

Bezirksgericht Zürich

1. Abteilung



Prozess Nr. CG150011-L/U

Mitwirkende: Bezirksgerichtspräsidentin lic. iur. M. Schurr als Vorsitzende, der Bezirksrichter lic. iur. A. Wenker und die Bezirksrichterin lic. iur. K. Graf sowie der Gerichtsschreiber MLaw A. Schirmmacher

Beschluss vom 23. Juli 2015

in Sachen

Stockwerkeigentümergeinschaft A.____,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2.____

gegen

B.____ **AG,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y.____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 3)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerschaft die Kosten der Ersatzvornahme für die Behebung der gerügten Mängel betr. Unzulänglichkeiten der verputzten Aussenwärmedämmung der Bauwerke im ... [Adresse] zu bezahlen und hierfür einen Vorschuss in der Höhe der durch ein gerichtliches Gutachten festzustellenden mutmasslichen Kosten zu bezahlen, mindestens CHF 1'000'000.--, zuzüglich 5% Zins seit 28.05.2014, und ferner die vorprozessualen Parteikosten von gesamthaft CHF 17'024.35 zuzüglich 5% Zins auf CHF 1'705.65 seit 30.04.2013, auf CHF 556.30 [recte 556.20] seit 30.04.2013, auf CHF 3'300.10 seit 09.07.2013, auf CHF 2'113.55 seit 31.07.2013, auf CHF 333.70 seit 03.09.2013, auf CHF 148.35 seit 24.09.2013, auf CHF 370.80 seit 22.10.2013, auf CHF 2'956.55 [recte 2'952.55] seit 26.11.2013, auf CHF 4'254.95 seit 08.01.2014 und auf CHF 1'288.50 seit 28.01.2014 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten zzgl. MWST".

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

Nach Eingang der Klage einschliesslich Klagebewilligung mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren am 22. Januar 2015 (act. 1 und 2), wurde der klagenden Partei mit Beschluss vom 5. März 2015 (act. 7) Frist zur Erstattung des Kostenvorschusses angesetzt. Ausserdem wurde die Prozessleitung an den Referenten delegiert und überdies beiden Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage der sachlichen Zuständigkeit (teilweise erneut) zu äussern. Der Kostenvorschuss der klagenden Partei ging fristgerecht am 25. März 2015 beim Gericht ein (act. 9). Zur Frage der sachlichen Zuständigkeit nahm die beklagte Partei mit Eingabe vom 21. April 2015 (act. 10) und die klagende Partei mit Eingabe vom 5. Mai 2015 (act. 13) Stellung. Die Doppel dieser Eingaben wurden der jeweiligen Gegenpartei am 17. Juni 2015 zugestellt (act. 14/1-2).

II.

1.a) Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Hierzu gehört u.a. die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO).

b) In Frage steht, ob für die vorliegende Klage das Bezirksgericht oder das Handelsgericht zuständig ist.

c) Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone ein Fachgericht bezeichnen, das als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (Handelsgericht). Der Kanton Zürich hat von dieser Kompetenz in § 44 lit. b GOG Gebrauch gemacht. Danach beurteilt das Handelsgericht des Kantons Zürich als einzige Instanz handelsrechtliche Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Abs. 2, 3 und 4 lit. b ZPO, deren Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt. Gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO gilt eine Streitigkeit als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht (lit. b) und die Parteien im Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (lit. c). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist das Handelsgericht grundsätzlich zwingend und ausschliesslich zuständig (BGE 140 III 155; BGer, 4A_396/2014, Urteil vom 20. November 2014, E. 2.3). Ist nur die beklagte Partei im Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so hat gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (dem Bezirksgericht).

d) Das Bezirksgericht entscheidet demgegenüber in allen erstinstanzlichen Streitigkeiten, für die das ordentliche Verfahren gilt, d.h. mit einem Streitwert über Fr. 30'000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO), sofern nicht ein anderes Gericht zuständig ist (§ 19 GOG).

2.a) Die **klagende Partei** macht geltend, dass *in casu* nicht das Handelsgericht, sondern das Bezirksgericht zuständig sei.

b) Sie verweist zunächst auf den Umstand, dass zwischen der C.____ AG, deren Rechtsnachfolgerin die beklagte Partei sei, und der D.____ AG, deren streitgegenständlichen Gewährleistungsansprüche und die mit ihnen verbundenen Nebenrechte an die klagende Partei bzw. die einzelnen Stockwerkeigentümer zediert worden seien (s. act. 4/2), am 14. März bzw. 24. Juli 2007 ein Totalunternehmervertrag (act. 4/5) zustande gekommen sei. Darin wurde unter Ziffer 17.8 unter dem Titel Gerichtsbarkeit festgehalten,

"Gerichtsstand ist Zürich 1. Zuständig ist in erster Instanz ausschliesslich das Handelsgericht des Kantons Zürich."

Die klagende Partei führt aus, dass die Gerichtsstandvereinbarung grundsätzlich auch auf die Rechtsnachfolger der ursprünglichen Vertragsparteien anwendbar sei, es stelle sich jedoch die Frage, in welchem Umfang sie gültig sei. Die klagende Partei macht nunmehr geltend, die Prorogation der sachlichen Zuständigkeit sei nach neuem (anwendbaren) Recht nicht gültig, weshalb in Ausübung ihres Wahlrechts nicht das in der Gerichtsstandvereinbarung vom 14. März bzw. 24. Juli 2007 vorgesehene Handelsgericht, sondern das Bezirksgericht zuständig sei. Die Gerichtsstandvereinbarung sei deshalb hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit unwirksam (act. 2 S. 5; act. 13 S. 2 ff.).

c) Die klagende Partei schliesst aus den Erwägungen des Bundesgerichts im Entscheid *BGE 138 III 471* vom 29. Mai 2012, dass sich Art. 406 ZPO nicht auf die sachliche, sondern ausschliesslich auf die örtliche Zuständigkeit beziehe. In Bezug auf die sachliche, Zuständigkeit aufgrund einer Gerichtsstandvereinbarung gelte gemäss der klagenden Partei das neue Recht der ZPO, wonach der Prorogationsklausel in Bezug auf die Verabredung der sachlichen Zuständigkeit keine Rechtswirkung zukomme (act. 13 S. 3).

d) Aus den Erwägungen des Handelsgerichts in seinem Urteil vom 17. Dezember 2014 im Verfahren HG140148 schliesst die klagende Partei zudem, dass die sachliche Zuständigkeit nicht vereinbart werden könne, da sich das Han-

delsgericht in jenem Verfahren bei zwei im Handelsregister eingetragenen Parteien, entgegen einer ein Bezirksgericht vereinbarenden Gerichtsstandsklausel, als zuständig erachtet habe (act. 13 S. 3 f.).

3.a) Demgegenüber ist die **beklagte Partei** der Ansicht, vorliegend sei das Handelsgericht und nicht das Bezirksgericht sachlich zuständig.

b) Sie führt aus, dass eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit auch für allfällige Rechtsnachfolger verbindlich sei (act. 10 S. 3 f. mit zutreffenden Verweisen auf die gesetzlichen Grundlagen, Rechtsprechung und Lehre), worin sie im Grundsatz mit der Auffassung der klagenden Partei übereinstimmt. Auch treffe es laut der beklagten Partei zu, dass die sachliche Zuständigkeit der Gerichte unter der neuen ZPO der Disposition der Parteien grundsätzlich entzogen sei; ausnahmsweise seien indes Vereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit immer dann zulässig, wenn das Gesetz eine Wahlmöglichkeit betreffend die sachlich zuständigen Gerichte vorsehe und wenn die Vereinbarung eines dieser Gerichte bezeichne (act. 10 S. 5). Mit anderen Worten habe sich die klagende Partei die Vereinbarung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichtes, welche ihre Rechtsvorgängerin (D.____ AG) mit der beklagten Partei getroffen habe, entgegen halten zu lassen, weil vorliegend aus zwei grundsätzlich sachlich zuständigen Gerichten (Handelsgericht und Bezirksgericht) das eine (Handelsgericht) verbindlich und zulässigerweise von ihrer Rechtsvorgängerin fixiert worden sei, worauf überdies die beklagte Partei habe vertrauen dürfen (act. 10 S. 6).

c) Auch die beklagte Partei bezieht sich im Rahmen ihres vorgebrachten Standpunkts auf die vom Bundesgericht im Verfahren *BGE 138 III 471* gemachten Erwägungen.

4.a) In *BGE 138 III 471* hält das Bundesgericht fest, dass die sachliche Zuständigkeit der Gerichte der Disposition der Parteien entzogen sei. Diese könnten nicht vereinbaren, einen Streit einem anderen als dem vom Gesetz bezeichneten staatlichen Gericht zu unterbreiten, es sei denn, das Gesetz sehe eine Wahlmöglichkeit vor (was auf den vom Bundesgericht geprüften Fall, in welchem alle Parteien im Handelsregister eingetragen waren, nicht zutrif; s. E. 3.1).

b) Da der klagenden Partei unter dem Regime der eidgenössischen ZPO (wie auch unter dem zuvor geltenden Recht; § 63 ZPO/ZH) ein Wahlrecht zwischen Handels- oder Bezirksgericht zusteht, kann sie gestützt auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung vorliegend nicht geltend machen, das Handelsgericht sei unzuständig. Daran ändert der Umstand, dass sie das Wahlrecht effektiv nicht ausgeübt hat, nichts. Das Vertrauen der Gegenpartei in die Geltung der vereinbarten sachlichen Zuständigkeit auch bei Eintritt einer Rechtsnachfolge auf der Gegenseite ist höher zu gewichten, als das Interesse der klagenden Partei an der (Neu-)Ausübung ihres Wahlrechts.

c) Dass die Gerichtsstandsklausel ursprünglich gerade nicht in Ausübung eines Wahlrechts vereinbart worden war, ist unerheblich, da das Handelsgericht angesichts der an der Vereinbarung beteiligten Parteien damals so oder anders sachlich zuständig gewesen wäre. Insofern wurde im Sinne der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gerade nicht die Zuständigkeit eines anderen als des vom Gesetz vorgesehenen staatlichen Gerichts vereinbart.

d) An diesem Ergebnis vermag auch die von der klagenden Partei erwähnte Rechtsprechung des Handelsgerichts nichts zu ändern, da es im angesprochenen Prozess HG140148 gerade nicht um Parteien mit einem gesetzlich vorgesehenen Wahlrecht ging, weil beide im Handelsregister eingetragen waren. Zudem wurde im heute zu beurteilenden Fall auch nicht die Zuständigkeit eines anderen als des bzw. eines vom Gesetz bezeichneten staatlichen Gerichts vereinbart. Anders war die Sachlage im vom Handelsgericht zu beurteilenden Fall, in welchem die im Handelsregister eingetragenen Parteien - unzulässigerweise - die Zuständigkeit des Bezirksgerichts vereinbart hatten.

e) Auch das seitens der klagenden Partei vorgebrachte Argument, dass bei umgekehrten Parteirollen keine Wahlmöglichkeit bestünde (s. act. 13 S. 4 Rz. 10), ist unbehelflich, zumal diese Ungleichbehandlung dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

f) Da auch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen unbestrittenermassen vorliegen (act. 2 S. 5 f. Rz. 2 ff.; act. 10 S. 5 Rz. 14 f.; act. 13), ist das Handelsge-

richt und nicht das Bezirksgericht sachlich zuständig. Auf die Klage ist damit nicht einzutreten.

5. Die klagende Partei ist darauf hinzuweisen, dass gestützt auf Art. 63 ZPO als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit einer Eingabe, auf die nicht eingetreten wurde, die jedoch innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid beim zuständigen Gericht neu eingereicht wird, das Datum der ersten Einreichung gilt (BGE 138 III 471 E. 6; BGer, 4A_502/2013, Urteil vom 4. März 2014, E. 3.2).

III.

Die Kosten des Verfahrens sind ausgangsgemäss der klagenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei die Entscheidgebühr dem beschränkten Aufwand entsprechend zu ermässigen ist (§ 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG). Der Beklagten ist mangels erheblichen Aufwands eine reduzierte Entschädigung zuzusprechen (§ 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
1. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'000.—.
2. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird der Kostenvorschuss der klagenden Partei nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.
3. Der beklagten Partei wird eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 5'000.— (inkl. MwSt.) zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 23. Juli 2015

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH
1. Abteilung

Der Gerichtsschreiber:

MLaw A. Schirmacher