

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG110007-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 26. Januar 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Fürsprecher X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend

Mietzinsfestsetzung / Forderung

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 28. Juni 2011

(MD090069)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Pensionspreiserhöhung vom 24. September 2008 nichtig sei.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 2'497.-- nebst Zins zu 5% seit mittlerem Verfall zurückzuerstatten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,6% MWSt zulasten der Beklagten."

bezüglich Ziffer 2 erweitertes Rechtsbegehren:

(act. 42 S. 1)

- "2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 3'432.00 (22 x Fr. 156.00) nebst Zins zu 5% seit mittlerem Verfall zurückzuerstatten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Juni 2011:

(act. 72)

1. In Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 1 wird festgestellt, dass die Pensionspreiserhöhung vom 24. September 2008 auf den 1. Januar 2009 nichtig ist.
2. In Gutheissung von Ziffer 2 des erweiterten Rechtsbegehrens wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 3'432.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Dezember 2009 zu bezahlen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'820.00	;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	0.00		Barauslagen
<hr/>			
Fr.	4'820.00		Kosten total
<hr/>			
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 7'500.- (zuzüglich 7,6% MwSt.) zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilung / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 73):

- "1. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 28. Juni 2011 sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen;
2. Eventuell: Die Sache sei zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.6% bzw. 8% MWST zu Lasten des Berufungsbeklagten und Klägers."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 81):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien schlossen am 6. Oktober 2006 einen Pensions- und Pflegevertrag ab, wobei die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) als *Residenz* und der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagter) als *Pensionär* im Vertrag aufgeführt wurden. Der Vertragszweck wurde wie folgt umschrieben (Ziff. 1 des Vertrages): "Die Residenz bietet dem Pensionär mit diesem Pensionsvertrag ein umfassendes Angebot an Dienstleistungen und trägt so zu einer angenehmen Lebensform in einem freundlichen und sicheren Umfeld bei. Die Leistungen der Residenz beinhalten insbesondere Wohnen, Betreuung, Pflege, Verpflegung sowie übrige Dienstleistungen." Der Pensionspreis wurde auf Fr. 5'187.– pro Monat für eine Person angesetzt (Ziff. 3.1 des

Vertrages). Als im Pensionspreis inbegriffene Leistungen wurden aufgeführt: Wohnen (inkl. Reinigung), Verpflegung: Mittagessen, Betreuung und übrige Leistungen. Als nicht inbegriffene Leistungen wurden aufgeführt: Drittkosten und Gebühren, zusätzliche Dienstleistungen sowie Pflege und medizinische Betreuung (Ziff. 4 des Vertrages) (vgl. act. 3/3/2).

2. Mit Schreiben vom 24. September 2008 zeigte die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten per 1. Januar 2009 – nebst der Aufnahme der bis dahin separat fakturierten Pauschalen für Strom und die Anschlussgebühren für Kabelfernsehen/Radio und Telefon – eine Anpassung des Pensionspreises um Fr. 156.– (3%) auf neu Fr. 5'414.– brutto pro Monat an, was vom Berufungsbeklagten zunächst akzeptiert wurde (act. 3/3/3). Mit Schreiben vom 28. Juni 2009 verlangte der Berufungsbeklagte wegen der Senkung des Referenzzinssatzes von 3.5% auf 3,25% jedoch eine Herabsetzung des Pensionspreises um 2,91%, wobei er festhielt, dass er sich bewusst sei, gewisse neue Leistungen könnten gegengerechnet werden. Allerdings sei ebenfalls zu berücksichtigen, dass der letzte Aufschlag von 3% erst auf 1. Januar 2009 erfolgt sei (act. 3/3/4). Mit den Schreiben vom 30. Juni 2009 (act. 3/3/5), 17. Juli 2009 (act. 3/3/8) und 20. Juli 2009 (act. 3/3/10) lehnte die Berufungsklägerin das Herabsetzungsbegehren des Berufungsbeklagten ab, im Wesentlichen mit der Begründung, der Pensionsvertrag unterliege nicht dem Mietrecht (vgl. unbestrittenen Sachverhalt im vorinstanzlichen Urteil [act. 72 S. 3], act. 73 S. 3 f. und act. 81 S. 3).

3. Mit Eingabe vom 28. Juli 2009 (act. 3/1 = act. 4/1) reichte der Berufungsbeklagte bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich Klage gegen die Pensionspreiserhöhung ein. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 13. Oktober 2009 kam es zu keiner Einigung zwischen den Parteien (die Berufungsklägerin blieb der Verhandlung fern), weshalb die Schlichtungsbehörde die Nichteinigung der Parteien festhielt (act. 3/10 und act. 4/9). Der Berufungsbeklagte reichte bei der Vorinstanz Klage betreffend Mietzinsfestsetzung / Forderung ein (vgl. Rechtsbegehren auf S. 1 vorstehend). Die Vorinstanz kam zum Schluss, beim Pensions- und Pflegevertrag überwiege der mietrechtliche Aspekt, weshalb die Erhöhung des Pensionspreises nach den mietrechtlichen Bestimmungen von

Art. 269 ff. OR zu erfolgen gehabt hätte. Da die Pensionspreiserhöhung nicht auf einem vom Kanton genehmigten Formular (Art. 269d Abs. 1 OR) mitgeteilt und begründet worden sei, sei sie nichtig (act. 72 S. 20). Die Vorinstanz stellte in der Folge fest, die Pensionspreiserhöhung vom 24. September 2008 auf den 1. Januar 2009 sei nichtig. Sie verpflichtete zudem die Berufungsklägerin, dem Berufungsbeklagten Fr. 3'432.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Dezember 2009 zu bezahlen (act. 72 S. 21).

4. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 31. August 2011 rechtzeitig Berufung und verlangte dessen Aufhebung, eventualiter eine Rückweisung (act. 73).

II. Parteistandpunkte

1. Die Berufungsklägerin ist der Ansicht, die Anwendung von Mietrecht auf die Frage der Zulässigkeit der Pensionspreiserhöhung sei nicht richtig (vg. act. 73 S. 5 ff., S. 16). Sie macht geltend, die Vorinstanz habe sowohl den rechtserheblichen Sachverhalt falsch festgestellt als auch Bundesrecht falsch angewendet (act. 73 S. 3). Die von der Vorinstanz vorgenommene Anwendung der Absorptionstheorie bei der Auslegung des Vertrages hält die Berufungsklägerin zwar für richtig, sie ist jedoch mit den in Anwendung dieser Theorie gemachten Erwägungen und der Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht einverstanden (act. 73 S. 6 ff.). Die Berufungsklägerin weist ausserdem darauf hin, dass es nicht zutrefte, dass das Obergericht des Kantons Zürich in einem anderen Verfahren den vorliegenden Pensions- und Pflegevertrag rechtlich bereits einmal qualifiziert habe – wie dies die Vorinstanz behauptet (vgl. act. 72 S. 11). Es sei wohl ein mit dem vorliegenden Vertrag weitgehend übereinstimmender Vertrag gemeint gewesen (act. 73 S. 8).

2. Der Berufungsbeklagte verweist im Wesentlichen auf die Ausführungen der Vorinstanz (act. 81 S. 3). Er vertritt die Auffassung, dass der Pensions- und Pflegevertrag augenfällig mietrechtlicher Natur sei, da dem Kläger vor allem eine unmöblierte Wohnung mit sämtlichen Rechten und Pflichten eines Mieters zur al-

leinigen Benutzung überlassen worden sei (act. 81 S. 6). Es treffe zwar zu, dass das Obergericht nicht den vorliegenden Pensionsvertrag analysiert habe, dafür aber einen identisch lautenden. Ausserdem habe das Obergericht mit dem Entscheid über die sachliche Zuständigkeit auch bereits über das anwendbare Recht entschieden (act. 81 S. 7). Nicht einverstanden ist der Berufungsbeklagte vor allem damit, dass die Vorinstanz die von der Berufungsklägerin selbst vorgenommene Kostenaufteilung für die Vertragsauslegung übernahm, obwohl diese von ihm bestritten worden war (act. 81 S. 10).

3. Im Berufungsverfahren blieb (vgl. act. 73 S. 5 ff. und act. 81 S. 4 ff.) somit die rechtliche Qualifikation des zwischen den Parteien am 6. Oktober 2006 geschlossenen "Pensions- und Pflegevertrages 'Wohnung' (Nr. 512)" (vgl. act. 3/3/2) umstritten, womit auch die Gültigkeit der Pensionspreiserhöhung vom 24. September 2008 (act. 3/3/3) steht und fällt. Die Ziff. 3.1 Absatz 2 des Pensions- und Pflegevertrages, in welcher die Anpassung des Pensionspreises geregelt wird, lautet wie folgt: "Die Residenz ist berechtigt, den Pensionspreis jährlich den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen. Preisänderungen sind mit einer Frist von 3 Monaten schriftlich im Voraus durch die Residenz mitzuteilen." Daneben enthält der Pensions- und Pflegevertrag in Ziff. 7 eine allgemeine Klausel für Vertragsänderungen, welche wie folgt lautet: "Die Residenz behält sich die jederzeitige Änderung dieses Vertrages vor. Vertragsänderungen werden dem Pensionär auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben und gelten ohne schriftlichen Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt."

III. Rechtliches

1. Vorbemerkung:

Die Kammer befasste sich – worauf die Parteien richtig verweisen – in einem Beschluss vom 20. Oktober 2008, und zwar im Verfahren NM080008, mit einem Fall, dem ein ähnlicher Vertrag zugrunde lag wie hier. Der Vergleich zwischen den Vertragsbestimmungen, die im Beschluss vom 20. Oktober 2008 wie-

dergegeben wurden (siehe act. 3/7), mit den sachlich entsprechenden Vertragsbestimmungen des hier zu beurteilenden Pensions- und Pflegevertrages (act. 3/3/2) ergibt im Wesentlichen eine inhaltliche Übereinstimmung. Der damalige Vertrag, der als Innominatvertrag qualifiziert wurde (vgl. act. 3/7 S. 4 E. 3), beschlug indessen keine Vertragsbeziehung der Parteien. Unmittelbar lässt sich daher aus dem Beschluss vom 20. Oktober 2008 auf den vorliegenden Fall nichts herleiten. Insbesondere steht die im Beschluss vom 20. Oktober 2008 vertretene Auffassung der Kammer einer vertiefteren Beurteilung sämtlicher Aspekte der heute zu prüfenden vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien nicht entgegen.

2. Rechtliche Qualifikation

2.1. Aus den Vorbringen der Parteien ergibt sich, dass beide davon ausgehen, der Pensions- und Pflegevertrag sei durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommen (vgl. act. 73 und 81). Für eine rechtliche Qualifikation des Vertrages sind deshalb zunächst die Bestandteile des Vertrages auszulegen – die Vertragsauslegung bezieht sich auf den Inhalt des Vertrages (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT I, 9. Aufl. 2008, Rz. 1197). Massgebend ist, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Hierbei handelt es sich um die subjektive Vertragsauslegung, welche auf einer Beweiswürdigung beruht. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen (objektive Auslegung), wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten, was eine Rechtsfrage darstellt (vgl. BGE 132 III 274 f. E. 2.3.2).

2.2. Die Vorinstanz, welche sich die obergerichtlichen Erwägungen im Geschäft Nr. NM080008 zu eigen machte, nahm eine Vertragsauslegung vor, welche hinsichtlich der im Pensionspreis inbegriffenen Dienstleistungen verständlich ist und keinerlei Schwierigkeiten bereitet (vgl. act. 72 S. 11 ff.). Die Vorinstanz kam aber zum Schluss, dass die weiteren Dienstleistungen wie zusätzliche Mahlzeiten, Diät- oder Schonkost, Zimmerservice, Reinigung der Wäsche, zusätzliche Woh-

nungsreinigungen und Arbeiten durch den Haushandwerker (vgl. Ziff. 4.6 des Vertrages) gerade nicht Bestandteil des Pensions- und Pflegevertrages bildeten. Durch den Pensions- und Pflegevertrag werde bloss die Gelegenheit zum Abschluss weiterer Verträge eingeräumt. Einer solchen könne (soweit überhaupt) nur eine begrenzte Bedeutung zukommen. Dies gelte ebenso für die Pflege und medizinische Betreuung (vgl. Ziff. 5 des Vertrages) (act. 72 S. 13 f.). Diese Ausführungen erscheinen unklar. Wenn die Vorinstanz sagt, die zusätzlichen Dienstleistungen seien nicht Bestandteil des Vertrages, aber es werde die Gelegenheit zum Abschluss weiterer Verträge eingeräumt, so ergibt sich hieraus möglicherweise ein Widerspruch. Nur wenn angenommen wird, es habe hinsichtlich einer Klausel im Vertrag kein Rechtsbindungswille bestanden, kann allenfalls davon die Rede sein, diese Klausel sei nicht "Bestandteil" des Vertrages. Eine Gelegenheit zum Abschluss weiterer Verträge beruht aber möglicherweise bereits auf einer Vereinbarung mit Bindungswirkung, welche dann sehr wohl zu einem "Bestandteil" des Vertrages wird. Die Berufungsklägerin rügte zwar nur eine falsche rechtliche Qualifikation des Vertrages durch die Vorinstanz und nicht eine falsche Vertragsauslegung (act. 73 S. 5 ff.). Es stellt sich aber dennoch die Frage, wie die besagte Vertragsauslegung der Vorinstanz zu verstehen ist und ob es sich bei der Vertragsauslegung um eine subjektive oder eine objektive Vertragsauslegung handelte. Die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Vertragsauslegung ist deshalb von Bedeutung, weil die Berufungsinstanz eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Tatfrage) bei fehlender Rüge höchstens auf Willkür (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N. 36) überprüfen kann, eine unrichtige Rechtsanwendung (Rechtsfrage) hingegen bereits von Amtes wegen und mit voller Kognition (Rechtsanwendung von Amtes wegen, Art. 57 ZPO). Da sich weder aus dem vorinstanzlichen Urteil noch aus den Rechtsmitteleingaben eindeutig ergibt, wie die besagte Vertragsauslegung der Vorinstanz zu verstehen ist und ob die Vorinstanz eine subjektive oder objektive Vertragsauslegung vornahm, sind die vorinstanzlichen Akten unter diesem Aspekt eingehend zu konsultieren.

2.3. Aus den Akten ergibt sich, dass sich die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren darüber einig waren, beim Abschluss des Pensions- und Pflegevertrages hätten sie hinsichtlich der zusätzlichen (nicht im Pensionspreis inbegriffenen)

Dienstleistungen (Ziff. 4.6 und 5 des Vertrages) eine Art Optionsrecht (Option) vereinbart: Die Berufungsklägerin wies im vorinstanzlichen Verfahren darauf hin, der Berufungsbeklagte zahle nicht für den tatsächlichen Gebrauch oder die Inanspruchnahme der Leistung, sondern für das Recht, sie im Bedarfsfall in Anspruch nehmen zu können. Entscheidend sei, dass die Berufungsklägerin die Leistungen im Bedarfsfall bereitzustellen verpflichtet sei, und sie daher – um den (Bau-)werkvertraglichen Begriff zu verwenden – vorhalten müsse (act. 22 S. 11). Die Pensionspreise enthielten einen Vorhaltekostenanteil für die – erfahrungsgemäss anfallenden – künftigen Pflegekosten (act. 22 S. 13). Der Berufungsbeklagte verglich das Vorhalten von weiteren Leistungen mit einem Vorkaufsrecht (act. 30 S. 7) und somit mit einer Option bzw. einem Gestaltungsrecht (vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, OR AT I, 9. Aufl. 2008, Rz. 487). Uneins waren sich die Parteien damit einzig hinsichtlich der Berücksichtigung und Bewertung dieser Option bei der rechtlichen Qualifikation des Pensions- und Pflegevertrages. Der Berufungsbeklagte war der Ansicht, die Motivation, weshalb jemand einen Vertrag abschliesse, sei irrelevant für die Qualifikation des Vertrages. Durch die Berufungsklägerin würden ausserdem die möglichen Leistungen, welche der Berufungsbeklagte gegen Entgelt beziehen könne, die jedoch keine Gegenleistung für den aktuellen Preis darstellen würden, völlig überbewertet (act. 30 S. 5). Die Berufungsbeklagte hielt dafür, dass dort, wo das Motiv zur Vertragsgrundlage werde, für die Vertragsqualifikation auf das Motiv abzustellen sei (act. 43 S. 9).

2.4. Entsprechend der vorstehenden Erwägungen bestand bei Vertragsabschluss hinsichtlich der zusätzlichen (nicht im Pensionspreis inbegriffenen) Dienstleistungen also ein übereinstimmender Wille der Parteien zur Einräumung von Gestaltungsrechten (Optionen), sofern nicht gar streckenweise Leistungen unter aufschiebender Bedingung (Pflegefall / Betreuung in der Wohnung) versprochen wurden. Indem die Vorinstanz lediglich von einer "Gelegenheit zum Abschluss weiterer Verträge" (act. 72 S. 13 f.) ausging, nahm sie immerhin eine subjektive Vertragsauslegung gemäss dem übereinstimmenden Willen der Parteien vor und deutete diesen sinngemäss dahingehend, dass dem Berufungsbeklagten eine Art von Optionen eingeräumt wurde. Die subjektive Vertragsauslegung (betreffend Vertragsabschluss und -inhalt) wurde von den Parteien nicht beanstandet

(vgl. act. 73 S. 3 und act. 81 S. 3). Inwiefern die Vorinstanz diese "Optionen" bei der rechtlichen Qualifikation effektiv berücksichtigte, wird aus ihrem Entscheid nicht klar ersichtlich. Sie wies aber darauf hin, die Gelegenheit zum Abschluss weiterer Verträge (Optionen) vermöge die rechtliche Qualifikation des Vertrages nicht entscheidend zu beeinflussen (act. 72 S. 14).

2.5. Sofern die "Optionen" in den Ziffern 4.6 und 5 gültig zustande kamen, sind sie bei der Qualifikation des Pensions- und Pflegevertrages zu berücksichtigen (in welchem Masse, wird sich noch zeigen). Es ist deshalb kurz auf die Rechtsnatur des dem Berufungsbeklagten eingeräumten Rechts einzugehen, wozu sich die Parteien weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren äusserten.

2.5.1. Die Berufungsbeklagte hat sich zur Erbringung gewisser zusätzlicher Dienstleistungen verpflichtet, sofern der Berufungsbeklagte diese in Anspruch nehmen möchte. Es kann somit von einem Leistungsversprechen der Berufungsklägerin gesprochen werden, welches suspensiv (aufschiebend) und potestativ (vom Willen abhängig) bedingt ist ("Der Pensionär kann auf Wunsch und gegen separate Rechnung folgende zusätzliche Dienstleistungen in Anspruch nehmen: ..." [Ziff. 4.6 des Pensions- und Pflegevertrages] sowie "Die Residenz verpflichtet sich, soweit medizinisch vertretbar und möglich, den Pensionär bei vorübergehender oder dauernder Pflegebedürftigkeit in seiner Wohnung oder in der hauseigenen Pflegeabteilung zu betreuen." [Ziff. 5.1 des Pensions- und Pflegevertrages]). Dass die Pflege zusätzlich von weiteren Bedingungen abhängig gemacht wird ("soweit medizinisch vertretbar und möglich"), macht das Leistungsversprechen der Berufungsklägerin nicht obsolet. Es versteht sich von selbst, dass eine Einrichtung wie diejenige der Berufungsklägerin nicht in der Lage und auch nicht darauf ausgerichtet ist, sämtliche Dienstleistungen zu erbringen, welche auch ein Spital erbringen würde. Da die Inanspruchnahme der zusätzlichen Dienstleistungen streckenweise nur vom Willen (potestativ bedingt) des Berufungsbeklagten abhängig gemacht wurden, kann insoweit durchaus von einem Gestaltungsrecht oder einer Option des Berufungsbeklagten gesprochen werden.

2.5.2. In Ziff. 4.6 des Pensions- und Pflegevertrages wurde zwar Entgeltlichkeit der aufgezählten Dienstleistungen vereinbart, jedoch keine Höhe der Gegenleistung bestimmt. Weder beim Auftrag noch beim Werkvertrag ist eine Vereinbarung über die Höhe der Gegenleistung Gültigkeitserfordernis (vgl. OR BT, Huguenin, 3. Aufl. 2008, Rz. 678 und Rz. 805 ff.). Beim Kaufvertrag muss der Preis jedoch bestimmt oder zumindest genügend bestimmbar sein (Art. 184 Abs. 3 OR; vgl. auch BSK OR I-Koller, 4. Aufl. 2007, Art. 184 N. 43 ff.). Soweit die in Ziff. 4.6 aufgezählten Dienstleistungen kaufvertraglicher Natur sind, kam hierüber keine gültige Option zustande; es wurde kein Kaufpreis bestimmt, und ein solcher ist auch nicht bestimmbar. Ein kaufrechtliches Element könnte beispielsweise die Zubereitung zusätzlicher Mahlzeiten darstellen, wenn diese vorgefertigt sind. Bei der Zubereitung von Diät- oder Schonkost steht aber wohl das werkvertragliche Element (Werkvertrag oder Werklieferungsvertrag) im Vordergrund (vgl. Huguenin, a.a.O., Rz. 1622; Breitschmid/Steck/Wittwer, Der Heimvertrag, in: FamPra 2009 S. 886 f.). Bei den übrigen Dienstleistungen in Ziff. 4.6 des Vertrages sind die wesentlichen Bestandteile genügend bestimmt; da sie auftrags- oder werkvertragsrechtlicher Natur sind, muss die Höhe der Gegenleistung nicht bereits bestimmt oder bestimmbar sein.

2.5.3. Bei der Pflege (Ziff. 5 des Vertrages) handelt es sich ebenfalls um eine Dienstleistung auftragsrechtlicher Natur (vgl. Breitschmid/Steck/Wittwer, a.a.O., S. 886), bei welcher die Höhe der Gegenleistung nicht bestimmt oder bestimmbar sein muss. Entgeltlichkeit wurde vereinbart, was genügt. Bei der Pflege in der eigenen (gemieteten) Wohnung gemäss Ziff. 5.1 ist die Gegenleistung sogar bestimmbar – gemäss Ziff. 5.2 des Vertrages richtet sich der Preis nach Massgabe der entsprechenden hausinternen Tarife, welche zudem in den zutreffenden sachlichen Bezug zu den Kassentarifen bzw. Entschädigungen durch die Kassen gemäss deren Tarifen gebracht sind. Bei den hausinternen Tarifen handelt es sich um ein sachliches Bestimmungskriterium (vgl. OR AT, Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, 9. Aufl., Band I, Rz. 345), welches anstelle der Option gar die Auffassung zuliesse, die Parteien hätten in diesem Punkt bedingte Leistungen versprochen, wobei die Bedingung in der Pflegebedürftigkeit des Berufungsbeklagten liegt.

In Ziff. 5.1 des Pensions- und Pflegevertrages wird zwar explizit darauf hingewiesen, dass beim Übertritt in die hauseigene Pflegeabteilung ein separater Pflegevertrag erstellt wurde. Dass dieser Hinweis im Sinne eines Vorbehalts zu verstehen ist, womit eine Option hätte ausgeschlossen werden sollen, brachte der Berufungsbeklagte jedoch nicht vor (Vertragsauslegung). Er führte das Argument, bei einem Übertritt in die hauseigene Pflegeabteilung werde ein Pflegevertrag erstellt, einzig im Zusammenhang mit der rechtlichen Qualifikation des Pensions- und Pflegevertrages an (act. 81 S. 5). Es ist daher auch hinsichtlich der Pflege in der Pflegeabteilung von einer gültigen Option auszugehen (vgl. den allgemeinen Vergleich des Berufungsbeklagten mit einem Vorkaufsrecht, was bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen ist; Ziff. 2.2-2.4 vorstehend), zumal der Vertrag kein Recht der Berufungsklägerin vorsieht, dem Berufungsbeklagten den Abschluss eines Pflegevertrages zu verweigern. Ziff. 8.3 des Vertrages lässt diese Annahme jedenfalls nicht zu.

2.5.4. Im Sinne der vorstehenden Erwägungen wurden zwischen den Parteien in den Ziff. 4.6 und 5 des Pensions- und Pflegevertrages gültige Optionen vereinbart, sofern es sich bei den aufgezählten Dienstleistungen nicht um solche kaufrechtlicher Natur handelte (gilt evtl. für die zusätzlichen Mahlzeiten). Die gültigen Optionen des Berufungsbeklagten sind bei der rechtlichen Qualifikation des Pensions- und Pflegevertrages ebenso zu berücksichtigen wie die Leistungsversprechen der Parteien gemäss Ziff. 5.1 des Vertrages für den Fall der Pflegebedürftigkeit der Berufungsbeklagten.

2.6. Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages kann als Rechtsfrage vom Obergericht frei und unabhängig von der vorinstanzlichen Begründung sowie den Vorbringen der Parteien überprüft werden (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 84 II 493, 496 E. 2; Urteil des BGer 4P.235/2004 E. 3.4).

2.7. Die Berufungsklägerin bemängelte, die Vorinstanz habe sich mit ihren Einwänden, welche gegen die Behauptungen der Gegenpartei bzw. die obergerichtlichen Schlussfolgerungen vorgetragen worden seien, überhaupt nicht auseinandersetzt, und bezog dies auf die Ausführungen zur rechtlichen Qualifikation des Vertrages (vgl. "Im Einzelnen: ..." in act. 73 S. 8 ff.). Ob die Berufungskläge-

rin damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügte, ist unklar. Da eine solche Verletzung im Rahmen der Berufung wegen der umfassenden Kognition der Rechtsmittelinstanz aber ohnehin geheilt werden kann, ist nicht näher auf diese Problematik einzugehen.

2.8. Angesichts der verschiedenen Bestandteile des vorliegenden Pensions- und Pflegevertrages wird deutlich, dass es sich nicht um einen vom Gesetzgeber spezifisch geregelten Vertrag, sondern um einen Innominatkontrakt handeln muss. Es gilt das anwendbare Recht zu bestimmen (vgl. BSK OR I-Amstutz/Schluep[†], 4. Aufl. 2007, Einl. vor Art. 184 ff., N 2 sowie N. 5 ff.). Sowohl die Vorinstanz als auch die Parteien waren sich einig, dass es sich beim Pensions- und Pflegevertrag um einen gemischten Vertrag handle, welcher in Anwendung der Absorptionstheorie auszulegen sei (vgl. act. 72 S. 10, act. 73 S. 6, act. 81 S. 4).

2.9. Bei den Innominatkontrakten wird zwischen gemischten Verträgen (mixti iuris, mixti generis) und Verträgen eigener Art (sui iuris, sui generis) unterschieden. Gemischte Verträge unterscheiden sich von den Verträgen eigener Art dadurch, dass sie Merkmale verschiedener Vertragstypen kombinieren, während letztere gänzlich neue Schöpfungen darstellen (vgl. Walter Schluep, Innominatverträge, Separatdruck aus "Schweizerisches Privatrecht", VII/1 OR, S. 771 ff.; Amstutz/Schluep[†], a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff., N 6 ff.). Beim vorliegenden Pensions- und Pflegevertrag werden Merkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert (Miete, Kauf, Auftrag, Werkvertrag). Ob die Kombination derart ist, dass das mietrechtliche Element die übrigen dominiert und diese zu atypischen Elementen von untergeordneter Bedeutung (vgl. ZK OR-Higi, Vorb. zu Art. 253-274g N. 204) werden, sodass grundsätzlich Mietrecht zur Anwendung gelangt, ist nachfolgend zu bestimmen.

2.9.1. Fraglich erscheint, ob die Absorptionstheorie bei gemischten Verträgen *grundsätzlich* anzuwenden ist bzw. ob sie zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Der Aussage der Vorinstanz, das Bundesgericht folge der Absorptionstheorie (vgl. act. 72 S. 10), kann in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden. Weder lässt sich eine solche Präferenz des Bundesgerichts aus der von der Vorinstanz zitierten Kommentarstelle (Amstutz/Schluep[†], a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff., N 13

[vgl. act. 72 S. 10]) noch aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst entnehmen (vgl. Beispiele in Amstutz/Schluep[†], a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff., N 34 ff.). In der von der Vorinstanz zitierten Kommentarstelle wird im Gegenteil sogar darauf hingewiesen, dass in Fällen echter Mischung die Absorptionstheorie zu einer undifferenzierten, "gewaltsamen" Zuordnung zu Nominatrecht führe und deshalb abzulehnen sei (vgl. Amstutz/Schluep[†], a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff., N 13 i.V.m. N. 7).

2.9.2. Das Bundesgericht lehnte denn auch in BGE 118 II 157 ff. die Anwendung der Absorptionstheorie ab und prüfte das anwendbare Recht hinsichtlich der Frage der Vertragsbeendigung eigenständig, ohne sämtliche Inhalte des Vertrages einem einzigen Recht zu unterwerfen. Mit dem Hinweis, es gehe nicht an, "die einzelnen Vertragsbestandteile einem unterschiedlichen rechtlichen Schicksal zu unterwerfen" (BGE 118 II 157, 162; vgl. auch Hinweis in act. 72 S. 10), meinte das Bundesgericht nicht, bei gemischten Verträgen sei die Absorptionstheorie (und damit das Recht eines einzigen Vertragstypus auf sämtliche Vertragselemente) anzuwenden. Vielmehr wollte das Bundesgericht damit zum Ausdruck bringen, dass vor allem die Frage der Vertragsbeendigung bei einem gemischten Vertrag für die einzelnen (im gemischten Vertrag vorhandenen) Vertragstypen nicht getrennt und damit unterschiedlich beantwortet werden könne. Dies wird auch aus dem Verweis des Bundesgerichts auf einen früheren Entscheidung deutlich, in welchem es Folgendes festhielt (BGE 109 II 466 E. 3.d): "Art. 394 Abs. 2 OR zwingt demnach nicht dazu, ein komplexes Vertragsverhältnis wie den Architektenvertrag entweder ganz als Auftrag oder ganz als Werkvertrag zu beurteilen. Die Anerkennung gemischter Verträge erlaubt den Vertragspartnern wie dem Richter, den Umständen angepasste Lösungen zu finden, die der Rechtswirklichkeit besser entsprechen als eine einheitliche Qualifikation. Alle Probleme sind damit freilich nicht gelöst. Wo wie bei der Mängelhaftung nur einzelne Leistungen des Architekten zu beurteilen sind, ist eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar, indem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben kann. Dagegen ist dieser Weg nicht gangbar, wenn die vorzeitige Auflösung eines Gesamtvertrages umstritten ist, der Auftrags- und Werkvertragselemente umfasst. Dabei kommt bei

einem Projektierung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrag dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten so viel Bedeutung zu, dass die Auflösungsregel des Art. 404 OR den Vorzug verdient." Zur selben Interpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelangt auch Bisang (Raymond Bisang, Fragen im Zusammenhang mit gemischten Verträgen mit mietrechtlichem Einschlag, in: mp 4/2010 S. 235 ff., 240 Ziff. 21).

2.9.3. Es ist insgesamt eine Tendenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Richtung Kombinationstheorie feststellbar (vgl. Bisang, a.a.O., S. 235 ff., 240 Ziff. 21; Amstutz/Schluep[†], a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff., N 41; ZK OR-Higi, Vorb. zu Art. 253-274g N. 202; BGE 131 III 566 = mp 1/2006 S. 22). So führte das Bundesgericht in der Regeste seines Entscheids BGE 131 III 528 denn auch aus: "Bei Vorliegen eines gemischten oder zusammengesetzten Vertrags muss jede Streitfrage entsprechend den auf sie je zutreffenden Gesetzesvorschriften und Rechtsgrundsätzen beantwortet werden, ausgehend vom Schwerpunkt des Vertrags, der als einheitliche Gesamtvereinbarung zu erfassen ist (E. 7.1)." Das überzeugt und erscheint einzig sachgerecht, weshalb auch die Lehre und Literatur diese Methode bevorzugen. So ist z.B. gemäss Koller die Absage des Bundesgerichts an die Absorptionstheorie in BGE 131 III 528 deutlich und sachlich überzeugend. "Gleichzeitig verwirft die II. Zivilabteilung auch eine rein formal verstandene Kombinationstheorie [...]. Im Wesentlichen folgt das Bundesgericht hier [...] einer [...] vor allem von Eugen Bucher [...] stark befürworteten Methodik der Rechtsanwendung, die in der Lehre als Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen bzw. als wertungsjurisprudenzielle Weiterführung der Kombinationstheorie [...] und in der juristischen Umgangssprache bildhaft, aber plastisch auch etwa als Blumenpflücktheorie bezeichnet wird." (Thomas Koller, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2005, in: ZBJV 142/2006 S. 404 ff.).

2.9.4. Das anwendbare Recht ist daher mit Hilfe der eben genannten Methode zu bestimmen. Für die Pensionspreiserhöhung ist wie für die Vertragsbeendigung nach einer für sämtliche Vertragsbestandteile jeweils passenden einheitlichen Lösung zu suchen, da die mietrechtlichen Schutzbestimmungen entwe-

der anzuwenden sind oder nicht. Deshalb ist der Regelungsschwerpunkt des Vertrages ausfindig zu machen. Auch die Vorinstanz bestimmte den Regelungsschwerpunkt des Vertrages. Gegen die Bestimmung des Regelungsschwerpunktes hatten auch die Parteien nichts einzuwenden (vgl. act. 73 S. 5 und act. 81 S. 4). Hierbei ist Folgendes vorwegzunehmen: Die Vorinstanz hielt fest, bei der Beurteilung der rechtlichen Qualifikation spiele die Motivation der Parteien keine Rolle (act. 72 S. 9). Dies trifft zu. Wie die Vorinstanz aber ebenfalls zutreffend ausführte, ist die Interessenlage der Parteien bei der Prüfung, welche *Bedeutung* den einzelnen Vertragsbestandteilen im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtsrechtslage zukommt, von wesentlicher Bedeutung (vgl. act. 72 S. 10). Zur Ermittlung dieser Interessenlage ist vorab auf den übereinstimmenden inneren Willen der Parteien, bei dessen Fehlen auf das Vertrauensprinzip abzustellen (vgl. BGE 118 II 157, 162 E. 3a bzw. BGE 115 II 452, 454 f. E. 3a).

2.10. Aus den einzelnen Vertragsbestandteilen wird deutlich, dass die Parteien mit dem Vertragsverhältnis eine Form des Alterswohnens regelten. Für eine Form des Alterswohnens sprechen vor allem die tägliche Verpflegung, die Notfalldienstbereitschaft während 24 Stunden sowie das Recht auf Pflege und medizinische Betreuung. Das Alterswohnen passt denn auch zur eigenen Bezeichnung der Berufungsklägerin als "Seniorenresidenz", welche sich darauf ausgerichtet hat, "Pensionäre", das heisst Menschen fortgeschrittenen Alters, aufzunehmen (act. 3/3/2). Dementsprechend gestaltet sich die Altersstruktur der Bewohnerinnen und Bewohner der Residenz: Gemäss Bewohnerstatistik der Berufungsklägerin liegt das Durchschnittsalter der Bewohner bei 84 Jahren (vgl. act. 73 und act. 46/9).

2.11. Die Autoren Breitschmid/Steck/Wittwer haben sich mit den verschiedenen Formen des Alterswohnens eingehend auseinandergesetzt (vgl. Breitschmid/Steck/Wittwer, a.a.O., S. 867 ff.): Als Heimvertrag (alternative Terminologie wären z.B. Beherbergungs- und Betreuungsvertrag, Pensionsvertrag) wird ein Vertrag zwischen einem Alters- und Pflegeheim bzw. einer entsprechenden Einrichtung und seiner/ihrer Bewohnerschaft bezeichnet. Es wird von einem gemischten Vertrag (Innominatkontrakt) ausgegangen (vgl. Breitschmid/Steck/Wittwer, a.a.O.,

S. 885 und 889; ZK OR-Higi, Vorb. zu Art. 253-274g N. 203 i.V.m. 215). Der Heimvertrag beinhaltet verschiedene Leistungen, wozu Folgende gezählt werden können: Bezug eines Zimmers, Pflege und allenfalls ärztliche Betreuung, verschiedene medizinisch gebotene Therapien, soziale Aktivitäten, Verpflegung, Benutzung der Infrastruktur, Benutzung von Postservice, Bancomat, Telefon- und TV-Anschlüssen, Halten von Haustieren nach Absprache und Reinigung von Räumen und Wäsche. Vom Heimvertrag werden die Verträge über das "gewöhnliche" Alterswohnen abgegrenzt, bei welchen spezifisch eingerichtete Wohnungen (insb. rollstuhlgängig, Alarntaster o.ä.) in Mehrfamilienhäusern überlassen werden, welche sich in räumlicher Nähe zu Heimen befinden, von denen ergänzende Dienstleistungen (Reinigung, Wäsche, Verpflegung) bezogen werden können. Beim "gewöhnlichen" Alterswohnen gehen die Autoren davon aus, dass ausschliesslich Mietrecht zur Anwendung gelangt (vgl. Breitschmid/Steck/Wittwer, a.a.O., S. 867 ff., 875 f., 885 und 889). Die Anwendung von Mietrecht wäre beim gewöhnlichen Alterswohnen wohl auch im Sinne anderer Autoren, welche diesen Vertrag als "typischen Vertrag mit Beimischung" oder "Mietvertrag mit typenfremder Nebenleistung" bzw. "atypische Miete" einstufen würden (vgl. Amstutz/Schluep[†], a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff., N 7, wobei anzumerken ist, dass Amstutz/Schluep[†] in diesem Fall nicht mehr von einem Innominatvertrag ausgehen; vgl. ZK OR-Higi, Vorb. zu Art. 253-274g N. 204).

2.12. Die vertraglichen Leistungen der Berufungsklägerin, welche im Pensionspreis inbegriffen sind, umfassen die Überlassung der Wohnung inkl. wöchentlicher Wohnungsreinigung (Ziff. 4.1 des Vertrages), die tägliche Verpflegung über Mittag (Ziff. 4.2 des Vertrages) sowie Betreuungsleistungen (im Sinne einer Notfalldienstbereitschaft während 24 Stunden, einer Hilfestellung und Beratung bei akuten persönlichen Problemen sowie der Organisation von Veranstaltungen für die Pensionäre und deren Gäste [Ziff. 4.3 des Vertrages]). Im Pensionspreis inbegriffen ist ausserdem die Benützung der hauseigenen Allgemeinräume wie Waschsalon, Internetcorner, Bibliothek, Mehrzweckraum etc. (Ziff. 4.4 des Vertrages). Seit dem 1. Januar 2009 sind ausserdem eine Strompauschale, der Telefonanschluss sowie Kabelfernsehen/Radio (vgl. Ziff. 4.5 des Vertrages) im Mietzins inbegriffen (act. 3/3/3). Mietrechtliche Elemente stellen die Überlassung der

Wohnung sowie die Benützung der hauseigenen Allgemeinräume dar. Keine mietrechtlichen Elemente, sondern auftrags-, kauf- oder werkvertragliche Elemente sind die Wohnungsreinigung, die teilweise Verpflegung sowie die Betreuungsleistungen. Die Berufungsklägerin verpflichtet sich ausserdem, auf Verlangen des Berufungsbeklagten weitere zusätzliche Dienstleistungen zu erbringen (Diät- oder Schonkost, Zimmerservice, Bettenmachen, Reinigung der Wäsche, zusätzliche Wohnungsreinigungen, Arbeiten durch den Haushandwerker, administrative Arbeiten [Ziff. 4.6 des Vertrages] sowie Pflege und medizinische Betreuung [Ziff. 5 des Vertrages]). Bei diesen weiteren zusätzlichen Dienstleistungen handelt es sich ebenfalls nicht um mietrechtliche Elemente, sondern um auftrags- oder werkvertragliche.

2.13. Die Angebote für das Alterswohnen werden immer mannigfaltiger und besser auf die Bedürfnisse der Seniorinnen und Senioren abgestimmt. So gibt es, wie vorliegend, Angebote für den gehobenen Anspruch, wo dem Element Wohnen und damit dem Bedürfnis auf Privatsphäre, Raum und Individualität mehr Rechnung getragen werden kann. Die Grenzen zwischen Mietvertrag und Heimvertrag werden dadurch immer fliessender und sind nicht leicht zu ziehen. Zweifellos gewinnt das mietvertragliche Element in gehobenen Verhältnissen mehr an Bedeutung als bei einem "klassischen" Heimvertrag, wo den Seniorinnen und Senioren anstelle einer 2-Zimmerwohnung meist nur ein Zimmer zur alleinigen oder gemeinschaftlichen Benützung zur Verfügung steht. Dass der Pensions- und Pflegevertrag einige mietvertragliche Bestimmungen (z.B. Depotleistung, Vorauszahlungspflicht, Solidarhaft, Zutrittsrecht, eigenes Kellerabteil etc.) enthält, bedeutet deshalb noch nicht, dass damit selbstverständlich ein Mietvertrag zustande kam. Es trifft ausserdem nicht zu, dass praktisch sämtliche Bestimmungen des Vertrages mietvertragstypisch sind, wie dies der Berufungsbeklagte behauptet (act. 81 S. 8).

2.14. Eine Gegenüberstellung der vertraglichen Elemente macht deutlich, dass sowohl das mietrechtliche Element als auch die mietvertragsfremden Elemente wesentlich sind. Eine Gewichtung der Elemente lässt sich unter anderem anhand des Pensionspreises, welcher für beide Parteien eine wesentliche Grund-

lage für den Abschluss des Pensions- und Pflegevertrages darstellte, ablesen. Die Parteien vereinbarten für die Überlassung der Wohnung, die Mitbenützung der Allgemeinräume, eine wöchentliche Wohnungsreinigung, die tägliche Verpflegung über Mittag sowie Betreuungsleistungen (zum Inhalt vgl. vorstehende Ziff. 2.12) einen Pensionspreis von Fr. 5'187.—. Bedenkt man, dass es sich bei der überlassenen Wohnung um eine 2-Zimmer-Wohnung mit einer Nettowohnfläche von 55.1 m² handelt, so lässt sich auf jeden Fall nicht leichthin annehmen, das Vertragsverhältnis werde schwergewichtig durch das mietrechtliche Element geprägt. Es ist zumindest darauf hinzuweisen, dass der Berufungsbeklagte den Vertrag nicht wegen eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung (Art. 21 Abs. 1 OR) oder wegen eines Willensmangels (Art. 23 ff. OR) anfocht.

Dass die 2-Zimmer-Wohnung (vgl. act. 8 S. 7 und act. 10/1) des Berufungsbeklagten über eine Nettowohnfläche von 55.1 m² verfügt, ergibt sich aus einem Vergleich der verschiedenen 2-Zimmer-Wohnungen im Prospekt der Berufungsklägerin, welchen der Berufungsbeklagte vor der Vorinstanz einreichte (act. 10/2). Die Berufungsklägerin bemängelte zwar, dass die Vorinstanz bei ihrer Berechnung nicht von einer Bezugsfläche von 80 m² ausging, sondern von einer Nettowohnfläche von 55 m² (act. 73 S. 10). Damit bestritt sie aber nicht, dass die Nettowohnfläche 55 m² betrage (vgl. auch act. 74/3 S. 2); es ging lediglich um den Referenzwert für die Berechnung. Sofern die Berufungsklägerin eine Nettowohnfläche von 55 m² dennoch bestritt, kann ihre Bestreitung sogleich entkräftet werden. Aus den Plänen, welche die Berufungsklägerin einreichte (act. 74/1), kann ebenfalls eine Nettowohnfläche von 55 m² hergeleitet werden. In den Plänen ist für die Wohnungen ... eine Fläche von 63.9 m² angegeben, wobei sich die Differenz in der Flächenangabe hieraus ergibt, dass bei den Plänen – im Gegensatz zum Prospekt – die Loggias bei der Flächenberechnung berücksichtigt werden (vgl. act. 10/2 S. 18, 19 und 25 sowie act. 75/1 Plan 4). Ob es sich bei den Plänen um unbeachtliche Noven handelt (Art. 317 ZPO), ist nicht weiter zu prüfen, da die Pläne – abgesehen von der obgenannten Entkräftung, woraus die Berufungsklägerin keinen Vorteil ziehen kann – nicht berücksichtigt werden.

2.15. Die von der Berufungsklägerin und der Vorinstanz vorgenommene Aufschlüsselung der Betriebskosten dient zwar der Veranschaulichung, wie der Pensionspreis womöglich zusammengesetzt sein könnte. Allerdings ist eine solche Aufschlüsselung nur bedingt aussagekräftig für die Gewichtung der Vertragsbestandteile. Zum einen war die Aufschlüsselung nicht Bestandteil des Vertrages. Davon kann ausgegangen werden, da der Berufungsbeklagte darauf hinwies, dass die Pensionspreisanalyse durch die Berufungsklägerin selber erstellt worden und deshalb beliebig "manipulierbar" sei (act. 81 S. 9), und da die Berufungsklägerin jedenfalls nicht behauptete, die Aufschlüsselung sei Vertragsbestandteil gewesen. Zum anderen ist der Pensionspreis nur *ein* wesentlicher Vertragsbestandteil, der in die Beurteilung einfließt. Auf einzelne Prozentpunkte abzustellen, kann deshalb nicht zielführend sein. Die Vorinstanz führte aus, weshalb das Abstellen auf Prozentpunkte auch aus anderem Grund nicht massgeblich sein kann (act. 72 S. 19): "Anzumerken bleibt, dass sich die Aufteilung der Wohnkosten aufgrund der Wohnfläche für die Bestimmung der rechtlichen Qualifikation des Pensionsvertrags als problematisch erweist: Diese hat zur Folge, dass der Mietanteil bei einer grösseren Wohnung überwiegt, währenddem bei einer kleineren Wohnung der mietvertragliche Anteil untergeordnet wäre, obwohl die anderen Vertragsleistungen (insbesondere Wohnungsreinigung, Notfallbereitschaft, Mittagsverpflegung) unabhängig von der Wohnungsgrösse im gleichen Umfang erbracht werden, sofern man davon absieht, dass bei einer grösseren Wohnung der Reinigungsaufwand geringfügig höher als bei einer kleineren Wohnung ausfällt. Diese weiteren Leistungen hängen einzig von der Anzahl der Benutzer ab." Dieselbe Problematik erlaubt auch keinen Rückschluss aus dem Aufpreis für eine zusätzliche Person in derselben Wohnung. Gemäss Pensionspreisliste vom 1. Januar 2009 (act. 10/1) beträgt der Aufpreis unabhängig von der Grösse der Wohnung Fr. 1'200.–. Würde angenommen, der Mehrpreis entspreche annähernd dem Wert der im Pensionspreis inbegriffenen weiteren Leistungen (vgl. act. 73 S. 15 und act. 81 S. 9), würde sich das prozentuale Verhältnis zwischen angenommenem Mietzinsanteil am Pensionspreis je nach Wohnungsgrösse ebenfalls verändern und damit auch die rechtliche Qualifikation des Vertrages. Es kann nicht ausschlaggebend sein, ob der mietrechtliche Anteil am Pensionspreis nun 40, 46, 50

oder mehr als 50% ausmacht, wie dies die Parteien je unterschiedlich behaupten und von der Vorinstanz berechnet wurde (vgl. act. 72 S. 14 und 19 und act. 81 S. 10). Die Bestimmung des vertraglichen Schwerpunktes lässt sich nicht (ausschliesslich oder hauptsächlich) wie bei einer Waage rein rechnerisch vornehmen, sodass das Pendel auf die eine oder die andere Seite ausschlägt. Auf eine prozentuale Aufteilung ist deshalb nicht abzustellen. Es kann daher darauf verzichtet werden, im Detail auf die Berechnungen der Berufungsklägerin und der Vorinstanz sowie auf die Vorbringen der Parteien zur Gesamtkostenabrechnung einzugehen. Der Berufungsbeklagte hat den Gesamtaufwand ohnehin bestritten (vgl. act. 81 S. 9 f. und act. 52 S. 3 f.), und ein Beweisverfahren über denselben wurde nicht durchgeführt. Die von der Berufungsklägerin neu eingereichten Unterlagen (act. 74) sind nicht zu berücksichtigen, da auch diese nicht ausschlaggebend sein können. Es erübrigt sich somit eine Überprüfung, ob es sich bei diesen Unterlagen um unbeachtliche Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt (vgl. Hinweis des Berufungsbeklagten, act. 81 S. 12).

2.16. Zu bestimmen ist der Regelungsschwerpunkt des von den Parteien vereinbarten Alterswohnens. Dabei ist der Blick auch auf die Optionen des Berufungsbeklagten zu richten, welche bei Vertragsabschluss für die Parteien von wesentlicher Bedeutung waren. Auch die Vorinstanz hielt dafür, dass der Berufungsbeklagte sich unter anderem deshalb für das Wohnen in der Seniorenresidenz entschieden habe, weil er Sicherheit und Individualität gesucht habe, und um im Bedarfsfall bei grösstmöglicher Autonomie diverse Dienstleistungen beanspruchen zu können, welche ihm die Residenz – gegen separates Entgelt – anbiete (act. 72 S. 19 f.). Dass die Optionen für ihn von wesentlicher Bedeutung waren, bestritt der Berufungsbeklagte in seiner Berufungsantwort denn auch nicht (vgl. 81).

2.17. Mit den Optionen usw. wurde dem Berufungsbeklagten in Aussicht gestellt, bei Bedarf Pflegeleistungen in Anspruch nehmen zu können. Es stellt sich nicht nur für den Berufungsbeklagten, sondern grundsätzlich für ältere Menschen die Frage, wie der Lebensabend verbracht werden soll. Wer in seinem Haus oder in seiner Wohnung möglichst lange wohnen bleiben möchte und für den einen

oder anderen Handgriff bis hin zur pflegerischen Betreuung die Spitex organisiert, wechselt meistens direkt in ein Pflegeheim, wenn die Spitexleistungen nicht mehr ausreichen. Für Personen, welche einen solchen Wechsel nicht erst zu diesem Zeitpunkt vornehmen möchten, stehen Institutionen wie diejenige der Berufungsklägerin zur Verfügung, welche die gesamte Infrastruktur für Pflegeleistungen bieten, damit sie im Bedarfsfalle beansprucht werden können. Die Aussicht darauf, die Dienstleistungen in Anspruch nehmen zu *können*, erscheint daher als wesentlicher (wenn auch nicht einziger) Faktor dafür, warum eine Person überhaupt in eine solche Institution wechselt, bevor sie der pflegerischen Fürsorge bedarf. Dass die im Zusammenhang mit einer zunehmenden Pflegebedürftigkeit notwendigen Leistungen gerade nicht im Pensionspreis inbegriffen sind, wie dies der Berufungsbeklagte vorbringt (act. 81 S. 5), ändert daran nichts. Es ist nicht nur üblich, dass die Pflegeleistungen separat zu entschädigen sind, sondern hat zusätzlich sachliche Gründe (Krankenkassenleistungen), wie bereits erwähnt wurde. Aus diesen Gründen wird zwischen einer Pflege- und einer Pensionstaxe (Hotellerie) unterschieden. Die Pfl egetaxe richtet sich nach dem Grad der Pflegebedürftigkeit. Der Pensionär wird entsprechend dem Betreuungsaufwand einer Pfl egetaxstufe zugeordnet. Die Pflege ist zumindest teilweise durch KVG-Leistungen gedeckt (vgl. Breitschmid/Steck/Wittwer, a.a.O., S. 887 f.).

2.18. Der Anspruch des Berufungsbeklagten auf Betreuung im Pflegefall gemäss Art. 5.1 des Vertrages ist auch für die Berufungsklägerin von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Analoges gilt für den Anspruch auf Wechsel in die Pflegeabteilung. Die Berufungsklägerin muss die Pflegeleistungen bei Bedarf erbringen und somit zumindest über die notwendige Infrastruktur sowie über das Personal verfügen, zumal sie nicht wissen kann, wann der Bedarfsfall eintritt (und das ebenso wenig der Berufungsbeklagte wissen kann). Dass dem Berufungsbeklagten Ansprüche auf Pflegeleistungen eingeräumt wurden, ohne dass dies in der Höhe des Pensionspreises seinen Niederschlag gefunden hätte, ist kaum vorstellbar. Darauf wies die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren hinsichtlich der Pflegekosten denn auch hin, indem sie ausführte, die Pensionspreise enthielten einen Vorhaltekostenanteil für die – erfahrungsgemäss anfallenden – künftigen Pflegekosten (act. 22 S. 13). Wie hoch der Vorhaltekostenanteil sein

solle bzw. welchen prozentualen Anteil am Pensionspreis er ausmachen solle, legte die Berufungsklägerin zwar nicht dar (vgl. act. 46/6 und act. 73). Der exakte Anteil ist aber – wie bereits oben ausgeführt – auch nicht ausschlaggebend.

2.19. Die Bedeutung der Optionen sowie Ansprüche und damit die bereits bei Vertragsabschluss vorhandene Ausrichtung der Berufungsklägerin auf die Inanspruchnahme der Pflegeleistungen, selbst wenn tatsächlich noch keine solchen in Anspruch genommen werden, zeigt sich endlich in der Kündigungsklausel. Nebst anderen Kündigungsgründen (wiederholte Verstösse gegen die Hausordnung, Nichtbezahlen des Pensionspreises und Belästigung und/oder Gefährdung anderer Hausbewohner usw.) hat sich die Residenz das Recht ausbedungen, den Vertrag vorzeitig zu beenden, wenn ihr Vertrauensarzt nach Konsultation des Hausarztes und der Leitung des Pflegedienstes bestätigt, dass der Pensionär in seiner Wohnung nicht mehr angemessen betreut werden kann (Ziff. 8.3 des Pensions- und Pflegevertrages). In dieser Klausel kommt deutlich zum Ausdruck, dass die Pflege einen wesentlichen Bestandteil des Pensions- und Pflegevertrages bildet. Es soll vermieden werden, dass Pensionäre in der Wohnung verbleiben, wenn die Residenz nicht mehr in der Lage ist, den pflegerischen Aufwand mit den ihr zur Verfügung stehenden Ressourcen zu bewältigen. Dazu passt auch die Bedingung in der Ziff. 5.1 des Vertrages, wonach sich die Residenz zur Pflege verpflichtet, *soweit dies medizinisch vertretbar und möglich ist*. Die Kündigungsklausel ist auf Fälle ausgerichtet, in denen eine Verlegung in die Pflegeabteilung oder vielleicht sogar in ein Spital unabdingbar ist. Wie gesehen (vorn Ziff. 2.5.3) kann die Berufungsklägerin einen Übertritt in die Pflegeabteilung, welche einen Vertragsschluss voraussetzt, nicht verweigern. Die Kündigungsklausel macht Sinn und dient nicht der Umgehung der mietrechtlichen Schutzbestimmungen: Könnte eine angemessene Betreuung mit den Ressourcen der Berufungsklägerin nicht mehr gewährleistet werden, wäre das körperliche Wohl der Pensionäre in Gefahr, welches höher zu gewichten ist als ein eventueller Anspruch auf Verbleib in der Wohnung (durch eventuelle Erstreckung gemäss den mietrechtlichen Schutzbestimmungen). Die Überlassung der Wohnung an Pensionäre ist also eng verknüpft mit dem Vermögen der Residenz, die angebotenen Pflegeleistungen zu erbringen. Der Fokus liegt somit auf der Pflegeleistung.

2.20. Unter Berücksichtigung der im Pensionspreis bereits enthaltenen Dienstleistungen, Optionen sowie dem Anspruch auf Pflege ist das Schwergewicht des vorliegenden Pensions- und Pflegevertrages beim auftragsrechtlichen Element zu orten, und es ist in Anbetracht der vertraglichen Dienstleistungen festzuhalten, dass es sich beim Pensions- und Pflegevertrag der Parteien um einen Innominatvertrag handelt, der dem Typ des Heimvertrages entspricht. Bei Heimverträgen ist eine einmonatige Kündigungsfrist – wie vorliegend vereinbart in Ziff. 8.3 des Vertrages für die Kündigung durch die Residenz – üblich (vgl. Breitschmid/Steck/Wittwer, a.a.O., S. 888).

2.21. Abrundend ist darauf hinzuweisen, dass es keinen vernünftigen Sinn machte, die Verträge der Berufungsklägerin, je nachdem ob die Pensionäre die Pflege in Anspruch nehmen oder (noch) nicht, unterschiedlich zu beurteilen. Sonst müsste die rechtliche Qualifikation des Vertrages im Verlaufe der Zeit angepasst werden. Im vorliegenden Fall müssten bei einem Pensionär, der keine Pflegeleistungen in Anspruch nimmt, unter Umständen die mietrechtlichen Schutzbestimmungen zur Anwendung gelangen, bei einem Pensionär, der Pflegeleistungen in der eigenen Wohnung bezieht, hingegen nicht, obwohl beide Pensionäre denselben Pensions- und Pflegevertrag abgeschlossen haben. Der Übertritt in die hauseigene Pflegeabteilung bedingt demgegenüber den Abschluss eines neuen Vertrages (Ziff. 5.1 des Pensions- und Pflegevertrages). Der Hinweis, wonach, je nach Ausgestaltung des Vertrages, das Element des Wohnens bei tiefer Pflegeintensität und gewisser Autonomie für das tägliche Leben in den Vordergrund tritt (vgl. Breitschmid/Steck/Wittwer, a.a.O., S. 882 f.; Bisang, a.a.O., S. 250 Ziff. 51; vgl. auch den Hinweis des Berufungsbeklagten in act. 81 S. 4 f.), kann bei Verträgen mit der vorliegenden Ausgestaltung daher nicht zutreffen.

2.22. Im Sinne einer Zusammenfassung ist festzuhalten, dass das mietrechtliche Element zwar einen wesentlichen Bestandteil des Pensions- und Pflegevertrages ausmacht, jedoch kein mietrechtlicher Schwerpunkt ausgemacht werden kann. Es liegt ein gemischter Vertrag, in concreto ein Heimvertrag vor.

3. Zuständigkeit der Vorinstanz

3.1. Es stellt sich die Frage nach der Zuständigkeit des Mietgerichts bei gemischten Verträgen. Das vorinstanzliche Verfahren war bei Inkrafttreten der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) bereits rechtshängig. Demnach galt für dieses noch das bisherige Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO) nach zürcherischer Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und zürcherischem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG/ZH). Das Mietgericht beurteilt unter Vorbehalt der Zuständigkeiten der Einzelrichter bei den Bezirksgerichten gemäss §§ 22 und 23 alle Streitigkeiten aus Miet- und Pachtverhältnissen für Wohn- und Geschäftsräume (§ 18 Abs. 1 GVG).

3.2. Für die sachliche Zuständigkeit des Gerichts und die davon abhängige Verfahrensart kommt es auf das anhängig gemachte Rechtsbegehren und nicht auf das Prozessergebnis an (ZR 82 Nr. 52, 99 Nr. 30). Eine miet- oder pachtrechtliche Streitigkeit ist gegeben, wenn sich der Klagegegenstand (Anspruch) aus einem Miet- oder Pachtverhältnis herleitet und damit dem entspricht, was unter die Vertragsklage fällt, mit der alle materiell-rechtlichen Ansprüche geltend gemacht werden, die aus einer solchen bestehenden Vertragsbeziehung fliessen. Den mietrechtlichen Bestimmungen unterstehen auch gemischte Verträge, sofern das mietrechtliche Element wesentlich ist, d.h., sofern ohne dieses das Vertragsgebilde nicht zu Stande gekommen wäre (so: Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 18 N. 2).

3.3. Der Berufungsbeklagte machte bei der Vorinstanz ein Rechtsbegehren um Feststellung, die Pensionspreiserhöhung vom 24. September 2008 sei nichtig, anhängig (act. 1). Da sich die Zuständigkeit nicht nach dem Prozessergebnis richtet, sondern nach dem Rechtsbegehren und da bei gemischten Verträgen die Zuständigkeit des Mietgerichts bejaht wird, sofern das mietrechtliche Element wesentlich ist bzw. das Vertragsgebilde ohne dieses nicht zu Stande gekommen wäre, ist die Zuständigkeit der Vorinstanz zu bejahen.

4. Fazit

4.1. Da sich die Pensionspreiserhöhung nicht nach Mietrecht, sondern nach Auftragsrecht richtet, war sie nicht auf einem vom Kanton genehmigten Formular gemäss Art. 269 d OR mitzuteilen und damit auch nicht nichtig. In Gutheissung der Berufung ist deshalb die Klage (negative Feststellungs- und Rückforderungsklage des Berufungsbeklagten vor der Vorinstanz) abzuweisen. Da das Rechtsbegehren des Berufungsbeklagten bei der Vorinstanz nicht auf Überprüfung der Angemessenheit der Erhöhung lautete, ist eine solche Überprüfung nicht vorzunehmen. Damit erübrigt sich auch die Vornahme einer Kostenaufteilung durch einen Experten (act. 73 Rz. 13).

4.2. Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass die Pensionspreiserhöhung einer gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich zugänglich wäre: In Ziff. 3.1 des Pensions- und Pflegevertrages ist eine vertragliche *clausula rebus sic stantibus* (d.h. eine Klausel zur Anpassung des Vertrages an veränderte Verhältnisse oder besser gesagt eine Änderungsklausel) enthalten. Dass die mietrechtliche Sozialgesetzgebung nicht anwendbar ist, kann daher nicht bedeuten, dass die Heimbewohner der Preisgestaltung der Berufungsklägerin schutzlos ausgeliefert sind (vgl. Breitschmid/Steck/Wittwer, a.a.O., S. 874; act. 81 S. 71). Ob eine Anfechtung zeitlich noch möglich ist und wie deren Erfolgchancen wären, kann hier offen gelassen werden.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 3) ist zu bestätigen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist ausgehend von einem Streitwert von Fr. 37'440.– für das Berufungsverfahren (Streitwert vor Vorinstanz Fr. 40'872.– abzüglich den von der Berufungsklägerin für den Fall, dass sich die streitige Erhöhung als nichtig erweisen sollte, anerkannten Fr. 3'432.–) in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 3 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten beider Instanzen dem Berufungsbeklagten aufzuerle-

gen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten des Berufungsverfahrens sind aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'800.– zu beziehen und der Berufungsklägerin vom Berufungsbeklagten zu ersetzen.

2. Ausgangsgemäss wird der Berufungsbeklagte für beide Instanzen entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist (entsprechend der erstinstanzlichen Berechnung, act. 72 S. 21 f.) auf Fr. 7'500.– zuzüglich 7.6% MWST, die Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren in Anwendung der §§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. 4 Abs. 1 und 3 AnwGebV auf Fr. 2'500.– zuzüglich 8% MWST (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006) festzusetzen, und der Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, die Prozessentschädigung der Berufungsklägerin für beide Verfahren zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Klage abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 3) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten beider Instanzen werden dem Berufungsbeklagten auferlegt. Die zweitinstanzlichen Kosten in der Höhe von Fr. 3'000.– werden aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, und der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin diesen Betrag zu ersetzen.
5. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'500.– zuzüglich 7.6% MWST und für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zuzüglich 8% MWST zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

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 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 37'440.–.

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. A. Muraro-Sigalas

versandt am: