

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG190007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

## Urteil vom 10. April 2019

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Pensionskasse,**  
Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_**,
2. **C.\_\_\_\_\_**,

Kläger und Berufungsbeklagte,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Dietikon vom  
8. Januar 2019 (MG170010)

**Rechtsbegehren:**

(act. 15)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klagenden CHF 5'006.45 nebst Zins zu 5% seit dem 6. April 2017 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klagenden CHF 5'604.85 nebst Zins zu 5% seit dem 28. Februar 2018 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

(act. 24 S. 12)

- " 1. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern CHF 3'876.85 nebst Zins zu 5% seit dem 6. April 2017 sowie CHF 5'604.85 nebst Zins zu 5% seit dem 28. Februar 2018 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 1'800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden zu 9/10 der Beklagten und zu 1/10 den Klägern auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von CHF 580.– wird von der Beklagten nachgefordert. Die Beklagte hat den Klägern den Anteil des Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 1'040.– zurückzuerstatten.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von CHF 2'415.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. [Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung]"

**Berufungsanträge:**

(act. 25)

- " 1. Es sei das Urteil vom 8. Januar 2019 des Mietgerichtes Dietikon, Einzelgericht (Geschäfts-Nr.: MG 170010-M), vollständig aufzuheben;
2. Es sei die Klage der Berufungsbeklagten/Kläger vom 29. November 2017 vollumfänglich abzuweisen;
3. Es seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Mietgericht Dietikon, Einzelgericht (Geschäfts-Nr.: MG170010-M), vollumfänglich den Berufungsbeklagten aufzuerlegen;

4. Es sei die Berufungsbeklagten/Kläger zu verpflichten, der Berufungsklägerin/Beklagten für das vorinstanzliche Verfahren vor dem Mietgericht Dietikon, Einzelgericht (Geschäfts-Nr.: MG170010-M) eine Prozessentschädigung von CHF 2'415.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsbeklagten/Kläger."

### **Erwägungen:**

#### **I. Übersicht**

##### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Mieter) sind Mieter der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend: Vermieterin). Die Mieter leisteten der Vermieterin für die Nebenkostenperioden 2011/2012 bis 2015/2016 Akontozahlungen für Nebenkosten (act. 15 S. 6), für die Nebenkostenperiode 2011/2012 auch eine Schlusszahlung (vgl. act. 24 S. 9) und für die Nebenkostenperioden 2012/2013 bis 2014/2015 insgesamt eine "kumulierte" Schlusszahlung (von Fr. 5'604.85; act. 16/1 und 16/2, vgl. auch act. 24 S. 9 f.). Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass die Vereinbarung über die Tragung von Nebenkosten durch die Mieter teilweise (nämlich, soweit sie auch "Betriebskosten" umfassen soll) unwirksam sei. Sie fordern deshalb die (als Akontozahlungen und als Schlusszahlung) gezahlten Nebenkosten teilweise zurück, und zwar Fr. 5'006.45 (nebst Zins) aufgrund der Akontozahlungen und Fr. 5'604.85 (nebst Zins) aufgrund der "kumulierten" Schlusszahlung für die Nebenkostenperioden 2012/2013 bis 2014/2015 (act. 15 S. 6, Prot.-Vi S. 2).

1.2. Mit Urteil vom 8. Januar 2019 (act. 21 = 24 = 26) verpflichtete das Mietgericht Dietikon, Einzelgericht (nachfolgend: Vorinstanz), die Vermieterin, den Mietern Fr. 3'876.85 (nebst Zins) (teilweise Rückerstattung geleisteter Akontozahlungen) und Fr. 5'604.85 (nebst Zins) (Rückerstattung der "kumulierten" Schlusszah-

lung) zu bezahlen und wies die Klage im Übrigen (implizit, das heisst ohne dies im Dispositiv festzuhalten) ab.

1.3. Mit Berufung vom 6. März 2019 (act. 25) beantragt die Vermieterin, dieses Urteil aufzuheben und die Klage auch insoweit abzuweisen, als die Vorinstanz sie gutgeheissen hat (unter Kosten- und Entschädigungsfolge). Sie stellt sich auf den Standpunkt, die Vereinbarung über die Tragung von Nebenkosten durch die Mieter sei vollständig wirksam (act. 25 S. 6 ff.). Zudem sei eine Rückforderung – die sich nach Art. 62 ff. OR richte – ausgeschlossen, da sich die Mieter nicht in einem Irrtum befunden und freiwillig geleistet hätten und allfällige Rückforderungsansprüche (zumindest teilweise) verjährt seien (act 25 S. 17 ff.).

## 2. Geforderte, zugesprochene und angefochtene Beträge

2.1. Zunächst ist im Folgenden darzustellen, wie sich die von den Mietern zurückverlangten Beträge zusammensetzen und inwiefern die Vermieterin verpflichtet wurde, diese zurückzuzahlen.

2.2. Die Mieter verlangten zunächst **Fr. 5'006.45 (Akontozahlungen)**. Dieser Betrag ergibt sich nach ihrer Darstellung aus den geleisteten Akontozahlungen für die Nebenkostenperioden 2011/2012, 2012/2013, 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 (act. 15 S. 6) abzüglich der geschuldeten Nebenkosten. Da die – gemäss Darstellung der Mieter – geschuldeten Nebenkosten jedes Jahr tiefer waren als die geleisteten Akontozahlungen, ergibt sich jeweils eine Restanz zugunsten der Mieter und damit ein Rückzahlungsanspruch, eben Fr. 5'006.45. Im Einzelnen setzt sich dieser Betrag wie folgt zusammen:

2.2.1. Für die **Nebenkostenperiode** (jeweils von 1. Mai bis 30. April) **2011/2012** forderten die Mieter **Fr. 1'130.10** (act. 15 S. 6), doch wurde die Klage in diesem Umfang (implizit) abgewiesen (act. 24 S. 9).

2.2.2. Für die **Nebenkostenperiode 2012/2013** leisteten die Mieter Akontozahlungen von Fr. 3'360.– (act. 15 S. 6, act. 4/6 S. 2). Als geschuldet erachten die Mieter ihren Anteil an den "Heizkosten fix" von Fr. 235.10, ihren Anteil an den "Heizkosten variabel" von Fr. 1'203.30, ihren Anteil an "Warmwasser fix" von

Fr. 170.50 und ihren Anteil an "Warmwasser variabel" von Fr. 1'351.15 (jeweils act. 4/6 S. 1); insgesamt also Fr. 2'960.05 (Fr. 235.10 + Fr. 1'203.30 + Fr. 170.50 + Fr. 1'351.15) (act. 15 S. 6). Den Rest, also **Fr. 399.95** (Fr. 3'360.– ./). Fr. 2'960.05), verlangten sie zurück (act. 15 S. 6, vgl. auch act. 24 S. 10).

2.2.3. Für die **Nebenkostenperiode 2013/2014** leisteten die Mieter Akontozahlungen von Fr. 3'480.– (act. 15 S. 6, act. 4/7 S. 2). Als geschuldet erachten sie insgesamt Fr. 3'263.25 (Fr. 240.30 + Fr. 1'446.85 + Fr. 199.35 + Fr. 1'376.75, Positionen wie 2012/2013; act. 15 S. 6 [dort allerdings Fr. 3'263.75] und act. 4/7 S. 1). Den Rest, also **Fr. 216.75** (Fr. 3'480.– ./ Fr. 3'263.25), verlangten sie zurück (act. 15 S. 6, vgl. auch act. 24 S. 10).

2.2.4. Für die **Nebenkostenperiode 2014/2015** leisteten die Mieter Akontozahlungen von Fr. 3'840.– (act. 15 S. 6, act. 4/8 S. 2). Als geschuldet erachten sie insgesamt Fr. 2'377.20 (Fr. 222.60 + Fr. 1'113.30 + Fr. 173.– + Fr. 868.30, Positionen wie 2012/2013; act. 15 S. 6 und act. 4/8 S. 1). Den Rest, also **Fr. 1'462.80** (Fr. 3'840.– ./ Fr. 2'377.20), verlangten sie zurück (act. 15 S. 6, vgl. auch act. 24 S. 10).

2.2.5. Für die **Nebenkostenperiode 2015/2016** leisteten die Mieter Akontozahlungen von Fr. 3'840.– (act. 15 S. 6, act. 4/9 S. 2). Als geschuldet erachten sie insgesamt Fr. 2'042.65 (Fr. 226.15 + Fr. 774.35 + Fr. 167.80 + Fr. 874.35, Positionen wie 2012/2013; act. 15 S. 6 und act. 4/9 S. 1). Den Rest, also **Fr. 1'797.35** (Fr. 3'840.– ./ Fr. 2'042.65), verlangten sie zurück (act. 15 S. 6, vgl. auch act. 24 S. 10).

2.2.6. Die Mieter forderten mit ihrer Klage für die **Nebenkostenperioden 2011/2012 bis 2015/2016** also die Rückzahlung von **Fr. 5'006.45** (Fr. 1'130.10 + Fr. 399.95 + Fr. 216.25 + F. 1'462.80 + Fr. 1'797.35) aufgrund zuviel geleisteter Akontozahlungen. Die Vorinstanz wies die Klage betreffend die Nebenkostenperiode 2011/2012 und damit im Umfang von Fr. 1'130.10 (implizit) ab, verpflichtete die Vermieterin im Übrigen, also für die **Nebenkostenperioden 2012/2013 bis 2015/2016**, den Mietern **Fr. 3'876.85** (Fr. 399.95 + Fr. 216.75 + Fr. 1'462.80 +

Fr. 1'797.35) zurückzuzahlen. (Die Differenz von 50 Rp. wird wegen Geringfügigkeit nicht weiter berücksichtigt.)

2.3. Die Vermieterin geht hingegen davon aus, die Mieter schuldeten auch "Betriebskosten". Samt diesen hätte die Forderung aus Nebenkosten die Akontozahlungen der Mieter jeweils überstiegen, hätte sich also eine Nachforderung der Vermieterin ergeben. Die Vermieterin forderte die Mieter mit Schreiben vom 12. Januar 2018 (act. 16/1) unter Androhung der Kündigung wegen Zahlungsrückstands auf, diese Nachforderung für die Nebenkostenperioden 2012/2013 bis 2014/2015 zu leisten (vgl. auch act. 15 S. 6 und act. 24 S. 9 f.); sie leisteten diese in einer **"kumulierten" Schlusszahlung von Fr. 5'604.85** (vgl. act. 16/2) und fordern diesen Betrag ebenfalls zurück.

## II. Formelles

Das Urteil vom 8. Januar 2019 (act. 26) wurde der Vermieterin am 4. Februar 2019 zugestellt (vgl. act. 22/2). Die Berufung vom 6. März 2019 (Poststempel vom gleichen Tag) erfolgte innerhalb der Frist von dreissig Tagen und damit fristgerecht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Mieter begehren, die Vermieterin zur Zahlung von Fr. 10'611.30 (Fr. 5'006.45 + Fr. 5'604.85, vgl. act. 24 S. 2) (nebst Zins) zu verpflichten; die Vermieterin wurde verpflichtet, Fr. 9'481.70 (nebst Zins) zu bezahlen und begehrt nun, das Urteil sei in diesem Umfang aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der "Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren" (Art. 308 Abs. 2 ZPO) beträgt jedoch die genannten Fr. 10'611.30, womit der für die Berufung geforderte Streitwert erreicht ist. Die Berufung wurde schriftlich begründet und mit Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dem Eintreten steht nichts entgegen. Die Berufung ist den Berufungsbeklagten nicht zur Beantwortung zuzustellen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

### **III. Materielles**

#### 1. Allgemeines

1.1. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Begründen bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt (zum Ganzen BGer 4A\_382/2015 mit Verweis auf BGE 138 III 374 Erw. 4.3.1 S. 375). Es besteht also eine Beanstandungslast. Hingegen überprüft die obere Instanz im Berufungsverfahren die Rechtsanwendung frei (Art. 310 lit. a und Art. 57 ZPO); es gilt diesbezüglich kein Rügeprinzip (BGer 5A\_62/2014 Erw. 2.2 Abs. 2).

1.2. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 ZPO [Novenverbot]), und zwar auch im vereinfachten Verfahren (BGE 138 III 625 Erw. 2.2 S. 626 ff.).

1.3. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Vermieterin bezeichnet in ihrer Berufungsschrift die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Forderung auf Rückerstattung aus der Heiz- und Betriebskostenabrechnung 2011/2012 verjährt sei, als richtig (act. 25 S. 19 Rz. 20). Die Mieter führen keine Berufung. Damit ist das Urteil im Umfang, in welchem die Klage abgewiesen wurde, nicht angefochten. Es ist hierauf im Berufungsverfahren nicht mehr einzugehen.

#### 2. Vereinbarung über die Tragung der Nebenkosten

Zu prüfen ist, ob die Mieter – soweit die Klage gutgeheissen wurde – einen Anspruch auf Rückerstattung der von ihnen geleisteten Zahlungen haben und ob

dieser auch durchsetzbar ist. Dazu stellt sich zuerst Frage, ob die Mieter sich (wirksam) verpflichteten, (bestimmte) Nebenkosten (nämlich die "Betriebskosten") zu tragen. Denn ist dies der Fall, stünde ihnen weder ein vertraglicher Anspruch noch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückerstattung des Bezahlten zu (vgl. BGer 4C.24/2002 Erw. 2 Ingress). Eine solche Verpflichtung kann sich aus dem Mietvertrag ergeben oder aus einer späteren Vereinbarung.

### 3. Ausdrückliche Vereinbarung im ursprünglichen Mietvertrag

3.1. Nach Art. 257a Abs. 2 OR muss der Mieter die Nebenkosten nur bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat.

3.2. Die Parteien schlossen am 23. Februar 2005 einen Mietvertrag (act. 4/3). Dieser lautet soweit hier relevant wie folgt:

#### " 3. Mietzins und Nebenkosten

...

##### 3.3 Nebenkosten (Akonto)

##### 3.3.1 Heizungs- und Warmwasserkosten gemäss Artikel 6.1 AVB

##### 3.3.2 Betriebskosten gemäss Artikel 6.2 AVB"

Darunter steht die Ziffer 3.3.3, und das zugehörige Feld wurde maschinenschriftlich mit "Betriebskosten gemäss Artikel 6.2 AVB" ausgefüllt.

3.3. Es ist umstritten, ob mit Ziffer 3.3.3 des Mietvertrags eine besondere Vereinbarung im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR zustande kam.

3.4. In BGer 4A\_622/2015 vom 4. Februar 2016 hatte das Bundesgericht einen – wie hier – von der SVIT, Sektion Bern, "herausgegebenen" Mietvertrag zu beurteilen. Aus dem dort erwähnten Sachverhalt (Bst. A.b) ergibt sich, dass der dort zu beurteilende Mietvertrag dem vorliegenden entspricht (vgl. act. 4/3). Der einzige Unterschied ist, dass die "Betriebskosten gemäss Artikel 6.2 AVB" dort (wie vorgedruckt) in Ziffer 3.3.2 erscheinen, hier jedoch in Ziffer 3.3.3. Dieser Unterschied spielt hier keine Rolle.

3.5. Das Bundesgericht kam in seinem Entscheid BGer 4A\_622/2015 Erw. 3.3.3 zum Schluss, dass sich aus dem dort zu beurteilenden Mietvertrag kei-

ne "besondere Vereinbarung" im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR ergebe. Die Vermieterin setzt sich zwar mit verschiedenen Entscheiden des Bundesgerichts auseinander (act. 25 S. 7 ff.), welche sich mit der Thematik beschäftigen. Sie äussert sich aber nicht zu BGer 4A\_622/2015, dem der nahezu gleiche Sachverhalt zugrunde liegt wie der, der hier zu beurteilen ist. Es ergibt sich aus der Berufung nicht – und es ist auch nicht ersichtlich –, dass und weshalb dieser Entscheid unrichtig oder hier nicht einschlägig sein soll.

3.6. Gestützt auf den einschlägigen Entscheid des Bundesgerichts ist davon auszugehen, dass die Parteien mit dem Mietvertrag vom 23. Februar 2005 (act. 4/3) keine besondere und namentlich Art. 257a Abs. 1 OR entsprechende Vereinbarung darüber geschlossen haben, dass die Mieter "Betriebskosten" zu tragen hätten.

#### 4. Andere Gründe für eine Vereinbarung

4.1. Es handelt sich bei Art. 257a Abs. 2 OR nicht um eine Vorschrift, die besondere Erfordernisse an die Art und Form der Vereinbarung aufstellt. Die Bestimmung statuiert nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung vielmehr eine besondere Auslegungsregel, nach der alle Nebenkosten, die nicht eindeutig als vom Mieter zu tragen vereinbart worden sind, der Regel zur Kostentragung durch den Vermieter entsprechend vom Vermieter getragen werden (zum Ganzen BGer 4A\_185/2009 Erw. 2.1, mit weiteren Hinweisen). Es ist deshalb denkbar, dass eine (besondere) Vereinbarung darüber, dass die Mieter bestimmte Nebenkosten (hier: die Betriebskosten) tragen, auch formlos – und damit auch konkludent – zustandekommt (vgl. allerdings 4A\_622/2015 Erw. 3.1, mit Verweis auf BGE 135 III 591 Erw. 4.3.4 S. 596 f., wonach der schriftliche Abschluss des Mietvertrags einen Schriftformvorbehalt bedeuten könnte).

4.2. Die Vermieterin bringt vor, die Mieter hätten ab 1. Januar 2015 – nachdem diese die Heiz- und Betriebskostenabrechnung 2012/2013 erhalten und daraufhin ihre Rechtsschutzversicherung "eingeschaltet" hätten – die für die Betriebskosten vereinbarten Akontozahlungen geleistet. Damit hätten sie zum Ausdruck gebracht, dass es nach erfolgter rechtlicher Beratung auch ihrem Verständnis ent-

spreche, dass die im Mietvertrag ausgeschiedenen und in Art. 6.2 der AVB 1992 konkretisierten Betriebskosten geschuldet seien. Spätestens ab Januar 2015 habe damit ein übereinstimmender Parteiwille über die konkret geschuldeten Betriebskosten bestanden (act. 25 S. 17 Rz. 16 Abs. 2 f.).

4.3. Die Leistung von Akontozahlungen könnte als Indiz dafür betrachtet werden, dass die Mieter von Anfang an den Willen gehabt hatten, die "Betriebskosten" zu tragen. Mit einem solchen Willen wäre Art. 257a Abs. 2 OR Genüge getan (BGer 4P.323/2006 Erw. 2.2). Allerdings bezeichnete das Bundesgericht den Schluss von der Leistung von Akontozahlungen auf einen ursprünglichen Konsens als willkürlich (BGer 4P.323/2006 Erw. 2.2.2). Dass die Mieter (möglicherweise sogar vorbehaltlos) Akontozahlungen leisteten, führt also nicht ohne Weiteres zur Annahme, dass bereits bei Abschluss des Mietvertrags ein Konsens darüber bestand, welche Nebenkosten die Mieter tragen würden. Besondere Umstände, welche diesen Schluss zuliessen, wurden sodann nicht vorgebracht.

4.4. Die (vorbehaltlose) Leistung von Akontozahlungen könnte zu einer (nachträglichen) Vereinbarung über die Tragung der Nebenkosten führen. Die Vereinbarung über die Leistung von Akontozahlungen ist aber eine andere Vereinbarung als diejenige über die Tragung von Nebenkosten. Eine Vereinbarung über die Leistung von Akontozahlungen beinhaltet die Vereinbarung, dass über die "wirklich" geschuldete Leistung zu einem späteren Zeitpunkt abgerechnet und wenn nötig der Streit ausgetragen wird, und zwar nicht nur, was die Höhe einzelner "Positionen" angeht, sondern auch, was den Grundsatz der Schuld angeht (zum Inhalt einer Akonto-Vereinbarung vgl. BGE 132 III 24 Erw. 5.1 S. 28). In BGE 130 III 504 Erw. 5.2 S. 510 bezeichnete es das Bundesgericht gar – wenn auch im Zusammenhang mit der Frage nach einem Rechtsmissbrauch – als "Kühnheit" ("témérité"), der andern Vertragspartei aus der Erfüllung vertraglicher Pflichten (und eine solche ist die Pflicht zur Leistung vereinbarter Akontozahlungen) einen Vorwurf zu machen. Hat sich die Vermieterin mit den Mietern geeinigt, dass monatliche Zahlungen "nur" als Akontozahlungen zu erbringen sind, durfte sich die Vermieterin auch nicht darauf verlassen, mit deren Leistung gäben die Mieter eine rechtserhebliche Erklärung (Art. 1 Abs. 1 OR) ab, die eine "besondere Vereinba-

zung" (Art. 257a Abs. 2 OR) hätte begründen können. Die Vermieterin verweist auf BGer 4A\_525/2008 (act. 25 S. 17 Rz. 16 Abs. 2). In dem diesem Entscheid zugrundeliegenden Fall hatte die Vorinstanz die Auffassung vertreten, dass eine *Schlusszahlung* eine besondere Vereinbarung im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR begründe, welche Auffassung das Bundesgericht indes nicht bestätigte. Vielmehr trat dieses auf eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde mangels ausreichender Begründung nicht ein (BGer 4A\_525/2008 Erw. 3.2). Für den hier zu beurteilenden Fall, in welchem die von der Vermieterin verlangte Schlusszahlung durch die Mieter wie gesehen unter Androhung der Kündigung wegen Zahlungsrückstands (act. 16/1) und unter ausdrücklichem Vorbehalt (act. 16/3) geleistet wurde, bleibt dieser Entscheid jedenfalls ohne Bedeutung.

4.5. Damit kann offen bleiben, ob diese Tatsachen in der Berufung überhaupt prozesskonform vorgetragen wurden (vgl. BGer 4A\_382/2015 Erw. 11.3.1); immerhin ergeben sie sich aus dem Urteil der Vorinstanz, das mangels (erfolgreicher) Beanstandung das Tatsachenfundament des Berufungsverfahrens vorgibt.

4.6. Die Vermieterin bringt weiter vor, es hätte "spätestens ab Januar 2015 ein übereinstimmender Parteiwille über die konkret geschuldeten, in Art. 6.2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen AVB 1992 konkretisierten Betriebskosten" bestanden (act. 25 S. 17 Rz. 16 Abs. 3). Sie schliesst dies wie gesehen aus den seit 1. Januar 2015 erfolgten Akontozahlungen durch die Mieter. Dem kann nach dem Ausgeführten nicht gefolgt werden. Andere konkrete Tatsachen – eben Willensäusserungen, also Vertragsantrag und -annahme –, aus denen sich eine Vereinbarung über die Tragung von Nebenkosten durch die Mieter ergeben könnte (zum Beispiel die Bezahlung der Schlussrechnung 2011/2012 [act. 21 S. 9], vgl. dazu BGer 4A\_525/2008 Erw. 3.1), hat die Vermieterin nicht vorgebracht.

4.7. Damit bestand zwischen den Parteien keine wirksame Vereinbarung darüber, dass die Mieter (als Nebenkosten) auch "Betriebskosten" zu tragen hätten. Die von den Mietern geleisteten Zahlungen für die "Betriebskosten" (und zwar sowohl die Akonto- wie die Schlusszahlungen) waren deshalb nicht geschuldet.

## 5. Anspruchsgrundlage

5.1. Die Vorinstanz ging davon aus, die Mieter hätten teilweise einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, teilweise einen vertraglichen Anspruch (act. 24 S. 9 einerseits, S. 10 andererseits). Soweit die Vorinstanz von einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ausging, wies sie die Klage der Mieter wegen Verjährung ab. Soweit sie von einem vertraglichen Anspruch ausging, hiess die Vorinstanz die Klage gut (unter anderem, weil die Verjährung dort fünf Jahre beträgt und die Verjährung deshalb noch nicht eingetreten sei). Der Entscheid der Vorinstanz ist wie erwähnt nur soweit angefochten, als diese die Klage guthiess, soweit diese also einen vertraglichen Anspruch annahm. Nur hierauf ist im Folgenden einzugehen.

5.2. Die Vermieterin bringt dagegen vor, es handle sich (auch soweit die Vorinstanz die Klage gutgeheissen hat) um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch (act. 25 S. 17 R. 18). Ihr Hinweis auf GIGER (Berner Kommentar. Die Miete. Art. 253–255 OR, Bern 2013, Art. 257a N 75) führt nicht zur Annahme, dass der Entscheid der Vorinstanz unrichtig wäre. An der zitierten Stelle steht, dass "Mieter im Falle ungenügender Ausscheidung von Nebenkosten *auch nach anerkannter Saldierung* einen Rückforderungsanspruch in Anwendung der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung geltend machen" können (Hervorhebung hinzugefügt), sie bezieht sich also, wie die Vorinstanz zu Recht annahm, erst auf "saldierte" Perioden. Wie es sich vor einer Saldierungsvereinbarung verhält, führt GIGER nicht aus. Allerdings ist das Recht auch im Berufungsverfahren von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO), weshalb zu prüfen ist, wie es sich damit verhält.

5.3. Rechtsprechung und Literatur gehen weitgehend davon aus, dass es sich bei Rückforderungen der Mieter aus geleisteten Akontozahlungen (vor einer Saldierungsvereinbarung) um einen vertraglichen Anspruch handelt (vgl. nur WEBER, Basler Kommentar OR I, Art. 257a N 8, mit zahlreichen Hinweisen), wie es auch die Vorinstanz angenommen hat. HIGI/BÜHLMANN (Zürcher Kommentar OR. Die Miete. Vorbemerkungen zum 8. Titel und Art. 253–265 OR, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 257a/257b N 24 Abs. 4) führen hingegen aus, dass Rückforderungen des Mieters aus Akontozahlungen Forderungen aus ungerechtfertigter Bereiche-

zung seien. Sie verweisen dazu auf BGer 4C.250/2006 (Erw. 2 Ingress). Das Bundesgericht führte darin aber aus, dass ein Rückforderungsanspruch *nach anerkannter Saldierung* nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zu beurteilen sei. Darum geht es hier gerade nicht. Vor Abschluss einer Saldierungsvereinbarung handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch (BGE 130 III 504 Erw. 6.4 S. 512). Daran ändert auch nichts, dass das Bundesgericht in bereits zitierten Entscheid 4A\_451/2017 Erw. 5.1 ff. von einem bereicherungsrechtlichen Anspruch ausging; das basierte darauf, dass die Parteien diese Ansicht der Vorinstanz nicht in Frage gestellt hatten (BGer 4A\_451/2017 Erw. 5).

5.4. Dass eine Saldierungsvereinbarung geschlossen worden sei – durch Zustellen und Nichtbeanstanden der Schlussabrechnung innert vereinbarter Frist (BGer 4C.24/2002 Erw. 3.2) oder jedenfalls durch Begleichung derselben –, macht die Vermieterin nicht geltend. Vielmehr bezahlten die Mieter die noch offenen Schlussrechnungen erst, nachdem ihnen die Kündigung wegen Zahlungsrückstands angedroht worden war. Daraus konnte die Vermieterin nach Treu und Glauben nicht darauf schliessen, die Mieter wären mit der Saldierung einverstanden.

5.5. Damit haben die Mieter keinen Bereicherungsanspruch, sondern einen vertraglichen Anspruch; dessen (Weiter-) Bestand stellt die Vermieterin abgesehen vom Ausgeführten nicht in Frage. Was die Vermieterin zur Konditionssperre wegen freiwilliger irrtumsfreier Leistung (Art. 63 Abs. 1 OR) und zur Verjährung von Bereicherungsansprüchen (Art. 67 OR) vorbringt (act. 25 S. 17 ff.), geht daher an der Sache vorbei. Es ist aber auch unbegründet. Die Mieter leisteten die Schlusszahlung nicht freiwillig, sondern unter Androhung der Kündigung wegen Zahlungsrückstands (vgl. act 16/1 und 16/2; vgl. BGE 123 III 101 Erw. 3.b S. 108), und die Akontozahlungen zumindest bis zur Rücksprache mit der Rechtsschutzversicherung (act. 21 S. 9) im Irrtum (und auch diese nicht freiwillig, sondern aufgrund vertraglicher Pflicht zur Leistung von Akontozahlungen [womit gar keine Nichtschuld bezahlt wurde]); ob sie nach dieser "Rücksprache" wussten oder nur wissen mussten, dass sie keine "Betriebskosten" schulden, kann offen bleiben, doch würde Wissenmüssen nicht genügen, um einen Irrtum im Sinne von Art. 63 OR

auszuschliessen (BGer 4A\_451/2017 Erw. 5.3). Weiter weist die Vermieterin in ihrer Berufung nicht darauf hin (Art. 311 Abs. 1 ZPO), dass und wo sie vor Vorinstanz die Verjährungseinrede (vgl. Art. 142 OR) erhoben hätte, und es ergibt sich auch nicht aus den Akten, dass sie das getan hätte. Mit einer Verjährungseinrede im Berufungsverfahren (vgl. act. 25 S. 18 Rz. 18 Abs. 3, S. 19 Rz. 19 Abs. 3) wäre sie ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. BGE 123 III 213 Erw. 2 S. 216 f.). Die noch zu beurteilende Klage wäre deshalb – auch wenn man mit der Vermieterin annähme, es handle sich um Bereicherungsansprüche – auch nicht wegen Verjährung abzuweisen.

## 6. Ergebnis

Die Mieter haben – soweit die Vorinstanz die Klage gutgeheissen hat – einen (durchsetzbaren) Anspruch auf Rückerstattung ihrer Zahlungen. Das Urteil der Vorinstanz ist deshalb nicht zu beanstanden, sondern zu bestätigen, die Berufung entsprechend abzuweisen.

## 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'800.– festzusetzen und der Vermieterin und Berufungsklägerin zufolge Unterliegens (Art. 106 ZPO) aufzuerlegen. Mangels entschädigungspflichtiger Umtriebe ist den Mietern und Berufungsbeklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Dietikon vom 8. Januar 2019 (MG170010-M) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 25), an die Kasse des Obergerichts sowie an das Einzelgericht des Mietgerichts Dietikon (MG170010-M), je gegen Empfangsschein.

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

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 vermögensrechtliche mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9'481.70.

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. Pfeiffer

versandt am:  
12. April 2019