



Kass.-Nr. AA080180/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 27. Mai 2010

in Sachen

Stiftung X.

...,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch die Rechtsanwälte lic. iur. _____ und lic. iur. _____

gegen

Y.

...,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Oktober 2008 (NM080008/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 1. Oktober 1998 unterzeichneten Z. und die Beschwerdeführerin (Be-
klagte und Rekursgegnerin) einen «Pensionsvertrag» (MG Proz.-Nr. MD070015
[im Folgenden: MG] act. 14/2). Sie vereinbarten u.a. die Überlassung einer un-
möblierten 2-Zimmer-Wohnung und eines Kellerabteils zum Gebrauch zu einem
«Pensionspreis» von Fr. 3'403.--/Monat (für eine Person). Vom 1. Oktober 1999
bis Ende Oktober 2006 lebte Z. in der fraglichen Wohnung und zog darauf – wie
in einem separaten Pflegevertrag vom 1. Oktober 1998 vereinbart (MG act. 14/3)
– in die Pflegeabteilung der Beschwerdeführerin um. Im Januar 2007 verstarb Z.

2. Y. (Kläger, Rekurrent und Beschwerdegegner; im Folgenden: Beschwer-
degegner), der Sohn und einzige Erbe von Z., wandte sich mit Eingabe vom
10. Juli 2007 wegen diverser Forderungen aus dem Pensionsvertragsverhältnis
an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks Q. (MG act. 4/1). Mit Be-
schluss vom 19. November 2007 stellte die Schlichtungsbehörde fest, dass zwi-
schen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte und setzte dem Be-
schwerdegegner Frist an, um die Klage beim Mietgericht Q. einzureichen (MG
act. 4/5). Mit Eingabe vom 27. Dezember 2007 erhob der Beschwerdegegner dort
Klage (MG act. 1), worauf die Parteien auf den 11. April 2008 zur Hauptverhand-
lung vorgeladen wurden (MG act. 5).

3. Mit Eingabe vom 19. März 2008 beantragte die Beschwerdeführerin, das
Verfahren sei vorab auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen
Gerichts zu beschränken und den Parteien seien die Vorladungen zur Hauptver-
handlung abzunehmen (MG act. 8). Mit Verfügung vom 20. März 2008 nahm der
Einzelrichter in Mietsachen des Bezirks Q. (Erstinstanz) die Vorladung zur Haupt-
verhandlung ab (MG act. 9). In der Folge äusserten sich die Parteien zur Frage
der sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichts Q. (MG act. 13 und 18). Mit Verfö-
gung vom 13. August 2008 trat der Einzelrichter in Mietsachen des Bezirks Q. auf

die vom Beschwerdegegner erhobene Klage nicht ein und überwies den Prozess dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirks Q. (MG act. 19).

4. Mit Eingabe vom 29. August 2008 erhob der Beschwerdegegner Rekurs beim Obergericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) und beantragte, auf die Klage sei einzutreten (OG act. 1). Mit Beschluss vom 20. Oktober 2008 hob das Obergericht in Gutheissung des Rekurses die Verfügung des Einzelrichters in Mietsachen des Bezirks Q. vom 13. August 2008 auf und wies die Sache zur Fortführung des Verfahrens an die Erstinstanz zurück (KG act. 2).

5. Mit Eingabe vom 20. November 2008 erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es seien die Dispositivziffern 1, 3 bis 5 und 7 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Oktober 2008 aufzuheben und der Nichteintretensentscheid des Einzelrichters in Mietsachen des Bezirks Q. vom 13. August 2008 sei zu bestätigen; eventuell sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Des Weiteren wurde beantragt, der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (KG act. 1, S. 2).

Mit Verfügung vom 21. November 2008 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Mit Eingabe vom 23. Dezember 2008 erstattete der Beschwerdegegner die Beschwerdeantwort mit dem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei (KG act. 10, S. 2). Mit Verfügung vom 24. Dezember 2008 wurde der Beschwerdeführerin die Beschwerdeantwort zugestellt (KG act. 11). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 9). Weitere Eingaben gingen nicht ein.

II.

1. Mit dem angefochtenen Beschluss hat die Vorinstanz über die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts entschieden und damit einen prozessleitenden Entscheid gefällt. Solche Entscheide können selbstständig mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn damit ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (§ 282 Abs. 1

Ziff. 2 ZPO). Diese Voraussetzungen sind offenkundig gegeben (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 6a zu § 282). Zudem handelt es sich beim vorinstanzlichen Beschluss um einen Rekursentscheid. Als solcher ist er ohnehin bereits gestützt auf § 281 ZPO beschwerdefähig (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 zu § 280 und N 10 zu § 281).

2. Das Verfahren nach §§ 281 ff. ZPO stellt seiner Natur nach keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Das Kassationsgericht hat vielmehr allein zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO leidet. Einen solchen Grund muss der Nichtigkeitskläger in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Um den ihm obliegenden Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den ihn tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Es genügt nicht, in appellatorischer Weise bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede zu stellen. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Stellen in den vorinstanzlichen Akten, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheids auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

3. Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht habe mit dem angefochtenen Beschluss die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts zu Unrecht bejaht. Damit habe es § 18 GVG verletzt und damit den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1, S. 5 ff.).

3.1. Die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Diesbezügliche Rügen prüft das Kassationsgericht mit freier Kognition (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 15 und 20 zu § 281). Ebenfalls mit freier Kognition prüft das Kassationsgericht dabei vorfrageweise zu beurteilende Fragen des materiellen (Bundes-)Rechts (vgl. KUHN/NIETLISPACH, Bundesrechtsmittel und kantonale Rechtsmittel – Die Perspektiven kantonaler Gerichte am Beispiel des Kantons Zürich, ZZZ 2008/09, S. 300 mit weiteren Hinweisen in Anm. 13).

3.2. Gemäss § 18 GVG beurteilt das Mietgericht – unter Vorbehalt der Zuständigkeiten der Einzelrichter bei den Bezirksgerichten gemäss §§ 22 und 23 GVG – alle Streitigkeiten aus Miet- und Pachtverhältnissen für Wohn- und Geschäftsräume. Der Begriff der Wohn- und Geschäftsräume im Sinne des GVG deckt sich mit demjenigen des materiellen Bundesrechts gemäss Art. 253a OR. Streitigkeiten über sog. Nebensachen, die der Vermieter dem Mieter im Rahmen des Vertrags überlässt (Garagen, Mobiliar, Betriebseinrichtungen usw.), müssen ebenfalls vor Mietgericht gebracht werden (HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 5 f. zu § 18).

3.3. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz (KG act. 2, Erw. II/3) sind sich die Parteien einig, dass es bei dem mit dem «Pensionsvertrag» (MG act. 14/2) geregelten Vertragsverhältnis um einen gemischten Vertrag bzw. einen Innominatvertrag geht, der Elemente verschiedener Vertragstypen enthält (KG act. 1, Rz. 20; KG act. 10, S. 4).

Den mietrechtlichen Bestimmungen unterstehen gemischte Verträge dann, wenn das mietrechtliche Element wesentlich ist, d.h., sofern ohne dieses das Vertragsgebilde nicht zu Stande gekommen wäre (HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 2 zu

§ 18 mit Verweis auf SJZ 97, S. 129; BSK OR I-WEBER, 4. Auflage, Basel 2007, N 17 zu Art. 253a/253b mit Verweis insb. auf BGE 131 III 566).

3.4. Die vorinstanzliche Feststellung, die eingeklagten Ansprüche seien mietrechtlicher Natur, basiert auf folgenden Erwägungen: Vorab legt die Vorinstanz die mietrechtlichen Elemente dar, die einen wesentlichen Bestandteil des Pensionsvertrags ausmachten (Überlassung einer unmöblierten 2-Zimmer-Wohnung gegen ein monatliches Entgelt zum Gebrauch, Mitbenutzungsrecht an weiteren Einrichtungen und Räumlichkeiten), und benennt ergänzend weitere mietvertragstypische Verpflichtungen; zusammenfassend wird festgehalten, dass in weiten Teilen ein – wenn auch geringfügig modifizierter – Standardmietvertrag für Wohnräume vorliege (KG act. 2, E. II/4.1).

In der Folge befasst sich die Vorinstanz mit den nicht mietvertragstypischen Elementen: Wohnungsreinigung (KG act. 2, E. II/4.2), Verpflegung (KG act. 2, E. II/4.3), Notfallbereitschaftsdienst und Angebot von Veranstaltungen (KG act. 2, E. II/4.4) sowie die im Pensionsvertrag erwähnte Möglichkeit, zusätzliche Dienstleistungen in Anspruch nehmen zu können (KG act. 2, E. II/4.5). Anschliessend gewichtet die Vorinstanz die nicht mietrechtlichen Leistungen und stellt fest, dass diese zusammengerechnet kein solches Ausmass erreicht hätten, dass sie den wirtschaftlichen Wert der mietvertraglichen Komponenten zu übersteigen vermochten (KG act. 2, E. II/4.6).

3.5. Im Wesentlichen wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, (1) sie berücksichtige das *Motiv* für den Vertragsabschluss nicht (KG act. 1, Rz. 16 bis 18) und (2) sie lasse eine Vielzahl von nicht mietvertragstypischen Elementen ausser Betracht bzw. sie unterlasse es, den Vertrag in seiner Gesamtheit zu beleuchten; bei der rechtlichen Qualifikation müsse eine gesamtheitliche Beurteilung vorgenommen werden und nicht bloss eine punktuelle (KG act. 1, Rz. 19 bis 34). Des Weiteren behauptet die Beschwerdeführerin mehrfach, der Pensionsvertrag sei nicht hauptsächlich von mietrechtlichen Komponenten geprägt bzw. diese seien von untergeordneter Bedeutung, wobei diese Behauptungen nicht als Ergebnis einer umfassenden (oder gar schlüssigen) Auseinandersetzung dargestellt werden (KG act. 1, Rz. 20, 27).

Es stellt sich die Frage, ob die Beschwerde damit den gesetzlichen Anforderungen genügt (§ 288 und § 290 ZPO; oben E. II/2). Die Vorbringen erschöpfen sich im Wesentlichen darin, die vorinstanzliche Vorgehensweise zu rügen. Selbst wenn diese Rügen berechtigt wären, ergäbe sich daraus noch nicht, dass die Vorinstanz zu Unrecht eine mietrechtliche Streitigkeit im Sinn von § 18 GVG angenommen hätte. Im Unterschied zur Vorinstanz, die – wie oben in E. II/3.4 zusammenfassend dargelegt – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sehr wohl eine (zwar von der Beschwerdeführerin kritisierte) Gegenüberstellung der mietrechtlichen bzw. der nicht mietrechtlichen Vertragselemente vornahm, unterlässt die Beschwerdeführerin nämlich eine einlässliche Gesamtbetrachtung, aus welcher sich auf eine nicht mietrechtliche Streitigkeit schliessen liesse. Mit den vorgetragenen Rügen ist somit nicht nachgewiesen, dass § 18 GVG verletzt und damit ein Nichtigkeitsgrund im Sinn von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt wurde (vgl. oben E. II/2).

3.6. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin und weil die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund Sache des Kassationsgerichts ist (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 288), werden im Folgenden die von der Beschwerdeführerin – unter Berufung auf die Verletzung von § 18 GVG – erhobenen Rügen im Lichte von § 108 ZPO beurteilt, welcher das Gericht zu einer korrekten Prüfung der Prozessvoraussetzungen (insbesondere der sachlichen Zuständigkeit) verpflichtet.

3.6.1. Die Beschwerdeführerin beanstandet, das Obergericht berücksichtige das *Motiv* für den Vertragsschluss nicht und gehe bei der Frage der Qualifikation demzufolge von einer falschen Ausgangslage aus. Beim Eintritt in eine Seniorenresidenz stehe nicht die Suche einer neuen Wohnung im Vordergrund, sondern das Bedürfnis nach Sicherheit und der Regelung eines angenehmen und möglichst sorgenfreien Lebensabends in einem vor allem auch in medizinischer Hinsicht sicheren Umfeld, welches eine Betreuung ohne weiteren Umzug bis zum Lebensende ermöglicht (KG act. 1, Rz. 16 bis 18).

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ist die rechtliche Qualifikation eines Vertrags dem Parteiwillen schlechthin entzogen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMEN-

EGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT I, 9. A., Zürich 2008, Rz. 1038 mit weiteren Hinweisen). Das Gericht hat vielmehr von Amtes wegen und nach objektiven Kriterien zu prüfen, ob das mietrechtliche Element im Sinn von § 18 GVG wesentlich ist (vgl. oben E. II/3.4). Das Motiv der Parteien ist demgegenüber bei der *Vertragsauslegung*, also bei der Bestimmung des *Vertragsinhalts*, von Bedeutung (was sich unter anderem auch aus der von der Beschwerdeführerin zitierten Literaturstelle ergibt). Insoweit ist die Beschwerde demnach unbegründet.

3.6.2. Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, der Pensionsvertrag weise zwar gewisse mietrechtliche Komponenten auf, sei aber nicht hauptsächlich von diesen geprägt. Der Pensionsvertrag enthalte nämlich eine Vielzahl von Elementen, die eben gerade nicht mietvertragstypisch seien. In der Folge benennt die Beschwerdeführerin diverse Elemente, die sie als nicht mitvertragstypisch erachtet und beanstandet, dass dieselben von der Vorinstanz völlig ausser Betracht gelassen worden seien (KG act. 1, Rz. 20 ff.). Dazu Folgendes:

(a) Die Beschwerdeführerin spricht *«insbesondere den Verzicht auf das Kündigungsrecht der Beklagten [Beschwerdeführerin]»* (KG act. 1, Rz. 21) an. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Parteien nicht die Unkündbarkeit des Vertrags vereinbarten, sondern dass die Beschwerdeführerin (lediglich, aber immerhin) erklärte, sie werde nicht kündigen, *«sofern keine schwerwiegende Gründe bestehen»* (MG act. 14/2, Ziff. 8). Wenn sich ein Vertragspartner verpflichtet, das Vertragsverhältnis nur bei schwerwiegenden Gründen zu kündigen, spricht dies nicht gegen das Vorliegen eines Mietvertrags.

(b) Insoweit sich die Beschwerdeführerin auf Ziff. 5 *«Pflege und medizinische Betreuung»* des Pensionsvertrags beruft (KG act. 1, Rz. 21), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, da diesbezüglich überhaupt keine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz (KG act. 2, E. II/4.5) erfolgt.

(c) Nicht stichhaltig ist der Hinweis auf die vertragliche Regelung in Ziff. 6.5 *«Orientierungspflicht und Aufnahme zusätzlicher Personen»* (KG act. 1, Rz. 22). Vertragliche Regelungen über die Aufnahme zusätzlicher Personen sind *grund-*

sätzlich mietvertragstypisch. Ist die *konkrete* Regelung mit Art. 262 OR nicht vereinbar, spricht dies noch nicht gegen das Vorliegen eines Mietvertrags; vielmehr tritt die (zwingende) gesetzliche Regelung an die Stelle der vertraglichen.

(d) Des Weiteren argumentiert die Beschwerdeführerin damit (KG act. 1, Rz. 22), die ihr eingeräumte Zugangsmöglichkeit zur Wohnung sowie die Ablehnung einer Haftung für eingebrachte Sachen seien nicht mietvertragstypisch. Wieso dem nicht so sein soll, legt sie nicht dar, ergibt sich nicht aus den Akten und entspricht auch nicht einer Notorietät.

(e) Mit der zusammenfassenden Bemerkung der Beschwerdeführerin, alle diese Regelungen würden verdeutlichen, dass der Pensionsvertrag keinen «normalen Mietvertrag» darstellen könne (KG act. 1, Rz. 22), sowie mit dem zu pauschalen Einwand, die Vorinstanz habe «die zahlreichen übrigen im neunseitigen Pensionsvertrag geregelten Punkte» völlig ausser Betracht gelassen (KG act. 1, Rz. 23), wird die vorinstanzliche rechtliche Qualifizierung des Pensionsvertrags nicht erschüttert.

3.6.3. Das Argument der Beschwerdeführerin, diverse der vom Obergericht als mietvertragstypisch bezeichneten Vereinbarungen seien keineswegs nur in Mietverträgen für Wohn- und Geschäftsräume vorzufinden (KG act. 1, Rz. 24), ist offensichtlich nicht geeignet, die Richtigkeit der vorinstanzlichen Erwägungen in Frage zu stellen. Durch die Einleitung «Ferner ...» (KG act. 2, E. II/4.1, S. 8, Abs. 3) brachte die Vorinstanz selbst zum Ausdruck, dass die von ihr an dieser Stelle genannten Elemente für die Qualifizierung des Vertragsverhältnisses nicht ausschlaggebend waren (weil sich entsprechende Regelungen durchaus auch in anderen Vertragsverhältnissen finden lassen), aber eben dennoch mietvertragstypisch sind (z.B. Leistung eines Depots, Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme, Verpflichtung zur Behebung kleinerer Mängel auf eigene Kosten).

3.6.4. In methodischer Hinsicht wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz sodann vor, sie hätte sämtliche vertraglich vereinbarten Punkte und damit den Pensionsvertrag in seiner Gesamtheit betrachten müssen und auch die nicht typisch mietrechtlichen Punkte herauschälen und den mietrechtlichen gegenüber-

stellen müssen; damit hätte sich gezeigt, dass die miетtypischen Bestimmungen aufgrund des umfassenden Angebots in der Unterzahl und von untergeordneter Bedeutung seien (KG act. 1, Rz. 25).

Die Vorinstanz hat – wie oben dargelegt (E. II/3.4) – dem Grundsatz nach genau das getan, was die Beschwerdeführerin verlangt: Sie hat (in KG act. 2, E. II/4.1) die mietvertragstypischen Elemente dargetan und sich sodann (in E. II/4.2 bis II/4.5) mit den nicht mietvertragstypischen Elementen auseinandergesetzt und diese schliesslich (in E. II/4.6) gegeneinander abgewogen. Die dabei konkret vorgenommene Gewichtung – Überlassung einer unmöblierten 2-Zimmer-Wohnung samt Keller zum alleinigen Gebrauch sowie Nutzungsrecht an den gemeinschaftlichen Räumlichkeiten zum Mitgebrauch als wesentlicher Bestandteil des Pensionsvertrags, dessen wirtschaftlicher Wert von den nicht mietvertraglichen Leistungen nicht übertroffen werde – ist im Lichte von § 108 ZPO nicht zu beanstanden (oben E. II/3.3, näheres unten E. II/5). Dies umso weniger, als die Vorinstanz – was von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt wird – zur Begründung ihrer rechtlichen Beurteilung darauf hinweist, dass eine weitere Person in der fraglichen 2-Zimmer-Wohnung einen Aufpreis von (lediglich) Fr. 1'000.-- bezahlen müsste, welcher Betrag annähernd dem Wert der Leistungen entsprechen dürfte, die nicht unmittelbar mit dem Wohnzweck in Zusammenhang stünden (KG act. 2, E. II/4.6).

3.6.5. Es ist weder zu beanstanden, noch bedarf es – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (KG act. 1, Rz. 28) – näherer Begründung, wenn das Obergericht annimmt, die Mitbenutzung des Therapiebads, der Dachterrasse und weiterer Räumlichkeiten seien mietrechtliche Elemente, die – zusammen mit der Überlassung der unmöblierten 2-Zimmer-Wohnung – einen wesentlichen Bestandteil der Vereinbarungen im Pensionsvertrag ausmachten. Im Gegenteil: Gerade die vertragliche Einräumung des Mitbenutzungsrechts an diversen Nebenräumen spricht gemäss ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 18 Abs. 3 GVG) für die mietgerichtliche Zuständigkeit (oben E. II/3.2).

Ob solche erweiterten Mitbenutzungsrechte bei einer «normalen Wohnung» bestehen oder nicht, ist für die rechtliche Qualifikation – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (KG act. 1, Rz. 29) – ohne Belang.

3.6.6. Aus dem mehrfachen Hinweis der Beschwerdeführerin, es gehe nicht um eine «normale Wohnung» (KG act. 1, Rz. 29, 32), ergibt sich, dass die Rüge, die Vorinstanz hätte bei der Beurteilung des Pensionspreises auch die Preistabelle für Medianobjekte berücksichtigen müssen (KG act. 1, Rz. 27), nicht stichhaltig ist. Handelt es sich nicht um ein normales Mietverhältnis, sind Durchschnittswerte ohne relevante Aussagekraft (und wären jedenfalls nach oben zu extrapolieren).

3.6.7. Im Pensionsvertrag heisst es, der Bewohner könne gegen separate Rechnung zusätzliche Dienstleistungen – unter anderem zusätzliche Mahlzeiten, Reinigung der Wäsche, Arbeiten durch den Haushandwerker – in Anspruch nehmen (MG act. 14/2, Ziff. 4.7). Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, diese zusätzlichen Dienstleistungen seien nicht Bestandteil des Pensionsvertrags, sondern – gegebenenfalls – Gegenstand *weiterer* Verträge (KG act. 2, E. II/4.5).

Die Beschwerdeführerin argumentiert, die *Bereitstellung* der nötigen Infrastruktur und Ressourcen bilde zweifelsohne Vertragsbestandteil und sei auch mit einem nicht zu unterschätzenden Aufwand verbunden (KG act. 1, Rz. 30).

Die vorinstanzliche Auffassung ist schon deshalb schlüssig, weil die *Essentialia* dieser zusätzlichen Dienstleistungen weder bestimmt noch bestimmbar sind. Dasselbe gilt für die in Ziff. 5 des Pensionsvertrags umschriebene Möglichkeit des Abschlusses eines (separaten) Pflegevertrages. Welche obligatorischen (rechtlich durchsetzbaren) Verpflichtungen sich für die Beschwerdeführerin aus den Ziff. 4.7 und 5 des Pensionsvertrags ergeben sollen, legt die Beschwerdeführerin nicht dar bzw. hat sie – soweit ersichtlich – auch vor den Vorinstanzen nicht dargelegt. Erst recht unterlässt sie es, anhand von Hinweisen auf die vorinstanzlichen Akten aufzuzeigen, dass bzw. wo sie die Bereitstellung von Infrastruktur und Ressourcen so konkretisiert hat, dass sich hieraus auf eine Relevanz für die rechtliche Qualifizierung des Pensionsvertrags schliessen liesse.

3.6.8. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie wende im Zusammenhang mit hausinternen Veranstaltungen jährlich mehrere Hundert Stunden auf (KG act. 1, Rz. 31). Es handelt sich hierbei um neue Vorbringen, die nicht zulässig sind (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4a zu § 288).

3.6.9. Das weitere, (zu) allgemein gehaltene Argument, den Bewohnern einer «normalen» Wohnung werde kein vergleichbares Unterhaltungsprogramm geboten und das Bereitstellen einer Plattform und der Räumlichkeiten für die Durchführung der diversen Anlässe stelle «eine nicht zu unterschätzende Leistung» dar (KG act. 1, Rz. 32), ist nicht geeignet, die vorinstanzliche Gewichtung der von der Beschwerdeführerin gebotenen – teilweise kostenpflichtigen – Veranstaltungen zu erschüttern.

3.7. Zusammenfassend erweisen sich die unter dem Titel «Verletzung von § 18 GVG» erhobenen Rügen (KG act. 1, Rz. 13 bis 39) als unbegründet, soweit auf diese eingetreten werden kann.

4. Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe sich mit verschiedenen für den Entscheid wesentlichen Argumenten nicht auseinandergesetzt. Auch zur zitierten Lehrmeinung und der angegebenen Judikatur nehme sie keine Stellung. Damit habe die Vorinstanz die Begründungspflicht missachtet und das rechtliche Gehör im Sinne von § 56 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV verweigert (KG act. 1, Rz. 40 bis 46).

4.1. Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2/b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Ausserdem soll die Entscheidungsmotivation den Betroffenen in die Lage versetzen, die Tragweite der Entscheidung und die Überlegungen, von denen sich die entscheidende Behörde leiten liess, zu erkennen und sich gegen den betreffenden Entscheid sachgerecht zur Wehr zu setzen. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben. Es ist nicht nötig, dass sich der

Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269, BGE 112 Ia 109 E. 2/b je mit Hinweisen). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88, E. 2; ZR 106 Nr. 78, E. II/2.2/c).

4.2. Der angefochtene Beschluss befasst sich ausschliesslich mit der Frage, ob es sich bei der vorliegenden Streitigkeit um eine mietrechtliche handelt oder nicht. Einleitend begründet die Vorinstanz unter Hinweis auf die Literatur, dass auch gemischte Verträge den mietrechtlichen Bestimmungen unterstehen, sofern das mietrechtliche Element wesentlich ist, d.h. sofern ohne dieses das Vertragsgebilde nicht zustande gekommen wäre (KG act. 2, E. II/2.1). In der Folge geht die Vorinstanz – wie oben zusammenfassend dargelegt (oben E. II/3.4.) – auf die mietvertragstypischen bzw. die nicht mietvertragstypischen Elemente ein, und kommt zusammenfassend zum Schluss, die Letzteren hätten zusammengerechnet kein solches Ausmass erreicht, dass sie den wirtschaftlichen Wert der mietvertraglichen Komponenten zu übersteigen vermöchten (KG act. 2, E. II/4). Den immerhin sieben Seiten umfassenden Erwägungen zur Qualifizierung des Rechtsverhältnisses lassen sich ohne Weiteres die Überlegungen entnehmen, von denen sich die Behörde leiten liess. Ebenso lässt sich gestützt auf diese Erwägungen der Beschluss der Vorinstanz sachgerecht anfechten. Des Weiteren setzt sich die Vorinstanz bei den einzelnen Erwägungen regelmässig mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander (nachdem sie diese in Erwägung II/3.1 bereits zusammenfassend referiert hatte). Die Rüge ist somit unbegründet.

4.3. Die Beschwerdeführerin beanstandet insbesondere, dass sich die Vorinstanz nicht mit den von ihr (der Beschwerdeführerin) zitierten Entscheiden auseinandergesetzt habe (KG act. 1, Rz. 41 ff.). Wie ausgeführt, gebietet Art. 29 Abs. 2 BV nicht, dass sich der Richter mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument (ausdrücklich) auseinandersetzt. Erst recht besteht kein Anspruch darauf, dass der Richter – über die Berücksichtigung der rechtlichen Vorbringen hinaus auch noch – die von einer Partei genannten Entscheide

diskutiert. Solches kann erst recht nicht verlangt werden, wenn – wie hier – evident und unstrittig ist, dass die rechtliche Qualifizierung des Vertragsverhältnisses in besonderem Masse von den konkreten Umständen im Einzelfall abhängt.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, dass die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe zur Stützung ihrer Rechtsauffassung keinen Entscheid nennen können (KG act. 1, Rz. 42), nicht stichhaltig ist.

Ebenso durfte die Vorinstanz – entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin (KG act. 1, Rz. 44) – darauf verzichten, sich in ihren Erwägungen mit dem von der Beschwerdeführerin angerufenen SVIT-Kommentar (= Kommentar des Schweizerischen Verbandes der Immobilien-Treuhänder) ausdrücklich auseinanderzusetzen. Immerhin ist anzumerken, dass die dort vertretene Auffassung, wonach bei «betreutem Wohnen» wirtschaftlich betrachtet nicht mietrechtliche Leistungen dominieren (Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 42 Vorbem. zu Art. 253-274g), nicht unbestritten ist. Im Basler Kommentar wird die gegenteilige Auffassung vertreten (BSK OR I-WEBER, N 18 zu Art. 253a/253b mit Hinweis auf BGE 119 II 141, in welchem bei einem «begleiteten Wohnen» ein Mietvertragsverhältnis angenommen wurde).

5. Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Vorinstanz habe die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO verletzt. Die Begründung des angefochtenen Beschlusses basiere weitgehend auf einer rein mathematischen Addition der einzelnen Vertragsleistungen, deren Wert von den Parteien nicht beziffert worden sei. Bei einer solchen Ausgangslage hätte die Vorinstanz, so die Beschwerdeführerin, ihrer richterlichen Fragepflicht nachkommen müssen (KG act. 1, Rz. 47 bis 49).

Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der in § 54 ZPO verankerten Verhandlungsmaxime. Die Vorinstanz habe gleich mehrfach Sachverhaltselemente ihrem Beschluss zu Grunde gelegt, die vom Beschwerdegegner im Prozess nie geltend gemacht oder die von der Beschwerdeführerin bestritten worden seien (KG act. 1, Rz. 50 bis 53).

5.1. Gemäss § 108 ZPO prüft das angerufene Gericht seine Zuständigkeit von Amtes wegen. Bei dieser Prüfung entfällt die Verhandlungsmaxime; die betreffenden Tatsachen sind im Officialverfahren abzuklären (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 24a zu § 54). Hängt die sachliche Zuständigkeit – hier: diejenige des Mietgerichts – von der Natur des eingeklagten Anspruchs ab, so kann das Gericht auf die klägerischen Vorbringen zum Sachverhalt (d.h. auf das Klagefundament) abstellen. Es ist dem angerufenen Gericht nicht verwehrt, (allein) aufgrund des von der klägerischen Partei vorgebrachten Sachverhalts von Amtes wegen zu prüfen, ob der behauptete Anspruch effektiv in demjenigen Rechtsbereich anzusiedeln ist, der seine Zuständigkeit begründet (RB 1999 Nr. 45 mit Verweis auf ZMP 1999 Nr. 21; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 zu § 108). Weil das Gericht die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen hat, kommt die richterliche Fragepflicht nicht zum Zug. Deren Funktion – Ergänzung der Verhandlungsmaxime im Hinblick auf die Sammlung des Prozessstoffes in tatsächlicher Hinsicht – entfällt (LIEBER, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: LIEBER/REHBERG/WALDER/WEGMANN [Hrsg.], Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 162 f.).

5.2. Da die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit nicht unter den Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime fällt und damit die richterliche Fragepflicht nicht zum Zug kommt, geht die Rüge der Verletzung dieser Prozessformen ins Leere. Ausserdem wäre der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auch vorzuhalten, dass sie nicht unter Nennung konkreter Stellen in den vorinstanzlichen Akten darlegt, wo genau sie welche unklar, unvollständig oder unbestimmt gebliebenen und deshalb nach § 55 ZPO klarzustellenden Vorbringen vorgetragen habe. Insoweit vermöchte die Beschwerde auch den formellen Begründungsanforderungen nicht zu genügen (oben E. II/2).

5.3. Dasselbe gilt für die von der Beschwerdeführerin zusätzlich erhobene Rüge (KG act. 1, Rz. 53) der unterlassenen Beweisabnahme im Sinn von § 133 ZPO (vgl. RB 1999 Nr. 45).

5.4. Bezüglich der an dieser Stelle erneut gerügten Verletzung der Begründungspflicht (KG act. 1, Rz. 53) kann das auf bereits Gesagte verwiesen werden (oben E. II/4).

6. Die Beschwerdeführerin rügt sodann diverse tatsächliche Annahmen der Vorinstanz als aktenwidrig und willkürlich (KG act. 1, Rz. 54 bis 58):

6.1. Aktenwidrigkeit liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene tatsächliche Feststellung deshalb als «blanker Irrtum» erweist (ZR 55 Nr. 115; ZR 81 Nr. 88; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 44 zu § 281).

Eine willkürliche tatsächliche Annahme (im Sinn von § 281 Ziff. 2 ZPO) liegt demgegenüber dann vor, wenn der richtig wiedergegebene Akteninhalt im Zusammenhang mit der Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse in unvertretbarer Weise gewürdigt wurde, was dann zutrifft, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint (ZR 81 Nr. 88, E. 6; VON RECHENBERG, a.a.O., S. 28).

Die Unterscheidung hat allerdings ihre Relevanz auch im Zusammenhang mit der Anwendung von Bundesrecht verloren, seit das Kassationsgericht gemäss neuer, durch das Inkrafttreten des BGG bedingter Praxis in allen Fällen auf beide Rügen eintritt (vgl. ZR 107 Nr. 21, E. II/5).

6.2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Erwägung des Obergerichts, wonach die in Ziff. 4.7 des Pensionsvertrags aufgeführten zusätzlichen Dienstleistungen nicht Bestandteil desselben seien, sei aktenwidrig und falsch. Die Beschwerdeführerin habe die entsprechenden Ressourcen bereitgestellt. Indem das Obergericht die Vertragsbestandteilsqualität dieser Bereitstellung verneint habe, habe es eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme getroffen (KG act. 1, Rz. 54).

Die Vorinstanz stellte fest, die zusätzlichen *Dienstleistungen* seien nicht Vertragsbestandteil. Zur Frage, ob die blossе *Bereitstellung von Ressourcen* (im Hin-

blick auf die zusätzlich zu vereinbarenden Dienstleistungen) Vertragsbestandteil sei, hat sich die Vorinstanz – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – gar nicht geäußert, sondern lediglich ausgeführt, der blossen Gelegenheit zum Abschluss weiterer Verträge könne nur eine begrenzte Bedeutung zukommen (KG act. 2, E. II/4.5). Die Rüge geht fehl. Im Einzelnen kann auf das oben Gesagte verwiesen werden (oben E. II/3.6.7).

6.3. Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Bemerkung des Obergerichts, dass die Wohnung an diversen Stellen im Pensionsvertrag als primäre Leistung aufgeführt werde, sei aktenwidrig; richtig sei, dass die Wohnung jeweils als eine von fünf Leistungen erwähnt werde (KG act. 1, Rz. 55).

In den vom Obergericht (KG act. 2, E. II/4.1 a.E.) zitierten Stellen des Pensionsvertrags (MG act. 14/2 Ziff. 1 Abs. 2, Ziff. 4 und 4.1) wird die «Wohnung» (neben anderen Leistungen) jeweils als *Erstes* genannt, weshalb die gerügte Umschreibung «als primäre Leistung aufgeführt» schon aus diesem Grund (und zudem aus den bereits vorgenannten Gründen, E. II/3.6.4) ohne Weiteres vertretbar, mithin weder aktenwidrig noch willkürlich ist.

6.4. Die in Rz. 56 der Beschwerde (KG act. 1) vorgetragene Rüge, die Vorinstanz habe sich auf eine völlig einseitige, auf potenziell mietrechtliche Vertragsbestandteile fokussierende Betrachtungsweise eingeschossen, genügt den Anforderungen an die Beschwerdebegründung nicht (vgl. oben E. II/2).

6.5. Gleiches gilt für die in Rz. 57 und 58 der Beschwerdeschrift (KG act. 1) vorgebrachten Rügen, auf welche ebenfalls nicht eingetreten werden kann. Damit stellt die Beschwerdeführerin in appellatorischer Weise bloss ihre eigene Ansicht dar, ohne sich hinreichend mit den kritisierten Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und rechtsgenügend aufzuzeigen, dass die beanstandete tatsächliche Annahme im Lichte der Aktenlage aktenwidrig oder willkürlich sei (oben E. II/2).

7. Auf die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1, Rz. 59) kann nicht eingetreten werden, da die Beschwerde den gestellten Anforderungen

nicht genügt (oben E. II/2). Die Beschwerdeführerin wiederholt ihre Rechtsauffassung, wonach sich der Vertragsinhalt nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien bestimme und wirft der Vorinstanz vor, sie verneine zu Unrecht die Bedeutung des Motivs beim Vertragsabschluss. Eine Auseinandersetzung mit der – zutreffenden (oben E. II/3.6.1) – Rechtsauffassung der Vorinstanz findet nicht statt.

8. Schliesslich kann auch auf die Rüge, die vorinstanzliche Formulierung «Die eingeklagten Ansprüche sind somit mietrechtlicher Natur» (KG act. 2, E. II/4.7) verletze einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz und sei deshalb zu streichen (KG act. 1, Rz. 61 bis 64), nicht eingetreten werden. Aus dem Thema des Rekursentscheids und den vorinstanzlichen Erwägungen geht nämlich klar hervor, dass die Vorinstanz diese Feststellung – basierend auf dem vom Beschwerdegegner vorgetragenen Klagefundament (vgl. oben E. II/5.1) – einzig im Zusammenhang mit der Prüfung und Begründung der sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichts getroffen und keine das Ergebnis vorwegnehmende materielle Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche vorgenommen hat. Damit kann die angefochtene Feststellung für den Sachrichter in materieller Hinsicht auch keine Bindungswirkung entfalten. Insoweit geht die Rüge an der Sache vorbei. Ausserdem ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich die beanstandete Formulierung im Ergebnis zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt haben könnte (vgl. § 281 ZPO und FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 13 zu § 281).

9. Zusammengefasst erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin zu auferlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Sie ist zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

2. Der Streitwert beträgt Fr. 12'624.-- (vgl. MG act. 19, S. 2; KG act. 2, S. 16). Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ist deshalb nur unter

den in Art. 74 Abs. 2 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Andernfalls steht gegen den vorliegenden Beschluss die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 12'624.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Oktober 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu am Empfang des vorliegenden Entscheids (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter in Mietsachen des Bezirkes Q. (Proz.-Nr. MD070015), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: