

# ZH\_OBERGERICHT LN100044 vom 14. Dezember 2011

ZH Obergericht, 2011-12-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LN100044](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LN100044)

FR: ZH\_OBERGERICHT LN100044 du 14 décembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT LN100044 del 14 dicembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Zwischen den Parteien ist seit dem 17. Juli 2009 der Forderungsprozess Nr. CG090042-F vor Bezirksgericht Horgen hängig (Urk. 13/2). Gegenstand ist das in Y.\_\_\_\_\_ gelegene Grundstück Grundbuchblatt ..., eine 5 ½-Zimmer- Stockwerkeigentumswohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ..., Y.\_\_\_\_\_. Die Klägerin verlangt hauptsächlich, dass ihr – als Eigentümerin einer anderen Stockwerkeinheit in derselben Liegenschaft – gestützt auf ein im Grundbuch zu- gunsten der Stockwerkeigentümer vorgemerkt Vorkaufsrecht das Eigentum an der obbezeichneten Stockwerkeinheit zu übertragen sei. Als deren Eigentümer ist im Grundbuch der Beklagte 1 eingetragen (Urk. 13/4/6). Nebst dem erwähnten

- 5 - Vorkaufsrecht ist im Grundbuch u. a. bezüglich des streitgegenständlichen Grundstücks (GBBl. ...) ein Mietvertrag zwischen dem Beklagten 1 und dem Beklagten 2 vorgemerkt. Diese Vormerkung datiert vom 29. September 2008; die Vormerkungsdauer endet am 31. August 2018 (Urk. 13/4/6).

### E. 1.1

Die Vorinstanz schloss auf ihre eigene (Auffang-)Zuständigkeit (§ 31 Ziff. 1 GVG), nachdem sie verneinte, dass die Schlichtungsbehörde in Mietsachen bzw. das Mietgericht für Ziff. 4 Abs. 1 des Rechtsbegehrens sachlich zuständig seien. Sie begründete dies zusammengefasst damit, dass in der vorliegenden Konstellation, in welcher eine nicht am Mietverhältnis beteiligte Drittperson (die Klägerin) sowohl gegen den Mieter (den Beklagten 2) wie auch den Vermieter (den Beklagten 1) klage, kein "mietrechtlicher Tatbestand aus dem Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter" vorliege. Somit falle die fragliche Ziff. 4 Abs. 1 des Rechtsbegehrens weder in die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde noch in jene des Mietgerichts (Urk. 3 S. 5, E. 2.4).

### E. 1.2

Dieser Auffassung der Vorinstanz widersprechen beide Beklagten. Der Beklagte 1 bringt in seiner Rekursschrift verschiedene Argumente dafür vor, dass betreffend das Feststellungsbegehren von einem "mietrechtlichen Tatbestand" auszugehen sei, womit zwingend die mietrechtliche Zuständigkeitsordnung – Schlichtungsbehörde in Mietsachen, Mietgericht etc. – zur Anwendung komme (Urk. 2 S. 3 ff.). Zunächst gibt er zu bedenken, dass ein Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit eines Mietverhältnisses den Kern des Mietvertrags betreffe, nämlich die Wohnung des Mieters (Beklagter 2), welche diesem bei Gutheissung der Klage entzogen würde. Die Klägerin begründe ihr Rechtsbegehren im Wesentlichen mit marktüblichem Mietzins und mit der Vormerkungsdauer.

- 8 - Die Beurteilung der Angemessenheit eines Mietzinses sei ein zentraler Punkt des Mietrechts (Art. 269 ff. OR). Die Dauer und die Möglichkeit der Vormerkung seien

ebenfalls im Mietrecht gesetzlich geregelt (Art. 255 und Art. 261b OR). Wenn letztlich eine gültige Ausübung des Vorkaufsrechts bejaht würde, führe dies zu einem gesetzlichen Parteiwechsel nach Art. 261 OR. Und schliesslich würden auch die sich im Zusammenhang mit einer allfälligen Rückgabe des Mietobjekts stellenden Fragen ihrerseits wichtige, im Mietrecht geregelte Fragen betreffen. Die Auffassung der Vorinstanz, es liege kein mietrechtlicher Tatbestand vor, sei daher nicht haltbar (Urk. 2 S. 3, Ziffer 4.1). Weiter bringt der Beklagte 1 vor, dass zwar gemäss § 25 ZPO/ZH beim Gericht der Hauptsache auch Nebenbegehren geltend gemacht werden könnten, dass vorliegend dafür aber die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart für Hauptsache und Nebenbegehren nicht gegeben sei (Urk. 2 S. 3, Ziff. 4.2, mit Verweis auf § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO/ZH und Frank/Sträuli/Messmer, N 5 zu § 25 ZPO/ZH). Da es das Ziel der Klägerin sei, einen Mietvertrag über einen Wohnraum aufzuheben, liege – unabhängig davon, in welcher Rechtsstellung sich die Klägerin gegenwärtig befinde – ein mietrechtlicher Tatbestand vor; damit gelte das Schlichtungsobligatorium gemäss Art. 274a OR (Urk. 2 S. 4, Ziff. 5). Die Auslegung des "mietrechtlichen Tatbestands" gehe relativ weit: Auch "mietrechtliche Feststellungsklagen" wie die vorliegende würden von Art. 23 GestG erfasst, sodass die mietrechtliche Zuständigkeitsordnung zu beachten sei (Urk. 2 S. 4 f., Ziff. 6). Schliesslich sei der vorinstanzliche Beschluss auch aufzuheben, da entgegen der Ansicht der Vorinstanz heute kein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der Frage der Gültigkeit des Mietvertrags bestehe; dafür stünde der Klägerin allenfalls später die Leistungsklage nach Art. 261 OR zur Verfügung (Urk. 2 S. 5, Ziff. 7). Der Beklagte 2 beharrt schlicht darauf, dass die ihn betreffenden Fragen von Schlichtungsbehörde und Mietgericht zu beurteilen seien, und verweist auf seine Ausführungen vor Vorinstanz (Urk. 6 S. 2, Urk. 13/17). Demgegenüber beantragt die Klägerin sinngemäss die Bestätigung des angefochtenen Entscheids. Kurz zusammengefasst gehen ihre Ausführungen dahin, dass das vorkaufsrechtsbelastete Grundstück nach dem Vorkaufsfall treuwidrig bzw. "mutwillig" mit einem langjährigen Mietvertrag zu unüblichen Bedingungen

- 9 - belastet worden sei. Das angerufene Gericht habe zu beurteilen, ob die Ausübung des Vorkaufsrechts trotz Rückgängigmachung des Vorkaufsfalls gültig sei. Eine solche Beurteilung könnte das Mietgericht nicht vornehmen. Sie, die Klägerin, habe ein evidentes und schützenswertes Interesse daran, dass diese Tatsachen gesamtheitlich beurteilt würden. Zudem sei sie weder Vermieterin noch Mieterin (Urk. 10 S. 3, ferner mit Verweis auf Urk. 13/27). 1.3.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei Streitigkeiten aus der Miete einer unbeweglichen Sache grundsätzlich zwingend zuerst ein Schlichtungsverfahren durchzuführen (BGE 118 II 307 ff., publ. in Pra 82 Nr. 166 und mp 1/93 S. 44). Entscheidend sei dabei nicht, ob die Streitigkeit vertraglicher, ausservertraglicher oder quasivertraglicher Natur ist, sondern ob sie im Zusammenhang mit der Benützung der Mietsache stehe und damit auf einem sog. "mietrechtlichen Tatbestand als solchem" beruhe (BGE 120 II 117 ff., E. 3c, kritisch kommentiert von Higi im Zürcher Kommentar, N 14 und 42 ff. zu Art. 274 OR). Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung in einem Fall, wo die örtliche Zuständigkeit strittig war, dahingehend präzisiert, dass die Zuständigkeit des Gerichts am Ort der Sache und damit der dortigen Schlichtungsbehörde auf Rechtsbeziehungen beschränkt sei, die schwergewichtig mietrechtlicher Natur sind; die Grundlage des Streits müsse in einer mietrechtlichen oder jedenfalls mietrechtsähnlichen Beziehung der Parteien liegen (unpubl. Bger 4C.274/1999 vom 17. November 1999, E. 3; zitiert in Bger 5C.181/2003 vom 4. November 2003, E. 2.3; vgl. auch SVIT-Kommentar zum Mietrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 10a zu Art. 274a

OR). 1.3.2. Vorliegend stützt die Klägerin ihren Anspruch primär darauf, dass sie gültig ein Vorkaufsrecht (i.S.v. Art. 712c Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216c ff. OR) aus- geübt habe und ihr deshalb nun das betreffende Grundstück zu den Bedingungen zu übertragen sei, die der Beklagte 1 mit der Dritten (E.\_\_\_\_\_) vereinbarte (Art. 216d Abs. 3 OR; vgl. Urk. 13/4/5 S. 6, Ziff. 8). In jenem Kaufvertrag war festgehal- ten, dass über das Vertragsobjekt keine Mietverträge bestünden (Urk. 13/4/7 S. 5, weitere Bestimmung Ziff. 8). Vor diesem Hintergrund klagt die Klägerin u. a. auf Feststellung, dass der nach Ausübung des Vorkaufsrechts abgeschlossene Miet- vertrag zwischen dem Beklagten 1 und dem Beklagten 2 nichtig sei, da er simu-

- 10 - liert – gemeint im Sinne eines Scheingeschäfts – sei (Art. 18 OR; Urk. 13/2 S. 13, Ziff. 21). Als Käuferin will die Klägerin das Kaufsobjekt frei von Nutzungsverhält- nissen mit Dritten erwerben. Dies und nicht ihre Stellung als mögliche Rechts- nachfolgerin des Beklagten 1 als Vermieter ist der Kern ihres Begehrens. Die Klä- gerin leitet ihren Anspruch nicht aus dem Mietverhältnis, sondern aus Art. 216d OR her. Es geht der Klägerin nicht darum, Rechte zu wahren, die sich aus einem Mietverhältnis ergeben; vielmehr stehen hier Rechte aus Kaufrecht im Vorder- grund. Zwar besteht hinsichtlich des Nebenbegehrens Ziff. 4 Abs. 1 ein Kausalzu- sammenhang zu einem (laut Klägerin nichtigen) Mietvertrag, doch führt allein dies noch nicht zu einem "mietrechtlichen Tatbestand" und zur mietrechtlichen Zu- ständigungsordnung. Weder die Rechtsbeziehung zwischen der Klägerin zum Beklagten 1 noch jene der Klägerin zum Beklagten 2 ist schwergewichtig mietrechtlicher Natur. Die Grundlage des Streits liegt vielmehr im Recht über den Grundstückkauf bzw. im allgemeinen Vertragsrecht. 1.3.3. Ziffer 4 Abs. 1 des Rechtsbegehrens richtet sich auf Feststellung der Nichtigkeit des Mietverhältnisses zwischen dem Beklagten 1 und dem Beklagten 2. Dieses Rechtsverhältnis (der Mietvertrag) kann nicht für den Vermieter (Beklag- ter 1) nichtig sein, für den Mieter (Beklagter 2) aber nicht; mithin handelt es sich um ein unteilbares Rechtsverhältnis. Demzufolge bilden der Beklagte 1 und der Beklagte 2 eine notwendige Streitgenossenschaft und müssen folglich gemein- sam belangt werden (vgl. § 39 Abs. 1 ZPO/ZH; vgl. statt vieler: Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 5 N 55b). Zwar ist der Beklag- te 2 in seiner Stellung als Mieter tangiert, was – für sich betrachtet – für die An- nahme eines mietrechtlichen Tatbestands spräche. Massgebend ist jedoch der wesentlichste Gesichtspunkt des Streits unter Berücksichtigung des ganzen Rechtsbegehrens, und diesbezüglich kommt das Hauptgewicht der Position des Beklagten 1 zu, der primär in seiner Stellung als Vorkaufsrechtsbelasteter/Ver- käufer tangiert ist. Hinzu kommt, dass hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit bei notwendigen Streitgenossen grundsätzlich ein ordentliches Gericht gegenüber einem Sondergericht Vorrang genießt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 39 N 23a; ZR 43

- 11 - Nr. 226). Selbst wenn auf einen der notwendigen Streitgenossen – hier mit Bezug einzig auf ein Nebenbegehren in einer weiterreichenden Auseinandersetzung – grundsätzlich die spezielle mietrechtliche Zuständigkeitsordnung Anwendung fän- de, hätte dennoch das für den/die anderen notwendigen Streitgenossen zuständi- ge ordentliche Gericht Vorrang. 1.3.4. Der Regelungsgedanke von Art. 274a Abs. 1 OR findet seine rechts- politische Rechtfertigung namentlich in der sozialrechtlichen Besonderheit miet- rechtlicher Streitigkeiten, insbesondere jener aus dem Bereich der Wohnungs- und Geschäftsmiete (BGE 120 II 112 E. 3b/bb; Bger 5C.181/2003 E. 2.3). Vorlie- gend stellen

sich aber keine spezifisch mietrechtlichen Fragen; auch im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten 2 nicht: Ob der zwischen dem Beklagten 1 und dem Beklagten 2 geschlossene Mietvertrag simuliert ist oder nicht, beurteilt sich nicht nach mietrechtlichen Bestimmungen, sondern nach allgemeinem Vertragsrecht. Sollte sich herausstellen, dass der Vertrag wie behauptet simuliert und damit nichtig ist, so könnte der Beklagte 2 beispielsweise keine Miet-Erstreckung (Art. 272 ff. OR) verlangen, sondern müsste mit einer Ausweisung rechnen. Auch dann stellen sich nicht primär mietrechtspezifische, sondern sachen- bzw. prozessrechtliche Fragen. Der Schutz des Mieters (Beklagter 2), der in die Auseinandersetzung einbezogen wird, ist bezüglich der sich stellenden Fragen vor Bezirksgericht ebenso gut gewahrt, wie wenn das Begehren von den speziell für Mietsachen zuständigen Behörden behandelt würde. 1.3.5. Dem Feststellungsbegehren kommt auch nicht ein mietrechtliches Schwergewicht zu, weil die Klägerin im Zusammenhang mit der geltend gemachten Simulation ausführen liess, die Beklagten 1 und 2 hätten bei der Vereinbarung des Mietvertrags einen marktunüblich tiefen Mietzins und eine unüblich lange Vormerkungsdauer vereinbart. Die Klägerin zielt mit ihren diesbezüglichen Ausführungen darauf ab, dass diese Vertragsregelungen Indizien für ein Scheingeschäft seien. Es geht weder darum, ob der zwischen den Beklagten 1 und 2 vereinbarte Mietzins missbräuchlich im Sinne von Art. 269 ff. OR sei noch ob das Mietverhältnis im Sinne von Art. 255 OR befristet oder unbefristet sei. Auch die Möglichkeit der Vormerkung eines Mietvertrags im Grundbuch (Art. 261b OR) ist nicht Streitthema. Es geht vielmehr darum, im Sinne einer akzessorischen Nebenfrage, innerhalb der Auseinandersetzung über das Vorkaufsrecht, festzustellen, ob der vorkaufsrechtsbelastete Verkäufer (der Beklagte 1) das Vertragsobjekt nach dem behaupteten Vorkaufsfall noch gültig vermietet und mit einer Vormerkung des Mietvertrags belastet hat, respektive ob sich die das Vorkaufsrecht ausübende Partei ein solches Verhalten gefallen lassen muss. Im Übrigen vermag der Beklagte 1 auch aus der von ihm (in Urk. 2 S. 4, Ziff. 6) zitierten Literaturstelle bei Müller/Wirth (Gross, in: Müller/Wirth [Hrsg.], Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 23 N 52) nichts zu seinen Gunsten abzuleiten – einerseits geht es dort um die örtliche und nicht wie hier um die sachliche Zuständigkeit, andererseits kommen in der vorliegenden Konstellation noch weitere Aspekte, etwa jener der notwendigen Streitgenossenschaft (siehe vorn E. IV 1.3.3), hinzu. 1.3.6. Zusammenfassend ist vorliegend nicht von einem mietrechtlichen Tatbestand im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auszugehen, so dass das Obligatorium des Schlichtungsverfahrens (Art. 274a Abs. 1 OR) keine Anwendung findet.

#### **E. 1.4**

Aus denselben Überlegungen (E. IV 1.3) ist das Mietgericht zur Beurteilung des Feststellungsbegehrens sachlich nicht zuständig: Der Klagegegenstand ist nicht dem mietrechtlichen Rechtsbereich zuzuordnen, da er sich – wie dargelegt – nicht aus einem Miet- oder Pachtverhältnis im Sinne von § 18 GVG herleitet (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 18 N 2).

#### **E. 1.5**

Weil (1.) die mietrechtliche Zuständigkeitsordnung (Schlichtungsbehörde in Mietsachen, Mietgericht) nicht zur Anwendung kommt und auch kein anderes Gericht zuständig ist und (2.) der Streitwert der Streitigkeit Fr. 20'000.– übersteigt, ist gemäss § 31 Ziff. 1 GVG das angerufene Bezirksgericht sachlich zuständig. Damit ist der angefochtene Entscheid,

die Unzuständigkeitseinreden zu verwerfen, zu bestätigen.

- 13 - 2. Rechtsschutzinteresse am Feststellungsbegehren

## **E. 2**

Der Beklagte 2 beantragte der Vorinstanz mit Eingabe vom 9. November 2009, es sei der Prozess zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 von jenem gegen ihn abzutrennen. Sodann sei das Thema im Prozess gegen ihn zunächst auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu beschränken, wobei diese zu verneinen und folglich auf die Klage nicht einzutreten sei (Urk. 13/17). Ähnliche Anträge an die Vorinstanz stellte auch der Beklagte 1 in seiner Eingabe vom 10. November 2009 (Urk. 13/19): Es sei der Rechtsstreit in zwei verschiedene Prozesse zu trennen; auf das Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit des Mietvertrags und Löschung der Vormerkung sei nicht einzutreten; und schliesslich sei das Verfahren zunächst auf die Frage der Zulässigkeit der passiven Streitgenossenschaft, eventuell auf das Feststellungsinteresse zu beschränken. Zu diesen Anträgen der Beklagten nahm die Klägerin mit Eingabe vom 11. Februar 2010 Stellung. Sie beantragte ihrerseits was folgt (Urk. 13/27): "Die Anträge des Beklagten 1 gemäss Eingabe vom 10. November 2009 sowie die Anträge des Beklagten 2 gemäss Eingabe vom 9. November 2009 seien vollumfänglich abzuweisen, und das Verfahren sei integral gegen beide Beklagten fortzuführen [...]; Eventualiter - für den Fall, dass hinsichtlich Klagebegehren Ziff. 4 Abs. 1 ein selbständiger Zwischenentscheid gefällt wird - sei das Verfahren einstweilen beschränkt auf die Klagebegehren Ziff. 1-3 sowie Ziff. 5 gemäss Hauptantrag fortzuführen; die Weiterführung des Verfahrens hinsichtlich der Klagebegehren Ziff. 4 sei an die Hand zu nehmen, sobald über die diesbezügliche sachliche Zuständigkeit entschieden ist; Subeventualiter sei für den Fall einer Verfahrensabtretung hinsichtlich Klagebegehren Ziff. 4 Abs. 1 das Verfahren hinsichtlich Klagebegehren Ziff. 1-3 sowie Ziff. 5 fortzuführen [...]; Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche MwSt) zu Lasten der Beklagten." Mit Beschluss vom 17. August 2010 bejahte die Vorinstanz ihre sachliche Zuständigkeit auch für Ziff. 4 Abs. 1 des Rechtsbegehrens und wies den Abtrennungsantrag ab (Urk. 13/28 = Urk. 3).

- 6 -

### **E. 2.1**

Weiter enthält der angefochtene Entscheid in seiner Erwägung 3.3 Ausführungen zur Feststellungsklage, und es wird am Ende festgehalten, dass das Feststellungsinteresse zu bejahen sei (Urk. 3 S. 8 ff.). Im Entscheiddispositiv (Urk. 3 S. 10) schlagen sich diese Ausführungen indes nicht nieder, sondern es wird dort – nebst nebensächlichen Anordnungen – nur die Unzuständigkeitseinrede verworfen (Dispositivziffer 1) und das prozessuale Abtrennungsbegehren abgewiesen (Dispositivziffer 2). Der Beklagte 1 geht in seiner Rekursbegründung auch auf diese vorinstanzlichen Ausführungen zum Feststellungsinteresse kurz ein. Er hält an seinem im erstinstanzlichen Verfahren eingenommenen Standpunkt fest, dass kein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung bestehe, und hält dafür, dass "auch deswegen" der angefochtene Entscheid aufzuheben sei (Urk. 2 S. 5, Ziff. 7; Urk. 13/19 S. 3, Ziff. 4). Hierzu drängen sich folgende klarstellenden Hinweise auf:

### **E. 2.2**

Mit Rekurs anfechtbar ist lediglich das Dispositiv des angefochtenen Entscheids (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 271 N 11). Soweit im Rekursverfahren Anträge gestellt werden, welche nicht Gegenstand des Dispositivs des angefochtenen Beschlusses bilden, fehlt es an der formellen Beschwer (ZR 82 Nr. 14). Es wäre grundsätzlich möglich gewesen, über die prozessuale Vorfrage des Feststellungsinteresses einen Vorbeschluss im Sinne von § 189 Satz 2 ZPO/ZH zu fällen. Solche Vorentscheide sind ausnahmsweise aus prozessökonomischen Gründen zulässig, wenngleich nach der Regel im 1. Satz von § 189 ZPO/ZH Vorfragen grundsätzlich mit dem Endentscheid zu erledigen sind. Vorliegend hätte ein Vorbeschluss über das Feststellungsinteresse den Rekursweg auch darüber eröffnet (§ 271 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO/ZH; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 189 N 3 und 6). Zwar zeigt sich rückblickend – nachdem der vorinstanzliche Beschluss vom 17. August 2010 ohnehin angefochten wurde und man auf einen (weiteren) Zwischenrekurs zurückfiel – dass es nicht zu einem Zeitverlust geführt hätte, wenn man auch gleich einen Vorbeschluss über das Feststellungsinteresse gefällt hätte. Trotzdem ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz – wohl in

- 14 - Abwägung des Anfechtungsrisikos – darauf verzichtete, einen selbständig anfechtbaren Vorentscheid über das Feststellungsinteresse zu treffen. Ohne eigentliche Anordnung zum Feststellungsinteresse im Dispositiv wird mit den Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Erwägung 3.3 bloss deren Sicht der Rechtslage dargelegt, auf die sie im Endentscheid zurückkommen könnte.

### **E. 2.3**

Insoweit sich der Rekurs des Beklagten 1 auf die erwogene Bejahung des Feststellungsinteresses bezieht, ist demnach nicht darauf einzutreten. Es bleibt dem Beklagten 1 unbenommen, einen das Feststellungsinteresse bejahenden Entscheid anzufechten, wenn dieser einmal ergangen sein wird. 3. Zusammenfassend sind beide Rekurse abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. V. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Beklagten 1 und 2 sind mit ihren Rekursen unterlegen, womit sie kosten- und auch entschädigungspflichtig werden (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 66 N 5 a.E.). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 7 GerGebV, wobei von einem Streitinteresse am Rechtsmittel von Fr. 237'600.– auszugehen ist (Urk. 13/19 S. 4, Ziff. 7, und Urk. 13/27 S. 7, Ziff. 14). Die Entschädigung für die Klägerin ist auf insgesamt Fr. 300.– festzusetzen. Es wird beschlossen: 1. Das Verfahren wird wieder aufgenommen.

- 15 - 2. Die Rekurse der Beklagten 1 und 2 werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und der Beschluss des Bezirksgerichtes Horgen, III. Abteilung, vom 17. August 2010 wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'330.–. 4. Die Kosten des Rekursverfahrens werden den Beklagten 1 und 2 je zur Hälfte auferlegt. 5. Die Beklagten 1 und 2 werden verpflichtet, der Klägerin eine Umtriebsentschädigung von je Fr. 150.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen sofort an die Vorinstanz zurück. 7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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 übersteigt Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Für den Fristenlauf gelten Art. 44 ff. BGG. Zürich, 14. Dezember 2011 \_\_\_\_\_ OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH I. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: lic. iur. K. Vogel versandt am: mc

### **E. 3**

Mit Eingabe vom 27. August 2010 erhob der Beklagte 1 rechtzeitig Re- kurs (Urk. 2). In der Rekursschrift hielt er an seinem Standpunkt fest, wonach auf Ziff. 4 Abs. 1 des Rechtsbegehrens mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzu- treten sei. Auch der Beklagte 2 erhob rechtzeitig, mit Eingabe vom 8. September 2010 Rekurs (Urk. 6; betr. Rechtzeitigkeit: Urk. 13/29/3); auch er beharrt auf sei- nem Antrag auf Nichteintreten auf Ziff. 4 Abs. 1 des Rechtsbegehrens. Die (inzwischen nicht mehr anwaltlich vertretene [Urk. 9]) Klägerin nahm fristgerecht, mit Eingabe vom 18. September 2010 Stellung zu den Rekursen; sie beantragt deren Abweisung (Urk. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 14).

### **E. 4**

Da ein weiteres, denselben Rechtsstreit betreffendes Rechtsmittelver- fahren vor Kassationsgericht hängig war (Kass.-Nr. AA100143-P), wurde das vor- liegende Rekursverfahren im Einverständnis mit den Parteien (Prot. S. 4 f.) sistiert bis zur Rechtskraft des Entscheids über die dort strittige Frage der Prozesskau- tion (Urk. 16). Nachdem das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 22. Juli 2011 darüber entschieden hat (Urk. 17) und dieser Entscheid in Rechtskraft er- wachsen ist (vgl. auch Urk. 20: Urteil des Bundesgerichts vom 14. Oktober 2011, 4A\_553/ 2011), ist das Verfahren wieder aufzunehmen. III. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrens- recht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG anzuwenden. Ebenso ist mit Bezug auf die Überprüfung des Verfahrens und des Entscheids der ersten Instanz (im Rahmen der Rekursanträge) das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, da im Rekursverfahren zu prüfen ist, ob der ange- fochtene Entscheid im Zeitpunkt seiner Fällung Grund zur Beanstandung gab o- der nicht.

- 7 - Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d. h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GerGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. Septem- ber 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom

### **E. 8**

September 2010). IV. 1. Sachliche Zuständigkeit betr. Ziff. 4 Abs. 1 des Rechtsbegehrens