

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB130034-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter Dr. H. A. Müller und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Beschluss vom 22. April 2014

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 1. Abteilung, vom 4. Juni 2013 (CG120007-H)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass sich die mit vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 09.11.2011 ermittelte Pfandsumme auf CHF 49'326.15 beläuft, und das entsprechende Pfandrecht sei auf der Liegenschaft mit Kat. Nr. ..., GBBl. ..., F. \_\_\_\_\_-str. ..., ... definitiv einzutragen, zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 31.10.2012.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der solidarisch haftenden Beklagten, unter Einschluss der definitiv zu verlegenden Kosten und Entschädigungen des vorangegangenen Summarverfahrens betr. vorläufigen Eintrag in beiden Instanzen."

**Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 1. Abteilung, vom 4. Juni 2013:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt Pfäffikon ZH wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 9. November 2011 und dessen Urteil vom 10. Januar 2012, bestätigt durch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2012, zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten der Beklagten vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft in der Gemeinde ... mit Kat. Nr. ..., GBBl. ..., F. \_\_\_\_\_-strasse ..., ..., für eine Pfandsumme von Fr. 49'326.15, vollumfänglich zu löschen.
3. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und von ihrem Vorschuss bezogen. Der nicht benötigte Vorschuss von Fr. 1'500.– wird der Klägerin zurückerstattet. Die Kosten des Verfahrens ES110016-H werden definitiv der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 6'200.– (inkl. Mehrwertsteuer, inkl. Parteientschädigung für das Verfahren ES110016-H) zu bezahlen.

(6./7. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

**Berufungsanträge:**

der Klägerin (Urk. 35 S. 2):

- "1. Das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass die Forderung der Klägerin zusteht, d.h. dass diese bezüglich Geltendmachung derselben aktivlegitimiert ist.
2. Es sei das Verfahren zur unverzüglichen Fortsetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der solidarisch haftenden Beklagten."

der Beklagten (Urk. 42 S. 2):

- "- Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 8% MWST) zu Lasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

**Erwägungen:**

**I.**

Die Klägerin, ein Bauunternehmen, ist per 29. Dezember 2010 durch Umwandlung aus der Kollektivgesellschaft "A'.\_\_\_\_\_" hervorgegangen. Gesellschafter waren bzw. sind bei beiden Gesellschaften D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_. Die Beklagten sind die Eigentümer der Liegenschaft F.\_\_\_\_-strasse ... in .... Im Jahre 2011 beauftragten die Beklagten D.\_\_\_\_ mit verschiedenen Maurer- und Gipserarbeiten im Zusammenhang mit der Fertigstellung des Einfamilienhauses auf der Liegenschaft, nachdem das vormalige Generalunternehmen in Konkurs gefallen war.

Nach Darstellung der Klägerin blieben die Beklagten die Restzahlung für die geleisteten Arbeiten im Umfang von Fr. 49'326.15 schuldig. Die Klägerin erwirkte in der Folge, dass das Einzelgericht am Bezirksgericht Pfäffikon mit Verfügung vom 9. November 2011 zu ihren Gunsten ein Pfandrecht für Fr. 49'326.15 auf der Liegenschaft der Beklagten eintragen liess. Mit Urteil vom 10. Januar 2012 bestätigte das Einzelgericht die vorläufige Eintragung des Pfandrechts. Die von den Beklagten gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 17. Februar 2012 ab. In der Folge leitete die Klägerin am 19. März 2012 Klage bei der Vorinstanz auf Feststellung der Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts ein. Die Vorinstanz wies die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation der Klägerin ab; ein Vertragsschluss sei zwischen den Parteien nicht zustande gekommen.

## II.

Über den Gang des vorinstanzlichen Verfahrens gibt das angefochtene Urteil vom 4. Juni 2013 Auskunft (Urk. 36 S. 2 f.). Gegen dieses Urteil hat die Klägerin fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 34/2, Urk. 35). Am 2. August 2013 ging der Kostenvorschuss der Klägerin von Fr. 5'500.– ein (Urk. 40). Die Berufungsantwort datiert vom 30. September 2013 (Urk. 42). Weitere Stellungnahmen der Parteien folgten am 11. und 29. November 2013, wobei ein Doppel jeweils der Gegenpartei zugestellt wurde.

## III.

1. In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die

Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

2. Die Beklagten rügen, die Vorinstanz habe ihnen keine Gelegenheit gegeben, zur klägerischen Eingabe vom 4. Oktober 2012 (Urk. 28) Stellung zu nehmen. Sie haben sich für den Fall, dass das Obergericht den vorinstanzlichen Entscheid nicht schützen sollte, vorbehalten, zu dieser Eingabe noch Stellung zu nehmen (Urk. 42 S. 2).

Die Vorinstanz hat die Eingabe der Klägerin vom 4. Oktober 2012 den Beklagten erst mit dem Endentscheid zugestellt (Urk. 34/1) und damit das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt. Da diese die Möglichkeit hatten, sich vor der

Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann, und die Vorinstanz nach Gewährung des rechtlichen Gehörs sich kaum veranlasst sähe, in der Sache eine andere Entscheidung zu fällen, rechtfertigt sich vorliegend keine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Gehörswahrung (vgl. BGer 5A\_296/2013, E. 3.1). Die Beklagten haben denn auch keinen entsprechenden Antrag gestellt. Es besteht aber auch keine Veranlassung, ihnen ausserhalb der Berufungsantwort Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die vor erster Instanz obsiegende Partei muss im Rahmen der Berufungsantwort tätig werden, wenn sie allfällige Fehler des erstinstanzlichen Entscheides rügen will. Wer vor erster Instanz obsiegt hat, jedoch befürchtet, die Berufungsinstanz könnte die Berufung gutheissen, hat auch auf eigene Eventualstandpunkte hinzuweisen (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 12; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N 1126 f.).

#### IV.

1. Die Vorinstanz begründete die fehlende Aktivlegitimation der Klägerin zusammengefasst wie folgt:

Nicht strittig sei, dass auf Seiten der Unternehmerin die Klägerin erstmals auf einem Schreiben von D.\_\_\_\_\_ an die Beklagten vom 20. Januar 2012 erwähnt werde, während zuvor auf der Auftragsbestätigung, auf den Rechnungen und auf der weiteren Korrespondenz jeweils "A'\_\_\_\_\_" figurierten. Die Zahlungen der Beklagten seien auf ein Konto, lautend auf D.\_\_\_\_\_, gegangen (Urk. 36 S. 5 ff.).

Die Klägerin sei gemäss Handelsregisterauszug per 29. Dezember 2010 von einer Kollektivgesellschaft in ihre jetzige Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt worden. Da der Vertrag mit den Beklagten erst einige Tage nach der Umwandlung abgeschlossen worden sei, sei die Klägerin nicht im Rahmen der Umwandlung – gestützt auf Art. 53 FusG – zur Vertragspartnerin der Beklagten geworden (Urk. 36 S. 8).

Als juristische Person werde die Klägerin durch das Handeln ihrer Organe verpflichtet und berechtigt. D. \_\_\_\_\_, welcher mit den Beklagten die Vertragsverhandlungen geführt habe, sei in jenem Zeitpunkt, also anfangs 2011, Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der Klägerin gewesen. Gemäss Handelsregistereintrag habe er über Einzelunterschrift verfügt. Er hätte – jedenfalls theoretisch – den geltend gemachten Vertrag zwischen der Klägerin und den Beklagten für die Klägerin abschliessen können und dürfen (Urk. 36 S. 10).

Art. 933 Abs. 1 OR fingiere allgemeine Kenntnis des Inhalts des Handelsregisters. Dieser Grundsatz lege auf den ersten Blick den Schluss nahe, dass eine aus Art. 2 ZGB fließende Aufklärungspflicht jedenfalls dort nicht bestehe, wo die entsprechenden Informationen aus dem Handelsregister ersichtlich seien. Diesbezüglich werde die Kenntnis fingiert. Worüber jemand bereits Bescheid wisse, brauche er nicht nochmals aufgeklärt zu werden. Der Grundsatz der positiven Publizitätswirkung gelte jedoch nicht absolut. Treu und Glauben könnten ein Abweichen gebieten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung schade dem Gutgläubigen die Nichteinsicht in das Handelsregister namentlich dann nicht, wenn die Gegenpartei zum guten Glauben an eine vom Registereintrag abweichende Rechtslage Anlass gegeben habe. Denn mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstehe für die Parteien die Pflicht, einander in einem gewissen Masse über Tatsachen aufzuklären, die für den Entschluss der Gegenpartei von ausschlaggebender Bedeutung seien. Der Hinweis auf die positive Publizitätswirkung des Handelsregisters führe somit wieder zurück zum Grundsatz von Treu und Glauben. Es gelte daher für eine Beurteilung der Aufklärungspflichten den konkreten Sachverhalt im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen heranzuziehen (Urk. 36 S. 11 f.).

Die Beklagten hätten ausgeführt, es sei für einen Bauherrn von grosser praktischer Bedeutung, ob es sich bei der von ihm beauftragten Baufirma um eine Kollektivgesellschaft mit unbeschränkt haftenden Gesellschaftern oder um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Gesellschaftskapital von lediglich Fr. 20'000.–, wie dies bei der Klägerin der Fall sei, handle. Beim Abschluss

des Werkvertrags mit A'.\_\_\_\_\_ seien sie sich aufgrund der negativen Erfahrungen mit dem Generalunternehmen, das sie zunächst beauftragt hätten, welches dann aber in Konkurs gefallen sei, der Risiken der Zahlungsunfähigkeit der Vertragsgegenseite sehr wohl bewusst gewesen. Sie hätten den Vertrag im Vertrauen darauf abgeschlossen, dass es sich beim Vertragspartner gemäss dessen Firma entweder um eine Kollektiv- oder eine Kommanditgesellschaft mit mindestens einem voll haftenden Gesellschafter handle (Urk. 36 S. 12).

Fest stehe – so die Vorinstanz weiter – dass es überhaupt nur zu Vertragsverhandlungen und dem anschliessenden Vertrag mit einer neuen Bauunternehmung gekommen sei, weil der vormalige Generalunternehmer der Beklagten in Konkurs gefallen sei. Die Beklagten seien gezwungen gewesen, ein neues Vertragsverhältnis einzugehen, um ihr Eigenheim fertigstellen zu können. Der Bau eines Eigenheims sei regelmässig mit grossen finanziellen Aufwänden und entsprechend hohen Risiken verbunden, infolgedessen sei das vorhandene Haftungssubstrat bei den beauftragten Bauunternehmen zentral. Dies selbstverständlich bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, auch wenn man dann in der Regel von einem reibungslosen Verlauf der Bauarbeiten ausgehe, ansonsten man mit der betreffenden Partei wohl von Anfang an keinen Vertrag eingegangen wäre.

Auf der Gegenseite fielen die Vertragsverhandlungen ebenfalls in einen speziellen Zeitraum, nämlich die Umwandlung der Kollektivgesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Es könne, ohne in Willkür zu verfallen, davon ausgegangen werden, dass sich die Gesellschafter im Rahmen der Umwandlung mit den unterschiedlichen Haftungsregeln der Gesellschaftsformen auseinandergesetzt hätten und ihnen diese bekannt gewesen seien. Es sei denkbar, dass gerade die unterschiedlichen Haftungsbestimmungen den Auslöser oder zumindest ein wichtiger Grund für die Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gewesen seien. Neben der Frage der Haftung hätten sie sich sodann auch mit der Namensgebung und den hierzu geltenden Bestimmungen beschäftigt haben müssen, hätten sie doch die Firma A.\_\_\_\_\_ GmbH beim Handelsregister angemeldet.

Die Ausführungen der Beklagten, wonach die Rechtsform der Klägerin eine wichtige Rolle gespielt habe, seien überzeugend. In Kombination mit der besonderen Situation auf Seiten der Klägerin führe dies zur Bejahung einer Aufklärungspflicht. Damit stehe auch fest, dass vorliegend die positive Publizitätswirkung des Handelsregisters nicht gespielt habe. D.\_\_\_\_\_ hätte gegenüber den Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen seine Zugehörigkeit zur A.\_\_\_\_\_ GmbH sowie seine Rolle als deren Vertreter bzw. Organ aktiv kommunizieren müssen, wenn er mit seinem Handeln die A.\_\_\_\_\_ GmbH hätte berechtigen und verpflichten wollen.

Ein entsprechendes Wissen der Beklagten um die Zugehörigkeit von D.\_\_\_\_\_ zur A.\_\_\_\_\_ GmbH lasse sich auch anderweitig nicht begründen. Die Klägerin habe in diesem Zusammenhang angeführt, D.\_\_\_\_\_ habe die Beklagten zu keinem Zeitpunkt explizit darin bestärkt, es mit einer Kollektivgesellschaft zu tun zu haben. Dies werde nicht bestritten. Allerdings habe das Verhalten von D.\_\_\_\_\_ sowie der Auftritt von A'.\_\_\_\_\_ sowohl im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als auch während der kommenden Monate darauf hingedeutet, dass es sich um eine Kollektivgesellschaft gehandelt habe. Dass die von den Beklagten einbezahlten Beträge in der Buchhaltung der Klägerin verbucht worden seien, sei für die Beklagten nicht transparent gewesen.

Insgesamt sei festzustellen, dass die Beklagten mit einer Kollektivgesellschaft oder jedenfalls einer Gesellschaft, in welcher die Beteiligten unbeschränkt persönlich haften würden, einen Vertrag hätten schliessen wollen. Dieser Umstand sei für ihren Entschluss zum Abschluss eines Vertrags von grundlegender Bedeutung gewesen. Die Beklagten hätten nichts von D.\_\_\_\_\_s Zugehörigkeit zur A.\_\_\_\_\_ GmbH gewusst und dies auch nicht wissen müssen. Gleichzeitig seien sie aufgrund der gesamten Umstände davon ausgegangen, dass es sich bei ihrem Vertragspartner um eine Kollektivgesellschaft handeln würde. Ihr diesbezügliches Vertrauen sei im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen und des Vertragsschlusses berechtigt gewesen. Später sei es insbesondere durch das Verhalten von D.\_\_\_\_\_ und die Vertragsabwicklung als solche bestätigt worden. Unter die-

sen Umständen sei das Zustandekommen eines Vertrags zwischen der Klägerin und den Beklagten zu verneinen (Urk. 36 S. 13 ff.).

2. a) Die Klägerin weist darauf hin, das Obergericht habe im vorläufigen Eintragungsverfahren am 17. Februar 2012 bereits klar entschieden, dass die Vorinstanz am 10. Januar 2012 aus der Rechtslage die richtigen Schlüsse gezogen habe, indem sie die Aktivlegitimation der Klägerin bejaht habe. Zweifel an der Richtigkeit des Handelsregistereintrags seien aufgrund des öffentlichen Glaubens des Handelsregistereintrags nicht zu hören (Urk. 42 S. 4 f.).

Die Klägerin leitet aus diesem Entscheid zu Recht nicht ab, dass die Frage der Aktivlegitimation rechtskräftig entschieden sei, sondern mutmasst nur, es dürfte höchst unwahrscheinlich sein, dass das Obergericht von seinem ursprünglichen Entscheid abrücke. Dies ist letztlich irrelevant.

b) Wenn man der Argumentation der Vorinstanz folge, so die Klägerin weiter, müsste im Januar 2011 eine neue Kollektivgesellschaft als Vertragspartnerin der Beklagten aufgetreten sein, da die alte Ende 2010 in der GmbH aufgegangen sei. Eine solche Gesellschaft gebe es indessen nicht. Der Vertragspartner, dem allem Anschein nach vorschwebte, ihm trete eine Kollektivgesellschaft gegenüber, habe erst dann Gewissheit, wenn er das Handelsregister konsultierte. Dabei hätte schon ab 1. Januar 2011 absolute Klarheit geherrscht, dass die Kollektivgesellschaft in eine GmbH umgewandelt worden sei. Also könne auch im Januar 2011 – wenn überhaupt – nur die GmbH selber in der Erscheinungsform der umgewandelten Kollektivgesellschaft aufgetreten sein (Urk. 42 S. 6 f.).

Die Beklagten bestreiten, dass es eine solche Kollektivgesellschaft nicht gebe. Von D. \_\_\_\_\_ werde bis heute der Anschein erweckt, dass es eine solche Kollektivgesellschaft gebe. Er biete unter der Bezeichnung A'. \_\_\_\_\_ Einfamilienhäuser im Internet an (Urk. 42 S. 4 und 8).

Die Vorinstanz hat das Zustandekommen eines Vertrages zwischen den Parteien verneint, weil sie im Ergebnis davon ausging, dass zwischen ihnen kein Konsens über die Beteiligung der Klägerin als Vertragspartei zustande gekommen

sei. Das genügt, um die Aktivlegitimation der Klägerin hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche zu verneinen. Ob allenfalls ein Vertrag mit einer anderen Vertragspartei geschlossen wurde, braucht vorliegend dagegen nicht entschieden zu werden.

c) aa) Die Klägerin macht in der Berufungsschrift geltend, die Frage der Aktivlegitimation sei nie Gegenstand irgendwelcher Erörterungen der Parteien im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung betreffend Bauhandwerkerpfandrecht gewesen (Urk. 35 S. 4). Es sei für sie nicht ersichtlich gewesen, dass die Beklagten auf die Rechtsform besonderen Wert legen würden. In jenem Zeitpunkt sei ein solches Bedürfnis ohnehin eher unwahrscheinlich gewesen. Die Beklagten gäben nicht konkret an, wann und zu welchen Gelegenheiten sie die Klägerin darauf aufmerksam gemacht hätten, dass dieser Umstand für sie so bedeutend sei. Die entsprechenden nicht näher substantiierten Behauptungen seien daher nicht geeignet, der Klägerin eine BGE 106 II 351 vergleichbare Aufklärungs- bzw. Orientierungspflicht vorzuhalten. Die allenfalls nicht kommunizierte Umwandlung der Kollektivgesellschaft in eine GmbH werde mit der Publikation auch Personen gegenüber wirksam, die nicht speziell ins Bild gesetzt worden seien. Eine vom Registereintrag abweichende Beurteilung könnte einzig auf einem Verstoss gegen Treu und Glauben basieren. Auch wenn Vertragsparteien einer gewissen Aufklärungspflicht unterlägen, so doch grundsätzlich keineswegs für Tatsachen, die sich öffentlichen Registern entnehmen liessen. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liege indessen erst dann vor, wenn die irrende Vertragspartei davon abgehalten werde, ihren Irrtum durch Einsicht ins Register zu berichtigen, oder wenn der Gegenpartei bewusst sei oder bewusst sein müsste, dass eine bestimmte aus dem Register ersichtliche Tatsache für den Vertragsschluss bedeutsam sei, diese der anderen Partei aber nicht bekannt sei oder sie darüber eine irrümliche Vorstellung habe. Gerade dies behaupteten zwar die Beklagten, ohne allerdings mit hinreichender Deutlichkeit anzugeben, wann und wie genau sie die Klägerin über ihr diesbezügliches Bedürfnis aufgeklärt hätten. Eine solche Aufklärung bleibe denn auch nach wie vor bestritten. Unbestritten sei auch gemäss Vorinstanz, dass die Beklagten zu keinem Zeitpunkt seitens der Klägerin darin bestärkt worden seien, es mit einer Kollektivgesellschaft zu tun zu haben. Wie sie vor diesem Hintergrund

glaubten, sicher annehmen zu können, ihnen stehe effektiv eine Kollektivgesellschaft gegenüber, wirke nicht ohne weiteres nachvollziehbar, namentlich in Anbetracht ihrer Behauptung, die Rechtsform sei für sie von entscheidender Bedeutung gewesen. Selbst wenn die Beklagten gutgläubig gewesen wären, was bestritten werde, bringe die positive Publizitätswirkung des Handelsregistereintrages einen Gutglaubensausschluss mit sich (Urk. 35 S. 9 ff.).

bb) Die Beklagten anerkennen, dass die Frage der Rechtsform unter den Parteien bis zur Klageeinleitung nie ein Thema gewesen sei. Sie hätten erst beim Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts realisiert, dass sie entgegen ihren Vorstellungen, entgegen der bisherigen Korrespondenz und entgegen der gelebten Vertragsbeziehung von einer ihnen unbekanntem GmbH eingeklagt worden seien (Urk. 42 S. 7). Die Beklagten sind der Ansicht, einzig aus dem Umstand, dass es eine A.\_\_\_\_\_ GmbH gebe, dürfe nicht angenommen werden, dass diese auch Vertragspartei gewesen sei. Sowohl die Schriftstücke als auch die gelebte Vertragsbeziehung deuteten nicht auf eine GmbH hin. Selbst wenn die Beklagten von der Existenz einer A.\_\_\_\_\_ GmbH gewusst hätten, müsse unter diesen Umständen nicht angenommen werden, dass der Vertrag mit dieser GmbH abgeschlossen worden sei. Insoweit gingen die Ausführungen der Klägerin zur Bedeutung der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters ins Leere (Urk. 42 S. 9).

cc) aaa) Ein Vertrag kommt durch den Austausch übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserungen zustande, wobei Voraussetzung ist, dass sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben (Art. 1 Abs. 1 OR, Art. 2 Abs. 1 OR). Zu den wesentlichen Punkten gehört die Einigung darüber, welche Personen Vertragspartei werden sollen (Gauch/Schluemp/Schmid, OR AT, 9. A., Zürich 2008, Bd. I N 337; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. A., Heidelberg, München 2006, N 431). In tatsächlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Beklagten und D.\_\_\_\_\_ am 1. und am 8. Januar 2011 über die Erbringung verschiedener Arbeiten am Einfamilienhaus der Beklagten verhandelten und D.\_\_\_\_\_ nachfolgend eine Auftragsbestätigung machte, wobei er für "A'.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]" unterzeichnete (Urk. 8/3/1). Beide Prozessparteien stellten keine kon-

kreten Behauptungen dazu auf, dass anlässlich der Vertragsverhandlungen darüber gesprochen worden wäre, wer Vertragspartei auf Unternehmerseite sei. Keine Partei behauptete vor Vorinstanz, es habe darüber ein wirklicher Konsens bestanden, und bezeichnete dazu allfällige Beweismittel. Die Beklagten führten aus, sie hätten den Werkvertrag im Vertrauen darauf abgeschlossen, dass es auf der Gegenseite entweder eine Kollektiv- oder eine Kommanditgesellschaft gebe (Urk. 19 S. 14 f.). Wenn eine Partei keine klare Vorstellung von der Identität der Gegenpartei hat, kann kein wirklicher Konsens zustande gekommen sein, es sei denn, die betreffende Partei hätte dennoch einen klaren Willen geäussert. Im Berufungsverfahren machen die Beklagten geltend, sie hätten den Vertrag mit "Herrn D.\_\_\_\_\_, bzw. mit der A'.\_\_\_\_\_" abschliessen wollen, und auch D.\_\_\_\_\_ habe den Vertrag im Namen einer Kollektivgesellschaft A'.\_\_\_\_\_ abschliessen wollen (Urk. 42 S. 5). Indessen ist hinsichtlich der Feststellung des Zustandekommens einer vertraglichen Einigung auf den geäusserten Willen der Partner und nicht je deren interne Vorstellungen abzustellen (BSK OR I-Bucher, Art. 1 N 4 f). Vorliegend fehlt es an substantiierten Behauptungen zu tatsächlichen Willensäusserungen der Parteien und damit zu einem wirklichen Konsens über die Vertragspartei auf Unternehmerseite.

Es ist daher zu prüfen, ob ein normativer Konsens gegeben ist. Es ist eine Rechtsfrage, wie die Geschäftspartner die gegenseitigen Willensäusserungen nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten. Massgebend sind die Umstände, die den Parteien im fraglichen Zeitpunkt bekannt oder erkennbar waren, sowie der Verständnishorizont des Empfängers einer konkludent geäusserten Willensäusserung (BGE 116 II 696 f.).

bbb) Unbestritten ist, dass die Kollektivgesellschaft "A'.\_\_\_\_\_" per 29. Dezember 2010 in die Klägerin mit gleichbleibender Firmenadresse an der ... [Adresse] umgewandelt worden war (Urk. 21/17). Die Veröffentlichung erfolgte am 29. Dezember 2010 im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Damit begannen die externen Eintragungswirkungen am 30. Dezember 2010 (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 6 N 89; BGer 5A\_62/2009, E. 2.1). Gestützt auf das in Art. 933 OR statuierte Publiz-

tätsprinzip wird davon ausgegangen, dass der Registerinhalt allgemein bekannt ist (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 6 N 75 ff.). Allerdings beschränkt sich die Publizitätswirkung auf die eingetragene Tatsache und erstreckt sich daher nicht auf Schlüsse, die daraus gezogen werden können (BGE 123 III 223 f., E. 3a). Somit müssen sich die Beklagten grundsätzlich (vorbehältlich des Rechtsmissbrauchs) entgegenhalten lassen, dass die Kollektivgesellschaft A'.\_\_\_\_\_ kurz vor Aufnahme der Vertragsverhandlungen und dem Vertragsschluss in eine GmbH umgewandelt worden war, d.h. für die Prüfung des normativen Konsenses ist dieses Wissen vorauszusetzen.

War anlässlich der Vertragsverhandlungen die Identität der Partei, für welche D.\_\_\_\_\_ auftrat, kein Thema, so kann angesichts der vorangegangenen Gesellschaftsumwandlung kein Zweifel darüber bestehen, dass D.\_\_\_\_\_ für die GmbH handelte und nicht für die nicht mehr existente Kollektivgesellschaft A'.\_\_\_\_\_ oder eine irgendwie geartete neue oder andere Kollektivgesellschaft, wie die Beklagten weismachen wollen (Urk. 42 S. 8), auch wenn auf der Auftragsbestätigung "A'.\_\_\_\_\_" aufgeführt wurde. Später eintretende Umstände wie das nachträgliche Verhalten der Parteien lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint hatten, und beschlagen den wirklichen Parteiwillen (BGE 107 II 418); solche Umstände sind für die Prüfung des normativen Konsenses nicht relevant. Ob die Beklagten im Internet während des Prozesses eine Gesellschaft mit dem Begriff "A'.\_\_\_\_\_" finden konnten, ist daher unerheblich (Urk. 19 S. 17; vgl. auch Urk. 42 S. 10). Für die Frage des normativen Konsenses ist es ferner irrelevant, dass die Klägerin von den Beklagten Zahlungen auf ein Konto verlangte, das auf D.\_\_\_\_\_ lautete (Urk. 19 S. 13), handelt es sich doch dabei lediglich um eine Erfüllungsmodalität. Die Beklagten behaupten, sie hätten nach Erhalt des Schreibens von D.\_\_\_\_\_ vom 20. Januar 2012, worin dieser namens der A.\_\_\_\_\_ GmbH einen Bauabnahmetermin verlangte (Urk. 21/10), einen andern Bauabnahmetermin vorgeschlagen und dabei die Klägerin darauf hingewiesen, dass sie nie einen Vertrag mit einer GmbH abgeschlossen hätten (Urk. 19 S. 12). Auch dies beschlägt den normativen Konsens nicht. Der behauptete Hinweis ist aber ohnehin nicht aktenkundig (vgl. Urk. 21/11 und 21/13) und für diese Behauptung werden auch keine weiteren Beweismittel genannt. Im Berufungsverfahren

ren haben die Beklagten denn auch – wie erwähnt – eingeräumt, dass die Frage der Rechtsform unter den Parteien bis zur Klageeinleitung nie ein Thema gewesen sei (Urk. 42 S. 7 Rz 33).

ccc) Die Rechtsprechung anerkennt, dass vom Grundsatz der positiven Publizitätswirkung dann abgewichen werden muss, wenn Treu und Glauben dies gebieten (BGE 106 II 346, E. 4a S. 351). Damit bleibt die Einrede des Rechtsmissbrauchs vorbehalten (BGE 123 III 223). Diese ist dann zu schützen, wenn die Bejahung der Aktivlegitimation für die Beklagten mit Nachteilen verbunden ist, für deren Abwendung keine anderen zumutbaren Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, so dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt und das Ergebnis der Rechtsanwendung in stossender Weise das Gerechtigkeitsempfinden verletzt.

Die Beklagten sehen diese Nachteile darin, dass der Baufirma Schadenersatzforderungen, Anwaltskosten und Gerichtskosten drohen. Es sei für sie – die Beklagten – durchaus ein Risiko, gegen eine solche Kleinst-GmbH mit einem Stammkapital von Fr. 20'000.– zu prozessieren. Niemand bezahle ihnen allfällig zugesprochene Parteientschädigungen oder vergüte ihnen geleistete Kostenvorschüsse, wenn die GmbH in Konkurs gehen sollte. Ganz zu schweigen davon, dass dann auch niemand die Verantwortung für die Baumängel übernehme (Urk. 19 S. 18).

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Beklagten bislang lediglich Verrechnungsforderungen in der Höhe von Fr. 32'969.– gegen die Klägerin erhoben haben und bei der Suche nach einer aussergerichtlichen Lösung den maximal offenen Anspruch der Klägerin auf Fr. 27'873.– bezifferten (Urk. 19 S. 9); die Schadenersatzforderung der Beklagten belief sich demnach auf nur noch rund Fr. 5'000.–. Kostenvorschüsse musste bislang vor allem die Klägerin leisten (Urk. 7 und 8/5), ausser im für die Beklagten negativ ausgegangenen Rechtsmittelverfahren um die vorläufige Eintragung des Grundpfandrechts (Urk. 8/26). Ist die Einbringlichkeit einer allfälligen Parteientschädigung erheblich gefährdet, können die Beklagten verlangen, dass die Klägerin zur Sicherheitsleistung verpflichtet wird (Art. 99 ff. ZPO). Die Beklagten unterlassen aber jegliche substantiierten Behauptungen zur Finanzlage der Klägerin; immerhin beliefen sich im Umwand-

lungszeitpunkt gemäss Handelsregistereintrag die Aktiven auf Fr. 951'631.36 und die Passiven (Fremdkapital) auf lediglich Fr. 224'653.92 (Urk. 21/17). Gerichtskosten drohen den Beklagten nur, wenn sie im Prozess unterliegen. Dass sie einen Schaden erlitten hätten, weil die Klägerin gegen die in Art. 954a Abs. 1 OR verankerte Firmengebrauchspflicht verstossen hat, ist nicht ersichtlich. Gegebenenfalls würde die Klägerin nach Art. 41 OR schadenersatzpflichtig (BGE 123 III 228, E. 4c). Die geltend gemachten Nachteile lassen daher die Berufung der Klägerin auf den Handelsregistereintrag nicht als rechtsmissbräuchlich erscheinen. Es ist überdies nicht ersichtlich, dass die Klägerin den Beklagten Anlass zum guten Glauben an eine vom Registereintrag abweichende Rechtslage gegeben hat (BGE 106 II 351, E. 4a; BGer 5A.4/2007, E. 2.1), wenn die Identität der Partei, welche D.\_\_\_\_\_ vertrat, bei den Vertragsverhandlungen und beim Vertragsabschluss gar kein Thema war.

dd) Ist die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen, so führt dies zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und zur Rückweisung des Verfahrens, damit die Vorinstanz über die weiteren Anspruchsvoraussetzungen befindet.

## V.

Ausgangsgemäss ist der Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten und die Festsetzung einer allfälligen Parteientschädigung für das Berufungsverfahren der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 4'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1, § 10 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG).

### **Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 4. Juni 2013 wird aufgehoben und zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.

3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzlichen Verfahren bleibt der Vorinstanz vorbehalten. Die Vorinstanz wird darauf hingewiesen, dass die Klägerin für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 5'500.-- geleistet hat.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 49'326.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 22. April 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt: js