

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP120001-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Urteil vom 1. November 2012

in Sachen

**Trägerschaft ...**,

Präsident A. \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Stadt B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Befehl**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 15. Dezember 2011 (FV110020)**

### **Rechtsbegehren:**

"Der Beklagten sei zu befehlen, die Fahrzeuge

- ...fahrzeug ...
- ...Auto... ..
- ...fahrzeug ...

samt allen Schlüsseln, Zubehör und Papieren unverzüglich der Klägerin herauszugeben sowie die ihr leihweise zur Benützung überlassenen Räumlichkeiten im Erdgeschoss des ...depots C.\_\_\_\_\_ sofort ordnungsgemäss zu räumen und sämtliche Schlüssel zurückzugeben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Beklagten."

### **Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren vom 15. Dezember 2011:**

1. Der Streitwert der anhängig gemachten Klage betreffend die Herausgabe der ...fahrzeuge wird mit Fr. 10'500.– festgesetzt.
2. Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten wird vollumfänglich abgewiesen.
3. Über die Kosten wird im Endentscheid entschieden.
4. (schriftliche Mitteilung).
5. (Berufung).

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben.
2. Es sei der Streitwert der anhängig gemachten Klage betreffend die Herausgabe der ...fahrzeuge auf Fr. 65'000.–, mindestens jedoch auf Fr. 50'000.–, festzusetzen und es sei festzustellen, dass der Streitwert der anhängig gemachten Klage den Betrag von Fr. 30'000.– übersteigt und die Vorinstanz unzuständig ist.
3. Es seien die Unzuständigkeitseinreden der Berufungsklägerin gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, auf die Klage infolge Unzuständigkeit nicht einzutreten.
4. Eventualiter sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und die Vorinstanz anzuweisen, der Berufungsklägerin Gelegenheit zur Stellungnahme zur Eingabe vom 29.9.2011 (act. 31) zu gewähren.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 9 S. 2):

Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

Am 10. Mai 2011 erhob die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Mit Verfügung vom 15. Dezember 2011 entschied das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Hinwil, dass erstens der Streitwert der anhängig gemachten Klage auf Fr. 10'500.– festgesetzt und zweitens die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten vollumfänglich abgewiesen werde (Urk. 2 S. 7). Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) erhob am 30. Januar 2012 Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 1 S. 2). Am 29. Februar 2012 ging der von der Beklagten zu leistende Kostenvorschuss bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 6, 7). Die Klägerin erstattete am 3. April 2012 die Berufungsantwort mit vorstehend wiedergegebenem Antrag (Urk. 9 S. 2). Diese wurde mit Verfügung vom 11. April 2012 der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 11).

#### **II.**

1. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO).

2. Gegen die Abweisung der Unzuständigkeitseinrede ist die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO gegeben (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 308 N 28). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

3. Die vorliegende Streitigkeit betrifft die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Hinwil für die Herausgabe von drei ...-...fahrzeugen und die Räumung der überlassenen Räumlichkeiten im ...depot. Umstritten sind sowohl der Streitwert als die Frage, ob nicht die Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen zuständig ist.

**A: Qualifikation Rechtsverhältnis**

4. Die Vorinstanz hat ihre sachliche Zuständigkeit bejaht mit der Begründung, dass die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung vom 2. September 2005 betreffend die Nutzung von Räumlichkeiten im Erdgeschoss des ...depots als Gebrauchsleihe (und nicht als Miete) zu qualifizieren sei (Urk. 2 S. 5 f.).

5. Die Beklagte erachtet das Einzelgericht des Bezirksgerichts Hinwil als sachlich unzuständig. Sie habe sich bereits im Mietvertrag verpflichtet, den Torumbau vollumfänglich selber durchzuführen und zu bezahlen. Für die Torvergrösserung und weitere wertvermehrende Aufwendungen zuzüglich Spenden habe sie total Fr. 82'714.– in das Gebäude investiert. Das sei kein Mieterbau, der entschädigungslos geleistet werde, sondern offensichtlich ein Entgelt für die anschliessende Nutzung des Depots. Die Sanktionen für eine Zweckentfremdung würden in keinem ersichtlichen Zusammenhang mit dem Torumbau als vereinbarte Gegenleistung der Berufungsklägerin stehen. Auch aus dem Umstand, dass eine kostenlose Nutzung erst nach erfolgtem Umbau gestattet gewesen sei, könne nichts abgeleitet werden, da damit lediglich eine Vorausleistung vereinbart worden sei. Somit könne nicht die Rede davon sein, dass die Gebrauchsüberweisung unentgeltlich erfolgt wäre. Vielmehr handle es sich um einen entgeltlichen Mietvertrag. Für mietrechtliche Streitigkeiten sei die Schlichtungsstelle in Mietsachen zuständig, weshalb die Unzuständigkeitseinrede hätte gutgeheissen werden müssen (Urk. 1 S. 6 f.).

6. Die Klägerin widerspricht: schon der klare Wortlaut des Vertrages (unentgeltlich überlassene Nutzung) schliesse die Qualifikation als Mietvertrag aus. Was die Beklagte heute als entgeltliche Gegenleistung auszugeben versuche, sei bestenfalls als Anspruch auf Verwendungsersatz im Sinne von Art. 307 Abs. 2 OR

thematisierbar. Die in der Berufungsbegründung thematisierte Torvergrösserung würde direkt mit der durch die Gebrauchsleihe anvisierten Nutzung zusammenhängen (Urk. 9 S. 5).

7. Am 2. September 2005 hatten die Parteien folgende Vereinbarung geschlossen (Urk. 5/2/7 = 5/14/7):

Nutzung

1. Im Anschluss an die Fertigstellung der geplanten baulichen Massnahmen am ...depot (Torvergrösserung) gestattet die Politische Gemeinde B.\_\_\_\_\_ der Trägerschaft ... die Räumlichkeiten im Erdgeschoss für das Einstellen [von] alten ...fahrzeuge[n] unentgeltlich zu nutzen.
2. Sollte die Trägerschaft ... die Räumlichkeiten zweckentfremden, kann die Gemeinde B.\_\_\_\_\_, ohne Leistung einer allfälligen Entschädigung für Investitionen am Objekt, die sofortige Auflösung dieser Vereinbarung verlangen.
3. (...)

Umbau / Finanzierung

4. Sämtliche Kosten für den geplanten Umbau gehen zu Lasten der Trägerschaft ...
5. (...)
6. (...)

Unterhalt der Liegenschaft

7. (...)

Dauer der Vereinbarung / Kündigung

8. (...)

8. Für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses als Leihe spricht in erster Linie der klare Wortlaut von Ziffer 1 der Vereinbarung: Die Klägerin gestattet der Beklagten, die Räumlichkeiten unentgeltlich zu nutzen. Die Überlassung der Räumlichkeiten erfolgt somit nicht gegen Entgelt. Die Beklagte beruft sich jedoch auf Ziffer 4 der Vereinbarung und auf die von ihr getätigten Investitionen, weshalb die Vereinbarung eine mietrechtliche Komponente aufweise (Urk. 1 S. 6, Urk. 5/27 S. 4). Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Wortlaut nicht allein massgebend, sondern es ist die Gesamtheit aller Umstände zu berücksichtigen (BGE 125 III 305). Im zu beurteilenden Fall hatten die Parteien vereinbart, dass die Beklagte die Räumlichkeiten im ...depot im Anschluss an die Fertigstellung der geplanten baulichen Massnahmen (Torvergrösserung) unentgeltlich nutzen könne und dass sämtliche Kosten für den geplanten Umbau zulasten der Beklagten gingen (Urk. 5/2/7). Unentgeltlichkeit bedeutet nicht, dass den Entlehner keinerlei Verpflichtung trifft. Die Gebrauchsleihe ist für den Entlehner unentgeltlich, aber nicht kostenlos. So trägt der Entlehner gemäss Art. 307 Abs. 1 OR die gewöhnli-

chen Kosten für die Erhaltung der Sache. Unbestritten ist, dass es sich bei dieser Vertragsklausel nicht um gewöhnliche Kosten im Sinne der gesetzlichen Bestimmung handelt. Bei der Torvergrösserung ging es um bauliche Massnahmen, welche erforderlich wurden, damit das Depot vereinbarungsgemäss genutzt werden konnte. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass in Fällen, wo die vertragliche Kostenübernahme durch den Entlehner dem Verleiher wirtschaftliche Vorteile einbringt, die im Resultat einem Entgelt für den Gebrauch gleichkommt, keine Leihe mehr vorliegt, sondern Miete oder Pacht (Higi, ZK OR 307 N 76). "Vereinbarungen, wonach der Entlehner nicht nur (alle) Erhaltungsmassnahmen zu tätigen, sondern die Sache auf eigene Rechnung zu erneuern oder zu verändern bzw. zu verbessern hat, ohne dass ihn der Verleiher dafür bei Vertragsende entschädigen müsste, begründen in der Regel eine Miete oder Pacht" (Higi, ZK OR 307 N 44.). Trotz der von der Beklagten getätigten Investitionen, welche wohl eine wertsteigernde Komponente aufweisen, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Charakter der Leihe überwiegt, denn wie im angefochtenen Entscheid festgehalten ist, lässt sich aus Ziffer 2 der Vereinbarung den Umkehrschluss ziehen, dass in Fällen, wo keine Zweckentfremdung vorliegt, eine Entschädigung vorbehalten bleibt (Urk. 2 S. 6). Davon geht offenbar auch die Klägerin aus, da sie wie ausgeführt einen ausserordentlichen Verwendungersatz nicht ausschliesst (Urk. 9 S. 5).

9. Fraglich ist auch, ob es sich beim Vertragsgegenstand um einen Wohn- und GESCHÄFTSraum handelt, in welchem Fall von der sachlichen Zuständigkeit der paritätischen Schlichtungsstelle (§§ 63 GOG) und hernach des Mietgerichts auszugehen wäre (§ 21 und 26 GOG). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Begriff des "Geschäftsraums" im Sinne von Art. 253a und 271 ff OR weit auszulegen, als nicht notwendigerweise die Benützung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorausgesetzt wird. Ein Mietlokal könne auch bei nicht gewinnbringender Tätigkeit, nebenberuflicher Nutzung oder Verfolgung eines nicht wirtschaftlichen Zwecks als Geschäftsraum im Sinne des Gesetzes qualifiziert werden (BGE 118 II 40). Das Bundesgericht anerkannte im genannten Urteil einen Garage-Anbau, der einem ausgebildeten Mechaniker als Werkstatt für die Reparatur alter Autos (Oldtimer) diene, als Geschäftslokal im Sinne des Gesetzes. Im vorliegenden Fall dagegen dienen die Räumlichkeiten einzig dem Einstellen der

Veteranenfahrzeuge; etwas anderes wird jedenfalls nicht geltend gemacht. In Nachachtung zur höchstrichterlichen Rechtsprechung, welche einen Abstellplatz in einer Tiefgarage oder eine zum Abstellen von Autos separat vermietete Garage nicht als Geschäftsraum betrachtet (BGE 125 III 231, 118 II 40), ist dem ...lokal die Eigenschaft als Geschäftsraum abzusprechen. Letztlich kann die Frage jedoch offen bleiben, weil ohnehin keine mietrechtliche Streitigkeit zu beurteilen ist.

10. Zusammengefasst ist die Auffassung der Erstinstanz zutreffend, dass keine mietrechtliche Streitigkeit vorliegt, die zu einer Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde und hernach des Mietgerichtes führen würde.

#### **B: Streitwert**

11. Der Erstinstanz verwies für die Festlegung des Streitwerts auf eine von der Klägerin eingeholte Schätzung des Fahrzeugmuseums D.\_\_\_\_\_ und legte den Streitwert der anhängig gemachten Klage auf Fr. 10'500.– fest (Urk. 2 S. 5).

12. In der Berufungsschrift moniert die Beklagte, die Erstinstanz habe einzig auf das abstrakte und unbegründete Gutachten des Fahrzeugmuseums D.\_\_\_\_\_ abgestellt, ohne konkrete Vergleichsangebote der Beklagten zu prüfen und ohne dass ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden wäre. Das Museum sei zudem als potentieller Käufer zu betrachten und gehe daher vom untersten Preisniveau aus. Unter Berücksichtigung von konkreten Verkaufsangeboten sei zwanglos davon auszugehen, dass der vom Gutachten bezifferte Wert eines ...fahrzeuges in bestem Zustand von je Fr. 3'500.– bzw. Fr. 4'000.– ungefähr dem Schrottwert entspreche, nicht jedoch dem mit Vergleichswerten nachweisbaren Verkehrswert. Es handle sich vielmehr um Sammlerobjekte, und es komme auf den Sammlerwert, nicht den Gebrauchswert an. Dies sei klar abzugrenzen von einem blossen subjektiven Affektionswert, der vorliegend keine Rolle spiele. Zudem sei der Berufungsklägerin keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden, weshalb der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und gegen die richterliche Fragepflicht verstossen worden sei. Unter diesen Umständen müsse daher das Gutachten der E.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO als Beweismittel zugelassen werden. Gemäss dem genannten Gutachten sei der Wert auf ins-

gesamt Fr. 50'000.– bis Fr. 60'000.– zu schätzen. Die Fahrzeuge würden zum historisch wertvollen automobilen Kulturgut der Schweiz zählen. Alle drei Fahrzeuge seien in einem optisch und technisch gepflegten Zustand und quasi einsatzbereit. Immerhin seien diese Fahrzeuge von der Klägerin für ...fahrten ins ferne Ausland angefordert worden, woraus hervorgehe, dass die Fahrzeuge auch für die Klägerin einen grösseren Wert hätten als den blossen Schrottwert (Urk. 1 S. 3ff.).

13. Die Klägerin macht geltend, beide Parteien hätten vor Vorinstanz weder zum Verkehrswert der strittigen Fahrzeuge noch zu jenem der Depot-Nutzung erstinstanzlich Beweismittel bezeichnet. Die Beklagte habe ihre Schätzung aus einem "Internet-Ausdruck" abgeleitet, die Klägerin habe sich nicht auf ein einzuholendes Gutachten als Beweismittel berufen, sondern habe bloss Überlegungen zur Streitwertschätzung angestellt, die sie dann in der Eingabe vom 29. September 2012 noch erläutert habe. Die Ermessensausübung sei vertretbar (Urk. 9 S. 2f.).

14. Nach der gefestigten Rechtsprechung zum Grundsatz des fairen Verfahrens hängt das Recht der Parteien, sämtliche Eingaben zugestellt zu erhalten und dazu Stellung nehmen zu können, weder von den Noven tatsächlicher oder rechtlicher Art noch von einem allfälligen Einfluss von Bemerkungen auf das Urteil ab (BGer. 5P.446/2003 vom 2. März 2004). Im Lichte der aufgezeigten Rechtsprechung hat die Erstinstanz den Anspruch der Beklagten auf ein faires Verfahren verletzt, dies erst recht, da sie in der Verfügung auch ausdrücklich auf die Stellungnahme Bezug genommen hat. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indes vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn diese die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 53 N 27). Die Kammer als Berufungsinstanz kann den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen und fällt gestützt darauf einen neuen Entscheid (Art. 310 i.V. m. 318 ZPO). Der Mangel der Gehörsverletzung ist somit geheilt.

15. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheids sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das

Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Das Gesetz schreibt nicht vor, wie das Gericht den Streitwert zu bestimmen hat. Er ist daher gemäss herrschender Auffassung unter Berücksichtigung von objektiven Kriterien nach Ermessen zu schätzen (DIKE-Komm-Diggelmann, Art. 91 N 21 und 23, Steinwigger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 91 N 25). Dabei stellt das Gericht auf die Vorbringen der Parteien ab (BSK ZPO-Rüegg, Art. 91 N 6).

16. Nachdem sich die Parteien nicht über einen bestimmten Streitwert geeinigt haben (vgl. Urk. 5/1 S. 5, Urk. 5/27 S. 3), war es grundsätzlich korrekt, dass die Vorinstanz einen Streitwert bestimmt hat. Zumindest ein Teil der Lehre fordert, im Fall widersprechender Parteiangaben sei regelmässig der höhere Wert als Streitwert zu Grunde zu legen (Mohs, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 91 N 4; KUKO ZPO-van der Graaf, Art. 91 N 9). In der Botschaft ist festgehalten, dass der Streitwert nach dem objektiven Wert festzulegen ist, wenn keine Geldleistung verlangt wird. Ist dieser nicht für beide Parteien gleich, so wird in der Regel auf den höheren Wert abgestellt (beispielsweise kann der Wert eines streitigen Wegrechts für das berechnete Grundstück kleiner sein als die Werteinbusse, die das dienende Grundstück erleidet; Botschaft ZPO S. 7291). Ein Fall, wie ihn der Gesetzgeber im Auge hatte, liegt hier nicht vor.

17. Die Vorinstanz hat auf den von der Klägerin geltend gemachten tieferen Streitwert abgestellt. Wie zu Recht ausgeführt wird, ist auf den Verkehrswert abzustellen. Unerheblich ist, welcher Preis ein Liebhaber bezahlen würde. Auch ein für die Parteien bestehender Affektionswert kommt nicht in Betracht (BGE 94 II 51). Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei der Auskunft nicht um ein Gutachten, sondern um eine Parteibehauptung, welche auf einer Anfrage beim Museum D.\_\_\_\_\_ gründet. Diese im Prozess eingereichte Anfrage wurde wie erwähnt der Beklagten nicht zur Stellungnahme zugestellt. Deshalb bestand für die Beklagte auch kein Anlass, eigens eine Schätzung einzureichen, was sie nun im Berufungsverfahren nachgeholt hat. Da die Erstinstanz diese Gehörsverletzung zu vertreten hat und der Beklagten nicht zum Nachteil gereichen darf, ist der im Berufungsverfahren eingereichte Bericht im Sinne von Art. 317

Abs. 1 ZPO zuzulassen. Gemäss Schreiben von E. \_\_\_\_\_ ist es nicht möglich, für die Oldtimerfahrzeuge einen Marktwert zu eruieren (Urk. 4). Der (Liebhaber-?) Wert wird auf Fr. 50'000.– bis Fr. 65'000.– geschätzt. Wie gesehen, wäre ein Liebhaberwert nicht massgebend. Vor dem Hintergrund jedoch, dass allein für das ...fahrzeug (...) und die Auto... (...) gemäss Protokoll der Gemeinderatssitzung der Klägerin vom 9. Juli 2008 Sanierungskosten von weit über Fr. 10'000.– angefallen sind (Urk. 5/2/10), kann in Anwendung des pflichtgemässen Ermessens nicht unbesehen von einem Streitwert für die vorliegende Streitigkeit auf Herausgabe der ...fahrzeuge von nur Fr. 10'500.– ausgegangen werden. Dass die Fahrzeuge optisch und technisch in gepflegtem Zustand sind, wie von der Beklagten behauptet (Urk. 1 S. 5), legt zum einen die Fotodokumentation nahe (Urk. 5/1 S. 3, Urk. 5/14/12). Zum andern aber insbesondere das von der Klägerin im Mai 2011 gestellte dringliche Massnahmebegehren auf vorübergehende Überlassung des ...fahrzeugs ... und der ... Auto... . Die Klägerin hatte diese zwei Oldtimer vorübergehend herausverlangt, um an der nur wenig später, nämlich vom tt. Mai 2011 bis tt. Juni 2011 anberaumten ... [Anlass] teilzunehmen, um sich bei dieser Gelegenheit mit dem ...fahrzeug und der ... als zentraler Teil der Kandidatur der Stadt B. \_\_\_\_\_ als Zielort der ... [Anlass] 2015 zu bewerben (Urk. 5/1 S. 2f.; Urk. 5/2/1). Aus diesen Gründen kann nicht auf den von der Klägerin angegebenen und von der Beklagten bestrittenen Streitwert von Fr. 10'500.– für die drei Fahrzeuge abgestellt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der unbestrittene Streitwert von Fr. 12'200.– für die Depotüberlassung sowie der nicht genau bezifferbare Streitwert für die drei ...fahrzeuge zusammen jedenfalls den Betrag von Fr. 30'000.– übersteigen. Folglich ist das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren nicht zuständig. Die Unzuständigkeitseinrede ist daher gutzuheissen, und es ist auf die Klage nicht einzutreten.

### III.

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3

ZPO). Prozesskosten sind die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

2. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten für beide Instanzen sind somit der Klägerin aufzuerlegen, und mit den geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen. Zudem ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten für beide Instanzen eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer auszurichten.

**Es wird erkannt:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten den geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– zu ersetzen.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'800.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
mc