



Kass.-Nr. AA070033/U/Ia

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 19. Dezember 2007**

in Sachen

Y,  
Rechtsanwalt, ...,  
Kläger, Appellat und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**X & Partner,**

...,

- a. A,  
Rechtsanwalt, ...,
- b. B,  
Rechtsanwalt, ...
- c. C,  
Rechtsanwalt, ...,
- d. D,  
Rechtsanwalt, ...,
- e. E,  
Rechtsanwältin, ...,
- f. F,  
Rechtsanwalt, ...,

Beklagte, Appellanten und Beschwerdegegner

a, b, c, d, e, f vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Februar 2007 (NG060013/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. a) Das Anwaltsbüro G & H Rechtsanwälte ist Mieterin von Büroräumen im dritten bis sechsten Geschoss der Liegenschaft ... in Zürich. Vermieterin ist die Q AG. Mit (Unter-)Mietvertrag vom 26. September 1989 vermieteten die Rechtsanwälte G und H dem Kläger (Beschwerdeführer) mit Mietbeginn ab 1. November 1989 ein Büro sowie einen Anteil an einem weiteren Büro im fünften Geschoss. Mit (Unter-)Mietvertrag vom 28. Oktober / 3. November 1992 mietete der Kläger mit Mietbeginn ab 1. Oktober 1992 den gesamten fünften Stock. Dieser Vertrag endete zwar am 30. April 1998, wurde aber zweimal durch neue Mietverträge ersetzt, so dass das Mietverhältnis weiterhin besteht (Mietvertrag 1).

Im April / Mai 2001 schlossen die Parteien ein Unteruntermietverhältnis in dem Sinne, als der Kläger den Beklagten (Beschwerdegegnern) zwei gegen den Innenhof gerichtete Büros für die Dauer vom 1. Juli 2001 bis 30. April 2007 vermietete (Mietvertrag 2).

Ab Anfang Mai 2003 fanden diverse Gespräche und Korrespondenzen zwischen dem Kläger und C (Beklagter c) sowie H bezüglich einer vorzeitigen Aufhebung des Mietvertrags 2 per 31. August 2003 bzw. 30. September 2003 sowie der Einräumung eines Optionsrechts zu Gunsten des Klägers zur Verlängerung des Mietvertrags 1 statt. In der Folge stellten sich die Beklagten auf den Standpunkt, der Mietvertrag 2 sei per 30. September 2003 aufgelöst worden, während der Kläger eine solche Aufhebungsvereinbarung in Abrede stellte. Im Sommer 2003 bemühte sich der Kläger, einen neuen Mieter für die zwei Büroräume zu finden, was nicht gelang. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2003 teilte F (Beklagter f) dem Kläger mit, man habe die beiden hofseitig gelegenen Büros geräumt, betrachte damit das Mietobjekt als ordnungsgemäss übergeben und retourniere die Schlüssel. Mit Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters vom 8. Juni 2004 wurden die Beklagten aufgefordert, den Ausstand von mittlerweile Fr. 40'050.-- (neun Monatsmietzinse à Fr. 4'450.--) zu bezahlen, ansonsten die fälligen Mietzinse eingeklagt würden. Mit Schreiben vom 7. Juni 2005 unterbreitete F dem Kläger den fol-

genden Vorschlag: Die V AG, die als neue Mieterin zur Verfügung stehe, solle die beiden streitbetroffenen Büros vom 1. Juli 2005 bis zum 30. April 2007 vom Kläger in Untermiete übernehmen, wobei dieser den monatlichen Mietzins von Fr. 2'600.-- für die Benützung der beiden Büros sowie die Mitbenützung der übrigen Infrastruktur an G und H abtrete. Gleichzeitig solle sich im Gegenzug der Mietzins, den der Kläger auf Grund des Mietvertrags 1 an G und H bezahle, ab 1. Juli 2005 um monatlich Fr. 2'600.-- reduzieren. Der Kläger erklärte sich mit Unterschrift vom 11. Juni 2005 mit diesem Vorschlag einverstanden.

b) Mit Eingabe vom 18. Juni 2004 reichte der Kläger bei der Schlichtungsbehörde Zürich Klage auf Bezahlung von Fr. 40'050.-- zuzüglich Zins sowie die während des Verfahrens fällig werdenden Mietzinse von Fr. 4'450.-- pro Monat ein. Die Klage richtete sich gegen das Advokaturbüro G H & Partner Zürich, einfache Gesellschaft, nämlich G, H, C und weitere Partner (deren Namen und Adressen von der Beklagten zu edieren seien) und / oder die Kollektivgesellschaft G H & Partner (MG act. 5/1). Mit Beschluss vom 23. Dezember 2004, nach am 2. September 2004 durchgeführter Schlichtungsverhandlung, stellte die Schlichtungsbehörde die Nichteinigung der Parteien fest (MG act. 3/14 = MG act. 5/10). Mit Eingabe vom 4. Februar 2005 erhob der Kläger beim Mietgericht Klage auf Bezahlung von Fr. 75'650.-- zuzüglich Zins sowie die während des Prozesses fällig werdenden Mietzinse. Diese Klage richtete sich gegen G H & Partner, nämlich G, H und C (MG act. 1). Das Rechtsbegehren wurde zweimal erweitert (MG act. 15 S. 2 und MG act. 37 S. 1) und lautete schliesslich auf Bezahlung von Fr. 99'000.-- zuzüglich Zins und Nebenkostenanteilen sowie Bezahlung der weiteren während des Prozesses fällig werdenden Mietzinse (Fr. 1'850.-- pro Monat). Mit Beschluss vom 19. Januar 2006 änderte das Mietgericht das Rubrum in dem Sinne, als G und H gestrichen und als Beklagte (neben C) neu A, B, D, E und F aufgenommen wurden (MG act. 41).

Das Mietgericht hiess mit Urteil vom 18. September 2006 die Klage gut und verpflichtete die Beklagten solidarisch, dem Kläger Fr. 121'200.-- zuzüglich Zins zu bezahlen (MG act. 64 = OG act. 72). Dagegen erhoben die Beklagten Berufung (MG act. 67).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) erachtet G H & Partner als Kollektivgesellschaft und weist mit Beschluss vom 1. Februar 2007 die gegen die einzelnen Gesellschafter gerichtete Klage wegen fehlender Passivlegitimation ab (OG act. 86 = KG act. 2).

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Kläger, der genannte Beschluss vom 1. Februar 2007 sei aufzuheben und die Sache zur Behandlung der Berufung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1). Die Beklagten verzichten auf eine Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9), ebenso das Obergericht auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

## II.

1. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, seine Klage, wie er sie vor Mietgericht eingereicht habe, richte sich ausschliesslich gegen die einfache Gesellschaft G H & Partner Zürich, d. h. die sechs Beschwerdegegner. Der angefochtene Entscheid kranke im Wesentlichen daran, dass das Obergericht entgegen der übereinstimmenden Sachdarstellung der Parteien nicht zwischen der gesamten Anwaltskanzlei G H Rechtsanwälte Zürich und Bern (bis 31. Dezember 2004: G H & Partner Bern und Zürich) und den Beschwerdegegnern unterscheide, welche zwei Büros in Zürich vom Beschwerdeführer zurückgemietet hätten. Nach eigener Darstellung hätten sie dies auf eigene Rechnung und abgegrenzt von der einfachen (oder Kollektiv-)Gesellschaft G H Rechtsanwälte in Bern und Zürich getan. Entgegen der Ansicht des Obergerichts hätten sich die Ausführungen des Beklagten c (C) an der Hauptverhandlung vom 1. September 2005 vor Mietgericht (MG Prot. S. 8) und vor allem dessen Eingabe vom 13. September 2005 (MG act. 39) ausschliesslich auf das Anwaltsbüro G H Rechtsanwälte in Zürich, das heisst auf die sechs Beklagten, die in Zürich (als Teil von G H & Partner Bern und Zürich) praktizierten und vom Beschwerdeführer die strittigen zwei Büros gemietet hätten, bezogen (KG act. 1 S. 2 - 4, Ziffer 1).

b) Der Beschwerdegegner c (C) erklärte zwar an der Hauptverhandlung vom 1. September 2005 vor Mietgericht, G H & Partner seien als einfache Gesellschaft

organisiert (MG Prot. S. 8). Daraus ergibt sich jedoch nur, dass er die Rechtsansicht vertrat, G H & Partner seien eine einfache Gesellschaft. Nicht ausgeschlossen ist, dass er sich irrte und die Voraussetzungen für den Bestand einer Kollektivgesellschaft im Sinne von Art. 552 OR erfüllt sind. Die vom Beschwerdegegner c unterzeichnete und auf dem Briefpapier von G H Rechtsanwälte verfasste Eingabe vom 13. September 2005 an das Mietgericht lautet wie folgt: "Nachfolgend die Liste der Partner des Anwaltsbüros G H Rechtsanwälte in Zürich: ...". (Es folgen die Namen der sechs Beschwerdegegner) (MG act. 39). Aus der Umschreibung "in Zürich" ergibt sich klar, dass G H Rechtsanwälte auch noch andere Partner, eben die in Bern domizilierten, umfasst. Ob die angeführten, in Zürich domizilierten Rechtsanwälte eine vom gesamten Anwaltsbüro G H Rechtsanwälte - welche Rechtsform dieses auch hat - verschiedene einfache Gesellschaft bilden, ist eine Rechtsfrage.

Nach dem Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia", § 57 ZPO) ist das erkennende Gericht nicht an die Rechtsansicht der Parteien gebunden. Selbst wenn davon auszugehen wäre, sowohl der Beschwerdeführer wie auch die Beschwerdegegner betrachteten G H Rechtsanwälte, das gesamte Anwaltsbüro oder lediglich die in Zürich domizilierten Partner, als einfache Gesellschaft, schliesse dies nicht aus, dass das erkennende Gericht diese als Kollektivgesellschaft betrachtet und daraus die entsprechenden Rechtsfolgen ableitet. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die prozessualen Äusserungen des Beschwerdegegners c gegenüber dem Mietgericht ist demnach unbehelflich.

2. a) Das Obergericht weist darauf hin, dass es die Parteien mit der ersten Fristansetzung für die Vorträge im Berufungsverfahren darauf aufmerksam gemacht habe, dass das Bundesgericht eine Anwaltssozietät unter bestimmten Umständen nicht als einfache Gesellschaft, sondern als Kollektivgesellschaft behandle (KG act. 2 S. 8 f.). Der Beschwerdeführer bringt vor, dies sei eine Rechtsfrage. Zunächst bedürfe es zur Entstehung einer Kollektivgesellschaft aber eines Gesellschaftsvertrags. Tatfrage sei, ob und zwischen welchen Personen ein (mündlicher oder schriftlicher) Gesellschaftsvertrag bestehe. Tatfrage sei ferner, ob und welche Gesellschaft, bestehend aus welchen Gesellschaftern, eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichteter wirtschaftliche Tätigkeit betreibe. Die

Annahme des Obergerichts, dies sei bei den Beschwerdegegnern der Fall, sei aus mehreren Gründen willkürlich: Es fehlten dazu tatbeständliche Behauptungen der Parteien. Weder der Beschwerdeführer noch die Beschwerdegegner hätten die tatbeständlichen Voraussetzungen je behauptet. Indem das Obergericht einen Sachverhalt annehme, der nie behauptet worden sei, verletze es die Dispositionsmaxime. Nach BGE 124 II 365 wirke auch im Gesellschaftsrecht das Prinzip des Vertrauensschutzes, namentlich des Rechtsscheins, wonach die rechtsgeschäftliche Bindung nicht einen bestimmt gearteten inneren Willen voraussetze, sondern auch aus einem Verhalten folgen könne, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen dürfe. Tatbeständliche Feststellungen in Bezug auf ein derartiges Verhalten der sechs Beschwerdegegner fänden sich im vorinstanzlichen Urteil nicht, was nicht weiter verwundere, da diesbezüglich keine tatbeständlichen Behauptungen aufgestellt worden seien. Das Obergericht werfe dem Beschwerdeführer vor, er habe die Behauptung der Beschwerdegegner nicht bestritten, wonach diese unter einer gemeinsamen Mehrwertsteuernummer abrechneten. Mit dieser Behauptung in der Berufungsbegründung hätten sich die Beschwerdegegner jedoch auf G H & Partner Bern und Zürich, also auf die gesamte Anwaltssozietät mit Partnern und Angestellten, welche in Bern und Zürich praktizierten, und nicht auf die sechs Beschwerdegegner, welche als Untergemeinschaft Mieter von zwei Büros des Beschwerdeführers seien, bezogen. Den Hinweis, dass G H & Partner Bern und Zürich über eine einheitliche Mehrwertsteuernummer verfüge, hätte der Beschwerdeführer nicht bestreiten müssen, da dies nicht entscheidend sei. Die Feststellung des Obergerichts, dass die Firma der Beschwerdegegner auf den 1. Januar 2005 von "G H & Partner" in "G H Rechtsanwälte" geändert worden sei (KG act. 2 S. 9 unten) sei falsch und aktenwidrig. Geändert worden sei die Firma, unter welcher die sechs Beschwerdegegner als Anwälte, zusammen mit mehr als zwanzig anderen Rechtsanwälten in Bern und Zürich anwaltliche Dienstleistungen anböten. Die Eigenschaft der Beschwerdegegner als Mieter des Beschwerdeführers sei davon nicht betroffen (KG act. 1 S. 4 - 6 Ziffern 2.1 - 2.4).

b) Inwiefern das Obergericht seinen Entscheid auf tatsächliche Annahmen stützt, welche von keiner Partei behauptet worden sei, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Offensichtlich ist, dass G H & Partner bzw. ab 1. Januar 2005 G H Rechts-

anwälte Advokaturdienstleistungen gegen Entgelt anbietet. Ausser Zweifel steht, dass diese Gesellschaft - ob sie nun rechtlich eine einfache Gesellschaft oder eine Kollektivgesellschaft darstellt - damit eine auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit betreibt. Der Beschwerdegegner c listete in seiner Eingabe vom 13. September 2005 an das Mietgericht, auf dem Briefpapier von G H Rechtsanwälte (Bern und Zürich), die in Zürich domizilierten Partner auf (MG act. 39). Dass diese, die Beschwerdegegner, Partner dieses Anwaltsbüros sind, wurde also behauptet.

Ob ein Gesellschaftsvertrag besteht und zwischen welchen Personen dieser geschlossen wurde, ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers eine Rechtsfrage. Tatfrage ist der Sachverhalt, auf Grund dessen auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vertrags geschlossen werden kann. Ob der unbestritten gebliebene Umstand, dass G H Rechtsanwälte unter einer gemeinsamen Mehrwertsteuernummer auftreten, auf eine Kollektivgesellschaft schliessen lasse, ist eine Rechtsfrage. Ebenfalls Rechtsfrage ist, ob das Verhalten der Beschwerdegegner gegenüber dem Beschwerdeführer als Handeln für die gesamte Anwaltssozietät oder für eine Untergemeinschaft der in Zürich domizilierten Partner zu verstehen sei, ob sie damit als Partner einer Kollektivgesellschaft handelten und ob und wie weit der Beschwerdeführer sich diesbezüglich auf das Prinzip des Vertrauensschutzes berufen könne. Auch welche Sachverhaltselemente letztlich massgeblich sind, um solche Rechtsfragen zu beurteilen, ist wiederum Rechtsfrage.

Soweit der Beschwerdeführer Rechtsfragen anspricht, ist er auf ein allfälliges Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht zu verweisen, in welchem die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden kann (Art. 95 lit. a BGG). Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 285 ZPO).

3. Der Beschwerdeführer hält dafür, die tatbeständliche Feststellung des Obergerichts zu seinem Einwand, es sei zulässig, dass eine einfache Gesellschaft Räumlichkeiten miete und diese dann einer Anwaltsgemeinschaft zur Verfügung stelle, treffe zu, nur sei dies vorliegend nicht der Fall (KG act. 2 S. 10 oben), sei willkürlich. Er, der Beschwerdeführer, habe konsequent immer eine einfache Gesellschaft G H & Partner Zürich, bestehend zunächst aus drei, danach aus sechs Personen, eingeklagt. Die Beklagten hätten in Bezug auf das hier in Frage ste-

hende Mietverhältnis mehrfach behauptet und anerkannt, eine einfache Gesellschaft zu bilden. So hätten die Beschwerdegegner in einer Eingabe vom 24. Februar 2006 ausgeführt (MG act. 55 S. 1): "Die Fürsprecher Dr. G und Dr. H sind nicht Partner der einfachen Gesellschaft 'G H & Partner Zürich', welche die Räumlichkeiten vom Kläger gemietet hatte. Gesellschafter dieser einfachen Gesellschaft sind nur die im Schreiben von Dr. C vom 13. September 2005 aufgeführten Personen. Zweck dieser Gesellschaft ist die Administration und der Betrieb von Büroräumlichkeiten in Zürich." (KG act. 1 S. 7 Ziffer 3).

Die Feststellung des Obergerichts, es treffe vorliegend nicht zu, dass eine einfache Gesellschaft Räumlichkeiten gemietet und diese einer Anwaltsgemeinschaft zur Verfügung gestellt hätten, ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht tatsächlicher, sondern rechtlicher Natur. Ob der Umstand, dass die sechs Beschwerdegegner sich selbst mit Bezug auf die Miete der Büroräume als einfache Gesellschaft verstehen, die in Bern domizilierten Fürsprecher G und H ausserhalb derselben sehen und dies so dem Mietgericht mitteilten, ausschliesst, dass ein Vertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Kollektivgesellschaft, deren Partner unter anderem die Beschwerdegegner sind, geschlossen wurde, ist ebenfalls eine Frage der Rechtsanwendung. Entsprechende Rügen sind mit Beschwerde beim Bundesgericht zu rügen. Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen.

4. a) Unter Ziffer 4.1 seiner Beschwerdeschrift rügt der Beschwerdeführer erneut die Annahme einer Kollektivgesellschaft als willkürlich. Hierzu verweist er auf verschiedene Bestimmungen des Obligationenrechts zur Kollektivgesellschaft und macht geltend, die entsprechenden Anforderungen an die Errichtung und den Bestand einer Kollektivgesellschaft seien nicht erfüllt, nicht behauptet oder nicht aktenkundig.

Ob und wie weit es auf die angeführten Sachverhaltselemente ankommt, um die Errichtung und den Bestand einer Kollektivgesellschaft anzunehmen, ist eine Rechtsfrage. Entsprechende Rügen können mit Beschwerde beim Bundesgericht wegen Verletzung von Bundesrecht angebracht werden (Art. 95 lit. a BGG). Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 285 ZPO).

b) Sodann rügt der Beschwerdeführer, willkürlich sei die Annahme des Obergerichts, alle sechs Beklagten seien Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft und könnten sich auf Art. 568 Abs. 3 OR berufen. Da dies keine der Parteien behauptet habe, sei wiederum § 54 ZPO (Dispositionsmaxime) verletzt. Die Annahme sei auch aktenwidrig, da der Beschwerdegegner f zu Protokoll gegeben habe, er sei nicht Partner, sondern Mitarbeiter bei der damaligen Beklagten (MG act. 5/0 S. 2).

Ob eine Person Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft sei und sich auf Art. 568 Abs. 3 OR berufen könne, ist eine Rechtsfrage. Der Beschwerdegegner c (C) führte in der Eingabe vom 13. September 2005 an das Mietgericht die Partner des Anwaltsbüros G H Rechtsanwälte in Zürich auf. Dabei nannte er auch F, also den Beschwerdegegner f (MG act. 39). Somit wurde die Behauptung, der Beschwerdegegner f sei Partner, in den Prozess eingeführt. Im Protokoll der Verhandlung der Schlichtungsbehörde vom 2. September 2004 wird der Beschwerdegegner f zwar als "Mitarbeiter der Beklagten" aufgeführt. Doch es findet sich auch folgende Protokollnotiz: "F will sich bezüglich Passivlegitimation nicht festlegen. Er beantwortet die Frage, ob er auch Partner bei der Beklagten sei, nicht." (MG act. 5/0 S. 2). Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers lässt sich somit dem Protokoll der Schlichtungsverhandlung nicht entnehmen, ob der Beschwerdegegner f zu jenem Zeitpunkt lediglich Mitarbeiter oder Partner von G H & Partner war. Weiter ergibt sich daraus nicht, welche Stellung er im Zeitraum des nachfolgenden mietgerichtlichen Verfahrens hatte, also ob er allenfalls in der Zwischenzeit zum Partner von G H & Partner bzw. G H Rechtsanwälte wurde. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen erweisen sich somit als unbegründet.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdegegner verzichteten auf eine Be-

schwerdeantwort (KG act. 9), so dass ihnen mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann..
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 263.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Den Beschwerdegegnern werden für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 121'200.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 1. Februar 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: