

Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO, Bindung bei Rückweisung. Die Rechtsauffassung der Rückweisung bindet die beteiligten Instanzen. Das gilt aber nicht, wenn das Gesetz oder die Rechtsprechung des Bundesgerichts ändert (was § 104a Abs. 3 GVG/ZH noch ausdrücklich bestimmte)

Das Obergericht entschied in einem Rechtsmittelverfahren, das Mietgericht sei für eine bestimmte Sache zuständig. Kurz nach dieser Entscheidung hatte das Bundesgericht die Frage zu beurteilen und fand, das Mietgericht sei in dieser Konstellation *nicht* zuständig. Das Mietgericht berief sich auf die Rückweisung und behandelte die Sache weiter. Die unterliegende Seite führt Berufung.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.

2.1. Die Berufungsklägerin rügt mit der Berufung die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes, verlangt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Gutheissung der Klage, eventualiter die Rückweisung des Verfahrens zur Sachverhaltsergänzung. Zu den Prozessvoraussetzungen äussert sich die Berufungsklägerin in der Berufung nicht (act. 53).

2.2. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Darüber hinaus muss für die Zulässigkeit der Berufung die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien, die Legitimation und Beschwer gegeben sein, ein mit Berufung anfechtbarer Entscheid vorliegen, ein allfällig erhobener Kostenvorschuss geleistet sowie gegebenenfalls die Streitwertgrenze erreicht sein (OLIVER M. KUNZ, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, vor Art. 308 ff. N 40 f.; BK ZPO-STERCHI, Vorbemerkungen zu Art. 308 N 15 ff.; ZH ZPO-REETZ, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308 - 318 N 50; BGE 135 III 212 E. 1). Vorliegend stehen dem Eintreten auf das Rechtsmittel keine Hindernisse im Wege.

2.3. Im Berufungsverfahren wird das erstinstanzliche Verfahren fortgesetzt. Der Entscheid im Berufungsverfahren ersetzt denjenigen der ersten Instanz (BK ZPO-STERCHI, Art. 318 N 1). Nebst den genannten Rechtsmittelvoraussetzungen prüft die Berufungsinstanz deshalb auch die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen, und zwar unabhängig davon, ob das Fehlen einer Prozessvoraussetzung von den Parteien geltend gemacht wurde (Art. 60 ZPO; OGer ZH LB130013 vom 16. September 2013 E. II.4; BGer 4A_488/2014 vom 20. Februar 2015 E. 3.1). Sind die Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt, ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zu den Prozessvoraussetzungen gehört unter anderem die sachliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

2.4. Die Berufungsklägerin und die Berufungsbeklagte sind im Handelsregister eingetragen. Der Abschluss von Mietverträgen über Geschäftsliegenschaften ist eine geschäftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO (BGE 139 III 457 E. 4.4.1). Gegen den Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig (Art. 74 Abs. 1 BGG). Im vorliegenden Fall liegt somit eine handelsrechtliche Streitigkeit vor (Art. 6 Abs. 2 lit. a - c ZPO). Das haben bereits die Vorinstanz mit Beschluss vom 24. Oktober 2013 und die Kammer mit Beschluss und Urteil vom 6. Februar 2014 festgestellt (act. 25 S. 7 f. und act. 27 S. 6) und davon gehen zu Recht auch die Parteien aus.

2.5. Gestützt auf die Tatsache der handelsrechtlichen Streitigkeit erachtete sich die Vorinstanz mit Beschluss vom 24. Oktober 2013 als sachlich unzuständig und trat auf die Klage nicht ein (act. 25). Diesen Entscheid hob die Kammer mit Beschluss und Urteil vom 6. Februar 2014 auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (act. 27). Dabei ging die Kammer davon aus, dass ein Fall konkurrierender Zuständigkeit zwischen dem Mietgericht und dem Handelsgericht vorliege und wies die Sache in Anwendung von § 126 GOG dem Mietgericht zu. Nur kurze Zeit nach diesem Entscheid hielt das Bundesgericht mit Urteil vom 10. Februar 2014 allerdings fest, dass der Bundesgesetzgeber mit Art. 6 ZPO die Zuständigkeitsordnung für handelsrechtliche Streitigkeiten abschliessend geregelt habe und für eine weitere Zuständigkeitsregelung durch den Kanton kein Raum bleibe. Sofern ein

Kanton von der Möglichkeit, ein Handelsgericht zu schaffen, Gebrauch gemacht habe, sei dieses zwingend für die Beurteilung von handelsrechtlichen Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig (BGE 140 III 155; bestätigt in: BGE 140 III 355).

2.6. Demnach ist die Einlassung gemäss § 126 GOG unzulässig, und die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Klage liegt beim Handelsgericht und nicht bei der Vorinstanz. Die sachliche Zuständigkeit ist zwingend. Aus prozessökonomischen Gründen hat die Prüfung zwar möglichst frühzeitig zu erfolgen. Wird die sachliche Unzuständigkeit wie hier trotzdem erst in einem späteren Verfahrensstadium entdeckt, so ändert dies an der Unzuständigkeit nichts und auf die Klage ist nicht einzutreten (BGE 140 III 355; BGer 4A_291/2015 vom 3. Februar 2015 E. 3.4).

3.1. Die Berufungsbeklagte hält in ihrer Stellungnahme vom 29. Februar 2016 im Wesentlichen dafür, dass die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz mit dem rechtskräftigen Rückweisungsentscheid der Kammer vom 6. Februar 2014 fixiert worden sei. Sowohl die Vorinstanz als auch die Kammer seien an diesen Rückweisungsentscheid gebunden, weshalb eine erneute Prüfung der sachlichen Zuständigkeit nicht mehr möglich oder zulässig sei. Daran ändere auch die inzwischen ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung nichts. (...)

3.2. Die Prozessvoraussetzungen müssen grundsätzlich im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils gegeben sein. Entscheidet das Gericht vorab über das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen, tut es das in Form eines Zwischenentscheides gemäss Art. 237 ZPO. Dieser ist selbständig anzufechten und eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen (Art. 237 Abs. 2 ZPO). Entfällt nach dem Zwischenentscheid eine Voraussetzung, so darf und muss das Gericht aber auf seinen Eintretensentscheid zurückkommen. Davon ausgenommen ist die Voraussetzung der örtlichen Zuständigkeit, weil sie von der Fixationswirkung der Rechtshängigkeit umfasst wird (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO). Im Laufe des Verfahrens einmal begründet, geht die örtliche Zuständigkeit durch nachträgliche Änderungen der sie begründenden Tatsachen nicht mehr verloren (vgl. ZK ZPO-ZÜRCHER, 3. Aufl. 2016, 60 N 10 und Art. 64 N 15; BK ZPO-

ZINGG, Art. 60 N 33 f. und BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 64 N 19 f.). Das trifft entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten aber auf die sachliche Zuständigkeit nicht zu. Die sachliche Zuständigkeit eines Gerichts bleibt nur bei einer Verminderung des Streitwertes nach zulässiger Klagebeschränkung erhalten (BK ZPO-ZINGG, Art. 60 N 53; Art. 227 Abs. 3 und Art. 230 Abs. 2 ZPO). In allen übrigen Fällen hat das Gericht, welches sich zu Beginn des Verfahrens mit einem Zwischenentscheid (zu Recht) als sachlich zuständig erachtet hat, bei Wegfall der Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit auf seinen Entscheid zurückzukommen und auf die Klage nicht einzutreten. Das gilt insbesondere, wenn sich seine sachliche Unzuständigkeit auf Grund einer inzwischen ergangenen höchstrichterliche Rechtsprechung zur rechtlichen Grundlage ergibt. An dieser Rechtslage ändert auch nichts, wenn die sachliche Zuständigkeit wie vorliegend nicht vom erstinstanzlichen Gericht selber, sondern von der zweiten Instanz in einem Rückweisungsentscheid festgestellt wurde. Bei einer Rückweisung ist weder die untere Instanz noch die erneut befasste Rechtsmittelinstanz an die Rechtsauffassung im Rückweisungsentscheid gebunden, wenn sich danach das Gesetz oder die Rechtsprechung durch übergeordnete Gerichte geändert hat (so noch explizit § 104a Abs. 3 GVG ZH).

3.3. Aus diesen Gründen hätte die Vorinstanz unabhängig des Rückweisungsentscheides der Kammer nach Ergehen des zitierten Bundesgerichtsentscheides am 10. Februar 2014 bzw. spätestens im Zeitpunkt der Urteilsfällung ihre sachliche Zuständigkeit erneut prüfen dürfen und müssen. Dies ist im Berufungsverfahren nachzuholen. Wie gezeigt erweist sich die Vorinstanz für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit als sachlich unzuständig. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten. Eine Auseinandersetzung mit der Berufungsschrift der Berufungsklägerin erübrigt sich damit.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 4. April 2016
Geschäfts-Nr.: NG150023-O/U