

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF170018-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 27. Juni 2017

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,

Beklagte und Berufungskläger,

Nr. 1 bis 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **D.**_____,
2. **E.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 13. April 2017 (ER170019)

Rechtsbegehren:

(act. 1)

"Die Gesuchsgegner 1-3 seien zu verurteilen, die 4 ½ Zimmerwohnung (Wirtewohnung), 1. OG rechts, F. _____-Str. ... in ... Winterthur unverzüglich zu räumen und den Gesuchstellern 1 u. 2 ordnungsgemäss zu übergeben.

Das zuständige Stadtammannamt Winterthur sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Gesuchsteller 1 u. 2 zu vollstrecken.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegner".

**Urteil des Einzelgerichts summarisches Verfahren
des Bezirksgerichts Winterthur vom 13. April 2017:**

(act. 19 = act. 22 = act. 24)

- "1. Die Beklagten werden verpflichtet, die 4.5-Zimmerwohnung im 1. Stock rechts an der F. _____-Strasse ... in ... Winterthur unverzüglich zu räumen und den Klägern ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt Winterthur-... wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Kläger, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Kläger haben die Vollzugskosten vorzuschüssen, doch sind sie ihnen von den Beklagten, unter solidarischer Haftung, zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 700.– wird von den Klägern bezogen, ist ihnen aber von den Beklagten, unter solidarischer Haftung, zu ersetzen.
4. Die Beklagten werden verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 1'050.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.

[5.-6. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Berufungsanträge der Beklagten und Berufungskläger:

(act. 23 S. 2)

"Das Urteil vom 13. April 2017 des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren (Geschäfts-Nr. ER170019), sei vollumfänglich aufzuheben, und auf das Gesuch um Ausweisung und Vollstreckung sei nicht einzutreten.

Eventualiter sei den Beschwerdeführern 1-3 eine angemessene Auszugsfrist von sechs Monaten zu gewähren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegner 1-3."

prozessuale Anträge:

- "1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
2. Es seien die Akten des separat geführten Berufungsverfahrens betreffend das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 13. April 2017 (Geschäfts-Nr. ER170018) beizuziehen."

Berufungsanträge der Kläger und Berufungsbeklagten:

(act. 30 S. 1 f.)

- "1. Die Berufung der Beklagten und Berufungskläger sei abzuweisen.
2. Die Beklagten und Berufungskläger seien in Bestätigung von Dispositiv Ziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Urteils zu verpflichten, die 4.5-Zimmerwohnung im 1. Stock rechts an der F.____-Strasse ... in ... Winterthur unverzüglich zu räumen und den Klägern und Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zulasten der Beklagten und Berufungskläger."

Erwägungen:

1.

1.1 Die Beklagten und Berufungskläger schlossen am 6. Juni 2013 mit der Erbgemeinschaft G.____ einen Mietvertrag über die 4 ½-Zimmerwohnung (Wirtwohnung) im 1. Obergeschoss an der F.____-Strasse ... in ... Winterthur (act. 2/1). Die Kläger und Berufungsbeklagten sind die Rechtsnachfolger der Erbgemeinschaft G.____. Die Übertragung des Eigentums auf die Kläger und Berufungsbeklagten wurde unter Hinweis auf den Erwerbsgrund Kauf am 27. März 2015 dem zuständigen Grundbuchamt zur Eintragung angemeldet (act. 2/2). Die Beklagten und Berufungskläger werden daher nachfolgend als Mieter, die Kläger und Berufungsbeklagten als Vermieter bezeichnet. Im Mietvertrag vom 6. Juni 2013 wurde ein Bruttomietzins von Fr. 1'530.00 vereinbart (act. 2/1).

Zwischen den Mietern 1 und 2 und den Vermietern besteht ein weiteres Mietverhältnis über ein Restaurant an derselben Adresse (vgl. dazu Geschäfts-Nr. LF170026).

