

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Urteil vom 24. März 2023

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

C._____ **AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. Februar 2023 (ER220074)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1)

"Den Gesuchsgegnern sei zu befehlen, die 3.5-Zimmerwohnung im EG rechts D._____ [Strasse] ... und Garagenplatz in E._____ unverzüglich zu räumen und zu verlassen, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner."

Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 16 S. 7 f.)

1. Die Gesuchsgegner werden verpflichtet, die 3.5-Zimmerwohnung im Erdgeschoss rechts D._____ ... in E._____ samt zugehörigem Kellerabteil und den Autoeinstellplatz Nr. ... unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss und gereinigt zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Gemeindeammannamt Seuzach wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Gesuchstellerin hat die Vollzugskosten vorzuschüssen, doch sind sie ihr von den Gesuchsgegnern, unter solidarischer Haftung, zu ersetzen.
3. Die Kosten des Verfahrens werden den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftung untereinander auferlegt.
4. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'900.– wird aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, ist ihr aber von den Gesuchsgegnern, unter solidarischer Haftung, zu ersetzen.
5. Die Gesuchsgegner werden unter solidarischer Haftbarkeit untereinander verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.

6. [Mitteilungen].
7. [Rechtsmittel].

Berufungsanträge:

(act. 17, S. 1)

"Ziff. 1 des Urteilsdispositivs ist wie folgt anzupassen:

«Die Gesuchsgegner werden verpflichtet, die 3.5-Zimmerwohnung im Erdgeschoss rechts D._____ ... in E._____ samt zugehörigem Kellerabteil und den Autoeinstellplatz Nr. ... **bis am 31. August 2023** zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss und gereinigt zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.»

Ziff. 2 des Urteilsdispositivs ist wie folgt anzupassen:

«Das Gemeindeammannamt Seuzach wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin, welches innert 60 Tagen **ab dem 31. August 2023** zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. (...)»

Ziff. 4 des Urteilsdispositivs ist wie folgt anzupassen:

«Die Entscheidgebühr von **Fr. 800.-** wird aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, ist ihr aber von den Gesuchsgegnern, unter solidarischer Haftung, zu ersetzen.»"

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte und Sachverhalt

1.1. Die Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) mieteten mit Mietvertrag vom 7. Mai 2015 eine 3.5-Zimmerwohnung D._____ ... in E._____ (act. 3/2). Mit Mietvertrag vom 27. Mai 2015 bzw. 20. Mai 2015 mieteten die Berufungskläger zusätzlich einen Autoeinstellplatz in derselben Liegenschaft (act. 3/2a). Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagte) ist aktuelle Eigentümerin der betreffenden Liegenschaft D._____ ... in E._____ (act. 3/1). Mit Schreiben vom 15. Juni 2022 mahnte die Berufungsbeklagte die Berufungskläger für einen Betrag von Fr. 1'740.- und setzte ihnen eine Frist von 30 Tagen, unter Androhung der Kündigung in Anwendung

von Art. 257d OR bei Nichtbezahlung innert Frist (act. 3/3). Mit Formular vom 25. Juli 2022 kündigte die Berufungsbeklagte daraufhin das Mietverhältnis per 31. August 2022 (act. 3/4). Mit Eingabe vom 22. August 2022 haben die Berufungskläger die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde für Miet- und Pachtsachen des Bezirksgerichts Winterthur angefochten. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 19. September 2022 unterzeichneten die Parteien eine Vereinbarung mit einem Widerrufsvorbehalt. Mit Schreiben vom 30. September widerriefen die Berufungskläger die Vereinbarung, woraufhin ihnen die Schlichtungsbehörde mit Beschluss vom 17. Oktober 2022 eine Klagebewilligung ausstellte (act. 3/6 und act. 3/7). Die Berufungskläger unterliessen es, beim Mietgericht innert Frist eine Klage einzuleiten (act. 1 Ziff. 5 und act. 11 = act. 19/1 S. 2).

1.2. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2022 beantragte die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) die Ausweisung der Berufungskläger aus dem Mietobjekt (act. 1). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2022 wurde den Berufungsklägern Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren sowie der Berufungsbeklagten zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 7). Die Stellungnahme der Berufungskläger und der Kostenvorschuss gingen fristgerecht ein (act. 9 bis act. 11). In der Folge hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren mit Urteil vom 6. Februar 2023 gut und setzte eine Entscheidgebühr von Fr. 2'900.– sowie eine Parteientschädigung von Fr. 200.– fest, welche sie den Berufungsklägern solidarisch auferlegte (act. 13 = act. 16 [Aktenexemplar] = act. 18).

1.3. Mit Eingabe vom 17. Februar 2023 (Datum Poststempel) erhoben die Berufungskläger rechtzeitig Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid (act. 17). Den Berufungsklägern wurde mit Verfügung vom 21. Februar 2023 Frist angesetzt, um die Berufungsschrift zu unterzeichnen (act. 20). Die unterzeichnete Berufungsschrift wurde von den Berufungsklägern fristgerecht eingereicht (act. 22 = act. 17). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 bis act. 14). Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO, vgl. auch nachfolgend E. 3.2.4). Das Verfahren erweist sich

als spruchreif. Auf die einzelnen Vorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

2. Prozessuales

2.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend beträgt der monatliche Bruttomietzins Fr. 1'740.–. Zur Zulässigkeit der Berufung kann festgehalten werden, dass der Streitwert mindestens dem Mietwert von sechs Monaten entspricht (vgl. E. 3.2) und damit Fr. 10'000.– überschreitet. Die Berufung ist folglich zuzulassen.

2.2. Es kann mit der Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufung muss konkrete Rechtsbegehren, d.h. Berufungsanträge bzw. Abänderungsbegehren hinsichtlich des erstinstanzlichen Entscheids, und eine Begründung dieser Rechtsbegehren enthalten. Mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheids (bzw. dessen Dispositiv) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist (vgl. REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2016, Art. 311 N 33 ff.).

2.3. Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen) frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, die Berufung erhebende Partei setzt sich mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinander und zeigt konkret auf, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden recht-

lichen Fragen zu untersuchen, wenn eine Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragene Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung der die Berufung erhebenden Partei noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

3. Materielles

3.1. Ausweisung im summarischen Verfahren nach Art. 257 ZPO

3.1.1. Die Vorinstanz erwog zum Ausweisungsbegehren im Wesentlichen, die Berufungskläger hätten anerkannt, die ausstehende Mietzinszahlung für den Monat Juni 2022 nicht innert der mit Kündigungsandrohung vom 15. Juni 2022 angesetzten Frist bezahlt zu haben. Zum Vorbringen der Berufungskläger, sie hätten angenommen, dass ihnen aufgrund der Schulpflicht ihres Sohnes ein Verbleib in der Mietwohnung bis Ende Juli 2023 gewährt werde, stellte die Vorinstanz fest, dass aus den Akten keine Anhaltspunkte für eine Bereitschaft der Berufungsbeklagten zur Erstreckung des Mietverhältnisses bis Ende Juli 2023 zu entnehmen seien. Soweit die Berufungskläger darüber hinaus einen konkludenten Abschluss eines neuen Mietvertrages mit Zahlung der Mietzinse geltend gemacht hätten, bestehe hierfür in Anbetracht der Umstände kein Raum. Die blosser Entgegennahme von Zahlungen des Mieters durch den Vermieter alleine vermöge keinen Abschluss eines neuen Mietvertrages zu begründen. Die Berufungsbeklagte habe ausserdem kurz nach der am 22. November 2022 abgelaufenen dreissigtägigen Frist zur Einreichung einer Klage (Beschluss vom 17. Oktober 2022 der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirksgerichts Winterthur, act. 3/6) das Ausweisungsverfahren eingeleitet. Dies zeige ihren Willen zur Durchsetzung der Kündigung klar. Insgesamt seien sämtliche Einwände der Berufungskläger als

haltlos zu qualifizieren und das Mietverhältnis sei per 31. August 2022 aufgelöst worden. Da das Mietobjekt noch nicht zurückgegeben worden sei, sei der Ausweisungsanspruch der Berufungsbeklagten ausgewiesen (act. 16 E. III.5.2 f.).

3.1.2. Die Berufungskläger legen in der Berufungsschrift erneut dar, dass sie es knapp verpasst hätten, den offenen Mietzins innert der dreissigtägigen Zahlungsfrist zu überweisen. Sie seien davon ausgegangen, dass die Berufungsbeklagte die Kündigung "vorsorglich" ausgesprochen hätte und nach Eingang der Mietzinszahlung wieder zurückziehen werde. Ihr schulpflichtiger Sohn (Jahrgang 2018) sei im Sommer 2022 in den obligatorischen Kindergarten eingetreten. Sie hätten angenommen, dass ihnen der Verbleib im Mietobjekt bis Ende Juli 2023 gestattet werde, da sie sämtliche ausstehenden Mietzinszahlungen beglichen hätten. Die Berufungsbeklagte sei anlässlich der Schlichtungsverhandlung im Rahmen eines Vergleichs bereit gewesen, das Mietverhältnis bis Ende März 2023 zu erstrecken. Eine Verlängerung des Mietverhältnisses bis Ende Juli 2023 habe sie abgelehnt, weil diese fälschlicherweise angenommen habe, dass die Kinder der Berufungskläger nicht schulpflichtig seien. Es müsse davon ausgegangen werden, die Berufungsbeklagte hätte eine Erstreckung des Mietverhältnisses bis Ende Juli 2023 gewährt, wenn sie Kenntnis von der Schulpflicht des älteren Sohnes und der Bezahlung sämtlicher ausstehenden Mietzinsen gehabt hätte. Zudem machen die Berufungskläger wie bereits vor Vorinstanz geltend, es spreche einiges dafür, dass konkludent ein bis mindestens Ende Juli 2023 dauerndes, befristetes Mietverhältnis zustande gekommen sei. Dies unter anderem aufgrund der Bezahlung der ausstehenden Mietzinsen. Die Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheides sei entsprechend anzupassen und es seien die Berufungskläger zu verpflichten, das Mietobjekt bis 31. August 2023 zurückzugeben. Ferner sei auch das Gemeindeammanamt Seuzach anzuweisen, den Entscheid auf Verlangen der Berufungsbeklagten erst ab 31. August 2023 zu vollstrecken (act. 17 S. 1 ff.).

3.1.3. Vorerst ist festzuhalten, dass die Berufungskläger die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhaltsablaufs zum Zahlungsverzug und zur darauffolgenden Kündigung nach Art. 257d OR (act. 16 E. III.4.1 f.) nicht beanstanden. Demnach kann darauf abgestellt werden. Aus der hypothetischen Annahme der Berufungs-

kläger, die Kündigung sei lediglich "vorsorglich" ausgesprochen worden und sie hätten damit gerechnet, zumindest bis Ende Juli 2023 im Mietobjekt verbleiben zu können, ist kein rechtlicher Anspruch auf Verbleib in der Wohnung abzuleiten. Dasselbe gilt für das Vorbringen, sie würden davon ausgehen, die Berufungsklagte hätte ihnen ein Erstreckung des Mietverhältnisses bis Ende Juli 2023 gewährt, wenn diese von der Schulpflicht ihres älteren Sohnes und der nachträglichen Zahlung der ausstehenden Mietzinsen gewusst hätte. Das tatsächliche Zustandekommen einer derartigen Vereinbarung zwischen den Parteien behaupten die Berufungskläger nicht. Die Vereinbarung, welche anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 19. September 2022 unterzeichnet wurde, haben die Berufungskläger sodann selbst widerrufen (act. 19/2). Diese entfaltete somit keine rechtliche Wirkung. Ferner hätte ein allfälliges Begehren um Erstreckung des Mietverhältnisses nach Art. 272 OR innert dreissig Tage nach Empfang der Kündigung bei der zuständigen Schlichtungsbehörde eingereicht werden müssen (Art. 273 OR). Bei einer Kündigung wegen Zahlungsverzug nach Art. 257d OR wäre eine Erstreckung jedoch ausgeschlossen (Art. 272a lit. a OR). Im Rahmen des Ausweisungsverfahrens ist dagegen ohnehin keine Erstreckung des Mietverhältnisses zu prüfen, weshalb auch die geltend gemachten Härtegründe unbeachtlich sind.

Zum Vorbringen der Berufungskläger, es sei konkludent ein bis Ende Juli 2023 befristetes Mietverhältnis zustande gekommen, ist im Einklang mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die blosser Entgegennahme von Zahlungen des Mieters durch den Vermieter keinen Abschluss eines neuen Mietvertrages zu begründen vermag (vgl. act. 16 E. III.5.2). Ein solcher konkludenter Vertragsabschluss ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Nach der Rechtsprechung kann nach erfolgter Kündigung ein stillschweigender Abschluss eines neuen Mietvertrages vorliegen, wenn die vermietende Partei während eines hinreichend langen Zeitraums darauf verzichtete, die Rückgabe des Mietobjekts zu verlangen und der Mietzins weiterhin regelmässig und vorbehaltlos entgegen nimmt (vgl. BGer 4A_499/2013 vom 4. Februar 2014 E. 3.3.1; 4A_247/2008 vom 19. August 2008 E. 3.2.1; HIGI/BÜHLMANN, in: Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 253 - 265 OR, 5. Auflage, 2019, Art. 257d N 65). Zu beachten ist auch, dass einem Vermie-

ter, der Zahlungen über den Kündigungstermin hinaus entgegennimmt, für die Dauer des unrechtmässigen Verbleibs des Mieters ein Schadenersatzanspruch zusteht, der im Zweifel der Höhe des früheren Mietzinses entspricht. Schlüssiges Indiz für einen neuen Vertrag ist daher nur die Entgegennahme von regelmässigen Zinszahlungen oder gar Vorauszahlungen nach Begleichung aller Rückstände (WEBER, Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Auflage, 2019, Art. 257d N 14; OGer ZH LF210007 vom 22. November 2021 E. 2.8). Vorliegend hat die Berufungsbeklagte das Mietverhältnis per 31. August 2022 gekündigt (act. 3/4 und act. 3/4a) und das Ausweisungsverfahren mit Eingabe vom 1. Dezember 2022 eingeleitet (act. 1). Dazwischen wurde – wie die

Vorinstanz zutreffend ausführte – von den Berufungsklägern ein Schlichtungsverfahren betreffend Kündigungsanfechtung und Erstreckung des Mietverhältnisses gegen die Berufungsbeklagte anhängig gemacht. Die Frist der Berufungskläger zur Einleitung der Klage aufgrund der aus dem Schlichtungsverfahren hervorgehenden Klagebewilligung ist am 21. November 2022 unbenützt abgelaufen. Demnach kann aufgrund der zeitnahen Einleitung des Ausweisungsverfahrens (1. Dezember 2022; act. 1) durch die Berufungsbeklagte keineswegs von einem konkludenten Verzicht auf das Recht der Rückgabe der Mietsache ausgegangen werden. Es haben weder die geltend gemachte Annahme der rückständigen Mietzinszahlungen durch die Berufungsbeklagte noch das kurze Abwarten nach Rechtskraft des Beschlusses der Schlichtungsbehörde (act. 3/6) bis zur Durchsetzung des Rückgabeanspruchs zur Begründung eines konkludenten neuen (befristeten) Mietverhältnisses geführt. Der stillschweigende Abschluss eines neuen Mietvertrages fällt damit ausser Betracht.

Im Ergebnis ist die Vorinstanz zu bestätigen, dass der Ausweisungsanspruch der Berufungsbeklagten ausgewiesen ist. Die Berufung gegen die Dispositivziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Urteils ist demzufolge abzuweisen.

3.2. Streitwert und Prozesskosten der Vorinstanz

3.2.1. Zum Streitwert erwog die Vorinstanz, dieser entspreche dem Mietwert von drei Jahren, da die Gültigkeit der Kündigung bestritten worden sei (unter Hinweis

auf BGE 144 III 346, E. 1.2). Sie ging deshalb von einem Streitwert von Fr. 62'240.– aus (Fr. 1'740.– x 36 Monate). Aufgrund dessen setzte sie die Entscheidgebühr für das Verfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG i.V.m. § 8 GebV OG auf Fr. 2'900.– fest. Diese Kosten legte den Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftung auf (act. 16 E. IV.2).

3.2.2. Die Berufungskläger beanstanden zur vorinstanzlichen Entscheidgebühr, dass sie nicht die Gültigkeit der Kündigung angefochten, sondern sinngemäss lediglich den Abschluss eines befristeten Mietvertrages bis längstens 31. August 2023 geltend gemacht hätten. Der Streitwert entspreche demnach höchstens dem Mietwert von einem Jahr, weshalb die Entscheidgebühr auf max. Fr. 800.– zu reduzieren sei. Die Höhe der Parteientschädigung von Fr. 200.– beanstandeten sie nicht, weshalb darauf nachfolgend nicht eingegangen wird (act. 17 S. 3).

3.2.3. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist hinsichtlich des Streitwertes zu unterscheiden, ob nur die Ausweisung als solche oder ob auch die Kündigung streitig ist. Geht es nur um die Ausweisung, besteht das wirtschaftliche Interesse der Parteien im Mietwert, der durch die Verzögerung infolge des Summarverfahrens selber entsteht. Diesbezüglich ist von einer voraussichtlichen Dauer für das Summarverfahren von sechs Monaten auszugehen. Ist dagegen die Kündigung ebenfalls strittig, ist diese selber Streitgegenstand. Der Entscheid im Verfahren nach Art. 257 ZPO löst an sich keine dreijährige Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR aus. Bei Nichteintreten auf das Gesuch im Summarverfahren muss die Gültigkeit der Kündigung und damit die Ausweisung allenfalls im vereinfachten Verfahren erstritten werden. Dieser Entscheid kann dann jedoch die Sperrfrist auslösen. Da gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar die mögliche Sperrfrist bis zur nächsten möglichen Kündigungsgelegenheit, nicht aber die voraussichtliche Verfahrensdauer zuverlässig abgeschätzt werden kann, entspricht der Streitwert in der Regel in diesem Fall dem Mietwert für drei Jahre (BGer 144 III 346 vom 11. Juli 2018 E. 1.2 ff.).

3.2.4. Die Berufungskläger anerkannten bereits bei der Vorinstanz, dass sie den Mietzins für den Monat Juni 2022 nicht innert der dreissigtägigen Frist nach Erhalt der Mahnung bezahlten. Auch erklärten sie, dass sie den anlässlich der Schlich-

tungsverhandlung geschlossenen Vergleich widerriefen und anschliessend keine Klage beim Mietgericht einreichen. Sie legten zudem dar, sie seien davon ausgegangen, dass die Berufungsbeklagte die Kündigung wieder zurückziehen werde, machten jedoch nicht geltend, diese sei missbräuchlich oder nichtig (act. 11). Auch bestritten sie den von der Berufungsbeklagten dargelegten Sachverhalt hinsichtlich der Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach Art. 257d OR nicht (vgl. act. 16 E. III.4.1 und III.5.1). Die Vorinstanz hielt dann auch fest, die Berufungskläger seien selbst von einer verbindlichen Kündigung ausgegangen, ansonsten sie diese vor Mietgericht angefochten hätten (act. III.5.1). Dass die Vorinstanz im Rahmen der Streitwertberechnung und der Festlegung der Entscheidgebühr davon ausging, die Gültigkeit der Kündigung sei von der Berufungsklägern bestritten (act. 16 E. IV.2), erweist sich demnach als Widerspruch zu den vorhergehenden Erwägungen. Zudem geht aus den Ausführungen der Berufungskläger in der vorinstanzlichen Stellungnahme auch sinngemäss nicht hervor, dass sie die Gültigkeit der Kündigung bestreiten würden. Den Berufungsklägern ist folglich zuzustimmen, dass die Gültigkeit der Kündigung im Ausweisungsverfahren vor Vorinstanz nicht bestritten wurde. Der Streitwert berechnet sich infolgedessen nach dem Mietwert, der durch die Verzögerung infolge des Summarverfahrens selber entsteht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist von einer voraussichtlichen Dauer von sechs Monaten auszugehen (vgl. BGer 144 III 346 vom 11. Juli 2018 E. 1.2 ff.). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'740.– ist von einem Streitwert von Fr. 10'440.– auszugehen. Entsprechend ist die Berufung hinsichtlich der vorinstanzlichen Entscheidgebühr gutzuheissen und diese in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG i.V.m. § 8 GebV OG neu auf Fr. 1'000.– festzusetzen (vgl. OGer ZH PF110013 vom 21. Juni 2011). Trotz teilweiser Gutheissung ist keine Berufungsantwort einzuholen, weil die Berufungsbeklagte dadurch in ihren schützenswerten Interessen nicht beschwert wird.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ausgehend vom Streitwert von Fr. 10'440.– ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 bis 3 sowie

§ 8 Abs. 1 GebV OG auf total Fr. 900.– festzusetzen. Die Berufungskläger obsiegen im Berufungsverfahren hinsichtlich der Höhe der vorinstanzlichen Entscheidgebühr. Im Übrigen unterliegen sie. Somit ist die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren zu vier Fünfteln (Fr. 720.–) den Berufungsklägern aufzuerlegen und im Umfang von einem Fünftel (Fr. 180.–) auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Anteil der Berufungskläger ist ihnen je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, aufzuerlegen.

4.2. Partei- oder Umtriebsentschädigungen sind keine zuzusprechen, da es die Berufungskläger unter anderem unterlassen haben im Berufungsverfahren einen entsprechenden Antrag zu stellen (act. 17) und der Berufungsbeklagten keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. Die Dispositivziffer 4 des Urteils vom 6. Februar 2023 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur wird aufgehoben. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil vom 6. Februar 2023 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgelegt, aus dem von der Berufungsbeklagten geleisteten Kostenvorschuss bezogen und ist ihr von den Berufungsklägern, unter solidarischer Haftung, zu ersetzen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 900.– festgesetzt und den Berufungsklägern zu vier Fünfteln auferlegt. Im Umfang von einem Fünftel wird die Entscheidgebühr auf die Gerichtskasse genommen. Der Anteil der Berufungskläger wird ihnen je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von act. 17, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'440.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Gautschi

versandt am:
24. März 2023