

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP130011-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 9. August 2013

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

gegen

B._____ GmbH,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung aus Vertrag**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. März 2013; Proz. FV120087

Erwägungen:

I.

Zwischen den Parteien ist eine Forderung aus dem Internet-Systemvertrag vom 18. Juni 2010 streitig. Die Berufungsklägerin und Klägerin (nachfolgend: Klägerin) stellte mit Eingabe vom 23. März 2012 das Rechtsbegehren, die Beklagte zur Zahlung von Fr. 10'006.80 zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Februar 2011 zu verpflichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 2 S. 2). Die Berufungsbeklagte und Beklagte (nachfolgend: Beklagte) verlangte ihrerseits, auf die Klage zu Folge Unzuständigkeit nicht einzutreten, eventualiter die Klage abzuweisen, ebenfalls unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 15 S. 2). Die Vorinstanz fällte einen Nichteintretensentscheid, weil sie sich für unzuständig hielt (act. 41 = act. 42 = act. 35 S. 16).

Gegen dieses Nichteintreten richtet sich die rechtzeitig erhobene Berufung der Klägerin, mit der sie – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – Eintreten auf die Klage durch die Vorinstanz ersucht (act. 40 S. 2). Mit Verfügung vom 23. Mai 2013 wurde von der Klägerin ein Kostenvorschuss von Fr. 1'200.-- verlangt (act. 43), der fristgerecht geleistet wurde (act. 45). Mit Verfügung vom 5. Juni 2013 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt unter der Androhung, dass andernfalls das Verfahren ohne die Berufungsantwort weitergeführt werde (act. 46 S. 2). Die Verfügung vom 5. Juni 2013 wurde der Beklagten am 6. Juni 2013 zugestellt (act. 47), welche darauf nicht reagierte, so dass das Verfahren androhungsgemäss weiterzuführen ist. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die beklagte Partei hat im vorinstanzlichen Verfahren die Einrede der Unzuständigkeit erhoben. Zu beurteilen ist demnach die Tragweite der folgenden Vertragsklausel:

"Für Streitigkeiten aus [versehentlich: ausser] oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag vereinbaren die Parteien die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich".

2. Die Vorinstanz hat ihren Nichteintretensentscheid zusammengefasst auf folgende Erwägungen gestützt: Da die Zuständigkeit des (Zürcher) Handelsgerichts erst ab einem Streitwert von Fr. 30'000.-- gegeben und dieser Streitwert mit den eingeklagten Fr. 10'006.80 nicht erreicht ist, sei für die tiefen Streitwerte entweder das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich oder gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO das zuständige Gericht am Sitz der Beklagten im Kanton Aargau zuständig. Weil die Parteien keine allgemeine Zuständigkeit der Zürcher Gerichte vereinbart hätten, gelte dispositives Recht, so dass die Klage für Streitigkeiten von unter Fr. 30'000.-- gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO am Sitz der Beklagten (C.____/AG) zu erheben sei (act. 41 E. 7).

Im Zusammenhang mit der Auslegungskontrolle (act. 41 E. 5) hat die Vorinstanz ausgeführt, dass kein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille ermittelt werden könne (act. 41 E. 5.5.1.) und hat daher auf den nach Vertrauensgrundsätzen zu ermittelnden mutmasslichen Parteiwillen abgestellt, wofür der objektive Sinn des Erklärten ermittelt werden müsse (act. 41 E. 5.5.2.). Das Interesse der Klägerin, den Prozess am "Klägergerichtsstand" in Zürich zu führen, ergebe sich nicht mit hinreichender Deutlichkeit, namentlich lasse die Passage "ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich" nicht auf einen solchen Willen schliessen (act. 41 S. 12). Das ergebe sich auch daraus, dass die Klägerin selber darlege, die Parteien hätten gar nicht darüber nachgedacht, was bei einem für die handelsgerichtliche Zuständigkeit zu tiefen Streitwert geschehen solle (act. 41 S. 12). Mit der Beklagten sei daher davon auszugehen, dass die Klägerin eines von den vier Schweizer Handelsgerichten, nämlich das an ihrem Sitz, habe vereinbaren wollen (act. 41 S. 13). Aus Ziff. 10 Abs. 6 der Vertragsbedingung ergebe sich daher für Streitigkeiten unter Fr. 30'000.-- kein Gerichtsstand in Zürich. Hätte die Klägerin eine das dispositive Recht verdrängende Lösung gewollt, so hätte sie dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen müssen, wofür die gewählte Formulierung nicht ausreiche.

3. Die Klägerin kritisiert den vorinstanzlichen Entscheid, weil die Vorinstanz angenommen habe, dass die Parteien für Streitigkeiten unter einem Streitwert von Fr. 30'000.-- keinen Gerichtsstand vereinbart hätten. Das widerspreche der objektivierten Vertragsauslegung und die Vorinstanz werte die Aussage der Klägerin, dass an Streitigkeiten unter Fr. 30'000.-- gar nicht gedacht worden sei, zu Unrecht als eine Art Zugabe, dass folglich diesbezüglich auch nichts vereinbart worden sei (act. 40 S. 2 f.).

Aus der Sicht objektiver Dritter sei die Klausel so zu verstehen, dass eine Abrede über die ausschliessliche Zuständigkeit getroffen worden sei. Geschäftserfahrene Parteien müssten die Klausel so verstehen, dass alle Streitigkeiten aus dem Vertrag vor ein und dasselbe Gericht gebracht werden sollen, und zwar vor das Handelsgericht Zürich (act. 40 Rz 13). Vereinbart worden sei ein ausschliesslicher Gerichtsstand, was die Vorinstanz nicht berücksichtige, wenn sie davon ausgehe, das Wort ausschliesslich beziehe sich nicht integral auf einen (ausschliesslichen) Gerichtsstand, sondern nur auf das Handelsgericht (act. 40 Rz 14). So wie die Vorinstanz die Klausel verstehe, würde nicht gesagt, wo denn in den anderen Fällen prozessiert werden müsse. Oder mit anderen Worten: "Wenn das Handelsgericht Zürich nicht zuständig ist, sind die ordentliche Gerichte nach Gesetz" zuständig. Weder das eine noch das andere ergebe sich aber aus dem Wortlaut, dem Zusammenhang und sonst nach anerkannten Regeln der Vertragsauslegung.

Tatsächlich sei die Abrede insofern klar, als gesagt werde, wo prozessiert werden müsse, nämlich in Zürich. Wäre es, wie die Vorinstanz meine, nur um ein Fachgericht gegangen, so hätte die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Handelsgerichts genügt. Die Vorinstanz weise aber selber darauf hin, dass es der Klägerin um das Fachgericht an ihrem Sitz gegangen sei, mithin um ein Zürcher Gericht. Die Beklagte habe erkennen können und müssen, dass sie gegebenenfalls in Zürich werde prozessieren müssen; der Wille, einen Gerichtsstand in Zürich zu vereinbaren, sei klar (act. 40 Rz 15 f.). Die Vereinbarung des Handelsgerichts Zürich sei für Streitwerte unter Fr. 30'000.-- unwirksam. Oberhalb dieser Grenze sei das Handelsgericht allemal zuständig (act. 40 Rz 18). Nach den Re-

geln über die Teilunwirksamkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR hätte die Vorinstanz sich darauf beschränken können, die sachliche Unzuständigkeit des Handelsgerichts im zu beurteilenden Fall festzustellen; im Übrigen entfalte die Klausel ihre uneingeschränkte Wirkung. Jener Anteil, der die örtliche Zuständigkeit in Zürich festlege, sei gültig, wirksam und durchführbar (act. 40 Rz 21). Ziff. 10 Abs. 4 der AGB (act. 4/3) enthalte die sog. salvatorische Klausel, auf Grund derselben ungültige und unverbindliche Bestimmungen durch nächstliegende zu ersetzen sei, was ebenfalls der Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Aarau entgegenstehe (act. 40 Rz 21). Die in dubio contra stipulatorem-Regel versage hier, weil es nicht um eine unklare, sondern um eine undurchführbare Regel gehe (act. 40 Rz 22). Weiter kritisiert die Klägerin die Vorinstanz, die einen tatsächlichen Konsens der Parteien über die Nichtregelung der Fälle mit Streitwert unter Fr. 30'000.-- annehme, weil die Klägerin ausgeführt habe, dass kein Anlass bestanden habe, um über eine differenzierte Auslegung der Klausel bei kleineren Streitwerten nachzudenken. Sie habe lediglich gesagt, dass es keinen Anlass gegeben habe, um über eine Differenzierung nachzudenken, weil der Vertragswert deutlich über dem Schwellenwert gelegen habe. Zusammenfassend hält die Klägerin fest, dass die Annahme, für Streitigkeiten unter Fr. 30'000.-- sei gar nichts geregelt worden, unzulässig sei (act. 40 Rz 23 ff.).

4. Kernfrage ist, ob die Klausel – wenn das Zürcher Handelsgericht wegen eines zu tiefen Streitwertes nicht angerufen werden kann – keinerlei Bedeutung hat, weil für diesen Fall gar nichts geregelt wurde, was zur Zuständigkeit des Gerichts am Sitz der Beklagten im Kanton Aargau führen würde, oder ob sie (auch) den Sinn gehabt hat, unabhängig von einer allfälligen sachlichen Zuständigkeit des Zürcher Handelsgerichts den Gerichtsstand Zürich zu bezeichnen.

Die Vorinstanz und die Klägerin gehen davon aus, dass ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille hinsichtlich der Tragweite von Ziff. 10 Abs. 6 AGB nicht ermittelt werden kann, worauf die Klägerin im Berufungsverfahren ausdrücklich hinweist (act. 40 S. 3). Es geht daher unbestrittenermassen einzig um die objektivierte Auslegung, nämlich was irgendjemand versteht bzw. richtigerweise verstehen muss, wenn er die Klausel liest.

Bei der genannten Klausel geht es zunächst um die sachliche Zuständigkeit, indem das "Handelsgericht" vereinbart wurde. Anzumerken ist zunächst, dass die Klausel in einem Vertrag aus dem Jahre 2010 vereinbart wurde, als die eidgenössische Zivilprozessordnung noch nicht in Kraft war. Vorauszuschicken ist, dass beide Parteien juristische Personen sind und dass sie ihren Sitz je in einem Kanton haben, der über ein Handelsgericht verfügte und verfügt (für das alte Recht im Kanton Zürich [§ 62 Abs. 1 GVG/ZH]: "Das Handelsgericht entscheidet alle Zivilprozesse zwischen den Parteien, die als Firmen im Handelsregister eingetragen sind, sofern sich der Streit auf das von einer Partei betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht und wenn der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht erreicht wird"; für das alte Recht im Kanton Aargau [§ 404 Abs. 1 lit. a ZPO/AG]: "Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz zuständig: Für die Beurteilung von Streitsachen zwischen im Handelsregister als Firmen eingetragenen Parteien, die sich auf den vom Beklagten geführten Handels-, Industrie- oder Gewerbebetrieb beziehen und in denen der Streitwert die für die Berufung an das Bundesgericht vorgeschriebene Höhe erreicht"). Schon damals galt nach § 62 Abs. 1 GVG/ZH eine Streitwertgrenze von Fr. 30'000.--, nachdem die ursprüngliche Grenze von Fr. 8'000.-- im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des BGG per 1. Januar 2007 auf den Mindeststreitwert für die Beschwerde in Zivilsachen angehoben worden war (Mindeststreitwert für die eidgenössische Berufung nach dem OG wurde in den Mindeststreitwert für die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht "umgedeutet"). Ob im Kanton Aargau die Streitwertgrenze für die handelsgerichtliche Zuständigkeit trotz des Inkrafttretens des BGG bei Fr. 8'000.-- belassen oder – wie im Kanton Zürich – auf den erhöhten Streitwert bei der Beschwerde in Zivilsachen von Fr. 30'000.-- angehoben wurde, ist nicht ersichtlich. Entscheidend ist dies nicht, weil es in beiden Kantonen bei einer handelsgerichtlichen Zuständigkeit der vorliegenden Art Streitigkeiten gab, bei denen das Handelsgericht wegen der zwingenden Zuständigkeitsordnung und einem Mindeststreitwert nicht zuständig war. Hätten die Parteien nichts geregelt, wäre – je nachdem, wer Beklagte gewesen wäre – bei Streitigkeiten mit einem Streitwert von Fr. 30'000 (oder allenfalls Fr. 8'000.--) und darüber – das Handelsgericht am Sitz der beklagten Partei anzurufen gewesen; für tiefere

Streitwerte wären die "gewöhnlichen" Zivilgerichte zuständig gewesen, je nach Sitz der beklagten Partei in Zürich oder in C. _____ bzw. das für C. _____ zuständige ordentliche Gericht.

In der Literatur wird verschiedentlich zur Frage Stellung genommen, wie es sich verhält, wenn es im betreffenden Kanton das vereinbarte Gericht gar nicht gibt, was vergleichbar ist mit dem Fall, dass es für gewissen Streitigkeiten nicht zuständig ist. Kellerhals/von Werth/Güngerich-Berger, Gerichtsstandskommentar, N. 18 zu Art. 9 bezieht sich für diesen Fall auf den favor validitatis und geht von der Gültigkeit der Bestimmung aus, wenn sich das anzurufende Gericht sonst wie bestimmen lässt. Er ist auch in der Kommentierung der schweizerischen ZPO (BK ZPO-Berger, N. 26 zu Art. 17) bei dieser Ansicht geblieben. Nach ZK ZPO-Sutter-Somm/Hediger (2. Auflage) N. 25 zu Art. 17 ist die Vereinbarung eines nicht existierenden Gerichts auszulegen und je nach dem umzudeuten oder ungültig zu erklären und nach BSK ZPO-Infanger (N. 14 zu Art. 17) ist zu klären, ob nicht einfach ein Gericht im bestehenden Gerichtssprengel vereinbart werden wollte. Dass ein nicht existierendes Gericht bezeichnet wird, steht nach Fülle- mann, DIKE-Komm-ZPO (N. 10 zu Art. 17) der objektiven Bestimmbarkeit nicht grundsätzlich entgegen; insbesondere ist nach ihm zu prüfen, ob nicht einfach die Gerichte bzw. Gerichtsstände innerhalb des betreffenden Kantons gemeint seien. Einzig ZK GestG-Wirth (N. 59 zu Art. 9) hält dafür, dass eine Klausel mit einem nicht existierenden Gericht ohne weiteres ungültig sei.

Im vorliegenden Fall ist die Ermittlung des konkreten Parteiwillens – wie bereits erwähnt – nicht zielführend. Hingegen gibt es andere Umstände, die zu berücksichtigen sind: Vereinbaren Vertragsparteien mit Sitz in verschiedenen Kantonen (hier: Aargau und Zürich) die Zuständigkeit des Zürcher Handelsgerichts so beinhaltet die Vereinbarung vor allem die Komponente der örtlichen Zuständigkeit, indem das ausserkantonale Fachgericht im Kanton Zürich für jene Partei, die nicht im Kanton Zürich zu belangen wäre, gleichzeitig die "Wohnsitzgerichtsbarkeit" derogiert. Der vorliegende Fall ist insofern besonders, weil sowohl der Kanton Zürich als auch der Kanton Aargau zu jenen vier Kantonen gehören, die vor und nach dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO über ein Handelsgericht

verfügen bzw. verfügten. Daher drängt es sich auf, die Vereinbarung so zu verstehen, dass es nicht entscheidend ist, allfällige Streitigkeiten **überhaupt** vor ein Handelsgericht zu bringen, weil in dieser Konstellation – auch ohne jegliche Vereinbarung – so oder so ein Handelsgericht, sei es am Sitz der klagenden, sei es am Sitz der beklagten Partei zur Verfügung steht. Daher ist davon auszugehen, dass es nicht allein um die Zuständigkeit eines Handelsgerichts, sondern insbesondere um den Prozessort Zürich geht, auch wenn für die kleineren Streitwerte unter Fr. 30'000.-- (bzw. unter Fr. 8'000.--) dazu nichts Ausdrückliches gesagt wird. Ob gleich zu entscheiden wäre, wenn die Vereinbarung mit einer Partei aus einem Kanton, in dem es kein Handelsgericht gibt, geschlossen worden wäre und daher möglicherweise das Kriterium "Fachgericht" eine andere Wertigkeit erhielte, kann hier offen bleiben.

Damit bleibt noch die Frage, was das Wort "ausschliesslich" in diesem Zusammenhang bedeutet. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, ausschliesslich heisse, dass Zürich nur zuständig sein solle, wenn der Fall vor das Handelsgericht Zürich gebracht werden könnte. Im Gerichtsstandsrecht kommt dem Wort "ausschliesslich" allerdings eine andere Bedeutung vor, nämlich dass ein Gerichtsstand ausschliesslich ist, wenn neben ihm keine weiteren Zuständigkeiten gegeben sind (vgl. z.B. BSK GestG-Infanger, N. 2 zu Art. 2). Und im Zusammenhang mit Gerichtsstandsvereinbarungen besteht nach Art. 17 Abs. 1 ZPO eine Ausschliesslichkeitsvermutung in dem Sinne, dass nur das vereinbarte Gericht angerufen werden kann und dass ein anderes Gericht den Fall nicht an die Hand nehmen darf (Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, N. 10 zu Art. 17).

Der Passus, dass die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich vereinbart werde, kann nur bedeuten, dass im Streitfall einzig das Handelsgericht Zürich angerufen werden darf. Für den vorliegenden Fall, dass die Anhandnahme durch das Handelsgericht aus gesetzlichen Gründen ausgeschlossen ist, kann die Ausschliesslichkeit bezogen auf das Handelsgericht als vereinbartes Gericht keine Wirkung haben: Es muss zwingend ein anderes Gericht entscheiden. Bezüglich des Ortes, wo sich dieses andere Gericht befinden muss, ergibt sich aus der ausgewählten Formulierung nichts. Letztlich schliesst sich hier

der Kreis und die Tatsache, dass das Handelsgericht **Zürich** vereinbart wurde, spricht **insgesamt** für die Zuständigkeit "Zürich". Damit ist die Berufung gutzuheissen, der Nichteintretensentscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Durchführung des Verfahrens zurückzuweisen.

III.

Geht der Fall zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück, ist das Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 2-4) aufzuheben und es ist der Vorinstanz vorbehalten, im Zusammenhang mit dem Endentscheid neu über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für die erste Instanz zu entscheiden. Die Klägerin obsiegt im Berufungsverfahren, so dass ihr für das zweitinstanzliche Verfahren keine Kosten auferlegt werden dürfen und sie der Beklagten auch keine Entschädigung zu leisten hat. Grundsätzlich sind die Kosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen, welche auch die obsiegende Partei entschädigen muss. Das ist jedoch nur dann möglich, wenn sie sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert bzw. wenn sie verlangt hat, dass dieser bestätigt wird. Das ist hier nicht geschehen und die Beklagte hat von der Möglichkeit, die Berufung zu beantworten und entsprechende Anträge zu stellen, keinen Gebrauch gemacht. Die Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens fällt daher ausser Ansatz und der obsiegenden Klägerin kann auch keine Parteientschädigung zugesprochen werden, da die Beklagte – wie bereits dargelegt – nicht verpflichtet werden kann. Für die Ausrichtung einer Entschädigung aus der Staatskasse besteht keine gesetzliche Grundlage.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, der Nichteintretensentscheid aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren fällt ausser Ansatz.

3. Es wird für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.
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. 10'006.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: