in diesen Fällen ohne Mahnung ein (SVIT Komm.-BIBER, a.a.O., Art. 257c OR N 10; Mietrecht für die Praxis/WETTSTEIN, 9. Aufl., S. 300; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 257c OR N 15). Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszinse zu fünf von Hundert für das Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR).

5.5. Der Kläger begründete die Zinsforderung nicht weiter, womit ein Zins unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung nicht zugesprochen werden kann. Unabhängig davon ist der Anspruch auf Verzugszins zu beurteilen. Zumal eine Leistung

ohne Rechtsgrund vorliegt, wurde der Rückforderungsanspruch des Klägers bereits mit den jeweiligen Zahlungen der (zu hohen) Mietzinse fällig. Gemäss Mietvertrag vom 15. Dezember 2016 ist der Mietzins je zu Beginn des laufenden Monats zahlbar, womit ein Verfalltag gemäss Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart wurde. Gerät der Mieter bei Zahlungsrückstand aufgrund der Verfalltagsabrede sofort in Verzug, muss dies umgekehrt auch für den Vermieter gelten, wenn er zufolge einer nichtigen Anfangsmietzinsfestsetzung einen zu hohen Betrag erhalten hat. Dem Kläger ist daher auf die Rückforderungssumme 5% Zins seit mittlerem Verfall zuzusprechen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Grundlage für die Festsetzung der Gebühren bilden im Zivilprozess der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Bei einer Klagehäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO).

Angaben zum Streitwert fehlen vorliegend – trotz Hinweis – bis zum heutigen Zeitpunkt. Der Kläger erklärte sich als Folge der fehlenden Unterlagen ausserstande, sich zum Streitwert zu äussern. Die Streitwertangabe in der Klage ist nach Art. 244 Abs. 1 lit. d ZPO "wenn nötig" vorgesehen, erübrigte sich aber vorliegend, da die Streitsache mit Verfügung und Beschluss vom 8. November 2018 unabhängig vom Streitwert dem Kollegialgericht unterbreitet wurde und nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt. Ausnahmsweise ist der Streitwert durch das Gericht festzusetzen.

Vorliegend bemisst sich der Streitwert anhand der Differenz zwischen dem vereinbarten sowie dem gerichtlich festgesetzten Anfangsmietzins. Da das Mietverhältnis am 11. Dezember 2016 begann und per Ende September 2019 beendet wird, ist die konkrete Mietdauer von insgesamt 33.5 Monaten zu berücksichtigen – und

nicht der zwanzigfache Betrag als Kapitalwert gemäss Art. 92 Abs. 2 ZPO. Damit beträgt der Streitwert betreffend Anfangsmietzins Fr. 25'795.– (Fr. 1'350.– – Fr. 580.– x 33.5 Monate). Da der Rückerstattungsanspruch nicht unabhängig vom Entscheid über den Mietzins bestehen kann, fällt er für die Streitwertberechnung ausser Betracht (Art. 93 Abs. 1 ZPO).

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 ZPO). Vorliegend obsiegt der Kläger vollumfänglich. Die Gerichtskosten sind daher dem Beklagten aufzuerlegen. Er ist ausserdem zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Die ordentliche Gerichtsgebühr ist gemäss § 4 Abs. 3 GebV, die Parteientschädigung gemäss § 4 Abs. 3 AnwGebV je um 1/3 zu ermässigen.

(...) “

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2019, 29. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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