

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG130017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## **Beschluss und Urteil vom 6. Februar 2014**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Anlagestiftung,**

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen einen Beschluss des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 24. Oktober 2013 (MD130002)

**Rechtsbegehren:**

(act. 14 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 182'443.30 zu bezahlen nebst Zins zu 5 % auf CHF 164'087.50 seit 15. März 2013 (mittlerer Verfall) sowie Zins zu 5 % auf CHF 18'355.80 seit Klageeinleitung;

unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Klageänderung bzw. des Nachklagerechtes;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

**Beschluss des Mietgerichtes des  
Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 24. Oktober 2013:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.--. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt, unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
- 5./6. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

(act. 25 S. 11 = act. 28 S. 11 = act. 30 S. 11)

**Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 29 S. 2):

- "1. Es sei der Entscheid des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 24. Oktober 2013, Geschäfts-Nr. MD130002-D, aufzuheben.
2. Es sei die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf für die Beurteilung der Klage vom 25. Juni 2013 festzustellen und dieses anzuweisen, das Verfahren mit der Geschäfts-Nr. MD130002-D durchzuführen.

3. Es seien die Kosten des vorliegenden Verfahrens sowie diejenigen des vorinstanzlichen Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 40 S. 1 sinngemäss):

Die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin abzuweisen.

### **Erwägungen:**

#### 1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 25. Juni 2013 (Datum Poststempel; act. 14) reichte die Klägerin beim Mietgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf eine Klage gegen die Beklagte mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren sowie eine Vereinbarung der Parteien zum Verzicht auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens ein (vgl. act. 14 S. 2 und act. 17/1). Die Klägerin machte geltend, die eingeklagte Forderung lasse sich auf einen Mietvertrag vom 18./29. Mai 2012 betreffend Räume und Flächen im EG und UG der Liegenschaft ... [Adresse] in C.\_\_\_\_\_ stützen, den die Beklagte als Mieterin und die D.\_\_\_\_\_ AG, die vormalige Grundstückseigentümerin und Rechtsvorgängerin der Klägerin, als Vermieterin abgeschlossen hatten (vgl. act. 14 S. 2 ff., act. 17/2 und act. 17/3).

Nachdem die Klägerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 12'000.-- für das mietgerichtliche Verfahren rechtzeitig geleistet hatte (vgl. act. 18 und act. 19), wurde den Parteien mit Verfügung vom 8. August 2013 eine Frist von zehn Tagen angesetzt, um zur sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichtes Dielsdorf Stellung zu nehmen (act. 20). Innert Frist äusserte sich die Klägerin mit Eingabe vom 21. August 2013 (Datum Poststempel; act. 21; vgl. auch act. 20), während die Beklagte mit Schreiben vom 22. August 2013 (Datum Poststempel; act. 23) auf eine Stellungnahme verzichtete. In der Folge trat das Mietgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf mit Beschluss vom 24. Oktober 2013 (act. 25 = act. 28 = act. 30) auf die Klage nicht ein (Dispositivziffer 1). Es setzte die Entscheidungsbüher auf Fr. 2'500.-- fest und auferlegte sie der Klägerin, unter Verrechnung des

von ihr geleisteten Kostenvorschusses (Dispositivziffern 2 und 3). Parteientschädigungen sprach es keine zu (Dispositivziffer 4).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 20. November 2013 (Datum Poststempel; act. 29) rechtzeitig Berufung (vgl. act. 26/1). Nachdem der von der Klägerin verlangte Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- für das Berufungsverfahren rechtzeitig bei der Obergerichtskasse eingetroffen war (vgl. act. 35 bis 37), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 9. Dezember 2013 eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten (act. 38). Mit Eingabe vom 24. Januar 2014 (Datum Poststempel; act. 40) beantragte die Beklagte rechtzeitig die Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (vgl. act. 39 und Art. 142 Abs. 1 und Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO).

## 2. Zur Berufung

2.1. Die Vorinstanz ist auf die Klage der Klägerin nicht eingetreten, da sie sich als sachlich unzuständig erachtet hat (act. 25 S. 9). Demgegenüber vertritt die Klägerin wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren auch in ihrer Berufungsschrift den Standpunkt, dass die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz sehr wohl gegeben sei, allenfalls auch neben derjenigen des Handelsgerichts. Mit ihrer Vereinbarung vom 16. Mai 2013 hätten sich die Parteien darüber geeinigt, dass das Mietgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf als sachlich zuständiges Gericht ihre Streitigkeit beurteilen solle. Allenfalls sei der Abschluss der erwähnten Vereinbarung auch als vorbehaltlose Einlassung der Beklagten auf das mietgerichtliche Verfahren zu werten. Für den Fall, dass weder von einer Einigung der Parteien auf ein zuständiges Gericht noch von einer vorbehaltlosen Einlassung der Beklagten ausgegangen werden sollte, so sei das Mietgericht vom Obergericht als zuständiges Gericht zu bestimmen (act. 21 S. 3 ff. und act. 29 S. 4 ff.). Die Beklagte geht von einer zwingenden Zuständigkeit des Handelsgerichtes aus, da die Streitigkeit zwischen den Parteien als handelsrechtliche zu qualifizieren sei (act. 40 S. 1).

2.2. Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz richtig erkannt, dass im Kanton Zürich das Mietgericht (unter anderem) erstinstanzlich Streitigkeiten aus Miet-

verhältnissen für Wohn- und Geschäftsräume entscheidet (§ 21 Abs. 1 lit. a GOG). Ebenso trifft es zu, dass für vermögensrechtliche Streitigkeiten ab einem Streitwert von Fr. 30'000.-- das ordentliche Verfahren zur Anwendung gelangt, es sei denn, eine besondere Bestimmung sehe etwas anderes vor (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario, Art. 243 Abs. 2 und Art. 248 ff. ZPO; vgl. act. 25 S. 5).

Die Klägerin stützt sich zur Begründung ihres Anspruches auf einen Mietvertrag vom 18./29. Mai 2012 betreffend näher umschriebene Räume und Flächen im EG und UG der Liegenschaft ... [Adresse] in C.\_\_\_\_\_ (act. 14 S. 2 ff. sowie act. 21 S. 2 und S. 4). Die Streitigkeit zwischen den Parteien ist daher als mietrechtlich zu qualifizieren. Der Streitwert beträgt Fr. 182'443.30 und übersteigt somit Fr. 30'000.-- (act. 14 S. 2; Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die zur Diskussion stehende Streitigkeit ist keine solche aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, bei der die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Mietverhältnisses betroffen ist, weshalb das vereinfachte Verfahren nicht zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 243 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichtes im ordentlichen Verfahren kommt somit grundsätzlich in Frage.

2.3. Nach Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (Handelsgericht). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (vgl. Art. 6 Abs. 2 ZPO).

Der Kanton Zürich hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und eine Regelung erlassen, gemäss welcher das Handelsgericht als einzige Instanz Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO entscheidet, deren Streitwert mindestens Fr. 30'000.-- beträgt (§ 44 lit. b GOG).

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen (act. 22 und act. 24; vgl. auch act. 25 S. 7, act. 40 S. 1). Aus dem Handelsregisterauszug der Klägerin vom 9. Juli 2013 geht sodann hervor, dass sie den Zweck hat, das ihr durch die Anleger anvertraute Kapital kollektiv in Immobilien anzulegen und zu verwalten. Zur Erreichung des Stiftungszwecks kann sie auch unterschiedliche Anlagegruppen gründen und sich mit dem Anlagevermögen an Gesellschaften oder Anlagefonds beteiligen, deren Zweck der Erwerb und Verkauf, die Bewirtschaftung und die Verwaltung von eigenen Immobilien ist (act. 24 S. 2). Wie die Vorinstanz richtig erkannt hat, entspricht der Kauf einer Liegenschaft und deren Weitervermietung dem Gesellschaftszweck der Klägerin (act. 25 S. 8). Der Abschluss von Mietverträgen über Geschäftsliegenschaften und damit grundsätzlich auch Streitigkeiten aus solchen Verträgen fallen folglich unter den Begriff der "geschäftlichen Tätigkeit" gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO. Ferner ist bei dem in Frage stehenden Streitwert von Fr. 182'443.30 (act. 14 S. 2), eine Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht ohne weiteres möglich (vgl. Art. 74 Abs. 1 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts lässt sich somit ebenfalls bejahen.

2.4. Die Materialien geben keinen – direkten – Aufschluss über die Frage, ob für die hier zur Diskussion stehende Streitigkeit zwischen den Parteien zwingend das Handelsgericht zuständig sein soll (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., sowie die Wortprotokolle zu den parlamentarischen Beratungen von Ständerat und Nationalrat zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, vgl. das Amtliche Bulletin der Bundesversammlung bezüglich Geschäft-Nr. 06.062, insbesondere AB 2007). In der Literatur wird die Problematik nicht detailliert erörtert. Es wird jedoch – ohne nähere Begründung – mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass unter den gegebenen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO das Handelsgericht ausschliesslich bzw. zwingend sachlich zuständig sei (BK ZPO-Berger, Art. 6 N 7 und N 36; Berger, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, in: ZBJV 148 [2012] S. 465 ff., S. 466 f.; Brunner, DIKE-Komm-ZPO, online-Ausgabe, Stand 21. November 2012, Art. 6 N 18; Härtsch, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 4 N 13; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht,

§ 9 N 7). Für diese Lösung haben sich auch die Vorinstanz und die Beklagte ausgesprochen (vgl. act. 25 S. 5 und 40 S. 1). Die Letztere verweist zur Begründung auf das Urteil 4A\_346/2013 des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2013 (act. 40 S. 1). Dieses ist für die hier in Frage stehende Kontroverse jedoch nicht einschlägig. Es hält lediglich fest, dass bei den in Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO enthaltenen Materien, die zum Kernbereich des Mietrechts gehören, das Handelsgericht nicht angerufen werden könne, weil es seine Prozesse nicht im vereinfachten Verfahren durchführen dürfe. Die Kantone könnten zwar eine Abgrenzung der Zuständigkeiten nach der Verfahrensart treffen, jedoch nicht in die von der ZPO vorgegebenen Verfahrensarten eingreifen (vgl. BGE 4A\_348/2013 vom 22. Oktober 2013, Erw. 4.3 und Erw. 4.4.3.). Im vorliegenden Fall steht auf Grund des Streitwertes von Fr. 182'443.30 unstrittig ein ordentliches Verfahren zur Diskussion, welches sowohl vor Miet- als auch vor Handelsgericht durchgeführt werden könnte. Es bleibt daher zu prüfen, wie Art. 6 Abs. 2 ZPO bei der hier zur beurteilenden Konstellation zu verstehen ist.

Die grammatikalische Auslegung hilft nicht. Dass ein von einem Kanton geschaffenes Handelsgericht als "einzige kantonale Instanz" entscheiden soll, drückt die (im Verfahren der Gesetzgebung lebhaft umstrittene) Ausnahme vom Grundsatz der "double instance" aus, wie sie in Art. 86 Abs. 2 BGG verankert ist. Für den Bundesrat und die Expertenkommission war es ein Anliegen, die Handelsgerichtsbarkeit aufzuwerten. Aus diesem Grund sollte das Handelsgericht als einzige Instanz entscheiden; es sollte kein innerkantonales Rechtsmittel gegen sein Urteil geben, auch kein beschränktes. Vielmehr sollten die Entscheide des Handelsgerichts unmittelbar mit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden können. In den parlamentarischen Beratungen wurde es ebenfalls als wesentlich bezeichnet, dass eine Regelung vorgegeben wird, die den Kantonen effektiv die Möglichkeit gibt, Handelsgerichte einzuführen, ohne zwingend einen doppelten Instanzenzug vorsehen zu müssen (vgl. das Wortprotokoll NR Hofmann, in: AB 2008 642). Ein kantonales Rechtsmittel wurde mit der heutigen Fassung des Gesetzes ausgeschlossen. Es kann ihr aber nicht direkt entnommen werden, dass die Kantone für bestimmte Streitigkeiten nicht auch anderen Instanzen bezeichnen dürften.

Der Gesetzgeber orientierte sich beim Erlass der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte weit gehend an den bisherigen kantonalen Regelungen; die neue ZPO sollte im Wesentlichen den "acquis cantonal" abbilden (Botschaft ZPO S. 7236). Entsprechend überlässt es die ZPO wie bisher den Kantonen, ob sie Fachgerichte einsetzen wollen (Art. 4 Abs. 1 ZPO, in Nachachtung von Art. 122 Abs. 2 BV). Für das Verhältnis solcher Fachgerichte zu den bereits früher bestehenden Handelsgerichten galt in den Kantonen Folgendes:

- Das Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984 (Zivilprozessordnung, SAR 221.100) sah in § 404 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass die Zuständigkeit des Handelsgerichts diejenige der ordentlichen Gerichte ausschliesst, soweit dem Kläger kein Wahlrecht zusteht.
- Im Kanton Bern statuierte das Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden in Zivil- und Strafsachen (GOG) vom 14. März 1995 (BSG 161.1) in Art. 56, dass wenn sich die beklagte Partei trotz mangelnder Zuständigkeit vor einem ordentlichen oder vor dem Handelsgericht eingelassen und das Gericht seine Kompetenz nicht von Amtes wegen abgelehnt hat, das Gericht zur Beurteilung zuständig wird, sofern die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können.
- Art. 14 Abs. 2 des Zivilprozessgesetzes des Kanton St. Gallen vom 20. Dezember 1990 (SR 961.2) sah vor, dass die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen anstelle des Handelsgerichtes das Kreisgericht oder bei einem Streitwert bis Fr. 30 000.– anstelle des Kreisgerichtes das Handelsgericht anrufen können.
- Gemäss § 64 Ziff. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (GVG; SR 211.1) konnten die Parteien, bevor die Klage rechtshängig wurde, schriftlich vereinbaren, dass Prozesse, für deren Behandlung nach § 62 GVG das Handelsgericht zuständig gewesen wäre, vom Bezirksgericht oder, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, vom Arbeitsgericht oder Mietgericht beurteilt werden sollen. Überdies sah § 65 GVG für den Fall, dass mehrere Personen gemeinsam klagen wollten oder eingeklagt werden sollten und das Han-

delsgericht nur für einzelne von ihnen zuständig war vor, das Obergericht auf Antrag des Klägers bestimmte, ob das Handelsgericht oder das Bezirksgericht für sämtliche Streitgenossen zuständig sei.

Die kantonalen Regelungen zum fraglichen Punkt waren also sehr unterschiedlich. Dass der Gesetzgeber bei Erlass des Art. 6 ZPO die eine oder andere im heutigen Verfahren verfochtene Regelung vor Augen hatte, lässt sich daraus nicht ableiten.

Das von der Verfassung garantierte Prinzip, die Autonomie der Kantone bei der Organisation ihrer Gerichte zu respektieren, spricht gegen eine verbindliche und zwingende Zuständigkeit der Handelsgerichte. Handelsgerichte als Fachgerichte hätten die Kantone auch ohne Art. 6 ZPO schaffen können – so wie die spezialisierten Arbeits- und Mietgerichte, welche von Bundesrechts wegen nicht vorgeschrieben, aber zulässig sind. Die Diskussion drehte sich darum, ob im Bereich der Handelsgerichtsbarkeit der Grundsatz der "double instance" aufgehoben werden dürfe oder aufgehoben werden solle. Der Gesetzgeber bestimmte, dass ein Fachgericht in Handelssachen keiner innerkantonalen Überprüfung unterliegen dürfe. Darum geht es also in erster Linie, und nicht um die Handelsgerichte an sich – gäbe es Art. 6 ZPO nicht, könnten die Kantone Handelsgerichte als spezialisierte erste Instanzen schaffen, deren Urteile der Berufung und der Beschwerde der ZPO unterlägen. Eine mögliche konkurrierende andere Zuständigkeit wird damit nicht ausgeschlossen (vgl. zum Ganzen: OGer ZH LF130045 vom 23. August 2013, Erw. 4).

Der Zürcher Gesetzgeber hat für den Fall konkurrierender Zuständigkeiten eine bundesrechtskonforme und sachgerechte Lösung getroffen: wenn für eine Sache sowohl das Miet- als auch das Handelsgericht zuständig sind, können sich die Parteien auf eine Instanz verständigen. Anders als nach dem früheren Recht kann sich die beklagte Partei auch gültig einlassen (§ 126 Abs. 2 GOG gegenüber § 64 GVG/ZH). Ist die Frage der Zuständigkeit streitig, entscheidet das Obergericht (§ 126 Abs. 1 GOG).

2.5. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren beruft sich die Klägerin auch in ihrer Rechtsmittelschrift auf die Vereinbarung der Parteien vom 16. Mai 2013, gemäss welcher dieselben gestützt auf Art. 199 Abs. 1 ZPO gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichteten. Sie macht geltend, mit Unterzeichnung der fraglichen Vereinbarung hätten sich die Parteien darüber geeinigt, dass das Mietgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf sachlich zuständig sei, das vorliegende Verfahren durchzuführen (act. 21 S. 2 f. und act. 29 S. 4, je mit Hinweis auf act. 17/1).

Der Klägerin ist aus den bereits dargelegten Gründen insoweit beizupflichten, dass für die hier zur Diskussion stehende Streitigkeit zwischen den Parteien neben dem Mietgericht auch ein anderes Gericht, namentlich das Handelsgericht, sachlich zuständig sein kann. In einem solchen Fall können die Parteien schriftlich die Zuständigkeit des Handelsgerichts vereinbaren; der Ausschluss des Mietgerichts darf aber nicht im Voraus vereinbart werden (vgl. § 21 Abs. 2 GOG). Ebenso können sich die Parteien auf die Zuständigkeit des Mietgerichtes einigen (vgl. § 126 Abs. 1 GOG).

Mit der Vereinbarung vom 16. Mai 2013 (act. 17/1) haben die Parteien (lediglich) gestützt auf Art. 199 Abs. 1 ZPO gemeinsam und bis zum 30. Juni 2013 befristet auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichtet. Dementsprechend hat die Beklagte der Klägerin zugesichert, im Rahmen eines (allenfalls) bis zum 30. Juni 2013 rechtshängig gemachten mietgerichtlichen Verfahrens keine Einrede oder Einwendungen zu erheben, wonach das Schlichtungsverfahren nicht korrekt durchgeführt worden sei (vgl. act. 17 S. 2). Zur sachlichen Zuständigkeit lässt sich der Vereinbarung explizit nichts entnehmen. Insbesondere lässt sich aus der Verpflichtung der Klägerin gegenüber der Beklagten, die strittige Forderung bis am 30. Juni 2013 direkt beim Mietgericht einzureichen (act. 17/1 Ziff. II.3.) nicht ableiten, die Parteien hätten sich im Bewusstsein der konkurrierenden Zuständigkeit von Handels- und Mietgericht auf Letzteres geeinigt. Vielmehr steht auch in dieser Vertragsbestimmung der Verzicht auf das Schlichtungsverfahren im Vordergrund. Für die von der Klägerin angestrebte Auslegung bleibt deshalb kein Raum. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass vor einem (eben-

falls möglichen) handelsgerichtlichen Verfahren kein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (vgl. Art. 198 lit. f ZPO).

2.6. Des weiteren macht die Klägerin unverändert geltend, in der erwähnten Vereinbarung vom 16. Mai 2013 sei (auch) eine vorbehaltlose Einlassung der Beklagten auf die diesem Verfahren zugrunde liegende Klage zu erblicken (act. 21 S. 3 und act. 29 S. 4 f.). Das angerufene Gericht wird, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, zuständig, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert (Art. 18 ZPO). Die Beklagte hat sich indes weder im Rahmen der Vereinbarung vom 16. Mai 2013 (act. 17/1) noch sonst zur Sache geäußert. Insbesondere hat die Beklagte gegenüber der Vorinstanz keinerlei Ausführungen zur Sache gemacht (vgl. auch act. 23), womit es an einer notwendigen Voraussetzung für eine Einlassung mangelt. Es bleibt der Vollständigkeit halber anzumerken, dass auch ein Verzicht auf Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit – entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht (act. 29 S. 4) – nicht als Einlassung zu qualifizieren ist.

2.7. Unter den gegebenen Umständen hätte das Obergericht zur Bestimmung des zuständigen Gerichtes angerufen werden können (§ 126 Abs. 1 GOG). Entsprechend der bisherigen Rechtslage ist nämlich unverändert davon auszugehen, dass die Bestimmung von § 126 Abs. 1 GOG auch noch nach Anhängigmachung einer Klage für die Gerichtsstandsanweisung bei konkurrierender sachlicher Zuständigkeit angerufen werden kann, da der Ausschlussgrund der vorbehaltlosen Einlassung, der die Rechtshängigkeit voraussetzt, nach wie vor gilt (Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 126 N 3 mit Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 17 N 22). Die Klägerin hat offenbar bis zum Erlass des angefochtenen mietgerichtlichen Beschlusses kein Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichtes beim Obergericht eingereicht. In der Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit verweist sie zwar auf § 126 GOG und nimmt den Entscheid – ohne entsprechendes Anweisungsverfahren – selbst vorweg. Da für die Anweisung allein das Obergericht zuständig wäre, rügt die Klägerin aber zu Unrecht, dass sich die Vorinstanz nicht

damit auseinander gesetzt hat, wie eine Kompetenzstreitigkeit im Sinne von § 126 Abs. 1 GOG zu entscheiden wäre (act. 29 S. 8).

Nachdem die Beklagte vor Vorinstanz – aufgefordert zur Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit – auf eine solche ausdrücklich verzichtet hat (act. 23), hat sie sich nicht eingelassen. Bei so bestrittener sachlicher Zuständigkeit wäre der Klägerin Gelegenheit einzuräumen gewesen, mit einem Ersuchen im Sinne von § 126 Abs. 1 GOG ans Obergericht zu gelangen. Es war nicht korrekt, direkt einen Nichteintretensentscheid zu fällen (dazu schon OGer ZH LF130045 vom 23. August 2013, vor Erw. 5). Insoweit erweist sich die Berufung als begründet, weshalb der angefochtene Beschluss aufzuheben ist.

2.8. Es ist heute unverändert davon auszugehen, dass sich die Parteien weder auf eines der zuständigen Gerichte geeinigt haben noch sich die Beklagte auf das mietgerichtliche Verfahren eingelassen hat (act. 29 und act. 40). Die Bestimmung des zuständigen Gerichtes durch das Obergericht im Sinne von § 126 Abs. 1 GOG ist daher nach wie vor möglich. Um eine solche hat die Klägerin mit ihrer Berufungsschrift (eventualiter und sinngemäss) ersucht (act. 29 S. 4 ff.).

In diesem Zusammenhang ist die Eignung der infrage stehenden Gerichte abzuwägen, wobei dem Obergericht ein weitgehend freies Ermessen zukommt (Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 126 N 8). Wegleitend für die Festlegung der sachlichen Zuständigkeit sind in erster Linie die Natur des Streitverhältnisses und die Sachkunde der zu bestimmenden Instanzen. Die Frage der Anweisung ist demnach aufgrund einer Abwägung der Eignung des Miet- bzw. des Handelsgerichts für die von der Klägerin aufgeworfene Streitfrage zu entscheiden. Prozessthema ist vorliegend eine Forderungsklage, welche sich auf einen Mietvertrag vom 18./29. Mai 2012 betreffend Räume und Flächen im EG und UG der Liegenschaft ... [Adresse] in C.\_\_\_\_\_ stützt. Der Klageschrift zufolge werden die Zulässigkeit eines Rücktritts vom Mietvertrag, der Zeitpunkt, in welchem die Vermieterin der Mieterin das vertragsgemässe Mietobjekt zur Verfügung zu stellen hat, Schadenersatz im Sinne eines Mietzinsersatzes und die Schadenminderungspflicht der Vermieterin zu thematisieren sein (act. 14 S. 3 ff. und S. 15 ff.). Es handelt sich somit um typisch mietvertragsrechtliche Fragestellungen, wobei

weder besonders komplizierte noch unübersichtliche Verhältnisse vorliegen. Darüber hinaus sind keine Umstände ersichtlich, welche die spezielle Fachkompetenz des Handelsgerichts erfordern und dieses als geeigneter erschienen lassen als das Mietgericht (vgl. auch act. 21 S. 5). Im Gegenteil drängt sich die Zuweisung an das Mietgericht als Spezialgericht für mietrechtliche Streitigkeiten geradezu auf. Es rechtfertigt sich daher, dem Antrag der Klägerin zu folgen und für ihren Rechtsstreit gegen die Beklagte das Mietgericht als sachlich zuständiges Gericht zu bezeichnen. Die örtliche Zuständigkeit des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf wurde zur Recht nie in Frage gestellt (Art. 33 ZPO; vgl. act. 14, act. 21, act. 23, act. 25 S. 4, act. 29 und act. 40).

2.9. Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich, dass die Berufung der Klägerin begründet ist. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben und die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Die Gerichtsgebühren für die Bezeichnung des zuständigen Gerichtes im Sinne von § 126 Abs. 1 GOG sind der Klägerin aufzuerlegen, da sie diese mit ihrem Begehren verursacht hat (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, wenn die Anweisung vorgenommen wird. Jedoch können die den Parteien hierdurch entstandenen Auslagen gegebenenfalls bei der Entschädigungsregelung im ordentlichen Prozess berücksichtigt werden.

3.2. Dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend sind dessen Kosten der Beklagten als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu beziehen; die Beklagte hat sie ihr zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin hat ausdrücklich beantragt, es sei für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (act. 29 S. 8).

**Es wird beschlossen:**

1. Für den Rechtsstreit zwischen den Parteien wird das Mietgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf als sachlich zuständiges Gericht bezeichnet.
2. Die Gerichtsgebühr für die Bezeichnung des zuständigen Gerichts wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt und der Klägerin auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, der Beschluss des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 24. Oktober 2013 wird aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'500.-- festgesetzt. Sie wird aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen, wofür ihr der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt wird.
3. Es wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 40, sowie an das Mietgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 182'443.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: