



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Ersatzoberrichter Roland Schmid, die Handelsrichter Dr. Arnold Huber, Ivo Eltschinger und Paul Josef Geisser sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Marti

Beschluss vom 18. Januar 2013

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ **AG**,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 200'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 18. Oktober 2011 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich MWSt, zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Einleitung und Prozessverlauf

1.1. Der Kläger als Alleinaktionär und einziges Mitglied des Verwaltungsrates der C._____ AG beabsichtigte nach zwanzigjähriger Tätigkeit bei dieser Gesellschaft, seine Beteiligung am Unternehmen zu verkaufen. Daher wandte er sich an die Beklagte, die nach ihrem Zweck (vgl. act. 3/2) Dienstleistungen im Bereich der Unternehmens- und Managementberatung, insbesondere bei der Vermittlung, Kauf und Verkauf von Unternehmen anbietet. Der Kläger beauftragte die Beklagte mit der sogenannten Honorarvereinbarung vom 22. November 2010 (act. 3/3), für seine Beteiligung einen Käufer zu suchen (act. 1 S. 3 f.).

1.2. Nach Darstellung des Klägers ist der Kaufvertrag mit dem von der Beklagten gesuchten Käufer in der Folge nur vereinbart, aber nicht vollzogen worden. Der Käufer habe aber in Raten die Vorauszahlung von CHF 300'000 auf das Konto der Beklagten überwiesen (act. 1 S. 6). Den überwiesenen Betrag abzüglich des der Beklagten zustehenden Honorars, mithin CHF 200'000.– zuzüglich Zins, habe diese dem Kläger gestützt auf dessen Anspruch auf Herausgabe nach Art. 412 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 400 Abs. 1 OR zu bezahlen (act. 1 S. 11). Die Beklagte habe die Zahlung aber verweigert (act. 1 S. 7).

1.3. Am 8. Dezember 2011 stellte der Kläger deshalb beim Friedensrichteramt D._____ ein Schlichtungsgesuch mit dem Begehren, die Beklagte zur Zahlung von CHF 200'000.– zuzüglich Zins zu verpflichten. Da an der Verhandlung der Schlichtungsbehörde keine Einigung erzielt werden konnte, wurde dem Kläger am 19. Januar 2012 eine Klagebewilligung ausgestellt (act. 3/4).

1.4. Am 3. Februar 2012 reichte der Kläger hierorts seine Klage betreffend dieses Anspruchs ein (act. 1). Nach rechtzeitiger Leistung des dem Kläger auferlegten Kostenvorschusses (Prot. S. 2, act. 5) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 2. März 2012 Frist zur Klageantwort angesetzt (Prot. S. 4). Mit Klageantwort vom 16. Mai 2012 erhob die Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit (act. 8 S. 7 f.), zu welcher der Kläger am 12. Juni 2012 (act. 11) Stellung nahm. Nach Zustellung dieser Eingabe an die Beklagte (Prot. S. 6) wurde das Verfahren mit Verfügung vom 6. Juli 2012 bis zum Vorliegen des begründeten Entscheides des Bundesgerichts (dort Proz.-Nr. 4A_210/2012) betreffend den Beschluss des Handelsgerichts vom 30. März 2012 (Proz.-Nr. HG110192) sistiert (Prot. S. 7). Dieser Entscheid erging am 29. Oktober 2012, weshalb das vorliegende Verfahren mit Verfügung vom 28. November 2012 wieder aufgenommen und den Parteien Gelegenheit gegeben wurde, um Bemerkungen zu diesem Bundesgerichtsurteil anzubringen (Prot. S. 8). Dieser Gelegenheit kamen die Parteien nach mit Eingaben vom 6. Dezember 2012 (act. 16 und 17), die jeweils der Gegenseite zugestellt wurden (Prot. S. 9).

2. Einrede der Unzuständigkeit / Prozessvoraussetzungen

2.1. Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen und tritt nur auf eine Klage ein, wenn jene allesamt erfüllt sind (Art. 59 und 60 ZPO). Zu den Prozessvoraussetzungen sind unter anderem die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts zu zählen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Ausserdem ist Prozessvoraussetzung, dass die Klage nicht anderweitig rechtshängig ist (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO).

Es genügt, dass die Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt des Sachentscheides vorliegen bzw. beim Eintretensentscheid nach Kenntnis des möglichen Fehlens einer Prozessvoraussetzung (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2012 in: ZR 111/2012 Nr. 75 mit Hinweisen auf die übereinstimmenden Lehrmeinungen).

2.2. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit stützt der Kläger auf eine in der Honorarvereinbarung vom 22. November 2011 in Ziffer 18 enthaltene Gerichtsstandvereinbarung, wonach die Parteien Zürich als ausschliesslichen Gerichtsstand vereinbart hätten (act. 1 S. 3). Dies wird von der Beklagten nicht bestritten (act. 8 S. 6). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist vorliegend nach Art. 17 ZPO gegeben.

2.3. Sachliche Zuständigkeit

2.3.1. Für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts stützt sich der Kläger auf Art. 6 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG (act. 1 S. 3). Gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht, wenn nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist, aber die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b für eine handelsrechtliche Streitigkeit erfüllt sind (vgl. auch RÜETSCHI, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/ LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/ Basel/Genf 2010, N 29 zu Art. 6 ZPO; DOMINIK VOCK, in: SPÜHLER/ TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 15 zu Art. 6 ZPO; BERNHARD BERGER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 20 zu Art. 6 ZPO).

2.3.2. Die Beklagte bestritt die Zuständigkeit des Handelsgerichts in ihrer Klageantwort zunächst deshalb, weil es sich beim Kläger um eine Privatperson handle, weshalb keine handelsrechtliche Streitigkeit vorliege und dem Kläger das Wahlrecht gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht zu stehe (act. 8 S. 7).

Das Bundesgericht hielt in seinem zur Publikation bestimmten Entscheid vom 29. Oktober 2012 (Proz.-Nr. 4A_210/2012) in Erwägung 2.11 fest, dass auch ein Konsument oder eine Konsumentin die Streitigkeit vor das Handelsgericht tragen kann, wenn die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit der im Handelsregister eingetragenen Partei betrifft, und bestätigte die Zuständigkeit des Handelsgerichts

nach Art. 6 Abs. 3 ZPO für derartige Konstellationen. Auch vorliegend handelt es sich um eine ebensolche Konstellation. Die Beklagte erklärte deshalb im Rahmen ihrer Bemerkungen zum Entscheid des Bundesgericht, ihren diesbezüglichen Standpunkt aufzugeben. Die Beklagte ist im Handelsregister eingetragen, ihre geschäftliche Tätigkeit betroffen (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO) und gegen den Entscheid steht die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO). Dem Kläger steht damit die Wahl zwischen dem Handelsgericht und den ordentlichen Gerichten nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zu.

2.3.3. Die Beklagte hält jedoch an ihrem weiteren Einwand gegen die sachliche Zuständigkeit fest (act. 17), mit welchem sie geltend macht, dass der Kläger sein Wahlrecht bereits ausgeübt habe, indem er ein Schlichtungsgesuch gestellt habe. Aufgrund der Ausnahme von Art. 198 lit. f ZPO sei ein Verfahren beim Handelsgericht direkt einzuleiten und die Durchführung eines freiwilligen förmlichen Vermittlungsverfahrens unzulässig. Mit dem Entscheid des Klägers für das Schlichtungsverfahren habe er das Wahlrecht ausgeübt und es bestehe keine Zuständigkeit mehr für das Handelsgericht (act. 8 S. 7 f.).

Da bei Verfahren mit bei sachlicher Zuständigkeit des Handelsgerichts nach Art. 5 und 6 ZPO gemäss Art. 198 lit. f ZPO das Schlichtungsverfahren entfällt, bereitete der Kläger mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 8. Dezember 2012 jedenfalls nicht ein handelsgerichtliches Verfahren, sondern ein solches vor dem ordentlichen Gericht vor. Die Beklagte meint, durch die Einleitung des Schlichtungsverfahrens habe sich der Kläger endgültig für das Verfahren vor Bezirksgericht entschieden, und auf diese Wahl könne er nicht mehr zurückkommen. Eine unwiderrufliche Wahl des Klägers für das Verfahren vor Bezirksgericht läge aber erst dann vor, wenn die Klagebewilligung bereits beim Bezirksgericht eingereicht worden wäre und die Klage alsdann vom Gericht der Beklagten zugestellt worden wäre. Erst dann könnte von einer Fortführungslast im Sinne von Art. 65 ZPO gesprochen werden. Und erst wenn die Fortführungslast eingetreten ist, wäre der Kläger an die von ihm gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO getroffene Wahl zugunsten des Bezirksgerichts gebunden. Folglich steht die blosser Einreichung eines Schlich-

tungsgesuchs und die anschliessende Ausstellung der Klagebewilligung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts nicht von vornherein entgegen.

Die vorliegende Klage erfüllt die in Art. 6 Abs. 3 ZPO genannten Voraussetzungen. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist daher nach Art. 6 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG gegeben.

2.4. Anderweitige Rechtshängigkeit

2.4.1. Reicht ein Kläger nach Anrufung der Schlichtungsbehörde die Klage beim Handelsgericht ein, ohne dabei zu erklären, die Klage gestützt auf die erwirkte Klagebewilligung *nicht* bei Bezirksgericht einreichen zu wollen, so könnte die Einreichung des Schlichtungsgesuchs allerdings in Bezug auf das spätere handelsgerichtliche Verfahren als anderweitige Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO angesehen werden und dem Eintreten auf die vorliegende Klage entgegenstehen.

2.4.2. Der Kläger hat seine Klage am 3. Februar 2012 (act. 1) beim Handelsgericht des Kantons Zürich eingereicht. Dadurch wurde deren Rechtshängigkeit begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Zuvor hatte der Kläger aber bereits am 8. Dezember 2011 durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs beim Friedensrichteramt D._____ (act. 3/4) die Rechtshängigkeit des identischen Streitgegenstandes zwischen denselben Parteien begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Am 19. Januar 2012 wurde dem Kläger die Klagebewilligung ausgestellt, welche ihn während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim (ordentlichen) Gericht berechtigte (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Für ein Verfahren mit sachlicher Zuständigkeit des Handelsgerichts ist jedoch auch die freiwillige Durchführung eines förmlichen Schlichtungsverfahrens unzulässig (DOMINIK INFANGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, a.a.O., N 12 zu Art. 198 ZPO). Wegen der durch das Schlichtungsgesuch begründeten Rechtshängigkeit und da die vorliegende Klage während der Gültigkeitsfrist der Klagebewilligung eingereicht wurde, bestand im Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Handelsgericht bereits eine anderweitige Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO. Grundsätzlich steht eine solche Rechtshängigkeit dem Eintreten entgegen.

Die Rechtshängigkeit bewirkt nach Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO, dass der Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien nicht anderweitig rechtshängig gemacht werden kann. Wird aber die Klagebewilligung nicht innert ihrer Gültigkeitsfrist bei Gericht eingereicht, fällt die Rechtshängigkeit dahin und damit auch die Sperrwirkung gegenüber späteren, identischen Klagen. Wie erwähnt, könnte der Kläger aber auch bei der späteren Einreichung einer identischen Klage beim Handelsgericht erklären, dass er auf eine mit dem Schlichtungsgesuch vorbereitete Klage vor dem ordentlichen Gericht verzichte; dies wäre bezogen auf das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht als Klagerückzug ohne materielle Rechtskraftwirkung im Sinne von Art. 65 ZPO zu verstehen. Ohne solche Erklärung hätte aber das später angerufene Handelsgericht zuzuwarten, bis feststeht, ob die Klagebewilligung tatsächlich beim Bezirksgericht eingereicht wird oder nicht. Zu diesem Zweck wäre das handelsgerichtliche Verfahren gegebenenfalls gestützt auf Art. 126 ZPO zu sistieren. Ist aber im Zeitpunkt des Eintretensentscheides die Gültigkeit der Klagebewilligung bereits abgelaufen und steht fest, dass der entsprechende Prozess nicht fortgesetzt wurde, ist die Rechtshängigkeit jenes Verfahrens bereits dahingefallen und steht dem Eintreten auf die spätere Klage gestützt auf Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO nicht mehr entgegen (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2012 in: ZR 111/2012 Nr. 75).

Vorliegend ist die dreimonatige Gültigkeitsfrist der Klagebewilligung vom 19. Januar 2012 am 7. Mai 2012 abgelaufen (Art. 209 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 142 und Art. 145 Abs. 1 bis 3 ZPO). Die Klagebewilligung wurde unstrittig nicht eingereicht und damit der Prozess nicht fortgesetzt. Entsprechend steht die Rechtshängigkeit jenes Verfahrens dem Eintreten auf die vorliegende Klage nicht mehr entgegen.

2.5. Nach dem Gesagten ist die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten abzuweisen und auf die Klage einzutreten.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Über die Prozesskosten ist im Endentscheid zu befinden (Art. 104 Abs. 1 ZPO).

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten wird abgewiesen und auf die Klage eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
3. 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. (insbesondere Art. 92 BGG) des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 200'000.–.

Zürich, 18. Januar 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Claudia Marti