

# Übungen im Zivilverfahrensrecht, HS 2012

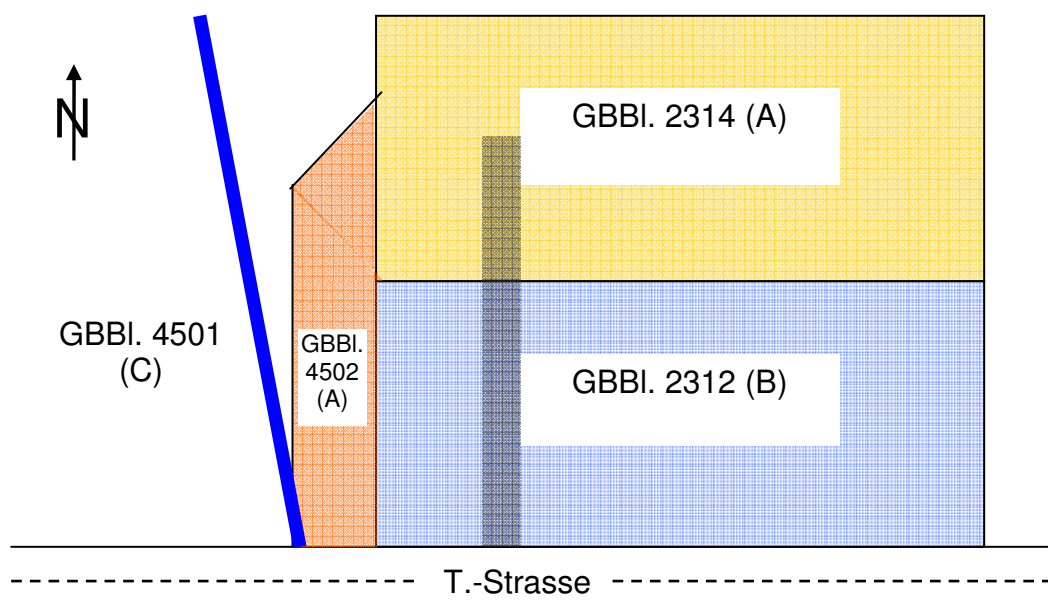
Dr. Roger Weber, Richter am Bezirksgericht Zürich

## Örtliche Zuständigkeit und Prozessvoraussetzungen

### Fall 1

#### Sachverhalt

A wohnt in Baden, B in Solothurn. In Zürich sind sie Nachbarn, denn B ist Eigentümer der bebauten Liegenschaft GBBI. 2312, welches auf der Südseite an die T.-Strasse grenzt. An die Nordseite seiner Liegenschaft grenzt das Grundstück GBBI. 2314, welches im Eigentum von A steht. A hat vor kurzem das aus den 60-er Jahren stammende Gebäude auf ihrer Liegenschaft abreißen und einen Neubau errichten lassen. Zum ursprünglichen Gebäude gab es nur einen Zugang auf einem Fussweg, der über Bs Liegenschaft führt. Der Zugang ist durch eine entsprechende Wegdienstbarkeit gesichert. Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens wurde A die Auflage gemacht, sich neben dem Fussweg auch eine Zufahrt zu seiner Liegenschaft zu verschaffen und diese rechtlich abzusichern. Es gelingt A darauf, den Nachbarn C dazu zu bewegen, den östlichen Teil der im Westen an die Liegenschaften GBBI. 2312 und 2314 angrenzenden Liegenschaft GBBI. 4501 abzutrennen und ihm das so entstandene Grundstück GBBI. 4502 zu verkaufen. Sogleich lässt er auf dem erworbenen Grundstück eine Fahrwegservitut zugunsten der Liegenschaft GBBI. 2314 im Grundbuch eintragen.



*B ist der Meinung, A benötige nach der Errichtung der Zufahrt das Fusswegrecht nicht mehr. Schliesslich habe die Liegenschaft GBB1 2314 jetzt einen bequemen Zugang über eine leicht ansteigende Rampe, während der Fussweg über eine beschwerliche Treppe führe. Das Wegrecht habe jeden Sinn verloren und beeinträchtige ihn in der optimalen Nutzung seines Grundstücks. A ist damit nicht einverstanden. Die Zufahrt dürfe von Fussgängern nicht benützt werden, da sie zu schmal sei, als dass Fussgänger und Autos gefahrlos kreuzen könnten. Eine Verbreiterung der Rampe sei wegen des am westlichen Rand durch das Grundstück 4502 fliessenden Baches nicht möglich. B macht geltend, die Rampe sei breit genug, dass A dafür bei den Baubehörden eine Sonderbewilligung für die Nutzung als Fahr- und Fussweg erhältlich machen könne. B klagt auf Ablösung der Fusswegdienstbarkeit und beruft sich dazu auf ZGB 736.*

1. Um was für eine Klage handelt es sich?

→ Es kommt darauf an, auf welchen Teil von ZGB 736 sich B beruft: Macht er geltend, an der Servitut sei jegliches Interesse entfallen (Abs. 1), liegt eine Form der Grundbuchberichtigungsklage vor (BSK ZGB II-SCHMID, Art. 975 N 3 und 6). Diese Klage gestaltet die Rechtslage nicht um, sondern dient nur dazu, das Grundbuch mit der Rechtslage in Einklang zu bringen. Es handelt sich nach herrschender Lehre und Rechtsprechung um eine Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO. Das Urteil bildet zugleich die Grundlage für die Berichtigung des Grundbuchs (ZGB 963 Abs. 2; vgl. auch ZGB 656 Abs. 2 und 665 Abs. 2). Wegen des Publizitätsprinzips und des verstärkten Gutgläubensschutzes im Grundbuchrecht (ZGB 971 ff., zum öffentlichen Glauben ZGB 973) wird in der neueren Lehre allerdings mit guten Gründen für eine Gestaltungsklage votiert (Näheres dazu bei Sogo, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. ZH 2007). Sicher ist, dass der Bestand oder Nichtbestand eines Grundbucheintrags auf den wirtschaftlichen Wert der betroffenen Grundstücke unabhängig davon einen erheblichen Einfluss hat, ob das eingetragene Recht materiell noch zu Recht besteht oder nicht.

Diskussion des Feststellungsinteresses:

[Eine Feststellungsklage ist nur zulässig, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind, die **Ungewissheit** durch die Feststellung über Bestand und Inhalt des Rechtsverhältnisses beseitigt werden kann, und die Fortdauer der Ungewissheit dem Kläger **nicht zumutbar** ist, weil er dadurch in seiner Bewegungsfreiheit behindert wird (BGE 123 III 414

E. 7b S. 429 ; 123 III 49 E. 1a S. 51, je mit Hinweisen). Konstruiert man die Klage nach ZGB 736 I als Feststellungsklage, geht das erforderliche Feststellungsinteresse schon aus dem Gesetz hervor].

Macht B dagegen nach Art. 736 Abs. 2 ZGB geltend, das Interesse von A an der Servitut sei durch den Bau der Zufahrt von unverhältnismässig geringer Bedeutung geworden, geht es um eine Ablösung gegen Entschädigung. Im Urteil wird nicht direkt die Berichtigung des Grundbuches angeordnet werden können, sondern nur eine Leistung Zug um Zug angeordnet werden können. Daher liegt hier eine Leistungsklage nach Art. 84 ZPO vor. Zur Technik der Vollstreckung s. ZPO 337 (Möglichkeit direkter Vollstreckungsanordnungen des Sachgerichts), ZPO 342 (Vollstreckung bedingter oder von einer Gegenleistung abhängiger Leistungen) und ZPO 344 (Vollstreckung von erforderlichen Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt).

## 2. Welches Gericht ist für eine Klage nach ZGB 736 I örtlich zuständig?

→ ZPO 29 I lit. a: Bei der Grundbuchberichtigungsklage nach ZGB 736 I und 975 handelt es sich um eine dingliche Klage über ein Grundstück, denn es soll vom Gericht festgestellt werden, dass ein dingliches Recht nicht mehr besteht (KUKO ZPO-HAAS/STRUB, Art. 29 N 8).

## 3. Könnte B auch am Wohnsitz von A klagen? Wovon hängt das ab?

→ ZPO 29 II: "Andere Klagen, die sich auf Rechte an Grundstücken beziehen, können **auch** beim Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei erhoben werden."

Das "auch" stellt klar, dass der Gerichtsstand nach ZPO 29 I im Gegensatz zu demjenigen nach Abs. 2 ein ausschliesslicher sein muss (Diskussion ausschliessliche und zwingende Gerichtsstände). Zwingend ist der Gerichtsstand nach ZPO 29 I allerdings nicht, denn das müsste das Gesetz ausdrücklich vorsehen (ZPO 9 I).

Aufgrund von ZPO 29 II wäre eine Klage nach ZGB 736 II am Wohnsitz der Beklagten möglich.

Verbindet B beide Klagen miteinander, so kann er vom Gerichtsstand der Klagehäufung profitieren (ZPO 15).

## 4. Welche Verfahrensart gelangt zur Anwendung und welches Gericht ist sachlich zuständig?

→ Das hängt vom Streitwert ab, denn hier handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (ZPO 243 I). Problematik der Bestimmung des Streitwerts: Das

Rechtsbegehren (ZPO 91 I) dürfte zumindest bei der Klage nach ZGB 736 I nicht weiterhelfen. Daher sind die Parteien anzuhalten, sich darüber zu äussern (ZPO 91 II). Kommt keine Einigung zustande, wird das Gericht sein Ermessen walten lassen. Kriterien sind etwa der wirtschaftliche Restwert des Fusswegrechts, die strittige Ablösungssumme im Falle einer Klage nach ZGB 736 II, die Wertverminderung der Liegenschaft GBBl. 2312 durch den Fortbestand des Fusswegs, die Kosten für die Anpassung des Fahrwegs bzw. für den Erhalt einer Sonderbewilligung zur Abwicklung des Fussgängerverkehrs über den neuen Weg GBBl. 4502.

→ Gleiches gilt für die sachliche Zuständigkeit, die sich nach kantonalem Recht bestimmt: Einzelgericht nach § 24 lit.a GOG ZH oder dann Bezirksgericht als Kollegialgericht nach § 19 GOG.

*B reicht beim Friedensrichter in Baden (§ 20 GOG AG; § 4 lit. a EG ZPO AG) und hernach mit der Klagebewilligung und einer schriftlichen Begründung nach ZPO 221 beim Bezirksgericht Baden (§ 31 GOG AG; § 5 und 6 EG ZPO AG) eine Klage auf Löschung des Fusswegrechtes gestützt auf ZGB 736 I ein. Den Streitwert beziffert er auf Fr. 40'000.*

##### 5. Was tut das Bezirksgericht Baden?

Es informiert die Parteien über die Prozesskosten und die unentgeltliche Rechtspflege (ZPO 97), verlangt ev. von B einen Kostenvorschuss (ZPO 98) und stellt der Beklagten dann die Klage zur Beantwortung zu (ZPO 245 II). Einen sofortigen Nichteintretensentscheid darf es dagegen nicht fällen, denn A hat die Möglichkeit, sich auf die Klage einzulassen (ZPO 18); das ist eine Folge davon, dass ZPO 29 I keinen zwingenden Gerichtsstand statuiert. Aus dem gleichen Grund muss die Badener Schlichtungsbehörde (Friedensrichter) den Fall behandeln, denn im Sinne von ZPO 18 „zur Sache äussert“ sich A erst mit der Klageantwort in erster Instanz, so dass im Schlichtungsverfahren die örtliche (Un-)Zuständigkeit der Behörde im Falle des Schweigens der beklagten Partei ungeklärt bleibt. A als Beklagte hat aber die Möglichkeit, schon gegenüber dem Friedensrichter die Unzuständigkeitseinrede zu erheben. Umstritten sind die Konsequenzen: Nach der h.L. darf die Schlichtungsbehörde nur bei offensichtlichem Fehlen einer Prozessvoraussetzung selber einen Unzuständigkeitsentscheid treffen. Im Übrigen soll sie der klagenden Partei nur Gelegenheit zum Klagerückzug geben (ZK ZPO-HONEGGER, Art. 202 N 18 f.; EGLI, DIKE-Komm-ZPO, Art. 202 N 11 f.;

MÖHLER, ZPO-Kommentar (Orell Füssli), Zürich 2010, Art. 202 N 17; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 202 N 2). Das Obergericht des Kantons Zürich ging in einem Entscheid vom 12. Oktober 2011 gar noch weiter und verneinte schlechthin die Befugnis der Schlichtungsbehörde zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen, soweit nicht ein Entscheid oder wenigstens ein Urteilsvorschlag der Behörde zur Debatte steht (Entscheid RU110019, publ. auf [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)). Diese Auffassung lehnt sich zwar an die alte Zürcher Rechtsprechung an, erscheint aber als problematisch, denn sie führt dazu, dass in jedem beliebigen Verfahren auf blosses Gesuch der klagenden Partei schweizweit ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden kann. Das ist nicht im Sinne der Wahrung des Anspruchs beider Parteien auf einen *geordneten* Schlichtungsversuch, besonders wenn man an die Reisewege und Amtssprachen (ZPO 129) denkt (ähnlich BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 12 ff.).

Die beklagte Partei hat aber die Möglichkeit, schon vor Schlichtungsbehörde die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben. Ihre Nichtteilnahme am Schlichtungsverfahren bleibt dann auf jeden Fall folgenlos. Überdies darf man die Klagebewilligung einer unzuständigen Schlichtungsbehörde im Gerichtsverfahren nicht akzeptieren, jedenfalls soweit sich die beklagte Partei auf die Schlichtung nicht eingelassen hat (so der Zwischenentscheid CG120021 der 7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 2.7.2012, E. 3).

6. Nehmen wir an, A und B seien als Einzelfirmen in den Handelsregistern der Kantone Aargau bzw. Solothurn eingetragen. Gibt es eine Möglichkeit, die Klage auf Löschung des Wegrechts vor ein Handelsgericht zu tragen?

Zunächst müssen die Gerichtsstandsvorschriften auf den richtigen Kanton zeigen: Nur die Kantone Zürich und Aargau kennen Handelsgerichte, nicht aber Solothurn (ZPO 6: "Die Kantone können ..."). Beim Gerichtsstand nach ZPO 29 I (Zürich) wäre eine Klage vor Handelsgericht nicht von vornherein ausgeschlossen, denn die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen ist erreicht. Ob ein Handelsgeschäft i.S.v. ZPO 6 II a zur Debatte steht lässt sich aufgrund des unergiebigsten Sachverhalts zwar nicht abschliessend beurteilen. Zwar genügt ein auch nur loser Bezug zum Geschäftsbetrieb und es ist nicht etwa erforderlich, dass eine vertragliche Beziehung streitig ist. Indessen hat die nachbarrechtliche Streitigkeit selbst dann keinen direkten Bezug zu einer Handelstätigkeit, wenn etwa GBBl. 2312 von B zur professionellen

Vermietung genutzt würde (dazu BSK ZPO-Vock, Art. 6 N 8; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 6 N 6 ff.; DIKE-Komm-BRUNNER, Art. 6 N 20 und 22). Anders verhält es sich wohl, wenn eine der Liegenschaften einem professionellen Händler gehört.

7. Vor Bezirksgericht Zürich wendet A ein, es handle sich um eine Handelssache, so dass das Gericht sachlich nicht zuständig sei. Wie kann das Gericht die Frage abschliessend klären, wenn es der Meinung ist, der Einwand sei unbegründet?

ZPO 125 und 237: Beschränkung des Prozesses auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit, anschliessend Zwischenentscheid darüber. Dieser muss separat mit Berufung angefochten werden. Unterlässt A dies, kann sie den Einwand mit einem Rechtsmittel gegen den Endentscheid nicht mehr vorbringen (ZPO 237 II, 308 I lit. a).

8. Nehmen wir an, GBBl. 2312 dient B tatsächlich zu einem geschäftlichen Zweck und B klagt im Namen seiner Einzelfirma auf Löschung des Fusswegrechts. Wer ist auf Klägerseite Prozesspartei?

Der Eintrag als Einzelfirma im Handelsregister ändert nichts daran, dass B persönlich Prozesspartei ist. (Diskussion der Parallelität von Partei- und Prozess- bzw. Rechts und Handlungsfähigkeit.) Anders verhielte es sich nur bei juristischen Personen (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stiftung etc.) und bei nach aussen hin verselbständigten Rechtsgemeinschaften wie Kollektiv-, Kommanditgesellschaft oder – im Rahmen der Verwaltung der Liegenschaft – bei der Stockwerkeigentümergeinschaft. S. ZPO 59 lit. c und 66.

9. Nach Eingang der Klage verlangt das Gericht von B einen Kostenvorschuss und setzte nach dessen Bezahlung der A Frist zur schriftlichen Beantwortung der Klage an. Während noch laufender Frist teilt der Anwalt von A dem Gericht mit, im Rahmen einer Betreuungsauskunft über B sei ihm vom Betreibungsamt Solothurn beschieden worden, B habe sich 2009 nach Spanien abgemeldet und sei seither in der Solothurner Einwohnerkontrolle nicht mehr registriert. Da B in seiner Klage einen falschen Wohnort angegeben habe, fehle es an einer Prozessvoraussetzung. Ist das korrekt? Das geht zu weit. Die ZPO enthält eine Regelung für Personen ohne Wohnsitz (ZPO 11) und auch für Zustellungen an Parteien mit unbekanntem Aufenthalt (ZPO 141 I a), auch wenn diese in erster Linie auf Beklagte unbekanntes Aufenthaltes zur Anwen-

derung gelangt. Solange die Identität einer Partei trotz nur spärlicher Angaben in der Klageschrift feststeht, bildet die Bekanntgabe der Adresse keine Prozessvoraussetzung im engeren Sinn (DIKE-Komm-ZPO-PAHUD, Art. 221 N 5). Dennoch ist die Bekanntgabe der richtigen Wohnadresse Teil der gehörigen Klage (s. ZPO 221 I a; KU-KO ZPO-Naegeli, Art. 221 N 3), denn davon hängen nicht nur prozessuale (u.U. nationale und internationale Zuständigkeit, Kautionspflicht, Vollstreckung der Prozesskosten, ZPO 10, ZPO 99 I a), sondern möglicherweise auch materiellrechtliche Fragen ab. Das Gericht wird dem Kläger Frist zur Verbesserung des Mangels ansetzen und kann ihm androhen, dass die Eingabe sonst als nicht erfolgt gelte (ZPO 132), mit der Folge, dass im Extremfall auf die Klage nicht eingetreten würde, da keine gehörige Klage mehr vorläge. Berechtigte Interessen an der Nichtbekanntgabe der Adresse der klagenden Partei können durch Schutzmassnahmen gewahrt werden (ZPO 156 gilt auch für Beweisabnahmen zum Zwecke der Prüfung von prozessualen Fragen). Die international zivilprozessualen Auswirkungen eines tatsächlichen spanischen Wohnsitzes von B klammern wir hier aus (für Neugierige: LugÜ 22 Ziff. 1 und IPRG 97).

10. Im Eventualstandpunkt macht die Beklagte geltend, der Kläger sei zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung anzuhalten. Damit habe er in der Schweiz keinen Wohnsitz und die Voraussetzungen von ZPO 99 Abs. 1 lit. a seien erfüllt. Aus der Tatsache, dass der Kläger seine richtige Adresse verheimliche, sei zudem auf eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung nach lit. d der genannten Bestimmung zu schliessen. Der Kläger entgegnet, er habe sich bis zum Beginn des Neubaus auf GBBl. 2314 im Jahr 2010 tatsächlich in Spanien aufgehalten, seither allerdings mehrheitlich Zeit in der Schweiz verbracht, weil durch die Diskussionen um die Baurei seiner Nachbarin seine Präsenz vor Ort unabdingbar geworden sei. Seither wohne er in Solothurn an der E.-Gasse in der Wohnung seiner Schwester, habe sich aber versehentlich noch nicht angemeldet. Er sei dort für die Beklagte auch immer erreichbar gewesen. Die Anmeldung habe er nun nachgeholt.

Hat er Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten? Wenn ja, was wäre die Folge der Nichtleistung?

Folge der Nichtleistung wäre ein Nichteintretensentscheid, denn die Sicherheitsleistung gehört nach ZPO 59 II f und 101 III zu den Prozessvoraussetzungen.



Das Bezirksgericht Zürich hat die Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit in einem ähnlichen Fall abgelehnt (Beschluss CG120058 vom 30. August 2012, E. 3):

"3.2 Im vorliegenden Verfahren hat die Klägerin auf gerichtliche Aufforderung angegeben, sie habe ihren zivilrechtlichen Wohnsitz seit Beginn der Bauarbeiten tatsächlich wie in der Klageschrift aufgeführt an der L.-strasse in Zürich gehabt. Der Beklagte hat dem nicht widersprochen und für das Gegenteil auch keine stichhaltigen Beweise offeriert. Aus der von ihm selber verfassten Korrespondenz geht hervor, dass er die Klägerin an der genannten Adresse während seiner Tätigkeit auf der Baustelle tatsächlich gut erreichen konnte. Entgegen der Meinung des Beklagten kommt es im Übrigen bei der Adressangabe nicht auf die Meldeadresse an (s. Urk. 24 S. 2 f.), sondern auf die Wohnadresse als Ort, wo eine Partei ihren Lebensmittelpunkt hat und folglich vom Gericht und der Gegenpartei auch erreicht werden kann (dazu z.B. DIKE-Kommentar-Huber, Art. 133 N 13). Die Meldeadresse ist dafür nur ein Indiz. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Klägerin trotz versäumter Anmeldung jedenfalls schon vor der Klageeinleitung ihren Lebensmittelpunkt in Zürich hatte und dass sie an der von ihr angegebenen Adresse auch erreicht werden konnte.

Damit lässt sich auch nicht sagen, die Klägerin habe dem Beklagten oder dem Gericht ihren wahren Wohnsitz verheimlicht. Zwar leidet ihre Darstellung insofern an einem Widerspruch, als sie sich erst per 1. Juni 2012 an der heutigen Adresse anmeldete, obwohl sie schon seit Baubeginn im Jahre 2010 hier in Zürich Wohnsitz haben will. Das ändert aber nichts daran, dass ihre Wohnsitzangabe schon zur Zeit der Klageeinreichung korrekt war. Selbst wenn sich ihr Wohnsitz im Übrigen bei Klageeinreichung in Spanien befunden hätte, würde dies am Ergebnis nichts ändern, denn dann wäre die Adressangabe wenigstens heute richtig.

3.3 Soweit unbestritten ist, dass die Klägerin ihren Wohnsitz stets entweder in Zürich oder in Spanien hatte, kommt eine Sicherstellung der Parteientschädigung nach Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO nicht in Betracht, denn die Bestimmung steht unter dem Vorbehalt des Staatsvertragsrechts (vgl. Art. 2 ZPO) und Spanien ist wie die Schweiz Mitglied des Haager Übereinkommens betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954. Dessen Art. 17 verbietet die Verpflichtung einer Partei zu einer Sicherheitsleistung einzig wegen ihrer Zugehörigkeit zu einem anderen Mitgliedstaat. Damit kann offen bleiben, ob eine Kautonierung überhaupt noch möglich ist, wenn der Kautionsgrund im Zeitpunkt des Entscheids weggefallen ist (dazu BSK ZPO-Rüegg, Art. 99 N 6; s. a. Art. 100 Abs. 2 ZPO).



Damit stellt sich nur mehr die Frage, ob die Klägerin gestützt auf Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO zur Leistung einer Sicherheit verpflichtet ist. Falschangaben gegenüber den Einwohnerkontrollbehörden über den eigenen Wohnsitz können zwar gewisse Zweifel am Pflichtbewusstsein der betroffenen Person aufkommen lassen. Für die Annahme einer erheblichen Gefährdung der Parteientschädigung im Sinne der genannten Bestimmung genügt dies jedoch nicht. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin ihren Fehler inzwischen korrigiert. Zumindest gegenüber der Gegenpartei und dem Gericht hat sie sodann keine falschen Angaben gemacht. Zudem verfügt sie über Grundeigentum in der Schweiz, so dass die Vollstreckbarkeit einer etwaigen Parteientschädigung nicht ernsthaft gefährdet scheint, nicht stärker jedenfalls, als dies bei anderen Verfahren der Fall ist."

## **Fall 2**

### **Sachverhalt**

*A wohnt in Zürich und ist Eigentümerin einer Liegenschaft in der Gemeinde Bonaduz/GR (Bezirk Imboden). D betreibt in Chur (Bezirk Plessur) die im Handelsregister eingetragene Einzelfirma "D BauKunst". A möchte die heruntergekommene Maiesässhütte instand stellen lassen und schliesst dazu mit D einen Generalunternehmervertrag ab. D soll für A die erforderlichen Arbeiten planen, eine Baueingabe einreichen, hernach die erforderlichen Verträge mit den verschiedenen Handwerkern schliessen und die Durchführung des Projekts überwachen. Vereinbart wird ein pauschaler Preis von Fr. 120'000. Während der Bauarbeiten leistet A Akontozahlungen von Fr. 100'000. In der Schlussrechnung verlangt D von ihr weitere 50'000. Er beruft sich auf die vereinbarte Pauschale und macht geltend, A habe von ihm während der Bauausführung zusätzliche Arbeiten bestellt. Deren Wert beliefen sich auf insgesamt Fr. 40'000. Davon mache er mit der Klage einstweilen nur Fr. 30'000 geltend. Den Restbetrag möchte er erst geltend machen nach Prüfung, ob bestimmte Mängelrügen von D berechtigt seien oder nicht.*

1. Wie ist die Klage einzuleiten und welche Gerichtsstände stehen zur Verfügung?

Welche Verfahrensart kommt zur Anwendung?

(Leistungs-)Klage im vereinfachten Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Schlichtungsverfahren ist erforderlich (Art. 198 f. ZPO). Örtliche Zuständigkeit: Wohnsitz der Beklagten, ZPO 31 → Zürich; Erfüllungsort der charakteristischen Leistung, ZPO 31 → Imboden, nicht Plessur, denn das Werk ist in Bonaduz abzuliefern

2. D verlangt vom Gericht u.a., es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich bei seiner Klage um eine Teilklage handle und er sich die Geltendmachung weiterer Ansprüche vorbehalte. Was ist davon zu halten?

Es fehlt an einem Rechtsschutzinteresse (ZPO 59 II a): Eine Forderung ist zwar ohne weiteres teilbar, so dass D durchaus eine Teilklage erheben kann, wenn er der Meinung ist, er habe von A allenfalls noch mehr zu fordern (ZPO 86). Damit begrenzt er auch sein Kostenrisiko, denn sein Vorgehen reduziert nach dem anwendbaren, regelmässig streitwertabhängig ausgestalteten kantonalen Tarif (ZPO 96 und 105 II) die Gerichtskosten und die Parteientschädigung und zugleich die Folgen im Fall, wo er teilweise unterliegt. Beispiel: Das Gericht spricht Fr. 10'000 zu. Hat der Kläger Fr. 40'000 eingeklagt, bezahlt er i.d.R.  $\frac{3}{4}$  der Gerichtskosten und muss der Beklagten eine halbe Parteientschädigung zahlen (ZPO 106). Hat er nur Fr. 30'000 eingeklagt, trägt er nur  $\frac{2}{3}$  der Gerichtskosten, während die Parteientschädigung einen Drittel der ordentlichen Entschädigung beträgt.

Mit der Teilklage bewirkt D aber gerade, dass nur der eingeklagte Teil seines Anspruchs beurteilt wird. Kommt das Gericht nach Beweiserhebung zum Schluss, dass A mindestens Fr. 30'000 schuldet, wird es das Verfahren mit einem entsprechenden Urteil beschliessen, selbst wenn weitere Beweise offeriert sind, die allenfalls auf eine höhere Schuld schliessen lassen (Dispositionsmaxime, ZPO 58 I). Mit seinem Antrag verhält sich D daher widersprüchlich, denn er erhebt einerseits eine Teilklage und verlangt andererseits vom Gericht die indirekte Feststellung, dass A ihm mehr als den eingeklagten Betrag schuldet. Dafür fehlt es ihm nicht nur am speziellen Feststellungsinteresse (ZPO 88), sondern ganz allgemein am Rechtsschutzinteresse, denn ob D ihm eine weitere Zahlung schuldet, kann erst geprüft werden, wenn A dies auch gerichtlich einklagt.

Zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 4A\_401/2011 vom 18. Januar 2012, E. 4