



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

**Urteil vom 19. Dezember 2016**

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagter

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "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 erstiegenen Fotografien (Jacques-Henri Lartigue, "C.\_\_\_\_"; Lola Alvarez Bravo, "D.\_\_\_\_", Mexico 1940s-1960s; Henri Cartier-Bresson, "E.\_\_\_\_", India 1966; Werner Bischof, "F.\_\_\_\_", Indochina 1952; Werner Bischof, "G.\_\_\_\_", Tokyo 1951; Henri Cartier-Bresson, "H.\_\_\_\_", Paris c. 1955; Henri Cartier-Bresson, "I.\_\_\_\_", 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)."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien (act. 9). Der Beklagte ist im Handelsregister eingetragen als Inhaber des Einzelunternehmens J.\_\_\_\_ - B.\_\_\_\_ mit Sitz in Zürich (act. 3/2).

##### b. Prozessgegenstand

Gegenstand der vorliegenden Klage bildet eine Kaufpreisforderung der Klägerin für vom Beklagten online ersteigerte Fotografien.

## B. Prozessverlauf

Am 14. Januar 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage samt Beilagen mit obigen Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1; act. 2; act. 3/2-15). Den ihr mit Verfügung vom 15. Januar 2016 (act. 5) auferlegten Gerichtskostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 7). Mit Verfügung vom 5. Februar 2016 (act. 10) wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt. Die Verfügung ging dem Beklagten am 8. Februar 2016 zu (act. 11/2). Nachdem sich der Beklagte innert Frist nicht vernehmen liess, wurde ihm mit Verfügung vom 29. April 2016 Nachfrist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 12). Der Beklagte wurde darauf hingewiesen, dass das hiesige Gericht bei erneuter Säumnis entweder einen Endentscheid treffen werde, sofern die Angelegenheit spruchreif sei, oder zur Hauptverhandlung vorladen werde. Der Beklagte blieb auch innert Nachfrist säumig. Mit Urteil vom 10. Juni 2016 wurde die Klage abgewiesen (act. 14). Eine dagegen erhobene Beschwerde der Klägerin hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 8. November 2016 gut, hob das vorerwähnte Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an das hiesige Gericht zurück (act. 19; act. 20). Das Verfahren erweist sich damit sogleich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Am Urteil vom 10. Juni 2016 wirkte noch Gallus Maissen als Gerichtsschreiber mit, welcher in der Zwischenzeit das hiesige Gericht verlassen hat. An seiner Stelle wirkt Gerichtsschreiber Dr. Moritz Vischer am vorliegenden Entscheid mit. Eine solche personelle Veränderung ist, weil begründet, zulässig (vgl. BGE 142 I 93 E. 8.2).

## Erwägungen

### 1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich blieben vorliegend zu Recht unbestritten (act. 1 S. 3; Art. 2 Abs. 1 LugÜ und Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

## 2. Unbestrittener Sachverhalt

Der Beklagte bestritt die Darstellung des Sachverhalts durch die Klägerin nicht. Demnach ersteigerte er anlässlich einer Online-Auktion über die Plattform "www.....com" insgesamt sieben Fotografien der Klägerin (act. 1 S. 4). Der Kaufpreis samt Versandkosten betrug EUR 42'516.–. Der Beklagte sicherte nach Zustellung der Rechnung, die auch die Versandkosten auswies, deren Bezahlung zu (act. 1 S. 8 f.; act. 3/11). Auf diese Weise erklärte er sich implizit damit einverstanden, dass der Versand der Fotografien erst nach vollständiger Begleichung der Rechnung erfolgen würde (act. 1 S. 8 f.).

## 3. Würdigung

Gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 8. November 2016 ist auf das streitgegenständliche Vertragsverhältnis österreichisches Recht – unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts ("CISG") – anzuwenden (act. 20 E. 2.1, E. 2.4). Aufgrund der unbestritten gebliebenen Sachverhaltsdarstellung der Klägerin ist indes bereits in tatsächlicher Hinsicht von einem *natürlichen Konsens* bezüglich der Vorauszahlungspflicht des Beklagten auszugehen. Diese übereinstimmende Parteiabsicht erübrigt eine rechtliche Beurteilung des Vertrags durch dessen Auslegung (statt vieler: Entscheid des österreichischen Obersten Gerichtshofs 4Ob229/07s vom 20. Mai 2008 E. 3.2.2.). Der Beklagte ist damit vorauszahlungspflichtig und schuldet der Klägerin total EUR 42'516.–. Ferner opponierte er weder gegen den Lauf noch gegen die Höhe des Verzugzinssatzes. In Anwendung von § 456 des österreichischen Unternehmensgesetzbuches (UGB) ist der Klägerin daher antragsgemäss (act. 1 S. 9) Verzugszins von 9.08% seit 11. Februar 2015 zuzusprechen.

## 4. Beseitigung Rechtsvorschlag

Die Klägerin obsiegt mit ihrem Anspruch auf Kaufpreiszahlung, weshalb der Rechtsvorschlag des Beklagten im Umfang von CHF 45'475.– zuzüglich Verzugszins von 5 Prozent ab 11. Februar 2015 aufzuheben ist. Im Mehrumfang ist das klägerische Gesuch um Beseitigung des Rechtsvorschlags abzuweisen. Für die in diesem Verfahren anfallenden Prozesskosten kann der Rechtsvorschlag mangels eingeleiteter Betreuung nicht beseitigt werden. Gleiches gilt

hinsichtlich des Verzugszinssatzes von 9.08 Prozent (vgl. act. 3/13). Schliesslich kann praxismässig aufgrund von Art. 68 Abs. 2 SchKG für Betreuungskosten keine Rechtsöffnung erteilt werden (statt vieler: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RT160007-O vom 16. März 2016 E. 5 c/bb mit Verweis auf ZR 108/2009 Nr. 2).

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beklagte unterliegt vollumfänglich, weshalb er kostenpflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entsprechend den klägerischen Rechtsbegehren ist von einem Streitwert von EUR 42'516.– auszugehen. Die in Anwendung von § 11 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt rund CHF 5'300.–. Aufgrund der vorliegenden Verfahrenserledigung durch Säumnis ist sie auf CHF 4'000.– zu reduzieren (§ 10 Abs. 1 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist vorab aus dem klägerischen Vorschuss zu beziehen. Angesichts der Verantwortung, des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falls rechtfertigt es sich, der Klägerin eine volle Parteientschädigung zuzusprechen (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die Klägerin behauptete ferner keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen, aussergewöhnlichen Umstände (vgl. ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.). Daher ist ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

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

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 42'516.– nebst Zins zu 9.08 % seit 11. Februar 2015 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dübendorf (Zahlungsbefehl vom 10. August 2015) wird im Umfang von CHF 45'475.– nebst Zins zu 5 Prozent seit 11. Februar 2015 aufgehoben. Im Mehrumfang wird das Gesuch um Beseitigung des Rechtsvorschlags abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'000.–.

4. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die dem Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 6'700.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 EUR 42'516.–.

Zürich, 19. Dezember 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Moritz Vischer