

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB200018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Ge-  
richtsschreiber Dr. O. Hug

## Beschluss vom 18. Mai 2020

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

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

3. **D.** \_\_\_\_\_ Immobilien AG,

4. **E1.** \_\_\_\_\_ AG Erdbau,

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)**

**Rückweisung: Urteil des Bundesgerichts vom 18. Februar 2020 (vormaliges  
Verfahren LB190008-O)**

## Erwägungen:

### I.

1. Mit Klageschrift vom 27. Juli 2012 samt Klagebewilligung machte der Kläger beim Bezirksgericht Meilen im Wesentlichen eine Forderungsklage für ein ausstehendes Rest-Bauleiterhonorar in Höhe von Fr. 112'123.90 gegen die Beklagten anhängig (Urk. 1 und 2). Dieses trat in Gutheissung einer Schiedseinrede mit Zirkulationsbeschluss vom 21. Mai 2013 auf die Klage nicht ein (Urk. 29; CG120023). Die vom Kläger dagegen erhobene Berufung wies die I. Zivilkammer mit Urteil vom 9. Oktober 2013 ab (Urk. 34; LB130026, vereinigt mit RB130022). Mit Urteil vom 30. Juni 2014 kam das Bundesgericht zum Schluss, es liege keine Schiedsvereinbarung vor, hob den Entscheid auf und wies die Sache an die I. Zivilkammer zurück (Urk. 35; BGer 4A\_560/2013). In der Folge hob die I. Zivilkammer mit Beschluss vom 19. August 2014 die Dispositivziffern 2-5 des Beschlusses des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. Mai 2013 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Urk. 36; LB140057). Mit Verfügung vom 7. November 2014 nahm das Bezirksgericht Meilen das Verfahren unter neuer Prozessnummer (CG140028) wieder an die Hand und setzte den Beklagten Frist zur schriftlichen Klageantwort an (Urk. 40). Die vom Kläger gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies die I. Zivilkammer mit Urteil vom 30. Januar 2015 ab, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 46; RB140042). Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 8. Juli 2015 nicht ein (Urk. 54; BGer 4A\_142/2015). Das Bezirksgericht Meilen setzte alsdann das Verfahren fort.

2. Mit Beschluss vom 28. Dezember 2018 trat das Bezirksgericht Meilen erneut auf die Klage nicht ein (Urk. 102 = Urk. 105). Es berichtete die Parteibezeichnung betreffend die Beklagte 1 (Urk. 105 S. 4). Weiter hielt die Vorinstanz fest, die Beklagte 4 ("E.\_\_\_\_\_ AG, F.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., G.\_\_\_\_\_") sei mit SHAB-Datum vom 28. Juni 2010 in " E2.\_\_\_\_\_ AG Transport" umfirmiert und ein Teil der Aktiven und Passiven auf die neu gegründeten " E3.\_\_\_\_\_ AG Recycling" bzw. " E1.\_\_\_\_\_ AG Erdbau" übertragen worden. Die Beklagte 4 habe an der Instrukti-

onsverhandlung vom 28. August 2018 bestätigt, dass die " E.\_\_\_\_\_ AG " aufgespalten worden sei. Rechtsnachfolgerin bezüglich des vorliegenden Streitgegenstandes sei die "E1.\_\_\_\_\_ AG Erdbau". Entsprechend sei das Rubrum zu berichtigen (Urk. 105 S. 4 ff.). Sodann erwog die Vorinstanz, für die Klage sei zwingend das Handelsgericht zuständig, da im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit am 23. Mai 2012 alle Parteien im Handelsregister eingetragen gewesen seien (Urk. 105 S. 6 ff.).

3. Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies die I. Zivilkammer mit Urteil vom 25. Oktober 2019 ab und bestätigte den angefochtenen Entscheid, wobei im Rubrum als Beklagte 4 die " E2.\_\_\_\_\_ AG Transporte" aufgeführt wurde (Urk. 113; LB190008). Das Bundesgericht hob diesen Entscheid mit Urteil vom 18. Februar 2020 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das kantonale Verfahren und zur Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur oder zur hinreichenden Begründung des Entscheides in Bezug auf die Parteibezeichnung der Beschwerdegegnerin 4 an die I. Zivilkammer zurück. Sodann habe die I. Zivilkammer die Sache an das Bezirksgericht zurückzuweisen zur Fortsetzung des Verfahrens und zur materiellen Beurteilung der Klage (Urk. 117; BGer 4A\_595/2019).

## II.

Die Aufnahme der "E2.\_\_\_\_\_ AG Transporte" als Beklagte 4 ins Rubrum des Berufungsverfahrens LB190008 stellt ein kanzleitechnisches Versehen daher. Zwar lässt sich nicht mehr genau feststellen, wie es genau dazu gekommen ist. Zu vermuten ist, dass beim Anlegen des Geschäfts die Personendaten aus dem letzten Rechtsmittelverfahren der Parteien an der I. Zivilkammer (das Beschwerdeverfahren RB140042, vgl. Urk. 46) importiert wurden, in welchem als Beklagte 4 die "E2.\_\_\_\_\_ AG Transporte" figurierte. Der Fehler blieb in der Folge un bemerkt. Das Rubrum ist daher zu korrigieren, und es ist entsprechend den Rubren der Vorinstanz und des Bundesgerichts die "E1.\_\_\_\_\_ AG Erdbau" als Beklagte 4 ins Rubrum aufzunehmen. Die Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen

Entscheid zur Parteibezeichnung der Beklagten 4 (Urk. 105 S. 4 ff.) wurden im Berufungsverfahren denn auch von keiner Partei bemängelt.

### III.

Die kantonalen Instanzen sind an die Erwägungen im bundesgerichtlichen Entscheid gebunden. Dementsprechend ist der Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 28. Dezember 2018 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Fortsetzung des Verfahrens und zur materiellen Beurteilung der Klage.

### IV.

1. Gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die obere Instanz in einem Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten der Vorinstanz überlassen. Mit dieser Regelung wird der für die Kostenverteilung massgebende Grundsatz des Unterliegens (Art. 106 ZPO) für das betroffene Rechtsmittelverfahren relativiert. Es liegt indessen im Ermessen der Rechtsmittelinstanz, ob sie die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens selber verlegen will oder nicht (BGer 4A\_523/2013 vom 31. März 2014, E. 8.1).

2. Die Beklagten verzichteten im Berufungsverfahren unter Hinweis darauf, dass die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen sei, auf die Erstattung einer Berufungsantwort und auf die Stellung von Anträgen, und hielten dafür, ihnen seien auch keine Kosten aufzuerlegen (Urk. 111). Verzichtet die Partei auf eine Stellungnahme im Rechtsmittelverfahren, verliert sie ihre Parteistellung nicht und kann bei Unterliegen kostenpflichtig werden. Gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO anders zu entscheiden ist, wenn der korrigierte erstinstanzliche Entscheid allein auf einen Fehler des Gerichts und nicht auf einen Parteiantrag zurückgeht und wenn sich im Rechtsmittelverfahren auch der Rechtsmittelbeklagte nicht mit diesem Entscheid identifiziert (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 106 N 5 m.H., BK ZPO-Sterchi, Art. 107 N 26 m.H.; vgl. auch für das Bundesgericht den Rückweisungsentscheid Urk. 117 E. 3.1). Dies hat jedenfalls im Falle sog. "Jus-

tizpannen" zu gelten (BGer 5A\_104/2012 vom 11. Mai 2012, E. 4.4.2), wovon das Bundesgericht vorliegend ausgeht (Urk. 117 E. 3.1), weshalb die Beklagten im Berufungsverfahren nicht als unterliegende Parteien betrachtet werden können. Es rechtfertigt sich deshalb, gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten.

3. Aus den gleichen Gründen sind die Beklagten nicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Kläger zu verpflichten. Für die Übernahme der Parteientschädigung durch den Kanton besteht keine Grundlage, denn Art. 107 Abs. 2 ZPO umfasst lediglich Gerichtskosten (BGE 140 III 385 E. 4.1). Es ist daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

4. Der Kläger hat im Berufungsverfahren LB190008 einen Kostenvorschuss von Fr. 4'600.– geleistet. Dieser ist ihm, unter Vorbehalt der Verrechnung mit allfälligen anderen offenen Forderungen der Gerichtskasse, zurückzuerstatten.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 28. Dezember 2018 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Der vom Kläger im Verfahren LB190008 geleistete Kostenvorschuss von Fr 4'600.– wird ihm, unter Vorbehalt der Verrechnung mit allfälligen anderen offenen Forderungen der Gerichtskasse, zurückerstattet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 Fr. 112'123.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. Mai 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. O. Hug

versandt am:

am