

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190070-O/U

Mitwirkend: Die Oberrichterinnen Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, und
Dr. S. Janssen, Oberrichter Dr. M. Kriech und Gerichtsschreiber
MLaw H. Schinz

Beschluss und Urteil vom 27. Februar 2020

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung,
vom 4. November 2019 (CG170049-L)**

Rechtsbegehren des Klägers:

(Urk. 2 S. 2, Urk. 36 S. 2, Urk. 51 S. 2 und Urk. 56 S. 1 f.)

1. ...
2. ...
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 110'240.– nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 8. August 2017 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 814.35 nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 29. Januar 2019 zu bezahlen.
5. Unter Vorbehalt der Klageerweiterung/des Nachklagerechts.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich MwSt, zu Lasten der Beklagten, zuzüglich Kosten und Entschädigung für das Schlichtungsverfahren zu Lasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten:

(Urk. 13 S. 2; Urk. 65 S. 2)

1. ...
2. Es sei der Kläger, sollte die Klage gestützt auf die Rechtsbegehren 1 und 2 insoweit gutgeheissen werden, dass er ermächtigt würde, die von der Beklagten und dem gemeinsamen Sohn C. _____ bewohnte Wohnung an der D. _____-Strasse ... in E. _____ zu kündigen, zu verpflichten, für die Wohnkosten einer Ersatzwohnung CHF 3'500.– pro Monat (im Rahmen der Unterhaltsleistungen gemäss Widerklage) an die Beklagte zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Klägers.

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 4. November 2019:

(Urk. 78 S. 26 f.)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 100'064.– nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 14. September 2017 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Forderung abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 814.35 nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 29. Januar 2019 zu bezahlen.

3. Das Rechtsbegehren Ziff. 2 der Beklagten wird als gegenstandslos abgeschrieben.

4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'600.–; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 337.50 Dolmetscherkosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten des Entscheids werden der Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

6. Dem Kläger wird der von ihm geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– zurückerstattet.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 8'625.– zzgl. 7.7 % MwSt. sowie Fr. 600.– (Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.

8. Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Beklagten RA lic. iur. X. _____ wird mit separater Verfügung entschädigt.

(9./10. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 77 S. 2):

„Es seien die vorinstanzlichen Ziff. 1, 5, 6 und 7 aufzuheben und mithin die Klage mit Ausnahme des Betrages gemäss vorinstanzlicher Dispositiv Ziff. 2 abzuweisen.“

Unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren.“

Erwägungen:

I.

Die Parteien sind die unverheirateten Eltern eines Sohnes, C._____, geboren am tt.mm 2014. Sie lebten während ihrer Paarbeziehung, welche im Herbst 2015 endgültig endete, nie zusammen. Am 9. Juli 2014 hatten die Parteien einen Mietvertrag für eine 3 1/2-Zimmer-Wohnung an der D._____-Strasse ... in E._____ unterzeichnet, die Beklagte als Mieterin, der Kläger als Solidarhaftender. Am 14. Juli 2014 unterschrieben sie ein „AGREEMENT RELATING TO THE RENTAL OF THE APARTMENT ON D._____-STRASSE 14, E._____“ (nachfolgend Agreement), welches vorsah, dass die Beklagte sich mit 25 % ihres Bruttoeinkommens an den Mietkosten beteilige und der Kläger den Rest der Mietkosten übernehme. Der Kläger zahlte von Beginn weg die Mietzinsen für die Wohnung an der D._____-Strasse. Im Dezember 2015 kündigte er das Agreement gestützt auf dessen Ziffer 12. Die Beklagte weigerte sich in der Folge, die Wohnung zu kündigen. Schliesslich kündigten die Parteien die Wohnung ausserterminlich per 30. November 2018. Per Mitte Dezember 2018 konnte ein Nachmieter gefunden werden. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Parteien eine einfache Gesellschaft gebildet hätten und der Kläger das Gesellschaftsverhältnis am 26. Dezember 2016 gekündigt habe. Der nächstmögliche ordentliche Kündigungstermin sei der 30. Juni 2016 gewesen, weil die „Wohnungskündigung“ des Klägers erst am 7. Januar 2016 bei der Vermieterschaft eingegangen sei. Für die vom Kläger bezahlten Mietzinsen ab 1. Juli 2016 bis 15. Dezember 2018 verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte, ihm Schadenersatz in der Höhe von Fr. 100'064.– zu bezahlen. Die Beklagte macht in ihrer Berufungsschrift u.a. geltend, die Parteien hätten über das Agreement hinaus einen umfassenderen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen.

II.

Die Klage samt Klagebewilligung ging am 31. Mai 2017 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1 und 2). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefoch-

tenen Entscheid entnommen werden (Urk. 78 S. 5 f.). Gegen das am 4. November 2019 ergangene Urteil hat die Beklagte mit Eingabe vom 13. Dezember 2019 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 74 und 77). Da sich diese als offensichtlich unbegründet erweist, wurde keine Berufungsantwort eingeholt (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

III.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Die Berufungsklägerin hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen der Berufungsklägerin auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich die Berufungsklägerin in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegrün-

dung. Auch hier muss sich die Berufungsklägerin mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, m.w.H.).

2. Die Dispositivziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist (Art. 315 Abs. 1 ZPO; zu den Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

IV.

1. Die Beklagte macht in ihrer Berufungsschrift geltend, die Parteien hätten einen umfassenderen einfachen Gesellschaftsvertrag als das Agreement abgeschlossen, um das unkonventionelle Familienmodell zu regeln, wobei sie zusätzlich zum Agreement festgelegt hätten, dass der Kläger der Beklagten monatlich Fr. 2'500.– überweisen und die Krippenkosten übernehmen würde. Ab September 2014 bis 31. Dezember 2015 habe er diese finanziellen Leistungen erbracht. Von Januar bis April 2016 habe er die monatlichen Überweisungen auf Fr. 1'000.– re-

duziert und ab Mai 2016 gänzlich eingestellt wie auch die Krippenkosten nicht mehr bezahlt. Die Vorinstanz habe unter dem Titel „Bedingung und Umfang des Gesellschaftsvertrags“ ausgeführt, dass gemäss Agreement die Mietzahlungen des Klägers für die Beklagte nicht anstelle von Kinderunterhaltungspflichten erfolgen würden, aber an dessen Wohnkosten anzurechnen seien. Die durch den Kläger zusätzlich geleisteten Zahlungen könnten in Erfüllung von Kinderunterhaltungspflichten erfolgt sein, was hinsichtlich der Krippenkosten offensichtlich erscheine. Eine Verknüpfung zwischen Kindesunterhalt und Kündigung der einfachen Gesellschaft betreffend Miete der D.____-Strasse ergebe sich jedoch nicht aus dem Agreement, dies umso mehr, als die Wohnungsmiete mit diesem Agreement klar vom Kindesunterhalt, mit Ausnahme des Wohnkostenanteils, abgegrenzt werde. Gemäss Beklagter werde dabei nun aber übersehen, dass bei den vertraglichen Abmachungen der Parteien im Sommer 2014 das Bedürfnis nach Schriftlichkeit nur in Bezug auf den mit einem Drittvermieter geschlossenen Mietvertrag (D.____-Strasse) bestanden habe, während die übrigen Regelungspunkte lediglich intern mündlich vereinbart und dann auch praktiziert worden seien. Hinzu komme, dass in jenem Zeitpunkt das neue Kindesunterhaltsrecht noch nicht in Kraft getreten sei. Dieses sehe bekanntlich vor, dass die Diskriminierung von nicht ehelichen Kindern möglichst beseitigt werden solle, indem im Vergleich zu früher, insbesondere bei entsprechenden finanziellen Verhältnissen, zusätzlich zum Barunterhalt auch ein Betreuungsunterhalt geleistet werden solle. Die Parteien hätten mit dem umfassenden einfachen Gesellschaftsvertrag gewissermassen im Vorgriff auf die neue gesetzliche Regelung untereinander, d.h. zwischen sich als Eltern, vereinbart, dass unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Paarbeziehung die optimale Betreuung und Erziehung des gemeinsamen Sohnes C.____ geregelt und sichergestellt und dabei den „höchst unterschiedlichen finanziellen Unterschieden“ Rechnung getragen werden solle (Urk. 77 S. 4-6).

Die Vorinstanz erwäge sodann, dass in Frage stehe, ob die Kündigung des Agreements gültig sei, wenn es sich bei den zusätzlichen Zahlungen um eine konkludent vereinbarte Unterhaltungspflicht des Klägers gegenüber der Beklagten gehandelt habe. Eine entsprechende Bedingung würde mithin den Anspruch des Klägers auf Kündigung der Wohnung aufheben. Dabei sei – so die Beklagte –

klarzustellen, dass sie sehr wohl stets geltend gemacht habe, die vom Kläger ab September 2014 zusätzlich geleisteten Zahlungen würden sich auf eine Parteienvereinbarung abstützen, d.h. seien so im Sommer 2014 mündlich abgemacht worden. Die Vorinstanz fahre fort, dass es sich bei der nicht ehelichen Beziehung um einen formlos begründbaren, grundsätzlich auf Dauer eingegangenen Innominatkontrakt handle. Eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR könne ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden. Mit der Annahme von stillschweigend geschlossenen einfachen Gesellschaften bei eheähnlichen Lebensgemeinschaften solle indes Zurückhaltung geübt werden. Sie dürften auch keine übermässige Bindung entgegen Art. 27 ZGB herbeiführen, da jeglicher Zwang zur Aufrechterhaltung der Partnerschaft dagegen verstossen würde. Dabei werde nun aber übersehen, dass es vorliegend nicht um eine eheähnliche Lebensgemeinschaft und auch nicht um einen Zwang zur Aufrechterhaltung einer Partnerschaft in Verletzung von Art. 27 ZGB gehe, sondern schlicht darum, die gegenseitigen Aufgaben im Hinblick auf das gemeinsame Kind festzulegen. Die Beklagte sollte instand gesetzt werden, sich um C._____ zu kümmern und daneben ihrer kaum Einkommen erbringenden künstlerischen Tätigkeit als Malerin nachzugehen, während der Kläger die für das Wohl von Sohn und Mutter erforderlichen finanziellen Mittel bereitstellen sollte, zumal dies für ihn ein Leichtes gewesen sei. Es treffe zwar zu, dass es sich ausschliesslich auf die Mietwohnung D._____ -Strasse ... beziehenden schriftlichen Agreement die Freiwilligkeit der Leistungen betont werde. Dies sollte aber keineswegs die grundsätzliche Freiwilligkeit der Zahlungen bedeuten, auf die sich die Parteien im Sommer 2014 geeinigt hätten; vielmehr habe sich dieser Passus im Agreement lediglich auf die D._____ -Strasse ... bezogen. Es sollte mithin sichergestellt werden, dass der Beklagten nicht ein unlimitierter Anspruch auf Verbleib in der Wohnung D._____ -Strasse ... zustünde, aber ebenso verbindlich sollte bleiben, dass die gesamten Leistungen des Klägers zu Gunsten der Mutter des gemeinsamen Kindes, die ja dann eben auch C._____ zugutegekommen seien, bestehen bleiben sollten. Dazu hätten eben Wohnungskosten in der Grössenordnung eines Mietzinses von ca. Fr. 3'500.- pro Monat gehört, wie es bei der D._____ -Strasse ... der Fall gewesen sei. Dies habe mithin bedeutet, dass der Mietvertrag betreffend D._____ -Strasse ... und das Agree-

ment sehr wohl aufgekündigt werden konnten, sofern Ersatzwohnkosten in besagter Höhe gedeckt würden. Es sei nicht einzusehen, warum damit ein Verstoss gegen Art. 27 ZGB einhergehen solle, wenn ein Vater sich gegenüber der Mutter des gemeinsamen Kindes verpflichte, bis zur Mündigkeit des gemeinsamen Kindes finanzielle Leistungen zu erbringen, welche angesichts seiner finanziellen Verhältnisse auch nicht im Geringsten zu einer Einschränkung zu seinen Lasten führten. Die vorinstanzliche Einschätzung, der von der Beklagten geltend gemachte Umfang der Vereinbarung sei trotz den ja auch effektiv geleisteten Zahlungen nicht anzunehmen, da die Parteien nicht gemeinsam in einem Haushalt gelebt hätten, übersehe, dass es um eine zwischen den Parteien als Eltern getroffene Vereinbarung gegangen sei, welche keineswegs von einem gemeinsamen Haushalt, sondern von einer gemeinsamen Aufgabe bezüglich des gemeinsamen Sohnes ausgegangen sei. Die unbestrittenen Zahlungen des Klägers ab September 2014, welche er dann erst im Jahre 2016 nicht mehr habe einhalten wollen, seien konkludent gar nicht anders zu verstehen als (die) Erfüllung einer Vereinbarung, welche den tatsächlichen Lebensverhältnissen in angemessener Weise Rechnung getragen habe. Es sei zwar richtig, dass auch eine solche umfassende Vereinbarung grundsätzlich kündbar sei, aber keineswegs willkürlich grundlos und ohne angepasste Ersatzregelung. Die Vorinstanz vertrete die Auffassung, das Agreement habe die dispositive gesetzliche Regelung in Art. 546 Abs. 1 OR derogiert. Dabei werde der Kontext mit den mündlich und konkludent zusätzlich getroffenen Vereinbarungen übersehen. Der Kläger habe zwar darauf verweisen können, dass er aus dem Vertrag betreffend D. _____-Strasse ... ausscheiden wolle, er habe aber bereit sein müssen, Ersatzwohnkosten in entsprechender Höhe zu decken, was er indes stets verweigert habe. Vielmehr habe er sich gegen die von ihm zuvor eingegangenen Zahlungsverpflichtungen gewandt und habe keinerlei Leistungen mehr an die Beklagte, weder zu ihren Gunsten noch zu Gunsten des gemeinsamen Sohnes, erbringen wollen, weshalb dann auch eine separate Unterhaltsklage habe anhängig gemacht werden müssen (Urk. 77 S. 6-10).

Die Beklagte hält in ihrer Berufungsschrift abschliessend fest, der Kläger habe keinen Anspruch darauf gehabt, sich ohne jegliche Ersatzverpflichtungen,

die sich aus dem umfassenderen Vertrag der Parteien ergeben hätten, einfach so den Verpflichtungen aus dem Agreement zu entziehen. Hätte er sich bereit erklärt, finanzielle Leistungen für Mutter und Sohn zu erbringen, hätte er auf der Kündigung und entsprechenden Mitwirkung der Beklagten betreffend den Mietvertrag D. _____-Strasse ... bestehen können. Sein Bestreben sei aber dahin gegangen, Mutter und Kind gewissermassen auf die Strasse zu befördern bzw. den Vater der Beklagten dazu zu zwingen, für Tochter und Enkel einzuspringen. Indem der Kläger sich geweigert habe, die Verpflichtungen zu Gunsten von Mutter und Sohn weiterhin zu erfüllen, die keineswegs an das Bestehen einer Paarbeziehung geknüpft gewesen seien, sei ihm kein Kündigungsrecht zugekommen. Vielmehr sei die Beklagte gezwungen gewesen, am Mietvertrag so lange festzuhalten, bis sie eine Ersatzwohnung gefunden habe. Die Beklagte habe keine vertragliche Verpflichtung verletzt und sei daher auch nicht schadenersatzpflichtig geworden. Sie habe sich rechtmässig verhalten. Dem Kläger komme kein Schadenersatzanspruch zu. Die Klage sei daher abzuweisen (Urk. 77 S. 10 f.).

2. a) Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob die im Agreement vorgesehene Kündigungsmöglichkeit unter der ungeschriebenen Bedingung stand, dass der Kläger eine konkludent vereinbarte Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten erfüllen würde. Eine konkret mündlich geschlossene Vereinbarung behauptete die Beklagte nicht. Damit stelle sich die Frage, ob aus den erfolgten Zahlungen unter den bestehenden Umständen auf die behauptete konkludente Vereinbarung geschlossen werden könne (Urk. 78 S. 15). Die Parteien hätten unstrittig nicht eine eheähnliche Lebensgemeinschaft gebildet, sondern in getrennten Wohnungen gelebt und offenbar auch mit strikt getrennten Finanzen (kein gemeinsames Haushaltskonto), wenngleich sie eine Paarbeziehung geführt hätten. Der Kläger habe unstrittig die Zahlungen gemäss Agreement und zeitweise stillschweigend zusätzliche Zahlungen an die Beklagte geleistet. Im Agreement werde die Freiwilligkeit der Leistungen, dass daraus kein Anspruch für die Zukunft abgeleitet und das Agreement jederzeit gekündigt werden könne, betont. Eine Bedingung als Kündigungsvoraussetzung würde das Agreement nicht nur ergänzen, sondern dessen von Freiwilligkeit des Klägers zur Zahlung von Leistungen geprägten Charakter ins Gegenteil verkehren. Auf eine Vereinbarung, die dem schriftlichen Agreement

zu widersprechen scheine, lasse sich aus den Zahlungen des Klägers nicht schliessen. Der Inhalt des Agreements spreche klar gegen einen solchen Rückschluss. Die Manifestierung einer konkludenten Vereinbarung durch geleistete Zahlungen sei auch deswegen nicht anzunehmen, da die Leistungen ebenso gut "freiwillig" oder in Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber dem Sohn geleistet worden sein könnten. Der Rückschluss auf eine konkludente Vereinbarung eines Unterhaltsanspruchs der Beklagten, dessen Erfüllung als zusätzliche, nicht im Agreement aufgeführte Bedingung der Kündigung des Agreements gelten solle, lasse sich nicht ziehen (Urk. 78 S. 16 f.).

b) Die Vorinstanz hat mit diesen Ausführungen dreierlei zum Ausdruck gebracht: Erstens ist sie der Auffassung, die Beklagte habe keine konkrete Vereinbarung behauptet, welche die Parteien mündlich neben dem Agreement geschlossen hätten (dazu nachfolgend lit. c). Zweitens hat die Vorinstanz es abgelehnt, gestützt auf die ausserhalb des Agreements erfolgten Zahlungen auf eine entsprechende konkludente Vereinbarung zu schliessen (nachfolgend lit. d). Und drittens hat die Vorinstanz eine Auslegung des Agreements hinsichtlich der Kündigungsklausel insbesondere gestützt auf dessen Wortlaut vorgenommen und dabei auch die vom Kläger nicht gestützt auf das Agreement geleisteten Zahlungen an die Beklagte berücksichtigt (nachfolgend lit. e).

c) In ihrer Berufungsschrift erklärt die Beklagte, die Parteien hätten über das Agreement hinaus mündliche Abmachungen getroffen, ohne indessen durch präzise Verweisungen auf das vor Vorinstanz Vorgetragene aufzuzeigen, wo sie solche mündlichen Abmachungen hinreichend genau behauptet habe. Damit kommt sie ihrer Rügepflicht (vorn Erw. II/1) nicht nach. Die Durchführung eines Beweisverfahrens zu – vom Kläger bestrittenen (Urk. 36 S. 5) – mündlichen Vereinbarungen kann unter diesen Umständen unterbleiben, wobei die Beklagte nicht einmal geltend macht, Beweise seien zu Unrecht nicht abgenommen worden. Eine ausdrückliche mündliche Vereinbarung neben dem Agreement ist nicht erwiesen.

d) Bei der konkludenten Willensäusserung kommt der Wille des Erklärenden, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen, nicht unmittelbar in der Erklärung zum Ausdruck, sondern ergibt sich lediglich mittelbar aus dem Verhalten des

Erklärenden oder anderen Umständen. Um aus dem Verhalten des Erklärenden oder anderen Umständen auf einen bestimmten Rechtsfolgwillen schliessen zu können, müssen hinreichend schlüssige, tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sein, die nach Treu und Glauben keine andere Schlussfolgerung zulassen. Der Empfänger der Äusserung wird nur dann in seinem Vertrauen auf einen bestimmten Rechtsfolgwillen des Erklärenden geschützt, wenn dessen Verhalten bzw. andere Umstände nach Treu und Glauben nur den Schluss auf diesen Rechtsfolgwillen zulassen (BK OR-Müller, Art. 1 N 38 f., m.w.H.). Die Beklagte führt lediglich aus, die Zahlungen des Klägers ab September 2014 seien konkludent gar nicht anders zu verstehen als (die) Erfüllung einer Vereinbarung, welche den tatsächlichen Lebensverhältnissen in angemessener Weise Rechnung getragen habe. Weshalb das so sein soll, ist nicht ersichtlich. Regelmässige Zahlungen können freiwillig, ohne Rechtsfolgwillen, geleistet werden oder den Willen des Leistenden zum Ausdruck bringen, eine entsprechende Leistungspflicht zu begründen (vgl. BK OR-Müller, Art. 1 N 18). Die Vorinstanz hat richtig erkannt, dass vorliegend die Umstände gegen eine konkludent vereinbarte Unterhaltspflicht des Klägers sprechen. Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beklagte nicht auseinander. Aus den vom Kläger ab September 2014 bis April 2016 ausserhalb des Agreements geleisteten Zahlungen kann nicht auf eine entsprechende vertragliche Übereinkunft geschlossen werden.

e) Steht nicht fest, dass die Parteien neben dem Agreement mündliche Vereinbarungen getroffen haben, die jenes ergänzten, so prüfte die Vorinstanz zu Recht, ob der Kläger das Agreement gestützt auf die darin enthaltenen Kündigungsbestimmungen kündigen konnte. Was die Parteien im Einzelnen vereinbart haben, bestimmt sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln. Danach ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Beim Willen der Parteien handelt es sich um eine innere Tatsache, über die Beweis geführt werden kann (ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 315 und N 361). Der übereinstimmende tatsächliche Parteiwille ist mittels Indizien zu ergründen. Dazu gehören der Wortlaut der Erklärungen, die gesamten Begleitumstände beim Vertragsabschluss, der Vertragszweck, die Beweggründe der Partei-

en, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGE 129 III 675 E. 2.3; BGer 4A_200/2015 vom 03.09.2015, E. 4.1.1; BGer 4C.62/2006 vom 21.04.2006, E. 3.1; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 11 f., N 19 und N 26 ff.). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektivierte Vertragsauslegung; statt vieler: BGE 131 III 606 E. 4.1; BGer 4C.120/2006 vom 30.06.2006, E. 2.3; ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 356). Dabei ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck zu berücksichtigen, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 132 III 24 E. 4, mit Hinweis auf ZK OR-Jäggi/ Gauch, Art. 18 N 370 ff., insb. N 384).

Die Vorinstanz hat keinen wirklichen übereinstimmenden Willen der Parteien hinsichtlich der Bedeutung der Kündigungsklausel festgestellt. Dies wird von der Beklagten nicht beanstandet. Mittels (objektivierter) Vertragsauslegung gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die Kündigung des Agreements nicht an weitere Bedingungen geknüpft war, entgegen dem, was die Beklagte geltend gemacht hatte. Dabei ging die Vorinstanz zu Recht vom Wortlaut des Agreements aus. Die Kündigungsbestimmungen lauten wie folgt (Urk. 78 S. 10 f.):

“TERMINATION

- 12) The Agreement between the parties to jointly rent the Apartment may be terminated by either party. Notification should be in writing.
- 13) Any decision to terminate this agreement does not alter the financial obligations made under the Rental Contract with F._____ Immobilien, and both A._____ and B._____ remain financially responsible as described in Articles [4-10] until the Rental Contract is legally concluded as per Swiss law.
- 14) If the termination to end this Agreement results that either party decides to also terminate the apartment Rental Contract, then
 - a) Both parties agree to cooperate in the orderly and timely termination of the Rental Contract according to the terms of said contract with the Landlord.
 - b) Upon the declaration by either party of the intent to terminate the Agreement, both parties will, separately or together, inform the Landlord, no later than at the next possible termination deadline, of their desire to terminate the Rental Contract.

Failure by either party to promptly notify the Landlord of the desire to terminate the Rental Contract may result in additional and unnecessary rental costs. Any financial damages resulting from a delay in the termination of the Rental Contract will be the responsibility of the party responsible for the delay, and the party at fault will compensate the other renter for such damages.

... ”

Aus dem Wortlaut des Agreements ergibt sich nicht, dass dessen Kündigung an die Bedingung geknüpft war, wonach der Kläger der Beklagten weiterhin monatlich ca. Fr. 3'500.– an die Wohnkosten sowie Fr. 2'500.– und die Krippenkosten bezahlen würde. Die Vorinstanz hat zudem zu Recht den Freiwilligkeitsvorbehalt im Agreement berücksichtigt, der wie folgt lautet (Urk. 78 S. 9):

“2) Mr B._____ will not be primarily resident in the Apartment and is co-signing the rental contract as a financial assistance to Ms A._____. This assistance is provided at-will and the provision thereof does not constitute any guarantee, implicit or explicit, for the future.”

Wenn die Beklagte behauptet, der Freiwilligkeitsvorbehalt beziehe sich nur auf die Wohnung an der D._____ -Strasse ..., so ist dies zwar zutreffend. Die Übernahme anderer Wohnkosten und weitere Zahlungen zugunsten der Beklagten sind aber nicht Gegenstand des Agreements, und wie gesehen konnte die Beklagte weitere rechtsverbindliche Abmachungen zwischen den Parteien nicht nachweisen. Daher ist der vorinstanzliche Schluss nicht zu beanstanden, wonach das Kündigungsrecht des Klägers nicht an die von der Beklagten behaupteten Bedingungen geknüpft war.

3. a) Die Vorinstanz erwog weiter, eine Vereinbarung, wonach die Kündigung der einfachen Gesellschaft von der Leistung von regelmässigen Unterhaltszahlungen abhängig sei, wäre nichtig. Diese Unterhaltszahlungen erschienen entweder als eine Art von "Entschädigung" oder als Pflicht des Klägers zu einem "Unterhalt nach der Beziehung" an die Beklagte. Vereinbarungen über Lebensgemeinschaften hätten ihre Grenzen. Sie dürften – wie jede andere vertragliche Bindung – keine übermässige Bindung herbeiführen. Dies würde gegen Art. 27 ZGB verstossen. Jeglicher Zwang zur Aufrechterhaltung der Partnerschaft stelle einen solchen Verstoß dar. Folglich gälten "Entschädigungen" wegen der Auflösung der Gemeinschaft als Verstoß gegen Art. 27 ZGB. Aus diesem Grund kön-

ne maximal in bescheidenem Umfang eine Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Auflösung der Gemeinschaft vereinbart werden. Selbst wenn man entgegen vorstehender Erwägungen eine eheähnliche Beziehung, verbunden mit einer Unterhaltspflicht nach der Beziehung annehmen würde, so wäre diese „ebenso maximal“ in bescheidenem Umfange möglich. Eine seit September 2014 geltende Bedingung zu Unterhaltszahlungen von Fr. 2'500.– pro Monat zuzüglich der Krippen- oder Kindergartenkosten entspreche nicht dem zulässigen bescheidenen Umfange. Eine entsprechende konkludent geschlossene Verpflichtung durch praktizierte Leistungen erschiene klar übermässig und könnte nicht bindend erfolgen. Die Beklagte könnte damit nicht die Kündigung der einfachen Gesellschaft von regelmässigen Unterhaltszahlungen abhängig machen (Urk. 78 S. 16 und 17).

b) Die Parteien unterzeichneten das Agreement am 14. Juli 2014. Unbestritten ist, dass sie zu diesem Zeitpunkt noch eine Paarbeziehung führten (Urk. 78 S. 4 Erw. 1.1; Urk. 77 S. 3). Weitere mündliche Abmachungen über finanzielle Leistungen des Klägers wären nach Darstellung der Beklagten ebenfalls zu dieser Zeit getroffen worden. Die Vorinstanz hat unwidersprochen ausgeführt, auch die Beklagte gehe vom Bestehen einer einfachen Gesellschaft aus. Die Beklagte behauptete jedoch, neben der schriftlichen Regelung über die Tragung der Mietkosten im Agreement hätten die Parteien weitere mündliche Regelungen vereinbart, wobei der Beitrag der Beklagten die Haushaltarbeit und die Kinderbetreuung, derjenige des Klägers die finanzielle Versorgung gewesen sei (Urk. 78 S. 13). Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die von der Beklagten behauptete „erweiterte“ einfache Gesellschaft vor dem Hintergrund der Paarbeziehung der Parteien stand und es nicht einfach darum ging, die gegenseitigen Aufgaben im Hinblick auf das gemeinsame Kind festzulegen, wie die Beklagte geltend macht (Urk. 77 S. 7). Letzteres hat die Beklagte nicht substantiiert behauptet, geschweige denn rügt sie, es wäre darüber ein Beweisverfahren durchzuführen gewesen. Dass solche Vereinbarungen im Rahmen einer Paarbeziehung nicht gegen Art. 27 ZGB verstossen dürfen, stellt die Beklagte zu Recht nicht in Abrede. Dem Kläger musste es unbenommen bleiben, das Agreement zu kündigen, nachdem die Beziehung der Parteien im Herbst 2015 zerbrochen war.

4. Gemäss angefochtenem Urteil wurde die Kündigung durch den Kläger hinsichtlich seiner finanziellen Verpflichtungen aus dem Agreement per Ende Juni 2016 wirksam (Urk. 78 S. 22). Dies wird von der Beklagten nicht angefochten. Unangefochten blieb auch die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung des Schadens (nebst Zins), den der Kläger dadurch erlitten hat, dass die Beklagte nicht vereinbarungsgemäss zeitgleich mit dem Kläger die Wohnung an der D.____-Strasse ... gekündigt hat (Urk. 78 S. 22). Die Berufung gegen Dispositivziffer 1 des Urteils vom 4. November 2019 ist daher abzuweisen.

V.

1. Die Beklagte hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 77 S. 2). Dieses Gesuch ist abzuweisen, da sich die Berufung nach dem zuvor Ausgeführten (Erw. IV) als aussichtslos erweist (Art. 117 lit. b ZPO). Das Gesuch muss aber auch abgewiesen werden, weil die Beklagte ihre aktuellen finanziellen Verhältnisse nicht dargelegt und damit ihre Mitwirkungspflichten verletzt hat, wenn es darum geht, ihre Mittellosigkeit festzustellen (Art. 117 lit. a ZPO; Art. 119 Abs. 2 ZPO). Die Beklagte hat nämlich lediglich geschrieben, dass ihr die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. März 2018 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und sich an ihrer finanziellen Situation nichts geändert habe. Dazu hat sie auf die Akten der Geschäftsnummer FP180179 hingewiesen, welche vom Bezirksgericht Zürich beizuziehen seien (Urk. 77 S. 3). Es ist nicht Sache des Gerichts, Akten zu durchforsten, um herauszufinden, ob sich an der finanziellen Situation der Beklagten in den letzten zwei Jahren etwas geändert hat oder nicht. Eine Nachfrist, um das Gesuch zu verbessern, ist der Beklagten, welche anwaltlich vertreten ist, nicht anzusetzen (BGer 4D_69/2016 vom 28.11.2016, E. 5.4.3, m.w.H.; 4A_44/2018 vom 05.03.2018, E. 5.3, m.w.H.; 5A_949/2018 vom 04.02.2019, E. 3.2; 5A_300/2019 vom 23.07.2019, E. 2.1).

2. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffern 4-8) zu bestätigen. Die Kosten des zweitinstanzlichen

Verfahrens sind der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung ist dem Kläger mangels erheblicher Umtriebe nicht geschuldet.

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Dispositivziffern 2 und 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 4. November 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 4. November 2019 wird bestätigt, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
4. Dem Kläger wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 77, 79 und 80/2, sowie an die Vorinstanz, 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 100'064.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. Februar 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

MLaw H. Schinz

versandt am:
am