

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG170005-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 7. Juli 2017

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger, Widerbeklagte, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Pensionskasse C._____,

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend
Forderung aus Mietvertrag

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Dielsdorf vom 8. April 2016
(MG150006)

Rechtsbegehren der Kläger und Widerbeklagten:

(act. 1 und Prot. S. 14)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Betrag von Fr. 21'832.85 zzgl. 5 % Zins auf den Betrag von Fr. 21'519.– ab 7. Mai 2015 resp. 5 % Zins auf den Betrag von Fr. 313.85 ab 8. April 2016 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten und Widerklägerin:

(act. 13 und Prot. S. 20)

"Die Kläger seien zu verpflichten, der Beklagten Fr. 1'356.50 zzgl. 5 % Zins ab 8. April 2016 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger."

Urteil des Mietgerichtes Dielsdorf vom 8. April 2016

(Berichtigte Fassung; vgl. act. 22):

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'300.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden den Klägern unter solidarischer Haftung in Höhe von Fr. 3'090.– und der Beklagten in Höhe von Fr. 210.– auferlegt und aus dem von den Klägern geleisteten Vorschuss sowie im restlichen Betrag von der Beklagten bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 160.– zu ersetzen.
5. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'874.50 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung.)

Berufungsanträge:

der Kläger, Widerbeklagten und Berufungskläger (act. 29 S. 2):

In Aufhebung von Ziffer 1 des Urteils des Mietgerichtes Dielsdorf vom 8. April 2016 sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern den Betrag von CHF 21'832.85 zuzüglich 5 % Zins auf den Betrag von CHF 21'519.-- ab 7. Mai 2015 resp. 5 % Zins auf den Betrag von CHF 313.85 ab 8. April 2016 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MwSt.) und unter Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Ziffer 3 - 5 des Dispositivs des Urteils des Mietgerichtes Dielsdorf vom 8. April 2016 zulasten der Berufungsbeklagten.

der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsbeklagten (act. 37 S. 2):

Es sei die Berufung der Berufungskläger vom 10. Februar 2017 abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungskläger.

Anträge zur Anschlussberufung:

der Beklagten, Widerklägerin, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (act. 37 S. 2 f.):

1. Es sei Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Mietgerichtes Dielsdorf vom 8. April 2016 aufzuheben und die Berufungskläger/Anschlussberufungsbeklagten seien zu verpflichten, der Berufungsbeklagten/Anschlussberufungsklägerin CHF 1'356.50 zuzüglich 5 % Zins ab 8. April 2016 zu bezahlen;
2. Es seien die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils des Mietgerichtes Dielsdorf vom 8. April 2016 aufzuheben und die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahren vollumfänglich den Berufungsklägern/Anschlussberufungsbeklagten aufzuerlegen und es sei der Berufungsbeklagten/ Anschlussberufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungskläger/ Anschlussberufungsbeklagten.

der Kläger, Widerbeklagten, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten (act. 43 S. 2):

Es sei die Anschlussberufung vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MwSt.) zulasten der Anschlussberufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. B. _____ und A. _____ (fortan: die Kläger) schlossen im März 1998 als Mieter mit der Pensionskasse D. _____, einer Stiftung mit Sitz in ..., als Vermieterin einen schriftlichen Mietvertrag über eine 4 ½-Zimmer-Wohnung im Parterre der Liegenschaft E. _____-Strasse ... in F. _____ ZH (act. 4/2). Die Pensionskasse D. _____ liess sich beim Vertragsschluss durch die G. _____ AG vertreten. Die Pensionskasse C. _____ (fortan: die Beklagte) ist die umfirmierte Rechtsnachfolgerin der Pensionskasse D. _____.

Das mit dem Mietvertrag vom März 1998 begründete Vertragsverhältnis ist anfangs 2015 beendet worden.

1.1 Die Parteien vereinbarten im Mietvertrag vom März 1998 (act. 4/2) einen von den Klägern monatlich zu zahlenden Mietzins von Fr. 1'484.- sowie von den Klägern monatlich zu leistende weitere Zahlungen von Fr. 80.- für "HK-Akonto", von Fr. 145.- für "BK-Akonto" und von Fr. 25.- als "Warmwasserpauschale". Der Mietbeginn wurde von den Vertragsparteien auf den 1. Mai 1998 festgelegt. Weiter wurde von den Parteien vereinbart, es gölten für

"die Miete ... die Bestimmungen dieses Vertrags. Änderungen oder Ergänzungen sind durch schriftliche Nachträge zu diesem Mietvertrag zu vereinbaren. Integrierenden Bestandteil dieses Mietvertrags bilden ferner folgende, dem Mieter ausgehändigte und von den Parteien ausdrücklich anerkannte Beilagen:

Mietvertragsbestimmungen von 1994,
Haus- / Waschküchen-Ordnung".

Unter dem Titel besonderer Vereinbarung hielten die Parteien im Vertrag zudem gemeinsam fest (a.a.O.):

"Die allseitige unterzeichnete Vereinbarung vom 17. Februar 1998, betreffend dem Wohnungswechsel im Hause, bildet einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrags".

Diese "allseitige", namentlich also auch von den Klägern unterzeichnete Vereinbarung vom 17. Februar 1998 enthält folgende Bestimmungen (vgl. act. 16/7):

- "1) Sie [die Kläger] haften für Ihre bestehende Wohnung bis zum 31. Mai 1998.
- 2) Eine Mietzinssenkung der Wohnung von Familie H._____ kann nicht entsprochen werden.
- 3) Die Wohnung der Familie H._____ wird im heutigen Zustand übernommen."

Die besondere Vereinbarung im Vertrag vom März 1998 ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass B._____ (fortan: der Kläger 2) und A._____ (die Klägerin 1) bereits vor diesem Vertragsschluss in einer der Beklagten gehörenden Wohnung in der Liegenschaft E._____ -Strasse ... wohnten, deren Mieter (anfänglich) nur der Kläger 2 gewesen war. "Grund für den Wohnungswechsel der heutigen Kläger war, dass die Eheleute inzwischen zwei kleine Kinder hatten und gerne in die im Parterre des Hauses frei werdende Wohnung mit Gartensitzplatz umziehen wollten" (act. 10 S. 2 [unten]).

1.2 Im Rahmen des früheren Mietverhältnis war es zu einer einseitigen Vertragsänderung i.S.v. Art. 269d OR gekommen, welche die damalige Verwalterin/Vermieterin I._____ AG am 4. Dezember 1996 dem Kläger 2 angezeigt hatte. Gegenstand der Vertragsänderung war u.a. eine Betriebskostenausscheidung, welche von der Mieterschaft angefochten wurde. Es kam zu einem Verfahren vor dem Mietgericht Dielsdorf, in das auch die Klägerin 1 als Partei einbezogen wurde (vgl. act. 16/6, S. 1 [Rubrum]). Am 30. September 1997 fand vor dem Mietgericht Dielsdorf eine Verhandlung statt, anlässlich der die damaligen Parteien, die beide anwaltlich vertreten waren, einen Vergleich schlossen (vgl. act. 16/6: Beschluss des Mietgerichtes Dielsdorf vom 30. September 1997). Der Vergleich führte am gleichen Tag zur Erledigung des Gerichtsverfahrens gemäss § 188 Abs. 3 ZPO/ZH (vgl. a.a.O.).

Der Vergleich vom 30. September 1997 umfasste insbesondere auch monatlich zu zahlende Akonto-Beiträge für Heizkosten im Betrag von Fr. 80.- und für Betriebskosten im Umfang von Fr. 170.-. Wie sich die Betriebskosten im einzelnen zusammensetzen, führt der im Erledigungsbeschluss wiedergegebene Vergleichstext allerdings nicht auf. Unstrittig und im Beschluss des Bezirksgerichts Dielsdorf vermerkt ist indessen (vgl. a.a.O., S. 2 [sinngemässes Rechtsbegehren]), dass über die Höhe und die Zusammensetzung der Betriebskosten, an die die Mieterschaft einen Akonto-Beitrag von Fr. 170.- pro Monat zu leisten hatte, ein

Teilvergleich geschlossen worden war. Dessen Text, der von keiner Partei unterzeichnet worden war, haben beide Parteien im vorinstanzlichen Verfahren identisch dargelegt (vgl. act. 12/8 bzw. 16/5, dort je S. 2). Der Text führt als Vertragsparteien die I. _____ AG als Vermieterin auf und den Kläger 2 als Mieter. Es werden sodann folgende Posten als Betriebskosten aufgelistet, welche die Vermieterin ab 1. April 1997 separat abzurechnen berechtigt sei, bei einem gesamthaften "Betriebskosten-Akonto von Fr. 170.-- pro Monat", das der Mieter zu leisten habe: Hauswartung, Hauswartmaterial, Strom, Umgebung, Abonnemente (Waschmaschine und Container), Wasser / Kehricht, TV-Gebühren und Verwaltungshonorar (3 %).

1.3 Auf den 1. Januar 2002 übernahm die J. _____ AG die Verwaltung der Liegenschaft E. _____-Strasse ... von der G. _____ AG. Die J. _____ AG rechnete alljährlich an Nebenkosten die Heiz- und Warmwasserkosten ab sowie Betriebskosten, nämlich Strom Allgemein, TV-Gebühren, Wasser/Abwasser, Wasseraufbereitung sowie Kehricht und Hauswartung, alles jeweils zuzüglich Verwaltungshonorar. Unbestrittenermassen akzeptierten die Kläger diese Abrechnungen (vgl. act. 16/8 sowie 4/7) bis zur Abrechnung für die Periode 2012/2013, indem sie die aus den Abrechnungen resultierenden Saldi jeweils durch Nachzahlung ausglich oder durch Rückzahlung ausgleichen liessen.

Im Zusammenhang mit den Abrechnungen für die Periode 2011/2012 und für die Periode 2012/2013 verlangten die Kläger Auskünfte, weil sie die abgerechneten Kosten für hoch erachteten (vgl. dazu auch act. 12/10b und 12/10c). Nachdem sie überdies für die Periode 2012/2013 Einsicht in die Unterlagen zur Abrechnung genommen hatten, erklärten sie sich mit dieser Abrechnung bzw. den darin aufgeführten Betriebskosten nicht einverstanden (vgl. act. 12/11). Sie beglichen die gemäss den Abrechnungen der Verwaltung zu ihren Lasten lautenden Saldi letztlich dann doch. Nebenkosten gemäss den Abrechnungen für die Perioden 2013/2014 und 2014/2015 bezahlten sie hingegen nicht mehr. Sie stellten sich auf den Standpunkt, es liege hinsichtlich der Betriebskosten keine gültige Abrede i.S. des Art. 257a Abs. 2 OR vor. Nach ihrem Auszug aus der von der Beklagten gemieteten Wohnung im Jahr 2015 verlangten sie die seit 2005 bezahlten Betriebskosten vollumfänglich zurück.

2. - 2.1 Die Kläger machten ihre Klage auf Rückforderung von insgesamt Fr. 21'519.- nebst Zins mit Eingabe vom 8. Juli 2015 bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Dielsdorf anhängig. Die Verhandlung fand am 18. September 2015 statt. Es wurde keine Einigung erzielt und den Klägern die Klagebewilligung erteilt (vgl. act. 3).

2.2 Am 6. Oktober 2015 gelangten die Kläger an das Mietgericht Dielsdorf (act. 1) und leisteten in der Folge den ihnen am 15. Oktober 2015 auferlegten Kostenvorschuss. Die Hauptverhandlung fand am 8. April 2016 statt. In deren Rahmen erhob die Beklagte mit der Klageantwort ihre Widerklage und erweiterten die Kläger ihr Rechtsbegehren; die entsprechenden Rechtsbegehren sind diesen Erwägungen vorangestellt. Ebenso wurden die Kläger befragt (vgl. Vi-Prot. S. 24 ff.), nicht hingegen die Beklagte, weil die Personen, welche einst für die Beklagte den Vertrag schlossen, für die Beklagte "nicht greifbar" waren (vgl. Vi-Prot. S. 27). Im Anschluss an die Hauptverhandlung fällte das Mietgericht sein Urteil (vgl. act. 18). Das Urteil eröffnete es den Parteien allerdings erst am 19. Januar 2017 schriftlich (vgl. act. 19/1-2).

Mit Eingabe vom 20. Januar 2017 liess die Beklagte beim Mietgericht einen Antrag auf Berichtigung von Dispositivziffer 5 des Urteils (act. 18 S. 21) stellen, im Wesentlichen mit der Begründung, bei der in dieser Ziffer getroffenen Regelung der Leistung einer reduzierten Parteientschädigung seien die Parteibezeichnungen offensichtlich vertauscht worden (vgl. act. 21). Das Mietgericht berichtigte daraufhin gestützt auf Art. 334 Abs. 1 ZPO sein Urteil entsprechend, was es den Parteien mit Brief vom 23. Januar 2017 anzeigte (vgl. act. 24/1). Zudem eröffnete es den Parteien nochmals das gesamte Urteil in der berichtigten Fassung (act. 22 [= act. 28 = act. 30]; vgl. ferner act. a.a.O. dort insbes. S. 22, act. 24/1-2 und dazu act. 25/1-2). Die berichtigte Fassung ist diesen Erwägungen vorangestellt.

3. Mit Schriftsatz vom 10. Februar 2017 (vgl. act. 29) erhoben die Kläger rechtzeitig Berufung. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen. Die Kläger leisteten den Kostenvorschuss, der ihnen mit Verfügung vom 15. Februar 2017 auferlegt worden war. Danach wurde die schriftliche Berufungsantwort eingeholt, mit der die Beklagte ihre Anschlussberufung erklärte (vgl. act. 37 [dort

insbes. S. 2 f.]). Dafür wurde von der Beklagten ebenfalls ein Kostenvorschuss eingeholt und von dieser geleistet. Hernach wurde den Klägern Frist angesetzt, um die Anschlussberufung schriftlich zu beantworten (vgl. act. 42). Die Kläger reichten fristgerecht eine entsprechende Rechtsschrift (act. 43) ein. Diese wurde der Beklagten zugestellt; zugleich wurde den Parteien mitgeteilt, dass die gesetzlich vorgesehenen Schriftenwechsel abgeschlossen seien und sich die Sache in Beratung befinde (vgl. act. 44 - 45). Die Sache ist spruchreif.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. - 1.1 Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Zu letzterer gehört auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens, weshalb das Gesetz dies nicht eigens erwähnt. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Die Begründung muss so ausführlich sein, dass die Berufungsinstanz sie ohne weiteres verstehen kann. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgetragen werden, und zwar auch in Verfahren, die erstinstanzlich noch der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. dazu auch BGE 138 III 625). Dieselben Grundsätze gelten ebenso bei einer Anschlussberufung.

Wird von der Berufung oder Anschlussberufung führenden Partei eine genügende Beanstandung vorgebracht, so wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und prüft sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt – sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 m.w.H.

sowie ZR 110/2011 Nr. 80). Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sie sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

1.2 Die Kläger haben mit der Berufung als Beilage einen Mietvertrag aus dem Jahr 1991 eingereicht (vgl. act. 31), der bis dahin noch nicht zu den Akten gegeben worden war. Dass sie nicht in der Lage waren, den Vertrag im 2015 angehenden mietgerichtlichen Verfahren einzureichen, sondern dass sie das erst heute vermögen, behaupten die Kläger dabei allerdings nicht (vgl. act. 29, dort insbes. S. 4 f.). Und das wohl doch mit Fug: Es sind keine Umstände erkennbar, die die sachlich begründete Annahme zuliessen, die Kläger seien irgendwie daran gehindert gewesen, den Vertrag bereits dem Mietgericht vorzulegen. Gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO bleibt daher dieser Vertrag aus dem Jahr 1991 im Berufungsverfahren ebenso unbeachtlich wie das, was die Kläger gestützt auf ihn im Berufungsverfahren allenfalls neu geltend machen wollen. Und es kann offen gelassen werden, ob das für die Beurteilung der Streitsache überhaupt von Belang sein könnte.

2. - 2.1 Kurz zusammengefasst, erwog das Mietgericht in seinem Urteil, gemäss Art. 257a Abs. 2 OR habe der Mieter Nebenkosten nur dann zu bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart habe. Die Vereinbarung habe gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so klar und detailliert sein, dass ersichtlich sei, für welche Nebenkosten der Mieter im einzelnen neben dem Nettomietzins aufzukommen habe (vgl. act. 22 S. 9). Die Parteien hätten im Mietvertrag als Nebenkosten Fr. 80.- für "HK-Akonto", Fr. 25.- als "Warmwasserpauschale" und Fr. 145.- für "BK-Akonto" vereinbart. Sie hätten jedoch weder im Vertrag noch – mit Blick auf das von ihnen auch vereinbarte Schriffterfordernis – anderweitig schriftlich festgehalten, welche Betriebskosten ("BK") die Kläger im Einzelnen bezahlen sollten (vgl. act. 22 S. 12). Es lasse sich auch sonst weder aufgrund der Akten noch aufgrund der Parteivorbringen ein eindeutiges Wissen der Kläger über die einzelnen, sich auf die mit dem Vertrag gemietete Parterrewohnung beziehenden Betriebskosten erschliessen und ein entsprechender stillschweigender Konsens der Parteien dazu (vgl. a.a.O., S. 13). Die Beklagte habe den Mietver-

tragstext formuliert und es erneut versäumt, eine klare Neben- bzw. Betriebskostenregelung zu treffen, nachdem sie mit dem Kläger 2 bereits eine Auseinandersetzung wegen der Ausscheidung von Betriebskosten gehabt habe. Die Kläger seien daher nicht verpflichtet, die Betriebskosten zu zahlen (vgl. a.a.O.). Die Widerklage der Beklagten stütze sich auf die ungültige, von der Beklagten verfasste Nebenkostenabrede. Die Beklagte habe dieses Kosten selbst zu tragen, weshalb die Widerklage abzuweisen sei (vgl. a.a.O., S. 18).

Nebenkosten, die ein Mieter mangels besonderer Abrede bezahlt habe, könnten zurückgefordert werden; der Rückforderungsanspruch sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereicherungsrechtlicher Natur. Eine Rückforderung sei jedoch gemäss Art. 63 OR dann nicht zu schützen, wenn der Mieter den Vertrag freiwillig und irrtumsfrei erfüllt, also in Kenntnis der Rechtslage auch nicht ausgeschiedene Nebenkosten bezahlt habe und sich danach erst auf den Formmangel berufe. Ein solches Verhalten wäre auch rechtsmissbräuchlich (vgl. act. 22 S. 13 - 15). Die Kläger hätten den Vertrag über die Parterrewohnung knapp fünf Monate nach einem vor Gericht ausgetragenen Streit abgeschlossen, in dem es auch darum gegangen sei, dass Betriebskosten einzeln ausgeschieden werden müssten, ansonsten sie als im Mietzins inbegriffen gälten. Nach der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit und Sorgfalt habe der damals anwaltlich vertretene Kläger 2 wissen müssen, dass die Betriebskosten einzeln ausgewiesen werden müssen, und es sei dieses Wissen des Klägers 2 ebenso seiner damaligen Partnerin und Ehegattin, der Klägerin 1, anzurechnen. Ein Irrtum der Kläger über die Schuldpflicht sei nicht nachgewiesen, was zur Abweisung der Klage führe. Die Frage eines Rechtsmissbrauchs sei nicht mehr zu prüfen (a.a.O., S. 16 - 18).

2.2 - 2.2.1 Die Kläger stellen sich mit ihrer Berufung im Wesentlichen auf den Standpunkt, das angefochtene Urteil verletze aus verschiedenen Gründen Art. 63 Abs. 1 OR (vgl. act. 29 S. 3 und S. 9/10) und basiere vor allem auf einem offensichtlich unrichtig bzw. unvollständig festgestellten Sachverhalt (vgl. act. 29 S. 4, S. 10 ff.). Insbesondere berechtige gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jeder Irrtum zur Rückforderung (vgl. a.a.O., S. 15) und sie – die Kläger – hätten sich geirrt. Aus dem Sachverhalt sei denn auch nirgends ersichtlich, dass sie beim Vertragsabschluss oder vor Geltendmachung ihrer Ansprüche tatsächlich

Kenntnis von der nichtigen Vertragsabrede gehabt hätten (vgl. a.a.O., S. 16). Insbesondere lasse sich aus dem früheren Verfahren über einen anderen Mietvertrag kein ihnen zurechenbares Wissen herleiten. Dem damaligen Verfahren habe eine Vertragsänderung zugrunde gelegen (Ausscheidung bislang im Nettomietzins enthaltene Nebenkosten), und es sei um die Fragen der Kostenneutralität sowie der Begründungspflicht gegangen sowie um eine Mietzinsreduktion wegen veränderten Hypothekarzinses. Zudem habe das Bundesgericht das Problem unklarer Formulierungen wie "HK/BK-Akonto" erstmals am 29. April 2002 abgehandelt. Das Mietgericht unterstelle ihnen letztlich ein Wissen über eine Rechtslage, das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht einmal ansatzweise bekannt gewesen sei, auch nicht der Verwaltung der Beklagten (vgl. a.a.O., S. 11 ff.).

In der Antwort auf die Anschlussberufung (act. 43) halten die Kläger an ihrem Standpunkt fest. Im Wesentlichen machen sie geltend, im vor dem Mietgericht durch Vergleich abgeschlossenen Verfahren sei es um eine einseitige Vertragsänderung (Nebkostenausscheidung mit Mietzinsreduktion) und um eine Senkung des Mietzinses wegen Veränderung des Hypothekarzinssatzes (vgl. act. 43 S. 6 f.) zwischen anderen Parteien als den aktuellen (vgl. a.a.O., S. 10) gegangen. Der Vergleich sei daher unbeachtlich (vgl. a.a.O., S. 4). Zudem hätten sie aus dem mietgerichtlichen Verfahren nicht gelernt, dass in einem neu abgeschlossenen Vertrag an Nebenkosten mit Akonto nur verlangt werden dürfe, was an Betriebskosten auch namentlich ausgeschieden sei (vgl. a.a.O., S. 8). Ein entsprechendes Wissen habe immer gefehlt (vgl. a.a.O., S. 8 f., S. 10). Im streitgegenständlichen Vertrag finde sich denn auch nur ein Vermerk "BK-Akonto", ohne zu erwähnen, dass mit der Abkürzung BK die Betriebs- bzw. Nebenkosten gemeint seien. Als Nebenkosten seien nur Warmwasserkosten als "Warmwasserpauschale" erwähnt; schon bei der Abkürzung "HK" sei nicht erwähnt worden, dass es sich um Heizkosten handle (vgl. a.a.O., S. 3 f.). Aus der jahrelangen Begleichung der Nebenkostenabrechnungen könne nicht geschlossen werden, sie hätten gewusst, dass der Vertrag anders hätte abgefasst werden müssen (vgl. a.a.O., S. 9). Mit der Unterzeichnung des neuen, stümperhaft von der Verwaltung aufgesetzten Vertrages hätten sie – die Kläger – nicht ihre konkludente Zustim-

mung zur Betriebskostenregelung gemäss altem Vertrag gegeben (vgl. a.a.O., S. 10).

2.2.2 Die Beklagte macht demgegenüber zum einen im Wesentlichen – und der Sache nach in Wiederholung ihres schon vor dem Einzelgericht eingenommenen Standpunkts (vgl. act. 13 S. 14 ff.) – geltend, die Kläger hätten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich gewusst, welche Nebenkosten in der Liegenschaft abgerechnet werden. Sie hätten das aufgrund des mehrmonatigen Prozesses gewusst, der knapp ein halbes Jahr vor dem Abschluss des Mietvertrags über die "neue" Wohnung in der selben Liegenschaft mit einem Vergleich sein Ende gefunden habe. Anlass zur Annahme, in der neu gemieteten Wohnung in der gleichen Liegenschaft würden andere Betriebskosten abgerechnet, hätten sie keinen gehabt. Es habe hinsichtlich der abzurechnenden Betriebskosten beim Vertragsschluss folglich ein entsprechender übereinstimmender Parteiwille bestanden, der keinen Raum für eine objektivierete Vertragsauslegung lasse (vgl. act. 37 S. 7 ff.). Das nachträgliche Verhalten beider Parteien in den Jahren danach lasse denn auch unzweifelhaft auf den tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schliessen (vgl. a.a.O., S. 8). Der Schriftformvorbehalt im Vertrag bleibe insoweit ohne Bedeutung (vgl. a.a.O., S. 9 f.). Weil die Nebenkosten gültig vereinbart worden seien, sei die Widerklage gutzuheissen (vgl. a.a.O., S. 13 f.).

Zum anderen bringen sie im Wesentlichen vor, den von den Klägern in der Berufung erhobenen Einwänden gegen das vorinstanzliche Urteil, welches einen Irrtum der Kläger über die Schuldpflicht verneint habe, könne nicht gefolgt werden. Eine gültige Nebenkostenvereinbarung sei gerade Gegenstand des früheren Verfahrens vor dem Mietgericht gewesen, das durch Vergleich erledigt worden sei; es könne zudem nicht ernsthaft behauptet werden, die damalige Rechtsvertreterin der Kläger habe sie nie darüber aufgeklärt, aus welchem Grund sie und in welcher Weise sie handle (vgl. a.a.O., 10 ff.). Dass Neben- und Betriebskosten explizit zu bezeichnen seien, sei überdies schon vor dem Frühling 1998 bekannt gewesen, wie Entscheide des Bundesgerichts sowie Literatur aus früheren Jahren zeigten (vgl. a.a.O., S. 12). Die Vorinstanz habe offen gelassen, ob sich die Kläger rechtsmissbräuchlich verhalten hätten. Die Frage sei indes zu bejahen. Die

einzig auf Anraten Dritter erfolgte Berufung auf einen Formmangel nach beidseitig über mehrere Jahre hinweg erfülltem Vertrag sei (vgl. BGE 123 III 70, E. 3d) offensichtlich rechtsmissbräuchlich (vgl. a.a.O., S. 13).

2.3 Die Standpunkte und Ausführungen der Parteien im Berufungsverfahren sind hier nur knapp skizziert worden. Im Folgenden werden indessen alle ihre Ausführungen berücksichtigt, auch dann und dort, wenn und wo das nicht ausdrücklich vermerkt ist.

3. - 3.1 Das Mietgericht gelangte in seinem Urteil zum Ergebnis, die Parteien hätten im Vertrag vom März 1998 hinsichtlich der Betriebskosten als Nebenkosten keine den Anforderungen des Art. 257a Abs. 2 OR genügende Abrede getroffen (vgl. act. 22 S. 9 - 13). Das entspricht dem klägerischen Standpunkt; die Beklagte widerspricht dem mit ihrer Anschlussberufung.

3.1.1 Das Mietgericht hat sich in seinem Urteil mit dem Art. 257a Abs. 2 OR grundsätzlich zutreffend auseinandergesetzt, weshalb vorab auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann (vgl. a.a.O., S. 9 - 11). Ergänzend bzw. verdeutlichend ist nochmals festzuhalten, dass die Norm besagt, der Mieter habe Nebenkosten nur dann zu bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hatte. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, werden die Nebenkosten durch die Leistung des Mietzinses abgegolten, wie das Bundesgericht schon 1995 treffend vermerkt (vgl. BGE 121 III 460, 462: "A défaut de convention, ceux-ci [les frais accessoires] sont donc compris dans le loyer"). Der Art. 257a Abs. 2 OR stellt keine Anforderungen an die Form, in der die besondere Vereinbarung von den Parteien zu schliessen ist. Sie kann formfrei getroffen werden oder sich aus den Umständen (des Vertragsschlusses) ergeben. Wurde für den Vertragsschluss eine Form vorbehalten, so erstreckt sich die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR sachgemäss immerhin auch auf die besondere Vereinbarung zu den Nebenkosten.

Nach allgemeiner und zutreffender Auffassung handelt es sich beim Art. 257a Abs. 2 OR um eine Auslegungsregel, die die allgemeine Regel des Art. 18 OR konkretisiert und besagt, dass alle Nebenkosten, die nicht eindeutig als vom Mieter zu tragend vereinbart worden sind, über die Leistung des Mietzin-

ses abgegolten werden. Die Vereinbarung muss daher die Nebenkosten so genau umschreiben, dass es für den Mieter ohne Weiteres erkennbar ist, welche Kosten er zusätzlich zum Mietzins zu zahlen hat (so schon RAISSIG/SCHWANDER, Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, 4. A., St. Gallen 1984, S. 77: "Eine ordnungsgemässe Abgrenzung ... erfordert neben der namentlichen Erwähnung der einzelnen Nebenkostenpositionen auch die Angabe des auf die einzelne Nebenkostenposition entfallenden Betrags"). Daher genügt beispielsweise ein Hinweis auf einen standardisierten Vertragszusatz wie "Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Mietvertrag" diesen Anforderungen nicht; er mag ihnen höchstens dann genügen, wenn diese Allgemeinen Vertragsbestimmungen die bereits im Mietvertrag zu Lasten des Mieters ausgeschiedenen Nebenkosten lediglich noch konkretisieren (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4P.323/2006 vom 21. März 2006, E. 2.1, m.w.H., oder BGE 135 III 591, E. 4.3).

Wie die objektivierte Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip gemäss Art. 18 OR greift auch die Auslegung nach Art. 257a Abs. 2 OR dann nicht Platz, wenn sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend verstanden und entsprechend geeinigt haben (Vorrang der subjektiven vor der objektiven Vertragsauslegung). Soweit der Mieter beim Abschluss des Vertrages also tatsächlich erkennt, welche Nebenkosten ihm vertraglich genau aufgebürdet werden sollen, und er den Vertrag dann in diesem Wissen eingeht, indem er ihn unterzeichnet und damit akzeptiert (Akzept als entsprechende Willenserklärung), ist den Anforderungen an die besondere Vereinbarung des Art. 257a Abs. 2 OR Genüge getan (der Mieter kann sich dann im Nachhinein nicht auf die fehlende Bestimmtheit des Vertragstextes berufen; vgl. etwa die Urteile des Bundesgerichts 4C.268/2006 vom 7. November 2006 E. 3.3, 4P.100/1992 vom 29. Juni 1993 E. 2b, und 4P.323/2006 vom 21. März 2007 E. 2.2). Die Beweislast dafür, dass sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend verstanden und entsprechend geeinigt haben, trägt der sog. Vertragskläger, d.h. die Partei, die aus dem behaupteten Konsens Rechte ableitet (vgl. etwa BGE 121 III 123). Das ist hier die Beklagte.

3.1.2 Das Mietgericht hat in seinem Urteil einlässlich und zutreffend dargetan (vgl. act. 22 S. 11 ff.), was die Parteien beim Abschluss des Mietvertrags Ende Februar bzw. im März 1998 unbestrittenermassen schriftlich vereinbart hatten (vgl. auch

vorn Erw. I/1.1), und es hat dabei richtig erkannt, dass in dem von der Verwaltung der Beklagten formulierten Vertrag neben den als "HK" bezeichneten Heizkosten sowie einer Warmwasserpauschale unter der Bezeichnung "BK" auch Akontozahlungen der Kläger an die Betriebskosten vereinbart waren, ohne jedoch näher zu umschreiben, welche Kosten als Betriebskosten genau abgerechnet werden sollen. Zutreffend hat das Mietgericht überdies darauf hingewiesen, dass der Vertragsinhalt weitere Abreden umfasst, hingegen keinen Bezug auf den Vergleich zwischen dem Kläger 2 und der I._____ AG als Vermieterin im früheren mietgerichtlichen Verfahren nimmt, zwischen den Parteien hinsichtlich des neuen Vertrags keine Korrespondenz zur Frage der Betriebskosten geführt wurde und die Parteien zudem den Inhalt der im Mietvertrag (act. 4/2) als Vertragsbestandteil aufgeführten "Mietvertragsbestimmungen 1994" nicht dargelegt haben, namentlich nicht die Beklagte.

Die Beklagte stützt ihren Standpunkt allerdings gar nicht auf die "Mietvertragsbestimmungen 1994" ab, sondern wiederholt – wie vorhin dargetan – mit der Berufung im Wesentlichen nur ihren schon im erstinstanzlichen Verfahren eingenommenen Standpunkt (vgl. insbes. act. 12 S. 12 f., S. 14 - 16 sowie Vi-Prot. S. 8 ff.), die Kläger hätten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewusst, welche Betriebskosten in der "streitbetroffenen Liegenschaft abgerechnet werden" (vgl. act. 37 S. 8). Dieses Wissen der Kläger hat die Beklagte im mietgerichtlichen Verfahren aus diversen Umständen abgeleitet, namentlich aus der früheren Vertragsbeziehung des Klägers 2 mit der Vermieterin I._____ AG, ferner aus dem (Teil-) Vergleich im mietgerichtlichen Verfahren, welcher zwischen dem Kläger 2 und der I._____ AG abgeschlossen worden war, und endlich – im Sinne eines Rückschlusses auf das Wissen und Wollen der Kläger im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – aus den jahrelangen Zahlungen bzw. den Saldoausgleichen nach Abschluss der Abrechnungsperioden zu den Nebenkosten (vgl. act. 12 S. 12 f., S. 14 - 16). Sie beanstandet folglich mit der Wiederholung ihres Standpunktes im Berufungsverfahren einzig das Ergebnis, zu dem das Mietgericht in Würdigung der ihm vorgetragenen Umstände gelangt ist (vgl. act. 22 S. 12 f.), nicht hingegen die entsprechenden mietgerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen zu diesen Umständen sowie das Verfahren, das zu diesen geführt hat; und sie legt auch nicht

näher dar, inwiefern die einzelnen Schlüsse, die das Mietgericht aus den Umständen gezogen hat, falsch bzw. unzutreffend sein sollen, wie es die Begründungsobliegenheit verlangt (vgl. dazu vorn Erw. I/1.1). Es kann daher auch insoweit auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden, vorab verbunden mit dem Bemerkten, dass der vom Mietgericht zu beurteilende Sachverhalt, um den es auch hier geht, sich von dem Sachverhalt wesentlich unterscheidet, der im bundesgerichtlichen Urteil 4A_185/2009 vom 28. Juli 2009 zu beurteilen war; dieses bundesgerichtliche Urteil ist daher nicht einschlägig. Verdeutlichend und ergänzend ist dem vom Mietgericht bereits Erwogenen noch Folgendes beizufügen.

Die Parteien des im März 1998 abgeschlossenen Mietvertrags sind nicht mit den früheren Vertragsparteien identisch. Namentlich war die Beklagte nicht Vertragspartei des früheren Mietvertrags und war es ebenfalls die Klägerin 1 nicht. Ebenso wenig waren die Beklagte sowie die Klägerin 1 am Teilvergleich als Parteien beteiligt, welcher bezogen auf das Mietverhältnis zwischen dem Kläger 2 und der I._____ AG als Vermieterin die gemäss dem Mietvertrag zwischen diesen Parteien abzurechnenden Betriebskosten genau bezeichnete. Beim Vertragsabschluss im März 1998 liess sich die Beklagte als Vermieterin durch eine Verwaltung vertreten, die in keinem erkennbaren entsprechenden Verhältnis zur vorherigen Vermieterin, der I._____ AG, gestanden hatte. Dass die Klägerin 1, ein Laie, der nach eigenem Bekunden keine grosse Aufmerksamkeit aufwandte (vgl. etwa Vi-Prot. S. 25), unter diesen Umständen erkennen konnte bzw. gar wusste, welche nicht einzeln aufgeführten Betriebskosten in dem von der Verwaltung der Beklagten vorformulierten Vertrag mit der Sammelbezeichnung "BK" genau zur Abrechnung gelangen sollen, als sie den Vertrag im März 1998 unterzeichnete, ist in der Tat mehr als zweifelhaft. Es kann daher ein entsprechendes Wissen der Klägerin 1 nicht als erstellt gelten, zumal keine anderen Umstände gegeben sind, die ernsthaft nur den Schluss gestatteten, die Klägerin 1 habe über entsprechendes Wissen verfügt. Auf das Wissen der Klägerin 1 kommt es hinwieder gerade an, weil bei einer Mehrheit von Personen als Vertragspartei deren Willenserklärungen als einheitliche aufzufassen sind, die keine Widersprüche zueinander aufweisen dürfen, ansonsten es am für den Vertragsschluss erforderlichen Konsens fehlt (so

auch WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, Zürich 1993, S. 27 f. m.H.). Selbst wenn daher der Kläger 2 aufgrund des früheren Vertrages mit der I. _____ AG und des Vergleichs mit dieser nicht nur wissen konnte, sondern auch wusste, wie die Beklagte behauptet, dass die neue Verwalterin in Vertretung der neuen Vermieterin mit der Sammelbezeichnung "BK" genau die gleichen Betriebskosten zu seinen Lasten zur Abrechnung bringen wolle wie sie die I. _____ AG im früheren Vertrag zur Abrechnung gebracht habe, so fehlte es gleichwohl an dem für das Zustandekommen der besonderen Vereinbarung i.S. des Art. 257a Abs. 2 OR erforderlichen Konsens. Und es bleibt daher bei der objektivierten Auslegung im Sinne dieser Norm.

Bei diesem Ergebnis lassen sich aus dem späteren Verhalten der Kläger, um auch das noch zu erwähnen, richtigerweise gar keine zuverlässigen Rückschlüsse auf das Wissen der Klägerin 1 im Zeitpunkt des Vertragsschlusses herleiten (vgl. zur äusserst beschränkten Aussagekraft späteren Verhaltens in solchen Fällen auch BGer, Urteil 4P.323/2006, E. 2.2.1 und 2.2.2). Das hat das Mietgericht der Sache nach zutreffend erkannt (vgl. act. 22 S. 10 f.), und es hat daher die Widerklage der Beklagten, die eine Art. 257a Abs. 2 OR genügende Vereinbarung zur Grundlage genommen hat, insgesamt zu Recht abgewiesen. Der Anschlussberufung der Beklagten ist somit kein Erfolg beschieden. Das führt zur Bestätigung von Dispositivziffer 2 des angefochtenen Urteils.

3.2 Die Kläger verlangen mit ihrer Klage die Rückzahlung der Beträge, mit denen sie aufgrund der Art. 257a Abs. 2 OR nicht genügenden Abrede Zahlungen für den Anteil der Betriebskosten leisteten, der auf die von ihnen gemietete Wohnung entfiel. Sie berufen sich dabei auf die Art. 63 Abs. 1 OR und begrenzen ihre Ansprüche auf noch nicht Verjährtes.

3.2.1 Das Mietgericht hat im angefochtenen Entscheid zutreffend dargelegt, dass der Anspruch auf Rückerstattung dieser Zahlungen bereicherungsrechtlicher Natur ist. Ebenso zutreffend dargelegt hat das Mietgericht, unter welchen Voraussetzungen eine Rückforderung gemäss Art. 63 Abs. 1 OR ausgeschlossen ist (irrtumsfreie freiwillige Bezahlung einer Nichtschuld). Richtigerweise hat das Mietgericht schliesslich darauf hingewiesen, dass eine Rückforderung im konkreten Ein-

zelfall auch an den Schranken des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB scheitern kann. Das alles ist daher nicht mehr zu wiederholen, sondern es kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil (vgl. act. 22 S. 13 - 15) verwiesen werden. Ergänzend bzw. verdeutlichend ist beizufügen, dass ein Irrtum über den Bestand der Nichtschuld kein wesentlicher sein muss, namentlich ein Rechtsirrtum oder Tatirrtum genügt, ferner ein entschuldbarer oder ein unentschuldbarer (vgl. BGE 129 III 649 f.). Indessen liegt dann kein Irrtum vor – und der Bereicherungsanspruch entfällt –, wenn im Zweifel am Bestand der Forderungen geleistet wurde. Denn die Rückforderung käme diesfalls einem widersprüchlichen Verhalten, einem sog. venire contra factum proprium gleich (vgl., statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Bd. I, 10. A., Zürich 2014, S. 387 mit Hinweis auf bundesgerichtliche Rechtsprechung).

3.2.2 Die Parteien haben im Mietvertrag keine besondere Abrede i.S. des Art. 257a Abs. 2 OR über die Betriebskosten getroffen. Es fehlte am entsprechenden Konsens. Die Kläger zahlten daher während Jahren für eine Nichtschuld, was die Kläger mit einem Irrtum ihrerseits über die Tragweite des Art. 257a Abs. 2 OR beim Vertragsschluss mit der Beklagten begründen. Dass sie dem Irrtum über ihre Zahlungsverpflichtung erlegen seien, hätten sie erst im Zusammenhang mit der Konsultation der Rechtsauskunft des Mieterverbandes erkannt.

Das Mietgericht hat das Vorliegen eines solchen Irrtums verneint, im Wesentlichen unter Hinweis auf den Teilvergleich, den der Kläger 2 im Rahmen des Verfahrens mit der I. _____ AG als Vermieterin eingegangen war. In diesem sei es namentlich um die Frage der Gültigkeit der Betriebskostenausscheidung per Formularanzeige gegangen; nachgewiesenermassen sei daher über die Zulässigkeit von Betriebskostenausscheidung und -abrechnung diskutiert worden. Nach der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit und Sorgfalt müsse der Kläger 2 daher gewusst haben, dass Betriebskosten einzeln ausgeschieden werden müssten, andernfalls sie als im Mietzins inbegriffen gölten (vgl. act. 22 S. 17). Dieses Wissen müsse sich die Klägerin 1 "als bereits damalige Partnerin und Mitbewohnerin des Klägers 2" (vgl. a.a.O., S. 18) ebenso anrechnen lassen. Es erscheine zudem widersprüchlich, wenn die Kläger trotz dem ihnen zumutbaren Wissen über die Rechts-

lage während rund 15 Jahren Nebenkostenabrechnungen bezahlt hätten (vgl. a.a.O.). Die Kläger erachten diese Feststellungen des Mietgerichts als sachlich unzutreffend und im Ergebnis als willkürlich (vgl. etwa act. 29 S. 15). Die Beklagte hält die Auffassung des Mietgerichtes für zutreffend und leitet aus der Korrespondenz im Vorfeld des Vergleichsabschlusses im Jahr 1997 ein Wissen der Kläger um die Betriebskostenposten ab (vgl. act. 37 S. 11-13).

Die Rüge der Kläger ist berechtigt. Das Mietgericht hat aus den Umständen des Prozesses mit der früheren Vermieterin auf ein Wissen-Müssen der Kläger zur Tragweite des Art. 257a Abs. 2 OR geschlossen und damit gerade nicht festgestellt, dass die Kläger auch darum wussten. Darauf kommt es jedoch an (vgl. BGE 138 III 404: "Irrtumsfrei bedeutet ... Kenntnis"). Mit diesem Gesichtspunkt befasst sich auch die Beklagte im Berufungsverfahren nicht näher. Die Umstände, auf die das Mietgericht abstellte (und ebenso die Beklagte im Berufungsverfahren), sind im Übrigen nicht so beschaffen, dass sie ein Wissen-Müssen als irgendwie zwingend nahelegten. Wie die Kläger zu Recht darlegen, ging es im Verfahren mit der I. _____ AG um eine vom Vermieter (I. _____ AG) vorgenommene und per Formular angezeigte Einführung von Betriebskosten als neue Nebenkosten. Das zeigt ebenso die Korrespondenz, auf die sich die Beklagte beruft (vgl. act. 37 S. 11 und dazu act. 16/1-4), namentlich act. 16/1, ein Schreiben, in dem zudem die Senkung des Mietzinses breiten Raum einnimmt. Es ging indessen nicht um die Frage, ob bzw. wann eine vertragliche Nebenkostenabrede, wie sie die Parteien dann später trafen, Art. 257a Abs. 2 OR genügt. In welcher Form der Kläger 2 und die I. _____ AG als Vermieterin im Jahr 1997 den Teilvergleich abgeschlossen haben, ist übrigens unklar geblieben, weil beide Parteien nicht in der Lage waren, ein vom Kläger 2 und der I. _____ AG bzw. den Rechtsvertreter unterzeichnetes Exemplar dieses Teilvergleiches beizubringen (vgl. etwa act. 16/5). Erkennbaren Eingang in den Vergleich, der 1997 zur Beendigung des mietgerichtlichen Verfahrens mit der früheren Vermieterin I. _____ AG führte, fanden die im Entwurf des Teilvergleiches (act. 16/5) aufgeführten Kostenposten, aus denen sich die Betriebskosten zusammensetzen, schliesslich nicht. Der im Erledigungsbeschluss wiedergegebene Vergleichstext beschränkt sich, neben der Erwähnung von Akontoleistungen für die Heizkosten im Umfang von Fr. 80.- und einer

Warmwasserpauschale von Fr. 25.- lediglich auf Folgendes: "Betriebskosten akonto Fr. 170.--" (vgl. act. 16/6 S. 2 und S. 3). Über das, was im damaligen Verfahren von den damaligen Parteien in Klagebegründung, Klageantwort usw. vorgetragen wurde, ist – um auch das noch zu erwähnen – in den Akten nichts dokumentiert (vgl. insbes. die act. 4 - 17). Hinzu kommt schliesslich, dass die im Vertrag mit der Beklagten von der Verwaltung vorformulierte Nebenkostenabrede bei den Heizungskosten ("HK") und der Warmwasserpauschale die gleichen Ansätze wie im Vertrag mit der I._____ AG von Fr. 80.- bzw. Fr. 25.- pro Monat vorsah, hingegen die Anzahlungen für "BK" auf Fr. 145.- pro Monat fixierte statt auf Fr. 170.- wie noch im Teilvergleich mit der I._____ AG (vgl. act. 16/5 und act. 12/8). Und das, wiewohl es sich laut Beklagter bei der von den Klägern mit dem neuen Vertrag übernommenen Wohnung erstens um eine Wohnung "im selben Haus und in derselben Grösse" (vgl. act. 37 S. 7/8) handelte wie bei der Wohnung gemäss Vertrag mit der I._____ AG, bzw. es um eine "identische Wohnung" (vgl. act. 13 S. 18, Rz. 59) ging; zweitens hatte die I._____ AG durch den heutigen Vertreter der Beklagten noch im September 1997 ausdrücklich geltend gemacht, die Betriebskosten für die von den Klägern bewohnte Wohnung betrügen rund Fr. 165.- pro Monat und eine Akontoleistung von Fr. 170.- sei vergleichsweise angemessen (vgl. act. 16/1 S. 1). Weshalb die Kläger – objektiv, aus der Sicht des vernünftigen und korrekten Vertragspartners gesehen – hätten erkennen können oder gar erkannt hatten (wie es die Beklagte behauptet), dass die von der Verwaltung der Beklagten im neuen Vertrag auf Fr. 145.- festgesetzte Akontoleistung gleichwohl exakt die selben Kostenposten umfasste wie die im Teilvergleich mit der I._____ AG rund fünf Monate zuvor fixierte Akontozahlung für Betriebskosten, bleibt insoweit unergründlich.

Aufgrund der von ihm gewürdigten Umstände hat das Mietgericht in seinem Urteil immerhin zu Recht nicht festgestellt, die Kläger als Laien hätten beim Vertragsschluss tatsächlich wenigstens Zweifel am Rechtsbestand der von der Verwaltung der Beklagten formulierten Betriebskostenumschreibung gehegt. Begründete Anhaltspunkte dafür fehlen nämlich. Auch die Beklagte bringt im Berufungsverfahren nichts vor, was eine solche Sichtweise zu stützen vermöchte. Im mietgerichtlichen Verfahren hat sie überdies zugestanden, dass die von ihrer Verwal-

tung formulierte Nebenkostenabrede, die neben "HK" von Fr. 80.- und einer Warmwasserpauschale von Fr. 25.- bei den "BK" eine Akontoleistung von noch Fr. 145.- pro Monat vorsah (vgl. act. 4/2), fehlerhaft war (vgl. Vi-Prot. S. 13). Vor dem Hintergrund des Art. 275a Abs. 2 OR trifft das unübersehbar zu. Es ist daher fast müssig darauf hinzuweisen, dass der von der Beklagten zu verantwortende "Fehler" unter den gegebenen Umständen für den Irrtum der Kläger zur Tragweite des Art. 257a Abs. 2 OR bzw. zum Ungenügen der vertraglichen Nebenkostenabrede hinsichtlich der "BK" mitverantwortlich war. Denn bei ihnen handelte es sich unbestrittenermassen um Laien, im Gegensatz zur Verwaltung der Beklagten.

Bei diesem Ergebnis fehlt es an den tatsächlichen Voraussetzungen, welche den vom Mietgericht gezogenen Schluss auf widersprüchliches Verhalten der Kläger (vgl. act. 22 S. 18) gestattete, zumal weder dargetan wurde noch ersichtlich ist, dass und wann die Kläger nach dem Vertragsschluss, aber vor der Konsultation der Rechtsauskunft des Mieterverbandes den von der Beklagten zugestandenen "Fehler" der Liegenschaftenverwaltung erkannt hatten. Hatten die Kläger somit während all den Jahren seit dem Vertragsschluss keine Kenntnis des von der Beklagten zu vertretenden "Fehlers", kann ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie ihn nicht rügten und/oder sich widersprüchlich verhielten.

3.2.3 Die Beklagte macht im Berufungsverfahren geltend, das Verhalten der Kläger sei – was das Mietgericht nicht mehr geprüft habe – als rechtsmissbräuchlich zu werten (vgl. act. 37 S. 13). Sie wiederholt dabei im Wesentlichen vorab einmal das, was sie bereits dem Mietgericht vorgetragen hatte (vgl. act. 13 S. 18). Das wiederum belegt einen Rechtsmissbrauch namentlich in Form widersprüchlichen Verhaltens nicht. Das wurde vorhin dargetan.

Weiter macht die Beklagte geltend, die einzig auf Anraten Dritter erfolgte Berufung der Kläger auf einen Formmangel nach beidseits seit Jahren erfülltem Vertrag sei auch offensichtlich rechtsmissbräuchlich; und sie verweist auf bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. act. 37 S. 13). Ein Formmangel im Sinne dieser Rechtsprechung liegt hier allerdings gar nicht vor, was die Beklagte übergeht: Die Kläger berufen sich auf einen Irrtum über die Tragweite des Art. 257a Abs. 2 OR und damit auch über die der Nebenkostenabrede, welche ihnen die Beklagte hinsichtlich der Betriebskosten zur Annahme unterbreitet hatte. Darüber kam sodann

kein Konsens zu Stande, ganz abgesehen davon, dass besondere Vereinbarungen i.S. des Art. 257a Abs. 2 OR formfrei sind. Ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch in der von der Beklagten behaupteten Art ist damit insgesamt nicht zu erkennen.

Die Berufung der Kläger ist somit grundsätzlich gutzuheissen.

3.3 Das Quantitativ des von den Klägern geltend gemachten Rückforderungsanspruchs sowie der Zinsenlauf wurden von der Beklagten im mietgerichtlichen Verfahren nicht näher, geschweige denn substantiiert bestritten (vgl. act. 13 und Vi-Prot. S. 8 - 14 sowie S. 20 - 23) und bilden im Berufungsverfahren kein Thema mehr. Der eingeklagte Betrag samt Zinsen ist daher ausgewiesen und zuzusprechen.

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Die Berufung der Kläger sowie deren Klage sind gutzuheissen. Die Anschlussberufung der Beklagten ist demgegenüber abzuweisen und es bleibt daher bei der Abweisung der Widerklage der Beklagten durch das Mietgericht. Die Kläger obliegen somit erst- und zweitinstanzlich vollumfänglich; die Beklagte unterliegt entsprechend. Diesem Verfahrensausgang gemäss sind die Prozesskosten des mietgerichtlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens zu verlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. - **2.1** Die Festsetzung der erstinstanzlichen Entscheidgebühr in Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils blieb im Berufungsverfahren unbeanstandet und ist daher zu bestätigen. Das Mietgericht hat die volle Parteientschädigung für sein Verfahren wegen der anwaltlichen Vertretung beider Parteien anhand der massgeblichen Bestimmungen der AnwGebV auf Fr. 4'100.- festgesetzt (vgl. act. 22 S. 20). Auch das blieb im Berufungsverfahren unbeanstandet (vgl. act. 29, dort insbes. S. 17, und act. 37, dort insbes. S. 14), weshalb es bei dieser Festsetzung bleibt. Zu ersetzen ist sodann antragsgemäss die Mehrwertsteuer von 8 % (vgl. act. 1 S. 2).

Bei den Anordnungen zur Liquidation der Prozesskosten ist zu berücksichtigen, dass die Kläger einen Kostenvorschuss i.S. des Art. 98 ZPO im Umfang von Fr. 3'250.- geleistet haben (vgl. act. 6).

2.2 Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren ist gestützt auf die §§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 - 2 GebV OG zu bemessen, ausgehend von einem gesamthaften Streitwert (Klage und Widerklage zusammengerechnet; vgl. Art. 94 Abs. 2 ZPO) von – leicht abgerundet – Fr. 23'180.-. Bei den Anordnungen zur Liquidation der Gerichtskosten sind die von den Parteien geleisteten Kostenvorschüsse (Fr. 3'250.- der Kläger, Fr. 110.- der Beklagten) zu berücksichtigen.

Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist grundsätzlich anhand der §§ 4 Abs. 1, 11 Abs. 2 (Zuschlag für die Antwort auf die Anschlussberufung von gut 20%) und 13 Abs. 1 - 2 AnwGebV (Reduktion um ca. ½) zu bemessen. Zudem ist antragsgemäss (vgl. act. 29 S. 2) die Mehrwertsteuer von 8 % zu ersetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Beklagte verpflichtet, den Klägern Fr. 21'832.85 zu bezahlen zuzüglich 5 % Zins auf dem Betrag von Fr. 21'519.– ab 7. Mai 2015 sowie auf dem Betrag von Fr. 313.85 ab 8. April 2016.
2. Die Anschlussberufung wird abgewiesen; demgemäss wird Dispositivziffer 2 des Urteils des Mietgerichtes Dielsdorf vom 8. April 2016 bestätigt.
3. Die Festsetzung der erstinstanzlichen Entscheidgebür auf Fr. 3'300.- wird bestätigt.

4. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'250.- bezogen. Im Mehrbetrag wird die Gerichtskasse der Beklagten Rechnung stellen.

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern den Betrag von Fr. 3'250.- zu ersetzen.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'428.- (Mehrwertsteuerersatz von 8 % darin bereits inbegriffen) zu bezahlen.

6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'360.- festgesetzt, der Beklagten auferlegt und aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen.

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern den Betrag von Fr. 3'250.- zu ersetzen.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.- (8 % Mehrwertsteuer darin inbegriffen) zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Mietgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.

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

9. 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 rund Fr. 23'190.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. R. Barblan

versandt am:
10. Juli 2017