



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichter Roland Schmid, die Handelsrichter Thomas Wirth, Vinicio Cassani und Daniel Marinello sowie der Gerichtsschreiber Christian Stalder

## Beschluss vom 23. Oktober 2015

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_,
3. **C.**\_\_\_\_\_,
4. **D.**\_\_\_\_\_,
5. **E.**\_\_\_\_\_,
6. **F.**\_\_\_\_\_,
7. **G.**\_\_\_\_\_,
8. **H.**\_\_\_\_\_,
9. **I.**\_\_\_\_\_,
10. **J.**\_\_\_\_\_,
11. **K.**\_\_\_\_\_,
12. **L.**\_\_\_\_\_,
13. **M.**\_\_\_\_\_,
14. **N.**\_\_\_\_\_,
15. **O.**\_\_\_\_\_,
16. **P.**\_\_\_\_\_,

Kläger

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 vertreten durch Rechtsanwalt  
lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Q. \_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte

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

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 3)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerschaft die Kosten der Ersatzvornahme für die Behebung der gerügten Mängel betr. Unzulänglichkeiten der verputzten Aussenwärmedämmung der Bauwerke R. \_\_\_\_\_ [Strasse] 1/2/3, S. \_\_\_\_\_ zu bezahlen und hierfür einen Vorschuss in der Höhe der durch ein gerichtliches Gutachten festzustellenden mutmasslichen Kosten zu bezahlen, mindestens CHF 1'000'000.–, zuzüglich 5% Zins seit 28.05.2014, und ferner die vorprozessualen Parteikosten von gesamthaft CHF 17'024.35 zuzüglich 5% Zins auf CHF 1'705.65 seit 30.04.2013, auf CHF 556.30 [recte: 556.20] seit 30.04.2013, auf CHF 3'300.10 seit 09.07.2013, auf CHF 2'113.55 seit 31.07.2013, auf CHF 333.70 seit 03.09.2013, auf CHF 148.35 seit 24.09.2013, auf CHF 370.80 seit 22.10.2013, auf CHF 2'9562.55 [recte: 2'952.55] seit 26.11.2013, auf CHF 4'254.95 seit 08.01.2014 und auf CHF 1'288.50 seit 28.01.2014 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten zzgl. MWST."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

1.1. Am 31. August 2015 (Datum Poststempel) reichten die Kläger ihre Klageschrift beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1). Mit Verfügung vom 2. September 2015 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts Stellung zu nehmen. Mit gleicher Verfügung wurde den Klägern Frist angesetzt, um die Parteibezeichnung zu verbessern (act. 4). Mit Eingaben vom 28. September 2015 (Beklagte) und 30. September 2015 (Kläger) verzichteten die Parteien auf eine Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts (act. 6; act. 7).

1.2. Bereits am 19. Januar 2015 hatten die Kläger beim Bezirksgericht Zürich eine Klage mit dem gleichen Rechtsbegehren wie im vorliegenden Verfahren eingereicht (vgl. act. 3/6). Mit Beschluss vom 23. Juli 2015 trat das Bezirksgericht Zürich nicht auf die Klage ein (vgl. act. 3/5).

## 2. Parteibezeichnung

Mit Verfügung vom 2. September 2015 wurde den Klägern Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, wer im vorliegenden Verfahren als Klägerschaft aufträte. Weiter wurden die Kläger aufgefordert, Angaben zu Wohnort, Geburtsdatum und Heimatort der im Rubrum der Klageschrift aufgeführten natürlichen Personen zu machen (act. 4). In der Eingabe vom 30. September 2015 halten die Kläger fest, dass die einzelnen Stockwerkeigentümer als Kläger fungieren würden. Sodann werden die Personalien von 16 Stockwerkeigentümern ergänzt (vgl. act. 7 S. 1 ff.). Festzuhalten ist, dass im Rubrum der Klageschrift (act. 1) noch ein gewisser T.\_\_\_\_\_ aufgeführt ist. Im Rubrum der Stellungnahme der Kläger findet sich diese Person - ohne weitere Begründung - nicht mehr (vgl. act. 7). Zu dieser Person fehlen sodann die geforderten Angaben zu Wohnort, Geburtsdatum und Heimatort. Androhungsgemäss ist die Klage bezüglich dieser Person als nicht erfolgt zu betrachten (vgl. act. 4). In Bezug auf T.\_\_\_\_\_ ist das Verfahren demgemäss als erledigt abzuschreiben. Im Übrigen ist das Rubrum gemäss den klägerischen Angaben anzupassen.

## 3. Sachliche Zuständigkeit

3.1. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen, namentlich das Vorliegen der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario).

3.2. In seinem Beschluss vom 23. Juli 2015 hielt das Bezirksgericht Zürich fest, dass die Rechtsvorgängerin der Kläger (Bauherrin) und die Rechtsvorgängerin der Beklagten (Totalunternehmerin) im Totalunternehmervertrag aus dem Jahr 2007 das Handelsgericht des Kantons Zürich als zuständiges Gericht vereinbart hätten. Diese Vereinbarung sei auch unter neuem Recht verbindlich, weshalb das Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig sei. Mangels sachlicher Zuständigkeit trat das Bezirksgericht nicht auf die Klage ein (act. 3/5 E. II./4.).

3.3. Zunächst ist festzuhalten, dass der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich für das hiesige Gericht, keine Bindungswirkung entfaltet (vgl. BGE 138 III 471 E. 6). Das Handelsgericht hat demnach unabhängig vom Entscheid des Bezirksgerichts von Amtes wegen über seine Zuständigkeit zu befinden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Art. 63 ZPO verfassungsmässig auszulegen in dem Sinn, dass im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen die Verneinung der sachlichen Zuständigkeit durch das zweite Gericht eine Bindung an den (unrichtigen) Nichteintretensentscheid des ersten Gerichts nicht besteht, dass dem Entscheid des ersten Gerichts keine Rechtskraft zukommt (vgl. BGE 138 III 471 E. 6).

3.4. Beide Parteien haben, wie erwähnt, darauf verzichtet, zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts Stellung zu nehmen (act. 6; act. 7). In der Klageschrift vom 31. August 2015 findet sich der Hinweis der Kläger, dass die Klage unter Berufung auf Art. 63 ZPO beim Handelsgericht des Kantons Zürich eingereicht werde (act. 1 S. 5). Dem bezirksgerichtlichen Entscheid (vgl. act. 3/5) sowie der dem Bezirksgericht Zürich eingereichten Klageschrift vom 19. Januar 2015 (vgl. act. 3/6) lassen sich sodann die nachfolgenden Standpunkte entnehmen.

3.5. Die Kläger machten im Verfahren vor Bezirksgericht geltend, dass nicht das Handelsgericht, sondern das Bezirksgericht zuständig sei. Zwischen der U.\_\_\_\_ AG, deren Rechtsnachfolgerin die beklagte Partei sei, und der V.\_\_\_\_ AG, deren streitgegenständliche Gewährleistungsansprüche und die mit ihnen verbundenen Nebenrechte an die klagende Partei bzw. an die einzelnen Stockwerkeigentümer zediert worden seien, sei am 14. März 2007 bzw. am 24. Juli 2007 ein Totalunternehmervertrag zustande gekommen. Darin sei unter Ziff. 17.8 unter dem Titel "Gerichtsbarkeit" festgehalten: "**Gerichtsstand ist Zürich 1. Zuständig ist in erster Instanz ausschliesslich das Handelsgericht des Kantons Zürich.**" Die Kläger führten weiter aus, dass die Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich auch auf die Rechtsnachfolger der ursprünglichen Vertragsparteien anwendbar sei, es stelle sich jedoch die Frage, in welchem Umfang sie gültig sei. Die Prorogation der sachlichen Zuständigkeit sei nach neuem (anwendbarem) Recht nicht gültig, weshalb in Ausübung ihres Wahlrechts nicht das

in der Gerichtsstandsvereinbarung vom 14. März 2007 bzw. 24. Juli 2007 vorge-sehene Handelsgericht, sondern das Bezirksgericht zuständig sei. Die Gerichts-standsvereinbarung sei deshalb hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit unwirk-sam. Aus BGE 138 III 471 schlossen die Kläger, dass sich Art. 406 ZPO nicht auf die sachliche, sondern ausschliesslich auf die örtliche Zuständigkeit beziehe. In Bezug auf die sachliche Zuständigkeit aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung gelte das neue Recht der ZPO, wonach der Prorogationsklausel in Bezug auf die Vereinbarung der sachlichen Zuständigkeit keine Rechtswirkung zukomme (act. 3/5 E. II./2.; act. 3/6 S. 5).

3.6. Die Beklagte vertrat die Ansicht, es sei das Handelsgericht und nicht das Bezirksgericht zuständig. Eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit sei auch für allfällige Rechtsnachfolger verbindlich, worin sie im Grundsatz mit der Auffassung der Kläger übereinstimme. Auch treffe es zu, dass die sachliche Zu-ständigkeit der Gerichte unter der neuen ZPO der Disposition der Parteien grund-sätzlich entzogen sei; ausnahmsweise seien indes Vereinbarungen über die sach-liche Zuständigkeit immer dann zulässig, wenn das Gesetz eine Wahlmöglichkeit betreffend die sachlich zuständigen Gerichte vorsehe und wenn die Vereinbarung eines dieser Gerichte bezeichne. Mit anderen Worten habe sich die klagende Par-tei die Vereinbarung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts, welche ih-re Rechtsvorgängerin (V. \_\_\_\_\_ AG) mit der beklagten Partei getroffen habe, ent-gegen halten zu lassen, weil vorliegend aus zwei grundsätzlich sachlich zuständi-gen Gerichten (Handelsgericht und Bezirksgericht) das eine (Handelsgericht) ver-bindlich und zulässigerweise von ihrer Rechtsvorgängerin fixiert worden sei, wor-auf überdies die beklagte Partei habe vertrauen dürfen (act. 3/5 E. II./3.).

3.7. Den Ausführungen der Parteien folgend ist davon auszugehen, dass die Rechtsvorgängerin der Kläger (V. \_\_\_\_\_ AG; Bauherrin) und die Rechtsvorgänge-rin der Beklagten (U. \_\_\_\_\_ AG; Totalunternehmerin) im Totalunternehmervertrag aus dem Jahr 2007 unter dem Titel "Gerichtsbarkeit" (Ziff. 17.8) folgende Verein-barung geschlossen haben: "**Gerichtsstand ist Zürich 1.** Zuständig ist in erster Instanz **ausschliesslich das Handelsgericht des Kantons Zürich.**" Dies ergibt sich im Übrigen auch aus den von den Klägern selbst eingereichten Unterlagen,

namentlich dem Totalunternehmervertrag vom 24. Juli 2007 (act. 3/7), welche bei der amtswegigen Prüfung der sachlichen Zuständigkeit ohne Weiteres zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 60 ZPO).

3.8. Das Handelsgericht ist zur Beurteilung eines Anspruchs sachlich zuständig, wenn eine handelsrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO vorliegt. Eine solche ist gegeben, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO) und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO). Ist nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren Register eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (Art. 6 Abs. 3 ZPO).

3.9. Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte (vgl. Art. 4 ff. ZPO) ist der Disposition der Parteien entzogen. Diese können nicht vereinbaren, einen Streit einem andern als dem vom Gesetz bezeichneten staatlichen Gericht zu unterbreiten, es sei denn, das Gesetz sehe eine Wahlmöglichkeit vor (BGE 138 III 471 E. 3.1). Das Bezirksgericht Zürich wie auch die Beklagte im bezirksgerichtlichen Verfahren vertraten die Auffassung, dass der klagenden Partei unter dem Regime der eidgenössischen ZPO wie auch unter dem zuvor geltenden Recht (§ 63 ZPO/ZH [recte: GVG]) ein Wahlrecht zwischen Handels- oder Bezirksgericht zustehe bzw. zugestanden habe und sie gestützt auf die vorgenannte bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 138 III 471) vorliegend nicht geltend machen könne, das Handelsgericht sei unzuständig. Daran ändere der Umstand, dass sie das Wahlrecht effektiv nicht ausgeübt habe, nichts. Das Vertrauen der Gegenpartei in die Geltung der vereinbarten sachlichen Zuständigkeit auch bei Eintritt einer Rechtsnachfolge auf der Gegenseite sei höher zu gewichten als das Interesse der klagenden Partei an der (Neu-)Ausübung ihres Wahlrechts (act. 3/5 E. II./4).

3.10. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezieht sich der Anwendungsbereich der intertemporalrechtlichen Regelung des Art. 406 ZPO, wonach

sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht bestimmt, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat, ausschliesslich auf Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit. Art. 406 ZPO habe, so das Bundesgericht, nach dem klaren Willen des Gesetzgebers die zuvor geltende Regelung des Art. 39 GestG übernommen; diese habe nur für Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit gegolten (Art. 1 Abs. 1 GestG). Nichts deute darauf hin, dass der Begriff Gerichtsstandsvereinbarung in den Art. 406 ZPO und Art. 17 ZPO verschieden sein sollte und in Art. 406 ZPO einen über die gewöhnliche Bedeutung hinausgehenden Sinn hätte (BGE 138 III 471 E. 3.3; vgl. auch ZR 110 [2011] Nr. 65 E. 2.4.). Daraus folgt, dass eine nach der ZPO nicht mehr mögliche Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit nicht mehr angerufen werden kann. Daran vermögen auch vertrauensschutzrechtliche Überlegungen nichts zu ändern. Eine Berufung auf Vertrauensschutz könnte allenfalls in jenen Fällen zielführend sein, in welchen bei Änderung der Rechtslage ein vertrauensbegründendes Prozessrechtsverhältnis bereits besteht, die klagende Partei also gestützt auf eine (altrechtlich zulässige) Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit bereits ein Gericht angerufen hat, welches nach neuem Recht (sachlich) nicht mehr zuständig wäre (vgl. § 206 GOG). Ändert das Recht aber, bevor ein Prozess rechtshängig wird, hat sich die klagende Partei bei der Bestimmung der zuständigen Gerichtsstanz nach den neuen Vorschriften zu richten (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 65 E. 2.4.5. und 2.4.7.; BGE 138 III 471 E. 3.3). § 64 GVG, wonach die Parteien unter gewissen Voraussetzungen bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit die Zuständigkeit des Handelsgerichts vereinbaren konnten, kommt nach dem Gesagten weder übergangsrechtlich noch vertrauensschutzrechtlich eine Bedeutung zu. Eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit muss sich mithin an den Zulässigkeitsvoraussetzungen der ZPO messen lassen.

3.11. In BGE 138 III 471 hielt das Bundesgericht fest, dass die sachliche Zuständigkeit der Gerichte der Disposition der Parteien entzogen sei. Diese könnten nicht vereinbaren, einen Streit einem anderen als dem vom Gesetz bezeichneten staatlichen Gericht zu unterbreiten, *es sei denn, das Gesetz sehe eine Wahlmöglichkeit vor*. Im Zusammenhang mit dieser Aussage verwies das Bundesgericht auf Art. 6 Abs. 3 ZPO, ohne aber nähere Ausführungen dazu zu machen, wie die-

ser Hinweis zu verstehen ist (vgl. BGE 138 III 471 E. 3.1). Art. 6 Abs. 3 ZPO räumt der klagenden Partei ein Wahlrecht zwischen dem Handelsgericht und den ordentlichen Gerichten ein, wenn nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist und die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO erfüllt sind. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann aus dieser Wahlmöglichkeit geschlossen werden, dass den Parteien in den Konstellationen von Art. 6 Abs. 3 ZPO in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit eine gewisse Dispositionsfreiheit zukommt und eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Einer näheren Prüfung zu unterziehen ist jedoch die Frage, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit eine solche Vereinbarung geschlossen werden kann.

3.12. In der Literatur wird vertreten, dass die Ausübung des Wahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht zum Voraus, d.h. bevor geklagt wird, beschränkt werden könne. Es sei daher unter der ZPO unzulässig, im Voraus (also beispielsweise im Rahmen von AGB) die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zu vereinbaren (wie dies unter § 64 GVG möglich gewesen sei). Die sachliche Zuständigkeit sei überdies zwingender Natur. Sie könne daher nur vertraglich vereinbart werden, wenn das Gesetz dazu ausdrücklich ermächtige. Hätte der Ständerat mit seiner Änderung (Anmerkung: Art. 6 Abs. 3 ZPO war im Entwurf der ZPO nicht enthalten und wurde nachträglich eingefügt) auch die vorgängige Vereinbarung einer sachlichen Zuständigkeit für zulässig erklären wollen, hätte er dies zum Ausdruck bringen müssen. Abgesehen davon spreche Art. 6 Abs. 3 ZPO (wie auch § 63 GVG) ausdrücklich vom Wahlrecht der *klagenden* Partei und nicht vom Wahlrecht, das die noch nicht klagenden Parteien vertraglich regeln könnten (SCHWANDER, Das Zürcher Handelsgericht und die branchenspezifische Zusammensetzung seines Spruchkörpers, 74 f.).

3.13. Dieser Auffassung ist im Ergebnis weitgehend zuzustimmen. Ergänzend ist zur Begründung Folgendes festzuhalten: Art. 6 Abs. 3 ZPO sieht - im Gegensatz etwa zu § 64 GVG - nicht ausdrücklich vor, dass die Parteien in gegenseitigem Einvernehmen die Dispositionsfreiheit der klagenden, nicht im Handelsregister

eingetragenen Person einschränken können. Im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann daraus aber nicht geschlossen werden, dass die sachliche Zuständigkeit grundsätzlich jeder Parteivereinbarung entzogen wäre. Das Bundesgericht deutete vielmehr an, dass im Rahmen der Dispositionsfreiheit eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit möglich sein soll. Keine Aussage hat das Bundesgericht aber dazu gemacht, zu welchem Zeitpunkt eine solche Vereinbarung frühestens geschlossen werden kann. Auch das Bezirksgericht Zürich hat sich im Beschluss vom 23. Juli 2015 nicht ausdrücklich dazu geäußert. Diesbezüglich sieht weder Art. 6 ZPO noch eine andere Bestimmung der ZPO eine explizite Regelung vor. Würde man ausschliesslich dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 ZPO folgen, würde man - mit SCHWANDER - zum Ergebnis gelangen, dass eine Wahl der klagenden Partei bzw. die einvernehmliche Festlegung der sachlichen Zuständigkeit erst möglich wäre, nachdem die Partierollen bereits verteilt sind, ein Prozess folglich unmittelbar bevorsteht. Der Abschluss einer Vereinbarung zu einem früheren Zeitpunkt wäre demnach unzulässig.

3.14. Sodann ist anzumerken, dass mit dem Inkrafttreten der ZPO das Prinzip des doppelten Instanzenzugs für Zivilstreitigkeiten mit wenigen Ausnahmen (vgl. Art. 75 Abs. 2 BGG) verwirklicht wurde (vgl. auch Art. 130 Abs. 2 BGG). Das Prinzip wird aus Art. 75 Abs. 2 BGG abgeleitet, wonach die Kantone als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte einsetzen, welche als Rechtsmittelinstanzen entscheiden und mindestens dieselbe Prüfungsbefugnis besitzen, wie das Bundesgericht (vgl. Art. 111 Abs. 3 BGG). Entsprechend müssen erstinstanzliche kantonale Urteile einem innerkantonalen Rechtsmittel an eine hierarchisch übergeordnete gerichtliche Instanz unterliegen und erst der kantonale Rechtsmittelentscheid kann beim Bundesgericht angefochten werden (KUNZ/HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, N. 6 zu Vor Art. 308 ff.; SEILER, Die Berufung nach ZPO, Rz. 152 f.). Im Bereich der Handelsgerichtsbarkeit ist dieser Grundsatz durchbrochen. So sehen Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG und Art. 6 Abs. 1 ZPO vor, dass Handelsgerichte als einzige kantonale Instanzen zur Beurteilung von handelsrechtlichen Streitigkeiten zuständig sind. Mit Blick auf den Zweck (Entlastung des Bundesgerichts und erhöhter Rechtsschutz durch eine zusätzliche Instanz; vgl. AUER, Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechts-

pflege auf die Kantone, in: ZBl 107 [2006], 121 ff., 121 f.; KLETT, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 1 zu Art. 75 BGG; SENEL, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Rz. 533 f.) des im Rahmen der Reorganisation der Bundesrechtspflege eingeführten Prinzips scheint es indes angezeigt, die *gewillkürte* Durchbrechung dieses Grundsatzes nur mit Zurückhaltung zuzulassen (vgl. dazu auch BRUNNER, Das Doppelinstanzprinzip und seine scheinbar unbegrenzten Umgehungsmöglichkeiten nach Art. 6 Abs. 3 ZPO, in: SJZ 108 [2012], 25 ff., 26).

3.15. Weiter ist auf die konkreten Konsequenzen für diejenige Partei einzugehen, welche in Ausübung des Klägerwahlrechts das Handelsgericht anruft. Als Folge von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG und Art. 6 Abs. 1 ZPO steht dieser Partei innerkantonal kein Rechtsmittel zu. In den Konstellationen von Art. 6 Abs. 3 ZPO beträgt der Streitwert regelmässig mindestens CHF 30'000.– (vgl. BERGER, in: Berner Kommentar ZPO, Bd. I., N. 34 f. zu Art. 6 ZPO). Das bedeutet, dass die klagende Partei auf das Rechtsmittel der Berufung verzichtet (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Bei diesem vollkommenen Rechtsmittel ist die Kognition der Berufungsinstanz sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht uneingeschränkt bzw. umfassend (SEILER, a.a.O., Rz. 431). Im Vergleich dazu überprüft das Bundesgericht im Anwendungsbereich der Beschwerde in Zivilsachen den oberen kantonalen Entscheid zwar weitgehend mit voller Kognition in Rechtsfragen (vgl. Art. 95 f. BGG), wobei aber im Vergleich zur Überprüfungsbefugnis der Berufungsinstanz (namentlich bei der Überprüfung von kantonalem [z.B. GOG] und ausländischem Recht) nicht unwesentliche Einschränkungen bestehen. Bei der Anfechtung vorsorglicher Massnahmen kann sodann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (vgl. Art. 98 BGG). Die unrichtige Feststellung des Sachverhalts kann vor Bundesgericht sodann lediglich bei Offensichtlichkeit oder wenn sie auf einer Rechtsverletzung beruht (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG), geltend gemacht werden (SEILER, a.a.O., Rz. 430). Der Rechtsmittelschutz ist bei Wahl des handelsgerichtlichen Verfahrens demnach - nicht nur in Bezug auf die Anzahl der Rechtsmittelinstanzen, sondern auch in Bezug auf die Kognition - eingeschränkt.

3.16. Fällt die Wahl auf das Handelsgericht anstelle der ordentlichen Gerichte, geht damit ausserdem ein Verzicht auf ein Schlichtungsverfahren einher (vgl. Art. 198 lit. f ZPO). Dies stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde vorausgeht (Art. 197 ZPO). Das grundsätzliche Obligatorium für eine vorgerichtliche Vermittlung dient u.a. der nachhaltigen Versöhnung der Parteien, der Schonung von Ressourcen auf Parteiebene (Zeit, Geld, psychische Belastung), der Entlastung des Gerichts sowie der Strukturierung des Verfahrens (insbesondere Festlegen der Rechtsbegehren) (vgl. HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 4 ff. zu Art. 197 ZPO).

3.17. Wirft man nun einen Blick auf das Verhältnis zwischen den Parteien, die sich in den Konstellationen von Art. 6 Abs. 3 ZPO gegenüberstehen, so zeigt sich, dass auf der einen Seite regelmässig Privatpersonen ohne Unternehmereigenschaft (Nicht-Kaufleute; vielfach als Konsumenten) und auf der anderen Seite Unternehmen bzw. Kaufleute stehen (vgl. dazu auch BGE 138 III 694 E. 2.9). Entsteht zwischen diesen Parteien ein Rechtsstreit und entscheidet sich die klagende, nicht im Handelsregister eingetragene Partei bewusst und unabhängig von materiellrechtlichen Vereinbarungen für den verkürzten Instanzenweg mit den oben aufgezeigten Folgen, entspricht dies ohne Weiteres dem gesetzgeberischen Willen, auch Privatpersonen ohne Unternehmereigenschaft die Vorteile der Handelsgerichtsbarkeit (insbesondere Fachkompetenz der Fachrichter sowie Beschleunigung des Prozesses) zur Verfügung zu stellen (vgl. SCHWALLER/NAEGELI, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO, in: Jusletter vom 14. November 2011, Rz. 40 und 56 f.).

3.18. Einschränkungen sind aber insofern angezeigt, als es um die Vereinbarung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit vor Entstehung der Streitigkeit geht. Stehen sich Nicht-Kaufleute und Unternehmen bzw. Kaufleute gegenüber, besteht gewöhnlich - in verschiedener Hinsicht - ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern. So verfügt das Unternehmen bei der Aushandlung eines Vertrags i.d.R. über eine stärkere Verhandlungsmacht gegenüber einer Privatperson. Weiter hat es in Bezug auf die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen regelmäs-

sig einen Informationsvorsprung. Und schliesslich besteht bei einem Nicht-Kaufmann die erhöhte Gefahr, dass er unüberlegt handelt bzw. zu einem solchen Verhalten verleitet wird. In diesem Zusammenhang ist erneut darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber die *Wahl* derjenigen Partei überlassen wollte, welche nicht im Handelsregister eingetragen ist. Würde man die Vereinbarung der Handelsggerichtsbarkeit bereits im Zeitpunkt eines Vertragsschlusses zwischen Nicht-Kaufleuten einerseits und Unternehmen bzw. Kaufleuten andererseits für zulässig erklären, bestünde die Gefahr, dass das Wahlrecht nicht durch den Nicht-Kaufmann ausgeübt würde, sondern die Ausübung des Wahlrechts durch den Vertragspartner mit Unternehmereigenschaft - in Ausspielung seiner stärkeren Position - diktiert würde. Gerade angesichts der weitreichenden Folgen für den i.d.R. prozessunerfahrenen Nicht-Kaufmann (vgl. Ziff. 3.14.-3.16.) ist daher zu verlangen, dass eine Wahl unabhängig von anderen vertraglichen Vereinbarungen erfolgt; nur dann liegt eine *echte Wahl* und nicht eine von sachfremden Kriterien bestimmte, möglicherweise diktierte Vereinbarung vor.

3.19. Letztlich bleibt die Frage nach dem genauen Zeitpunkt, zu dem eine Vereinbarung über die Zuständigkeit des Handelsgerichts frühestens geschlossen werden kann. In Anlehnung an Art. 35 Abs. 2 ZPO ist der Abschluss einer Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit - immer im Rahmen der Dispositionsfreiheit sowie unter Berücksichtigung weiterer gesetzlicher Bestimmungen (z.B. Art. 35 ZPO; Art. 8 UWG) - *nach Entstehung der Streitigkeit* für zulässig zu erklären. In diesem Zeitpunkt ist sich auch der Nicht-Kaufmann der Tragweite einer solchen Vereinbarung bewusst bzw. setzt er sich - allenfalls unter Beiziehung eines Rechtsanwalts - mit der gerichtlichen Durchsetzung seines Anspruchs und damit zusammenhängenden Fragen auseinander. In Kenntnis der Konsequenzen und unabhängig von materiellrechtlichen Abreden kann so die nicht im Handelsregister eingetragene Partei auch im Rahmen einer Vereinbarung von ihrem Wahlrecht Gebrauch machen. Zur Frage, wann eine Streitigkeit als entstanden anzusehen ist, ist auf die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 35 Abs. 2 ZPO zurückzugreifen (vgl. etwa SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 30 ff. zu Art. 35 ZPO; HAAS/STRUB, in: Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 35 ZPO).

3.20. Für den vorliegenden Fall ist zunächst festzuhalten, dass es sich in Anbetracht der Umstände (Sitz der Bauherrin in W.\_\_\_\_\_, Sitz der Totalunternehmerin in Zürich; beide Parteien des Totalunternehmervertrags als juristische Personen [Aktiengesellschaften] im Handelsregister eingetragen) bei der Vereinbarung unter dem Titel "Gerichtsbarkeit" im Totalunternehmervertrag vom 24. Juli 2007 wohl einzig um eine Vereinbarung über die *örtliche* Zuständigkeit handelte, und, was die sachliche Zuständigkeit betrifft, bloss die gesetzliche Regelung festgehalten wurde (vgl. § 62 ZPO/ZH). Beide Parteien haben es denn auch unterlassen, trotz Andeutung dieser möglichen Würdigung in der Verfügung vom 2. September 2015 (vgl. act. 4), ergänzende Angaben zum Sachverhalt zu machen und entsprechende Beweismittel einzureichen bzw. einen anderen Standpunkt zu vertreten. Selbst wenn in der Vereinbarung - nebst der örtlichen - auch die sachliche Zuständigkeit hätte festgelegt werden sollen, ist dies nach den vorangehenden Erwägungen als unzulässig zu betrachten. Die Festlegung des Handelsgerichts als sachlich zuständiges Gericht wäre diesfalls bereits im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt bestanden zwischen den Parteien keinerlei Differenzen. Etwas anderes wird jedenfalls nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Damit war der Rechtsstreit noch nicht entstanden, als die Vereinbarung geschlossen wurde.

3.21. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Vereinbarung, mit der das Handelsgericht als zuständiges Gericht bestimmt wurde, als unzulässig und damit unverbindlich. Das Wahlrecht der Kläger nach Art. 6 Abs. 3 ZPO wurde durch die Abrede nicht beschränkt. Daran vermag der Umstand, dass die Rechtsvorgängerin der Kläger als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen ist und ihr demnach heute kein Wahlrecht zustehen würde, nichts zu ändern. Relevant sind grundsätzlich die Registereinträge bzw. die fehlenden Registereinträge der Parteien im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit. Kommt es demnach zu einer Rechtsnachfolge und damit verbunden zu veränderten Verhältnissen in Bezug auf den Registereintrag der klagenden Partei, ist der Registereintrag bzw. der fehlende Registereintrag des Rechtsnachfolgers massgebend (vgl. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess,

N. 52 zu § 44 GOG mit Verweisung auf LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO SG, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Ziff. 3d zu Art. 14 ZPO/SG). Es stand den Klägern des vorliegenden Verfahrens demnach offen, das Handelsgericht oder die ordentlichen Gerichte um Rechtsschutz zu ersuchen. Das Bezirksgericht Zürich als ordentliches Gericht ist demnach zu Unrecht nicht auf die vorliegende Klage eingetreten. Damit stellt sich die Frage, welche Folgen die Einreichung der Klageschrift beim Bezirksgericht und dessen Nichteintretensentscheid haben.

3.22. Das Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO wird durch Anhängigmachung des Rechtsstreits beim Wahlgericht ausgeübt. Beim Wahlrecht des Klägers handelt es sich um ein prozessuales Gestaltungsrecht. Es ist folglich bedingungsfrei und unwiderruflich auszuüben. Eine einmal ausgeübte Wahl kann nach Eintritt der Fortführungslast (vgl. Art. 65 ZPO) nachträglich nicht mehr abgeändert werden (vgl. SENEL, a.a.O., Rz. 278 und 387; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2010, Rz. 91 zu Kapitel 9; RÜETSCHI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 30 zu Art. 6 ZPO; HAUSER/SCHWERI, GVG, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, N. 3 zu § 63 GVG; ZR 87 [1988] Nr. 55 E. 2.; ZR 112 [2013] Nr. 18 E. 2.3.3.). Eine unwiderrufliche Wahl liegt somit vor, wenn die Klageschrift beim Bezirksgericht oder beim Handelsgericht eingereicht und die Klage der beklagten Partei zugestellt wurde. Einerseits ist eine solche Unveränderlichkeit der sachlichen Zuständigkeit daher geboten, als einer beklagten Partei nicht zuzumuten ist, sich vor unterschiedlichen Gerichten gegen den gleichen Anspruch mehrmals verteidigen zu müssen, auch wenn noch kein (rechtskräftiger) Sachentscheid ergangen ist. Andererseits soll dadurch aber auch verhindert werden, dass die klagende Partei - etwa nach Kenntnisnahme einer unerwünschten Gerichtsbesetzung (vgl. ZR 111 [2012] Nr. 4) oder nach Fällung eines unliebsamen oder unrichtigen Entscheids (insbesondere prozessuale Endentscheide) - auf ihr Wahlrecht zurückkommen könnte und sich so nicht an die gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutzwege halten müsste (in den genannten Fällen etwa ein Ausstandsgesuch oder die Einlegung eines Rechtsmittels).

3.23. Mit Eingabe vom 19. Januar 2015 reichten die Kläger beim Bezirksgericht Zürich eine Klage mit dem gleichen Rechtsbegehren wie im vorliegenden Verfahren ein und hielten in der Klageschrift ausdrücklich fest, dass sie sich in Ausübung ihres Wahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO für die Anrufung des Bezirksgerichts entschieden hätten (vgl. act. 3/6 S. 5; act. 3/5 E. I.). In der Folge fand ein Schriftenwechsel über die sachliche Zuständigkeit in dieser Streitsache statt (vgl. act. 1 S. 5; act. 3/5 E. I.). Die Kläger haben damit ihr Wahlrecht zu Gunsten der ordentlichen Gerichte unwiderruflich ausgeübt. Dadurch haben sie - unabhängig von einer gerichtlichen Entscheidung (vgl. WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, 201) - insofern eine neue Rechtslage geschaffen, als durch die Ausübung des Wahlrechts ausschliesslich das Bezirksgericht zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit sachlich zuständig wurde. Daran ändert auch der Nichteintretensentscheid des Bezirksgerichts nichts, zumal die neue Rechtslage unabhängig von einer gerichtlichen Entscheidung herbeigeführt wird. Vielmehr hätte es den Klägern obliegen, den - auch nach ihrer Auffassung (vgl. Ziff. 3.5.; act. 3/5 E. II./2.) - unrichtigen Endentscheid des Bezirksgerichts anzufechten und damit den gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutz in dem von ihnen gewählten Verfahren in Anspruch zu nehmen. Nachdem im Prozess vor Bezirksgericht die Fortführungslast bereits eingetreten ist, können die Kläger demnach nicht auf ihr Wahlrecht zurückkommen. Da die Kläger ihr Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO bereits ausgeübt haben, ist und bleibt das Bezirksgericht zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit ausschliesslich sachlich zuständig. Die handelsgerichtliche Zuständigkeit fällt damit ausser Betracht. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. In ihrer Eingabe vom 30. September 2015 beantragen die Kläger mit Verweisung auf BGE 138 III 471, dass im Falle eines Nichteintretensentscheids die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen seien und den Parteien eine Prozessentschädigung zulasten der Staatskasse zuzusprechen sei. Eventualiter werde beantragt, dass unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Be-

klagen zu urteilen sei bzw. die Kosten zur Hauptsache geschlagen würden (act. 7 S. 4).

4.2. Die Anträge der Kläger sind in verschiedener Hinsicht unklar bzw. missverständlich. Wenn sie beantragen, den *Parteien* sei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, meinen sie damit wohl, dass den *Klägern* eine Entschädigung zuzusprechen sei. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, weshalb die Kläger berechtigt sein sollen, für die Beklagte einen entsprechenden Antrag zu stellen. In ihrem eventua-  
liter gestellten Antrag verlangen sie sodann, unter Kosten- und Entschädigungs-  
folgen zu Lasten der Beklagten zu *urteilen*, was grundsätzlich bedeutet, dass un-  
ter Kosten- und Entschädigungsfolgen ein *Sachentscheid* zu fällen ist. Vorliegend  
ergeht indes kein Sachentscheid, sondern ein Nichteintretensentscheid. Selbst  
wenn man den Antrag dahingehend verstehen würde, dass die mit dem Nichtein-  
tretensentscheid verbundenen Prozesskosten der Beklagten aufzuerlegen seien,  
könnte diesem Antrag nicht gefolgt werden. Die Kläger machen nicht geltend -  
und es ist auch nicht ersichtlich - weshalb eine Abweichung von den Verteilungs-  
grundsätzen nach Art. 106 ZPO angezeigt wäre. In diesem Zusammenhang ist  
auch darauf hinzuweisen, dass die Beklagte ausdrücklich auf eine Stellungnahme  
verzichtet und bezüglich Zuständigkeitsprüfung keinen Antrag stellt (vgl. act. 6).  
Unklar ist letztlich auch, was die Kläger meinen, wenn sie beantragen, dass die  
Kosten zur Hauptsache zu schlagen seien. Das Verfahren wird mit dem vorlie-  
genden Nichteintretensentscheid beendet. Zu prüfen ist daher einzig, ob die Ge-  
richtskosten auf die Staatskasse zu nehmen sind und den Klägern eine Parteient-  
schädigung zulasten der Staatskasse zuzusprechen ist.

4.3. Die Kläger haben sich durch Ausübung des ihnen zustehenden Wahlrechts  
für die Zuständigkeit des Bezirksgerichts entschieden. Es hätte den Klägern oble-  
gen, den - auch nach ihrer Auffassung (vgl. Ziff. 3.5.; act. 3/5 E. II./2.) - unrichti-  
gen Endentscheid des Bezirksgerichts anzufechten und damit den gesetzlich vor-  
gesehenen Rechtsschutz in dem von ihnen gewählten Verfahren in Anspruch zu  
nehmen. Die unnötigerweise verursachten Kosten des vorliegenden Verfahrens  
haben die Kläger daher selbst zu tragen.

4.4. Ausgangsgemäss werden die Kläger damit kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 1'000'000.– (vgl. act. 1 S. 3; Art. 91 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf CHF 5'000.– festzulegen. Die Erledigung des Verfahrens in Bezug auf T.\_\_\_\_\_ ist kostenmässig nicht zu berücksichtigen, da diesbezüglich kein relevanter Verfahrensaufwand entstanden ist. Der Beklagten ist mangels Umtrieben sowie mangels eines entsprechenden Antrags keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Das Rubrum wird im Sinne der Erwägungen angepasst.
2. Das Verfahren wird in Bezug auf T.\_\_\_\_\_ als erledigt abgeschrieben.
3. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.–.
5. Die Gerichtskosten werden den Klägern 1-16, unter solidarischer Haftung, auferlegt.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage des Doppels von act. 6, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 7.
8. 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). Der Streitwert beträgt CHF 1'000'000.–.

Zürich, 23. Oktober 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Gerichtsschreiber:

Christian Stalder