



Mitwirkend: der Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und die Oberrichterin Dr. Helene Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Dr. Rolf Dürr, Dr. Thomas Lörtscher und Thomas Steinebrunner sowie der Gerichtsschreiber Jeremias Widmer

Beschluss vom 30. März 2012

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

gegen

B._____, Inhaber der Einzelfirma: B._____,
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Z._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, CHF 261'876.19 zu bezahlen nebst 5 % Zins auf
- CHF 4'656.00 seit dem 31. Dezember 2003;
 - CHF 7'157.00 seit dem 31. März 2004;
 - CHF 18'062.00 seit dem 30. Juni 2004;
 - CHF 9'727.00 seit dem 30. September 2004;
 - CHF 7'072.00 seit dem 31. Dezember 2004;
 - CHF 54'130.00 seit dem 31. März 2005;
 - CHF 6'912.00 seit dem 30. Juni 2005;
 - CHF 154'160.20 seit dem 26. Juli 2006;
2. der Rechtsvorschlag betreffend die Betreuung Nr. _____ vom 11. August 2011 sei in der Höhe gemäss Antrag Ziff. 1 zu beseitigen;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % zulasten des Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 2. September 2011 machte die Klägerin die Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 6. September 2011 wurde ihr Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss zu leisten (Prot. S. 2).

Nachdem die Klägerin den Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet hatte (act. 6), wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 10. Oktober 2011 Frist zur Klageantwort angesetzt (Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 18. November 2011 stellte der Beklagte die Anträge, ihm die Frist zur Klageantwort abzunehmen, das Verfahren auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu beschränken und – als Hauptantrag – auf die Klage nicht einzutreten (act. 9 S. 2). Darauf wurde mit Verfügung vom 21. November 2011 dem Beklagten die Frist zur Klageantwort abgenommen und der Klägerin Frist angesetzt, um sich zur Frage der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts zu äussern (Prot. S. 5). Die entsprechende Stellungnahme der

Klägerin datiert vom 13. Dezember 2011 (act. 12) und wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 15. Dezember 2011 zugestellt (Prot. S. 6).

2. Parteien/Sachverhalt

2.1. Bei der Klägerin handelt es sich um eine natürliche Person. Sie ist _____ Staatsangehörige und hat ihren Wohnsitz in K._____.

Die Beklagte ist ebenfalls eine natürliche Person und betreibt in Z._____ unter der Firma B._____ ein Einzelunternehmen mit dem Zweck der Vermögensverwaltung (act. 10).

2.2. Die Parteien unterzeichneten am 16. Oktober 2003 einen "Vermögensverwaltungsvertrag", wonach der Beklagte die bei der Bank C._____ deponierten Vermögenswerte der Klägerin verwalten sollte (act. 3/1).

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Ersatz des durch den Beklagten mittels angeblicher Kommissionsreiterei (sog. Churning) zwischen 1. Januar 2005 und 22. Juni 2005 verursachten Schadens sowie Herausgabe der vom Beklagten im Rahmen der Vermögensverwaltung erlangten Kick-backs resp. Retrozessionen (act. 1 S. 4).

3. Zuständigkeit

3.1. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 31 ZPO.

3.2. Für die sachliche Zuständigkeit stützt sich die Klägerin auf Art. 6 Abs. 3 ZPO, welcher der klagenden Partei ein Wahlrecht zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht einräumt, wenn nur die beklagte Partei im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist und die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO erfüllt sind.

3.3. Der Beklagte verneint die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts, wobei er sich zur Begründung auf die namentlich von BRUNNER vertretene Lehrmeinung beruft, der gemäss das Klägerwahlrecht von Art. 6 Abs. 3 ZPO auf Einzelunternehmen ohne Registereintrag sowie Personengemeinschaften im Gründungsstadium von Handelsgesellschaften beschränkt ist (vgl. BRUNNER, in: Brun-

ner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2011 [zit. DIKE ZPO Kommentar], Art. 6 N 32 ff.; DERSELBE, Was ist Handelsrecht? Zur Frage der handelsrechtlichen Streitigkeit nach ZPO/BGG, in: AJP 2010 S. 1536 f. [zit. Handelsrecht]; VOCK, ZPO 6 – Die handelsrechtliche Streitigkeit, Referat anlässlich der Tagung zur Schweizerischen ZPO – Handelsgerichtliche Verfahren, veranstaltet von der Universität St. Gallen am 8. März 2011, S. 8). Nach richtiger Auslegung seien natürliche Personen in Privathaushalten in der wirtschaftlichen Funktion als Konsumenten vom Klägerwahlrecht ausgeschlossen. BRUNNER erwähne ausdrücklich auch den Fall eines privaten Bankkunden, dem kein Klägerwahlrecht zustehe; nichts anderes könne für eine private Vermögensverwaltungskundin gelten. Da die Klägerin – zu Recht – nicht geltend mache, dass sich ihre Ansprüche aus ihrer geschäftlichen Tätigkeit ergäben, könne die vorliegende Streitigkeit keine Zuständigkeit des Handelsgerichts begründen (act. 9 S. 3 ff.).

3.4. Der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 ZPO ist in der Lehre umstritten:

3.5. Während ein Teil der Lehre von einem weiten Anwendungsbereich ausgeht, indem sie das Wahlrecht von Art. 6 Abs. 3 ZPO – vor allem aufgrund seines Wortlauts und seines Bezugs zum alten kantonalen Prozessrecht – grundsätzlich auch Privatpersonen ohne Unternehmereigenschaft zugestehen will (MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 61; SENEL, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, N 280; DIGGELMANN, Vom GVG zum GOG, in: SJZ 106 (2010) S. 88; SCHWALLER/NAEGELI, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO, in: Jusletter 14. November 2011, S. 4), befürwortet ein anderer Teil der Lehre – wie erwähnt – eine Beschränkung auf Einzelunternehmen ohne Registereintrag sowie Personengemeinschaften im Gründungsstadium von Handelsgesellschaften.

3.6. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 6 Abs. 3 ZPO wird – vor allem – damit begründet, dass Art. 6 Abs. 3 ZPO auf die Erfüllung der übrigen Voraussetzungen verweise, weshalb auch die Möglichkeit der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht gegeben sein müsse. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG

mache eine Ausnahme vom Doppelinstanzprinzip ausdrücklich nur für die "handelsrechtlichen Streitigkeiten". Unbestreitbar sei aber das "Handelsrecht" jenes Rechtsgebiet, das sich materiell mit den Handelsgeschäften zwischen Unternehmen befasse. Behandle somit ein Handelsgericht Sach- und Rechtsfragen, die nicht als handelsgerichtliche Streitigkeiten qualifiziert werden könnten, entfalle die Möglichkeit der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht gegen einen solchen Entscheid des Fachgerichts nach Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG. Die sachliche Zuständigkeit von Handelsgerichten als Fachgerichten sei daher nur dann gegeben, wenn eine Streitigkeit ausgetragen werde, die Tatbestände des materiellen Handelsrechts betreffe (DIKE ZPO Kommentar-BRUNNER, Art. 6 N 28 f.; DERSELBE, Handelsrecht, S. 11; DERSELBE, Das Doppelinstanzprinzip und seine scheinbar unbegrenzten Umgehungsmöglichkeiten nach Art. 6 Abs. 3 ZPO, in: SJZ 108 (2012) S. 27 [zit. Doppelinstanzprinzip]).

3.7. Dem ist zu widersprechen: Zunächst bezieht sich der Verweis in Art. 6 Abs. 3 ZPO auf die "übrigen Voraussetzungen" nur auf diejenigen von Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO, nachdem Art. 6 Abs. 3 ZPO bezüglich der dritten Voraussetzung – dem Eintrag beider Parteien im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO) – ja gerade eine andere Regelung vorsieht. Eine (materiell-rechtliche) Anforderung, dass es sich beim Streitgegenstand um materielles Handelsrecht handeln müsste, ergibt sich aus diesem Verweis nicht. Insbesondere knüpft die gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO vorausgesetzte Möglichkeit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht einzig daran an, dass "ein Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz" entschieden hat (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG; vgl. auch Bundesgericht, 4A_255/2011, Urteil vom 4. Juli 2011, E. 1). Indessen: Ein "Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten" ist das Handelsgericht auch dann, wenn es nicht über Tatbestände des materiellen Handelsrechts entscheidet, sondern über eine Streitigkeit, für die es gestützt auf das Wahlrecht von Art. 6 Abs. 3 ZPO oder auf Art. 6 Abs. 4 ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG zuständig ist (vgl. auch SCHWALLER/NAEGELI, a.a.O., S. 10).

3.8. Auch die Materialien stützen eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht (vgl. BRUNNER, Doppelinstantzprinzip, S. 5 f.):

Der Entwurf des Bundesrates enthielt kein Klägerwahlrecht. Er war diesbezüglich strenger als die damals in den Handelsgerichtskantonen geltenden Regelungen; auf diesen Umstand wurde in der Botschaft auch explizit hingewiesen. Zur Begründung für die Verschärfung wurde in der Botschaft ausgeführt, dass "sonst Konsumentenstreitigkeiten bei einem Streitwert von über 30'000 Franken – z.B. aus Kauf eines privaten Personenwagens – plötzlich der Handelsgerichtsbarkeit unterstehen würden (statt dem ordentlichen Verfahren)" (SCHWALLER/NAEGELI, a.a.O., S. 8, mit Hinweisen). Erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen wurde dann – auf Antrag der Rechtskommission des Ständerates – der heutige Art. 6 Abs. 3 ZPO eingefügt.

Den (unter Vertraulichkeitsauflage von der Bundesverwaltung erhältlich gemachten, vgl. act. 14 - 16) Kommissionsprotokollen des National- und Ständerates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung lässt sich eine Beschränkung des Klägerwahlrechts auf Einzelunternehmen ohne Registereintrag sowie Personengemeinschaften im Gründungsstadium von Handelsgesellschaften nicht entnehmen. Vielmehr ergibt sich daraus, dass Grundgedanke der Einfügung des heutigen Art. 6 Abs. 3 ZPO die Beibehaltung der unter dem kantonalen Recht geltenden Regelung des Zuständigkeitsbereichs der Handelsgerichte war. Dieses Recht sah in keinem der Handelsgerichtskantone, welche ein mit Art. 6 Abs. 3 ZPO vergleichbares Klägerwahlrecht kannten – Aargau, Bern und Zürich –, eine Beschränkung des Klägerwahlrechts auf Einzelunternehmen ohne Registereintrag sowie Personengemeinschaften im Gründungsstadium von Handelsgesellschaften vor.

Mit anderen Worten sollten mit der Ergänzung der ZPO durch das Klägerwahlrecht – der bewährten Regelung in den bisherigen Handelsgerichtskantonen entsprechend – die Vorteile der Handelsgerichtsbarkeit (Fachkompetenz, Beschleunigung der Prozesse, vgl. Botschaft des Bundesrates zum Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 72221 [zit. Botschaft], S. 7261) auch nicht im Handelsregister eingetragenen natürlichen Personen zu-

gänglich gemacht werden (sofern die übrigen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO erfüllt sind).

3.9. Nur am Rande sei bemerkt, dass – entsprechend der bewährten Regelung – die Handelsgerichte für rein arbeitsrechtliche Streitigkeiten wie bis anhin nicht zuständig sind (vgl. ZR 103 (2004) Nr. 16); Klagen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis betreffen nicht die geschäftliche Tätigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO.

3.10. Im Ergebnis ist somit – da die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit des Beklagten betrifft (vgl. RÜETSCHI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 6 N 21) und auch die Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG erreicht – das Handelsgericht des Kantons Zürich für die vorliegende Klage auch sachlich zuständig. Die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten ist abzuweisen.

4. Minderheitsmeinungen

Eine Minderheit des Gerichts gab eine abweichende, auf Unzuständigkeit des Handelsgerichts lautende Meinung zu Protokoll (Prot. S. 7; act. 17). Diese ist den Parteien – unter gleichzeitiger Zustellung des schriftlich ausgefertigten Minderheitsantrags – mitzuteilen (§ 124 Satz 2 GOG; Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 124 N 7)

5. Fortsetzung des Verfahrens

Nachdem sich das Handelsgericht des Kantons Zürich als für die vorliegende Klage zuständig erwiesen hat, ist dem Beklagten die Frist zur Klageantwort erneut anzusetzen, wobei die Frist – wie in der Verfügung vom 21. November 2011 angekündigt (vgl. Prot. S. 5) – einen Monat beträgt.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Über die Prozesskosten ist im Endentscheid zu entscheiden (Art. 104 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten wird abgewiesen. Auf die Klage wird eingetreten.
2. Dem Beklagten wird eine einmalige Frist bis zum 16. Mai 2012 angesetzt, um seine Art. 222 Abs. 2 ZPO entsprechende Klageantwort in fünffacher Ausfertigung einzureichen, die Beilagen (einschliesslich Verzeichnis) in zweifacher Ausfertigung.
Reicht der Beklagte keine Klageantwort ein, so wird ihm eine kurze Nachfrist im Sinne von Art. 223 Abs. 1 ZPO angesetzt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, unter Beilage einer Kopie von act. 17, je gegen Empfangsbestätigung.
4. 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).

Zürich, 30. März 2012

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Jeremias Widmer

Hinweis:

Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.