

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PD190018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

## Urteil vom 18. März 2020

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend

### **Anfechtung Anfangsmietzins**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 16. September 2019 (ME190001)

## Erwägungen:

### I.

#### **Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Mieter) schloss am 18. März 2019 einen Mietvertrag mit der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Vermieterin) für die 2-Zimmer-Wohnung am C.\_\_\_\_-weg ... in ... Zürich. Als Mietbeginn wurde der 1. April 2019 vereinbart und der Bruttomietzins auf Fr. 1'820.– festgelegt (act. 3/4). Mit amtlich genehmigtem Formular (Mitteilung Anfangsmietzins) vom 28. Februar 2019 teilte die Vermieterin dem Mieter sodann den früheren Bruttomietzins für das vorgenannte Mietobjekt mit. Dieser betrug Fr. 1'795.– (act. 3/3).

2. Mit Einschreiben vom 26. April 2019 (Datum Poststempel) machte der Mieter in der Folge ein Schlichtungsverfahren bei der Schlichtungsbehörde Zürich anhängig und focht damit den Anfangsmietzins als missbräuchlich an (act. 6/1 = act. 3/5). Nach erfolglos durchgeführtem Schlichtungsversuch wurde dem Mieter am 14. Juni 2019 die Klagebewilligung ausgestellt (act. 4).

3. Mit Eingabe vom 2. September 2019 erhob der Mieter daraufhin fristgemäss Klage gegen die Vermieterin beim Mietgericht Zürich (nachfolgend: Vorinstanz), wobei er die folgenden Rechtsbegehren stellte (act. 1):

- "1. Es sei der Anfangsmietzins gemäss Mietvertrag vom 18. März 2019 für die 2-Zimmer Mietwohnung, 1. OG, am C.\_\_\_\_-weg ... in ... Zürich für missbräuchlich zu erklären, und auf ein noch zu bezifferndes Mass zu reduzieren.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Der Mieter begründete die von ihm behauptete Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses in der Klage einerseits mit der Erzielung einer übersetzten Nettorendite durch die Vermieterin und andererseits mit fehlender Orts- und Quar-

tierüblichkeit (vgl. act. 1 Rz. 7). Die Vorinstanz ist auf die Klage des Mieters mit Verfügung vom 16. September 2019 nicht eingetreten (act. 11 = act. 13).

4. Gegen die Verfügung des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 16. September 2019 erhob der Mieter mit Eingabe vom 18. Oktober 2019 Beschwerde bei der Kammer, wobei er folgende Anträge stellte (act. 12 S. 2):

- "1. Die angefochtene Verfügung des Mietgerichts Zürich vom 16. September 2018, Verfahren ME190001, sei aufzuheben und die Streitsache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, auf die Klage einzutreten.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten/Berufungsgegnerin."

5. Mit Verfügung vom 8. November 2019 wurde dem Mieter Frist zur Leistung eines Vorschusses für die mutmasslich anfallenden Gerichtskosten angesetzt und die weitere Prozessleitung delegiert (act. 16). Der Kostenvorschuss wurde am 18. November 2019 fristgerecht geleistet (act. 18).

6. Mit Eingabe vom 19. November 2019 legitimierte sich Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als Rechtsvertreter der Vermieterin (act. 19). In der Folge wurde der Vermieterin mit Verfügung vom 21. November 2019 Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort angesetzt (act. 21). Mit Eingabe vom 10. Januar 2020 (Datum Postaufgabe) teilte die Vermieterin mit, auf das Stellen eines Antrages im Beschwerdeverfahren zu verzichten (act. 24 S. 2). Dennoch äusserte sich die Vermieterin in der Eingabe vom 10. Januar 2020 insbesondere zur Verlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie zu den Umständen betreffend Einforderung von sachdienlichen Unterlagen für die Berechnung der Nettorendite (vgl. act. 24 S. 2 ff.).

7. Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel ist abgeschlossen (Art. 322 ZPO). Dem Mieter ist das Doppel der Eingabe der Vermieterin vom 10. Januar 2020 (act. 24) mit dem vorliegenden Entscheid nur noch zur Kenntnisnahme zu-

zustellen. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1 - 9). Somit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

## II.

### Zur Beschwerde im Einzelnen

#### 1. Prozessuales

1.1 Ein Nichteintretensentscheid ist ein Endentscheid. Da für die vorliegende Streitsache von dem vom Mieter angegebenen Mindeststreitwert in der Höhe von Fr. 6'000.– auszugehen ist (vgl. dazu nachstehende E. III./3), ist gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid als Rechtsmittel die Beschwerde gegeben.

1.2 Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen ab der Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzureichen. Der vorinstanzliche Entscheid wurde dem Mieter am 18. September 2019 zugestellt (act. 8). Mit der Beschwerdeschrift vom 18. Oktober 2019 (act. 12) wurde die Rechtsmittelfrist somit gewahrt und die Beschwerde ist rechtzeitig erfolgt.

1.3 Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

#### 2. Materielles

##### 2.1 Vorinstanzlicher Entscheid

Die Vorinstanz begründete ihr Nichteintreten auf die Klage des Mieters zusammengefasst damit, dass dieser im Rechtsbegehren nicht etwa die Festsetzung des Anfangsmietzinses auf einen bestimmten Betrag, sondern bloss dessen Reduktion auf ein von ihm nach Durchführung eines Beweisverfahrens noch zu bezifferndes Mass verlangt habe. Damit habe er eine unbezifferte (Gestaltungs-) Klage eingereicht. Eine unbezifferte Klage sei indes nur zulässig, wenn die kla-

gende Partei die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer Bezifferung der Klage nachweise; blosses Behaupten genüge nicht. Der Mieter habe zur Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer Bezifferung der Klage vor Abschluss des Beweisverfahrens einzig ausgeführt, die Vermieterin habe ihm bis anhin keine Informationen zur Ertragsberechnung zur Verfügung gestellt. Dass er die Vermieterin erfolglos zur Herausgabe der dafür erforderlichen Unterlagen aufgefordert habe, mache er hingegen nicht geltend. Zudem habe der Mieter keine Unterlagen zur Ermittlung der orts- und quartierüblichen Vergleichsmieten eingereicht, sondern bloss deren Nachreichung angekündigt. Dabei sei es die Sache der beweisbelasteten Partei (hier des Mieters), schon im Behauptungsstadium Vergleichsobjekte konkret zu bezeichnen. Insgesamt fehle es damit am Nachweis bzw. nur schon an einer tauglichen Beweisofferte, dass sich der Mieter darum bemüht habe, die für eine Bezifferung der Klage notwendigen Angaben bei der Vermieterin oder Dritten erhältlich zu machen. Unter diesen Umständen sei weder eine Unmöglichkeit noch eine Unzumutbarkeit der Bezifferung der Klage dargetan, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei (vgl. act. 11 = act. 13).

## 2.2 Rügen des Mieters

2.2.1 Der Mieter rügt zunächst eine unrichtige Anwendung von Art. 59 ZPO durch die Vorinstanz, indem diese das Rechtsbegehren auf Feststellung der Nichtigkeit des Anfangsmietzinses als unbezifferte Gestaltungsklage gewürdigt habe. Dieses Begehren sei nämlich insofern beziffert, als der Anfangsmietzins bei Feststellung von dessen Missbräuchlichkeit ohne Weiteres auf denjenigen Mietzins reduziert werde, welchen der letzte Mieter vor der Neufestsetzung bezahlt habe (somit auf den früheren Mietzins). Eine entsprechende Bezifferung sei daher weder notwendig noch zu behaupten oder zu begründen. Dementsprechend hätte die Vorinstanz nach Ansicht des Mieters zumindest auf dieses (bezifferte) Klagebegehren eintreten müssen (vgl. act. 12 Rz. 6).

2.2.2 Weiter moniert der Mieter in der Beschwerdeschrift eine unrichtige Anwendung der Art. 85 ZPO, Art. 243 Abs. 2 lit c ZPO, Art. 244 Abs. 2 ZPO und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO. Zusammengefasst erachtet er Art. 85 ZPO auf die vorliegende Streitsache zwar grundsätzlich als anwendbar, rügt aber den Schluss der

Vorinstanz, der Mieter habe weder rechtsgenügend behauptet noch nachgewiesen, dass es ihm unmöglich oder unzumutbar i.S.v. Art. 85 Abs. 1 ZPO gewesen sei, seine Klage (auf Reduktion des Mietzinses zufolge Erzielung einer übersetzten Rendite, die er selbst als Forderungsklage qualifiziert; vgl. act. 12 Rz. 7) zu beziffern. In Verletzung der Art. 244 Abs. 2 ZPO und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO habe die Vorinstanz zu Unrecht vorausgesetzt, dass der Mieter seine Klage trotz Anwendung des vereinfachten Verfahrens und Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime bereits bei deren Einreichung eingehend und vollständig begründe und diese Begründung sogleich mit den zugehörigen Beweismitteln nachweise (act. 12 Rz. 9). Selbst wenn man aber von einer unbezifferten Klage des Mieters ausginge – so dieser weiter – dürfe ihm kein Nachteil daraus erwachsen, dass er seine Klage im vereinfachten Verfahren bereits summarisch begründet habe, denn dazu sei er schliesslich (noch) nicht verpflichtet gewesen (act. 12 Rz. 17). Im Übrigen ergebe sich aber ohnehin bereits aus den Ausführungen des Mieters in der Klage sowie aus den damit eingereichten Dokumenten, dass der Mieter von der Vermieterin die Herausgabe der zur Berechnung des Anfangsmietzinses und der erzielten Rendite erforderlichen Dokumente verlangt, er diese von der Vermieterin bis zur Klageeinleitung aber nicht erhalten habe und ihm deshalb eine Bezifferung seiner Forderung unmöglich gewesen sei (act. 12 Rz. 10). In der Klage vom 2. September 2019 habe er zwar nicht explizit behauptet, die Vermieterin zum Vorlegen der für die Renditeberechnung nötigen Unterlagen aufgefordert zu haben; dass er dies tatsächlich aber (erfolglos) getan habe, ergebe sich schliesslich unzweifelhaft aus seinen Ausführungen in der Klage und den damit eingereichten Dokumenten, insbesondere aus dem Schlichtungsbegehren vom 25. April 2019. Damit habe er entgegen der Ansicht der Vorinstanz sehr wohl dargelegt, dass und weshalb ihm die Bezifferung seiner Forderung zu Beginn des Prozesses unmöglich gewesen sei (act. 12 Rz. 10).

2.2.3 Im Übrigen sei gerichtsnotorisch, dass die Schlichtungsbehörde Zürich die Vermieterschaft mit der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung jeweils auffordere, die Grundlagen zur Renditeberechnung vorgängig einzureichen oder spätestens an die Verhandlung mitzubringen (act. 12 Rz. 11). Damit stehe fest, dass die Vermieterin nicht nur vom Mieter, sondern gar behördlich dazu aufgefordert wor-

den sei, Unterlagen zur Renditeberechnung vorzulegen. Die vorinstanzliche Feststellung, der Mieter habe nicht geltend gemacht, dass er die Beklagte erfolglos zur Herausgabe der für die Ertragsüberprüfung erforderlichen Unterlagen aufgefordert habe, sei deshalb klar aktenwidrig, jedenfalls aber überspitzt formalistisch (act. 12 Rz. 14).

2.2.4 Schliesslich sei die Klage aber ohnehin nicht gänzlich unbeziffert eingereicht worden, habe der Mieter den Mindeststreitwert in der Klage doch immerhin mit Fr. 6'000.– beziffert und diesen mit der Differenz zwischen dem vormaligen Mietzins und dem neuen Mietzins begründet. Daraus sei für die Vorinstanz ersichtlich gewesen, dass der Mieter den Anfangsmietzins mindestens auf die Höhe des Vormietzinses (früherer Mietzins) reduziert haben wolle (act. 12 Rz. 16).

### 2.3 Vorbringen der Vermieterin

2.3.1 Die Vermieterin hat, wie bereits im Rahmen der Prozessgeschichte ausgeführt, im Beschwerdeverfahren keine formellen Anträge gestellt (act. 24 S. 2). Trotzdem hat sie in ihrer Eingabe vom 10. Januar 2020 aber über rund drei Seiten hinweg Ausführungen zu den Vorbringen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift gemacht.

2.3.2 Zusammengefasst macht die Vermieterin geltend, entgegen der Behauptung des Mieters reduziere sich der angefochtene Anfangsmietzins im Falle der Feststellung von dessen Missbräuchlichkeit nicht ohne Weiteres auf den vom Vormieter bezahlten Mietzins (act. 24 Ziff. 2). Weiter weist sie in der Eingabe vom 10. Januar 2020 darauf hin, dass im vereinfachten Verfahren die Klage zwar nicht begründet eingereicht werden müsse, das Rechtsbegehren aber auch dort derart auszuformulieren sei, so dass dieses bei Gutheissung der Klage ins Dispositiv aufgenommen werden könnte (act. 24 Ziff. 3). Weiter bringt die Vermieterin in der Eingabe vom 10. Januar 2020 im Wesentlichen vor, sie sei weder im laufenden Prozess noch ausserhalb der gerichtlichen Auseinandersetzung jemals dazu aufgefordert worden, dem Mieter oder der Schlichtungsbehörde sachdienliche Belege für die Renditenberechnung vorzulegen. Eine solche Aufforderung könne von einer anwaltlich nicht vertretenen Partei insbesondere aus dem letzten Satz der

Eingabe des Mieters vom 25. April 2019 an die Schlichtungsbehörde nicht herausgegeben werden. Es sei daher zutreffend, dass der Mieter mangels Aufforderung von der Vermieterin bis zur Klageeinleitung vor Schlichtungsbehörde am 25. April 2019 keinerlei Informationen zur Ertragsberechnung erhalten habe. (act. 24 S. 4 Ziff. 4).

2.3.3 In Bezug auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens hat die Vermieterin ausgeführt, da die angefochtene vorinstanzliche Verfügung ohne vorgängige Einholung eine Stellungnahme ihrerseits ergangen sei, könne sie (die Vermieterin) ungeachtet des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens nicht dazu verpflichtet werden, dem Mieter eine Parteientschädigung zu bezahlen. Allfällige Kosten des Beschwerdeverfahrens seien der Staatskasse aufzuerlegen (act. 24 Ziff. 1).

## 2.4 Würdigung

2.4.1 Für Prozesse betreffend den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Im Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens kann die Klage schriftlich eingereicht oder mündlich zu Protokoll gegeben werden, wobei sie die Bezeichnung der Parteien, das Rechtsbegehren, die Bezeichnung des Streitgegenstandes, sofern nötig die Angabe eines Streitwertes sowie Datum und Unterschrift zu enthalten hat (Art. 244 Abs. 1 ZPO). Eine Klagebegründung ist demgegenüber nicht erforderlich (vgl. Art. 244 Abs. 2 ZPO). An den Inhalt und die Form einer Klage im vereinfachten Verfahren werden damit zwar geringere Anforderungen gestellt als im ordentlichen Verfahren, doch ergeben sich insbesondere in Bezug auf die Formulierung des Rechtsbegehrens keine Unterschiede aufgrund der anwendbaren Verfahrensart. Auch eine im vereinfachten Verfahren zu behandelnde Klage hat ein konkret, klar und bestimmt formuliertes Rechtsbegehren zu enthalten, mit dem die Partei zum Ausdruck bringt, was sie will (vgl. Art. 84 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl., Art. 221 ZPO N 12 und 18). Grundsätzlich ist ein Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden kann (vgl. BGE 137 III 617, E. 4.3, S. 61, m.w.H.). Dies gebietet einerseits der Dispositionsgrundsatz nach Art. 58 Abs. 1 ZPO und

andererseits der Anspruch der Gegenpartei auf Wahrung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV), da diese wissen muss, wogegen sie sich zu verteidigen hat. Wird mit der Klage eine Geldleistung verlangt, ist diese deshalb im Betrag stets zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Genügt ein Rechtsbegehren den prozessualen Bestimmtheitsanforderungen nicht, ist darauf nicht einzutreten (vgl. etwa BGE 131 III 70, E. 3, S. 72).

2.4.2 Als Ausnahme von diesem Grundsatz lässt die ZPO aber immerhin dann unbezifferte Begehren zu, sofern bzw. solange es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, ein bestimmtes Rechtsbegehren zu stellen (vgl. Art. 85 Abs. 1 ZPO). Die Bezifferung des Rechtsbegehrens ist nachzuholen, sobald die Partei (nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die Gegenpartei) dazu in der Lage ist. Bei Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage ist zudem ein Mindeststreitwert anzugeben, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 ZPO).

2.4.3 Bei der hier zu beurteilenden Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses handelt es sich um eine Gestaltungsklage, wird doch damit nichts anderes als die (richterliche) Anpassung eines übersetzten Mietzinses im Sinne der Art. 269 ff. OR auf ein noch zulässiges Mass verlangt (vgl. z.B. HIGI, in: ZK OR, Die Miete, Dritte Lieferung, 4. Aufl., Art. 269 - 270e OR, N 57 zu Art. 270). Da die mit der mietrechtlichen Anfechtungsklage angebehrte Umgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien (konkret der Mietvertrag) aber letztlich geldwert und genau bezifferbar ist, kann vom Mieter verlangt werden, dass er die bezifferbare(n) Komponente(n) seiner Gestaltungsklage auch tatsächlich beziffert.

2.4.4 Dem Rechtsbegehren des Mieters (act. 1 S. 2) kann zwar entnommen werden, dass er nebst der Feststellung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses dessen Reduktion verlangt. Indes ergibt sich daraus nicht, auf welchen Betrag er den Mietzins herabgesetzt haben will, weshalb die Vorinstanz die Klage zu Recht als unbeziffert qualifiziert hat. Soweit der Mieter in der Beschwerde dagegen argumentiert, sein Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit des Anfangsmietzinses sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz sehr wohl beziffert gewesen, da sich der Anfangsmietzins bei Feststellung von dessen Missbräuchlichkeit

ohne Weiteres auf den Mietzins des Vormieters (früheren Mietzins) reduziere, kann ihm nicht gefolgt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt zwar der als missbräuchlich erkannte Mietzins die obere Grenze für dessen Festlegung durch den Richter dar, doch hat das Bundesgericht ebenfalls erkannt, dass der Anfangsmietzins in solchen Fällen nicht zwingend auf die Höhe des vom Vermieter bezahlten Mietzinses herabgesetzt werden müsse (BGer 4C.274/1997 vom 27. April 1998, E. 4b/aa). Vielmehr darf der Richter den Mietzins auch unter das Niveau desjenigen des Vormieters reduzieren, und zwar unbesehen davon, ob der angefochtene Mietzins ordentlich angezeigt wurde oder nicht (BGer 4C.281/2006 vom 17. November 2006, E. 2; BGE 120 II 341, E. 6a; vgl. zum Ganzen auch BGer 4A\_276/2011 vom 11. Oktober 2011, E. 5.6 / MRA 4/2012, S. 195 ff.). Dementsprechend kann das Rechtsbegehren des Mieters auf Feststellung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses entgegen der Ansicht des Mieters nicht als in der Sache ohnehin "beziffert" erachtet werden und die Argumentation des Mieters in der Beschwerdeschrift verfängt nicht.

Entgegen der Auffassung des Mieters vermag auch der von ihm in der Klage angegebene Mindeststreitwert in der Höhe von Fr. 6'000.–, welchen er anhand der Differenz zwischen dem vormaligen Mietzins und dem neuen Anfangsmietzins begründet hat, die fehlende Bezifferung des "geldwerten" Begehrens nicht wett zu machen. Aufgrund des im Zivilprozess geltenden Grundsatzes des Handels nach Treu und Glauben sind Rechtsbegehren zwar objektiv und nach den allgemeinen Grundsätzen im Lichte der Begründung auszulegen (vgl. z.B. BGE 137 III 617, E. 6.2; BGE 105 II 149 E. 2a). Schon aus dem Wortlaut von Art. 85 ZPO ergibt sich indes, dass die Angabe eines Mindeststreitwerts eben gerade nicht eine genügende Bezifferung darstellt und insbesondere bei einer unbezifferten Forderungsklage ein Mindeststreitwert anzugeben ist. Im Übrigen ergibt sich aus den Ausführungen und Editionsbegehren des Mieters selbst, dass weitere Informationen und Unterlagen im Besitz der Beklagten erforderlich seien zur Überprüfung der Nettorendite und damit zur Ermittlung eines angemessenen neuen Anfangsmietzinses, sodass aus dem Mindeststreitwert nur ersichtlich wird, was der Mieter *mindestens* verlangt. Aus dem von ihm angegebenen Mindeststreitwert vermag der Mieter deshalb ebenfalls keine genügende Bezifferung seines Klagebegeh-

rens abzuleiten. Im Sinne eines Zwischenfazits ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Klage des Mieters vom 2. September 2019 zu Recht als unbezifferte Klage qualifiziert hat.

2.4.5 Wie vorstehend dargelegt, sieht die Zivilprozessordnung mit Art. 85 ZPO aber durchaus die Möglichkeit des Einreichens einer unbezifferten Klage vor. Art. 85 ZPO findet nach dem strikten Wortlaut des Gesetzes zwar nur auf Forderungsklagen Anwendung. Es spricht jedoch nichts dagegen, Art. 85 ZPO auch in Bezug auf andere Klagearten – also z.B. auf die hier zu beurteilende Gestaltungsklage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses – analog zur Anwendung zu bringen, sofern bzw. soweit eine in Geld bezifferbare Leistung aus der richterlichen Rechts(um)gestaltung resultiert. Wenn vom Kläger aber verlangt wird, dass er die "geldwerten" Komponenten seines Gestaltungsbegehrens wie bei einer Forderungsklage beziffert, muss ihm in derartigen Fällen konsequenterweise zugestanden werden, sich auf die in Art. 85 ZPO vorgesehene Möglichkeit des Einreichens einer unbezifferten (Gestaltungs-) Klage zu berufen (eine analoge Anwendung von Art. 85 auf alle Klagearten ebenfalls befürwortend: KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl., Art. 85 N 11; BSK ZPO-DORSCHNER, 3. Aufl., Art. 85 N 5; sich für eine direkte Anwendbarkeit aussprechend ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 4, m.w.H.). Zu Recht erachten deshalb sowohl die Vorinstanz als auch der Mieter Art. 85 ZPO auf die vorliegend zu beurteilende Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses als direkt bzw. zumindest analog anwendbar (vgl. act. 11 = act. 13 E. 2.1 und act. 12 Rz. 6). Umstritten ist diesbezüglich einzig, ob die Vorinstanz Art. 85 ZPO hier richtig angewendet hat, was es im Folgenden zu prüfen gilt.

2.4.6 Art. 85 Abs. 1 ZPO macht die Zulässigkeit einer unbezifferten Forderungsklage unter Angabe eines Mindeststreitwerts davon abhängig, dass die Bezifferung zu Beginn des Prozesses entweder unmöglich oder unzumutbar ist. Unmöglich ist die Bezifferung, wenn dem Kläger die Höhe seines Anspruchs unbekannt ist und diese Unkenntnis auf Tatsachen beruht, die in der Sphäre des Beklagten liegen. Unzumutbar ist die Bezifferung, wenn sich die Höhe des Anspruchs nur mithilfe einer vorsorglichen Beweisaufnahme, eines vorsorglichen Expertisever-

fahrens oder eines selbständigen Verfahrens auf Rechnungslegung oder Auskunft ermitteln liesse (ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, 3. Aufl., Art. 85 N 12 f.). Nachdem sich die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zufolge einer überhöhten Nettorendite nur anhand von Unterlagen in der Sphäre der Vermieterin ermitteln lässt, steht hier die Variante der Unmöglichkeit der Bezifferung des Rechtsbegehrens im Vordergrund. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung obliegt es demjenigen, der die Unmöglichkeit der Bezifferung des Rechtsbegehrens geltend macht, den Nachweis dafür zu erbringen. Nur soweit ein Beweisverfahren schon für schlüssige Behauptungen unabdingbar ist, fehlt es an der Möglichkeit der Bezifferung (vgl. BGE 140 III 409, E. 4.3.2).

2.4.7 Tatsächlich hat der Mieter in der Klage nicht explizit behauptet, die Vermieterin z.B. an einem bestimmten Datum mit einem bestimmten Schreiben zur Herausgabe der für die Ertragsberechnung notwendigen Informationen / Unterlagen aufgefordert zu haben. Immerhin führte er in seiner Klage vom 2. September 2019 aber aus, die Vermieterin habe ihm bis anhin keine Informationen zur Ertragsberechnung zur Verfügung gestellt. Für den Beweis des übersetzten Ertrages bedürfe es weitreichender Informationen und Unterlagen, über welche nur die Vermieterin verfüge und welche diese beizubringen habe. Die Beklagte sei dementsprechend zur Edition der in den (nachfolgenden) Beweisofferten aufgelisteten Unterlagen zu verpflichten (act. 1 Rz. 10 f.). Zudem ist dem als Klagebeilage Nr. 5 (act. 3/5) eingereichten Schlichtungsgesuch des damals noch nicht anwaltlich vertretenen Mieters vom 26. April 2019 (Datum Poststempel) folgendes zu entnehmen (act. 6/1 S. 2 = act. 3/5 S. 2): "Zudem beantrage ich die Offenlegung sämtlicher vorhandene[r] Pläne (falls diese auf wundersame Weise doch noch auftauchen sollten), aller Dokumente und sämtliche[r] Papiere [...] die zur Beurteilung der Nebenkosten und der Erträge aus dem Mietobjekt sowie der Berechnung des Anfangsmietzins[es] dienlich sind." Die Vermieterin behauptet zwar, aus dem Schlichtungsgesuch des Mieters könne eine anwaltlich nicht vertretene Partei nicht herauslesen, dass damit die für eine Nettorenditenberechnung notwendigen Unterlagen herausverlangt würden (vgl. act. 24 Ziff. 4). Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden; erstens, weil der Mieter als Laie im Mietrecht für einen anderen Laien verständlich formuliert hat, welche Informationen bzw. Unter-

lagen er von der Vermieterschaft herausverlangt und zweitens, weil sich die Vermieterin bereits im Schlichtungsverfahren durch eine professionelle Immobilienverwalterin vertreten liess, von welcher erwartet werden darf, dass ihr die Grundzüge des Mietrechts bekannt sind und sie das Begehren des Mieters richtig einzuordnen bzw. zu verstehen vermag. Entsprechend nahm die Schlichtungsbehörde diesen in Worten eines Laien formulierten Antrag auf Herausgabe von Unterlagen korrekt als sinngemässen Antrag Nr. 2 des Mieters auf Edition aller für die Berechnung der Nettoendite sachdienlichen Unterlagen durch die Vermieterin entgegen und hielt dies so im Protokoll der Schlichtungsverhandlung vom 14. Juni 2019 fest (act. 6, Prot. S. 3). Dass der Mieter sein Rechtsbegehren später anlässlich der Schlichtungsverhandlung "eingeschränkt" bzw. seinen Antrag Nr. 2 zurückgezogen hätte, wie dies die Vermieterin in ihrer Eingabe vom 10. Januar 2020 behauptet (act. 24 Ziff. 4), ist dem Protokoll der Schlichtungsbehörde Zürich nicht zu entnehmen (vgl. act. 6, Prot. S. 3). Danach hat der damalige Rechtsvertreter des Mieters anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 14. Juni 2019 zwar nur den Antrag Nr. 1 des Schlichtungsgesuches wiederholt, doch kann daraus mit Blick auf die prozessuale Natur des Editionsantrags nicht auf einen Rückzug des Antrages Nr. 2 des Mieters geschlossen werden, zumal ein solcher im Protokoll explizit zu vermerken gewesen wäre.

2.4.8 Festzuhalten gilt es somit, dass der Mieter bereits im Schlichtungsgesuch die Herausgabe bzw. Edition der für die Ertragsberechnung notwendigen Unterlagen von der Vermieterin verlangt, diese nach eigenen Angaben bis heute aber nicht erhalten hat. Letzteres hat die Vermieterin erstens nicht bestritten und hat der Mieter zweitens nach dem Grundsatz "*negativa non sunt probanda*" (fehlende Umstände sind nicht zu beweisen) nicht zu beweisen (vgl. BGer 8C\_968/2009 vom 26. März 2010, E. 3). Gestützt auf diese Aktenlage erscheint der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid mit der Begründung, es fehle hier an einem Nachweis, ja nur schon an einer tauglichen Beweisofferte, dass sich der Mieter bei der Vermieterin überhaupt um die entsprechenden Angaben zur Bezifferung des Rechtsbegehrens bemüht habe, überspitzt formalistisch. Da die Berechnung der Nettoendite ohne die relevanten Unterlagen der Vermieterin offensichtlich nicht möglich ist und der Mieter deshalb höchstens auf Annahmen und Mutmassungen

beruhende Behauptungen zur Höhe des neu (gerichtlich) festzusetzenden Mietzinses hätte machen können, wäre es verfehlt, in einem Verfahren wie dem vorliegenden, an den Nachweis der Unmöglichkeit der Bezifferung des Rechtsbegehrens im Sinne von Art. 85 ZPO allzu hohe Anforderungen zu stellen. Zudem kommt dem Prozessrecht im Verhältnis zum materiellen Recht eine dienende Funktion zu, wie das Bundesgericht bereits mehrfach festgehalten hat (vgl. BGE 139 III 457, E. 4.4.3.3, m.w.H.). Auch deshalb muss für den Nachweis der Unmöglichkeit der Bezifferung des Rechtsbegehrens im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO – die hier zwar nur – aber immerhin – im Schlichtungsbegehren erfolgte – explizite Aufforderungen der Vermieterin durch den Mieter zur Herausgabe der für die Berechnung der Nettoertragsrate erforderlichen Belege genügen, die unbestrittenmassen bis zur Klageeinreichung erfolglos geblieben ist.

2.4.9 Soweit die Vorinstanz in ihrem Nichteintretensentscheid mangels genügender Bezifferung des Rechtsbegehrens weiter erwogen hat, insbesondere bezüglich der Vergleichsobjekte sei es offensichtlich nicht so, dass diese erst durch das Beweisverfahren zu finden wären (act. act. 11, E. 2.2, S. 3 in fine), und sie dem Mieter damit letztlich vorhält, dass er sein Rechtsbegehren nicht wenigstens anhand von Vergleichsmieten beziffert hat, übersieht sie Folgendes: 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). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat das absolute Kriterium des übermässigen Nettoertrages grundsätzlich Vorrang gegenüber dem absoluten Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse. Eine umgekehrte Hierarchie hinsichtlich der absoluten Kriterien gilt nur bei den sogenannten Altliegenschaften (vgl. BGer, 4A\_400/2017 vom 13. September 2018, E. 2.1 [=Pra 108 [2019] Nr. 77; Erw. nicht publ. in BGE 144 III 514]), wofür hier aber keine Anhaltspunkte bestehen. Als Folge des Vorrangs des Kostenmiete steht dem Mieter der Nachweis des übersetzten Ertrages selbst dann offen, wenn der Vermieter – wie hier – die Erhöhung des

Anfangsmietzinses im amtlich genehmigten Formular mit einer Anpassung an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse begründet (BGE 124 III 310, E. 2b und 2c = Pra 87 [1998] Nr. 173; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 270 N 8). Aus diesen Gründen wären Vergleichsmieten für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des hier angefochtenen Anfangsmietzinses erst und nur dann heranzuziehen, wenn es dem Mieter misslingen sollte, eine übermässige Nettoendite aufzuzeigen, um damit die Vermutung gemäss Art. 269a lit. a OR umzustossen (wonach ort- und quartierübliche Mietzinse in der Regel nicht missbräuchlich sind). Im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens wäre der Anfangsmietzins demnach primär nach dem absoluten Kriterium der Nettoendite zu überprüfen gewesen. Bei der (zusätzlichen) Begründung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses mit fehlender Orts- und Quartierüblichkeit handelt es sich deshalb letztlich bloss um eine Eventualbegründung, die erst dann überhaupt zum Tragen kommt, wenn sich die Hauptbegründung (Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zufolge überhöhter Nettoendite) als nicht durchschlagend erweisen sollte. Damit muss für die Beantwortung der Frage, ob es dem Mieter unmöglich war, sein Rechtsbegehren bereits bei der Klageeinreichung (d.h. schon vor Durchführung des Beweisverfahrens) zu beziffern, ausser Acht bleiben, ob der Mieter sein Rechtsbegehren allenfalls gestützt auf Vergleichsmieten hätte beziffern können.

2.4.10 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Mieter mit den Ausführungen in der Klage und den damit eingereichten Beilagen rechtsgenügend dargetan hat, dass ihm die Bezifferung des Rechtsbegehrens im Zeitpunkt der Einreichung der Klage unmöglich im Sinne von Art. 85 ZPO war. Indem die Vorinstanz auf die Klage des Mieters nicht eingetreten ist, hat sie Art. 85 ZPO verletzt bzw. unrichtig angewendet. Folglich ist der angefochtene Nichteintretensentscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens im Sinne vorstehender Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### III.

#### **Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, werden sowohl im erstinstanzlichen wie auch im zweitinstanzlichen kantonalen Zivilverfahren grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Das Gesetz räumt dem Gericht aber den Spielraum ein, auf Billigkeitserwägungen zurückzugreifen, wenn im Einzelfall die Belastung der unterlegenen Partei mit Prozesskosten als ungerecht erscheint (BGE 139 III 33, E. 4.2, S. 35, mit Hinweis; Urteile 4A\_384/2014 vom 12. November 2014, E. 7.1; 5A\_195/2013 vom 9. Juli 2013, E. 3.2.1). So kann das Gericht etwa nach Art. 107 Abs. 2 ZPO Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen.

2. Nach den vorstehenden Erwägungen (vgl. II.) ist die Beschwerde des Mieters gutzuheissen. Damit obsiegt er im Rechtsmittelverfahren. Es ist zwar zutreffend, dass die Verfügung des Mietgerichtes Zürich vom 16. September 2019, mit welcher dieses auf die Klage des Mieters zu Unrecht nicht eingetreten ist, ohne vorgängige Einholung einer Stellungnahme der Beklagten erfolgt ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung orientiert sich das Obsiegen und Unterliegen einer Partei im Prozess jedoch einzig am Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, wobei massgeblich ist, ob und in welchem Umfang das ergriffene Rechtsmittel eine Änderung der vorinstanzlichen Entscheidung zu bewirken vermag, und zwar ohne Rücksicht auf die Anträge der Gegenpartei. Dies gilt selbst dann, wenn die Gegenpartei auf eine Stellungnahme verzichtet hat, verliert sie dadurch ihre Parteistellung im Prozess doch nicht und trägt deshalb auch das Prozess- und Kostenrisiko mit (vgl. dazu BGE 123 V 156, E. 3 und BGer 5A\_327/2015 vom 17. Juni 2015, E. 2.2, mit diversen weiteren Hinweisen). Eine Ausnahme davon rechtfertigt sich nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann, wenn ein gravierender, vom Rechtsmittelbeklagten nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler (eine sogenannte Justizpanne) zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und der Rechtsmittelbeklagte entweder die Gut-

heissung des Rechtsmittels beantragt oder gar keine Anträge gestellt hat (vgl. BGer 5A\_280/2018 vom 21. September 2018, E. 7, mit Verweis auf BGer 5A\_61/2012 vom 23. März 2012, E. 4 sowie BGer 5A\_845/2016 vom 2. März 2018, E. 3.2). Von einer Justizpanne im Sinne eines gravierenden Verfahrensfehlers kann vorliegend aber keine Rede sein. Allein der Umstand, dass der Erstinstanz ein Fehler unterlaufen ist, vermag für eine solche Kostenauflegung nicht zu genügen, da dies nach der Beurteilung der Rechtsmittelinstanz regelmässig der Fall ist, ansonsten keine Kassation und Rückweisung erfolgte (BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4). Hinzu kommt, dass die Vermieterin im Rechtsmittelverfahren zwar formell keine Anträge gestellt hat, in ihrer Eingabe vom 10. Januar 2020 aber dennoch über mehrere Seiten zu den vom Mieter gegen den vorinstanzlichen Entscheid vorgebrachten Argumenten Stellung bezog, und zwar in dem Sinne, dass diese nicht stichhaltig seien (vgl. act. 24, S. 2 ff.). Die Vermieterin hat sich damit zwar nicht formell, immerhin aber materiell mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert. Damit ist festzuhalten, dass hier die Voraussetzungen für eine Kostenüberbindung zulasten der Staatskasse gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind und bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens die Vermieterin als unterliegende Partei kostenpflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Ausgehend von einem Streitwert in der Höhe von mindestens Fr. 6'000.– (strittige Mietzinserhöhung von Fr. 25.– pro Monat [neuer Bruttomietzins von Fr. 1'820.– brutto abzüglich alter Bruttomietzins von Fr. 1'795.–] x 12 x 20; act. 3/3, vgl. Art. 91 Abs. 1 und Art. 92 Abs. 2 ZPO), ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 - 3 GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen und mit dem vom Mieter geleisteten Vorschuss (act. 18) zu verrechnen. Entsprechend ist die Vermieterin zu verpflichten, dem Mieter dessen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 600.– zu ersetzen.

4. Die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist gestützt auf § 13 i.V.m. § 2 und § 4 Abs. 1 - 3 AnwGebV auf Fr. 500.– (zuzüglich Mehrwertsteuer zu 7,7%) festzulegen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 16. September 2019 im Verfahren Nr. ME190001 aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Beschwerdegegnerin auferlegt und vorab aus dem vom Kläger und Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 600.– bezogen.  
Die Beklagte und Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Kläger und Beschwerdeführer dessen Kostenvorschuss von Fr. 600.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte und Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Kläger und Beschwerdeführer für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 500.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Beschwerdeführer unter Beilage eines Doppels von act. 24, an das Einzelgericht des Mietgerichtes Zürich sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von 93 BGG.  
Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit.

Der Streitwert beträgt Fr. 6'000.-.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw R. Schneebeili

versandt am: