

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB160035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 13. Oktober 2016

in Sachen

A. _____ PARTNER AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

1.,

2.,

3. **B. _____ s.r.o.,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Y. _____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
6. Mai 2016; Proz. CG150025**

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

- "1) Es sei der Beklagte 1 zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 81'952.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit 14. Mai 2014 zu bezahlen.
- 2) Es sei der Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 81'952.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit 14. Mai 2014 zu bezahlen.
- 3) Es sei der Beklagte 3 zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 81'952.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit 14. Mai 2014 zu bezahlen.
- 4) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten".

Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Mai 2016 (act. 42 = act. 48/1 = act. 49):

- "1. Auf die Klage wird nicht eingetreten, soweit sie gegen die Beklagte 3 gerichtet ist.
 2. Die Entscheidgebühr im Verfahren zwischen der Klägerin und der Beklagten 3 wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
 3. Diese Gerichtskosten im Verfahren zwischen der Klägerin und der Beklagten 3 werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
 4. Der Beklagten 3 wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel"

Berufungsanträge:

der Klägerin (act. 46 S. 2):

- 1) Der vorinstanzliche Beschluss des Bezirksgerichts Zürich (7. Abteilung) vom 6. Mai 2016 (Geschäfts-Nr. CG150025-L [Beilage 1]) sei aufzuheben und die Vorinstanz für sachlich zuständig zu erklären und anzuweisen, auf die Klage vom 5. Februar 2015 mit Bezug auf die Beklagte 3 einzutreten und die Sache sei zur Fortsetzung des Verfahrens und materiellen Beurteilung der Klage (Anhandnahme), auch soweit sie gegen die Beklagte 3 gerichtet ist, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- 2) Die Gerichtskosten (Entscheidgebühr) im Verfahren zwischen der Klägerin und der Beklagten 3 sowohl des vorliegenden Berufungsverfahrens als auch des vorinstanzlichen Verfahrens (Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Mai 2016 [Geschäfts-Nr. CG150025-L]) seien der Beklagten 3 aufzuerlegen.
- 3) Der Klägerin sei zulasten der Beklagten 3 eine Parteientschädigung sowohl für das vorliegende Berufungsverfahren wie auch für das erstinstanzliche Verfahren zuzusprechen.
- 4) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten 3.

der Beklagten (act. 55):

Die Berufung der A. _____ Partner AG sei kostenpflichtig abzuweisen.

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin macht eine vertragliche Honorarforderung geltend. Die Beklagte 3 ist eine im ausländischen Handelsregister eingetragene Gesellschaft nach slowakischem Recht. Die Klägerin hat die Beklagten als einfache Streitge-

nossen vor dem Bezirksgericht Zürich ins Recht gefasst. Das Bezirksgericht ist nicht auf die Klage gegen die Beklagte 3 eingetreten, weil es sich diesbezüglich nicht für zuständig hält.

2. Die Klägerin hat rechtzeitig Berufung eingereicht. Die vorinstanzlichen Akten sind beigezogen worden. Mit Verfügung vom 23. Juni 2016 (act. 50) wurde der Klägerin ein Kostenvorschuss auferlegt, den sie rechtzeitig leistete (act. 52).

3. Mit Verfügung vom 29. Juni 2016 wurde der Berufungsbeklagten 3 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 53), welche die Berufungsantwort mit Eingabe vom 19. August 2016 (Poststempel) erstattete (act. 55). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz hat ihren Nichteintretensentscheid zusammengefasst wie folgt begründet: Betreffend die Beklagte 3 wäre bei isolierter Betrachtung das Handelsgericht Zürich zuständig, da sowohl die Klägerin als auch die Beklagte im schweizerischen Handelsregister bzw. in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen sowie der Streitwert für die Beschwerde in Zivilsachen erreicht seien (Art. 6 Abs. 1 ZPO). Das Bundesrecht enthalte keine Norm mit einer einheitlichen sachlichen Zuständigkeit für einfache Streitgenossen (BGer 4A_239/2013 vom 9. September 2013, E. 3.4; act. 42 S. 5 f.). Gleiches gelte für das kantonale Recht und Art. 15 ZPO regle lediglich die örtliche Zuständigkeit (act. 42 S. 6). Die Klägerin berufe sich auf eine stillschweigende Regelung im GOG entsprechend dem Urteil des Handelsgerichts (HG110187 vom 11. Dezember 2011). In jenem Entscheid sei – allerdings bezogen auf einen übergangsrechtlichen Fall – eine sachliche Zuständigkeit der Bezirksgerichte angenommen worden, wenn eine Prorogation gemäss § 64 aGVG erfolgt sei (act. 42 S. 6). Das Bundesgericht habe diesen Entscheid geschützt und festgehalten, dass eine entsprechende stillschweigende Regelung bestehe (BGE 138 III 471 und BGer 4A_239/2013 vom 9. September 2013 E. 3.4). Ob sich diese Ansicht auch für neurechtliche Fälle aufrecht erhalten lasse,

sei anhand der seither ergangenen bundesgerichtlichen Entscheidungen zu prüfen. In BGer 4A_239/2013 vom 9. September 2013 sei ein vergleichbarer Fall aus dem Kanton Aargau abweichend entschieden worden. Mit Urteil 5A_480/2013 vom 10. Februar 2014 (BGE 140 III 155 E. 4.3) habe das Bundesgericht seine Praxis bezüglich eines "stillschweigenden kantonalen Zivilprozessrechts" gänzlich aufgegeben. Soweit BGE 140 III 155 in Erwägung 4.2 auf BGE 138 III 471 und BGer 4A_239/2013 hinweise, sei dies widersprüchlich. Sofern die Kantone ein Handelsgericht eingesetzt hätten, sei dieses zwingend im Rahmen der ZPO zuständig und es bleibe kein Raum für eine kantonale Regelung, wonach bei unterschiedlicher sachlicher Zuständigkeit im Rahmen einer einfachen passiven Streitgenossenschaft das Bezirksgericht für alle Streitgenossen zuständig sei. Der Entscheid des Zürcher Obergerichts (LF130065 vom 28. März 2014) beziehe sich noch auf dem Beschluss des Handelsgerichts vom 11. Dezember 2011 (HG110187); offenbar sei die kurz davor erfolgte Kehrtwende des Bundesgerichts noch nicht bekannt gewesen.

2. Die Klägerin führt gegen den vorinstanzlichen Entscheid Folgendes an: Die Rechtspraxis anerkenne im Kanton Zürich sowohl vor als auch nach Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO eine Durchbrechung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts, was mit dem Institut der Streitgenossenschaft, der Prozessökonomie und der Vermeidung widersprüchlicher Urteile begründet werde. Die "Kehrtwendung", die das Bundesgericht angeblich vollzogen habe und die Ansicht, dass das Zürcher Obergericht diese Kehrtwendung nicht nachvollzogen habe, weil es davon keine Kenntnis gehabt habe, würden nicht zutreffen (act. 46 Rz 9). Mit der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass es keine Norm in der ZPO gebe, welche bei der einfachen Streitgenossenschaft eine einheitliche sachliche Zuständigkeit vorsehe. Auch das kantonale Recht enthalte – anders als § 65 GVG/ZH – keine solche Bestimmung (act. 46 Rz 27 f.). Trotz der Tatsache, dass die Kantone nach wie vor zur Regelung der sachlichen Zuständigkeit berufen seien, enthalte das GOG/ZH keine entsprechende Bestimmung. Bei einfacher passiver Streitgenossenschaft könnten die Kantone eine einheitliche Zuständigkeit der ordentlichen, erstinstanzlichen Gerichte vorsehen, wobei die Prozessökonomie und die Gefahr sich widersprechender Urteile für eine solche Regelung sprechen

würden (act. 46 Rz 29). Hingegen werde mehrheitlich davon ausgegangen, dass eine passive Streitgenossenschaft, an der nicht in die handelsgerichtliche Zuständigkeit gehörende Parteien beteiligt seien, nicht beim Handelsgericht eingeklagt werden könnte (act. 46 Rz 30).

Die Klägerin habe sich vor Vorinstanz auf den handelsgerichtlichen Entscheid gestützt. Diesem könne nicht entnommen werden, dass es sich nur um die übergangsrechtlichen Prorogationsfälle handle. Die Übergangsproblematik habe bloss die beiden Klägerinnen (zwei Aktiengesellschaften) und die Beklagte 1 (ebenfalls eine Aktiengesellschaft) betroffen, welche eine altrechtliche Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des Bezirksgerichts Zürich abgeschlossen hatten (HG110187 E. 4). Für die übrigen beklagten Parteien habe sich die Frage der sachlichen Zuständigkeit nach ZPO und GOG/ZH gestellt, wobei die Beklagten 2 und 5 nicht im Handelsregister eingetragen gewesen seien (HG110187 E. 5.1). Das Handelsgericht habe sich in E. 5.2 bis 5.5 mit § 65 aGVG und der fehlenden analogen Bestimmung gemäss neuem Recht, den Lehrmeinungen und Kommentaren zum Zusammenspiel von Art. 6, 15, 70 und 71 ZPO betreffend Zuständigkeit bei einfachen und notwendigen Streitgenossenschaften, zur Praxis und Lehre in den vier Handelsgerichtskantonen Zürich, St. Gallen, Bern und Aarau sowie zu internationalen Sachverhalten i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 LugÜ auseinandergesetzt. Die rechtlichen Überlegungen in E. 5.6 seien allgemein gültiger Natur und nicht auf eine übergangsrechtliche Fallkonstellation beschränkt (act. 46 Rz 33 f.). Das Obergericht habe sich der Auffassung des Handelsgerichts angeschlossen (LF130065 E.3.3) und die Annahme, das Obergericht hätte bei Kenntnis des kurz zuvor ergangenen Bundesgerichtsentscheid anders entschieden, sei nicht haltbar. Das Obergericht sei der Ansicht gewesen, dass der Kanton Zürich bei fehlender expliziter Regelung eine stillschweigende Regelung treffen könne, sofern dadurch kein Bundesrecht, vor allem Art. 71 ZPO, umgangen werde. Unter Berücksichtigung des Wahlrechts von Art. 6 Abs. 3 ZPO werde Bundesrecht nicht verletzt, wenn eine einheitliche Zuständigkeit beim Bezirksgericht bejaht werde (act. 46 Rz 36 f.). Art. 6 Abs. 3 ZPO lege das Zusammenspiel von Art. 6 Abs. 1 und Art. 71 ZPO nahe. Es gebe daher eine Lücke und für im Handelsregister eingetragene juristische und natürliche Personen bestehe kein absoluter Anspruch, von

einem Handelsgericht beurteilt zu werden. Der Hinweis der Vorinstanz auf den Fall aus dem Kanton Aargau (BGer 4A_239/2013), wo das Bundesgericht festgehalten habe, dass die fehlende einheitliche sachliche Zuständigkeit für einfache passive Streitgenossen zu beachten sei, stütze die vorinstanzliche Auffassung nicht (act. 46 Rz 40). Die sachliche Zuständigkeit sei von den Kantonen zu regeln (Art. 4 ZPO) und das Bundesgericht sei nicht befugt, ohne Anlass eine derartige Regelung, selbst eine stillschweigende, für gesetzwidrig zu erklären. Das Bundesgericht weise selber darauf hin, dass sich die Rechtslage für den Kanton Zürich anders präsentiere als für den Kanton Aargau (act. 46 Rz 41).

Unrichtig sei auch, dass das Bundesgericht eine Kehrtwendung vollzogen habe, was auf ein falsches Verständnis von BGE 140 III 155 E. 4.2 zurückgehe. In dieser Bundesgerichtsentscheidung sei es nicht um eine Streitgenossen-/Solidarschuldnerschaft gegangen, sondern um einen Mietrechtsstreit mit je einer Aktiengesellschaft auf der Kläger- und auf der Beklagten Seite, und es sei um die Zuständigkeit von Miet- und Handelsgericht gegangen (act. 46 Rz 45). Das Bundesgericht habe – weil sich die Parteien auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich der einfachen Streitgenossenschaft gestützt hätten – darauf hingewiesen, dass die Durchbrechung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts mit dem Institut der Streitgenossenschaft begründet werde, womit der Prozessökonomie und der Vermeidung widersprüchlicher Urteile der Vorrang gegeben worden sei (act. 46 Rz 47). Das sei keine Aufgabe der Praxis, sondern im Gegenteil eine Bestätigung (act. 46 Rz 48). Die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 140 III 155 E. 4.1 und 4.3 seien vor dem Hintergrund der Erwägung 4.2 zu betrachten, welche den Ausnahmecharakter der einfachen passiven Streitgenossenschaft explizit hervorhebe (act. 46 Rz 50 f.). BGer 4A_239/2013 sei kein publizierter Fall und er habe daher nicht das gleiche präjudizielle Gewicht (act. 46 Rz 53). BGE 140 III 155 halte fest, dass die etablierten Regeln bei der passiven Streitgenossenschaft nicht eo ipso auf die Abgrenzung der Zuständigkeit von Miet- und Handelsgericht anwendbar seien. Es bleibe trotz Einsetzung eines Handelsgerichts auch unter der ZPO Raum für eine kantonale Regelung, wonach bei sachlicher Zuständigkeit im Rahmen einer einfachen passiven Streitgenossenschaft die ordentlichen, erstinstanzlichen Gerichte zuständig seien (act. 46

Rz 56). In der Sache gehe es um eine gewöhnliche Forderung aus demselben Vertragsverhältnis gegenüber zwei Solidarschuldnern, zwischen denen überdies eine wirtschaftliche Verbindung bestehe (act. 46 Rz 60). Der Gesetzgeber der neuen ZPO habe sich an der bisherigen kantonalen Regelung orientiert, so dass es den Kantonen auch überlassen sei, ob sie Handelsgerichte schaffen wollten (act. 46 Rz 63). Art. 15 ZPO wolle ebenfalls verhindern, dass an verschiedenen Orten prozessiert werden müsse. Daher wäre es in der vorliegenden Konstellation weder sachgerecht noch bundesrechtskonform, die Klägerin in zwei Verfahren zu zwingen. Durch die einheitliche sachliche Zuständigkeit beim Bezirksgericht würden widersprechende Urteile vermieden (act, 46 Rz 65).

3. Die Beklagte fasst sich in der Berufungsantwort kurz, widerspricht der Rechtsauffassung der Klägerin und ersucht darum, der richtigen und korrekten Rechtsauffassung der Vorinstanz zum Durchbruch zu verhelfen (act. 55).

4. a) In BGE 138 III 471 E. 5 ging es um einen Fall, in dem das Zürcher Handelsgericht nur für einen Teil der mehreren Beklagten zuständig war, jedoch die Voraussetzungen von Art. 71 Abs. 1 ZPO gegeben waren: Es sei nicht zulässig, Streitgenossen, für die das Handelsgericht – isoliert betrachtet – nicht zuständig wäre, vor das Handelsgericht zu ziehen, hingegen lasse sich eine gemeinsame Zuständigkeit für sämtliche Streitgenossen bei den ordentlichen Gerichten begründen (BGE 138 III 471 E. 5.1), was die Kantone – auch stillschweigend – vorsehen könnten (a.a.O., E. 5.2). In seinem (unpublizierten) Entscheid BGer 4A_239/2013 vom 9. September 2013 E. 3.4 ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass es im Kanton Aargau keine derartige Regelung gebe, so dass BGE 138 III 471 auf diesen Kanton nicht anwendbar sei. In BGE 140 III 155 E. 4 hat das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung zur Zuständigkeit bei einfacher passiver Streitgenossenschaft Bezug genommen und den Ausnahmeharakter betont (BGE 140 III 155 E. 4.2): "Die Durchbrechung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts wird aber mit dem Institut der Streitgenossenschaft begründet. Das Bundesgericht hat hier der Durchsetzung einer ebenfalls durch die Zivilprozessordnung vorgegebenen *bundesrechtlichen* Verfahrensvorschrift im Interesse der mit dieser Bestimmung bezweckten Ziele (Prozessökono-

mie und Vermeidung widersprüchlicher Urteile) den Vorrang gegeben (vgl. auch die in BGE 138 III 471 E. 5.1 S. 481 zitierte Tanja Domej, in: ZPO, Oberhammer [Hrsg.], 2010, N. 6 zu Art. 71 ZPO). Auch in einem neueren Entscheid zur Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts hat das Bundesgericht die Bedeutung bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften betont (BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3 S. 463 f. mit Hinweisen)". Ein Widerspruch zu oder eine Abkehr von BGE 138 III 471 stellt das nicht dar.

Die Kammer ihrerseits hat im Verfahren LF130065 mit Entscheid vom 28. März 2014 (E. 3) ebenfalls im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entschieden.

4. b) Bundesgerichtlichen Präjudizien wird in der Regel Folge geleistet, auch wenn sie rechtlich nicht verbindlich sind (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 4). Gleiches gilt für die eigenen Präjudizien der Gerichte. Praxisänderungen führen dazu, dass die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit tangiert wird (Guldener, a.a.O., Anm. 8 auf S. 4). Die zitierte Rechtsprechung stammt aus neuerer Zeit und die Verhältnisse haben sich seither nicht verändert, so dass kein Grund besteht, davon abzuweichen. Der vorinstanzliche Entscheid ist deshalb aufzuheben und der Fall an die Vorinstanz zurückzuweisen, um in der Sache zu entscheiden.

III.

Kommt es zu einer Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und zu einer Rückweisung an die Vorinstanz, so obliegt es dieser im Zusammenhang mit dem Endentscheid, die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens festzusetzen und zu verlegen.

Was die Berufung anbelangt, wird die Beklagte 3 ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; §§ 4 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 2 AnwGebV; §§ 4 Abs. 1 und 2, 10 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GerGebV). Bezogen auf Parteien im Ausland gibt es keine Mehrwertsteuerpflicht.

Es wird erkannt:

1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 6. Mai 2016 wird aufgehoben, und der Prozess wird im Sinne der Erwägungen zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten 3 auferlegt. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 1'000.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte 3 wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 55, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 80'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. R. Barblan

versandt am: