

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB210037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeli

Urteil vom 29. November 2021

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B._____ & C._____ Rechtsanwälte,**

2. **C._____,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom
16. Juni 2021; Proz. CG200017**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, der Klägerin Fr. 219'716.40 zu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit dem 22. Februar 2020 auf den Betrag von Fr. 96'419.65, nebst Zins zu 5% seit dem 11. März 2020 auf den Betrag von Fr. 35'062.50, nebst Zins zu 5% seit dem 24. März 2020 auf den Betrag von Fr. 17'834.25, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2019 auf den Betrag von Fr. 70'400.–.
2. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, der Klägerin EUR 8'814.– nebst Zins zu 5% seit dem 26. Februar 2019 zu bezahlen.
3. Eventualiter sei der Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin Fr. 219'716.40 zu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit dem 22. Februar 2020 auf den Betrag von Fr. 96'419.65, nebst Zins zu 5% seit dem 11. März 2020 auf den Betrag von Fr. 35'062.50, nebst Zins zu 5% seit dem 24. März 2020 auf den Betrag von Fr. 17'834.25, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2019 auf den Betrag von Fr. 70'400.–.
4. Eventualiter sei der Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin EUR 8'814.– nebst Zins zu 5% seit dem 26. Februar 2019 zu bezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten 1 und 2."

Beschluss des Bezirksgerichtes:

1. Auf die Klage gegen die Beklagte 1 wird nicht eingetreten.
2. Auf die Klage gegen den Beklagten 2 wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Restbetrag wird der Klägerin unter dem Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates zurückerstattet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 6'000.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

6./7. Mitteilungen/Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 30 S. 2):

1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 16. Juni 2021 (Geschäfts-Nr. CG200017-K) sei aufzuheben und es sei auf die Klage einzutreten.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten, sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren.

der Berufungsbeklagten (act. 38 S. 2):

Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MWST) zulasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. Die A._____ AG (Klägerin und Berufungsklägerin, nachfolgend Klägerin) macht Schadenersatzansprüche gegenüber der als Kollektivgesellschaft organisierten Anwaltskanzlei B._____ & C._____ Rechtsanwälte und eventuell – im Falle der fehlenden Passivlegitimation der Kollektivgesellschaft – gegen C._____ persönlich geltend. C._____ trat im Herbst 2020 aus der Kanzlei B._____ & C._____ Rechtsanwälte aus. B._____ führt die Kanzlei als Einzelunternehmen unter neuer Firma fort.

1.2. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2020 reichte die A._____ AG beim Bezirksgericht Winterthur eine Forderungsklage mit den oben aufgeführten Rechtsbegehren gegen die Kollektivgesellschaft B._____ & C._____ Rechtsanwälte sowie gegen C._____ (Beklagte und Berufungsbeklagte 1 und 2, nachfolgend Beklagte) ein (act. 1). Nachdem ihnen Frist zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort angesetzt worden war (act. 9), stellten die Beklagten am 25. Februar 2021 ein "Nichteintretensgesuch" (act. 13). Das Bezirksgericht beschränkte das Verfahren in der Folge auf das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und nahm den Beklagten die Frist für die Klageantwort ab (act. 17). Die Klägerin äusserte

sich zum Nichteintretensgesuch mit Eingabe vom 31. März 2021 (act. 19), die darauffolgende Stellungnahme der Beklagten datiert vom 29. April 2021 (act. 23). Schliesslich nahm die Klägerin mit Eingabe vom 28. Mai 2021 das ihr zustehende Replikrecht wahr (act. 26). Das Bezirksgericht trat mit Beschluss vom 16. Juni 2021 auf die beiden Klagen nicht ein (act. 27 = 32).

1.3. Gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur (nachfolgend Vorinstanz) erhob die Klägerin am 17. August 2021 beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung (act. 30). Mit Verfügung vom 25. August 2021 wurde sie aufgefordert, einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 33). Dieser wurde am 3. September 2021 fristgerecht bezahlt (act. 35). Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-28). Mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 wurde den Beklagten Frist für die Berufungsantwort angesetzt (act. 36). Die Berufungsantwort vom 3. November 2021 (act. 38) ging fristgerecht bei der Kammer ein. Der Klägerin ist das Doppel der Berufungsantwort mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Die Sache ist spruchreif.

2. Berufungsverfahren

2.1. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheides einzureichen. Der angefochtene Beschluss wurde der Klägerin am 21. Juni 2021 zugestellt (act. 28). Sie reichte die Berufung am 17. August 2021 – unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes nach Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO – rechtzeitig beim Obergericht ein. Zudem hat sie den angeforderten Kostenvorschuss bezahlt (act. 8; vgl. Art. 98 ZPO).

2.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.H.a. die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche

Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer. 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; BGer. 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m. w. H.; BGer. 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; BGer. 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; BGer. 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 57 N 22). Die Klägerin stellt im Berufungsverfahren die oben aufgeführten Anträge und begründet diese. Auf die Berufung ist folglich einzutreten, wobei auf die Berufungsbegründung wie auch auf die Argumente der Beklagten in der Berufungsantwort nachfolgend einzugehen sein wird.

3. Vertretung der Beklagten 1

Die Beklagte 1 betont, sie sei im erstinstanzlichen Verfahren und werde nun auch im vorliegenden Berufungsverfahren nur bedingt von ihrem Rechtsvertreter vertreten, nämlich nur falls sie tatsächlich partei- und prozessfähig sein sollte (act. 38 Rz. 1 ff.). Damit bringt die Beklagte 1 zum Ausdruck, dass aufgrund des bestehenden Vertretungsverhältnisses zu ihrem Rechtsvertreter nicht auf ihre Partei-

und Prozessfähigkeit geschlossen werden könne. Die eingereichte Vollmacht zuhanden des im vorliegenden Verfahren handelnden Rechtsvertreters wurde von C._____ einerseits namens der Beklagten 1 und andererseits in seinem eigenen Namen unterzeichnet (act. 12). Da kein anderslautender Eintrag im Handelsregister existiert, ist nach Art. 563 und 564 OR davon auszugehen, dass C._____ im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vollmacht am 20. August 2020 (act. 12) zur Vertretung der Kollektivgesellschaft berechtigt war. Im Hinblick auf die Prozessvertretung der Beklagten 1 ist von deren Partei- und Prozessfähigkeit, welche einen zentralen Streitpunkt des vorliegenden Verfahrens darstellt, auszugehen. Entsprechend ist festzuhalten, dass eine hinreichende Vollmacht zur Vertretung der Beklagten 1 im Sinne von Art. 68 Abs. 3 ZPO vorliegt.

4. Vorbemerkungen

Die Klägerin reichte am 31. Juli 2020 für die eingeklagte Forderung ein Schlichtungsgesuch gegen die Kollektivgesellschaft B._____ & C._____ Rechtsanwälte als Beklagte 1 und gegen C._____ als Beklagten 2 ein (act. 3). Unbestritten ist, dass die Beklagte 1 im Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuchs als Kollektivgesellschaft partei- und prozessfähig war. Die Klägerin anerkennt zudem, dass C._____ seit dem 16. September 2020 Gesellschafter der C._____ D._____ Rechtsanwälte GmbH ist und B._____ nun unter der Firma "Anwaltskanzlei RA lic. iur. B._____" am Sitz der Kollektivgesellschaft eine Anwaltskanzlei weiterführt. Strittig ist im vorliegenden Verfahren zunächst, ob die Beklagte 1 heute noch partei- und prozessfähig ist. Weiter sind sich die Parteien nicht einig, ob B._____ – durch Parteiwechsel oder Berichtigung der Parteibezeichnung – an die Stelle der Kollektivgesellschaft getreten ist. Mit Bezug auf die Klage gegen den Beklagten 2 ist sodann strittig, ob eine zulässige Streitgenossenschaft vorliegt.

5. Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten 1

5.1. Begründung der Vorinstanz

5.1.1. Die Vorinstanz hielt einleitend fest, massgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Prüfung der Prozessvoraussetzungen sei die Klageeinleitung beim Gericht und nicht die Einreichung des Schlichtungsgesuchs beim Friedensrichter. Eine Partei müsse bei der Einleitung des Verfahrens beim Gericht und bis zur Fällung eines Urteils partei- und prozessfähig sein, ansonsten ein Nichteintretensentscheid ergehen müsse.

5.1.2. Mit Bezug auf die Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten 1 führte die Vorinstanz aus, eine Kollektivgesellschaft im Sinne von Art. 552 ff. OR sei – obschon sie keine juristische Person sei und keine Rechtspersönlichkeit habe – von Gesetzes wegen partei- und prozessfähig. Die Partei- und Prozessfähigkeit entstehe bei einer kaufmännischen Kollektivgesellschaft unabhängig vom Handelsregistereintrag mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages, bei einer nicht-kaufmännischen mit dem Handelsregistereintrag. Das Ende der Gesellschaft werde durch die Beendigung der Liquidation bewirkt oder, wenn das Geschäft durch einen einzigen Gesellschafter fortgeführt und der ausscheidende Gesellschafter abgefunden werde. Unbestritten sei, dass der Beklagte 2 im Sinne von Art. 579 OR aus der Kollektivgesellschaft ausgeschieden sei und B. _____ als einzig verbleibender Gesellschafter Aktiven und Passiven der Gesellschaft ohne Liquidation übernommen habe. Massgebender Zeitpunkt für die Auflösung der Beklagten 1 sei der Abschluss der Fortsetzungsvereinbarung zwischen dem Beklagten 2 als ausscheidender Gesellschafter und B. _____ als verbleibender Gesellschafter. In diesem Zeitpunkt erfolge der Austritt des ausscheidenden Gesellschafters und die Auflösung der Kollektivgesellschaft, indem das Gesellschaftsvermögen zum Alleinvermögen des verbleibenden Gesellschafters werde. Eine schriftliche Vereinbarung betreffend den Austritt des Beklagten 2 und der Fortführung der Beklagten 1 als Einzelunternehmen durch B. _____ liege unbestrittenermassen nicht vor. Belegt sei jedoch die Umfirmierung sowie die Führung der Beklagten 1 als Einzelunternehmung "Anwaltskanzlei RA lic. iur. B. _____" durch den eingereichten Auszug der Webseite "www.B. _____-law.ch", abgerufen am 13. November 2020 (act.

4/6). Deshalb sei bewiesen, dass spätestens am 13. November 2020 eine stillschweigende Übereinkunft zwischen B. _____ und dem Beklagten 2 vorgelegen habe, welche zur Auflösung der Beklagten 1 und zum Ausscheiden des Beklagten 2 geführt habe. Damit sei erwiesen, dass die Beklagte 1 im Zeitpunkt der Einreichung der Klage am 16. Dezember 2020 nicht mehr existiert habe und nicht mehr partei- und prozessfähig gewesen sei. Da eine nicht partei- und prozessfähige Partei eingeklagt und nicht etwa das Streitsubjekt während des Prozesses veräussert worden sei, komme ein Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 ZPO nicht in Frage. Deshalb sei auf die Klage gegen die Beklagte 1 nicht einzutreten.

5.1.3. Mit dieser Begründung trat die Vorinstanz auf die Klage gegen die Beklagte 1 nicht ein (act. 32 S. 5 ff.).

5.2. Standpunkt der Klägerin

5.2.1. Die Klägerin rügt in der Berufung, die Vorinstanz habe auf den Abschluss der Fortsetzungsvereinbarung als massgebenden Zeitpunkt für die "Auflösung der Beklagten 1" abgestellt, obwohl sie zuvor den Abschluss der Fortsetzungsvereinbarung als relevanten Zeitpunkt für das "Ausscheiden eines Gesellschafters" erachtet habe. Die von der Vorinstanz zitierte Stelle im Basler Kommentar bezeichne den Abschluss der Fortsetzungsvereinbarung als massgebenden Zeitpunkt für "das Ausscheiden" eines Gesellschafters und nicht für die Auflösung der Kollektivgesellschaft. Die Auffassung der Vorinstanz, dass die Beklagte 1 mit der stillschweigenden Übereinkunft hinsichtlich ihrer Auflösung aufgehört habe zu existieren, stehe im Widerspruch zur einschlägigen Doktrin und Rechtsprechung.

5.2.2. Auch bei der liquidationslosen Beendigung entfielen die gesellschaftsvertraglichen Beziehungen nicht einfach mit dem Eintritt des Auflösungsgrundes. Der ausscheidende Gesellschafter verliere im Moment der Ausscheidungs- resp. Fortsetzungsvereinbarung seine Mitgliedschaft bei der Gesellschaft und habe einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber der Kollektivgesellschaft und nicht gegenüber dem bisherigen Gesellschafter. Demnach habe auch bei der liquidationslosen Beendigung eine Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern nach den Bestimmungen über die Liquidation zu erfolgen (m.H.a. BGE 100 II 376 E. 2).

Die Beklagten würden zwar behaupten, dass die Beklagte 1 spätestens Ende Oktober 2020 "qua stillschweigender Übereinkunft aufgelöst" worden und damit der "Auflösungsprozess" "abgeschlossen" gewesen sei. Sie unterliessen es allerdings, Behauptungen bezüglich einer möglichen Auseinandersetzung zwischen den (ehemaligen) Gesellschaftern vorzubringen. Es würden jegliche Behauptungen dazu, ob, wann und unter welchen Umständen oder Modalitäten sich die Gesellschafter auseinandergesetzt hätten, fehlen. Dabei wäre es für die Beklagten ein Leichtes gewesen, konkrete Behauptungen dazu aufzustellen. Die Beklagte 1 befinde sich seit Einreichung des Schlichtungsgesuchs im Juli 2020 in einem Forderungsprozess und die eingeklagte Forderung sei bis heute noch nicht beglichen worden. Die Auseinandersetzung zwischen den ehemaligen Gesellschaftern, insbesondere die Berechnung einer Abfindung, sei daher in praktischer Hinsicht bis anhin gar nicht möglich gewesen und daher mit hoher Wahrscheinlichkeit auch noch nicht erfolgt. Da die Beklagten für die (nicht behauptete) Tatsache, dass die Auseinandersetzung zwischen den (ehemaligen) Gesellschaftern vollständig durchgeführt worden sei, die Beweislast trügen, wirke sich die Beweislosigkeit zu ihren Ungunsten aus. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe die Beklagte 1 durch die spätestens im November 2020 getroffene, stillschweigende Auflösungsvereinbarung zwischen B._____ und dem Beklagten 2 nicht zu existieren aufgehört. Mangels entsprechender Behauptungen und Beweisofferten sei die Auseinandersetzung zwischen dem Beklagten 2 und B._____ weder im Zeitpunkt der Klage noch heute abgeschlossen. Entsprechend sei die Kollektivgesellschaft "B._____ & C._____ Rechtsanwälte" unter der neuen Bezeichnung "Anwaltskanzlei RA lic. iur. B._____" bis heute partei- und prozessfähig.

5.2.3. Die liquidationslose Beendigung einer Kollektivgesellschaft bei Übernahme des Geschäfts durch den verbleibenden Gesellschafter bedeute faktisch – so die Klägerin weiter – die Fortführung der Kollektivgesellschaft als Einzelunternehmen. Es werde dasselbe Unternehmen mit denselben Aktiven und Passiven weitergeführt. Es finde lediglich ein Wechsel des Rechtskleides statt. In einem solchen Fall erfolge kein Parteiwechsel, sondern lediglich eine Berichtigung der Parteibezeichnung, weshalb die Vorinstanz anstelle von "B._____ & C._____ Rechtsanwälte" die "Anwaltskanzlei RA lic. iur. B._____" bzw. B._____ als Einzelunternehmen

hätte aufnehmen sollen. Ein Einzelunternehmen mit der Bezeichnung "Anwaltskanzlei RA lic. iur. B._____" sei nicht im Handelsregister eingetragen. Offenbar habe B._____ seine Kanzlei "B._____ & C._____ Rechtsanwälte" ohne Umwandlung weitergeführt und lediglich den Namen in "Anwaltskanzlei RA lic. iur. B._____" geändert. Ein Einzelunternehmen sei jedoch nicht partei- und prozessfähig, sondern lediglich dessen Inhaber. B._____ sei unbestritten Gesellschafter und Organ der Beklagten 1 gewesen und führe diese ebenso unbestritten weiter. Er sei auch Inhaber der Einzelunternehmung, insofern bestehe Personalunion, weshalb auch aus Gründen der Prozessökonomie auf die Klage einzutreten und die Parteibezeichnung anzupassen sei (act. 30 Rz. 10 ff.).

5.3. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagten stellen sich auf den Standpunkt, sie hätten im erstinstanzlichen Verfahren nicht bloss vorgetragen und mit Beweismitteln unterlegt, dass die Beklagte 1 "aufgelöst" worden sei, sondern auch dass diese Auflösung spätestens im Zeitpunkt der Klageeinleitung am 16. Dezember 2020 "*abgeschlossen*" und damit also *vollzogen* gewesen sei. Ein formales, "liquidations-ähnliches" Vorgehen, welches die Klägerin auch in ihrer Berufung erneut zu propagieren scheine, sei bei einer solchen Auflösung (notabene) *ohne* Liquidation nach der (Sonder-)Regel von Art. 579 OR nicht vorgesehen. Es treffe zu, dass das Geschäft der Beklagten 1 durch den verbliebenen Gesellschafter B._____ fortgeführt worden sei. Entgegen der Auffassung der Klägerin bestehe eine Kollektivgesellschaft im Fall von Art. 579 OR aber nicht fort, sondern es finde eine Übernahme durch den verbleibenden Gesellschafter statt, *wie wenn* die Gesellschaft fortbestehen *würde* – sie tue es aber nicht. Die Klägerin habe vor Vorinstanz anerkannt, dass die Beklagte 1 nicht nur aufgelöst, sondern die Auflösung auch vollzogen sei (m.H.A. act. 19 Rz. 28), so dass nicht einfach ein "Wechsel des Rechtskleids" vorliege, wie sie im erstinstanzlichen und nun auch im Berufungsverfahren vortrage (act. 38 Rz. 9 ff.; kursive Passagen übernommen).

5.4. Würdigung

5.4.1. Die Kollektivgesellschaft wird in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung überwiegend als Gesamthandgemeinschaft qualifiziert, die in gewisser Hinsicht wie eine juristische Person behandelt wird. Entgegen dem äusseren Anschein ist nicht die Gesellschaft Trägerin von Rechten und Pflichten, sondern sind es die Gesellschafter selber in ihrer Gesamtheit. Im Aussenverhältnis finden sich indessen Annäherungen an das Recht der juristischen Person. Für Verpflichtungen der Gesellschaft haftet zunächst das Gesellschaftsvermögen. Dieses Sondervermögen dient gemäss Art. 570 Abs. 1 OR ausschliesslich der Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht aus, dann haften alle Gesellschafter subsidiär persönlich und solidarisch.

5.4.2. Die Kollektivgesellschaft wird ohne Liquidation beendet, wenn ein Gesellschafter (oder auch ein Dritter) das Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven übernimmt (vgl. Art. 69 ff. FusG). Dafür ist grundsätzlich die Zustimmung aller Beteiligten erforderlich. Eine Ausnahme davon sieht Art. 579 OR vor. Wenn alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden und insbesondere wenn in einer Zwei-Personen-Kollektivgesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet, *"erwirbt der das Geschäft gemäss Art. 579 OR Fortsetzende das Gesellschaftsvermögen nicht neu, sondern es verbleibt ihm, d.h. es geht ohne Weiteres, durch Anwachsung, in sein Alleinvermögen über"* (BGE 101 Ib 456 E. 2c, BGer, 4A_591/2009 vom 18. März 2010 E. 4). Der Anwendungsbereich des Art. 579 OR umfasst alle Fälle, in denen ein oder mehrere Gesellschafter aus einer Gesellschaft ausscheiden und bloss ein Gesellschafter verbleibt, der die Aktiven und Passiven übernehmen möchte. Da eine Kollektivgesellschaft gemäss Art. 552 OR aus mindestens zwei Personen bestehen muss, wird die Gesellschaft durch das Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen bzw. durch das Verbleiben eines einzigen Gesellschafters aufgelöst. Art. 579 OR erlaubt dem Verbleibenden, die Aktiven und Passiven der Gesellschaft ohne Liquidation zu übernehmen, wie wenn die Gesellschaft nach dem Ausscheiden der Übrigen fortbestehen würde. Der verbleibende Gesellschafter führt dann das Geschäft als Einzelunternehmen gemäss Art. 945 OR

fort (BSK OR II-STAEHELIN, 5. Aufl. 2016, Art. 579 N 1, m.H.a. BGer, 4A_624/2011 vom 27. Januar 2012 E. 2.2 in fine).

5.4.3. Aus dieser gesetzlichen Konzeption ergibt sich, dass der Austritt eines Gesellschafters aus einer Zwei-Personen-Kollektivgesellschaft nach Art. 579 OR ohne Liquidation erfolgt. Die Darstellung der Klägerin, mit Eintritt eines Auflösungsgrundes höre die Kollektivgesellschaft nicht zu existieren auf, ist deshalb für den Fall einer liquidationslosen Beendigung der Kollektivgesellschaft und der Weiterführung derselben durch einen Gesellschafter als Einzelunternehmung nach Art. 579 OR nicht einschlägig.

5.4.4. Die Klägerin hält zwar zutreffend fest, dass die Beklagten bezüglich einer möglichen Auseinandersetzung keine konkreten Behauptungen aufgestellt haben (act. 30 Rz. 21). Sie übersieht jedoch, dass eine allfällige Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern nichts an der liquidationslosen Auflösung der Kollektivgesellschaft und an der Anwachsung des Gesellschaftsvermögens im Alleineigentum des verbleibenden Gesellschafters B._____ ändert. Auch aus BGE 100 II 376 E. 2 lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht ableiten, dass bei der liquidationslosen Beendigung gleich wie bei der Auflösung mit anschliessender Liquidation eine Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern nach den Bestimmungen über die Liquidation zu erfolgen hat. Dem zitierten Bundesgerichtsentscheid lag die Situation zugrunde, dass die Kollektivgesellschaft nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters durch die zwei verbleibenden Gesellschafter weitergeführt wurde. In diesem Fall richtet sich die Abfindungsforderung des ausscheidenden Gesellschafters gegen die Kollektivgesellschaft. Im konkreten Fall ist die Sachlage jedoch anders: Durch das Ausscheiden des Beklagten 2 wurde die Kollektivgesellschaft aufgelöst. Der verbleibende Gesellschafter B._____ führt die Kanzlei als Einzelunternehmung weiter. Deren Aktiven und Passiven sind in sein Alleineigentum übergegangen. Er haftet primär und persönlich für die Gesellschaftsschulden. Allfällige Abfindungsforderungen des Beklagten 2, welche gegen B._____ und nicht gegen die aufgelöste Kollektivgesellschaft zu richten wären, vermöchten demnach nichts am Bestand der Beklagten 1 zu ändern.

5.4.5. Der Abschluss einer Fortsetzungsvereinbarung muss nicht zwingend mit der Auflösung der Kollektivgesellschaft zusammenfallen. Vielmehr kann eine Fortsetzungsvereinbarung auch erst nach deren Auflösung abgeschlossen werden. Massgeblicher Zeitpunkt für das Ausscheiden ist, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, im Falle einer Fortsetzungsklausel der Eintritt des Auflösungsgrundes und im Falle eines nachträglichen Fortsetzungsbeschlusses dessen Vereinbarung, nicht derjenige der Auszahlung der Abfindung (BSK OR II-STAEHELIN, a.a.O., Art. 579 N 2 m.w.H.).

5.4.6. Die Klägerin anerkennt, dass B._____ und der Beklagte 2, wie von der Vorinstanz festgestellt, spätestens im November 2020 eine stillschweigende Übereinkunft hinsichtlich der Auflösung der Beklagten 1 getroffen haben (act. 30 Rz. 22). Nach den vorstehenden Grundsätzen bedurfte es für das Zustandekommen einer Fortsetzungsvereinbarung unter den Kollektivgesellschaftern – entgegen der Auffassung der Klägerin – keiner Einigung über eine konkrete Abfindungssumme. Folglich ging die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass die Beklagte 1 mit dem Ausscheiden des Beklagten 2 aufgelöst wurde.

5.4.7. Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass die Beklagte 1 im Zeitpunkt der Klageeinreichung nicht mehr bestand. Nachfolgend ist zu prüfen, wie sich die Auflösung der Beklagten 1 und die Fortführung der Kollektivgesellschaft in der Form eines Einzelunternehmens durch B._____ während des hängigen Zivilprozesses auswirkten.

6. Parteiwechsel

6.1. Die Einreichung des Schlichtungsgesuches begründet Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Im Schlichtungsgesuch sind die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen (Art. 202 Abs. 2 ZPO). Damit werden die Parteien eines Zivilprozesses mit der Einreichung des Schlichtungsgesuches fixiert. Veränderungen in der Existenz einer Partei wie auch im Streitgegenstand können dazu führen, dass eine bisherige Partei durch einen Dritten ersetzt wird. Die Zulässigkeit eines derartigen Parteiwechsels stellt eine Prozessvoraussetzung dar. Sie bemisst sich einerseits nach der Bestimmung von Art. 83

ZPO, andererseits nach den Vorschriften des materiellen Rechts über die Einzel- bzw. Gesamtrechtsnachfolge (ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl., Basel 2016, Art. 59 N 70 m.w.H.).

6.2. Wird das Streitobjekt während des Prozesses veräussert, so kann die Erwerberin oder der Erwerber an Stelle der veräussernden Partei in den Prozess eintreten (Art. 83 Abs. 1 ZPO). Ohne Veräusserung des Streitobjekts ist ein Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig; besondere gesetzliche Bestimmungen über die Rechtsnachfolge bleiben vorbehalten (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Die Zulässigkeit eines Parteiwechsels ohne Zustimmung der Gegenpartei ist auf Fälle beschränkt, wo die Rechtsnachfolge unmittelbar kraft Gesetzes eintritt. Bestimmt das materielle Recht, dass ein Anspruch von Gesetzes wegen auf eine andere Person übergeht, dann muss auch im Prozess ein entsprechender Parteiwechsel ohne weiteres und insbesondere auch ohne Zustimmung der Gegenpartei zulässig sein (Botschaft ZPO 7286). Bei den zuletzt genannten Fällen kann es sich um solche einer Gesamtrechtsnachfolge bzw. Universalsukzession oder um eine Einzelrechtsnachfolge handeln.

6.3. Bei Gesellschaften führen Fusion (Art. 3 ff. FusG), Spaltung (Art. 29 ff. FusG) und Umwandlung (Art. 53 ff. FusG) sowie Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) zu einer Universalsukzession, und es tritt kraft Gesetz ein Parteiwechsel ein. Die übernehmende Gesellschaft bzw. der übernehmende Rechtsträger hat im laufenden Prozess alleine die Ordnungsmässigkeit des Übertragungsvorgangs, etwa durch Vorlage eines entsprechenden Handelsregisterauszugs, zu belegen. Weiterer Voraussetzungen bedarf es nicht, um seitens des Gerichts den Parteiwechsel zuzulassen (MORF, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 83 N 2; SCHWANDER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl., Basel 2016, Art. 83 N 14; GÖKSU, in: DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 83 N 21 ff.; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 59 N 70 m.w.H.). Zu einem Parteiwechsel kraft Gesetzes führt auch die Fortsetzung einer Kollektivgesellschaft gemäss Art. 579 OR. Der das Geschäft fortsetzende, verbleibende Gesellschafter übernimmt die Aktiven und

Passiven der Gesellschaft von Gesetzes wegen durch Anwachsung, ohne dass ein rechtsgeschäftlicher Abtretungs- oder Übertragungsakt erforderlich ist (BSK OR II-STAEHELIN, a.a.O., Art. 579 N 1; GERICKE, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker [Hrsg.], Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl. Basel 2015, Art. 56 N 8).

6.4. Das Schlichtungsverfahren vor Friedensrichter ist – wo erforderlich (Art. 197 f. ZPO) – Teil des erstinstanzlichen Verfahrens und geht dem Entscheidungsverfahren vor Bezirksgericht notwendigerweise voraus (BGE 138 III 792 E. 2.6.1 i.f.). Entsprechend liegt ein Parteiwechsel nicht nur im Falle einer Universalsukzession oder einer Anwachsung nach Einreichung der Klage beim Gericht, sondern auch bei einer Universalsukzession oder Anwachsung zwischen dem Abschluss des Schlichtungsverfahrens und der Einreichung der Klage beim Gericht vor (OGer ZH NP200026 vom 27. Oktober 2020 E. III./3.2 bzw. ZR 120 [2021] Nr. 2).

6.5. Wie erwähnt reichte die Klägerin am 31. Juli 2020 ein Schlichtungsgesuch gegen die damals noch partei- und prozessfähige Beklagte 1 und gegen den Beklagten 2 ein (act. 3). Das materielle Recht sieht in der konkreten Konstellation vor, dass mit der Auflösung der Beklagten 1 das Geschäftsvermögen im Alleinvermögen von B. _____ bzw. des Einzelunternehmens "Anwaltskanzlei RA lic.iur. B. _____" verbleibt. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass der vorliegende Fall keinen Parteiwechsel betrifft, bei dem das Streitsubjekt während der Dauer des Prozesses veräussert wurde. Es liegt jedoch eine Anwachsung gemäss Art. 579 OR vor. Auch wenn die Fortführung der Beklagten 1 durch B. _____ als Einzelunternehmung zeitlich zwischen das Schlichtungsverfahren und die Einreichung der Klage bei der Vorinstanz fiel, trat die Rechtsnachfolge während des hängigen Prozesses ein. Folglich führte das Ausscheiden des Beklagten 2 aus der Beklagten 1 und die Anwachsung des Geschäftsvermögens im Alleineigentum von B. _____ von Gesetzes wegen zu einem Parteiwechsel im vorliegenden Prozess und zwar zu einem Parteiwechsel ohne Veräusserung des Streitobjekts, welcher nach Art. 83 Abs. 4 ZPO ohne Zustimmung der Parteien möglich ist. Aus dem Gesagten folgt, dass zwischen dem Schlichtungsverfahren und der Klageeinreichung ein Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 4 ZPO stattfand. Da die Kläge-

rin in der Klage vom 16. Dezember 2020 indessen nicht B._____, sondern die nicht mehr existierende Kollektivgesellschaft als Beklagte 1 bezeichnete, stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist.

7. Vertrauensschutz

7.1. Vertrauensschutz und Verkehrssicherheit sollen im kaufmännischen Verkehr durch das Handelsregister sichergestellt werden (vgl. Art. 1 HRegV). Kollektivgesellschaften sind ins Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem sie ihren Sitz haben (Art. 554 OR). Bei einer Kollektivgesellschaft, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe führt, kommt dem Handelsregistereintrag lediglich deklaratorische Wirkung zu. Auch das Ausscheiden eines Gesellschafters und die Fortführung durch den verbleibenden Gesellschafter sind im Handelsregister einzutragen (Art. 581 OR), und zwar selbst dann, wenn die Gesellschaft bis anhin nicht eingetragen war (BSK OR II-STAEHELIN, a.a.O., Art. 579 N 3). Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht ins Handelsregister eingetragen, so kann sie einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass sie diesem bekannt war (Art. 936b Abs. 2 OR). Die Bestimmung von Art. 936b Abs. 2 OR, die seit dem 1. Januar 2021 in Kraft ist, entspricht der bisherigen, bis Ende 2020 geltenden Regelung von Art. 933 Abs. 2 aOR. Es erübrigt sich deshalb an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit übergangsrechtlichen Fragen.

7.2. Die Beklagte 1 wurde entgegen der gesetzlichen Regelung nicht ins Handelsregister eingetragen; ebenso wenig das Ausscheiden des Beklagten 2 und die Fortführung durch B._____. Somit kann die Tatsache, dass die Kollektivgesellschaft infolge Ausscheidens eines von zwei Kollektivgesellschaftern aufgelöst wurde und einer der verbleibenden Gesellschafter die Gesellschaft als Einzelunternehmung weiterführt, Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie diesen nachgewiesenermassen bekannt war.

7.3. In der Klageschrift vom 16. Dezember 2020 führte der Rechtsvertreter der Klägerin aus, er habe bei einem Besuch der Webseite "www.B._____-law.ch" am 13. November 2020 festgestellt, dass der Beklagte 2 die Kanzlei offenbar verlas-

sen habe. Dieser erscheine nicht mehr auf der Webseite der Kanzlei. Zudem scheine die Kanzlei eine Umfirmierung vollzogen zu haben. Gemäss Impressum der Webseite nenne sich die Kanzlei nun "Anwaltskanzlei RA lic.iur. B._____". Die Klägerin sei über diese Umstände weder von der Beklagten 1 noch vom Beklagten 2 informiert worden (act. 1 Rz. 5).

7.4. Aus den Ausführungen in der Klageschrift geht hervor, dass der Klägerin aufgrund der Abklärungen ihres Rechtsvertreters lediglich bekannt war, dass die Kanzlei nicht mehr unter der Firma "B._____ & C._____ Rechtsanwälte", sondern unter der Firma "Anwaltskanzlei RA lic.iur. B._____" auftrat. Damit wusste die Klägerin zwar, dass sich bei der Beklagten 1 etwas geändert hatte, der Beklagte 2 offenbar ausgeschieden war und eine "Umfirmierung" der Kanzlei in "Anwaltskanzlei RA lic.iur. B._____" erfolgt war. Mangels entsprechender Einträge im Handelsregister und Hinweisen der Beklagten auf das Vorliegen eines Fortsetzungsbeschlusses konnte die Klägerin aber nicht wissen, ob es zu einer Fortsetzung als Einzelunternehmung ohne Liquidation im Sinne von Art. 579 OR gekommen war (wovon heute aufgrund der Behauptungslage auszugehen ist) oder eine Auflösung mit Liquidation anstand bzw. im Gange war. Im zweiten Fall wäre die Kollektivgesellschaft bestehen geblieben und wäre der angehobene Prozess ohne Änderung der Partei weitergeführt worden (BSK OR II-STAEHELIN, a.a.O., Art. 574 N 6). Bei dieser Sachlage kann der Klägerin der Umstand der Anwachsung (und der Untergang der Kollektivgesellschaft) nach den Prinzipien des Vertrauensschutzes im Sinne von Art. 936b Abs. 2 OR nicht entgegengehalten werden. Vielmehr ist ihr Vertrauen in den Bestand der Beklagten 1 zu schützen. Daraus folgt, dass die Vorinstanz auf die Klage gegen die Beklagte 1 hätte eintreten und aufgrund des zwischenzeitlich erfolgten Parteiwechsels B._____ als Beklagten 1 ins Rubrum hätte aufnehmen müssen.

7.5. Darüber hinaus wären unter den gegebenen Umständen – unabhängig vom zu bejahenden Vertrauensschutz – auch die Voraussetzungen für eine Berichtigung der falschen Parteibezeichnung von Amtes wegen gegeben. Eine Berichtigung einer Parteibezeichnung ist zulässig, wenn der Kläger zwar die richtige Person einklagen wollte, sie aber irrtümlich falsch bezeichnet hat. Letzteres muss

sich nach dem Vertrauensprinzip aus der Klageschrift sowie den gesamten Umständen ergeben. Irrt sich der Kläger aber in der Frage, wem das materielle Recht tatsächlich zusteht, kann keine Berichtigung erfolgen (SCHWANDER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 83 N 14; GROLMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 14 N 3; GÖKSU, in: DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 83 N 5; BK ZPO I-Gross/Zuber, 2012, Art. 83 N 6; BSK ZPO-Frei, 3. Aufl. 2017, Art. 83 N 41; BGE 131 I 57 E. 2.2; BGE 136 III 545 E. 3.4.1).

Materiellrechtlich stützt die Klägerin ihre Klage auf das zwischen ihr und der Beklagten 1 zustande gekommene Mandatsverhältnis (act. 1 Rz. 4, Rz. 10 ff.). Entsprechend bezeichnete sie in der Klage vom 16. Dezember 2020 – wie schon im Schlichtungsgesuch – die Kollektivgesellschaft als beklagte Partei. Zwar wusste die Klägerin im Zeitpunkt der Klageeinreichung, dass der Beklagte 2 die Kanzlei verlassen und die Kanzlei eine Umfirmierung vollzogen hatte (act. 1 Rz. 5). Wie erwähnt waren ihr die diesbezüglichen Hintergründe jedoch mangels der erforderlichen Einträge im Handelsregister nicht bekannt, weshalb sie die Klage gegen die Beklagte 1 und den Beklagten 2 und damit gegen die gleichen Personen wie das Schlichtungsgesuch richtete. Gleichzeitig ersuchte sie in der Klageschrift darum, eine Umfirmierung gegebenenfalls von Amtes wegen im Rubrum zu berücksichtigen (act. 1 Rz. 6). Anders als eine falsche Rechtsauffassung hinsichtlich der Passivlegitimation spricht die Unkenntnis einer nach Art. 579 OR eingetretenen Rechtsnachfolge und eines damit ex lege verbundenen Parteiwechsels nicht gegen eine Berichtigung der Parteibezeichnung. Das "Versehen" der Klägerin betrifft nicht die eingeklagte Partei. Zudem liess ihr Hinweis, eine Umfirmierung sei gegebenenfalls von Amtes wegen im Rubrum zu berücksichtigen, keinen Zweifel offen, dass sie ihre Ansprüche gegen die Beklagte 1 bzw. gegen eine allfällige Rechtsnachfolgerin richten wollte. Aufgrund der im materiellen Recht begründeten Rechtsnachfolge und des damit – zwischen dem Schlichtungsverfahren und der Klageeinreichung – ex lege eingetretenen Parteiwechsels widerspräche es dem Vertrauensprinzip anzunehmen, dass die Klägerin die Klage gegen die zwischenzeitlich nicht mehr existierende und damit partei- und prozessunfähige Beklagte 1 erheben wollte. Vielmehr war nach dem Vertrauensprinzip ohne weiteres zu er-

kennen, dass es nicht dem Willen der Klägerin entsprach, ihre Ansprüche gegen die nicht mehr existierende Kollektivgesellschaft zu erheben. Da sich das "Versehen" der Klägerin auf die Parteibezeichnung und nicht etwa auf die Passivlegitimation bezog, ist die fehlerhafte Parteibezeichnung als verbesserlicher Fehler zu betrachten, zumal jede Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen werden kann.

7.6. Nach dem Gesagten ist B._____ infolge Parteiwechsels anstelle der Beklagten 1 in den vorliegenden Prozess eingetreten. Das Vertrauen der Klägerin in den Bestand der Beklagten 1 ist mangels der erforderlichen Einträge im Handelsregister nach Art. 936b Abs. 2 OR zu schützen. Darüber hinaus wäre die falsche Parteibezeichnung durch die Klägerin in der Klageschrift unter den gegebenen Umständen von Amtes wegen zu berichtigen. Entsprechend trat die Vorinstanz zu Unrecht mangels Partei- und Prozessunfähigkeit der Beklagten 1 nicht auf die Klage ein. Die Berufung der Klägerin ist deshalb gutzuheissen und der Nichteintretensentscheid hinsichtlich der Klage gegen die Beklagte 1 ist aufzuheben. Die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat das Rubrum anzupassen und B._____ als Beklagten 1 ins Rubrum aufzunehmen.

8. Zuständigkeit für die Klage gegen den Beklagten 2

8.1. Begründung der Vorinstanz

Mit Bezug auf die Zuständigkeit für die Klage gegen den Beklagten 2 hielt die Vorinstanz fest, die Zuständigkeitsregelung von Art. 15 Abs. 1 ZPO sehe für Klagen gegen mehrere Streitgenossen im Sinne von Art. 70 ff. ZPO die Zuständigkeit des Gerichts vor, das für eine Partei zuständig sei. Diese Bestimmung knüpfe an eine zulässige Streitgenossenschaft an. Eine solche liege nicht vor, wenn ein Streitgenosse – wie vorliegend die Beklagte 1 – nicht (mehr) existiere. Die Zuständigkeit könne deshalb nicht mehr gestützt auf Art. 15 Abs. 1 ZPO begründet werden. Der Vollständigkeit halber sei anzumerken, dass eine bedingte Klageerhebung, wie die gegen den Beklagten 2 – für den Fall, dass die Klägerin mit der Klage gegen die Beklagte 1 unterliege – erhobene Eventualklage, unzulässig sei. Auch aus diesem Grund liege keine zulässige Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71

ZPO vor, die zur Anwendung von Art. 15 Abs. 1 ZPO führen könnte. Da der Beklagte 2 seinen Wohnsitz nicht im Bezirk Winterthur habe, fehle es an der örtlichen Zuständigkeit für die von der Klägerin gegen ihn erhobene Klage, weshalb auf diese nicht einzutreten sei.

8.2. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin macht geltend, die Zuständigkeit für die Klage gegen den Beklagten 2 sei zu bejahen, selbst wenn entgegen ihrer eigenen Darstellung die Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten 1 verneint würde, da die örtliche Zuständigkeit gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO mit der Begründung der Rechtshängigkeit erhalten bleibe. Die Rechtshängigkeit werde mit der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Im Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuchs habe die Beklagte 1 auch nach der Sachdarstellung der beiden Beklagten noch Bestand gehabt. Aufgrund der Fixationswirkung der Rechtshängigkeit bleibe die örtliche Zuständigkeit auch bei nachträglichem Wegfall der sie begründenden Tatsachen erhalten. Folglich hätte eine nachträgliche Auflösung der Beklagten 1 auf die Zuständigkeit für die Klage gegen den Beklagten 2 keine Auswirkungen, da die Zuständigkeit für die Klage gegen den Beklagten 2 im Zeitpunkt der Begründung der Rechtshängigkeit unbestritten gegeben gewesen sei. Die Bestimmung von Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO beschränke sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht auf den Fall eines Wohnsitzwechsels, sondern generell auf Änderungen der Voraussetzungen für den angerufenen Gerichtsstand. Schliesslich sei auch die von der Vorinstanz der Vollständigkeit halber angeführte Begründung, wonach eine eventuelle subjektive Klagenhäufung unzulässig sei, unzutreffend. In der Schweiz werde sowohl die eventuelle wie auch die alternative Streitgenossenschaft überwiegend für zulässig erachtet (m.H.a. BGer 4A_23/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.1.1; act. 30 Rz. 26 ff.).

8.3. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagten verweisen zunächst auf ihre Ausführungen bezüglich der fehlenden Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten 1. Zudem nehme die Klägerin zu Unrecht an, den Schlichtungsgesuchen komme in Bezug auf Zuständigkeiten, die auf einer Streitgenossenschaft gründeten, eine Fixationswirkung zu. Dabei lasse die Klägerin den Umstand aussen vor, dass im Zeitpunkt der Klageeinreichung gar keine Streitgenossenschaft mehr habe existieren können, weshalb eine Fixationswirkung im früheren Zeitpunkt des Schlichtungsgesuchs dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen würde. Ausserdem habe sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass das Forum der Streitgenossenschaft offensichtlich missbräuchlich sei. Schliesslich gehe der Versuch der Klägerin zur Rechtfertigung ihrer Eventualklage sowohl an der Prozess- als auch an der Rechtslage vorbei. Die diesbezügliche Erwägung der Vorinstanz sei nicht einfach "der Vollständigkeit halber" erfolgt, sondern sie sei als eigenständige Begründung für die unzulässige Streitgenossenschaft zu sehen. Sodann vermenge die Klägerin die eventuelle aktive mit der eventuellen passiven Streitgenossenschaft. Die von der Klägerin zitierte Lehre und Rechtsprechung befasse sich nur mit der eventuellen *aktiven* Streitgenossenschaft oder setze sich nicht, jedenfalls nicht einlässlich, mit den Rechtsproblemen bei *passiver* Streitgenossenschaft auseinander. Auch dem von der Klägerin zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGer 4A_23/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.1.1) liege keine eventuelle passive, sondern eine *aktive* Streitgenossenschaft zugrunde. Die Differenzierung zwischen eventueller aktiver und passiver Streitgenossenschaft sei wesentlich, da sich die Interessenlage erheblich unterscheide. Bei einer eventuellen aktiven Streitgenossenschaft liege es in der Entscheidung der Klägerschaft, ob sie statt einer Klage zwei Klagen parallel, eine Haupt- und eine Eventualklage, erheben möchte, mit entsprechenden Kostenrisiken. Demgegenüber werde ein bedingt Beklagter in ein Gerichtsverfahren gedrängt und dadurch gezwungen, sich zu verteidigen, ohne zu wissen, ob es hierauf dereinst überhaupt ankomme. Dies sei einer beklagten Partei nicht zuzumuten, nicht nur was die Unsicherheit über eine allfällige Tragung der Prozesskosten, sondern auch was Zeit, Energie und persönliche Belastung anbelange. Die Vorinstanz habe der Klägerin somit zu Recht auch aus dem

Grund einer unzulässigen eventuellen passiven Streitgenossenschaft eine Berufung auf den Gerichtsstand von Art. 15 Abs. 1 ZPO verwehrt (act. 38 Rz. 21 ff.; kursive Passagen übernommen).

8.4. Würdigung

8.4.1. Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO bleibt die örtliche Zuständigkeit mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit erhalten (sog. perpetuatio fori). Die Rechtshängigkeit wird nach Art. 62 Abs. 2 ZPO durch die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs, einer Klage oder eines Gesuchs begründet. Entsprechend bleibt die örtliche Zuständigkeit auch dann erhalten, wenn sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit die massgeblichen Tatsachen für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ändern. Vorbehalten sind höherrangige Vorschriften, wie bspw. völkerrechtliche Verträge (BGE 124 III 411 E. 2a).

8.4.2. Die örtliche Zuständigkeit des Friedensrichteramtes Winterthur wurde durch den Sitz der Beklagten 1 in Winterthur begründet (Art. 31 ZPO). Aufgrund des zwischen dem Schlichtungsverfahren und der Klageeinreichung erfolgten Parteiwechsels trat B. _____ an die Stelle der Beklagten 1. Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts am ehemaligen Sitz der Beklagten 1 blieb jedoch aufgrund der sog. perpetuatio fori nach Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO für die Klage gegen B. _____ bestehen. Da die Vorinstanz für die Klage gegen B. _____ örtlich zuständig ist, stellt sich die Frage, ob sich ihre Zuständigkeit gestützt auf Art. 15 Abs. 1 ZPO auch auf die Klage gegen den Beklagten 2 erstreckt. Diese Frage hängt davon ab, ob eine zulässige Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 ZPO vorliegt.

8.5. Streitgenossenschaft

8.5.1. Nach Art. 71 ZPO können mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden, wenn Rechte und Pflichten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen. Die Zulässigkeit einer eventuellen Streitgenossenschaft wird in der schweizerischen Lehre mehrheitlich bejaht (vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 214; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 3.44;

BK ZPO-GROSS/ZUBER, 2012, Art. 71 N 6; BSK ZPO-RUGGLE, 2. Aufl. 2013, Art. 71 N 8; HAHN, in: Baker & McKenzie, 2010, Art. 71 N 3; SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar ZPO, 2021, Art. 71 N 3; a.M. DOMEJ, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, Art. 71 N 1a). Auch das Obergericht des Kantons Zürich erachtete die eventuelle subjektive Klagenhäufung unter der kantonalen Prozessordnung als zulässig (ZR 55 [1956] Nr. 8). Unter der Geltung der eidgenössischen ZPO ist diese Frage höchstrichterlich noch nicht entschieden worden. In dem von der Klägerin zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGer 4A_23/2018 vom 8. Februar 2019) wies das Bundesgericht indessen darauf hin, dass sowohl die eventuelle als auch die alternative Streitgenossenschaft in der Schweiz überwiegend für zulässig erachtet würden. Es erkannte im konkreten Fall, der eine eventuelle aktive Streitgenossenschaft betraf, den in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen indessen keine grundsätzliche Bedeutung zu. In Abweichung von der herrschenden Lehre erachtet DOMEJ eine eventuelle Streitgenossenschaft nicht als zulässig. Sie argumentiert, dass gegen alle Streitgenossen unbedingt geklagt werden müsse. Eine eventuelle Streitgenossenschaft, bei welcher eine beklagte Partei nur für den Fall ins Recht gefasst werde, dass die Klage gegen eine andere erfolglos bleibe, sei abzulehnen. Es sei keine Rechtfertigung ersichtlich, dass in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen der Bestand einer Hauptklage von einer (aus der Perspektive des Prozessrechtsverhältnisses zum eventualiter beklagten Streitgenossen) ausserprozessualen Bedingung abhängig gemacht werden könnte (mit den damit verknüpften Problemen insbesondere im Hinblick auf die Rechtshängigkeit und u.U. die Kosten; DOMEJ, a.a.O., Art. 71 N 1a).

8.5.2. Mit Bezug auf die angesprochene Problematik der Kostenfolgen ist allgemein anerkannt, dass bei einer eventuellen subjektiven Klagenhäufung eine der beiden Klagen kostenpflichtig abzuweisen bzw. durch Nichteintreten zu erledigen ist. Entsprechend wirken sich die damit verbundenen Kostenfolgen für den Kläger nachteilig aus. Es ist deshalb nicht ganz nachvollziehbar, inwiefern die Prozesskosten gegen die Zulässigkeit der eventuellen passiven Streitgenossenschaft sprechen sollen. Zudem liegt bei einer eventuellen subjektiven Klagenhäufung keine unzulässig bedingte Klage vor, weil die Eventualklage nicht erst rechtshän-

gig wird, wenn die Hauptklage nicht gutgeheissen wird. Vielmehr werden beide Klagen gleichzeitig rechtshängig. Rein dogmatisch lässt sich deshalb die eventuelle passive Streitgenossenschaft nicht als bedingte Klage bezeichnen. Indessen kann eine eventuelle Streitgenossenschaft mit praktischen Problemen verbunden sein. Beispielsweise kann sich das Beweisverfahren für die beiden Klagen unterschiedlich gestalten, oder mit Bezug auf die verschiedenen Beklagten werden sich widersprechende Tatsachen behauptet. Gerade auch das Rechtsmittelverfahren kann sich als kompliziert herausstellen, wenn die Hauptklage abgewiesen und die Eventualklage gutgeheissen wird (vgl. zum Ganzen VON HOLZEN, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, 2006, S. 44 f.). Diese wenigen Beispiele zeigen exemplarisch auf, dass eine eventuelle Streitgenossenschaft mit komplexen prozessualen Fragestellungen einhergehen und wenig prozessökonomisch sein kann. Eine unzulässig bedingte Klage kann bei einer eventuellen Streitgenossenschaft dann vorliegen, wenn die Eventualklage nicht allein an die Abweisung der Hauptklage, sondern an eine weitere Voraussetzung anknüpft. So trat das Handelsgericht des Kantons Zürich auf eine Klage gegen eine "eventualiter Beklagte" nicht ein, da mit der Abweisung der Klage nicht zwingend eine Feststellung über den Eintritt der Bedingung verbunden gewesen wäre (HGer ZH HG160059 vom 20. Mai 2016; vgl. ZR 2017 Nr. 48).

8.5.3. Die von DOMEJ geäusserten Bedenken sprechen im konkreten Fall nicht gegen die Zulässigkeit einer eventuellen Streitgenossenschaft. Die Klage gegen den Beklagten 2 knüpft lediglich an die Verneinung der Passivlegitimation der Beklagten 1 bzw. nunmehr von B. _____ an, weshalb sie nicht von einer zusätzlichen Bedingung abhängt. Auch sind im konkreten Fall keine prozessualen Fragestellungen ersichtlich, die gegen die Zulässigkeit einer eventuellen Streitgenossenschaft sprechen würden. Somit liegen weder dogmatische noch auf den vorliegenden Fall bezogene Gründe gegen die Zulässigkeit der eventuellen subjektiven Klagenhäufung bzw. der eventuellen Streitgenossenschaft vor. Somit handelt es sich um eine zulässige Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 ZPO, weshalb die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz gestützt auf Art. 15 ZPO gegeben ist.

8.6. Fazit

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass auch die Berufung der Klägerin gegen den Nichteintretensbeschluss hinsichtlich der Klage gegen den Beklagten 2 gutzuheissen ist. Die Sache ist ebenfalls zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Ausgehend vom Streitwert von Fr. 219'716.40 ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren gestützt auf §§ 4 Abs. 1, 9 Abs. 2, 10 Abs. 1 und 12 GebV OG) auf Fr. 7'000.– festzusetzen.

9.2. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist nach §§ 4 Abs. 1, 10 Abs. 1 lit. a, 11 und 13 AnwGebV auf Fr. 10'000.– festzulegen. Da kein Mehrwertsteuerzusatz zur Parteientschädigung beantragt wurde, ist gestützt auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006 kein solcher zuzusprechen.

9.3. Die Beklagten unterliegen im Berufungsverfahren vollumfänglich. Zu Lasten der nicht mehr existierenden Beklagten 1 kommt eine Kostenaufgabe indessen nicht in Frage. B._____ wird als Rechtsnachfolger der Beklagten 1 in das Verfahren eintreten. Die Vorinstanz wird über die Aufgabe der festgelegten Entscheidgebühr und über die Verpflichtung zur Leistung der festgesetzten Parteientschädigung zu befinden haben (Art. 104 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 16. Juni 2021 wird aufgehoben.
2. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Die Vorinstanz wird das Rubrum anzupassen und B._____ anstelle der Kollektivgesellschaft B._____ & C._____ Rechtsanwälte als Beklagten 1 ins Rubrum aufzunehmen haben.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'000.– festgesetzt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss bezogen.

4. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 10'000.– festgelegt.

5. Die Auflage der Entscheidgebühr gemäss Dispositiv-Ziff. 3 und die Verpflichtung zur Leistung der Parteientschädigung gemäss Dispositiv-Ziff. 4 wird dem Entscheid der Vorinstanz vorbehalten. Dabei wird sie zu beachten haben, dass die zweitinstanzliche Entscheidgebühr bereits von der Berufungsklägerin bezogen worden ist.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort (act. 38) sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 219'716.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw R. Schneebeili

versandt am: