

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP170010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Beschluss und Urteil vom 30. Mai 2017

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

**Heimatschutz-Vereinigung B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen eine Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom  
15. Februar 2017; Proz. FV160043**

### **Erwägungen:**

**1. - 1.1** Im Jahr 1996 mietete A.\_\_\_\_\_ den hinteren Teils der Scheune der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ -Gasse ... in B.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 7 S. 2, act. 10 S. 2 und dazu act. 15 S. 4) von der damaligen Eigentümerschaft, um darin diverse Gegenstände wie Möbel, Kleider, Stoffe, Akten, Bücher usw. abzustellen bzw. zu lagern. Das Eigentum an der Scheune ging später auf die Heimatschutz-Vereinigung B.\_\_\_\_\_ über, die im September 2002 als Vermieterin mit A.\_\_\_\_\_, damals noch an der D.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in B.\_\_\_\_\_ wohnhaft, einen schriftlichen Mietvertrag abschloss. Die Heimatschutz-Vereinigung B.\_\_\_\_\_ liess sich dabei durch die E.\_\_\_\_\_ AG vertreten (vgl. act. 4/2).

Die Parteien verwendeten für die Fixierung des Vertragsinhaltes ein Vertragsformular des HEV Zürich "für Wohnräume", Ausgabe 1996 (vgl. a.a.O.; siehe auch act. 16/3). Das Mietobjekt wird darin in Maschinenschrift als "hiterer, abgetrennter Teil der Scheune" umschrieben (vgl. act. 4/2 S. 1). Der vorgedruckte Vertragsformulartext sieht eine "Verwendung zu Wohnzwecken" vor, dem folgende Ergänzung folgt: "Für -- Personen" (vgl. a.a.O.). Im Vertragsformular wurde sodann neben anderem der Mietbeginn auf den 1. Januar 2002 zurückdatiert, der Mietzins auf netto monatlich Fr. 85.-- festgesetzt, die Vertragsdauer als unbestimmt festgelegt und die Beendigung der Vertragsbeziehung durch Kündigung auf das Ende eines jeden Monats vorgesehen, unter Beachtung einer Kündigungsfrist von drei Monaten (vgl. a.a.O.). Als erste Partei hat gemäss der maschinenschriftlicher Datierung die E.\_\_\_\_\_ AG den Vertrag am 12. September 2002 für die Heimatschutz-Vereinigung B.\_\_\_\_\_ unterzeichnet; A.\_\_\_\_\_ unterzeichnete den Vertrag gemäss handschriftlicher Datierung hingegen erst am 30. September 2002 (vgl. a.a.O., S. 2).

**1.2** A.\_\_\_\_\_ war bis 2011 als Einzelunternehmerin mit einem Verkaufsgeschäft in Winterthur tätig. Diese Tätigkeit musste sie wegen schlechten Geschäftsgangs aufgeben (vgl. act. 10 S. 2). Restbestände aus der Liquidation ihres Geschäftes lagert sie seit da ebenfalls im hinteren Teil der Scheune. Seit Oktober 2012 wohnt sie an der aktuellen Adresse in einer 2,5-Zimmer-Wohnung, welche die Sozialbe-

hörde B.\_\_\_\_\_ von der Heimatschutz-Vereinigung B.\_\_\_\_\_ gemietet hat (vgl. act. 15 S. 2 und 16/1).

**1.3** Im Jahr 2013 liess die Heimatschutz-Vereinigung B.\_\_\_\_\_ die Fassade der Liegenschaft sanieren. Dabei wurde u.a. im April 2013 das Scheunentor einer Sandstrahlbehandlung unterzogen. A.\_\_\_\_\_ machte in der Folge gegenüber der Heimatschutz-Vereinigung B.\_\_\_\_\_ geltend, es seien diese Arbeiten ohne jede Abdeckung vorgenommen worden, weshalb Staub in die Scheune eingedrungen sei und sämtliche von ihr im Mietobjekt gelagerten Gegenstände verunreinigt habe (vgl. etwa act. 4/11). Sie habe dadurch einen Schaden von ungefähr Fr. 20'000.-- erlitten und verlange dessen Ersatz (vgl. etwa act. 4/13). Die Heimatschutz-Vereinigung B.\_\_\_\_\_ lehnte jede Haftung für einen Schaden ab (vgl. act. 4/12; siehe auch act. 4/14). Mit Brief vom 10. Dezember 2014 hielt sie u.a. fest: "Wie das von Ihnen gemietete Abteil genutzt wird, entzieht sich unserer Kenntnis, bekannt ist aber, dass das Abteil nach aussen noch nie staubfrei abgeschlossen war. Die Nutzung als Kleiderlager war [weder] uns als Vermieter noch der Bauleitung bekannt. Es obliegt also Ihnen, die darin gelagerte Ware, wenn notwendig, staubfrei einzupacken und entsprechend zu lagern. Staubbefall durch jahrelange Lagerung in einem offenen Scheunenteil entsteht naturgemäss" (act. 4/12).

**2. - 2.1** Anfangs Februar 2016 gelangte A.\_\_\_\_\_ (fortan: die Klägerin) an das Friedensrichteramt F.\_\_\_\_\_ und machte die Klage mit dem Begehren rechtshängig, es sei die Heimatschutz-Vereinigung B.\_\_\_\_\_ (fortan: die Beklagte) zu verpflichten, ihr Fr. 20'400.-- nebst 5 % Zins seit dem 19. April 2013 zu bezahlen. Bemühungen zur Schlichtung scheiterten: Die Beklagte lehnte an der Schlichtungsverhandlung einen Vergleichsvorschlag der Klägerin ab, die ihrerseits ein nachträgliches Einigungsangebot der Beklagten nicht annahm (vgl. act. 3 S. 1). Der Klägerin wurde daher am 13. April 2016 die Klagebewilligung erteilt (vgl. act. 3).

**2.2** Mit Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 13. Juli 2016 gelangte die Klägerin an das Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht in Zivilsachen, reichte die Klagebewilligung sowie diverse Unterlagen ein und ersuchte um Festsetzung des Ter-

mins der Hauptverhandlung, an der die Klage mit nachstehendem Rechtsbegehren dann begründet werde (vgl. act. 1 S. 2):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 29'594.50 nebst Zins zu 5% seit 19. April 2013 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuern) zu Lasten der Beklagten."

**2.2.1** Das Einzelgericht lud nicht zur Verhandlung vor, sondern setzte der Klägerin mit Verfügung vom 9. August 2016 Frist an, um die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts schriftlich darzulegen (vgl. act. 5). Die Klägerin kam dieser Aufforderung mit Eingabe vom 30. August 2016 nach (act. 7), womit sich das Einzelgericht aber nicht begnügte. Am 10. Oktober 2016 setzte es der Klägerin in Analogie zu Art. 223 Abs. 1 ZPO eine Nachfrist an, "um im Hinblick auf die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts konkret darzutun, zu welchem Zweck sie den von der Beklagten gemieteten Scheunenteil nutzt" (vgl. act. 8 S. 3). Zugleich stellte das Einzelgericht der Beklagten ein Doppel der Eingabe der Klägerin vom 30. August 2016 (act. 7) zu (vgl. a.a.O.).

Die Klägerin kam der Aufforderung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2016 mit einer Eingabe vom 20. Oktober 2016 nach (vgl. act. 10). Mit Verfügung vom 1. November 2016 stellte das Einzelgericht diese Eingabe der Beklagten zu und setzte dieser Frist an, um sich zur sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu äussern (vgl. act. 11).

**2.2.2** Die Beklagte äusserte sich mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2016 (act. 15 f.) und beantragte dabei (act. 15 S. 2), es sei auf die Klage nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Zusätzlich stellte die Beklagte dem Einzelgericht den Antrag, die Klägerin "sei zu verpflichten, angemessene Sicherheit für die Parteientschädigung an die Heimatschutzvereinigung B.\_\_\_\_\_ zu leisten" (a.a.O.).

**2.2.3** Am 15. Februar 2017 traf das Einzelgericht dann den nachstehenden Entscheid in Form einer Verfügung, mit dem sie der Klägerin zugleich die Doppel des Schriftsatzes der Beklagten vom 15. Dezember 2016 (act. 15 f.) zur Kenntnisnahme zustellte (vgl. act. 25 [= act. 17 = act. 24/1] S. 5):

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'960.– angesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'676.– (inkl. Fr. 198.– MwSt) zu bezahlen.

(Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung.)

**2.3** Die Klägerin liess mit Schriftsatz vom 22. März 2017 (act. 22 ff.) rechtzeitig Berufung gegen die einzelgerichtliche Verfügung vom 15. Februar 2017 erheben. Die einzelgerichtlichen Akten wurden in der Folge beigezogen. Die Klägerin leistete den ihr am 29. März 2017 auferlegten Kostenvorschuss (vgl. act. 28). Das Berufungsverfahren wurde deshalb gemäss Art. 312 ZPO fortgesetzt, und die Beklagte erstattete die Berufungsantwort mit Schriftsatz vom 23. Mai 2017 (vgl. act. 31). Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel ist damit abgeschlossen. Die Sache erweist sich als spruchreif. Der Klägerin ist indes noch ein Doppel von act. 31 zuzustellen.

**3. - 3.1** Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), zu der auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens gehört, weshalb das Gesetz dies nicht eigens erwähnt. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Die Begründung muss so ausführlich sein, dass die Berufungsinstanz sie ohne weiteres verstehen kann. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgetragen werden, und zwar auch in Verfahren, die erstinstanzlich noch der Untersuchungsmaxime sowie der Oficialmaxime unterstehen (vgl. dazu auch BGE 138 III 625).

Wird von der Berufung führenden Partei eine genügende Beanstandung vorgebracht, so wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und prüft sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt – sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 m.w.H. sowie ZR 110/2011 Nr. 80). Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sie sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

**3.2 - 3.2.1** Das Einzelgericht erwog im Wesentlichen (vgl. act. 25 S. 2 ff.), für Streitigkeiten aus Mietverhältnissen für Wohn- und Geschäftsräume sei gemäss § 21 lit. a GOG das Mietgericht zuständig, wobei ein Schlichtungsverfahren vor der paritätischen Schlichtungsbehörde voranzugehen habe. Der Begriff des Wohn- und Geschäftsraums i.S. des § 21 lit. a GOG decke sich im Wesentlichen mit demjenigen des materiellen Bundesrechts gemäss Art. 253a OR (vgl. a.a.O., S. 2). Die überwiegende Lehre spreche sich zudem dafür aus, im Interesse einer kohärenten Praxis den Begriff der Miete und Pacht von Wohnräumen ausdehnend auf die Miete und Pacht sämtlicher unbeweglicher Sachen auszudehnen, insbesondere im Kanton Zürich. Zum Beleg dafür verwies das Einzelgericht auf Ausführungen von HONEGGER (in: Kommentar zur ZPO, 3. A., Zürich 2016) und von ALVAREZ/PETER (in: BK ZPO, Bern 2012) zu Art. 200 ZPO sowie auf Ausführungen von PÜNTENER namentlich in dessen Buch Zivilprozessrecht für die Mietrechtspraxis, Basel 2016 (dort S. 12 und S. 193 ff.). Weiter hielt das Einzelgericht fest, der Begriff von Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen werde daher ausdehnend verstanden und umfasse sämtlich Immobilien, etwa auch Einstellhallen oder unbewohnte Grundstücke (vgl. act. 25 S. 3).

Die Klägerin stütze ihre Klage, so das Einzelgericht weiter, auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrag über den hinteren abgetrennten Teil der Scheune. Gemäss den eingereichten Klagebeilagen (act. 4/4 und 4/9) mache sie Schadenersatz für die Reinigung von Kleidern, die im Zusammenhang mit Renovationsarbeiten verunreinigt worden seien, im Betrag von Fr. 22'119.50 sowie weitere Schadensposten geltend (vgl. act. 25 S. 3). Zur Art der Benützung des gemieteten Lagerraumes habe die Klägerin ausführen lassen, sie bewahre dort insbesondere Möbel, hochwertige Kleider in Kleiderboxen sowie Stoffe auf. Sie

habe ihre Geschäftstätigkeit 2011 aufgegeben und sei nicht mehr erwerbstätig. Die übrig gebliebenen Gegenstände aus dem nicht mehr existierenden Geschäft habe sie im Lagerraum gelagert, zusätzlich zu den bereits vorher eingelagerten privaten Gegenständen.

Aus den "zur Eingabe ... vom 13. Juli 2016 eingereichten Unterlagen" sei "ersichtlich, dass die Klägerin 840 ... eingelagerte Kleidungsstücke zum Preis von total Fr. 22'119.50" habe reinigen lassen (a.a.O., S. 4). Dafür seine sechs Fuhren nötig gewesen. Wenn die Klägerin gegen tausend Kleidungsstücke in unterschiedlicher Grösse und in an für ein Verkaufslokal typischen Kleiderbügeln lagere, sei ein persönlicher Zweck auszuschliessen. Die Klägerin bezeichne denn auch keinen solchen persönlichen Zweck. Hinzu komme, dass die Klägerin, gegen die Pfändungen liefen und Verlustscheine in beträchtlicher Höhe ausgestellt worden seien, wie act. 16/2 zeige, und die gemäss Sachdarstellung der Beklagten in act. 15 S. 3 und 16/2 offenbar Sozialhilfe beziehe, finanziell nicht besonders gut situiert sein dürfte. Wenn sie dennoch einen Betrag von über Fr. 23'000.-- für die Reinigung gelagerter Kleider und Stoffe aufwende, ohne einen persönlichen Zweck nennen zu können, könne ihre Tätigkeit nur als auf Erzielung eines Erlöses ausgerichtet und damit als zumindest im weiteren Sinn gewerblich betrachtet werden (vgl. act. 25 S. 4). Die Klägerin sei damit im gemieteten Scheunenteil einer wirtschaftlichen Tätigkeit im weiteren Sinne nachgegangen, so dass der Raum als Geschäftsraum zu qualifizieren sei. Dem Einzelgericht fehlte es daher, selbst wenn der Begriff von Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsraum nicht wie gezeigt ausdehnend verstanden würde, an der sachlichen Zuständigkeit (vgl. a.a.O., S. 4 f.).

**3.2.2** Die Klägerin rügt in ihrer Berufungsschrift vorab (vgl. act. 22 S. 4) eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil ihr das Einzelgericht keine Möglichkeit gegeben habe, sich zu den Vorbringen der Beklagten in act. 15 f. zu äussern, auf die sich das Einzelgericht in seinem Entscheid abgestützt habe. Es liege ein unheilbarer Mangel vor, weshalb der Entscheid aufzuheben sei. Weiter beanstandet die Klägerin, das Einzelgericht habe seine Zuständigkeit gestützt auf unrichtige Sachverhaltsfeststellungen und unrichtige Rechtsanwendung verneint (vgl. a.a.O., S. 5). Im Wesentlichen macht sie geltend, namentlich die Auffassung des Einzel-

gerichtet, sämtliche unbeweglichen Sachen seien als Wohn- und Geschäftsräume i.S.v. § 21 Abs. 1 lit. a GOG und von Art. 200 Abs. 1 ZPO zu verstehen (vgl. a.a.O., S. 5-7), sei falsch. Die Qualifikation des gemieteten Lagerraumes als Geschäftsraum durch das Einzelgericht missachte zudem, dass es dabei auf den vereinbarten Zweck ankomme und nicht aus der aktuell gelagerten Ware abgeleitet werden dürfe (vgl. a.a.O., S. 8). Sie – die Klägerin – habe den Lagerraum zu privaten Zwecken gemietet und die Parteien hätten den Gebrauch zu Lagerzwecken gerade nicht vereinbart, was sich auch darin zeige, dass beim Abschluss des Vertrages nicht das Vertragsformular für Geschäftsräume verwendet worden sei, sondern das für Wohnräume. Eine einseitige nachträgliche Zweckänderung durch sie – die Klägerin – sei zudem ausgeschlossen (vgl. a.a.O., S. 8 f. und S. 12). Die Annahme des Einzelgerichtes, es seien die Kleider bereits gereinigt worden und sie – die Klägerin – habe dafür über Fr. 23'000.-- investiert, weshalb ihre Tätigkeit nur als auf Erzielung eines Erlöses ausgerichtet sein könne, sei zudem unhaltbar. Sie habe ihre Klage unbegründet eingereicht; eine Möglichkeit zu materiellen Ausführungen habe es nicht gegeben. Soweit das Einzelgericht von etwas anderem ausgehe, beruhe dessen Entscheid auf falschen Sachverhaltsfeststellungen und darauf fussenden unrichtigen Annahmen. Im Übrigen müssten auch private Kleider und andere Gegenstände gereinigt werden, wenn sie verschmutzt seien (vgl. a.a.O., S. 11 f.). Richtig sei indes, dass sie seit 2011 keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehe.

**3.2.3** Die Beklagte hält auf Abweisung der Berufung. Sie räumt der Sache nach ein, das Einzelgericht habe das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt. Sie erachtet diese Gehörsverletzung jedoch als heilbar, weil eine Rückweisung einem prozessualen Leerlauf gleichkäme, nachdem sich die Klägerin zuvor ja hinreichend habe äussern können und sich das Einzelgericht nur in nicht für den Entscheid relevanten Punkten auf act. 15 und Beilagen dazu abgestützt habe (vgl. act. 31 S. 5 f.). Sie erachtet sodann das Einzelgericht als sachlich unzuständig, weil die Parteien das Mietverhältnis "den von den Art. 253 ff. OR umfassten Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen unterstellt" hätten (vgl. a.a.O., S. 7), indem sie einen Vertrag über Wohnräume abgeschlossen hätten, unter Übernahme von Allgemeinen Vertragsbedingungen für Wohnräume. Und es

könne daher letztlich offen bleiben, ob es sich beim gemieteten Raum tatsächlich um einen Wohn- oder Geschäftsraum gehandelt habe (vgl. a.a.O., S. 6). Zudem sei davon auszugehen, dass der von der Klägerin gemietete Lagerraum direkt den von ihr betriebenen Geschäften gedient habe, mithin der Entfaltung ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit; damit gelte der Lagerraum als Geschäftsraum. Auch das führe zur Verneinung der Zuständigkeit des Einzelgerichts (vgl. a.a.O., S. 8 f.).

Die Beklagte hält zudem dafür, mit der Klage werde eine im Vergleich zur Klagebewilligung stark erhöhte Forderung geltend gemacht, worin eine unzulässige Klageänderung liege (vgl. a.a.O., S. 9 f.). Weiter äussert sie sich zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Klägerin: Sie gehe keiner Erwerbstätigkeit nach, beziehe Sozialhilfe und wohne in einer Wohnung, die ihr die Gemeinde zur Verfügung gestellt habe (vgl. act. 31 S. 2 f.). Diese wirtschaftlichen Verhältnisse liessen eine Parteientschädigung, die die Klägerin "im Unterliegensfall" zu leisten habe (a.a.O., S. 4) als gefährdet respektive uneinbringlich erscheinen, weshalb die Klägerin zu verpflichten sei, für die Parteientschädigung eine angemessene Sicherheit zu leisten (vgl. a.a.O.).

**3.2.4** Die Standpunkte und Ausführungen der Parteien im Berufungsverfahren sind hier nur knapp skizziert worden. Im Folgenden werden indessen alle ihre Ausführungen berücksichtigt, auch dann und dort, wo das nicht ausdrücklich vermerkt ist.

**3.3** Die Klägerin rügt die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs durch das Einzelgericht. Das rechtliche Gehör ist grundsätzlich während des gesamten Prozesses zu gewähren. Der Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere das Recht, sich zu jeder Eingabe des Prozessgegners äussern zu können, was wiederum voraussetzt, dass zuvor die Möglichkeit bestand, von dieser Eingabe Kenntnis zu nehmen. Dieses Recht, sich zu jeder Eingabe des Prozessgegners äussern zu können, wird zuweilen – untechnisch i.S. der Art. 225, 228 und 316 ZPO – auch als "Replikrecht" bezeichnet und besteht unabhängig davon, ob eine Eingabe des Prozessgegners neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält oder nicht (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.1; vgl. ferner etwa BGE 142 III 48). Im ersten Fall

(neue und/oder erhebliche Gesichtspunkte) kommt ihm prozessrechtlich materieller Gehalt zu, im zweiten Fall reduziert sich sein Gehalt auf Formales, erschöpft es sich gewissermassen in einem Recht auf das letzte Wort. Das Gericht hat es indessen unbeschadet darum zu gewähren und einer Partei dann gar Frist zur Äusserung anzusetzen, wenn es sich in seinem Entscheid auf eine solche "Replik" des Prozessgegners abzustützen gedenkt. Wird von der Rechtsmittelinstanz die Verletzung des rechtlichen Gehörs einer Partei durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet deren Entscheid in aller Regel an einem schweren Mangel, der grundsätzlich nur zur Aufhebung des Entscheides führen kann. Eine Heilung dieses Mangels im Rechtsmittelverfahren ist daher nur in wenigen Ausnahmefällen überhaupt möglich (vgl. dazu etwa BGer 5A\_296/2013 vom 9. Juli 2013 mit Hinweis auf BGE 137 I 195, BGE 136 V 117, BGE 135 I 279, BGE 133 I 201).

Wie in Erw. 2.2.3 ausgeführt wurde, hat das Einzelgericht der Klägerin vor dem Entscheid vom 15. Februar 2017 keine Möglichkeit eingeräumt, sich zur Eingabe der Beklagten vom 15. Dezember 2016 zu äussern: Die Eingabe der Beklagten (act. 15) und die Beilagen dazu (act. 16) wurden der Klägerin erst mit dem Nichteintretensentscheid vom 15. Februar 2017 zugestellt (vgl. act. 25). Das Recht der Klägerin auf rechtliches Gehör wurde damit offenkundig verletzt. Das Einzelgericht hat sich zudem in seinem Entscheid vom 15. Februar 2017, was bereits in Erw. 3.2.1 angemerkt wurde, auf Ausführungen der Beklagten in act. 15 abgestützt und auf die Beilagen act. 16/1 und 16/2 abgestellt, um darzutun, weshalb die Mietsache geschäftlicher Tätigkeit der Klägerin diene (vgl. act. 25 S. 4) und daher Geschäftsraum sei (vgl. a.a.O., S. 5). Das rechtliche Gehör der Klägerin wurde damit nicht bloss in formeller Hinsicht verletzt, was ausnahmsweise vielleicht noch eine Heilung im Rechtsmittelverfahren hätte zulassen können, sondern auch materiell schwerwiegend. Das führt bereits für sich allein zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Rückweisung der Sache an das Einzelgericht.

Hinzu kommt, dass sich das Einzelgericht in seinem Entscheid auf Sachverhaltsannahmen abstützte, die keine Grundlage in entsprechenden Vorbringen der Parteien finden. Die Klägerin hat – mit Fug (vgl. vorn Erw. 2.2) – darauf verwiesen, dass sie bislang noch gar keine Möglichkeit hatte, ihre Klage vor dem Ein-

zelgericht zu begründen. Von daher bleibt es unerklärlich, weshalb das Einzelgericht in seinem Entscheid etwa zu den Feststellung gelangen konnte (vgl. act. 25 S. 4), die Klägerin habe eingelagerte Kleidungsstücke zum Preis von total Fr. 22'119.50 reinigen lassen und es seien dafür sechs Fuhren nötig gewesen. Unerklärlich bleibt ebenso, wie das Einzelgericht zur Feststellung gelangen konnte, die Klägerin habe für die Reinigung einen Betrag von über Fr. 23'000.-- aufgewandt (vgl. act. 25 S. 4). Deswegen unerklärlich ist schliesslich die einzelgerichtliche Schlussfolgerung im angefochtenen Entscheid, die Tätigkeit der Klägerin könne nur als auf die Erzielung eines Erlöses ausgerichtet betrachtet werden (vgl. a.a.O.), abgesehen davon, dass das Einzelgericht offen liess, welche Tätigkeit der Klägerin gemeint ist (soll die Tätigkeit im Lagern in der Scheune bestehen oder im Reinigen-lassen der Kleider oder in beidem oder gar in etwas anderem?). Im Übrigen taugen irgendwelche Sachverhaltsannahmen des Gerichtes, die dieses aus bereits eingereichten Einlegerakten herleitet, nicht als Ersatz für einen (mündlichen oder schriftlichen) Parteivortrag zum sog. Klagefundament, namentlich nicht im vereinfachten Verfahren, wie es vor dem Einzelgericht in Beachtung der Eventualmaxime sowie der lediglich erweiterten Pflicht zur gerichtlichen Befragung (Art. 247 Abs. 1 ZPO) durchzuführen war. Dass sich die einzelgerichtlichen Annahmen im angefochtenen Entscheid (vgl. act. 25 S. 4 mit Hinweis auf act. 4/6 und 4/9) endlich nicht auf Einlegerakten beziehen, die erkennbar effektiv erbrachte Leistungen wie "Fuhren" oder Zahlungen belegen, sondern auf Akten, die schlichte Aufstellungen zu anfallenden Kosten enthalten, die sich ihrerseits unübersehbar auf Offerten beziehen (vgl. act. 4/5, act. 4/7 und act. 4/8), macht die Sache nicht besser: Der angefochtene Entscheid stützt sich auf keine prozessual korrekt getroffenen Sachverhaltsfeststellungen.

Weil der Entscheid vom 15. Februar 2017 ohnehin aufzuheben und die Sache an das Einzelgericht zurückzuweisen ist, erübrigt es sich hier immerhin der Frage nachzugehen, warum die Parteien nach dem Eingang der unbegründeten Klage vom Einzelgericht nicht zur Verhandlung vorgeladen wurden, wie es der Art. 245 Abs. 1 ZPO vorsieht.

**3.4** Das Einzelgericht erachtete sich in seinem aufzuhebenden Entscheid zur Beurteilung der Streitsache als sachlich unzuständig, weil es um Ansprüche aus der

Miete eines Geschäftsraumes gehe; für die Beurteilung solcher Streitigkeiten sei das Mietgericht zuständig. Die Klägerin rügt auch die dahinter stehende Rechtsauffassung des Einzelgerichtes als falsch. Weil das Einzelgericht aufgrund der Rückweisung über seine Zuständigkeit bzw. Unzuständigkeit nochmals zu befinden haben wird, erscheint es angezeigt, auch diese Rügen der Klägerin zu prüfen.

**3.4.1** Das kantonale Recht regelt die sachliche Zuständigkeit der Gerichte, soweit die ZPO nichts anderes bestimmt (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Die ZPO enthält keine Bestimmungen zur sachlichen Zuständigkeit erstinstanzlicher kantonalen Gerichte, die sich mit Streitigkeiten aus Miete (und Pacht) zu befassen haben. Sie enthält hingegen Bestimmungen zum Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten aus der Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen und schreibt den Kantonen vor, dafür paritätische Schlichtungsbehörden einzurichten (vgl. Art. 200 Abs. 1 ZPO). Der Kanton Zürich hat entsprechende paritätische Schlichtungsbehörden für jeden Bezirk vorgesehen (vgl. § 52 und §§ 63 ff. GOG), worauf das Einzelgericht zutreffend hingewiesen hat (vgl. act. 25 S. 2). Die Zuständigkeit dieser Schlichtungsbehörden beschränkt sich auf Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie auf die Behandlung von Gesuchen um Hinterlegung von Zinsen i.S. der Art. 259g und 288 OR (vgl. § 66 GOG). Diese an die vertragliche Natur von Rechtsstreitigkeit anknüpfende Regelung ist zwingend und lässt den Parteien keinen Raum, die paritätische Schlichtungsbehörde auch für andere Streitigkeiten als zuständig zu vereinbaren. Um die Zuständigkeit dieser paritätischen Schlichtungsbehörden geht es hier indessen direkt nicht, sondern um die Frage, welches Gericht erstinstanzlich über Streitigkeiten aus Miete (und ebenso Pacht) zu entscheiden hat.

Der Kanton Zürich hat für jeden Bezirk ein Mietgericht vorgesehen (vgl. § 3 Abs. 1, § 10, § 13 GOG), das an der Stelle des Bezirksgerichts als Kollegialgericht (bzw. allenfalls an der Stelle des Handelsgerichts) oder als Einzelgericht dann über eine Streitigkeit zu befinden hat, wenn es sich um eine solche aus einem Miet- oder Pachtverhältnis über Wohn- oder Geschäftsräume handelt (vgl. § 21 und § 26 GOG). Die Parteien können diese durch die Natur der Streitigkeit bestimmte Zuständigkeit nicht im Voraus ausschliessen (vgl. § 21 Abs. 2 GOG).

Umgekehrt heisst das zunächst, dass das Mietgericht für die Beurteilung von anderen Streitigkeiten als solchen aus einem Miet- und Pachtverhältnis über Wohn- oder Geschäftsraum sachlich zwingend unzuständig ist. Umgekehrt heisst es zudem, dass das Bezirksgericht als Kollegial- bzw. Einzelgericht grundsätzlich dann zur erstinstanzlichen Beurteilung einer Streitigkeit aus Miete bzw. Pacht zuständig ist, wenn dieser Streitigkeit zwar ein Miet- oder Pachtverhältnis zugrunde liegt, dieses aber keinen Wohn- oder Geschäftsraum betrifft (oder es betrifft ausnahmsweise zwar einen Vertrag über einen solchen Raum, aber es liegt eine gültige Vereinbarung i.S. des § 21 Abs. 2 GOG vor). Das Einzelgericht hat sich mit dem § 21 GOG, der die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts als Kollegial- oder Einzelgericht umreisst und aus dem es seine Unzuständigkeit hergeleitet hat, in seiner Entscheidung nicht vertiefter befasst. Soweit es sich zudem auf eine "überwiegende Lehre" beruft (vgl. vorn Erw. 3.2.1), verweist es bloss auf vereinzelte Literatur (zur davon verschiedenen Lehre vgl. etwa TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015, S. 42 Rz. 38). Diese Literatur befasst sich sodann vorwiegend mit dem Art. 200 ZPO, nicht hingegen mit den massgeblichen Normen des kantonalen Rechts. Das ist hier nachzuholen.

**3.4.2 - 3.4.2.1** Die Miete (und Pacht) von Wohn- und Geschäftsräumen bildet – wie eben gesehen – in zwei kantonalen Normen das Kriterium zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit von Organen der Rechtspflege, nämlich erstens im § 21 GOG, dort in Abs. 1 lit. a, zur Bestimmung der Zuständigkeit des Mietgerichtes als Kollegialgericht bzw. Einzelgerichts als Mietgericht (gemäss Verweis in § 26 GOG) sowie zweitens im § 66 Abs. 1 GOG zur Zuständigkeitsbestimmung der paritätischen Schlichtungsbehörden. Der Wortlaut dieser zwei Normen ist allerdings unterschiedlich: Derjenige des § 66 Abs. 1 GOG übernimmt in der Umschreibung des Kriteriums, das die sachliche Zuständigkeit begründet, den Wortlaut von Art. 200 ZPO, der vorgibt, wie die Schlichtungsbehörde bei "Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen" zusammengesetzt zu sein hat, und es erklärt der § 66 GOG die Schlichtungsbehörde als "zuständig für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen". Der § 21 Abs. 1 lit. a GOG bestimmt demgegenüber, das Mietgericht entscheide "erstin-

stanzlich Streitigkeiten ... aus Miet- (Art. 253a OR) und aus Pachtverhältnissen (Art. 276 OR) für [sic!] Wohn- und Geschäftsräume". Mit dem Verweis auf zwei Bestimmungen des OR stellt diese Bestimmung zudem klar, dass die Miete bzw. Pacht von Wohn- bzw. Geschäftsräumen ausschliesslich im Kontext mit der entsprechenden Begrifflichkeit des OR zu verstehen ist (in diesem Sinne wohl auch LIEBER, in: HAUSER/SCHWERI/LIEBER, Kommentar zum GOG, 2. A., Zürich 2017, § 21 N 8), nicht hingegen im Kontext mit der Begrifflichkeit des Art. 200 ZPO, die Eingang in den § 66 GOG gefunden hat, und damit auch nicht im Kontext mit der Begrifflichkeit des § 66 GOG selbst.

Die Materialien bieten keinen Anhaltspunkt, der eine andere Sicht nahe legen oder gar rechtfertigen könnte. Zum heutigen § 21 GOG hielt der Regierungsrat in seinem Antrag vom 1. Juli 2009 an den Kantonsrat (vgl. dazu <http://www.kantonsrat.zh.ch/Dokumente/D2a28a0c9-e68e-4553-a228-ae54f9e2fbc2/4611.pdf#View=Fit>) fest, es solle bei der bisherigen mietgerichtlichen sachlichen Zuständigkeit bleiben, die im damaligen § 18 GVG geregelt war. Der damalige § 18 GVG bezog in seinem Abs. 1 die mietgerichtliche Zuständigkeit in Anlehnung an die Sprachregelung des OR in den Art. 253 ff. und 275 ff. auf "alle Streitigkeiten aus Miete- und Pachtverhältnissen für [sic!] Wohn- und Geschäftsräume". Zum heutigen § 66 GOG hielt der Regierungsrat hingegen mit Blick auf den von aArt. 274a OR inhaltlich leicht abweichenden neuen Art. 200 ZPO fest, es solle die Schlichtungsbehörde auch künftig für die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen zuständig sei. Und er schlug dafür eigens einen Abs. 2 von § 66 GOG vor. Beidem schloss sich der Kantonsrat im Ergebnis an (Debatten zu diesen Punkten gab es keine; vgl. die kantonsrätlichen Protokolle Nr. 163, 164 und 167 vom 12. und 19. April sowie vom 10. Mai 2010).

Die eben vermerkte inhaltliche Abweichung des Art. 200 ZPO vom aArt. 274a OR betrifft übrigens eine Einschränkung der Zuständigkeit der Schlichtungsbehörden neu auf Streitigkeiten "bloss" aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen; nach altem Recht waren die Schlichtungsbehörden hingegen noch zuständig für alle Streitigkeiten aus Miete und Pacht (vgl. aArt. 301 OR) unbeweglicher Sachen. Diese gesetzgeberisch gewollte Einschränkung folgt unübersehbar aus dem Gesetz und wurde vom Einzelgericht bei seinem Verweis auf

eine "überwiegende Lehre" übergangen. In der sachbezogenen Literatur wurde diese Einschränkung jedenfalls vermerkt, wenn zuweilen auch kritisch oder mit einem blossen Hinweis auf den neuen Gesetzeswortlaut (vgl. BOHNET, in: CPC commenté, Bâle 2011, Art. 200 N 4 ["Le CPC reprend le principe, mais le limite, sans raison apparente"]; INFANGER, in: BSK ZPO, 2. A., Basel 2013, Art. 200 N 2b und 2c; EGLI, in: Dike-Komm ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 200 N 3; HONEGGER, in: Kommentar zur ZPO, 3. A., Zürich 2016, Art. 200 N 4 ["Der enge Wortlaut ..., welcher die anwendbaren Streitigkeiten auf Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen limitiert"], ALVAREZ/PETER, in: BK ZPO, Bern 2012, Art. 200 N 9; GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Kuko ZPO, 2. A., Basel 2014, Art. 200 N 3). Vereinzelt wurde die Abweichung immerhin auch übergangen (vgl. etwa GASSER/RICKLI, Schweizerische ZPO, Kurzkomentar, 2. A., Zürich 2014, Art. 200 N 2 ff., und wohl auch LIEBER, a.a.O., § 66 N 1). Mit Blick auf die vom kantonalen Gesetzgeber getroffenen unterschiedlichen Regelungen in § 66 GOG einerseits und in § 21 Abs. 1 lit. a GOG andererseits, die in Kenntnis der vom Bundesgesetzgeber abweichend zum alten Recht getroffenen Regelung des Art. 200 ZPO ergingen, lässt sich aus einer Kritik am Art. 200 ZPO jedenfalls nichts gewinnen. Und im Sinne eines Zwischenfazit bleibt festzuhalten, dass der Art. 200 ZPO und mit ihm der § 66 Abs. 1 GOG dann, wenn sie den Begriffen der Miete bzw. Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen einen von der Begrifflichkeit des OR abweichenden Gehalt zumessen wollten, nicht als Auslegungshilfe für den § 21 Abs. 1 GOG herbeigezogen werden können. Und sie können ebenso wenig als Stütze für eine "kohärente Praxis" dienen, in der die "Miete bzw. Pacht von Wohn- und Geschäftsraum" gewissermassen zum Synonym für jede Miete und Pacht einer unbeweglichen Sachen würde, wie sie das Einzelgericht anzustreben scheint. Denn eine sachliche Gleichsetzung von "Wohn- und Geschäftsraum" mit den unbeweglichen Sachen schlechthin lässt sich nur schon mit der Begrifflichkeit des OR nicht vereinbaren (vgl. etwa Art. 253a - b, Art. 256 Abs. 2 lit. b, Art. 257f Abs. 2-4, Art. 259a Abs. 2, Art. 259g, Art. 261 Abs. 2, Art. 266b und Art. 266c - e OR), welche die sog. Raummiete gerade nicht als eine Unterart der Immobiliarmiete begreift (so aber irrigerweise z.B. PÜNTENER, a.a.O., S. 21 [N 72]). Immerhin kann bei diesem Befund die sich sogleich aufdrängende Frage unbeantwortet

bleiben, warum die vom Einzelgericht erwähnte "Kohärenz" nur in der Gleichsetzung von Wohn- und Geschäftsraum mit unbeweglichen Sachen bzw. Immobilien liegen können soll, ausser man nimmt diese Gleichsetzung einfach als vorgegeben hin (nähme man letzteres an, ersparte das immerhin die Begründung dafür, warum diese Gleichsetzung sozusagen zwingend vorgegeben sein soll).

**3.4.2.2** Der § 21 Abs. 1 GOG orientiert sich am Wohn- und Geschäftsbegriff des Pacht- und Mietrechts im OR (so zutreffend auch LIEBER, a.a.O., § 21 N 8). Der Hinweis in lit. a der Norm auf die Art. 253a und 276 OR verdeutlicht das. Der Hinweis bleibt darüber hinaus allerdings insofern unklar, als weder der Art. 253a noch der Art. 276 OR noch irgend eine andere Norm des OR zur Miete bzw. Pacht definiert, was Wohn- und/oder Geschäftsraum ist. Der Art. 253a OR befasst sich einzig mit der Frage der Anwendbarkeit "der Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsraum" und besagt dabei, wann diese Bestimmungen anwendbar sind, obwohl unmittelbar kein (Wohn- oder Geschäfts-)Raum als Mietsache dient, oder aber dass diese Bestimmungen gerade nicht anwendbar sind, obwohl ein Raum vorliegt, in dem gewohnt wird (Ferienwohnungen). Die vom Art. 253a OR genannten "Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsraum" finden sich jeweils in anderen Normen des OR zur Miete (und zur Pacht), welche jeweils ausdrücklich (vgl. etwa Art. 254, Art. 256 Abs. 2 lit. b, Art. 257b, Art. 257f Abs. 3 und 4 OR) ihre Geltung für die Miete solcher Sachen erklären (und damit zugleich für die Miete anderer Sachen gerade nicht). Die Bestimmungen über die Miete- und Pacht von Wohn- oder Geschäftsräumen sind sodann Ausfluss sozialer Gesetzgebung, welche den Mietern bzw. Pächtern einen im Vergleich zu den übrigen Mietern erhöhten Schutz zusichern sollen. Aus dem ausdrücklichen Verweis des § 21 Abs. 1 lit. a GOG auf den Art. 253a OR (und den Art. 276 OR) darf bzw. muss also gefolgert werden, dass der kantonale Gesetzgeber als Miete und Pacht "für" (sic) Wohn- und Geschäftsräume jene Arten von Vertragsverhältnissen versteht, auf die das OR die Bestimmungen über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen angewandt wissen will. Dass das OR keine Definition von Wohn- und Geschäftsräumen enthält, sondern diese als irgendwie gegeben voraussetzt, weil es gewissermassen für sich spricht, was Wohn- oder Geschäftsraum ist, wird dabei vom kantonalen Gesetz-

geber bewusst übernommen. Und er übernimmt daher zugleich das, was im Verständnis des OR zum einen unter dem Begriff Raum zu verstehen ist, sowie was zum anderen im Verständnis des OR "Wohnen" bedeutet bzw. ein "Geschäft" ist. Ersteres (Raum) bezeichnet dabei sozusagen eine Sacheigenschaft, zweites und drittes bezeichnen einen bestimmten Gebrauch eines Raums durch den Mieter bzw. Pächter.

Die Beschaffenheit einer Sache, Raum zu sein, macht diesen Raum per se allerdings weder im allgemeinen Verständnis noch im Verständnis des OR in den Art. 253 ff. zum Wohn- oder Geschäftsraum, beschränken sich doch menschliche Tätigkeiten in Räumen nicht auf das Wohnen und Geschäften und lassen sich daher Raumnutzungen zwangsläufig auch nicht bloss auf diese zwei Kategorien von Tätigkeiten begrenzen. Hätte sich der Gesetzgeber dieser Einsicht verschlossen, wäre eine besondere Erwähnung von Wohn- und Geschäftsraum in diversen Bestimmungen des OR überflüssig gewesen. Die Beschaffenheit einer Sache bzw. eines Mietobjekts, Raum zu sein, besagt ebenfalls nichts darüber, ob sich das Mietobjekt in einer unbeweglichen oder einer beweglichen Sache befindet. Der miete zugänglicher Raum – und in naturgemässen Schranken, weil Räume keine "Früchte" abwerfen, auch der pacht zugänglicher Raum – kann folglich etwa eine Wohnung in einem Gebäude sein, die tatsächlich zum Bewohnen hergerichtet ist, aber ebenso z.B. ein Zimmer in einem Gebäudeteil oder in einer Wohnung, wobei in allen diesen "Raumtypen" nicht irgendwie zwingend gewohnt werden muss, sondern auch ein Geschäft betrieben oder bloss ein Hobby gepflegt kann werden. Raum ist ebenso z.B. ein Kellerabteil (worin Waren, Möbel oder Werkzeuge abgestellt oder z.B. Pilze gezüchtet werden können oder Musik am Schlagzeug oder auf einer Trompete geübt werden kann usf.), ferner etwa ein Stall für die Unterbringung von Reitpferden, ein Schuppen oder ein Teil davon, sodann ein "Lokal" irgendwelcher Art in einem Gebäude oder in einer Fahrnisbaute oder gar eine Fahrnisbaute selbst bzw. ihr Vergleichbares, wie z.B. ein Raum mit Kegelbahn, oder ein sog. "Container" (in dem etwa für einige Zeit ein Blumen-geschäft betrieben werden oder gewohnt oder gelagert oder gebastelt werden soll) oder endlich etwa eine sog. Baracke auf einem umzäunten Gelände, oder z.B. ein Wohnmobil bzw. Wohnwagen, der dem Mieter ggf. als dauerhafte Unter-

kunft dienen soll oder als Ausstellungsraum. Auch das alles scheint – nebenbei bemerkt – das Einzelgericht im angefochtenen Entscheid übersehen zu haben und ebenso das Folgende.

Miete und Pacht bezeichnen Vertragsverhältnisse, die durch den Abschluss eines Vertrages gemäss Art. 1 OR, also durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen begründet werden (sog. Konsensualverträge). Mit dem Abschluss eines solchen Vertrags verspricht der Vermieter (bzw. Verpächter) u.a., die Sache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu unterhalten (vgl. Art. 256 Abs. 1 OR). Zu welchem Gebrauch ein Raum im konkreten Einzelfall dienen soll, wofür der Mieter im Gegenzug verspricht, Mietzins zu leisten (vgl. Art. 253 OR), muss daher stets vom Konsens der Parteien erfasst sein, sei es ausdrücklich oder stillschweigend (das kann sich aus den Umständen im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss ergeben, wie z.B. aus dem bisherigen Gebrauch der Sache, oder etwa dadurch, weil das dem üblichen Gebrauch eines Raumes mit der Beschaffenheit des konkreten Mietobjekts [offenkundig bzw. eindeutig] entspricht). Ein anderer Gebrauch des Raums durch den Mieter als zu diesem Vereinbarten bzw. Vorausgesetzten in der Sprache des Gesetzes (also z.B. zum Wohnen oder zum Geschäften oder zum Lagern oder zum Üben oder zur Ausübung eines Hobbys usw.), ist ein vertragswidriger. Vertragswidriger Gebrauch wiederum vermag per se das Vereinbarte nicht zu ersetzen; ein Raum, der vertragswidrig zum Wohnen oder Geschäften verwendet wird, wird daher deswegen weder zum Wohn- noch zum Geschäftsraum i.S. der Sozialschutzgesetzgebung des OR. Hingegen kann der vertragswidrige Gebrauch zum Anlass der Kündigung genommen werden, die – ginge es um Wohn- oder Geschäftsraum – auch vor Art. 271 f. OR standhielte. Darum geht es hier allerdings gerade nicht.

**3.4.3** Zieht man ein Fazit aus diesen Überlegungen, so beschränkt sich die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts bzw. des mietgerichtlichen Einzelgerichts gemäss § 21 Abs. 1 lit. a und § 26 GOG auf alle Streitigkeiten (Beurteilung von Klagen) aus Miet- und Pachtverträgen, deren vertragsgemässer Gebrauch eines Raumes im Wohnen oder Geschäften i.S. des OR besteht und auf die daher die Bestimmungen über die Wohn- und Geschäftsraummieta bzw. -pacht des OR

Anwendung finden. Ob sich ein solcher Raum in einer unbeweglichen oder beweglichen Sache befindet, spielt dabei keine Rolle.

Unzuständig ist das Mietgericht bzw. das mietgerichtliche Einzelgericht demgegenüber nach Art. 21 Abs. 1 lit. a und § 26 GOG für die Beurteilung von Klagen (Streitigkeiten) aus Miet- und Pachtverträgen, die zwar Raum zum Gegenstand haben, dessen vertragsgemässer Gebrauch aber weder im Wohnen noch im Geschäften im eben dargelegten Sinn besteht, sowie von Klagen (Streitigkeiten) aus Miet- und Pachtverträgen, die anderes als Raum zum Vertragsgegenstand haben (wie z.B. blosse Flächen bzw. Plätze), unbeschadet der darauf ausgeübten (vertragsgemässen) Tätigkeit des Mieters bzw. Pächters. Unzuständigkeit besteht endlich – um auch das noch zu erwähnen – für die Beurteilung aller Klagen aus Gebrauchsüberlassungsverträgen, die weder als Miete noch als Pacht von Wohn- und/oder Geschäftsraum i.S. des OR zu qualifizieren sind (sondern z.B. als Gebrauchsleihe oder als gemischter Vertrag). In diesen Fällen besteht die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte (Bezirksgericht als Kollegium oder als Einzelgericht) oder allenfalls des Handelsgerichts oder des Einzelgerichts im summarischen Verfahren, je nach den verfahrensrechtlichen Besonderheiten, welche die ZPO für die Behandlung einer bestimmten Klage vorsieht.

Ob dieses Ergebnis mit Blick auf § 66 GOG bzw. Art. 200 ZPO, die beide ebenfalls an den Begriff der Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen i.S. des OR anzuknüpfen, im Kanton Zürich zu einer – wie das Einzelgericht vermutet – "inkohärenten" Praxis führt, kann hier, nachdem sich der kantonale Gesetzgeber bewusst für die heutige Fassung von § 21 Abs. 1 GOG entschieden hat, offen gelassen werden. Und es ist müssig darauf hinzuweisen, dass die Inkohärenz nur wenige Fälle betreffen könnte, so sie gegeben wäre.

**3.5** Das Einzelgericht hat sich für die Beurteilung der Schadenersatzklage der Klägerin als unzuständig und das mietgerichtliche Einzelgericht für zuständig erachtet. Dabei ging es nicht von den hier dargelegten gesetzlichen Prämissen aus, liess es namentlich den Gesichtspunkt unberücksichtigt, dass es auf den vereinbarten Gebrauch ankommt, und es legte auch nicht dar, worin dieser im konkreten Fall besteht. Bei den Stellungnahmen, die das Einzelgericht von der Klägerin

und von der Beklagten einholte, knüpfte es jedenfalls an den tatsächlichen Gebrauch des Scheunenteils als massgeblichem Gesichtspunkt an, und im angefochtenen Urteil ging es ebenfalls von diesem Gesichtspunkt aus, der selbst dann unrichtig ist, wenn alle weiteren Überlegungen des Einzelgerichtes zu seiner Unzuständigkeit zuträfen. Das übersieht auch die Beklagte mit ihren Ausführungen auf den S. 6 f. ihrer Berufungsantwort.

In die Überlegungen, die das Einzelgericht im Rahmen der weiteren Prüfung der Sache und dabei vorab seiner Zuständigkeit einzubeziehen haben wird, weil es bereits aus anderen Gründen zu einer Rückweisung kommt, gehört u.a., dass die Parteien unbestrittenermassen – und entgegen dem durch die Verwendung eines offensichtlich falschen Vertragsformulars erweckten Anschein – keinen Wohngebrauch des Scheunenteils vereinbart haben und die Klägerin geltend macht, der vereinbarte Vertragszweck liege im Lagern privater Sachen, es liege m.a.W. eine gewöhnliche Miete von Raum als Teil einer unbeweglichen Sache vor, aus der sie mit ihrer Klage Ansprüche geltend mache. Diese Behauptung beschlägt einen Aspekt des Klagefundamentes (das im Übrigen noch gar nicht erstattet werden konnte) und genügt insoweit für die Begründung der sachlichen Zuständigkeit, wenn sie sich nicht sogleich als falsch erweist (vgl. auch BGE 134 III 34 f., 137 III 34, je m.w.H.). In Berücksichtigung der derzeit bekannten Umstände lässt sich das nicht sagen. Zu diesen Umständen zählt etwa, dass die Beklagte in act. 4/12 selbst dartut, es entziehe sich ihrer Kenntnis, wie der Scheunenteil genutzt werde, wiewohl sie als Vermieterin zumindest wissen muss, was beim Vertragsschluss als Gebrauchszweck vereinbart wurde, bzw. sie sich entsprechendes Wissen ihres Vertreters anrechnen lassen muss. Und es zählt daher ebenso dazu, dass die Beklagte beim Vertragsschluss durch eine fachkundige Person vertreten war, die einen Vertrag unterzeichnete, der auf einem offensichtlich falschen Formular aufgesetzt worden war und dessen Kündigungsbestimmungen denen von Art. 266b OR entsprechen und nicht denen von Art. 266d OR.

Ob und inwieweit das Klagefundament begründet ist, lässt sich heute nicht feststellen, weil das Einzelgericht der Klägerin gar keine Gelegenheit dazu gab. Das wird daher nachzuholen sein.

**3.6** Im Sinne einer Zusammenfassung bleibt festzuhalten, dass der angefochtene Entscheid wegen schwerwiegender Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin aufzuheben ist. Aufzuheben ist er aber ebenso deshalb, weil das Einzelgericht seinen Entscheid in den wesentlichen Punkten nicht auf prozessual korrekt erhobene Sachverhaltsfeststellungen abstützte, sondern auf Sachverhaltsannahmen, die keine Grundlage in entsprechenden Vorbringen der Parteien finden, zumal die Klägerin noch gar keine Gelegenheit hatte, ihr Klagefundament vorzutragen, das auch für den Entscheid in der Frage der sachlichen Zuständigkeit wesentlich ist. Das führt zur Rückweisung an das Einzelgericht, das auch die massgeblichen kantonalen Vorschriften zur sachlichen Zuständigkeit falsch erkannt hat.

**4. - 4.1** Die Beklagte hat – wie gesehen – den Antrag gestellt, es sei die Klägerin anzuhalten, die im Berufungsverfahren anfallende Parteientschädigung der Beklagten gemäss Art. 99 ZPO sicher zu stellen.

**4.1.1** Sind die sachlichen Voraussetzungen für die Sicherstellung einer Parteientschädigung gemäss Art. 99 ZPO erfüllt, so setzt das Gericht eine Frist zur Leistung der Sicherheit an. Wird die Sicherheit in der Folge nicht geleistet, so tritt das Gericht auf eine Klage oder ein Rechtsmittel nicht ein (vgl. Art. 101 Abs. 2 ZPO). Die Leistung der Sicherheit stellt insoweit eine Hürde auf dem Weg zum Recht in Form einer Prozessvoraussetzung auf, die ausschliesslich im Interesse der beklagten Partei liegt und bezweckt, dass die beklagte Partei im Fall des Obsiegens nicht mit vorhersehbaren erheblichen Erschwernissen bei der Eintreibung der Parteientschädigung konfrontiert wird oder gar mit dem Ausfall der Entschädigung rechnen muss.

Erweist sich eine Klage oder ein Rechtsmittel allerdings offenkundig als berechtigt, stellt das Auferlegen einer Sicherheitsleistung der klagenden Partei eine sachlich letztlich ungerechtfertigte Hürde in den Weg, um zum Recht zu gelangen, und versperrt ihr den Weg zum Recht ggf. gar gänzlich. Das ist vom Zweck, eine Sicherheitsleistung i.S. des Art. 99 ZPO verlangen zu können, offenkundig nicht mehr erfasst. Und es fehlt in solchen Fällen der beklagten Partei als Gesuchstellerin an einem ernsthaften und daher schützenswerten Interesse (vgl. dazu Art. 59 Abs. 2 lit a ZPO), auf der Leistung einer Sicherheit zu beharren. Ein solches feh-

lendes Interesse hat ein Nichteintreten auf einen gleichwohl gestellten Antrag zur Folge.

**4.1.2** Die Verfügung vom 15. Februar 2017 ist – wie in Erw. 3.3 gesehen – wegen schwerer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin durch das Einzelgericht, das zudem weitere grobe Rechts- bzw. Verfahrensfehler begangen hat, aufzuheben, was zur Rückweisung der Sache führt. Die Beklagte hat in der Berufungsantwort selbst die Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin durch das Einzelgericht erkannt. Dass die regelhafte Folge von Gehörsverletzungen, namentlich des sog. Replikrechts, in der Aufhebung des angefochtenen Entscheids liegt, entspricht langjähriger gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung und darf bei einer anwaltlich vertretenen Partei als bekannt vorausgesetzt werden. Ein schützenswertes Interesse an der Behandlung des Antrages der Beklagten auf Sicherstellung fehlt unter diesen Umständen offensichtlich, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

**4.2** Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens (Gerichtskosten und Parteientschädigung; vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO) sind dem Ausgang entsprechend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) der Beklagten aufzuerlegen.

Die Entscheidgebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG festzusetzen. Ermässigungs- oder Erhöhungsgründe liegen nicht vor. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV (Reduktion des Grundansatzes auf rund die Hälfte) gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV festzusetzen. Zudem ist unter dem Titel der Parteientschädigung der beantragte Mehrwertsteuerersatz von 8 % (vgl. act. 22 S. 2) zuzusprechen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf den Antrag der Beklagten, die Klägerin sei zu verpflichten, für die Parteientschädigung der Beklagten im Berufungsverfahren eine angemessene Sicherheit zu leisten, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 15. Februar 2017 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.-- festgesetzt, der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 2'500.-- zu ersetzen.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'670.-- (8 % Mehrwertsteuer darin inbegriffen) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 31, sowie an das Bezirksgericht Winterthur.

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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 29'594.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: