

#### 6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

##### BGer 4A\_595/2019: Löschung des Klägers aus dem Handelsregister während des laufenden Prozesses – Auswirkung auf die sachliche Zuständigkeit

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_595/2019 vom 18. Februar 2020, A. gegen B. AG, C., D. AG und E. AG, sachliche Zuständigkeit.



MARC WOHLGEMUTH\*

*Laut Bundesgericht reicht es aus, wenn die für die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts notwendige Löschung eines Eintrags im Handelsregister zum Zeitpunkt der Urteilsfällung vorliegt.*

#### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Mit Konsortialvertrag vom 17. Dezember 2007 schlossen sich die B. AG (Beklagte 1; Beschwerdegegnerin 1), A. (Kläger; Beschwerdeführer), C. (Beklagter 2; Beschwerdegegner 2), die D. AG (Beklagte 3; Beschwerdegegnerin 3) sowie die F. AG zu einer einfachen Gesellschaft zwecks Erstellung von Stockwerkeigentumswohnungen und deren Verkauf zusammen. Der Vertrag enthielt u.a. folgende Klausel: «Für den vorliegenden Vertrag ist ausschliesslich schweizerisches Recht anwendbar. Gerichtsstand ist Meilen.»<sup>1</sup>

Der Kläger machte – gestützt auf die unter altem Recht zulässige Prorogation der ordentlichen Gerichte<sup>2</sup> – mit Kla-

geschrift vom 27. Juli 2012 am Bezirksgericht Meilen im Wesentlichen eine Forderungsklage für sein ausstehendes Rest-Bauleiterhonorar gegen seine vier Mitgesellschafter über CHF 112'123.90 geltend. Nach einem Intermezzo hinsichtlich einer nicht begründeten Schiedseinrede nahm das Bezirksgericht die Sache wieder an die Hand. Es setzte Frist zur Klageantwort an, führte einen zweiten Schriftenwechsel durch, und die Parteien erstatteten je eine Novenstellungnahme. Am 28. August 2018 fand eine Instruktionsverhandlung statt. Die darin geführten Vergleichsgespräche scheiterten.

Mit Beschluss vom 28. Dezember 2018 trat das Bezirksgericht auf die Klage nicht ein. Es erkannte in Bezug auf die eingeklagte «F. AG», diese sei am 28. Juni 2010 in «G. AG» umfirmiert und ein Teil ihrer Aktiven und Passiven auf die neu gegründeten «H. AG» und «E. AG» (Beklagte 4) übertragen worden. Entsprechend berichtigte das Bezirksgericht das Rubrum.

Das Bezirksgericht erwog sodann, im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit am 23. Mai 2012 seien alle Parteien im Handelsregister eingetragen gewesen. Dass der Beklagte 2 seine Eintragung als Einzelunternehmer am 9. April 2018 gelöscht habe, tue nichts zur Sache. Die Eintragung des Klägers als auch des Beklagten 2 im Handelsregister als Einzelunternehmer im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit genüge. Aktiengesellschaften seien alle im Handelsregister einzutragen. Für die Klage sei daher zwingend das Handelsgericht zuständig. Das Obergericht schützte den Nicht-eintretensentscheid.

Mit Beschwerde in Zivilsachen rügte der Kläger eine falsche Anwendung des Bundesrechts und beantragte, die Sache sei zur materiellen Beurteilung an das Bezirksgericht, eventualiter an das Obergericht zur Neuurteilung zurückzuweisen.

\* MARC WOHLGEMUTH, MLaw, Rechtsanwalt, Inhaber des Zürcher Notarpatents, RKR Rechtsanwälte, Zürich.

<sup>1</sup> Vorliegend nicht von Interesse ist die im Vertrag enthaltene Schiedsklausel, da das Bundesgericht die Schiedseinrede in BGer, 4A\_560/2013, 30.6.2014, als unbegründet erachtete.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 138 III 471 E. 3.3: «Das Handelsgericht ist der Auffassung, die unter dem alten Recht vereinbarte Wegbedingung seiner Kompetenz sei nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung weiterhin gültig. Es beruft sich auf Art. 406 ZPO, wonach sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht bestimmt, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat; es bezieht diese Regel nicht nur auf Vereinbarungen über die örtliche, sondern auch auf solche über die sachliche Zuständigkeit. Das Bezirksgericht war in Anlehnung an einen Entscheid des Zürcher Obergerichts anderer Auffassung. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 406 ZPO; nach ihrem Dafürhalten bezieht sich diese Bestimmung ausschliesslich auf die örtliche Zuständigkeit. Art. 406 ZPO hat nach dem klaren Willen des Gesetzgebers die zuvor geltende Regelung des Art. 39 GestG übernommen [...]; diese galt nur für Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit (Art. 1 Abs. 1 GestG).

Nichts deutet darauf hin, dass der Begriff Gerichtsstandsvereinbarung [...] in den Art. 406 und 17 ZPO verschieden sein sollte und in Art. 406 ZPO einen über die gewöhnliche Bedeutung hinausgehenden Sinn hätte. Entgegen der Auffassung des Handelsgerichts erheischt das Bedürfnis der Parteien nach Vertragstreue, nach Vertrauen in die Rechtsordnung und nach Rechtssicherheit keine andere Auslegung von Art. 406 ZPO; denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern dieses Bedürfnis der Parteien dadurch in Frage gestellt wäre, dass sie eine Klage vor jenem staatlichen Gericht einreichen müssen, das gemäss neuem Recht zuständig ist.»

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

### A. Parteistandpunkte

Das Bundesgericht wies in E. 2 zunächst auf das Handelsgericht im Kanton Zürich hin, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. Eine Streitigkeit gilt zwingend als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 lit. a–c ZPO).

Gemäss der Vorinstanz sei zwingend die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben, da sämtliche Parteien im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage am 23. Mai 2012 im Handelsregister eingetragen waren. Als Prozessvoraussetzung müsse die sachliche Zuständigkeit zwar grundsätzlich im Zeitpunkt der Ausfällung des Sachurteils gegeben sein, bezüglich des Eintrags im Handelsregister könne aber nur verlangt werden, dass der Eintrag bei Beginn der Rechtshängigkeit bestehe. Änderten sich während des Prozesses nachträglich die Verhältnisse, bleibe die Zuständigkeit des Handelsgerichts erhalten. In diesem Sinne bestehe eine *perpetuatio fori*. Da nur relevant sei, ob die Prozessvoraussetzung der sachlichen Zuständigkeit im Zeitpunkt der Einleitung der Klage vorgelegen habe, spiele keine Rolle, dass nun nachträglich infolge Löschung zweier Parteien im Handelsregister das Bezirksgericht für die Klage zuständig wäre (E. 2.1).

Der Beschwerdeführer machte im Wesentlichen geltend, der Grundsatz der *perpetuatio fori* besage, eine einmal begründete Zuständigkeit bestehe fort. Daraus lasse sich nicht ableiten, eine früher einmal gegebene Unzuständigkeit wirke unheilbar fort. Daher sei von Bedeutung, dass im Urteilszeitpunkt die Zuständigkeit des Bezirksgerichts gegeben gewesen wäre. Die *perpetuatio fori* diene der Prozessökonomie. Eventualiter rügte der Beschwerdeführer, selbst wenn der Nichteintretensentscheid zu Recht erfolgt sein sollte, hätten ihm keine Kosten auferlegt werden dürfen, da der Bundesgerichtsentscheid, wonach eine altrechtliche Prorogation unter der ZPO nicht mehr zulässig sei,<sup>3</sup> bei Rechtshängigkeit noch nicht gefällt und im Zeitpunkt der Eingabe beim Bezirksgericht noch nicht in der amtlichen Sammlung publiziert worden sei (E. 2.2).

### B. Prozessvoraussetzungen

#### 1. Im Allgemeinen

Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zu diesen Prozessvoraussetzungen zählt auch, dass das Gericht sachlich und örtlich zuständig ist (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO; E. 2.3).

Steht endgültig fest, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, darf nicht zur Sache verhandelt werden und es ergeht ein Nichteintretensentscheid. Ergibt trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung kein Nichteintretensentscheid, sondern ein Urteil in der Sache, kann dieses deswegen an schwerwiegenden Mängeln leiden und unter Umständen gar nichtig sein. Es gilt indessen in Bezug auf die in Frage stehende Prozessvoraussetzung zu differenzieren, zumal beispielsweise bezüglich der örtlichen Zuständigkeit eine Einlassung möglich ist (E. 2.3.1).

#### 2. Sachliche Zuständigkeit im Besonderen

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte (vgl. Art. 4 ff. ZPO) ist der Disposition der Parteien entzogen. Diese können nicht vereinbaren, einen Streit einem andern als dem vom Gesetz bezeichneten staatlichen Gericht zu unterbreiten, es sei denn, das Gesetz sehe eine Wahlmöglichkeit vor. In Bezug auf die Frage, ob das Handelsgericht oder das Bezirksgericht zuständig ist, besteht im Rahmen von Art. 6 Abs. 3 ZPO zwar eine Wahlmöglichkeit, die ZPO kennt aber keine Möglichkeit zur Einlassung oder zur Prorogation (E. 2.3.2).

Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO bewirkt die Rechtshängigkeit, dass die örtliche Zuständigkeit erhalten bleibt (E. 2.4). Für die sachliche Zuständigkeit enthält die ZPO keine analoge Regelung, sondern es werden einzelne Fälle ausdrücklich geregelt: Bei der unbezifferten Forderungsklage hält die ZPO in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit explizit fest, das angerufene Gericht bleibe zuständig, auch wenn sich bei der Bezifferung der Forderung durch die klagende Partei herausstellt, dass der Streitwert die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts übersteigt (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Bei der Widerklage hat das angerufene Gericht dagegen beide Klagen dem Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen, sofern der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts übersteigt (Art. 224 Abs. 2 ZPO). Auch wenn nach einer Klageänderung der Streitwert die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts übersteigt, erfolgt eine Überweisung an das Gericht mit der «höheren» sachlichen Zuständigkeit (Art. 227 Abs. 2 ZPO). Dagegen ändert die jederzeit zulässige Beschränkung einer Klage nichts an der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 227 Abs. 3 ZPO; E. 2.4.1).

<sup>3</sup> BGE 138 III 471, siehe FN 2.

In Bezug auf die Zuständigkeit des Handelsgerichts und den dafür nötigen Eintrag der Parteien im Handelsregister ordnet die ZPO zwar nicht ausdrücklich an, eine bei Rechtshängigkeit gegebene Zuständigkeit bleibe auch bei einer nachträglichen Löschung erhalten. Es war aber schon in der Rechtsprechung zum kantonalen zürcherischen Recht (das diesbezüglich ebenfalls keine ausdrückliche Regelung enthielt) anerkannt, dass insoweit die für die örtliche Zuständigkeit ausdrücklich aufgestellte Regel, wonach die Zuständigkeit sich nach den Verhältnissen bei Eintritt der Rechtshängigkeit bestimmt, auch für die sachliche Zuständigkeit gelten müsse, nach dem prozessrechtlichen Grundsatz (*perpetuatio fori*), dass die Zuständigkeit des Gerichts durch Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt wird.<sup>4</sup> Daran hat sich unter Geltung der ZPO nichts geändert (E. 2.4.2).

Wird eine Eingabe, auf die mangels Zuständigkeit nicht eingetreten wurde, innert Monatsfrist beim zuständigen Gericht neu eingereicht, gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung (Art. 63 Abs. 1 ZPO). Dass gewisse Parteien zwischenzeitlich im Handelsregister gelöscht wurden, stünde einer Anrufung des Handelsgerichts zwar nicht entgegen. Daraus, dass in gewissen Fällen die Zuständigkeit des Gerichts durch Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt wird (*perpetuatio fori*) und die im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gegebene Zuständigkeit des Gerichts erhalten bleibt, lässt sich aber nicht zwingend schliessen, ein Gericht sei unzuständig, weil sich die seine Zuständigkeit begründenden Tatsachen erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit verwirklicht haben. So erkannte das Bundesgericht vor Inkrafttreten der ZPO in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit: Daraus, dass die einmal begründete örtliche Zuständigkeit während der ganzen Rechtshängigkeit bestehen bleibe, auch wenn ihre tatsächlichen Voraussetzungen nachträglich dahinfielen, dürfe nicht geschlossen werden, sie müsse auch von Anfang an bestehen. Es genüge vielmehr grundsätzlich, dass sie – wie die andern Prozessvoraussetzungen – im Zeitpunkt des Sachurteils gegeben sei.<sup>5</sup> Auch dies gilt unter der ZPO nach wie vor (E. 2.4.3).

Die Fixationswirkung der *perpetuatio fori* dient dem Schutz der klagenden Partei und bildet aus Gründen der Prozessökonomie eine Ausnahme vom Grundsatz, dass die Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt des Urteils vorliegen müssen. Dadurch wird vermieden, dass das ursprünglich zuständige Gericht seine Kompetenz verliert und während des Prozesses ein (grundsätzlich verpönter) Richterwechsel

stattfindet oder das ganze Verfahren vor dem neuen Gericht von vorne zu laufen beginnt (E. 2.4.4).

### 3. In casu

Vor diesem Hintergrund erscheine der angefochtene Entscheid in mehrfacher Hinsicht problematisch (E. 2.5):

Die Vorinstanz beruft sich auf die *perpetuatio fori*, also das Prinzip, dass die Zuständigkeit erhalten bleibt, um eine Unzuständigkeit zu begründen. Der Nichteintretensentscheid erfolgt weder zum Schutz der klagenden Partei, noch sprechen prozessökonomische Gesichtspunkte dafür, müsste doch das ganze Verfahren vor dem neuen Gericht von vorne begonnen werden, obwohl der Schriftenwechsel zur Sache bereits vor Bezirksgericht durchgeführt worden ist. Mit dem klassischen Zweck der Erhaltung des Gerichtsstandes lässt sich der angefochtene Entscheid nicht rechtfertigen. Es könnte sich höchstens die Frage stellen, inwieweit allenfalls ein Schutzbedürfnis der beklagten Partei besteht, soweit diese, bevor die Einträge gelöscht wurden, von der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts ausgegangen ist. Dies beträfe aber die Rechte der beklagten Partei im Prozess und muss hier nicht vertieft werden, da die Beschwerdegegner sich schon im kantonalen Rechtsmittelverfahren eines Antrags enthalten haben. Sie wehren sich nicht gegen eine Beurteilung durch das Bezirksgericht. Dies ist nachvollziehbar. Das Verfahren könnte demnach einfach fortgesetzt werden (E. 2.5.1).

Mit einem Entscheid des Bezirksgerichts in der Sache ergeht kein Entscheid durch ein sachlich nicht kompetentes Gericht, sondern, wie auch die Vorinstanz erkannt hat, durch das Gericht, dem im Zeitpunkt der Urteilsfällung die sachliche Kompetenz zukommt, und zwar unabhängig davon, ob die Beschwerdegegner eine notwendige oder eine einfache Streitgenossenschaft bilden. Denn sowohl bei einer einfachen als auch bei einer notwendigen Streitgenossenschaft ist im zu beurteilenden Fall die Zuständigkeit des Bezirksgerichts gegeben, sobald einer der Streitgenossen nicht (mehr) im Handelsregister eingetragen ist. Selbst wenn der Nichteintretensentscheid bestätigt würde, wäre der Beschwerdeführer nicht gezwungen, dieselbe Klage beim Handelsgericht einzureichen (Art. 63 Abs. 1 ZPO), sondern er könnte beim Bezirksgericht ein neues Verfahren einleiten und so im jetzigen Zeitpunkt dessen Zuständigkeit begründen. Eine Zuständigkeit des Bezirksgerichts für eine bei ihm bereits hängige Klage, wenn der Handelsregistereintrag erst nach Rechtshängigkeit gelöscht wird, führt nicht dazu, dass die Einhaltung einer Prozessvoraussetzung ohne gesetzliche Grundlage ins Belieben der Parteien gestellt wird, sondern lediglich dazu, dass die Rechtshängigkeit bereits in einem Zeitpunkt eintritt, in dem noch nicht alle Prozessvoraussetzungen gegeben waren. Insoweit be-

<sup>4</sup> BGer, 4P.11/1990, 15.3.1990, E. 3.

<sup>5</sup> BGE 116 II 209 E. 2b/bb.

steht aber kein wesentlicher Unterschied zur örtlichen Zuständigkeit, wo eine nachträgliche Begründung der Zuständigkeit für zulässig erachtet wird, obwohl im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit die Zuständigkeit beim angerufenen Gericht ebenfalls (noch) nicht gegeben war. Von den Parteien zu verlangen, das gesamte Verfahren zu wiederholen – für den Fall dass der Beschwerdeführer von der Möglichkeit nach Art. 63 Abs. 1 ZPO keinen Gebrauch macht, sogar wieder vor demselben Gericht – erscheint sinnlos und mit der dienenden Funktion des Zivilprozessrechts, das dem materiellen Recht zum Durchbruch verhelfen soll, nicht vereinbar (E. 2.5.2).

### C. Fazit

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und wies die Vorinstanzen an, die Klage materiell zu beurteilen.

### III. Bemerkungen

Die Ausgangslage mit einer altrechtlichen Gerichtsstandsvereinbarung, in welcher die Vertragsparteien, die allesamt im Handelsregister eingetragen waren, die ordentlichen Gerichte – unter Ausschluss des Zürcher Handelsgerichts – prorogierten, und einer Klageeinreichung nach Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO, ist wohl sehr selten. Ungeachtet dessen hat das Bundesgericht einen (zumindest im vorliegenden Fall) zu begrüssenden Entscheid gefällt und dem Kläger, welcher nach acht Jahren noch nicht einmal ein erstinstanzliches Urteil in den Händen hält, einen Etappensieg beschert. Wäre die Ansicht der kantonalen Instanzen geschützt worden, hätte der Kläger nach acht Jahren trotz abgeschlossenem Schriftenwechsel und gescheiterter Instruktionsverhandlung innert Monatsfrist gestützt auf Art. 63 ZPO Klage vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich einreichen müssen oder – noch skurriler – nach Ablauf der Monatsfrist infolge Streichung eines Beklagten aus dem Handelsregister vor demselben mittlerweile zuständigen Bezirksgericht den gleichen Streitgegenstand rechtshängig machen müssen. Entsprechend ist es richtig und konsequent, das Vorhandensein der sachlichen Zuständigkeit im Urteilszeitpunkt zu fordern.<sup>6</sup> Zu Recht wies das

Bundesgericht auf die dienende Funktion des Prozessrechts hin, nach welcher das Prozessrecht dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen hat.<sup>7</sup> Es bleibt zu hoffen, dass sich das Bundesgericht (und die kantonalen Gerichte) auch bei anderen prozessualen Hürden, zu denken sei beispielsweise an die teils kaum zu erfüllenden Substantiierungsanforderungen gewisser Gerichte und die zu hohen Kostenvorschüsse bei hohen Streitwerten, an den Grundsatz des dienenden Prozessrechts erinnern wird.

<sup>6</sup> BSK ZPO-GEHRI, Art. 59 N 10, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser); BSK ZPO-INFANGER, Art. 64 N 13; SIMON ZINGG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-Bearbeiter), Art. 59 ZPO N 18 ff.; BK-BERGER-STEINER, Art. 64 ZPO N 20; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 4, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2013; PASCAL GROLMUND, in: Adrian Staehelin/Daniel

Staehelin/Pascal Grolmund, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 2019, § 9 N 26; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 5.20; vgl. auch FRANCESCO TREZZINI, Art. 59 CPC N 14 f.; in: Francesco Trezzini/Stefano Fornara/Bruno Cocchi/Giorgio A. Bernasconi/Francesca Verda Chiochetti (Hrsg.), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Band I, 2. A., Lugano 2017.

<sup>7</sup> Vgl. dazu ARNOLD F. RUSCH/MARC WOHLGEMUTH, Prozessrecht als dienendes Recht, ZZZ 2017/2018, 107 ff. m.w.H.