

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP140012-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

## Urteil vom 19. Dezember 2014

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

**B. \_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, vom 23. Juni 2014 (FV120176-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den Betrag von CHF 17'300.– nebst Zins zu 5% seit dem 25. Januar 2012, eventuell seit wann rechtens, zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren  
am Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, vom 23. Juni 2014:**

1. In vollumfänglicher Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 17'300.– nebst Zins zu 5% seit 25. Januar 2012 sowie Fr. 525.– Kosten des Schlichtungsverfahrens zu bezahlen.

2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'600.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 200.– Zeugenentschädigungen

Fr. 3'800.– Kosten total

3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.

Im Umfang von Fr. 225.– werden sie aus dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss und im Umfang von Fr. 2'875.– aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Die Differenz von Fr. 700.-- wird von der Beklagten nachgefordert.

Die Beklagte wird sodann verpflichtet, dem Kläger den Vorschuss von Fr. 2'875.-- zu ersetzen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 4'200.– zu bezahlen.

5. (Mitteilung)

6. (Rechtsmittel)

### **Berufungsanträge:**

#### Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 82):

- " 1.1 Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2014 (FV120176-L/U) aufzuheben und die Klage des Klägers und Berufungsbeklagten abzuweisen, dies unter Neufestsetzung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.
- 1.2 Eventualiter sei das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhaltes und Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück zu weisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

#### Des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 90):

" Die Berufung sei abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

### **Erwägungen:**

#### A. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) schloss im Januar 2010 im Namen seines damaligen Einzelunternehmens B1.\_\_\_\_\_ Haustechnik mit der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) als Bauherrin bzw. Bestellerin einen Werkvertrag über die Errichtung von Sanitäranlagen in der Einfamilienhausüberbauung C.\_\_\_\_\_-Strasse in D.\_\_\_\_\_. Als Vergütung wurde ein Pauschalpreis von Fr. 173'000.– vereinbart (Urk. 4/10). Darüber hinaus vereinbarten die Parteien über einen Zehntel des Totalbetrages eine Erfüllungsgarantie im Sinne von Art. 111 OR mit der E.\_\_\_\_\_ Bank als Garantin und einer Gültigkeitsdauer bis Ende August 2012 (Urk. 4/11).
2. Mit Schreiben vom 19. Januar 2012 machte die Beklagte gegenüber der E.\_\_\_\_\_ Bank (Garantin) geltend, der Kläger habe den Vertrag nicht im ver-

einbarten Umfang erfüllt, und forderte jene auf, den Garantiebtrag auszu zahlen (Urk. 4/12). Die Garantiesumme wurde am 25. Januar 2012 dem klä gerischen Konto bei der Garantin belastet und der Beklagten überwiesen (Urk. 4/16). Der Kläger fordert im vorliegenden Verfahren die von der Be klagten gezogene Garantie zurück.

3. Die Vorinstanz hat die Klage nach Durchführung des Haupt- sowie eines Beweisverfahrens vollumfänglich gutgeheissen (Urk. 83). Hiergegen hat die Beklagte innert Frist Berufung erhoben (Urk. 82). Die Berufungsantwort des Klägers datiert vom 10. November 2014 (Urk. 90) und wurde der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 91).

#### B. Aktivlegitimation

1. Die Beklagte moniert in erster Linie die fehlende Aktivlegitimation des Klägers. Sie macht zusammenfassend geltend, dass der Kläger mit Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag vom 8. Juni 2012 das ganze Geschäft seiner Einzelfirma mit allen Aktiven und Passiven der zu gründenden B2. \_\_\_\_\_ AG rückwirkend per 1. Januar 2012 übertragen habe. Das streitbetroffene Werkvertragsverhältnis und damit auch die daraus resultierende Garantieforderung sei damit auf die B2. \_\_\_\_\_ AG übergegangen, weshalb der Kläger persönlich nicht mehr aktivlegitimiert sei.
2. Die Vorinstanz hat sich mit der Aktivlegitimation des Klägers auseinandergesetzt und diese bejaht. Sie erwog, der Kläger habe anlässlich der Klage begründung behauptet, dass die im Streit liegende Forderung bei ihm als natürliche Person verblieben sei. Dies sei von der Beklagten nicht nur nicht bestritten, sondern implizit anerkannt worden, indem sie ausgeführt habe, nach der Liquidation der Einzelunternehmung habe der Kläger "persönlich für unsere Forderungen einzustehen". Damit liege betreffend der Aktivlegitimation eine übereinstimmende Sachverhaltsdarstellung der Parteien vor (Urk. 83 S. 4). In Folge der geltenden Verhandlungsmaxime habe für das Gericht kein Anlass bestanden, das übereinstimmende Vorbringen der Parteien zu verifizieren. Dies gelte umso mehr, als dass der Übertragungsver-

trag in Verbindung mit dem Inventar nicht zwingend den gegenteiligen Schluss gebieten würde. Das Vertragsverhältnis der Parteien sei im Inventar nämlich nicht aufgeführt, weshalb dieses in Nachachtung von Art. 72 FusG nicht an die B2.\_\_\_\_\_ AG übergegangen sei. Auch sei aus den Akten nicht ersichtlich, dass der Kläger die von ihm in eigenem Namen eingeklagte Forderung, welche erst nach dem Stichtag des Inventars per 31. Dezember 2011 entstanden sei, nachträglich und ergänzend zum Inventar an die neu gegründete Aktiengesellschaft abgetreten habe (Urk. 83 S. 5).

3. Entgegen der Vorinstanz kann mit Bezug auf die Aktivlegitimation nicht gesagt werden, dass die Beklagte den Verbleib der Forderung beim Kläger als natürliche Person nicht bestritten, ja gar implizit anerkannt habe. Der beklagischen Stellungnahme war Folgendes zu entnehmen (Urk. 1 Rz 8):

" Wir halten fest, dass der Werkvertrag zwischen den Parteien Herr B.\_\_\_\_\_, B1.\_\_\_\_\_ Haustechnik, ... [Adresse] (Klägerin) und A.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse] (Beklagte) abgeschlossen wurde. Die Klägerin hat die Beklagte nie über den Parteienwechsel informiert. Nachdem nun die B1.\_\_\_\_\_ Haustechnik liquidiert worden ist, hat die Bank die Ansprüche aus der Garantie wie vereinbart zu erfüllen."

Weiter führte die Beklagte aus (Urk. 15 Rz 9):

" Im Weiteren ist festzuhalten, dass der Werkvertrag von der Beklagten nie an Dritte abgetreten worden ist. Die Klägerin hat dies auch nie genehmigt. Das heisst, dass die Beklagte weiterhin über alle Mängelrechte und Ansprüche aus dem Werkvertrag wie vertraglich vereinbart verfügt. Nachdem nun die Klägerin als Einzelunternehmung angeblich liquidiert worden ist, hat Herr B.\_\_\_\_\_ persönlich für unsere Forderungen einzustehen."

Eine eindeutige Stellungnahme zum Verbleib der im Streit liegenden Forderung beim Kläger fehlt. Die Beklagte äussert sich zum Werkvertragsverhältnis der Parteien, benennt gleichzeitig einen Parteiwechsel, über welchen sie nicht informiert worden sei, und macht Angaben zu einer unterbliebenen Abtretung des Werkvertragsverhältnisses ihrerseits. Was die Beklagte mit diesen Äusserungen geltend machen will, ist nicht klar und wird letztlich auch

nicht klarer aufgrund der Aussage, der Kläger habe für ihre Forderungen persönlich einzustehen. Gemäss Art. 56 ZPO obliegt dem Gericht eine Fragepflicht, wenn das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist. Im vereinfachten Verfahren - wie dem vorliegenden - gilt sodann eine verstärkte richterliche Fragepflicht (vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Nach Art. 247 Abs. 1 ZPO wirkt das Gericht durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Dem Gericht kommt mithin zwar keine tragende, aber immerhin eine unterstützende Funktion zu, indem es darauf hinwirkt, dass die Prozesshandlungen der Parteien in richtiger Form vorgenommen werden und Parteibehauptungen und Parteierklärungen bestimmt, vollständig und klar sind. Der Umfang der richterlichen Fragepflicht richtet sich danach, wie eine Partei sozial und intellektuell disponiert ist und ob anwaltliche Vertretung besteht oder nicht (Hauck, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leu-enberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 247 N 9 ff. insbesondere N 15; BK-Killias, Art. 247 N 7 ff.).

Die Beklagte wurde im erstinstanzlichen Hauptverfahren durch ihren Verwaltungsrat, F.\_\_\_\_\_, vertreten. Eine anwaltliche Vertretung bestand nicht. Es erstaunt vor diesem Hintergrund nicht, dass die laienvertretene Beklagte in ihrer Stellungnahme zur Klagebegründung die Thematik der Aktivlegitimation nicht richtig erfasst hat. Eindeutig äussert sie sich nicht zur Frage, ob mit der Vermögensübertragung nach Art. 69 FusG das Werkvertragsverhältnis bzw. die Garantieforderung von der Einzelunternehmung B1.\_\_\_\_\_ Haus-technik auf die B2.\_\_\_\_\_ AG übergegangen ist. Stattdessen machte die Beklagte unklare und teilweise unverständliche Angaben mit Bezug auf das Werkvertragsverhältnis und dessen Parteien. Unter diesen Umständen wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, die unvertretene Beklagte in Nachachtung von Art. 247 Abs. 1 ZPO auf die Unklarheit resp. Unvollständigkeit des Parteivortrages hinzuweisen und sie durch geeignete Fragen zu unterstützen. Die Vorinstanz hat entsprechend unter Verletzung ihrer richterlichen Fragepflicht auf die unvollständigen und unklaren Vorbringen der Beklagten abge-

stellt und gestützt darauf nicht nur eine fehlende Bestreitung der Aktivlegitimation, sondern gar eine übereinstimmende Sachdarstellung der beiden Parteien angenommen. Dies geht nicht an. Die Aktivlegitimation des Klägers ist vor diesem Hintergrund einer Prüfung zu unterziehen.

4. Gestützt auf den Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag vom 8. Juni 2012 (Urk. 4/7) ist davon auszugehen, dass das streitbetroffene Werkvertragsverhältnis vom Kläger (als Inhaber der Einzelunternehmung B1. \_\_\_\_\_ Haustechnik) auf die B2. \_\_\_\_\_ AG übertragen worden ist. Gemäss Ziffer I. des Vertrages wandelte der Kläger "seine im Handelsregister eingetragene Einzelfirma rückwirkend per 1. Januar 2012 um, indem er das ganze Geschäft seiner Einzelfirma im Rahmen der Gesellschaftsgründung als Sacheinlage- und Sachübernahme einbringt und zwar mit allen Aktiven und Passiven (Gesamtübernahme)". In Ziffer V.3 wird sodann festgehalten, dass sämtliche Vertragsverhältnisse betreffend das Geschäft des Sacheinlegers als Ganzes an die Gesellschaft übertragen werden. Es bestehen keinerlei Anzeichen dafür, dass das Werkvertragsverhältnis zwischen den Parteien von dieser Gesamtübernahme ausgenommen worden ist. Wenn die Vorinstanz ausführt, der Werkvertrag sei nicht im Inventar aufgeführt, weshalb die eingeklagte Forderung gemäss Art. 72 FusG beim übertragenden Rechtsträger verblieben sei, greift dies zu kurz. Zwar listet das Inventar das Werkvertragsverhältnis nicht namentlich auf. Art. 71 FusG sieht das Erfordernis der namentlichen Aufnahme ins Inventar aber nur für Arbeitsverträge, Grundstücke, Wertpapiere und "immaterielle Werte" ausdrücklich vor, für die anderen zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens genügt eine pauschale Bezeichnung, sofern die zu übertragenden Vermögensgegenstände bestimmbar sind. An die Spezifizierung der zu übertragenden Aktiven und Passiven sind insbesondere dann keine erhöhten Anforderungen zu stellen, wenn - wie vorliegend geschehen - ein Betrieb oder ein Teilbetrieb übertragen und als solcher umschrieben wird (BSK FusG-Malacrida, Art. 71 N 5 f., Amstutz/Mabillard, Fusionsgesetz, Kommentar, Basel 2008, Art. 71 N 6 i.V.m. Art. 37 N 7). Im vorliegenden Fall wurde eine Übernahme eines ganzen Betriebes (Gesamtübernahme) vollzogen, womit

klar ist, dass - wie im Übernahmevertrag in Ziffer VI.3 hinsichtlich der Dauer-schuldverhältnisse auch ausdrücklich so ausgeführt - sämtliche Vertragsverhältnisse auf die übernehmende Rechtsträgerin übertragen worden sind. Alles andere wäre angesichts der offensichtlich bezweckten gesamthaften Einbringung der Einzelunternehmung B1.\_\_\_\_\_ Haustechnik in die B2.\_\_\_\_\_ AG widersinnig, zumal im Inventar kein einziges Vertragsverhältnis aufgelistet ist, womit die absurde Situation vorherrschen würde, dass zwar sämtliche Aktiven und Passiven der Einzelunternehmung B1.\_\_\_\_\_ Haustechnik (Forderungen, Kasse, Fahrzeuge, etc.) auf die B2.\_\_\_\_\_ AG übergegangen wären, aber die den Forderungen zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisse beim Kläger als Privatperson verblieben wären. Dies obwohl im Übertragungsvertrag ausdrücklich ausgeführt wird, dass eine *Gesamtübernahme* erfolgt, bei welcher *sämtliche Vertragsverhältnisse als Ganzes* auf die zu gründende Aktiengesellschaft übertragen werden. Vor diesem Hintergrund kann einzig der Schluss gezogen werden, dass das zwischen den Parteien bestehende Werkvertragsverhältnis im Rahmen der Vermögensübertragung auf die B2.\_\_\_\_\_ AG übertragen worden ist. Die im Streit liegende Garantierückforderung ist aus diesem auf die B2.\_\_\_\_\_ AG übertragenen Werkvertragsverhältnis hervorgegangen.

5. Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass der Kläger als Privatperson nicht (mehr) Inhaber der eingeklagten Forderung ist. Entsprechend ist er im vorliegenden Verfahren nicht aktivlegitimiert. Die Klage ist daher zufolge fehlender Aktivlegitimation abzuweisen.

C. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Abschliessend sind die erst- und zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu beurteilen.
2. Nach erfolgter Korrektur des angefochtenen Urteils unterliegt der Kläger vollumfänglich. Die von der Vorinstanz unangefochten auf Fr. 3'800.- festgesetzten Gerichtskosten sind vor diesem Hintergrund dem Kläger aufzuerlegen. Weiter ist der Kläger gestützt § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 der Verord-

nung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu verpflichten, der Beklagten für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt, weshalb die Parteientschädigung ohne diesen zuzusprechen ist.

3. Im Berufungsverfahren unterliegt der Kläger ebenfalls, weshalb ihm die in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 2'800.– festzusetzende Gerichtsgebühr aufzuerlegen ist. Weiter ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 2'000.– festzusetzende Parteientschädigung zu bezahlen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt.

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 3'800.– festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'800.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für beide Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss von Fr. 2'875.– (erstinstanzliches Verfahren) bzw. Fr. 2'800.– (zweitinstanzliches Verfahren) verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 3'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, 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 ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 17'300.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Dezember 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:

mc