

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Urteil vom 25. Oktober 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____ **AG, Baugeschäft, ... [Ort],**

2. **C.** _____,

3. **D.** _____ **Immobilien AG,**

4. **E.** _____ **AG Transporte,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom
28. Dezember 2018 (CG140028-G)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2 f.)

- " 1. Es seien die Beklagten zu verpflichten, dem Kläger sein ausstehendes Rest-Bauleiterhonorar für die Überbauung F. _____ - Strasse in der Höhe von CHF 112'123.90 oder einen nach Massgabe des Beweisergebnisses höheren Betrag zu bezahlen, zuzüglich Zins von
- 5 % auf CHF 50'824.00 seit dem 14. Juni 2011
 - 5 % auf CHF 12'000.00 seit dem 14. Juni 2011
 - 5 % auf CHF 1'052.10 seit dem 12. Februar 2012
 - 5 % auf CHF 25'347.00 seit dem 10. April 2012
 - 5 % auf CHF 10'501.00 seit dem 6. Juli 2012.

Es seien die Beklagten zu verpflichten, den Kläger für die von ihm bezahlten Friedensrichterkosten zu entschädigen.

Der Beklagte Nr. 2 sei zu verpflichten, dem Kläger die Zahlungsbefehlskosten in der Höhe von CHF 103.00 in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Hinwil zu ersetzen.

2. In der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Hinwil gegen den Beklagten Nr. 2 (Zahlungsbefehl vom 30. April 2012) sei dem Kläger Rechtsöffnung zu gewähren.
3. Es sei für die Liquidation des Konsortiums, allenfalls nachdem es gerichtlich aufgelöst wurde, ein Liquidator zu bestellen.
4. [...]
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

"Präzisiertes" Rechtsbegehren des Klägers:

(Urk. 71 S. 2)

"Es sei dem Kläger auch das aus seiner nach Klageerhebung bzw. nach dem 1. Juli 2012 erbrachten Bauleitungstätigkeit entstandene Bauleiterhonorar (korrelierend mit den nach diesem Datum entstandenen Baukosten) zu erstatten."

Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 28. Dezember 2018 (Urk. 105):

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'150.–.
3. Die Gerichtskosten von total CHF 16'175.– (Entscheidgebühr von CHF 6'150.–; Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 475.–; zweitinstanzliche Entscheidgebühr nach Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2014 von CHF 9'550.–) werden dem Kläger auferlegt. Die Gerichtskosten werden von den Kostenvorschüssen des Klägers bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten folgende Parteientschädigungen zu bezahlen:
 - der Beklagten 1: CHF 4'955.– (Mehrwertsteuer inklusive);
 - dem Beklagten 2: CHF 5'351.40 (Mehrwertsteuer inklusive);
 - der Beklagten 3: CHF 4'955.–;
 - sowie der Beklagten 4: CHF 4'955.–.
5. (Mitteilung.)
6. (Rechtsmittel.)

Berufungsanträge:

des Klägers (Urk. 104 S. 2):

- "1. Der angefochtene Beschluss sei aufzuheben. Die Sache sei mit der Anweisung, die Klage an die Hand zu nehmen und materiell zu beurteilen, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventuell sei der Kläger vollständig von den Gerichtskosten zu befreien und es sei ihm zulasten des Kantons eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten (Urk. 111):

Verzicht auf Berufungsantwort

Erwägungen:

I.

1. Was den Sachverhalt und die Prozessgeschichte anbelangt, kann auf deren Wiedergabe im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 105 S. 3 f.). Mit Beschluss vom 28. Dezember 2018 trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein (Urk. 105).

2. Gegen diesen Beschluss erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) mit Eingabe vom 13. Februar 2019 rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 104 S. 2). Die Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) verzichteten auf die Einreichung einer Berufungsantwort und die Stellung von Anträgen (Urk. 111). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz verneinte ihre sachliche Zuständigkeit mit der Begründung, dass sowohl der Kläger als auch alle Beklagten im Zeitpunkt der Einreichung der Klage am 23. Mai 2012 im Handelsregister eingetragen gewesen seien und die Streitigkeit zwischen den Parteien die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen habe. Unter diesen Umständen sei die Zuständigkeit des Handelsgerichts im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO zwingend gegeben. Eine Einlassung sei nicht möglich. Eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit sei ebenfalls ausgeschlossen, auch wenn sie noch unter der Geltung der Zürcher Zivilprozessordnung getroffen worden sei. Die Vorinstanz trat deshalb mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein (Urk. 105 S. 6 f.).

2.a) Der Kläger rügte diese Ansicht der Vorinstanz und stellte sich auf den Standpunkt, dass die Prozessvoraussetzungen erst im Urteilszeitpunkt gegeben sein müssten. Dies sei jedoch vorliegend nicht der Fall gewesen, da im Urteilszeitpunkt unbestrittenermassen nicht mehr alle Beklagten im Handelsregister eingetragen gewesen seien. Dies treffe namentlich auf den Beklagten 2, aber auch auf den Kläger zu (Urk. 104 S. 4 f.). Die Vorinstanz war lediglich davon ausgegangen, dass der Beklagte 2 im Laufe des Verfahrens am 9. April 2018 seine Eintragung als Einzelunternehmer im Handelsregister hatte löschen lassen (Urk. 105 S. 7). Ob es sich bei der Behauptung des Klägers, wonach auch er seine Einzel-firma im Handelsregister habe löschen lassen, um ein erst im Berufungsverfahren vorgebrachtes, unzulässiges Novum handelt (Art. 317 Abs. 1 ZPO), kann offengelassen werden, da dies für die rechtliche Beurteilung unerheblich ist. Entgegen der Ansicht des Klägers kommt es einzig darauf an, ob diese Prozessvoraussetzung im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage gegeben ist:

Die schweizerische Zivilprozessordnung regelt nicht, in welchem Zeitpunkt das angerufene Gericht sachlich zuständig sein muss. Als Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) muss die sachliche Zuständigkeit grundsätzlich im Zeitpunkt der Ausfällung des Sachurteils gegeben sein. Geht es jedoch um den Eintrag im Handelsregister im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO, lässt sich an diesem Grundsatz allerdings nicht festhalten. Bezüglich des Zeitpunktes der Eintragung im Handelsregister kann nur verlangt werden, dass der Eintrag beim Beginn der Rechtshängigkeit besteht. Bei nachträglicher, während des Prozesses eintretender Änderung der Verhältnisse bleibt die Zuständigkeit des Handelsgerichts erhalten (analog Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO; BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 17). In diesem Sinne besteht eine perpetuatio fori. Nicht erforderlich ist, dass der Eintrag schon zur Zeit des Abschlusses oder der Ausführung des streitigen Geschäfts bestand (BK ZPO-Berger, Art. 6 N 17; BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 14; ZK ZPO-Vetter, Art. 6 N 27). Sind beide Parteien in einer der verlangten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen und betrifft der Streit mindestens die geschäftliche Tätigkeit einer Partei, ist - wie auch die Vorinstanz zutreffend erwog - zwingend das Handelsgericht sachlich zuständig (BK ZPO-Berger, Art. 6 N 20). Da sämtliche Parteien im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO) der vorliegenden Klage am

23. Mai 2012 im Handelsregister eingetragen waren, ist somit zwingend die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben; ein Wahlrecht für die Parteien ist unter diesen Umständen im Sinne von Art. 6 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung des Klägers besteht auch nicht dieselbe Konstellation wie im Parallelverfahren CG140029 (Projekt "G. _____-Strasse"), da in jenem Verfahren nicht alle Parteien im Handelsregister eingetragen waren, weshalb sich das Bezirksgericht Meilen für zuständig erklärte. Aus jenem Verfahren bzw. der Rechtsauffassung der Vorinstanz in dem genannten Verfahren kann der Kläger daher nichts zu seinen Gunsten ableiten.

b) Die Vorinstanz erwog weiter, dass auch eine Einlassung nicht möglich sei. Die Parteien hätten zwar den Gerichtsstand Meilen vereinbart; eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit sei jedoch ausgeschlossen, auch wenn diese Vereinbarung unter der Geltung der Zürcher Zivilprozessordnung geschlossen worden sei (Urk. 105 S. 7). Der Kläger machte demgegenüber geltend, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die sachliche Zuständigkeit der Gerichte der Dispositionsfreiheit der Parteien entzogen sei, in der vorliegenden Konstellation, da zwei der Parteien keine Eintragungspflicht hätten, zu hinterfragen sei.

aa) Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte (Art. 4 ff. ZPO) ist der Dispositionsfreiheit 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, was jedoch für den vorliegenden Fall, in dem alle Parteien zu Beginn des Prozesses im Handelsregister eingetragen waren, nicht zutrifft (Art. 6 Abs. 3 ZPO; vgl. die Ausführungen oben). Zwar können die Parteien gemäss Art. 17 ZPO Gerichtsstandsvereinbarungen schliessen; diese Bestimmung steht unter dem Titel "Örtliche Zuständigkeit" (Art. 9 ff. ZPO) und wurde wörtlich von Art. 9 Abs. 1 GestG übernommen, welcher sich nur auf die örtliche Zuständigkeit bezog (Art. 1 Abs. 1 GestG). Vereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte lassen sich darauf nicht stützen (BGE 138 III 471 E. 3.1). Unter der Geltung der Zürcher Zivilprozessordnung vereinbarte örtliche Gerichtsstandsvereinbarungen gelten gemäss

Art. 406 ZPO nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung weiter, nicht dagegen solche bezüglich der sachlichen Zuständigkeit (BGE 138 471 III E. 3.3). Art. 406 ZPO hat gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem klaren Willen des Gesetzgebers die zuvor geltende Regelung des Art. 39 GestG übernommen, welche nur für Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit galt (Art. 1 Abs. 1 GestG). Nichts deutete daraufhin, dass der Begriff "Gerichtsstandsvereinbarung" in den Art. 406 und 17 ZPO verschieden sein sollte und in Art. 406 ZPO einen über die gewöhnliche Bedeutung hinausgehenden Sinn hätte. Das Bedürfnis der Parteien nach Vertragstreue, nach Vertrauen in die Rechtsordnung und nach Rechtssicherheit erfordere keine andere Auslegung von Art. 406 ZPO (BGE 138 III 471 E. 3.3).

bb) Der Kläger vertrat dagegen die Auffassung, dass die Parteien unter der Geltung der Zürcher Zivilprozessordnung anstelle des Handelsgerichts die Zuständigkeit eines anderen Gerichts hätten vereinbaren können. Die Ansicht des Bundesgerichts bezüglich einer generell fehlenden Prorogierbarkeit der bezirksgerichtlichen Zuständigkeit im handelsgerichtlichen Zuständigkeitsbereich sei im vorliegenden Fall nicht sachgerecht, weil der Handelsregistereintrag des Klägers wie auch des Beklagten 2 keine konstitutive Bedeutung habe, sondern rein fakultativ sei; beide Einträge seien in der Zwischenzeit auch gelöscht worden. In der vorliegenden Konstellation hätten es die Parteien in der Hand, die Voraussetzungen der handelsgerichtlichen Zuständigkeit nach Belieben zu erzeugen oder abzuschaffen. Daran scheitere der faktische Versuch, die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit der Parteidisposition zu entziehen. Aus diesem Grunde müsse angenommen werden, dass die im angefochtenen Urteil zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung nur für Konstellationen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO gelte, bei denen zudem sämtliche Parteien aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung im Handelsregister eingetragen seien. Bei Konstellationen wie der vorliegenden müsse es dagegen in der Parteidisposition liegen, mittels Gerichtsstandsvereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit das Handelsgericht zu disponieren (Urk. 104 S. 5 ff.).

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es besteht kein Unterschied zwischen den zur Eintragung im Handelsregister verpflichteten und den zur Eintragung lediglich berechtigten Personen. Die Eintragung hat für beide Kategorien dieselben Rechtswirkungen. Eine solche Differenzierung findet sich denn auch weder im Gesetz (z.B. § 44 GOG; Art. 6 lit. c ZPO; Art. 934 OR; Art. 36 ff. HRegV), noch in Literatur und Rechtsprechung. Auch der Kläger selbst vermochte keine entsprechende Fundstelle für eine solche unterschiedliche Behandlung dieser Personen zu nennen (Urk. 104 S. 8). Der oben wiedergegebenen Rechtsauffassung des Bundesgerichtes ist daher zu folgen. Der Kläger vermochte keine stichhaltigen Argumente geltend zu machen, welche diese Rechtsprechung in Frage stellen könnten. Im Übrigen blieb auch unklar, ob die Parteien mit der "Gerichtsstandsvereinbarung Meilen" überhaupt auch die sachliche und nicht nur die örtliche Zuständigkeit regeln wollten. Da nur relevant ist, ob die Prozessvoraussetzung der sachlichen Zuständigkeit im Zeitpunkt der Einleitung der Klage vorlag, spielt es keine Rolle, dass nun nachträglich - infolge Löschung zweier Parteien im Handelsregister während der Dauer des Prozesses - das Bezirksgericht für die Klage zuständig wäre.

Die Berufung ist daher im Hauptpunkt abzuweisen und der vorinstanzliche Nichteintretensbeschluss zu bestätigen.

3. Der Kläger beantragte eventualiter eine vollständige Befreiung von der Auferlegung von Gerichtskosten sowie eine zu Lasten des Staates gehende Prozessentschädigung (Urk. 104 S. 9). Zur Begründung machte er geltend, dass die Parteien im Falle von BGE 138 III 471 nicht hätten davon ausgehen müssen, dass altrechtliche Gerichtsstandsvereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit gemäss der eidgenössischen Zivilprozessordnung nicht zulässig seien. Es handle sich bei dieser Bundesgerichtsentscheid um ein Präjudiz, das sich auf eine nicht von vornherein klare Gesetzesauslegung bezogen habe. Dementsprechend seien die Gerichtskosten in jenem Fall dem Kanton auferlegt worden. In selber Weise dürften im vorliegenden Fall dem Kläger keine Kosten dafür auferlegt werden, weil er Klage beim falschen Gericht erhoben habe. Das Bundesgerichtsurteil 138 III 471 datiere vom 29. Mai 2012, sei aber erst einige Monate später publiziert wor-

den. Die Klage sei vom Kläger am 27. Juli 2012 beim Bezirksgericht Meilen erhoben worden. Der Kläger habe im Zeitpunkt der Klageeinleitung in Meilen nicht davon ausgehen müssen, dass auf seine Klage dereinst wegen dieser noch nicht publizierten Rechtsansicht des Bundesgerichtes nicht eingetreten würde (Urk. 104 S. 9).

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die vom Bundesgericht gefällten Entscheide werden in der Regel sieben Tage nach Versand des Entscheides an die Parteien auf der Homepage des Bundesgerichts unter der Rubrik "Liste der Neuheiten" elektronisch publiziert; die (allfällige) Aufnahme in die amtliche Sammlung erfolgt dagegen erst in einem späteren Zeitpunkt. Es ist somit möglich, dass dies - wie der Kläger behauptet - erst einige Monate später der Fall war. Es bestehen vorliegend jedoch keine Anhaltspunkte, wonach der fragliche Bundesgerichtsentscheid nicht vorab schon innert kurzer Zeit nach Fällung in der genannten Rubrik elektronisch publiziert worden wäre. Solches machte der Kläger selbst auch nicht geltend. Es wäre dem Kläger bzw. seinem Anwalt somit ohne Weiteres möglich gewesen, von diesem Entscheid vor Einleitung der Klage beim Bezirksgericht Meilen Ende Juli 2012 Kenntnis zu erlangen. Den Gerichten, insbesondere den Rechtsmittelinstanzen, kann kein Vorwurf gemacht werden, dass sie diese Frage nicht früher prüften. Aufgrund der Schiedseinrede der Gegenpartei bestand auch für das Obergericht und das Bundesgericht keine Veranlassung, sich mit der weiteren sachlichen Zuständigkeit zu befassen, da diese nicht Gegenstand des bezirksgerichtlichen Entscheides vom 21. Mai 2013 (Urk. 1/29) war. Es lag primär in der Verantwortung des Klägers, die Klage beim sachlich zuständigen Gericht einzureichen.

Die Vorinstanz hat in der Sache auch keine falsche Entscheidung getroffen, sondern gemäss der geltenden gesetzlichen Regelung und der aktuellen Rechtsprechung entschieden; dies im Gegensatz zum Entscheid BGE 138 III 417. Dort hatte das Bezirksgericht fälschlicherweise seine Zuständigkeit verneint und das Handelsgericht als sachlich zuständig bezeichnet, welches jedoch seinerseits auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eintrat. Deshalb wurden die Kosten jenes Verfahrens dem Kanton belastet. Aus jenem Entscheid lässt sich

daher nichts zu Gunsten des Klägers ableiten. Es besteht keine gesetzliche Grundlage, unter den konkreten Umständen die Gerichtskosten dem Kanton aufzuerlegen (e contrario Art. 107 Abs. 2 ZPO).

Der Kläger vertrat auch die Ansicht, dass es stossend wäre, ihm die Kosten im Zusammenhang mit der von den Beklagten zu Unrecht erhobenen Schiedsereide anzulasten; die Kosten seien dem Kanton Zürich aufzuerlegen (Urk. 104 S. 9 ff.). Eine Übernahme dieser Kosten auf die Staatskasse ist jedoch mangels gesetzlicher Grundlage nicht möglich, da keine gravierenden Verfahrensfehler im Sinne einer eigentlichen Justizpanne erkennbar sind (vgl. BGer 5A_175/2018 vom 21. Juni 2019, E. 5.3). Eine Kostenaufgabe an die Gegenpartei wurde vom Kläger nicht beantragt. Die Berufung des Klägers ist deshalb auch in diesem Punkt abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Entschädigung an die Beklagten entfällt, da diese nicht am Berufungsverfahren teilgenommen haben.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 28. Dezember 2018 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'600.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 112'123.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 25. Oktober 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
am