

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG200007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegart

Beschluss und Urteil vom 30. November 2020

in Sachen

A._____ AG,

Eventualbeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ Anlagestiftung,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend

Feststellung des Mietverhältnisses

Berufung gegen einen Beschluss des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 26. Mai 2020 (MB190002)

Rechtsbegehren:

(act. 5/2)

- "1. Es sei festzustellen, dass das Mietverhältnis mit der Beklagten ohne Kündigung per 31. Dezember 2019 endet.
Eventualiter sei festzustellen, dass das Mietverhältnis mit der Beklagten ohne Kündigung per 31. Dezember 2022 endet, wobei die Klägerin als berechtigt gilt, den Mietzins auf den 1. Januar 2020 an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse anzupassen.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass das Mietverhältnis mit der Eventualbeklagten ohne Kündigung per 31. Dezember 2019 endet.
Subeventualiter sei festzustellen, dass das Mietverhältnis mit der Eventualbeklagten ohne Kündigung per 31. Dezember 2022 endet, wobei die Klägerin als berechtigt gilt, den Mietzins auf den 1. Januar 2020 an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse anzupassen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten, eventualiter zulasten der Eventualbeklagten."

Beschluss des Mietgerichtes:

(act. 4 S. 9 f.)

1. Das Rubrum wird im Sinne der Erwägungen angepasst.
2. Auf die Klage vom 18. November 2019 wird eingetreten.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
4. [Schriftliche Mitteilung].
5. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

(act. 2 S. 2)

- " 1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Uster vom 26. Mai 2020 aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei unter Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beschliessen, dass das Verfahren im ordentlichen Verfahren weitergeführt wird und der Berufungsklägerin und Eventualbeklagten von der Vorinstanz Frist zur Einreichung einer auf die Fragen der sachlichen Zuständigkeit und des Feststellungsinteresses beschränkten Klageantwort angesetzt wird.
3. Subeventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz unter Gewährung des rechtlichen Gehörs zurückzuweisen.
4. Subsubeventualiter sei Dispositiv-Ziffer 2 wie folgt abzuändern: 'Die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit wird abgewiesen und die Streitsache wird im vereinfachten Verfahren behandelt.'
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

Prozessualer Berufungsantrag:

(act. 2 S. 2)

" Es seien von der Schlichtungsstelle am Mietgericht Uster die vollständigen Akten inklusive Protokolle der Verfahren MK190064 und MK190085 beizuziehen."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) ist Eigentümerin und Vermieterin der Liegenschaft an der C.____-strasse 1 - 2 / D.____-strasse 3 -4 in E.____. Die Liegenschaft war seit längerem der F.____ AG bzw. deren Rechtsnachfolgerin, der G.____ AG, vermietet (act. 2 N 2; act. 4/1). Mit Eingabe vom 18. November 2019 reichte die Klägerin Klage mit obgenannten Rechtsbegehren beim Bezirksgericht Uster, Mietgericht, (nachfolgend: Vo-

rinstanz) gegen die G._____ AG sowie die A._____ AG (Eventualbeklagte und Berufungsklägerin, nachfolgend Eventualbeklagte) ein (act. 5/2). Sie führte darin aus, es sei zwischen den Parteien sowohl strittig, wer Mieterin der zurzeit von der Eventualbeklagten benutzten Räumlichkeiten sei, als auch, auf welchen Zeitpunkt hin das Mietverhältnis ende.

2. Mit Verfügung vom 27. November 2019 wurde der Klägerin von der Vorinstanz (neben der Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses) Frist zur Stellungnahme zur prozessualen Stellung der G._____ AG sowie der Eventualbeklagten angesetzt (act. 5/5 E. 2.3. und S. 6 f.). Den Streitwert setzte die Vorinstanz einstweilen auf Fr. 2'975'916.60 fest (E. 2.2.). Bezüglich Verfahrensart und sachlicher Zuständigkeit führte die Vorinstanz in der erwähnten Verfügung aus, da es um die Frage der Beendigung eines Mietverhältnisses gehe, komme (gestützt auf Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) streitwertunabhängig das vereinfachte Verfahren zur Anwendung, weshalb nicht das Handelsgericht, sondern das angerufene Mietgericht für das vorliegende Verfahren sachlich zuständig sei (E. 2.1.). Diese Verfügung, welche auch die eingangs aufgeführten Rechtsbegehren enthält, wurde neben der Klägerin (anders als die Klage selbst) auch der G._____ AG und Eventualbeklagten zugestellt, ohne ihnen jedoch Frist anzusetzen, um sich zu ihrer Prozessstellung bzw. den Prozessvoraussetzungen zu äussern (act. 5/5 S. 7; act. 7/6).

3. Mit Eingabe vom 7. Januar 2020 erstattete die Klägerin ihre Stellungnahme. Sie führte darin aus, dass im Rahmen einer subjektiven Klagenhäufung eine eventuelle Streitgenossenschaft (wie eingeleitet) zulässig sei. Es würde kein Fall einer alternativen subjektiven Klagenhäufung (alternative Streitgenossenschaft) vorliegen. Der Prozess sei damit gleichzeitig gegen beide Beklagten (G._____ AG und Eventualbeklagte) zu führen (act. 5/13).

4. Diese Stellungnahme wurde der G._____ AG und Eventualbeklagten in der Folge zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 5/14–15). Mit Eingabe vom 17. Januar 2020 nahm die Eventualbeklagte ihr diesbezügliches Replikrecht wahr (act. 5/18). Sie beantragte, den Prozess im ordentlichen Verfahren fortzusetzen. Infolge der "gleichzeitigen Eventualkaskade" der Klägerin werde inhaltlich zuerst (und damit

in der Hauptsache) zu entscheiden sein, mit wem (wenn überhaupt) ein Mietverhältnis bestehe. Damit gehe es nicht um "Kündigungsschutz" im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, sodass aufgrund des von der Klägerin mit CHF 2'975'916.60 bezifferten Streitwerts das ordentliche Verfahren durchzuführen sei. Zudem werde die Zulässigkeit einer solchen "gleichzeitigen Eventualkaskade" vorsorglich bestritten. Sodann behielt sich die Eventualbeklagte alle Einreden und Einwendungen vor, auch hinsichtlich der Zuständigkeit, des Rechtsbegehrens und des Feststellungsinteresses. Sie werde sich dazu äussern, wenn sie von der Klagebegründung und den Beilagen Kenntnis erhalten habe (act. 5/18). Die G. _____ AG replizierte mit Eingabe vom 20. Januar 2020 auf die oberwähnte Stellungnahme der Klägerin (act. 5/20). Die Eventualbeklagte replizierte daraufhin mit Eingabe vom 27. Januar 2020 auf die Replik der G. _____ AG (act. 5/24) und führte aus, auch die G. _____ AG sei der Ansicht, dass der Prozess im ordentlichen Verfahren zu führen sei. Zudem gab sie an, sich zu allen weiteren Fragen nach Zustellung der ganzen Klageschrift und der Beilagen zu äussern.

5. Nachdem die drei Stellungnahmen der G. _____ AG und der Eventualbeklagten der Klägerin zugegangen waren, replizierte diese mit Eingabe vom 31. Januar 2020 ihrerseits unaufgefordert (act. 5/27). Die Klägerin hielt in ihrer Stellungnahme weiterhin an der beantragten eventuellen subjektiven Klagenhäufung (eventuelle Streitgenossenschaft) sowie an der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Mietgerichts fest. Es gehe ihr um die Beendigung des Mietverhältnisses. Sie wolle über das Mietobjekt so schnell wie möglich verfügen können und müsse daher wissen, wann das Mietverhältnis ende. Wer im heutigen Zeitpunkt Mieterstellung habe, stelle dabei lediglich eine Vorfrage dar (act. 5/27 S. 1 ff.).

6. Schliesslich übte die G. _____ AG nach Kenntnisnahme dieser Replik mit Eingabe vom 14. Februar 2020 ihr unbedingtes Replikrecht ein weiteres Mal aus (act. 5/29).

7. Mit Beschluss vom 26. Mai 2020 fällte die Vorinstanz den oberwähnten Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 Abs. 1 ZPO, womit sie auf die Klage eintrat. Sie bejahte dabei sowohl ihre sachliche Zuständigkeit als auch das Vorliegen eines Feststellungsinteresses. Bezüglich der Frage der subjektiven Klagenhäufung

fung kam sie zum Ergebnis, dass nicht eine alternative, sondern eine eventuelle Streitgenossenschaft vorliege und diese zuzulassen sei. Zudem wurde das Rubrum dahingehend geändert, dass die bis anhin als Beklagte 2 geführte Partei nunmehr als Eventualbeklagte behandelt wurde (act. 3 E. 2. ff. = act. 4 [Aktenexemplar] = act. 5/32 [nachfolgend zitiert als act. 4]). Dieser Entscheid wurde gefällt, ohne der G._____ AG und der Eventualbeklagten die Klageschrift vom 18. November 2019 (act. 5/2) vorgängig zugestellt zu haben.

8. Gegen den Zwischenentscheid erhob die Eventualbeklagte mit Eingabe vom 25. Juni 2020 Berufung mit den vorstehend aufgeführten Berufungsanträgen (act. 2). Mit Verfügung vom 10. Juli 2020 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 10'000.– angesetzt, welcher fristgerecht einging (act. 7–9). In der Folge wurde der Klägerin mit Verfügung vom 28. September 2020 Frist zur Berufungsantwort angesetzt, welche jedoch (einstweilen) auf das subeventualiter gestellte Begehren Nr. 3 (betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs) beschränkt wurde (act. 10). Nachdem die Klägerin mit Eingabe vom 29. Oktober 2020 auf eine Stellungnahme bzw. beschränkte Berufungsantwort verzichtete (act. 12) und die vorinstanzlichen Akten (act. 5/1–34) beigezogen wurden, erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Mit Berufung anfechtbar sind unter anderem erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), weshalb mit dem vorliegenden Zwischenentscheid ein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliegt. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin will mit ihrem Hauptbegehren festgestellt haben, dass das Mietverhältnis infolge Befristung Ende Dezember 2019 endete und die vertragliche Option auf eine Verlängerung um drei Jahre nicht wirksam ausgeübt wurde. Es ist deshalb von einem Streitwert in der Höhe von 36 Monatsmietzinsen auszugehen. Gemäss dem sich in den Akten befindlichen Nachtrag

Nr. 6 zum Mietvertrag beträgt der monatliche Mietzins Fr. 78'996.– (inkl. Akontozahlung Nebenkosten; act. 5/4/1). Daraus resultiert ein Betrag von Fr. 2'843'856.–, womit die Schwelle für die Berufung ohne Weiteres erreicht ist.

2. Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Die Berufung ist innerhalb der 30-tägigen Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 i.V.m. Art. 314 ZPO). Der Beschluss der Vorinstanz wurde der Eventualbeklagten am 27. Mai 2020 zugestellt (act. 5/33). Die vorliegende Berufung (Poststempel: 25. Juni 2020; act. 2) erfolgte damit innert Frist. Auch die übrigen Anforderungen gemäss Art. 311 ZPO sind erfüllt, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

III. Materielles

1. Wie aus den nachstehenden Erwägungen hervorgeht, kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren nur geheilt werden, wenn eine klar begrenzte Teilfrage des erstinstanzlichen Verfahren betroffen ist. Da diese Voraussetzung vorliegend nicht erfüllt ist, sind die Berufungsanträge 1 und 2 abzuweisen.

2. Die Eventualbeklagte beantragt mit ihrem Berufungsantrag Nr. 3 subeventualiter die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz unter Gewährung des rechtlichen Gehörs. Sie ist der Ansicht, dass die Vorinstanz ihr rechtliches Gehör mangels Zustellung der Klageschrift und demgemäss fehlender Möglichkeit, zu den Eintretensvoraussetzungen Stellung zu nehmen, verletzt habe und diese Verletzung sich im Rechtsmittelverfahren nicht heilen lasse (act. 2 Rz 10 und 38 ff.). Im angefochtenen Entscheid sei erwogen worden, dass die Streitigkeit im vereinfachten Verfahren zu behandeln, das angerufene Gericht sachlich zuständig, die eventuelle Streitgenossenschaft zuzulassen, die Berufungsklägerin als Eventualbeklagte im Rubrum zu führen und auf die Feststellungsklage einzutreten sei. Mindestens zu den Voraussetzungen der Feststellungsklage habe die Eventualbeklagte keine

Gelegenheit gehabt, Stellung zu nehmen. Eine Stellungnahme sei ihr angesichts der fehlenden Zustellung der Klageschrift auch nicht möglich gewesen. Ebenso habe sie sich mangels Kenntnis des Streitgegenstandes (abgesehen von dem, was aus dem bekanntgegebenen Rechtsbegehren fliesse) nicht zur sachlichen Zuständigkeit bzw. der Frage der handelsrechtlichen Streitigkeit äussern können. Sodann habe sie sich lediglich ohne Kenntnis der prozessrelevanten Tatsachenbehauptungen zu ihrer Rolle als Eventualbeklagte äussern können, zumal über die Folgen der Stellung als solche wenig bekannt sei und es an diesbezüglicher Rechtsprechung oder ausführlicher Behandlung in der Lehre fehle. Über die Zulässigkeit einer Streitverkündungsklage sei frühestens nach Vorliegen der Stellungnahmen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 ZPO zu befinden. Inwiefern es sich nun bei der eventuellen Streitgenossenschaft rechtfertige, ohne Schriftenwechsel über deren Zulässigkeit zu befinden, erschliesse sich der Eventualbeklagten nicht (act. 2 Rz 45 f.).

3.

3.1. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann, sowie das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu zu äussern (unbedingtes Replikrecht). Die Wahrnehmung des Rechts auf Replik setzt voraus, dass die von den übrigen Verfahrensbeteiligten eingereichten Eingaben der Partei zugestellt werden, damit sie entscheiden kann, ob sie sich dazu äussern will oder nicht. Es obliegt dem Gericht, in jedem Einzelfall ein effektives Replikrecht zu ge-

währen. Hierfür kann es den Parteien eine Frist setzen oder es kann die Eingabe auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wobei das Gericht in diesem Fall gehalten ist, eine angemessene Zeitspanne mit dem Entscheid zuzuwarten (normalerweise nicht weniger als zehn Tage (BGer 1B_340/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.3)).

3.2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör bildet eine formelle Verfahrensgarantie, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zu dessen Gutheissung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt, wenn eine Heilung in oberer Instanz ausser Betracht fällt. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann dann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.

3.3. Ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs besteht jedoch dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides, wenn die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem (zum Vornherein feststehenden) Leerlauf führen bzw. die Rüge der Gehörsverletzung im konkreten Fall eine unnütze, schikanöse oder zweckwidrige Rechtsausübung im Sinne von Art. 2 ZGB darstellen würde (vgl. zum Ganzen BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGer 5A_120/2019 vom 21. August 2019 E. 2; BGer 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3.; BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.2.4; OGer ZH PS200017 vom 25. März 2020 E. 4a).

4. Vorliegend erliess die Vorinstanz einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 Abs. 1 ZPO, mit welchem sie die Prozessvoraussetzungen bejahte und

deshalb auf die Klage eintrat (act. 4). Der Zwischenentscheid beschlägt damit keine materiell-rechtlichen Fragen, weshalb die Vorinstanz vor dessen Erlass bezüglich der darin behandelten Fragen auch kein vollständiges Verfahren durchzuführen hatte. Zu beachten sind im Falle eines prozessualen Zwischenentscheids aber immerhin die allgemeinen Verfahrensgrundsätze (Art. 52 ff. ZPO), worunter insbesondere auch der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO fällt (zum Ganzen PAHUD, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, N 5 zu Art. 219, N 9 zu Art. 220 und N 6 zu Art. 237; siehe auch OGer ZH LB130054 vom 23. April 2014, E. II. 3.a) und 6.). Zur Wahrung dieses Anspruchs reicht es grundsätzlich aus, jeder Partei ein einmaliges Äusserungsrecht einzuräumen, unter Vorbehalt der zusätzlichen Gewährung des sog. "letzten Wortes" i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (OGer ZH LB130054 vom 23. April 2014 E. II. 6.). Bezüglich des freigestellten Replikrechts sind Noven grundsätzlich zu berücksichtigen, da die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen geprüft werden (Art. 57 ZPO i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO). Allerdings gilt es zu unterscheiden, ob der Gegenpartei eine formelle Frist zur Stellungnahme zu einer Eingabe angesetzt oder diese nur zur Gewährung des unbedingten Replikrechts zugestellt wird; denn mit der blossen Zustellung einer Eingabe an die Gegenpartei ohne formelle Fristansetzung gibt das Gericht zur Kenntnis, dass die Sache seiner Meinung nach spruchreif ist und die Partei mit einem baldigen Entscheid rechnen muss (BGer 4A_635/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.3).

5.

5.1. Die Vorinstanz fällt ihre Zwischenentscheid, ohne das Verfahren zunächst mittels Verfügung formell auf die Eintretensfrage zu beschränken und der Eventualbeklagten unter Zusendung der Klageschrift bzw. eines Auszugs hiervon (inkl. allfälliger Beilagen) Frist zur Einreichung einer (einstweilen) auf die Prozessvoraussetzungen beschränkten Stellungnahme bzw. Klageantwort anzusetzen. Stattdessen erliess sie die eingangs unter E. I. 2. erwähnte Verfügung vom 27. November 2019 mit dem geschilderten Inhalt, welche zu den oben unter E. I. 3.–6. aufgeführten Stellungnahmen der Parteien führten. Da die Vorinstanz weder der G._____ AG noch der Eventualbeklagten Frist ansetzte, sich zu den Eingaben der Klägerin zu äussern, durften diese annehmen, dass die Sache für das Gericht

auch ohne Einholung ihrer formellen Stellungnahme spruchreif schien und der Entscheid demzufolge zu ihren Gunsten ausfallen würde. Zwar äusserte sich die Eventualbeklagte in ihren Stellungnahmen zu gewissen Prozessvoraussetzungen (act. 5/18; act. 5/24). Dabei handelte es sich aber immer nur um kurz gefasste (ein- bis zweiseitige) Eingaben, welche jeweils als direkte Reaktion auf die formlos zugestellte Verfügung der Vorinstanz oder Stellungnahmen der anderen Parteien erfolgten. Die Eventualbeklagte behielt sich zudem sämtliche Einreden und Einwendungen bzw. die Stellungnahme zu weiteren Prozessvoraussetzungen nach Überlassung der Klageschrift inklusive Beilagen ausdrücklich vor (act. 5/18 und 5/24). Die Eventualbeklagte musste aufgrund des Vorgehens der Vorinstanz bzw. mangels entsprechender Fristansetzung nicht damit rechnen, zur Darlegung ihrer Standpunkte eine sämtliche Eintretensvoraussetzungen umfassende, ausführlich begründete und mit den nötigen Beweisofferten versehene Stellungnahme einreichen zu müssen. Zudem fehlte ihr hierfür mit der (nicht einmal auszugsweise) zugestellten Klageschrift (inkl. allfälliger Beilagen) eine wesentliche Grundlage.

5.2. In der Verfügung vom 27. November 2019 wurde von der Vorinstanz als Grund für die einstweilige Nichtzustellung der Klage Art. 65 ZPO (Folgen eines Klagerückzugs) angegeben (act. 5/5 E. 2.3.3.). Spätestens mit der zur prozessualen Stellung der G. _____ AG und Eventualbeklagten erstatteten Stellungnahme der Klägerin vom 7. Januar 2020 wurde diese Begründung jedoch hinfällig. Die Klägerin führte darin nämlich aus, der Prozess sei gegen beide Beklagten gleichzeitig zu führen. Weder eine Verfahrenstrennung mit entsprechender Sistierung noch ein Rückzug gegen die Eventualbeklagte (damals noch Beklagte 2) unter Vorbehalt der Wiedereinbringung werde beantragt (act. 5/13).

5.3. Im Ergebnis führte das Vorgehen der Vorinstanz dazu, dass sich die Eventualbeklagte mit einem für sie nachteiligen Zwischenentscheid konfrontiert sah, ohne zuvor Gelegenheit gehabt zu haben, eine (bezüglich der Prozessvoraussetzungen) vollständige "Verteidigungsschrift" einzureichen, und ohne hierfür im Besitze aller erforderlichen Unterlagen gewesen zu sein. Damit wurde ihr rechtliches Gehör verletzt. Eine Heilung im Rechtsmittelverfahren ist insofern nicht möglich,

als die Verletzung nicht nur eine klar begrenzte Teilfrage des vorinstanzlichen Verfahrens betrifft, sondern dieses in seiner Gesamtheit beschlägt. Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, ein vollständiges erstinstanzliches Verfahren durchzuführen, zumal damit den Parteien auch eine komplette Instanz verloren ginge.

5.4. Es kann vorliegend auch nicht gesagt werden, dass eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids zum Vornherein zu einem Leerlauf führen würde bzw. die Eventualbeklagte mit ihrer Rüge eine unnütze, schikanöse oder zweckwidrige Rechtsausübung verfolgen würde (zu diesen Kriterien oben unter E. III. 2.3.). Nur schon die Tatsache, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Prozessvoraussetzungen einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 Abs. 1 ZPO fällte, zeigt auf, dass wenig geklärte, umstrittene oder zumindest mit einem gewissen richterlichen Ermessen behaftete Fragen (namentlich betreffend Zulässigkeit der subjektiven eventuellen Klagenhäufung, ordentliches oder vereinfachtes Verfahren, sachliche Zuständigkeit und Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der Feststellungsklagen) zu beantworten waren und ein allfälliger abweichender Entscheid der Rechtsmittelinstanz in Betracht gezogen wurde (vgl. KRIECH, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, N 7 zu Art. 237). Auch aus den oben unter E. I. 3.–6. aufgeführten Stellungnahmen der Parteien geht hervor, dass diese hinsichtlich der thematisierten Prozessvoraussetzungen unterschiedliche Meinungen vertreten. Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang zudem der in ZR 116 Nr. 48 auszugsweise publizierte Entscheid des Handelsgerichts Zürich HG160059 vom 20. Mai 2016. In diesem wurde die Zulässigkeit der eventuellen subjektiven Klagenhäufung bzw. eventuellen Streitgenossenschaft, anders als von der Vorinstanz, verneint. Unter diesen Umständen muss die Eventualbeklagte die Möglichkeit haben, ihren Standpunkt zu den Prozessvoraussetzungen vor Vorinstanz umfassend darzulegen. Von einem zum Vornherein feststehenden Leerlauf im Falle der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz oder einem wider Treu und Glauben gerichteten Verhalten der Eventualbeklagten kann daher nicht die Rede sein.

6. Demnach ist der angefochtene Beschluss der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der

Erwägungen an diese zurückzuweisen. Der prozessuale Berufungsantrag um Beizug der Akten der Schlichtungsverfahren (act. 2 S. 2) ist bei diesem Verfahrensausgang als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens wird die Vorinstanz im Endentscheid zu befinden haben (Art. 104 Abs. 1 ZPO).
2. Für das Berufungsverfahren sind umständehalber keine Gerichtskosten zu erheben (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4, § 10 Abs. 1 lit. a und § 13 Abs. 1 Anw-GebV auf Fr. 2'000.– (inkl. MwSt.) festzusetzen. Bei einer Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz auch die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 1 und 4 ZPO). Das bildet die Regel und davon ist nur bei Vorliegen von besonderen Gründen abzuweichen (ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl. 2016, N 11 zu Art. 104). Vorliegend sind bezüglich der Parteientschädigung keine solchen besonderen Gründe ersichtlich, weshalb die Verteilung der Parteientschädigung für das Berufungsverfahren der Vorinstanz zu überlassen ist.

Es wird beschlossen:

1. Der prozessuale Berufungsantrag um Beizug der Akten der Schlichtungsverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufungsanträge Ziff. 1 + 2 werden abgewiesen.

2. In Gutheissung des Berufungsantrages Ziff. 3 wird der Beschluss des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Mai 2020 (Vorinstanz) aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. Der von der Berufungsklägerin für die Gerichtskosten geleistete Vorschuss von Fr. 10'000.– wird an diese zurückerstattet.
4. Die volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.– (inkl. MwSt.) festgesetzt. Die Verteilung derselben wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 2, und an das Bezirksgericht Uster (Vorinstanz), je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'843'856.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: