



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Ivo Eltschinger, Dr. h.c. Stephan Weber und Thomas Klein sowie die Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

Beschluss vom 5. Dezember 2018

in Sachen

A1._____ GmbH,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend Forderung

Rechtsbegehren der Klägerin:
(act. 1 S. 2)

1. *Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 150'000.00 zu bezahlen zuzüglich Zins zu 5% p.a.:*
 - a.) *auf den Betrag von EUR 76'568.00 seit dem 02.06.2016 (eventualiter seit dem 19.07.2016), und*
 - b.) *auf den Betrag von EUR 38'332.00 seit dem 25.06.2016 (eventualiter seit dem 19.07.2016), und*
 - c.) *auf den Betrag von EUR 35'100.00 seit dem 23.06.2016 (eventualiter seit dem 19.07.2016).*
2. *Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.*

Anträge der Klägerin:
(act. 16 S. 2)

1. *Der Antrag der Beklagten, es sei auf die Klage vom 22. Januar 2018 nicht einzutreten, sei abzulehnen.*
2. *Der Eventualantrag der Beklagten, es sei das vorliegende Verfahren bis zum Entscheid des Handelsgerichts Paris über seine Zuständigkeit im Verfahren zwischen den gleichen Parteien, welches mit Zustellungsgesuch vom 3. November 2011 [recte: 2017] eingeleitet worden ist, zu sistieren, sei abzulehnen.*
3. *Es sei der Beklagten eine kurze Frist für die Erstattung einer einlässlichen Klageantwort anzusetzen.*
4. *Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.*

Anträge der Beklagten:
(act. 12 S. 3)

Es sei der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abzunehmen und auf die Klage vom 22. Januar 2018 nicht einzutreten;

eventualiter sei der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abzunehmen und das vorliegende Verfahren bis zum Entscheid des Handelsgerichtes Paris über seine Zuständigkeit im Verfahren zwischen den gleichen Parteien, welches mit Zustellungsgesuch vom 3. November 2011 eingeleitet worden ist, zu sistieren;

subeventualiter sei der Beklagten Frist für die Erstattung einer einlässlichen Klageantwort anzusetzen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Geänderte Anträge der Beklagten:
(act. 20 S. 2)

Es sei auf die Klage vom 22. Januar 2018 nicht einzutreten;

eventualiter sei das vorliegende Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens beim Handelsgericht Paris zwischen den gleichen Parteien, welches mit Zustellungsgesuch vom 3. November 2017 eingeleitet worden ist, zu sistieren;

subeventualiter sei der Beklagten Frist für die Erstattung einer einlässlichen Klageantwort anzusetzen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 22. Januar 2018 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts ihre Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 24. Januar 2018 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 12'000.- angesetzt (act. 4). Nach Eingang des Kostenvorschusses (act. 6) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 6. Februar 2018 Frist zur Erstattung der Klageantwort und Bezeichnung eines Zustellungsdomizils angesetzt (act. 7). Mit Eingabe vom 20. September 2018 beantragte die Beklagte Abnahme der Frist zur Erstattung der Klageantwort und stellte den Antrag, es sei auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht einzutreten, eventualiter sei das Verfahren zu sistieren (act. 12). Mit Verfügung vom 25. September 2018 wurde das Doppel der Eingabe der Klägerin zugestellt und ihr Frist angesetzt, um sich zur Einrede der Unzuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich zu äussern. Die Nachfrist zur Erstattung einer umfassenden Klageantwort wurde der Beklagten einstweilen noch nicht angesetzt (act. 14). Am 13. Oktober 2018 reichte die Klägerin ihre Stellungnahme ein (act. 16). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2018 wurde der Beklagten das Doppel der klägerischen Stellungnahme zugestellt und Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 18). Am 1. November 2018 erstattete die Beklagte ihre Stellungnahme (act. 20), die am 5. November 2018 an die Klägerin ging (Prot. S. 9). Am 13. November 2018 reichte die Klägerin eine Stellungnahme ein (act. 22). Mit Eingabe vom 14. November 2018 übermittelte die Klägerin dem Gericht eine korrigierte Version der Stellungnahme (act. 24 und 25). Am 1. Dezember 2018 (Datum Poststempel) ging eine weitere Eingabe der Klägerin ein (act. 26). Es kann offengelassen werden, ob die Eingabe den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO genügt, da, wie zu zeigen sein wird, die Frage, ob C. _____ bloss Verkaufsmitarbeiter oder mehr war, offen gelassen werden kann.

2. Prozessgegenstand

Die Klägerin stützt die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich auf eine in ihren Allgemeinen Verkaufsbedingungen enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung. Die Beklagte erachtet demgegenüber die im Rahmenvertrag enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung für massgebend, weshalb das angerufene Gericht örtlich unzuständig sei.

3. Prozessvoraussetzungen

Die Klägerin hat ihren Sitz in der Schweiz und die Beklagte in Frankreich. Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Da sowohl die Schweiz als auch Frankreich Vertragsstaaten des Lugano Übereinkommens (SR 0.275.11, fortan LugÜ) sind, kann die Beklagte mit Sitz in Frankreich – vorbehältlich einer anderslautenden und Art. 23 LugÜ entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung oder einer beklag-tischen Einlassung – gemäss Art. 2 LugÜ an ihrem Sitz sowie gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ am Erfüllungsort verklagt werden.

Das Gericht wendet sein eigenes Prozessrecht an (lex fori), somit die schweizerischen Zivilprozessordnung. Danach tritt das Gericht auf eine Klage nur ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, worunter u.a. die örtliche Zuständigkeit fällt (Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. b ZPO). Bei der Gültigkeit einer Gerichtsstandsklausel handelt es sich um eine einfachrelevante Tatsache (Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2016 [4A_368/2016] E. 2.2.). Die Prüfung erfolgt von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Die amtswegige Prüfung der Prozessvoraussetzungen enthebt die Parteien jedoch weder der Beweislast noch davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken (vgl. Art. 160 ZPO) und dem Gericht das in Betracht fallende Tatsachenmaterial zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen. Dabei hat die klagende Partei die Tatsachen vorzutragen und zu belegen, welche die Zulässigkeit ihrer Klage begründen, die beklagte Partei diejenigen Tatsachen, welche sie angreifen (BGE 139 III 278 E. 4.3 m.w.N.). Mit anderen Worten hat die klagende Partei, die die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts behauptet, die objektive Beweislast zu tragen, weil die Zuständigkeit eine positive

Prozessvoraussetzung ist (WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich 2012, S. 240).

Auf die Vorbringen der Parteien wird nur insoweit eingegangen, als diese zur Entscheidungsfindung wesentlich sind.

4. Parteivorbringen

4.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin erachtet das angerufene Gericht aufgrund der in ihren Allgemeinen Verkaufsbedingungen (fortan AVB) in Art. 10 vereinbarten Gerichtsstandsvereinbarung für örtlich zuständig (act. 1 Rz. 4). Zur Begründung führt sie aus, dass C._____ (fortan C._____), Chef de Marché der Beklagten, am 27. Februar 2012 und am 2. März 2015 die AVB der Klägerin zur Anerkennung gegengezeichnet habe. Beide AVB würden einen handschriftlichen Vorbehalt betreffend Schreiben vom 20. Februar 2012 enthalten. Der Vorbehalt beziehe sich aber nicht auf die Gerichtsstandsvereinbarung oder das anwendbare Recht (act. 1 Rz. 4 und 4). C._____ habe diese unterzeichnet, da ab 2012 gewisse Lieferungen von Holzverbundstoffprodukten an die Beklagte durch die Klägerin erfolgt seien; vormals seien solche Lieferungen durch die französische Gesellschaft D._____ Sàrl (die wie die Klägerin zur A._____ -Gruppe gehöre) erfolgt (act. 1 Rz. 12).

Zwecks Regelung der Zusammenarbeit hätten die Parteien einen Rahmenvertrag abgeschlossen, den die Beklagte am 24. Januar 2012 unterzeichnet habe. Die Klägerin habe diesen später im Zusammenhang mit der Priorität der AGB unterzeichnet. E._____ (fortan E._____) von der Klägerin habe im Zusammenhang mit der Unterzeichnung des Rahmenvertrags mit C._____ Kontakt aufgenommen und sich auf gewisse logistische Angelegenheiten im Rahmenvertrag bezogen. Zudem habe er verlangt, dass wie in den Vorjahren die AVB der Verkäuferin zur Anwendung kommen würden (act. 16 Rz. 12 mit Hinweis auf act. 13/7). C._____ habe darauf mit dem Schreiben vom 22. Februar 2012 reagiert. Er habe auch die AVB der Verkäuferin am 22. Februar 2012 unterzeichnet, versehentlich aber diejenigen der D._____ Sàrl, worin Gerichtsstand Strasbourg und die Anwendbarkeit franzö-

sischen Rechts vorgesehen gewesen sei. Die Parteien hätten den Irrtum bemerkt, woraufhin C._____ am 27. Februar 2012 die AVB der Klägerin unterzeichnet habe (act. 16 Rz. 12 mit Hinweis auf act. 17/22).

C._____ sei nicht irgendein Verkaufsmitarbeiter, sondern "Chef de Marché ..." der Beklagten und damit befugt gewesen, in eigener Kompetenz über AVB im Verhältnis zu Lieferanten zu verfügen. Bereits in früheren Jahren habe er die AVB der D._____ Sàrl akzeptiert (act. 16 Rz. 13).

Es treffe nicht zu, dass die Parteien am 20. Januar 2015 einen weiteren Rahmenvertrag abgeschlossen hätten. E._____ habe den Vertrag für die Klägerin unterzeichnet und das unterzeichnete Exemplar der Beklagten zur Gegenzeichnung zugestellt. Dieses Exemplar sei der Klägerin aber nie retourniert worden, womit der Vertrag nicht zustande gekommen sei (act. 16 Rz. 15). Mit Ablauf des Jahres 2014 habe der "Accord Commercial No. 110972" geendet (act. 16 Rz. 16). Am 2. März 2015 seien von Seiten der Beklagten (durch C._____) die AVB erneut als anwendbar erklärt worden, worin die Gerichtsstandsklausel zugunsten der Gerichte am Sitz der Klägerin und die Anwendung schweizerischen Rechts enthalten sei (act. 16 Rz. 17). Eine spätere Gerichtsstandsvereinbarung sei nicht verabredet worden (act. 16 Rz. 19; act. 25 Rz. 16).

4.2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte bestreitet, dass die Parteien die in den AVB der Klägerin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung vereinbart hätten. Im Gegenteil hätten sie im Rahmenvertrag sowie den Rahmenverträgen für die Folgejahre – letztmals im Jahr 2015 – selbst eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des Handelsgerichts in Paris getroffen und das Vertragsverhältnis französischem Recht unterstellt (act. 12 Rz. 10 f.). Es treffe zu, dass C._____ die AVB der Klägerin am 27. Februar 2012 unterzeichnet habe; es sei aber ausdrücklich das Schreiben vom 20. Februar 2012 vorbehalten worden. Es handle sich um ein Schreiben von der Klägerin an die Beklagte, worin die Klägerin festhalte:

"[...] je ne peux souscrire aux conditions logistiques et d'approvisionnement proposées [...]"

Damit habe die Klägerin gegenüber der Beklagten klar gemacht, dass sie für die Bereiche Logistik und Bezahlung von den Bestimmungen im Rahmenvertrag vom 24. Januar 2012 habe abweichen wollen. Daher habe die Beklagte sich in der Folge mit Schreiben vom 22. Februar 2012 bloss zu Regelungen der Logistik und der Bezahlung geäußert. Die anderen Bestimmungen hätten die Parteien nicht ändern wollen; dies gelte insbesondere auch für die Gerichtsstandsklausel zugunsten des Handelsgerichts in Paris (act. 12 Rz. 25). Dass die Parteien nicht von den Regelungen der Rahmenverträge, insbesondere auch der Gerichtsstandsklausel hätten abweichen wollen, werde dadurch belegt, dass die Parteien am 27. Februar 2013, 5. Februar 2014 und 20. Januar 2015 neue Rahmenverträge ohne jeden Vorbehalt unterzeichnet hätten (act. 12 Rz. 26). Erst am 2. März 2015 seien ein zweites Mal die AVB der Klägerin unterzeichnet worden, seitens der Beklagten sei aber erneut der Vorbehalt gemäss dem klägerischen Schreiben vom 20. Februar 2012 gemacht worden. Damit hätten erneut die Bestimmungen des Rahmenvertrags gegolten und nur für die Bereiche Logistik und Bezahlung habe man eine andere abweichende Vereinbarung getroffen (act. 12 Rz. 27; act. 20 Rz. 23).

Zudem handle es sich bei C._____, der für die Beklagte die AVB unterzeichnet habe, um einen Verkaufsmitarbeiter, der die Beklagte nicht in Abweichung der Rahmenverträge habe binden können (act. 12 Rz. 28; act. 20 Rz. 24). Es werde bestritten, dass E._____ den Rahmenvertrag nicht am 24. Januar 2012 unterzeichnet habe, denn auf dem Vertrag sei dieses Datum und kein anderes vermerkt (act. 20 Rz. 18). Ohnehin habe E._____ von der Klägerin der Beklagten den unterzeichneten Rahmenvertrag bereits am 20. Februar 2012 zugesandt (act. 20 Rz. 19). Die Parteien hätten den Rahmenvertrag grundsätzlich auf der Grundlage der AVB von D._____ und der Klägerin ausgearbeitet und sich bewusst für einen anderen Gerichtsstand sowie die Anwendbarkeit des französischen Rechts entschieden (act. 20 Rz. 20). Der Rahmenvertrag enthalte spezifische Bestimmungen und gehe daher ohnehin den AVB der Klägerin vor. Hinzu komme, dass die Rahmenverträge 2013, 2014 und 2015 jeweils in der Präambel folgenden ausdrücklichen Hinweis enthielten (act. 20 Rz. 21; act. 13/2-4):

"[...] par dérogation ou en complément des conditions générales de vente du Fournisseur."

Mit Schreiben der Klägerin vom 20. Februar 2012 habe die Klägerin der Beklagten zwei von der Klägerin unterzeichnete Vertragsdokumente zugestellt: Einerseits den Rahmenvertrag und andererseits den "Accord Commercial Régional". Der Rahmenvertrag für das Jahr 2015 sei rechtsgültig abgeschlossen worden; zudem sei ein Widerspruch nicht behauptet (act. 20 Rz. 28).

5. Rechtliches

5.1. Anwendbares Recht

5.1.1. Die von Amtes wegen zu erfolgende Prüfung der örtlichen Zuständigkeit setzt eine Auseinandersetzung mit den zwei unbestrittenermassen abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarungen voraus. Um bestimmen zu können, ob und wenn ja, welche Gerichtsstandsvereinbarung vorliegend zum Tragen kommt, muss der Vertragsschluss genauer analysiert und der Vertrag ausgelegt werden. Dies erfolgt regelmässig nach der *lex causae* und nicht vertragsautonom nach dem LugÜ (hierzu auch Urteil des Bundesgerichts vom 7. August 2001 [4C.163/2001 E. 2b]; bestätigt mit Urteil vom 17. Juli 2012 [4A.177/2012 E. 3.3.] sowie dem kürzlich ergangenen BGE 143 III 558 E. 4.1.). Schwierig wird die Bestimmung des anwendbaren Rechts, wenn zwei Gerichtsstandsklauseln vorliegen und – wie hier – zwei verschiedene anwendbare Rechte in Frage kommen. Denn isoliert die AVB der Klägerin betrachtet, haben die Parteien die Anwendung schweizerischen Rechts unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts vereinbart (act. 3/4, Art. 11). Dem Standpunkt der Beklagten folgend haben die Parteien im Rahmenvertrag jedoch die Anwendung des französischen Rechts vereinbart (act. 13/4 Art. 10). Letzteres hätte die Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts zur Folge (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, SR 0.221.211.1, fortan CISG). Die Bestimmung der massgeblichen Gerichtsstandsklausel bedingt eine Auseinandersetzung mit dem Vertragsabschluss sowie eine Auslegung. Da Rechtswahlklauseln, die auch für die Gerichtsstandsklausel massgebend sind, in der Regel nach dem gewählten Recht auszulegen sind (für die Schweiz vgl. Art. 116 Abs. 2 IPRG) und zwei Rechts-

wahlklauseln (schweizerisches Recht vs. CISG) vorliegen, dreht man sich gewissermassen im Kreis.

5.1.2. Vorliegend ist der Rückgriff auf das anwendbare Recht – wie noch zu zeigen sein wird – in Bezug auf die Vertragsschlussfrage (Antrag und Annahme) sowie die Battle-of-forms-Problematik notwendig. Es drängt sich daher eine Auseinandersetzung mit den für den vorliegenden Streitfall massgebenden Bestimmungen auf.

Das schweizerische Recht regelt Antrag und Annahme in Art. 3 ff. OR (vgl. auch Art. 123 IPRG). Gemäss Art. 6 OR gilt ein Vertrag als geschlossen, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Diesfalls gilt ein Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Individualabreden gehen Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Zürich 2014, N 1131). Die Problematik, wie vorzugehen ist, wenn die Vertragsparteien jeweils ihre eigenen Allgemeinen Bedingungen für anwendbar halten (sog. battle of the forms), ist umstritten. Vertreten werden die Theorie des letzten Wortes (sog. last-shot-rule) sowie das Prinzip des partiellen Dissenses (sog. knock-out-rule). In der Schweiz vorherrschend ist letztere Theorie, wonach die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn es sich um keinen wesentlichen Vertragspunkt handelt – was zu vermuten ist –, zur Anwendung gelangen, soweit sie miteinander übereinstimmen. Dagegen sind Bedingungen, die sich widersprechen, insoweit nicht anwendbar (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, a.a.O., N 1130a).

Würde man hingegen das französische Recht anwenden, welches zum CISG führt, so ergäbe sich folgendes Bild: Antrag und Annahme richten sich nach Art. 14 ff. CISG. Art. 18 CISG hält fest, dass eine Erklärung oder ein sonstiges Verhalten des Empfängers, das eine Zustimmung zum Angebot ausdrückt, eine Annahme darstellt, nicht hingegen Schweigen oder Untätigkeit allein. Das Wort "allein" lege aber schon nahe, dass Schweigen in Verbindung mit anderen Umständen durchaus Erklärungsbedeutung zukommen könne (SCHROETER, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, München

2013, N 9 zu Art. 18). Individualabreden gehen auch bei Anwendung des Wiener Kaufrechts den allgemeinen Geschäftsbedingungen vor (SCHMIDT-KESSEL, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, N 58 zu Art. 8 CISG). Gemäss Art. 19 Abs. 3 CISG werden Ergänzungen oder Abweichungen, die sich insbesondere auf die Beilegung von Streitigkeiten beziehen, als wesentliche Änderungen der Bedingungen des Angebots angesehen. Es handelt sich dabei aber um eine widerlegbare Auslegungsregel (SCHROETER, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, N 8b zu Art. 19 CISG). Darunter fallen beispielsweise Gerichtsstands- sowie Rechtswahlklauseln (SCHROETER, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, N 8 f. zu Art. 19 CISG). Rechtsfolge wesentlicher Abweichungen ist die Ablehnung des Angebots und eine Gegenofferte, die ihrerseits angenommen werden kann (SCHROETER, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, N 11 zu Art. 19 CISG). Die Problematik des letzten Wortes ist freilich vor allem bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegeben, die als Sonderproblem zu behandeln sind (SCHROETER, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, N 12 zu Art. 19 CISG). Die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen führt fast unweigerlich zu Differenzen (SCHROETER, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, N 19 zu Art. 19 CISG). Das CISG enthält keine den "battle of the forms" regelnde Bestimmung. Wiederum finden sich Anhänger der last-shot- als auch der knock-out-rule. Vertreten wird auch ein generelles Scheitern des Vertragsschlusses. Vereinzelt wird auch ein Rückgriff auf das nationale Recht für möglich gehalten. Als ganz herrschend wird – obwohl aufgrund des Wortlauts von Art. 19 CISG mit erhöhtem argumentativem Aufwand verbunden –, die knock-out-rule vertreten. Sie hat sich auch in anderen Einheitsrechtsprojekten als mittlerweile ganz herrschend herauskristallisiert (SCHROETER, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, N 19 ff. zu Art. 19 CISG).

5.1.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Grundregeln des Vertragsschlusses sowie der Auslegung des schweizerischen Rechts sowie des Wiener Kaufrechts – soweit vorliegend relevant – in weiten Teilen übereinstimmen. Wie noch zu zeigen sein wird, würden isoliert betrachtet die sich stellenden Fragen ungeachtet des anwendbaren Rechts zum selben Ergebnis führen. Letztlich kann damit die Frage, welches Recht zur Bestimmung des anwendbaren Rechts anzu-

wenden ist, als auch die Frage, nach welchem Recht die Auslegung zu erfolgen hat, die schliesslich zum Resultat führt, ob und wenn ja, welche Gerichtsstandsklausel anzuwenden ist, offen bleiben, selbst wenn mit guten Gründen vertreten werden könnte, dass das Gericht in einem solchen Fall sein eigenes Recht anwendet.

5.2. AVB vom 2. März 2015 (act. 3/4) /

Rahmenvertrag vom 20. Januar 2015 (act. 13/4)

5.2.1. Die Klägerin verlangt für im Jahr 2015 und 2016 von der Beklagten getätigte Bestellungen die Begleichung ausstehender Zahlungen. Die Parteien haben im Zusammenhang mit ihrer geschäftlichen Beziehung mehrere Rahmenverträge sowie zwei Versionen der AVB der Klägerin unterzeichnet. Keine der Parteien macht geltend, dass sie nach dem Jahr 2015 einen weiteren Rahmenvertrag abgeschlossen hätten. Ob die in den AVB der Klägerin enthaltene Gerichtsstandsklausel vom 2. März 2015 zugunsten des hiesigen Gerichts anwendbar ist, hängt davon ab, in welchem Verhältnis diese Klausel zur im Rahmenvertrag für das Jahr 2015 abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung steht.

Die AVB der Klägerin wurden unstrittig von C._____ von der Beklagten am 2. März 2015 unterzeichnet (act. 3/4). Unbestrittenermassen wurde auch der Rahmenvertrag vom 20. Januar 2015 von beiden Parteien unterzeichnet (act. 13/4). Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass sie das Rahmenvertrags-exemplar 2015 unterzeichnet und der Beklagten zur Unterzeichnung zugestellt hat. Ebenso bestreitet die Klägerin nicht, dass die Beklagte den Rahmenvertrag gegengezeichnet hat. Die Klägerin stellt sich einzig auf den Standpunkt, dass ihr die Annahmeerklärung der Beklagten nicht zugegangen sei (act. 16 Rz. 15). Selbst wenn die Beklagte dieses Exemplar in der Folge nicht an die Klägerin retourniert haben sollte (was offen bleiben kann), würde dies das Zustandekommen des Rahmenvertrags nicht hindern: Beide Parteien haben in der Folge ihre Geschäftsbeziehung weiter gelebt, wie die vorliegende Streitigkeit beweist, ohne dass die Klägerin auf einem unterzeichneten Exemplar beharrt hätte. Damit würde im Verhalten der Beklagten zumindest eine konkludente Annahme liegen. Zu-

sammenfassend ist festzuhalten, dass der Rahmenvertrag vom 20. Januar 2015 zustande gekommen ist.

Gemäss Art. 6 des Rahmenvertrags vom 20. Januar 2015 ist dieser befristet bis zum 31. Dezember 2015 und dauert längstens bis zum 28. Februar 2016 fort. Da sämtliche drei Bestellungen, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, vor dem 28. Februar 2016 getätigt wurden, fallen sie grundsätzlich ohne weiteres unter den Rahmenvertrag. Der Rahmenvertrag enthält folgende Bestimmung (act. 20 Rz. 21, act. 13/4 S. 1):

" Le présent Accord constitue les conditions particulières par lesquelles les Parties cherchent à dynamiser la commercialisation des Produits du Fournisseur, par ~~dérogation~~ ou en complément des conditions générales de vente du Fournisseur."

Zudem findet sich im selben Dokument unter Art. 10 (direkt vor der Unterschriftenzeile) eine Gerichtsstandsklausel zugunsten des Handelsgerichts von Paris (act. 13/4 S. 5).

Soweit die Klägerin einen Vorrang ihrer allgemeinen Bedingungen, die auch eine Gerichtsstandsklausel und eine Rechtswahlklausel enthalten, geltend machen will, so kann dem nicht gefolgt werden. Selbst wenn in früheren Verträgen mit anderen Parteien solches gelehrt worden wäre, entscheidend für die streitgegenständliche Forderung ist in erster Linie der Wortlaut des Vertrags vom 20. Januar 2015, der das Ergebnis von Vertragsverhandlungen ist. Darin findet sich nun aber in der Präambel wie gezeigt kein Vorrang der klägerischen AVB, vielmehr sollen – wie eingangs zitiert – die im Rahmenvertrag enthaltenen Bestimmungen anwendbar sein und die AVB der Klägerin nur ergänzend Anwendung finden. Mit dieser Präambel drücken die Parteien nun aber gerade gemeinsam aus, wie sie die Rangfolge sehen. Im Übrigen spricht auch für die Spezialität des Rahmenvertrags, dass teilweise Bestimmungen durchgestrichen oder handschriftliche Ergänzungen angebracht worden sind. Die Bestimmungen stellen folglich das Ergebnis von Vertragsverhandlungen und keine allgemeinen Geschäftsbedingungen dar.

Es mag zwar zutreffen, dass C. _____ die AVB (inklusive der Gerichtsstandsvereinbarung, worauf die Klägerin die vorliegende Klage stützt), nach dem Abschluss

des Rahmenvertrags – nämlich am 2. März 2015 – unterzeichnete. Dem zeitlichen Element vermag aber angesichts der von den Parteien vereinbarten Rangfolge keine entscheidende Bedeutung zuzukommen.

Auch der in den AVB unbestrittenermassen enthaltene handschriftliche Vorbehalt führt zu keinem anderen Ergebnis: Die Parteien sind sich zwar uneins, ob die E-Mail vom 20. Februar 2012 oder der Brief vom 22. Februar 2012 vorbehalten wurde (act. 16 Rz. 25 Fn 1; act. 20 Rz. 38). Dies ist aber letztlich nicht entscheidend. Massgebend ist, dass sich nirgends eine explizite Vereinbarung eines Vorbehalts der AVB der Klägerin entnehmen lässt. Die Klägerin schlug zwar unstrittig vor, man solle doch ihre AVB anwenden. Die Beklagte nahm auf diesen Vorschlag Bezug, verwarf ihn aber zumindest implizit und schlug gewisse Änderungen, die zwischen den Parteien Gegenstand der Vertragsgespräche bildeten, vor. Dabei hatte es in der Folge auch sein Bewenden. Es kann folglich nicht gesagt werden, dass die Parteien mit dem handschriftlichen Vorbehalt den Vorrang der klägerischen AVB vereinbart hätten, ist es doch letztlich bei einer nicht angenommenen Offerte geblieben. Wie eingangs dargelegt, haben die Parteien vielmehr eine ergänzende Anwendung der AVB der Klägerin vereinbart. Damit kann die Frage, ob C. _____ überhaupt für die Beklagte zeichnungsberechtigt war, offen gelassen werden.

Die in den AVB der Klägerin erwähnte Rechtswahl und Gerichtsstandsklausel gelangen somit nicht zur Anwendung.

5.2.2. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass beide Gerichtsstands- sowie beide Rechtswahlklauseln Vertragsinhalt geworden wären – was wie gesagt nicht der Fall ist –, würde ein Fall von zwei sich gegenseitig ausschliessenden Allgemeinen Bedingungen vorliegen. Damit würde ein partieller Dissens vorliegen und keine der zwei Gerichtsstandsklauseln bzw. Rechtswahlklauseln wäre vereinbart worden. Diesfalls würde sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen und damit, da die Beklagte nicht Sitz in der Schweiz hat (vgl. Art. 2 LugÜ), nach Art. 5 LugÜ richten. Da der Erfüllungsort im vorliegenden Fall unstrittig in Frankreich lag, wäre jedenfalls ein Erfüllungsort in der Schweiz – und damit eine Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte – ohnehin zu verneinen.

5.2.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich zur Beurteilung der Klage örtlich nicht zuständig ist. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich Ausführungen dazu, ob die vorliegende Streitigkeit mit derjenigen vor dem Handelsgericht in Paris i.S.v. Art. 28 LugÜ in Zusammenhang steht. Auf die Klage ist nicht einzutreten.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Klägerin vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

Ausgehend vom von der Klägerin angegebenen Streitwert von CHF 176'040.– (vgl. act. 1 Rz. 7), der von der Beklagten unwidersprochen blieb (vgl. act. 12), beträgt die streitwertabhängige, ordentliche Gerichtsgebühr (vgl. § 4 Abs. 1 GebVOG) rund CHF 12'000.–. Unter Berücksichtigung des Aufwands des Gerichts, der durchschnittlichen Schwierigkeit des Falls wie auch der Verfahrenserledigung ohne Anspruchsprüfung ist diese auf CHF 5'000.– zu reduzieren, der Klägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (vgl. Art. 111 ZPO).

Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt – ausgehend von einem Streitwert von CHF 176'040.– rund CHF 15'000.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Grundgebühr entsteht indes erst mit Erarbeitung der Klagebegrün-

dung bzw. der Klageantwort (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend nahm die Beklagte in zwei Eingaben Stellung zur Frage der örtlichen Zuständigkeit, verfasste aber keine "einlässliche" Klageantwortsschrift. Unter Berücksichtigung der Verantwortung (der vorliegende Entscheid erforderte u.a. eine Rüge der fehlenden örtlichen Zuständigkeit) und des Zeitaufwands (vgl. § 4 Abs. 2 AnwGebV) sowie der (streitwertabhängigen) ordentlichen Parteientschädigung nach § 4 Abs. 1 AnwGebV in einem solchen Fall, ist die Parteientschädigung auf CHF 6'000.– festzusetzen (vgl. auch § 11 Abs. 2 AnwGebV). Somit ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 22 bis 27.
6. 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). Der Streitwert beträgt CHF 176'040.–.

Zürich, 5. Dezember 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann