

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120060-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti
Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

Urteil vom 30. August 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen einen Beschluss der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Mai 2012; Proz. CG110070

Rechtsbegehren:

(act. 4/1)

"Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 250'000 zuzüglich Zinsen von 5% p.a. seit dem 1. Februar 2010 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Erwägungen:

1. Die Klägerin machte die vorliegende Klage gegen den Beklagten mit Wohnsitz in Deutschland am 3. Juni 2011 beim Bezirksgericht Zürich anhängig (act. 4/1). Sie stützte sich dabei auf eine mit dem Beklagten abgeschlossene Vereinbarung vom 19. Dezember 2007 betreffend Vermittlung von Planungsprojekten, welche eine Gerichtsstandsvereinbarung enthält, und machte vertragliche Ansprüche gegenüber dem Beklagten geltend (act. 4/1 S. 2 ff. und act. 4/3/2). Der Beklagte bestritt mit seiner Klageantwort vom 23. Februar 2012 vorab die sachliche Zuständigkeit des Gerichts. Zuständig sei gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO das Handelsgericht des Kantons Zürich (act. 4/25 S. 2). Mit Beschluss vom 25. Mai 2012 wies die 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich die Einrede der fehlenden sachlichen Zuständigkeit ab und trat auf die Klage ein (act. 4/30 = act. 3/1).

2. Mit Eingabe vom 29. Juni 2012 erhob der Beklagte gegen diesen Beschluss rechtzeitig Berufung (act. 2 i.V. mit act. 4/31/1). Er beantragt, der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Mai 2012, ergangen zur Frage über die Zuständigkeit, sei aufzuheben und das Verfahren sei zur Beurteilung an das zuständige Handelsgericht des Kantons Zürich zu verweisen (act. 2 S. 2). Den dem Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagter) auferlegten Kostenvorschuss (act. 5) leistete dieser am 17. August 2012 - unter Berücksichtigung der Gerichtsferien - fristgerecht (act. 8). Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, ist auf die Einholung einer Berufungsantwort zu verzichten (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. Gemäss § 44 lit. b GOG beurteilt das Handelsgericht des Kantons Zürich als einzige Instanz *handelsrechtliche Streitigkeiten* im Sinne von Art. 6 Abs. 2, 3 und

4 lit. b ZPO, deren Streitwert mindestens Fr. 30'000.-- beträgt. Der Begriff der handelsrechtlichen Streitigkeit wird in Art. 6 Abs. 2 ZPO abschliessend durch drei kumulative Erfordernisse umschrieben. Danach gilt eine Streitigkeit als handelsrechtlich, wenn a.) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, b.) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht und c.) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, sind nicht die Handelsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte mit Doppelinstanz sachlich zuständig (vgl. zum Ganzen Gehri/Kramer, Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 6 N 4; Alexander Brunner, DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 18; KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 6 N 4).

3.1. Im Berufungsverfahren blieb zu Recht unbestritten, dass sich die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts weder aus Art. 6 Abs. 3 ZPO noch aus Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO herleiten lässt (act. 3/1 S. 4). Streitig ist vorliegend einzig die Voraussetzung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO. Zwar wird nicht in Abrede gestellt, dass ein Eintrag des Beklagten im Schweizerischen Handelsregister fehlt, und vor Vorinstanz machte der Beklagte auch nicht geltend, in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen zu sein. Vielmehr hielt er dafür, in seinem Fall sei nach deutschem Handelsrecht ein Eintrag im deutschen Handelsregister nicht notwendig (act. 4/25 S. 2). Die Vorinstanz verwarf diese Ansicht zu Recht. Sie erwog zutreffend (act. 3/1 S. 4): *"Das Handelsgericht ist gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO nur dann sachlich zuständig, wenn **beide Parteien im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind**. Vorausgesetzt ist eine Eintragung als Firma, sei dies als Gesellschaft oder als Einzelperson. Es trifft zwar zu, dass sich die Voraussetzungen für die Eintragung in das vergleichbare ausländische Register nach dem entsprechenden ausländischen Recht richten. Dies macht den ausländischen Registereintrag jedoch nicht entbehrlich. Für die Begründung der besonderen Zuständigkeit des Handelsgerichts ist der tatsächliche Registereintrag massgeblich. Ob eine rechtliche Pflicht zur Eintragung besteht, spielt dagegen keine Rolle (vgl. zum Ganzen auch Gehri/Kramer, ZPO Kurzkomentar, Art. 6 N 4; BSK ZPO-Dominik Vock, Art. 6 N 7 ff.; Rüetschi, in: Sutter-Somm/Hasenböh-*

ler/Leuenberger, ZPO Komm, Art. 6 N 27). Zufolge Fehlens eines Registereintrags des Beklagten liegt somit keine handelsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO vor. Eine Prüfung, ob die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit a und b ZPO gegeben sind, unterbleibt unter diesen Umständen."

3.2. Was der Beklagte im Berufungsverfahren vorträgt, ist nicht geeignet, die Argumentation der Vorinstanz als unrichtig erscheinen zu lassen:

3.2.1. Wie die Vorinstanz unter Hinweis auf zahlreiche Belegstellen zutreffend festgehalten hat, ist für die Begründung der besonderen Zuständigkeit des Handelsgerichts der **tatsächliche Eintrag im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit** massgeblich. Dabei spielt es für die Bestimmung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit keine Rolle, ob die Eintragung im Handelsregister deklaratorisch oder konstitutiv ist (BSK ZPO-Dominik Vock, Art. 6 N 11). Es ist daher unmassgeblich, ob der Beklagte nach deutschem Handelsrecht als Vollkaufmann zu klassifizieren ist und einer Eintragung im deutschen Handelsregister insoweit nur eine deklaratorische Bedeutung zukommt, bzw. ob der vorliegende Fall in Deutschland an einem Gericht von einer Kammer für Handelssachen beurteilt würde (so der Beklagte, act. 2 S. 4). Nichts zu ändern vermag ebenfalls, wenn der Beklagte mittlerweile (am 29. Juni 2012) zur Eintragung ins (deutsche) Handelsregister angemeldet wurde (act. 2 S. 4, act. 3/2), weil der massgebliche Zeitpunkt jener des Eintritts der Rechtshängigkeit (d.h. der 3. Juni 2011) ist. Soweit der Beklagte dafür hält, die Vorteile der Handelsgerichtsbarkeit sollten nicht durch das Festhalten an Formalitäten aufgegeben werden bzw. das strikte Festhalten an den formalen Anforderungen führe dazu, dass dem eigentlichen Sinn und Zweck der Vorschrift nicht mehr Genüge getan werden könne (act. 2 S. 4), kann ihm nicht gefolgt werden und ist ihm entgegenzuhalten, dass das Gesetz bei der Definition des Handelsgeschäfts an die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Personen kraft Registereintrag anknüpft.

3.2.2. Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren neu vorträgt, er sei mit seinem Gewerbe bereits seit langem in einem dem Handelsregister vergleichbaren ausländischen Register, nämlich dem deutschen Gewerberegister der Stadt C. _____,

früher der Stadt D._____, angemeldet und eingetragen (act. 2 S. 4 f. unter Verweis auf den Auszug aus dem Geweberegister act. 3/3), ist festzuhalten, dass es sich beim eingereichten Dokument um eine Gewerbe-Anmeldung handelt, welche offenbar ebenfalls erst am 29. Juni 2012 erfolgt ist. Das Dokument trägt nicht nur das Ausstellungsdatum des 29.06.2012, sondern die Anmeldung erfolgte als Neugründung, und auch das eingetragene Datum des Beginns der angemeldeten Tätigkeit lautet auf den 29.06.2012, was auf eine Neu-Anmeldung an diesem Tag hindeutet. Selbst wenn der Beklagte aber, wie er behauptet, schon seit langem im deutschen Geweberegister der Stadt C.____ (oder der Stadt D.____) eingetragen sein sollte, vermöchte dies wegen des Novenverbots im Berufungsverfahren nichts zu ändern. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch beschränkt zulässig (vgl. Art. 317 ZPO). Dass der Beklagte seine neue Behauptung samt Auszug aus dem Geweberegister - sofern ein Eintrag im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit schon bestand - trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätte vorbringen können, macht er nicht geltend. Sie kann daher im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Die Frage, ob ein Eintrag im Geweberegister einer Stadt in Deutschland einem Handelsregistereintrag vergleichbar ist (so der Beklagte, act. 2 S. 5), kann daher offengelassen werden.

3.3. Zusammenfassend vermag der Beklagte mit seiner Berufung nicht durchzudringen. Sie ist abzuweisen und der vorinstanzliche Beschluss vom 25. Mai 2012 ist zu bestätigen.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beklagte die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühr ist auf Fr. 3'000.-- festzusetzen (vgl. dazu act. 5). Mangels Umtrieben ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Mai 2012, womit die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit verworfen wurde, wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt, dem Beklagten und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Der Klägerin und Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 250'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: