

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB130006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

## Urteil vom 17. April 2013

in Sachen

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

Beklagter, Streitverkündungskläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Streitverkündungsbeklagter und Beschwerdegegner

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

Kläger und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung (Zulassung Streitverkündungsklage)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Uster,  
Zivilgericht, vom 12. Februar 2013 (CG120004-I)**

---

### **Erwägungen:**

1.1 Mit Entscheid vom 12. Februar 2013 beschloss das Zivilgericht am Bezirksgericht Uster, die Streitverkündungsklage des Beklagten, Streitverkündungsklägers und Beschwerdeführers (fortan Beklagter) nicht zuzulassen; die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden zu Lasten des Beklagten geregelt (Urk. 2 S. 15).

1.2 Hiergegen erhob der Beklagte rechtzeitig mit Eingabe vom 4. März 2013 Berufung, eventualiter Beschwerde, und stellte dabei folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

"Die Streitverkündungsklage gegen B. \_\_\_\_\_ sei zuzulassen.

Eventualbegehren

für den Fall, dass die vorliegende Berufung als Beschwerde behandelt wird, sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzubilligen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge"

1.3 Mit Einzahlungs- und Buchungsdatum vom 20. März 2013 ging innert Frist der mit Verfügung vom 11. März 2013 dem Beklagten auferlegte Kostenvorschuss (Urk. 5 S. 4 f. Dispositiv Ziffer 2) bei der Gerichtskasse ein (Urk. 6).

1.4 Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2.1 Die Vorinstanz begründete ihre Nichtzulassung der Streitverkündungsklage im Wesentlichen damit, dass der Beklagte betreffend die verlangte Informationserteilung behauptete, der Streitverkündungsbeklagte und Beschwerdegegner 1 (fortan Streitverkündungsbeklagter) habe die Unterlagen behündigt, anhand derer er, der Beklagte, dem Kläger und Beschwerdegegner 2 (fortan Kläger) allenfalls Auskunft geben müsse. Daher müsse er, der Beklagte, auf den Streitverkündungsbeklagten Rückgriff nehmen, um selbst Rechenschaft ablegen zu können, falls dies denn erforderlich werde. Demnach würde es sich tatsächlich um einen Anspruch handeln, welcher zwar nicht erst bei Unterliegen im Hauptprozess ent-

stehen würde, aber doch zumindest erst dann aktuell würde. Es würde sich daher um einen Regressanspruch im weiteren Sinn handeln. Zum vom Streitverkündungsbeklagten verlangten Schadenersatz werde nichts Konkretes ausgeführt, doch lasse das Rechtsbegehren darauf schliessen, dass ein solcher Anspruch auch erst durch das Unterliegen im Hauptprozess entstehen würde und damit ebenfalls einen Regressanspruch im weiteren Sinne darstellen würde. Es sei daher grundsätzlich glaubhaft gemacht, dass die behaupteten Ansprüche, sofern sie denn bestehen, vom Ausgang des Hauptverfahrens abhängen würden.

Was die Ansprüche selbst betreffe, so gebe der Beklagte an, es sei aufgrund des Aktenbesitzes offensichtlich, dass er den Streitverkündungsbeklagten belangen könne. Eine solche Behauptung reiche nun aber nicht aus, vielmehr seien die Ansprüche plausibel zu erklären. Diesbezüglich mache der Beklagte folgende Ausführungen zum Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Streitverkündungsbeklagten: Der Streitverkündungsbeklagte sei für seine Firmen tätig gewesen. Er habe im Auftrag der D. \_\_\_\_\_ AG, einem Unternehmen des Beklagten, die Buchhaltung für die E. \_\_\_\_\_ AG geführt. Der Kläger und der Streitverkündungsbeklagte würden in den jeweiligen Stellungnahmen vom 3. Dezember 2012 behaupten, dass der Streitverkündungsbeklagte bei der F. \_\_\_\_\_ AG, ebenfalls einem Unternehmen des Beklagten, angestellt gewesen sei. Diese Firma habe im Auftrag der D. \_\_\_\_\_ AG, welche ihrerseits von der E. \_\_\_\_\_ AG beauftragt worden sei, die Buchhaltung für die E. \_\_\_\_\_ AG geführt. Es bestehe also gemäss allen diesen Darstellungen kein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Streitverkündungsbeklagten. Somit habe der Beklagte auch keinen Anspruch auf Auskunftserteilung und Abwälzung von Schadenersatz gegen den Streitverkündungsbeklagten. Vielmehr würden sich derartige Ansprüche zunächst gegen die D. \_\_\_\_\_ AG richten, welche mit der Führung der Buchhaltung für die E. \_\_\_\_\_ AG beauftragt worden gewesen sei. Die D. \_\_\_\_\_ AG hätte dann ihrerseits je nach dem, welche Behauptungen zutreffen, gegen den Streitverkündungsbeklagten oder gegen die F. \_\_\_\_\_ AG vorzugehen etc. Der Beklagte habe also mangels bei Unterliegen im Hauptprozess entstehender Ansprüche gegen den Streitverkündungsbeklagten kein Rechtsschutzinteresse an der Streitverkündungsklage. Es könne daher offen bleiben, ob die übrigen Prozessvoraussetzun-

gen gegeben seien. Die Streitverkündungsklage sei nicht zuzulassen (Urk. 2 S. 11 f. E. 3.2.8. f.).

2.2 Der Beklagte bringt hiergegen vor, dass, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt habe, an den Zulassungsantrag für die Streitverkündungsklage keine hohen Anforderungen gestellt würden. Als entscheidend erweise sich folgende Aussage des gleichzeitigen Rechtsvertreters des Streitverkündungsbeklagten und Klägers in seiner Klageschrift (Urk. 2 S. 5 Ziff. 4): "All dies erfuhr der Kläger aber erst später von Herrn B.\_\_\_\_\_, einem Mitarbeiter und Geschäftspartner des Beklagten." Angesichts dieser klaren Aussage habe er keine Veranlassung gesehen, einen zweiten Schriftenwechsel zu fordern. Mit dieser Aussage sei offensichtlich, dass die erforderlichen rechtlichen Beziehungen bestehen würden. Den geringen Anforderungen an die Zulassung der Streitverkündungsklage sei damit genüge getan. Die Vorinstanz hätte diese vorbehaltlose Äusserung zu berücksichtigen gehabt. Weiter sei das Einbringen neuer Beweismittel dann zulässig, wenn der angefochtene Entscheid dazu führe, dass zusätzliche Unterlagen erforderlich sein würden. Dies sei vorliegend der Fall. Er habe davon ausgehen können, dass das Zugeständnis des Streitverkündungsbeklagten, er sei als Mitarbeiter und Geschäftspartner für ihn tätig gewesen, angesichts der niederen Voraussetzungen für die Zulassung der Streitverkündungsklage genügen würde. Nun habe der Streitverkündungsbeklagte in seiner Stellungnahme vorgebracht, nicht für ihn (den Beklagten) gearbeitet zu haben. Mit einer solchen Schutzbehauptung habe er nicht rechnen müssen. Damit sei das Einbringen neuer Beweismittel im vorliegenden Verfahren zulässig. Aus den nunmehr im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen ergebe sich, dass der frühere Mitarbeiter rund Fr. 40'000.– erhalten habe, die "vom Beklagten bzw. von seinem persönlichen Bankkonto" abgehoben worden seien. Damit könne das Vertragsverhältnis zwischen dem Streitverkündungsbeklagten und ihm belegt werden. Er bestreite im Übrigen nicht, dass der Streitverkündungsbeklagte zusätzlich für weitere seiner Firmen tätig gewesen sei. Grundsätzlich habe dieser aber auch auf eigene Rechnung gearbeitet. Die komplexe Situation hinsichtlich der Beschäftigung des Streitverkündungsbeklagten, durch den Beklagten und seine Firmen könne überdies durch entsprechende Abtretungen gelöst werden.

Sodann führt er aus, dass der Rechtsvertreter des Klägers in der Klageschrift vorerst ausgeführt habe, der Streitverkündungsbeklagte sei Mitarbeiter und Geschäftspartner des Beklagten gewesen. In der Stellungnahme zur Frage der Zulassung der Streitverkündungsklage habe der nämliche Rechtsvertreter – nunmehr auch – des Streitverkündungsbeklagten dahingegen behauptet, dass dies nicht der Fall sei. Hierin liege ein "venire contra factum proprium", das als Untergruppe von Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich sei.

Es gebe verschiedene Grundlagen für Regressansprüche. Als Mitarbeiter und Geschäftspartner liege zwischen ihm und dem Streitverkündungsbeklagten ein Auftragsverhältnis vor. Regressansprüche würden sich deshalb aus Schlechtere Erfüllung und damit Schadenersatz ergeben. Ihm seien praktisch alle Unterlagen in der Auseinandersetzung mit dem Kläger vom Streitverkündungsbeklagten entwendet worden. Die Entwendung stelle zumindest eine unerlaubte Handlung gemäss Art. 41 OR dar, da ein Mitarbeiter zur Mitnahme nicht befugt sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn einzelne Dokumente der Antwort auf die Streitverkündungsbegehren beigelegt worden seien, die mit dem Fall nichts zu tun hätten, sondern lediglich der Anschwärzung des Gegners dienen würden. Die unerlaubte Handlung sei zu seinem Nachteil erfolgt, weshalb auch dadurch ein Rechtsverhältnis entstanden sei. Er gehe weiter davon aus, dass der Streitverkündungsbeklagte den Kläger in der Sache berate (vgl. Sachverhaltsdarstellung Streitverkündungsbeklagter, Urk. 7/4/8), da ein derartiges Vorgehen ohne den entsprechenden Auftrag aussergewöhnlich sei. Wer aber als Berater entwendete Dokumente dem Klienten zuspiele, verstosse gegen das UWG, woraus der Beklagte ebenfalls Ansprüche geltend machen könne.

Schliesslich habe die Vorinstanz Art. 115 ZPO (Beweisgegenstand) verletzt. Die Ansichten der Parteien seien unterschiedlich. Der Kläger betrachte den Streitverkündungsbeklagten als Mitarbeiter und Geschäftspartner des Beklagten, wohingegen der Streitverkündungsbeklagte geltend mache, er sei nur für Firmen des Beklagten tätig gewesen. Damit liege eine rechtserheblich streitige Tatsache vor, über welche die Vorinstanz zu entscheiden gehabt hätte. Die Vorinstanz habe aber ohne nähere Begründung die Auffassung des Streitverkündungsbeklagten

übernommen und das gewichtige Gegenargument (Darstellung des Klägers durch denselben Rechtsvertreter) nicht berücksichtigt, worin auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege (Urk. 1 S. 4 ff.).

2.3.1 Gegen den angefochtenen Entscheid ist die Beschwerde das zutreffende Rechtsmittel (Urk. 5). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (vgl. *Freiburghaus/Afheldt*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, ZPO Komm., Zürich/Basel/Genf 2013, 2. Aufl., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand.

2.3.2 Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (*Freiburghaus/Afheldt*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, a.a.O., Art. 326 N 3 f.). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. *Leuenberger*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, a.a.O., Art. 229 N 8).

2.4.1 Die Aussage, der Streitverkündungsbeklagte sei Mitarbeiter und Geschäftspartner des Beklagten gewesen, erfolgte klägerischerseits im Rahmen der Klagebegründung, mithin in einem Verfahrensstadium, in dem über eine allfällige Streitverkündung keine Kenntnis bestand. Aus der Aussage für sich allein ergibt sich weder die Form der Mitarbeit noch worin die Geschäftspartnerschaft bestanden haben soll. Dies hätte auch dem Beklagten klar sein müssen. Von da her vermag die Aussage das Bestehen eines nötigen Sachzusammenhanges zwischen Streitverkündungs- und Hauptklage nicht zu vermitteln. Im Übrigen ist sie vom Kläger und nicht vom Streitverkündungsbeklagten in das vorinstanzliche Ver-

fahren eingebracht worden, letzterem folglich nicht anzurechnen, selbst wenn sie von demselben Rechtsvertreter stammt. Massgeblich ist vielmehr auf die Behauptungen im beklagischen Antrag zur Zulassung der Streitverkündungsklage sowie in den praktisch identischen Stellungnahmen zu derselben Frage des Klägers und Streitverkündungsbeklagten abzustellen. Aus den Behauptungen des Klägers und denjenigen des Streitverkündungsbeklagten insbesondere ergibt sich lediglich eine Präzisierung der geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Streitverkündungsbeklagten und dem Beklagten. Von da her liegt, selbst wenn die Aussage des Klägers in der Klageschrift dem Streitverkündungsbeklagten angerechnet würde, keine Zuwiderhandlung gegen das eigene frühere Verhalten vor. Sie steht auch nicht im Widerspruch zur ursprünglichen Aussage. Der Beklagte seinerseits ging davon aus, dass der Streitverkündungsbeklagte im Auftrag der D. \_\_\_\_\_ AG tätig war (Urk. 7/18), somit nicht unmittelbar in seinem persönlichen Auftrag. Wie von der Vorinstanz in ihren Erwägungen zutreffend festgehalten, lässt sich bereits aus den Darstellungen der Parteien kein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Streitverkündungsbeklagten ableiten. Sie hatte dazu daher auch kein Beweisverfahren durchzuführen. In der Folge erweist sich als zutreffend, dass der Beklagte aufgrund der vorinstanzlichen Aktenlage bei Unterliegen im Hauptprozess mangels entstehender Ansprüche gegen den Streitverkündungsbeklagten kein Rechtsschutzinteresse an der Streitverkündungsklage hat (vgl. Ziff. 2.1 hievore).

Des Weiteren wurden die Stellungnahmen zur Frage der Zulassung der Streitverkündungsklage vom 3. Dezember 2012 (Urk. 7/27 und Urk. 7/29) dem Beklagten am 25. Januar 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt und von ihm gemäss Empfangsschein am 28. Januar 2013 auch entgegengenommen. Eine Zustellung der Stellungnahmen an den Kläger bzw. Streitverkündungsbeklagten war aufgrund derer weitgehenden Identität nicht notwendig, mithin aber auch nicht, weil sie von demselben Rechtsvertreter stammen. Der angefochtene Beschluss datiert vom 12. Februar 2013 und ist gleichentags versandt worden (Urk. 7/32). Damit hätte es allen Parteien innert genügender Zeit freigestanden, sich zu den Stellungnahmen vernehmen zu lassen oder einen zweiten Schriftenwechsel zu beantragen. Dem vermögen auch die Vorbringen des Beklagten nicht abzuwehren,

weshalb seinerseits hierauf verzichtet worden ist. Das Versäumte ist einer Korrektur im Rechtsmittelverfahren nicht zugänglich (vgl. nachstehende Ziff. 2.4.2). Letztlich verbleibt darauf hinzuweisen, dass für die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels von Amtes wegen jedenfalls kein Anlass bestand.

2.4.2 Im Übrigen bildeten die weiteren Vorbringen (Urk. 1 Erw. IV/2, VI/3 und 4) und eingereichten Unterlagen des Beklagten nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens. Sie sind daher neu. Entgegen der Ansicht des Beklagten können aufgrund des Novenverbots im Beschwerdeverfahren nach ZPO die neu bei der Rechtsmittelinstanz eingereichten Unterlagen nicht mehr berücksichtigt werden.

2.5. Aus den voranstehenden Erwägungen resultiert, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

3.1 Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2 Dem Kläger sowie dem Streitverkündungsbeklagten ist für das Beschwerdeverfahren mangels relevanter Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'450.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger sowie den Streitverkündungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmitelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 86'500.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am: js