



Mitwirkend: die Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Hans-Martin Dietschweiler, Ivo Eltschinger und Christian Zuber sowie der Gerichtsschreiber Gallus Maissen

**Urteil vom 10. Juni 2016**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 42'516 zuzüglich Zins zu 9,08 % seit 11. Februar 2015 zu bezahlen.
2. Eventuell sei der Beklagte zu verpflichten, innert 15 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Klägerin EUR 42'516 zuzüglich Zins zu 9,08 % seit 11. Februar 2015 zu bezahlen, Zug um Zug gegen die Übergabe der vom Beklagten am 21. November 2014 ersteigerten Fotografien (Jacques-Henri Lartigue, "Renée Perle"; Lola Alvarez Bravo, "Selected Images", Mexico 1940s-1960s; Henri Cartier-Bresson, "Ahmedabad", India 1966; Werner Bischof, "Lai Chau", Indochina 1952; Werner Bischof, "Michiko Jinuma", Tokyo 1951; Henri Cartier-Bresson, "Vor einem Nachtlokal", Paris c. 1955; Henri Cartier-Bresson, "Bois de Vincennes", Paris 1952) am Sitz der Klägerin. Dies unter Androhung einer Ungehorsamkeitsstrafe.
3. Es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dübendorf (Zahlungsbefehl vom 10. August 2015) definitive Rechtsöffnung zu erteilen für CHF 45'475.00 nebst Zins zu 9,08 % seit 11. Februar 2015, die Prozesskosten und CHF 103.30 Zahlungsbefehlskosten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten (zuz. 8 % MWST auf der Prozessentschädigung). "

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessgeschichte

Am 14. Januar 2016 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 15. Januar 2016 wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt und der Klägerin Frist bzw. Nachfrist angesetzt, einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten resp. einen amtlich testierten Handels- bzw. Firmenregisterauszug im Original einzureichen (act. 5). Diese Verfügung, mit dem Doppel der Klage und den Beilagen, konnte dem Beklagten persönlich zugestellt werden (act. 6/2). Nachdem die Klägerin den Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet und einen Auszug aus dem sog. Firmenbuch eingereicht hatte (act. 7; act. 9), wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 5. Februar 2016 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 10). Da der Beklagte die Klageantwort trotz rechtsgenügender Zustel-

lung an seine Ehegattin (act. 11/2) nicht innert Frist einreichte, wurde ihm am 29. April 2016 in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine einmalige, kurze Nachfrist angesetzt. Diese Nachfrist wurde mit der Androhung verbunden, bei Säumnis werde das Gericht entweder einen Endentscheid treffen, sofern die Angelegenheit spruchreif sei, oder zur Hauptverhandlung vorladen (act. 12). Nachdem diese Verfügung ebenfalls seiner Ehefrau hatte zugestellt werden können (act. 13/2), liess sich der Beklagte dennoch auch innert der Nachfrist nicht vernehmen, weshalb – da sich die Angelegenheit als spruchreif erweist – darüber zu entscheiden ist (Art. 223 Abs. 2 ZPO).

## 2. Parteien/Sachverhalt

2.1. Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien (act. 9). Der Beklagte ist im Handelsregister eingetragen als Inhaber des Einzelunternehmens C.\_\_\_\_\_ mit Sitz in ... . Dieses betreibt eine Galerie für Kunstfotografie (act. 3/2).

2.2. Der Beklagte ersteigerte anlässlich einer Online-Auktion verschiedene Fotografien. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Bezahlung des noch ausstehenden Kaufpreises, eventualiter gegen die Übergabe der Fotografien in Wien, Zug um Zug, sowie entsprechende Rechtsöffnung.

## 3. Prozessuales

3.1. Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf entweder mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen, bedeutet Spruchreife, dass der Klagegrund im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert ist und – darüber hinaus – dass das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Unter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage

abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es – zur Hauptsache –, wenn das Klagebegehren oder die Begründung der Klage (noch) unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (Art. 56 ZPO) oder dem Gericht die Klagebegründung in erheblichem Mass als unglaubhaft erscheint und es darüber Beweis erheben will (Art. 153 Abs. 2 ZPO; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 13 zu Art. 223, mit Hinweisen).

Ist die Voraussetzung der Spruchreife gegeben, trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort gestützt auf die unbestritten gebliebenen Vorbringen der klagenden Partei einen *Endentscheid*. Das Gericht ordnet dabei weder einen zweiten Schriftenwechsel an noch lädt es zur Hauptverhandlung vor (KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, N 10 zu Art. 223; PAHUD, DIKE-Komm.-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, N 3 zu Art. 223; WILLISEGGER, a.a.O., N 20 f. zu Art. 223). Ist die Klageantwort ausgeblieben, stellt sich auch die Frage der Replik nicht. Die klagende Partei kann daher nicht darauf vertrauen, mit einer Replik oder in einer Instruktionsverhandlung noch neue Tatsachen und Beweismittel vortragen bzw. den Standpunkt verbessern zu können (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl., Zürich 2013, N 6 zu Art. 223).

3.2.1. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

3.2.2. Der Beklagte betreibt bekanntlich eine Galerie für Kunstfotografie und auch die Klägerin ist, worauf aus den Beilagen zu schliessen ist (etwa act. 3/6), im Fotografie-Handel tätig. Vorliegend geht es um die Erfüllung eines Kaufvertrags betreffend Kunstfotografien. Damit liegt eine Handelssache vor, wofür das vorliegend anwendbare Lugano Übereinkommen u.a. den Gerichtsstand am Wohnsitz

des Beklagten vorsieht (Art. 2 Abs. 1 LugÜ). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Es ist die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen, welche beide in einem Handelsregister bzw. vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind und der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000. Das Handelsgericht ist somit für diese Klage örtlich und sachlich zuständig.

3.3 Dem Eintreten auf die Klage steht somit nichts entgegen, womit sie – im Nachfolgenden – materiell zu beurteilen ist.

#### 4. Klägerische Sachverhaltsdarstellung

Der Beklagte hat über die Plattform [www.D.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www.D._____.com) an der Online-Auktion der Klägerin vom 21. November 2014 teilgenommen und sieben Fotografien ersteigert (act. 3/5). Wie angekündigt, stellte die Klägerin am 26. November 2014 entsprechend Rechnung über EUR 42'516.–, wobei sie EUR 450.– Versandkosten verrechnete (act. 3/6), weil sie davon ausgegangen war, der Beklagte wolle nicht nach Wien reisen, um die Bilder abzuholen. Nachdem keine Zahlung eingegangen war, wurde der Beklagte mit E-Mail vom 19. Dezember 2014 gebeten, den Rechnungsbetrag umgehend zu begleichen (act. 3/8). Mit eingeschriebenem, aber nicht abgeholtem Brief vom 15. Januar 2015 wurde der Beklagte ein letztes Mal aufgefordert, bis zum 22. Januar 2015 zu zahlen (act. 3/9). Nachdem die Klägerin den Beklagten am 22. Januar 2015 darüber informiert hatte, die Angelegenheit einem Anwalt zu übergeben, aber zu hoffen, er möge sich zum Vorfall äussern (act. 3/10), meldete sich der Beklagte am 11. Februar 2015 und stellte die Bezahlung in Aussicht (act. 3/11). Der in der Zwischenzeit mandatierte Rechtsvertreter der Klägerin setzte dem Beklagten mittels zugestelltem Einschreiben eine Frist bis zum 4. August 2015 zur Bezahlung der ausstehenden Forderung zuzüglich aufgelaufenem Zins (act. 3/12). Androhungsgemäss leitete die Klägerin, weil die Zahlung ausgeblieben war, am 7. August 2015 die Betreibung gegen den Beklagten ein, über dannzumal CHF 45'475.–, entsprechend EUR 42'516.–. Der Beklagte erhob Rechtsvorschlag (act. 3/13; act. 1 S. 4 ff).

## 5. Rechtliche Erwägungen

### 5.1. Anwendbares Recht

Gemäss Art. 118 IPRG gilt für den Kauf beweglicher körperlicher Sachen, sofern wie hier kein Konsumentenvertrag vorliegt, das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (SR 0.221.211.4). Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, so sieht Art. 3 Abs. 3 dieses Übereinkommens bei einem Verkauf durch Versteigerung vor, dass der Kaufvertrag dem innerstaatlichen Recht des Landes untersteht, wo diese stattgefunden hat. Die von den Parteien benutzte Auktionsplattform wird von einer in New York ansässigen Gesellschaft betrieben (vgl. [https://www.D.\\_\\_\\_\\_\\_.com/contact.html](https://www.D._____.com/contact.html)). Die USA sind Vertragsstaat des CISG (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, genannt "Wiener Kaufrecht"; SCHWENZER, in: Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht CISG, 6. Aufl., München/Basel 2013, Anhang I, S. 1271 ff). Dieses findet jedoch keine Anwendung auf den Kauf bei Versteigerungen (Art. 2 lit. b CISG). Nicht gänzlich geklärt ist dabei zwar die Frage, ob Online-Auktionen ebenfalls ausgeschlossen sind. Nach Ansicht der herrschenden Lehre gilt jedoch das CISG auch für solche Auktionen nicht (HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 2726; FERRARI, in: Schlechtriem/Schwenger, a.a.O., Art. 2 N 28). Demnach ist vorliegend US-amerikanisches Kaufrecht anzuwenden.

Im Vordergrund stehen dabei die Bestimmungen des Article 2 des sog. Uniform Commercial Code (UCC), der den Warenkauf regelt. Es handelt sich dabei jedoch nicht um Bundesrecht, sondern um Bestimmungen, die auf Privatinitiative zurückgehen, aber mit einer Ausnahme (Louisiana) von allen Bundesstaaten übernommen wurden. Die Übernahme erfolgt freiwillig und den einzelnen Staaten bleibt es überlassen, gewisse Bestimmungen gar nicht oder mit Änderungen zu übernehmen (CERUTTI, Das US amerikanische Warenkaufrecht, Zürich 1998, Rz 7 ff).

## 5.2. Hauptbegehren

Auch nach US-amerikanischem Kaufrecht verpflichtet der Abschluss des Kaufvertrags den Verkäufer zur Ablieferung und Übergabe der Ware an den Käufer. Er erfüllt diese Pflicht, wenn er dem Käufer diese vertragskonform anbietet. Dieses Anbieten verpflichtet den Käufer, die Ware anzunehmen und zu bezahlen. Beim Bar- und Kreditkauf ist der Verkäufer, beim sog. Pränumerandokauf der Käufer vorleistungspflichtig. Kredit- und Pränumerandokauf müssen von den Parteien vereinbart werden, ansonsten ein vom Gesetz dispositiv geregelter Barkauf vorliegt. Dabei muss diejenige Partei, welche die andere zur Erfüllung anhalten will, als erste ihre Erfüllung anbieten. Solange der Verkäufer die Erfüllung seiner eigenen Leistung nicht richtig anbietet, besitzt er keinerlei Ansprüche gegen den Käufer (CERUTTI, a.a.O., Rz 431 ff u. 588 ff, mit Hinweisen auf die entsprechenden Bestimmungen des UCC, welche alle auch für den Staat New York gelten [vgl. <http://codes.findlaw.com/ny/uniform-commercial-code/#!tid=N91C4103613794> EC19FFCA2A94747A727; Site besucht am 2. Juni 2016]). Die Rechtslage ist dabei weitgehend identisch wie im schweizerischen OR (Art. 184 Abs. 2 OR; Art. 213 Abs. 1 OR) und im Wiener Kaufrecht (Art. 53 i.V.m. Art. 58 CISG; CERUTTI, a.a.O., Rz 433).

In rechtlicher Würdigung der oben dargelegten klägerischen Sachverhaltsdarstellung (Ziff. 4) ergibt sich, dass die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen haben, wobei sich die Klägerin verpflichtet hat, die vom Beklagten gekauften Fotografien gegen Rechnung zu liefern. Mit ihrem E-Mail vom 21. November 2014 gratulierte die Klägerin dem Beklagten zur Ersteigerung der betreffenden Bilder und stellte die Rechnungsstellung in Aussicht, welche dann am 26. November 2014 erfolgte (act. 3/5-6). Die Klägerin führt selber aus, sie sei davon ausgegangen, der Beklagte wolle nicht nach Wien reisen, um die Fotografien abzuholen, weshalb sie für den Versand auch Rechnung stellte (act. 1 S. 5; act. 3/6). Die Klägerin kann daher alleine aus dem Umstand, dass der Beklagte am 11. Februar 2015 die Bezahlung in Aussicht gestellt hat, in rechtlicher Hinsicht nicht ableiten, der Beklagte habe sich implizit damit einverstanden erklärt, dass sie ihm erst nach der Zahlung die Bilder zusende (act. 1 S. 8 f). Aus dem von der Klägerin dargelegten Sachver-

halt ergibt sich nichts, was in rechtlicher Hinsicht den Schluss zuliesse, die Parteien hätten sich diesbezüglich auf eine Vorauszahlung geeinigt. Keiner der Parteien hat der anderen ein entsprechendes Angebot unterbreitet. Nie war – etwa in den Mahnschreiben – die Rede darüber, die Fotografien würden erst nach der Zahlung geliefert. In Widerspruch zu ihrer eigenen Sachdarstellung steht sodann die rechtliche Interpretation der Klägerin, sie habe dem Beklagten, indem sie ihn sofort nach Abschluss der Auktion kontaktiert habe, ihre Leistungsbereitschaft bekundet und die Ware zum Abholen bereitgestellt, womit dieser in Annahmeverzug geraten sei (act. 1 S. 10). Die Klägerin ist ja von einem Versand der Fotografien ausgegangen.

Es liegt demnach gestützt auf die klägerische Sachdarstellung kein Pränumerandokauf vor, womit der Beklagte nicht vorleistungspflichtig ist. Die Klägerin hat dem Beklagten die gekauften Fotografien jedoch nie angeboten, sodass er vorliegend nicht ohne Weiteres, wie von der Klägerin mit dem Rechtsbegehren Ziffer 1 verlangt, verpflichtet werden kann, den Kaufpreis zu bezahlen.

### 5.3. Eventualbegehren

Die Klägerin erklärt sich in ihrer Klageschrift bereit, die Fotografien gegen Bezahlung des Kaufpreises zu übergeben. Sie verlangt eventualiter, der Beklagte sei zum Vollzug des Kaufvertrags, Zug um Zug am Sitz der Klägerin in Wien, zu verpflichten, unter Ansetzung einer angemessenen Frist von 15 Tagen und der Androhung einer Ungehorsamkeitsstrafe (act. 1 S. 10 f).

Der Erfüllungsort bestimmt sich auch im US-amerikanischen Kaufrecht in erster Linie aufgrund einer entsprechenden Parteivereinbarung. Fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung, so ist im kaufmännischen Verkehr von einem Versandkauf auszugehen, womit eine Schickschuld des Verkäufers vorliegt (CERUTTI, a.a.O., Rz 450 f, mit Hinweisen auf die entsprechenden Bestimmungen des UCC, welche alle auch für den Staat New York gelten).

Wie oben erwogen (Ziff. 5.2., 2. Abs.), ist der Beklagte nicht vorleistungspflichtig. Zudem ist die Klägerin selber davon ausgegangen, die Fotografien dem Beklagten zusenden zu müssen, was sie auch in Rechnung gestellt hat (act. 1 S. 5; act. 3/6). Damit kann der Beklagte weder verpflichtet werden, zuerst den Kauf-

preis zu bezahlen noch die Fotografien in Wien abzuholen. Somit ist auch das Eventualbegehren abzuweisen.

#### 5.4. Definitive Rechtsöffnung

Die Klägerin verlangt schliesslich, es sei definitive Rechtsöffnung in der gegen den Beklagten eingeleiteten Betreuung zu erteilen, im Umfang der ihr zugesprochenen Forderung sowie für die Prozess- und Betreuungskosten (act. 1 S. 11). Beim vorliegenden Verfahrensausgang ist auch dieses Rechtsbegehren abzuweisen.

#### 6. Prozesskosten

Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht (BSK ZPO-RÜEGG, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 91 N 3 f). Er beträgt nach Massgabe des bei Einreichung der Klageschrift geltenden Währungskurses CHF 46'546.52 (EUR 42'516.-; zum Kurs von CHF 1.0948 am 14. Januar 2016).

Die Prozesskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), mithin der Klägerin. Der Beklagte ist mangels eines entsprechenden Antrags nicht zu entschädigen.

Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf drei Viertel der Grundgebühr festzusetzen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'960.-.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Dem Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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). Der Streitwert beträgt CHF 46'546.52.

Zürich, 10. Juni 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Gallus Maissen