

### **ZMP 2017 Nr. 3**

**Art. 83 Abs. 2 SchKG; Art. 1 lit. c ZPO; Art. 33 ZPO; Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 46 ZPO; Art. 1 Abs. 2 lit. b aGestG. Örtliche Zuständigkeit für Aberkennungsklagen in Streitigkeiten über die Miete oder Pacht von Wohn- oder Geschäftsräumen.**

*Art. 83 Abs. 2 SchKG sieht für Aberkennungsklagen einen (dispositiven) Gerichtsstand am Betreibungsort vor. Art. 46 ZPO behält abweichende Gerichtsstände des SchKG ausdrücklich vor. Art. 83 Abs. 2 SchKG scheint daher auch den teilzwingenden Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache für Streitigkeiten über Miete oder Pacht von Wohn- oder Geschäftsräumen nach Art. 33 und 35 Abs. 1 lit. b ZPO zu verdrängen. Allerdings enthielt schon das aufgehobene Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) in Art. 1 Abs. 2 lit. b einen Vorbehalt zugunsten der Gerichtsstände des SchKG. Die Rechtsprechung unter der Herrschaft des GestG ist daher auch seit der Einführung der ZPO nach wie vor einschlägig. Die sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat in [BGE 135 V 124](#) entschieden, dass Art. 83 Abs. 2 SchKG eine gesetzliche Prorogation zugunsten zwingender Gerichtsstände aus anderen Rechtsbereichen vorsehe. Damit kann eine Aberkennungsklage nur unter den Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO an einem anderen Ort als dem Lageort der Mietsache erhoben werden (E. 2.3 und 2.5).*

*Sieht eine Mietvertragsklausel explizit den Lageort der Sache als Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag vor, so gilt dies auch für eine Aberkennungsklage, und zwar im Sinne eines ausschliesslichen Gerichtsstands. Dass die Klausel aus AGB hervorgeht, auf die der Mietvertrag verweist, ändert daran nichts, denn für eine gültige Gerichtsstandsklausel genügt nach geltendem Recht schon der Nachweis durch Text (E. 2.4).*

Aus dem Beschluss des Mietgerichts MD160010-L vom 16. Februar 2017 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Jacob Siradakis, Röthlisberger; Gerichtsschreiberin Dändliker):

"1. *Sachverhalt und Prozessgeschichte*

1.1 Mit Vertrag vom 11. August 2010 vermieteten die Aberkennungsbe-  
klagten (nachfolgend Beklagte) der damals unter der Firma O. GmbH aufgetrete-  
nen Aberkennungsklägerin (nachfolgend Klägerin) sowie an R. eine 5 ½ - Zim-  
merwohnung sowie Nebenräume an der C-strasse X in Männedorf. Der Mietzins  
betrug damals Fr. 7'010.– brutto. Der Vertrag konnte ordentlich auf Ende März,  
Juni und September jedes Jahres unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist  
gekündigt werden. Bei R. handelt es sich um den Geschäftsführer der Klägerin.  
Mit Schreiben vom 28. August 2015 kündigte R. den Mietvertrag im Namen beider  
Mieter ausserterminlich auf den 31. Oktober 2015, ersatzweise aus wichtigem  
Grund auf den 30. November 2015 und ersatzweise fristgerecht auf den 31. März  
2016. Die Bemühungen der Mieter um einen Ersatzmieter blieben erfolglos. Auf  
Ende Oktober 2015 stellten sie die Mietzinszahlungen ein. Auf eine Mahnung der  
Verwaltung bezüglich des Mietzinses für den November 2015 hin bestritt R. am 4.  
November 2015 weitere Forderungen der Vermieter.

Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 1 vom 10. März 2016 wur-  
de die Klägerin auf Veranlassung der Beklagten aufgefordert, die Beträge von  
Fr. 31'550.– und Fr. 750.– nebst Zins zu bezahlen. Auf Rechtsvorschlag der Klä-  
gerin hin erteilte das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich den Be-  
klagten mit Urteil vom 10. Mai 2016 in der genannten Betreuung Nr. 63888 provi-  
sorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 31'450.– nebst Zins zu 5% seit  
16. Januar 2016. In der Folge reichte die Klägerin fristgerecht beim Obergericht  
des Kantons Zürich eine Beschwerde gegen den provisorischen Rechtsöffnungs-  
entscheid ein und stellte dort einen Antrag auf aufschiebende Wirkung.

1.2 Parallel dazu reichte die Klägerin mit Eingabe vom 13. Juni 2016 frist-  
gerecht die vorliegende Aberkennungsklage beim angerufenen Gericht ein und  
beantragte, es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche den Beklagten  
provisorische Rechtsöffnung erteilt worden sei, nicht bestehe. Zudem stellte sie  
den prozessualen Antrag, das Verfahren sei zu sistieren, bis über das Rechtsmit-  
tel im Rechtsöffnungsverfahren entschieden sei. (...) Mit Verfügung vom 20. Juli

2016 wurde darauf das vorliegende Verfahren sistiert bis zum Entscheid des Obergerichts über die Beschwerde gegen die provisorische Rechtsöffnung. Auf Anfrage vom 23. Januar 2017 teilten die Parteien dem Gericht mit Eingaben vom 25. bzw. 26. Januar 2017 mit, das Obergericht habe mit Entscheid vom 9. November 2016 die Beschwerde der Klägerin abgewiesen; das Urteil sei rechtskräftig.

(...)

## 2. *Frage der örtlichen Zuständigkeit*

(...)

2.3. Nach Art. 33 ZPO ist für Klagen aus Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig. Gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO kann der Mieter oder die Pächterin von Wohn- oder Geschäftsräumen nicht zum Voraus oder durch Einlassung auf den Gerichtsstand nach Art. 33 ZPO verzichten (teilzwingender Gerichtsstand). Sodann behält Art. 46 ZPO in allgemeiner Weise die Gerichtsstände des SchKG gegenüber denjenigen der ZPO vor. Art. 83 Abs. 2 SchKG sieht vor, dass die Aberkennungsklage beim Gericht am Betreibungsort erhoben werden "kann". Nach Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei zwar um einen ausschliesslichen, aber nicht um einen zwingenden Gerichtsstand (BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 83 N 35; vgl. zur langjährigen Rechtsprechung diesbezüglich BGE 104 Ia 278, der allerdings ansonsten verfassungs- und zivilprozessrechtlich überholt ist). Das führt zur Frage, ob die mit der Schaffung der zwingenden und teilzwingenden Gerichtsstände durch die ZPO verbundenen Schutzüberlegungen nicht auch für eine Aberkennungsklage gelten müssen. Die Lehre bejaht dies entgegen den Ausführungen der Klägerin mehrheitlich, teils allerdings nur im Sinne eines alternativen Gerichtsstands (BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 83 N 34; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, S. 161 Rz. 101; ähnlich BSK OR I-WEBER, Vorbem. vor Art. 253-273c N 10). STAEHELIN führt aus, Art. 83 Abs. 2 SchKG regle das Verhältnis zu den ausschliesslichen Gerichtsständen wie demjenigen von

Art. 33 ZPO nicht. Trotz "Vorbehalt von Art. 1 lit. c ZPO" schliesse die Regelung im SchKG nicht aus, dass dessen Art. 83 Abs. 2 gegenüber anderen ausschliesslichen und meist zwingenden Gerichtsständen zurücktrete (BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 83 N 34).

Das Obergericht des Kantons Zürich hat allerdings, wie die Klägerin zu recht ausführen lässt, anders entschieden und einen Vorrang des Gerichtsstands am Betreibungsort gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG gegenüber den Gerichtsständen der ZPO angenommen (Urteil PD130003 v. 22. April 2013). Es erwog dabei, nach Art. 1 lit. c ZPO regle die Zivilprozessordnung des Bundes entgegen der Meinung der Vorinstanz das Verfahren vor den kantonalen Instanzen auch für gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts. Der teilzwingende Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache bei der Miete und Pacht von Wohn- oder Geschäftsräumen sei nach den Intentionen des Gesetzgebers zwar darauf zurückzuführen, dass dieser Ort für das Beweisverfahren am günstigsten sei, zumal das lokale Gericht auch den Ortsgebrauch am ehesten kenne. Zudem gehe es darum, den Mieter als schwächere Partei zu schützen. Dies würde isoliert betrachtet zur Annahme führen, den Ort der gelegenen Sache auch für die Aberkennungsklage als teilzwingenden Gerichtsstand zu betrachten, um die mit Art. 33 und 35 ZPO angestrebten Ziele nicht zu vereiteln. Allerdings bewirke der explizite Vorbehalt zugunsten der Gerichtsstände des SchKG, dass sämtliche Gerichtsstände der ZPO nach klarer Gesetzesvorschrift nur zur Anwendung gelangten, soweit das SchKG nichts anderes vorsehe (OGer, a.a.O., E. 2.6.1-3).

Interessant ist zunächst die obergerichtliche Rüge an die Adresse der Vorinstanz, diese habe den Gehalt von Art. 1 lit. c ZPO falsch wiedergegeben. Die Vorinstanz habe nämlich dargelegt, trotz des Vorbehalts zugunsten der Regelung des SchKG in Art. 1 lit. c ZPO sei den teilzwingenden Gerichtsständen der ZPO der Vorrang einzuräumen. Die Rüge dürfte zwar zutreffen. Allerdings beruhte die Äusserung der Vorinstanz (wie die identische Formulierung bei STAEHELIN, vgl. BSK SchKG, Art. 83 N 34) auf einem Missverständnis: Während Art. 1 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) noch einen Vorbehalt zugunsten des SchKG enthielt (vgl. dazu BRAENDLI, Die örtliche Zu-

ständigkeit für die Aberkennungsklage nach SchKG Art. 83 in mietrechtlichen Sachen nach dem neuen Gerichtsstandsgesetz, ZBJV 139 [2003] S. 465), änderte sich bei der ZPO die Technik: Neu findet die ZPO (und damit unter Vorbehalt einer Spezialregelung auch deren Gerichtsstandsregelung) explizit *auch* auf Gerichtsverfahren im Rahmen des SchKG Anwendung (Art. 1 lit. c ZPO). Der Irrtum der Vorinstanz, die bei ihrem Entscheid wohl noch das GestG im Hinterkopf hatte, bedeutet aber zugleich, dass der Vorbehalt zugunsten der Gerichtsstände des SchKG schon im GestG als Vorläufer-Erlass der ZPO enthalten war. Art. 46 ZPO bestätigt daher letztlich nur den Gehalt von Art. 1 Abs. 2 lit. b aGestG und stellt damit keine Neuerung dar. Ist dem aber so, so erweisen sich auch Literatur und Rechtsprechung vor der Einführung der Bundes-ZPO als für die Lösung des Problems nach wie vor einschlägig.

Die Beklagten verweisen nun auf den von der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts erlassenen [BGE 135 V 124](#), der bislang in der zivilprozessualen Literatur soweit ersichtlich keinen (und jedenfalls nicht den gebührenden) Niederschlag gefunden hat. Das Bundesgericht räumte im genannten Entscheid dem zwingenden Gerichtsstand von Art. 89 Abs. 2 KVG (Kanton, in welchem die ständige Einrichtung des Leistungserbringers liegt) Vorrang vor dem dispositiven Gerichtsstand für Aberkennungsklagen nach Art. 83 Abs. 2 SchKG ein. Es erwog, Art. 83 Abs. 2 SchKG wolle dem in die Klägerrolle gedrängten Schuldner den Gerichtsstand am Betreibungs-, mithin im Regelfall von Art. 46 Abs. 2 SchKG an seinem Wohnort wahren. Zu den Auswirkungen von Art. 1 Abs. 2 lit. b aGestG (Vorbehalt zugunsten des SchKG, heute Art. 46 ZPO) äusserte sich das Bundesgericht nicht, da es im Bereich des KVG zu urteilen hatte und nicht in einer Zivilsache (BGE a.a.O., E. 4.3.2, S. 132 f.). Es bezeichnete es aber als entscheidend, dass der Gerichtsstand von Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht zwingend sei. Dies schliesse eine "gesetzliche Prorogation" ein, soweit eine Spezialnorm wie Art. 89 Abs. 2 SchKG einen anderen Gerichtsstand vorsehe (BGE a.a.O., S. 133). Es folgte dabei explizit der Argumentation von STAEHELIN, der schon damals auf dem Wege der Interpretation von Art. 83 Abs. 2 SchKG generell den besonderen – und besonders den zwingenden – Gerichtsständen des Zivil-

prozessrechts den Vorrang einräumte vor der dispositiven Norm von Art. 83 Abs. 2 SchKG.

Überträgt man diesen Gedanken auf den vorliegenden Fall, besteht am Be-  
treibungsort wegen der sinngemässen gesetzlichen Prorogation in Art. 83 Abs. 2  
SchKG zugunsten von Art. 33 und 35 Abs. 1 lit. b ZPO kein Gerichtsstand. Art. 46  
SchKG vermag daran nichts zu ändern, denn das Ergebnis beruht auf einer Inter-  
pretation von Art. 83 Abs. 2 SchKG.

2.4. Hinzu kommt, dass die Parteien entgegen der Auffassung der Klägerin  
durchaus eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen haben. Wie  
erwähnt lässt Art. 83 Abs. 2 SchKG nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung  
Gerichtsstandsvereinbarungen zu, ist also dispositiver Natur. Mangels einer eige-  
nen Regelung im SchKG richten sich die übrigen Voraussetzungen an eine gülti-  
ge Gerichtsstandsvereinbarung gestützt auf Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 17 ZPO nach  
den zivilprozessualen Regeln. Erforderlich ist dabei nach geltendem Recht nur  
noch eine Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 17 Abs. 2 ZPO).  
Eine Unterschrift ist dazu nicht notwendig, wobei die fehlende Unterschrift immer-  
hin einen Hinweis auf einen Konsensmangel darstellen kann (KUKO ZPO-  
HAAS/SCHLUMPF, Art. 17 N 17). Weiter genügt selbst ein Brief- oder Schriftwech-  
sel; es bedarf daher auch keiner Urkundeneinheit. Der Nachweis ist schon er-  
bracht, wenn die Gerichtsstandsklausel in einem externen Dokument enthalten  
ist, auf welches die Parteien im vereinbarten Dokument oder in ihrem Brief- oder  
Schriftwechsel verwiesen haben (a.a.O.).

Im vorliegenden Fall erklärten die Parteien unter dem Abschnitt "Besondere  
Vereinbarungen" die Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume  
zum integrierenden Bestandteil des Vertrages. Sie bekräftigten mit ihrer Unter-  
schrift, ein Exemplar erhalten zu haben und mit dem Inhalt einverstanden zu sein.  
Dieser Verweis ist von den erst im Anschluss an die Passage folgenden Unter-  
schriften gedeckt. Dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht ihrerseits  
nochmals unterzeichnet worden sind, spielt nach dem Gesagten keine Rolle,  
denn zweifelsohne ist der Nachweis der Klausel durch Text erbracht. Formell ist

die Gerichtsstandsklausel nach Ziff. 22 der Allgemeinen Vertragsbedingungen daher nicht zu beanstanden. Die Klägerin macht auch nicht geltend, sie habe die Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht gekannt oder nicht erhalten. Im Gegenteil reichte sie diese zusammen mit dem Mietvertrag ein. Was die Klägerin inhaltlich gegen die Klausel vorbringt, hält einer Überprüfung nicht stand: Ziff. 22 will schon gemäss der Überschrift den "Gerichtsstand" regeln, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch also den Ort, an welchem gerichtliche Streitigkeiten ausgetragen werden sollen. Im Text der Klausel ist die Rede davon, für "alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag" sei "der Ort der gemieteten Sache Gerichtsstand". Diese Formulierung schliesst abweichende dispositive Gerichtsstände jeglicher Art und damit zweifellos auch diejenigen für die Aberkennungsklage mit ein, bei der es sich im Kern um eine materiellrechtliche (negative) Feststellungsklage, d.h. um eine gewöhnliche Streitigkeit um eine vertragliche Forderung handelt. Beide Parteien berufen sich für die Frage der Wirksamkeit der Klausel einzig auf deren Text; keine Seite macht ein vom objektivierten Sinn abweichendes tatsächliches übereinstimmendes Verständnis geltend oder bezeichnet dafür Beweismittel. Dass in den Allgemeinen Vertragsbedingungen die Unterschriftenrubrik leer geblieben ist, stellt keinen Hinweis auf einen Konsensmangel dar, denn der von den Unterschriften der Parteien gedeckte explizite Verweis auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen im Mietvertrag selber lässt am Bestand des Konsenses keinen Zweifel.

Damit stellt Ziff. 22 der Allgemeinen Bestimmungen zum Mietvertrag eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 83 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 1 lit. c und Art. 17 ZPO dar. Mangels abweichender Abrede hat sie ausschliesslichen Charakter (vgl. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO), so dass die Gerichte in Zürich für die Klage nicht zuständig sind.

2.5. An diesem Ergebnis vermag auch das Argument der Klägerin nichts zu ändern, dass nach Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht zum Voraus, sondern erst nach Entstehung der Streitigkeit zulässig sei (Urk. 26 S. 3), denn die genannte Bestimmung bezieht sich auf den Verzicht auf den Gerichtsstand *am Ort der gelegenen Sache* nach Art. 33 ZPO und nicht auf den dispositiven Gerichtsstand für die Aberkennungsklage am Betreibungsort nach

Art. 83 Abs. 2 SchKG. Hinzu kommt, dass sie nur den Mieter davor schützt, im Voraus auf einen anderen als den – eben deshalb teilzwingenden – Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache verpflichtet zu werden. Offensichtlich soll sie den Vermieter aber nicht daran hindern, sich auf eben diesen zum Schutz des Mieters aufgestellten Gerichtsstand zu berufen, soweit eine Gerichtsstandsklausel diesen bestätigt. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2017, 27. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident