

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG170004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 6. Juli 2017

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

gegen

Kanton Zürich,

Beklagter und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Kanton Zürich, dieser vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur.

Y._____,

betreffend **Mietzinsanfechtung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen
vom 17. November 2016 (MA150001)

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 1, act. 7 und Protokoll Vorinstanz S. 18)

- "1. Es sei festzustellen, dass die vom Beklagten mit amtlichem Formular vom 6. März 2015 per 1. März 2015 erklärte Erhöhung des monatlichen Nettomietzinses von Fr. 419.– auf Fr. 619.– nichtig sei;
2. es sei festzustellen, dass die vom Beklagten mit amtlichem Formular vom 6. März 2015 per 1. März 2015 erklärten einseitigen Vertragsänderungen betreffend die separat zum Nettomietzins geschuldeten Nebenkosten nichtig seien;
3. es sei festzustellen, dass die Vereinbarung gemäss Ziffer 8 des Mietvertrages vom 6. März 2015 resp. 14. April 2015 betreffend Sicherheitsleistung im Betrage von Fr. 3'141.– nichtig sei;
4. eventualiter sei festzustellen, dass die vom Beklagten mit amtlichem Formular vom 6. März 2015 per 1. März 2015 erklärte Mietzinserhöhung und die einseitigen Vertragsänderungen betreffend Nebenkosten missbräuchlich seien und der Nettomietzins sei per 1. März 2015 auf Fr. 419.– sowie die separat geschuldeten Nebenkosten seien wie folgt herabzusetzen: Strom allgemein Fr. 4.– pauschal, Wasser- und Abwassergebühren Fr. 62.– pauschal und Heizkosten Fr. 170.– akonto;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

Rechtsbegehren des Beklagten:

(Protokoll Vorinstanz S. 6)

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, in Feststellung, dass folgende Mietzinse Gültigkeit haben: Per 1. März 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 655.–, per 1. Juli 2015 ein solcher von Fr. 847.– und per 1. Oktober 2015 ein solcher von Fr. 1'047.–.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MwSt., zu Lasten des Klägers."

**Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen
vom 17. November 2016 (act. 29):**

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen und es wird festgestellt, dass per 1. März 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 655.–, per 1. Juli 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 847.– und per 1. Oktober 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 1'047.– Gültigkeit hat.
2. Die Gerichtskosten werden auf pauschal Fr. 4'000.– festgesetzt und dem Kläger auferlegt.
3. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 9'231.85. (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.
4. Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 30):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das angefochtene Urteil vollumfänglich aufzuheben;
2. es sei festzustellen, dass die vom Beklagten mit amtlichem Formular vom 6. März 2015 per 1. März 2015 erklärte Erhöhung des monatlichen Nettomietzinses von Fr. 419.– auf Fr. 619.– nichtig sei;
3. es sei festzustellen, dass die vom Beklagten mit amtlichem Formular vom 6. März 2015 erklärten einseitigen Vertragsänderungen betreffend die separat zum Nettomietzins geschuldeten Nebenkosten nichtig seien;
4. es sei festzustellen, dass die Vereinbarung gemäss Ziffer 8 des Mietvertrages vom 6. März 2015 resp. 14. April 2015 betreffend Sicherheitsleistung im Betrage von Fr. 3'141.– nichtig sei;
5. eventualiter sei festzustellen, dass die vom Beklagten mit amtlichem Formular vom 6. März 2015 per 1. März 2015 erklärte Mietzinserhöhung und einseitigen Vertragsänderungen betreffend Nebenkosten missbräuchlich seien und der Nettomietzins sei per 1. März 2015 auf Fr. 419.– und die separat geschuldeten Nebenkosten seien wie folgt herabzusetzen: Strom allgemein Fr. 4.– pauschal, Wasser- und Abwassergebühren Fr. 62.– pauschal und Heizkosten Fr. 170.– akonto;

6. subeventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens (zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

Erwägungen:

1. a) A._____ (Kläger und Berufungskläger, nachfolgend Kläger) wohnt seit Mitte 1995 mit seiner Familie an der B._____ -Strasse ... in C._____, wobei er innerhalb dieser Liegenschaft dreimal umzog (act. 7 S. 2). Am 23. bzw. 27. Oktober 2003 schlossen A._____ und D._____ mit der Vermieterschaft für eine 4-Zimmerwohnung mit Mietbeginn am 1. November 2003 einen neuen Mietvertrag ab mit einem monatlichen Mietzins von Fr. 419.– netto bzw. Fr. 633.– brutto (act. 8/4 = act. 10/3). Ab 1. Mai 2011 war ein Bruttomietzins von Fr. 655.– geschuldet (act. 10/2 und act. 10/4). Die von A._____ und D._____ gemietete 4-Zimmerwohnung an der besagten Adresse in C._____ wurde ihnen vom Kanton Zürich (Beklagter und Berufungsbeklagter, nachfolgend Beklagter), vertreten durch E._____ Liegenschaften AG, infolge Zahlungsverzugs am 22. Dezember 2014 per 31. Januar 2015 gekündigt (act. 10/7 = act. 8/22; act. 10/8). Mit Eingabe vom 13. Januar 2015 gelangten die beiden Mieter an die Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichtes Andelfingen und verlangten (vgl. act. 10/22):
 1. Es sei festzustellen, dass die angefochtene Kündigung vom 22. Dezember 2014 per 31. Januar 2015 unwirksam sei.
 2. Eventualiter sei die angefochtene Kündigung für ungültig zu erklären.

Der Beklagte verlangte (vgl. act. 10/22):

1. In Feststellung, dass zwischen den Parteien ein rechtsgültiger Vergleich zustande gekommen ist, sei das hängige Verfahren infolge Vergleichs als erledigt abzuschreiben.
2. Eventualtier sei das hängige Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.
3. Subeventualtier sei die Kündigung per 31. Januar 2015 als wirksam und gültig zu erklären. Es sei dem Kläger 1 [A._____] zu befehlen, die 4-Zimmer-Wohnung unverzüglich geräumt, gereinigt und in ordnungsgemäsem Zustand zu verlassen, unter der Androhung, dass im Weigerungsfall das zuständige Gemeindeammannamt angewiesen wird, den Befehl zu vollziehen.

b) Am 6. März 2015 bzw. 14. April 2015 schlossen A._____ und der Kanton Zürich einen neuen Mietvertrag mit Mietbeginn ab 1. März 2015 ab (act. 4/1 = act. 10/1). Der Nettomietzins wurde auf Fr. 619.– festgesetzt, der Bruttomietzins auf Fr. 1'047.–. Dieser Bruttomietzins war ab 1. Oktober 2015 geschuldet. Für die Zeit vom 1. März bis 30. September 2015 war ein reduzierter Zins vorgesehen. Ausserdem wurde eine Sicherheitsleistung von drei Bruttomietzinsen vereinbart, zahlbar in drei Raten mit Verfalltag 1. Mai 2015, 1. Juni 2016 und 1. Juli 2015. Im Mietvertrag wurde festgehalten, dass es sich nicht um eine Familienwohnung handle (act. 10/1 = act. 4/1 S. 3 und S. 14 i.V.m. act. 10/2). Dem Mietvertrag legte die Vermieterin das Formular "Mitteilung des Anfangsmietzinses anlässlich des Abschlusses eines neuen Mietvertrages" sowie die massgeblichen OR-Bestimmungen bei. Der Kläger bestätigte am 14. April 2015 den Erhalt dieser Unterlagen (act. 10/2 = act. 4/1 S. 16-17). Die Mietzinserhöhung focht der Kläger mit Eingabe vom 19. Mai 2015 (eingegangen am 20. Mai 2015) bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Andelfingen an und verlangte (vgl. act. 2 S. 2):

1. Es sei festzustellen, dass die mit Mietvertrag vom 6. März 2015 bzw. 14. April 2015 vereinbarte Erhöhung des monatlichen Nettomietzinses und der monatlichen Nebenkosten sowie der Änderung von Pauschal- auf Akontobeträge für Allgemeinstrom und Kehrichtgebühren nichtig seien.
2. Es sei festzustellen, dass der Anfangsmietzins missbräuchlich sei. Der Mietzins sei auf das zulässige Mass herabzusetzen.

Der Beklagte beantragte vor der Schlichtungsbehörde (vgl. act. 2 S. 2):

Es sei festzustellen, dass per 1. März 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 1'047.- zwischen den Parteien rechtsgültig und somit nicht in missbräuchlicher Art und Weise vereinbart wurde.

Am 8. Juni 2015 fand in beiden Schlichtungsverfahren eine Schlichtungsverhandlung statt. Da keine Einigung erzielt werden konnte, erteilte die Schlichtungsbehörde in beiden Verfahren der klagenden Partei die Klagebewilligung (act. 10/22 Beschluss vom 8. Juni 2016 betref. Anfechtung, Erstreckung MM150001; act. 2 Beschluss vom 8. Juni 2016 betref. Herabsetzung Mietzins MK150008). In der Folge unterliess es der Kläger, mit der ihm im Kündigungsschutzverfahren erteilten Klagebewilligung ans Gericht zu gelangen (act. 30 S. 5).

c) Hinsichtlich der Anfechtung des Mietzinses erhob der Kläger mit Eingabe vom 31. August 2015 Klage beim Mietgericht des Bezirksgerichtes Andelfingen (act. 1). Vor dem Mietgericht stellten die Parteien die eingangs erwähnten Rechtsbegehren. Nach durchgeführter Hauptverhandlung am 16. November 2015 (Protokoll Vorinstanz S. 3-31) wies das Mietgericht mit Urteil vom 17. November 2016 die Klage vollumfänglich ab und stellte fest, dass per 1. März 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 655.-, per 1. Juli 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 847.- und per 1. Oktober 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 1'047.- Gültigkeit habe (act. 29 Dispositiv Ziffer 1). Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 4'000.- festgesetzt und dem Kläger auferlegt (act. 29 Dispositiv Ziffer 2). Ferner wurde der Kläger verpflichtet, dem Beklagten eine Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 9'231.85 (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen (act. 29 Dispositiv Ziffer 3).

Diesen Entscheid focht der Kläger mit Eingabe vom 23. Januar 2017 (Poststempel) mit obenerwähnten Rechtsbegehren an. Mit Verfügung vom 26. Januar 2017 wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 33), welcher rechtzeitig erbracht wurde (act. 35 i.V.m. act. 33 und act. 34).

2. a) In den vorinstanzlichen Akten fehlt ein Empfangsschein des Klägers für den Erhalt des Urteils des Mietgerichtes vom 17. November 2016. In Anbe-

tracht dessen, dass das Urteil am 6. Dezember 2017 versandt wurde (vgl. act. 29 S. 11), der Gegenanwalt den Empfang des Urteils am 7. Dezember 2016 bescheinigte (act. 26/1) und der Rechtsvertreter des Klägers unter Hinweis auf dieses Urteil ein Aktengesuch stellte, welches am 8. Dezember 2016 bei der Vorinstanz einging (act. 26/2 bzw. Doppel von act. 27), ist davon auszugehen, dass auch ihm das Urteil am 7. Dezember 2016 zugestellt wurde. Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien, 18. Dezember bis und mit 2. Januar, erfolgte die Berufung somit rechtzeitig (act. 29; Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO).

b) Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Antwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. a) Das vorliegende Verfahren betrifft eine Mietstreitigkeit nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und untersteht damit dem vereinfachten Verfahren (vgl. ZR 115/2016 Nr. 6 S. 33 ff.). In diesem gelten die sogenannte abgeschwächte (soziale) Untersuchungs- und die Dispositionsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Das Berufungsverfahren gemäss den Art. 308 ff. ZPO stellt im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO), ist aber ein eigenständiges Verfahren (vgl. BGE 142 III 415). Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO), wobei zur unrichtigen Rechtsanwendung auch die Unangemessenheit eines Entscheides gehört. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen des vorinstanzlichen Entscheides von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH LB110049 vom 5.3.2012, Erw. 1.1 und Erw. 1.2, je mit Verweisen). Es muss m.a.W. jeweils dargelegt werden, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei leidet; dem genügen Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen daher ebenso

wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Soweit eine Berufung unbegründet bleibt, ist darauf nicht einzutreten. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren ausnahmsweise dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). Das eingeschränkte Novenrecht gilt unabhängig davon, ob ein Verfahren erstinstanzlich in den Anwendungsbereich der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime fällt.

b) Vor Vorinstanz hatte der Kläger im Rahmen eines Fristerstreckungsgesuches für die Stellungnahme zu einem gerichtlichen Vergleichsvorschlag darauf hingewiesen, dass ihm der Beklagte erneut wegen Zahlungsrückstandes nach Art. 257d OR auf den 29. Februar 2016 gekündigt habe (act. 14). Im vorliegenden Verfahren machte der Kläger unter Hinweis auf die eingereichten Beilagen (act. 32/5-6) geltend, er habe die Verzugskündigung fristgerecht bei der Schlichtungsbehörde Andelfingen angefochten und habe noch vor Durchführung der Schlichtungsverhandlung das Anfechtungsbegehren zurückgezogen, worauf die Schlichtungsbehörde das Verfahren als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen habe. Bis heute habe der Beklagte gegen ihn weder ein Ausweisungsbegehren im vereinfachten noch im summarischen Verfahren eingeleitet. Damit habe er auf die Durchsetzung der Kündigung vom 5. Januar 2016 verzichtet (act. 30 S. 6).

Im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime können neue Tatsachen und Beweismittel vor Vorinstanz bis zur Urteilsberatung – voraussetzungslos – zugelassen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Dies galt auch im vorliegenden Verfahren, wo es um die Anfechtung des Mietzinses ging (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs 2 lit. c ZPO). Das Schlichtungsgesuch des Klägers datierte vom 5. Februar 2016 (act. 32/5) und der Beschluss der Schlichtungsbehörde vom 10. Juni 2016 (act. 32/6). Ob es sich bei diesen Ausführungen um neue Behauptungen und neue Beweismittel handelt, wel-

che der Kläger bei der Vorinstanz hätte vorbringen müssen, kann indes offen gelassen werden, da sie für das vorliegende Verfahren nicht relevant sind. Bei den eingereichten Beilagen act. 32/2 (Kündigungsandrohung vom 25. November 2015), act. 32/3 (Antwortschreiben von Rechtsanwalt X1._____ vom 17. Dezember 2015) und act. 32/4 (Kündigung vom 5. Januar 2016) handelt es sich um Urkunden, die bereits vor Vorinstanz hätten eingereicht werden können, weshalb diese Noven unzulässig sind. Im Übrigen sind auch sie für das vorliegende Verfahren nicht von Bedeutung.

4. a) Die Vorinstanz erwog u.a., da die Kündigung am 13. Januar 2015 vom Kläger bei der Schlichtungsbehörde innert Frist angefochten worden sei, habe der bisherige Mietvertrag während des Anfechtungsverfahrens weiterhin gegolten. Damit habe zwischen den Parteien bereits unmittelbar vor dem Beginn des neuen Mietverhältnisses am 1. März 2015 ein Mietvertrag über dasselbe Objekt bestanden. Es handle sich beim Mietvertrag vom 6. März 2015 bzw. 14. April 2015 daher nicht um eine Neuvermietung, sondern um eine Änderung eines bereits bestehenden Mietverhältnisses. Ob die Kündigung des Beklagten vom 22. Dezember 2014 auf den 31. Januar 2015 rechtmässig erfolgt sei, könne vor diesem Hintergrund offen bleiben. Es sei erwiesen und werde vom Kläger auch nicht in Abrede gestellt, dass der Mietvertrag vom 6. März 2015 bzw. 14. April 2015 im Rahmen von aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen abgeschlossen worden sei (act. 7 S. 9; Prot. S. 9 f.). Es zeige sich, dass der Kläger während den Vergleichsverhandlungen in keiner Weise zu erkennen gegeben habe, er sei mit den vorliegend umstrittenen Vertragsänderungen nicht einverstanden gewesen. Obwohl es sich beim Mietzins, den Nebenkosten und der Einführung eines Mietzinsdepots um wesentliche Vertragspunkte in einem Mietvertrag handle, habe der Kläger den Beklagten im Rahmen dieser Vergleichsgespräche nur auf kleine Ungenauigkeiten im Vertragsentwurf hingewiesen. Seine darüber hinaus vorgebrachten Anpassungswünsche hätten sodann nur Nebenpunkte betroffen. Damit handle es sich vorliegend entgegen der Ansicht des Klägers nicht um eine einseitige Mietzinserhöhung und andere einseitige Vertragsänderungen, sondern vielmehr um eine Vertragsänderung im gegenseitigen

Einvernehmen. Im Weiteren sei der Kläger während der gesamten Vergleichsverhandlung anwaltlich vertreten und beraten gewesen. Mit dem neuen Mietvertrag habe er zudem auch ein vom Kanton genehmigtes Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR erhalten, welches inhaltlich weitgehend mit dem Formular gemäss Art. 269 d OR übereinstimme und den Mieter damit insbesondere auch über die Anfechtungsmöglichkeiten von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen informiere (act. 10/2). Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass der Kläger im Zeitpunkt der Unterzeichnung des neuen Mietvertrags nicht nur in Kenntnis über seine rechtlichen Möglichkeiten der Anfechtung von einseitigen Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen gewesen sei, sondern auch bewusst auf diese Rechtsbehelfe verzichtet habe - zumal er auch von der Zustellung der Endversion des Mietvertrags durch den Beklagten, die Mitte März 2015 erfolgt sei, bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung vom 14. April 2015 genügend Zeit gehabt habe, um den Vertrag zu prüfen und ihn abzulehnen. Die Konsequenz der Ablehnung wäre gewesen, dass die Sistierung des bereits anhängig gemachten Schlichtungsverfahrens wieder aufgehoben worden wäre und die Parteien zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen worden wären. Unter diesen Umständen könne entgegen den Ansichten der klagenden Partei nicht von einer Drucksituation gesprochen werden (act. 7 S. 10). Die Vergleichsgespräche hätten vor dem Hintergrund der Streitfrage gestanden, ob die vom Beklagten bereits ausgesprochene Kündigung rechtmässig und damit gültig erfolgt sei. Die Kündigung sei somit im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bereits ausgesprochen worden, weshalb der Kläger bereits unter diesem Gesichtspunkt den Vertrag nicht unter dem Druck einer drohenden Kündigung unterzeichnet haben könne. Da aufgrund dieser vorstehenden Erwägungen der Schutzzweck der Formularpflicht nicht unterlaufen worden sei und daher nach der konstanten Praxis des Bundesgerichts auf die Formularpflicht gültig habe verzichtet werden können – und auch verzichtet worden sei – seien die Anträge 1-3 des Klägers auf Feststellung der Nichtigkeit der vom Beklagten mit amtlichem Formular vom 6. März 2015 per

1. März 2015 erklärten Erhöhung des monatlichen Nettomietzinses von Fr. 419.– auf Fr. 619.–, auf Feststellung der Nichtigkeit der mit amtlichem Formular vom 6. März 2015 per 1. März 2015 erklärten einseitigen Vertragsänderungen betreffend die separat zum Nettomietzins geschuldeten Nebenkosten sowie auf Feststellung der Nichtigkeit der Vereinbarung gemäss Ziffer 8 des Mietvertrages vom 6. März 2015 resp. 14. April 2015 betreffend Sicherheitsleistung im Betrag von Fr. 3'141.– abzuweisen (act. 29 Erw. II.1.d S. 5-8).

b) In den weiteren Erwägungen setzte sich die Vorinstanz mit dem Eventualbegehren des Klägers auf Herabsetzung des Nettomietzinses und der Nebenkosten auseinander. Das Mietgericht prüfte, ob damit ein Anfangsmietzins angefochten werde. Es verneinte dies mit der Begründung, die Anwendung von Art. 270 Abs. 1 OR setze grundsätzlich voraus, dass es sich um eine Neuvermietung handle, mithin um einen Vertragsabschluss, bei dem die daran Beteiligten erstmals miteinander in vertragliche Beziehung träten. Werde dem Mieter ein neuer Mietvertrag über dieselbe Wohnung vorgeschlagen, welche ihm vom Vermieter bereits vorher überlassen worden sei, werde nicht ein Anfangsmietzins angefochten, sondern eine Mietzinserhöhung. Es sei erstellt, dass zwischen den Parteien bereits vor Abschluss des vorliegend relevanten Mietvertrags vom 6. März 2015 und 14. April 2015 ein Mietverhältnis über dasselbe Objekt bestanden habe. Vorliegend werde deshalb nicht ein Anfangsmietzins, sondern eine Mietzinserhöhung gemäss Art. 270b OR angefochten. Vorausgesetzt sei demnach, dass die Anfechtung bei der Schlichtungsbehörde innerhalb von 30 Tagen ab Mitteilung erfolge. Der Kläger habe sowohl den neuen Mietvertrag als auch das Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses am 14. April 2015 unterschrieben (act. 10/1-2). Demnach sei der Kläger spätestens ab dem 14. April 2015 sowohl über den neuen, höheren Mietzins als auch über die anderen Vertragsänderungen in Kenntnis gesetzt gewesen. Die Anfechtung des Mietzinses bei der Schlichtungsbehörde sei jedoch erst mit Schreiben vom 19. Mai 2015 und damit 35 Tage später erfolgt. Die Anfechtung sei damit offensichtlich verspätet erfolgt. Entsprechend sei das Eventualbegehren des Klägers abzuweisen

und in Gutheissung des Antrags des Beklagten festzustellen, dass per 1. März 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 655.–, per 1. Juli 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 847.– und per 1. Oktober 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 1'047.– Gültigkeit habe (act. 29 Erw. II.2c-d S. 8-9).

5. a) In seiner Berufungsschrift brachte der Kläger u.a. vor, während des bei der Schlichtungsbehörde Andelfingen hängigen Kündigungsschutzverfahrens hätten die Parteien mit Unterstützung ihrer Rechtsvertreter Vergleichsverhandlungen geführt. Mit E-Mail vom 4. März 2015 habe der Rechtsvertreter des Beklagten dem damaligen Rechtsvertreter des Klägers die "Eckpunkte" eines möglichen Vergleichs (act. 10/11) vorgeschlagen. Im Kern habe der Beklagte vorgeschlagen, dass das Mietverhältnis ausgehend von einer gültigen Kündigung per 31. Januar 2015 einmalig und definitiv bis 28. Februar 2015 erstreckt und mit Mietbeginn per 1. März 2015 ein neuer Mietvertrag mit zum Teil verändertem Inhalt abgeschlossen werde (act. 30 S. 4).

In Bezug auf Dispositiv Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheides machte der Kläger u.a. geltend, die Vorinstanz hätte auf den Antrag des Beklagten, es sei festzustellen, dass per 1. März 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 1'047.– zwischen den Parteien rechtsgültig und somit nicht in missbräuchlicher Art und Weise vereinbart wurde, nicht eintreten dürfen. Bereits aus diesem Grunde sei Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Urteils der Vorinstanz vom 17. November 2016 insoweit aufzuheben, als es die Gültigkeit des Bruttomietzinses von Fr. 655.– per 1. März 2015, von Fr. 847.– per 1. Juli 2015 und von Fr. 1'047.– per 1. Oktober 2015 feststelle (act. 30 S. 6-8).

b) Zu den Hauptanträgen auf Feststellung der Nichtigkeit der Mietzinserhöhungen und der anderen einseitigen Vertragsänderungen zulasten des Klägers führte dieser aus, es seien in Bezug auf den strittigen Mietzins aus dogmatischer Sicht drei Konstellationen zu unterscheiden: Eine einseitige Mietzinserhöhung im Sinne von Art. 269d Abs. 1 OR, eine einvernehmliche oder konsensuale Mietzinserhöhung im Sinne eines Teils der Lehre und Rechtsprechung sowie die Vereinbarung eines Anfangsmietzinses im Sinne von Art. 270 OR durch Abschluss eines neuen Mietvertrages (act. 30 S. 8).

Die Vorinstanz lasse die Frage, ob das Mietverhältnis mit der ausserordentlichen Verzugskündigung vom 22. Dezember 2014 auf den 31. Januar 2015 beendet wurde, ausdrücklich offen (...). Sie halte dafür, dass unbesehen von der Beantwortung dieser Frage im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages vom 6. März resp. 14. April 2015 von einem laufenden Mietverhältnis auszugehen sei, weil das Kündigungsanfechtungsverfahren in jenem Zeitpunkt bei der Schlichtungsbehörde pendent gewesen sei und während des Anfechtungsverfahrens der bisherige Mietvertrag weiter gelte. Sollte das Obergericht dieser Auffassung nicht folgen, mache er geltend, dass die ausserordentliche Kündigung des Beklagten vom 22. Dezember 2014 auf den 31. Januar 2015 mangels (Zahlungs-)Verzugs unwirksam sei. Auch unter diesem Gesichtspunkt sei somit im Zeitpunkt des strittigen Mietvertragsabschlusses im April 2015 von einem laufenden, unbefristeten Mietverhältnis auszugehen (act. 30 S. 8-9). Vorliegend seien – so der Kläger – neben dem Mietzins und den Nebenkosten im Mietvertrag vom 6. März resp. 14. April 2015 keine (objektiv) wesentlichen Vertragsänderungen vereinbart worden. Es sei deshalb von einer konsensualen Mietzinserhöhung und nicht vom Abschluss eines neuen Mietvertrages auszugehen (act. 30 S. 9-10). Weiter führte er aus, der Beklagte habe für die Mitteilung des erhöhten Bruttomietzinses das Formular für die Mitteilung des Anfangsmietzinses anlässlich des Abschlusses eines neuen Mietvertrags verwendet (...). Der Inhalt des von ihm verwendeten amtlichen Formulars sei als Teil seiner Willenserklärung, als Teil seines Antrags zur Offertstellung zu qualifizieren. Der Kläger schliesst aus dem Hin- und Hersenden der unterzeichneten Vertragsexemplare und der amtlichen Formulare zwischen den Parteien, dass die Parteien die Anfechtbarkeit des erhöhten Mietzinses – sei es als Mietzinserhöhung, sei es als Anfangsmietzins – ausdrücklich vereinbart haben (act. 30 S. 11). Demgegenüber – so der Kläger – gehe die Vorinstanz im angefochtenen Urteil davon aus, der Kläger habe bewusst auf die Anfechtung der Mietzinserhöhung verzichtet, weil er von der Zustellung der Endversion des Mietvertrages durch den Beklagten Mitte März 2015 bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung am 14. April 2015 genügend Zeit gehabt hätte, um den Ver-

trag zu prüfen und abzulehnen. Nach seiner Auffassung – so der Kläger – stehe die Dauer der Bedenkfrist in keinem relevanten Zusammenhang zur Frage, ob der Mieter bewusst auf die Anfechtung der erhöhten Mietzinses verzichtet habe (act. 30 S. 12). Es treffe auch nicht zu, dass die nicht fristgerechte Unterzeichnung des Mietvertrages lediglich zur Folge gehabt hätte, dass die Parteien zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen worden wären. Vielmehr habe er davon ausgehen müssen, dass der Beklagte seine Vertragsofferte resp. seinen Antrag auf Offertstellung nach Ablauf der bis Mitte April 2015 gesetzten Frist nicht mehr gegen sich gelten lasse. Diesfalls sei er dem Risiko ausgesetzt gewesen, dass er im hängigen Kündigungsschutzverfahren unterliegen könnte, mit der Wirkung, dass das Mietverhältnis durch die Verzugskündigung vom 22. Dezember 2014 ohne Erstreckungsmöglichkeit beendet werde (act. 30 S. 12). Treffe die Auffassung der Vorinstanz zu, dass die Verwendung des amtlichen Formulars für die Mitteilung einer Mietzinserhöhung auch für die Mitteilung des Anfangsmietzinses genüge, könnte ohne Weiteres auf verschiedene Formulare verzichtet werden. Wenn der Kanton Zürich für die Mitteilung des Anfangsmietzinses und diejenige einer Mietzinserhöhung unterschiedliche Anforderungen für die Genehmigung stelle, so habe das durchaus seinen Sinn. Einer der wichtigsten Inhalte sei nämlich der Hinweis auf die gesetzlichen Voraussetzungen der Anfechtung. Und genau hier lägen zwischen Anfangsmietzins und Mietzinserhöhung erhebliche Unterschiede. Deshalb seien die strittige Mietzinserhöhung und die anderen einseitigen Vertragsänderungen betreffend Nebenkosten und Sicherheitsleistungen mangels Verwendung des amtlichen Formulars nichtig (act. 30 S. 13). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe er im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Mietvertrages unter einem offensichtlichen und erheblichen Kündigungsdruck gestanden. Ob die Kündigung bereits ausgesprochen worden sei und der Mieter unter dem Druck eines hängigen Kündigungsschutzverfahrens stehe, oder ob "nur" eine Kündigung drohe, könne unter dem Gesichtspunkt des Schutzgedankens von Art. 269d Abs. 2 lit. c OR nicht von Bedeutung sein. Hier wie dort drohe dem Mieter die baldige Beendigung des Mietverhältnisses. Mit der Verweigerung einer

Verlängerung der Bedenkfrist um zwei Wochen bis Ende April 2015 habe der Beklagte offensichtlich nichts anderes beabsichtigt, als ihn unter Druck zu setzen, den Mietvertrag zu unterzeichnen. Dieser Druck sei denn auch ausschlaggebend dafür gewesen, dass er den Mietvertrag unterzeichnet habe. Ein anderer Grund für die Unterzeichnung des Mietvertrages sei nicht ersichtlich. Es könne ohne weiteres ausgeschlossen werden, dass er sich auf den streitgegenständlichen Mietvertrag mit dem massiv erhöhten Mietzins eingelassen hätte, wäre er nicht unter dem Druck der vom Beklagten mit amtlichem Formular vom 22. Dezember 2014 ausgesprochenen ausserordentlichen Verzugs Kündigung auf den 31. Januar 2015 gestanden. Sei der auf Fr. 847.– resp. Fr. 1'047.– erhöhte Bruttomietzins als Ergebnis einer Mietzinserhöhung aufzufassen, so erweise sie sich nach dem Gesagten ohne weiteres als formnichtig (Art. 269d Abs. 2 lit. a und c OR) (act. 30 S. 13-14).

Sollte das Gericht den erhöhten Mietzins als Anfangsmietzins qualifizieren, so mache er dessen Missbräuchlichkeit geltend und verlange die Herabsetzung auf den bisherigen Umfang. Zudem machte der Kläger geltend, der Anfangsmietzins sei mangels klarer Begründung auf dem amtlichen Formular nicht gültig mitgeteilt worden (act. 30 S. 14).

6. a) Eine Mietzinserhöhung sowie andere Mietvertragsänderungen zu Lasten des Mieters können im Rahmen eines bestehenden, unbefristeten (BGE 128 III 419 Erw. 2.4.1 = Pra 92 (2003) Nr. 7) Mietverhältnisses gestützt auf Art. 269d OR erfolgen oder bei einer Neuregelung des Vertrages mit Festlegung eines Anfangsmietzinses (Art. 270 OR). Nebst diesen Vertragsänderungen lässt die Rechtsprechung auch eine konsensuale, im Gesetz nicht vorgesehene Vertragsänderung, insbesondere Mietzinserhöhung, zu.
- b) Nach Art. 269d OR kann der Vermieter den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen, indem er dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilt (Abs. 1). Verwendet der Vermieter nicht das vorgeschriebene Formular oder begründet er die Erhö-

hung nicht oder droht er mit der Mitteilung die Kündigung an oder spricht er sie aus, ist die Mietzinserhöhung nichtig (Abs. 2 lit. a-c). Die Absätze 1 und 2 gelten auch bei anderen einseitigen Änderungen des Mietvertrages zu Lasten des Mieters (Abs. 3). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Mitteilungen von Mietzinserhöhungen, welche nicht mit dem amtlichen Formular erfolgen, als absolut nichtig anzusehen (vgl. BGE 130 III 504 Erw. 6.2). Solche einseitigen Vertragsänderungen kann der Mieter gestützt auf Art. 270b OR anfechten.

Grundsätzlich, aber nicht ausnahmslos, wird ein Anfangsmietzins bei einer Erst- oder Neuvermietung festgelegt. Letztere liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes in der Regel nicht vor, wenn die gleichen Parteien das Mietverhältnis fortsetzen. Als Anfangsmietzins ist die Gesamtheit der bei Vertragsabschluss vereinbarten finanziellen Leistungspflicht des Mieters als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung der Mietsache zu betrachten (vgl. SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Art. 270 OR N 3, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Peter Heinrich, 2. Auflage, Art. 270 OR N 1). Art. 270 Abs. 2 OR sieht vor, dass Kantone im Falle von Wohnungsmangel für ihr Gebiet oder Teile davon die Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d OR beim Abschluss eines neuen Mietvertrages obligatorisch erklären können. Im Kanton Zürich bestand bei Abschluss des Mietvertrages vom 6. März/14. April 2015 gestützt auf Art 270 Abs. 2 OR i.V.m. § 229b EGZGB, in Kraft seit 1.11.2013 (OS68.311), für Anfangsmietzinse eine Formularpflicht. Deren Nichteinhaltung führt allerdings nicht zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages. Verwendet der Vermieter das offizielle Formular nicht oder begründet er die Mietzinserhöhung gegenüber dem vom Vormieter bezahlten Mietzins nicht, ist lediglich der festgesetzte Mietzins nichtig (BGE 140 III 583 = Pra 104 (2014) Nr. 102 Erw. 3.2.1 unter Hinweis auf BGE 120 II 341 Erw. 3-5). Ein Anfangsmietzins kann unter den Voraussetzungen von Art. 270 OR angefochten werden. Auf die Frage, ob mit dem neuen Vertrag ein Anfangsmietzins festgelegt wurde, ist unter Ziffer 7 nachstehend einzugehen.

Die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen hindert die Parteien nicht daran, gestützt auf die Vertragsfreiheit den Inhalt ihres Vertrages jederzeit abzuändern, und zwar auch während des Mietverhältnisses (SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Art. 269d OR N 17). Sie können – u.U. ohne Verwendung des amtlichen Formulars – vereinbaren, den Mietzins auf einen bestimmten Termin hin zu erhöhen (BGer 4C.496/1994 vom 28. März 1995 Erw. 2 b = Pra 1996 Nr. 129; ZK-Higi, Art. 269d OR N 13; 4C.145/2002 vom 19.8.2002 = Pra 92 (2003) Nr. 7).

c) Die Schlichtungsbehörde erteilte dem Kläger die Klagebewilligung gestützt auf Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO, weil sie das Vorliegen einer einseitigen Mietzinserhöhung, welche die Ausstellung der Klagebewilligung an den Vermieter verlangt (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO), verneinte (act. 2 Erw. 2). Die Vorinstanz ging, wie bereits erwähnt, von einer konsensualen Änderung eines bereits bestehenden Mietverhältnisses aus und verneinte eine Neuvermietung mit Festsetzung eines Anfangsmietzinses (act. 29 Erw. II.1.d).

7. a) Damit die Frage, ob vorliegend für die Anzeige der Vertragsänderungen Formvorschriften einzuhalten waren (Art. 269 d Abs. 1 OR bzw. Art. 270 Abs. 2 OR), beantwortet werden kann, ist vorgängig zu klären, ob es sich bei der Vertragsänderung gemäss Mietvertrag vom 6. März 2015/14. April 2015 um eine einseitige Änderung eines bestehenden Mietverhältnisses (i.S.v. Art. 269d OR) bzw. um den Abschluss eines neuen Mietverhältnisses (i.S.v. Art. 270 OR) oder um eine einvernehmliche Mietvertragsänderung handelte. Wie bereits erwähnt, hatte der Beklagte dem Kläger mit dem neuen Mietvertrag ein vom Kanton genehmigtes Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR zugestellt (act. 4/1 Anhang = act. 10/2).

b) Es wurde bereits ausgeführt, dass Art. 269d OR u.a. ein bestehendes und unbefristetes Mietverhältnis voraussetzt. Überdies sieht die Bestimmung vor, dass die Erhöhung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erfolgt.

Der am 23. bzw. 27. Oktober 2003 abgeschlossene Mietvertrag wurde vom Beklagten wegen Zahlungsverzugs per 31. Januar 2015 gekündigt

(act. 10/7-8). Da die Kündigung vom Kläger und seiner Ehefrau bei der Schlichtungsbehörde angefochten wurde (vgl. act. 10/22), war die Frage der Gültigkeit der Kündigung in der Schwebe. Es war ungewiss, wann diese Frage gerichtlich geklärt sein würde. In einem von Rechtsanwalt Y._____ am 4. März 2015 dem damaligen Gegenanwalt, Rechtsanwalt X2._____, unterbreiteten Vorschlag für einen aussergerichtlichen Vergleich wurde unter Ziffer 2 ausgeführt, die Parteien hielten übereinstimmend fest, dass die Kündigung vom 22. Dezember 2014 per 31. Januar 2015 gültig sei. Herrn A._____ werde das Mietverhältnis einmalig und definitiv bis 28. Februar 2015 erstreckt. Eine weitere Erstreckung sei ausgeschlossen. In der gleichen E-Mail wurden auch die Parameter eines neuen Mietvertrages bekannt gegeben (act. 8/31 = act. 10/11). Am 6. März 2015 teilte Rechtsanwalt X2._____ der Schlichtungsbehörde u.a. mit, die Parteien seien in aussichtsreichen Vergleichsgesprächen (act. 10/14). Ferner gab er per E-Mail dem Gegenanwalt Bescheid, sein Klient könne diesen Vorschlag (für einen neuen Mietvertrag) akzeptieren. Lediglich für die Regelung der Kautionsleistung schlug er eine andere Lösung vor (act. 10/13). In der Folge wurde aber der Schlichtungsbehörde kein Vergleich eingereicht. Das Schlichtungsverfahren betreffend Anfechtung der Kündigung / Erstreckung wurde erst mit Beschluss vom 8. Juni 2015, mit Ausstellung der Klagebewilligung an den Kläger und dessen Ehefrau, erledigt (act. 10/22). Im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung, 6. März bzw. 14. April 2015 (Mietbeginn 1. März 2015, act. 4/1 = act. 10/1) war demnach das Schlichtungsverfahren noch hängig (vgl. act. 10/22). Da während des Anfechtungsverfahrens die Bedingungen des bisherigen Mietvertrages weiterhin galten, bestand zwischen den Parteien im Zeitpunkt des neuen Vertragsabschlusses einstweilen noch ein Mietvertrag über dasselbe Mietobjekt weiter (vgl. Thanei, Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage, 29.4.6., S. 817), allerdings lediglich unter der Bedingung, dass die vertragsauflösenden Wirkungen der Kündigung aufgrund deren Gültigkeit nicht schon eingetreten sind. War letzteres der Fall, führte das Anfechtungsverfahren bei Kündigungen wegen Zahlungsverzug (vgl. Art. 272 a Abs. 1 lit. a OR) zu einer faktischen (sog. "kalten") Erstreckung des Mietverhältnis-

ses, das zuvor schon beendet war (vgl. auch BSK OR IWeber, 6. Auflage, Art. 273 N 4).

c) Der im März/April 2015 unterzeichnete Mietvertrag sah rückwirkend per 1. März 2015 eine Brutto-Mietzinserhöhung von bisher Fr. 655.– (act. 10/4) auf Fr. 1'047.– vor (act. 4/1 = act. 10/1 S. 3). Effektiv geschuldet war aber aufgrund einer abweichenden Vereinbarung für den Zeitraum 1.3. - 30.6.2015 unter Gewährung eines Mietzinsrabattes auf dem Nettomietzins von Fr. 200.– und einer Reduktion der Nebenkosten ein Bruttomietzins von Fr. 655.– (wie bisher, vgl. act. 10/4), per 1. Juli 2015 aufgrund der Gewährung eines Mietzinsrabattes auf dem Nettomietzins von Fr. 200.- ein Bruttomietzins von Fr. 847.– und erst per 1. Oktober 2015 der effektive Bruttomietzins von Fr. 1'047.– (act. 4/1 = act. 10/1 S. 14). Zudem wurde neu eine Depotleistung festgesetzt, deren 1. Rate bereits am 1. Mai 2015 fällig war. Eine vergleichsweise Anerkennung der Kündigung durch den Kläger vor der Schlichtungsbehörde gab es nicht. Mit dem Verzicht auf Klageerhebung wurde aber die Gültigkeit der Kündigung anerkannt, die per Ende Januar 2015 ausgesprochen worden war und daher ihre vertragsauflösenden Wirkungen auf diesen Zeitpunkt entfaltet hatte. Es erfolgte demnach im März und April 2015 keine Vertragsänderung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin, wie sie durch den Art. 269d OR geregelt ist. Vielmehr schlossen die anwaltlich vertretenen Parteien einen neuen Mietvertrag ab. Es ist deshalb irrelevant, ob der Kündigung effektiv ein Zahlungsverzug vorlag, was der Kläger bestreitet (act. 30 S. 9). Auf seine diesbezüglichen Ausführungen ist deshalb nicht weiter einzugehen.

8. a) Mit dem neuen Mietvertrag wurde ein Anfangsmietzins festgelegt. Dieser setzt im Kanton Zürich die Einhaltung von Formvorschriften voraus (vgl. Ziffer 6 b). Wie bereits erwähnt, machte der Kläger geltend, der Anfangsmietzins sei mangels klarer Begründung auf dem amtlichen Formular nicht gültig mitgeteilt worden (act. 30 S. 14). Damit beruft er sich auf die Nichtigkeit des Anfangsmietzinses.

b) Im Schreiben der Vermieterin vom 6. März 2015 mit dem Titel "Mitteilung des Anfangsmietzinses anlässlich des Abschlusses eines neuen Mietvertrages" wurde die Erhöhung des Anfangsmietzinses wie folgt begründet: "teilweise Anpassung an Orts- und Quartierüblichkeit gemäss aussergerichtlicher Vergleichsvereinbarung". Ferner wurden die Kostenfaktoren genannt (act. 4/1 Anhang = act. 10/2). Der Kläger irrt, wenn er meint, er könne mit seinen Vorbringen eine Teilnichtigkeit des Vertrages wegen Nichteinhaltung der Begründungspflicht der Mietzinserhöhung erreichen. Zwar finden, wenn in einem laufenden Mietverhältnis der bisherige Mietvertrag durch einen neuen Mietvertrag ersetzt wird, nach Bundesgericht die Grundsätze seiner Rechtsprechung zur vereinbarten Mietzinserhöhung keine Anwendung (vgl. dazu MRA 2/10 S. 73 f.), jedoch kann die Berufung auf Formmängel rechtsmissbräuchlich sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Mieter den Formmangel zwar erkannt hat, auf dessen Geltendmachung aber verzichtet, um gegebenenfalls später daraus einen Nutzen zu ziehen (vgl. dazu BGE 140 III 583 = Pra 104 (2015) Nr. 102 Erw. 3.2.4; BGer 4C.96/2005 vom 20.6.2005 Erw. 1.2.1 unter Hinweis auf BGE 113 II 187 Erw. 1a). Im Übrigen sind bei der Beurteilung der Frage, ob die Berufung auf Formnichtigkeit rechtsmissbräuchlich ist, sowohl die näheren Umstände als auch die Art und Weise der formungültigen Mietzinserhöhung zu berücksichtigen (BGer 4C.96/2005 vom 20.6.2005 Erw. 1.2.3 unter Hinweis auf BGE 123 III 70 Erw. 3c und 3d; BGer 4C.59/2003 vom 26.5.2003 Erw. 7.1).

9. a) Die Parteien wollten das hängige Schlichtungsverfahren betreffend Anfechtung der Kündigung vom 22. Dezember 2014 und Mieterstreckung mit einem aussergerichtlichen Vergleich regeln (vgl. act. 10/11 = 8/31). Diesbezüglich gab es einen regen E-Mailverkehr zwischen den Rechtsvertretern, worauf kurz einzugehen ist.

Rechtsanwalt X2._____ erkundigte sich am 3. März 2015 für den Kläger bei Rechtsanwalt Y._____, ob die Vermieterschaft bereits Stellung genommen habe zur Möglichkeit, einen neuen Vertrag abzuschliessen (act. 10/10). Am Folgetag unterbreitete Rechtsanwalt Y._____ dem Gegenanwalt unter Be-

zugnahme auf das mit ihm geführte Telefongespräch die Eckpunkte eines möglichen Vergleichs. Auf dieser Basis sollte eine aussergerichtliche Einigung erzielt werden, damit die auf 9. März 2015 angesetzte Schlichtungsverhandlung noch rechtzeitig abgesagt werden konnte (act. 10/11 = act. 8/31). Rechtsanwalt X2._____ antwortete am 5. März 2015 und hielt fest, dass unter Berücksichtigung der Nebenkosten die Erhöhung effektiv höher als Fr. 200.- ausfalle. Er bat zu prüfen, ob der Nettomietzins entsprechend reduziert werden könnte (act. 8/32). Einen Tag später bestätigte er dem Gegenanwalt, dass sein Klient den am 4. März 2015 unterbreiteten Vorschlag akzeptieren könne, allerdings müsste bei der Kautio die Möglichkeit eingeräumt werden, dass er das via F._____ lösen könne. Er bitte um Rückruf (act. 10/13). Gleichentags teilte Rechtsanwalt X2._____ der Schlichtungsbehörde mit, dass sich die Parteien aktuell in aussichtsreichen Vergleichsgesprächen befänden und ersuchte um Ladungsabnahme und Sistierung des Verfahrens bis zum 31. März 2015 (act. 10/14). Unter Hinweis auf den von der Vermieterschaft seiner Klientschaft zugestellten Mietvertrag teilte Rechtsanwalt X2._____ dem Gegenanwalt am 18. März 2015 mit, er müsse diesen Vertrag noch prüfen, es bestehe noch Korrektur- bzw. Klärungsbedarf. So würden Nebenräume fehlen, die Kabelgebühr sei nicht gestrichen etc. Die 7tägige Frist zur Unterzeichnung und Rücksendung des Mietvertrages erachtete er als zu kurz und stellte in Aussicht, anfangs nächster Woche die aus Sicht seines Klienten unbedingt notwendigen Änderungen mitzuteilen (act. 10/15 = act. 8/33). Mit diesem Vorgehen war der Gegenanwalt einverstanden (act. 8/33). Tags darauf teilte Rechtsanwalt X2._____ unter Hinweis auf seine Ferienabwesenheit vom 30.3. - 6.4.2015 mit, dass er am 26. März 2015 den Vertrag mit seinem Klienten besprechen könne, und er dann allfällige notwendige/berechtigte Änderungen des Vertrages (z.B.: Depot etc.) gleichentags oder am Freitag mitteilen könne (act. 10/16 = act. 8/34 S. 1). Damit war Rechtsanwalt Y._____ einverstanden (act. 8/34 S. 1). Am 27. März 2015 orientierte Rechtsanwalt X2._____ den Gegenanwalt über die gewünschten Änderungen. Diese betrafen nicht mehr die Mietzinshöhe, sondern die Anzahl der erwachsenen Personen (2 statt 1), die Nennung von

Waschküche und Trockenraum unter dem Punkt gemeinschaftliche Räume, die mitbenutzt werden können, und ferner die Streichung der Radio- und TV-Kabelgebühren aus dem Katalog der Nebenkosten. Überdies ersuchte er um Prüfung, ob die Depotleistung mit 6 Ratenzahlungen erbracht werden könne, und ob man das aktuelle Mietverhältnis (mit dem aktuellen Zins) bis am 30.9.2015 erstrecken und den neuen Mietvertrag mit Mietbeginn per 1. Oktober 2015 abschliessen könne (act. 10/17 = act. 8/34 S. 1-2). Am 1. April 2015 schrieb Rechtsanwalt Y._____ zurück, die Personenzahl werde auf 2 erhöht und auf Waschküche sowie Trockenraum werde hingewiesen. Die Position Radio- und TV-Kabelgebühr könne nicht gestrichen werden. Die Nebenkosten würden jährlich in Rechnung gestellt, gestützt auf die monatlich zu zahlenden Akontozahlungen. Solange er – der Mieter – nur über einen Internetanschluss von Swisscom verfüge, fielen auch keine Kosten an. 6 Ratenzahlungen könnten nicht akzeptiert werden. Er – Rechtsanwalt Y._____ – verweise auf sein E-Mail vom 4. März 2015, wonach das Mietzinsdepot in 3 Raten einbezahlt werden könne, per 1.5.2015, per 1.6.2015 und per 1.7.2015. Seine Klientschaft sei nicht bereit, den Mietbeginn auf den 1. Oktober 2015 zu verschieben, zumal dies auch nicht der getroffenen mündlichen Vereinbarung entspreche. Er ersuche, dafür zu sorgen, dass der Mietvertrag nun raschmöglichst unterzeichnet werden könne. Nach dessen Unterzeichnung müsse noch das hängige Verfahren vor der Schlichtungsbehörde mit einer kurzen Vereinbarung erledigt werden (act. 10/18 = 8/34 S. 2-4). Am 9. April 2015 schrieb Rechtsanwalt X2._____, er bitte, die Frist zur definitiven Bereinigung des Mietvertrages bis Ende April zu erstrecken. Damit das Verfahren nicht weiter verzögert werde, könne man die Schlichtungsbehörde bitten, vorzuladen. Begründet wurde die Fristverlängerung mit der Einholung einer Zweitmeinung bei Rechtsanwalt X1._____ und dessen Mandatsübernahme (act. 8/35 = act. 10/19 S. 1). Darauf antwortete Rechtsanwalt Y._____ gleichentags, er verweise auf seine E-Mail vom 1. April 2015 und halte nochmals fest, dass zwischen den Parteien am 4. März 2015 eine Einigung zustande gekommen sei, an welcher festgehalten werde. Seine Klientschaft sei nicht bereit, weiter auf die Unterzeichnung des Mietvertrages

zu warten, weshalb er darum ersuche, die Schlichtungsbehörde anzuweisen, die Parteien zur Verhandlung vorzuladen (act. 8/35 S. 1-2). Am 14. April 2015 erfolgte die Unterzeichnung des Mietvertrages durch A._____ (act. 4/1 = act. 10/1). Dies teilte Rechtsanwalt X2._____ am Folgetag dem Gegenanwalt mit und bat um Zusendung eines gegengezeichneten Exemplars, damit bei der Schlichtungsbehörde eine entsprechende Abschreibung beantragt werden könne (act. 10/20). Am 20. April 2015 erfolgte eine Nachfrage, ob sein Klient mit der Gegenzeichnung des Mietvertrages rechnen könne (act. 10/21). Dieser Anfrage wurde mit Schreiben vom 21. April 2015 entsprochen (act. 4/2).

b) Der Mieter wurde bereits zu Beginn der Vertragsverhandlungen von seinem Rechtsvertreter begleitet. Dieser stimmte, wie vorerwähnt, am 6. März 2015 den von Rechtsanwalt Y._____ im E-Mail vom 4. März 2015 skizzierten Parametern eines möglichen Mietvertrages (act. 10/11) grundsätzlich zu (act. 10/13). Mit Ausnahme der Zahlungsmodalitäten des Mietzinsdepots und dem Beginn des Mietverhältnisses wurde den Forderungen des Klägers entsprochen. Der Kläger gab in keiner Weise zu erkennen, dass er mit dem Inhalt des Vertrages nicht einverstanden war. Im Mietvertrag und im Schreiben betreffend Anfangsmietzins wurde denn auch auf die einvernehmliche Vertragsregelung hingewiesen. So wurde unter Ziffer 13 des Mietvertrages unter dem Titel "zusätzliche Vereinbarung" festgehalten: "Im Sinne der aussergerichtlichen Vergleichsvereinbarung halten die beiden Parteien übereinstimmend fest, dass es sich beim Mietverhältnis über die 4-Zimmerwohnung, 1. OG, B._____ -Str. ... in C._____ nicht um eine Familienwohnung handelt" (act. 4/1 = act. 10/1 S. 14). Die Mietzinserhöhung wurde begründet mit "Anpassung an Orts- und Quartierüblichkeit gemäss aussergerichtlicher Vergleichsvereinbarung" (act. 4/1 Anhang = act. 10/2). Mit dem Abschluss des neuen Mietvertrages wollte der Kläger die Wirkungen der auf Ende Januar ausgesprochenen Kündigung umgehend in Kraft setzen und einen Wohnungswechsel verhindern. Aus dem vorerwähnten E-Mail-Verkehr ergibt sich zweifelsfrei, dass es der Kläger war, welcher einen neuen Mietvertrag abschliessen wollte (act. 10/10), nicht der Beklagte. Für diesen war die Sache

mit der ausgesprochenen Kündigung grundsätzlich erledigt und ein wesentliches Interesse für den Abschluss eines neuen Mietvertrages lag unter den gegebenen Umständen (Mietzinsausstände, aus welchem Grund auch immer) nicht vor. Der Kläger wurde zudem im massgeblichen Zeitraum durch einen Anwalt des Mieterverbandes und somit einen in Mietangelegenheiten erfahrenen Rechtsvertreter unterstützt. Dieser musste zweifellos erkannt und den Kläger entsprechend orientiert haben, dass allenfalls ein Formularmangel hinsichtlich der Begründung der Mietzinserhöhung vorliegen könnte. Auf dessen Geltendmachung verzichtete der Kläger aber, weil er nicht riskieren wollte, dass der Vertragsabschluss dahinfällt, und insoweit im Wissen darum, dass er später daraus einen Nutzen ziehen könnte. Dies zeigt sich vor allem darin, dass er den vereinbarten höheren Mietzins nicht zahlte und auch die Depotleistung nicht erbrachte.

Unabhängig davon, ob die Festsetzung des Anfangsmietzinses auf dem Formular unzureichend begründet wurde und damit ein Formmangel vorliegt oder nicht, ist dem Kläger unter diesen Umständen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen. Seine Berufung auf Formmängel erweist sich als rechtsmissbräuchlich und ist nicht zu schützen. Eine Prüfung der Frage auf Teilnichtigkeit des Vertrages entfällt deshalb.

10. Soweit der Kläger die Erhöhung des Anfangsmietzinses gestützt auf Art. 270 Abs. 1 OR anfecht, ist die Berufung abzuweisen. Der Mieter kann bis spätestens 30 Tage nach Antritt der Miete den Anfangsmietzins bei der zuständigen Schlichtungsbehörde anfechten (Art. 270 Abs. 1 OR). Es handelt sich dabei um eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist (vgl. ZK-Higi, Art. 270 OR N 70). In den Kantonen, in welchen ein amtliches Formular verwendet werden muss, dieses dem Mieter aber bei der Übergabe der Sache noch nicht ausgehändigt wurde, gilt gemäss Bundesgericht eine spezielle Regelung. Falls der Vermieter innert 30 Tagen ab Übernahme der Mietsache das Formular zustellt, wird die Frist zur Anfechtung des Anfangsmietzinses verlängert und läuft erst 30 Tage nach Erhalt des amtlichen Formulars ab. Wird das Formular erst nach Ablauf dieser 30tägigen Frist zugestellt, so ist und

bleibt die Festsetzung des Anfangsmietzinses grundsätzlich nichtig (BGE 121 III 56 = mp 2/95 S. 90: BGer 4A_168/2014 vom 30.4.2014 Erw. 3.1). Vorliegend wurde gemäss Ausführungen des Beklagten, was in der Folge unbestritten blieb, dem Mieter am 6. März 2015 nicht nur der Mietvertrag, sondern auch das Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses direkt zugestellt (Protokoll Vorinstanz S. 10). Aus der E-Mail von Rechtsanwalt X2._____ an den Gegenanwalt vom 18. März 2015 (Mittwoch) geht hervor, dass der Kläger diese Postsendung "Ende letzter Woche", somit spätestens am 14. März 2015 erhalten hat (vgl. act. 10/15). Es kann offen bleiben, ob diese Zustellung fristauslösend war oder erst die Vertragsunterzeichnung am 14. April 2015. Die Anfechtung des Mietzinses bei der Schlichtungsbehörde erfolgte erst mit Eingabe vom 19. Mai 2015 (vgl. act. 2 S. 2), so oder so nach Ablauf der Frist und damit verspätet.

11. a) Selbst wenn, wie das die Vorinstanz annahm, von einer Änderung eines bereits bestehenden Mietverhältnisses ausgegangen würde, müsste die Berufung abgewiesen werden. Eine einseitige Vertragsänderung i.S. von Art. 269d OR liegt nicht vor. Der vorhin dargestellte E-Mailverkehr macht deutlich, dass die Vertragsänderungen auf einer konsensualen Grundlage basieren, zu denen der Kläger Anstoss gab.

Eine einseitige Vertragsänderung gestützt auf Art. 269d OR verlangt, wie bereits erwähnt, die Einhaltung der Formularpflicht. Eine konsensuale Mietvertragsänderung kann dagegen einen Verzicht auf die Einhaltung der Formularpflicht rechtfertigen (BGer 4D_82/2015 vom 23. 5.2016 Erw. 5.2). Dies setzt aber voraus, dass dadurch der Schutzzweck von Art. 269d OR nicht beeinträchtigt wird. Nicht tangiert wird dieser Schutzzweck, wenn feststeht, dass die Mieterschaft über die Anfechtungsmöglichkeit informiert war, dass sie mit dem Verzicht auf das Formular bewusst zum Voraus auf die Anfechtung verzichtet hat und überdies ausgeschlossen werden kann, dass sie unter Druck stand (BGer 4A_637/2016 vom 3.3.2017 Erw. 2.1 unter Hinweis auf BGE 128 III 419 Erw. 2.4.2 S. 425 f.; 123 III 70 Erw. 3b S. 74; BGer 4D_82/2015 vom 23.5.2016 Erw. 5.2; BGer 4C.496/1994 vom 28.3.1995

Erw. 2b = Pra 1996 Nr. 129 S. 425; BGer 4A_198/2008 vom 7.7.2008 Erw. 3.1; BGer 4C.283/2002 vom 6.1.2003 Erw. 5). Unter Druck steht bspw. jemand dann, wenn ihm die Kündigung droht (vgl. MRA 4/13 S. 4). Allein aus der formellen Unterschrift des Mieters unter eine allenfalls vom Vermieter vorbereitete Vertragsänderung kann nicht auf einen Verzicht auf die Einhaltung der Formularpflicht und somit auf einen Konsens geschlossen werden (BGer 4A_198/2008 vom 7.7.2008 Erw. 3.1 unter Hinweis auf BGE 130 III 504 und 123 III 70). Bei der Frage nach der Kenntnis des Mieters von der Anfechtungsmöglichkeit darf man sich nicht damit begnügen, dass dieser um die Existenz gesetzlicher Regelungen auf diesem Gebiete weiss, denn die Formularpflicht setzt die Rechtsunkenntnis des Mieters voraus (BSK OR I-Weber, 6. Auflage, Art. 269d N 7; BGE 140 III 583 Erw. 3.2.2 = Pra 104 (2015) Nr. 102). Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil vom 28. März 1995 erwogen, es handle sich nach den vorinstanzlichen Feststellungen bei der Mieterin um eine in geschäftlichen Dingen erfahrene Frau, die zudem von ihrem Treuhänder beraten worden sei, weshalb davon auszugehen sei, sie habe die gesetzlichen Schutzbestimmungen zu Gunsten des Mieters gekannt (vgl. MRA 4/13 S. 5, besprochen in MRA 5/95 S. 256 ff.). In einem Entscheid vom 28. August 1998 erachtete es das Bundesgericht als wesentlich, dass der Mieter als Wirtschaftsinformatiker und Analytiker eine Kaderstelle in einer Bank bekleidete und dass in seinem früheren, 15 Jahre dauernden Mietverhältnis, die Mietzinsanpassung jeweils mit den behördlich genehmigten Formularen mitgeteilt worden waren. Es folgte daraus, dass dem Mieter die entsprechenden Anfechtungsmöglichkeiten bekannt gewesen waren und ihm im Zeitpunkt, als er das schriftliche Einverständnis zu den Mietzinserhöhungen gab, jeweils bewusst war, dass er damit auf die Möglichkeit einer Anfechtung verzichtete (vgl. MRA 4/13 S. 7 besprochen in MRA 1/99 S. 26 ff.).

b) Unter dem Druck der Kündigungsandrohung stand der Kläger bei Vertragsabschluss nicht, da die Kündigung bereits zu einem früheren Zeitpunkt, vor Unterzeichnung des Mietvertrages bzw. der Aufnahme der "Vergleichsgespräche" ausgesprochen worden war. Er stand auch nicht unter der Ge-

fahr, dass der alte Mietvertrag gekündigt wird, wenn er den neuen nicht unterzeichnet. Im Zeitpunkt der Verhandlungen hätte eine allfällige Nichtunterzeichnung des Mietvertrages nur die Vorladung der Parteien zur Schlichtungsverhandlung zur Folge gehabt. Gekündigt wurde dem Mieter wegen Zahlungsverzugs und der Kläger versprach sich offenbar von der Kündigungsanfechtung, die er selber – er hatte damals noch keinen Rechtsvertreter – bei der Schlichtungsbehörde eingereichte hatte, nicht viel Erfolg. Dies erklärt, weshalb er kurz nach Einreichung der Klage bei der Schlichtungsbehörde ein Gespräch mit dem Beklagten suchte (Protokoll Vorinstanz S. 9 und S. 19-20). Wie bereits erwähnt, war es der Kläger, welcher einen neuen Mietvertrag abschliessen wollte (act. 10/10). Er hatte ein Interesse daran, in der Wohnung zu bleiben. Die Initiative für einen neuen Mietvertragsabschluss ging nicht vom Vermieter aus. Es kann dem Vermieter deshalb auch nicht unterstellt werden, dass er eine Mietzinserhöhung durch den Abschluss eines vermeintlich neuen Vertrages zu erreichen versuchte und dafür ein Druckmittel einsetzte. Bei den Vertragsverhandlungen war der anwaltlich vertretene Kläger nicht eingeschüchtert. Einerseits liess er sich ausgiebig Zeit und andererseits brachte er seine Wünsche bezüglich den Nebenpunkten des Mietvertrages und zu Zahlungsmodalitäten des Mietzinsdepots ungehemmt vor, indem er immer neue Forderungen stellte. Dies alles ergibt sich aus dem vorerwähnten E-Mailverkehr. Die bevorstehende Sühnverhandlung belastete ihn bei den Verhandlungen nicht, was sich darin zeigt, dass er durch seinen Rechtsvertreter dem Gegenanwalt im Zusammenhang mit seiner verlangten Fristverlängerung zur Bereinigung des Mietvertrages vorschlug, man könne die Schlichtungsbehörde bitten, vorzuladen (act. 8/35 =act. 10/19). Der Kläger brachte in der Berufung vor, er hätte davon ausgehen müssen, dass der Beklagte seine Vertragsofferte resp. seinen Antrag auf Offertstellung nach Ablauf der bis Mitte April 2015 gesetzten Frist nicht mehr gegen sich gelten lasse. Diesfalls sei er dem Risiko ausgesetzt gewesen, dass er im hängigen Kündigungsschutzverfahren unterliegen könnte, mit der Wirkung, dass das Mietverhältnis durch die Verzugskündigung vom 22. Dezember 2014 ohne Erstreckungsmöglichkeit beendet werde

(act. 30 S. 12). Der Kläger übergeht mit dieser Argumentation, dass der Vermieter mit der damaligen Kündigung nicht eine Mietzinsanpassung durchsetzen wollte, sondern den Vertrag wegen Zahlungsverzugs beenden wollte. Mit dem Vertragsvorschlag kam er dem Wunsch des Klägers auf Abschluss eines neuen Vertrages entgegen. In der Fristansetzung zur Unterzeichnung des Vertrages lag in Anbetracht der bereits erfolgten Kündigung kein Druckmittel. Vor Vorinstanz behauptete der Kläger zudem, der Druck habe auch darin bestanden, dass keine Zweitmeinung mehr eingeholt werden können, da die Gegenpartei die Bedenkzeit bis Ende April abgelehnt habe (Protokoll Vorinstanz S. 23, act. 7 S. 10). Darauf ist nicht weiter einzugehen, da der Kläger im Berufungsverfahren dies nicht mehr geltend machte. Zu bemerken ist lediglich, dass der Kläger seit Kenntnis der Eckdaten des Vertragsentwurfes, 4. März 2017 (vgl. act. 10/11 = 8/31), genügend Zeit hatte, sich bei einem anderen Anwalt zu erkundigen. Das fand er aber offenbar anfänglich nicht nötig, hatte er doch bereits am 6. März seine Zustimmung zur Vertragsänderung, insbesondere zur Mietzinserhöhung, gegeben und nur eine Änderung bezüglich der Kautionsleistung (F._____) verlangt (act. 10/13). Den zeitlichen Druck setzte er sich selbst. Unter den vorliegenden Umständen unterzeichnete der anwaltlich vertretene Kläger den Vertrag freiwillig ohne Druck im Sinne der Rechtsprechung.

Der Kläger war, wie vorerwähnt, durch einen Anwalt des Mieterverbandes vertreten, der Kenntnis von den gesetzlichen Schutzbestimmungen zu Gunsten des Mieters haben musste und auch hatte und den Kläger entsprechend beriet. Der Vertrag wurde daher von einem Konsens getragen, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes den Verzicht auf den formellen Schutz, wie ihn die Formularpflicht gewährt, rechtfertigt. Der Kläger verzichtete vorliegend bewusst auf die Einhaltung der Formvorschriften und die Anfechtung der Mietzinserhöhung. Von der Zustellung des definitiven Mietvertrages, Mitte März 2015, bis zum Tag der Unterzeichnung durch den Kläger am 14. April 2015 hatte er genügend Zeit, den Vertrag zu prüfen und abzulehnen. Innert der 30tägigen Anfechtungsfrist (Art. 270b OR) gelangte er dann auch nicht an die Schlichtungsbehörde (Art. 270b OR, Art. 269 OR und

Art. 269a OR). Aus dem Hin- und Hersenden der unterzeichneten Vertrags-exemplare und der amtlichen Formulare zwischen den Parteien kann er, entgegen seinen Ausführungen (act. 30 S. 11), nichts ableiten. Dieser Postverkehr erfolgte auf Wunsch des Klägers (vgl. Mail vom 15. April 2015, act. 10/20 bzw. Mail vom 20. April 2015, act. 10/21). Er bzw. sein Rechtsvertreter wollte zwecks Nachweis eines aussergerichtlichen Vergleichs den Vertrag der Schlichtungsbehörde einreichen (act. 10/20). Der Kläger kann zudem aus dem Umstand, dass der Beklagte dem Kläger mit dem neuen Mietvertrag ein vom Kanton genehmigtes, vom Beklagten unterzeichnetes Formular zur Mitteilung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR zustellte (act. 4/1 Anhang = act. 10/2), nicht schliessen, die Anfechtbarkeit des Mietzinses sei damit ausdrücklich vereinbart worden (vgl. act. 30 S. 11). Dies widerspräche dem vom Kläger angestrebten Zweck des Abschlusses eines neuen Vertrages, um das Kündigungsschutzverfahren aus dem Weg zu räumen. Im Übrigen lässt sich aus der Zustellung ableiten, der Beklagte habe eine konsensuale Änderung des Mietvertrages angestrebt, diese sicherheitshalber aber auch noch per Formular der Mieterin angezeigt (vgl. dazu BGer 4C.268/2006 vom 7.11.2006 Erw. 2.3; MRA 4/13 S. 10). Der Kläger hat somit in Kenntnis seiner rechtlichen Möglichkeiten den Vertrag freiwillig unterzeichnet und zum Voraus bewusst auf die Anfechtung der Mietzinserhöhung verzichtet. Der Schutz der Formularpflicht gemäss Art. 269d OR wurde nicht unterlaufen. Der Kläger kann sich deshalb nicht auf die Nichtigkeit dieses Vertrages berufen. Der Mietvertrag vom 6. März/14. April 2015 ist deshalb gültig zustande gekommen.

c) Die Vorinstanz hätte unter den gegebenen Umständen nicht mehr prüfen müssen, ob die Mietzinserhöhung gestützt auf Art. 270b OR rechtzeitig angefochten wurde, da wie oben ausgeführt, der Kläger freiwillig auf die Anfechtung verzichtet hat. Immerhin erfolgte die Anfechtung erst 35 Tage nach Erhalt der Anzeige, und sie wäre verspätet.

12. Die Berufung ist deshalb abzuweisen, soweit die Feststellung der Nichtigkeit der Erhöhung des monatlichen Nettomietzinses von Fr. 419.- auf Fr. 619.-

(Berufungsantrag 2) und der Nebenkosten (Berufungsantrag 3) sowie der Sicherheitsleistung im Betrage von Fr. 3'141.- (Berufungsantrag 4) verlangt wird. Abzuweisen ist die Berufung auch, soweit die Feststellung der Missbräuchlichkeit der Mietzinserhöhung und einseitigen Vertragsänderungen betreffend Nebenkosten und deren Herabsetzung beantragt wird.

13. a) Der Kläger rügt die mit der Klageabweisung von der Vorinstanz getroffene Feststellung im Dispositiv 1 des angefochtenen Urteils. Gehe man mit der Vorinstanz davon aus, Gegenstand des vorliegenden Anfechtungsverfahrens sei eine Mietzinserhöhung, hätte das Mietgericht auf den Antrag des Beklagten, es sei festzustellen, dass per 1. März 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 655.-, per 1. Juli 2015 von Fr. 847.- und per 1. Oktober 2015 von Fr. 1'047.- Gültigkeit habe, mangels fristgerechter Klageerhebung des Beklagten nicht eintreten dürfen. Das Gleiche gelte, wenn man davon ausgehe, im Streit liege die Frage, ob die strittige Mietzinserhöhung gültig vereinbart worden seien. Auch in dieser Konstellation hätte die Schlichtungsbehörde dem Beklagten die Klagebewilligung erteilen müssen, und es wäre am Beklagten gewesen, innert der Verwirkungsfrist von 30 Tagen Klage beim Mietgericht einzureichen. Deshalb habe die Vorinstanz in Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils zu Unrecht festgestellt, per 1. März 2015 sei ein Bruttomietzins von Fr. 655.-, per 1. Juli 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 847.- und per 1. Oktober 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 1'047.- gültig (act. 30 S. 6-8). Die Feststellungen in Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils verdeutlichen die Rechtslage, die mit der Klageabweisung besteht und insbesondere auch durch den klägerischen Antrag 4 an die Vorinstanz durch diese zu beurteilen war. Eines Hinweises auf einen Antrag der Beklagte, wie ihn die Vorinstanz angebracht hat, hätte es insoweit nicht bedurft. Der Kläger vermag denn auch nicht aufzuzeigen, inwieweit er durch die lediglich die Rechtslage präzisierende bzw. klarstellende Feststellung der Vorinstanz beschwert wäre bzw. sein könnte. Weiterungen zu den Rügen des Klägers, die am gezeigten Ergebnis des Berufungsverfahrens nichts ändern, erübrigen sich daher. Wollte man das so nicht gelten lassen, änderte das im Ergebnis nichts, und zwar aus folgenden Gründen:

b) Seit Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung hängt die Rollenverteilung für die Klageerhebung davon ab, ob eine Mietzinserhöhung nach Art. 269d OR oder ein Anfangsmietzins im Sinne von Art. 270 OR angefochten wird. Bei Anfechtung von Mietzinserhöhungen nach Art. 269d OR (Art. 270b OR) wird dem Vermieter die Klagebewilligung erteilt (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO; BSK OR I-Weber, 6. Auflage, Art. 270b N 3) und bei Anfechtung eines Anfangsmietzins im Sinne von Art. 270 OR der klagenden Partei (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO; BSK OR I-Weber, 6. Auflage, Art. 270 N 7).

Vor der Schlichtungsbehörde stellte der Kläger einerseits ein Begehren auf Feststellung, dass die mit Mietvertrag vom 6. März 2015 bzw. 14. April 2015 vereinbarte Erhöhung des Nettomietzinses und der Nebenkosten sowie der Änderung von Pauschal- auf Akontobeiträgen für Allgemenstrom und Kehrrechtgebühren nichtig seien und andererseits die Feststellung, dass der Anfangsmietzins missbräuchlich sei. Überdies verlangte der Kläger die Herabsetzung des Mietzinses auf das zulässige Mass (vgl. act. 2 S. 2). Im Fall der Geltendmachung der Nichtigkeit der Mietzinserhöhung liegt ein negatives Feststellungs- statt ein Anfechtungsbegehren vor. Kommt im Anfechtungsverfahren betreffend Mietzinserhöhung vor der Schlichtungsbehörde keine Einigung zustande, so muss diese dem Vermieter die Klagebewilligung erteilen (Art. 209 Abs. 1 lit. a). In allen anderen Verfahren, und somit auch in einem Feststellungsverfahren des Mieters, gestützt auf Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO dem Kläger (vgl. dazu Thomas Koller in ZBJV 149/2013 S. 56). Die Schlichtungsbehörde hat somit zu Recht dem Kläger die Klagebewilligung ausgestellt. Das vom Beklagten vor der Schlichtungsbehörde gestellte Begehren, es sei festzustellen, dass per 1. März 2015 ein Bruttomietzins von Fr. 1'047.- zwischen den Parteien rechtsgültig und somit nicht in missbräuchlicher Art und Weise vereinbart wurde (vgl. act. 2 S. 2), stellt eine Widerklage dar, welche in der Klagebewilligung aufzuführen ist (Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO). Reicht der Kläger gestützt auf die Klagebewilligung fristgerecht, wie vorliegend, die Klage beim Gericht ein (Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO), gilt damit auch die Widerklage als eingereicht (vgl. dazu Manuela Rapold/Reto

Ferrari-Visca in AJP 2013 S. 394 ff.). Demzufolge durfte die Vorinstanz unter Dispositiv-Ziffer 1 auch den Anträgen des Beklagten folgen. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils vom 17. November 2016 ist deshalb hinsichtlich der getroffenen Feststellungen nicht aufzuheben.

14. a) Die Vorinstanz sprach dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'231.85 (inkl. 8 % MWSt) zu (act. 29 Erw. III.2.b S. 10), was betragsmässig der von Rechtsanwalt Y._____ eingereichten Honorarnote entspricht (act. 22). Der Kläger rügte in seinen Erwägungen die Höhe dieser Parteientschädigung. Dieser Aufwand sei schon deshalb nicht in vollem Umfang geschuldet, weil der beklagtische Rechtsvertreter nicht nur den Aufwand für das vorinstanzliche Mietgerichtserfahren sondern auch denjenigen für das Schlichtungsverfahren geltend gemacht habe. Im Übrigen erschliesse sich aus den Erwägungen im angefochtenen Urteil nicht, weshalb die Parteientschädigung nicht wie üblich auf der Grundlage des Streitwerts, sondern auf derjenigen des Aufwands festzulegen sei (act. 30 S. 16).
- b) Bezüglich der Höhe der zusprechenden Prozessentschädigung wurden in der Berufungsschrift keine konkreten Anträge gestellt.

Soweit der Kläger eine Ausscheidung der Entschädigung für das Schlichtungsverfahren verlangt, ist ihm zu widersprechen. Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO widersetzt sich der Zusprechung von Parteientschädigungen "im" Schlichtungsverfahren und nicht "für" das Schlichtungsverfahren. Das Bundesgericht sah daher im gesetzlichen Wortlaut kein Hindernis gegen die Zusprechung von Parteientschädigungen für diese Verfahrensphase im Rahmen eines vom ordentlichen Richter in der Sache gefällten Urteils. Eine solche Lösung – so das Bundesgericht – stehe auch nicht im Gegensatz zum vom Gesetzgeber verfolgten Ziel. Das in Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO aufgestellte Verbot ziele darauf ab, den Erfolg des Schlichtungsversuchs zu begünstigen; die Diskussionen blieben auf den Streit in der Sache beschränkt, ohne dass ein zusätzlicher Diskussionspunkt hinsichtlich Ansprüchen auf Erstattung von Auslagen hinzukomme. Die Aussicht, der Bezahlung dieser Auslagen im Falle des Scheiterns der Schlichtung zu entkommen, werde

dagegen die Schlichtungschancen nicht beeinflussen; es sei wenn schon eher das Risiko, diese Entschädigung zahlen zu müssen, das bei dieser Gelegenheit die Parteien dazu veranlassen könnte, eine Übereinkunft hinsichtlich der ungewissen Forderungen zu akzeptieren, statt sie dem ordentlichen Richter zu unterbreiten. Es sei daher – so das Bundesgericht – anzunehmen, dass Art. 113 ZPO dem ordentlichen Richter nicht untersage, im Rahmen des Urteils in der Sache Parteientschädigungen für das Schlichtungsverfahren zuzusprechen (BGE 141 III 20 Erw. 5.3 = Pra 104 [2015] Nr. 85). Da zur konkreten Höhe der Entschädigung kein Antrag in der Sache gestellt wurde, ist auf die weiteren Ausführungen nicht einzutreten. Im Übrigen ist zu bemerken, dass die Vorinstanz die Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) festgelegt hat (vgl. act. 29 Erw. III.2.a S. 10). Der beklagte Rechtsvertreter hat eine Entschädigung von Fr. 8'229.– zuzügl Fr. 319.00 Spesen und Fr. 683.85 MWSt, total Fr. 9'231.85 verlangt (act. 22). Die Verordnung sieht bei einem Streitwert von Fr. 94'080.– (streitige jährliche Brutto-Mietzinserhöhung von Fr. 4'704.– x 20, Art. 92 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO) eine Grundgebühr von 10'424.80 vor. Unter Berücksichtigung, dass auch Kosten für das Schlichtungsverfahren zu entschädigen sind und vorliegend die Grundgebühr gestützt auf § 4 Abs. 3 AnwGebV nur leicht zu reduzieren ist, ist die Entschädigung von Fr. 8'229.– zuzügl. Spesen und Mehrwertsteuer, gesamthaft Fr. 9'231.85 angemessen und mit der Gebührenverordnung vereinbar. Im Übrigen hat auch der Rechtsvertreter des Klägers in seiner Honorarnote Aufwendungen im Rahmen der Grundgebühr geltend gemacht, nämlich Fr. 10'453.30 zuzügl Spesen (Fr. 321.15 und Fr. 862.– MWSt.), total Fr. 11'636.45 (act. 20).

15. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese sind, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 94'080.–, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Da keine Berufungsantwort eingeholt wurde, sind der Gegenpartei keine Aufwendungen entstanden, die es zu entschädigen gilt.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 17. November 2016 wird bestätigt.
2. Die Kostenfestsetzung und -verlegung des erstinstanzlichen Verfahrens werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Dem Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 30, sowie an das Mietgericht des Bezirksgerichtes Andelfingen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 94'080.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
10. Juli 2017