

Art. 237 ZPO, Einrede der Unzuständigkeit. *Über die Einrede der Unzuständigkeit ist nicht (mehr) zwingend vorab zu entscheiden; Problematik dieser Regelung (E. 3.31)*

Art. 200 Abs. 1 ZPO, § 21 GOG, Streitigkeiten aus Miete und Pacht. *Kriterien und Abgrenzung bei einem Vertrag mit verschiedenen Elementen (E. 3.32)*

(aus einem Entscheid des Obergerichts:)

3.3 Die Beklagten bestritten schon mit der Klageantwort die *Zuständigkeit* des Bezirksgerichtes, und sie halten daran in der Berufung fest.

3.31 (...)

Die Zuständigkeit der Gerichte wird traditionell und auch nach neuem Recht als so genannte Prozessvoraussetzung betrachtet (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht 3. Aufl. 1979, S. 220; Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Fehlt es daran, ist Folge nicht die Abweisung der Klage, sondern das Nichteintreten (Guldener S. 221 bei Fn. 11; Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario). Das ist mehr als eine terminologische Spitzfindigkeit, denn das Abweisen einer Klage nach Prüfung ihrer sachlichen Voraussetzungen führt zur so genannten materiellen Rechtskraft, welche einem späteren gerichtlichen Verfahren darüber unter den selben Parteien entgegen steht (Guldener S. 316 Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO), wogegen dem Nichteintreten diese Wirkung nur sehr eingeschränkt und grundsätzlich nicht zukommt (Guldener S. 381, besonders Fn. 77 und 78; Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO: "die Sache"). Dem tragen die Beklagten nicht Rechnung, wenn sie - zunächst noch formell anwaltlich vertreten - im Zusammenhang mit der Einrede der Unzuständigkeit ausdrücklich verlangen, es sei die Klage abzuweisen. Ihr Irrtum bleibt freilich folgenlos: Die Fragen um die Prozessvoraussetzungen und damit auch die daraus zu ziehenden Konsequenzen sind von Amtes wegen zu prüfen resp. zu ziehen (Art. 60 ZPO; § 108 ZPO/ZH), und auch nach dem so genannten Dispositions-Grundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO; § 54 Abs. 2 ZPO/ZH) darf zwar nicht auf Anderes, wohl aber auf ein im Verlangten enthaltenes *minus* erkannt werden, und das wäre hier der Fall.

Nach neuem Recht gibt es keine Vorschrift, wonach die Einrede der Unzuständigkeit selbständig und vor dem Entscheid über die Sache zu treffen

wäre. Es verhält sich damit gleich wie mit den materiellen Einreden, etwa der Verjährung, der fehlenden Passivlegitimation oder was auch immer. Wenn das Gericht nicht von sich aus einen entsprechenden Vorentscheid fällt (Art. 237 ZPO), sind die Parteien daher gezwungen, sich gleichsam "auf Vorrat" zur Sache umfassend zu äussern. Nach dem bisherigen kantonalen Recht war das anders. Jedenfalls im schriftlichen Verfahren war nach Einholen einer Stellungnahme dazu "sofort" über die Einrede der Unzuständigkeit zu entscheiden (§ 111 Abs. 1 ZPO/ZH), und das war rekursfähig, wenn die Einrede verworfen wurde (§ 271 Abs. 1 lit. 4 ZPO/ZH). Das Bezirksgericht ist hier nicht nach dieser Vorschrift vorgegangen. Es hat das schriftliche Behauptungsverfahren weiter geführt und (erst) im Urteil über die Sache auch die Frage der Zuständigkeit behandelt. Möglicherweise hatte es die Lehre von den so genannten doppelrelevanten (richtiger: doppelt relevanten) Tatsachen im Sinn: danach sind Umstände, die eine tatsächliche Voraussetzung sowohl für eine Prozessvoraussetzung als auch für den Entscheid in der Sache bilden, für das erstere zu unterstellen und erst bei der Sache selbst zu prüfen (KuKo ZPO-Domej, Art. 60 N. 6 f.). Das ist aus Gründen der Prozessökonomie wohl sinnvoll. In einem Fall wie dem vorliegenden kann es allerdings die beklagte Partei zwingen, sich vor dem nach ihrer Auffassung unzuständigen Gericht (wie hier: Bezirks- statt Mietgericht) auf die Sache einzulassen, obwohl sie mit dem Schaffen von Spezialgerichten regelmässig geschützt werden soll. Die Bestimmung des kantonalen Rechts, dass über die Einrede der Unzuständigkeit vor der Verhandlung über die Sache zu entscheiden sei, liess jedenfalls Raum, diesem Bedenken Rechnung zu tragen. Wie es nach neuem Recht zu halten ist, wird zu entscheiden sein, wenn es einmal darauf ankommt, was ja heute nicht der Fall ist. Auch für das alte Recht kann die Frage allerdings offen bleiben. Die (damals noch formell anwaltlich vertretenen) Beklagten haben sich auf die Diskussion zur Sache eingelassen, und sie können nun im Berufungsverfahren alle Einwände, auch zur Zuständigkeit, einbringen. Auch wenn das Bezirksgericht über seine Zuständigkeit sofort hätte befinden sollen, wäre das heute kein Grund, ungeachtet der konkreten Beurteilung dieser Frage auf dem Ablauf zu beharren und dem Bezirksgericht und beiden Parteien den Leerlauf einer erneuten Durchführung von Replik und Duplik zuzumuten.

3.32 Zur streitigen Zuständigkeit ergibt sich im Einzelnen was folgt:

Das (von Bundesrechts wegen nicht vorgeschriebene, sondern auch nach neuem Recht auf der Organisationsautonomie des Kantons basierende) Mietgericht ist dann zuständig, wenn in der Sache ein Mietverhältnis vorliegt. Für die Beurteilung dieser Frage sind die vereinbarten Rechte und Pflichten der Parteien zu würdigen. Es liegen der eingangs beschriebene schriftliche Vertrag und die "General-Vollmacht" vor (act. 3/1 und 3/2). Diese sind unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) auszulegen. In erster Linie ist zwar wesentlich, was die Parteien übereinstimmend wollten, und nicht wie sie sich schriftlich oder mündlich ausdrückten (Art. 18 OR). Die Beklagten brachten dazu vor Bezirksgericht zum Einen vor, es sei beiden Seiten klar gewesen, dass nur eine Verbesserung des Objektes in seiner Substanz eine höhere Bankbelastung erlauben werde, und dass andererseits die Möglichkeit einer höheren Belastung Voraussetzung für die geplante Handänderung sein werde. Zum Anderen beriefen sie sich darauf, die Klägerin hätte dem Vertrag auf jeden Fall zugestimmt, auch wenn er den (formnichtigen) Teil über den Verkauf nicht enthalten hätte (act. 21). Das Bezirksgericht hat nicht festgestellt, ob die Klägerin diese Behauptungen ausdrücklich bestritt und sie namentlich nicht beweismässig erhärten lassen. Der Standpunkt der Klägerin ist aber auch dann nicht begründet, wenn darauf abgestellt wird, und so können Weiterungen unterbleiben. Namentlich brauchen die von den Beklagten pauschal "zur Erhellung des Sachverhaltes und der genauen Gegebenheiten" offerierten Zeugen nicht angehört zu werden. Im Zivilprozess wird zuerst behauptet, und das Wesentliche des Bestrittenen dann durch Beweiserhebungen abgeklärt. Die anwaltlich vertretenen Beklagten durften nicht darauf spekulieren, in der Befragung der angebotenen Zeugen werde sich Ergänzendes für ihren Standpunkt ergeben.

Das Bezirksgericht hat sich eingehend zur Qualifikation der Vereinbarung der Parteien geäußert. Es kann vorweg darauf verwiesen werden, mit den nachstehenden Präzisierungen: Vereinbart war zunächst nicht nur und klar eine Miete, wie es dem Haupt-Standpunkt der Beklagten entspräche. Der Vertrag ist überschrieben mit "Kauf - Verkauf Mehrfamilienhaus ...", und Inhalt der erteilten

"Generalvollmacht" war "Abwicklung ... Kauf - Verkauf Mehrfamilienhaus ...". Als Vertrag über die Übertragung des Eigentums war die Vereinbarung (form-)ungültig, da nicht öffentlich beurkundet (Art. 216 Abs. 1 OR, Art. 657 Abs. 1 ZGB und Art. 11 Abs. 2 OR), ganz abgesehen davon, dass es an der notwendigen Bestimmung und auch nur Bestimmbarkeit des Kaufpreises fehlte (Art. 184 Abs. 1 und 3 OR und Art. 2 Abs. 1 OR e contrario). Auch nach Auffassung der Beklagten war aber die in Aussicht genommene Veräusserung sehr wohl wesentlich: so tragen die Beklagten wie gesehen vor, es sei die übereinstimmende Absicht der Vertragsschliessenden gewesen, indem die Beklagten das Objekt renovierten und vermieten, sollte dessen Belehnungsgrenze erhöht und so ein (fremdfinanzierter) Kauf durch die zu gründende Erwerberin ermöglicht werden. Mit der Übernahme aller und namentlich auch der Hypothekenkosten versprachen die Beklagten der Klägerin zwar eine Gegenleistung, aber eine für einen Mietvertrag untypische: die Klägerin erzielte mindestens fürs Erste und auf unabsehbare Zeit hinaus keine noch so bescheidene Rendite auf ihrem Eigenkapital (von dem die Parteien ausgingen, es gebe es trotz des nach Darstellung der Beklagten ausgesprochen schlechten Zustandes des Objektes: die in Aussicht genommene Käuferin wollte der Klägerin, wenn auch nur "nach Möglichkeit", deren "Eigenkapital zurückführen", act. 3/1 S. 2 Abschnitt 2e). Die Beklagten stehen ferner auf dem Standpunkt, die Vereinbarungen zur Besitzesübertragung, zur Renovation und zur Vermietung seien seitens der Klägerin unkündbar, weil sie nur durch den fest in Aussicht genommenen Verkauf abgelöst werden konnten (act. 21 S. 10 f.); auch das ist für einen Mietvertrag untypisch. Sehr ungewöhnlich für ein Mietverhältnis ist sodann die General-Vollmacht, wonach die potentielle Käuferin sich ermächtigen liess, Verträge und Vergleiche abzuschliessen, Geld zu kassieren und überhaupt im Hinblick auf den "Kauf- Verkauf" (wozu nach der Darstellung der Beklagten ausdrücklich ja die Renovation und die Vermietung gehörten) als Generalbevollmächtigte zu handeln, alles "unbedingt rechtsverbindlich" für die Eigentümerin. Nach all dem ist das vertragliche Verhältnis der Parteien kein (reiner) Mietvertrag. Ob die Übertragung der Renovationen auf die neue Nutzerin einen Verstoss gegen zwingendes Mietrecht darstellt und den ganzen Vertrag als Miete nichtig machte (so das angefochtene Urteil), oder ob sie im Rahmen einer

Miete eine zulässige Einwilligung der Vermieterin im Sinne von Art. 260a OR darstellen würde (wie die Beklagten argumentieren), kann unter diesen Umständen offen bleiben.

Im Rahmen eines Vertrages eigener Art (Art. 19 OR) erachtet das Bezirksgericht die Elemente des Auftrags und der Leihe als überwiegend. Entgegen der Kritik in der Berufung ist das überzeugend, und es kann vorweg darauf verwiesen werden. Dass beide Seiten an der Verbesserung und Vermietung der Sache interessiert waren, begründet nicht schon das gemeinsame Geschäft im Sinne einer Parallelität der Interessen, wie es für eine Gesellschaft notwendig wäre. Im Gegenteil bleibt alles - ausdrücklich und nach Darstellung der Beklagten stillschweigend - Vereinbarte im Dienst des hauptsächlichen Zieles "Kauf - Verkauf Mehrfamilienhaus", was geradezu den Prototyp eines Interessengegensatzvertrages darstellt, auch wenn selbstredend ein Kaufvertrag nur zustande kommt, wenn beide Seiten daraus einen Vorteil zu ziehen hoffen. Die Beklagten argumentieren gegen einen Auftrag wesentlich damit, dass kein Auslagenersatz vereinbart wurde. Dieser ist allerdings nicht notwendiger Inhalt, sondern gesetzliche Folge eines Auftrages im Sinne von Art. 394 ff. OR. Die Beklagten übergehen sodann, dass das Bezirksgericht nicht angenommen hat, es liege (einzig) ein Auftrag vor, sondern das Vertragsverhältnis zeige (immerhin) auftragsrechtliche Züge. Dem ist zuzustimmen, nicht zuletzt unter Hinweis auf die Darstellung der Beklagten selber, es sei unter den Parteien ausgemacht gewesen, das Objekt solle durch Renovation und Vermietung (vorgenommen durch die potentielle Käuferin) einer höheren Belehnung zugänglich gemacht werden. Die bereits mehrfach zitierte "Generalvollmacht" (act. 3/2) ist ebenfalls ein auftragsrechtliches Element. Gegen die Leihe führen die Beklagten endlich aus, die übernommenen Zahlungen namentlich der Hypothekarzinsen gingen über die Pflichten eines Entlehners hinaus. Dem gegenüber wird zutreffend die Auffassung vertreten, was unter den "Kosten für die Erhaltung der Sache" zu verstehen sei, müsse anhand der konkreten Umstände, besonders der zeitlichen Dauer, bestimmt werden, und jedenfalls gingen die Pflichten des Entlehners weiter als die des Mieters (BSK OR I-Schärer/Mau-renbrecher 5. Aufl. 2011 Art. 307 N. 3). Der Entlehner darf die

Sache nach dispositivem Recht sodann zwar nicht weiter geben und damit insbesondere nicht seinerseits vermieten (Art. 306 Abs. 2 OR), aber das kann im Rahmen der Vertragsfreiheit anders abgesprochen werden; auch hier ist zu beachten, dass es nicht darum geht, ob eine reine Leihe vorliege, sondern ob das Verhältnis Züge der Leihe trage. Das ist der Fall.

3.33 Zusammengefasst und im Ergebnis ist dem Entscheid des Bezirksgerichtes darin zuzustimmen, dass das streitige Vertragsverhältnis weder als reine Miete noch als ein Vertrag eigener Art mit vorwiegend mietvertraglicher Ausprägung zu beurteilen ist. Die Einrede der Unzuständigkeit ist daher nicht berechtigt.

Obergericht, II. Zivilkammer
(Beschluss und) Urteil vom 23. Juli 2012
Geschäfts-Nr.: LB120037-O/U