

# ZH\_OBERGERICHT NG110006 vom 6. Oktober 2011

ZH Obergericht, 2011-10-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG110006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG110006)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG110006 du 6 octobre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT NG110006 del 6 ottobre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien haben am 18. November 2009 einen Miet- und Betreibungsvertrag geschlossen (act. 18/6 = act. 26/4). Beim fraglichen Objekt, der sogenannten C. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Cafeteria), handelt es sich um einen ca. 200m<sup>2</sup> grossen Raum, welcher sich in den gemieteten Geschäftsräumlichkeiten der Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) an der ...strasse ... in D. \_\_\_\_\_ befindet, jedoch über einen separaten Eingang verfügt (act. 1 S. 5; act. 15 S. 6). Die Klägerin überliess dem Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagter) die Cafeteria zur Benutzung und dieser bezahlte ihr monatlich Fr. 1'680.– inkl. Strom zzgl. MWST und verpflichtete sich ausserdem, die Cafeteria tatsächlich, zu bestimmten Zeiten sowie mit einem von der Klägerin bestimmten Angebot zu betreiben (act. 1 S. 7; act. 6 S. 3). Mit Schreiben vom 21. April 2010 kündigte die Klägerin dem Beklagten auf betriebseigenem Briefpapier das Vertragsverhältnis auf den 31. Juli 2010 (act. 18/7 = act. 26/5).

- 4 -

#### E. 1.2

Mit Eingabe vom 23. Juli 2010 gelangte der Beklagte an die Schlichtungsbehörde des Bezirkes Bülach und verlangte die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung vom 21. April 2010 sowie Fr. 50'580.85 von der Klägerin (act. 3/1). Die Schlichtungsbehörde entsprach mit Beschluss vom 21. Oktober 2010 ersterem Begehren und stellte die Nichtigkeit der Kündigung fest (act. 12 = 18/1).

#### E. 1.3

Mit Eingabe vom 14. Dezember 2010 gelangte die Klägerin sodann mit obgenanntem Rechtsbegehren an das Mietgericht des Bezirkes Bülach (act. 1). Das Mietgericht wies die Klage mit unbegründetem Urteil vom 29. April 2011 ab (act. 7). Das Urteil wurde in der Folge auf Ersuchen der Klägerin schriftlich begründet (act. 10 = act. 14 = act. 16).

#### E. 1.4

Mit Eingabe vom 5. Juli 2011 erhob die Klägerin gegen das Urteil des Mietgerichts des Bezirkes Bülach vom 29. April 2011 fristgerecht Berufung und beantragte es sei festzustellen, dass die Kündigung vom 21. April 2010 gültig sei bzw. eventualiter sei die Unzuständigkeit des Mietgerichts festzustellen und dessen Entscheid aufzuheben (act. 15).

#### E. 1.5

Mit Verfügung vom 27. Juli 2011 wurde der Klägerin Frist zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 5'600.– angesetzt (act. 19), welcher am 4. August 2011 bei der Obergerichtskasse einging (act. 21). Mit Verfügung vom 10. August 2011 wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt (act. 22), welche rechtzeitig mit Eingabe vom 13. September 2011 erfolgte (act. 24). Mit Schreiben vom 20. September 2011 reichte der Beklagte eine Noveneingabe zur Berufungsantwort ein (act. 27). Die Berufungsantwort und die Noveneingabe wurden der Klägerin mit Schreiben vom 27. September 2011 zugestellt (act. 29).

## **E. 2**

Anwendbares Recht Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss deren Art. 405 Abs. 1 gilt für Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Das Berufungsverfahren richtet sich demnach nach den Regeln der ZPO so-

- 5 - wie ergänzend nach den ebenfalls am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen kantonalen Verordnungen über die Gerichtsorganisation (GOG vom 10. Mai 2010) sowie zu den Gerichts- und Parteikosten (vgl. GebV OG und AnwGebV je vom 8. September 2010). Verfahren und Urteil des Mietgerichts des Bezirkes Bülach sind demgegenüber noch im Lichte des alten Rechts der ZPO/ZH und des GVG (samt zugehörigen obergerichtlichen Verordnungen) zu prüfen (vgl. Art. 404 ZPO).

## **E. 3**

Zuständigkeit Wie die Vorinstanz richtig ausführte, ist die Frage, ob im vorliegend zu beurteilenden Fall Mietrecht anwendbar ist, sowohl für die Zuständigkeit als auch für die materielle Begründetheit der Klage von Bedeutung. Zurecht wurde auf BGE 134 III 27 verwiesen und festgehalten, dass bei der Beurteilung der Zuständigkeit primär auf den eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen ist und eine doppelrelevante Tatsache, die sowohl für die Zulässigkeit der Klage als auch für deren Begründetheit von Bedeutung ist, nur einmal und zwar im Moment der Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht wird (act. 16 S. 3).

## **E. 4**

Vorinstanzliche Erwägungen und Parteivorbringen

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid zusammengefasst aus, nicht das klägerische Hauptmotiv zum Vertragsabschluss bestimme den Schwerpunkt des Vertrages, sondern es sei die Interessenlage gemäss der getroffenen vertraglichen Vereinbarung massgebend. Dem Mietvertrag komme keine untergeordnete Rolle zu, da dem Miet- und Betreibungsvertrag durch den Wegfall der Miete die Grundlage entzogen würde. Auch das klägerische Mitbestimmungs- und Weisungsrecht in Bezug auf die Verpflegung vermöge das dem Vertrag anhaftende mietrechtliche Element nicht in den Hintergrund drängen, zumal auch der Kundenkreis der Cafeteria nicht beschränkt gewesen sei. Die Vorinstanz erwog weiter, die Interessenlage habe sich so gestaltet, dass die Klägerin zur Sicherstellung der Verpflegung und zur Erzielung eines Mietzinses dem Beklagten die Cafeteria mit der Abrede einer Betriebspflicht untervermietet habe und der Beklagte sich seinerseits verpflichtet habe, hierfür einen Mietzins zu entrichten und die Cafeteria auch tatsächlich zu führen. Ein übereinstimmender schwergewichtiger Parteiwille,

- 6 - die Verpflegung der Kursteilnehmer und der Belegschaft der Klägerin sicherzustellen, sei nicht ersichtlich gewesen. Vielmehr habe das Hauptgewicht des Vertrages in der entgeltlichen Überlassung der Cafeteria gelegen (act. 16 S. 5 ff.).

#### **E. 4.2**

Die Klägerin monierte, der Schwerpunkt des Miet- und Betreibungsvertrages habe nicht bei der Miete, sondern bei der Arbeit oder Auftragserfüllung des Beklagten gelegen. Nur aus dem Umstand, dass der Beklagte in der Cafeteria auch Drittpersonen bedient und verpflegt habe, lasse sich nicht ableiten, dass es sich schwerpunktmässig um einen Mietvertrag handle. Die Erlaubnis dafür sei im Vertrag vom 18. November 2009 nicht erwähnt, da dem Beklagten dies erst zu einem späteren Zeitpunkt auf dessen Vorschlag hin gestattet worden sei (act. 15 S. 3 f.). Sie führte weiter aus, beim Mietgericht Bülach sei ein weiterer Prozess zwischen den Parteien hängig, bei welchem die Frage, ob ihre Kündigung gültig sei oder nicht, für einen Grossteil der Forderungen von Bedeutung sei (act. 15 S. 4 f.). Die Klägerin machte weiter geltend, die Hauptfeststellung in BGE 115 II 452 sei wesentlich, wonach ein Mietvertrag allein zwischen den diesbezüglichen Parteien nie zur Diskussion gestanden sei. Auch sie habe keinen Mieter gesucht, sondern jemanden, der ihre Betriebskantine führe. Darüber hinaus sprächen die Ausgestaltung der Räumlichkeiten und die Betriebszeiten gegen die Annahme eines schwergewichtigen Mietvertrages. Die Cafeteria verfüge zwar über einen eigenen Eingang, sei räumlich aber vollständig in die klägerischen Geschäftsräume eingebettet (act. 15 S. 5 f.). Die Klägerin brachte weiter vor, die Ausführungen der Vorinstanz, wonach nicht ersichtlich sei, wie der Beklagte seiner Pflicht zum Betrieb der Cafeteria ohne Mietverhältnis hätte nachkommen können, würden auf einer Fehlüberlegung basieren. Die Parteien hätten einen Zusammenarbeitsvertrag mit mietvertragsähnlichen Teilen geschlossen, die es jedoch nicht rechtfertigen würden, den vollen Mieterschutz zu gewähren. Die Zusammenarbeit hätte auch als reiner Arbeitsvertrag oder Auftrag ausgestaltet werden können. Im Übrigen habe die Vorinstanz auch ihr Weisungsrecht in Bezug auf die Verpflegung der Kursteilnehmer und die Öffnungszeiten zu wenig gewürdigt (act. 15 S.

#### **E. 4.3**

Der Beklagte machte im Wesentlichen geltend, die Erwägungen des Urteils der Vorinstanz seien zutreffend und das Urteil sei zu bestätigen. Es handle sich vorliegend um die Miete eines Geschäftsraumes im Sinne von Art. 266d OR, weshalb die mietrechtlichen Regelungen zur Anwendung kämen und deshalb für die Kündigung eine Formularpflicht bestehe. Da die Kündigung auf einem betriebseigenen Briefpapier erfolgte, sei diese nichtig (act. 24). 5. Qualifizierung des Vertrages 5.1. Als einer der wichtigsten Aspekte der Vertragsfreiheit gewährleistet der Grundsatz der Inhaltsfreiheit, dass der Inhalt eines Vertrages innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung beliebig festgelegt werden kann (vgl. BGE 123 III 42). Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag bestand die Leistungspflicht der Klägerin darin, dem Beklagten die Cafeteria zu überlassen. Die Leistungspflicht des Beklagten seinerseits bestand darin, der Klägerin monatlich Fr. 1'680.– inkl. Strom zzgl. MWST zu bezahlen. Der Beklagte war im Weiteren verpflichtet, die Cafeteria während bestimmter Öffnungszeiten mit einem von der Klägerin festgelegten Mindestangebot an Verpflegung zu betreiben (act. 1 S. 7). Die Klägerin wollte durch dieses Angebot die Verpflegung ihrer Kursteilnehmer und Angestellten gewährleisten, wobei das Verpflegungsangebot auch an Drittpersonen gerichtet war (act. 15 S. 4). 5.2. Es stellt sich nun die Frage, wie dieses Vertragsverhältnis zu qualifizieren ist. Die Klägerin beschreibt

die Verpflichtungen der Parteien als Vertrag, der "kein reines Arbeits- oder Auftragsverhältnis war, sondern auch gewisse mietvertragliche oder mietvertragsähnliche Elemente enthielt" (act. 15 S. 7). Beim Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes (Art. 319 Abs. 1 OR). Beim Auftrag hingegen verpflichtet sich der Auftragsnehmer, das ihm übertragene Geschäft vertragsgemäss zu besorgen und der Auftraggeber – soweit verabredet oder üblich – eine Vergütung zu leisten (Art. 394 OR).

- 8 - Inwiefern die Klägerin im Vertragsverhältnis der Parteien wesentliche arbeits- oder auftragsrechtliche Merkmale erblickte, ist unklar. Sie führte selber aus, ihre Hauptleistung sei das Zur-Verfügung-Stellen der Cafeteria gewesen (act. 15 S. 7). Dass die Entrichtung eines Lohnes oder einer Vergütung an den Beklagten vereinbart gewesen wäre, wird nicht geltend gemacht. Es war vielmehr der Beklagte, der der Klägerin einen monatlichen Betrag entrichtete. Weiter führte die Klägerin aus, der Beklagte habe die Cafeteria mit weitgehenden Freiheiten bei der Ausgestaltung und Führung auf eigene Rechnung betrieben (act. 1 S. 6). Der Beklagte arbeitete demnach nicht für die Klägerin und war auch nicht in ihrem Auftrag tätig, führte er den Betrieb der Cafeteria doch selbständig und auf eigene Rechnung. Der Umstand allein, dass der Beklagte dabei gewisse vertraglich vereinbarte Verpflichtungen einzuhalten hatte, vermag an dieser Sachlage nichts zu ändern. Die beiden Vertragstypen Arbeitsvertrag und Auftrag passen folglich nicht auf das vorliegende Vertragsverhältnis. Es kann der Klägerin jedoch insoweit beigespflichtet werden, dass es durchaus denkbar gewesen wäre, das Vertragsverhältnis über den Cafeteriabetrieb so auszugestalten, dass ein Arbeits- oder Auftragsverhältnis bestanden hätte. Die Leistungspflichten der Parteien wären dann aber andere gewesen. Es stellt sich vorliegend allerdings nicht die Frage, wie das Vertragsverhältnis hätte ausgestaltet werden können, sondern was die Parteien tatsächlich vereinbart haben. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin sind demnach nicht weiter zu vertiefen. 5.3. Die Vorinstanz qualifizierte das Vertragsverhältnis als Untermietvertrag (die Klägerin ist selber Mieterin der Geschäftsliegenschaft) über einen Geschäftsraum mit der Abrede einer Betriebspflicht, wobei sie zutreffend festhielt, die Unterscheidung zwischen Pacht oder einem gemischten Vertrag mit Schwergewicht auf dem mietrechtlichen Element sei letztlich für die Beurteilung der Klage nicht entscheidend (act. 16 S. 8 f.). Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu bezahlen (Art. 253 OR). Das Gesetz definiert den Begriff des Ge-

- 9 - schäftsraumes nicht. Der Raumbegriff ist indes weit auszulegen (BGE 124 III 108), zumal unter Geschäftsraum jeder Raum zu verstehen ist, der dem Betrieb eines Gewerbes oder im weiteren Sinne der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dient (BGE 118 II 40; BGE 113 II 406). Der von den Parteien geschlossene Vertrag weist alle wesentlichen Vertragsmerkmale der Mietauf. Die Cafeteria kann darüber hinaus ohne Weiteres als Geschäftsraum bezeichnet werden, erzielte der Beklagte doch seine Einnahmen durch den Betrieb dieser Cafeteria (act. 15 S. 5). Die Vorinstanz hat bezüglich Abgrenzung von Mietauf und Pacht richtig festgehalten, dass – wie vorliegend – Mietauf vorliege, wenn im Rahmen der Ausübung der eigenen Erwerbstätigkeit in der überlassenen Lokalität der vom Benutzer erzielte Ertrag in erster Linie Folge seiner eigenen unternehmerischen Tätigkeit ist (SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 26 zu

Vorbemerkungen Art. 253-274g OR). Auch die räumliche Einbettung der Cafeteria in die Geschäftsräumlichkeiten der Klägerin vermag an den vorstehenden Ausführungen nichts zu ändern, handelt es sich bei der Cafeteria doch um einen gesonderten Raum, der zumindest über einen eigenen Eingang verfügt (act. 15 S. 6). Es kann demnach zusammenfassend festgehalten werden, dass die Parteien einen Mietvertrag über einen Geschäftsraum geschlossen haben. Die Verpflichtung des Beklagten, gewisse klägerische Mindestvorgaben zu befolgen, kann, obgleich das Mietrecht grundsätzlich keine solchen Verpflichtungen vorsieht, vertraglich vereinbart werden. Aber auch ohne besondere Abrede ist in manchen Fällen eine eigentliche Bewirtschaftungspflicht des Mieters als Ausfluss der Sorgfaltspflicht schon nach Treu und Glauben zu bejahen. Dies trifft vor allem dann zu, wenn gewerbliche Mietobjekte mit besonderer Zweckbestimmung in Frage stehen, deren Wert, insbesondere der Kundenschaftswert, durch eine schlechte Betriebsführung beeinträchtigt würde (vgl. BGE 103 II 247). Die Verpflichtung des Beklagten, die Cafeteria während bestimmter Öffnungszeiten mit einem von der Klägerin festgelegten Mindestangebot an Verpflegung zu betreiben, ist somit entgegen den klägerischen Ausführungen nicht als arbeits- oder auftragsrechtliches Element im Sinne eines gemischten Vertragsverhältnisses zu betrachten. Gemischte Verträge sind einheitliche Verträge, in denen Merkmale

- 10 - verschiedener Vertragstypen kombiniert werden. Entscheidend ist, dass die verschiedenen Leistungen als zusammengehörend, also in ihrer Verbindung miteinander geschuldet werden. Kommt dem atypischen Element lediglich untergeordnete Bedeutung zu, so spricht man von einem typischen Vertrag mit Beimischung, der nicht mehr als Innominatvertrag aufzufassen ist. In solchen Fällen regiert das Recht des Typus der Hauptleistung den ganzen Vertrag (BSK OR I-Amstutz/Schluop, Einl. vor Art. 184 ff. N 7). Es ist demnach nicht von einem gemischten Vertrag, sondern von einem Mietvertrag mit der Abrede einer Betriebspflicht auszugehen. Selbst wenn vorliegend von einem gemischten Vertrag mit arbeits- oder auftragsrechtlichen Elementen auszugehen wäre, ist unverkennbar das mietrechtliche Element wesentlich, weshalb der Vertrag auch dann wiederum den mietrechtlichen Schutzbestimmungen unterstehen würde. Die Klägerin machte geltend, der Vertrag sei nur zustande gekommen, weil sie einen Betreiber für die Cafeteria zum Zwecke der Verpflegung der Kursteilnehmer und Angestellten gesucht habe. Der Umstand, dass auch Drittpersonen bedient und verpflegt worden seien, vermöge den Vertragsschwerpunkt nicht zu begründen (act. 15 S. 3 f.). Es kann hierzu in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Beklagten festgehalten werden, dass nicht der eigene Beweggrund für den Vertragsabschluss als relevantes Kriterium für die Qualifikation des Vertrages heranzuziehen ist (act. 24 S. 3). Hinsichtlich der Feststellung des Zustandekommens einer vertraglichen Einigung ist vielmehr auf den geäußerten Willen der Parteien und nicht auf deren innere Vorstellungen abzustellen. Massgebend ist die Deutung, die der Adressat der Erklärung dieser unter den gegebenen Umständen in guten Treuen beilegen durfte (BSK OR-Bucher, Art. 1 N 5 f.). Die Parteien haben einen Untermietvertrag über eine Cafeteria mit der Abrede einer Betriebspflicht geschlossen. Dadurch konnte auch der von der Klägerin verfolgte Zweck, die Gewährleistung der Verpflegung der Kursteilnehmer und Angestellten, umgesetzt werden. Der klägerische Einwand, dass allein der Umstand, dass der Beklagte auch Drittpersonen verpflegte, für die Anwendung der mietrechtlichen Bestimmungen entscheidend sei, geht fehl, da dies für die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses nicht wesentlich ist. Im Weiteren ist darüber, dass ein Mietvertrag alleine, ohne Betriebspflicht, nie zur Diskussion gestanden sei

(act. 15

- 11 - S. 6 f.), nicht zu befinden, haben die Parteien ja ausdrücklich einen Mietvertrag mit einer Betriebspflicht vereinbart. Die klägerische Darlegung, wonach zwischen den Parteien ein weiterer Prozess am Mietgericht Bülach hängig sei (act. 15 S. 4 f.), ist vorliegend nicht von Bedeutung, weshalb sich diesbezügliche Ausführungen erübrigen. 5.4. Aus den dargelegten Umständen ergibt sich, dass die Würdigung der Vorinstanz zu bestätigen ist und es sich beim Vertragsverhältnis um einen Untermietvertrag über einen Geschäftsraum mit der Abrede einer Betriebspflicht handelt.

#### **E. 6**

**Gültigkeit der Kündigung** Der Vermieter muss mit einem Formular kündigen, das vom Kanton genehmigt ist und das angibt, wie der Mieter vorzugehen hat, wenn er die Kündigung anfechten oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen will (Art. 266 Abs. 2 OR). Die Kündigung der Klägerin vom 21. April 2010 auf den 31. Juli 2010 erfolgte auf betriebseigenem Briefpapier und folglich nicht auf dem vorgeschriebenen amtlichen Formular (act. 26/5). Im Weiteren führte die Klägerin selbst aus, sie anerkenne, dass die Kündigung dann, wenn die Kündigungsschutzbestimmungen des Mietrechts Anwendung fänden, nichtig sei (act. 1 S. 11). Die Kündigung vom 21. April 2010 ist folglich nichtig, und die Klage ist abzuweisen.

#### **E. 7**

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

- 13 - 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. 90'700.– (gerundet). Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. K. Graf versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.