



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, Oberrichterin Noëlle Kaiser Job, Handelsrichter Daniel W. Schindler, Handelsrichter Bernhard Lauper, Handelsrichterin Anja Widmer sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Beschluss vom 14. Februar 2022

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Klägerin:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin € 159'943.41 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % wie folgt:

€ 9'631.65	seit 22. Juni 2019
€ 20'210.46	seit 22. Juni 2019
€ 128'366.58	seit 20. Februar 2020
€ 1'556.21	seit 25. August 2021
€ 4'010.36	seit 11. Juli 2021
€ 4'500.00	seit 14. Februar 2019
€ 30'828.70	seit 28. Mai 2019
€ 396.60	seit 28. Mai 2019
€ 31'576.83	seit 25. August 2021
€ 31'576.83	seit 6. September 2021;

2. die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Kosten der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes U. _____ in Höhe von CHF 216.60 zu ersetzen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, letzteres zzgl. MWSt., zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 12 S. 2)

- " 1. Auf die Klage sei nicht einzutreten.
2. Das Verfahren sei auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit zu beschränken.
[...]
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zulasten der Klägerin."

Sachverhalt und Verfahren:

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine beim Amtsgericht Stuttgart im Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts mit Sitz in C. _____ DE; sie bezweckt "die Lieferung und die ... stehenden Geschäfte" (act. 1 Rz. 2, 10; act. 8/44). Mit Einlagevertrag vom 3. April 2020 brachte ihr Gesellschafter und

Geschäftsführer per 1. November 2019 sämtliche Aktiven und Passiven seines Einzelunternehmens "A._____" gemäss Einbringungsbilanz zum 31. Oktober 2019 ein (act. 1 Rz. 10, 19; act. 3/3).

Die Beklagte ist eine im Handelsregister des Kantons Thurgau eingetragene Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts; sie bezweckt "den Betrieb von ..." (act. 1 Rz. 2, 12; act. 12 Rz. II.5; act. 3/1; act. 14/4). Sie ist die schweizerische Franchisenehmerin für B1._____-Fitnesszentren (act. 1 Rz. 9). Zusammen mit der "D1._____" AG und der "E._____" AG (bis 8. Juni 2021: "D2._____" AG"; act. 3/6) gehört sie zur "D._____-Gruppe" (act. 1 Rz. 4, 12, 16). Der Verwaltungsratspräsident der Beklagten ist gleichzeitig einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der "D1._____" AG und der "E._____" AG. Bei der Beklagten war er bis 12. Mai 2020 lediglich kollektivzeichnungsberechtig (act. 19 Rz. 6; act. 3/1; act. 14/4).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Werklohn und Mehrwertsteuer in der Höhe von insgesamt EUR 159'943.41 für geliefertes Material und geleistete Arbeiten im Zusammenhang mit Mieterausbauten der Beklagten an mehreren Standorten ihrer Fitness-Center (act. 1 Rz. 3, 4).

In den Jahren 2018 und 2019 übertrug die Beklagte dem Inhaber des damaligen Einzelunternehmens "A._____" (nachfolgend: Einzelunternehmer) die Lieferung und die Verlegung von Boden-Deckbelägen an mehreren Standorten ihrer Fitness-Center (act. 1 Rz. 9, 11, 13, 17; act. 12 Rz. III.2). Namentlich handelte es sich unter anderem um die Standorte F._____" AG, G._____" ZH, H._____" (I._____" [Einkaufszentrum]) ZH, J._____" ZH, K._____" SH, L._____" ZH und M._____" ZH (in alphabetischer Reihenfolge; act. 1 Rz. 9, 17; act. 12 Rz. III.2-III.4). Die Bauleitung erfolgte durch N._____" oder O._____" von der "D1._____" AG" (act. 1 Rz. 12, 13, 21, 25, 32, 37; act. 19 Rz. 7, 8; act. 14/1-3).

Der Einzelunternehmer unterbreitete der Beklagten für den Standort H._____" (I._____) ZH das Angebot vom 19. Juli 2018 über EUR 58'865.60 (act. 1 Rz. 13; act. 12 Rz. III.2; act. 3/4; act. 14/1). In der von ihr nicht unterzeichneten Auftrags-

bestätigung vom 18. September 2018 verlangte die Beklagte unter Bezugnahme auf das Angebot vom 19. Juli 2018 für die Standorte L.____ ZH, J.____ ZH, M.____ ZH, P.____ ZH, G.____ ZH, Q.____ BE, R.____ SG, F.____ AG, S.____ LU und T.____ TG einheitliche Konditionen hinsichtlich Rabatt, Zahlungsfrist und Mehrwertsteuer (act. 1 Rz. 13, 16). Am 10. Oktober 2018 besprachen die damaligen Parteien die Konditionen und die Einheitspreise (act. 1 Rz. 14, 15, 34). Der Einzelunternehmer strich je handschriftlich auf einer Kopie der Auftragsbestätigung vom 18. September 2018 den Rabatt von 25 % auf die Bruttopreise und verkürzte die Zahlungsfrist auf 14 Tage, belies hingegen den [gesetzlichen] Mehrwertsteuer-Satz von 7.7 % und die Garantieart SIA 118 (act. 1 Rz. 14, 18, 34; act. 3/4).

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Bezahlung der noch offenen Rechnungen bzw. Beträge über insgesamt EUR 159'943.41 zuzüglich Zins zu verpflichten (act. 1 Rz. 36). Sie behauptet, die nach der telefonischen Besprechung vom 10. Oktober 2018 handschriftlich korrigierte Auftragsbestätigung vom 18. September 2018 sei der Beklagten mit E-Mail vom 28. September 2019 (recte: 18. Oktober 2018) zugestellt worden (act. 1 Rz. 14, 15; act. 3/5). Bei der telefonischen Besprechung vom 10. Oktober 2018 sei es lediglich um die Konditionen und die Einheitspreise gegangen, nicht um den Abschluss eines konkreten Werkvertrags (act. 1 Rz. 15, 16; act. 3/4). In der Folge habe die Beklagte den Einzelunternehmer jeweils mit der Lieferung und dem Einbau von Böden beauftragt, worauf dieser den Auftrag jeweils schriftlich bestätigt, eine Akonto-Rechnung gestellt, die Arbeiten ausgeführt und die Schlussrechnung gestellt habe (act. 1 Rz. 17). Namentlich habe er die Auftragsbestätigung vom 10. April 2019 über EUR 70'280.55 für das Bauvorhaben am Standort L.____ ZH (act. 1 Rz. 20, act. 3/8), die Auftragsbestätigung vom 27. März 2019 über EUR 20'210.46 für das Bauvorhaben am Standort F.____ AG (act. 1 Rz. 24; act. 3/20), die Auftragsbestätigung vom 26. März 2019 über EUR 4'010.36 für den zusätzlichen Einbau eines Kunstrasens am Standort K.____ SH (act. 1 Rz. 27; act. 3/23), die Auftragsbestätigung vom 14. Februar 2019 über EUR 50'828.70 für das Bauvorhaben am Standort G.____ ZH (act. 1 Rz. 28; act. 3/26), die Auftragsbestätigung vom 30. Oktober 2018 über EUR 4'284.94 für einen Zusatzausbau am Standort

M._____ ZH (act. 1 Rz. 30; act. 3/31) und die Auftragsbestätigung vom 22. November 2018 über EUR 793.20 für die ersatzweise Beschaffung eines Bodenbelags für den Standort J._____ ZH (act. 1 Rz. 32; act. 3/35) ausgestellt. Nach Ansicht der Beklagten kamen die Werkverträge erst durch die Auftragsbestätigungen zustande (act. 19 Rz. 15).

Die Beklagte beantragt, auf die Klage sei mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (act. 12 Rz. III.6). Sie behauptet, die Parteien hätten jeweils die Geltung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart, welche eine Gerichtsstandsvereinbarung für U._____ TG enthielten (act. 12 Rz. III.2-III.4). Namentlich hätten sie den Werkvertrag vom 20. August 2018 zum Bauvorhaben am Standort H._____ ZH (act. 12 Rz. III.2; act. 14/1), den Werkvertrag vom 19. März 2019 zum Bauvorhaben am Standort F._____ AG (act. 12 Rz. III.3; act. 14/2) und den Werkvertrag vom 21. März 2019 zum Bauvorhaben am Standort L._____ ZH (act. 12 Rz. III.3; act. 14/3) geschlossen.

Auf diese und die weiteren Ausführungen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

B. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 15. Oktober 2021 die Klage ein (act. 1; act. 2; act. 3/1-43). Den ihr mit Verfügung vom 19. Oktober 2021 (act. 4) auferlegten Kostenvorschuss vom CHF 11'600.00 leistete sie am 26. Oktober 2021 fristgemäss (act. 6); zudem reichte sie mit Eingabe vom 28. Oktober 2021 einen aktuellen Handelsregisterauszug über die Klägerin vom 25. Oktober 2021 mit einem ergänzten Beweismittelverzeichnis ein (act. 7; act. 8/44; act. 9). Mit Verfügung vom 8. November 2021 wurde der Beklagten Frist bis 25. Januar 2021 zur Einreichung einer Klageantwort angesetzt (act. 10). Die Beklagte beantragte mit Eingabe vom 4. Januar 2022, auf die Klage sei nicht einzutreten, und reichte eine auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkte Klageantwort ein (act. 12; act. 13; act. 14/1-4). Mit Verfügung vom 5. Januar 2022 wurde der Klägerin Frist bis 26. Januar 2022 zur Äusserung zur Unzuständigkeitseinrede der Beklagten angesetzt und die Beklagte zur Einreichung einer aktuellen Vollmacht aufgefor-

dert (act. 15). Die Beklagte reichte mit Eingabe vom 7. Januar 2022 eine aktuelle Vollmacht vom 6. Januar 2022 ein (act. 17; act. 18). Die Klägerin beantragte mit Eingabe vom 18. Januar 2022 die Abweisung der Unzuständigkeitseinrede der Beklagten und reichte ihre Stellungnahme ein (act. 19; act. 20/1). Über die Zuständigkeit kann sogleich entschieden werden.

Erwägungen:

1. Internationale Zuständigkeit

Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor, da beide Parteien ihren Sitz in unterschiedlichen Staaten haben (BGE 143 III 558 E. 3.3 S. 560-561; BGE 143 III 404 E. 5.1 S. 407 = Pra 107 [2018] Nr. 86; BGE 135 III 185 E. 3.1 S. 188; BGE 134 III 475 E. 4 S. 477; BGE 131 III 76 E. 2.3 S. 79-80). Die internationale Zuständigkeit kann sich sowohl auf Art. 2 LugÜ als auch auf Art. 23 LugÜ stützen. Sie ist deshalb unabhängig von der Wirksamkeit der von der Beklagten angerufenen Gerichtsstandsvereinbarung gegeben und zu Recht unbestritten geblieben.

2. Örtliche Zuständigkeit

2.1. Die Klägerin stützt die örtliche Zuständigkeit auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 31 ZPO; recte: Art. 131 IPRG), soweit die Bauvorhaben an den innerkantonalen Standorten G._____ ZH, J._____ ZH, L._____ ZH und M._____ ZH betroffen sind (act. 1 Rz. 3), und auf den Gerichtsstand der objektiven Klagenhäufung (Art. 15 Abs. 2 ZPO; recte: Art. 8a Abs. 2 IPRG) für die Bauvorhaben an den ausserkantonalen Standorten F._____ AG und K._____ SH (act. 1 Rz. 4). Die Beklagte lehnt die örtliche Zuständigkeit unter Hinweis auf die Gerichtsstandsklausel in Ziffer 23 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen gestützt auf Art. 17 ZPO (recte: Art. 23 LugÜ) ab (act. 12 Rz. III.2, III.6).

2.2. Gemäss Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a LugÜ können die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung schliessen.

Der Begriff der Vereinbarung i.S.v. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 LugÜ ist konventionsautonom auszulegen (BGE 131 III 398 E. 5 S. 400 = Pra 95 [2006] Nr. 9; BERNHARD BERGER, in: Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, hrsg. von Christian Oetiker/Thomas Weibel, 2. Aufl. 2016, N. 8, 27 zu Art. 23 LugÜ). Das Gericht muss in erster Linie prüfen, "ob die seine Zuständigkeit begründende Klausel tatsächlich Gegenstand einer Willenseinigung zwischen den Parteien war, die klar und deutlich zum Ausdruck gekommen ist" (EuGH, Urt. v. 21.05.2015 – C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, Rz. 29; Urt. v. 07.02.2013 – C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62, Rz. 27; Urt. v. 20.02.1997 – C-106/95, Slg. 1997, I-911, Rz. 15). Die Formerfordernisse von Art. 23 Abs. 1 LugÜ sollen deshalb sicherstellen, dass "eine Willenseinigung der Parteien tatsächlich vorliegt" (EuGH, Urt. v. 21.05.2015 – C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, Rz. 30; Urt. v. 07.02.2013 – C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62, Rz. 28 m.Nw.). Sie sind konventionsautonom ohne Rückgriff auf allfällige strengere Formvorschriften des nationalen Rechts anzuwenden (BGE 139 III 345 E. 4 S. 347; BGE 131 III 398 E. 5 S. 400 = Pra 95 [2006] Nr. 9; BERGER, in: Basler Kommentar, N. 23, 41 zu Art. 23 LugÜ; LAURENT KILLIAS, in: Lugano-Übereinkommen, hrsg. von Felix Dasser/Paul Oberhammer, 3. Aufl. 2021, N. 92 zu Art. 23 LugÜ). Im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a LugÜ genügt es, wenn der Vertrag auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Partei hinweist, in welcher die Gerichtsstandsvereinbarung enthalten ist (BGE 139 III 345 E. 4.1 S. 347; vgl. EuGH, Urt. v. 21.05.2015 – C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, Rz. 31; BERGER, in: Basler Kommentar, N. 42 zu Art. 23 LugÜ; KILLIAS, in Lugano-Übereinkommen, N. 96a zu Art. 23 LugÜ). Eine tatsächliche Kenntnisnahme der Gerichtsstandsklausel ist nicht erforderlich (BGE 139 III 345 E. 4.4 S. 349; KILLIAS, in Lugano-Übereinkommen, N. 96d zu Art. 23 LugÜ).

2.2.1. Die Beklagte legt eingehend den Vertragsabschluss für das Bauprojekt am Standort H._____ (I._____) ZH dar (act. 12 Rz. II.2; act. 14/1), auch wenn daraus lediglich noch Mehrwertsteuerberechnungen von EUR 6'099.27 (EUR 97.62 und EUR 6'001.65) aus der Rechnung Nr. 0001 vom 11. Juli 2019 als Streitgegenstand verbleiben (act. 1 Rz. 35; act. 3/7). Die Darstellungen der Parteien stimmen insoweit überein, als dass den Arbeiten das Angebot der Klägerin bzw. des Einzelunternehmers vom 18. Juli 2018 über EUR 58'865.60 zugrunde liegt (act. 1

Rz. 12; act. 12 Rz. II.2; act. 3/4; act. 14/1). Gemäss übereinstimmender Darstellung unterzeichnete der Einzelunternehmer am 22. August 2018 je den Werkvertrag Nr. 2812 vom 20. August 2018 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche in Ziffer 23 folgende Gerichtsstandsklausel enthalten: "Für alle Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis vereinbaren die Parteien **U._____ TG als Gerichtsstand.**" (act. 12 Rz. III.2; act. 19 Rz. 4; act. 14/1). Die Klägerin anerkennt, ein gegengezeichnetes Vertragsexemplar im Original zurückgesandt erhalten zu haben (act. 19 Rz. 4, 10, 12).

Die Klägerin wendet ein, der Werkvertrag vom 20. August 2018 sei bauherrenseitig nicht durch die Beklagte, sondern durch die "D2._____ AG" (seit 8. Juni 2021: "E._____ AG") als Bauherrin unterzeichnet (act. 1 Rz. 4; act. 14/1). Die Parteikonstellation in der Unterschriftenzeile des Werkvertrags vom 20. August 2018 (act. 14/1) deckt sich im Wesentlichen mit der von der Bauleitung ausgestellten, allerdings nicht unterzeichneten Auftragsbestätigung vom 18. September 2018 (act. 3/4), auf welche sich die Klägerin im Zusammenhang mit der Vereinbarung einheitlicher Konditionen und Einheitspreise stützt (act. 1 Rz. 13-16): Als Unternehmerin erscheint das Einzelunternehmen "A._____", während die "D1._____ AG" als Bau- bzw. Projektleitung und die "D2._____ AG" unter dem Titel Bauherrin zeichnen sollen. Beide Urkunden tragen zudem den Briefkopf der "D1._____ AG" (act. 1 Rz. 13; act. 3/4; act. 14/1). Im Kopf der ersten Seite führt der Werkvertrag vom 20. August 2018 als Bauherrin allerdings im Gegensatz zur Auftragsbestätigung vom 18. September 2018 nicht wie in der Unterschriftenzeile die "D2._____ AG", sondern die Beklagte auf (act. 19 Rz. 4; act. 14/1).

Gemäss Art. 23 Abs. 1 LugÜ muss sich die Gerichtsstandsvereinbarung auf eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder auf eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit beziehen. Die Klägerin äussert sich zum Vertragsschluss über das Angebot vom 18. Juli 2018 für den Standort H._____ (I._____) ZH lediglich im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag über einheitliche Konditionen und Einheitspreise für die Bauvorhaben an den genannten weiteren Standorten (act. 1 Rz. 13, 14). Den Ausführungen der Beklagten stellt die Klägerin keine eigene Darlegung des Vertragsschlusses gegen-

über. Im erwähnten Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag betont die Klägerin vielmehr, dass es nicht um den Abschluss eines konkreten Werkvertrags gegangen sei (act. 1 Rz. 15). Gleichzeitig betrifft ein Teil der durch die Klägerin geltend gemachten streitgegenständlichen Forderung aus Mehrwertsteuerberechnungen die Arbeiten am Standort H._____ (I._____) ZH. Damit geht auch die Klägerin davon aus, dass letztlich die Beklagte Vertragspartnerin war. Mangels schlüssiger Darlegung eines abweichenden Vertragsschlusses ist auf die Darstellung der Beklagten abzustellen. Die Klägerin anerkennt die Bauleitung durch N._____ oder O._____ von der "D1._____ AG" (act. 1 Rz. 12, 13, 21, 25, 32, 37; act. 19 Rz. 7, 8). Die Bauleitung konnte auch die Beklagte verpflichten. Die Unterschrift der Beklagten auf dem Werkvertrag vom 20. August 2018 ist für die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nicht zwingend erforderlich (Ziffer 2.2.2 unten). Das Rechtsverhältnis ist jedenfalls eindeutig bestimmt. Die Beklagte kann sich auf die Gerichtsstandsvereinbarung berufen.

Weiter wendet die Klägerin ein, Ziffer 1 Abs. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen würde die Unterschrift einer im Handelsregister eingetragenen Person verlangen, der für die "D2._____ AG" zeichnende Verwaltungsrat sei im Zeitpunkt der Unterzeichnung jedoch lediglich kollektivzeichnungsberechtigt gewesen (act. 19 Rz. 6, 14; act. 3/1; act. 14/1; act. 14/4). Gemäss dem Grundsatz der Autonomie der Gerichtsstandsvereinbarung beurteilt sich deren Wirksamkeit unabhängig von jener des Hauptvertrags (BERGER, in: Basler Kommentar, N. 54, 55 zu Art. 23 LugÜ; KILLIAS, in Lugano-Übereinkommen, N. 141 zu Art. 23 LugÜ). Die allfällige Unwirksamkeit des Hauptvertrags beeinträchtigt die Gerichtsstandsvereinbarung deshalb nicht. Ziffer 1 Abs. 3 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet ausserdem vollständig: "Zeichnungsberechtigt sind die im Handelsregister eingetragenen oder dazu speziell bevollmächtigten Personen." (act. 14/1). Soweit die Parteien die Zeichnungsberechtigung überhaupt zu einer Wirksamkeitsvoraussetzung haben machen wollen, schliesst die vereinbarte Form jedenfalls nicht aus, dass auch nicht im Handelsregister eingetragene Personen zeichnen können, wenn sie über eine entsprechende Vollmacht verfügen. Nach Darstellung der Klägerin führte der Einzelunternehmer auch die Arbeiten am Standort H._____ (I._____) ZH aus (act. 1 Rz. 17), ohne die Unterschrift einer

weiteren kollektivzeichnungsberechtigten Person der Beklagten zu verlangen. Damit hat er konkludent auf die Einhaltung der vereinbarten qualifizierten Schriftform verzichtet.

Die Mitwirkung der "D2._____ AG" steht einem mit der Beklagten vereinbarten Gerichtsstand nicht entgegen. Aufgrund der Autonomie der Gerichtsstandsvereinbarung kann offen bleiben, welche Funktion der "D2._____ AG" im Rahmen des Hauptvertrags zukommt. Immerhin hat die Klägerin die "D2._____ AG" als Verhandlungspartnerin für den Rahmenvertrag über einheitliche Konditionen und Einheitspreise anerkannt (act. 1 Rz. 4, 13, 16). Unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben muss sich die Klägerin auf der Zustimmung zur Gerichtsstandsklausel behaften lassen (PASCAL GROLMUND, in: Lugano-Übereinkommen [LugÜ] zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, hrsg. von Anton K. Schnyder, 2011, N.17 zu Art. 23 LugÜ).

Der Zessionar ist an einen durch den Zedenten vereinbarten Gerichtsstand gebunden, soweit er nach dem nationalen anwendbaren Recht in dessen Rechte und Pflichten eingetreten ist (EuGH, Urt. v. 09.11.2000 – C-387/98, Slg. 2000, I-9362, Rz. 23, 24; Urt. v. 19.06.1984 – 71/83, Slg. 1984, 2417, Rz. 24, 25; BERGER, in: Basler Kommentar, N. 68 zu Art. 23 LugÜ; KILLIAS, in Lugano-Übereinkommen, N. 179 zu Art. 23 LugÜ). Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Klägerin per 1. November 2019 sämtliche Aktiven und Passiven des Einzelunternehmens "A._____" übernommen hat (act. 1 Rz. 10, 19). Gemäss § 2 des Einbringungsvertrags vom 3. April 2020 erfolgte die Einbringung im Wege der Einzelrechtsnachfolge (act. 1 Rz. 10; act. 3/3 Anlage 2). Zur Begründung ihrer Aktivlegitimation stützt sich die Klägerin ausdrücklich auf den Forderungsübergang (act. 1 Rz. 19, 23, 26, 27, 31, 33). Die Wirkungen der Vermögenseinbringung richten sich nach dem in der Sache anwendbaren deutschen Recht (Art. 145 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 117 Abs. 1, 2 und 3 lit. c IPRG). Nach diesem geht eine Gerichtsstandsvereinbarung auf den Zessionar über (BGH, Urt. v. 20.03.1980 – III ZR 151/79, NJW 1980, 2022, 2023 unter I 1, nicht publ. in: BGHZ 77, 32; OLG Köln, Urt. v. 21.11.1991 – 18 U 113/91, abrufbar unter <www.nrwe.de>). Die Klä-

gerin hat dies zu Recht nicht bestritten. Sie ist an die durch den Rechtsvorgänger abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung gebunden.

Soweit sich aus der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs strengere Anforderungen an die Bindung des Zessionars an die Gerichtsstandsvereinbarung ergeben sollten, wären diese vorliegend ebenfalls erfüllt. Danach muss sich der Dritte, welcher der Gerichtsstandsvereinbarung (ursprünglich) nicht zugestimmt hat, diese nur entgegenhalten lassen, wenn er ausdrücklich "in alle Rechte und Pflichten der ursprünglichen Vertragspartei eingetreten" ist (EuGH, Urt. v. 18.11.2020 – C-519/19, ECLI:EU:C:2020:933, Rz. 47; Urt. v. 21.05.2015 – C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, Rz. 65). Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, haben jeweils die nationalen Gerichte zu prüfen (EuGH, Urt. v. 18.11.2020 – C-519/19, ECLI:EU:C:2020:933, Rz. 63). Aus der Darstellung der Klägerin zu allfälligen Mängelrechten der Beklagten (act. 1 Rz. 40-46) ergibt sich schlüssig, dass sich die Klägerin auch die Pflichten ihres Rechtsvorgängers entgegenhalten lässt. Die mit einer Verbrauchereigenschaft i.S.v. Art. 15 Abs. 1 LugÜ verbundenen Fragen stellen sich vorliegend (anders als in EuGH, Urt. v. 18.11.2020 – C-519/19, ECLI:EU:C:2020:933) nicht, da weder der Einzelunternehmer noch die Klägerin unter den Verbraucherbegriff fallen. Ausserdem wäre bei der Auslegung zu berücksichtigen, dass gemeinschaftsrechtliche Grundsätze ausserhalb von LugÜ und EuGVVO für die Schweiz nicht umfassend gelten (BGE 140 III 320 E. 6.1 S. 322 m.Nw.; BGer 4A_446/2018, 4A_448/2018 v. 21.05.2019 E. 2, nicht publ. in: BGE 145 III 303).

Im Ergebnis gilt zwischen den Parteien für Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Bauprojekt am Standort H.____ (I.____) ZH eine örtliche Zuständigkeitsvereinbarung nach Art. 23 Abs. 1 LugÜ zu Gunsten von U.____ TG.

2.2.2. Den Werkvertrag Nr. 2820 vom 19. März 2019 über die Arbeiten für das Bauvorhaben am Standort F.____ AG bereitete die Bauleitung vor und sandte ihn auf dem Postweg an den Einzelunternehmer (act. 19 Rz. 7; act. 14/2). Dieser unterzeichnete am 29. März 2019 den Werkvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche in Ziffer 23 folgende Gerichtsstandsklausel enthalten: "Für alle Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis vereinbaren die Parteien

U._____ TG als Gerichtsstand." (act. 12 Rz. III.3; act. 19 Rz. 7; act. 14/2). Die unterzeichneten Vertragsdokumente sandte er an die Bauleitung zurück (act. 19 Rz. 7). Die Gegenzeichnung erfolgte am 3. April 2019 für die Bauleitung und am 4. April 2019 durch den Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten (act. 19 Rz. 7, 9; act. 14/2). Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihr kein Werkvertragsexemplar zurückgesandt (act. 19 Rz. 7, 13).

Materielle Voraussetzung einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung ist die Einigung der Parteien durch Abgabe von gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen (BERGER, in: Basler Kommentar, N. 28 zu Art. 23 LugÜ; KILLIAS, in: Lugano-Übereinkommen, N. 139 zu Art. 23 LugÜ). Die Übersendung des vorbereiteten Vertrags einschliesslich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Gerichtsstandsklausel durch die Bauleitung ist als Willenserklärung der Beklagten, vertreten durch die Bauleitung, an den Einzelunternehmer im Sinne eines Angebots auf Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung zu verstehen. Durch die Unterzeichnung und Rücksendung der Vertragsexemplare an die Bauleitung erfolgte die Annahmeerklärung. Damit war die Einigung über den Gerichtsstand vollkommen. Insofern kommt es auf die fehlende Einzelzeichnungsberechtigung des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten nicht mehr an (act. 19 Rz. 9, 14). Die allfällige nachfolgende Ausstellung von Auftragsbestätigungen bleibt ohne Folgen. Die Klägerin behauptet nicht, damit eine anderslautende Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen zu haben (act. 19 Rz. 15). Durch Zession ist die Gerichtsstandsvereinbarung auf die Klägerin übergegangen (Ziffer 2.2.1 oben).

Zur Einhaltung der formellen Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a LugÜ ist die Unterschrift der Beklagten nicht zwingend erforderlich. Die Textform ist ausreichend, wenn der Text klar als Willenserklärung erkennbar ist (BGE 131 III 398 E. 7.1.1 S. 401 = Pra 95 [2006] Nr. 9; BERGER, in: Basler Kommentar, N. 43 zu Art. 23 LugÜ). Wohl erachtete namentlich der deutsche Bundesgerichtshof in der Vergangenheit lediglich einseitig unterzeichnete Urkunden in mehreren, teilweise im hiesigen Schrifttum referenzierten Entscheidungen nicht als formwährend i.S.v. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a LugÜ (BGH, Beschl. v. 16.01.2014 – IX ZR 194/13, Rz. 9; Urt. v. 06.07.2004 – X ZR 171/02, unter II 2 b; Urt. v. 22.02.2001 –

IX ZR 19/00, NJW 2001, 1731, unter II 3 = IPRax 2002, 124; GROLIMUND, in: Lugano-Übereinkommen [LugÜ] zum internationalen Zivilverfahrensrecht, N. 17 zu Art. 23 LugÜ; KILLIAS, in Lugano-Übereinkommen, N. 93a und FN. 165 zu Art. 23 LugÜ). Diese Rechtsprechungslinie hat er jedoch in eingehender Auseinandersetzung mit dem Schrifttum und der Rechtsprechung verschiedener nationaler Gerichte, einschliesslich des schweizerischen Bundesgerichts, sowie unter Berücksichtigung von Art. 23 Abs. 2 LugÜ, welcher elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichstellt, inzwischen verlassen (BGH, Urt. v. 25.01.2017 – VIII ZR 257/15, Rz. 19-26, 29, 30). Danach genügt eine textlich fixierte Willenserklärung, wenn die Identität der daran beteiligten Personen sowie die Authentizität und Echtheit der Erklärung feststehen (BGH, Urt. v. 26.04.2018 – VII ZR 139/17, Rz. 28; Urt. v. 25.01.2017 – VIII ZR 257/15, Rz. 29). Davon geht auch die hiesige Kommentarliteratur aus (BERGER, in: Basler Kommentar, N. 44 zu Art. 23 LugÜ; KILLIAS, in Lugano-Übereinkommen, N. 94 zu Art. 23 LugÜ). Selbst in den unter der bisherigen Praxis entschiedenen Fällen beruhte die Begründung nicht zuletzt darauf, dass das lediglich einseitig unterzeichnete Dokument mit der Gerichtsstandsklausel auch nur die Willenserklärung einer Partei verurkundete, weshalb es an gegenseitigen Willenserklärungen fehlte (BGH, Beschl. v. 16.01.2014 – IX ZR 194/13, Rz. 9, 10; Urt. v. 06.07.2004 – X ZR 171/02, unter II 2 a; Urt. v. 22.02.2001 – IX ZR 19/00, NJW 2001, 1731 [1731-1732 unter II 3] = IPRax 2002, 124). Der wesentliche Zweck der Formvorschriften von Art. 23 LugÜ besteht in der Gewährleistung, dass eine Gerichtsstandsklausel nicht von einer Partei unbemerkt Gegenstand eines Vertrags werden kann (EuGH, Urt. v. 20.04.2016 – C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282, Rz. 39; Urt. v. 09.12.2003 – C-116/02, Slg. 2003, I-14721, Rz. 50; Urt. v. 16.03.1999 – C-159/97, Slg. 1999, I-1636, Rz. 19; Urt. v. 20.02.1997 – C-106/95, Slg. 1997, I-911, Rz. 17; BGE 131 III 398 E. 6 S. 400 = Pra 95 [2006] Nr. 9; BGer 4A_149/2013 v. 31.07.2013 E. 4.6; STEFAN KRÖLL, Das Formerfordernis bei Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 17 LugÜ – Unwirksamkeit trotz materieller Einigung? [zu BGH, 22. 2. 2001 – IX ZR 19/00 ...], IPRax 2002, 113, S. 114). Dieser Zweck kann jedoch auch ohne die eigenhändige Unterschrift einer Partei gewährleistet sein.

Der von der Bauleitung für die konkreten Arbeiten der Klägerin bzw. des Einzelunternehmers an dem streitgegenständlichen Bauprojekt verfasste Werkvertrag verkundet eine auf Abschluss eines Vertrags gerichtete Willenserklärung. Aufgrund der Übersendung durch die Bauleitung ist sowohl die Zuordnung der Willenserklärung als auch deren Authentizität und Echtheit gewährleistet. Nicht ausreichend wäre lediglich die nur mündliche Zustimmung einer Partei (BGH, Urt. v. 26.04.2018 – VII ZR 139/17, Rz. 28). Ein solcher Formmangel liegt hier jedoch nicht vor, hat doch der Einzelunternehmer unstreitig nicht nur den Werkvertrag, sondern auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Gerichtsstandsklausel unterzeichnet und übersandt. Mit der Zusendung des unterzeichneten Vertragsexemplars durch den Einzelunternehmer ist die Gerichtsstandsvereinbarung formwirksam zustande gekommen. Käme der Unterzeichnung und Rücksendung durch die Beklagte konstitutive Wirkung zu, wäre das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung in deren Belieben gestellt (KRÖLL, IPRax 2002, 113, S. 114).

Schliesslich anerkennt die Klägerin, dass die Bauleitung und, wenn auch durch den nicht einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten, die Beklagte den streitgegenständlichen Werkvertrag am 3. April 2019 bzw. am 4. April 2019 unterzeichneten, und stellt lediglich dessen Rücksendung in Abrede (act. 19 Rz. 7). Da die Gerichtsstandsvereinbarung bereits mit Zusendung des durch den Einzelunternehmer unterzeichneten Vertragsexemplars wirksam zustande gekommen ist, braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob die Klägerin ein gegengezeichnetes Vertragsexemplar zurückgesandt erhalten hat. Deshalb fällt auch nicht ins Gewicht, dass die Bauleitung die von ihr verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche dem Werkvertrag in fortlaufender Nummerierung angehängt sind (act. 14/2), nicht gegengezeichnet hat (act. 19 Rz. 8). Zudem führte der Einzelunternehmer nach Darstellung der Klägerin die übernommenen Arbeiten vollständig aus (act. 1 Rz. 25), ohne die Rücksendung eines gegengezeichneten Vertragsexemplars anzumahnen. Damit hat er konkludent auf die Rücksendung verzichtet.

Im Ergebnis gilt zwischen den Parteien für Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Bauprojekt am Standort F._____ AG eine örtliche Zuständigkeitsvereinbarung nach Art. 23 Abs. 1 LugÜ zu Gunsten von U._____ TG.

2.2.3. Den Werkvertrag Nr. 2810 vom 21. März 2019 über die Arbeiten für das Bauvorhaben am Standort L._____ ZH bereitete die Bauleitung vor und sandte ihn auf dem Postweg an den Einzelunternehmer (act. 19 Rz. 7, 8; act. 14/3). Dieser unterzeichnete am 10. April 2019 den Werkvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche in Ziffer 23 folgende Gerichtsstandsklausel enthalten: "Für alle Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis vereinbaren die Parteien **U._____ TG als Gerichtsstand.**" (act. 12 Rz. III.3; act. 19 Rz. 8; act. 14/3). Die unterzeichneten Vertragsdokumente sandte er an die Bauleitung zurück (act. 19 Rz. 7, 8). Die Gegenzeichnung erfolgte am 23. April 2019 für die Bauleitung und am 26. April 2019 durch den Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten (act. 19 Rz. 8, 9; act. 14/2). Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gegengezeichnet und ihr kein Werkvertrags-exemplar zurückgesandt (act. 19 Rz. 8, 13). Die Sachverhaltskonstellation deckt sich im Wesentlichen mit jener betreffend den Werkvertrag Nr. 2820 vom 19. März 2019.

Mit der Übersendung des vorbereiteten Werkvertrags einschliesslich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Gerichtsstandsklausel durch die Bauleitung einerseits und die Rücksendung der unterzeichneten Vertragsexemplare an die Bauleitung andererseits ist eine Einigung über den Gerichtsstand zustande gekommen. Bei einer textlich fixierten Willenserklärung ist die Schriftform gewahrt, wenn die Identität der daran beteiligten Personen sowie die Authentizität und Echtheit der Erklärung feststehen (Ziffer 2.2.2 oben). Aufgrund der Übersendung des vorbereiteten Werkvertrags durch die Bauleitung ist sowohl die Zuordnung der Willenserklärung als auch deren Authentizität und Echtheit gewährleistet. Ist die Gerichtsstandsvereinbarung bereits mit der Zusendung des unterzeichneten Vertragsexemplars durch den Einzelunternehmer formwirksam zustande gekommen, ist nicht mehr entscheidend, ob dieser ein gegengezeichnetes Vertragsexemplar zugesandt erhalten hat. Zudem führte der Einzelunternehmer nach

Darstellung der Klägerin die übernommenen Arbeiten vollständig aus (act. 1 Rz. 21), ohne die Rücksendung eines gegengezeichneten Vertragsexemplars anzunehmen, womit er konkludent auf die Rücksendung verzichtet hat. Durch Zession ist die Gerichtsstandsvereinbarung auf die Klägerin übergegangen (Ziffer 2.2.1 oben).

Im Ergebnis gilt zwischen den Parteien für Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Bauprojekt am Standort L._____ ZH eine örtliche Zuständigkeitsvereinbarung nach Art. 23 Abs. 1 LugÜ zu Gunsten von U._____ TG.

2.2.4. Die (sinngemässe) Behauptung der Beklagten, die streitgegenständlichen Werkverträge über die Arbeiten an den weiteren Standorten würden dieselben Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der streitgegenständlichen Gerichtsstandsklausel zu Gunsten von U._____ TG enthalten (vgl. act. 12 Rz. III.5, III.6), ist unbestritten geblieben. Es kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (Ziffer 2.2.1 oben und Ziffer 2.2.2 oben). Auch für Streitigkeiten über Ansprüche aus den weiteren streitgegenständlichen Bauprojekten gilt zwischen den Parteien eine örtliche Zuständigkeitsvereinbarung nach Art. 23 Abs. 1 LugÜ zu Gunsten von U._____ TG.

2.3. Gemäss Art. 23 Abs. 1 Satz 2 LugÜ gilt die Vermutung der ausschliesslichen Zuständigkeit des prorogierten Gerichts. Die Klägerin hat diese Vermutung nicht widerlegt. Zwischen den Parteien ist die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts nach Art. 23 Abs. 1 LugÜ wirksam derogiert.

2.4. Mangels örtlicher Zuständigkeit ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO richtet sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren unter Vernachlässigung der Zinsen. Bei Klagenhäufung werden die Ansprüche zusammengerechnet (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt vorliegend EUR 159'943.41 (act. 1 Rz. 6). Auf eine Fremdwährung lautende Rechtsbegehren sind zum Umrechnungskurs am Tag der Rechtshängigkeit umzurechnen

(BGE 63 II 34 S. 35; BGer 4A_274/2011 v. 03.11.2011 E. 1 = SJ 2012 I 160). Für den Tag der Klageeinreichung vom 15. Oktober 2021 ist von einem CHF/EUR-Umrechnungskurs von 1.06997 auszugehen. Dies ergibt einen Streitwert von CHF 171'134.65.

3.2. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebVOG ermittelte Grundgebühr CHF 11'595.39. Da ein prozessualer Nichteintretensentscheid ergeht, ist diese in Anwendung von § 10 Abs. 1 GebV OG auf rund die Hälfte zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 5'800.00 festzusetzen. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 S. 2 ZPO). Die Gerichtskosten sind der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 S. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

3.3. Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 14'889.71. Der Anspruch auf die Grundgebühr entsteht mit der Erarbeitung eines Schriftsatzes (§ 11 Abs. 1 S. 1 AnwGebV). Die Beklagte hat lediglich eine knappe nichteinlässliche Klageantwort eingereicht. Wohl ist nicht zu verkennen, dass dennoch ein Aufwand für die Instruktion der Rechtsvertretung entstanden ist. Dieser ist jedoch nicht mit jenem für eine einlässliche Beantwortung der Klage vergleichbar. Eine volle Grundgebühr erscheint deshalb offensichtlich als unverhältnismässig. Die Anwaltsgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 2 AnwGebV auf rund die Hälfte zu reduzieren. Der von der Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des

Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <<https://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>>; BGer 4A_552/2015 v. 25.05.2016 E. 4.5; KassGer ZH v. 19.07.2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.g S. 293-294 = SJZ 101 [2005] 531). Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'500.00 zu bezahlen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'800.00.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'500.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 19 und act. 20/1.
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 171'134.65.

Zürich, 14. Februar 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger