

### **ZMP 2019 Nr. 3**

**Art. 1 und 18 OR; Art. 253 OR; Art. 305 OR; Art. 530 OR; Art. 52 ZPO; Art. 57 ZPO; Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO; Art. 227 und 230 ZPO; Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. Art. 275 SchKG i.V.m. Art. 102 Abs. 3 SchKG. Simulierter Mietvertrag. Rechtliche Einordnung der Nutzung von Wohnräumen im Kontext einer Lebensgemeinschaft. Sachliche Zuständigkeit. Verfahrensart. Doppelt relevante Tatsachen und richterliche Rechtsanwendung. Klageänderung. Prozessstandschaft bei betreibungsamtlicher Zwangsverwaltung einer Liegenschaft.**

*Solange während eines Arrests eine betreibungsamtliche Zwangsverwaltung besteht, ist das Betreibungsamt Prozessstandschafter des Vermieters. Die Teilnahme des Betreibungsbeamten an der Schlichtungsverhandlung führt daher zu einer gültigen Klagebewilligung. Ob der Beamte für das Verfahren Instruktionen des Arrestgläubigers eingeholt hat, hat das Gericht nicht zu kümmern (MG, E. III.2). Über doppelt relevante Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs von Bedeutung sind, fällt das Gericht grundsätzlich einen Sachentscheid auch dann, wenn der Prozess nicht in seine Zuständigkeit fallen würde. Dies ändert aber nichts daran, dass Zuständigkeit und Verfahrensart die Zulässigkeit einer Klageänderung und damit auch die Befugnis des Gerichts beschränken, den Fall auf einer anderen als der von einer Partei behaupteten Grundlage zu entscheiden (MG, E. IV.2.2.5). Die Frage nach der wahren Natur eines Rechtsverhältnisses ist keine blosse Rechtsfrage. Behauptet eine Partei im Verlaufe des (Rechtsmittel-)Verfahrens neu einen vom objektivierten Verständnis abweichenden tatsächlichen übereinstimmenden Willen, so ändert sie auch das Tatsachenfundament ihres Standpunkts (OG, E. III.2.3, insbes. E. III.2.3.3.2). Ein solches Verhalten verstösst gegen Treu und Glauben (OG, E. III.2.2.1 und 2.2.2). Abgesehen davon ist der Wechsel des (Wider-)Klagefundaments nur in den Grenzen der Klageänderung zulässig (OG, E. III.2.2.2.2 und 2.3).*

*Qualifikation der Überlassung einer Wohnung an die Partnerin einer ausserehelichen Lebensgemeinschaft und die Kinder als einfache Gesellschaft, jedenfalls nicht als Mietvertrag. Entsprechend erweisen sich die ausgesprochenen mietrechtlichen Kündigungen als nichtig, der betriebene Mietzins als nicht geschuldet. Trotz der*

*Rechtsprechung zu den doppelt relevanten Tatsachen ist es dem Gericht verwehrt, die Rückgabe der Wohnung oder eine Entschädigungszahlung auf einer anderen Sachgrundlage anzuordnen, etwa durch Liquidation einer Gesellschaft oder gestützt auf die Regeln der Gebrauchsleihe, soweit nicht eine (zulässige) Klageerweiterung erfolgt (MG, E. IV, insbes. E. IV.2.2.5; OG, E. III.2.3).*

Aus den Urteilen des Mietgerichts MB170012-L sowie MD170002-L vom 27. November 2018 (MD170002-L rechtskräftig; OG-Entscheid im Fall MB170012-L im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber, Gasche, Vorburger, Gerichtsschreiberin Schenk):

„(...)

## **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

### *1. Vorbemerkung*

(...) [D]ie Parteien [führen] gegeneinander einerseits ein Kündigungsschutz- bzw. Ausweisungsverfahren und andererseits einen Aberkennungsprozess. Die unterschiedliche Verfahrensart lässt eine gerichtliche Vereinigung der beiden Prozesse nicht als opportun erscheinen. Da indessen beide Verfahren zusammen geführt wurden und sich nun gleichzeitig als spruchreif erweisen und da überdies die Gefahr widersprüchlicher Entscheide besteht, sind beide Urteile in einer einzigen Urkunde zu erlassen und zu begründen. (...)

### *2. Sachverhalt*

2.1. Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend Klägerin) war bis im Sommer 2016 mit dem Beklagten und Widerkläger (nachfolgend Beklagter) liiert. Am 11. Mai 2012 wurde die Klägerin Mutter der Tochter T., welche der Beklagte am 22. Mai 2012 auf dem Standesamt X. anerkannte. Sodann brachte die Klägerin am 16. Dezember 2015 den Sohn S. zur Welt, dessen Vaterschaft der Beklagte ebenfalls anerkannte. Mittlerweile ist zwischen den Parteien unbestritten, dass der Beklagte bei beiden Kindern einen Vaterschaftstest hat durchführen lassen und dass danach nur S., nicht aber T. vom Beklagten stammt. Weiter hat der Beklagte die Vaterschaft bezüglich T. vor einem deutschen Gericht mit Erfolg angefochten.

2.2. Mit E-Mail vom 14. August 2015 forderte der Beklagte die Klägerin auf, € 200'000.– auf ein Konto bei der X.-Bank zu überweisen, welches auf seinen Namen lautet. Daraufhin tätigte die Klägerin am 19. August 2015 eine (...) Überweisung in genannter Höhe auf die angegebene IBAN-Nummer mit der Bemerkung "Anzahlung für die Wohnung". In der Folge kaufte der Beklagte die 5-Zimmer-Wohnung, Appartement C, an der N.-strasse in Zürich, und figuriert seither im Grundbuch als Eigentümer.

2.3. Am 30. September 2015 unterzeichneten die Parteien einen "Mietvertrag für Wohnräume" über die genannte Wohnung. Laut den Vertragsbestimmungen ist eine Kündigung mit einer Frist von drei Monaten auf jedes Monatsende möglich, ausgenommen auf den 31. Dezember. Der monatliche Mietzins beträgt gemäss dem Dokument Fr. 2'800.– für die Wohnung und Fr. 200.– für Garage und Abstellplatz. Unter "Besondere Vereinbarungen" wurde festgehalten, die Nebenkosten wie Heizungs- und Warmwasserkosten, Wasser- und Abwasserkosten, Radio und TV, Internet, Hauswartung und Gartenpflege sowie der kleine Unterhalt seien von der Mieterin selber zu tragen.

2.4. Mitte August 2016 veranlasste der Beklagte ein DNA-Test, gemäss welchem T. nicht sein leibliches Kind ist. Mit amtlichen Formularen vom 4. Oktober sowie 22. August 2016 kündigte der Beklagte der Klägerin das Mietverhältnis auf den 30. November 2016, wobei er vor der Schlichtungsbehörde die Nichtigkeit der Kündigungen aus formellen Gründen anerkannte. Mit Einschreiben vom 16. November 2016 stellte der Beklagte der Klägerin eine Mahnung betreffend ausstehende Mietzinse für die Monate Oktober 2015 bis November 2016 mit Kündigungsandrohung zu und kündigte ihr anschliessend gestützt auf Art. 257d OR mit amtlichem Formular vom 23. Dezember 2016 auf den 31. Januar 2017 wegen Zahlungsverzugs.

2.5. Mit Arrestbefehl vom 13. Februar 2017 wurde auf dem der Klägerin vermieteten Grundstück (...) Arrest gelegt. Mit Einschreiben vom 7. März 2017 informierte das Betreibungsamt Zürich 7 den Arrestgläubiger G. über die zwangsrechtliche Verwaltung der verarrestierten Liegenschaft und forderte ihn auf mitzuteilen, ob er an der Weiterführung der Verwaltung festhalte oder verzichte. Innert erstreckter Frist verzichtete der Arrestgläubiger auf die Weiterführung der betreibungsrechtlichen Zwangsverwaltung.

2.6. Bereits zuvor hatte der Beklagte die Klägerin wegen seiner Meinung nach ausstehender Mietzinsen der Monate Oktober 2015 bis Januar 2017 betrieben und für eine Forderung von Fr. 48'000.– (16 Monate à Fr. 3'000.–) plus 5% Zins seit 17. Mai 2016 beim Betreibungsamt Zürich 7 einen Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2017 erwirkt. Die Klägerin vermochte den Mietvertrag als provisorischen Rechtsöffnungstitel nicht zu entkräften, so dass mit Urteil des Einzelgerichts Audienz vom 9. Mai 2017 dem Beklagten provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 48'000.– plus 5% Zins seit 17. Mai 2016 erteilt wurde.

### 3. *Prozessgeschichte*

3.1. Mit Eingabe vom 20. Januar 2017 (Datum Poststempel) machte die Klägerin das Kündigungsschutzverfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Nach Arrestlegung auf das streitgegenständliche Mietobjekt, mit welcher dessen Zwangsverwaltung einherging, wurde der Beklagte im Rubrum durch das zuständige Betreibungsamt Zürich 7 ersetzt. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 28. März 2017 erhob der Beklagte Widerklage. Es konnte keine Einigung erzielt werden und der Klägerin wurde gleichentags die Klagebewilligung ausgestellt. (...) Nach Aufhebung der Zwangsverwaltung über die umstrittene Wohnung am 4. April 2017 wurde anstelle des Betreibungsamtes Zürich 7 im Rubrum wieder der Beklagte persönlich aufgeführt. Mit Präsidialverfügung vom 8. Juni 2017 (Urk. 16) wurde dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zur Klage angesetzt, welche innert erstreckter Frist am 16. August 2017 einging (Urk. 19-21).

3.2. Bereits mit Eingabe vom 30. Mai 2017 (Datum Poststempel) hatte die Klägerin auch die vorliegende Aberkennungsklage eingereicht (MD170002 [...]). Der mit Beschluss vom 1. Juni 2017 von der Klägerin verlangte Kostenvorschuss wurde innert Nachfrist geleistet. Mit Präsidialverfügung vom 22. Juni 2017 wurde dem Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt, welche innert erstreckter Frist am 16. August 2017 einging.

3.3. Am 5. September 2017 wurde in beiden Verfahren gleichzeitig zur Hauptverhandlung auf den 2. November 2017 vorgeladen, welche wie geplant durchgeführt wurde (Prot. S. 7 ff.). Am 27. November 2017 fand eine Vergleichsverhandlung statt. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden. Darauf wurden die Parteien am

4. Januar 2018 zur Fortsetzung der Hauptverhandlung in beiden Prozessen auf den 26. April 2018 vorgeladen. Nach Durchführung derselben erweisen sich beide Verfahren als spruchreif. (...)

## **II. Parteivorbringen**

(...)

## **III. Prozessuales**

### *1. Zuständigkeit und Verfahrensart*

1.1 Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, wobei die Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen ist (Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzung ist unter anderem die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Das Mietgericht ist sachlich als Kollegialgericht zur Behandlung von Streitigkeiten aus Mietverhältnissen über Wohn- oder Geschäftsräume zuständig (§ 21 i.V.m. § 26 GOG). Vom Bestand eines Mietverhältnisses zwischen den Parteien ein Mietverhältnis hängt aber nicht nur die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts ab: Ebenso setzen der (materielle) Anspruch auf Kündigungsschutz und Erstreckung und die Mietzinsforderung des Beklagten einen solchen Vertrag voraus.

Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind, werden als doppelrelevante Tatsachen bezeichnet. Solche sind erst im Zeitpunkt der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs zu untersuchen. Für die Beurteilung der Zuständigkeit werden sie auch bei Bestreitung durch die Gegenpartei als wahr unterstellt. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann. Wenn das Gericht seine Zuständigkeit aber (von Amtes wegen) aufgrund einer schlüssig vorgebrachten doppelrelevanten und damit als wahr vorausgesetzten Tatsache bejaht, tritt es auf die Sache ein und fällt nach Durchführung des Prozesses einen Sachentscheid. Wenn es sich bei der materiellen Prüfung zeigt, dass die doppelrele-

vante Tatsache nicht bewiesen werden kann, weist das Gericht die Klage mit einem (der Rechtskraft fähigen) Entscheid ab. Es kann aber nicht mehr auf seinen Eintretensentscheid zurückkommen und auf die Sache nicht eintreten (BGE 141 III 294; vgl. zur zwischendurch schwankenden Rechtsprechung LEUENBERGER, ZBJV 2017, S. 246 f.; BSK ZPO-KAISER JOB, 3. Aufl., Art. 33 N 21).

Die Parteien der vorliegenden Prozesse sind sich über Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses uneins, das beide als Mietverhältnis bezeichnen, auch wenn sie beide Einschränkungen und Vorbehalte anbringen. Die für die Zuständigkeitsfrage primär massgebliche Darstellung der Klägerin erweist sich dabei zwar als inkonsistent (dazu später). Immerhin behauptet sie im Kündigungsschutzverfahren die Nichtigkeit einer vom Beklagten ausgesprochenen und auf das Mietrecht gestützten Kündigung und bestreitet im Aberkennungsverfahren den Bestand der vom Beklagten behaupteten Mietzinsforderung. Das genügt zur Bejahung der sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichts, denn eine missbräuchliche Berufung auf das Mietrecht ist nicht ersichtlich.

1.2 Die Parteien sind deutsche Staatsangehörige, die Klägerin mit Wohnsitz in der Schweiz, der Beklagte mit Wohnsitz in Dubai, Vereinigte Arabische Emirate. Mangels eines Staatsvertrages zwischen den Vereinigten Arabischen Emiraten und der Schweiz gilt für die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG). Nach Art. 112 Abs. 1 IPRG sind für Vertragsklagen die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, am gewöhnlichen Aufenthaltsort zuständig. Gemäss Art. 113 IPRG kann auch am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung geklagt werden, wenn diese in der Schweiz zu erbringen ist. Wäre von einem Mietvertrag auszugehen, so liegt jedenfalls der Erfüllungsort der charakteristischen Leistung in der Schweiz (vgl. zur identischen Rechtslage bei der Klage gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft unter Konkubinatspartnern BGE 142 III 466). Gerichtsstandsvereinbarungen sind bei mietrechtlichen Streitigkeiten gemäss nach Art. 5 IPRG grundsätzlich nicht ausgeschlossen, jedenfalls soweit nicht einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts missbräuchlich entzogen wird. Gerichtsstandsklauseln in Verträgen sind autonom auszulegen. Sie gelten also selbst dann, wenn die Gültigkeit des Vertrages, der sie enthält, umstritten oder fraglich ist.

Nach 119 Abs. 1 und 2 IPRG ist bei Verträgen über Grundstücke in der Schweiz schweizerisches Recht anwendbar, soweit die Parteien kein anderes Recht gewählt haben.

Ziff. 21 des von den Parteien vorgelegten Vertrags sieht den Lageort der Sache als Gerichtsstand und die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts vor. Legt man die Klausel wie erwähnt autonom aus, so hat sie unabhängig von der Frage Bestand, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist und welche Natur ein solcher aufweist. Der gewählte Gerichtsstand entspricht zudem dem nach dem nationalen Recht zugunsten der Mieterseite statuierten teilzwingenden Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache (vgl. Art. 33 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO), so dass mit Sicherheit nicht von einer missbräuchlichen Wahl gesprochen werden kann. Es ist so oder anders ein Gerichtsstand in Zürich gegeben und es kommt schweizerisches Recht zur Anwendung, was zumindest im Ergebnis auch unbestritten ist.

1.3 Für Prozesse betreffend Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), während für eine Aberkennungsklage das ordentliche Verfahren zur Anwendung gelangt, soweit der Streitwert Fr. 30'000.– übersteigt (Art. 219 ff. i.V.m. 243 Abs. 1 ZPO). Im ordentlichen Verfahren gilt die Verhandlungsmaxime. Es ist gemäss Art. 55 ZPO Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche ihres Streits vorzutragen. Das Gericht darf dem Urteil nur behauptete Tatsachen zugrunde legen. Im vereinfachten Kündigungsschutzverfahren gilt dagegen die soziale Untersuchungsmaxime. Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Es beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl., Art. 247 N 4). Dabei ist für das Ausmass der richterlichen Hilfe u.a. ausschlaggebend, wie kompliziert die Materie ist, wie weit die intellektuellen Fähigkeiten der betroffenen Partei reichen, ob diese anwaltlich vertreten oder rechtskundig

ist und ob ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; MAZAN, a.a.O., Art. 247 N 16 ff.; KUKO ZPO-FRAEFEL, 2. Aufl., Art. 247 N 10; BRUNNER/STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 247 N 12). Neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt das Gericht unter der Herrschaft der sozialen Untersuchungsmaxime bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO; vgl. BGE 143 III 272 E. 2.3.2; BGE 142 III 413, E. 2.2.5; BGE 138 III 788 E. 4.2), im ordentlichen Verfahren dagegen grundsätzlich bis zum Beginn der ersten Parteivorträge in der Hauptverhandlung, soweit kein zweiter Schriftenwechsel und keine zu Parteivorträgen dienende Instruktionsverhandlung stattgefunden hat (Art. 229 Abs. 2 ZPO).

Verhaltensweisen der Parteien in Parallelprozessen stellen gerichtsnotorische Tatsachen dar und sind daher nach Art. 151 ZPO in beiden Verfahren verwertbar. Soweit sie aus den Akten des anderen Verfahrens hervorgehen, sind sie nach der genannten Bestimmung nicht beweisbedürftig (KUKO ZPO-SCHMID, Art. 151 N 4).

## 2. *Klagebewilligung MB170012*

Auch das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung ist Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 ZPO (BGE 140 III 70 E. 5; 140 III 227 E. 3.2 = Pra 2015 Nr. 35; BGE 139 III 273 E. 2.1) und ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO).

Die Klägerin brachte vor, das Betreibungsamt Zürich 7 habe im Kündigungsschutzverfahren ohne Instruktionen des Arrestgläubigers an der Schlichtungsverhandlung teilgenommen. Es sei trotz ausstehender Antwort des Arrestgläubigers [betreffend Weiterführung der Zwangsverwaltung und Vertretung durch die mit dem Kündigungsschutzverfahren durch den Beklagten beauftragten Rechtsanwältinnen] verhandelt worden. Sowohl das mit der Zwangsverwaltung beauftragte Betreibungsamt Zürich 7 als auch der Beklagte und Arrestschuldner seien durch die gleichen Anwältinnen vertreten gewesen, dies obschon sich der Arrestgläubiger noch gar nicht dazu habe äussern können, ob er mit der Weiterführung der zwangsrechtlichen Verwaltung und mit seiner Vertretung durch diese Rechtsanwältinnen einverstanden sei. Auf die Doppelvertretung aufmerksam gemacht, habe das Betreibungsamt Zürich 7 während der Verhandlung diesen Rechtsanwältinnen die Vollmacht entzogen. Das von ihnen redigierte Plädoyer sei dennoch vom Betreibungsbeamten verlesen worden. Darin habe das Betreibungsamt Zürich 7 Widerklage

erhoben und diese nach Vorgabe des ursprünglichen Vermieters und seiner Rechtsvertretung begründet. Ob dies im Interesse des Arrestgläubigers gewesen sei, habe das Betreibungsamt nicht abgeklärt. Das Betreibungsamt habe nicht rechtsgültig Widerklage erhoben. Das Betreibungsamt habe nicht selbst darüber entscheiden können, ob Widerklage zu erheben sei. Das Schlichtungsverfahren sei dadurch seines Zwecks beraubt worden und die Klagebewilligung sei ungültig.

Wie im Beschluss vom 22. Mai 2017 ausgeführt, hat die Schlichtungsbehörde nach Arrestlegung über das Mietobjekt und der damit einhergehenden Zwangsverwaltung anstelle des Beklagten zu recht das Betreibungsamt Zürich 7 als Prozessstandschafter ins Rubrum aufgenommen. Ob das Betreibungsamt damals Instruktionen des Arrestgläubigers eingeholt hat, ist entgegen der Ansicht der Klägerin im Aussenverhältnis bedeutungslos. Zudem wurden die Handlungen des Betreibungsamtes durch den Verzicht des Arrestgläubigers auf die Zwangsverwaltung letztlich genehmigt. Falsch ist auch, dass ein Interessenkonflikt der Rechtsanwältinnen bestand: Das Betreibungsamt war sehr wohl berechtigt, auf die Rechtsanwältinnen des Beklagten und Arrestschuldners zurückzugreifen, denn bezüglich der Frage des Kündigungsschutzes bestanden keine Konflikte zwischen Gläubiger und Schuldner. Solche sind jedenfalls nicht substantiiert behauptet worden. Umso mehr war der Betreibungsbeamte nach Entzug der Vollmacht für die Rechtsanwältinnen des Beklagten berechtigt, sich deren Plädoyer zu eigen zu machen. Das Schlichtungsverfahren ist demzufolge korrekt durchgeführt worden. Auch die Widerklage ist somit rechtshängig. Nur der Vollständigkeit halber kann darauf verwiesen werden, dass die Widerklage auch noch in der Stellungnahme zur Klage erfolgen kann, welche der Beklagte vorliegend zur Präzisierung der Widerklage nutzte.

### 3. *Abgeurteilte Sache*

Im Aberkennungsverfahren verlangt die Klägerin mit Ziff. 2 ihrer Anträge unter anderem, die Rechtsöffnungskosten von Fr. 500.– sowie die dem Beklagten zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 3'000.– seien "abzuerkennen". Wie aus der Klagebegründung hervorgeht, stellt sie sich auf den Standpunkt, da die Forderung nicht bestehe, sei die provisorische Rechtsöffnung zu Unrecht erteilt worden.

Dem ist nicht so. Das Rechtsöffnungsverfahren stellt gemäss Art. 1 lit. c ZPO ein selbständiges Gerichtsverfahren im Rahmen einer Betreuung dar, bei welchem es entgegen der Meinung beider Parteien nicht etwa um die Forderung als solche, sondern um die Frage geht, ob der Antrag auf provisorische Rechtsöffnung in der hängigen Betreuung begründet ist oder nicht. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rechtsöffnungsverfahrens sind allein vom Rechtsöffnungsgericht zu regeln. Ist eine Partei damit nicht einverstanden, hat sie Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid einzulegen. Andernfalls erwächst das Kosten- und Entschädigungsdispositiv in Rechtskraft. Keinesfalls kann dieser Punkt zum Thema der Aberkennungsklage gemacht werden. Das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich hat das in Ziff. 5 und 6 seines Entscheids vom 9. Mai 2017 auch so festgehalten. Auf den Antrag der Klägerin ist daher nicht einzutreten.

#### **IV. Materielle Behandlung der Klage**

1. Ungeachtet der Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien hat das Mietgericht aufgrund der anfänglichen Bejahung seiner sachlichen Zuständigkeit die Klage als Ausfluss des Grundsatzes der richterlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss Art. 57 ZPO im Rahmen der gestellten Anträge unter sämtlichen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen und darf sich nicht darauf beschränken, sie nur unter den spezialgesetzlichen Aspekten zu beurteilen (ZR 114 (2015) Nr. 36 E. 4.5).

2.1 Nach Art. 1 OR kommen Verträge durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zwischen den Parteien zustande. Gemäss Art. 18 OR ist dabei der übereinstimmende wirkliche Willen der Parteien massgeblich und nicht die unrichtige Bezeichnung, welche die Parteien ihrer Vereinbarung aus Irrtum oder in der Absicht gegeben haben, die wahre Natur ihres Rechtsverhältnisses zu verheimlichen. Da das Gesetz den Austausch von Erklärungen verlangt, ist es grundsätzlich belanglos, welche Gedanken sich die eine oder die andere Partei beim Vertragschluss gemacht hat. Irrelevant sind insbesondere gedankliche Vorbehalte einer Partei, die sie gegenüber dem Partner nicht zum Ausdruck gebracht hat – man spricht dabei von der sog. Mentalreservation. Mit dieser Einschränkung gilt bei Fragen des Zustandekommens oder der Auslegung von Verträgen das Primat des sub-

ektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Prozess hängt die Prüfung der Frage zwar von der Darstellung der Parteien ab, deren Sache es nicht nur unter der Geltung der Verhandlungsmaxime (hier: für die Aberkennungsklage), sondern auch nach den Prinzipien der sozialen Untersuchungsmaxime (hier: für den Kündigungsschutz) ist, die rechtserheblichen Tatsachen vorzutragen (Art. 55 ZPO; Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO; BGE 141 III 569 E. 2.3.1). Die Rechtsanwendung hat dagegen wie erwähnt von Amtes wegen zu erfolgen (Art. 57 ZPO). Daraus folgt, dass selbst eine übereinstimmende Behauptung der Parteien hinsichtlich der Natur eines Vertragsverhältnisses für das Gericht nicht massgeblich ist. Vielmehr hat es über die Qualifikation des Vertragsverhältnisses aufgrund der (übereinstimmenden oder erwiesenen) substantiierten Behauptungen der Parteien zu befinden.

Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht zunächst zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Bleibt ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Führt diese objektivierte Betrachtungsweise zur Annahme übereinstimmender Willensäusserungen, liegt ein normativer Konsens vor (BGE 123 III 35 E. 2.b). Bei der Bewertung des Verhaltens der Parteien ist die Sicht des vernünftigen und korrekten Vertragspartners massgeblich. Ohne gegenteilige Indizien darf daher nicht angenommen werden, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a). Nach der sogenannten Unklarheitsregel sind mehrdeutige Wen-

dungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (BGE 124 III 155 E. 1.b m.w.H.).

Wird eine Übereinstimmung des inneren Willens der Parteien festgestellt, so ist dieser tatsächliche Konsens massgebend und es braucht nicht nach dem allfälligen Vorliegen und Inhalt eines normativen Konsenses gesucht zu werden. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwendung (Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt indessen jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten Rechtsfolgen ableitet (BGE 121 III 118 E. 4b/aa). Im Prozess um das Zustandekommen eines Vertrags bedeutet dies, dass das Gericht sich vorab zu fragen hat, ob sich aus den unbestrittenen Willensäusserungen der Parteien ein normativer Konsens ergibt. Ist die Frage zu bejahen, hat es die Parteien zum Beweis für Umstände zuzulassen, die auf einen abweichenden wirklichen Willen sprechen oder die die vorläufige Bewertung des normativen Konsenses in einem anderen Licht erscheinen lassen.

Für die Abgrenzung einer kumulativen Schuldübernahme von einer Mitmieterstellung liefert das bundesgerichtliche Urteil 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 ein illustratives Beispiel: Die Vorinstanzen hatten dort angenommen, die Klägerin habe keinen Beweis dafür vorgelegt, dass das Verhältnis des Beklagten zum Vertrag über eine kumulative Schuldübernahme (lediglich für Mietzinse und Nebenkosten, nicht aber für Forderungen aus Schadenersatz) hinausgegangen sei. Dem widersprach das Bundesgericht in E. 3.2 und hielt fest, die Klägerin habe einen schriftlichen Vertrag vorgelegt, in welchem neben einer Drittperson auch der Beklagte als Mieter genannt sei. Diesfalls obliege es der Gegenseite zu beweisen, dass der wirkliche Wille der Parteien auf eine bloss kumulative Schuldübernahme gegangen sei:

"En produisant ce contrat, la demanderesse a démontré la qualité de locataire du défendeur, qui se trouvait ainsi lié par toutes les obligations du bail. S'il entendait contester cette qualité, il appartenait au défendeur de prouver que la volonté réelle et commune des parties, lors de la conclusion du contrat, consistait uniquement en une reprise cumulative des dettes de loyer et des frais accessoires par lui-même, les parties actuellement en procès ayant exclu qu'il s'engage comme locataire et qu'il ait la jouissance des locaux. Or, sur ce point, la cour cantonale a renversé le fardeau de la preuve puisqu'elle reproche précisément à la demanderesse

de n'avoir produit aucune pièce, ni formulé aucune offre de preuve tendant à démontrer que le défendeur aurait eu un comportement révélant à l'évidence sa volonté de s'engager pour le tout, à l'égal de son colocataire."

Sowohl bei der Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien als auch bei der Frage nach einem normativen Konsens sind die Umstände mit zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Nachträgliches Parteiverhalten ist dagegen grundsätzlich nicht von Bedeutung. Immerhin lassen später eintretende Umstände besonders bei Dauerschuldverhältnissen bisweilen erkennen, wie die Parteien den Vertrag seinerzeit gemeint haben bzw. ihre Erklärungen verstehen mussten und durften. Mit entsprechenden Schlüssen ist allerdings Zurückhaltung geboten, denn wenn schon eine Vertragsänderung durch blosses Vertragsgebaren nicht leichthin angenommen werden darf, verbietet es sich umso mehr, für den historischen Konsens zwischen den Parteien allzu viel aus diesem Gebaren abzuleiten. Dies gilt ganz besonders, wenn schon Streit über eine bestimmte Frage besteht.

Auch bei der Vertragsauslegung hat das Gericht vom Wortlaut der Parteierklärungen auszugehen, aber die gesamten Umstände in seine Überlegungen einzubeziehen. Selbst auf den (vermeintlich) klaren Wortlaut eines Vertrags darf nicht unbeachtet abgestellt werden. Aus Art. 18 OR folgt, dass ein klarer Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend und eine reine Wortauslegung verboten ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Auch das systematische Element ist zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinngehalt wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen

anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

2.2.1 Ein Mietvertrag setzt nach Art. 253 OR eine Einigung der Parteien voraus, bei welcher der Vermieter sich verpflichtet, dem Mieter eine Sache gegen einen Mietzins zum Gebrauch zu überlassen. Typwesentlich ist damit die entgeltliche Gebrauchsüberlassung. Das Bundesgericht macht von Ausnahmen abgesehen die Gültigkeit des Vertrages auch von der Vereinbarung eines Mietzinses in bestimmter Höhe abhängig (BGE 119 II 347).

2.2.2 Die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache stellt Gebrauchsleihe nach Art. 305 ff. OR dar.

2.2.3 Ein Darlehen liegt vor, wenn der Darleiher sich zur Übertragung einer Geldsumme und der Borger sich zur Rückerstattung in gleicher Menge verpflichtet (Art. 312 OR). Eine Zinsabrede ist möglich, aber nicht wesentlich für das Zustandekommen des Vertrages (Art. 313 OR).

2.2.4 Im Gegensatz zu den Austauschverträgen, zu denen die soeben beschriebenen gehören, existieren auch Verträge über eine Zweckvereinigung, die im Bewusstsein von Laien gerade wegen ihrer Eigenheit weniger stark verankert sind (BGE 108 II 204 E. 4). Nach Art. 530 Abs. 1 OR ist die Gesellschaft die vertragsmässige Bindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Nach Abs. 2 der genannten Norm folgt diese Verbindung den Regeln über die einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 531 ff. OR, soweit nicht die Voraussetzungen einer anderen (sc. höheren) Gesellschaftsform erfüllt sind. Ein Bewusstsein der Parteien, eine einfache Gesellschaft eingegangen zu sein, ist nicht erforderlich (BGE 108 II 204 E. 4). Entscheidend ist nur der Rechtsbindungswille bezogen auf den zu verfolgenden gemeinsamen Zweck, wie sich aus der gesetzlichen Definition ergibt ("vertragsmässige Bindung"; dazu z.B. JUTZI/EISENBERGER, Änderungen im Personenbestand eines Aktionärsbindungsvertrages, ZBJV 2018, S. 163 ff., 167).

Einfache Gesellschaften kommen im Alltag in ganz unterschiedlichen Konstellationen vor. Typische Beispiele sind etwa Baukonsortien, Joint Ventures, Gruppenpra-

zen von Ärzten, Anwaltsgemeinschaften, Aktionärbindungsverträge oder juristische Personen in der Gründungsphase (vgl. Art. 645 Abs. 1 OR; zum Ganzen BK-FELLMANN/MÜLLER, Vor Art. 530-551 OR N 199 sowie Art. 530 N 225 ff., 241 ff. 253 ff. und 260 ff.). Ein mit gemeinsamen Mitteln verfolgter gemeinsamer Zweck kann aber auch vorliegen, wenn dieser nicht wirtschaftlicher, sondern ideeller Natur ist (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR N 202 und 210 ff.). So subsumiert das Bundesgericht insbesondere Konkubinate und generell Lebensgemeinschaften auf der Basis etwa eines gemeinsamen Mietvertrages im Innenverhältnis der Partner als einfache Gesellschaft. Dabei ist zu beachten, dass der höchstpersönliche Aspekt einer Lebensgemeinschaft gerade nicht Teil der Gesellschaftsstruktur sein kann, denn eine Unterordnung solcher Elemente unter einen Vertrag käme einer Persönlichkeitsverletzung gleich (Art. 27 ZGB; BGE 108 II 204 E. 3; BGE 140 III 598 E. 3.2). Ob eine solche Gemeinschaft von Zuneigung getragen ist und ob tatsächlich eine Wohngemeinschaft besteht, ist für die Charakterisierung der einfachen Gesellschaft nicht relevant, solange nur ein gemeinsamer Zweck mit gemeinsamen Mitteln verfolgt wird.

Als Abgrenzungskriterien zu den Austauschverträgen kommen verschiedene Elemente in Betracht: Irrelevant ist zunächst das Element einer Erfolgsbeteiligung, denn eine einfache Gesellschaft kann wie gezeigt auch ideellen Zwecken dienen (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR N 471). Typisierend sind dagegen (Rechtsfolge-)Elemente wie die Personenbezogenheit der einfachen Gesellschaft, die Gleichberechtigung der Mitglieder, ihre Beiträge zur Förderung des Zwecks, die Starrheit in Form eines grundsätzlich nicht möglichen Austauschs der Mitglieder, die Möglichkeit der Auflösung aus persönlichen Gründen und das Gesamthandsprinzip (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR N 172 ff.). Dabei darf nicht aus den Augen verloren werden, dass selbst atypische Gebilde, die nicht alle genannten Elemente enthalten, dem Recht der einfachen Gesellschaft unterstehen können (a.a.O., N 187 ff.). Bei Konkubinate können ebenfalls atypische Konstellationen vorkommen. In der Regel liegt eine einfache Gesellschaft vor, wenn die Wohnung durch gemeinsame Beiträge finanziert, eine gemeinsame Kasse geführt und auch persönliche Leistungen erbracht werden (BGE 108 II 204 E. 4a; vgl. auch BGE 118 II 235 E. 3a und BGE 140 III 598 E. 3.2; ZK-HIGI, Vorbem. zu Art. 253-274g OR N 108; BSK OR I-WEBER, Vor Art. 253-273c N 2; DIETSCHY-MARTENET, Le bail d'habitation des con-

cubins, Basel 2014, S. 30 und 95; DILLIER, Konkubinatspartner als gemeinsame Mieter von Wohnräumen, mp 2018, S. 239 ff., S. 244 ff.; PERMANN, Der gemeinsame Mietvertrag, mp 1997, S. 191 ff., 198; J. SCHMID, Die gemeinsame Miete – Ausgewählte Fragen, AJP 2016, S. 31 ff., 33 f.; H. SCHMID, Der gemeinsame Mietvertrag, SJZ 1991, S. 349 ff. und 374 ff., S. 350; WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, Diss. Zürich 1993, S. 91 f.).

2.2.5 Es entspricht der Vertragsfreiheit gemäss Art. 19 f. OR, dass auch Kombinationen und Mischformen von Verträgen zulässig sind. So können im Rahmen einer einfachen Gesellschaft auch Darlehensverträge oder Aufträge zwischen den Gesellschaftern eingegangen werden (BGE 108 II 204 E. 5). Ein Mietvertrag kann eine artfremde Gegenleistung enthalten, etwa die Lieferung von Waren anstelle eines Mietzinses. Auch die Abgrenzung der einfachen Gesellschaft von den Austauschverträgen ist mitunter unklar: Gesellschaftsrecht kommt nur zum Zug, wenn der Rechtsbindungswille auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln ausgerichtet ist. Ansonsten kommen die Regeln des entsprechenden Austauschvertrages zum Zug, allenfalls in Kombination mit gesellschaftsrechtlichen Elementen (JUTZI/EISENBERGER, a.a.O., S. 167 f.). Die Anwendung von Gesellschaftsrecht ist dagegen ausgeschlossen, soweit es um die Ansprüche Aussenstehender geht. Insbesondere können Unterhaltsansprüche gemeinsamer Kinder grundsätzlich nicht Teil einer einfachen Gesellschaft der Eltern sein, denn sie stehen immer nur dem Kind zu, selbst wenn es um persönliche Leistungen der Eltern gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB oder um Betreuungsunterhalt im Sinne von Art. 285 Abs. 2 ZGB geht und selbst wenn die Leistung an den gesetzlichen Vertreter zu erbringen ist (vgl. Art. 289 Abs. 1 ZGB). Zudem ist das Unterhaltsrecht der Parteidisposition grundsätzlich entzogen (Art. 287 ZGB; Art. 296 ZPO). Nicht ausgeschlossen ist es hingegen, dass die Eltern die Mittel zur Bestreitung ihrer gemeinsamen Unterhaltspflichtung im Rahmen einer einfachen Gesellschaft bereitstellen, denn dies unterscheidet sich in keiner Weise vom Abschluss etwa eines Mietvertrags über eine Familienwohnung im Rahmen einer Ehe.

2.2.6 Im Kontext einer einfachen Gesellschaft kann der Gebrauch einer Sache auf gesellschaftsrechtlicher Basis beruhen. Lehre und Praxis unterscheiden dabei drei Formen: Die Einbringung einer Sache zu Eigentum ("quoad dominium"), bei wel-

cher ein Gesellschafter eine Sache in die Gesellschaft einbringt und sein Eigentum ins Gesamteigentum der Gesellschafter überträgt (Art. 544 Abs. 1 und 2 OR; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR N 355 ff., sowie Art. 531 OR N 133 ff.), die Einbringung zum Gebrauch ("quoad usum"), bei welcher das Eigentum an der Sache beim entsprechenden Gesellschafter verbleibt und die Gesamtheit der Gesellschafter eine mieterähnliche Stellung einnimmt (Art. 531 Abs. 3 OR; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 OR N 173 ff.), und schliesslich die Einbringung "ad sortem" (der Gattung nach), welche das Eigentumsrecht des einbringenden Gesellschafters zwar ebenfalls unberührt lässt, während die Sache selber aufgrund der vertraglichen Verpflichtung im Innenverhältnis indessen wie Eigentum der Gesellschaft behandelt und damit auch wirtschaftlich allein der Gesellschaft zugeordnet wird (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 OR N 165 ff.). Eine "quoad sortem" eingebrachte Sache kann diesfalls auch noch im Liquidationsstadium verwertet werden, z.B. zur Deckung von Verlusten. Verfügen die Gesellschafter bis zur Auflösung nicht über die fragliche Sache, fällt diese an den einbringenden Gesellschafter zurück, in dessen Eigentum sie ja nach wie vor steht (a.a.O., N 170).

Geht es um Grundstücke, zu denen auch Mit- oder Stockwerkeigentumsanteile an Grundstücken gehören (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB; Art. 712a Abs. 1 und 712d ZGB), bedarf die Einbringung zu Eigentum der öffentlichen Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts sowie eines Eintrags sämtlicher Gesellschafter als neue Eigentümer im Grundbuch (Art. 657 Abs. 1 ZGB, Art. 656 Abs. 1 ZGB; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 OR N 147 ff.). Hat keine formgültige Einbringung in der entsprechenden Weise stattgefunden, kann höchstens eine Einbringung quoad usum oder quoad sortem vorliegen.

2.1 Im vorliegenden Fall behaupteten die Parteien mitunter, sie seien durch ein ernst gemeintes Mietverhältnis miteinander verbunden. So machte die Klägerin geltend, die umstrittene Wohnung sei ihr vom Beklagten zum Gebrauch überlassen worden. Sie habe ihm dafür nichts bezahlen müssen, weil der Beklagte so indirekt der Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Kindern nachgekommen sei und das Darlehen getilgt habe, welches sie ihm zum Erwerb der Wohnung gewährt habe. An anderer Stelle bestritt sie die Ernsthaftigkeit des Vertrages und bezeichnete das Mietverhältnis als simuliert. Wie der gleichzeitig erstellte Arbeitsvertrag zwischen ihr

und der [vom Beklagten beherrschten] B. Immobilien AG habe man auch den Mietvertrag nur gebraucht für die "Nachhaltigkeitsprüfung der Bank": Das Hypothekarinstitut habe beide Dokumente benötigt als Bestätigung, dass die zu erwerbende Wohnung gesicherte Erträge abwerfe. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. November 2017 machte sie sodann geltend, man habe beide Verträge nur angefertigt, um für sie als deutsche Staatsangehörige eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu beschaffen.

Der Beklagte seinerseits liess ausführen, der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag sei nicht umgesetzt bzw. einvernehmlich aufgehoben worden, weil die Klägerin nie Arbeit für die B. Immobilien AG geleistet habe. Der Mietvertrag sei ernst gemeint gewesen. Er habe die Mietzinse der Klägerin vorerst allerdings gestundet und die Stundung dann nach der Beendigung der Beziehung widerrufen.

2.2 Zur Klärung der beidseits wenig kongruenten Standpunkte wurden die Parteien an der Hauptverhandlung vom 2. November 2017 gestützt auf Art. 56 ZPO befragt.

2.2.1 Die Klägerin führte dabei aus, zur Zeit der Geburt von T. im Jahre 2010 habe der Beklagte in X. gelebt und dort ein Haus an der O.-strasse gekauft, mit dessen Ausbau und Einrichtung er sie betraut habe. Damals hätten die Parteien eine Liebesbeziehung unterhalten. Zusammengewohnt hätten sie damals nicht, denn kurz vor der Fertigstellung habe sich der Beklagte schon mehrheitlich in Dubai aufgehalten. Er habe auch für sie in Dubai eine Wohnung gemietet. Zur Geburt von T. sei sie nach X. zurückgereist. Sie habe erfahren, dass der Beklagte eine Beziehung zu C. unterhalten habe. Deshalb sei sie nicht in die Villa an der O.-strasse eingezogen, vielmehr habe C. dies getan. Seit 2008 habe die Klägerin auch gewusst, dass der Beklagte überdies verheiratet gewesen sei. Bei T.s Geburt habe die Klägerin sich in der Wohnung ihrer Mutter in B. aufgehalten. Die Beziehung zum Beklagten sei damals nicht so eng gewesen; wenn er nach X. gekommen sei, hätten sie einander aber gesehen. Als T. klein gewesen sei, habe die Klägerin zuerst bei der Mutter gewohnt. Da der Beklagte nicht mehr gewollt habe, dass sie in die Villa an der O.-strasse einziehe, habe er ihr eine Wohnung in Y. kaufen wollen, damit sie und die Tochter abgesichert seien. Bis zur Fertigstellung der fraglichen Wohnung habe er dann für sie zwei Wohnungen an der P.-Strasse in X. gemietet. Der Architekt für die

Wohnung in Y. sei D. gewesen, der gleiche wie für das Projekt an der O.-strasse. Der Beklagte habe mit D. irgendwelche Geschäfte gemacht und ihm ein Darlehen von € 500'000.– gewährt. Dieses hätte dann mit [den Kosten] der Wohnung in Y. verrechnet werden sollen.

Im Januar 2014 sei die Beziehung wieder enger geworden. Die Klägerin sei damals nach Dubai geflogen, wo der Beklagte für sie und T. ein grosses Penthouse gemietet habe, so dass die Parteien einander "viel bzw. mehr" gesehen hätten, nämlich täglich. Es sei richtig, dass der Beklagte es auch ermöglicht habe, dass die Mutter der Klägerin diese nach Dubai habe begleiten können. Die Beziehung zum Beklagten sei enger geworden, obwohl die Klägerin damals gewusst habe, dass der Beklagte nicht nur mit seiner Ehefrau, mit der er in Dubai zusammengewohnt habe, sondern auch mit C. Kinder gehabt habe. Er habe jedenfalls auch bei der Klägerin übernachtet und viel Zeit mit ihr und T. verbracht.

Mit S. sei die Klägerin in Dubai schwanger geworden. Der Beklagte habe sich ein zweites Kind gewünscht. Die Klägerin sei aber in Dubai nicht zurecht gekommen. Bei einem gemeinsamen Besuch in Zürich habe sie dem Beklagten gesagt, dass sie gerne in der Stadt leben möchte. Der Beklagte habe damals schon seine ganzen Konten und Geschäfte in der Schweiz gehabt, die von E. verwaltet worden seien. Er habe ihr vorgeschlagen, sich in Zürich eine Wohnung zu suchen, er werde auch nach Zürich kommen.

Die Klägerin bejahte die Frage, ob sie mit der Formulierung "habe 248" im Chat-Protokoll vom 10. August 2015 gemeint habe, sie verfüge über € 248'000.–. Deshalb sei sie in der Lage gewesen, dem Beklagten für den Kauf der Wohnung in Zürich € 200'000.– auf sein Konto zu überweisen. Über das Geld habe sie verfügt, weil ihr der Beklagte in unregelmässigen Abständen Unterhaltszahlungen überwiesen habe, mal € 100'000.–, dann sechs Monate nichts usw. Auf Vorhalt, der Beklagte mache geltend, er habe ihr zwischen dem 9. August 2012 und dem 24. Juli 2015 in verschiedenen Tranchen ein Darlehen von insgesamt US\$ 750'000.– gewährt, meinte sie, sie habe erst im Dezember 2016 erfahren, dass es Darlehenstranchen gewesen seien. Diese seien zuvor nie als Darlehen kommuniziert worden. Habe sie zum Beispiel eine Küche gebraucht, so habe der Beklagte ihr das Geld dafür überwiesen. Für die Möbel im Penthouse in Dubai habe er ihr ebenfalls

Geld überwiesen. Sie habe dieses letztlich für das Leben verbraucht. Ein Zusammenhang mit dem Haus in Y. habe nicht bestanden.

(...)

Beim Mietvertrag zwischen den Parteien sei es um die B-Bewilligung gegangen. Auf den Vorhalt, die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens zwischen der EU und der Schweiz würden nur mit ernst gemeinten Verträgen eingehalten, meinte sie, der Beklagte habe die Wohnung ja für sie gemietet und sei für die Miete auf gekommen. Der parallel dazu abgeschlossene Arbeitsvertrag sei ebenfalls ernst gemeint gewesen. Obwohl sie beim Abschluss im achten Monat schwanger gewesen sei, habe sie versucht, für den Beklagten Wohnungen bzw. ein Penthouse am See zu finden, weil er auch seine Kinder aus seiner Ehe von Dubai nach Zürich habe bringen wollen. Dem Beklagten sei klar gewesen, dass sie natürlich alleine mit zwei kleinen Kindern nicht viel Arbeitsaufwand betreiben können. Sie habe schon zwischen 2008 und 2011, also bis zur Schwangerschaft mit T., für den Beklagten gearbeitet und ihn u.a. 2008 als Managerin der "F." in Houston/Texas gegenüber seinen Geschäftspartnern vertreten. Nach der Geburt von T. habe es aber keine Lohnzahlungen mehr gegeben, weil sie "im operativen Geschäft nicht mehr tätig" gewesen sei. Auch einer anderen Beschäftigung sei sie danach nicht nachgegangen.

Auf die Frage, wie man bei der Abfassung des Mietvertrags auf den – nie bezahlten – Mietzins von Fr. 3'000.– gekommen sei, meinte die Klägerin, sie sei sich bezüglich der Beträge nicht mehr sicher, aber zuerst sei wohl der Lohn des Arbeitsvertrages auf Fr. 5'000.– und die Miete auf Fr. 4'000.– festgelegt worden. Das habe aber nicht glaubhaft gewirkt ("einfach nicht gepasst"), weil sie ja noch von irgendetwas habe leben müssen. E. habe die Beträge dann auf Fr. 6'000.– bzw. 3'000.– geändert.

Es stimme, dass der Beklagte ihr neben den schon angesprochenen US\$ 750'000.– weitere Zahlungen geleistet habe. Die Zahlungen seien mal von der "F." [einer weiteren vom Beklagten beherrschten Gesellschaft] gekommen, mal von einer anderen Gesellschaft, und immer für Reisen, Möbel, den Kindergarten, die Krankenversicherung etc. ausgegeben worden. Auch in den Umbau der umstritte-

nen Wohnung habe sie € 80'000.– investiert und der Umzug habe ebenfalls viel Geld gekostet.

Bezüglich der Rückabwicklung des Projektes in Y.-X. führte sie (in Übereinstimmung mit dem Beklagten, vgl. die Protokollnotiz) aus, der gerichtliche Vergleich habe nicht etwa eine Schlusszahlung enthalten, die sie habe leisten müssen. Vielmehr habe sie die € 70'000.– zugesprochen bekommen und das Geld in der Folge "eigentlich zu 100% in Zürich ... investiert".

2.2.2 Der Beklagte führte aus, die Beziehung zur Klägerin sei von Höhen und Tiefen geprägt gewesen. Er habe 2013 für die Klägerin und ihre Mutter Leibwächter engagiert, als ein bedrohender Chat aufgetaucht sei. Sodann habe er die beiden und T. 2014 nach Dubai geholt, der Klägerin ein Penthouse gemietet, ihr alles eingerichtet und ein Auto gekauft, mithin das ganze Leben bezahlt.

Es sei richtig, dass er und die Klägerin 2010 die Absicht gehabt hätten, die Wohnung an der O.-strasse in X. auszubauen. Schon vor der Fertigstellung sei er aber nach Dubai gezogen. "In der Zwischenzeit" hätte die Klägerin etwas in Y. bekommen sollen. Dies sei aber gescheitert, weil [aufgrund von Planungsfehlern] im Kinderzimmer ein Aufzugsschacht geendet habe, also habe man das Projekt gestrichen. Mit dem Verhältnis zwischen den Parteien habe das nichts zu tun gehabt. Darauf habe die Klägerin "auf meine Kosten" zwei Wohnungen an der P.-Strasse in X. gemietet. Dafür sei eine Firma des Beklagten aufgekommen. Er selber sei dort höchstens viermal im Jahr gewesen, um T. zu besuchen. Er habe die Klägerin eigentlich immer bis 2016 nie öfters gesehen als vier oder fünfmal im Jahr. Am Anfang, 2005/2006, sei es wahrscheinlich häufiger gewesen, aber ab 2010 nie öfter.

Die Vaterschaftstests, die der Beklagte veranlasst habe, hätten ergeben, dass er zu 0,0% der Vater von T., und zu 99.9% der Vater von S. sei. Obwohl S. 2015 gezeugt worden sei, sei dies auch in den Augen der Klägerin nur ein technischer Akt gewesen. Die Klägerin habe alles geplant und gesagt, es wäre schade, wenn T. allein aufwachsen müsste.

Zu den diversen Zahlungen an die Klägerin 2012-2015 meinte der Beklagte, für die grösseren Beträge habe man Darlehen überwiesen, für die kleineren Beiträge für

die Lebenskosten nicht. Dafür habe man normale Zahlungen geleistet, als Unterhalt oder wie man dies auch bezeichnen möchte. Die Klägerin sei dreimal in drei Jahren für Fr. (oder €) 184'000.– in den Urlaub gefahren. Dies sei immer nach dem gleichen Muster abgelaufen: Er habe gesagt, er wolle die Kleine sehen. Die Klägerin habe dies von der Mitreise der Mutter, der Schwester und der Kinder der Schwester abhängig gemacht.

(...)

Angesprochen auf die Frage, wie die Klägerin die bei der "F." [Gesellschaft] gemäss Urk. 34 als "loans" verbuchten Zahlungen hätte zurückzahlen sollen, wo sie doch nach seinen Angaben nicht über die Mittel verfügt habe, um ihr Leben zu finanzieren, führte der Beklagte aus, das sei nicht seine Aufgabe. Seine Aufgabe sei gewesen, sie mit Liquidität zu versorgen und das Umfeld und auch den Wohnraum zu schaffen, in dem ein Kind so aufwachsen könne, wie es sich gehöre. Das sei seine Lebensaufgabe. Als er erfahren habe, dass T. nicht sein Kind sei, habe das natürlich alles geändert. Auf Vorhalt der Problematik der Gewährung ungesicherter Darlehen ohne geschäftliche Veranlassung an Aussenstehende durch eine AG oder ein vergleichbares Offshore-Gebilde und eine mögliche Pflichtverletzung durch ihn als Organ, bestätigte der Beklagte, dass die ungesicherten "loans" nicht gewährt worden wären ohne seine Veranlassung. Auf die Frage, ob die Parteien darüber gesprochen hätten, wann und unter welchen Umständen oder in welchen Tranchen eine Rückzahlung anstehe, gab der Beklagte an, es sei vereinbart worden, "das erst zu machen, wenn das ganze Konstrukt stünde." Es habe sich ja dann aber alles im August 2016 zerschlagen und von dem ursprünglich Geplanten sei nichts übrig geblieben.

Auf Vorhalt des Chat-Protokolls vom 10. August 2015 meinte der Beklagte, jenes habe einen Grund, den man daraus gar nicht erkennen könne. Aufgrund eines Rechtsstreites mit [dem Arrestgläubiger] G. habe er eines seiner Konten in den USA leer räumen müssen, weil eine von G. erworbene Gasquelle nicht so produktiv gewesen sei wie erhofft. Er habe der Klägerin von diesem Geld insgesamt US\$ 750'000.– als "loan" überwiesen. Mit der Wohnung in Zürich habe das nichts zu tun gehabt. Die Klägerin habe von ihm das Geld "aus einer Kontoauflösung einfach bekommen" und ihm dieses wieder zurückgeben müssen. Er habe nicht ge-

wusst, wie viel Geld sie schon ausgegeben habe, und deshalb nur gefragt, ob sie noch € 200'000.– habe. Deswegen habe man ihr die "loans" geschickt. Das Geld, das aus der Auflösung des Kontos gestammt sei, sei als "loans" bezeichnet worden, alles andere habe nicht diesen Betreff. Auf Vorhalt der Kontoauszüge der [US] Bank Q., welche im nicht geschwärzten Teil Angaben zu Überweisungen an die Klägerin enthalten, führte der Beklagte aus, dieses Konto existiere nicht mehr und sei auf August [2015] aufgelöst worden.

In den Abschluss des Miet- und des Arbeitsvertrages mit der Klägerin sei der Beklagte nicht involviert gewesen. Auf die Frage, ob E. sich seiner Zustimmung versichert habe, antwortete der Beklagte, die Klägerin habe "das halt so gestaltet bekommen [sollen], dass es funktioniert und sie eine Aufenthaltserlaubnis bekommt und dass sie dort einziehen kann." Der Mietzins sei von Fr. 10'000.– auf Fr. 3'000.– reduziert worden, das wisse er noch. Auf Vorhalt, dass die Wohnung im Vertragsformular als Familienwohnung bezeichnet sei und er selber in Chat-Nachrichten von "unser neues Zuhause" gesprochen habe, gab der Beklagte an, als er die Wohnung gekauft habe, habe er sie nicht ein einziges Mal gesehen, er sei überhaupt nur einmal dort gewesen. Die Klägerin habe die Chats verändert. Auf die Nachfrage, ob er das denn nicht so geschrieben habe, meinte er nur, was er vor zehn Jahren geschrieben habe, wisse er heute nicht mehr.

Nach dem Bruch mit der Klägerin habe er ihr angeboten, ihr monatlich € 2'500.– zu zahlen, wenn sie sich eine Wohnung in Deutschland suche. Er hätte alles finanziert, auch den Umzug und die Kautions. Es hätte sich um ein monatliches Salär gehandelt, damit sie wieder auf die Beine komme.

(...)

Zum Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der B. Immobilien AG führte der Beklagte aus, er habe in der Person von E. einen Makler, der sich um Liegenschaftsvermittlung und -erwerb kümmere. Also habe er keinen Anlass gehabt, eine hochschwängere Frau darum zu bitten, eine Immobilie zu suchen.

Sodann bestritt der Beklagte die Darstellung der Klägerin, die Überweisung von € 200'000.– sei ein Darlehen der Klägerin gewesen. Dazu habe sie gar nicht die

Mittel gehabt. Wenn sie auf den Überweisungsbeleg "Anzahlung für die Wohnung" geschrieben habe, müsse das ja nicht stimmen. Es sei darum gegangen, sein Konto aufzulösen. Er habe das Geld auf ihrem Konto geparkt und es deshalb als Darlehen bezeichnet. Also habe er es jederzeit zurücknehmen können. Ja, er habe damit die Wohnung in Zürich kaufen wollen, aber nicht für die Klägerin. Er hätte die Wohnung wohl sogar T. gegeben, wenn sie seine Tochter gewesen wäre.

2.2.3 Eine informelle Befragung der Parteien ist kein Beweismittel, sondern stützt sich einzig auf Art. 56 ZPO und dient lediglich der Klärung und Ergänzung der Parteivorträge (KUKO ZPO-SCHMID, Art. 192-193 N 1). Da es allerdings selbst unter Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime primär Sache der Parteien ist, dem Gericht das Tatsächliche ihres Streits vorzutragen, kann sich insbesondere aufgrund übereinstimmender Darstellungen in einer informellen Parteibefragung ergeben, dass eine ehemals umstrittene Tatsache unbestritten und damit nicht mehr beweisbedürftig ist. Insofern hat eine informelle Parteibefragung im Ergebnis eine ähnliche Wirkung wie eine formelle.

2.2.4 Im vorliegenden Fall zeigt die Darstellung der Parteien, insbesondere diejenige des Beklagten, dass heute Geschehnisse vor dem Bruch zwischen den Parteien von diesen nun nachträglich uminterpretiert werden. Nicht aufzulösen ist zunächst der Widerspruch, dass der Beklagte oder die durch ihn beherrschte "F."-Gesellschaft der Klägerin Darlehen in Höhe von insgesamt US\$ 750'000.– gewährt haben soll im Wissen darum, dass die Klägerin von ihm abhängig war und niemals in der Lage sein würde, einen so hohen Betrag zurückzubezahlen. Die Bezeichnung der im Buchungsbeleg der "F." erwähnten Beträge als "loans" sagt letztlich nichts darüber aus, ob ein Darlehen gewährt wurde und wenn ja an wen. Zwar wird der Ausdruck in der Buchhaltung der "F." in Zusammenhang mit gewissen Zahlungen an die Klägerin verwendet, aber dies macht letztlich nicht klar, wer der Schuldner der angeblichen Darlehen sein soll. Wie der Beklagte bestätigt hat, käme es einer Pflichtverletzung gleich, ungesicherte Darlehen an Dritte ohne geschäftlichen Hintergrund zulasten einer beherrschten juristischen Person zu gewähren. Viel wahrscheinlicher ist es deshalb, dass Schuldner der "loans" der Beklagte war und nicht die Klägerin. Nicht überzeugend ist auch die Angabe des Beklagten, nur die grösseren Beträge seien Darlehen gewesen, die kleineren dagegen Zuwendungen.

Das Beispiel der drei Ferienreisen für 184'000.–, welches er nannte, kann jedenfalls nicht als Kleinigkeit bezeichnet werden, unabhängig davon, ob der Beklagte nun von Franken oder Euro sprach. Er hat auch sehr deutlich gemacht, dass er auf den Gedanken der Rückforderung angeblicher Darlehen erst kam nach dem Bruch zwischen den Parteien: Bevor er erfuhr, dass die Klägerin T. nicht mit ihm gezeugt hatte, betrachtete er es als seine "Lebensaufgabe", dafür zu sorgen, ein "Umfeld und auch den Wohnraum zu schaffen, in dem ein Kind so aufwachsen kann, wie es sich gehört". In gewisser Weise war dies selbst nach dem Bruch noch so, wie das (von der Klägerin abgelehnte) Angebot des Beklagten zeigt, der Klägerin – wenn auch auf sehr viel tieferem Niveau – für ein Leben in Deutschland Unterstützungszahlungen ohne Rückzahlungsverpflichtung zu leisten.

Wie es sich damit verhält, kann aber offenbleiben, denn der Beklagte behauptet gar nicht, dass er vor dem Bruch zwischen den Parteien gegenüber der Klägerin je zum Ausdruck gebracht hätte, dass einzelne der getätigten Überweisungen (nur) Darlehen seien und zurückbezahlt werden müssten. Schon in den Ausführungen seiner Rechtsvertreterin ist die entsprechende Angabe nur vage vorgetragen: Nirgends wurde in den Plädoyers erklärt, bei welcher Gelegenheit und in welcher Form sich die Parteien auf rückzahlbare Zuwendungen des Beklagten verständigt haben sollen. Nach Angaben des Beklagten geschah nichts dergleichen: Geklärt hätte die Frage nach seiner Darstellung erst werden sollen, wenn "das ganze Konstrukt" steht, wozu es aber wegen des Bruchs zwischen den Parteien nicht mehr gekommen sei. Unter solchen Umständen kann eine übereinstimmende Willensäußerung der Parteien schon zur Zeit der Zahlungen ausgeschlossen werden, wonach es sich bei den überwiesenen Beträgen nicht um voraussetzungslose Zuwendungen handelte, wie dies die gesamten Umstände nahelegen, sondern um Darlehen.

Soweit der Beklagte geltend macht, die Entdeckung dass T. nicht seine leibliche Tochter sei, habe alles verändert, ist das zwar durchaus nachvollziehbar. Im gesamten Verfahren hat er sich aber stets nur auf Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung aus Darlehen berufen und nie auf einen Willensmangel. Am ursprünglichen Konsens konnte die Entdeckung der Untreue der Klägerin jedenfalls nichts ändern. Gleiches gilt für die übrigen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, wie noch zu zeigen ist.

Bezüglich des hier hauptsächlich interessierenden Mietvertragsdokuments trifft nach den einleitenden Erwägungen (vorn Ziff. IV.2.1) die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass das unbestrittenermassen von ihr und von E. für den Beklagten unterzeichnete Papier nicht dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien entspricht, denn das Vertragsdokument als solches kann und darf nach Treu und Glauben aus der Sicht eines vernünftigen und korrekten Partners nur als ernst gemeinter Mietvertrag insbesondere auch bezüglich der Höhe des Mietzinses verstanden werden. Allerdings zeigen auch hier schon die weitgehend vom Beklagten bestätigten Behauptungen der Klägerin, dass sich die Parteien jedenfalls nicht auf einen Mietvertrag im klassischen Sinn, insbesondere nicht auf einen tatsächlich zu zahlenden Mietzins geeinigt haben. So hat der Beklagte die Angabe der Klägerin bestätigt, die Mietvertragsurkunde sei wie das Arbeitsvertragsdokument von E. in erster Linie für den Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz angefertigt worden. Er bestätigte sogar, dass die nach seiner Einschätzung weit unter dem Marktpreis der Wohnung liegende Mietzinsangabe von E. gegenüber einem Entwurf korrigiert wurde, wenn auch nicht von Fr. 4'000.– auf Fr. 3'000.–, wie die Klägerin sagte, sondern von Fr. 10'000.– auf Fr. 3'000.–. Die Mietzinsangabe scheint also aus Sicht der Beteiligten beliebig austauschbar gewesen zu sein, was gegen eine ernst gemeinte Vereinbarung spricht. Einig sind sich die Parteien auch, dass nie Mietzinse bezahlt wurden und dass der Beklagte erst nach dem Bruch zwischen ihnen auf den Gedanken kam, jene einzufordern. Seine Behauptung, die Mietzinse seien gestundet gewesen, ist mit Blick auf die bereits erörterte und von ihm ebenfalls unbestrittene finanzielle Situation nicht nur lebensfremd, sondern widerspricht letztlich just dem Mietvertragstext. Hätten die Parteien zur Zeit der Unterzeichnung des Vertragstexts eine für einen ernst gemeinten Mietvertrag völlig atypische Stundung des Mietzinses womöglich auf Monate oder Jahre hinaus im Sinn gehabt, wäre zu erwarten gewesen, dass die Stundung selber und auch die Voraussetzungen für ihr Dahinfallen im Vertragstext eine Regelung gefunden hätten. Dass dies nicht der Fall ist, zeigt dass der Standpunkt des Beklagten in diesem Punkt unhaltbar ist. Er selber bestätigte dies indirekt mit der Zugabe, seine Lebensaufgabe in der Schaffung eines angemessenen Umfelds für die Kinder gesehen zu haben, was sich (erst) geändert habe, als er herausgefunden habe, dass T. nicht seine Tochter sei. Die Veränderung in seiner Haltung fand lange nach der

Unterzeichnung des Mietvertragsdokuments statt und kann auf das übereinstimmend Gewollte bzw. Erklärte wie schon bei den angeblichen Darlehen keinen Einfluss gehabt haben. In die gleiche Richtung zielen auch die von der Klägerin vorgelegten Chat-Protokolle. Sie zeigen, dass die Klägerin nach dem Bruch zwischen den Parteien empört darüber war, dass der Beklagte sie mit einer Mietzinsnachforderung von Fr. 33'000.– konfrontierte. Seine Behauptung, die Klägerin habe aus seiner Antwort ein "nein" gelöscht, ist nicht nur gänzlich unsubstantiiert, sondern würde am Sinn des Chatverlaufs auch nichts ändern. Selbst wenn er mit einem "nein" bestritten hätte gesagt zu haben, sie müsse keine Miete zahlen, bliebe es dabei, dass er in seiner beschwichtigenden Antwort die Nachforderung in einen Kontext stellte zu einem baldigen Auszug der Klägerin. Das kann zwar auch die Bedeutung eines Vergleichsangebots haben, wie der Beklagte durch seine Rechtsvertreterin ausführen liess und auch selber sinngemäss geltend machte. Viel naheliegender ist aber, dass die Parteien vor dem Bruch gar keine ernstgemeinte Verpflichtung der Klägerin zur Leistung eines Mietzinses (jedenfalls in Form einer Geldleistung) eingegangen sind. Für dieses Ergebnis spricht nicht nur das eingestandene Desinteresse des Beklagten an Miet- und Arbeitsvertrag zurzeit der Unterzeichnung der Dokumente, sondern auch seine Zugabe, er wäre bereit gewesen, die Wohnung an der N.-strasse T. zu geben, wenn sie denn seine Tochter gewesen wäre– ein deutlicheres Zeichen für eine nachträgliche Uminterpretation der ursprünglich getroffenen Vereinbarungen in etwas in Wahrheit nie zuvor Besprochenes kann es kaum geben.

Gleiches trifft allerdings auch auf das von den Parteien unterzeichnete Arbeitsvertragsdokument zu. Die Klägerin kann nicht im Ernst behaupten, ihre (bestrittene) Suche nach einer weiteren Liegenschaft für den Beklagten in Zürich habe einen Wert von Fr. 6'000.– pro Monat gehabt, zumal sie wegen ihrer Schwangerschaft und der Kinderbetreuung gar nicht in der Lage war, substanzielle Arbeitsleistungen zu erbringen. Der Beklagte pochte zu recht auf diesen Punkt, disqualifizierte damit aber zugleich auch die Behauptung in den von ihm zu verantwortenden Plädoyers, der Arbeitsvertrag sei nachträglich einvernehmlich aufgehoben worden bzw. – als Variante – mangels Arbeitsleistung sei kein Lohn geschuldet. Explizit gab er zu Protokoll, er habe in der Person von E. über einen Repräsentanten in Zürich verfügt und damit keinen Grund gehabt, eine Hochschwangere zu bitten, eine Immobilie zu

suchen. Kann aber auch nicht von einem ernst gemeinten Arbeitsvertrag ausgegangen werden – die Klägerin unterstrich dies noch mit ihrer Schilderung, wie die Lohnhöhe zustande gekommen sein soll – so spricht letztlich alles für eine Simulation beider Verträge, sei es nun aus ausländerrechtlichen Gründen oder zum Erhalt der nötigen Bankkredite zum Erwerb der Wohnung durch den Beklagten.

Dass die Parteien aber bezogen auf den Erwerb der Wohnung durchaus einen Rechtsbindungswillen hatten, scheint unzweifelhaft. Beide gaben als Zweck des Erwerbs an, ein Zuhause für die Klägerin und die beiden Kinder zu schaffen. In der informellen Befragung wich der Beklagte in diesem zentralen Punkt zwar gewissen Fragen aus, etwa wieso er selber die Wohnung als "unser neues Zuhause" bezeichnet habe. Dass damit nicht unbedingt ein gemeinsames Zuhause *der Parteien* gemeint war, spielt keine Rolle. Jedenfalls trug der Beklagte mit dem Erwerb der Wohnung eingeständenermassen dazu bei, ein angemessenes Zuhause für die Klägerin und (vor allem) die Kinder zu schaffen, von denen er – im Falle des damals noch nicht geborenen S. auch durchaus zu recht – glaubte, sie seien seine eigenen.

In diesem Zusammenhang spielen die € 200'000.– eine zentrale Rolle, welche die Klägerin dem Beklagten vor dem Erwerb der Wohnung unbestrittenermassen zur Verfügung gestellt hat. Wie gezeigt ist nicht anzunehmen, dass es sich beim genannten Betrag um eine Darlehensrückzahlung handelte, wie der Beklagte geltend macht, denn Darlehen des Beklagten an die Klägerin gab es in Würdigung der gesamten Umstände nicht. Selbst wenn sich dies anders verhalten würde, gäbe es zumindest nicht den geringsten Hinweis, dass mit der Zahlung der Klägerin eine Darlehensrückzahlung bezweckt oder auch nur in den Augen einer Partei beabsichtigt war. Klägerin und Beklagter stimmen darin überein, dass sie sich vor der Überweisung nur im Rahmen ihres Chats vom 10. August 2015 austauschten. Nicht von entscheidender Bedeutung ist der von der Klägerin darüber hinaus ins Feld geführte Überweisungsbeleg der L.-Bank, in welchem sie als Zahlungszweck "Anzahlung fuer die Wohnung" angab, denn dabei handelte es sich bereits um eine Erfüllungshandlung, die auf der zuvor geschlossenen Vereinbarung beruhte, so dass daraus für den Charakter der getroffenen Vereinbarung nichts Entscheidendes abgeleitet werden kann. Durchaus aussagekräftig ist dagegen der Chatverlauf selber: Zu ei-

nem unbestimmten Zeitpunkt schrieb der Beklagte der Klägerin zuerst unbestrittenmassen, niemand finanziere ihm 80[% des Kaufpreises für die Wohnung in Zürich], alle nur 66%, das schaffe er im Moment nicht. Am 10. August 2015 kam es dann zum Austausch, gemäss dem der Beklagte der Klägerin eine Überweisung von 85 t(ausend) US-Dollar ankündigte und meinte, er bräuchte dann aber insgesamt 200 t, und fragte, ob das gehe. Die Klägerin kontrollierte dann den Zahlungseingang und stellte in Übereinstimmung mit dem Beklagten fest, dass die ihr gutgeschriebenen € 76'825.– den überwiesenen US\$ 85'000.– entsprächen. Darauf fragte der Beklagte sie, ob sie 200[000 Euro] schaffe, was sie mit dem Hinweis bejahte, ihr stünden 248[000 Euro] zur Verfügung. Es mag zwar sein, dass die Überweisung des Dollarbetrages in die Schweiz damit zu tun hatte, dass der Beklagte aus Furcht vor einem Geschäftspartner in Texas das belastete Konto bei der Q.-Bank liquidieren wollte, wie der Beklagte ausführte. In der Schweiz bei der Klägerin "geparkt" hat der Beklagte bei diesem Vorgang aber keineswegs die gesamten US\$ 750'000.–, die er der Klägerin geliehen haben will, sondern – im Nachgang zu über Jahre hinweg erfolgten frühere Überweisungen – höchstens eine letzte Tranche in Höhe von einem Zehntel dieses Betrages. Unbestritten ist sodann, dass in den Kauf der Wohnung neben den Mitteln, die der Beklagte selber "etwas zusammenkratzen" musste, wie er sich ausdrückte, auch € 200'000.– flossen, die die Klägerin ihm zu diesem Zweck ab ihrem eigenen Konto zur Verfügung gestellt hatte. Damit leistete sie zweifellos einen Beitrag zum Erwerb der Wohnung, und zwar sogar unabhängig davon, ob die dafür eingesetzten Mittel aus einem oder mehreren Darlehen stammen oder – wofür alles spricht – aus früheren Zuwendungen des Beklagten oder auch der Überweisung der US\$ 85'000.–, die der Beklagte im zeitlichen Kontext mit dem Wohnungskauf vornahm.

Dies schliesst zwar nicht aus, dass der Beitrag der Klägerin seinerseits als Darlehen gedacht war, wie sie behaupten lässt, zumal der Erwerb der Wohnung letztlich auf den Namen des Klägers allein erfolgte. Aufgrund des Vertrauensprinzips ist der Vorgang aus Sicht vernünftiger und redlicher Vertragspartner aber – gleich wie die voraussetzungslosen Zuwendungen des Beklagten an die Klägerin in den Jahren davor – viel eher seinerseits als voraussetzungslose Einbringung in das gemeinsame Projekt zu sehen, mit gemeinsamen Kräften ein Heim für die Klägerin und vor allem für die Kinder zu schaffen, wobei die Klägerin ihren Beitrag nicht nur finanzi-

ell, sondern auch in Form der Herrichtung und Führung des Haushalts sowie der persönlichen Betreuung der Kinder zu leisten hatte. Der Beklagte hat zwar gegen Schluss des Verfahrens versucht, die zuletzt genannte Komponente zu negieren. Soweit er durch seine Anwältin am 26. April 2018 vortragen liess, es sei den Parteien jeweils nur um eine Wohngelegenheit für die Klägerin gegangen und nicht für die Kinder, widerspricht die Darstellung diametral den plausiblen Ausführungen des Beklagten selber bei der Verhandlung vom 2. November 2018.

Auch wenn die Parteien sich dessen zweifelsohne nicht bewusst waren, liegt in ihren Willensäusserungen im Vorfeld des Erwerbs der umstrittenen Wohnung wie schon bei vergleichbaren früheren Vorgängen in X., Y. oder Dubai rechtlich eine gemeinsame Bereitstellung der für Unterhalt und Betreuung der Kinder notwendigen Mittel (was wie erwähnt nicht mit der Unterhaltspflicht als solcher gleichzusetzen ist) und damit ein auf einem Rechtsbindungswillen beruhender gemeinsamer Zweck, der mit gemeinsamen Mitteln verfolgt werden sollte. Wie eng dabei die persönliche Beziehung der Parteien war, ob es sich dabei um ein klassisches Konkubinatsverhältnis handelte oder eher eine "On-/Off"-Beziehung oder wie oft der Beklagte sich bei der Klägerin und T. oder später bei beiden Kindern aufhielt, ist für die erfolgte Bildung einer einfachen Gesellschaft entgegen dem Beklagten nicht relevant, denn wie erwähnt kann gerade die persönliche Seite einer Beziehung so oder anders nicht Teil einer Rechtsgemeinschaft sein.

2.2.5 Der Beklagte ist der Auffassung, selbst bei einer gesellschaftsrechtlichen Betrachtungsweise könne das Gericht über die Forderungen zwischen den Parteien entscheiden. Da er Eigentümer der umstrittenen Wohnung sei, sei keine äussere Liquidation der Gesellschaft erforderlich. Zudem habe er mit seiner Vaterschaftsanfechtung im August 2016 und der Mitteilung an die Klägerin vom 24. August 2016, er müsse ihr formal kündigen, zum Ausdruck gebracht, dass er die gesellschaftsrechtliche Beziehung beenden wolle, und sei wegen des Treubruchs der Klägerin auch zu einer sofortigen Auflösung berechtigt gewesen.

Richtig ist zwar, dass keine Gesellschaftsliquidation erforderlich ist, wenn es keine zu liquidierenden Werte gibt und nur noch Ausgleichsforderungen zu behandeln sind. Das Bundesgericht ist in BGE 108 II 204 so vorgegangen und hat direkt die Schulden zwischen den Parteien geregelt. Unter dem Aspekt der richterlichen

Rechtsanwendung wäre ein solches Vorgehen auch dem Mietgericht nicht verwehrt, denn es hat einen Anspruch wie erwähnt unter allen Titeln zu prüfen. Eine gültige Gesellschaftskündigung liegt bis heute aber nicht vor. Eine Vaterschaftsanfechtung hat damit nichts zu tun. Die Ankündigung einer mietrechtlichen Kündigung im Chat vom 24. August 2016 kann so wenig als Auflösungserklärung verstanden werden wie die nachfolgenden mietrechtliche(n) Kündigungen selber. Eine Kündigung ist als Gestaltungsrecht bedingungsfeindlich. Das Bundesgericht lässt aus Gründen der Rechtssicherheit schon die Umdeutung einer ausserordentlichen Kündigung in eine ordentliche und auch die Umdeutung in eine andere ausserordentliche nur in engen Grenzen zu (BGE 135 III 441 E. 3.3 = Pra 2010 Nr. 30; BGE 123 III 124 E. 3d; Pra 2000 Nr. 49 E. 2c; vgl. auch BGE 132 III 109 E. 5). Der Beklagte hat unbestrittenermassen auch keine subsidiäre Kündigung der Gesellschaft für den Fall ausgesprochen, dass die mietrechtliche sich als unwirksam erweisen sollte (vgl. dazu BGE 137 III 389 E. 8.4 = Pra 2012 Nr. 6). Sodann verfügte der Beklagte höchstens über ein ordentliches Kündigungsrecht: Da S. durchaus sein Sohn ist, kann nicht gesagt werden, der Gesellschaftszweck habe sich bereits mit dem Bruch zwischen den Parteien oder mit der Entdeckung der wahren Abstammung T.s erfüllt oder sei unmöglich geworden (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Aus diesem Grund kann die neue Situation auch keinen wichtigen Grund nach Art. 545 Abs. 2 OR bilden; im Gegenteil ist die Fortsetzung dem Beklagten zumindest solange zuzumuten, als die Unterhaltsfrage bezüglich S. nicht geklärt ist. Eine ordentliche Kündigung wäre nach Art. 546 Abs. 1 OR nur mit einer Frist von sechs Monaten möglich.

Selbst wenn von einer Kündigung im August 2016 auszugehen wäre, bedeutete dies nicht das sofortige Ende der rechtlichen Beziehung zwischen den Parteien. Gerade wegen des Zusammenhangs mit der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten für S. ist sehr wohl eine Liquidation durchzuführen und zu prüfen, wie lange das Benützungsrecht der Klägerin noch andauert. Erst wenn die Unterhaltsverpflichtung feststeht, kann auch über die finanziellen Ausgleichsforderungen zwischen den Parteien befunden werden. Für den vorliegenden Entscheid ist sodann nicht von Belang, ob es sich bei der Einbringung der umstrittenen Wohnung durch den Beklagten um eine solche *quoad usum* oder eine solche *quoad sortem* handelt. Im zweiten Fall ist es durchaus möglich, dass die Liegenschaft im Rahmen einer Liqui-

dation veräussert werden muss, um die Ansprüche der Parteien zu decken. Dem darf im vorliegenden Verfahren nicht vorgegriffen werden.

Abgesehen davon ändert die richterliche Rechtsanwendung nichts an der Dispositionsmaxime, gemäss welcher das Gericht den Parteien in beiden Verfahren nicht mehr bzw. weniger und nichts anderes zusprechen darf als verlangt bzw. zugestanden wurde. In den vorliegenden Fällen geht es um die Gültigkeit der Zahlungsverzugskündigung vom 23. Dezember 2016 per 31. Januar 2017 und einen allfälligen Rückgabeanspruch des Beklagten in diesem Zusammenhang einerseits und um die in Betreuung gesetzten und angeblich ausstehende Mietzinse für die Zeit von Oktober 2015 bis Januar 2017 (16 Monate à Fr. 3'000.–) andererseits. Die Mietzinsforderung besteht nach dem Gesagten jedenfalls nicht und auch die Zahlungsverzugskündigung erfolgte damit ohne Berechtigung. Ab wann eine Rückgabeverpflichtung der Klägerin besteht und von welchen Gegenleistungen dies abhängt, kann nur im Rahmen einer Liquidation entschieden werden. Dafür fehlt es an der sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichts, so dass eine Klageänderung nicht zulässig wäre, selbst wenn sie erfolgt wäre.

2.2.6 Damit sind beide Klagen gutzuheissen. Klarzustellen ist, dass das vorliegende Ergebnis die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung nicht vorweg nimmt. Es kann daher durchaus sein, dass sich die eine oder die andere Seite am Ende mit erheblichen Ausgleichsforderungen konfrontiert sieht, falls der Konflikt anhält.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte unterliegt vollständig und hat daher in beiden Verfahren die Kosten zu tragen und der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung zu leisten. Dies gilt unabhängig vom partiellen Nichteintretensentscheid gemäss E. III.3, denn der fragliche Punkt verursachte weder dem Gericht noch dem Beklagten nennenswerten Aufwand.

Gerichtsgebühren und Parteientschädigungen bemessen sich anhand des Streitwerts der Klage (vgl. Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010 und Verordnung des Obergerichts des

Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010; Art. 96 ZPO). Der Streitwert des Kündigungsschutzverfahrens beläuft sich unbestrittenermassen auf Fr. 117'000.–, derjenige der Aberkennungsklage auf Fr. 48'000.–. Auszugehen ist grundsätzlich von den vollen Gebühren gemäss den zitierten Verordnungen. Bei der Gerichtsgebühr für das Kündigungsschutzverfahren ist die Reduktion um 1/3 gemäss § 7 GebV zur Anwendung zu bringen, bei der Parteientschädigung für das genannte Verfahren eine analoge Reduktion, da sich der Streitwert aufgrund einer periodischen Leistung berechnet (§ 4 Abs. 3 AnwGebV). In beiden Verfahren fallen bei der Parteientschädigung gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV für die zusätzlichen Verhandlungen zwei Zuschläge in Höhe von gesamthaft 30% pro Verfahren an. Zu berücksichtigen ist sodann sowohl bei Gerichtsgebühr als auch bei Parteientschädigung, dass beide Verfahren gleichzeitig geführt wurden und sich im Wesentlichen um die gleichen Fragen drehten. Dem ist mit einem angemessenen Einschlag auf beiden Gerichtsgebühren und Parteientschädigungen von einem Drittel Rechnung zu tragen (je § 4 Abs. 2 der zit. Verordnungen).

[Dies führte zu Gerichtsgebühren von Fr. 4'200.– bzw. Fr. 3'600.– sowie zu Parteientschädigungen von Fr. 7'420.– bzw. 6'370.–; Anm. d. Red.]

Aus dem Urteil des Obergerichts NG180009-O vom 29. November 2019 (Weiterzug ans BGer offen; Gerichtsbesetzung: Diggelmann, Higi, Mazan, Gerichtsschreiberin Schnarwiler):

„(...)

## I.

### Übersicht zum Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### 1. Sachverhalt

1.1. [Die Klägerin und Berufungsklägerin sowie der Beklagte und Berufungsbe-  
klagte] waren mehrere Jahre miteinander liiert. Im Mai 2012 kam T. und im Dezem-  
ber 2015 S. zur Welt. Der Beklagte anerkannte für beide Kinder die Vaterschaft.

1.2. Im Jahr 2015 kaufte der Beklagte an der Forsterstrasse 76, 8044 Zürich, eine  
Wohnung. Am 19. August 2015 erfolgte eine Überweisung von der Klägerin an den

Beklagten über EUR 200'000.– mit dem Vermerk "Anzahlung für die Wohnung". Am 30. September 2015 schlossen die Parteien einen "Mietvertrag für Wohnräume" über die genannte Wohnung (wobei es sich gemäss der Klägerin bei der Unterschrift des Beklagten um eine Faksimile-Unterschrift handle, vgl. ...). Darin vereinbarten sie einen Mietzins von Fr. 3'000.– (Fr. 2'800.– für die Wohnung und Fr. 200.– für den Parkplatz, vgl. ...). Die Klägerin wohnte in der Folge mit ihren Kindern – zuerst nur mit T. und nach dessen Geburt auch mit S. – in dieser Wohnung.

1.3. Mitte August 2016 initiierte der Beklagte DNA-Tests, welche zutage brachten, dass es sich offenbar nur bei S., nicht aber bei T. um sein leibliches Kind handelt. Der Beklagte focht seine Vaterschaft von T. in der Folge beim Amtsgericht Y. an. Die Vaterschaft wurde aberkannt.

1.4. Mit Einschreiben vom 22. August 2016 erfolgte durch den Beklagten gegenüber der Klägerin eine Mahnung wegen Zahlungsverzugs aufgrund von Ausstand des Mietzinses und Nebenkostenvorauszahlungen für die Monate Oktober 2015 bis und mit August 2016 unter Androhung der Kündigung im Falle der Nichtzahlung innert der 30-tägigen Frist. Der Beklagte kündigte der Klägerin das Mietverhältnis mit amtlich genehmigten Formularen vom 22. August und 4. Oktober 2016 auf den 30. November 2016. Bei der Schlichtungsbehörde anerkannte er die Nichtigkeit dieser Kündigungen aus formellen Gründen. Mit Einschreiben vom 16. November 2016 stellte der Beklagte der Klägerin erneut eine Mahnung wegen ausstehender Mietzinsen für die Monate Oktober 2015 bis November 2016 unter Kündigungsandrohung zu. Mit amtlich genehmigtem Formular, datiert vom 23. Dezember 2016, kündigte er der Klägerin auf den 31. Januar 2017 wegen Zahlungsverzugs.

## 2. Prozessgeschichte

### 2.1. (...)

2.2. Mit Eingabe vom 3. September 2018 (Datum Poststempel) erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Begehren. Der Entscheid des Verfahrens MD170002 blieb unangefochten. (...) Mit Eingabe vom 17. September 2018 beantragte die Klägerin, der Beklagte habe für die mutmassliche Parteientschädigung eine Sicherheit zu leisten. Nach Einholen einer Stellungnahme zu diesem Antrag wurde mit Verfügung vom 19. Oktober 2018 der Antrag

auf Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung abgewiesen und es wurde Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt. Die Berufungsantwort ging innert Frist ein. Sie wurde dem Beklagten mit Kurzbrief vom 4. Januar 2019 zugestellt. Der Beklagte äusserte sich in der Folge nicht mehr. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

### Rechtliche Vorbemerkungen

1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert der Berufung ist hier ohne Weiteres gegeben (vgl. E. IV.).
2. Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), zu der auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens gehört, weshalb das Gesetz dies nicht eigens erwähnt. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen. Fehlt ein Antrag und/oder eine hinreichende Begründung, tritt die Rechtsmittelinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgetragen werden, und zwar auch in Verfahren, die erstinstanzlich noch der Untersuchungsmaxime unterstehen. Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sich die Berufungsinstanz auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

## III.

### Zur Berufung im Einzelnen

1. Entscheid Vorinstanz und Standpunkte der Parteien
  - 1.1. Die Vorinstanz kam in ihrem Entscheid unter Würdigung der gesamten Umstände zum Schluss, es habe zwischen den Parteien keine ernstgemeinte Verpflichtung der Klägerin zur Leistung eines Mietzinses bestanden, weshalb keine

Mietzinsforderung bestehe und die Zahlungsverzugskündigung ohne Berechtigung erfolgt sei.

Im weiteren setzte sich die Vorinstanz mit der Frage auseinander, wie das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu qualifizieren sei. Sie erwog, ein Rechtsbindungswille der Parteien in Bezug auf die streitgegenständliche Wohnung sei gegeben. Der Beklagte habe die Wohnung erworben, die Klägerin habe für deren Kauf EUR 200'000.– zur Verfügung gestellt und die Herrichtung und Führung des Haushaltes und die Betreuung der Kinder übernommen. Damit hätten die Parteien gemeinsam Mittel eingesetzt, um einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, namentlich der Klägerin und den Kindern ein Zuhause zu schaffen. Es sei von einer einfachen Gesellschaft auszugehen. Bezüglich derer liege aber keine gültige Kündigung vor, und selbst bei Vorliegen einer solchen dürfe einer Liquidation der einfachen Gesellschaft nicht vorgegriffen werden.

So sei zu beachten, dass die Dispositionsmaxime Anwendung finde. Gegenstand des Verfahrens bilde die Gültigkeit der Zahlungsverzugskündigung vom 23. Dezember 2016 per 31. Januar 2017 einerseits und ein allfälliger Rückgabeanspruch des Beklagten in diesem Zusammenhang andererseits. Die Mietzinsforderung bestehe nicht, und die Zahlungsverzugskündigung sei damit ohne Berechtigung erfolgt. Ab wann eine Rückgabeverpflichtung der Klägerin bestehe und von welchen Gegenleistungen dies abhängen, könne nur im Rahmen einer Liquidation der einfachen Gesellschaft entschieden werden. Dafür mangle es an der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz und eine entsprechende Klageänderung wäre – selbst wenn eine solche erfolgt wäre – nicht zulässig.

1.2. Im Rahmen seiner Berufung erklärt der Beklagte zusammengefasst, nach Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens anzuerkennen, dass die Parteien keinen Mietvertrag abgeschlossen hätten. Entgegen der Vorinstanz handle es sich beim Rechtsverhältnis der Parteien aber nicht um eine einfache Gesellschaft, sondern um eine unentgeltliche Gebrauchsleihe. So sei zwischen den Parteien unstrittig, dass er der Klägerin die Wohnung unentgeltlich zur Verfügung gestellt habe. Entsprechend habe er die Wohnung jederzeit zurückfordern können und die Kündigung der Wohnung sei folglich gültig ausgesprochen worden. Die Klage der Klägerin sei daher abzuweisen und das Ausweisungsbegehren gutzuheissen.

Sollte indes aber auch die Berufungsinstanz das Rechtsverhältnis als einfache Gesellschaft qualifizieren, so sei festzustellen, dass die einfache Gesellschaft bereits aufgelöst worden und die Kündigung der Wohnung gültig sei. Die Vorinstanz hätte die Liquidation der einfachen Gesellschaft durchzuführen gehabt und das Ausweisungsbegehren wäre in diesem Rahmen gutzuheissen gewesen. So ergebe eine Auslegung der Rechtsbegehren der Parteien nach Treu und Glauben, dass die Parteien zur Frage der Dauer des Benutzungsrechts und damit die für die Liquidation erforderlichen Anträge gestellt hätten. Entsprechend hätte die Vorinstanz die Dauer des Benutzungsrechts und die Frage nach der Rückgabe der Wohnung regeln müssen.

1.3. Die Klägerin führt aus, die Vorinstanz habe die Kündigung infolge Zahlungsverzuges mangels Vorliegens einer Mietzinsforderung zu Recht als ungültig erachtet. Folgerichtig habe die Vorinstanz auch auf einen in diesem Zusammenhang geltend gemachten Rückgabeanspruch nicht eingehen müssen. Der Beklagte habe nun seinerseits anerkannt, dass keine Mietzinse ausstehend seien, weshalb er auch selbst bestätigt habe, dass die entsprechende Kündigung nicht gültig sei. Mit seiner Kündigung wegen Zahlungsverzugs habe er sich auf den Mietvertrag bezogen. Er könne sich nun im Rechtsmittelverfahren nicht neu darauf berufen, es handle sich um eine Gebrauchsleihe. Im Hinblick auf die einfache Gesellschaft fehlten denn gänzlich konkrete Hinweise, dass diese durch den Beklagten gekündigt worden wäre. Dass die einfache Gesellschaft bereits aufgelöst worden sei, bringe der Beklagte als Novum vor.

Es werde bestritten, dass zwischen den Parteien eine Gebrauchsleihe vorliege. Es sei keine unentgeltliche Überlassung der Wohnung vereinbart worden, sondern es liege ein konstruierter Mietvertrag vor, welcher den Bindungswillen der Parteien zeige. Ein Gebrauchsleihevertrag bedürfte der übereinstimmenden Willenserklärung, an welcher es hier mangle, da der Beklagte mit seiner ausserordentlichen Kündigung gezeigt habe, dass er die Mietzinse als geschuldet erachtet und entsprechend kein übereinstimmender Vertragswille für eine Gebrauchsleihe bestanden habe. Die ausgesprochene Kündigung sei nichtig. Diese sei wegen Zahlungsverzuges ausgesprochen worden – ein solcher liege nicht vor.

## 2. Beurteilung

2.1. Vor Vorinstanz wurde ein Kündigungsschutzverfahren anhängig gemacht. Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war es, die Gültigkeit einer Zahlungsverzugskündigung im Sinne von Art. 257d OR, eventualiter eine Erstreckung zu beurteilen sowie die widerklageweise und gestützt auf diese Kündigung verlangte Ausweisung. Wie gezeigt, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass sich keine Pflicht der Klägerin auf Zahlung eines Mietzinses ergab, weshalb diese sich nicht im Zahlungsverzug habe befinden können. Die Vorinstanz schloss folgerichtig, eine Zahlungsverzugskündigung könne unter diesen Umständen nicht gültig sein. Ebenso folgerichtig wies sie die vom Beklagten gestützt auf die Zahlungsverzugskündigung verlangte Ausweisung der Klägerin aus der streitgegenständlichen Wohnung ab.

Wenn der Beklagte heute vor Berufungsinstanz anerkennt, dass kein Mietzins geschuldet war, so anerkennt er damit auch (mindestens implizit) das Ergebnis, zu dem die Vorinstanz in ihrem Verfahren kam. Die Frage, ob Mietzins geschuldet ist resp. sich die Klägerin in Zahlungsverzug befunden hat, bildete Dreh- und Angelpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens. Es erscheint daher in sich widersprüchlich, wenn der Beklagte dennoch den Entscheid der Vorinstanz umfassend anfecht.

2.2.1. Nach Art. 52 ZPO haben sich alle an einem Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu verhalten. Diese Bestimmung übernimmt in Bezug auf das prozessuale Verhalten die Massstäbe, welche der Art. 2 ZGB für das Handeln der Parteien im Privatverkehr generell aufstellt. Verboten bzw. unbeachtlich ist daher prozessuales Verhalten der Parteien, welches den Tatbestand von Art. 2 Abs. 2 ZGB erfüllt. Darunter fällt neben anderem das sogenannten widersprüchliche Verhalten, ein *venire contra factum (vel dictum) proprium* (vgl. OGer ZH NG170015 vom 4. Oktober 2017, E. III.3.2. u. NP130005 vom 10. Juli 2013, E. II.4.4.). Ein widersprüchliches Verhalten liegt beispielsweise auch im Falle der nachträglichen Geltendmachung eines zuvor verworfenen Standpunktes vor (BGer 2C\_502/2016 vom 24. Mai 2017, E. 2.4., m.w.H.).

2.2.2.1 Vor Einleitung des vorinstanzlichen Verfahrens gab der Beklagte durch sein Verhalten zu erkennen, von einem Mietverhältnis und insbesondere von geschuldetem und fälligem Mietzins auszugehen. So verlangte er von der Klägerin wiederholt

mittels Mahnung die Bezahlung des Mietzinses, und er drohte ihr für den Fall der Nichtbezahlung innert Frist mit der Kündigung. Schliesslich kündigte er der Klägerin unter Verwendung des gesetzlich für die Kündigung von Mietverhältnissen über Wohn- und Geschäftsräume im Sinne von Art. 266I und Art. 298 OR vorgeschriebenen, amtlich genehmigten Formulars mit der Begründung "Zahlungsverzug (Art. 257d OR)". Damit bediente er sich ausdrücklich eines ausserordentlichen Kündigungsgrundes des Mietrechts und hielt die mietrechtlichen Spezialvorschriften für eine Kündigung ein. Den Standpunkt, Mietzins sei geschuldet und fällig, unterstrich er durch eine Betreuung der Klägerin auf den ausstehenden Mietzins, was zu dem von der Vorinstanz ebenfalls behandelten Aberkennungsverfahren führte (vgl. E. I./2.1., MD170002: vgl. ...).

2.2.2.2 Von diesem im Tatsächlichen gezeigten und erklärten Standpunkt rückte der Beklagte im gesamten vorinstanzlichen Verfahren nicht ab. Er machte konsequent geltend, es liege ein Mietverhältnis vor und ein Mietzins sei geschuldet. Die Nichtzahlung des Mietzinses bilde Grund für die erfolgte Kündigung. Gestützt auf diese gültig erfolgte Kündigung infolge Nichtbezahlung des Mietzinses verlangte er denn auch widerklageweise die Ausweisung der Klägerin aus der Wohnung.

Zwar trug er an zwei Orten vor, dass – sollte von der Unentgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses ausgegangen werden – das Verhältnis zwischen den Parteien statt als Mietverhältnis als unentgeltliche Gebrauchsleihe zu qualifizieren sei. Diese Argumentation erfolgte als Reaktion auf den Standpunkt der Klägerin, keinen Mietzins schuldig zu sein. Der Beklagte legte aber in der Folge nicht dar, woraus sich die Vereinbarung einer Gebrauchsleihe im Tatsächlichen ergeben sollte. Er machte weder geltend noch legte er dar, inwiefern gestützt auf einen solchen Vertrag ein Ausweisungsanspruch gegenüber der Klägerin bestünde. Vielmehr verwarf der Beklagte diesen aufgegriffenen Standpunkt vor Vorinstanz explizit unter erneutem Hinweis, es liege ein Mietverhältnis vor. Er übergang dabei, dass die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses dann, wenn es – wie hier – um einen offenkundig simulierten Mietvertrag geht, nicht eine blosser Rechtsfrage ist, sondern ebenso Tatfrage (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR)

2.2.2.3 Mit seinem gesamten Verhalten vor wie auch während des vorinstanzlichen Verfahrens zeigte der Beklagte im Übrigen auf, dass er von einem Mietverhältnis

ausging. Durch die erfolgte Mahnung und die ausserordentliche Kündigung infolge Zahlungsverzugs machte klar, dass die Kündigung Folge der Nichtbezahlung des seiner Ansicht nach geschuldeten und fälligen Mietzinses aufgrund eines bestehenden Mietverhältnisses war. Im Umkehrschluss bedeutet ein solches Vorgehen und ist vom Empfänger einer entsprechenden Zahlungsaufforderung und Kündigung auch so zu verstehen, dass eine innert Frist erfolgte Zahlung des geltend gemachten, ausstehenden Mietzinses zu einem Verbleib in der Wohnung geführt hätte. Die Kündigung erfolgte *wegen nicht bezahltem Mietzins*. Nicht herauslesen lässt sich aus dem Vorgehen des Beklagten wie auch aus seinem vorgetragenen Standpunkt aber, es sei – sollte kein Mietzins geschuldet und die Kündigung aus diesem Grund nicht gültig ausgesprochen worden sein – mit dieser Kündigung zeitgleich eine bedingungslose, namentlich unabhängig von geschuldetem Mietzins gemeinte Aufforderung zu verstehen, die Wohnung an ihn zurückzugeben.

Genau diese Auffassung vertritt der Beklagte – im Widerspruch zu seinem bisherigen Standpunkt – nun im Rahmen der von ihm erhobenen Berufung, nachdem er vor Vorinstanz nicht durchdringen konnte. So stellt er sich nicht nur neu auf den Standpunkt, ein Mietzins sei nun doch nicht geschuldet, sondern vielmehr auch, die Überlassung der Wohnung sei gänzlich ohne Gegenleistung erfolgt. Beim Verhältnis der Parteien in Bezug auf die streitgegenständliche Wohnung handle es sich doch nicht um ein Mietverhältnis, sondern (und dies im Sinne seines bereits verworfenen Standpunktes, vgl. E. III./2.2.2.2) um eine Gebrauchsleihe. Sodann macht der Beklagte weiter neu klar, dass es ihm offenbar schlicht darum geht, die Wohnung auf irgendeine Art zurückzuerhalten, indem er geltend macht, bei der Gebrauchsleihe die Wohnung ohnehin jederzeit zurückverlangen zu können; aber auch wenn man von einer einfachen Gesellschaft ausgehe, sei diese bereits aufgelöst und die Wohnung sei an ihn zurückzugeben.

2.2.2.4 In diesem – erkennbar prozessergebnisorientierten – Wechsel des Standpunktes liegt ein offensichtlicher Widerspruch, der unter den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs i.S. des Art. 2 Abs. 2 ZGB fällt. Die Berufung ist schon deshalb abzuweisen. Und es bleibt lediglich noch anzumerken, dass der Standpunkt des Beklagten, soweit er sich auf neue Tatsachenbehauptungen abstützen wollte, mit Blick auf Art. 317 Abs. 1 ZPO unhaltbar wäre.

2.3. Aber auch andere Gründe stehen für sich allein genommen einer Gutheissung der Berufung entgegen. So stellt das Vorgehen des Beklagten auch eine unzulässige Klageänderung dar:

2.3.1. Eine Klageänderung ist namentlich in einer Änderung des Streitgegenstandes zu erblicken, welcher mit der Rechtshängigkeit einer Klage, bei der Widerklage daher mit deren Erhebung, fixiert wird. Der klagenden Partei soll es nach Fixierung des Streitgegenstandes grundsätzlich nicht mehr möglich sein, ihre Ansprüche abzuändern, weil sonst die Gefahr einer Prozessverschleppung droht und zudem die beklagte Partei zwecks sachgerechter Verteidigung Klarheit über die gegen sie im Prozess erhobenen Ansprüche haben muss. Dennoch ist unter gewissen Voraussetzung eine Klageänderung zulässig. Es soll verhindert werden, dass ein hängiger Prozess auf einer ungenügenden oder unrichtigen Grundlage zu Ende geführt werden muss (BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 1 f. m.w.H.). In einem ersten Schritt ist daher zu beurteilen, ob eine Klageänderung vorliegt, in einem zweiten Schritt sodann, ob eine solche zulässig ist.

2.3.2.1 Die Klageänderung kann – gerade bei nicht individualisierten Forderungen – in der Änderung des Rechtsbegehrens bestehen. Sie liegt in einer inhaltlichen Änderung der (bisherigen) Rechtsbegehren, mit welchen mehr, Zusätzliches oder Anderes verlangt wird. Im Sinne eines zweigliedrigen Verständnisses des Streitgegenstandes kann die Klageänderung aber auch in der Änderung des Klagefundaments, das heisst des der Klage zu Grunde liegenden Lebenssachverhalts bestehen. Darunter ist der gesamte Komplex von Tatsachen zu verstehen, aus welchen die Klage abgeleitet wird. Die klagende Partei, welche ihren Anspruch auf einen anderen Lebenssachverhalt abstellt, der einen neuen Streitgegenstand begründet, macht damit einen neuen Anspruch geltend, dies unabhängig davon, ob das oder die Rechtsbegehren im Wortlaut geändert werden (BGE 123 III 18, E. 2a; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2017, Rz. 385; BK-ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 6 ff.; OGer ZH LA160008 vom 24. August 2016, E. III.; im Weiteren KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, 2. Aufl. 2014, Art. 227 N 5 ff., insb. N 16 f. m.V.a. BGE 139 III 126 E. 3.2.1. u. 3.2.3.; vgl. auch OGer ZH LB060110 vom 11. Dezember 2007, E. 3). Eine Klageänderung liegt damit beispielweise vor, wenn eine Geldfor-

derung (in gleicher Höhe) nachträglich mit einem anderen Lebenssachverhalt begründet wird (BK-ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 8).

2.3.2.2 Aus Rechtsbegehren und Begründung der Widerklage vor Vorinstanz ergibt sich, dass die Ausweisung der Klägerin verlangt wird, weil sie ihrer sich aus Mietvertrag ergebenden Pflicht zur Zahlung des Mietzinses nicht nachgekommen und in der Folge eine gültige Kündigung ausgesprochen worden sei. Damit war der Streitgegenstand der Widerklage fixiert. Insbesondere ergibt eine Auslegung von Rechtsbegehren und Begründung nach Treu und Glauben – entgegen dem Beklagten – nicht, dass damit auch zeitgleich die Liquidation einer einfachen Gesellschaft beantragt wurde.

Die Ausweisung der Klägerin wurde durch den Beklagten vor Vorinstanz also mit einer angeblichen Verletzung des Mietvertrages durch Nichtbezahlung des Mietzinses und der folglich am 23. Dezember 2016 ausgesprochenen Kündigung begründet. Mit der Berufung macht der Beklagte als Hauptstandpunkt wie gezeigt neu geltend, es liege eine Gebrauchslleihe vor. Damit behauptet er nicht nur das Vorliegen eines anderen Konsenses resp. anderen Vertrags als vor Vorinstanz (und damit einen anderen Lebenssachverhalt, vgl. dazu noch nachfolgend), sondern auch, er könne gestützt auf diesen Vertrag die Wohnung ohnehin jederzeit zurückverlangen und habe dies mit der ausgesprochenen Kündigung auch getan. Eventualiter stellt er sich (für den Fall, dass er mit seinem Hauptstandpunkt nicht durchdringen sollte und von einer einfachen Gesellschaft ausgegangen würde) auf den Standpunkt, er habe durch diverse Handlungen (Beendigung der Beziehung, Anfechtung der Vaterschaft, Ankündigung der Kündigung nach Mietvertragsrecht, Zustellung der Zahlungsverzugskündigungen vom 4. Oktober 2016 und 23. Dezember 2016) unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er keine Beziehung mehr wolle und die Klägerin aus der Wohnung ausziehen solle. Damit habe er implizit erklärt, der Verbleib in der einfachen Gesellschaft sei für ihn nicht mehr zumutbar. Damit liege eine Auflösungserklärung der einfachen Gesellschaft vor und er verlange die Liquidation der einfachen Gesellschaft und in diesem Rahmen die Rückgabe der Wohnung an sich. Mit dieser Begründung seines Anspruchs auf Herausgabe der Wohnung, welche von seinem vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt im Tatsächlichen erheblich abweicht, ändert der Beklagte im Berufungsverfahren das

Fundament seiner Klage. Das Vorliegen einer Klageänderung ist zu bejahen. Zu prüfen bleibt, ob eine solche Klageänderung hier zulässig ist.

2.3.3.1 Im erstinstanzlichen Verfahren richtet sich die Zulässigkeit einer Klageänderung nach Art. 227 ZPO. Demnach bedarf es eines sachlichen Zusammenhangs zum bisherigen Anspruch (Abs. 1 lit. a) oder der Zustimmung der Gegenpartei (Abs. 1 lit. b), sowie der sachlichen Zuständigkeit des urteilenden Gerichts, ansonsten – bei Übersteigerung der sachlichen Zuständigkeit aufgrund des Streitwerts – eine Überweisung an das zuständige Gericht zu erfolgen hätte (Art. 227 Abs. 2 ZPO). Zusätzlich zu diesen Voraussetzungen muss die Klageänderung im Berufungsverfahren auf neuen Tatsachen und Beweismitteln (gemeint sind sowohl echte als auch unechten Noven, vgl. BSK ZPO-SPÜHLER, a.a.O., Art. 317 N 14) beruhen (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO).

2.3.3.2 Die erfolgte Klageänderung vor Berufungsinstanz findet ihre Grundlage vordergründig in der vom vorinstanzlich vertretenen Standpunkt des Beklagten abweichenden rechtlichen Würdigung des Lebenssachverhaltes durch die Vorinstanz. Sie gründet insofern weder auf neuen Tatsachen noch auf neuen Beweismitteln. Entsprechend mangelt es an dieser Voraussetzung für eine Klageänderung im Berufungsverfahren, weshalb eine solche nicht zulässig ist.

In Bezug auf die Geltendmachung einer Gebrauchsleihe wäre ohnehin zusätzlich zu beachten, dass die diesbezüglichen Vorbringen – worauf schon hingewiesen wurde – unzulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO darstellen. So umfasst die Geltendmachung eines gänzlich anderen Vertragsverhältnisses durch den Beklagten auch die Behauptung, zwischen den Parteien liege ein anderer tatsächlicher (auch: natürlicher) Konsens vor als beim ursprünglich behaupteten Vertragsverhältnis. Während im Rahmen eines Mietverhältnisses die wesentlichen Vertragspunkte die Überlassung einer Sache gegen Leistung eines Mietzinses sind und zwischen den Parteien diesbezüglich Einigkeit vorliegen muss, bedarf es bei der Gebrauchsleihe des Konsenses bezüglich der Überlassung einer Sache zum Gebrauch auf (bestimmte oder unbestimmte) Zeit; die Leihe ist zwingend unentgeltlich (vgl. u.a. BGE 136 III 189, E. 3.2.). Das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses ist eine Tatfrage (vgl. z.B. BGer 5A\_127/2013 vom 1. Juli 2013, E. 4.1.). Soweit der Beklagte hier einen anderen tatsächlichen Konsens behauptet als vor Vo-

rinstanz, handelt es sich um eine neue Tatsachenbehauptung, welche nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten wäre. Indes stellt die Behauptung dieses anderen Konsenses weder ein echtes Novum dar, noch ist dargetan, dieser Umstand habe trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden können. Die Klageänderung wäre daher auch unter diesem Aspekt nicht möglich.

Ergänzend ist festzuhalten, dass entgegen dem Beklagten zwischen den Parteien auch nicht unstrittig ist, der Beklagte habe der Klägerin die Wohnung unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Die Klägerin machte vor Vorinstanz vielmehr geltend, der Verzicht auf Mietzins habe einen Unterhaltsbeitrag des Beklagten dargestellt, zum andern schulde der Beklagte ihr noch Geld aus einem Darlehen, weshalb dieses mit dem geforderten Mietzins zu verrechnen sei. Ein Zahlungsrückstand liege deshalb nicht vor. Darin zeigt sich ihr Standpunkt, der Erlass des Mietzinses sei Folge von Verpflichtungen, welche der Beklagte ihr gegenüber hat. Die Klägerin ist folglich nicht der Ansicht, dass ihr die Wohnung unentgeltlich überlassen worden wäre.

2.3.3.3 Die Klageänderung ist aus einem Weiteren Grund unzulässig, und wäre es bereits vor Vorinstanz gewesen (wie dies im Übrigen auch die Vorinstanz bemerkte, vgl. [Entscheid MG] E. 3.2.5 *in fine*): Das mit der bisherigen Klage befasste Gericht muss auch für die geänderte Klage sachlich zuständig sein. Die sachliche Zuständigkeit kann sich einerseits aufgrund des Streitwertes (vgl. auch Art. 227 Abs. 2 ZPO), andererseits aus der Natur der Sache ergeben. Denn obwohl die Voraussetzungen für die Figur der Klageänderung speziell normiert sind, muss eine geänderte Klage grundsätzlich auch die allgemeinen Prozessvoraussetzungen erfüllen (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO; vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 227 N 39). Bei einer sich aus dem Streitgegenstand ergebenden Zuständigkeit eines Sachgerichts ist eine Klageänderung folglich nur zulässig, wenn auch der geänderte oder neue Anspruch in die Sachkompetenz dieses Gerichts fällt. In einem Verfahren vor einem kantonalen Arbeits-, Miet- oder Handelsgericht kann deshalb keine Klageänderung angehoben werden, falls der neue oder geänderte Anspruch bei selbständiger Erhebung in die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fallen würde (BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 34 f; BSK ZPO-WILLISEGGER, a.a.O., Art. 227 N 41;

PAHUD, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 227 N 15). Bei der Vorinstanz als Mietgericht handelt es sich um ein Fachgericht. Es ist gestützt auf § 21 Abs. 1 GOG/ZH für Streitigkeiten aus Miet- (Art. 253a OR) und aus Pachtverhältnissen (Art. 276 OR) zuständig. In diesem Rahmen erachtete sich die Vorinstanz richtig-erweise als sachlich zuständig für eine gestützt auf eine Zahlungsverzugskündi-gung i.S.v. Art. 257d Abs. 2 OR verlangte Ausweisung aus einer Wohnung. Nicht zuständig ist sie aber für die Beurteilung auf Herausgabe einer Wohnung im Falle einer Gebrauchsleihe. Ebenso wenig ist das Mietgericht sachlich zuständig für die Liquidation einer einfachen Gesellschaft. Auf eine Klageänderung wäre bereits durch die Vorinstanz nicht einzutreten gewesen (BSK ZPO-WILLISEGGER, a.a.O., Art. 227 N 41). Zusätzlich ist zu beachten, dass die entsprechenden Ansprüche sodann aufgrund des Streitwertes ohne weiteres im ordentlichen Verfahren zu be-handeln wären, weshalb auch eine andere Verfahrensart als bei der Vorinstanz zur Anwendung gelangte.

2.3.4. Folglich wäre die Berufung auch aus diesem Grund abzuweisen, resp. wäre darauf nicht einzutreten.

### 3. Fazit

Die Berufung ist aus verschiedenen unabhängig voneinander bestehenden Gründen abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. Letztlich offen blei-ben kann, wie das Verhältnis zwischen den Parteien rechtlich zu qualifizieren wäre, resp. ob die Qualifikation durch die Vorinstanz zutrifft. Gesichert ist heute, dass kein Zahlungsverzug i.S. des Art. 257d OR vorlag. Die Kündigung des Mietvertrages hat keine Gültigkeit, und ein Ausweisungsanspruch aus Mietvertragsrecht besteht nicht. Der Entscheid der Vorinstanz ist richtig.

## IV.

### Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens sind dem Ausgang entsprechend zu verlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der Entscheidgebühr sowie der Parteientschädigung im angefochtenen Entscheid wur-de nicht beanstandet, weshalb es bei dieser bleibt. Das führt zur gesamthaften Be-stätigung des angefochtenen Urteils.

2. Beim Streit um die Gültigkeit einer Kündigung berechnet sich der Streitwert des Rechtsmittelverfahrens nach dem Bruttomietzins bis zum Ablauf der dreijährigen Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zuzüglich der ordentlichen Kündigungsfrist. Unter Berücksichtigung der dreijährigen Sperrfrist und der dreimonatigen Kündigungsfrist (vgl. act. 3/9) kann der Vertrag frühestens nach 39 Monaten aufgelöst werden, was bei einem Bruttomietzins von Fr. 3'000.– (vgl. act. 3/9) einem Streitwert von Fr. 117'000.– entspricht. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1–3, § 7 lit. a und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'200.– festzusetzen. Sie ist dem Beklagten aufzuerlegen.

Der Klägerin ist sodann gestützt auf § 4 Abs. 1 u. 3, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV eine Parteienschädigung zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zuzusprechen.

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2019, 29. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident