

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG230002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

Urteil vom 6. April 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____, Dr. med.,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Kündigungsschutz / Anfechtung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Mietgerichtes Zürich vom
8. Dezember 2022 (MJ220095)**

Rechtsbegehren des Klägers und Berufungsklägers:

(act. 1 S. 1)

" Der mündliche Untermietvertrag zwischen der Beklagten B. _____ (Vermieterin) und Kläger A. _____ (Mieter) für die Wohnung in der C. _____ -strasse ..., ... Zürich sei als bestehend zu bestätigen."

Beschluss des Mietgerichtes:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 500.00 Kosten total
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge des Klägers und Berufungsklägers:

(act. 11 S. 1)

- "1. Es sei der Mietvertrag anzuerkennen.
2. Der Streitwert sei zu einem späteren Zeitpunkt zu bestimmen."

Erwägungen:

I.

1.

1.1. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) ist seit dem 1. Januar 2011 alleinige Mieterin einer 4 ½-Zimmerwohnung an der

C._____strasse ... in ... Zürich (act. 4/5/1). Der Kläger und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) war der Lebenspartner der Berufungsbeklagten. Die Parteien sind zugleich die Eltern von D._____, geboren am tt.mm.2019 (act. 4/1). Ab ca. Mitte 2020 (act. 11 S. 2) bis ca. August 2021 (act. 4/4 S. 1; act. 11 S. 2) lebte der Berufungskläger in der Wohnung der Berufungsbeklagten. Er bezahlte in dieser Zeit keinen Mietzins für die Benutzung der Wohnung. Dafür betreute er im Gegenzug D._____ (act. 1 S. 2). Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt im Juli/August 2022 zog der Berufungskläger aus der Wohnung aus.

1.2. Am 12. August 2022 reichte der Berufungskläger bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein Kündigungsschutz- und -anfechtungsbegehren ein. Darin beantragte er sinngemäss, wieder in der 4 ½-Zimmerwohnung der Berufungsbeklagten leben zu dürfen (act. 1). Da die Schlichtungsbehörde zwischen den Parteien keine Einigung erzielte, stellte sie mit Beschluss vom 14. November 2022 dem Berufungskläger die Klagebewilligung aus (act. 4/13).

1.3. Mit Eingabe vom 24. November 2022 reichte der Berufungskläger beim Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz) diese Klagebewilligung ein. Zugleich beantragte er, seinen mündlichen Untermietvertrag mit der Berufungsbeklagten "zu bestätigen" (act. 1 S. 1). Die Vorinstanz trat mit Beschluss vom 8. Dezember 2022 auf die Klage nicht ein (act. 6 = act. 10).

1.4. Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 5. Januar 2022 (richtig: 2023) Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich, worin er die eingangs umschriebenen Rechtsmittelanträge stellte (act. 11). Mit Verfügung vom 11. Januar 2023 setzte ihm die Kammer eine Frist an, um die mutmasslichen Kosten des Berufungsverfahrens mit Fr. 650.– sicherzustellen (act. 15). Der Berufungskläger überwies mit Valutadatum vom 20. Januar 2023 Fr. 689.92 (= EUR 700.– zum Kurs von 0.9856) auf das Konto des Obergerichts (act. 17). Von der Einholung einer Berufungsantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz kann abgesehen werden (Art. 312 Abs. 1

ZPO; Art. 324 ZPO analog). Die Berufung (act. 11) ist der Berufungsbeklagten mit dem vorliegenden Endentscheid zuzustellen.

II.

1.

1.1. In prozessualer Hinsicht beantragt der Berufungskläger, den Streitwert "zu einem späteren Zeitpunkt zu bestimmen" (act. 11 S. 1). Aus prozessualen Gründen ist dies nicht möglich, legt doch der Streitwert das zulässige Rechtsmittel, Berufung (Art. 308 ff. ZPO) oder Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO), fest: So ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

1.2. Die Schlichtungsbehörde und das Mietgericht setzten den Streitwert auf Fr. 35'587.40 fest (act. 4/13 E. I; act. 10 E. 3). In einem Kündigungsverfahren berechnet sich der Streitwert bei einem unbefristeten Mietverhältnis praxisgemäss wie folgt: Zu den Mietzinsen, die während der Kündigungsfrist geschuldet sind, werden die Mietzinsen der dreijährigen Kündigungssperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR hinzugerechnet (BGer, 4A_376/2021 vom 7. Januar 2022, E. 1; BGE 137 III 389 E. 1.1; DIKE Komm.-Diggelmann, 2. A., Art. 91 ZPO N 44). Der Berufungskläger macht geltend, er dürfe die Wohnung der Berufungsbeklagten mitbenutzen. Bei der Miete von Wohnungen können die Parteien mit einer Frist von drei Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder, wenn es keinen Ortsgebrauch gibt, auf Ende einer dreimonatigen Mietdauer kündigen (Art. 266c OR). Folglich beläuft sich die für die Streitwertberechnung massgebliche Frist auf 39 Monate. Der Bruttomietzins für die Wohnung an der C.____-strasse ... in ... Zürich beträgt Fr. 1'950.– (act. 4/Prot. S. 2). Der Berufungskläger macht sinngemäss geltend, er dürfe diese Wohnung mitbenutzen. Sein Interesse an der Wohnung entspricht daher ungefähr der Hälfte des Bruttomietzinses, das heisst Fr. 975.–. Folglich beträgt der Streitwert Fr. 38'025.–. Entsprechend ist das Rechtsmittel des Berufungsklägers als Berufung zu behandeln.

1.3. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsmittelschrift muss Anträge enthalten, aus welchen hervorgeht, wie der angefochtene Entscheid abgeändert werden soll. Die Vorinstanz stellte dem Berufungskläger den angefochtenen Beschluss vom 8. Dezember 2022 am 13. Dezember 2022 zu (act. 7). Der Berufungskläger übergab sein Rechtsmittel am 5. Januar 2023 der Deutschen Post. Die Sendung traf am 9. Januar 2023 (act. 11) und damit rechtzeitig innert der 30 Tagesfrist beim Obergericht ein (vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO; KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny/Brunner, 3. A., Art. 143 N 7). Das Rechtsmittel enthält eine Begründung und die vorstehend genannten Anträge (act. 11). Mit Valutadatum vom 20. Januar 2023 überwies der Berufungskläger Fr. 689.92 als Kostenvorschuss an die Kasse des Obergerichtes (act. 17). Damit sind die Berufungsvoraussetzungen erfüllt, weshalb darauf einzutreten ist.

2.

2.1. Die Vorinstanz trat mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Kündigungsschutz- und Anfechtungsklage nicht ein. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien enthalte bestenfalls Elemente einer Gebrauchsleihe im Sinne von Art. 305 ff. OR. Da kein Mietvertrag bestehe, sei das Mietgericht sachlich nicht zuständig (act. 10 E. 2.3).

2.2. Der Antrag des Berufungsklägers ist so zu verstehen, dass der zu Unrecht ergangene Nichteintretensentscheid der Vorinstanz aufzuheben und auf seine Klage einzutreten sei. Zur Begründung führt er aus, die Mietschlichtungsbehörde habe das Vorliegen eines Mietverhältnisses ausdrücklich bestätigt, indem sie ihm die Klagebewilligung ausgestellt habe. Folglich hätte die Vorinstanz seine Klage materiell behandeln müssen (act. 11 S. 1).

2.3. Anders als Gerichte prüfen Schlichtungsbehörden ihre Zuständigkeit nicht umfassend. In Zweifelsfällen müssen sie das verlangte Schlichtungs-

verfahren durchführen. Bloss bei einer offensichtlichen sachlichen Unzuständigkeit fällen sie einen Nichteintretensentscheid (BGE 146 III 47 E. 4.2). Ebenso wenig qualifizieren Schlichtungsbehörden Rechtsverhältnisse abschliessend und bindend. Eine Klagebewilligung begründet daher keine Zuständigkeit der nachgelagerten Instanz. Vielmehr prüft jede Instanz ihre eigene Entscheidungsbefugnis von Amtes wegen (Art. 59 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit Art. 60 ZPO; OGer ZH, RU210009 vom 11. Februar 2021, E. 3c). Der Berufungskläger kann folglich aus dem Ausstellen einer Klagebewilligung durch die Schlichtungsbehörde Zürich keine Zuständigkeit der Vorinstanz ableiten.

3.

3.1. Weiter macht der Berufungskläger geltend, die Berufungsbeklagte habe von ihm verlangt, dass er die Betreuung des gemeinsamen Sohnes übernehme, anstatt zu arbeiten. Im Gegenzug habe er gemäss mündlichem Mietvertrag in der Wohnung der Berufungsbeklagten unentgeltlich leben können. Das auf diese Weise eingesparte Geld sei als Mietzins zu betrachten. Die Tätigkeit als selbstständige Ärztin habe die Berufungsbeklagte überfordert. Sie sei jeweils frühmorgens extrem gestresst aus dem Haus gegangen und sei abends spät müde zurückgekehrt. Ab Mitte des Jahres 2020 hätten sie sich deshalb darauf verständigt, dass er seine Wohnung in E._____ aufgebe und in die Wohnung der Berufungsbeklagten in Zürich ziehe. Auch habe er dorthin das Domizil seiner Firma F._____ GmbH verlegt. Auf diese Weise hätten sie Geld sparen wollen. Ohne die Sicherheit, in der Wohnung der Berufungsbeklagten leben zu können, hätte er seine frühere Wohnung in E._____ nicht aufgegeben. Vielmehr hätte er dann seinen Sohn D._____ während fünf Tagen pro Woche in E._____ betreut. In Zürich sei es bekanntlich fast unmöglich, eine bezahlbare Wohnung zu finden. Die Berufungsbeklagte habe ihn im April 2022 rückwirkend auf September 2021 beim Personenamt der Stadt Zürich abgemeldet. Die Berufungsbeklagte wolle durch den erzwungenen Wegzug die komplette Obhut für den gemeinsamen Sohn erlangen (act. 11).

3.2. Die Vorinstanz erliess mangels sachlicher Zuständigkeit einen Nicht-eintretensentscheid (act. 10). Mietgerichte entscheiden erstinstanzlich Streitigkeiten aus Miet- und Pachtverhältnissen für Wohn- und Geschäftsräume (§ 21 Abs. 1 lit. a GOG). Der Begriff der Wohn- und Geschäftsräume deckt sich mit demjenigen des materiellen Bundesrechts gemäss Art. 253a OR (OGer ZH, NG170002 vom 15. März 2017, III/1.1). Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten (Art. 253 OR). Ist kein Mietzins geschuldet, liegt kein Mietvertrag vor. Vielmehr ist die unentgeltliche Überlassung einer Sache als Gebrauchsleihe im Sinne von Art. 305 ff. OR zu qualifizieren (Mietrecht für die Praxis/Püntener, 10. A., Kap. 2.1.6).

3.3. Der Mietzins wird typischerweise in Geld geleistet, kann aber auch in anderer Form, insbesondere durch eine Dienstleistung erbracht werden. In diesem zweiten Fall liegt ein gemischter Vertrag vor (Mietrecht für die Praxis/Püntener, 10. A., Kap. 2.3.1; SVIT-Kommentar Mietrecht/Rohrer, 4. A., Art. 253 OR N 5). Gemischte Verträge sind Innominatkontrakte, die als Leistung und Gegenleistung die vertragstypischen Hauptleistungen verschiedener Vertragsarten miteinander verbinden. Dabei kann es sich um die Essentialia von Nominat- oder Innominatverträgen handeln. Das Bundesgericht unterstellt solche gemischten Verträge mit mietrechtlichem Einschlag einer einzelnen Regelungsordnung, so dass für die einzelnen Vertragsbestandteile ein einheitliches rechtliches Schicksal gilt (BGE 118 II 157 E. 3a; ZK-Higi/Bühlmann, 5. A., Vor. 253–273c OR N 201). Bei gemischten Verträgen ist anhand des Vereinbarten und der Interessenlage der Regelungsschwerpunkt zu ermitteln. Dabei gelten die mietrechtlichen Vorschriften über die Vertragsbeendigung nur dann, wenn die Überlassung des Mietobjektes das gesamte Vertragsgefüge dominiert (Mietrecht für die Praxis/Püntener, 10. A., Kap. 2.3.1). Wo hingegen miet- und pachtrechtliche Elemente bloss von untergeordneter Bedeutung sind, kommt das Mietrecht nicht zum Zug (BGE 118 II 157 E. 3a; ZK-Higi/Bühlmann, 5. A., Vor. 253–273c OR N 201).

3.4. Vorliegend kümmerte sich der Berufungskläger von Mitte 2020 bis ca. August 2021 während fünf Tagen in der Woche vollzeitlich um das gemeinsame Kind D._____. Im Gegenzug durfte er sich in der Wohnung der Berufungsbeklagten aufhalten. D._____ war damals ein Kleinkind und auf umfassende Pflege, Betreuung und Erziehung angewiesen. Der Kindsvater übernahm diese aufwändige Aufgabe. Inwieweit dieser Naturalunterhaltsleistung geldwerter Charakter zukommt und in der Wohnungsmitbenutzung ein mietvertragliches Element zu sehen ist, kann allerdings offen bleiben. Nach Darstellung des Berufungsklägers unterhielten die Parteien seit der Geburt von D._____ keine Paarbeziehung mehr. So führte der Berufungskläger aus (act. 4/1 S. 2): "Wir leb[t]en zusammen in der gemeinsamen Wohnung wegen der Betreuung von D._____ Regelungsschwerpunkt der Vereinbarung der Parteien war entsprechend die Betreuung des gemeinsamen Sohnes. Die Betreuungsregelung drängt allfällige mietvertragliche Elemente ihrer Abmachung in den Hintergrund. Damit sind die mietrechtlichen Regeln (Art. 253 ff. OR) auf das Rechtsverhältnis der Parteien und insbesondere auf die Beendigung ihrer Vereinbarung nicht anwendbar. Mangels sachlicher Zuständigkeit ist die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht auf die Klage nicht eingetreten (§ 21 Abs. 1 lit. a GOG).

3.5. Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen.

III.

1. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Höhe der Entscheidgebühr bestimmt sich in der vorliegenden vermögensrechtlichen Angelegenheit nach dem Streitwert. Wie oben dargelegt, beläuft sich der Streitwert vorliegend auf Fr. 38'025.–. Entsprechend ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 689.92 festzusetzen (§ 12 Abs. 1, § 4 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 lit. a GebV OG). Die Entscheidgebühr ist mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Der Berufungskläger unterliegt im vorliegenden Rechtsmittelverfahren. Ausgangsgemäss hat er keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Berufungsbeklagten auf der anderen Seite ist kein nennenswerter Aufwand entstanden, weshalb auch ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Beschluss des Mietgerichts Zürich vom 8. Dezember 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 689.92 festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss von Fr. 689.92 verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 11), sowie an das Mietgericht Zürich, 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. 38'025.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am: