

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 131/2017

Urteil vom 21. September 2017

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Hohl, Niquille, May Canellas,
Gerichtsschreiber Lüthi.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Justus H. Brunner,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Schmid,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Zuständigkeit, Gerichtsstandsvereinbarung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 1. Februar 2017.

Sachverhalt:

A.

Zwischen B. _____ GmbH (Klägerin, Beschwerdegegnerin) und A. _____ (Beklagter, Beschwerdeführer) besteht ein Exklusiv-Mäklervertrag (nachfolgend: Mäklervertrag) im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Liegenschaft in Herrliberg/ZH. In diesem Mäklervertrag vereinbarten die Parteien u.a. Folgendes:

"Als Gerichtsstand für allfällige Streitigkeiten aus vorliegender Vereinbarung wird das Handelsgericht Zürich vereinbart. Es gilt Schweizer Recht."

B.

B.a. Mit Klage vom 7. Oktober 2015 beim Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht) verlangte die Klägerin, der Beklagte sei kostenfällig zu verpflichten, ihr Fr. 30'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 8. Mai 2013 zu bezahlen und es sei Vormerk zu nehmen, dass es sich bei dieser Klage um eine Teilklage im Sinne von Art. 86 ZPO handle und über die Restforderung eine Nachklage ausdrücklich vorbehalten werde. Mit Verfügung vom 19. Mai 2016 trat die Einzelrichterin auf die Klage nicht ein. Die vereinbarte Gerichtsstandsklausel sei ungültig, da der Beklagte nicht im Handelsregister eingetragen sei und die sachliche Zuständigkeit nicht vereinbart werden könne. Mittels Vertragsauslegung lasse sich keine (örtliche) Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich begründen, da nicht nachvollziehbar sei, weshalb dieses den anderen im Kanton Zürich befindlichen Bezirksgerichten vorzuziehen wäre. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich das Verkaufsobjekt nicht in der Stadt Zürich, sondern in Herrliberg befinde, wo auch der Mäklervertrag abgeschlossen worden sei. Wäre eine Zuständigkeit im Kanton Zürich zu bejahen, würde sich deshalb am ehesten das Bezirksgericht Meilen anbieten.

B.b. Mit Urteil vom 1. Februar 2017 schützte das Obergericht des Kantons Zürich die von der Klägerin erhobene Berufung, hob die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 19. Mai 2016 auf und wies die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zur Entscheidung an das

Bezirksgericht Zürich zurück. Es bestimmte die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren und überliess die Verteilung der Prozesskosten dem Bezirksgericht.

Es erwog, die Parteien hätten bei Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung nicht geahnt, dass das Handelsgericht für eine Klage gegen den Beklagten nicht gültig vereinbart werden könne. Dies führe jedoch nicht zur Ungültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung insgesamt. Es gehe vielmehr darum, den hypothetischen Willen der Parteien für den Fall zu ermitteln, dass ihnen dies bewusst gewesen wäre. Es gebe keine Hinweise, dass für den Beklagten die Tatsache, dass es sich beim Handelsgericht um ein Fachgericht und die einzige kantonale Instanz gehandelt habe, von besonderer Bedeutung gewesen sei. Angesichts der Bedeutung der Gerichtsstandsvereinbarung auch für die örtliche Zuständigkeit sei davon auszugehen, dass sie sich damit auch auf eine "unbestimmt-örtliche" Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zürich geeinigt hätten. Da die örtliche Prorogation innerhalb des Kantons aber unbestimmt sei, bleibe die Bestimmung des konkreten Gerichts nach der Lehre zur schweizerischen Zivilprozessordnung (unter Hinweis auf HAAS/SCHLUMPF, in: Kurzkomentar ZPO, Oberhammer et al. [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 14 zu Art. 17 ZPO mit Hinweisen) der Wahl der Klägerin überlassen.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts vom 1. Februar 2017 sei kostenfällig aufzuheben und in Bestätigung der erstinstanzlichen Nichteintretensverfügung sei auf die Klage der Beschwerdegegnerin mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Eventualiter sei die Sache an das Bezirksgericht, subeventualiter an das Obergericht zur weiteren Abklärung des Sachverhalts zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin trägt auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde an, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Mit Präsidialverfügung vom 16. März 2017 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

Mit Präsidialverfügung vom 11. Mai 2017 wurde ein Gesuch der Beschwerdegegnerin um Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung gutgeheissen und der Beschwerdeführer verpflichtet, bis zum 29. Mai 2017 den Betrag von Fr. 2'500.-- bei der Bundesgerichtskasse in bar zu hinterlegen, welcher Betrag fristgemäss geleistet wurde.

Erwägungen:

1.

Beim angefochtenen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich handelt es sich um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid über die Zuständigkeit in einer Zivilsache (Art. 72 BGG), gegen den nach Art. 92 Abs. 1 BGG die Beschwerde zulässig ist. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist - unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei willkürlich im Sinne von Art. 9 BV (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit Hinweisen). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

3.

Die Beschwerdegegnerin hat ihren Sitz in der Schweiz, während sich der Wohnsitz des

Beschwerdeführers in Monaco befindet. Es liegt damit ein internationales Verhältnis vor (BGE 135 III 185 E. 3.1 S. 188 mit Hinweisen). Die Schweiz ist Vertragsstaat des Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12). Es liegt eine Zivil- und Handelssache im Sinne von Art. 1 Abs. 1 LugÜ vor und die Klage wurde nach Inkrafttreten des revidierten LugÜ (1. Januar 2011) erhoben (Art. 63 Abs. 1 LugÜ; BGE 140 III 115 E. 3 S. 117). Die Frage nach der internationalen, gegebenenfalls auch der örtlichen Zuständigkeit ist somit vorweg nach den Bestimmungen dieses Staatsvertrags zu beurteilen (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 IPRG [SR 291]).

3.1. Noch unter dem zeitlichen Geltungsbereich des Übereinkommens vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (aLugÜ; AS 1991 2436), das Gerichtsstandsvereinbarungen in Art. 17 aLugÜ geregelt hatte, liess das Bundesgericht die Frage ("la question délicate") offen, ob Art. 17 Abs. 1 aLugÜ auch massgebend ist, wenn nur eine Partei in einem Vertragsstaat wohnt und die Zuständigkeit der Gerichte dieses Vertragsstaats vereinbart wurde, während die andere Partei in einem Drittstaat wohnt (BGE 125 III 108 E. 3e S. 112; 119 II 391 E. 2 S. 393; Urteil 4A 323/2013 vom 29. November 2013 E. 4.2). Zu Art. 23 Abs. 1 LugÜ hat es sich noch nicht geäussert.

3.2. Im Hinblick auf den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich von Art. 2 aLugÜ hat das Bundesgericht anerkannt, diese Bestimmung knüpfe an den Wohnsitz des Beklagten in einem Vertragsstaat an und setze zudem ein internationales Element voraus, z.B. den Wohnsitz des Klägers im Ausland. Ein Bezug zu einem zweiten Vertragsstaat sei jedoch nicht erforderlich (BGE 135 III 185 E. 3.3 S. 189 f. unter Hinweis auf ein entsprechendes Urteil des EuGH vom 1. März 2005 C-281/02 Owusu, Slg. 2005 I-1383 Randnr. 24 ff.).

Die Lehre geht unter Hinweis auf BGE 135 III 185 und den Entscheid des EuGH in Sachen Owusu davon aus, es bedürfe auch bei Art. 23 LugÜ keiner Berührungspunkte zu mehreren durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten (nachfolgend weiterhin: Vertragsstaaten). Nebst einem internationalen Element genüge es, wenn eine Partei in einem Vertragsstaat wohne und die Zuständigkeit der Gerichte eines Vertragsstaats vereinbart worden sei - auch wenn es sich dabei um denselben Vertragsstaat handle (GROLIMUND/BACHOFNER, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2013, N. 9 zu Art. 5 IPRG; BERNHARD BERGER, in: Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 23 LugÜ; ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, 2014, Rz. 1164, gemäss dem die h.L. "wohl" a.A. sein soll; WALTER/DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl. 2012, S. 290 f.; LAURENT KILLIAS, in: Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Dasser/Oberhammer [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, N. 14 zu Art. 23 LugÜ).

Sowohl BGE 135 III 185 als auch der Entscheid des EuGH in Sachen Owusu betrafen nicht eine Gerichtsstandsvereinbarung, sondern den allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten an seinem Wohnsitz, also die Auslegung von Art. 2 (a) LugÜ bzw. Art. 2 des Europäischen Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ). Lediglich in einem obiter dictum (Randnr. 28) wies der EuGH darauf hin, dass auch bei einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 EuGVÜ) ein Bezug nur zu einem Vertragsstaat erforderlich sei, ohne weiter auf diese Norm einzugehen.

3.3. Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des LugÜ ergibt sich nicht aus einer allgemeinen Norm, sondern ist anhand seiner einzelnen Zuständigkeitsbestimmungen zu prüfen (BGE 135 III 185 E. 3.1 S. 188). Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 2 LugÜ ergibt sich daher nicht automatisch auch der räumlich-persönliche Anwendungsbereich von Art. 23 LugÜ.

Anders als die übrigen Zuständigkeitsbestimmungen des LugÜ (vorbe hältlich Art. 22 LugÜ) ist Art. 23 LugÜ nach dem ausdrücklichen Vorbehalt in Art. 4 Abs. 1 LugÜ sowie seinem klaren Wortlaut auch bei Wohnsitz des Beklagten in einem Nichtvertragsstaat anwendbar und stellt insofern eigene Anwendungsvoraussetzungen auf (KROPHOLLER/VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, N. 2 zu Art. 4 EuGVVO). Die Untauglichkeit des Beklagtenwohnsitzes als Kriterium für die Anwendung des LugÜ bei Zuständigkeitsvereinbarungen liegt auf der Hand, käme es dann doch auf die - zufällige - Parteirolle an. Es kann aber nicht angehen, die Wirksamkeit einer Zuständigkeitsvereinbarung nach unterschiedlichen Rechtsordnungen zu beurteilen, je nachdem, ob der Kläger oder der Beklagte in einem Vertragsstaat wohnt. Mit Bezug auf den Wohnsitz ist bei Art. 23 Abs. 1 LugÜ daher nur, aber immerhin, erforderlich, dass eine der Parteien - losgelöst von ihrer Parteirolle - Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat.

Nebst dem Wohnsitz einer Partei in einem Vertragsstaat verlangt Art. 23 Abs. 1 LugÜ, dass ein Gericht oder die Gerichte eines Vertragsstaats prorogiert wurden. Einen Bezug zu einem zweiten

Vertragsstaat setzt der Wortlaut dieser Norm nicht voraus; insbesondere wird nicht festgehalten, es müssten Gerichte eines anderen Vertragsstaats als des Wohnsitzvertragsstaats gewählt worden sein. Der Zweck dieser Norm spricht ebenso wenig für ein solches Erfordernis (vgl. dazu, noch vor dem Entscheid des EuGH i.S. Owusu, PASCAL GROLIMUND, Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts, 2000, Rz. 248 f., 254 und 406). Bedarf es keines irgendwie gearteten Bezugs zu einem anderen Vertragsstaat, erhöht dies die Rechtssicherheit. Schliesst jemand mit Wohnsitz in der Schweiz mit einer Person, die im Ausland wohnt, eine Zuständigkeitsvereinbarung, richtet sich diese nach dem LugÜ, sofern Gerichte eines Vertragsstaats - inkl. der Schweiz - als zuständig bezeichnet werden. Die Systematik des Übereinkommens steht dem nicht entgegen (KROPHOLLER/VON HEIN, a.a.O., N. 5 zu Art. 23 EuGVVO). Nach dem Gesagten setzt Art. 23 LugÜ keinen Bezug zu einem zweiten Vertragsstaat voraus (nebst den in E. 3.2 genannten Autoren auch etwa GEIMER/SCHÜTZE,

Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, N. 29 ff. zu Art. 23 EuGVVO; KROPHOLLER/VON HEIN, a.a.O., N. 4 ff., insb. N. 9 zu Art. 23 EuGVVO; je mit Hinweisen).

Die Klägerin hat ihren Sitz in einem Vertragsstaat, nämlich der Schweiz. Die Parteien bezeichneten in ihrer Gerichtsstandsklausel sodann ein Gericht in einem Vertragsstaat - ebenfalls der Schweiz - als zuständig. Der Beklagte hat seinen Wohnsitz in einem Drittstaat. Dadurch weist die Streitigkeit ein (rechtsrelevantes) internationales Element auf, das bei Art. 23 Abs. 1 LugÜ ebenso erforderlich ist wie bei Art. 2 LugÜ. Der Fall befindet sich nach dem Gesagten im räumlich-persönlichen Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 LugÜ.

4.

Da der beschwerdeführende Beklagte nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist das von den Parteien vereinbarte Handelsgericht sachlich nicht zuständig (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO). Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ist der Disposition der Parteien grundsätzlich entzogen (BGE 138 III 471 E. 3.1 S. 477); namentlich kann auch im Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nicht vorgängig vereinbart werden (BGE 142 III 623 E. 2 S. 624 ff.). Die Parteien haben sich somit auf einen für sie sachlich nicht zur Verfügung stehenden Gerichtsstand geeinigt, insofern ist die Vereinbarung ohne Weiteres nichtig. Es ist zu prüfen, ob bzw. inwieweit ihre Vereinbarung im internationalen Verhältnis bzw. in örtlicher Hinsicht trotzdem gültig ist.

4.1. In Bezug auf die in Frage stehende Gerichtsstandsvereinbarung stellt sich vorab die Frage, nach welchem Recht zu beurteilen ist, ob diese trotz nach ZPO unzulässiger Wahl des sachlich zuständigen Gerichts im Übrigen, d.h. bezüglich der internationalen und örtlichen Zuständigkeit, gültig bleibt. Die Vorinstanz wie auch die Parteien gehen ohne Weiteres von einer Anwendbarkeit des OR aus, insbesondere von Art. 1, 18 und 20 OR. Nachdem vorliegend die Tatsache der Einigung sowie die Einhaltung der Formvorschriften nach Art. 23 Abs. 1 LugÜ unbestritten ist, es vorab um eine Frage der Vertragsauslegung geht und die Parteien auch eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts getroffen haben, erscheint es sachgerecht, auf die lex causae abzustellen und nicht autonom gestützt auf das LugÜ (in diesem Sinn auch das Urteil 4C.163/2001 vom 7. August 2001 E. 2b), zumal auch in der Lehre anerkannt wird, dass ein Rückgriff auf die lex causae teilweise unumgänglich ist (PASCAL GROLIMUND, in: Lugano-Übereinkommen [LugÜ] zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, Schnyder [Hrsg.], 2011, N. 12 zu Art. 23 LugÜ).

4.1.1. Die Frage, ob der Vertrag ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre, ist grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip zu beantworten, indem der mutmassliche bzw. hypothetische Parteiwille ermittelt wird, sofern nicht ein diesbezüglicher tatsächlicher Parteiwille nachgewiesen werden kann (BGE 131 III 467 E. 1.2 S. 470). Die Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens ist eine vom Bundesgericht zu überprüfende Rechtsfrage, wobei es an die Feststellungen des kantonalen Gerichts über die Tatsachen, die als Anhaltspunkte dafür in Betracht kommen, unter Vorbehalt von Art. 105 Abs. 2 BGG gebunden ist (BGE 120 II 35 E. 4b S. 41; 107 II 216 II E. 3b S. 218 f.; je mit Hinweis). Dabei ist danach zu fragen, welche Vereinbarung die Parteien unter den konkreten Umständen in Kenntnis des Mangels getroffen hätten (BGE 124 III 57 E. 3c S. 60 mit Hinweisen), wobei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses dafür massgeblich ist (vgl. Urteil 4C.156/2006 vom 17. August 2006 E. 3.1 und 3.3; zu alledem auch Urteil 4A 282/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 3.1). Bei der Bestimmung eines hypothetischen Parteiwillens hat das Gericht sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrags zu orientieren. Das

Ergebnis dieser normativen Tätigkeit überprüft das Bundesgericht grundsätzlich frei, aber nur mit Zurückhaltung, da die Vertragsergänzung regelmässig mit richterlichem Ermessen verbunden ist (BGE 115 II 484 E. 4b S. 488 mit Hinweisen; Urteil 4C.11/2002 vom 31. Januar 2003 E. 5).

4.1.2. Die Vorinstanz nahm in ihrer Begründung u.a. Bezug auf die Rechtsprechung zu Schiedsgerichtsvereinbarungen, was der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde aufgreift. Soweit es um die Frage geht, ob der grundsätzliche Wille bestand, sich einer solchen Vereinbarung zu unterwerfen, trägt eine solche Analogie - entgegen dem Beschwerdeführer - aber nur beschränkt. Wegen dem Wesen und Zweck einer Schiedsvereinbarung, der eine grosse Tragweite zukommt, da damit im Vergleich zu staatlichen Gerichtsverfahren regelmässig höhere Kosten anfallen und Rechtsmittel weitgehend beschränkt sind, ist diesbezüglich im Zweifelsfall eine restriktive Auslegung geboten (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680 f.). Die Prorogation hat von ihrem Zweck her - wobei im Einzelfall unterschieden werden kann (vgl. nachfolgend bei E. 4.3) - nicht diese Bedeutung. Insofern stossen die Einwände des Beschwerdeführers gegen den vorinstanzlichen Hinweis auf BGE 129 III 675 ins Leere.

Im Übrigen liegt eine (wenigstens teilweise) Analogie zur Praxis betreffend sog. pathologische - d.h. unvollständige, unklare oder widersprüchliche - Schiedsvereinbarungen nahe (ebenso: BERGER, a.a.O., N. 34 zu Art. 23 LugÜ). Danach gilt folgendes: Steht der grundsätzliche Wille der Parteien, sich einem Schiedsgericht zu unterstellen, fest, ist durch Auslegung und allenfalls auch Vertragsergänzung in Anlehnung an das allgemeine Vertragsrecht nach einer Lösung zu suchen, die dem Rechnung trägt (BGE 138 III 29 E. 2.2.3 S. 35 mit Hinweis). Bei Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) einer solchen Vereinbarung ist nach dem hypothetischen Willen zu ermitteln, was die Parteien vereinbart hätten, wäre ihnen diese bei Vertragsabschluss bewusst gewesen. Bei Zweifeln am Bestehen eines auf Ganznichtigkeit gerichteten hypothetischen Parteiwillens ist nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts der Teilnichtigkeit der Vorzug zu geben (BGE 138 III 29 E. 2.3.2 und 2.3.3 S. 37 ff.).

Auch bezüglich dem inhaltlich mit Art. 23 LugÜ übereinstimmenden Art. 23 der (unterdessen ersetzten) Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) wird eine vergleichbare Auffassung vertreten. Werde etwa eine Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit mit einer solchen betreffend die örtliche Zuständigkeit kombiniert und erweise sich letztere aus irgendeinem Grund als unwirksam, so führe dies nicht auch zur Unwirksamkeit der Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit. Denn die Parteien hätten - wenigstens im Regelfall - gewollt, dass die Gerichte dieses Staates entscheiden. Eine Ausnahme sei allenfalls dann zu machen, wenn feststehe, dass die Parteien die internationale Zuständigkeit eines bestimmten Staates im Hinblick auf ein ganz bestimmtes örtlich zuständiges Gericht vereinbart hätten. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür treffe dann die Partei, die Unzuständigkeit des betreffenden Staates behaupte (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N. 149 f. und bei Fn. 233 zu Art. 23 EuGVVO). Es sei vom Grundsatz in favorem validitatis auszugehen (BERGER, a.a.O., N. 34 zu Art. 23 LugÜ).

4.2. Die Vorinstanz erwog, es gebe keine konkreten Hinweise darauf, dass der entscheidende Punkt für die Parteien die Tatsache gewesen sei, dass es sich beim Handelsgericht um ein Fachgericht handle und dieses einen kürzeren Rechtsmittelweg erlaube, wie der Beschwerdeführer behaupte. Dagegen spreche, dass die Gerichtsstandsklausel Teil eines von der Beschwerdegegnerin "selbst redigierten vorformulierten Mustervertragstexts" gewesen sei. Weder der Umstand, dass diese Klausel Vertragsbestandteil geworden sei, noch deren Formulierung sei demnach auf ein Zutun des Beschwerdeführers zurückzuführen. Das spreche dagegen, dass diese Klausel verhandelbar gewesen sei und deute vielmehr darauf hin, dass es sich um den Teil eines Pakets gehandelt habe, das als Ganzes zu akzeptieren war, wollte man die Dienste der Beschwerdegegnerin in Anspruch nehmen. Wie es sich damit verhalte, könne jedoch offenbleiben, da es von vornherein keine Anhaltspunkte für einen andern hypothetischen oder gar tatsächlichen Willen des Beschwerdeführers gebe. Die Vorinstanz schloss, die Zuständigkeitsvereinbarung bleibe somit hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit (teil-) gültig, wobei letztere eine internationale und eine nationale "Facette" habe. Einerseits hätten

die Parteien international die schweizerischen Gerichte prorogiert und gleichzeitig hätten sie mit der Bezeichnung des "Handelsgericht (s) Zürich" die örtliche Zuständigkeit des Kantons Zürich vereinbart.

4.3. Der Beschwerdeführer macht wie bereits vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend, die Gerichtsstandsvereinbarung sei insgesamt ungültig, denn die Parteien hätten bewusst das Handelsgericht gewählt, weil es sich um ein Fachgericht handle und zur prozessökonomischen Verkürzung des Rechtsmittelwegs. Die Vorinstanz habe daher Art. 20 Abs. 2 OR unrichtig ausgelegt. Er rügt eine Verletzung seines Rechts auf Beweis gemäss Art. 152 ZPO, weil die Vorinstanz ihn nicht wie beantragt als Partei befragt und stattdessen bloss auf Indizien und Vermutungen abgestellt habe. Die im angefochtenen Entscheid enthaltenen Annahmen und Mutmassungen zwecks Ermittlung

des hypothetischen Willens beruhen zudem auf willkürlichen Sachverhaltsfeststellungen. Die antizipierte Beweiswürdigung verletze schliesslich mangels genügender Begründung seinen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 53 ZPO.

4.3.1. Soweit überhaupt Sachverhaltsrügen erhoben werden und nicht unter diesem Titel die Berücksichtigung von Indizien im Zuge der (normativen) Ermittlung des hypothetischen Willens kritisiert wird, ist darauf nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe einfach angenommen, die Gerichtsstandsklausel sei von den Parteien bei Vertragsschluss nicht thematisiert worden, ohne die Parteien dazu zu befragen. Er müsste aber für eine genügende Rüge darlegen, wo in den Rechtsschriften konkret behauptet worden ist, dass die Gerichtsstandsklausel diskutiert wurde (vgl. E. 2 hiervor). Fehlende Tatsachenbehauptungen in den Rechtsschriften können nicht durch Parteiaussagen ersetzt werden. Im Übrigen bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass er selber betont hatte, die Gerichtsstandsklausel sei Teil eines von der Beschwerdegegnerin "selbst redigierten vorformulierten Mustervertragstexts" gewesen. Die Vorinstanz durfte willkürfrei davon ausgehen, dass weder der Umstand, dass diese Klausel Vertragsbestandteil wurde, noch ihre Formulierung auf das Zutun des Beschwerdeführers zurückzuführen sei.

4.3.2. Auch eine Verletzung des Rechts auf Beweis durch eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung ist zu verneinen. Unter Hinweis auf eine Lehrmeinung (DANIEL SCHWANDER, Die Sachverhaltsrüge vor Bundesgericht unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen ZPO, in: Haftpflichtprozess 2012, Fellmann/Weber [Hrsg.], 2012, S. 137) macht der Beschwerdeführer geltend, ein Verstoss gegen Art. 152 ZPO liege vor, wenn eine antizipierte Beweiswürdigung "sich lediglich auf Indizien, tatsächliche Vermutungen oder allgemeine Lebenserfahrung stützt[e]". Genau das habe die Vorinstanz gemacht, indem sie auf seine Parteibefragung verzichtet und stattdessen auf verschiedene Indizien abgestellt habe.

Die Vorinstanz hat festgestellt, soweit es um die Ermittlung des hypothetischen Willens gehe, könne eine Parteibefragung nichts beitragen. Das ist zutreffend, denn diesbezüglich könnte das Beweismittel nicht Tatsachen bestätigen. Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt somit nicht vor; entsprechend lässt sich auch aus der angeführten Lehre und der dort zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 115 II 305 und nicht publizierte Entscheide) nichts ableiten.

4.3.3. Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist sein Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188). Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188; 134 I 83 E. 4.1 S. 88; 133 III 439 E. 3.3 S. 445; je mit Hinweisen). Eine solche Anfechtung war dem Beschwerdeführer offensichtlich möglich. Eine Verletzung der Begründungspflicht als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) liegt somit ebenfalls nicht vor.

4.3.4. Die Vorinstanz hat zu Recht unterschieden zwischen der internationalen Zuständigkeit und der örtlichen Zuständigkeit innerhalb der Schweiz.

4.3.4.1. Ihre Folgerung, dass mangels konkreter Anhaltspunkte für eine spezifische Bedeutung des Handelsgerichts nicht anzunehmen ist, es wäre ohne Vereinbarung hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit auch von einer Regelung der internationalen und örtlichen Zuständigkeit (oder gar dem Vertragsschluss insgesamt) abgesehen worden, ist nicht zu beanstanden. Abgesehen davon, dass wie dargelegt in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen ist, die Klausel sei *tel quel* vereinbart worden, ist auch zu berücksichtigen, dass der Vertrag den Verkauf einer Wohnung in der Schweiz betraf. Es ist naheliegend, dass hierfür ein schweizerischer Gerichtsstand gewählt wird, kann doch gerade bei Streitigkeiten über solche Verkaufsgeschäfte die Kenntnis der örtlichen Verhältnisse eine Rolle spielen. Hinzu kommt, dass die Parteien schweizerisches Recht als materiell anwendbar bezeichneten. Es ist somit davon auszugehen, dass die Parteien hypothetisch jedenfalls die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte vereinbart hätten. Das genügt für die (Teil-) Gültigkeit der Klausel. Die Bezeichnung bloss der internationalen Zuständigkeit reicht, damit eine rechtswirksame Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ vorliegt. Art. 23 LugÜ schreibt keine Koppelung von Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit und die örtliche Zuständigkeit vor. Es kann ein Vertragsstaat als international zuständig erklärt werden, ohne dass das örtlich zuständige Gericht festgelegt wird. In einem solchen Fall greifen die nationalen Zuständigkeitsregeln für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit, wobei das nationale Recht eine Zuständigkeit zur Verfügung stellen muss (KILLIAS, a.a.O., N. 53 zu Art. 23 LugÜ; GROLIMUND,

a.a.O., N. 39 zu Art. 23 LugÜ; GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N. 145 f. zu Art. 23 EuGVVO).

4.3.4.2. Fraglich ist aber, ob mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, die Parteien hätten sich hypothetisch auf die innerstaatliche Zuständigkeit des Kantons Zürich geeinigt. Sie begründet dies damit, dass die Parteien das Handelsgericht des Kantons Zürich " (und nicht eines anderen Handelsgerichtskantons) vereinbart" hätten. Ausserdem weist sie darauf hin, damit hätten beide Parteien auf ihren Heimatgerichtsstand verzichtet, der beim Beschwerdeführer in Monaco und bei der Beschwerdegegnerin in Pfäffikon/Schwyz liege.

Aus der Tatsache, dass im Vertragstext nicht beispielsweise das Handelsgericht des Kantons St. Gallen vorgesehen war, lässt sich nicht umgekehrt ableiten, die Parteien hätten sich hypothetisch auf den Kanton Zürich geeinigt. Die entscheidende, von der Vorinstanz aber nicht gestellte Frage ist nämlich: Hätten die Parteien bei Kenntnis der fehlenden Möglichkeit, ein Handelsgericht zu vereinbaren, von dem es in einem Kanton höchstens eines gibt, gleichwohl lediglich die innerstaatliche Zuständigkeit eines ganzen Kantons vorgesehen, der mehrere sachlich zuständige, erstinstanzliche Gerichte umfasst, oder hätten sie sich diesfalls auf ein bestimmtes örtliches erstinstanzliches Gericht innerhalb oder ausserhalb dieses Kantons geeinigt? Orientiert man sich am Denken und Handeln von vernünftigen und redlichen Vertragspartnern (vgl. E. 4.1.1 hiervor), ist die Frage in zweitem Sinne zu beantworten. Gerichtsstandsvereinbarungen sollten möglichst eindeutig sein, um unnötige Diskussionen bereits über Eintretensfragen im Streitfall zu vermeiden. Es ist daher davon auszugehen, dass sich vernünftige Parteien im hypothetischen Fall auf ein bestimmtes örtliches Gericht geeinigt hätten und nicht auf einen ganzen Kanton oder gar noch unbestimmter auf die gesamte Schweiz. Dass dies das Bezirksgericht Zürich gewesen wäre, zu dem überhaupt kein Bezugspunkt besteht, ist zu verneinen. Viel naheliegender wäre die Einigung auf das Bezirksgericht Meilen, in dessen Bezirk die zu verkaufende Wohnung liegt, oder der Gerichtsstand am Sitz der Beschwerdegegnerin in Pfäffikon/Schwyz gewesen. Die Beschwerdegegnerin hat mit der von ihr redigierten Gerichtsstandsklausel gezeigt, dass sie bereit war, auf ihren Sitzgerichtsstand zu verzichten. Andererseits wäre es im Interesse des Beschwerdeführers gewesen, nicht das Gericht am Sitz der Beschwerdegegnerin zu wählen, zumal wie bereits erwähnt, die Parteien hätten davon ausgehen können, dass das Bezirksgericht Meilen die Lage auf dem örtlichen Wohnungsmarkt, die bei einem Mäklervertrag allenfalls eine Rolle spielen kann, besser kennt. Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Parteien im hypothetischen Fall auf das Bezirksgericht Meilen geeinigt hätten. In diesem Sinn ist ihre Gerichtsstandsvereinbarung auszulegen, womit auf die Klage beim Bezirksgericht Zürich nicht einzutreten ist.

5.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Februar 2017 wird aufgehoben und auf die Klage wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dem Beschwerdeführer wird der bei der Bundesgerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 2'500.-- zurückerstattet.

5.

Die Sache wird zur Regelung der Kosten und Entschädigung für das kantonale Verfahren an das Obergericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. September 2017

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Lüthi