1.2 Mit Eingabe vom 7. Februar 2017 stellten die Vermieter beim Einzelgericht summarisches Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur (nachfolgend Vorinstanz) das eingangs angeführte Ausweisungsbegehren (act. 1). Die Vermieter stützten das Ausweisungsbegehren auf die ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses vom 27. Dezember 2016 per 31. Januar 2017 gestützt auf Zahlungsverzug der Mieter nach Art. 257d OR (act. 2/4).

1.3 Am 13. April 2017 erliess die Vorinstanz das eingangs angeführte Urteil, mit welchem sie das Ausweisungsbegehren der Vermieter schützte (act. 19 = act. 22 = act. 24). Das Urteil wurde den Mietern am 19. April 2017 zugestellt (act. 20).

Ebenfalls am 13. April 2017 wies die Vorinstanz die Mieter 1 und 2 aus dem erwähnten Restaurant an derselben Adresse aus (vgl. vorne Ziff. 1.1 und das Geschäft Nr. LF170026).

1.4 Mit Eingabe vom 2. Mai 2017 (Datum Poststempel) erhoben die Mieter ein als Beschwerde betitelttes Rechtsmittel gegen das Urteil vom 13. April 2017. Sie stellten die eingangs angeführten Rechtsmittelanträge (act. 23).

Gleichzeitig erhoben die Mieter 1 und 2 auch ein Rechtsmittel gegen die Ausweisung aus dem Restaurant (vgl. Geschäft Nr. LF170026).

1.5 Der Vorsitzende der Kammer erwog mit Verfügung vom 5. Mai 2017, dass das Rechtsmittel als Berufung zu behandeln sei, und nahm davon Vormerk, dass der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukomme. Gleichzeitig setzte der Vorsitzende den Mietern Frist an, um für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 1'400.00 zu bezahlen (act. 25). Der Vorschuss wurde rechtzeitig geleistet (vgl. act. 25/1, 26 sowie die Ausführungen in act. 27).

1.6 Mit Verfügung vom 1. Juni 2017 wurde den Vermietern Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 28). Die Vermieter erstatteten die Berufungsantwort innert Frist mit Eingabe vom 16. Juni 2017 (act. 29, 30) und stellten die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 30 S. 1 f.).

1.7 Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-20). Das Verfahren ist spruchreif. Den Mietern ist indes noch das Doppel von act. 30 zuzustellen.

2.

2.1 Gegen Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 314 ZPO). Vorausgesetzt ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert ihres Verfahrens auf Fr. 9'180.00 (entsprechend den Bruttomonatsmietzinsen für die auf 6 Monate geschätzte Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung, vgl. act. 22 S. 11).

2.1.1 Richtig ist, dass sich der Streitwert des Ausweisungsverfahrens nach den Bruttomietzinsen für die vom jeweiligen Verfahren betroffene Zeitdauer richtet, während welcher der Vermieter nicht über das Mietobjekt verfügen kann. Steht (im Falle der Ausweisung nach Kündigung eines unbefristeten Mietverhältnisses) in Frage, ob die Kündigung zu Recht erfolgte, so ist indes zu prüfen, per welchen Zeitpunkt die Vermieterpartei das Mietverhältnis im Falle des Obsiegens des Mieters frühestmöglich ordentlich kündigen könnte. Geht es um Wohn- oder Geschäftsräume, so hat dies im Allgemeinen und auch hier die Berücksichtigung der dreijährigen Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zur Folge (vgl. OGer ZH PF160017 vom 14. Juni 2016, E. II/1.2 mit weiteren Hinweisen).

2.1.2 Die Mieter vertraten bereits vor der Vorinstanz die Auffassung, die der Ausweisung zugrunde gelegte Kündigung (aufgrund Zahlungsverzugs) sei zu Unrecht erfolgt (vgl. act. 5 S. 3 ff., insb. S. 6 f.). Bei der Bemessung der vom Rechtsmittelverfahren betroffenen Benutzungsdauer ist die Sperrfrist daher zu berücksichti-

gen. Der frühestmögliche ordentliche Kündigungstermin nach deren Ablauf fällt ausgehend vom 13. April 2017 (Ausfällung des angefochtenen Entscheids) und unter Berücksichtigung der 3-monatigen Kündigungsfrist (act. 2/1) auf den 30. September 2020. Der für die Zulässigkeit des Rechtsmittels massgebliche Streitwert beträgt somit Fr. 62'730.00 (41 Brutto-Monatsmietzinsen à Fr. 1'530.00, act. 2/1). Das Rechtsmittel ist deshalb als Berufung zu behandeln (vgl. bereits act. 25 S. 3).

2.1.3 Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Berufung (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO) ist einzutreten.

2.2 Mit Berufung kann unrichtige Sachverhaltsfeststellung und unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz wendet das Recht im Rahmen der erhobenen Rügen von Amtes wegen an (vgl. Art. 57 ZPO).

2.3 Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1 Das Einzelgericht im summarischen Verfahren gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Fehlt es hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs an diesen Voraussetzungen, so ist auf das Begehren nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). Der klagenden Partei steht in diesem Fall die Klage im ordentlichen Verfahren offen.

Die klagende Partei hat, wenn sie um Rechtsschutz in klaren Fällen ersucht, für die anspruchsbegründenden und strittigen Tatsachen den sofortigen Beweis zu erbringen. Für die Verneinung eines klaren Falls in tatsächlicher Hinsicht genügt es, wenn die beklagte Partei substantiierte und schlüssige Einwendungen vorträgt, die nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die gerichtli-

che Überzeugung zu erschüttern. Offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen des Anspruchs genügen nicht für die Verneinung eines klaren Falles. Ein Vorbringen ist nicht schon dann als haltlos anzusehen, wenn die Wahrheit der Ausführungen fraglich erscheint. Verlangt wird, dass das Vorbringen sich aufgrund der gesamten Umstände ohne Weiteres als unwahr erweist. Es muss zufolge klarer gegenteiliger Anhaltspunkte im höchsten Grad unwahrscheinlich wirken. Die Unwahrheit muss praktisch erwiesen sein. Entsprechend ist nicht leicht hin von Haltlosigkeit auszugehen (vgl. BGer 4A_14/2017 vom 15. Februar 2017, E. 4.2, sowie OGer ZH LF160063 vom 11. November 2016, E. III./1.2).

Klares Recht liegt sodann vor, wenn sich die Rechtsfolge im Rahmen bewährter Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergibt und die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (BGE 138 III 123 E. 2.1.2).

3.2 Die ausserordentliche Kündigung eines Mietvertrags über Wohn- oder Geschäftsräume wegen Zahlungsverzugs der Mieter setzt nach Art. 257d OR voraus, dass die Mieter mit der Zahlung fälliger Mietzinsen oder Nebenkosten im Rückstand sind, dass die Vermieter den Mietern schriftlich eine mindestens 30tägige Zahlungsfrist ansetzen (Mahnung), verbunden mit der Androhung der Kündigung im Säumnisfall, und dass die Mieter diese Frist ungenutzt verstreichen lassen.

3.3 Wie bereits erwähnt, kündigten die Vermieter das Mietverhältnis mit den Mietern am 27. Dezember 2016 gestützt auf Zahlungsverzug der Mieter (act. 2/4). Der Kündigung ging eine Mahnung vom 16. November 2016 voraus, in welcher die Vermieter die folgenden Ausstände geltend machten und den Mietern bei Nichtbezahlung innert der angesetzten 30tägigen Frist die Kündigung androhten (act. 2/3):

Ausstehende Mietzinsen insgesamt	Fr.	5'531.00
ausstehende Nebenkosten gemäss Abrechnung 2014/15	Fr.	2'208.65
Total Mahnsaldo	Fr.	7'739.65

Im weiteren Verfahrensverlauf legten die Vermieter der Vorinstanz eine Liste der Zahlungseingänge zwischen Mai 2015 und Januar 2017 vor, gemäss welcher sie

den geltend gemachten Mietzinsausstand berechneten (act. 13/2). Zudem reichten die Vermieter ein Schreiben an die Mieter vom 6. September 2016 über die Zustellung der Nebenkostenabrechnung 2014/2015 (act. 13/3) sowie Mahnungen vom 16. September 2016 und 8. Oktober 2016 über die Mietzinsausstände und den Betrag der Nebenkostenabrechnung (act. 13/6/a-b) zu den Akten.

3.4 Die Vorinstanz verwarf im angefochtenen Urteil die Einwendungen der Mieter und schützte das Ausweisungsbegehren (act. 22). Eine Thematik dabei war das Argument des Mieters 3, er sei aus dem Mietobjekt bereits ausgezogen und das Begehren sei ihm gegenüber daher gegenstandslos. Die Vorinstanz verwarf dieses Argument unter Hinweis darauf, dass auch der Mieter 3 als Mietpartei die Pflichten zur Rückgabe der Mietsache mittrage (act. 22 S. 10 f.). Das wird im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Nachfolgend sind die Argumente zu prüfen, welche die Mieter dem Ausweisungsanspruch der Vermieter vor der Berufungsinstanz entgegen halten.

3.5 Nachvollziehbarkeit der geltend gemachten Mietzinsausstände

3.5.1 Die Mieter bestritten vor der Vorinstanz die geltend gemachten Ausstände. Sie erklärten, die geltend gemachten Ausstände von Fr. 5'531.00 an Mietzinsen und Fr. 2'208.65 an Nebenkosten seien eine blosser Parteibehauptung, die nicht überprüft werden könne. Sie hätten die Mietzinsen für beide Mietobjekte jeweils gesamthaft mit einem Einzahlungsschein bezahlt. Zudem gebe es neben den Mietverhältnissen über die Wohnung und das Restaurant auch ein solches über einen Parkplatz zu einem Mietzins von Fr. 120.00 monatlich. Die Parkplatzmietzinsen seien in den vorgelegten Zahlungsaufforderungen nicht gemahnt worden. Wenn im geltend gemachten Ausstand Mietzinsen für den Parkplatz enthalten seien, so müssten diese abgezogen werden (vgl. act. 5 S. 3-6). Die Mieter hielten sodann, auf die Zustellung der erwähnten Liste der Zahlungen (act. 13/2) hin, an der Bestreitung der Ausstände fest, da ohne Zahlungsbelege die Vollständigkeit der Liste nicht überprüft werden könne (act. 17 S. 2). Im Berufungsverfahren wiederholten die Mieter ihren Standpunkt, die Mietzinsausstände seien nicht klar nachvollziehbar (act. 23 S. 3 f.).

3.5.2 Die Zahlungsaufforderung gemäss Art. 257d Abs. 1 OR hat den geltend gemachten Ausstand klar zu bezeichnen. Die Mahnung ist zu wenig klar, wenn einzig der offene Betrag genannt wird, ohne dass ersichtlich ist, dass sich hinter dieser Ziffer eine bestimmte Anzahl von Bruttomietzinsen versteckt, die bereits seit einer längeren Zeit offen sind (vgl. LACHAT/SPIRIG, Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage 2016, S. 710 f. m.w.Hw.; vgl. auch BGer 4A_44/2017 vom 21. März 2017, E. 3.3-4 m.w.Hw., sowie KUKO OR-BLUMER, Art. 257d N 6).

Die Mieter stellen sich vor diesem Hintergrund zu Recht auf den Standpunkt, dass die in der Mahnung vom 16. November 2016 geltend gemachten Mietzinsausstände von Fr. 5'531.00 nicht klar nachvollziehbar seien. Zum einen ist nicht klar, auf welche Periode sich die Ausstände beziehen, und zum anderen entspricht der Betrag auch nicht einem Vielfachen des Monatsmietzinses (von Fr. 1'530.00) – in diesem Fall könnte immerhin gesagt werden, die Mieter seien mit einem, zweien oder drei Mietzinsen im Rückstand. Hinzu kommt die Unklarheit über die Aufteilung der (so unbestritten die Mieter [vgl. act. 12 S. 6]) jeweils in einer Zahlung überwiesenen Mietzinsen für die Wohnung, den Parkplatz und das Restaurant. Dass die Vermieter in der Folge geltend machten, der Parkplatz sei separat gekündigt und die diesen betreffenden Ausstände seien separat gemahnt worden (act. 12 S. 4 f.), ändert daran nichts. Wie der Betrag von Fr. 5'531.00 zustande kam, lässt sich der Zahlungsaufforderung nicht entnehmen. Eine solche Mahnung genügt den aufgezeigten Anforderungen nicht.

Die Hinweise der Vermieter auf die schlechte Zahlungsmoral der Mieter (act. 30 S. 2) vermögen daran nichts zu ändern. Dasselbe gilt für die Frage, ob es im Zeitpunkt der Mahnung und der Kündigung effektiv Mietzinsausstände gab und ob sich diese anhand der vor Vorinstanz eingereichten Aufstellung (act. 13/2) nachweisen lassen oder nicht (vgl. dazu act. 29 S. 3). Im vorliegenden Verfahren ist nicht über von den Vermietern geltend gemachte Mietzinszahlungen zu entscheiden, sondern über ihr Recht, das Mietverhältnis ausserordentlich zu beenden, ohne die vertraglichen Kündigungsfristen und Kündigungstermine zu beachten (vgl. dazu auch BGer 4A_134/2011 vom 23. Mai 2011 = mp 2011 S. 325 ff., E. 3). Hinsichtlich der Berechtigung der Vermieter, das Mietverhältnis gestützt auf die gel-

tend gemachten Mietzinsausstände ausserordentlich zu kündigen, besteht nach dem Gesagten kein klarer Fall nach Art. 257d Abs. 1 ZPO.

3.6 Ausstehende Nebenkosten gemäss Abrechnung 2014/2015

3.6.1 Die Mieter bestritten im erstinstanzlichen Verfahren zunächst den Bestand der geltend gemachten Nebenkostenforderung von Fr. 2'208.65 und brachten weiter vor, sie hätten eine entsprechende Abrechnung mit Zahlungsaufforderung weder mit der Abmahnung vom 16. November 2016 noch vorher zu Gesicht bekommen. Gestützt darauf bestritten die Mieter die Fälligkeit der Nebenkostenabrechnung (act. 5 S. 5). Die Vermieter reichten der Vorinstanz daraufhin ein Schreiben an die Mieter vom 6. September 2016 mit der Nebenkostenabrechnung sowie zwei Mahnschreiben vom 16. September 2016 und 8. Oktober 2016 zu den Akten, mit welchen sie Mietzinsausstände und die Nebenkostenforderung in Rechnung stellten (act. 13/, 13/6/a-b). Die Mieter hielten dem entgegen, das Schreiben vom 6. September 2016 hätten sie nie erhalten. Zu den beiden erwähnten Mahnschreiben erklärten die Mieter, damit sei die Nebenkostenforderung "zwar abgemahnt worden". Sie hätten die Abrechnung aber nie zu Gesicht bekommen (act. 17 S. 2-4).

3.6.2 Die Vorinstanz erwog, die Mieter würden nur bestreiten, die Nebenkostenabrechnung erhalten zu haben. Sie hätten aber nach dem Erhalt der beiden Mahnschreiben vom 16. September und 8. Oktober 2016 bei den Vermietern Einsicht in die Nebenkostenabrechnung verlangen können. Dem Einwand der Unkenntnis von der Abrechnung könnte (mit Blick auf die Fälligkeit der Nebenkostenforderung) nur verfangen, wenn die Mieter vergeblich Einsicht in die Nebenkostenabrechnung verlangt bzw. das zumindest substantiiert behauptet hätten (act. 22 S. 9).

3.6.3 Die Mieter machen berufsungsweise geltend, die erwähnten Mahnschreiben vom 16. September und 8. Oktober 2016 seien ihnen nicht zugestellt worden. Das ergebe sich aus den angehefteten Sendeverläufen. Die Vorinstanz habe somit den Sachverhalt insoweit falsch festgestellt. Sie hätten, so die Mieter weiter, keine Möglichkeit gehabt, Einsicht in die Nebenkostenabrechnung zu verlangen (act. 23

S. 6). Die Vermieter halten dem entgegen, die Bestreitung der Zustellung der beiden Mahnschreiben vom 16. September und 8. Oktober 2016 sei ein unzulässiges Novum (act. 30 S. 6).

3.6.4 Dem Standpunkt der Mieter ist im Ergebnis auch in diesem Punkt zu folgen. Der Saldo einer Nebenkostenabrechnung gilt mangels anderer Abrede 30 Tage nach Erhalt der Abrechnung als fällig (SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. Auflage 2008, Art. 257d OR N 14; vgl. auch BGE 140 III 591 = mp 2015 S. 29 ff., E. 3.2; vgl. auch BSK OR I-WEBER, 6. Auflage 2015, Art. 257c N 2). Solange keine detaillierte Abrechnung vorliegt oder dem Mieter die Einsicht in die Belege verwehrt wurde, tritt keine Fälligkeit ein (vgl. LACHAT/SPIRIG, a.a.O., S. 708, sowie PERMANN, Mietrecht Kommentar navigator.ch, 2. Auflage 2007, Art. 257d N 6; vgl. auch HAP Immobiliarmietrecht-MAAG, N 2.91). Fehlt es an der Fälligkeit der Forderung, so schliesst das einen Zahlungsverzug des Schuldners (der erst die Zustellung einer Mahnung mit Kündigungsandrohung nach Art. 257d OR ermöglicht) aus. Dabei verlangt das Bundesgericht, dass dem Mieter eine Abrechnung zugestellt wird, welche so klar und verständlich ist, dass er ersehen kann, für welche Nebenkostenpositionen er in welchem Umfang (Verteilschlüssel) belastet wird. Andernfalls besteht hinsichtlich einer Zahlungsverzugskündigung gestützt auf ausstehende Nebenkosten keine klare Sach- und Rechtslage (vgl. dazu BGer 4A_127/2014 vom 19. August 2014 = mp 2015 S. 23 ff., E. 6.4).

Die Vermieter behaupteten zwar vor der Vorinstanz, sie hätten den Mietern die erwähnte Nebenkostenabrechnung mit Schreiben vom 6. September 2016 zugestellt (act. 12 S. 3 f.). Sie äussern sich aber im Berufungsverfahren nicht zur Bestreitung der Mieter (vgl. vorne Ziff. 3.6.1) und stellen sich lediglich auf den Standpunkt, die Mieter hätten (wie von der Vorinstanz erwogen) nach Erhalt der späteren Mahnungen eine Nebenkostenabrechnung verlangen können (act. 30 S. 5 f.). Dass den Mietern im Zeitpunkt, als sie die Mahnung vom 16. November 2016 (vgl. zu dieser vorne Ziff. 3.3) erhielten, keine detaillierte Nebenkostenabrechnung vorlag, kann danach als unbestritten betrachtet werden. Eine vom vorstehend Gesagten abweichende Abrede der Parteien über die Bezahlung der Nebenkosten wird nicht behauptet und existiert soweit ersichtlich nicht. Eine allfällige

Forderung der Vermieter auf Begleichung von Nebenkosten war somit nicht fällig. Nur mit Blick auf die einzelnen Belege zur detaillierten Abrechnung gilt, dass die Mieter diese zu verlangen haben und erst eine Verweigerung der Herausgabe die Fälligkeit ausschliesst (vgl. LACHAT/SPIRIG, a.a.O., S. 708). Auf die Nebenkostenabrechnung selber kann dies entgegen der Vorinstanz (act. 22 S. 9) nicht übertragen werden, in dem Sinne dass die Forderung auf Erstattung der Nebenkosten bereits fällig würde, wenn die Mieter (nach Erhalt eines Hinweises, sie schuldeten dem Vermieter einen Betrag für Nebenkosten) nur die Möglichkeit haben, eine detaillierte Abrechnung zu verlangen. Die Vorinstanz nennt für diese Auffassung denn auch keine Belegstellen (act. 22 S. 9).

Auch was die Berechtigung der Vermieter angeht, das Mietverhältnis gestützt auf den ausstehenden Betrag der Nebenkostenabrechnung 2014/15 ausserordentlich zu kündigen, besteht nach dem Gesagten kein klarer Fall. Das folgt bereits aus dem Umstand, dass den Mietern keine detaillierte Nebenkostenabrechnung zugestellt wurde. Auf die Zustellung der Mahnschreiben vom 16. September und 8. Oktober 2016 muss danach nicht weiter eingegangen werden.

3.7 Insgesamt liegt mit Blick auf den Zahlungsverzug der Mieter im Zeitpunkt, als sie die Mahnung vom 16. November 2016 erhielten (und auch im Zeitpunkt der ausserordentlichen Kündigung vom 27. Dezember 2016), kein klarer Fall vor.

Ob die Mieter berechtigt wären, einer allfälligen Schuld aus der Wohnungsmiete ein Zuviel an für das Restaurant bezahlten Mietzinsen entgegen zu halten (vgl. dazu act. 23 S. 4 ff., act. 30 S. 4 ff. sowie die Ausführungen im Geschäft LF170026), muss danach nicht weiter geprüft werden.

Zusammenfassend fehlt es für den Ausweisungsanspruch der Vermieter an klarem Recht und unbestrittenen bzw. sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen. Das angefochtene Urteil ist aus den geschilderten Gründen in Gutheissung der Berufung aufzuheben. Auf das Ausweisungsbegehren ist nicht einzutreten.

3.8 Auf den Eventualantrag über die Gewährung einer längeren Auszugsfrist ist bei diesem Ausgang an sich nicht mehr einzugehen. Nur der Vollständigkeit hal-

ber ist festzuhalten, dass die Vermieter zu Recht darauf hinweisen, die Gewährung einer Auszugsfrist liege nicht in der Kompetenz des Ausweisungsgerichts (act. 30 S. 7).

4.

4.1 Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens den Vermietern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 700.00 und die Parteientschädigung von Fr. 1'050.00 (inkl. MwSt.) wurden nicht gerügt.

4.2 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist nach Massgabe des Streitwerts bzw. des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls festzusetzen (§ 2 Abs. 1 GebV). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Zum Streitwert kann auf das eingangs Gesagte verwiesen werden (vgl. vorne Ziff. 2.1). Der frühestmögliche ordentliche Kündigungstermin nach Ablauf der Kündigungssperrfrist fällt auch ausgehend von der Einleitung des Berufungsverfahrens (unter Berücksichtigung der 3-monatigen Kündigungsfrist, act. 2/1) auf den 30. September 2020. Allerdings entspricht dem ausgehend vom 2. Mai 2017 (act. 22) nur noch eine Nutzungsdauer von 40 Monaten. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt somit Fr. 61'200.00 (40 Monatsmietzinsen à Fr. 1'530.00, act. 2/1). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 1'400.00 festzusetzen. Die Gebühr ist aus dem von den Mietern geleisteten Kostenvorschuss (vgl. vorne Ziff. 1.5) zu beziehen. Die Vermieter haben den Mietern den Kostenvorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

4.3 Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 bis 3, § 9 und § 13 Abs. 1 bis 2 AnwGebV auf Fr. 1'400.00 (inkl. MwSt.) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 13. April 2017 wird aufgehoben. Auf das Ausweisungsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 700.00 wird bestätigt und den Klägern und Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Kläger und Berufungsbeklagten werden unter solidarischer Haftung (intern je zur Hälfte) verpflichtet, den Beklagten und Berufungsklägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'050.00 (dieser Betrag enthält die Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'400.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern und Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
6. Die Kläger und Berufungsbeklagten werden unter solidarischer Haftung (intern je zur Hälfte) verpflichtet, den Beklagten und Berufungsklägern den Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren von Fr. 1'400.00 zu ersetzen und eine Parteientschädigung von total Fr. 1'400.00 (dieser Betrag enthält die Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten und Berufungskläger unter Beilage des Doppels von act. 30, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
8. 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 vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 61'200.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: