

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP120024-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. G. Kenny

Beschluss vom 15. Mai 2013

in Sachen

Wasserversorgungsgenossenschaft A._____,
Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B._____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 27. November 2012 (FV110018)**

Rechtsbegehren:

Klage (act. 1 i.V.m. act. 4/9, sinngemäss):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 9'349.45 nebst Zins zu 5% seit 3. März 2011 sowie Fr. 40.– Mahngebühren, Fr. 73.– Betreuungskosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.____ (Zahlungsbefehl vom 24. Juni 2011) und Fr. 54.– weitere Zustellkosten für den Zahlungsbefehl zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.____ (Zahlungsbefehl vom 24. Juni 2011) sei zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Widerklage (act. 16, sinngemäss):

1. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten Fr. 2'500.– für die auf dem Baugrundstück der Beklagten gebauten Leitungen zu bezahlen.
2. Die Klägerin sei zu verpflichten, von dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 10'240.– Fr. 7'740.– zurückzuerstatten.
3. Die Klägerin sei zu verpflichten, die Kosten des Friedensrichters von Fr. 500.–, die Kosten des Gerichts von Fr. 500.–, die Kosten die Bankgarantie von ca. Fr. 400.– sowie weitere Unkosten in der Höhe von Fr. 800.– der Beklagten zu erstatten.
4. Das auf dem Grundstück der Beklagten errichtete Bauhandwerkerpfandrecht sei unverzüglich zu löschen.
5. Alles unter Kostenfolge zulasten der Klägerin.

Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 27. November 2012 (Urk. 21 S. 8 f.):

- " 1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

Die Gerichtskosten werden aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sind ihr aber im Umfang von Fr. 750.– von der Beklagten zu ersetzen. Im Umfang von Fr. 800.– ist der Kostenvorschuss der Klägerin zurückzuerstatten.

5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Berufung)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 20 S. 1):

- " 1. es sei die Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Pfäffikon ZH vom 27. November 2012 – Geschäftsnummer FV110018-H/U1 – in vollem Umfang aufzuheben.
2. der Einzelrichter sei anzuweisen, auf unsere Klage einzutreten und die Rechtsbegehren Ziff. 1 bis 3 S. 2 der Verfügung sachlich zu behandeln, und
3. es seien sämtliche entstandenen Kosten dem Bezirksgericht Pfäffikon ZH zu überbinden."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 28; sinngemäss):

Die Berufung sei unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsklägerin abzuweisen.

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) ist eine Genossenschaft im Sinne der Art. 828 ff. OR. Ihr Zweck ist die Errichtung und der Betrieb einer Wasserversorgung im Gebiet der Politischen Gemeinde A._____. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft im Sinne der Art. 620 ff. OR. Sie bezweckt unter anderem die Ausführung von Garten- und Bauarbeiten.

2. Gegenstand des vorinstanzlichen Prozesses ist eine Forderung der Klägerin gegen die Beklagte für die Ausführung von vier Hausanschlussleitungen für Wasser (Urk. 8 S. 1). Die Vorinstanz qualifizierte das Verhältnis zwischen den Parteien als öffentlichrechtlich und verneinte daher ihre sachliche Zuständigkeit. Dementsprechend trat sie mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein. Auf eine von der beklagten erhobene Widerklage trat sie ebenso nicht ein, da diese zu spät erhoben worden sei (21 S. 3 ff.).

3. Am 27. November 2012 fällte die Vorinstanz die angefochtene Verfügung, deren Dispositiv hiervor wiedergegeben wurde. Über den detaillierten Verlauf des Verfahrens gibt die angefochtene Verfügung Auskunft (Urk. 21 S. 2 ff.).

4. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2012 erhob die Klägerin form- und fristgerecht eine Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 20 S. 1 f.). Nach fristgerechtem Eingang eines Vorschusses für die Gerichtskosten am 17. Januar 2013 (Urk. 26) beantwortete die Beklagte mit Schreiben vom 15. Februar 2013 die Berufung und beantragte deren Abweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Urk. 28).

II.

Mit der angefochtenen Verfügung trat die Vorinstanz unter anderem auf die gegen die Klägerin erhobene Widerklage nicht ein. Die Klägerin beantragt aber dennoch, der vorinstanzliche Entscheid sei vollumfänglich aufzuheben, es sei also mithin auch der Entscheid, auf die Widerklage nicht einzutreten, aufzuheben. Es ist aber nicht ersichtlich, welches rechtlich schützenswerte Interesse die Klägerin daran haben könnte. Insbesondere lässt sich ein solches weder aus ihren weiteren Rechtsbegehren noch aus ihren Ausführungen entnehmen. Zieht man sodann in Betracht, dass die Klägerin eine Laiin und nicht anwaltlich vertreten ist, muss von einem Versehen ausgegangen werden. Der guten Ordnung halber muss der Antrag dennoch, so wie er gestellt wurde, behandelt werden. Auf diesen ist daher, soweit er sich gegen das Nichteintreten auf die Widerklage richtet, mangels schützenswertem und aktuellem rechtlichem Interesse ohne weiteres nicht einzutreten.

III.

1. Einleitend ist auf die zutreffenden und unangefochtenen rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zu ihrer sachlichen Zuständigkeit zu verweisen, in denen sie darlegte, dass sie grundsätzlich nur zur Beurteilung von auf dem Privatrecht basierenden Rechtsverhältnissen zuständig ist (Urk. 21 S. 3 f. Ziff. II. 1.). Weiter ist der Vorinstanz auch insofern zuzustimmen, dass die Rechtsbeziehungen zwischen zwei Privaten normalerweise privatrechtlicher Natur sind, vorliegend aber, da die Klägerin eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, geprüft werden muss, ob das streitgegenständliche Verhältnis dem öffentlichen Recht untersteht (Urk. 21 S. 4 Ziff. 4 m.w.H.).

2. Die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als privat- oder öffentlich-rechtlich kann anhand verschiedener Kriterien vorgenommen werden:

- Gemäss der Subordinationstheorie, ist zu prüfen, ob sich zwei gleichrangige Parteien gegenüber stehen, oder ob eine Partei hoheitlich auftritt. Der

erste Fall indiziert ein privatrechtliches Verhältnis, der zweite ein öffentlich-rechtliches.

- Nach der Interessentheorie ist ein Verhältnis, das von Normen geregelt ist, die vor allem der Durchsetzung von öffentlichen Interessen dienen, ein öffentlich-rechtliches.
- Die funktionale Theorie besagt, dass Verhältnisse, die von Normen, die die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben regeln, bestimmt werden, öffentlich-rechtlich sind.
- Nach der modalen Theorie sind schliesslich Verhältnisse, die durch Normen, deren Sanktion zivilrechtlich ist, als zivilrechtlich zu qualifizieren.

Diese Kriterien beziehen sich je auf ein für das öffentliche Recht wichtiges Element, sind aber für sich alleine unvollständig. Die Kriterien sind daher im Sinne eines Methodenpluralismus zu kombinieren, wobei keinem eine hervorragende Stellung zukommt. Konkret bedeutet dies gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass im Einzelfall zu prüfen ist, welches Kriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, S. 56 Rz 253 ff., m. H. auf BGE 132 I 270,273; 120 II 412, 414 und Urteil des Bundesgerichts 2A.249/2002 vom 7. November 2002, E. 2.1).

3.1 Da vorliegend von der Qualifizierung des streitgegenständlichen Verhältnisses abhängt, welche Normen auf dieses anzuwenden sind und diese wiederum die Sanktionierung der betreffenden Norm festlegen, kann die modale Theorie auf das vorliegende Verhältnis nicht angewendet werden, müsste die entsprechende Argumentation doch als zirkulär betrachtet werden.

Ebenso wenig zielführend ist die Interessentheorie, da durch die Normierung der Wasserversorgung sowohl private als auch öffentliche Interessen verfolgt werden.

Unzweifelhaft ist die Wasserversorgung grundsätzlich eine öffentliche Aufgabe, so insbesondere die Wassergewinnung und Aufbereitung sowie dessen Transport in den Hauptleitungen; die Erstellung der Hausanschlussleitungen und Hausanschlüsse muss aber keineswegs zwingend als öffentliche Aufgabe qualifiziert werden, profitieren doch von diesen nicht die Öffentlichkeit sondern nur Private. Dementsprechend müssen die Hausanschlüsse in der Regel nicht aus öffentlichen Mitteln finanziert, sondern vom Grundeigentümer bezahlt werden. Auch die funktionale Theorie zeitigt demnach vorliegend kein eindeutiges Resultat.

3.2.1. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung (sog. Legalitätsprinzip) bindet jegliche Verwaltungstätigkeit an das Gesetz. Verwaltungstätigkeiten dürfen nicht nur nicht gegen das Gesetz verstossen, sondern müssen auf dem Gesetz beruhen. Verwaltungstätigkeiten, die nicht auf dem Gesetz beruhen, sind – auch wenn sie nicht gegen das Gesetz verstossen – nicht zulässig (Häfeilin/Müller/Uhlmann, a.a.O, S. 84 Rz 368). Hoheitliches Handeln ist stets Verwaltungstätigkeit. Wenn ein Privater hoheitlich handeln können soll, bedarf es daher einer klaren formellgesetzlichen Grundlage, deren Tatbestand erfüllt sein muss (Schaub, Rechtliche Aspekte der Wasserversorgung im Kanton Zürich, Zürich 2003, S. 31 Mitte). Bei der Erhebung von Abgaben werden besonders strenge Anforderungen an die Gesetzmässigkeit gestellt (statt vieler: Häfeilin/Müller/Uhlmann, a.a.O, S. 95 Rz 415 und S. 621 Rz 2693).

3.2.2. Die erwähnte formellgesetzliche Grundlage ist vorliegend in § 28 Abs. 1 des Wasserwirtschaftsgesetzes vom 2. Juni 1991 (WWG; LS 724.11) vorhanden. Allein durch diese gesetzliche Grundlage werden aber keine hoheitlichen Befugnisse auf einen Privaten übertragen, es bedarf hierfür einer Konzession der betreffenden Gemeinde oder einer Öffentlicherklärung durch den Regierungsrat im Sinne von § 28 Abs. 2 WWG (Schaub, a.a.O., S. 31 Mitte). Diesbezüglich blieb unbestritten und steht mit den Akten in Einklang, dass die Konzessionierung der Klägerin erstmals per 1. September 2009 erfolgte (Urk. 23 und Urk. 13/10).

3.2.3. Zur Übertragung von hoheitlichen Befugnissen bedarf es wie soeben erwähnt einer Konzession (welche durch Verfügung oder verwaltungsrechtlichen Vertrag [Konzessionsvertrag] erteilt werden kann) oder einer Öffentli-

cherklärung durch den Regierungsrat. Die betreffende Verfügung, bzw. der verwaltungsrechtliche Vertrag oder die Öffentlicherklärung müssen im dafür vorgesehenen Verfahren, mit den entsprechenden Rechtsmittelmöglichkeiten, erfolgen. Die Behörde ist mithin auch in Verfahrensfragen an das Verwaltungsrecht gebunden, sie kann ihre Rechtsverhältnisse nicht so frei wie ein Privater gestalten. Eine Konzessionierung und Übertragung von hoheitlichen Befugnissen durch schlüssiges Verhalten ist damit nicht möglich. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann daher aufgrund der Formulierung in einer Baubewilligung, die Bauwillige müsse bei der Klägerin eine "Bewilligung" für den Anschluss an die öffentliche Wasserversorgung einholen, nicht zwingend geschlossen werden, der Klägerin seien hoheitliche Befugnisse übertragen worden, weshalb offengelassen werden könne, wie diese Übertragung vorgenommen worden sei (Urk. 21 S. 5 Ziff. 6 f.). Vielmehr muss auch diesfalls geprüft werden, ob die betreffenden hoheitlichen Befugnisse korrekt übertragen wurden.

3.2.4. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen der Vorinstanz zum Wesen einer Bewilligung im verwaltungsrechtlichen Sinn zutreffend sind (Urk. 21 S. 5 Ziff. 7). Der Begriff der Bewilligung – wie viele andere rechtliche Fachausdrücke – wird aber häufig unscharf und nicht im rechtlich-technischen Sinn verwendet. So wird beispielsweise in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen von der Bewilligung von Ferien oder der Heimarbeit gesprochen, dem Mieter wird der Anschluss einer Waschmaschine oder die Untervermietung bewilligt etc. Es kann daher aufgrund der Verwendung des Wortes "Bewilligung" – insbesondere bei einer Laienbehörde – nicht zwingend geschlossen werden, dass diese in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren erteilt werden muss.

3.2.5. Sodann geht aus den Akten, an denen zu zweifeln kein Grund besteht, hervor, dass vor der Konzessionierung der Beklagten das Verhältnis zwischen ihr und der Gemeinde A._____ nicht vertraglich geregelt war (Urk. 23 zweitletzter Absatz am Ende). Eine entsprechende Regelung durch Verwaltungsakt ist auch nicht ersichtlich und wird insbesondere nicht von der Gemeinde A._____ vorgebracht (Urk. 23).

3.2.6. Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Klägerin bis zum Zeitpunkt ihrer Konzessionierung am tt.mm.2009 mangels gültiger Übertragung hoheitlicher Befugnisse *nicht* hoheitlich handeln und insbesondere keine öffentlichen Abgaben (Gebühren) erheben konnte.

3.3. Aus den vorangehenden Erwägungen geht hervor, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten nicht hoheitlich handeln konnte. Sie musste der Beklagten auf gleicher Höhe gegenüberreten. Die Kriterien der Subordinationstheorie passen also auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt und deuten auf ein privatrechtliches Verhältnis hin.

4. Insgesamt, unter Berücksichtigung aller hiervoor dargelegten Erwägungen, muss das Verhältnis zwischen den Parteien zumindest bis zum tt.mm.2009 als privatrechtlich qualifiziert werden (vgl. auch Schaub a.a.O., S. 45 und S. 51 Ziff. 12.4).

5. Zu klären ist sodann, ob sich mit der Konzessionierung der Klägerin per tt.mm.2009 – wobei der Klägerin ausdrücklich das Recht, Gebühren zu erheben, übertragen wurde (Urk. 13/10 S. 3 Art. 1 Abs. 1 lit. a) – eine Änderung des vorliegend zu beurteilenden Verhältnisses ergeben hat.

Dem Konzessionsvertrag kann hierzu nichts entnommen werden, da die betreffenden Übergangsbestimmungen nicht einschlägig sind (Urk. 13/10 S. 6 Art. 16). Die Situation ist vergleichbar mit einer Gesetzesänderung, denn auch im Fall, dass sich ein Gesetz ändert, stellt sich die Frage der Rückwirkung. Dabei ist von Bedeutung, dass es sich vorliegend nicht um einen zeitlich offenen Dauersachverhalt handelt. So dauert zwar die rechtliche Auseinandersetzung an, die streitgegenständlichen Hausanschlussleitungen sind jedoch vor der Konzessionierung der Klägerin fertiggestellt worden. Es liegt somit ein Fall vor, in dem eine sog. echte Rückwirkung zu prüfen ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O, S. 73 Rz 337). Die echte Rückwirkung von Gesetzen und damit analog für den vorliegenden Fall der Konzessionierung ist grundsätzlich nicht zulässig. Ausnahmsweise kann eine echte Rückwirkung aber zulässig sein. Diese muss unter anderem ausdrücklich angeordnet sein und es müssen triftige Gründe vorliegen. Dabei genügen insbe-

sondere finanzielle Interessen des Staates nicht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 72 Rz 330 f.). Vorliegend besteht keine Regelung zur Rückwirkung im Konzessionsvertrag, überdies sind keine triftigen Gründe für eine solche ersichtlich, insbesondere da auch bei Anwendung des Privatrechts ein adäquater Rechtsschutz gewährleistet ist. Aus Art. 7 Abs. 1 des Reglementes der Wasserversorgung der Gemeinde A._____ ergibt sich vielmehr, dass mit bisher privaten Versorgungsunternehmen erst für die Zukunft ein Konzessionsvertrag abzuschliessen ist (Urk. 13/9). Dies ist ein Hinweis gegen eine rückwirkende Konzessionierung. Es muss daher geschlossen werden, dass unbeschadet der Konzessionierung der Klägerin, das Verhältnis zu Beklagten privatrechtlich ist bzw. bleibt (vgl. auch Schaub, a.a.O., S. 44 ff. Ziff. 1. f und S. 51 Ziff. 12.4).

6.1. Da ein Rechtsverhältnis zu beurteilen ist, das von Normen des Privatrechts bestimmt wird, hat die Vorinstanz zu Unrecht ihre Zuständigkeit verneint; ihre sachliche Zuständigkeit gemäss § 1 lit. a und § 3 Abs. 1 lit. a GOG ist vielmehr zu bejahen.

6.2. Da sich die Vorinstanz für unzuständig erklärte, hat sie in der Folge die Streitsache materiell nicht geprüft. Das Verfahren ist daher diesbezüglich in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO an die Vorinstanz zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen.

IV. Kosten und Entschädigung

1. Die Klägerin obsiegt mit ihrem Rückweisungsantrag. Mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei vollumfänglich aufzuheben, dringt sie aber nur teilweise durch. In Bezug auf den Teil ihres Antrages, auf welchen nicht einzutreten ist, muss grundsätzlich gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO von einem Unterliegen ausgegangen werden. Da es sich aber wohl um ein Versehen handelt und dieses kaum Aufwand nach sich zog, rechtfertigt es sich in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO diesbezüglich keine Kosten zu erheben und den Parteien aufzuerlegen (vgl. Ziff. II. hiervor). Im Ergebnis sind die Kosten für das Berufungsverfahren daher in Anwendung von § 2 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 GebV

OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO der Beklagten aufzuerlegen.

2. Die Klägerin verlangte keine Entschädigung. Auch ist nicht ersichtlich, dass ihr wesentlicher Aufwand im Sinne von Art. 95 Abs. 3 ZPO entstanden ist. Ihr ist daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Antrag, es sei die Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 27. November 2012 (Geschäfts-Nr.: FV110018) aufzuheben, wird nicht eingetreten.
2. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin und Berufungsklägerin werden die Dispositivziffern 1 und 3 bis 7 der Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 27. November 2012 (Geschäfts-Nr.: FV110018) aufgehoben und das Verfahren zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Klägerin und Berufungsklägerin verrechnet. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsklägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'500.– zu ersetzen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9'349.45. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
mc