

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_113/2012

Urteil vom 13. November 2012
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Anita Thanei,
Beschwerdeführer,

gegen

X. _____ AG,
vertreten durch Fürsprecher Hans Bättig,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Mietzinsfestsetzung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 26. Januar 2012.

Sachverhalt:

A.
A. _____ (Beschwerdeführer) schloss am 6. Oktober 2006 mit der X. _____ AG (Beschwerdegegnerin) einen Pensions- und Pflegevertrag ab, in welchem die Beschwerdegegnerin als Residenz und der Beschwerdeführer als Pensionär bezeichnet wird.

A.a Der Vertragszweck wird wie folgt umschrieben:

"Die Residenz bietet dem Pensionär mit diesem Pensionsvertrag ein umfassendes Angebot an Dienstleistungen und trägt so zu einer angenehmen Lebensform in einem freundlichen und sicheren Umfeld bei. Die Leistungen der Residenz beinhalten insbesondere Wohnen, Betreuung, Pflege, Verpflegung sowie übrige Dienstleistungen."

A.b Der Pensionspreis betrug Fr. 5'187.-- pro Monat für eine Person. Darin sind folgende Leistungen der Residenz inbegriffen:

Unmöblierte Zweizimmerwohnung, die über Anschlüsse für Notrufanlage, Telefon, Radio, Internet und Fernseher verfügt, mit Badezimmer mit Dusche, Loggia und Kellerabteil (Ziff. 4.1 des Vertrages). Die Nettowohnfläche umfasst 55,1 m2, die Loggia zusätzlich 8,8 m2.

Reinigung der Wohnung einmal wöchentlich (Ziff. 4.1 des Vertrages).

Allgemeinräume zur freien Benutzung der Pensionäre (Waschsalon, Internetcorner, Bibliothek, Mehrzweckraum etc. [Ziff. 4.4 des Vertrages]).

Mittagessen siebenmal wöchentlich (Ziff. 4.2 des Vertrages).

Notfalldienstbereitschaft während 24 Stunden pro Tag, Hilfestellung und Beratung bei akuten persönlichen Problemen, Organisation von Veranstaltungen für die Pensionäre und deren Gäste, wie etwa Vorträge, Konzerte, Ausflüge, wobei sich die Residenz vorbehält, "zur Deckung der Selbstkosten einen Teil dieser Veranstaltungen als zusätzliche Dienstleistungen" anzubieten, die separat in Rechnung gestellt werden (Ziff. 4.3 des Vertrages).

Nicht im Pensionspreis inbegriffen sind:

Drittkosten und Gebühren (Telefonanschluss und Gesprächstaxen, Internet, Strom, Radio- und TV-Abonnementsgebühren inkl. Kabelanschluss, Aufwand zur Bestimmung der Pflegestufe bei Neu- und Zwischeneinstufungen, Ziff. 4.5), zusätzliche Dienstleistungen (zusätzliche Mahlzeiten, Diät- oder Schonkost, Zimmerservice, Bettenmachen, Wäschereinigung, zusätzliche Wohnungsreinigung, Arbeiten durch den Haushandwerker, administrative Arbeiten, Ziff. 4.6) sowie Pflege und medizinische Betreuung (Ziff. 5 des Vertrages).

Die Residenz verpflichtet sich in Ziff. 5.1 des Vertrages "soweit medizinisch vertretbar und möglich", den Pensionär bei vorübergehender oder dauernder Pflegebedürftigkeit in seiner Wohnung oder in der hauseigenen Pflegeabteilung zu betreuen, wobei beim Übertritt in die Pflegeabteilung ein Pflegevertrag erstellt wird. Die Preise der Pflegedienstleistungen richten sich nach dem hausinternen Tarif (Ziff. 5.2).

A.c Die Residenz ist berechtigt, den Pensionspreis jährlich den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen. Preisänderungen sind mit einer Frist von drei Monaten schriftlich im Voraus durch die Residenz mitzuteilen (Ziff. 3.1 Abs. 2 des Vertrages). Sie behält sich die jederzeitige Änderung des Vertrages vor. Vertragsänderungen werden dem Pensionär auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben und gelten ohne schriftlichen Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt (Ziff. 7 des Vertrages).

A.d Der Pensionär kann den Vertrag unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist schriftlich auf das Ende eines Monats kündigen (Ziff. 8.1). Er darf das Vertragsverhältnis vorzeitig beenden, sofern ein geeigneter Nachfolger bereit ist, den Vertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen (Ziff. 8.2). Die Residenz darf den Vertrag dagegen nur bei bestimmten Vertragsverletzungen kündigen (wegen wiederholter Verstösse gegen die Hausordnung, Nichtbezahlung des Pensionspreises sowie bei Belästigung oder Gefährdung anderer Hausbewohner usw.) oder wenn eine angemessene Betreuung in der Wohnung nicht mehr möglich ist. In all diesen Fällen beträgt die Kündigungsfrist der Residenz 30 Tage (Ziff. 8.3).

B.

Mit Schreiben vom 24. September 2008 zeigte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer - nebst der Aufnahme der bis anhin separat fakturierten Pauschalen für Strom und die Anschlussgebühren für Kabelfernsehen / Radio und Telefon - auf den 1. Januar 2009 eine Anpassung des Pensionspreises um Fr. 156.-- (3 %) auf neu Fr. 5'414.-- brutto pro Monat an, was der Beschwerdeführer zunächst akzeptierte. Er verlangte jedoch mit Schreiben vom 28. Juni 2009 eine Herabsetzung des Pensionspreises um 2,91 % wegen der Senkung des Referenzzinssatzes von 3,5 % auf 3,25 %, wobei er festhielt, er sei sich bewusst, dass gewisse neue Leistungen gegengerechnet werden könnten. Es sei jedoch ebenfalls zu berücksichtigen, dass der letzte Aufschlag von 3 % erst auf den 1. Januar 2009 erfolgt sei. Die Beschwerdegegnerin lehnte das Herabsetzungsbegehren ab, im Wesentlichen mit der Begründung, der Pensionsvertrag unterliege nicht dem Mietrecht.

C.

Am 28. Juli 2009 reichte der Beschwerdeführer der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich eine Klage ein mit den Begehren, die Pensionspreiserhöhung als nichtig zu erklären und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den seit 1. Januar 2009 zu viel bezahlten Betrag zurückzuerstatten. Eventuell sei der Pensionspreis von Fr. 5'414.-- gestützt auf die zwischenzeitlich eingetretene Reduktion des Referenzzinssatzes angemessen herabzusetzen. Eine Einigung zwischen den Parteien kam nicht zustande, was die Schlichtungsbehörde mit Beschlüssen vom 13. Oktober 2009 festhielt.

D.

Der Beschwerdeführer klagte hierauf fristgerecht beim Mietgericht Zürich gegen die Beschwerdegegnerin auf Feststellung der Nichtigkeit der Pensionspreiserhöhung vom 24. September 2008 sowie auf Rückerstattung des zu viel bezahlten Pensionspreises, den er im Laufe des Verfahrens auf Fr. 3'432.-- nebst Zins bezifferte. Mit Urteil vom 28. Juni 2011 hiess das Mietgericht die Klage vollumfänglich gut, stellte die Nichtigkeit der Pensionspreiserhöhung vom 24. September 2008 fest und verpflichtete die Beschwerdegegnerin, dem Beschwerdeführer Fr. 3'432.-- nebst 5 % Zins seit 1. Dezember 2009 zu bezahlen. Das Mietgericht kam zum Ergebnis, beim zu beurteilenden Pensionsvertrag überwiege der mietrechtliche Aspekt. Die Erhöhung des Pensionspreises hätte daher nach den mietrechtlichen Bestimmungen von Art. 269 ff. OR erfolgen müssen. Die Beschwerdegegnerin habe jedoch die Pensionspreiserhöhung nicht auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitgeteilt und begründet. Die Preiserhöhung vom 24. September 2008 auf den 1. Januar 2009 sei daher nichtig (Art. 269d Abs. 1 und 2 OR). Das Mietgericht erachtete den Anspruch auf Rückerstattung im Umfang der bereits bezahlten Erhöhung als begründet. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess jedoch die gegen

dieses Urteil geführte Berufung der Beschwerdegegnerin gut und wies die Klage am 26. Januar 2012 ab.

E.

Der Beschwerdeführer beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage in Bestätigung des Urteils des Mietgerichts sowohl mit Bezug auf das Feststellungs- wie auf das Rückforderungsbegehren gutzuheissen. Eventuell sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an das Obergericht zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht hat die Angelegenheit an einer Sitzung beraten.

Erwägungen:

1.

Die Parteien haben mit dem Vertragsverhältnis eine Form des Alterswohnens geregelt. Dabei wird dem Pensionär nicht nur Wohnraum zur Verfügung gestellt, sondern auch Verpflegung, Notfallbetreuung und weitere Leistungen. Wie die kantonalen Gerichte im Ergebnis zutreffend erkannten, stehen dem monatlichen "Pensionspreis" Leistungen gegenüber, die sich als mietrechtliche, auftrags-, kauf- oder werkvertragliche Leistungen charakterisieren lassen. Umstritten ist, welche Bedeutung dem mietvertraglichen Element im Gesamtvertrag zukommt und ob im Falle der Erhöhung des Pensionspreises die mietrechtlichen Schutzbestimmungen (Art. 269 ff.) zur Anwendung gelangen.

1.1 Die Vorinstanz qualifizierte den Pensions- und Pflegevertrag als Heimvertrag, bei dem die auftragsrechtlichen Elemente überwiegen.

1.1.1 Mit Blick auf den Pensionspreis von Fr. 5'187.-- für eine Zweizimmerwohnung von 55,1 m² Nettowohnfläche plus Mitbenützung der Allgemeinräume, eine wöchentliche Wohnungsreinigung, die tägliche Mittagsverpflegung und die Betreuungsleistungen sei jedenfalls nicht leichthin anzunehmen, das Vertragsverhältnis werde schwergewichtig durch das mietrechtliche Element geprägt. Der vertragliche Schwerpunkt lasse sich indessen nicht rein rechnerisch bestimmen. Die Vorinstanz suchte nach dem Regelungsschwerpunkt des von den Parteien vereinbarten Alterswohnens. Dabei richtete sie den Blick auf die Optionen des Beschwerdeführers (Ziff. 4.6 und 5 des Vertrages), das heisst die Möglichkeit, bei grösstmöglicher Autonomie im Bedarfsfall diverse Dienstleistungen gegen separates Entgelt zu beanspruchen, welche für den Beschwerdeführer von wesentlicher Bedeutung gewesen seien. Die Aussicht darauf, derartige Dienstleistungen in Anspruch nehmen zu können, bilde generell das Hauptmotiv dafür, in eine derartige Institution zu wechseln, bevor die betreffende Person der pflegerischen Fürsorge bedürfe. Analoges gelte für den Anspruch auf den Wechsel in die Pflegeabteilung. Die Beschwerdegegnerin müsse die Pflegeleistungen bei Bedarf erbringen und somit über die notwendige Infrastruktur und das Personal verfügen, zumal weder sie noch der Beschwerdeführer wissen könne, wann der Bedarfsfall eintrete. Die Vorinstanz nahm daher entsprechend der Behauptung der Beschwerdegegnerin an, der Pensionspreis enthalte einen Vorhaltekostenanteil für die erfahrungsgemäss künftig anfallenden Pflegekosten. Die Beschwerdegegnerin habe zu dessen Höhe nichts behauptet; diese sei aber auch nicht ausschlaggebend.

1.1.2 Nach Auffassung der Vorinstanz zeigt sich ferner die Ausrichtung der Beschwerdegegnerin auf die Inanspruchnahme der Pflegeleistungen, selbst wenn diese noch nicht in Anspruch genommen werden, in der Kündigungsklausel, gemäss welcher die Beschwerdegegnerin den Vertrag vorzeitig beenden darf, wenn ihr Vertrauensarzt nach Konsultation des Hausarztes und der Leitung des Pflegedienstes bestätigt, dass der Pensionär in seiner Wohnung nicht mehr angemessen betreut werden kann (Ziff. 8.3 des Vertrages). Damit solle vermieden werden, dass Pensionäre in der Wohnung verbleiben, wenn die Residenz nicht mehr in der Lage sei, den pflegerischen Aufwand mit den ihr zur Verfügung stehenden Ressourcen zu bewältigen. Dazu passe Ziff. 5.1 der Vertragsbedingungen, nach welcher sich die Residenz zur Pflege in der Wohnung verpflichte, soweit dies medizinisch vertretbar und möglich sei. Diese Kündigungsklausel sei auf Fälle ausgerichtet, in welchen eine Verlegung in die Pflegeabteilung oder in ein Spital unabdingbar sei. Sie diene nicht der Umgehung der mietrechtlichen Schutzbestimmungen und sei sinnvoll. Denn wenn die Beschwerdegegnerin eine angemessene Betreuung nicht mehr gewährleisten könne, würde das körperliche Wohl der Pensionäre gefährdet,

welches höher zu gewichten sei als deren eventueller Anspruch auf Verbleib in der Wohnung nach Erstreckung gemäss den mietrechtlichen Schutzbestimmungen. Die Überlassung der Wohnung an Pensionäre sei eng verknüpft mit dem Vermögen der Residenz, die angebotenen Pflegeleistungen zu

erbringen. Der Fokus liege somit auf den Pflegeleistungen. Die Vorinstanz schloss, das Schwergewicht des zu beurteilenden Pensions- und Pflegevertrages, der dem Typ des Heimvertrages entspreche, sei beim auftragsrechtlichen Element zu orten. Es sei nicht sinnvoll, danach zu unterscheiden, ob die Pensionäre die Pflege in Anspruch nähmen oder nicht, da sonst die rechtliche Qualifikation im Verlaufe der Zeit angepasst werden müsste. Zwar würden mietvertragliche Elemente einen wesentlichen Bestandteil des Pensions- und Pflegevertrages ausmachen, jedoch nicht den vertraglichen Schwerpunkt bilden. Die mietrechtliche Sozialschutzgesetzgebung sei daher nicht anwendbar, weshalb die nicht auf dem für Mietzinserhöhungen vorgeschriebenen Formular mitgeteilte Pensionspreiserhöhung nicht wichtig sei.

1.2 Der Beschwerdeführer hält demgegenüber nach wie vor daran fest, dass der Schwerpunkt des Vertrages bei den mietvertragstypischen Leistungen liegt, dass sich zumindest die Erhöhung des Pensionspreises nach den entsprechenden zwingenden mietrechtlichen Bestimmungen richten muss. Er wirft der Vorinstanz vor, Art. 253b OR verletzt zu haben, wonach die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269 ff.) sinngemäss auch für andere Verträge gelten, die im Wesentlichen die Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen gegen Entgelt regeln.

1.2.1 Der Beschwerdeführer bringt im Einzelnen vor, mit den im Pensionsvertrag erwähnten zusätzlichen Dienstleistungen, für die gegebenenfalls weitere Verträge abgeschlossen werden müssten, werde kein verbindliches Leistungsversprechen abgegeben, sondern bloss die Gelegenheit zum Abschluss weiterer Verträge eingeräumt, welche die rechtliche Qualifikation des Pensionsvertrages nicht entscheidend zu beeinflussen vermöge. Jedenfalls für die Festsetzung des Pensionspreises könne nicht relevant sein, ob gegen zusätzliches Entgelt weitere Leistungen geschuldet sind. Da der Pensionspreis vorwiegend Entgelt für die Wohnung darstelle, sei für die Preisgestaltung gleich wie für die Gebrauchsüberlassung der Wohnung beim Hauswartvertrag in BGE 131 III 566 Mietrecht anwendbar. Eine einheitliche Lösung dränge sich entgegen der Meinung der Vorinstanz nur mit Bezug auf die Frage der Kündigung auf.

1.2.2 Jedoch selbst wenn man in Übereinstimmung mit der Vorinstanz annähme, der Regelungsschwerpunkt sei für sämtliche Vertragsbestandteile entscheidend und die eingeräumten "Optionen" verbindliche Leistungsversprechen darstellen sollten, müsste das mietrechtliche Element überwiegen. Einzige nicht mietvertragliche Elemente seien die Wohnungsreinigung, die teilweise Verpflegung und der Notfallknopf, so dass der Vertrag wie ein solcher über eine so genannte Jameswohnung zu behandeln sei, in welchem verschiedene Concierge-Dienstleistungen angeboten werden, wie der Empfang von Postsendungen, die Annahme von Kleidungsstücken für die Reinigung, Reservation in Restaurants, das Taschenschleppen oder die Wohnungsreinigung. Bei derartigen Verträgen bestehe die Hauptleistung in der Vermietung, gegenüber welcher die Dienstleistung in den Hintergrund trete (BISANG, Fragen zu gemischten Verträgen mit mietrechtlichem Einschlag, mp 2010 S. 248). Ein Heimvertrag, der nebst dem Bezug eines Zimmers Therapien, soziale Aktivitäten, Vollverpflegung und weitere Dienstleistungen beinhalte, liege nicht vor, sondern ein Vertrag über die Überlassung einer unmöblierten Wohnung mit Küche, Bad und Kellerabteil zum Gebrauch, wobei der Mieter ergänzende

Dienstleistungen beziehen kann, so dass entsprechend der Lehre von einer Raummiete mit typenfremden Nebenleistungen auszugehen sei.

2.

Beim zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag, der mietrechtliche, auftrags-, kauf- oder werkvertragliche Leistungen kombiniert, handelt es sich um einen Innominatkontrakt sui generis (vgl. für den Gastaufnahmevertrag BGE 71 II 107 E. 4 S. 114 f.; 113 II 424 E. 1b S. 426; für den Beherbergungsvertrag BGE 120 II 252 E. 2a S. 253). Mit dieser Qualifikation ist indessen die Frage, welche Regeln auf den im Streit liegenden Vertrag anzuwenden sind, noch nicht beantwortet, zumal dieser sich von klassischen Verträgen über die Beherbergung beispielsweise dadurch abhebt, dass nicht die Überlassung möblierter Zimmer geschuldet ist (vgl. HUGUENIN, Obligationenrecht, 2012, S. 1108 Rz. 3979). Auch die Kündigungsmodalitäten, die sich zum Teil an mietvertragliche Regeln anlehnen (vgl. z.B. die Möglichkeit der vorzeitigen Vertragsauflösung, wenn ein Nachfolger gestellt wird), aber für beide Vertragsparteien unterschiedlich ausgestaltet sind, bilden eine Eigenheit des Vertrages. Zu entscheiden ist indessen ausschliesslich, inwieweit die mietrechtlichen Schutzbestimmungen vor missbräuchlichen Mietzinsen Anwendung finden. Diese Frage ist im Gesetz ausdrücklich geregelt. In Art. 253b Abs. 1 OR hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die mietrechtlichen Schutzbestimmungen (Art. 269 ff. OR) nicht nur für eigentliche Mietverträge gelten, sondern sinngemäss für andere Verträge, die im Wesentlichen die Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen gegen Entgelt regeln, unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation. Unter welchen Voraussetzungen die Schutzbestimmungen anwendbar sind, wird im Gesetz selbst normiert. Dem besonderen Problem der Rechtsanwendung auf Innominatverträge kommt insoweit keine Bedeutung

zu. Der Streit dreht sich um die Anwendung von Art. 253b Abs. 1 OR.

2.1 Der Vertrag begründet unter anderem die Verpflichtung, dem Beschwerdeführer eine Zweizimmerwohnung mit Kellerabteil und Loggia entgeltlich zu überlassen. Das klassisch mietvertragliche Element der Überlassung von Wohnraum gegen Entgelt ist also gegeben. Dies allein genügt für die Anwendbarkeit der mietrechtlichen Schutzbestimmungen indessen nicht. Zu prüfen bleibt, ob es sich dabei um das wesentliche Vertragsselement handelt.

2.2 Das Grundangebot der Beschwerdegegnerin umfasst neben der Überlassung von Wohnraum zahlreiche weitere Leistungen, die nicht mietrechtlicher Natur sind, wie die Wohnungsreinigung, das Mittagessen, die Notfalldienstbereitschaft während 24 Stunden pro Tag sowie die Hilfestellung und Beratung bei akuten persönlichen Problemen. Diese Leistungen können nicht als nebensächlich abgetan werden. Sie fügen sich zusammen mit den zusätzlich zu entschädigenden Leistungen wie der Betreuung in der Wohnung bei vorübergehender Pflegebedürftigkeit (Ziff. 5) sowie den in Ziff. 4.6 des Vertrages genannten Angeboten (zusätzliche Mahlzeiten, Diät- oder Schonkost, Zimmerservice, Bettenmachen, Wäschereinigung, zusätzliche Wohnungsreinigung, Arbeiten durch den Haushandwerker und administrative Arbeiten) zu einem Gesamtpaket zusammen, das es älteren Personen erlaubt, bis zum Moment der eigentlichen Pflegebedürftigkeit in der Wohnung zu verbleiben. Dass dies ein zentrales Anliegen der getroffenen Vereinbarung ist, widerspiegeln die Kündigungsmöglichkeiten, die für die Residenz im Vertrag abschliessend geregelt sind. Solange sich der Pensionär an den Vertrag hält und die Betreuung in der Wohnung möglich ist, kann die Residenz im Gegensatz zum Pensionär

den Vertrag nicht kündigen. Der Zweck des Vertrages liegt darin, dem Pensionär durch die neben der Wohnraumüberlassung angebotene Betreuung und die weiteren Leistungen, so lange als möglich das Wohnen in den von ihm benutzten Räumlichkeiten zu ermöglichen bis in ein Alter, in dem ein Wohnen in einer gewöhnlichen Wohnung ohne Zusatzbetreuung unmöglich würde oder mit Risiken verbunden wäre. Die Betreuung bildet mithin ein ganz wesentliches für den Vertragsschluss entscheidendes Element. Damit kann nicht gesagt werden, die getroffene Vereinbarung regle im Wesentlichen die Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen gegen Entgelt.

2.3 Ob sämtliche Leistungen im Preis inbegriffen sind oder teilweise gegen ein zusätzliches Entgelt erbracht werden, ist eine Frage der Preisgestaltung. Selbst wenn man mit dem Beschwerdeführer annimmt, die Vorinstanz sei offensichtlich zu Unrecht davon ausgegangen, das Mietgericht habe bezüglich der Zusatzleistungen unangefochten einen übereinstimmenden subjektiven Willen der Parteien zur Einräumung von Gestaltungsrechten festgestellt, würde dies dem Beschwerdeführer nichts nützen, denn auch das Mietgericht ging davon aus, der Pensionär entscheide sich für das Wohnen in der Seniorenresidenz, weil er im Bedarfsfall diverse Dienstleistungen in Anspruch nehmen könne, welche die Residenz gegen separates Entgelt anbiete. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ergibt sich aus dem Entscheid des Mietgerichts nicht, dieses sei sinngemäss im Rahmen der subjektiven Vertragsauslegung davon ausgegangen, die Parteien hätten bezüglich der Zusatzleistungen keine Bindungswirkung gewollt. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs geht an der Sache vorbei. Selbst wenn man mit dem Mietgericht davon ausgeht, bezüglich der zusätzlichen Dienstleistungen gemäss Ziff. 4.6 des Vertrages werde dem Pensionär nur

die Möglichkeit zum Abschluss weiterer Verträge eingeräumt, ist die Residenz gemäss der Vereinbarung verpflichtet, entsprechende Verträge anzubieten. Hängt aber die Inanspruchnahme der weiteren Dienstleistungen vom Willen des Pensionärs ab (im Gegensatz zum Übertritt in die Pflegeabteilung, der nur "soweit medizinisch vertretbar und möglich" angeboten und für den ein separater Pflegevertrag erstellt wird), werden ihm zusätzliche Möglichkeiten eröffnet, die für den Verbleib in der Wohnung wesentlich sein oder im fortgeschrittenen Alter wesentlich werden können. Dass der Beschwerdeführer davon bislang keinen Gebrauch macht oder davon in Zukunft keinen Gebrauch zu machen gedenkt, ändert nichts daran, dass die Möglichkeit, weitere Dienstleistungen gegen zusätzliches Entgelt in Anspruch zu nehmen, zum Gesamtangebot gehört, für das sich die Pensionäre entscheiden. Dieses Gesamtangebot enthält wesentliche Teile, die nicht die blosser Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen gegen Entgelt betreffen.

2.4 Die mietvertraglichen Elemente der streitigen Vereinbarung können nicht losgelöst von den übrigen für die Gesamtpreisgestaltung wesentlichen Elementen betrachtet werden. Dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag bezüglich der Erhöhung des Pensionspreises nicht den mietrechtlichen Schutzbestimmungen untersteht, bedeutet aber nicht, dass der Pensionär der Residenz schutzlos gegenübersteht. Der Vertrag selbst trägt dem Schutzbedürfnis des Pensionärs nicht nur im Rahmen der Kündigungsvorschriften, sondern auch bei der Preisfestsetzung Rechnung.

Die Parteien haben eine beliebige Preisfestsetzung ausgeschlossen, indem sie vereinbarten, dass der Pensionspreis nur den "veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen" angepasst werden darf (Ziff. 3.2). Nach Treu und Glauben bedeutet dies, dass eine Erhöhung nur bei entsprechender Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zulässig und damit nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie nach Grundsatz und Ausmass einer Kostensteigerung entspricht, welche die Residenz zu tragen hat. Dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, das Gericht angerufen werden kann, nimmt auch die Vorinstanz an. Betragsmässig hat der Beschwerdeführer die Erhöhung aber nicht beanstandet, so dass insoweit keine Überprüfung zu erfolgen hatte. Der Versuch, über den mietrechtlichen Formularzwang die im Umfang nicht bestrittene Erhöhung nachträglich zu Fall zu bringen, ist zum Scheitern verurteilt.

3.
Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. November 2012

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Luczak