

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG150017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher.

## Urteil vom 13. November 2015

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsklägerin,

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter,

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

betreffend  
**Hinterlegung / Mängelbeseitigung usw.**

Berufung gegen einen Beschluss des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Uster  
vom 29. Juli 2015 (MD150001)

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2 ff.)

- " 1. Hinterlegung  
Es sei der Klägerin zu bewilligen, die künftig fällig werdenden Mietzinsbetreffnisse ab 01. März 2013 bei der Gerichtskasse des Bezirkes Uster zu hinterlegen.
2. Mängelbeseitigung
- 2.1 Es sei der Beklagte zu verpflichten, die nachfolgend aufgelisteten Mängel am Mietobjekt Restaurant / Bar "C'.\_\_\_\_\_", D.\_\_\_\_\_-Strasse ..., E.\_\_\_\_\_, innert jeweiliger Frist auf seine eigenen Kosten zu beheben bzw. beheben zu lassen.
- 2.1.1. es seien die Abwasserleitungen in der Gebäudewand hinter der Bar und im Keller so in Stand zu stellen, dass keine Feuchtigkeitsschäden mehr entstehen und es seien die Wand hinter der Bar und die zwei Aussenwände im Keller fachmännisch zu entfeuchten, so dass die einwandfreie Lagerung von Lebensmitteln gemäss den einschlägigen Vorschriften erfolgen kann: Abnahme durch das Lebensmittelinspektorat bis 31. März 2015
- 2.1.2. es seien die Heizungsrohre im Kellergeschoss isolieren zu lassen: bis am 31. März 2015;
- 2.1.3. es sei die Lüftungsanlage für Küche und Restaurant durch eine Fachfirma gründlich reinigen zu lassen, und es seien an der Lüftung die notwendigen Servicearbeiten ausführen zu lassen; bis am 31. März 2015;  
überdies sei die Lüftungsanlage von den zuständigen Behörden abnehmen und ein amtlicher Nachweis ausstellen zu lassen: bis am 31. März 2015;
- 2.1.4. es sei die amtliche Abnahme der Elektro-Installationen im Keller durchführen und es sei ein amtlicher Nachweis ausstellen zu lassen: bis am 28. Februar 2015;
- 2.1.5. es seien die Abflussrohre im Bereich Herren-WC so Instand zu stellen, dass ein einwandfreier Betrieb möglich ist: bis am 31. März 2015;
- 2.1.6. Es sei der Parkett-Wasserschaden im Gang vor der Küche zu Hausflur/Toiletten nachhaltig zu beheben: bis am 31. März 2015;
- 2.1.7. es sei eine einwandfreie Schmutzschleuse vor dem Ein-/Ausgang zum Parkplatz wieder abzubringen: bis am 31. März 2015;

- 2.1.8. es sei die Undichtigkeit der Heizungsventile im Mietobjekt und in den darüber liegenden Lokalitäten fachmännisch zu beheben, und es sei eine genügende Heizungs-Regulation für das Mietobjekt sicherzustellen: bis am 28. Februar 2015.
- 2.2 Eventualiter seien die in Ziffer 2.1 hiavor aufgelisteten Mängel vom Beklagten innert vom Richter anzusetzender Frist zu beseitigen bzw. beseitigen zu lassen.
- 2.3 Es sei die Klägerin richterlich zu ermächtigen, diejenigen Mängel, welche von der Beklagten nicht fristgerecht beseitigt wurden, nach Ablauf der in Ziff. 2.1 bzw. 2.2 hiavor festgelegten Fristen jeweils ohne weiteres auf Kosten des Beklagten fachmännisch beheben zu lassen;  
  
überdies sei die Klägerin für berechtigt zu erklären, die von ihr zur Mängelbehebung nachweislich vorgeschossenen Kosten aus der Mietzinshinterlage (Ziff. 1 u 4.4) zu begleichen und ggf. darüber hinaus mit Forderungen des Beklagten aus dem Mietvertrag zu verrechnen.
- 2.4 Es sei der Beklagte unter Androhung der Bestrafung im Sinne von Art. 292 StGB für den Fall der Zuwiderhandlung richterlich anzuweisen:
  - 2.4.1. ab sofort und künftig an sämtlichen behördlichen Verfahren soweit rechtlich erforderlich mitzuwirken, um das Mietobjekt in den vertragsgemässen Zustand zu versetzen, speziell der Einsichtnahme der Klägerin in die diesbezüglichen Unterlagen bei den zuständigen Amtsstellen und Behörden zuzustimmen, insbesondere:
    - 2.4.1.1. das der Klägerin vom Beklagten als legal verkaufte Beschattungssystem bewilligungsfähig zu machen bzw., die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um die mietvertragsgemässe Nutzung der Restaurant-Gartenterrasse zu ermöglichen;  
  
zu diesem Zweck sei der Beklagte zu verpflichten, Gesuche um Baubewilligungen für die Beschattungsanlage zu unterzeichnen und im erforderlichen Umfang mitzuwirken, soweit die Bewilligung des heutigen Zustandes bzw. der im Juni 2010 übernommenen Beschattungsanlage beabsichtigt wird.
    - 2.4.1.2 überdies sei der Beklagte zu verpflichten, an den auf ihre an den auf ihre eigenen Kosten erfolgenden Abklärungen der Klägerin zur Erstellung eines Wintergartens anstelle der heutigen Beschattungsanlage auf der Gartenterrasse soweit rechtlich erforderlich auf erstes Verlangen mitzuwirken, insbesondere die ggf. erforderlichen Unterschriften zu leisten.
  - 2.4.2.1 ab sofort zu gestatten, dass die Klägerin das Gastgewerbelokal selbständig und auf Kosten des Beklagten wieder mit gleichen Aussenanschriften und Beleuchtungen gemäss Bauges-

such Nr. .../Verfügung vom 07. Oktober 2011 zu kennzeichnen, welche der Beklagte am 21.08.2012 eigenmächtig entfernen liess.

- 2.4.2.2 den Beklagten zu verpflichten, die von ihm am 10.10.2014 eigenmächtig von der Hauswand zum Parkplatz hin entfernte Hinweistafel samt Zubehör unverzüglich fachmännisch wieder zu montieren;
- 2.4.3 der Klägerin zu erlauben, die Fassade im Bereich des Mietobjekts auf eigene Kosten bis zur ersten Etage neu zu streichen, wobei die Klägerin sich selber um die notwendigen Bewilligungen zu bemühen hat.
- 2.4.5 die an der Aussenwand über dem Mietobjekt zur D.\_\_\_\_\_-Strasse hin angebrachte Leuchtschrift "Hotel C.\_\_\_\_\_" ab sofort angemessen zu unterhalten, insbesondere jeweils für den unverzüglichen Ersatz defekter Leuchtschriftzüge besorgt zu sein;
- 2.4.6 ab sofort und künftig jederzeit für rechtzeitige Heizölbestellungen besorgt zu sein;
- 2.4.7 geschäftsschädigende Referenzen gegenüber Gästen des Hotels C.\_\_\_\_ ab sofort zu unterlassen;
- 2.4.8 Anstiftung von Gästen des Hotels C.\_\_\_\_ zu Polizeianzeigen wegen angeblicher Lärmbelästigungen seitens des klägerischen Betriebs ab sofort zu unterlassen;
- 2.4.9 Beherbergung von solchen Gästen in den Zimmern über dem Mietobjekt zu unterlassen, welche den Betrieb der Klägerin durch übermässige Immissionen stören, Polizeieinsätze provozieren oder den Geschäftsbetrieb der Klägerin sonstwie übermässig stören;
- 2.4.10 vertragswidrige Konkurrenzierung, insbesondere die Bewirtung von Hotelgästen und Dritten in den Hotelräumlichkeiten der Liegenschaften D.\_\_\_\_-Strasse Nrn. ... und ..., ab sofort zu unterlassen;
- 2.4.11 den Handelsregistereintrag (Firmennummer CHE-...): Firma: B.\_\_\_\_, Hotel-Restaurant C.\_\_\_\_; Zweck: Hotel- und Restaurationsbetrieb; Adresse der Firma: D.\_\_\_\_-Strasse ..., E.\_\_\_\_; unverzüglich zu ändern, sodass keine Verwechslungen der Betriebe C'.\_\_\_\_-Bar/Restaurant und Hotel C.\_\_\_\_ mehr möglich sind.

### 3. Mietzinsherabsetzung:

Es sei der vertragliche Netto-Mietzins von Fr. 3'000.00 pro Monat rückwirkend ab Mietvertragsantritt am 01.06.2010 bis zum Zeitpunkt der vollständigen Mängelbehebung im Sinne von Ziffer 2 hiavor herabzusetzen wie folgt:

- 3.1 von 01.06.2010 bis 31.08.2012 (27 Mte): um 10% von Fr. 3'000.- NMZ/Mt;
- 3.2 von 01.09.2012 bis 28.02.2013 (06 Mte): um 20% von Fr. 3'000.- NMZ/Mt;
- 3.3 von 01.03.2013 bis 31.05.2014 (15Mte): um 25% von Fr. 3'000.- NMZ/Mt;
- 3.4 von 01.06.2014 bis 30.09.2014 (04 Mte): um 20% von Fr. 3'000.- NMZ/Mt.
- 3.5 von 01.10.2014 bis zum Ende des Monats, in welchem die Behebung der Mängel (Ziff.2) festgestellt wird: um 20% von Fr. 3'000.- NMZ/Mt.
- 4.1 Es seien der Klägerin Fr. 25'350.- (Ziff. 3.1-3.4 u. 4.5), nämlich:
  - 4.1.1 01.06.2010 bis 31.08.2012 (27 Mte): 10% NMZ = Fr. 8'100.-,
  - 4.1.2 01.09.2012 bis 28.02.2013 (06 Mte): 20% NMZ = Fr. 3'600.-
  - 4.1.3 01.03.2013 bis 31.05.2014 (15Mte): 25% NMZ = Fr. 11'250.-,
  - 4.1.4 01.06.2014 bis 30.09.2014 (04 Mte): 20% NMZ = Fr. 2'400.-,aus den bei der Bezirksgerichtskasse Uster seit 01.03.2013 hinterlegten Mietzinsen innert 10 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft an die Klägerin auszubezahlen.
- 4.2 Überdies sei der Betrag entsprechend der zu bewilligenden Netto-Mietzinsreduktion ab 01.10.2014 bis zum Urteil in vorliegender Angelegenheit pro rata temporis aus den bei der Bezirksgerichtskasse Uster seit 01.03.2013 hinterlegten Mietzinsen innert 10 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft an die Klägerin auszubezahlen.
- 4.3.1 Es habe die Hinterlage im Mehrbetrag (Ziff. 4.1 u. 4.2) bei der Bezirksgerichtskasse Uster bis zum Abschluss der Mängelbehebung hinterlegt zu bleiben.
- 4.3.2 Die Auszahlung der hinterlegten Mietzinse habe – vorbehältlich Ziff. 4.1 u. 4.2 hiervoor – zu erfolgen wie folgt:
  - 4.3.2.1 prioritär:
    - 1) an die Klägerin:
      - für die Mietzinsreduktion ab Eintritt der Rechtskraft (Ziff. 4.2) bis zum Ende des Monats, in welchem die Behebung der Mängel festgestellt wird (Ziff. 4.3.2.1).
      - für ihre Kosten der Mängelbehebung aufgrund ihres Nachweises, dass sie Mängel gemäss Ziffer 2 selber hat beheben und vorfinanzieren müssen.
    - 2) an den Beklagten:

- für Mängelbehebung aufgrund auf der diesbezüglichen Bestätigung durch die Klägerin, dass Mängel (Ziff. 2) behoben worden sind.

4.3.2.2 Zu diesem Zweck seien die Parteien zu verpflichten, der Bezirksgerichtskasse Uster die erfolgte fachmännische Behebung einzelner bzw. aller Mängel (Ziff. 2) umgehend schriftlich mitzuteilen.

5. Forderung aus Konkurrenzverbotsverletzung:

Es sei der Beklagte im Sinne einer Teilklage zu verpflichten, der Klägerin zufolge fortgesetzter Verletzung des vertraglichen Konkurrenzverbots den Betrag von Fr. 36'000.- zuzüglich 5% Zins seit 01.03.2015 zu bezahlen, unter Nachklagevorbehalt für weitere finanzielle Forderungen aus der Verletzung von Art. 31 MV.

6. Schadenersatz:

Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für die Folgen der nicht richtigen Erfüllung des Mietvertrages vom 31.05.2010 den Schaden in noch zu beziffernder Höhe zuzüglich Zins von 5% seit dem 15. 02.2013 zu bezahlen, unter Nachklagevorbehalt für später fällig werdende Schadenersatzansprüche.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuern zulasten des Beklagten."

**Beschluss des Mietgerichts des Bezirkes Uster vom 29. Juli 2015:**

(act. 12 = act. 16 = act. 18)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Reicht die Klägerin nicht innert eines Monats ab Erhalt dieses Entscheids eine neue Klage beim zuständigen Gericht ein, so hat die Bezirksgerichtskasse den gesamten von der Klägerin hinterlegten Betrag (Stand per 29. Juli 2015: Fr. 91'000.-, derzeit hinterlegt unter Geschäfts-Nr. ML 130002-1) an den Beklagten auf ein vom ihm zu bezeichnendes Konto auszubehalten. Reicht die Klägerin eine neue Klage beim zuständigen Gericht ein, so hat die Bezirksgerichtskasse den gesamten von der Klägerin hinterlegten Betrag an die Kasse des zuständigen Gerichts zu überweisen.

3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem hiesigen Gericht die Klageerhebung gemäss Dispositivziffer 2 unverzüglich mitzuteilen, ansonsten die Auszahlung an den Beklagten erfolgt.

4.-8. Kosten / Parteientschädigung / Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

### **Berufungsanträge:**

(act. 17 S. 2)

" 1. Es sei der Nichteintretens-Beschluss des Bezirksgerichts Uster / Mietgericht (Geschäfts-Nr. 150001), dat. 29.07.2015, aufzuheben, und es sei die Klage zur Behandlung an das Bezirksgericht Uster / Mietgericht zurück zu weisen.

2. Eventualiter habe das Obergericht das für die Behandlung der Klage sachlich zuständige Gericht zu bestimmen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuern zulasten des Beklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgen Klägerin) als Mieterin und der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) als Vermieter schlossen am 31. Mai 2010 einen Mietvertrag über das gesamte Untergeschoss, das Restaurant im Erdgeschoss sowie das Zimmer Nr. ... im Obergeschoss der Liegenschaft Hotel C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in E.\_\_\_\_\_, ab, wobei festgehalten wurde, die Räumlichkeiten würden der Klägerin zum Gebrauch als Restaurant/Bar überlassen (act. 4/1). Das Mietverhältnis zwischen den Parteien wurde zunächst fest bis zum 31. Mai 2015 befristet (act. 4/1 Art. 5.2.1), wobei der Beklagte der Klägerin zu den gleichen Konditionen zwei Optionen auf Verlängerung des Mietvertrages um jeweils fünf Jahre bis zum 31. Mai 2020 bzw. 31. Mai 2015 einräumte (act. 4/1 Art. 5.2.2). Die Parteien vereinbarten dabei einen jährlichen Nettomietzins von Fr. 48'000.– bis zum 1. Mai 2012 bzw. einen solchen von

Fr. 36'000.– ab dem 1. Juni 2012 und hielten fest, dass die Mietzinsdifferenz von Fr. 24'000.– für die Zeit bis zum 1. Mai 2012 eine Restzahlung für Inventar/Ablösesumme darstelle (act. 4/1 Ziff. 3.1.1). Sodann verabredeten die Parteien, dass der Beklagte der Klägerin für den Gastro- respektive Hotelbetrieb in der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in E.\_\_\_\_\_ ein Exklusivrecht gewähre, wobei in diesem Zusammenhang insbesondere vereinbart wurde, bei Verletzung des Konkurrenzverbotes könne die Klägerin vom Beklagten Schadenersatz verlangen und Mietzinsreduktion fordern, aus wichtigen Gründen auch fristlos kündigen und in allen Fällen eine Konventionalstrafe in der Höhe einer Bruttojahresmiete im Zeitpunkt der Vertragsverletzung fordern (act. 4/1 Art. 31).

2.1 Mit Beschluss vom 15. Dezember 2014 wurde der Klägerin von der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirkes Uster gegen den Beklagten die Klagebewilligung ausgestellt und ihr bewilligt, die ab 1. März 2013 fällig werdenden Mietzinsbetreffnisse bei der Gerichtskasse des Bezirkes Uster zu hinterlegen (act. 1 Disp.-Ziff. 1 und 2).

2.2 Unter Beilage dieser Klagebewilligung machte die Klägerin am 9. Februar 2015 beim Mietgericht des Bezirkes Uster eine Klage gegen den Beklagten anhängig und stellte dabei die vorgenannten Rechtsbegehren (act. 2 S. 2 ff.). Mit Beschluss vom 29. Juli 2015 traf die Vorinstanz den vorgenannten Nichteintretensentscheid (act. 12 = act. 16 = act. 18, nachfolgend zitiert als act. 16).

3. Gegen diesen Entscheid hat die Klägerin am 31. August 2015 rechtzeitig (vgl. act. 13) Berufung erhoben und dabei die vorgenannten Berufungsanträge gestellt (act. 17 S. 2 f.). In der Folge wurde ihr mit Verfügung vom 7. September 2015 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 22), welchen sie innert Frist geleistet hat (act. 24). Mit Verfügung vom 30. September 2015 wurde daraufhin dem Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 25), wobei dieser innert Frist den Verzicht auf die Erstattung einer solchen erklärte (act. 27).

4. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-14). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren Fr. 10'000.– erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend wird der für die Berufung notwendige Streitwert ohne Weiteres erreicht, belief sich doch – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (act. 16 E. 2) – der Streitwert der von der Klägerin vorinstanzlich gestellten Rechtsbegehren auf rund Fr. 390'000.–. Die Berufung ist damit zulässig.
2. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet sowie mit einem Antrag versehen einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dies ist hier erfolgt. Die Klägerin ist durch den angefochtenen Entscheid formell und materiell beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert. Auf die Berufung ist einzutreten.
3. Die Berufung führende Partei hat die Mängel, welche der erstinstanzliche Entscheid ihrer Meinung nach aufweist, gestützt auf die zugelassenen Berufungsgründe geltend zu machen. Mit der Berufung kann eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz gerügt werden (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (vgl. BGE 138 III 374 E. 2 = Pra 102 [2013] Nr. 4; OGer ZH, LB110049 vom 5. März 2012, E. II.1.1. und E. II.1.2.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. OGer LB140064 vom 13. November 2014 E. II.1; vgl. auch BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Soweit eine genügende Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können neue Tatsachen und Beweismittel nur be-

rücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. statt vieler: BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 60 f.). Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Vorbringen der Klägerin einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

4. Die Klägerin wirft der Vorinstanz eine unrichtige Rechtsanwendung vor und macht geltend, die Vorinstanz habe ihre Zuständigkeit zu Unrecht verneint. Dementsprechend beantragt sie die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und die Rückweisung des Verfahrens zur Behandlung bzw. zum Entscheid in der Hauptsache an die Vorinstanz (act. 17 S. 2 ff.).

### III. Zur Berufung

1. Die Klägerin hat mit ihrer Klage vorinstanzlich die Hinterlegung des Mietzinses (Antrag 1), die Beseitigung diverser Mängel (Antrag 2) sowie die Herabsetzung des Mietzinses (Antrag 3 und 4) verlangt. Zudem beantragte sie, es sei der Beklagte im Sinne einer Teilklage zu verpflichten, ihr zufolge fortgesetzter Verletzung des vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbotes einen Betrag von einsteuerten Fr. 36'000.– zzgl. Zins (Antrag 5) und für die Folgen der nicht richtigen Erfüllung des Mietvertrages Schadenersatz in noch zu beziffernder Höhe zzgl. Zins zu bezahlen (Antrag 6). Festzuhalten ist, dass es sich sowohl bei Antrag 5 als auch bei Antrag 6 im Grunde um ein Schadenersatzbegehren im Sinne von Art. 259e

OR handelt, zumal es sich bei einer allfälligen konkurrenzierenden Tätigkeit des Vermieters trotz anderslautender Zusicherung des Vermieters im Mietvertrag potentiell um einen Mangel der Mietsache handelt (vgl. Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 27. August 1996, in: mp 1/98 S. 21 ff.).

2. Die Vorinstanz ist auf die von der Klägerin erhobene Klage nicht eingetreten, weil sie für deren Behandlung das Handelsgericht des Kantons Zürich als zuständig erachtete (act. 16 E. 4.4.1.). Dabei hat sie zunächst erwogen, der Streitwert der von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren belaufe sich auf Fr. 392'730.–, wobei jedes einzelne Rechtsbegehren über Fr. 30'000.– liege (act. 16 E. 2.). Weiter hat sie ausgeführt, für die von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren 5 (Forderung aus Konkurrenzverbotsverletzung) und 6 (Schadenersatz aus Schlechterfüllung des Mietvertrages) seien die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt. So seien beide Parteien im Schweizerischen Handelsregister eingetragen und es sei die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin betroffen, verfolge diese doch gemäss Handelsregister den Zweck, Restaurant- und Barlokale zu betreiben und werde doch die Verletzung eines Konkurrenzverbotes sowie Schadenersatz für die Schlechterfüllung eines Mietvertrages geltend gemacht, welcher zwischen den Parteien für das Mietobjekt, in welcher die Klägerin die "C'. \_\_\_\_\_ Bar" betreibe, abgeschlossen worden sei. Schliesslich stehe den Parteien aufgrund des Streitwertes von Fr. 36'000.– (Antrag 5) bzw. mindestens Fr. 200'000.– (Antrag 6) für beide Ansprüche gestützt auf Art. 74 Abs. 1 BGG die Beschwerde in Zivilsachen offen. Deshalb liege für die beiden genannten Anträge der Klägerin eine handelsrechtliche Streitigkeit vor (act. 16 E. 3.4).

Weiter führt die Vorinstanz zusammengefasst aus, die Klägerin stelle neben den bereits erwähnten Forderungen aus Konkurrenzverbotsverletzung und aus Schlechterfüllung des Mietvertrages im Rahmen der Rechtsbegehren 1 bis 4 noch ein Gesuch um Bewilligung der Mietzinshinterlegung und verlange zudem die Mängelbeseitigung sowie eine Mietzinsherabsetzung (act. 16 E. 4.1.). Da jedes dieser klägerischen Rechtsbegehren selbständig gestellt werden könne, liege eine objektive Klagenhäufung vor, welche gemäss Art. 90 ZPO zulässig sei, wenn (a) das gleiche Gericht sachlich zuständig sei und (b) die gleiche Verfahrensart

anwendbar sei (act. 16 E. 4.2). Zwar unterständen die Rechtsbegehren 1 bis 4 gemäss Art. 243 Abs. 2 ZPO dem vereinfachten Verfahren, doch könne die Klägerin als Mieterin auf die Anwendung des vereinfachten Verfahrens zugunsten des ordentlichen Verfahrens verzichten, um so eine Klagenhäufung mit anderen, im ordentlichen Verfahren zu behandelnden Begehren zu ermöglichen (act. 16 E. 4.3.2). Vorliegend habe die Klägerin im Rahmen einer objektiven Klagenhäufung verschiedene einzelne Klagen gemeinsam beim Gericht eingereicht und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie diese zusammen beurteilt haben wolle. Auch sei sie sich dabei bewusst gewesen, dass hierbei das ordentliche Verfahren Anwendung finden würde. Damit habe die Klägerin hinsichtlich der Rechtsbegehren 1 bis 4 zu Gunsten der objektiven Klagenhäufung auf das vereinfachte Verfahren verzichtet. Die Begehren um Mietzinshinterlegung, Mängelbeseitigung und Mietzinsherabsetzung seien deshalb zusammen mit den anderen Begehren im ordentlichen Verfahren zu behandeln (act. 16 E. 4.3.3.). Sodann sei die Zuständigkeit des Handelsgerichts auch für die Begehren der Mietzinshinterlegung, Mängelbeseitigung und Mietzinsherabsetzung zu bejahen: Beide Parteien seien im Handelsregister eingetragen, es sei die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin betroffen und den Parteien stehe – sogar für jedes einzelne Rechtsbegehren – die Beschwerde in Zivilsachen offen. Damit würden grundsätzlich auch die Rechtsbegehren 1 bis 4 in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen (act. 16 E. 4.4.1).

Ergänzend fügt die Vorinstanz sodann an, eine von dieser Konzeption abweichende sachliche Zuständigkeit müsse sich gemäss BGE 140 III 155, E. 4.2, auf eine bundesrechtliche Verfahrensvorschrift stützen. Insbesondere stelle das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung klar, dass auf kantonalem Recht begründete sachliche Zuständigkeiten der handelsgerichtlichen Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 2 ZPO nachgehen würden. Erforderlich sei demnach eine bundesrechtliche Regelung, mit welcher sich die Zuständigkeit eines anderen Gerichts begründen liesse. Die Zivilprozessordnung sehe jedoch nicht vor, mietrechtliche Streitigkeiten seien vor einem Mietgericht als Fachgericht oder von einem Bezirksgericht zu behandeln. Die Zivilprozessordnung bestimme einzig, bei den Kernbereichen des Mietrechts habe das vereinfachte Verfahren Anwendung zu finden (Art. 243 Abs.

2 lit. c ZPO). Darauf könne – wie dargelegt – von der Mieterin zu Gunsten des ordentlichen Verfahrens verzichtet werden. Es bestehe mithin keine bundesrechtliche Vorschrift oder Verfahrensmaxime, welche eine von Art. 6 Abs. 2 ZPO abweichende sachliche Zuständigkeit begründe. Das Handelsgericht sei demnach in casu auch für die Behandlung der Begehren um Mietzinshinterlegung, Mängelbeseitigung und Mietzinsherabsetzung sachlich zuständig (act. 16 E. 4.4.2). Damit seien die Voraussetzungen für die objektive Klagenhäufung erfüllt und sämtliche von der Klägerin gestellten Begehren seien im ordentlichen Verfahren vor dem sachlich zwingend zuständigen Handelsgericht zu behandeln. Es sei deshalb auf die gesamte Klage nicht einzutreten (act. 16 E. 4.5).

3. Die Klägerin bestreitet dies und macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht nicht auf die von ihr erhobene Klage eingetreten. So habe sie nicht bewusst auf das vereinfachte Verfahren verzichtet, sondern habe ihre Klage gestützt auf die entsprechend lautende Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde beim Mietgericht eingereicht; überdies werde das Mietgericht gemäss § 21 lit. a GOG als zuständig erklärt für die Entscheidung erstinstanzlicher Streitigkeiten aus Mietverhältnissen für Geschäftsräume (act. 17 S. 11). Sodann habe das Bundesgericht in BGE 139 III 457 ff. Regeln zur Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Handels- und Mietgericht festgelegt, die auch im vorliegenden Verfahren wegleitend seien; diese würden betreffend die Rechtsbegehren 1 bis 3 zur Zuständigkeit des Mietgerichtes führen (act. 17 S. 10). Auch wenn die Rechtsbegehren 5 und 6 in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgericht fallen würden, sei eine Aufteilung der nach Verfahrensarten verschiedenen Rechtsbegehren abzulehnen, da dies gegen die vom Bundesgericht in BGE 139 III 457 erwähnten Maximen, speziell gegen jene, wonach das Prozessrecht dem materiellen Recht zu dienen habe, verstosse. Überdies sei ein solches Vorgehen prozessökonomisch nicht vertretbar, weil sich zwei verschiedene Gerichte parallel mit demselben Lebenssachverhalt zu befassen hätten (act. 17 S. 11 f.). Sachlich würden alle Rechtsbegehren einen engen Konnex zum selben Lebenssachverhalt aufweisen, weshalb es nach ihrer Auffassung am meisten Sinn mache, dass das mietrechtlich spezialisierte Mietgericht Uster auch die Rechtsbegehren 5 und 6 behandle. Falls und insofern dies mit Blick auf die gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens-

arten nicht anders möglich bzw. erlaubt sei, könne es gegebenenfalls die im ordentlichen Verfahren zu behandelnden Rechtsbegehren abtrennen und ein separates Geschäft führen. Aber immerhin wäre diesfalls die erforderliche Sachkompetenz "unter einem Dach vereint" (act. 17 S. 12). Dementsprechend sei es angezeigt, in vorliegender Angelegenheit das Mietgericht Uster als sachlich zuständig für die Behandlung aller Rechtsbegehren zu erklären, ggf. in nach Verfahrensart separaten Geschäften (act. 17 S. 13).

4. Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. Der Kanton Zürich hat von der Möglichkeit, in diesem Rahmen ein Handelsgericht zu schaffen, Gebrauch gemacht und das Handelsgericht unter anderem für handelsrechtliche Streitigkeiten im Sinn von Art. 6 Abs. 2 ZPO für zuständig erklärt, soweit deren Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt (§ 44 lit. b GOG).

4.1 Das Bundesgericht hat in BGE 140 III 155 E. 4 klargestellt, dass das Handelsgericht bei gegebenen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO zwingend und ausschliesslich zuständig sei. Dieser Grundsatz kann indessen zumindest dann nicht uneingeschränkt gelten, wenn eine die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllende Streitigkeit gleichzeitig eine Streitigkeit aus Miete und Pacht im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO darstellt. So hat das Bundesgericht in BGE 139 III 457 E. 4.4.1. festgehalten, dass sich die Bestimmungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO überschneiden würden. Die Abgrenzung zwischen Art. 6 ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO könne nur so erfolgen, dass entweder das Handelsgericht zuständig sei und dieses im ordentlichen Verfahren ohne vorgängige Schlichtung (Art. 198 lit. f ZPO) entscheide, oder dass die spezifischen Mietstreitigkeiten von den ordentlichen Gerichten (bzw. in Kantonen mit Mietgericht von diesem) im vereinfachten Verfahren und mit vorgängiger Schlichtung durch die paritätische Schlichtungsbehörde entschieden würden (BGE 139 III 457 E. 4.4.3.1). Weiter hat das Bundesgericht in Erwägung gezogen, dass dem Zivilprozessrecht eine dienende Funktion zukomme, sei es doch darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Wären die Verfah-

rensarten für die gleichen Streitigkeiten unterschiedlich, weil diese von unterschiedlichen Gerichten beurteilt werden könnten, so wäre die mit der vereinheitlichten ZPO angestrebte einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts in Frage gestellt. Die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der Handelsgerichte und jener der ordentlichen Gerichte könne daher nicht derart sein, dass dadurch in die durch die ZPO vorgegebenen Verfahrensarten eingegriffen würde. Daher könnten die Kantone zwar eine Abgrenzung der Zuständigkeiten nach der Verfahrensart treffen, nicht aber in die von der ZPO vorgegebenen Verfahrensarten eingreifen. Deshalb sei die Abgrenzung zwischen Art. 6 ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO so vorzunehmen, dass die Regelung der Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit der Handelsgericht vorgehe (BGE 139 III 457 E. 4.4.4.3). Folglich seien die Handelsgerichte für Streitigkeiten, die gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO dem vereinfachten Verfahren unterstehen, nicht zuständig (BGE 139 III 457 E. 4.4).

4.2 Für das vorliegende Verfahren heisst dies, dass soweit sowohl die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts als auch diejenige des Handelsgerichts gegeben ist, die Abgrenzung der Zuständigkeiten gestützt auf die in BGE 139 III 457 entwickelte Rechtsprechung nach dem anwendbaren Verfahren vorzunehmen ist. Dies bedeutet, dass im Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens das Mietgericht zuständig ist. Entgegen der Klägerin (act. 17 S. 12 f.) gilt hingegen das Gegenteil, sofern das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommt; wie das Bundesgericht in BGE 140 III 155 E. 4.3 festgehalten hat, bleibt diesfalls nämlich kein Raum für eine weitere Zuständigkeitsregelung durch einen Kanton, weshalb das Handelsgericht für allfällig dem ordentlichen Verfahren unterstehende Klagebegehren ausschliesslich zuständig wäre. Eine Überweisung eines entsprechenden ordentlichen Verfahrens an das für das vereinfachte Verfahren zuständige Mietgericht, wie sie die Klägerin mit der "Vereinigung der Sachkompetenz unter einem Dach" beantragt (act. 17 S. 12 f.), fällt dementsprechend ausser Betracht.

4.2.1 Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (act. 16 E. 3.4) gilt eine Streitigkeit als handelsrechtlich im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO, wenn (a) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, (b) gegen den Entscheid die

Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht und (c) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Ebenfalls zutreffend hat die Vorinstanz erwogen, dass diese Voraussetzungen sowohl für die Rechtsbegehren 5 und 6 betreffend Forderung aus Konkurrenzverbotsverletzung sowie Schadenersatz aus Schlechterfüllung des Mietvertrages (act. 16 E. 3.4), als auch für die Rechtsbegehren 1 bis 4 betreffend Hinterlegung des Mietzinses, Mängelbeseitigung und Herabsetzung des Mietzinses (act. 16 E. 4.4.1) erfüllt seien. So sind beide Parteien im Schweizerischen Handelsregister eingetragen (vgl. act. 4/3-4). Zudem betreffen alle Rechtsbegehren die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin, zumal diese im Mietobjekt ein Restaurant betreibt und ihre geschäftliche Tätigkeit somit durch Streitigkeiten aus dem Mietvertrag unmittelbar tangiert wird. Ausserdem hat die Vorinstanz richtig festgestellt, dass der Streitwert aller Rechtsbegehren je einzeln über Fr. 30'000.– liegt (act. 16 E. 2), womit für jeden von der Klägerin geltend gemachten Anspruch je einzeln nicht nur die Streitwertgrenze der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a ZPO, sondern auch diejenige gemäss § 44 lit. b GOG gegeben ist. Es ist damit für alle Rechtsbegehren sowohl das Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO als auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgericht gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG grundsätzlich zu bejahen.

4.2.2 Da es sich bei den von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche um mietrechtliche handelt, stellt sich dementsprechend die Frage nach der Abgrenzung der Zuständigkeit des Handels- und des Mietgerichts, wobei nach der vorzitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Regelung der Verfahrensart derjenigen über die sachliche Zuständigkeit vorgeht. Dabei fällt aufgrund des Streitwertes der einzelnen Rechtsbegehren die Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens aufgrund von Art. 243 Abs. 1 ZPO ausser Betracht, weshalb nachfolgend zu prüfen ist, ob auf die von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren das vereinfachte Verfahren gestützt auf Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO Anwendung findet.

4.3 Die Vorinstanz ist bezüglich der auf die Rechtsbegehren der Klägerin anwendbaren Verfahrensart grundsätzlich davon ausgegangen, dass – worauf nach-

folgend (Ziff. III.4.4.1) noch genauer einzugehen sein wird – für die Rechtsbegehren 1 bis 4 das vereinfachte, für die Rechtsbegehren 5 und 6 hingegen das ordentliche Verfahren Anwendung finde (act. 16 E. 4.3.2). Jedoch hat sie sich im Weiteren auf den Standpunkt gestellt, die Klägerin als Mieterin habe für den dem vereinfachten Verfahren unterstehenden Teil ihrer Klage zugunsten des ordentlichen Verfahrens auf die Anwendung des vereinfachten Verfahrens verzichten können, um so eine Klagenhäufung mit anderen, im ordentlichen Verfahren zu behandelnden Begehren zu ermöglichen (act. 16 E. 4.3.2). Zur Begründung hat sie ausgeführt, zwar sei der Gesetzeswortlaut von Art. 243 ZPO an sich klar und lasse eine solche freiwillige Änderung der Verfahrensart nicht zu. Indessen spreche der vom Gesetzgeber mit dieser Bestimmung verfolgte Zweck, nämlich der schwächeren Partei das Verfahren zu erleichtern, gegen die grammatikalische Auslegung. Es könne jedoch Konstellationen geben, in welchen ein Mieter ein Begehren um Bewilligung der Mietzinshinterlegung zum Beispiel aus prozessökonomischen Gründen oder zur Ermöglichung einer gesamtheitlichen Beurteilung mit anderen mit dem Mietverhältnis in einem sachlichen Zusammenhang stehenden Leistungsklagen kombinieren möchte. Dass nun der als Schutzbestimmung zu Gunsten des Mieters konzipierte Art. 243 ZPO ein solches Vorgehen verunmögliche, könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Zwar habe sich die Literatur mit der Frage der Zulässigkeit eines Verzichts auf das vereinfachte Verfahren im Anwendungsbereich von Art. 243 Abs. 2 ZPO noch nicht vertieft auseinandergesetzt. Bei der Frage der Zulässigkeit einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Widerklage, auf welche an sich das vereinfachte Verfahren anwendbar wäre, vertrete die herrschende Lehre jedoch die Ansicht, dass es dem Widerkläger möglich sein müsse, auf das vereinfachte Verfahren zu verzichten. Für die Zulässigkeit des Verzichts werde dabei stets mit dem fehlenden Schutzbedürfnis des Klägers und Widerbeklagten argumentiert. Dieser Argumentation sei zuzustimmen und sie könne auch auf die hier zu behandelnde Konstellation übertragen werden (act. 16 E. 4.3.2.).

4.3.1 Die Vorinstanz übersieht, dass der von ihr wiedergegebene Standpunkt, wonach es dem Widerkläger (generell) möglich sein müsse, auf das vereinfachte Verfahren zu verzichten, in dieser allgemeingültigen Weise keineswegs der Mei-

nung der von ihr zitierten Literatur entspricht. Ganz im Gegenteil vertritt die Literatur den Standpunkt, dass in einem im ordentlichen Verfahren geführten Prozess eine im vereinfachten Verfahren zu erhebende Widerklage generell unzulässig sei, wenn es sich – wie im Falle der mietrechtlichen Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO – um einen Sozialprozess (mit Untersuchungsgrundsatz) nach Art. 247 Abs. 2 ZPO handle (ZK ZPO-LEUENBERGER, 2. Aufl. 2013, Art. 224 N 14; THOMAS ENGLER, OFK-ZPO, 2. Aufl. 2015, Art. 224 N 10; BK ZPO-KILLIAS, Bd. II, Art. 224 N 25; GASSER/RICKLI, Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 224 N 3; BSK ZPO-WILLISEGGER, 2. Aufl. 2013, Art. 224 N 43; ERIC PAHUD, DIKE-Komm ZPO, Online Stand 30. August 2013, Art. 224 N 15). Nur wenn mit der Widerklage eine Forderung geltend gemacht werden soll, die *ausschliesslich wegen des Streitwerts* (bis Fr. 30'000.–) dem vereinfachten Verfahren untersteht, vertritt ein Teil der Lehre den von der Vorinstanz als allgemeingültig wiedergegebenen Standpunkt, wonach die eigentlich dem vereinfachten Verfahren unterstehende Widerklage in einem ordentlichen Verfahren zuzulassen sei (dafür: LEUENBERGER, a.a.O., Art. 224 N 14; ENGLER, a.a.O., Art. 224 N 10; KILLIAS, a.a.O., Art. 224 N 25; GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 224 N 3; dagegen: WILLISEGGER, a.a.O., Art. 224 N 43; PAHUD, a.a.O., Art. 224 N 15).

4.3.2 Die gleiche Unterscheidung wird – entgegen der Vorinstanz, welche ausführt, dass sich die Lehre damit noch nicht auseinandergesetzt habe (act. 16 E. 4.3.2) – auch bezüglich der Klagenhäufung im Sinne von Art. 90 ZPO gemacht, wobei die Zulässigkeit der Häufung von Klagen, auf welche nur aufgrund des Streitwerts unterschiedliche Verfahren Anwendung finden, von der überwiegenden Literatur – entgegen dem Wortlaut von Art. 90 Abs. 1 lit. a ZPO – grundsätzlich befürwortet wird (ZK ZPO-BESSENICH/ BOPP, 2. Aufl. 2013, Art. 90 N 10, mit der Anmerkung, dass dem der klare Gesetzeswortlaut entgegen stehe; DANIEL FÜLLEMANN, DIKE-Komm ZPO, Online Stand 24. Juli 2013, Art. 90 N 6; GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 90 N 11; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFERTOBLE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rn. 6.29; BSK ZPO-SPÜHLER/WEBER, 2. Aufl. 2013, Art. 90 N 7). Zur Begründung der Zulässigkeit wird dabei angeführt, dass diese sich bei der Kumulation von streitwertabhängigen Klagen – sofern sich diese nicht gegenseitig ausschliessen würden – bereits dar-

aus ergebe, dass die Streitwerte gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO zunächst zu addieren und das anwendbare Verfahren erst anschliessend anhand des kumulierten Streitwerts festzulegen sei (so etwa: FÜLLEMANN, a.a.O., Art. 90 N 6; BK ZPO-MARKUS, Bd. I, Art. 90 N 14; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2014, Art. 90 N 5a; OFK ZPO-MOHS, 2. Aufl. 2015, Art. 90 N 1b; CPC-BOHNET, Basel 2011, Art. 90 N 8). Darauf ist jedoch an dieser Stelle nicht weiter einzugehen, stellt sich doch hier einzig die Frage, ob eine aufgrund der *Rechtsnatur der Streitsache* dem vereinfachten Verfahren unterstehende Klage mit einer solchen im ordentlichen Verfahren kumuliert werden kann, was von einem überwiegenden Teil der Literatur – wie bei der Widerklage – abgelehnt wird (FÜLLEMANN, a.a.O., Art. 90 N 6, ZK ZPO-BESSENICH/BOPP, a.a.O., Art. 90 N 10; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., Rn. 6.29, GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 90 N 11; CPC-BOHNET, a.a.O., Art. 90 N 9; OFK ZPO-MOHS, a.a.O., Art. 90 N 1b; KUKO ZPO-OBERHAMMER, a.a.O. Art. 90 N 5a; a.A.: ZK ZPO-HAUCK, 2. Aufl. 2013, Art. 243 N 15; CPC-TAPPY, Basel 2011, Art. 243 N 13). Der insoweit herrschenden Auffassung und nicht der gegenteiligen Ansicht der Vorinstanz ist denn auch zu folgen, zumal Letztere übersieht (vgl. act. 16 S. 13, E. 4.3.2), dass bei der Zuweisung der in Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO aufgeführten mietrechtlichen Streitigkeiten zum vereinfachten Verfahren ein allfälliges Schutzbedürfnis des Vermieters nicht von Bedeutung war. Vielmehr wurden diese Streitigkeiten einzig zum Schutz der sozial schwächeren Partei und damit im Falle von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO des Mieters dem vereinfachten Verfahren unterstellt und darüber hinaus die Geltung des abgeschwächten Untersuchungsgrundsatzes statuiert (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO; vgl. dazu etwa KILLIAS, a.a.O., Art. 243 N 40 ff.). Eine mögliche Kumulation einer aufgrund der Natur der Streitsache dem vereinfachten Verfahren unterstehenden Klage mit einer solchen im ordentlichen Verfahren ist dementsprechend abzulehnen.

Vielmehr untersteht der unter Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fallende Teil der Klage der Klägerin zwingend dem vereinfachten Verfahren, was zur Folge hat, dass für diesen Teil der Klage die Zuständigkeit des Handelsgerichts gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verneinen ist. Die Berufung erweist sich dementsprechend insoweit als begründet. Abschliessend bleibt dementsprechend zu prüfen, inwieweit die von der Klägerin anhängig gemachte Klage in den An-

wendungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und damit in den Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens fällt.

4.4 Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO gilt das vereinfachte Verfahren unabhängig vom Streitwert für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, sofern die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses betroffen ist. Es stellt sich dementsprechend die Frage nach der Definition des Begriffs der Mietzinshinterlegung in dieser Bestimmung.

4.4.1 Die Vorinstanz hat sich auf den Standpunkt gestellt, gestützt auf Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO finde das vereinfachte Verfahren für die von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren 1 bis 4 – also die Begehren um Mietzinshinterlegung, Mängelbeseitigung und Mietzinsherabsetzung – Anwendung. Dies hat sie unter Verweis auf MAZAN, BSK ZPO, Art. 243 N 19b, damit begründet, dass die Mängelbeseitigungs- und Mietzinsherabsetzungsbegehren in einem engen Zusammenhang mit der Mietzinshinterlegung stünden, weshalb auch für diese Begehren das vereinfachte Verfahren anwendbar sei (act. 16 E. 4.3.2). Jedoch übersieht sie dabei, dass der von ihr zitierte Autor den Standpunkt vertritt, das vereinfachte Verfahren sei gestützt auf Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO dann streitwertunabhängig anwendbar, wenn Mängelrechte im Sinne von Art. 259a OR im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens gemäss Art. 259g ff. OR geltend gemacht würden (MAZAN, a.a.O., Art. 243 N 19b). Da unter die Rechte des Mieters gemäss Art. 259a OR auch Schadenersatzansprüche des Mieters fallen, definiert der genannte Autor den Anwendungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO in Bezug auf die Mietzinshinterlegung weiter als die Vorinstanz, welche die vom Mieter gemäss den Rechtsbegehren 5 und 6 geltend gemachten Schadenersatzansprüche eben gerade aus dem Anwendungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO ausschliessen will.

4.4.2 Wie weit der Begriff der Mietzinshinterlegung in Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu definieren und damit der Anwendungsbereich dieser Bestimmung zu verstehen ist, ist in der Lehre und Literatur umstritten, soweit sie sich überhaupt dazu äussert. Neben der vorzitierten Meinung, wonach alle im Hinterlegungsverfahren gel-

tend gemachten Mängelrechte unabhängig vom Streitwert dem vereinfachten Verfahren unterstünden, wird auch die Auffassung vertreten, der Begriff der Streitigkeit betreffend die Hinterlegung von Mietzinsen umfasse grundsätzlich auch die Beseitigung des Mangels. Für weitere, nicht privilegierte Ansprüche befürwortet dieser Teil der Literatur unter Hinweis auf den Schutzcharakter des vereinfachten Verfahrens eine Verfahrensattraktion zugunsten des vereinfachten Verfahrens (KILLIAS, a.a.O., Art. 243 N 44 und N 51; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, 2. Aufl. 2015, Art. 243 N 9). Demgegenüber vertreten HOFMANN/LÜSCHER den Standpunkt, anhand des Wortlauts der Art. 259a und 259g OR sei davon auszugehen, dass der Begriff der "Hinterlegung" zwar die Mängelbeseitigung bzw. deren Ersatzvornahme, nicht jedoch Schadenersatzansprüche von über Fr. 30'000.– umfasse (DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2009, S. 152 Fn 268). ANDREAS MAAG hält sodann dafür, dass Herabsetzungsansprüche, sofern sie im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht werden, im vereinfachten Verfahren zu behandeln seien, nicht jedoch Schadenersatzforderungen; hier komme je nach Streitwert das vereinfachte oder das ordentliche Verfahren zur Anwendung (ANDREAS MAAG, Kündigungsschutz und Ausweisung – ausgewählte zivilprozessuale Aspekte, in: MRA 1/14 S. 1, S. 7). Das Bundesgericht hat sich bis anhin noch nicht mit dem Begriff der Hinterlegung gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO auseinandergesetzt.

4.4.3 Bei der Definition des Anwendungsbereichs der vorgenannten Bestimmung ist zu beachten, dass es sich bei der Mietzinshinterlegung i.S. von Art. 259g OR nicht um einen Anspruch bzw. ein Recht des Mieters im engeren Sinn, sondern um einen (Mängelrechts-)Behelf handelt (vgl. ZK OR-HIGI, Bd. V/2b, Art. 259g N 9). Mit diesem sollte dem Mieter einer mangelhaften unbeweglichen Sache ein Druckmittel zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf Beseitigung von Mängeln, Herabsetzung des Mietzinses und Schadenersatz in die Hand gegeben werden (Botschaft des Bundesrates vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl. 1985 I 1389 ff., S. 1437). Zwar knüpft die Hinterlegung in ihren Voraussetzungen an den Beseitigungsanspruch an und besteht unabhängig von allfälligen weiteren Mängelrechten (wie Herabsetzung oder Schadenersatz). Indes kann sie auch zu deren Durchsetzung dienen, wenn die besonderen Vorausset-

zungen im Sinne von Art. 259g OR erfüllt sind (vgl. dazu etwa ZK OR-HIGI, Bd. V/2b, Art. 259g N 9 f.).

a) Hat der Mieter unter Beachtung der formellen Voraussetzungen von Art. 259g Abs. 1 OR den Mietzins bei der vom Kanton hierzu bezeichneten Stelle hinterlegt, muss er innert 30 Tagen seit Fälligkeit des ersten hinterlegten Mietzinses seine Ansprüche gegenüber dem Vermieter bei der zuständigen Schlichtungsbehörde geltend machen, ansonsten die hinterlegten Mietzinse dem Vermieter zufallen (Art. 259h Abs. 1 OR). Gleichzeitig kann der Vermieter bei der zuständigen Schlichtungsbehörde die Herausgabe der zu Unrecht hinterlegten Mietzinse verlangen, sobald ihm der Mieter die Hinterlegung anzeigt (Art. 259h Abs. 2 OR). In prozessualer Hinsicht war die angerufene Schlichtungsbehörde vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO per 1. Januar 2011 gehalten, im Falle der Nichteinigung der Parteien einen Entscheid über die Ansprüche der Vertragsparteien und die Verwendung der Mietzinse zu fällen; dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen, wenn die unterlegene Partei nicht innert 30 Tagen den Richter angerufen hat (aArt. 259i Abs. 1 OR). Nach den verfahrensrechtlichen Bestimmungen der nunmehr geltenden schweizerischen ZPO hat die Schlichtungsbehörde im Falle der Nichteinigung zwei Möglichkeiten: Entweder stellt sie die Nichteinigung fest und der klagenden Partei – folglich dem Mieter – die Klagebewilligung aus, oder sie unterbreitet den Parteien einen Urteilsvorschlag (Art. 210 Abs. 1 lit. b und 211 ZPO). Gegenüber dem herkömmlichen Vorschlag handelt es sich bei demjenigen im Hinterlegungsverfahren insofern um einen qualifizierten Urteilsvorschlag, als nicht schon die Ablehnung durch einen Partei diesen umstösst, sondern erst die Klage mindestens einer Partei (Art. 211 Abs. 3 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. dazu BSK OR I-WEBER, 6. Aufl. 2015, Art. 259h/259i N 2).

b) Über welche Ansprüche im Hinterlegungsverfahren zu entscheiden ist, regelt Art. 259h OR (dazu HIGI, a.a.O., Art. 259i N 25). Durch die mit dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO erfolgte verfahrensrechtliche Unterstellung des Hinterlegungsverfahrens unter das vereinfachte Verfahren hat sich dementsprechend in Bezug auf den Gegenstand des Hinterlegungsverfahrens nichts geän-

dert. Vielmehr ist auch unter dem Geltungsbereich der schweizerischen ZPO davon auszugehen, dass die Hinterlegungsklage des Mieters darauf abzielt, die Ansprüche, die er zu haben glaubt, durchzusetzen. Diesem Ziel entsprechend bestimmt sich der Gegenstand der (Mieter-)Klage, welche dementsprechend – je nach den Umständen – bloss die Beseitigung des Mangels betreffen oder daneben auch Herabsetzungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus mangelhafter Mietsache umfassen kann. Ansprüche des Vermieters sind insoweit zu berücksichtigen, wie sie die Ansprüche des Mieters bzw. den diesen zugrunde liegenden Sachverhalt berühren und/oder einredeweise geltend gemacht werden können (HIGI, a.a.O., Art. 259h N 8 und Art. 259i N 26; SVIT Kommentar zum Schweizerischen Mietrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 259h N 4; LACHAT ET AL., Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl. 2009, Rz. 11/7.5.7; BGer 4C.319/2005 vom 8. Februar 2006, E. 2.4.1, in: mp 2/06 S. 121 ff.). Sodann ist im Hinterlegungsverfahren über die Herausgabe bzw. die Verteilung des hinterlegten Mietzinses zu entscheiden (vgl. HIGI, a.a.O., Art. 259h N 8). Dementsprechend ist der Begriff der "Hinterlegung von Mietzinsen" in Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO so zu verstehen, dass davon auch sämtliche Mängelrechte gemäss Art. 259a OR umfasst werden, welche der Mieter im konkreten Fall zu haben glaubt und im Rahmen des Hinterlegungsverfahrens durchsetzen will.

Die von der Klägerin im Rahmen der von ihr zunächst bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Uster anhängig gemachten und hernach fristgerecht bei der Vorinstanz geltend gemachten Ansprüche betreffend Beseitigung der gerügten Mängel, Herabsetzung des Mietzinses und Leistung von Schadenersatz sind dementsprechend allesamt vom Begriff der "Hinterlegung von Mietzinsen" i.S. von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO gedeckt. Dementsprechend kommt für die Klage der Klägerin unabhängig vom Streitwert der einzelnen Rechtsbegehren das vereinfachte Verfahren zu Anwendung, weshalb für deren Beurteilung einzig das Mietgericht zuständig ist. Die Vorinstanz ist dementsprechend zu Unrecht nicht auf die Klage der Klägerin eingetreten, weshalb die Berufung gutzuheissen ist.

5. Erweist sich die Berufung als begründet, kann die Rechtsmittelinstanz neu entscheiden oder aber die Sache zur neuen Entscheidung an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt worden ist oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (vgl. Art. 318 Abs. 1 ZPO). Ist die Vorinstanz – wie vorliegend – zu Unrecht auf die Klage nicht eingetreten, ist eine Rückweisung des Verfahrens an die erste Instanz geboten, zumal noch gar keine materielle Beurteilung der von der klagenden Partei geltend gemachten Ansprüche erfolgt ist. Dementsprechend ist der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### IV.

#### Kosten- und Entschädigungsfolgen

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (Art. 106 ZPO). Da die Klägerin mit ihrer Berufung obsiegt und sich der Beklagte mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert hat, sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Der von der Klägerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– ist ihr zurückzubezahlen. Da sich der Beklagte nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat, kann er nicht zur Leistung einer Parteientschädigung an die obsiegende Klägerin verpflichtet werden. Eine Parteientschädigung aus der Staatskasse ist sodann mangels gesetzlicher Grundlage ebenfalls nicht zuzusprechen (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12), zumal kein Fall vorliegt, in welchem der Staat materiell als Partei zu betrachten und deshalb gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Zusprechung einer Parteientschädigung aus der Staatskasse ausnahmsweise zu prüfen wäre (vgl. BGE 140 III 501 E. 4).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung der Klägerin und Berufungsklägerin wird gutgeheissen, der Beschluss des Mietgerichts des Bezirkes Uster vom 29. Juli 2015 (Geschäfts-Nr. MD150001-I) wird aufgehoben, und die Sache wird zur Durchführung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben. Der von der Klägerin und Berufungsklägerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird dieser – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – zurückerstattet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsklägerin unter Beilage des Doppels von act. 27, an das Mietgericht des Bezirkes Uster, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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 rund Fr. 390'000.—.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:  
16. November 2015