

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE190001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 13. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **reg.**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 27. November 2018 (FO170004-C)

Rechtsbegehren:

Des Klägers (Urk. 22 S. 2; vgl. auch Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung der Beklagten gegenüber dem Kläger in der Höhe von
CHF 2'389.58 nebst Zins zu 8% seit 03.12.12
CHF 8'948.55 nebst Zins zu 8% seit 03.01.13
CHF 6'458.40 nebst Zins zu 8% seit 06.09.13
CHF 12'433.10 nebst Zins zu 8% seit 12.08.16
CHF 27'793.50 nebst Zins zu 8% seit 03.01.13
Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Embrachertal, Zahlungsbefehl vom 11. November 2016, nicht besteht;
2. es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Embrachertal, Zahlungsbefehl vom 11. November 2016, aufzuheben und im Betreibungsregister zu löschen;
3. alles [...] unter voller Kosten und Entschädigungsfolge für Gerichtskosten und Parteientschädigung zulasten der Beklagten."

Der Beklagten (Urk. 28 S. 2; auch schon Urk. 15 S. 2):

- "1. Die Klage vom 23.08.2017 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten des Klägers."

Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 27. November 2018:

(Urk. 36 = Urk. 40)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die mit Verfügung vom 13. September 2017 angeordnete vorsorgliche Massnahme (Vorläufige Einstellung der Betreuung) wird aufgehoben, sofern die klagende Partei die Klage in der Hauptsache nicht innert einem Monat seit Rechtskraft des Nichteintretensentscheides am zuständigen Gericht geltend macht.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem von der klagenden Partei geleisteten Vorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird der Kostenvorschuss der klagenden Partei zurückerstattet. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei die Gerichtskosten im Umfang von Fr. 1'500.– zu ersetzen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge:

Des Klägers (Urk. 39 S. 2):

"Es sei die angefochtene Verfügung vom 27. November 2018 vollständig aufzuheben und die Sache zum Entscheid in der Hauptsache an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter der gesetzlichen Kostenfolge."

Der Beklagten (Urk. 48 S. 2):

1. Die Berufungsantwort [recte: Berufung] sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letzteres zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. a) Am 23. August 2017 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) eine negative Feststellungsklage im Sinne von Art. 85a SchKG ein (Urk. 1; Rechtsbegehren eingangs wiedergegeben). Mit Verfügung vom 25. August 2017 stellte die Vorinstanz die im Rechtsbegehren genannte Betreuung vorläufig ein (Urk. 4). Mit Verfügung vom 13. September 2017 hob die Vorinstanz die vorsorgliche Einstellung jener Betreuung zwecks Durchführung der Pfändung auf, unter gleichzeitiger Einstellung derselben nach erfolgter Pfändung (Urk. 10). Am 16. November 2017 reichte die Beklagte die Klageantwort ein (Urk. 15). Am 19. Februar 2018 reichte der Kläger seine Replik ein (Urk. 22), am 9. Mai 2018 die Beklagte ihre Duplik (Urk. 28) und am 11. Juni 2018 der Kläger eine Stellungnahme zur Duplik (Urk. 32); die Beklagte erklärte am 19. Juni 2018 den Verzicht auf weitere Stellungnahme (Urk. 34). Mit Verfügung vom 27. November 2018 trat schliesslich die Vorinstanz auf die Klage nicht ein (Urk. 36; Entscheidungsdispositiv eingangs wiedergegeben).

b) Gegen diese ihm am 30. November 2018 zugestellte Verfügung (Urk. 37) erhob der Kläger am 11. Januar 2019 fristgerecht Berufung und stellte den eingangs aufgeführten Berufungsantrag (Urk. 39 S. 2).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Am 13. Februar 2019 leistete der Kläger den von ihm geforderten Vorschuss von Fr. 3'000.-- für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (Urk. 44 und 46). Am 22. März 2019 erstattete die Beklagte fristgerecht (ES bei Urk. 47) die Berufungsantwort mit den oben aufgeführten Anträgen (Urk. 48). Der Kläger hat hierauf repliziert (Urk. 52; der Beklagten zur Kenntnis zugestellt). Das Berufungsverfahren ist spruchreif.

2. a) Die Berufung ist ein reformatorisches und vollständiges Rechtsmittel. Im Berufungsverfahren sind daher in aller Regel bestimmte Rechtsbegehren in der Sache zu stellen, und zwar so, dass diese Anträge zum Dispositiv des zweitinstanzlichen Urteils erhoben werden könnten. Auf Berufung hin bestätigt die Berufungsinstanz das angefochtene Urteil oder entscheidet neu; eine Rückweisung hat die Ausnahme zu bleiben (BGE 137 III 617 E. 4.3). Nur in Ausnahmefällen, nämlich wenn ein Entscheid in der Sache von vornherein nicht *möglich* ist, vermag ein blosser Rückweisungsantrag zu genügen; das trifft etwa dann zu, wenn ein erstinstanzlicher Nichteintretensentscheid angefochten wird, der ergangen ist, ohne dass zuvor ein ordnungsgemässes Verfahren durchgeführt worden wäre (DIKE-HUNGERBÜHLER/BUCHER, Art. 311 ZPO N 20 f.).

b) Vorliegend hat der Kläger keinen materiellrechtlichen Antrag gestellt, sondern verlangt mit der Berufung ausschliesslich die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Fällung eines neuen Entscheids. Der Kläger hat zwar in seiner Berufung erklärt, dass die Vorinstanz das Hauptverfahren vollständig durchgeführt habe (Urk. 39 S. 7 Rz. 35; die Beklagte äussert sich hierzu nicht, Urk. 48). Dies ist jedoch nicht zutreffend, denn die Vorinstanz hat keine Hauptverhandlung (Art. 228 ff. ZPO) durchgeführt und ein Verzicht der Parteien auf deren Durchführung (Art. 233 ZPO) liegt nicht vor (vgl. VI-Akten). Damit wurde das erstinstanzliche Verfahren nicht vollständig durchgeführt, weshalb der lediglich prozessuale Berufungsantrag des Klägers genügt.

3. a) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, für die örtliche Zuständigkeit in der Hauptsache sei die internationale Zuständigkeit anhand des IPRG zu bestimmen. Fraglich sei, ob sich die Beklagte auf die vorliegende Klage eingelassen habe. Dies sei zu verneinen, da sie in ihrer Stellungnahme vom 7. September 2017 (zur vorläufigen Einstellung der Betreuung) die Zuständigkeit in der Hauptsache bestritten habe. Die internationale Zuständigkeit bestimme sich demnach nach den allgemeinen Regeln des IPRG. Gemäss Art. 2 IPRG seien die Gerichte am Wohnsitz bzw. Sitz der beklagten Partei zuständig. Die Beklagte habe ihren Sitz im Fürstentum Liechtenstein, weshalb nicht die Vorinstanz, sondern das Gericht am Sitz der Beklagten in Liechtenstein örtlich zuständig sei. Demnach sei auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Urk. 40 S. 4-7).

b) Der Kläger macht mit seiner Berufung im Wesentlichen geltend, die Beklagte habe sich im vorinstanzlichen Verfahren eben doch vorbehaltlos auf die Klage eingelassen. Sie habe in ihrer Stellungnahme die Zuständigkeit für das Hauptverfahren nur vorsorglich bestritten und geäussert, jene Eingabe konstituiere keine Einlassung auf den Gerichtsstand; weitere diesbezügliche Äusserungen würden in der Stellungnahme zur Klage folgen. Die Beklagte habe dann aber in ihrer Klageantwort und in den weiteren Eingaben die Zuständigkeit nicht bestritten und sich damit vorbehaltlos auf die Klage eingelassen. Auch die Vorinstanz habe die vorsorgliche Massnahme gewährt, weil sie die Klage für sehr wahrscheinlich begründet erachtet habe, und sei auch danach von ihrer Zuständigkeit ausgegangen, da sie das gesamte Hauptverfahren durchgeführt habe (Urk. 39 S. 2 ff.).

c) Die Beklagte wendet dagegen im Wesentlichen ein, sie habe in ihrer Stellungnahme vom 7. September 2017 und damit nach Einreichung der Klage die Zuständigkeit der Vorinstanz für das Hauptverfahren bestritten. Bereits damit habe sie keinesfalls unzweideutig bekundet, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache verhandeln zu wollen. Ob diese Bestreitung im Rahmen eines Massnahmeverfahrens oder erst in der Klageantwort erfolge, sei irrelevant. Sie (die Beklagte) sei nicht verpflichtet, die Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit in der Klageantwort zu wiederholen, auch wenn sie sich dies vorbehalten habe. Daraus, dass sie keine Beschränkung des Verfahrens auf die örtliche Zuständigkeit ver-

langt habe, könne nicht geschlossen werden, dass sie sich auf die Klage einlassen hätte (Urk. 48 S. 5-7).

d1) Dass sich die Zuständigkeit der Vorinstanz nach dem IPRG richtet, wie dies die Vorinstanz erwogen hat (Urk. 40 S. 4 f.), ist zutreffend und im Berufungsverfahren nicht umstritten. Umstritten ist einzig, ob eine – die Zuständigkeit der Vorinstanz begründende – vorbehaltlose Einlassung der Beklagten im Sinne von Art. 6 IPRG vorliegt.

d2) Eine Einlassung auf die Klage liegt vor, wenn die beklagte Partei zur (Haupt-) Sache Anträge stellt (nicht nur eventualiter) und sich zu den Klagevorbringen äussert, ohne zuvor die Einrede der (örtlichen) Unzuständigkeit zu erheben (BSK IPRG-VASELLA Art. 6 N 6 ff.; ZK IPRG-MÜLLER-CHEN, Art. 6 N 23 ff., je mit Hinweisen und Beispielen).

d3) Vorliegend führte die Beklagte in ihrer *Stellungnahme zu den vorsorglichen Massnahmen* (vorläufige Einstellung der Betreuung) vom 7. September 2017 unter dem Titel "Zuständigkeit des angerufenen Gerichts" aus (Urk. 6 S. 3):

"Für den Erlass von superprovisorischen Massnahmen ist das gerufene Gericht zumindest im Lichte von Art. 31 LugÜ zuständig. Ob dies auch für das Hauptverfahren zutrifft, wird vorsorglich bestritten.

D.h. diese vorliegende Eingabe konstituiert keine Einlassung auf den Gerichtsstand in Bülach. Weitere diesbezügliche Ausführungen erfolgen in der Stellungnahme zur Klage."

In ihrer *Klageantwort* ("Stellungnahme"; Urk. 15 S. 1) vom 16. November 2017 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage (Urk. 15 S. 2; Anträge eingangs wiedergegeben), bezeichnete die Vorinstanz als zuständiges Gericht und machte Ausführungen zur materiellen Begründetheit bzw. Unbegründetheit der Klage (Urk. 15 S. 3 ff.); im Übrigen äusserte sie sich zur Zuständigkeit mit keinem Wort (Urk. 15 passim). Gleiches gilt für ihre Duplik vom 9. Mai 2018 (Urk. 28) und ihre Eingabe vom 19. Juni 2018 (Urk. 34).

d4) Die Beklagte hat damit in ihrer Klageantwort einzig die Abweisung der Klage beantragt, und dies nicht nur eventualiter, für den Fall der Verwerfung einer Unzuständigkeitseinrede. Sie hat sodann in ihren Vorträgen zur Sache (Klageantwort, Duplik etc.) materiell verhandelt, ohne die Zuständigkeit der Vorinstanz

auch nur mit einem Wort zu bestreiten. Daran ändert nichts, dass sie im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen "vorsorglich bestritten" hat, "ob" die für die vorsorglichen Massnahmen anerkannte Zuständigkeit der Vorinstanz auch für die Hauptsache gelte, denn sie hat (textlich hervorgehoben) klargestellt, dass diese Anerkennung der Zuständigkeit für die vorsorglichen Massnahmen keine Einlassung auf die Klage bedeute und dass diesbezügliche Ausführungen in der Klageantwort erfolgen würden (oben Erw. 3.d3); in letzterer sind dann aber keine entsprechenden Ausführungen mehr erfolgt, sondern hat die Beklagte, wie gesehen, einzig Anträge zur Sache gestellt und diese plädiert. Die Beklagte hat sich damit auf die Klage eingelassen.

e) Nach dem Gesagten begründet die Einlassung der Beklagten die internationale und örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz in der Hauptsache. Demgemäss ist die angefochtene Verfügung, mit welcher die Vorinstanz ihre "örtliche Zuständigkeit" verneint hat und infolgedessen nicht auf die Klage eingetreten ist (Urk. 40 Erw. 2.4), in Gutheissung der Berufung aufzuheben. Die Sache ist zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO).

4. a) Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 58'023.13 (Urk. 40 S. 8). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 3'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der in diesem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen, welcher ihm von der Beklagten zu ersetzen ist (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

c) Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 4 Abs. 1 und 2, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 27. November 2018 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Vorschuss von Fr. 3'000.-- zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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. 92 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 58'023.13.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 13. Mai 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
sf