



Mitwirkend: Oberrichter Thomas Seeger, Präsident, und Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Thomas Huonder, Michael Küttel und Hans Dietschweiler sowie der Gerichtsschreiber Hugo Kronauer

Beschluss vom 11. Dezember 2011

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. **B._____ AG,**

Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **C._____ AG,**

2. **D._____,**

3. **E._____ Pensionskasse (E'._____),**

4. **F._____ Pensionskasse,**

5. **G._____ Pensionskasse,**

6. **H._____ Personalvorsorgestiftung,**

Beklagte

1, 2, 3, 4, 5, 6 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 3)

„1. Die Beklagte 1 sei zu verpflichten, den Klägerinnen unter Vorbehalt des Nachklagerechtes **CHF 560'000.00** zuzüglich 5% Verzugszins seit dem 20. Januar 2011 zu bezahlen.

2. Es sei das Grundbuchamt K. _____ anzuweisen, die nachfolgenden einstweilen im Sinne von Art. 961 ZGB zugunsten der Klägerinnen vorläufig im Grundbuch eingetragenen Pfandrechte auf folgenden Grundstücken (Miteigentumsanteilen) für folgende Pfandsummen **definitiv** einzutragen:

- Beklagte 2.1 (D. _____) Miteigentumsanteil GBBl. ... (30/100 Miteigentum am Grundstück Kat.-Nr. ..., GBBl. ...), **Pfandsumme neu CHF 201'600.00** (bisher CHF 230'265.00)
- Beklagte 2.2 (E'. _____) Miteigentumsanteil GBBl. ... (25/100 Miteigentums am Grundstück Kat.-Nr. ..., GBBl. ...), **Pfandsumme neu CHF 168'000.00** (bisher CHF 191'888.00)
- Beklagte 2.3 (F'. _____) Miteigentumsanteil GBBl. ... (25/100 Miteigentum am Grundstück Kat.-Nr. ..., GBBl. ...), **Pfandsumme neu CHF 168'000.00** (bisher 191'888.00)
- Beklagte 2.4 (G. _____) Miteigentumsanteil GBBl. ... (10/100 Miteigentum am Grundstück Kat.-Nr. ..., GBBl. ...), **Pfandsumme neu CHF 67'200.00** (bisher CHF. 76'754.00)
- Beklagte 2.5 (H. _____) Miteigentumsanteil GBBl. ... (10/100 Miteigentum am Grundstück Kat.-Nr. ..., GBBl. ...) **Pfandsumme neu CHF 67'200.00** (bisher CHF 76'754.00)

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Am 30. August 2011 reichten die Klägerinnen die Klage ein (act. 1). Nachdem die Klägerinnen den ihnen auferlegten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet hatten, wurde den Beklagten mit Verfügung vom 27. September 2011 Frist angesetzt, um sich zur Frage der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts zu äussern (Prot. S. 3). Mit Eingabe vom 17. Oktober 2011 nahmen die Beklagten

zur sachlichen Zuständigkeit Stellung (act. 7). Diese Stellungnahme wurde den Klägerinnen mit Verfügung vom 18. Oktober 2011 zugestellt (Prot. S. 4).

2. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Es tritt auf eine Klage nur ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Prozessvoraussetzungen sind unter anderem die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (Art. 59 ZPO).

3. Parteistandpunkte zur sachlichen Zuständigkeit

3.1. Klägerinnen: Die Beklagten 2 bis 6 seien Miteigentümer mit unterschiedlichen Quoten am Grundstück Kat.-Nr. ... GBBl. ..., wo sie als Investoren an der Zentrumsüberbauung I. _____ beteiligt seien und der Beklagten 1 einen Bauauftrag erteilt hätten. Die Klägerinnen bildeten eine einfache Gesellschaft, die J. _____, welche für die Beklagte 1 Bauarbeiten auf den Grundstücken der Beklagten 3 [recte wohl 2] bis 6 geleistet hätte. Die Klägerinnen forderten von der Beklagten 1 Werklohn. Sie hätten auf den Miteigentumsanteilen der Beklagten 2 bis 6 provisorische Bauhandwerkerpfandrechte eintragen lassen. Der Audienzrichter habe den Klägerinnen in der Folge Frist zur Klageerhebung auf definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte angesetzt. Die Klägerinnen hätten ihre Klage daraufhin am 26. Mai 2011 beim Bezirksgericht Zürich eingeleitet. Das Bezirksgericht Zürich habe eine Gerichtsstandsklausel zwischen den Klägerinnen und der Beklagten 1 zugunsten des Bezirksgerichts Zürich unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung für unzulässig erachtet, weil die sachliche Zuständigkeit zwingend beim Handelsgericht des Kantons Zürich liege, und sei auf die Forderungs- und Prosequierungsklage mit Urteil und Beschluss vom 22. August 2011 nicht eingetreten. Die Frage der Zuständigkeit in Bezug auf den Beklagten 2 habe es offen gelassen, was die Klägerinnen mit dem Rückzug der Klage beim Bezirksgericht Zürich unter Vorbehalt der Wiedereinbringlichkeit beim Handelsgericht gelöst hätten. Demzufolge sei das Handelsgericht des Kantons Zürich sachlich zuständig (act. 1 S. 4 ff.).

3.2. Beklagte: Die im Werkvertrag vom 09./22. März 2010 (act. 3/19) enthaltene Gerichtsstandsklausel (Gerichtsstand ist das Bezirksgericht Zürich) binde - sofern sie weiterhin gültig sei - nur die Parteien dieses Werkvertrages, somit einzig die

Klägerinnen und die Beklagte 1. Daraus folge, dass sich für die Beklagten 2, 3, 4, 5 und 6 die Frage der sachlichen Gerichtszuständigkeit in jedem Fall ausschliesslich nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) und dem Kantonalen Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) richte. Beim Beklagten 2 handle es sich um eine natürliche Person, welche nicht im Schweizerischen Handelsregister eingetragen sei. Für die Pfandrechtsklage gegen den Beklagten 2 sei somit das Bezirksgericht Zürich, und zwar das Kollegialgericht zuständig, denn es liege eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.00 vor. Dies sei grundsätzlich auch die Auffassung des Bezirksgerichtes Zürich gemäss seinem Beschluss vom 22. August 2011 (act. 3/55). Für die Beklagten 3, 4, 5 und 6 sei demgegenüber die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben. Wie bereits das Bezirksgericht zutreffend festgestellt habe, handle es sich bei den Beklagten 3 - 6 um Pensionskassen bzw. Personalvorsorgestiftungen, welche im Schweizerischen Handelsregister eingetragen seien. Ausserdem handle es sich um eine handelsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO, da auch die Pfandrechtsklagen zumindest die geschäftliche Tätigkeit der Klägerinnen betreffen würden und der Streitwert für jede beklagte Partei Fr. 30'000.00 überschreite. Aufgrund der Gerichtsstandsklausel des Werkvertrages (act. 3/19) sei somit einzig die sachliche Zuständigkeit für die Forderungsklage der Klägerin gegen die Beklagte 1 fraglich. Halte man mit dem Bezirksgericht und dem Obergericht dafür, dass die in der Gerichtsstandsklausel des Werkvertrages vereinbarte Prorogation des Bezirksgerichtes Zürich unter der neuen ZPO keine Rechtswirkung mehr entfalten könne, sei auch für die Forderungsklage die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes aufgrund von Art. 6 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG ohne Weiteres gegeben. Gehe man hingegen davon aus, dass die Übergangsbestimmung von Art. 406 ZPO, wonach sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht bestimme, das zurzeit ihres Abschlusses gegolten habe, nicht nur Gerichtsstandsklauseln über die örtliche, sondern auch über die sachliche Zuständigkeit umfasse, wäre für den Forderungsprozess nach wie vor die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Zürich zu bejahen. Diese Frage könne vorliegend jedoch ohne Weiteres offen gelassen werden. Unabhängig davon, welches Gericht letztlich für die Beurteilung der Forderungsklage zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 zuständig sei, liege für die meh-

renen Ansprüche der Klägerin gegen die verschiedenen Beklagten eine Konkurrenz von bezirksgerichtlicher und handelsgerichtlicher Zuständigkeit in der Sache vor. Diesfalls müsse die klagende Partei zur Vermeidung sich widersprechender Entscheide zwischen dem Bezirksgericht und dem Handelsgericht wählen können. Gemäss Art. 15 ZPO stehe dem Kläger diese Wahl bei Streitgenossenschaft und Klagenhäufung ausdrücklich zur Verfügung. In Übereinstimmung mit Härtsch müsse diese Bestimmung auch in einem Falle wie dem vorliegenden anwendbar sein, wenn sich mehrere miteinander im Zusammenhang stehende Ansprüche gegen mehrere Parteien richteten (mit Verweisung auf BK ZPO-Härtsch, Art. 5 N 1). Auch Rüetschi erachte jedes Gericht für sämtliche Ansprüche aus dem gleichen Lebenssachverhalt für zuständig, welches über einen oder mehrere der Ansprüche entscheiden könne (mit Verweisung auf ZK ZPO-Rüetschi, Art. 6 N 43). Dies spreche klar dafür, dass der Kläger immer dann zwischen mehreren zuständigen Gerichten wählen könne, sofern die geltend gemachten Ansprüche auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen würden, mithin zumindest die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft nach Art. 71 ZPO erfüllt seien. Diese Voraussetzungen seien vorliegend gegeben. Die Forderungsklage wie auch die Pfandrechtsklagen beruhten auf den gleichen Tatsachen, nämlich auf den von der Klägerin ausgeführten Tiefbauarbeiten für das Zentrum I. _____, und für die einzelnen Klagen sei die gleiche Verfahrensart (Ordentliches Verfahren) anwendbar. Daraus folge jedoch, dass die Klägerin unabhängig von der streitigen Gerichtsstandsklausel zwischen dem Handelsgericht und dem Bezirksgericht hätte frei wählen dürfen. Sie habe sich für das Bezirksgericht Zürich entschieden. Da dieses Gericht, wie dargelegt, für die Beurteilung des Pfandrechtsanspruches gegenüber dem Beklagten 2 unzweifelhaft zuständig sei, sei seine Zuständigkeit auch für die übrigen Ansprüche gegen die Beklagte 1 und die Beklagten 3 - 6 gegeben. Das Bezirksgericht hätte daher auf die bei ihm erhobenen Klagen eintreten müssen. Sei aufgrund der von der Klägerin getroffenen Wahl die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Zürich für die Beurteilung sämtlicher Klagen gegeben, entfalle gleichzeitig die Zuständigkeit des Handelsgerichtes für diese Klagen. Aus diesen Gründen würden die Beklagten beantragen, es sei sowohl auf die gegen die Beklagte 1 erhobene Forderungsklage wie auch auf die gegen die Beklagten 2 - 6 erhobenen Klagen auf definitive Eintragung von Bau-

handwerkerpfandrechten nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (act. 7 S. 2 ff.).

4. Gültigkeit der Vereinbarung im Sinne von § 64 GVG

4.1. Die Klägerinnen und die Beklagte 1 schlossen vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) eine Gerichtsstandsvereinbarung, welche die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich vorsah. Mit Eingabe vom 26. Mai 2011 - d.h. nach Inkrafttreten der ZPO - klagten die Klägerinnen beim Bezirksgericht Zürich. Mit Verweisung auf den Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 29. Juli 2011, LF110069, verneinte das Bezirksgericht Zürich mit Entscheid vom 22. August 2011 seine Zuständigkeit unter anderem mit der Begründung, eine Prorogation der sachlichen Zuständigkeit im Sinne von § 64 GVG entfalte unter der Herrschaft der ZPO keine Wirkungen mehr.

4.2. Das jetzt angerufene Handelsgericht hat seine sachliche Zuständigkeit unabhängig vom Entscheid des Bezirksgerichts Zürich selbstständig zu prüfen.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, inwieweit unter dem früheren kantonalen Recht abgeschlossenen Vereinbarungen im Sinne von § 64 GVG bei Klageeinleitung nach dem 1. Januar 2011 noch Wirkungen zukommen.

4.3. Art. 406 ZPO unter dem 3. Titel "Übergangsbestimmungen" sieht vor, dass sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht bestimme, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten habe. Die II. Zivilkammer erwog in ihrem Entscheid vom 29. Juli 2011, auf den das Bezirksgericht Zürich sich abgestützt hat, dass Art. 406 ZPO lediglich die Gültigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit regle. Es sei unverändert die Regelung von Art. 39 GestG übernommen worden. Das GestG habe schweizweit die örtliche Zuständigkeit vereinheitlicht und habe in diesem Zusammenhang auch die Gerichtsstandsvereinbarung geregelt; neu finde sich das in Art. 9 ff. und Art. 17 ZPO. Die sachliche Zuständigkeit sei stets kantonal geregelt geblieben und die Organisationshoheit über die Gerichte - inklusive der Fachgerichte - liege auch nach dem neuen Recht grundsätzlich, d.h. unbeschadet von Art. 5 ff. ZPO, in der Kompetenz der Kantone. Art. 17 ZPO regle die Gerichtsstandsvereinbarung unter dem

Titel "örtliche Zuständigkeit", und der gleiche Begriff werde in Art. 406 gleich verwendet. Art. 406 ZPO beziehe sich damit wie Art. 17 ZPO auf Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit (mit Verweisung auf ZK ZPO-Sutter-Somm/Hedinger, Art. 17 N. 1 f.; Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 406 N. 1). Dies erhelle aus Entstehungsgeschichte, Systematik und Zweck der Norm.

Die II. Zivilkammer erwog weiter, dass eine Übergangsbestimmung analog Art. 406 ZPO, welche die altrechtlich zulässige Prorogation eines nach der ZPO sachlich nicht zuständigen Gerichts für weiterhin gültig erkläre, in der ZPO nicht enthalten sei, und auch das GOG schweige sich darüber aus. § 206 GOG sehe immerhin vor, dass erstinstanzlich hängige Zivilverfahren vom bisher sachlich zuständigen Gericht fortgeführt würden. Zur in jenem Verfahren vom Beklagten herangezogenen Regel der Nichtrückwirkung erwog die II. Zivilkammer, dass diese dem intertemporalen Privatrecht entstamme (mit Verweisung auf Art. 1 SchIT ZGB); für neues Verwaltungs- und Prozessrecht gelte das Gebot der sofortigen Anwendung (mit Verweisung auf BGE 115 II 97 E. 2c, S. 101 und BGE 129 III 80 E. 1, S. 82). Auch handle es sich um keine Rückwirkung, weil das Prozessrechtsverhältnis erst mit Beginn der Rechtshängigkeit entstehe und das Gericht (mangels Übergangsbestimmungen) nur nach den Vorschriften hoheitlich handeln könne, die im Zeitpunkt seiner Anordnungen gelten würden. Von Grundsätzen solle (grundsätzlich) nur dann abgewichen werden, wenn eine ausdrückliche Regelung eine solche Abweichung vorschreibe; mit Art. 406 ZPO sei das wie gesagt nicht geschehen.

4.4. Der Auffassung der II. Zivilkammer kann nicht gefolgt werden.

4.4.1. Bei Vereinbarungen im Sinne von § 64 GVG handelt es sich nicht um der Parteiwillkür entzogene Verfahrensbestimmungen, sondern um (Prozess-) Verträge. Die Vertragsparteien trafen bewusst eine Entscheidung zur Prorogation eines sachlich an sich nicht zuständigen Gerichts und unterwarfen sich diesem im Voraus durch Vertrag mit der Gegenpartei. Dem Bedürfnis nach Vertragstreue, Vertrauen in die Rechtsordnung und Rechtssicherheit wurde in Bezug auf Gerichtsstandsvereinbarungen mit Art. 406 ZPO und in Bezug auf Schiedsvereinbarungen mit Art. 407 ZPO Rechnung getragen: Der Bundesgesetzgeber regelt nicht nur in Art. 406 ZPO, dass sich die Gültigkeit von unter dem alten Recht geschlossenen

Vereinbarungen nach dem damals geltenden Recht bestimmt, er sieht in Art. 407 Abs. 1 ZPO gar vor, dass sich die Gültigkeit von vor Inkrafttreten der ZPO geschlossenen Schiedsvereinbarungen nach dem für sie günstigeren Recht beurteilt. Der Bundesgesetzgeber brachte damit klar zum Ausdruck, dass er selbst für Verträge, mit welchen sich die Parteien fast gänzlich der staatlichen Gerichtsbarkeit im Voraus entziehen, die Vertragstreue, das Vertrauen in die Rechtsordnung und die Rechtssicherheit über die sofortige Anwendung des neuen Rechts stellt.

4.4.2. Art. 406 ZPO handelt gemäss seinem klaren Wortlaut von der Gültigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen, nicht von der Zuständigkeit der Gerichte. Dass sich der Begriff der Gerichtsstandsvereinbarung auch in Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit findet (Art. 9 GestG bzw. Art. 17 ZPO), bedeutet keineswegs, dass er sich alleine darauf bezieht. Wenn (ehemals im GestG, neu in Art. 9 ff. ZPO) im Rahmen der Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit auch der Fall der Gerichtsstandsvereinbarung geregelt wurde bzw. wird, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass Gerichtsstandsvereinbarungen *nur und alleine* die örtliche Zuständigkeit beschlagen könnten. Auch über die sachliche Zuständigkeit sind Parteivereinbarungen nicht schlechthin ausgeschlossen. Aus dem Wortlaut von Art. 406 ZPO ergibt sich jedenfalls nicht, dass davon nur Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit erfasst würden.

Solches ergibt sich auch nicht aus der Gesetzessystematik; im Gegenteil. Art. 406 ZPO ist eine Übergangsbestimmung unter dem 3. Titel im 4. Teil (Schlussbestimmungen) der ZPO. Die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit finden sich dagegen im 2. Kapitel im 2. Titel im 1. Teil (Allgemeine Bestimmungen) der ZPO. Übergangsbestimmungen haben grundsätzlich gesamthaft Geltung für die Anwendung des neuen Rechts, soweit sie nicht ausdrücklich auf bestimmte Regelungsbereiche beschränkt sind. Art. 406 ZPO befasst sich wie erwähnt nicht mit den Regeln der (örtlichen) Zuständigkeit, sondern allgemein mit den Gerichtsstandsvereinbarungen. Zwar regelt gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO das kantonale Recht die sachliche (und funktionelle) Zuständigkeit; aber nur, soweit das Gesetz (gemeint die ZPO) nichts anderes bestimmt. Als solche Bestimmung fällt Art. 406 ZPO in Betracht. Auch aus der Gesetzessystematik ergibt sich somit in keiner

Weise, dass die Übergangsbestimmung von Art. 406 ZPO nur die Gerichtsstandsvereinbarungen betreffend die örtliche Zuständigkeit erfassen sollten.

Schliesslich kann auch nicht aus dem Umstand, dass Art. 406 ZPO inhaltlich gleich lautet wie Art. 39 GestG (welcher nur die örtliche Zuständigkeit regelte [Art. 1 Abs. 1 GestG]), geschlossen werden, der Gesetzgeber habe unverändert diese frühere Regelung übernommen. Dies mag zutreffen für die Frage der Gerichtsstandsvereinbarungen betreffend die örtliche Zuständigkeit, bedeutet für sich aber allein noch nicht, dass diese Regelung (neu) nicht auch für andere Gerichtsstandsvereinbarungen gelten sollte.

Nicht ersichtlich ist, weshalb Art. 406 ZPO nur und alleine die übergangsrechtliche Regelung der Gerichtsstandsvereinbarungen in örtlicher Hinsicht und nicht generell hätte bezwecken sollen. Im Gegenteil kann der Zweck dieser Bestimmung vielmehr darin gesehen werden, das Bedürfnis der Parteien nach Vertragstreue, Vertrauen in die Rechtsordnung und Rechtssicherheit zu wahren (vgl. Erw. 4.4.1 und v.a. nachfolgend Erw. 4.4.4), und dies ruft nach einer generellen Anwendung von Art. 406 ZPO, insbesondere auch für Vereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit.

4.4.3. Entgegen der Auffassung im Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juli 2011, LF110069, kann daher weder aus dem Wortlaut, noch aus der Entstehungsgeschichte, noch aus der Systematik, noch aus dem Zweck der Norm geschlossen werden, dass sich Art. 406 ZPO nur auf Gerichtsstandsvereinbarungen bezüglich der örtlichen Zuständigkeit beziehe.

Fallen unter Art. 406 ZPO demnach auch Parteivereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit, so ist auch deren Gültigkeit nach dem Recht zum Zeitpunkt ihres Abschlusses zu beurteilen.

Die am 9./22. März 2010 von den Klägerinnen mit der Beklagten 1 abgeschlossene Gerichtsstandsklausel beurteilt sich demnach nach dem damals gültigen GVG (§ 64).

4.4.4. Selbst wenn die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nicht gemäss Art. 406 ZPO, sondern nach kantonalem Prozessrecht zu beurteilen wäre, wäre kein anderes Ergebnis die Folge.

Zwar fehlt im zürcherischen GOG eine (Übergangs-)Bestimmung zu vor dem Inkrafttreten von ZPO und GOG geschlossenen Vereinbarungen im Sinne von § 64 GVG. Dies kann nur zweierlei bedeuten: Entweder wurde stillschweigend davon ausgegangen, dass vor dem Inkrafttreten des GOG geschlossene Vereinbarungen im Sinne von § 64 GVG selbstverständlich weiterhin Gültigkeit behalten, oder die Regelung dieser Konstellation ging schlicht vergessen, womit eine planwidrige Unvollständigkeit vorläge.

Dies aus folgenden Gründen: Würde das Schweigen des GOG zu dieser Frage dahingehend verstanden, dass bewusst keine Regelung getroffen wurde und damit altrechtliche Vereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit im Sinne von § 64 GVG nicht mehr gelten sollten, stellten sich derart offensichtliche, schwerwiegende Probleme, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich diesbezüglich absichtlich keine Regelung im GOG findet. So dürfte in einer Vielzahl von Fällen, in denen im Sinne von § 64 GVG das Handelsgericht anstelle des Bezirksgerichts oder das Bezirksgericht anstelle des Handelsgerichts prorogiert wurden, nicht nur eine Prorogation der sachlichen, sondern gleichzeitig auch der örtlichen Zuständigkeit vorliegen; dies nicht nur im Binnenverhältnis, sondern auch in internationalen Sachverhalten. Wenn sich im schweizerischen oder einem vergleichbaren ausländischen Handelsregister eingetragene Gesellschaften mit natürlichen Personen oder nicht in einem Register eingetragenen Gesellschaften aufgrund der Fachkunde und/oder des verkürzten Instanzenzugs auf die Zuständigkeit des Zürcher Handelsgerichts geeinigt hätten, so würde ihnen der Zugang zum Handelsgericht verwehrt, wenn ihre Vereinbarungen im Sinne von § 64 GVG nicht mehr honoriert würden. Gleichzeitig müsste aber davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarung in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit weiterhin gültig wäre, so dass ausserkantonale oder ausländische natürliche Personen oder nicht in einem Register eingetragene Gesellschaften vor einem Zürcher Bezirksgericht beklagt werden könnten, obwohl sie einem Gerichtsstand fernab von ihrem (Wohn-)Sitz nur aufgrund der Spezialisierung und des kurzen Instanzenzugs beim

Zürcher Handelsgericht zugestimmt hatten. Und dies, obwohl das Handelsgericht weiterhin existiert und auch weiterhin in gewissen Konstellationen natürlichen Personen die Wahl gelassen wird, vor dem Handelsgericht zu prozessieren (Art. 6 Abs. 3 ZPO). Wollte man in solchen Konstellationen in Frage stellen, ob die Vereinbarung in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit dann ebenfalls noch gültig wäre, wenn sie es in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit nicht mehr ist, so fände sich auch diesbezüglich keine Regelung. Es scheint ausgeschlossen zu sein, dass der Gesetzgeber durch sein Schweigen zu diesen Fragen bewusst keine Regelungen treffen wollte. Vielmehr scheint er entweder davon ausgegangen zu sein, dass Vereinbarungen nach Art. 64 GVG selbstverständlich vom weit gefassten Wortlaut von Art. 406 ZPO erfasst würden oder unter die allgemeine Regel von Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB fallen würden, sofern der Kanton nichts Abweichendes regelt, oder dann ging die Regelung dieses Problems schlicht vergessen.

Läge eine solche planwidrige Unvollständigkeit vor, so wäre diese entstandene Lücke vom Gericht zu füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Im Lichte der oben erwähnten Übergangsbestimmungen in der ZPO bezüglich Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit und insbesondere Schiedsvereinbarungen erschiene dabei unzweifelhaft, dass auch die Gültigkeit von Vereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit im Sinne von § 64 GVG, welche vor Inkrafttreten der ZPO und des GOG geschlossen wurden, nach den damals geltenden Kriterien beurteilt werden müssten; nehmen diese von der Intensität der Bindung her doch eine Zwischenstellung ein zwischen lediglich einem Abweichen von der örtlichen Zuständigkeit und einem fast gänzlichen Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit bei Schiedsvereinbarungen. Dies folgt einerseits aus einer analogen Anwendung der Art. 406 f. ZPO als auch aus deren zugrundeliegenden Grundsätzen der Vertragstreue, des Vertrauens in die Rechtsordnung und der Rechtssicherheit.

Unabhängig davon, ob ein bewusstes Schweigen des Gesetzgebers oder eine planwidrige Unvollständigkeit vorliegt, sind somit Vereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit im Sinne von Art. 64 GVG, welche vor dem Inkrafttreten der ZPO und des GOG geschlossen wurden, weiterhin gültig, sofern sie die damals geltenden Voraussetzungen erfüllen.

4.4.5. Die von den Klägerinnen mit der Beklagten 1 im Werkvertrag vom 9./22. März 2010 abgeschlossene Gerichtsstandsklausel (zugunsten des Bezirksgerichts Zürich) erfüllt die Voraussetzungen gemäss § 64 GVG (schriftliche Vereinbarung vor Rechtshängigkeit der Klage), so dass das Handelsgericht des Kantons Zürich in Bezug auf die Klage gegen die Beklagte 1 sachlich nicht zuständig ist.

5. Sachliche Zuständigkeit bei passiver Streitgenossenschaft

5.1. Die Klage richtet sich gegen eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft (die Beklagte 1), zwei im Handelsregister eingetragene Pensionskassen (die Beklagten 3 und 4), eine im Handelsregister eingetragene Personalvorsorge-stiftung (die Beklagte 6) sowie eine nicht im Handelsregister eingetragene natürliche Person (Beklagter 2) und gegen die Pensionskasse G._____ (Beklagte 5), welche entgegen der Annahme des Bezirksgerichts Zürich im Urteil und Beschluss vom 22. August 2011 (act. 3/55 S. 7 E. 4.4.) und auch entgegen den Ausführungen der Beklagten (act. 7 S. 2) ebenfalls nicht im Handelregister eingetragen ist (Internet-Suche auf www.zefix.ch). Wie auch das Bezirksgericht Zürich festhielt, sind die Klagen gegenüber den verschiedenen Beklagten in Bezug auf ihre Begründung und die Frage der Begründetheit der zugrundeliegenden Pfandforderung identisch. Es stellt sich damit die Frage, ob aufgrund von Art. 71 ZPO, welcher für einfache Streitgenossen einen gemeinsamen Prozess vorsieht, sofern die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist, auch die Beklagten 2 und 5 sowie die Beklagte 1, mit welcher eine nach wie vor gültige Prorogationsvereinbarung im Sinne von § 64 GVG vorliegt (s. oben) vor dem Handelsgericht beklagt werden können.

5.2. § 65 GVG sah Folgendes vor:

"Wenn mehrere Personen gemeinsam klagen wollen oder gemeinsam eingeklagt werden sollen und das Handelsgericht nur für einzelne von ihnen zuständig ist, so bestimmt das Obergericht auf Antrag eines Klägers, ob das Handelsgericht oder das Bezirksgericht für sämtliche Streitgenossen zuständig ist."

Eine analoge Bestimmung findet sich nunmehr weder in der ZPO noch im GOG. § 126 GOG regelt einen anderen Fall (gleichzeitige sachliche Zuständigkeit mehrerer Spezialgerichte).

5.3. Art. 15 Abs. 1 ZPO sieht in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit bei Streitgenossenschaft mehrerer beklagter Parteien vor, dass das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Parteien zuständig ist, sofern diese Zuständigkeit nicht nur auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruht. Art. 70 Abs. 1 ZPO hält in Bezug auf die notwendige Streitgenossenschaft fest, dass bei Beteiligung mehrerer Personen an einem Rechtsverhältnis, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann, sie gemeinsam klagen oder beklagt werden müssen. Art. 71 Abs. 1 ZPO legt in Bezug auf die einfache Streitgenossenschaft fest, dass mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden können, wenn Rechte und Pflichten beurteilt werden sollen, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen. Abs. 2 derselben Bestimmung schliesst die einfache Streitgenossenschaft aus, wenn für die einzelnen Klagen nicht die gleiche Verfahrensart anwendbar ist.

Stahelin/Schweizer (in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 71 N. 9) verweisen für Besonderheiten bei den Prozessvoraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft auf die Kommentierung von Art. 70 N. 8 ff., wobei sie in Klammern aufführen "gleiche örtliche und sachliche Zuständigkeit, gleiche Verfahrensart, Leistung einer Sicherheit für Prozesskosten". In Bezug auf die gleiche sachliche Zuständigkeit bei der notwendigen Streitgenossenschaft führen Stahelin/Schweizer (a.a.O., Art. 70 N. 12 ff.) aus, die Verfahren einer Streitgenossenschaft könnten nur dann miteinander geführt werden, wenn für alle die gleiche sachliche Zuständigkeit bestehe. Diese Voraussetzung sei in der ZPO nicht explizit geregelt, in der Lehre jedoch unbestritten. Beständen unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten, so hätte dies die Vereitelung des Zwecks der Streitgenossenschaft zur Folge. Die gleiche sachliche Zuständigkeit erfordere die Zuständigkeit des gleichen Gerichts (Spezialgericht oder ordentliches Gericht) und des gleichen Spruchkörpers. Bei einem Zuständigkeitskonflikt sei das nach den allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften kompetente (ordentliche) Gericht für

das Verfahren einer Streitgenossenschaft sachlich zuständig. Eine unnötige Verfahrensverzögerung und -verteuerung werde dadurch vermieden.

Diese Kommentierung erscheint bezüglich der einfachen Streitgenossenschaft nicht eindeutig. Die Kommentatoren verwenden unter dem Art. 70 ZPO den allgemeinen Begriff "Streitgenossenschaft", obwohl die Kommentierung zu Art. 70 ZPO, also der notwendigen Streitgenossenschaft erfolgt. Der erwähnte Verweis unter Art. 71 ZPO zur Kommentierung von Art. 70 ZPO in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit liesse darauf schliessen, dass die Ausführungen zu Art. 70 ZPO auch für die einfache Streitgenossenschaft gelten, womit es auch Sinn machen würde, dass die Kommentatoren lediglich vom gemeinsamen Oberbegriff "Streitgenossenschaft" sprechen. Dies würde bedeuten, dass nach Ansicht der Kommentatoren sowohl bei der notwendigen als auch bei der einfachen Streitgenossenschaft nur die ordentlichen, also die Bezirksgerichte, für sämtliche Streitgenossen sachlich zuständig wären, sofern das Handelsgericht für mindestens einen Beklagten sachlich unzuständig ist, für welchen aber die Zuständigkeit des Bezirksgerichts gegeben wäre.

In Bezug auf die einfache passive Streitgenossenschaft zum gleichen Ergebnis kommt Rüetschi, im selben Kommentar, jedoch zu Art. 6 ZPO. Er führt aus, dass für den Fall einer Streitgenossenschaft auf der Seite der Beklagten bereits unter bisherigem Recht verlangt worden sei, dass sämtliche Mitglieder der Streitgenossenschaft im Handelsregister eingetragen seien, sofern die Zuständigkeit des Handelsgerichts aus Art. 6 Abs. 2 ZPO abgeleitet werden solle. Allerdings erscheint es Rüetschi zumindest in den Fällen der notwendigen passiven Streitgenossenschaft – eine solche liegt vorliegend nicht vor –, in welchen zwingend ein einheitliches Urteil ergehen müsse, sachgerecht, dass jedes Gericht, dessen örtliche und sachliche Zuständigkeit für die Beurteilung der Klage gegen eine der beklagten Parteien bejaht werden könne, gleichzeitig auch über die Ansprüche gegen die übrigen Mitglieder der Streitgenossenschaft entscheiden könne. Dies würde im Ergebnis auf ein Wahlrecht des Klägers analog zu Art. 6 Abs. 3 ZPO hinauslaufen (Rüetschi in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 6 N. 41 f.; die von den Beklagten angerufene Note 43 bezieht sich hingegen

auf die objektive Klagenhäufung, ebenso BK ZPO-Härtsch, Art. 5 N. 1; vgl. act. 7 S. 3).

Peter Ruggle führt im Basler Kommentar zur sachlichen Zuständigkeit bei der notwendigen Streitgenossenschaft aus (BSK ZPO-Peter Ruggle, Art. 70 N. 28):

"Sondergerichte können hingegen grundsätzlich nur dann angerufen werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen von sämtlichen Streitgenossen erfüllt werden ([...]). Da die sachliche Zuständigkeit der Regelung durch die Kantone verbleibt, ist dem kantonalen Recht zu entnehmen, wie allfällige Zuständigkeitskonflikte gelöst werden müssen. Das anwendbare kantonale Recht kann vorsehen, dass die Zuständigkeit des Sondergerichts, z.B. eines Handelsgerichts, auch dann begründet ist, wenn nur einer von mehreren notwendigen Streitgenossen die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt ([...]). Entscheidend ist, dass das kantonale Recht die Durchführung eines einheitlichen Verfahrens für alle Streitgenossen vorsieht. Andernfalls würde Bundesrecht vereitelt werden."

Zu Art. 71 ZPO hält Ruggle fest, dass die einfache Streitgenossenschaft stillschweigend voraussetze, dass für alle Klagen die gleiche sachliche Zuständigkeit bestehe. Angesichts des Konnexitätserfordernisses dürfte eine unterschiedliche sachliche Zuständigkeit aber eher selten vorkommen (BSK ZPO-Peter Ruggle, Art. 71 N. 17).

Eva Borla-Geier äussert sich im DIKE Kommentar weder bei der notwendigen noch bei der einfachen Streitgenossenschaft zur sachlichen Zuständigkeit. Sie verweist an beiden Orten auf Art. 15 ZPO zur örtlichen Zuständigkeit (Eva Borla-Geier in DIKE-Komm.-ZPO, Art. 70 N. 19 und Art. 71 N. 24).

Zu Art. 15 ZPO hält Eva Borla-Geier fest, dass Art. 15 Abs. 1 ZPO nicht vorsehe, dass auch die gleiche sachliche Zuständigkeit für sämtliche Streitgenossen gegeben sein müsse. Eine Regelung wie Art. 90 Bst. a ZPO im Bereich der objektiven Klagenhäufung finde sich nicht. Es sei gestützt auf Art. 3 ZPO Sache der Kantone zu regeln, ob die gleiche sachliche Zuständigkeit erforderlich sei. Allerdings dürften die Kantone die Anwendung von Art. 15 Abs. 1 ZPO nicht vereiteln (Eva Borla-Geier in DIKE-Komm.-ZPO, Art. 15 N. 13).

Nach Ansicht von Isaak Meier können notwendige oder einfache Streitgenossen grundsätzlich vor jedem Gericht verklagt werden, welches für einen der Streitgenossen sachlich zuständig sei. Art. 71 Abs. 2 ZPO verlange lediglich, dass für alle Klagen dieselbe Verfahrensart, nicht jedoch dieselbe sachliche Zuständigkeit gelte. Von diesem Grundsatz müsse für das Handelsgericht aber eine Ausnahme gemacht werden. Mehrere Personen, von denen einzelne nicht der Handelsgerichtsbarkeit unterliegen würden, könnten seines Erachtens gemeinsam nur vor den ordentlichen Gerichten, nicht jedoch vor dem Handelsgericht verklagt werden, da sonst die nicht im Handelsregister eingetragenen Personen eine Instanz verlieren würden. Die früher im GVG vorgesehene Bestimmung, wonach das Obergericht in diesen Fällen das zuständige Gericht bestimme, fehle im neuen Recht (Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 62).

Auch Theodor Härtsch hält dafür, dass grundsätzlich notwendige Streitgenossen nur dann vor einem Spezialgericht klagen oder beklagt werden könnten, wenn die Voraussetzungen dazu von sämtlichen Streitgenossen erfüllt würden. Sachlich zuständig für die Beurteilung von Ansprüchen gegen eine passive einfache Streitgenossenschaft sei dabei das Gericht, welches für die Beurteilung jeder einzelnen Streitigkeit zuständig sei. Spezialgerichte seien sachlich nur zuständig, wenn die entsprechenden Voraussetzungen von sämtlichen beklagten Streitgenossen erfüllt würden. Theodor Härtsch verweist diesbezüglich auf die Kommentierung zu Art. 15 (Theodor Härtsch, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 4 N. 22 f.). Franz Schenker weist in der entsprechenden Kommentierung in Stämpflis Handkommentar zu Art. 15 ZPO darauf hin, dass bei einfacher passiver Streitgenossenschaft der kantonale Gesetzgeber (trotz seiner Kompetenz gemäss Art. 4 ZPO) die sachliche Zuständigkeit nicht in einer Weise regeln dürfe, die eine zweckmässige Anwendung der bundesrechtlichen Gerichtsstandsvorschrift von Art. 15 Abs. 1 ZPO vereiteln würde (Franz Schenker, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 15 N. 4).

5.4. Frühere Praxis und Lehre in den vier Kantonen mit einem Handelsgericht

5.4.1. Kanton Zürich

Im Kanton Zürich wurde mit § 65 GVG die amtliche Anweisung vorgesehen, damit einfache und notwendige Streitgenossen, für welche an sich nicht die gleiche sachliche Zuständigkeit gegeben wäre, vor demselben Gericht gemeinsam eingeklagt werden konnten (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, § 65 N. 1 f.). Ohne eine solche konnte bei der passiven notwendigen Streitgenossenschaft ein Sondergericht nur dann angerufen werden, wenn die Voraussetzungen dazu von sämtlichen Streitgenossen erfüllt wurden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 1997, § 39 N. 23a). Richtete sich die Klage gegen eine passive notwendige Streitgenossenschaft, bestehend aus natürlichen Personen und im Handelsregister eingetragenen Personen, so war das Bezirksgericht sachlich zuständig (ZR 43 Nr. 226).

5.4.2. Kanton St. Gallen

Im Kanton St. Gallen hat die Praxis die handelsgerichtliche Zuständigkeit bejaht, wenn eine Partei aus einer Streitgenossenschaft bestehe und sich bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Parteien ein Schwergewicht für die handelsgerichtliche Zuständigkeit ergebe. In der Lehre sei aber mit guten Gründen ausgeführt worden, die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts als Sondergericht könne nur angenommen werden, wenn die Voraussetzungen bei allen Streitgenossen erfüllt seien. Ob es sich um eine einfache oder notwendige Streitgenossenschaft handle, könne im Übrigen nicht massgebend sein (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, 1999, Art. 14 N. 3.e).

5.4.3. Kanton Bern

Im Kommentar zur Berner Zivilprozessordnung wird ausgeführt, bei Streitgenossenschaft sei zu beachten, dass für jeden einzelnen Streitgenossen alle Prozessvoraussetzungen erfüllt sein müssten. Bildeten Beklagte eine materielle (notwendige oder nicht notwendige) oder eine formelle Streitgenossenschaft, entfalle daher die Zuständigkeit des Handelsgericht, wenn auch nur einer der Streitgenossen nicht in einer der verlangten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen sei. Da ein Vorgehen in Streitgenossenschaft in jedem Fall aus praktischen Grün-

den zu erleichtern sei und überdies bei notwendiger Streitgenossenschaft die einzige Möglichkeit zur Durchsetzung des materiellen Rechts darstelle, dränge sich in Anbetracht des Ausnahmecharakters der Handelsgerichtsbarkeit die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf, sobald einer der beklagten Streitgenossen nicht in der erforderlichen Weise eingetragen sei (Leuch/Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, 2000, Art. 5, 2. a bb).

5.4.4. Kanton Aargau

Alfred Bühler hält im Kommentar zur aargauischen ZPO dafür, dass bei notwendiger Streitgenossenschaft die Zuständigkeit eines Sondergerichts auch dann zu bejahen sei, wenn die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht für alle Kläger oder Beklagten erfüllt seien. Zumindest sei dem Kläger ein Wahlrecht zwischen Handels- und ordentlichem Gericht zuzugestehen, wenn nicht alle beklagten notwendigen Streitgenossen im Handelsregister eingetragen seien. Bei einfacher Streitgenossenschaft müssten hingegen die Zuständigkeitsvoraussetzungen des Sondergerichts für alle Kläger oder Beklagten gegeben sein. Es diene aber der Vermeidung widersprechender Urteile und der Prozessökonomie, wenn auch bei einfacher Streitgenossenschaft für alle Klagen oder Beklagten eine einheitliche Zuständigkeit des ordentlichen Richters bejaht werde (Alfred Bühler in Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 1998, Vorbem. §§ 10-22 N. 15).

5.5. Probleme in Bezug auf internationale Sachverhalte

Thomas Müller weist in Stämpflis Handkommentar zum LugÜ darauf hin, dass sich bei der Anwendung des Mehrparteiengerichtsstandes Schwierigkeiten aufgrund von Vorschriften des nationalen Prozessrechts über die sachliche Zuständigkeit ergeben könnten. Nach verbreiteter Auffassung, der zuzustimmen sei, könne das LugÜ, welches lediglich die örtliche Zuständigkeit regeln wolle, nicht in die nationale Gerichtsorganisation eingreifen. Es liege somit am nationalen Gesetzgeber, dafür zu sorgen, dass nach Möglichkeit der von Art. 6 Nr. 1 LugÜ verfolgte Zweck nicht vereitelt werde. Im Kanton Zürich sei dies beispielsweise über § 17 Abs. 2 ZPO/ZH sowie § 65 GVG geschehen (Thomas Müller in Das-

ser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2008, Art. 6 N. 53). Wie erwähnt fehlt im GOG nun eine entsprechende Bestimmung.

5.6. Fazit

5.6.1. Eine zu § 65 GVG analoge Bestimmung im GOG fehlt, obschon die Festlegung der sachlichen Zuständigkeiten weiterhin bei den Kantonen verbleibt (Art. 4 Abs. 1 ZPO) und die ZPO als Bundesrecht Klagen gegen mehrere einfache oder notwendige Streitgenossen erlaubt (Art. 70 und 71 ZPO) und dafür auch einen einheitlichen örtlichen Gerichtsstand vorsieht (Art. 15 Abs. 1 ZPO). Würde sich aufgrund der fehlenden Koordinationsbestimmung im GOG bei passiven Streitgenossen kein für alle Beklagten sachlich zuständiges Gericht finden, so würde dadurch im Falle von notwendigen Streitgenossen materielles und prozessuales, im Falle von einfachen Streitgenossen prozessuales Bundesrecht sowie im Falle von Art. 6 Nr. 1 LugÜ Staatsvertragsrecht vereitelt. Es drängt sich daher auf, für Streitgenossen (einfache und notwendige) von einer einheitlichen sachlichen Zuständigkeit auszugehen.

Mit der ZPO und dem GOG werden keine Konstellationen mehr vorgesehen, in denen eine natürliche Person (mit Ausnahme der Streitmaterien gemäss Art. 5 ZPO) gegen ihren Willen am Handelsgericht beklagt werden könnte und ihres Anspruchs auf Double Instance beraubt werden dürfte, während im Handelsregister eingetragene Gesellschaften keinen Anspruch auf Beurteilung durch das Handelsgericht haben und durch eine natürliche Person nach deren Wahl auch beim Bezirksgericht beklagt werden können sowie bei einem Streitwert unter CHF 30'000.– auch untereinander vor Bezirksgericht zu prozessieren haben. Ein Handelsgericht muss von den Kantonen auch nicht vorgesehen werden, so dass in den meisten Kantonen auch Klagen zwischen bzw. gegen im Handelsregister eingetragene Gesellschaften von den ordentlichen Gerichten beurteilt werden.

In Übereinstimmung mit der herrschenden bisherigen Lehre und den überwiegenden Kommentierungen zur Schweizerischen Zivilprozessordnung muss demnach mangels einer analogen Bestimmung zu § 65 GVG im GOG die sachliche Zuständigkeit bei passiven einfachen (und wohl auch bei notwendigen) Streitgenossen bei den ordentlichen Bezirksgerichten liegen, sofern mindestens für einen

passiven Streitgenossen die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts, nicht jedoch diejenige des Handelsgericht gegeben ist.

5.6.2. Die Klägerinnen wollen die sechs Beklagten gemeinsam einklagen. So erhoben sie beim Bezirksgericht Zürich Klage. Nachdem dieses seine sachliche Zuständigkeit mit Bezug auf die Klage gegen die Beklagten 1 und 3 bis 6 verneint hatte und die Klägerinnen eingeladen wurden, die Klage gegen den Beklagten 2 (wofür sich das Bezirksgericht Zürich als an sich zuständig erachtete) zurückzuziehen, um sie beim Handelsgericht neu einzureichen, taten dies die Klägerinnen und reichten neu Klage gegen alle sechs Beklagten beim Handelsgericht ein.

Die Klägerinnen machten damit von ihrem Recht auf gemeinsame Klage gegen alle Streitgenossen gemäss Art. 71 Abs. 1 ZPO Gebrauch. Dieses Recht darf wie ausgeführt nicht durch kantonale Regelungen über die sachliche Zuständigkeit zunichte gemacht werden.

Da infolge der (Nicht-) Regelung im Kanton Zürich für die sechs beklagten Streitgenossen kein einheitlicher sachlicher Gerichtsstand gegeben ist, indem für die Klage gegen die Beklagte 1 (wegen der Gerichtsstandsvereinbarung) sowie die Beklagten 2 und 5 (wegen fehlenden Handelsregistereintrags) das Bezirksgericht und für die Klage gegen die Beklagten 3, 4 und 6 das Handelsgericht zuständig wäre, ist ein einheitlicher (sachlicher) Gerichtsstand zu bestimmen. In Konkurrenz zwischen Bezirksgericht und Handelsgericht muss dies wie ausgeführt das Bezirksgericht sein.

Somit ist das Handelsgericht für die Klage gegen die sechs beklagten Streitgenossen gesamthaft nicht zuständig. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

6. Die Prozesskosten sind gemäss Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO den unterliegenden Klägerinnen unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Erheben die Unternehmer – wie im vorliegenden Verfahren geschehen – sowohl Forderungsklage als auch Klage auf definitiven Grundbuchein-

trag, ergibt die Addition des Forderungsbetrages und der Pfandsumme den Streitwert (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Vorliegend beträgt der Streitwert demnach CHF 1'232'000.–. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf einen Drittel der ordentlichen Grundgebühr anzusetzen.

Bei der Parteientschädigung an die Beklagten ist zu berücksichtigen, dass sie lediglich eine (kurze) Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit einzureichen hatten. Gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 11 AnwGebV ist somit die Parteientschädigung auf einen Fünftel der Grundgebühr anzusetzen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'000.–.
3. Die Kosten werden unter solidarischer Haftung den Klägerinnen auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerinnen werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'700.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung, sowie an die Obergerichtskasse.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Zürich, 11. Dezember 2011

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Hugo Kronauer