

## **ZMP 2025 Nr. 16**

**Art. 6 ZPO; Art. 62 ZPO; Art. 65 ZPO; Art. 407f ZPO; Art. 81 f. ZPO; Art. 149 Abs. 1 OR; Art. 257 OR. Zuständigkeit des Mietgerichts zur Beurteilung von Streitigkeiten, die bis 31. Dezember 2024 als Handelsstreitigkeiten behandelt wurden. Übergangsrecht. Begriff der Rechtshängigkeit. Streitverkündungsklage: Voraussetzung der gleichen sachlichen Zuständigkeit für Haupt- und Streitverkündungsklage. Subrogation.**

*Ob eine Streitsache bei Inkrafttreten des neuen Rechts rechtshängig im Sinne der Übergangsbestimmung von Art. 407f ZPO ist, hängt nicht vom Zeitpunkt der Einleitung des Schlichtungsverfahrens ab, sondern vom Eintritt der Fortführungslast. Damit fallen alle Streitigkeiten in die mietgerichtliche Zuständigkeit, die ab dem 1. Januar 2025 vor das Gericht getragen wurden.*

*Eine Streitverkündungsklage ist (nach altem wie neuem Recht) nur zulässig, wenn das in der Hauptsache zuständige Gericht auch zur Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen der Streitverkündenden und der Streitberufenen Partei sachlich zuständig ist. Daran fehlt es, wenn die Vermieterin im Hauptpunkt Mietzins und mietzinsähnlichen Schadenersatz gegenüber drei von fünf Mietern eingeklagt hat, die unter sich eine einfache Gesellschaft bilden, denn der Regressanspruch ist nicht miet-, sondern gesellschaftsrechtlicher Natur. Eine Subrogation in die Ansprüche der Vermieterin würde voraussetzen, dass die Streitverkündenden Beklagten mehr als ihren Anteil an der Solidarschuld bezahlt haben.*

Aus der Verfügung des **Mietgerichts Zürich** MH250001-H/Z3 vom 10. Juni 2025 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiber Gmür):

«(...)

### **Rechtsbegehren Klägerin:**

- «1. Es seien die Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 129'963.20 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem Datum des mittleren Verfalls zu bezahlen;
2. Die Nachklage bleibt ausdrücklich vorbehalten;

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letztere zuzüglich 8.1 % Mehrwertsteuer), unter solidarischer Haftbarkeit, zu lasten der Beklagten.»

### **Rechtsbegehren Beklagte:**

#### *«Hauptsachenanträge für den Fall des Eintretens auf die Klage:*

1. Es sei auf die Klage nicht einzutreten;
2. Es sei die vorliegende Streitverkündungsklage zuzulassen;
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren 1:
  - a. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
  - b. Es sei die Klägerin zu verpflichten, den Beklagten CHF 32'356.19, zuzüglich Zins zu 5% pro Jahr seit dem 5. Juni 2024 zu bezahlen;
  - c. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin;

#### *Streitverkündungsklägerische Anträge:*

4. Es seien die Streitberufenen solidarisch zu verpflichten, den Beklagten 50% des Betrages zu bezahlen, zu dem die Beklagten im Hauptprozess verpflichtet worden sind.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Streitberufenen.

#### *Prozessuale Anträge:*

6. Es sei das Hauptverfahren vorerst auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu beschränken;
7. Es sei das Hauptverfahren bis zu einem Entscheid über die Zulassung der vorliegenden Streitverkündungsklage zu sistieren.»

### **Erwägungen:**

#### *1. Sachverhalt und Prozessgeschichte*

1.1 Mit Vertrag vom 3. September 2021 mieteten die Beklagten 1 und 2 sowie die beiden Streitverkündungsbeklagten von der Klägerin die Restauranträumlichkeiten mit Nebenräumen sowie Gartenbereich an der N.-strasse x in Zürich. Mit Zusatzvereinbarung vom 15. Februar 2022 vereinbarten die bisherigen Vertragsparteien mit der A. AG als Betreiberin des Restaurants «B.» im Hotel «C.» unter

anderem, dass diese als fünfte Mieterin in den Vertrag vom 3. September 2021 aufgenommen werde. Mit Schreiben vom 16. September 2024 sprach der Rechtsvertreter der Beklagten «im Namen meiner Klienten» eine Kündigung des Mietvertrags per 31. Dezember 2024 aus und gab als Grund Unmöglichkeit der Erfüllung der Pflichten durch die Vermieterin an. Die Klientschaft könne den Gartensitzplatz nicht nutzen, was der Vermieterin bei Vertragsunterzeichnung bewusst gewesen sei.

Die Klägerin bezeichnet hauptsächlich die lediglich durch die Beklagten 1–3 ausgesprochene Kündigung vom 16. September 2024 als unzulässige subjektive Teilkündigung und fordert (nur) von diesen drei Mietern im Umfang ihrer Rechtsbehauptungen angeblich ausstehenden Mietzins bzw. mietzinsähnlichen Schadenersatz, während die Beklagten die Forderung unter Hinweis auf die genannte Kündigung, auf behauptete Willensmängel und Mängel an der Mietsache bestreiten und einem allfälligen Anspruch der Klägerin angebliche Schadenersatzforderungen gegenüberstellen, wobei der Überschuss den Beklagten durch die Klägerin im Rahmen einer Eventualwiderklage für den Fall des Eintretens auf die Hauptklage auszu zahlen sei.

2. Die Klägerin reichte am 27. Februar 2025 (Poststempel) die vorliegende Klage sowie die ihr am 28. Januar 2025 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde Zürich vom 20. Januar 2025 ein (act. 1, 6 und 7/14). Mit Beschluss vom 6. März 2025 wurde die Klage den Beklagten zugestellt und der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten angesetzt. Die weitere Prozessleitung wurde dem Vorsitzenden delegiert. Nach rechtzeitiger Leistung des Vorschusses wurde den Beklagten mit Verfügung vom 20. März 2025 Frist zur Beantwortung der Klage angesetzt. Die Klageantwort wurde innert erstreckter Frist mit Datum vom 3. Juni 2025 erstattet. Die Beklagten beantragen darin wie eingangs zitiert ein Nichteintreten auf die Hauptklage und erheben u.a. eine Eventualwiderklage sowie eine Streitverkündungsklage gegenüber den bislang am Verfahren nicht beteiligten weiteren Mietern.

## 2. *Eintreten auf die Hauptklage*

2.1 Die Beklagten begründen ihren Antrag auf Nichteintreten bezüglich der Hauptklage mit der fehlenden sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Die Beklagten seien im Handelsregister eingetragen, der Streit betreffe die Geschäftstätigkeit mindestens einer Partei und der Streitwert bewirke, dass die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht offen stehe. Die Revision von Art. 6 ZPO per 1. Januar 2025 sei unbeachtlich, denn der Prozess sei mit dem Schlichtungsbegehren vom 17. Oktober 2024 rechtshängig geworden, so dass noch die bis zum 31. Dezember 2024 geltende Zivilprozessordnung zur Anwendung komme, namentlich deren Art. 6.

2.2 Wie aus dem Startbeschluss vom 6. März 2025 indirekt hervorgeht, erachtet das Mietgericht Zürich als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im Sinne der Übergangsregelung von Art. 407f ZPO nicht den Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsbegehrens als massgeblich, in welchem nach Art. 62 und 64 ZPO die Sperrwirkung der Rechtshängigkeit und die Fixierung des Gerichtsstands eintritt, sondern denjenigen des Eintritts der Fortführungslast nach Art. 65 ZPO, welche die Zustellung der Klage an die Gegenpartei erfordert und als dritte Ausprägung der Rechtshängigkeit bewirkt, dass die Klage nicht mehr ohne Rechtskraftwirkung zurückgezogen werden kann. Zuzugeben ist, dass selbst am Bezirksgericht Zürich keine einheitliche Praxis zu dieser Frage besteht. So folgt etwa das Arbeitsgericht der Ansicht der Beklagten. Unbestritten ist, dass der Begriff der Rechtshängigkeit, wie er in der Übergangsbestimmung verwendet wird, nach dem Gesagten nicht eindeutig ist und dass die Tragweite des Ausdrucks bei der Schaffung der Übergangsregelung in keiner Weise diskutiert wurde. Es entspricht jedoch einer anerkannten Tradition, dass neues Prozessrecht als öffentliches Recht im Zweifel sofort in Kraft treten soll. Wichtige Punkte der Revision, wie etwa die Plafonierung des Kostenvorschusses auf die Hälfte der mutmasslichen Gerichtsgebühr oder die Ausschaltung des Bonitätsrisikos für die Partei, deren Kostenvorschuss nach altem Recht ungeachtet des Prozessausgangs für die Deckung der ganzen Gerichtskosten verwendet werden konnte, oder auch die als nicht sachgerecht empfundene Regelung, dass die Handelsgerichte sich teils mit den Materien des sozi-

alen Privatrechts zu befassen hatten, etwa dem Mietrecht für Wohn- und Geschäftsräume, würden noch längere Zeit nicht greifen, wenn der massgebliche Zeitpunkt nach Art. 407f ZPO an Art. 62 und 64 ZPO gemessen würde.

Im Übrigen kann der Auffassung der Beklagten so oder anders nicht gefolgt werden: Schon nach bisherigem Prozessrecht genügte dem Erfordernis eines Eintrags im Handelsregister nur eine Prozesspartei, die in der Eigenschaft als kaufmännischer Betrieb aus dem Register hervorgeht. Ungenügend ist damit ein Eintrag als Organ einer juristischen Person wie hier im Falle der Beklagten 1 und 2 (BGE 140 III 409 E. 2; vgl. act. 25/2). Ist nur einer von mehreren Streitgenossen im Handelsregister eingetragen, so ist das Handelsgericht nur für diesen zuständig. Darüber hinaus anerkannte das Bundesgericht schon unter dem bisherigen Recht insbesondere für den Kanton Zürich kantonale Regelungen, welche bei Beteiligung von teils im Handelsregister eingetragenen, teils nicht eingetragenen Parteien auf Beklagtenseite die Zuständigkeit des Handelsgerichts ganz ausschlossen und die ordentlichen Gerichte für zuständig erklärten (BGE 138 III 471 E. 5.1). Mit Art. 6 Abs. 6 ZPO in der seit 1. Januar 2025 geltenden Fassung wurde diese altrechtliche Praxis nur kodifiziert. Kennt das kantonale Recht wie im Kanton Zürich Spezialgerichte neben dem Handelsgericht wie das angerufene Mietgericht (§ 21 GOG), so tritt dieses an die Stelle der ordentlichen kantonalen Gerichte.

Der Einwand der sachlichen Unzuständigkeit sticht daher nicht. Dies ist zur Vermeidung eines Zeitverlusts mit einer gewöhnlichen prozessleitenden Verfügung festzustellen und nicht etwa im Sinne eines Zwischenentscheids nach Art. 237 ZPO. Es ist daher nur eine Beschwerde und diese zudem nur unter den qualifizierten Voraussetzungen von Art. 319 lit. b ZPO möglich.

### 3. *Unzulässigkeit der Streitverkündungsklage*

3.1 Mit der Schaffung der ZPO des Bundes wurde in Gestalt der Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO ein Institut Gesetz, das zuvor nur in wenigen Kantonen der Westschweiz verankert war («appel en cause»). Gemäss Art. 81 Abs. 1 ZPO kann die streitverkündende Partei Ansprüche im Rahmen des Hauptprozesses geltend machen, die sie im Falle ihres Unterliegens gegen die streitberufene

Partei (Streitberufungsbeklagte) zu haben glaubt. Das Institut soll der Prozessökonomie dienen und die gleichzeitige Beurteilung von Regress- oder Gewährleistungsansprüchen mit der Hauptsache ermöglichen, birgt aber die Gefahr einer Prozessverzögerung, weshalb es nur im ordentlichen, nicht aber im summarischen und vereinfachten Verfahren zur Verfügung steht (Art. 81 Abs. 3 aZPO; Art. 81 Abs. 1 lit. c nZPO). Zudem steht die Klage unter dem Vorbehalt der Prüfung der besonderen Prozessvoraussetzungen durch das Gericht (Art. 82 Abs. 2–4 ZPO).

Nach der Praxis zum alten Recht (BGE 139 III 67 E. 2.4.2; kritisch dazu etwa KUKO ZPO-DOMEJ, 3. A., Basel 2021, Art. 81 N 11) und der expliziten Anordnung in Art. 81 Abs. 1 lit. b nZPO ist für die Zulassung einer Streitverkündungsklage erforderlich, dass das angerufene Gericht auch für den mit der Streitverkündungsklage geltend gemachten Anspruch sachlich zuständig ist.

3.2 Das ist hier nicht der Fall: Gewiss stehen der Mietzinsanspruch der Klägerin wie auch allfällige Willensmängel oder Mängelrechte auf Seiten der Beklagten in Zusammenhang mit einem Mietverhältnis über Geschäftsräume im Sinne von § 21 GOG. Das Innenverhältnis zwischen Mitmietern und damit ein allfälliger Regressanspruch der Beklagten und Streitverkündungskläger gegen die Streitverkündungsbeklagten ist jedoch nicht miet-, sondern gesellschaftsrechtlicher Natur (Art. 530 ff. OR; vgl. etwa BGer 4A\_352/2012 E. 3.1 [Haftung für Mietzinse bei einer von mehreren Zahnärzten betriebenen Praxis]; BGer 2C\_345/2020 v. 10. April 2021 E. 6 [Haftung der Mitglieder einer Anwaltsgemeinschaft für Mehrwertsteuern]). Die solidarische Haftung der Mitglieder gegenüber Dritten wie dem Vermieter für die Verbindlichkeiten im Rahmen einer einfachen Gesellschaft nach Art. 544 Abs. 3 OR kann zwar zu einer Subrogation in die Ansprüche des Vermieters führen. Allerdings setzt dies nach Art. 149 Abs. 1 OR voraus, dass der betroffene Gesellschafter den Hauptgläubiger über seinen internen Anteil hinaus befriedigt hat. Dies trifft hier nicht zu, bestreiten doch die Beklagten jegliche Leistungspflicht gegenüber der Klägerin und machen auch nicht geltend, eine Leistung erbracht zu haben.

Ist für die internen gesellschaftsrechtlichen Ansprüche aber das Bezirksgericht Zürich zuständig, so fehlt es der Streitverkündungsklage an der erforderlichen sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichts für den Regressanspruch. Damit ist auf die Streitverkündungsklage nicht einzutreten. Weiterungen erübrigen sich.

3.3 Uneinigkeit besteht in der Lehre über die Frage nach der Natur des Entscheids über die Zulassung der Streitverkündungsklage. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt sowohl in der Zulassung als auch in der Nichtzulassung lediglich ein prozessleitender Entscheid, wie letztlich auch aus dem Rechtsmittel hervorgeht (Beschwerde, Art. 82 Abs. 4 ZPO in der seit 2010 unveränderten Fassung; zum Ganzen BGE 146 III 290 E. 4.3.2: qualifizierte prozessleitende Verfügung nach Art. 124 und 319 lit. b ZPO). Damit steht nichts entgegen, den vorliegenden Entscheid im Rahmen der delegierten Prozessleitung durch den Vorsitzenden zu treffen.

3.4 Die Kosten des Streitverkündungsklageverfahrens haben die Beklagten zu tragen. Bei einem Streitwert in Höhe der Hälfte des Hauptklagebegehrens beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr nach § 4 GebV Fr. 6'750.–. Diese ist aber wegen des begrenzten gerichtlichen Aufwands gestützt auf § 4 Abs. 2 und § 10 GebV auf Fr. 2'100.– zu ermässigen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, den Streitverkündungsklägern nicht, weil sie unterliegen, und der Klägerin und den Streitverkündungsbeklagten nicht, weil ihnen in Zusammenhang mit der Streitverkündungsklage kein Aufwand entstanden ist.

#### 4. *Weitere prozessuale Anträge und Anordnungen*

4.1 Mit der Verwerfung des Einwands der sachlichen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie dem Nichteintreten auf die Streitverkündungsklage sind die Anträge der Beklagten auf Beschränkung des Prozessthemas und Sistierung gegenstandslos.

4.2 Mit dem Eintreten auf die Hauptklage wird die Eventualwiderklage der Beklagten aktuell. Den Beklagten und Widerklägern ist daher Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten bei einem Streitwert von Fr. 32'356.19 anzusetzen, die sich auf Fr. 4'140.– belaufen würden. Bei Säumnis wäre eine kurze Nachfrist anzusetzen. Nach Eingang des

Vorschusses wäre der Klägerin Gelegenheit zur schriftlichen Widerklageantwort zu geben.

(...))»

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2025, 35. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw C. Schenk, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident