

## **ZMP 2022 Nr. 1**

**Art. 1 OR; Art. 253 ff. OR; Art. 265 ZPO; § 21 und 26 GOG; Art. 186 StGB.**

**Rechtliche Qualifikation des Hotelbeherbergungsvertrags. Sachliche Zuständigkeit von Mietgericht und Schlichtungsbehörde. Hausrecht des Gastes. Antrag auf superprovisorische Wiedereinweisung.**

*Der Hotelbeherbergungsvertrag stellt einen Innominatkontrakt dar, der verschiedene Elemente des Kauf-, Miet-, Werkvertrags- und Auftragsrechts enthält. Zwar erfüllt er aus Sicht des Gastes auch Wohnzwecke. Je nach dem Inhalt des konkreten Vertrags können die Bestimmungen über die Miete von Wohnräumen zur Anwendung gelangen. Für gewöhnlich ist dies aber nicht der Fall, denn die Unterbringung erfolgt aufgrund des Hausrechts des Gastgebers zum vorübergehenden Zwecke der Erbringung der versprochenen Dienstleistungen. Entsprechend verfügt der Gast nur ein vom Gastgeber abgeleitetes Hausrecht, welches der Gastgeber im Übrigen benötigt, um seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung nachkommen zu können. Der Umstand allein, dass eine zunächst auf kurze Dauer angelegte Beherbergung von den Parteien über Wochen und Monate hinweg fortgesetzt wird, bewirkt keine Änderung des Vertragsinhalts. Der Gastgeber ist daher berechtigt, das Vertragsverhältnis mit einer kurzen Vorankündigungsfrist von 24 Stunden zu beenden, dem Gast das Hausrecht zu entziehen und sich polizeilicher Hilfe zu versichern, wenn der Gast sein Zimmer nicht freiwillig zurückgibt. Ausgeschlossen ist es lediglich, den Gast ohne Vorankündigung und ohne wichtigen Grund von einem Moment auf den anderen auf die Strasse zu setzen.*

*Für die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde in Mietsachen und des Mietgerichts genügt es, dass die Berufung der klagenden Partei auf eine Wohnraummietsache nicht von vornherein fadenscheinig oder inkohärent ist. Dann behandelt das angerufene Gericht die Klage, trifft die beantragten vorsorglichen Massnahmen und fällt am Ende einen Sachentscheid auf der massgeblichen rechtlichen Grundlage.*

Aus dem Beschluss des Mietgerichts MJ220023-L/Z1 vom 1. April 2022 (bezüglich superprovisorische Anordnung war kein Weiterzug möglich; das Massnahmever-

fahren und die Hauptsache endeten durch einen Nichteintretensentscheid, nachdem der Kläger und Gesuchsteller den Kostenvorschuss nicht geleistet hatte. Gerichtsbesetzung: Weber, Reller, Bauert; Gerichtsschreiberin Wallace):

«(...)

***Rechtsbegehren Hauptklage (sinngemäss):***

1. Es sei festzustellen, welches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien betreffend der Nutzung des Hotelzimmers im Hotel X. besteht.
2. Es sei der Kündigungsgrund der Kündigung vom 4. Januar 2022 als nichtig bzw. missbräuchlich zu erklären.

***Antrag auf vorsorgliche, superprovisorische Massnahmen (sinngemäss):***

1. Die Beklagte sei mit einer superprovisorischen Massnahme anzuweisen, das dem Kläger erteilte Hausverbot sofort aufzuheben.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Ersatz für die entzogene Schlüsselkarte zur Verfügung zu stellen.

***Erwägungen:***

1. Wie sich aus den beigezogenen Akten der Schlichtungsbehörde ergibt, bewohnt der Kläger seit 28. Januar 2021 ein Zimmer im von der Beklagten geführten Hotel «X.» an der N.-strasse Y in Zürich zu einem Preis von Fr. 202.50 pro Übernachtung. Laut einer vom Kläger eingereichten Reservationsbestätigung der Beklagten vom 25. Januar 2021 war die Buchung zunächst auf wenige Tage ausgelegt, muss aber von den Parteien später verlängert worden sein, wie neben der (...) Rechnung [der Beklagten] auch die Korrespondenz zeigt, in deren Rahmen sich die Beklagte mit Schreiben vom 3. August 2021 u.a. erfreut zeigte, dass der Kläger das Hotel für seinen «längeren Aufenthalt gewählt» habe.

Gemäss einem vom Hoteldirektor A. und von der Leiterin des Empfangs B. unterzeichneten Schreiben vom 4. Januar 2022 sollte das Vertragsverhältnis per 31. Januar 2022 aufgelöst werden. In seiner Antwort vom 12. Januar 2022 verwahrte

der Kläger sich bezüglich der gegen ihn erhobenen Vorwürfe. Am 17. Januar 2022 überbrachte er dem angerufenen Gericht eine Klageschrift, mit welcher er die Feststellung der Natur des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien verlangte. Wie dem Überweisungsstempel vom 19. Januar 2022 auf [der Klage] zu entnehmen ist, überwies das Mietgericht die Klage an die Schlichtungsbehörde, da es festgestellt hatte, dass der Klage kein Schlichtungsverfahren vorausgegangen war. Darauf gelangte der Kläger am 2. Februar 2022 ans Obergericht des Kantons Zürich mit einer Rechtsverweigerungsbeschwerde und einem Gesuch um supervisorische Massnahmen. Auf letzteres trat das Obergericht mit Verfügung vom 4. Februar 2022 nicht ein. Mit Beschluss vom 17. Februar 2022 bestätigte es diesen Entscheid und wies auch die Beschwerde als solche ab. Es erwog u.a., das Mietgericht habe mit seinem Vorgehen laienfreundlich gehandelt. Anders als der Kläger annehme, habe das Schlichtungsverfahren auch einer Feststellungsklage vorauszugehen. Da ein solches gefehlt habe, hätte das Mietgericht statt zur Überweisung an die Schlichtungsbehörde auch zu einem kostenpflichtigen Nichteintretensentscheid greifen können, so dass dem Kläger durch das Vorgehen kein Nachteil entstanden sei.

Darauf wurde im Schlichtungsverfahren die Verhandlung vom 8. März 2022 durchgeführt. Der Kläger formulierte dort neben dem Feststellungsbegehren auch den Antrag, der Kündigungsgrund gemäss Kündigung vom 4. Januar 2022 sei als missbräuchlich zu erklären. Die Parteien einigten sich nicht, so dass die Schlichtungsbehörde dem Kläger am Verhandlungstag die Klagebewilligung ausstellte und dabei die genannten Rechtsbegehren festhielt.

Die Beklagte verlängerte ihre Bereitschaft zur Beherbergung des Klägers zunächst bis zur Schlichtungsverhandlung vom 8. März 2022. Nachdem der Kläger einer Aufforderung zum Verlassen des Hotels bis Ende März 2022 nicht nachgekommen war, erteilte die Beklagte ihm Hausverbot. Der Kläger wurde darauf von der Stadtpolizei Zürich aus den Hotelräumen entfernt. Die Schlüsselkarte musste er zurücklassen. Die entsprechende Darstellung des Klägers wurde auf Anfrage des Gerichts durch den Polizeiposten Zürich-X. bestätigt.

**2.** Mit Eingabe vom 28. März 2022 (Poststempel) reichte der Kläger die vorliegende Klage sowie die ihm am 14. März 2022 zugestellte Klagebewilligung der

Schlichtungsbehörde Zürich vom 8. März 2022 ein. Seine Anträge modifizierte er leicht: Er erneuerte sein Feststellungsbegehren, stellte aber bezüglich der Kündigung vom 4. Januar 2022 nicht in erster Linie den Kündigungsgrund, sondern die Unterschriftsberechtigung von A. und B. in Frage. Dabei stellte er klar, dass auch das von der Schlichtungsbehörde festgehaltene Rechtsbegehren beurteilt werden solle, welches auf die Feststellung der Missbräuchlichkeit der Kündigung hinausläuft.

**3.1** Nach § 21 und 26 GOG/ZH behandelt das Mietgericht (ähnlich wie die Paritätische Schlichtungsbehörde in Mietsachen) Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen. Das Gerichtsorganisationsgesetz definiert dabei den Begriff der Wohn- oder Geschäftsraummietsache nicht selber, sondern verweist auf das Bundesrecht, insbesondere auf die Definition, welche Lehre und Rechtsprechung insbesondere zu Art. 253a f., 269 ff. und Art. 271 ff. OR entwickelt haben.

**3.2** Hängt von der Frage, welches Rechtsverhältnis vorliegt, sowohl die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage ab, spricht man von einer doppelt relevanten Tatsache. Nach der Praxis des Bundesgerichts wird in solchen Fällen über die Eintretensfrage nur separat entschieden, wenn sich die Argumentation der klagenden Partei als inkohärent oder fadenscheinig erweist. Andernfalls hat das Gericht sich vorerst an der Argumentation der klagenden Partei zu orientieren und erst mit der Hauptsache über die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien zu entscheiden. Das Gericht tritt diesfalls auf die Sache ein und fällt nach Durchführung des Prozesses einen Sachentscheid – jedenfalls soweit dies aufgrund der Anträge der Parteien möglich ist (BGE 141 III 294; ZMP 2018 Nr. 12 E. III.1.2; LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2015, ZBJV 2017, S. 246 f.; BSK ZPO-KAISER JOB, 3. Aufl., Art. 33 N 21).

**3.3** Eine Miete von Wohnraum ist in der Vereinbarung der Vertragsparteien zu erblicken, dass ein nach aussen abgeschlossenes Objekt des Vermieters gegen einen Mietzins dauernd zum Aufenthalt von dem Mieter zuzurechnenden Personen dienen soll. Art. 253a Abs. 2 OR stellt dabei klar, dass die Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, also insbesondere diejenigen über den Kündigungsschutz in Art. 266f - 266o und Art. 271 ff. OR nicht gelten für

Ferienwohnungen, die für höchstens drei Monate gemietet werden. Von den konkreten Umständen hängt es ab, wie sog. gemischte Verträge zu behandeln sind, bei denen die Gebrauchsüberlassung an einem Wohnraum nur einen Teil der Parteivereinbarung bildet, wie dies insbesondere bei Pensions-, Gastaufnahme- oder Beherbergungsverträgen der Fall ist, wo Dienstleistungen wie Reinigungsarbeiten oder angebotene Mahlzeiten auch preislich oft die Hauptrolle spielen. Gemäss Art. 253b Abs. 1 OR sind die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen sinngemäss anwendbar auf Verträge, die im Wesentlichen die Überlassung von Wohn- und Geschäftsräumen gegen Entgelt regeln. Ein Teil der Lehre lehnt dabei die Anwendung insbesondere der Sozialschutzbestimmungen für die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen auf Beherbergungsverträge ab, soweit das mietrechtliche Element nicht klar überwiegt (ZK-HIGI//WILDISEN, Vor Art. 269–270e N 53 ff.; SVIT-Komm.-ROHRER B., 4. Aufl., Art. 253b N 3 f.; BISANG, Fragen zu gemischten Verträgen mit mietrechtlichem Einschlag, mp 2010, S. 248 ff.). Andere favorisieren eine funktionale Betrachtungsweise und möchten das Mietrecht je nach der infrage stehenden Leistung zur Anwendung bringen, soweit das Element einer auf Dauer angelegten Gebrauchsüberlassung nicht unwesentlich erscheint (Mietrecht für die Praxis MPra-PÜNTENER, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 50 ff.; KUKO OR-BLUMER, Art. 253a/253b N 11; TH. KOLLER, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2005, ZBJV 2006, S. 405 ff., 412; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl., Art. 253a-253b N 17). Das Bundesgericht entscheidet fallweise und bekennt sich grundsätzlich zur Kombination der Elemente der verschiedenen involvierten Vertragstypen (BGE 120 III 237 E. 4a und 4b). So erblickte es im Hauswartungsvertrag (Mischung von Arbeits- und Mietvertrag) und im Vertrag über ein begleitetes Wohnen durchaus schon wesentliche mietrechtliche Elemente und befürwortete demzufolge auch die Anwendbarkeit des sozialen Mietrechts beim Preis- und Kündigungsschutz – und sei es nur implizit (BGE 131 III 566; BGE 119 II 141).

Die Kündigung eines auf Dauer angelegten gemischten Vertrages soll dabei allerdings zur Vermeidung von Unklarheiten trotz der Kombination von Elementen verschiedener Vertragsarten einer einzigen – und zwar der schwergewichtigen – unterstellt werden (BGE 131 III 566 E. 3.1).

In mehreren nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteilen sprach das Bundesgericht im Ergebnis einer mietrechtlichen Argumentation die Berechtigung ab. Einen Vertrag zwischen dem Sohn eines früheren Geschäftsführers und einer Hotel-AG, mit welchem neben der Benützung von Hotelräumen eine Reihe von typischen Hotel-Dienstleistungen vereinbart worden waren (Raum- und Blumenservice, Wäscherei und Wellnesseinrichtungen), qualifizierte es als nicht dem Mietrecht unterstehenden Gastaufnahmevertrag, obwohl zumindest einzelne der Benützungsphasen länger als drei Monate gedauert hatten und obwohl der Benützer der Räume und seine Familie mit Wohnsitz im Hotel behördlich gemeldet waren. Entscheidend war für das Bundesgericht u.a., dass für die Hotel-AG bei Vertragschluss nicht erkennbar war, dass der Beschwerdeführer im Hotel eine dauernde Wohnsituation schaffen wollte und dass die Höhe des Entgelts anders als beim gewöhnlichen Mietvertrag auch von der effektiven Benützung der Räume durch den Beschwerdeführer und von der Saison abhängig gemacht worden war, während welcher jeweils eine Benützung stattfand. Mit einer solchen Regelung sei nichts anderes vereinbart worden als die Verpflichtung, den Beschwerdeführer auf Zusehen hin als Hotelgast zu empfangen (BGer 4A\_461/2008 vom 14. Februar 2009 E. 4.2; vgl. zur Mindestdauer einzelner Benützungsphasen von mehr drei Monaten auch E. 2.2 f.).

Ganz ähnlich lehnte das Bundesgericht entgegen den (Zürcher) Vorinstanzen die Anwendung der mietrechtlichen Preisschutzbestimmungen auf einen Pensionsvertrag mit dem Argument ab, dass zwar eine unmöblierte Zweizimmerwohnung in einer Alterssiedlung Vertragsgegenstand sei, dabei aber neben der Gebrauchsüberlassung als Zusatzleistungen auch die Mittagessen, eine wöchentliche Wohnungsreinigung sowie ein Notfallknopf vereinbart seien (BGer 4A\_113/2012 v. 13. November 2012 E. 2.3).

Im Urteil 4A\_102/2013 vom 17. Oktober 2013 anerkannte das Bundesgericht zwar, dass der zwischen den Parteien bestehende Hauswartvertrag Elemente eines Arbeits- und eines Mietvertrags enthielt, verneinte aber die Anwendung der mietrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften mit dem Argument, die Parteien hätten das Benützungsrecht des Hauswarts an der Hauswartwohnung untrennbar mit dem Bestand des Arbeitsvertrages verknüpft. Dass der Arbeitsvertrag im

Übrigen den gewichtigeren Teil des Vertragsgebildes ausgemacht habe, zeige sich daran, dass der vereinbarte Lohn höher gewesen sei als das Nutzungsentgelt (a.a.O., E. 2.2 und 2.3).

In neuerer Zeit betonte das Gericht nach wie vor, dass bei gemischten oder zusammengesetzten Verträgen die sich stellenden Rechtsfragen aufgrund der Regeln der im strittigen Bereich relevanten Vertragsart zu entscheiden seien. Dabei könne der zu entscheidende Punkt nur nach einer einzigen Vertragsart beurteilt werden, namentlich was die Frage der Kündigung betreffe. Im konkreten Fall lag eine Kombination von gesellschaftsrechtlichen und mietrechtlichen Elementen vor. Das Gericht beurteilte die Gültigkeit der Kündigung nicht nach den Regeln der Mietbeziehung, sondern nach denjenigen des mit dem Mietverhältnis verbundenen Gesellschaftsverhältnisses (BGer 4A\_219/2020 v. 12. März 2021 E. 3.1 [Zusammenarbeit zweier Gesellschaften im Bereich der Schönheitsmedizin]).

**3.4** Mit der gegenüber dem Schlichtungsverfahren modifizierten Klage behauptet der Kläger im vorliegenden Fall nicht direkt die Existenz eines Mietverhältnisses zwischen den Parteien über Wohnräume im beschriebenen Sinn. Er wirft nur abstrakt die Frage nach der Qualifikation des Rechtsverhältnisses auf und stellt mit seinem zweiten Antrag die korrekte Auflösung des Vertragsverhältnisses durch dazu ermächtigte Personen in Abrede. Immerhin behauptet er durch die Anrufung des Mietgerichts sinngemäss, die vorliegende Streitsache falle in die Kompetenz des angerufenen Gerichts, was wie erwähnt einen Mietvertrag über Wohn- oder Geschäftsräume voraussetzt. Zudem bezog er sich in seiner ursprünglich beim Mietgericht eingereichten Feststellungsklage explizit auf Bestimmungen, die für Kündigung einer Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen gelten, wie Art. 266/, 266o, 272 und 273 OR. Weiter stellt der Kläger seine Feststellungsklage in den Kontext der von der Beklagten beabsichtigten Auflösung des Vertragsverhältnisses und verlangt explizit auch die Beurteilung der von der Schlichtungsbehörde festgehaltenen Rechtsbegehren, die auch einen Antrag auf Feststellung der Missbräuchlichkeit der Kündigung vom 8. Januar 2022 enthalten.

Damit behauptet der Kläger, wenn auch einigermaßen verklausuliert, die Existenz eines Wohnmietvertrages über das von ihm belegte Hotelzimmer im Hotel «X.». Wie die Darstellung von Lehre und Rechtsprechung zeigt, hängt die Qualifikation

des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien von den gesamten Umständen ab. Ausser der Buchungsbestätigung vom 25. Januar 2021, der Hotelrechnung und der Korrespondenz der Parteien gibt es dazu nichts Schriftliches. Wie schon erwähnt, war die Buchung zunächst auf wenige Tage ausgelegt. Der Kläger kann also nicht für sich in Anspruch nehmen, dass die Beklagte ihn von Anfang an als Mieter eines Zimmers betrachten musste; vielmehr scheint der Buchungsvorgang für einen Gastaufnahmevertrag zu sprechen. Klar ist immerhin, dass es beim zunächst ins Auge gefassten Kurzaufenthalt nicht geblieben ist und der Kläger sein Zimmer insgesamt mehr als ein Jahr benützt und dabei auch den Zimmerpreis bezahlt hat. Dass der ursprünglich auf eine gewöhnliche Gastaufnahme gerichtete Vertrag später durch einen Mietvertrag ersetzt wurde, ist jedenfalls nicht leichthin anzunehmen. Aus der Dauer des Aufenthalts allein lässt sich jedenfalls nicht schliessen, dass die Beklagte nachträglich einer Vertragsänderung zugestimmt hätte. Das Schreiben der Beklagten vom 3. August 2021, in welchem diese sich u.a. erfreut zeigte, dass der Kläger das Hotel für seinen «längeren Aufenthalt gewählt» habe, vermochte jedenfalls aus Sicht eines Dritten nach Treu und Glauben keine Änderung der ursprünglichen Vertragsart zu bewirken. Im Gegenteil impliziert der Ausdruck «Aufenthalt», dass die Beklagte den Kläger nach wie vor als Gast im Sinne ihres Kerngeschäfts der Hotellerie betrachtete, das mit den Worten des Bundesgerichts in der Aufnahme von Gästen auf Zusehen hin besteht (BGer 4A\_461/2008 vom 14. Februar 2009 E. 4.2). Der Kläger führte als Indizien für eine Vertragsänderung weiter an, dass er inzwischen auch beim Bevölkerungsamt der Stadt Zürich mit Wohnsitz im Hotel gemeldet sei. Nach der zitierten Rechtsprechung ist das für die Vertragsqualifikation aber nicht von Bedeutung. Weiter erwähnte der Kläger, dass er auf die Mahlzeiten im Restaurant und weitere Dienstleistungen verzichtet habe, dass die Beklagte ihm die Zubereitung von Speisen auf dem Hotelzimmer erlaubt und ihm überdies gestattet habe, sein Zimmer mit eigenen Möbeln auszustatten, namentlich mit seinem 245 kg schweren Aktenschrank. Dass ein Gast die von ihm gebuchten Dienstleistungen nicht in Anspruch nimmt, ändert am Charakter und Inhalt des geschlossenen Vertrages nichts. Gleiches gilt für die Möglichkeit der Zubereitung von Speisen auf dem Zimmer oder die Erlaubnis, Möbel mitzubringen. Traditionelle Seekoffer nehmen sich auch als Mö-



bel aus. Ihre Positionierung im Zimmer ändert den Vertragscharakter für sich genommen aber so wenig wie diejenige eines Aktenschranke. Das Entgelt für gebuchte Dienstleistungen steht dem Anbieter grundsätzlich auch dann zu, wenn der Gast sie nicht oder nur in beschränktem Umfang in Anspruch nimmt. Anders sähe es möglicherweise aus, wenn die Parteien wegen des Verzichts des Klägers auf die Speisen den Benützungstarif nachträglich gesenkt hätten, wie der Kläger behauptet. Aus der von ihm präsentierten Hotelrechnung geht dies jedoch gerade nicht hervor. Der Preis war immer der gleiche wie der in der Reservationsbestätigung erwähnte [die Beklagte rechnete dabei auch immer die «City Tax» ab, mithin die Kurtaxe der Stadt Zürich; Anm. d. Red.]. Auch dass der Kläger im Zimmer im «Home-Office» gearbeitet haben will, hat aus neutraler Sicht für sich allein keinen Einfluss auf den Charakter des Vertrages. Dass Hotelzimmer für die Erbringung von Arbeitsleistungen benützt werden, gehört geradezu zum internationalen Standard.

All dies genügt für eine abschliessende Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien natürlich nicht. Diese wird erst nach Durchführung des Hauptverfahrens möglich sein. Mit Blick auf die Zuständigkeitsfrage kann die Argumentation des Klägers im jetzigen Verfahrensstadium aber auch nicht als inkohärent, fadenscheinig oder aus der Luft gegriffen abgetan werden. Mit dem entsprechenden Vorbehalt ist daher für den Entscheid über die Zuständigkeit des Gerichts und die Verfahrensart von einer Streitigkeit über den Kündigungsschutz bei der Miete von Wohnräumen auszugehen, für welche das angerufene Gericht sachlich zuständig ist. Anwendbar ist nach Art. 243 Abs. 2 lit. ZPO das vereinfachte Verfahren. Ob es sich beim Rechtsverhältnis zwischen den Parteien tatsächlich um eine Miete von Wohnräumen und nicht um einen Gastaufnahmevertrag handelt, wird nach der Rechtsprechung über doppelt relevante Tatsachen (vorn Ziff. 3.2) erst nach Anhörung der Parteien im Rahmen des Sachentscheids zu prüfen sein. Es ist also durchaus möglich, dass das Mietgericht am Ende den vorliegenden Fall auf der Grundlage eines Gastaufnahmevertrages entscheiden wird. Nicht schon heute geprüft zu werden braucht auch, ob der Kläger für die Feststellungsklage über ein entsprechendes Feststellungsinteresse verfügt.

4. Der Streitwert von Kündigungsschutzverfahren beläuft sich bei einer Anfechtung einer Kündigung gestützt auf Art. 271 und 273 OR für gewöhnlich auf den Mietzins bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin, falls sich die angefochtene Kündigung als ungültig erweisen sollte. Dabei wäre auch die dreijährige Sperrfrist zu berücksichtigen, welche insbesondere bei einer nicht mit Treu und Glauben vereinbarten Kündigung durch deren gerichtliche Aufhebung ausgelöst würde (Art. 271a Abs. 1 lit. e OR). Ist die Gültigkeit der Kündigung hingegen nicht umstritten, sind dem Streitwert sechs Monatsmietzinse zugrunde zu legen (BGE 144 III 346 E. 1.2).

Der Kläger bezeichnet den Streitwert der Klage als unbestimmbar, da das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht geklärt sei. Ungeklärte Rechtsfragen sind allerdings den meisten Zivilprozessen eigen und verunmöglichen folglich die Bestimmung des Streitwerts nicht.

Die Parteien dürften sich einig sein, dass die Kündigung des Vertragsverhältnisses per Ende Januar 2022 nicht den gesetzlichen Formvorschriften entsprechen würde, wenn die Bestimmungen über die Miete von Wohnräumen zur Anwendung gelangen sollten. Dies hätte die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge (Art. 266/ und 266o OR). Da ein (Form-)Fehler mit Bagatelldarakter vorliegen würde, könnte die Beklagte grundsätzlich die Kündigung in formell korrekter Weise auf den nächsten Termin nachholen, ohne eine Sperrfrist beachten zu müssen (BGE 141 III 101 E. 2.8).

Damit ist dem vorliegenden Verfahren einstweilen ein Streitwert in Höhe des vereinbarten Entgelts während sechs Monaten beizumessen, d.h. von Fr. 36'450.– (180 x Fr. 202.50; vgl. act. 5/3/3). Vorbehalten bleibt eine Neuurteilung nach Anhörung der Parteien.

Daraus ergibt sich zugleich die sachliche Zuständigkeit des Kollegialgerichts (§ 21 und 26 GOG).

5.- 7. [Kosteninformation und Kostenvorschuss. Belehrung über die unentgeltliche Rechtspflege. Delegation der Prozessleitung]

**8.1** Was den Antrag des Klägers auf superprovisorische Rückgabe der ihm am 31. März 2022 von der Beklagten mithilfe der Polizei entzogenen Verfügungsgewalt über das zuvor von ihm benützte Hotelzimmer und auf Erlass entsprechender vorsorglicher Massnahmen angeht, bewirkt die Zuständigkeit des Mietgerichts in der Hauptsache auch dessen Zuständigkeit für die Beurteilung der beantragten Anordnungen (Art. 261 Abs. 1 und 265 Abs. 1 ZPO). Die Voraussetzungen sind jeweils vom Gesuchsteller glaubhaft zu machen – dieser hat darzutun, dass für seinen Standpunkt eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht.

**8.2** Vorsorgliche Massnahme können erlassen werden, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass diese notwendig sind, um einer Verletzung oder Gefährdung eines ihm zustehenden Anspruchs zu begegnen und wenn dem Gesuchsteller ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen («superprovisorisch», Art. 265 Abs. 1 ZPO). Anschliessend ist zu einer Verhandlung über die Massnahmen vorzuladen oder der Gegenpartei Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben (Art. 265 Abs. 2 ZPO); dies gilt grundsätzlich auch bei Abweisung einer superprovisorischen Anordnung (BGE 137 III 417).

**8.3** Im vorliegenden Fall hängt das Schicksal des superprovisorischen Massnahmebegehrens von der Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien ab:

Läge ein Mietvertrag über Wohnraum im vorne umschriebenen Sinn vor (vorn Ziff. 3.3), so käme dem Kläger auch das Hausrecht am von ihm belegten Zimmer und den allgemeinen Räumen des Hauses zu. Eine Kündigung der Beklagten wäre mit dem von Art. 266/ OR vorgesehenen Formular auszusprechen gewesen. Da dies anscheinend nicht geschah, wäre die Auflösung des Vertragsverhältnisses nichtig und die Entfernung des Klägers aus dem Hotel widerrechtlich. Dem Kläger kämen überdies die Rechte aus dem Besitzschutz zu (Art. 927 ZGB). Mehr noch: Lehre und Rechtsprechung gestehen selbst bei gültiger Auflösung eines Mietvertrages dem Mieter das Hausrecht zu (BGE 112 IV 31), so dass der Vermieter auch in einem solchen Fall auf richterliche Hilfe angewiesen ist, um eine

Ausweisung durchzusetzen (BGE 104 II 216; BGE 122 III 92). Eigenmächtiges Handeln kann den Straftatbestand des Hausfriedensbruchs und der Nötigung erfüllen.

Anders beim Gastaufnahmevertrag: Wie der Name schon sagt, bleibt das Hausrecht hier grundsätzlich beim Gastgeber. Dieser ist auf dieses Recht auch angewiesen, um seinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, namentlich zur Wahrung der Ordnung im Betrieb (so insbes. § 17 und 18 des Gastgewerbegesetzes des Kantons Zürich, LS 935.11; HUGUENIN/RUSCH, Der Bewirtungsvertrag, Jusletter 10. Oktober 2005, S. 6). Gewisse Einschränkungen erfährt dieser Grundsatz immerhin, wenn nicht nur die Bewirtung, sondern auch die Beherbergung Gegenstand des Gastaufnahmevertrages ist. Zwar gilt auch hier das Zutrittsrecht des Gastgebers, aber nicht uneingeschränkt. So ist es zu respektieren, wenn der Gast nicht gestört werden will, etwa für Reinigungsarbeiten. Weiter ist anerkannt, dass der Gastgeber den Gast nicht ohne Grund fristlos vor die Tür setzen kann. Zudem hat das Bundesgericht schon anerkannt, dass das Hausrecht dem Gast vom Gastgeber auch übertragen werden kann, so dass jener es neben dem Gastgeber oder sogar unabhängig von diesem geltend machen kann (BGE 118 IV 319, wo allerdings nicht die Übertragung Thema war, sondern die Geltung des Hausrechts über den Tod hinaus, welches von einem Journalisten verletzt worden war). Alle diese Ausnahmen ändern aber nichts daran, dass der Gastgeber das Hausrecht an den allgemeinen Räumen, namentlich an den Restaurationsräumen, behält. Zudem ist nach der Lehre ein auf unbestimmte Dauer angelegter Beherbergungsvertrag nach der Verkehrssitte mit einer Frist von 24 Stunden ordentlich kündbar, soweit die Parteien keine abweichende Regelung getroffen haben (BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Vor Art. 184 OR N 308). Anders als beim Mietvertrag erlangt der Gastgeber dadurch sein Hausrecht vollumfänglich auch dann zurück, wenn es teilweise oder zwischenzeitlich vom Gast beansprucht werden konnte. Entsprechend besteht bei einem weiteren Verbleib des Gastes über den Auflösungsstermin hinaus der Verdacht auf Hausfriedensbruch, so dass insbesondere ein Polizeieinsatz auch ohne gerichtliche Hilfe möglich ist.

Im vorliegenden Fall kann zur Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien auf Ziff. 3.2 verwiesen werden. Die dort diskutierten Elemente lassen es

nicht als glaubhaft erscheinen, dass der Kläger und die Beklagte einen Mietvertrag über Wohnräume vereinbart haben. Vielmehr dürfte es sich nach der hier vorzunehmenden vorläufigen Einschätzung beim abgeschlossenen und später im Charakter nicht veränderten Vertrag um einen Gastaufnahmevertrag gehandelt haben. Für die Auflösung war demzufolge die Verwendung des amtlichen Formulars nicht erforderlich und die schriftliche Beendigung des Gastverhältnisses durch die Beklagte per 31. Januar 2022 bzw. die Beendigung auf einen hinausgeschobenen Termin gestützt auf spätere mündliche oder schriftliche Erklärungen gültig. Spätestens mit dem 31. März 2022 büsste der Kläger damit prima vista sein Aufenthaltsrecht im Hotel der Beklagten ein, und dieser stand das Recht zu, ihm ein Hausverbot zu erteilen und dieses auch ohne gerichtliche Hilfe polizeilich durchsetzen zu lassen. Damit fehlt es dem Massnahmebegehren an einer günstigen Hauptsacheprognose im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO, so dass es abzuweisen ist. Auch eine teilweise Gutheissung des Antrags auf superprovisorische Massnahmen kommt nicht in Betracht, denn der Kläger hat eingeräumt, dass die Beklagte ihm die Abholung seiner Sachen bis zum 28. April 2022 trotz Hausverbot erlaubt hat.

Der Beklagten ist wie erwähnt Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben; der schriftliche Weg verdient hier den Vorzug.

Gegen die Erteilung oder Verweigerung einer superprovisorischen Massnahme ist kein Rechtsmittel möglich. Ein solches kann erst gegen den Entscheid über die vorsorgliche Massnahme nach Anhörung der Gegenpartei erhoben werden (Art. 308 Abs. 2 lit. b ZPO; Art. 319 lit. a ZPO; BGE 139 III 86 E. 1.1.1; BGE 137 III 417 E.1.2 und 1.3).

(...).»

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2022, 32. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;

Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident