

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB140042-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 30. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____ **AG, Baugeschäft, C.** _____,

2. **D.** _____,

3. **E.** _____ **Immobilien AG,**

4. **F.** _____ **AG Transporte,**

Beklagte und Beschwerdegegner

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung (Anhandnahme)**

Beschwerde gegen eine Referentenverfügung des Bezirksgerichtes Meilen, Abteilung, vom 7. November 2014 (CG140028-G)

Erwägungen:

1.1 Am 30. Juli 2012 ging bei der Vorinstanz die diesem Verfahren zugrundeliegende Klage ein (Urk. 7/1-4). Nachdem die Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagte) die Einwendung der Schiedsklausel und damit der fehlenden sachlichen Zuständigkeit vorgebracht hatten, trat die Vorinstanz mit Zirkularbeschluss vom 21. Mai 2013 auf die Klage nicht ein (Urk. 7/29). Dieser Entscheid wurde von der angerufenen Kammer mit Urteil vom 9. Oktober 2013 geschützt (Urk. 7/36). Die vom Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 30. Juni 2014 teilweise gut und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urk. 7/35, BGer 4A_560/2013). Mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 19. August 2014 wurde der Zirkulationsbeschluss der Vorinstanz vom 21. Mai 2013 wie folgt aufgehoben (Urk. 7/34 S. 5 f.):

- "1. Die Dispositivziffern 2 - 5 Der Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. Mai 2013 werden aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. [...].
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 9'550.-- festgesetzt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 9'200.-- und die Beklagten einen solchen von Fr. 1'470.-- bezahlt haben.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Rechtsmittelbelehrung)."

1.2 Mit Schreiben vom 26. September 2014 stellte der Kläger vor Vorinstanz folgendes Begehren (Urk. 7/37 S. 2):

- "1. Die von den Beklagten am 28. September 2012 erhobene Schiedseinrede sei abzuweisen, mit einem selbständigen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO und unter Kosten- und Entschädigungsfolge auch in Bezug auf das obergerichtliche Berufungsverfahren zulasten der Beklagten.

2. Die Verfahren seien an die Hand zu nehmen. Den Beklagten sei Frist zur Erstattung der Klageantwort anzusetzen."

1.3 Hierauf entschied die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. November 2014 folgendes (Urk. 7/40 S. 2 f.):

- "1. Das Verfahren mit Geschäfts-Nummer CG120023-G wird an Hand genommen unter der vorliegenden Geschäfts-Nummer CG140028-G.
2. Den Beklagten wird das Doppel der Eingabe des Klägers vom 26. September 2014 (act. 37) zugestellt. Es wird davon Vormerk genommen, dass den Beklagten das Doppel der Klageschrift vom 27. Juli 2012 (act. 1/2) samt den dazugehörigen Beilagen am 22. August 2012 bereits zugestellt worden ist.
3. Den Beklagten wird eine nicht erstreckbare Frist von 80 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um die schriftliche Klageantwort im Doppel einzureichen.
Darin haben sie darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen des Klägers im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Sie haben ihre eigenen Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die Beweismittel dazu (Zeugen, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskünfte, Parteibefragungen oder Beweisaussage) genau zu bezeichnen und ein Verzeichnis sämtlicher Beweismittel beizulegen. Verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, sind zusammen mit der Klageantwort einzureichen.
4. (Schriftliche Mitteilung)."

1.4 Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Schreiben vom 20. November 2014 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 24. November 2014) innert Frist Berufung, eventuell Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Die Vorinstanz sei anzuweisen, über die Frage ihrer sachlichen Zuständigkeit (im Hinblick auf die Schiedseinrede der beklagten Parteien) einen förmlichen Zwischenentscheid, inklusive Kosten- und Entschädigungsfolgen, zu fällen.
2. Eventuell sei die Vorinstanz ohne Aufhebung der angefochtenen Verfügung anzuweisen, über die Frage ihrer sachlichen Zuständigkeit (im Hinblick auf die Schiedseinrede der beklagten Parteien) einen förmlichen Zwischenentscheid, inklusive Kosten- und Entschädigungsfolgen, zu fällen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

1.5 Mit Präsidialverfügung vom 3. Dezember 2014 wurde die Rechtsmittelschrift als Beschwerde entgegengenommen und dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 2'000.– angesetzt (Urk. 9 S. 3). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (Urk. 10).

2. Auf die klägerischen Vorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

3.1 Im Beschluss der angerufenen Kammer vom 19. August 2014 wurde erwogen, dass davon auszugehen sei, dass bei einem Rückweisungsentscheid nach wie vor eine Bindungswirkung bestehe, auch wenn die geltende Zivilprozessordnung diese Frage offenlasse (Urk. 7/34 S. 2 mit Verweis auf BK-Sterchi, Art. 318 N 14, und Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 1545 f.). Demzufolge seien die kantonalen Instanzen an die Erwägungen im bundesgerichtlichen Entscheid gebunden, weshalb vorliegend davon auszugehen sei, dass die Parteien für die Beilegung von Streitigkeiten aus dem Konsortialvertrag keine Schiedsvereinbarung getroffen haben. Die Klage sei daher an die Hand zu nehmen. Die Dispositivziffern 2-5 des vorinstanzlichen Beschlusses vom 21. Mai 2013 seien deshalb aufzuheben und das Verfahren in diesem Sinne an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz werde in ihrem Entscheid gesamthaft über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden haben (Urk. 7/34 S. 4 f. mit Verweis auf Art. 104 Abs. 4 ZPO).

3.2 In ihrer Verfügung vom 7. November 2014 verfügte die Vorinstanz das Vorerwähnte nach Einsicht in den obergerichtlichen Beschluss vom 19. August 2014 und die Eingabe des Klägers vom 26. September 2014 sowie in Anwendung von Art. 222 ZPO (Urk. 2 S. 2).

4.1 Der Kläger bringt vor, dass die Vorinstanz mit ihrer – seiner Ansicht nach prozessleitenden Verfügung – implizit zum Ausdruck bringe, dass sie bezüglich der von den Beklagten erhobenen Schiedseinrede auf einen selbständigen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO verzichte und die Frage der sachlichen Zuständigkeit mit dem Endentscheid beurteilen werde. Ein solch selbständiger Zwischenentscheid sei seiner Ansicht nach aber zwingend zu fällen (Urk. 1

S. 3). Entsprechend macht der Kläger geltend, dass die Vorinstanz entgegen seinem ausdrücklichen Antrag die Unzuständigkeitseinrede hinsichtlich der Schiedseinrede nicht explizit abgewiesen habe und auch nicht über die zwischenzeitlich angefallenen Kosten und Entschädigungen entschieden habe. In Bezug auf den fehlenden Kostenentscheid führt der Kläger an, dass ihm dadurch ein gewichtiger Nachteil entstehe, müsste er doch – bei Verlegung der Kosten mit dem Endentscheid – bei Unterliegen seinerseits allenfalls auch die zwischenzeitlich angefallenen Kosten tragen, obschon er in diesem Punkt obsiegt habe. Dies verstosse gegen Art. 8 BV und Art. 29 BV. Art. 318 Abs. 3 ZPO unterstelle sodann die Kostenregelung anders als Art. 104 Abs. 2 ZPO für das erstinstanzliche Verfahren nicht in das Ermessen des Gerichts. Müsste die Rechtsmittelinstanz bei reformatorischem Entscheid zwingend einen Kostenentscheid fällen und sei eine Reformation ausnahmsweise nicht möglich und erfolge deshalb eine Rückweisung an die Vorinstanz, habe letztere die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln – dies kraft Art. 318 Abs. 3 ZPO (und in Bezug auf die Kosten des Rechtsmittelverfahrens im Verbund mit Art. 104 Abs. 4 ZPO). Sei über die die Zuständigkeit betreffenden Kosten- und Entschädigungsfolgen bereits einmal ein Entscheid gefällt worden, bestehe infolge der Unzulässigkeit der Wiedererwägung von vorneherein nicht nur kein Anlass, sondern überhaupt gar kein Ermessen mehr, die Kostenverteilung in Anwendung von Art. 104 Abs. 2 ZPO auf den Endentscheid zu vertagen (Urk. 1 S. 17 ff.).

4.2 Mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 wurde die Rechtsmittelschrift – wie erwähnt – als Beschwerde entgegengenommen (Urk. 9 S. 3 Dispositivziffer 1), da sich die Anordnungen der Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 7. November 2014 – bis auf den Antrag auf Abweisung der Schiedseinrede und der Kostenfolgen – mit den Anträgen des Klägers in seiner Eingabe vom 26. September 2014 decken würden und er beanstandete, dass die Vorinstanz trotz entsprechendem Antrag keinen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO erlassen habe. Damit mache der Kläger eine Rechtsverweigerung geltend (Urk. 9 S. 2 f.). Dies hat der Kläger bislang nicht beanstandet.

5.1.1 Gegenstand der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde nach Art. 319 lit. c ZPO bildet ausschliesslich die sogenannte formelle Rechtsverweigerung, die sich in einer unrechtmässigen Verweigerung oder Verzögerung eines anfechtbaren Entscheides äussert, nicht aber die materielle Rechtsverweigerung. Letztere liegt vor, wenn die zuständige Behörde zwar entscheidet, ihr Entscheid jedoch in der Sache – wie vorliegend vom Gesuchsgegner geltend gemacht (Urk. 1 S. 9) – willkürlich ist (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 319 N 17; BSK ZPO-Spühler, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 319 N 22).

5.1.2 Entgegen der Ansicht des Klägers hat die Vorinstanz den Entscheid über die Frage der sachlichen Zuständigkeit nicht dem Endentscheid vorbehalten. In Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 7. November 2014 hat die Vorinstanz entschieden, die Klage an Hand zu nehmen, wie dies der Kläger beantragt hatte (Urk. 7/37 S. 2). Damit hat sie sich in dem Sinne für zuständig erklärt, als sie implizit die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten zufolge Vorliegens einer Schiedsabrede verworfen hat. Die Einwendung, wonach der Entscheid seiner Ansicht nach anders hätte formuliert werden sollen, nämlich indem verfügt worden wäre, dass die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten abgewiesen und das Verfahren fortgeführt werde (Urk. 1 S. 17), beschlägt den materiellen Gehalt dieses Entscheides, weshalb die Beschwerde nach Art. 319 lit. c ZPO diesbezüglich nicht greift. Da die Vorinstanz einen Entscheid erlassen hat und nicht untätig geblieben ist, liegt denn auch keine formelle Rechtsverweigerung vor. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

5.2 In Bezug auf die Einwendungen des Klägers betreffend Verlegung der bis dato angefallenen Kosten und Entschädigungen kann offenbleiben, unter welchem Titel (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO oder Art. 319 lit. c ZPO) die Beschwerde entgegenzunehmen ist, da entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 1 S. 17 ff.) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung ohnehin kein Anspruch auf Verlegung der während des Verfahrens angefallenen Kosten und Entschädigungen vor Erlass des Endentscheides besteht. So erfolgte vorliegend ein kassatorischer

Rückweisungsentscheid der Rechtsmittelinstanz an die erste Instanz, weshalb die Rechtsmittelinstanz nach Art. 318 Abs. 3 ZPO nicht über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens entscheiden musste. Weist die Rechtsmittelinstanz eine Sache zurück an die Vorinstanz, so kann sie dieser die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Dementsprechend aber lag die Kompetenz, ob ein sofortiger Kostenentscheid über die bislang angefallenen Kosten zu fällen ist, erneut im Ermessen der Vorinstanz. Damit ist aber auch gesagt, dass die Vorinstanz – nachdem sie die Eintretensfrage bejaht hatte – gestützt auf Art. 104 Abs. 2 ZPO die bis dahin angefallenen Kosten verteilen konnte, aber nicht verteilen musste (so auch Jenny in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 104 Abs. 2 N 8; Urwyler in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, Art. 104 N 4). Der Grund dieser Vorschrift liegt darin, dass in diesen Fällen oft nicht absehbar ist, welche Partei letztlich obsiegen bzw. unterliegen wird (Botschaft ZPO BBl 2006 7221 S. 7296; vgl. auch KUKO ZPO-Schmid, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 104 N 7). Eine diesbezügliche Einschränkung bei Rückweisungsentscheiden der oberen kantonalen Instanz mit Delegation der Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens an die Vorinstanz im Sinne von Art. 104 Abs. 4 ZPO sieht Art. 104 ZPO, welcher den Zeitpunkt der Prozesskostenverteilung regelt, denn auch nicht vor. Dementsprechend aber findet die Auslegung des Klägers, wonach die Vorinstanz bei einem Rückweisungsentscheid für die Frage, ob die Kosten im Zwischenentscheid zu verteilen sind oder nicht, über kein Ermessen mehr verfüge, gerade keine Stütze. Ebenso ist damit auch der Argumentation, wonach dies eine Ungleichbehandlung der Parteien sei und bei einem allenfalls abschlägigen Endentscheid zu einem stossenden Ergebnis führen würde, wenn der Kläger auch diese Kosten zu tragen hätte, obschon er in diesem Teil obsiegt habe, der Boden entzogen; die Rückweisung vermag den Charakter von Art. 104 Abs. 2 ZPO als Kann-Vorschrift nicht umzustossen. Schliesslich überzeugt auch das Argument des Klägers, wonach bereits einmal über die die Zuständigkeit betreffenden Kosten entschieden worden sei, weshalb im erneuten Zwischenentscheid zwingend über die Kosten zu entscheiden sei, nicht: So entschied die Vorinstanz mit Zirkulationsbeschluss vom 21. Mai 2013 in Form eines Endentscheides und regelte diesbezüglich die Kosten

in Anwendung von Art. 104 Abs. 1 ZPO. Damit aber wurde kein Zwischenentscheid gefällt, mit welchem bereits einmal über die diesbezüglichen Kosten entschieden worden wäre. Nach dem Gesagten kann somit keine Rechtsverweigerung nach Art. 319 lit. c ZPO vorliegen. Infolge fehlenden Anspruchs kann auch entgegen der Ansicht des Klägers kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b ZPO drohen, weshalb eine Beschwerde unter diesem Titel nicht zugelassen und damit darauf nicht eingetreten würde. Zudem wäre auch kein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil für den Kläger auszumachen: Die Befürchtung des Klägers, dass sein Obsiegen bezüglich der sachlichen Zuständigkeit bei Prozessbeendigung durch Vergleich oder durch Abweisung seiner Klage unberücksichtigt bleiben könnte (Urk. 1 S. 4 f.), ist unbegründet. Bei einem Vergleich hat es der Kläger in der Hand, diesen Umstand zur Bedingung für den Abschluss zu machen. Auch bei einer Abweisung der Klage und somit einem Unterliegen des Klägers mit seinem Klageanspruch ist eine vollumfängliche Überbindung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf die unterliegende Partei keineswegs zwingend (Art. 107 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen könnte in der Folge vom Kläger auch noch mittels Beschwerde selbständig angefochten werden. Der vorinstanzliche Aufschub des Entscheids über die Kostenfolgen bis zum Endentscheid in der Sache bedeutet für den Kläger somit keinen Rechtsnachteil. Entsprechend aber ist die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

5.3 Wäre die Rechtsmittelschrift im Sinne des Klägers als Berufung entgegenzunehmen gewesen, wäre ohnehin infolge fehlenden Rechtsschutzinteresses auf die Berufung nicht einzutreten gewesen. So ist die Vorinstanz mit ihrem Entscheid, das Verfahren an Hand zu nehmen, grundsätzlich auf die Klage eingetreten. Nachdem der Kläger die Klage aber bei der Vorinstanz eingereicht hat und damit von deren Zuständigkeit ausgeht, wäre er durch die angefochtene Verfügung nicht beschwert. Entsprechend aber fehlte es an einer Rechtsmittelvoraussetzung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 60 ZPO).

5.4 Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

6.1 Die Entscheidgebür für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Kläger die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen sind.

6.2 Den Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage je eines Doppels von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/3-10, sowie an das Bezirksgericht Meilen, Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Be-

schwerde 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 in der Hauptsache Fr. 112'123.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. Januar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc