

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB220018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.  
Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart.

## Urteil vom 20. Juni 2022

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss der II. Abteilung des Bezirksgerichtes  
Bülach vom 15. März 2022; Proz. CG220006**

**Rechtsbegehren:**

- "1. Die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei Fr. 125'280.30 nebst Zins zu 5% seit 23. Juli 2019 sowie Fr. 203.30 für die Betreuungskosten und Fr. 950.– für die Friedensrichterverhandlung zu bezahlen.
2. Der von der beklagten Partei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Opfikon, 8152 Glattbrugg, erhobene Rechtsvor-schlag sei zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der beklagten Partei."

**Beschluss des Bezirksgerichtes:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der vom Kläger geleistete Kostenvorschuss wird dem Kläger zurückerstat-tet.
4. [Mitteilungen.]
5. [Rechtsmittel.]

**Berufungsanträge:**

**des Berufungsklägers (act. 11):**

1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Bülach, 2. Abteilung, vom 15. März 2022 (CG220006) aufzuheben und die Streitsache zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MWST) zu Lasten des Berufungsbeklagten und Beklagten."

**des Berufungsbeklagten:**

- - -

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessverlauf

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) handelt mit Baumaterialien; er ist als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen. Die vorliegende Streitsache steht im Zusammenhang mit diversen Materialbezügen des Klägers von der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation. Über die C.\_\_\_\_\_ AG wurde am 25. Februar 2020 der Konkurs eröffnet; das Konkursverfahren wurde am 24. November 2021 mangels Aktiven eingestellt (act. 3/4). Der Beklagte und Berufungsbe-  
klagte (nachfolgend Beklagter) war seit dem 13. Mai 2019 einzelzeichnungsbe-  
rechtigter Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation (act. 3/4). Am 3. Juli  
2019 unterzeichnete er als Solidarschuldner eine Schuldanerkennung zugunsten  
des Klägers als Gläubiger und der C.\_\_\_\_\_ AG als Hauptschuldnerin über den  
Gesamtbetrag von Fr. 129'656.– (act. 3/6).

1.2. Gestützt auf diese Schuldanerkennung reichte der Kläger beim Bezirksge-  
richt Bülach am 18. Februar 2022 die vorliegende Klage gegen den Beklagten ein  
(act. 2). Zunächst verlangte das Bezirksgericht mit Beschluss vom 2. März 2022  
vom Kläger einen Kostenvorschuss. Mit Beschluss vom 15. März 2022 trat es auf  
die Klage nicht ein (act. 7 = act. 14).

1.3. Gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend Vor-  
instanz) erhob der Kläger Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich  
(act. 11). Darauf wurden die Akten der Vorinstanz beigezogen (act. 1-8) und dem  
Beklagten mit Verfügung vom 2. Mai 2022 (act. 15) Frist für die Berufungsantwort  
angesetzt. Diese Verfügung konnte dem Beklagten nicht zugestellt werden; er  
holte die Sendung innert der Abholfrist nicht ab (act. 17). Prozessuale Weiterun-  
gen erübrigen sich.

### 2. Prozessuales

#### 2.1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des  
begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen. Der Kläger hat

die Berufung fristgerecht eingereicht (vgl. act. 8/1). Er stellt darin die oben aufgeführten Anträge und begründet diese (act. 11). Die notwendige Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten.

## 2.2. Säumnis des Beklagten

2.2.1. Dem Beklagten wurde mit Verfügung vom 2. Mai 2022 Frist für die Berufungsantwort angesetzt (act. 15). Er holte die Verfügung wie erwähnt innert der Abholfrist nicht ab und reichte keine Berufungsantwort ein.

2.2.2. Art. 138 Abs. 1 ZPO regelt die gerichtlichen Zustellungen. Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Gemäss der sog. Zustellfiktion gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, wenn die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Der Adressat muss mit einer Zustellung rechnen, wenn er vom Verfahren Kenntnis hat und eine Zustellung in diesem Verfahren mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten war (BGE 138 III 225 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

2.2.3. Der Beklagte nahm den Beschluss der Vorinstanz vom 2. März 2022 am 15. März 2022 und denjenigen vom 15. März 2022 am 4. April 2022 in Empfang (act. 8/2). Er hatte somit vom Verfahren Kenntnis und musste mit weiteren Zustellungen rechnen, nach dem Nichteintretensbeschluss der Vorinstanz vom 15. März 2022 insbesondere auch mit Zustellungen der Rechtsmittelinstanz. Folglich greift die Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO und die Verfügung vom 2. Mai 2022 gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, konkret am 10. Mai 2022, als zugestellt (act. 17).

2.2.4. Die mit Verfügung vom 2. Mai 2022 erfolgte Fristansetzung für die Berufungsantwort erging unter dem Hinweis, dass das Verfahren im Säumnisfall gemäss Art. 147 ZPO ohne die Berufungsantwort weitergeführt wird (act. 15). Die mit Verfügung vom 2. Mai 2022 angesetzte Frist ist am 9. Juni 2022 abgelaufen. Der Beklagte hat innert Frist keine Berufungsantwort eingereicht. Der Entscheid

im Berufungsverfahren ergeht deshalb gestützt auf Art. 147 Abs. 2 ZPO aufgrund der bisherigen Akten.

### 2.3. Kognition und Begründungsanforderungen

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 mit Hinweis auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer. 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; BGer. 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1).

### 3. Sachliche Zuständigkeit

3.1. Strittig ist vorliegend die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz. Sie trat auf die Klage nicht ein mit der Begründung, es liege eine handelsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO vor. Sie erwog, der Kläger sei als Einzelunternehmen und der Beklagte als Mitglied des Verwaltungsrates der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation sowie als Gesellschafter und Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister eingetragen. Der Streitwert betrage Fr. 125'280.30. Gegenstand der Streitigkeit bildeten im Voraus geleistete Zahlungen des Klägers an die C.\_\_\_\_\_ AG für Materiallieferungen, welche aber nicht erbracht worden seien.

Der Beklagte solle deswegen eine Schuldanerkennung unterzeichnet haben, wonach er für die Forderung des Klägers gegen die C. \_\_\_\_\_ AG persönlich hafte. Damit betreffe die Streitigkeit offensichtlich die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien (act. 14 S. 2 f. E. 2 und 3).

3.2. Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe Art. 6 Abs. 2 ZPO falsch angewendet. Zwar habe sie die Kriterien richtig wiedergegeben, aber eine falsche Subsumption vorgenommen. Weder die C. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation noch die D. \_\_\_\_\_ GmbH – welche beide im Handelsregister eingetragen seien – seien Beklagte. Dass der Beklagte bei den genannten Firmen als Organ im Handelsregister eingetragen sei, begründe keine Zuständigkeit des Handelsgerichts. Die Klage richte sich gegen den Beklagten und nicht gegen die genannten juristischen Personen. Der Beklagte selbst sei nicht als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen. Die Vorinstanz habe in der Begründung explizit erwähnt, dass der Beklagte persönlich eine Schuld übernommen habe. Die falsche Konsequenz, welche die Vorinstanz daraus gezogen habe, sei, dass der Streitgegenstand offensichtlich die Geschäftstätigkeit beider Parteien betreffe. Die Schlussfolgerung sei falsch, aber deshalb irrelevant, weil nach Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO lediglich die Geschäftstätigkeit einer Partei vorausgesetzt werde. Die Vorinstanz sei in der Folge gar nicht darauf eingegangen, dass der Beklagte, als Solidarschuldner und natürliche Person, nicht im Handelsregister (auch nicht als Einzelunternehmen) eingetragen sei (act. 11 S. 3 f.).

3.3. Nach Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn (lit. a) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist; (lit. b) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht; und (lit. c) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 ZPO). Gemäss § 44 lit. b GOG ist im Kanton Zürich für Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO, deren Streitwert mindestens Fr. 30'000 beträgt, das Handelsgericht als einzige Instanz zuständig.

3.4. Vorliegend steht ausser Frage, dass die Klage im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betrifft, geht es doch um Materiallieferungen der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation an den Kläger. Die Materiallieferungen stehen im Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit des Klägers, der als Einzelunternehmen mit der Firma "A'.\_\_\_\_\_" im Handelsregister eingetragen ist (act. 6/1). Auch die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, wonach gegen den Entscheid im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offenstehen muss, ist vorliegend zweifellos erfüllt. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, deren Streitwert die Grenze von Fr. 30'000.– im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG übersteigt. Zu prüfen bleibt, ob die Parteien im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO im Handelsregister eingetragen sind.

3.5. Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO setzt voraus, dass beide Parteien im Schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren Register eingetragen sind. Der Eintrag muss die Partei als einen nach kaufmännischer Art eingerichteten Betrieb ausweisen. Für natürliche Personen, welche als Organ einer juristischen Person im Handelsregister eingetragen sind, ist die Handelsgerichtsbarkeit nicht gegeben (BGE 140 III 409 E. 2). Wie der Kläger zutreffend ausführt, richtet sich seine Klage nicht gegen die C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation oder gegen die D.\_\_\_\_\_ GmbH, sondern gegen den Beklagten persönlich. Der Beklagte selbst – auch darauf weist der Kläger zu Recht hin – ist nicht als ein nach kaufmännischer Art geführter Betrieb im Handelsregister eingetragen. Vielmehr betreffen seine Eintragungen im Handelsregister seine Organfunktionen für die C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation und für die D.\_\_\_\_\_ GmbH. Folglich fehlt es für eine handelsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO an einem Registereintrag des Beklagten. Da keine handelsrechtliche Streitigkeit vorliegt, ist die Vorinstanz für die Beurteilung der Klage sachlich zuständig. Der Nichteintretensbeschluss der Vorinstanz ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Da sich der Beklagte im Berufungsverfahren nicht mit dem Nichteintretensbeschluss der Vorinstanz identifiziert hat, fallen die Kosten für das Berufungsverfahren ausser Ansatz.

4.2. Aus dem gleichen Grund kann der Beklagte für das vorliegende Verfahren nicht zu einer Parteientschädigung an den Kläger verpflichtet werden. Für die Zurechnung einer Entschädigung des Klägers aus der Staatskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Wenn der Staat wie hier nicht wie ein Privater am Verfahren beteiligt ist, kommt eine aus der Staatskasse auszurichtende Parteientschädigung nur in ganz besonderen Fällen in Frage und ein solcher Fall liegt nicht vor.

#### Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Der Beschluss des Bezirksgerichts Bülach vom 15. März 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).



Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 125'280.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: