

**ZPO 5 Abs. 2, GOG 24 lit. c, Zuständigkeit.** Bei Konkurrenz von (primär) vertraglichen und (marginal) Lauterkeitsansprüchen ist das Einzelgericht für vorsorgliche Massnahmen jedenfalls nicht offensichtlich unzuständig (Erw. 2.3); **ZPO 406, Prorogation.** Eine unter neuem Recht nicht mehr mögliche Prorogation (hier: zu Gunsten des HGer) kann nicht mehr angerufen werden (Erw. 2.4).

(Der Beklagte hatte der Klägerin die Aktien seiner Gesellschaft verkauft und war danach noch in deren Diensten tätig gewesen. Mit dem Verkauf der Aktien war er gegenüber der Klägerin ein Konkurrenzverbot eingegangen. Dieses erachtet die Klägerin als verletzt, und sie verlangte daher beim Einzelgericht den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Das Einzelgericht verneinte seine Zuständigkeit und trat auf das Begehren nicht ein. Die Klägerin appelliert.)

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(2.2 Verwerfung der Einrede der Litispendenz)

2.3 Zu diskutieren ist im Weiteren, ob das Einzelgericht seine sachliche Zuständigkeit zu Recht verneint hat.

2.3.1 Das Einzelgericht schliesst sich in der angefochtenen Verfügung dem Einwand des Beklagten (act. 17 N 42 ff.) an, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich nach Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO für die beantragte vorsorgliche Massnahme zuständig sei. Aufgrund einer summarischen Prüfung bejaht das Einzelgericht die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) hinsichtlich der beiden ersten Massnahmebegehren. Um die Aktivlegitimation des Klägers gestützt auf das UWG zu bejahen, genüge es, dass seine Stellung im Wettbewerb durch das beanstandete Verhalten verschlechtert werde. Diese Voraussetzung sei zweifellos erfüllt, wenn die Klägerin als Eigentümerin sämtlicher Aktien der Y. [Anm.: das ist die verkaufte Gesellschaft] durch das Verhalten des Beklagten behauptetermassen einen finanziellen Nachteil in Höhe von CHF 250'000.-- erleide oder gar die Existenz der Y. bedroht sei. Entgegen der Ansicht der Klägerin handle es sich nicht um einen reinen Nebenanspruch, denn die Abwerbung von Mitarbeitern stelle nach Darstellung der Klägerin gar die Fortführungsfähigkeit der Y. in Frage. Der in Art. 57 ZPO verankerte Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen verbiete es

endlich, auf das Gesuch insoweit einzutreten, als es sich nicht auf das UWG stütze, und nur die vertraglichen Ansprüche zu beurteilen. Da das die sachliche Zuständigkeit begründende Behauptungsfundament auch der Untermauerung der als weitere Rechtsgrundlage angerufenen vertraglichen Ansprüche diene, greife die Kompetenzattraktion beim Spezial- bzw. Handelsgericht (act. 29 S. 5 ff.).

2.3.2. Die Klägerin hält an der Zuständigkeit des Einzelgerichts fest. Sie beanstandet die Rechtsauffassung der angefochtenen Verfügung in drei Punkten. Erstens habe sie bereits in der Replik dargelegt, dass eine Kompetenzattraktion zugunsten des Handelsgerichts ohnehin nur dann in Frage komme, wenn die Anwendung der Spezialbestimmungen ernsthaft in Betracht gezogen werden könne. Die Klägerin habe die UWG-Bestimmungen lediglich der Vollständigkeit und Illustration halber angerufen. Richtigerweise hätte das Einzelgericht die Anwendbarkeit des UWG verneinen müssen, da die Aktivlegitimation der Klägerin nach diesem Gesetz nicht gegeben sei. In der Schweiz sei die Klägerin nur durch die Y. präsent, und eine unmittelbare Beeinträchtigung ihrer Interessen durch die Handlungen des Beklagten sei nicht ersichtlich und werde in der angefochtenen Verfügung nicht angenommen. Zweitens mache die Praxis der Kompetenzattraktion beim spezielleren Gericht nur dann Sinn, wenn der speziellere Anspruch überwiege oder die Ansprüche zumindest gleichwertig seien. Vorliegend sei das nicht der Fall. Der aus dem Konkurrenzverbot in Art. 9.7 SPA basierende Unterlassungsanspruch stelle den Hauptanspruch dar, beim allfälligen Unterlassungsanspruch aus UWG handle es sich um einen Nebenanspruch. Während in den spezialgesetzlich geregelten Bereichen die konkurrierenden Ansprüche regelmässig in den spezialgesetzlichen Ansprüchen aufgingen, verhalte es sich hier gerade umgekehrt. Wenn das Einzelgericht ausführe, die Klägerin selber weise daraufhin, dass durch die Abwerbung von Mitarbeitern die Fortführungsfähigkeit der Y. in Frage gestellt würde und von einer Nachrangigkeit des UWG-Anspruchs deshalb nicht gesprochen werden könne, verkenne es, dass das UWG für diesen Fall gerade keine Handhabe biete und ein entsprechender Unterlassungsanspruch nur auf das vertragliche Konkurrenzverbot gestützt werden könne. Drittens und im Sinne eines Eventualstandpunkts vertritt die Klägerin die Ansicht, das Einzelgericht hätte

wenigstens teilweise auf die Sache eintreten und zumindest die vertraglichen Ansprüche beurteilen müssen (act. 30 N 25 ff.).

2.3.3. Der Beklagte wendet ein, die Parteien stünden in einem direkten Wettbewerbsverhältnis zueinander, weil die Klägerin mit der Y. wirtschaftlich identisch und auf dem Schweizer Markt einzig durch die Y. präsent sei. Das Einzelgericht habe die Aktivlegitimation der Klägerin gestützt auf das UWG zu Recht bejaht. Richtig werde in der angefochtenen Verfügung überdies erwogen, dass der von der Klägerin geltend gemachte UWG-Unterlassungsanspruch nicht als blosser Nebenanspruch der vertraglichen Ansprüche betrachtet werden könne (act. 39 N 58 f.)

2.3.4. Für die Beurteilung der sachlichen Zuständigkeit relevant ist vorab § 24 lit. c GOG, wonach die Angelegenheiten im summarischen Verfahren (2. Teil, 5. Titel ZPO, Art. 248 ff. ZPO) vom Einzelgericht zu entscheiden sind, wenn sie keiner anderen Instanz zugewiesen sind. Streitigkeiten aus UWG mit einem Streitwert von mehr als CHF 30'000.-- fallen in die Kompetenz des Handelsgerichts als einzige kantonale Instanz (Art. 5 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO und § 44 lit. a GOG). Die Zuständigkeit des Handelsgerichts umfasst nach Art. 5 Abs. 2 ZPO überdies die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage. Beim Entscheid über die sachliche Zuständigkeit ist ausschliesslich auf die klägerischen Sachvorbringen abzustellen, die Vorbringen des Beklagten zur Sache, insbesondere Widerklagebegehren, sind für die Zuständigkeitsfrage irrelevant (ZK ZPO-Wey, Art. 5 N 6; KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 5 N 14). Im Massnahmeverfahren sind die Prozessvoraussetzungen ferner nur glaubhaft zu machen. Das Gericht kann und muss es bei einer summarischen Prüfung bewenden lassen; es hat auf das Massnahmebegehren einzutreten, wenn es für dessen Behandlung nicht offensichtlich unzuständig ist (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 54; vgl. Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, N 2 zu Art. 261).

2.3.5. Das UWG macht die Klagelegitimation von einer Verletzung oder Bedrohung der wirtschaftlichen Interessen des Klägers abhängig (Art. 9 Abs. 1 UWG). Obschon nicht erforderlich ist, dass ein Kläger in einem direkten

Wettbewerbsverhältnis zum Beklagten steht, begründet das Wettbewerbsverhältnis auch nach dem 1986 revidierten UWG, welches in funktionaler Weise die Lauterkeit des Wettbewerbs gewährleisten will, die Klageberechtigung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UWG für die Beteiligten. Die Aktivlegitimation eines Klägers ist dann und nur dann zu bejahen, wenn *seine* Stellung im Wettbewerb durch das beanstandete Verhalten verschlechtert wird. In diesem Fall liegt eine unmittelbare Beeinträchtigung der Interessen des Klägers vor. Lediglich mittelbar am Wettbewerb teilnehmende Personen – insbesondere Aktionäre – sind nicht zur Klage legitimiert, so weit nur eine mittelbare Beeinträchtigung ihrer eigenen Interessen vorliegt (BGE 121 III 168 E. 3b, S. 174; BGE 126 III 239 E. 1a, S. 242; BGer 4C.369/1999 vom 11. April 2001, E. 2a; BGE 90 IV 39 E. 1 und 2, S. 41 f.; Bezirksgericht Zürich vom 6. Dezember 2002, in: sic! 2003, S. 619 E. 2.3 und 2.4; SHK UWG-Spitz, Art. 9 N 9 ff.; David/Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. A., Bern 2005, N 722, 729).

2.3.6. Unbestritten ist, dass die Klägerin selber in der Schweiz keine Dienstleistungen anbietet und sie auf dem hiesigen Markt nicht auftritt. Am Wettbewerb in der Schweiz beteiligt ist vielmehr nur die Y. Das dem Beklagten zur Last gelegte Verhalten – namentlich die Konkurrenzierung und Abwerbung von Mitarbeitern und Kunden – berührt und bedroht allenfalls direkt nur diese Gesellschaft. Laut der Klägerin gefährdet der Beklagte die Existenz und Fortführungsfähigkeit der Y. Inwiefern die Handlungen des Beklagten eine unmittelbare Beeinträchtigung der Interessen der Klägerin bewirken sollen, ist – wie die Klägerin zu Recht bemerkt (act. 30 N 34) – nicht erkennbar. Die Klägerin ist als (Allein-)Aktionärin und Muttergesellschaft der Y. nur in der Masse – und mithin rein finanziell – geschädigt, als sich der Wert ihrer Beteiligung mindert. Es handelt sich um einen klassischen Reflexschaden. Dass die Klägerin gegenüber dem Beklagten eigene vertragliche Ansprüche aus dem SPA [Anm.: dem Vertrag über den Verkauf der Aktien] geltend macht, ändert mit Blick auf das UWG selbstverständlich nichts. Ferner liegt ein Durchgriffstatbestand wie gesagt nicht vor. Die Klägerin erscheint daher nicht aktivlegitimiert, den Beklagten gestützt auf das UWG ins Recht zu fassen. Stehen aufgrund einer vorläufigen Prüfung

ausschliesslich vertragliche Ansprüche der Klägerin im Raum, erweist sich das Einzelgericht zur Behandlung der Sache zuständig.

2.3.7. Bei diesem Ergebnis kann dahinstehen, ob die dem Beklagten vorgeworfenen Handlungen unlauter sind, und auch die Frage der Kompetenzattraktion beim Handelsgericht bzw. der (Un-)Zulässigkeit eines Splittings der Zuständigkeit braucht nicht entschieden zu werden. Erwähnt sei immerhin das Folgende:

2.3.7.1. In der Ergänzung der Klagebegründung machte die Klägerin geltend, das Verhalten des Beklagten stelle nicht nur eine Verletzung des vertraglichen Konkurrenzverbots dar, sondern werde auch vom UWG für unzulässig erklärt. Denn der Beklagte mache die Y. bei den Kunden ... und ... schlecht; er habe versucht, ... anzustiften, den bestehenden Vertrag zu verletzen, um selber für sie tätig werden zu können und gegenüber ... bestätigt, dass er über drei Programmierer der Y. Zugang zu noch laufenden Projekten habe (act. 13 N 40 ff.). Die Klägerin hat sich damit (bei im Wesentlichen gleicher Sachdarstellung) neu auf einen Rechtsanspruch aus UWG berufen. Nur: Das Vorbringen der Klägerin ändert nichts daran, dass hinsichtlich aller drei (Teil-)Rechtsbegehren in erster Linie und überwiegend vertragliche Ansprüche zur Diskussion stehen. Dabei fällt vorweg in Betracht, dass das UWG die reine Konkurrenzierung, welche mit dem dritten Rechtsbegehren der Klägerin verhindert werden soll, nicht verbietet. Dass das Verbot der Konkurrenzierung der Y. für die Klägerin gleichviel bedeutet wie das Verwertungs- und Abwerbeverbot, leuchtet ein. Doch auch die ersten beiden Rechtsbegehren begründet die Klägerin primär mit einem Anspruch aus Art. 9.7 SPA und nicht mit einem unlauteren Verhalten des Beklagten (act. 1 N 17 ff.; act. 23 N 18 ff.; act. 30 N 58 ff.). En passant: Die Offenbarung und Verwertung von rechtmässig erlangten Geschäftsgeheimnissen gilt wettbewerbsrechtlich als unbedenklich und stellt kein unlauteres Verhalten dar, selbst wenn dem ein vertragliches Verwertungs- und Konkurrenzverbot entgegensteht (David/Jacobs, op. cit., N 411). Unlauter ist nach Art. 4 lit. a UWG lediglich die Abwerbung von Abnehmern durch Verleitung zum Vertragsbruch. Nur unter besonderen Umständen und im Sinne einer Ausnahme wird die Abwerbung

von Personal (und von Abnehmern ohne Vertragsbruch) von der Generalklausel nach Art. 2 UWG erfasst (vgl. BGE 114 II 91 E. 4, S. 86 ff.; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zug vom 16. April 1996, in: sic! 1997, S. 319 ff.; SHK UWG-Spitz, Art. 4 N 40 ff.; David/Jacobs, op. cit., N 118 f.).

2.3.7.2. Unter welchen Voraussetzungen eine Kompetenzattraktion bei der für spezialgesetzliche Materien wie das Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht zuständigen einzigen kantonalen Instanz greift, ist in der Literatur umstritten. Aus Art. 5 Abs. lit. d ZPO lässt sich zunächst nur ableiten, dass die einzige kantonale Instanz, welche für andere spezialgesetzliche Materien zuständig ist, auch Sach- und Rechtsfragen des Lauterkeitsrechts beurteilt (das galt bereits nach Art. 12 Abs. 2 aUWG, welcher mit Inkrafttreten der ZPO aufgehoben wurde, vgl. Brunner, DIKE-ZPO-Komm, Art. 5 N 21, ferner BGE 125 III 95 E. 2, S. 96 ff.; BGer 4A\_404/2007 vom 13. Februar 2008, E. 1). Wey vertritt die Auffassung, dass bei Konkurrenz zwischen einer spezialgesetzlichen und einer obligationenrechtlichen Streitigkeit Erstere vorgehe (ZK ZPO-Wey, Art. 5 N 8). Die von Wey angeführten Autoren stützen seine Ansicht (mit Bezug auf das alte Recht) hingegen nur teilweise (in diesem Sinne wohl ZK DesG/HMA-Heinrich, Art. 37 N 37.09; ZK DesG-Jermann, Art. 37 N 23). Stutz/Beutler/Künzi weisen darauf hin, dass die Praxis uneinheitlich sei und bei Fehlen von Kollisionsregeln nach einem Teil der Literatur ein Wahlrecht angenommen werde (SHK DesG-Stutz/Beutler/Künzi, Art. 33-40 Vorbemerkungen N 29). Zürcher geht zunächst von einer Kompetenzattraktion beim Handelsgericht aus, vertritt im Übrigen aber die Auffassung, dass das Gericht auf die Prüfung von nicht in seine sachliche Zuständigkeit fallenden Ansprüchen verzichten kann, wenn keine Gefahr sich widersprechender Entscheide besteht, so insbesondere im Massnahmeverfahren (Zürcher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1998, S. 19 f.). Und für Rehbinder/Vigano ist bei Anspruchskonkurrenz massgeblich, welcher Anspruch im Vordergrund stehe (ZK URG-Rehbinder/Vigano, Art. 64 N 5). Das entspricht der Regelung des Zürcher GVG, wonach für die Festlegung der sachlichen Zuständigkeit – neben der Sachkunde des Gerichts bzw. der Eignung der zu bestimmenden Instanz – in erster Linie die vorherrschende Natur des Streitverhältnisses massgebend ist resp. war (vgl.

Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 9 zu § 65 GVG).

Mit Blick auf das neue Recht hält David bei Konkurrenz von spezialgesetzlichen und vertraglichen Ansprüchen eines einheitlichen Rechtsbegehrens dafür, der Kläger müsse zwischen den zwei je für einen Anspruch zuständigen Instanzen wählen können (David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. A., Basel 2010, S. 29). Mit dem gleichen Resultat will Härtsch Art. 15 Abs. 2 ZPO, wonach für mehrere miteinander in Zusammenhang stehende Ansprüche gegen dieselbe Partei jedes Gericht zuständig ist, das für einen der Ansprüche zuständig ist, analog anwenden (BK ZPO-Härtsch, Art. 5 N 1; vgl. zum Anwendungsbereich von Art. 15 Abs. 2, KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 15 N 1; ZK ZPO-Sutter-Somm/Klingler, Art. 15 N 19 f.). Endlich erklärt Rüetschi unter dem Titel der handelsrechtlichen Zuständigkeit nach Art. 6 ZPO jedes Gericht für sämtliche Ansprüche aus dem gleichen Lebenssachverhalt für zuständig, welches über einen oder mehrere der Ansprüche entscheiden könne (ZK ZPO Rüetschi, Art. 6 N 43 mit Hinweis auf BGE 95 II 242 E. 3, S. 252 f.).

2.3.7.3. Dass bei derart divergierenden Literaturmeinungen und angesichts des Überwiegens vertraglicher Ansprüche in der Darstellung der Klägerin eine zwingende Kompetenzattraktion beim Handelgericht als Spezialgericht und – demzufolge – eine offensichtliche Unzuständigkeit des Einzelgerichts erwogen werden kann, darf mit Fug bezweifelt werden.

2.4. Damit bleibt zu prüfen, ob das Einzelgericht seine Zuständigkeit deshalb verneinen durfte und musste, weil eine laut dem Beklagten nach wie vor gültige Vereinbarung der Parteien über die Prorogation des Handelgerichts vorliege (act. 17 N 34 ff.). Das Einzelgericht konnte die Frage nach seiner Rechtsauffassung offen lassen.

2.4.1. Art. 13 Abs. 2 [des Vertrages über den Verkauf der Aktien] bestimmt:

"Any dispute concerning this SPA or related contracts, in particular as to their existence, validity, interpretation, performance or non-performance, whether arising before or after the expiration of this SPA, will be settled exclusively by the Commercial Court of Zurich (Handelsgericht)."

2.4.2. Die Klägerin führt dazu aus, da sie, nicht aber der Beklagte im Handelsregister (bzw. in einem vergleichbaren ausländischen Register) eingetragen sei, hätten die Parteien in Anwendung von § 64 Ziff. 1 GVG die Zuständigkeit des Handelsgerichts vereinbart. Gleichwohl könne die Prorogation des Handelsgerichts unter dem neuen Recht keine Gültigkeit mehr haben (act. 1 N 11; act. 30 N 55).

2.4.3. Der Beklagte beruft sich auf Art. 406 ZPO. Die Gültigkeit altrechtlicher Gerichtsstandsvereinbarungen beurteile sich nach dem bisherigen Recht, d.h. nach dem GestG bzw. nach dem GVG, und neurechtliche Prorogationsverbote stünden einer unter der Herrschaft des alten Rechts gültig geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung nicht entgegen. Der Begriff der Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 406 ZPO umfasse nicht nur Zuständigkeitsvereinbarungen über die örtliche, sondern auch über die sachliche Zuständigkeit; für eine teleologische Reduktion bestehe kein Grund. Damit werde auch die Rechtssicherheit und das Rechtsvertrauen in bestehende Prozessverträge gestärkt. Überdies gelte der Grundsatz der Nichtrückwirkung neuen Rechts (act. 17 N 35; act. 39 N 37 ff.).

2.4.4. Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist als prozessrechtlicher Vertrag nur zulässig, wo das Gesetz die Gerichtsstände nicht zwingend regelt (vgl. BGE 121 III 495 E. 5c, S. 499; Stacher, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. St. Gallen 2007, S. 7 ff.; Füllemann, DIKE-ZPO-Komm, Art. 17 N 2, 6, 8). Nach § 64 GVG konnte ein Prozess über ein Handelsgeschäft oder Handelsverhältnis selbst dann vor Handelsgericht abgewickelt werden, wenn nicht alle Voraussetzungen für die Zuständigkeit nach § 62 GVG erfüllt waren, vor allem und wie vorliegend dann, wenn zwar die klagende Partei, nicht aber der Beklagte im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen war (Hauser/Schweri, op. cit., § 64 N 9). Das ist unter dem neuen Zivilprozessrecht nicht mehr zulässig. Eine Streitigkeit ist nach Art. 6 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG dem Handelsgericht zu unterbreiten, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im

schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Ist nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen, sind die übrigen Voraussetzungen aber erfüllt, hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht. Im umgekehrten Fall besteht kein Wahlrecht (ZK ZPO-Rüetschi, Art. 6 N 31). Die sachliche Zuständigkeit liegt ausserhalb der Dispositionsfreiheit der Parteien; für die Prorogation eines sachlich unzuständigen Gerichts bleibt nach der ZPO kein Raum (ZK ZPO-Rüetschi, Art. 6 N 38; Füllemann, DIKE-ZPO-Komm, Art. 17 N 8).

2.4.5. Art. 406 ZPO, wonach sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht bestimmt, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat, übernimmt unverändert die Regelung von Art. 39 GestG (ZK ZPO-Sutter-Somm/Hedinger, Art. 406 N 1; Füllemann, DIKE-ZPO-Komm, Art. 406 N 1). Das GestG vereinheitlichte schweizweit die örtliche Zuständigkeit und regelte in diesem Zusammenhang auch die Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 1 und 9 GestG), neu findet sich das in Art. 9 ff. und Art. 17 ZPO. Die sachliche Zuständigkeit blieb stets kantonal geregelt, und die Organisationshoheit über die Gerichte - inklusive der Fachgerichte - liegt auch nach dem neuen Recht grundsätzlich, d.h. unbeschadet von Art. 5 ff. ZPO, in der Kompetenz der Kantone (Art. 4 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu Brunner, DIKE-Komm-ZPO, Art. 4 N 6 ff.). Art. 17 ZPO regelt die Gerichtsstandsvereinbarung unter dem Titel "örtliche Zuständigkeit", und der gleiche Begriff wird in Art. 406 gleich verwendet. Art. 406 ZPO bezieht sich damit wie Art. 17 ZPO auf Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit (vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/Hedinger, Art. 17 N 1 f.; Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 406 N 1). Das erhellt aus Entstehungsgeschichte, Systematik und Zweck der Norm. Den juristischen Kunstgriff der teleologischen Reduktion braucht es dafür entgegen der Auffassung des Beklagten nicht. Denn selbst der klare Wortlaut hat die ihm vom Bundesgericht attestierte prioritäre Bedeutung nur dann, wenn er den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt (BGE 120 II 112, S. 113; BGE 133 III 645 E. 4, S. 651). Eine Übergangsbestimmung analog Art. 406 ZPO, welche die altrechtlich zulässige Prorogation eines nach der ZPO sachlich nicht zuständigen Gerichts für weiterhin gültig erklärt, enthält die ZPO nicht, und auch das GOG schweigt sich

darüber aus (§ 206 GOG sieht immerhin vor, dass erstinstanzlich hängige Zivilverfahren vom bisher sachlich zuständigen Gericht fortgeführt werden). Die vom Beklagten herangezogene Regel der Nichtrückwirkung entstammt dem intertemporalen Privatrecht (Art. 1 SchIT ZGB); für neues Verwaltungs- und Prozessrecht gilt das Gebot der sofortigen Anwendung (BGE 115 II 97 E. 2c, S. 101; BGE 129 III 80 E. 1, S. 82). Das ist keine Rückwirkung, weil das Prozessrechtsverhältnis erst mit Beginn der Rechtshängigkeit entsteht und das Gericht (mangels Übergangsbestimmungen) nur nach den Vorschriften hoheitlich handeln kann, die im Zeitpunkt seiner Anordnungen gelten (vgl. Schwander, DIKE-ZPO-Komm, Art. 404 N 3 ff.; ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N 4). Von Grundsätzen sollte (grundsätzlich) nur dann abgewichen werden, wenn eine ausdrückliche Regelung eine solche Abweichung vorschreibt; mit Art. 406 ZPO ist das wie gesagt nicht geschehen.

2.4.6. Klar wäre die Sache, wenn das Handelsgericht seit dem 1. Januar 2011 nicht mehr existierte: Ein Gericht, das es nicht mehr gibt, lässt sich auch mit einer nach dem alten Recht gültigen Prorogationsvereinbarung nicht herzaubern. Die Behandlung einer (wiewohl geschäftlichen) Streitigkeit durch das Handelsgericht käme aber auch dann kaum in Frage, wenn der vorausgesetzte Streitwert von CHF 30'000.-- nicht erreicht wäre (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO), mag der Mindeststreitwert nach (früherem) kantonalen Recht auch geringer gewesen sein. Weshalb es im vorliegenden Fall, wo die Voraussetzung des Handelsregistereintrages des Beklagten (Art. 6 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 ZPO) fehlt, grundlegend anders sein soll, leuchtet nicht ein. Mit Rüetschi mag man ausnahmsweise eine Einlassung des Beklagten für möglich halten, wenn das Handelsgericht einmal übersähe, dass es in der Sache nicht zuständig wäre, mit der Folge, dass ein im Rahmen eines solchen Verfahrens vom Handelgericht erlassenes Urteil grundsätzlich gültig wäre (ZK ZPO-Rüetschi, Art. 6 N 39). Findet der Prozess hingegen nicht vor Handelsgericht, sondern vor der nach dem neuen Zivilprozessrecht zuständigen Gerichtsstanz statt, kann sich der Beklagte nicht zur Begründung der Unzuständigkeitseinrede auf die Prorogation des Handelsgerichts berufen.

2.4.7. Fragen könnte sich höchstens, ob vom Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit zivilprozessrechtlicher Bestimmungen ab deren Inkrafttreten ausnahmsweise abzuweichen sei, um wesentliche Parteirechte bzw. das vom Beklagten angeführte Rechtsvertrauen in (altrechtliche) Prozessverträge zu wahren. Neues Recht darf die Verfahrensposition einer Partei nicht verschlechtern. Durfte sich eine Partei aufgrund des alten Verfahrensrechts darauf verlassen, dass sie ein bestimmtes Verfahrensrecht noch später ausüben kann, darf ihre bisherige Passivität nicht schaden (vgl. dazu Schwander, DIKE-ZPO-Komm, Art. 404 N 21). Allein, das kann nur dort gelten, wo ein vertrauenbegründendes Prozessrechtsverhältnis bereits besteht. Ändert das Recht *bevor* der Kläger den Prozess anhängig gemacht hat, ist es ihm zuzumuten, sich bei der Bestimmung der zuständigen Gerichtsinstanz nach den neuen Vorschriften zu richten. Das dient im Übrigen der vom Beklagten hochgehaltenen Rechtssicherheit, welche bezüglich (neuer) prozessrechtlicher Vorschriften verlangt, dass diese möglichst klar und eindeutig zu handhaben sind (vgl. BGE 125 III 95 E. 2 a, S. 98 f.). Aus diesen Gründen entfaltet die altrechtliche, der neuen Zuständigkeitsordnung widersprechende Prorogation des Handelsgerichts in Art. 13 SPA unter dem neuen Recht keine Rechtswirkung mehr. Bleibt anzufügen, dass der damit möglich werdende Einwand, die Parteien hätten einen anderen Gerichtsort als Zürich gewählt, hätten sie erkannt, dass die Wahl des Handelsgerichts sich als ungültig erweisen könnte, vorliegend keine Rolle spielt, da der Beklagte in Zürich ansässig ist.

2.5. Im Ergebnis ist das Einzelgericht auf das Massnahmebegehren der Klägerin zu Unrecht nicht eingetreten. Die Berufung ist gutzuheissen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 29. Juli 2011-08-04  
LF110069-O/U