

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240081-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil D. Glur und Ersatzrichterin Dr. C. Schoder sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Schmidt

Urteil vom 28. August 2024

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

C._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. Juli 2024 (ER240024)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"1. Der Beklagte sei unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verpflichten, den Klagenden unverzüglich zu übergeben:

- Küche im Erdgeschoss, Personalgarderobe/Lager und WC im Untergeschoss der Liegenschaft D. _____-strasse ..., E. _____

2. Im Unterlassungsfalle sei das Stadtammannamt Winterthur-Stadt anzuweisen, den Ausweisungsbefehl auf erstes Verlangen der Klagen- den zu vollstrecken.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 17 = act. 20 = act. 22)

1. Auf das Ausweisungsbegehren der Gesuchsteller wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'100.–.
3. Die Kosten des Verfahrens werden den Gesuchstellern unter solidarischer Haftung untereinander auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Gesuchsteller werden unter solidarischer Haftung untereinander verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je per Einschreiben gegen Empfangs- schein.
6. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **10 Tagen** von der Zu- stellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zü- rich, II. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beru-

fungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungsanträge:

(act. 21, S. 2 f.)

"1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben.

2. Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte sei unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten, den Gesuchstellern und Berufungsklägern unverzüglich zu übergeben:

Küche im Erdgeschoss, Personalgarderobe/Lager und WC im Untergeschoss, der Liegenschaft D. _____-strasse ..., E. _____.

3. Im Unterlassungsfalle sei das Stadtammannamt Winterthur-Stadt anzuweisen, den Ausweisungsbefehl auf erstes Verlangen der Gesuchsteller und Berufungskläger zu vollstrecken.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren zulasten des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagter) mietete von den Gesuchstellern und Berufungsklägern (nachfolgend: Berufungskläger) gemäss Mietvertrag vom 19. November 2018 (act. 3/2) ab 1. Dezember 2018 zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 2'600.– folgendes Mietobjekt: "Lieferküche: Küche EG, Personalgard./ Lager + WC Personal UG" in der Liegenschaft D. _____-strasse ... in E. _____. Mit Einschreiben vom 25. September 2023 setzten die Berufungskläger dem Berufungsbeklagten eine Frist von 30 Tagen zur Begleichung ausstehender Mietschulden von Fr. 8'750.– an und drohten ihm bei Nichtbezahlung die Kündigung gemäss Art. 257d Abs. 2 OR an (act. 3/3). In der Folge gab es eine Besprechung zwischen den Parteien hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten und der Berufungsbeklagte leistete diverse Zahlungen (act. 1, Rz. 4 ff.; act. 15, Rz. 15, 17 f.; act. 3/5-3/7b). Mit Datum vom 10. Ja-

nuar 2024 wurde das Mietverhältnis mittels amtlichen Formulars per 29. Februar 2024 gekündigt (act. 3/8a). Als Begründung für die Kündigung wurde Folgendes angegeben: "Abmahnung vom 25.9.2023 (Zeilenschaltung) Vereinbarung Fristerstreckung vom 23.10.2023 (Zeilenschaltung) Vereinbarte Zahlung vom 31.12.2023 ist bisher nicht eingegangen. Daraus resultiert eine Restschuld auf den Abmahnungsbetrag – 950.– CHF" (act. 3/8a).

1.2. Mit Eingabe vom 19. März 2024 liessen die Berufungskläger beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur (fortan: Vorinstanz) ein Ausweisungsgesuch mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren stellen (act. 1). Der Berufungsbeklagte reichte nach zweimalig erstreckter Frist act. 9, act. 14) am 21. Mai 2024 eine Stellungnahme ein (act. 15), welche den Berufungsklägern mit Schreiben vom 11. Juni 2024 (act. 16) zugestellt wurde. Die Berufungskläger liessen sich daraufhin nicht mehr vernehmen (act. 20, E. I.1). Mit Verfügung vom 22. Juli 2024 trat die Vorinstanz auf das Ausweisungsbegehren nicht ein (act. 20).

2. Dagegen erhoben die Berufungskläger mit Eingabe vom 2. August 2024 (Poststempel) rechtzeitig Berufung bei der Kammer mit den vorstehend wiedergegebenen Anträgen (act. 21, S. 2 f.; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 18). Der mit Verfügung vom 6. August 2024 (act. 24) von den Berufungsklägern eingeholte Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 26).

3. Nach Beizug der vorinstanzlichen Akten (act. 1-18) erweist sich die Sache als spruchreif. Von der Einholung einer Berufungsantwort kann gestützt auf Art. 312 Abs. 1 ZPO abgesehen werden. Dem Berufungsbeklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsschrift (act. 21) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

4.

4.1. Die Vorinstanz verwarf im angefochtenen Entscheid zunächst die Einwände des Berufungsbeklagten, wonach die Zahlungsaufforderung vom 25. September 2023 (act. 3/3) mangels eigenhändiger Unterzeichnung sowie mangels Unterzeichnung durch die beiden Berufungskläger ungültig sei. Dies mit der Begründung, dass es Sache des Berufungsbeklagten gewesen wäre, seine Behauptung der fehlenden Unterschrift durch Vorlage des entsprechenden Schreibens zu belegen. Da er dies nicht getan habe, erweise sich dieser Einwand als haltlos. Sodann seien auf dem Briefkopf der Mahnung beide vermierterseitigen Vertragsparteien aufgeführt, sodass unter Berücksichtigung der allgemeinen Stellvertretungsregeln der Gültigkeit einer lediglich von der Berufungsklägerin 1 unterzeichneten Mahnung nichts entgegenstehe, zumal bereits der Mietvertrag vom 19. November 2018 (act. 3/2) lediglich von ihr unterzeichnet worden sei (act. 20, E. 4.1).

Die Vorinstanz erwog ferner, dass die Frist für die Leistung der ausstehenden Mietzinsen – entgegen der ursprünglichen Darstellung der Berufungskläger – am Montag, 30. Oktober 2023, geendet habe (act. 20, E. 4.2). Zudem liege im Umfang der Fr. 400.–, welcher gemäss der Darstellung der Berufungskläger über den im Mahnschreiben vom 25. September 2023 aufgeführten Betrag von Fr. 8'750.– hinaus geschuldet gewesen sei, keine gültige Mahnung vor (act. 20, E. 4.3). Die Vorinstanz erwog sodann, gemäss den Berufungsklägern setze sich der abgemahnte Betrag von Fr. 8'750.– aus Ausständen für die Monate Januar, Februar und März 2023 von dreimal Fr. 250.– (entsprechend Fr. 750.–) sowie für April 2023, August 2023 und September 2023 von je Fr. 2'600.– zusammen (act. 20, E. 4.3). Unstrittig sei, dass der Berufungsbeklagte am 27. September 2023 den Mietzins August 2023 von Fr. 2'600.– bezahlt habe (act. 20, E. 4.3 mit Verweis auf act. 1, S. 4 und act. 15, Rz. 15). Hierdurch habe sich der Ausstand, für den abgemahnt und die Kündigung angedroht worden sei, auf Fr. 750.– sowie die Mietzinsen April und September 2023 (von total Fr. 5'200.–) reduziert (act. 20, E. 4.3). Unbestritten sei ferner, dass die Parteien in der Folge während laufender Zahlungsfrist am 23. Oktober 2023 vereinbart hätten, dass der Berufungsbeklagte die rückständigen Mietzinsen bis Ende 2023 begleichen könne. Konkret sei vereinbart worden: eine Miete, zahlbar bis 3. November 2023, zwei Mieten, zahlbar

bis 31. November 2023 und zwei Mieten, zahlbar bis 31. Dezember 2023 (Dezember- und Januarrente; act. 20, E. 4.4 mit Verweis auf act. 1, S. 5, act. 15, Rz. 17 und act. 3/6). Die Berufungskläger hätten nicht behauptet, dass der Berufungsbeklagte unter diesen Umständen noch damit rechnen müssen, die Berufungskläger würden ihm kündigen, wenn er den Betrag von Fr. 750.– nicht bezahle. Hiervon sei daher nicht auszugehen (act. 20, E. 4.4).

Der Berufungsbeklagte habe gemäss den von den Berufungsklägern vorgelegten Belegen (abgesehen von der bereits erwähnten Zahlung für den Mietzins August 2023) sodann am 1. November 2023 eine Zahlung über Fr. 2'600.– (entsprechend einer Monatsrente) und am 30. November 2023 eine Zahlung über Fr. 5'200.– (entsprechend zweier Monatsrenten) geleistet (act. 20, E. 4.5 mit Verweis auf act. 3/7a und act. 3/7b). Wie der Berufungsbeklagte zu Recht geltend mache und in der Folge unbestritten geblieben sei, seien die Mietzinsen Dezember 2023 und Januar 2024 nicht abgemahnt worden (act. 20, E. 4.6 mit Verweis auf act. 15, Rz. 15). Es fehle an einer klaren gesetzlichen Grundlage, die es den Berufungsklägern erlauben würde, das Mietverhältnis wegen Nichtzahlung von nicht im Sinne von Art. 257d OR abgemahnten Mietzinsen innert einer vereinbarten verlängerten Zahlungsfrist zu kündigen, weshalb es für die Frage der Gültigkeit der Kündigung irrelevant bleiben müsse, wenn der Berufungsbeklagte die Mietzinsen Dezember 2023 und Januar 2024 nicht innert der von den Parteien vereinbarten Frist bezahlt hätte (act. 20, E. 4.6). Eine klare Mahnung im Sinne von Art. 257d OR liege nur hinsichtlich der Mietzinsen April und September 2023 von total Fr. 5'200.– vor, und es sei – selbst wenn die Zahlung vom 1. November 2023 mit den Berufungsklägern an den nicht abgemahnten Mietzins Oktober 2023 angerechnet werden würde (act. 20, E. 4.7 mit Verweis auf act. 1, S. 5) – nicht zu übersehen, dass der Berufungsbeklagte während der vereinbarten Zahlungsfrist Fr. 5'200.– bezahlt habe, womit eine rechtzeitige Zahlung in der Höhe des abgemahnten Ausstandes vorliege (act. 20, E. 4.7). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Berechtigung der Berufungskläger für eine Zahlungsverzugskündigung nicht klar ausgewiesen und auf das Ausweisungsbegehren der Berufungskläger in Anwendung von Art. 257 Abs. 3 ZPO daher nicht einzutreten sei.

4.2. In ihrer Berufung stellen die Berufungskläger den Sachverhalt zunächst aus ihrer Sicht dar und heben dabei insbesondere hervor, dass der Berufungsbeklagte innerhalb der angesetzten 30-Tagesfrist lediglich Fr. 2'600.– überwiesen habe. Den darüber hinaus abgemahnten Betrag von Fr. 6'150.– habe der Berufungsbeklagte aktenkundig und unbestritten nicht innert der angesetzten 30-Tagesfrist bezahlt, sodass die Berufungskläger berechtigt gewesen wären, am 1. November 2023 gestützt auf Art. 257d Abs. 2 OR den Mietvertrag unter Einhaltung der Frist von 30 Tagen auf Dezember 2023 zu kündigen (act. 21, Rz. II.3). Auf Ersuchen des Berufungsbeklagten hätten die Berufungskläger von der Kündigungsmöglichkeit nicht sofort Gebrauch gemacht; der Berufungsbeklagte habe zugesichert, er werde die rückständigen und die laufenden Mietzinsen bis spätestens 31. Dezember 2023 bezahlen. Gestützt darauf hätten die Berufungskläger sich bereit erklärt, mit der Kündigung zuzuwarten. In Aussicht gestellt habe der Berufungsbeklagte bis Ende Dezember 2023 die folgenden Zahlungen: eine Miete, zahlbar bis 3. November 2023, zwei Mieten, zahlbar bis 30. November 2023 und zwei Mieten, zahlbar bis 31. Dezember 2023 (Dezember und Januar Miete). Von insgesamt fünf versprochenen Monatsmieten habe der Berufungsbeklagte bis Ende Dezember lediglich eine Monatsmiete (Fr. 2'600.–) am 1. November 2023 und zwei Monatsmieten (Fr. 5'200.–) am 30. November 2023 geleistet; die zwei weiteren Monatsmieten habe der Berufungsbeklagte bis Ende Dezember 2023 unbestritten nicht bezahlt, woraufhin mit Kündigungsformular vom 10. Januar 2024 gestützt auf die Abmahnung vom 25. September 2023 per 29. Februar 2024 gekündigt worden sei (act. 21, Rz. II.5 f.).

Die Vorinstanz gehe aktenwidrig davon aus, dass die Berufungskläger die Zahlungsfristen für die mit Schreiben vom 25. September 2023 abgemahnten Mietzinsen verlängert hätten. In ihrem Bestätigungsmail vom 15. November 2023 (Gesuchsbeilage 6, bzw. act. 3/6) hätten die Berufungskläger ausdrücklich festgehalten, sie würden für den Fall, dass der Berufungsbeklagte die fünf Mietzinszahlungen nicht wie vereinbart einzahle, die Kündigung gemäss Abmahnung vom 25. September 2023 ohne nochmalige Abmahnung aussprechen. Aus rechtlicher Sicht sei von einem Verzicht auf eine Kündigung gestützt auf das Abmahnungsschreiben vom 25. September 2023 auszugehen unter der Bedingung, dass die

fünf Mietzinsen wie zugesichert bezahlt würden. Diese Bedingung habe der Berufungsbeklagte nicht erfüllt und die Berufungskläger seien danach am 10. Januar 2024 berechtigt gewesen, gestützt auf die Abmahnung vom 25. September 2023 das Mietverhältnis per Ende Februar 2024 zu kündigen (act. 21, Rz. III.2). Die Berufungskläger hätten dem Berufungsbeklagten nochmals eine Chance geben wollen, nachdem dieser im Gespräch die Mietzinsrückstände mit Liquiditätsschwierigkeiten begründet und in Aussicht gestellt hätte, bis Ende 2023 mit den Mietzinsen wieder à jour zu sein. Das Mietrecht und der Gedanke des Mieterschutzes stünden einer solchen Vereinbarung nicht entgegen. Die Erklärung, die Kündigung werde gestützt auf die bereits erfolgte Abmahnung ausgesprochen, wenn der Berufungsbeklagte die rückständigen und laufenden Mietzinsen nicht wie versprochen bis Ende Jahr überweise, müsse zulässig sein. Der Berufungsbeklagte habe nicht in guten Treuen davon ausgehen können, es genüge, wenn er von den fünf versprochenen Mietzinsen deren drei überweise, um vor einer Kündigung gestützt auf das Abmahnungsschreiben vom 25. September 2023 geschützt zu sein (act. 21, Rz. III.3). Der Sachverhalt sei liquide und unbestritten und die Vorinstanz habe den Berufungsklägern zu Unrecht die Berechtigung abgesprochen, gemäss der mit dem Berufungsbeklagten getroffenen Abmachungen die Kündigung gestützt auf die Abmahnung vom 25. September 2023 bei Nichtzahlung der fünf versprochenen Mietzinszahlungen bis Ende Dezember 2023 auszusprechen (act. 21, Rz. III.4).

4.3. Nachdem die Berufungskläger den Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 25. September 2023 für den Betrag von Fr. 8'750.– (bestehend aus dreimal Fr. 250.– sowie die Mietzinse von je Fr. 2'600.– für die Monate April 2023, August 2023 und September 2023) abgemahnt hatten, leistete der Berufungsbeklagte am 27. September 2023 unbestrittenermassen eine Zahlung von Fr. 2'600.– für den Mietzins des Monats August 2023 (act. 3/5). Unbestritten ist im Grundsatz auch, dass die Parteien am 23. Oktober 2023 eine Vereinbarung getroffen haben. Diesbezüglich kam die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid wie gesehen zum Schluss, dass die Parteien im Rahmen dieser Vereinbarung einerseits die Zahlungsfrist für die abgemahnten Beträge bis Ende 2023 verlängert hätten und der Berufungsbeklagte andererseits nicht mehr damit habe rechnen müssen, dass

ihm die Berufungskläger kündigen würden, wenn er den abgemahnten Teilbetrag von Fr. 750.– nicht bezahle (act. 20, E. 4.4; vorstehend, E. 4.1). Soweit ersichtlich erheben die Berufungskläger in ihrer Berufung keine Einwände gegen die zweitgenannte vorinstanzliche Erwägung, sondern kritisieren lediglich die Annahmen, dass sich die Zahlungsfrist verlängere und dass die Kündigung nicht zulässig sein soll, obwohl der Berufungsbeklagte anstatt der gemäss der Vereinbarung vom 23. Oktober 2023 bis Ende 2023 zu bezahlenden fünf Monatsmieten lediglich drei Monatsmieten bezahlt habe.

Entgegen der Auffassung der Berufungskläger ist der vorinstanzliche Schluss, wonach die Zahlungsfristen für die abgemahnten Beträge im Rahmen der Vereinbarung vom 23. Oktober 2023 verlängert worden seien, nicht zu beanstanden. Bereits aus der E-Mail vom 15. November 2023 (act. 3/6), mit welcher die am 23. Oktober 2023 geführte Besprechung gemäss der Darstellung der Berufungskläger bestätigt worden sei (act. 1, Rz. 5, act. 21, Rz. II.4, III.2), geht hervor, dass dem Berufungsbeklagten eine längere Frist für die Bezahlung der Mietzinse eingeräumt wurde. Zudem heisst es in der Kündigung vom 10. Januar 2024 (act. 3/8a) zur Begründung der Kündigung: "Abmahnung vom 25.9.2023 (Zeilenschaltung) Vereinbarung Fristerstreckung vom 23.10.2023 (Zeilenschaltung) Vereinbarte Zahlung vom 31.12.2023 ist bisher nicht eingegangen. Daraus resultiert eine Restschuld auf den Abmahnungsbetrag – 950.– CHF." Die Berufungskläger gingen somit auch selbst von einer Fristerstreckung aus. Die Ausführung der Berufungskläger, sie wären nach Ablauf der mit dem Mahnschreiben vom 25. September 2023 gesetzten 30-Tagesfrist, mithin am 1. November 2023, berechtigt gewesen, den Mietvertrag gestützt auf Art. 257d Abs. 2 OR unter Einhaltung einer Frist von 30 Tagen auf Dezember 2023 zu kündigen (act. 21, Rz. II.3), ist vor dem Hintergrund der von den Parteien am 23. Oktober 2023 getroffenen Vereinbarung (vgl. act. 1, Rz. 5; act. 15, Rz. 17; act. 20, E. III.4.4) nicht überzeugend. Dass die besagte Vereinbarung keine Fristerstreckung darstellen soll, sondern den Verzicht auf die Kündigung unter der Bedingung, dass die fünf Mietzinsen wie zugesichert bezahlt würden (act. 21, Rz. III.2), wie die Berufungskläger argumentieren, überzeugt ebenfalls nicht. Insbesondere bleibt unklar, inwiefern das von den Berufungsklägern angeführte rechtliche Konstrukt etwas daran ändern würde, dass

dem Berufungsbeklagten längere Fristen für die Bezahlung der beiden noch offenen, abgemahnten Monatsmieten eingeräumt wurden.

Entgegen der Auffassung der Berufungskläger lässt sich auch nicht sagen, eine Vereinbarung, in welcher sich der Vermieter vorbehält, gestützt auf eine Abmahnung von Mietausständen für die Monate April 2023, August 2023 und September 2023 zu kündigen, falls der Mieter in Zukunft erneut Ausstände für im Vereinbarungszeitpunkt noch gar nicht fällige, nicht abgemahnte Mieten haben sollte, sei mieterschutzrechtlich unbedenklich. Art. 257d OR setzt bereits tatbestandsmässig einen Rückstand mit fälligen Mietzinsen voraus. Grundsätzlich werden Mietzahlungen, welche während der eingeräumten Zahlungsfrist eingehen und bezüglich welcher keine Erklärungen der Parteien im Sinne von Art. 86 Abs. 1 oder Abs. 2 OR erfolgt sind, gestützt auf Art. 87 Abs. 1 OR an die früher betriebene bzw. früher verfallene Mieta angerechnet (vgl. SVIT-Kommentar, 4. Aufl., Art. 257d OR N 36 m.w.H.; BACHOFNER, Die Mieterausweisung, Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, 2019, Rz. 158). Dass hinsichtlich der Zahlung in der Höhe von zwei Monatsmieten vom 30. November 2023 (act. 3/7b) eine Quittung der Berufungskläger vorläge, gestützt auf welche die Mietzahlung auf andere als die abgemahnten Mieten anzurechnen wäre, wurde seitens der Berufungskläger nicht behauptet. Eine Anrechnung an die Monate Dezember und Januar stünde im Übrigen auch im Widerspruch zur Bestätigung vom 15. November 2023 (act. 3/6), in welcher statuiert wird, dass die Mietzinse für die noch nicht abgemahnten Monate Dezember und Januar erst per 31. Dezember 2023 zu entrichten seien. Abgesehen davon hätte der Berufungsbeklagte einer solchen Anrechnung sofort widersprechen können (Art. 86 Abs. 2 OR). Letztlich zeigt sich auch in der Bezugnahme auf die "Restschuld auf den Abmahnungsbetrag – 950.– CHF" in der Begründung der Kündigung durch die Berufungskläger (vgl. act. 3/8a, vgl. vorstehend, E. 1.1), dass sie selbst nicht davon ausgingen, sie könnten das Mietverhältnis gestützt auf Art. 257d Abs. 2 OR mit der Begründung kündigen, die Mieten für die nicht abgemahnten Monate Dezember und Januar seien unbezahlt geblieben. Die "Restschuld" aus dem abgemahnten Betrag wird zwar mit Fr. 950.– beziffert; in Anbetracht der grossen betraglichen Diskrepanz zu den sonst ausstehenden zwei laufenden Monatsmieten für Dezember und Januar sind

damit jedoch mutmasslich die ursprünglich neben den drei Mietzinsen abgemahnten Fr. 750.– gemeint (vgl. act. 3/3, act. 20, E. 4.3, vorstehend, E. 1.1 und 4.1). Diesbezüglich kam die Vorinstanz wie gesehen zum Schluss, dass der Berufungsbeklagte aufgrund der Vereinbarung vom 23. Oktober 2023 nicht mehr damit habe rechnen müssen, dass ihm gekündigt werde, wenn er den abgemahnten Teilbetrag von Fr. 750.– nicht bezahle (act. 20, E. 4.4). Diese Auslegung ist vor dem Hintergrund, dass der ursprünglich zusätzlich abgemahnte Betrag von Fr. 750.– im Bestätigungsmail vom 15. November 2023 (act. 3/6) nicht mehr erwähnt wurde, vertretbar. Zudem wurde diese vorinstanzliche Erwägung – wie gesehen – von den Berufungsklägern nicht beanstandet.

Es erscheint somit unklar, ob nach Ablauf der verlängerten Zahlungsfrist hinsichtlich des abgemahnten Betrags unter Berücksichtigung der Vereinbarung vom 23. Oktober 2023 ein Ausstand bestand. Die Vorinstanz kam daher im angefochtenen Entscheid zu Recht zum Schluss, dass die Berechtigung der Berufungskläger für eine Zahlungsverzugskündigung nicht klar ausgewiesen und auf das Ausweisungsbegehren der Berufungskläger in Anwendung von Art. 257 Abs. 3 ZPO daher nicht einzutreten sei. Im Ergebnis ist die Berufung damit abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss werden die Berufungskläger für das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten für das Berufungsverfahren sind unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 109'200.– (vgl. hierzu die Verfügung betreffend die Erhebung des Kostenvorschusses vom 6. August 2024, act. 24, E. 2) in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Unter den gegebenen Umständen sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Den Berufungsklägern nicht, weil sie im Berufungsverfahren unterliegen und dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm kein Aufwand entstanden ist, der zu entschädigen wäre.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Juli 2024 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung untereinander auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss von Fr. 3'000.– verrechnet.

3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 21, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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. 109'200.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Schmidt

versandt am: