



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, Handelsrichter Ulrich Ritter, Handelsrichterin Astrid Fontana und Handelsrichter Dr. Alexander Müller sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Beschluss vom 20. März 2017

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ **AG**,
Beklagte
(berichtigte Parteibezeichnung)

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Herausgabe**

Rechtsbegehren:

(act. 4 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, die sich auf dem folgenden Depot: Kunden-Nr. 1, und auf den folgenden Konti: Kunden-Nr. 2 (CHF) und 3 (EUR), befindlichen Vermögenswerte auf die St. Galler Kantonalbank, 9001 St. Gallen, Clearing-Nr. 4, Depot Nr. 5, zuständig C._____, zu übertragen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 22. September 2016 (Datum Poststempel) reichte der Kläger seine Klageschrift samt Beilagen beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1, act. 4 und act. 5/1–16). Mit Verfügung vom 26. September 2016 bestätigte das hiesige Gericht den Parteien den Eingang der Klage vom 22. September 2016, berichtigte die Bezeichnung der Beklagten, stellte das Doppel der Klage samt Beilagen der Beklagten zu und setzte dem Kläger Frist bis zum 31. Oktober 2016 an, um einen Kostenvorschuss in Höhe von CHF 11'300.00 zu leisten (act. 6). Nachdem der Kläger den Kostenvorschuss fristgerecht geleistet hatte, wurde der Beklagten mit Verfügung vom 1. November 2016 Frist angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen (act. 9). Mit Eingabe vom 17. Januar 2017 (Datum Poststempel) reichte die Beklagte innert Frist ihre Klageantwort samt Beilagen ein (act. 11; act. 13/2–15). In der Klageantwort erhob die Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit und beantrage, es sei auf die Klage nicht einzutreten; eventualiter sei diese abzuweisen. Die Beklagte stellte weiter den prozessualen Antrag, es sei das Verfahren auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zu beschränken (act. 11 S. 2). Mit Verfügung vom 18. Januar 2017 stellte das hiesige Gericht dem Kläger das Doppel der Klageantwort zu und setzte ihm Frist an, um sich schriftlich zur Einrede der Unzuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich zu äussern (act. 14). Mit Eingabe vom 9. Februar 2017 (Datum Poststempel) reichte der Kläger innert Frist seine Stellungnahme zur Unzuständigkeitsein-

rede der Beklagten samt Beilagen ein (act. 16; act. 17/17–19). Mit Verfügung vom 10. Februar 2017 wurde die klägerische Stellungnahme vom 9. Februar 2017 samt Beilagen der Beklagten zugestellt (act. 18). Seitens der Beklagten ging keine Stellungnahme mehr ein. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Parteien und Prozessgegenstand

2.1. Der Kläger ist als selbständiger Arzt tätig und betreibt ein Einzelunternehmen (act. 11 Rz. 8). Die Beklagte verfügt über eine Banklizenz und bezweckt den Betrieb einer Online-Bank, um ihren Kunden namentlich das ... zu ermöglichen (vgl. act. 11 Rz. 8 f.).

2.2. Der Kläger besitzt bei der Beklagten ein Wertschriftendepot, Konten zur Vornahme von Wertschriftentransaktionen in Schweizer Franken und US-Dollar sowie gemäss der Beklagten zusätzlich ein Forex-Konto (act. 4 Rz. 6; act. 11 Rz. 7). Der Kläger hat gemäss seiner Darstellung die Beklagte aufgefordert, seine Vermögenswerte auf ein Konto bei der St. Galler Kantonalbank zu überweisen (act. 4 Rz. 11), was die Beklagte verweigere (act. 4 Rz. 12). Das hiesige Gericht sei gestützt auf Art. 32 ZPO und eventualiter gestützt auf Art. 12 ZPO örtlich zuständig. Die Beklagte macht ein Pfandrecht an sämtlichen bei ihr auf dem Depotkonto gelegenen Vermögenswerten des Klägers geltend, weil dessen Forex-Konto einen negativen Saldo in Höhe von CHF 122'573.00 aufweise, welcher noch auszugleichen sei (act. 11 Rz. 7). Die Beklagte erhebt die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des hiesigen Gerichts und macht geltend, die Parteien hätten eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung mit ausschliesslichem Gerichtsstand in D. _____ (Kanton E. _____) abgeschlossen.

3. Örtliche Zuständigkeit

3.1. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen, namentlich das Vorliegen der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Die Parteien sind zur Mitwirkung verpflichtet und die klagende Partei hat die Tatsachen vorzutragen und zu belegen, welche die Zulässigkeit ihrer Klage begründen (ZÜRCHER, Alexander, in: Zürcher Kommentar zur

ZPO, Aufl. 3, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 60 N 4). Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO *e contrario*).

3.2. Sowohl im Kontoeröffnungsvertrag als auch in den dazugehörigen AGB findet sich eine (nahezu identische) Gerichtsstandsvereinbarung, die – falls sie wirksam ist – zur Unzuständigkeit des hiesigen Gerichts führt (vgl. act. 5/2, Ziffer 50 und act. 13/6, Ziffer 9). Der Kläger macht geltend, die Gerichtsstandsvereinbarung sei ungültig, weil er im Zeitpunkt ihres Abschlusses Konsument und ein Vorausverzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände daher unzulässig gewesen sei. Eventualiter sei die Gerichtsstandsvereinbarung widersprüchlich und daher nichtig (act. 16 S. 5 ff.). Die Beklagte macht geltend, der Kläger sei nicht Konsument (act. 11 Rz. 46 ff.).

3.3. Gemäss Art. 406 ZPO bestimmt sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat. Der Kläger bringt vor, die Gerichtsstandsvereinbarung sei am 10. Juni 2001 abgeschlossen worden, weshalb sich ihre Gültigkeit nach dem damals geltenden Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (GestG) zu richten habe (act. 16 S. 6). Etwas widersprüchlich ist in diesem Zusammenhang das Vorbringen des Klägers, wonach die Beklagte ihre AGB seit dem 10. Juni 2001 angepasst und verändert habe. Er reicht dabei die aktuellen AGB ein (siehe act. 17/19) und führt aus, dass auch die Gerichtsstandsvereinbarung revidiert worden sei (act. 16 S. 4). Unklar bleibt, ob der Kläger damit anerkennt, dass er die neuen AGB erhalten und akzeptiert hat. Ein Akzept seitens des Klägers der neuen AGB samt der (revidierten) Gerichtsstandsklausel nach dem 1. Januar 2011 hätte zur Folge, dass sich die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung und nicht nach dem GestG richten würde. Auch wäre das Vorbringen des Klägers hinfällig, wonach ausschliesslich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung am 10. Juni 2001 abzustellen sei. Die Frage nach dem anwendbaren Recht kann indes offen bleiben, denn das – sowohl in Art. 35 ZPO als auch in Art. 21 Abs. 1 lit. a GestG – vorgesehene Verbot des Vorausverzichts auf die gesetzlichen Gerichtsstände greift vorliegend nicht. Ein Vorausverzicht ist namentlich un-

zulässig, wenn ein Konsumentenvertrag vorliegt (Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO bzw. Art. 21 Abs. 1 lit. a GestG). Für die Frage, ob die Voraussetzungen eines Konsumentenvertrags erfüllt sind oder nicht, sind auch die Verhältnisse im Zeitpunkt der Klageeinleitung zu berücksichtigen. Gemäss herrschender Lehre muss eine klagende Partei nämlich auch im Zeitpunkt der Klageeinleitung Konsumentin sein, um sich auf den besonderen Konsumentengerichtsstand zu berufen (KAISER JOB, Noëlle, in: Basler Kommentar zur ZPO, Aufl. 2, Basel 2013, Art. 32 N 19; FELLER, Urs/BLOCH, Jürg, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, a.a.O., Art. 32 N 13; HAAS, Ulrich/ STRUB, Yael, in: Kurzkommentar zur ZPO, Aufl. 2, Basel 2014, Art. 32 N 15; MÖHLER, Christine, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Diss. Luzern 2014 (=LBR Nr. 93), N 51; vgl. auch GROSS, Balz, in: Kommentar GestG, Zürich 2001, Art. 22 N 76). Verliert eine klagende Partei, die zwar im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Konsumentin war, während der Vertragslaufzeit ihre Eigenschaft als Konsumentin, steht ihr der besondere Klägergerichtsstand nicht mehr zu. Gleiches muss auch im Zusammenhang mit dem Verbot des Vorausverzichts auf die gesetzlichen Gerichtsstände gelten. Ob ein Konsumentenvertrag vorliegt, bestimmt sich im Ergebnis sowohl nach der ZPO als auch nach dem GestG gleich.

3.4. Der Kläger kann zum heutigen Zeitpunkt aus den nachfolgenden Erwägungen nicht mehr als Konsument im Sinne des Zivilprozessrechts qualifiziert werden und es liegt kein Konsumentenvertrag vor:

3.4.1. Der Kläger beruft sich zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit des hiesigen Gerichts auf Art. 32 ZPO (act. 16 S. 5 und S. 6 f.). Er macht geltend, das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und ihm sei ein Konsumentenvertrag und er ein Konsument (act. 4 Rz. 5). Die Beklagte macht zusammenfassend geltend, die vom Kläger im Rahmen des Vertragsverhältnisses eingesetzten finanziellen Mittel seien nicht mehr als üblicher Verbrauch zu qualifizieren. Die Rechtsprechung habe zwar keine klare wertmässige Schranke etabliert, was noch als üblich gelten solle. Die in Rechtsprechung und Lehre ersichtlichen Werte würden sich aber in einer Spannbreite von CHF 30'000.00 bis CHF 100'000.00 bewegen. Das streitgegenständliche Trading-Konto weise vorliegend ein Volumen in Höhe

von CHF 163'000.00 auf. Bei diesem Betrag handle es sich um einen namhaften Betrag, der den Rahmen des üblichen Verbrauchs sprengt (act. 11 Rz. 49 f. und Rz. 54).

3.4.2. Vorweg ist festzuhalten, dass ein behaupteter Konsumentenvertrag zwar für die Frage der Zuständigkeit relevant ist, nicht jedoch für die Frage, ob der Anspruch materiell begründet ist (vgl. KEUSEN, Christian, Konsumentengerichtsstand – "Gerichtsstand ist der Sitz der Bank"?, in: ZSR 2007 I, S. 85 ff., S. 98 f.). Somit ist vorliegend nicht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit doppelrelevanten Tatsachen einzugehen.

3.4.3. Die Regelung des zivilprozessrechtlichen Konsumentenschutzes in Art. 32 ZPO ist mit der früheren Regelung in Art. 22 GestG identisch. Für die Auslegung von Art. 32 ZPO kann die Rechtsprechung und die Literatur zu Art. 22 GestG herangezogen werden (HAAS, Ulrich/STRUB, Yael, in: Kurzkommentar zur ZPO, a.a.O., Art. 32 N 1).

3.4.4. Als Konsumentenverträge gelten Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden (Art. 32 Abs. 2 ZPO; vgl. auch Art. 22 GestG). Der Verbraucher- oder Konsumentenvertrag lässt sich nicht in das übliche Schema der Vertragsarten eingliedern. Entscheidend ist vielmehr, dass der Vertrag zwischen einem gewerbsmässigen Anbieter und einem Verbraucher geschlossen wird, zu dessen privaten Bedarf die vertragliche Leistung bestimmt ist. Für die Umschreibung des Konsumentenvertrags ist daher der besondere Schutzzweck der im Interesse des Konsumenten erlassenen Bestimmung massgebend. Der Begriff des Konsumentenvertrags kann damit sämtliche obligationenrechtlichen Verträge umfassen, sofern Vertragsparteien Anbieter und Konsumenten sind (BGE 121 III 336, S. 339 E. 5d; BGE 132 III 268, S. 272 E. 2.2.2). Der Anwendungsbereich des besonderen Gerichtsstandes ist eng zu verstehen, denn der mit ihm angestrebte Sozialschutz beschränkt sich nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs (BGE 132 III 268, S. 272 E. 2.2.2). Mit dem in Art. 32

ZPO anvisierten Sozialschutz soll eine strukturelle Schwäche der Verbraucherpartei gegenüber der Gegenpartei kompensiert werden, die sich ohne Regelung oft zu Ungunsten des Konsumenten auswirken würde (vgl. GROSS, Balz, a.a.O., Art. 22 N 91; VERZASCONI LEUENBERGER, Christophe, Konsumentenverträge nach Art. 22 GestG in der Bankpraxis, in: Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 19; MÖHLER, Christine, a.a.O., N 18). Angestrebt wird auch der Abbau von Hemmschwellen, einen Konsumentenanspruch im streitigen Verfahren geltend zu machen (vgl. ROMY, Isabelle, Le "for du consommateur" et les contrats de services financiers à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in: SZPZ 3/2009, S. 317 ff., S. 320; GROSS, Balz, a.a.O., Art. 22 N 91). Dienstleistungen, die wie vorliegend in der Konto- und Depotführung sowie der Abwicklung des Wertschriftenverkehrs bestehen, schliessen ihrer Art nach einen Konsumentenvertrag nicht aus. Ausgeschlossen sind hingegen Vertragsverhältnisse, die der Geldanlage oder der Investition dienen (BGE 132 III 268, S. 273 E. 2.2.4). Verträge über Finanzdienstleistungen sind jedoch nicht allein nach der Art und dem Zweck des Geschäfts zu beurteilen. Zu berücksichtigen ist auch das Geschäftsvolumen – mithin der Wert des Vertragsgegenstandes (vgl. auch BGE 4A_432/2007 vom 8. Februar 2008, E. 4.2.2). Es kann nicht von den Umständen des Einzelfalles abgesehen werden für die Beurteilung, ob ein Geschäft den Rahmen des üblichen Bedarfs sprengt. Ist ein namhafter Betrag in Wertschriften und flüssigen Mitteln hinterlegt, die der Bankkunde zu erhalten und zu verwalten beabsichtigt, liegt kein üblicher Gebrauch im Sinne von Art. 32 Abs. 2 ZPO vor (BGE 132 III 268, S. 272 f. E. 2.2.3 f.).

3.4.5. Der Kläger bringt zunächst vor, es sei auf die Höhe der Depotgebühren sowie der Kommissionen für die einzelnen Transaktionen abzustellen, um das Geschäftsvolumen festzustellen. Die Depotgebühren würden lediglich einige hundert Franken pro Jahr betragen (act. 4 Rz. 5). Nicht von Bedeutung seien die sich auf dem Depot befindlichen Werte; diese seien höchstens für die Bestimmung der Streitwerthöhe oder eines möglichen Schadens relevant (act. 4 Rz. 5). Die klägerische Argumentation überzeugt nicht: Entscheidend sind die Vermögenswerte, die sich auf dem Depotkonto befinden. Gemäss Bundesgericht sind unter dem Begriff "Geschäftsvolumen" die hinterlegten Werte zu verstehen. Es verneinte das

Vorliegen eines Konsumentenvertrages, wenn namhafte Beträge hinterlegt sind und stellte damit nicht auf die Kosten für die Kontoführung oder für die einzelnen Wertschriftentransaktionen ab (vgl. BGE 132 III 268, S. 273 E. 2.2.4). Der Gesetzgeber bemisst denn auch die Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei (primär) anhand des Kriteriums des (üblichen) Verbrauchs bzw. Gebrauchs und knüpft damit an die (freilich betragsmässig nach oben begrenzte) finanzielle Tragweite des Rechtsgeschäfts an. Die finanzielle Tragweite lässt sich einzig anhand der eingesetzten Mittel feststellen. Letztere stellen das Geschäftsvolumen dar und ihre Höhe dient als Richtschnur, um die Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners der Bank einzuschätzen.

3.4.6. Der Kläger führt für den Fall, dass sich die Höhe der eingesetzten Mittel gleichwohl als relevant erweisen sollte, weiter aus, dass die bei Vertragsabschluss eingesetzten Mittel geringer gewesen seien als die aktuell eingesetzten (act. 16 S. 7). Mit geschätzten CHF 30'000.00 bis CHF 50'000.00 seien im Juni 2001 tiefe Beträge einbezahlt worden. Unabhängig davon sei die Wertschranke des Anlagevolumens, bei welcher nicht mehr von einem zu schützenden Anleger gesprochen werden könne, ohnehin viel höher anzusetzen als die in der Lehre zum Konsumentenvertragsrecht besprochenen Wertschranken (act. 16 S. 7). Konkret bezeichnet der Kläger eine Wertschranke von CHF 5 Millionen als massgeblich für die Frage der Üblichkeit des Verbrauchs, wobei er sich auf Art. 10 Abs. 3 KAG und Art. 10 Abs. 1 lit. b KAV (recte: Art. 6 Abs. 1 lit. b KKV) stützt (act. 16 S. 10).

3.4.7. Wie erwähnt, muss auch bei Klageeinleitung noch eine Konsumentenstreitigkeit vorliegen, um sich auf das Verbot des Vorausverzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände berufen zu können (siehe Erw. 3.3). Es genügt nicht, wenn nur bei Vertragsabschluss die Voraussetzungen des zivilprozessrechtlichen Konsumentenschutzes erfüllt waren. Demnach ist (auch) das Geschäftsvolumen im Zeitpunkt der Klageeinleitung relevant, welcher heranzuziehen ist, um das Kriterium des üblichen Verbrauchs zu prüfen. Insofern ist dem Kläger nicht zu folgen, wenn er lediglich auf die bei Vertragsabschluss eingezahlten Beträge verweist und aus-

schliesslich anhand dieser Mittel das Vorliegen einer Konsumentenstreitigkeit bejaht.

3.4.8. Rechtsprechung und Lehre haben keine fixen Obergrenzen definiert, um zu bestimmen, ab welchem Schwellenwert kein üblicher Verbrauch und somit keine Konsumentenstreitigkeit mehr vorliegt. Genannt werden Schwellenwerte zwischen CHF 30'000.00 und CHF 100'000.00 (vgl. Urteil 4A_432/2007 vom 8. Februar 2008, E. 4.2.2; KAISER JOB, Noëlle, Basler Kommentar zur ZPO, a.a.O., Art. 32 N 9; FELLER, Urs/BLOCH, Jürg, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, a.a.O., Art. 32 N 30; HAAS, Ulrich/STRUB, Yael, in: Kurzkomentar zur ZPO, a.a.O., Art. 32 N 12; KEUSEN, Christian, a.a.O., S. 97 f.; VERZASCONI LEUENBERGER, Christophe, a.a.O., S. 23 f.; MÖHLER, Christine, a.a.O., S. N 47 und N 74). Auch die Einlagensicherung gemäss Bankengesetz, die zwar nicht an den üblichen Gebrauch bzw. Bedarf anknüpft, aber immerhin einem breiten Bevölkerungsanteil ein Minimum an Sicherheit garantieren soll, ist aktuell auf CHF 100'000.00 begrenzt (vgl. Art. 37a Abs. 1 i.V.m. Art. 37h ff. BankG). Die genannten Schwellenwerte dienen aber lediglich als Anhaltspunkt, um abzuschätzen, ob noch ein üblicher Verbrauch vorliegt. Eine allgemeingültige fixe Grenze wäre kaum verhältnismässig (vgl. FELLER, Urs/BLOCH, Jürg, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, a.a.O., Art. 32 N 30). Die vom Kläger herangezogene Unterscheidung zwischen qualifiziertem und gewöhnlichem Anleger im Sinne des Kollektivanlagegesetzes taugt nicht, um dem vorliegend festzusetzenden Schwellenwert Kontur zu geben. Die klägerische Argumentation lässt ausser Acht, dass Konsument im Sinne von Art. 32 ZPO nur sein kann, wer Leistungen des üblichen Verbrauchs konsumiert (das Bundesgericht spricht bei Verträgen über Finanzdienstleistungen von Gebrauch bzw. Bedarf, vgl. BGE 132 III 268, S. 273 E. 2.2.4). Der mit der Zivilprozessordnung angestrebte Konsumentenschutz ist demnach nicht mit dem Anlegerschutz gemäss Kollektivanlagegesetz gleichzustellen. Er soll nur Leistungen erfassen, die sich in einem üblichen Rahmen bewegen. Die Unterscheidung zwischen qualifiziertem und gewöhnlichem Anleger im Kollektivanlagegesetz erfolgt indes nicht anhand des Kriteriums des üblichen Verbrauchs, sondern insbesondere anhand der Anlageerfahrung des Investors (vgl. WYSS, Werner W., in Basler Kommentar zum KAG, Aufl. 2, Basel 2016, Art. 10 N 8, N 11 f. und N 60a f.). Das Kollektivanlagegesetz

regelt denn auch Investitionen und Geldanlagen, wohingegen diese vom Anwendungsgebiet der Konsumentenstreitigkeiten gerade ausgeschlossen sind (vgl. Erw. 3.4.4).

3.4.9. Das vorliegende Vertragsverhältnis weist die Besonderheit auf, dass die Depotwerte schwanken und ihre Höhe von den Kursentwicklungen an den Finanzmärkten sowie von Ein- und Auszahlungen auf das Konto bestimmt ist. Unklar ist, ob bei Dauerschuldverhältnissen mit schwankendem Vermögenswert, das Geschäftsvolumen statisch (also stichtagartig) oder dynamisch festzustellen ist. Stichtagartig hiesse dabei, die Höhe der Depotwerte an einem bestimmten Tag festzustellen und danach zu fragen, ob der so ermittelte Wert noch einem üblichen Gebrauch bzw. Bedarf entspricht. Bei einer stichtagartigen Betrachtung des Geschäftsvolumens würde somit die einmalige Überschreitung eines bestimmten Schwellenwerts genügen, um einen Konsumentenvertrag zu verneinen. Bei einer dynamischen Betrachtung wäre das Geschäftsvolumen über einen längeren Zeitraum zu betrachten und ein periodischer Wert zu ermitteln. Dies hätte Auswirkungen auf die Höhe des Geschäftsvolumens und damit auf das Tatbestandselement des üblichen Gebrauchs bzw. Bedarfs.

3.4.10. Die Parteien begegnen dem schwankenden Geschäftsvolumen mit einer statischen Betrachtungsweise, indem sie das Geschäftsvolumen stichtagartig bestimmen. Der Kläger betrachtet das Geschäftsvolumen zu Beginn der Vertragsbeziehung und schätzt es auf CHF 30'000.00 bis CHF 50'000.00 (act. 16 S. 7), während die Beklagte das Geschäftsvolumen bei Klageanhebung betrachtet (vgl. act. 11 Rz. 50). Es erscheint zunächst fraglich, ob man das schwankende (somit dynamische) Geschäftsvolumen statisch betrachten darf, liegt darin doch – ohne nähere Begründung – ein Gegensatz (dynamisch versus statisch). Bei Dauerschuldverhältnissen, die eine längere Vertragslaufzeit aufweisen (vorliegend über 15 Jahre), spricht einiges dafür, die Dauer der Vertragsbeziehung zu berücksichtigen. Denn die Vertragslaufzeit wirkt sich letztlich auch auf das Volumen des Verbrauches aus. Ein statisch betrachtetes hohes Geschäftsvolumen kann, über eine längere Zeitperiode betrachtet, durchaus einem üblichen Gebrauch bzw. Bedarf entsprechen. Andererseits kann auch dafür gehalten werden, dass bei Ver-

trägen betreffend Wertschriftenhandel bei einer Überschreitung eines bestimmten (statisch betrachteten) Schwellenwerts stets eine Geldanlage vorliegt, die nicht mehr als Konsumentenvertrag zu qualifizieren ist. Es kann vorliegend indes offen bleiben, ob bei Dauerschuldverhältnissen mit schwankendem Geschäftsvolumen eine statische oder eine dynamische Betrachtung des Volumens erfolgen muss. Für eine dynamische Betrachtungsweise des Geschäftsvolumens liefert der Kläger keinerlei Angaben bzw. Kennzahlen. Es ist daher von vornherein nicht möglich, den dynamischen Verlauf des Geschäftsvolumens festzustellen. Der Kläger trägt jedoch die Beweislast dafür, dass er Konsument ist, wenn er sich auf den besonderen Gerichtsstand des Konsumenten berufen möchte (vgl. FELLER, Urs/BLOCH, Jürg, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, Aufl. 3, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 32 N 14). Bei einer statischen Betrachtungsweise kann bei einem Betrag von über CHF 160'000.00, mit welchem an der Börse gehandelt wird, nicht mehr von einem üblichen Gebrauch bzw. Bedarf gesprochen werden. Daran ändert die Eigenschaft des Klägers als Selbständigerwerbender nichts, denn der zivilprozessrechtliche Konsumentenschutz knüpft in erster Linie an den üblichen Verbrauch und an den Verwendungszweck der bezogenen Leistung an. Der Begriff des Konsumenten richtet sich somit nicht danach, ob der Konsument selbständig erwerbend ist oder nicht. Es gibt daher keine Personengruppe, die gestützt auf ihre Erwerbssituation einen höheren üblichen Gebrauch bzw. Bedarf für sich in Anspruch nehmen darf (vgl. auch MÖHLER, Christine, a.a.O., S. N 45, wonach die subjektiven Eigenschaften einer Person nicht ausschlaggebend sind, weil ein typisiertes Verständnis des Konsumenten gilt). Deswegen kann dem Kläger auch nicht gefolgt werden, wenn er ausführt, das Geschäftsvolumen sei vorliegend für den Privathaushalt eines Arztes nicht aussergewöhnlich (act. 16 S. 7). Eine Person ist unabhängig von ihrer Einkommenssituation als Konsumentin oder Nichtkonsumentin zu bezeichnen, ansonsten Gutverdienende länger vom Sozialschutz profitieren würden, weil ihr Gebrauch bzw. Bedarf regelmässig höher ist als derjenige eines Normalverdienenden. Nicht erheblich ist auch die Vorsorgesituation des Klägers (vgl. act. 16 S. 7), denn der Aufbau einer Altersvorsorge dient einem Sparzweck und muss letztlich der Geldanlage zugerechnet werden – und nicht dem üblichen Verbrauch.

3.4.11. Die Beklagte wendet gegen die Qualifizierung des Klägers als Konsumenten zusätzlich ein, dass eine Mischnutzung vorliege. Der Kläger habe auch mit seinem Geschäftsvermögen auf dem Trading-Konto gehandelt. Eine Mischnutzung schliesse aus, dass ein Konsumentenvertrag vorliege (act. 11 Rz. 51 f.). Der Kläger bestreitet in seiner Eingabe vom 9. Februar 2017 den Einwand der Beklagten. Seine Anlagetätigkeit sei eine private Tätigkeit und habe mit der beruflichen Tätigkeit als Arzt nichts zu tun (act. 16 S. 10 f.).

3.4.12. Die Beklagte legt eine Gutschriftanzeige vom 11. April 2007 ins Recht, aus welcher eine Einzahlung auf das Konto des Klägers bei der Beklagten in Höhe von CHF 20'000.00 hervorgeht. Als Auftraggeberin ist dabei das "F. _____ [medizinisches Institut] Dr. A. _____" angegeben (siehe act. 13/15). Konsument kann nur sein, wer die bezogenen Dienstleistungen für private und nicht für berufliche oder gewerbliche Zwecke verwendet (FELLER, Urs/BLOCH, Jürg, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, a.a.O., Art. 32 N 19). Ebenfalls bleiben vom Anwendungsbereich von Art. 32 ZPO jene Vertragsverhältnisse ausgeschlossen, die weder direkt privaten noch direkt beruflichen Zwecken dienen (GROSS, Balz, a.a.O., Art. 22 N 86). Die Beweislast dafür, dass eine Leistung ausschliesslich zu privaten Zwecken genutzt wird, trägt vorliegend der Kläger (vgl. GROSS, Balz, a.a.O., Art. 22 N 86). Der Kläger beschränkt sich zwar darauf, das Vorbringen der Beklagten zu bestreiten, ohne jedoch auf die von der Beklagten eingereichte Gutschriftanzeige einzugehen. Aus der Gutschriftanzeige lassen sich indessen letztlich einzig Schlüsse hinsichtlich der Herkunft der eingesetzten Mittel ziehen. Die Herkunft der eingesetzten Mittel kann für die Frage, ob eine Konsumentenstreitigkeit vorliegt, zwar relevant sein (vgl. BGE 132 III 268, S. 273 E. 2.2.4). Stammen die eingesetzten Mittel aus der geschäftlichen Tätigkeit, führt dies aber nicht zwingend dazu, dass eine Konsumentenstreitigkeit ausgeschlossen ist. Zwar bestehen vorliegend gewisse Zweifel, ob der Kläger sein Konto einzig zu privaten Zwecken nutzte. Die einmalige Einzahlung genügt aber noch nicht, um allein gestützt auf die Gutschriftanzeige einen Konsumentenvertrag zu verneinen. Zu bedenken ist, dass der Kläger als Selbständigerwerbender die eingesetzten Mittel zwingend aus seiner geschäftlichen Tätigkeit bezieht. Insofern überrascht es nicht, dass die Zahlungen nicht ausschliesslich von einem Privatkonto des Klägers aus erfolgten, sondern auch

von einem allfälligen Geschäftskonto. Eine private Nutzung entfällt *in casu* nicht bereits darum, weil die Zahlung aus dem Geschäftsbetrieb des Klägers erfolgt. Demnach kann dem Einwand der Beklagten, es liege eine Mischnutzung vor, welche die Annahme eines Konsumentenvertrags verunmögliche, nicht gefolgt werden.

3.5. Zusammengefasst ist der Kläger kein Konsument im Sinne des Zivilprozessrechts und es liegt kein Konsumentenvertrag (mehr) vor. Unmassgeblich ist dabei, ob im Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung allenfalls ein Konsumentenvertrag vorlag und der Kläger damals Konsument war. Wandelt sich ein Vertragsverhältnis während der Vertragslaufzeit von einem Konsumentenvertrag in ein Vertragsverhältnis, das den Tatbestand des Konsumentenvertrages nicht (mehr) erfüllt – und verliert die Vertragspartei ihre Eigenschaft als Konsumentin –, liegt folgerichtig auch keine Konsumentenstreitigkeit mehr vor. Das zivilprozessrechtlich vorgesehene Verbot des Vorausverzichts ist dann nicht anwendbar, denn um sich darauf zu berufen, muss auch im Zeitpunkt der Klageeinleitung ein Konsumentenvertrag zwischen einem Konsumenten und einem Anbieter vorliegen. Würde man ausschliesslich auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung abstellen, hätte dies zur Folge, dass sich im Zeitpunkt der Klageeinleitung allenfalls ein Nichtkonsument auf Art. 35 ZPO berufen könnte, obschon gar keine Konsumentenstreitigkeit (mehr) vorliegt. Nichts anderes folgt auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: Gerichtsstandsvereinbarungen, die zwischen einem Konsumenten und einem Anbieter vor Entstehung einer Streitigkeit abgeschlossen werden, sind nicht etwa nichtig, sondern für den Konsumenten einseitig unverbindlich (vgl. BGE 4C.29/2006 vom 21. März 2006, E. 4.1; vgl. auch KELLERHALS, Franz, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Gerichtsstandsgesetz: Schutz des Schwachen vs. Schutz gegen widersprüchliche Entscheide und ineffiziente Streiterledigung, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, S. 487 ff., S. 497).

3.6. Der Kläger macht weiter geltend, die Gerichtsstandsvereinbarung sei ungültig, da sie widersprüchlich sei. In Absatz 1 der Gerichtsstandsvereinbarung sei

ein ausschliesslicher Gerichtsstand vereinbart, wohingegen in Absatz 2 sich die Beklagte mehrere Gerichtsstände vorbehalte. Der Gerichtsstand könne aber nicht gleichzeitig ausschliesslich und nicht ausschliesslich sein. Dieser Widerspruch habe entweder die Ungültigkeit der ganzen Gerichtsstandsvereinbarung oder die Aufhebung von Absatz 1 zur Folge (act. 16 S. 6). Dem Vorbringen des Klägers kann nicht gefolgt werden:

3.6.1. Zunächst ist festzuhalten, dass einseitig begünstigende (sog. hinkende) Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich zulässig sind (siehe zu den hinkenden Gerichtsstandsvereinbarungen: HEDINGER, Martin/HOSTETTLER, Yannick Sean, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, a.a.O., Art. 17 N 28; BERGER, Bernhard, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, Art. 17 N 52; HOSTETTLER, Yannick Sean, Die Gerichtsstandsvereinbarung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: ZZZ 30/2013, S. 95 ff., S. 124; vgl. auch KILLIAS, Laurent, in Stämpfli Handkommentar zum LugÜ, Aufl. 2, Bern 2011, Art. 23 N 147 ff.). Vertragsparteien können vereinbaren, dass nur eine Partei zwischen mehreren Gerichtsständen wählen darf. Daran ändert vorliegend auch nichts, dass in der Gerichtsstandsvereinbarung zunächst ein ausschliesslicher Gerichtsstand vereinbart wird. Der Zusatz "die Bank ist jedoch befugt" in der Gerichtsstandsvereinbarung ist nicht widersprüchlich, sondern bringt lediglich zum Ausdruck, dass eine einseitig begünstigende Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten der Bank vorliegt. Die Bank kann als begünstigte Partei mit anderen Worten auch an jedem anderen nach der Zivilprozessordnung vorgesehenen Gerichtsstand klagen. Ein Widerspruch, der zur Ungültigkeit der gesamten Gerichtsstandsvereinbarung führt, liegt nicht vor. Da eine hinkende Gerichtsstandsvereinbarung zulässig ist, muss auch nicht geprüft werden, ob der Zusatz in Absatz 2 genügend bestimmt ist. Denn das Wahlrecht der Bank darf hinsichtlich der möglichen Gerichtsstände offen formuliert sein.

3.6.2. Ohnehin wäre Teilnichtigkeit anzunehmen, wenn der Zusatz in Absatz 2 als zu unbestimmt anzusehen wäre. Wegfallen würde aber nicht – wie dies der Kläger jedoch annimmt – Absatz 1 der Vereinbarung, sondern das Wahlrecht der Bank. Im Ergebnis bliebe aber für den Kläger als ausschliesslicher Gerichtsstand D._____ im Kanton E._____ bestehen.

3.7. Auch der klägerische Hinweis auf Art. 8 UWG und auf die besondere Rechtskontrolle bei AGB trägt nicht. Der Kläger vernachlässigt, dass sich die geltende Gerichtsstandsvereinbarung nicht nur in den AGB, sondern auch in Ziffer 9 des Kontoeröffnungsvertrags vom 10. Juni 2001 findet (siehe act. 13/6, Ziffer 9). Die Gerichtsstandsvereinbarung wurde demnach bereits im Eröffnungsvertrag übernommen, der nicht den Regeln der AGB-Auslegung unterliegt. Auf die besondere Rechtslage bei im Rahmen von AGB übernommenen Gerichtsstandsvereinbarungen ist demnach nicht einzugehen.

3.8. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger kein Konsument im Sinne der Zivilprozessordnung ist und eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt. Ausschliesslicher Gerichtsstand für Klagen des Bankkunden ist D._____ im Kanton E._____. Eine Prüfung der klägerischen Eventualbegründung, wonach das hiesige Gericht gestützt auf Art. 12 ZPO zuständig sei, erübrigt sich, da der zwischen den Parteien vereinbarte Gerichtsstand ausschliesslich ist (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Das hiesige Gericht ist für die vorliegende Klage somit örtlich nicht zuständig (Art. 17 Abs. 1 ZPO). Auf die Klage ist nicht einzutreten.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Streitwert

Der Kläger verlangt vorliegend nicht eine bestimmte Geldsumme, sondern die Herausgabe von Vermögenswerten, die sich auf dem Bankkonto bei der Beklagten befinden. Der Kläger gibt den Streitwert mit CHF 162'406.33 an (act. 4 Rz. 3). Die Beklagte anerkennt diesen Streitwert (act. 11 Rz. 3). Die Schätzung des Streitwerts ist nachvollziehbar, weshalb von einem Streitwert von CHF 162'406.33 auszugehen ist (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO).

4.2. Gerichtsgebühr

Bei einem Streitwert in Höhe von CHF 162'406.33 beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr rund CHF 11'300.00 (vgl. § 4 Abs. 1 GebV OG). Gestützt auf § 4

Abs. 2 GebV OG sowie § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 4'000.00 festzusetzen. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 ZPO). Die Kosten sind somit dem Kläger aufzuerlegen und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

4.3. Parteientschädigung

Der Kläger ist bei diesem Ausgang des Prozesses antragsgemäss zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung ausgehend von einer Grundgebühr in Höhe von CHF 14'600.00 auf CHF 12'000.00 festzusetzen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'000.00.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 12'000.00 zu bezahlen.
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 162'406.33.

Zürich, 20. März 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati