

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV220016-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
die Oberrichterinnen Dr. D. Scherrer und lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiberin MLaw I. Aeberhard

Urteil vom 16. März 2023

in Sachen

A._____ SpA,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwalt MLaw
X2._____

gegen

B._____ International AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Fürsprecher Y1._____ und / oder
Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts Audienz am Bezirks-
gericht Zürich vom 18. November 2022 (EZ220031-L)**

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Mit Beschluss vom 14. Februar 2022 verbot das Handelsgericht des Kantons Zürich (nachfolgend: Handelsgericht) der Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) als vorsorgliche Massnahme diverse Produktions- und Vertriebshandlungen bezüglich der ...-systeme C._____ und C._____ XL (kombinierte ...- und ...-Systeme mit Abrasiv-Behältern). Zudem wurde die Gesuchsgegnerin für die Dauer des Verfahrens verpflichtet, jegliche Kommunikation, Informationen und Materialien über die ...-systeme C._____ und C._____ XL auf den Internetpräsenzen der Gesuchsgegnerin zu entfernen und auf diversen Webseiten entfernen zu lassen. Für beide Anordnungen drohte das Handelsgericht der Gesuchsgegnerin an, dass die Gesuchsgegnerin bei Zuwiderhandlung mit einer Ordnungsbusse von Fr. 1'000.– pro Tag gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO und die Organe der Gesuchsgegnerin mit Busse bis Fr. 10'000.– gemäss Art. 292 StGB bestraft werden können (Urk. 4/1 S. 68 ff.). Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) ersuchte das Handelsgericht mit Eingabe vom 22. August 2022 um Vollstreckung der angeordneten Massnahmen und Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, ihre selbstständigen Vertriebspartner über ihr Vertriebsverbot schriftlich zu informieren (Urk. 4/2 S. 2). Das Handelsgericht trat auf das Vollstreckungsgesuch nicht ein (Urk. 4/2 S. 4).

2.1. Die Gesuchstellerin stellte am 16. September 2022 beim Bezirksgericht Zürich ein Vollstreckungsgesuch mit folgenden Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

"(1) Es sei die Gesuchsgegnerin mit einer Ordnungsbusse von CHF 1'000, eventualiter mit einem nach Ermessen des Gerichts festzusetzenden Betrag, pro Tag der Nichterfüllung vom 14. Juni 2022 bis zum 16. September 2022 und je separat für die Verletzung des (i) Verbots der Herstellung; (ii) Verbots des Anbietens; (iii) Verbots des Verkaufes; (iv) Verbots des Anbietens durch Dritte; (v) Verbots des Bewerbens durch Dritte und (vi) Verbots des Verkaufes durch Dritte gemäss Androhung in Ziff. 2 des Dispositivs des Massnahmenentscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 2022 zu bestrafen.

- (2) *Es sei die Gesuchgegnerin mit einer der Höhe nach durch das Ermessen des Gerichts festzusetzenden Ordnungsbusse, pro Tag der Nichterfüllung vom 15. Februar 2022 bis zum 13. Juni 2022 für die mehrfache Verletzung der Verpflichtung zur Entfernung der Kommunikationen, Informationen und Materialien über die ...-systeme C._____ und C._____ XL, namentlich die Publikationen auf den Webseiten (i) www.D._____.com/... und (ii) https://E._____.de/... sowie auf der Website der Gesuchgegnerin (iii) https://www.B._____.com/... gemäss Androhung in Ziff. 3 des Dispositivs des Massnahmenentscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 2022 zu bestrafen.*
- (3) *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchgegnerin."*

Die Vorinstanz ging unter Verweis auf Urk. 1 S. 13 Rz. 39 von einem weiteren Rechtsbegehren aus (Urk. 15 S. 2 = Urk. 20 S. 2):

"(3) Die Gesuchsgegnerin sei über die handelsgerichtliche Anordnung hinaus zu verpflichten, weltweit aktiv über das vorhandene Vertriebsverbot der C._____ -Produktlinie zu informieren."

2.2. Für den vorinstanzlichen Prozessverlauf kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 15 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 18. November 2022 trat die Vorinstanz auf das Gesuch um Vollstreckung und Ergänzung einer vorsorglichen Massnahme nicht ein (Urk. 15 S. 7).

2.3. Gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 18. November 2022 erhob die Gesuchstellerin innert Frist (siehe Urk. 16a) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 19 S. 2 ff.):

"RECHTSBEGEHREN

- (1) *Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. November 2022 (EZ220031-L) sei aufzuheben und es sei den Rechtsbegehren des Vollstreckungsgesuchs vom 16. September 2022 zu entsprechen:*
- (a) *Es sei die Gesuchgegnerin mit einer Ordnungsbusse von CHF 1'000, eventualiter mit einem nach Ermessen des Gerichts festzusetzenden Betrag, pro Tag der Nichterfüllung vom 14. Juni 2022 bis zum 16. September 2022 und je separat für die Verletzung des (i) Verbots der Herstellung; (ii) Verbots des Anbietens; (iii) Verbots des Verkaufes; (iv) Verbots des Anbietens durch Dritte; (v) Verbots des Bewerbens durch Dritte und (vi) Verbots des Verkaufes durch Dritte gemäss Androhung in Ziff. 2 des Dispositivs des Massnah-*

menentscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 2022 zu bestrafen.

- (b) *Es sei die Gesuchgegnerin mit einer der Höhe nach durch das Ermessen des Gerichts festzusetzenden Ordnungsbusse, pro Tag der Nichterfüllung vom 15. Februar 2022 bis zum 13. Juni 2022 für die mehrfache Verletzung der Verpflichtung zur Entfernung der Kommunikationen, Informationen und Materialien über die ...-systeme C._____ und C._____ XL, namentlich die Publikationen auf den Webseiten (i) www.D._____.com/... und (ii) https://E._____.de/... sowie auf der Website der Gesuchgegnerin (iii) https://www.B._____.com/... gemäss Androhung in Ziff. 3 des Dispositivs des Massnahmenentscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 2022 zu bestrafen.*
 - (c) *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchgegnerin.*
- (2) *Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. November 2022 (EZ220031-L) aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei erneut folgende Rechtsbegehren gestellt werden:*
- (a) *Es sei die Gesuchgegnerin mit einer Ordnungsbusse von CHF 1'000, eventualiter mit einem nach Ermessen des Gerichts festzusetzenden Betrag, pro Tag der Nichterfüllung vom 14. Juni 2022 bis zum 16. September 2022 und je separat für die Verletzung des (i) Verbots der Herstellung; (ii) Verbots des Anbietens; (iii) Verbots des Verkaufes; (iv) Verbots des Anbietens durch Dritte; (v) Verbots des Bewerbens durch Dritte und (vi) Verbots des Verkaufes durch Dritte gemäss Androhung in Ziff. 2 des Dispositivs des Massnahmenentscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 2022 zu bestrafen.*
 - (b) *Es sei die Gesuchgegnerin mit einer der Höhe nach durch das Ermessen des Gerichts festzusetzenden Ordnungsbusse, pro Tag der Nichterfüllung vom 15. Februar 2022 bis zum 13. Juni 2022 für die mehrfache Verletzung der Verpflichtung zur Entfernung der Kommunikationen, Informationen und Materialien über die ...-systeme C._____ und C._____ XL, namentlich die Publikationen auf den Webseiten (i) www.D._____.com/... und (ii) https://E._____.de/... sowie auf der Website der Gesuchgegnerin (iii) https://www.B._____.com/... gemäss Androhung in Ziff. 3 des Dispositivs des Massnahmenentscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 2022 zu bestrafen.*

- (c) *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchgegnerin.*
- (3) *Subeventualiter sei für den Fall, dass das Obergericht des Kantons Zürich die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich verneint:*
 - (a) *Dispositivziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. November 2022 (EZ220031-L) aufzuheben und die Gerichtskosten von CHF 10'000 dem Kanton Zürich aufzuerlegen, eventualiter sei die Frage vom Obergericht des Kantons Zürich neu zu entscheiden resp. zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*
 - (b) *Dispositivziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. November 2022 (EZ220031-L) aufzuheben und die Parteientschädigung von CHF 12'000 dem Kanton aufzuerlegen, eventualiter sei die Frage vom Obergericht des Kantons Zürich neu zu entscheiden resp. zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*
 - (c) *Das Handelsgericht des Kanton Zürich unter Berücksichtigung, dass seiner Verfügung vom 25. August 2022 (Geschäftsnummer HG210146) und insbesondere deren Dispositivziffer 1 keine Rechtskraft zukommt, anzuweisen, dass es für die Beurteilung des streitgegenständlichen Vollstreckungsgesuchs zuständig sei.*
- (4) *Der Beschwerde sei in Bezug auf Dispositivziffern 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. November 2022 (EZ220031-L) vorsorglich die aufschiebende Wirkung zu gewähren.*
- (5) *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin und Gesuchsgegnerin, eventualiter zulasten des Kantons Zürich.*

PROZESSUALE ANTRÄGE

- (1) *Es seien die vorinstanzlichen Akten beizuziehen.*
- (2) *Sofern das Obergericht des Kantons Zürich der Ansicht ist, die Angelegenheit sei spruchreif, wobei sie selbst in der Sache entscheidet (siehe Beschwerdeantrag Nr. 1 vorstehend), sei die Stellungnahme der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin im Rahmen des ewigen Replikrechts und zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, eingereicht am 23. November 2022, bei der Beurteilung zu berücksichtigen.*
- (3) *Im Falle der Rückweisung zur Neuurteilung an die Vorinstanz (siehe Beschwerdeantrag Nr. 2 vorstehend) sei diese zu verpflichten, die Stellungnahme der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin im Rahmen des ewigen Replikrechts und zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, eingereicht am 23. November 2022, zu den Akten zu nehmen bzw. in der Beurteilung zu berücksichtigen."*

2.4. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2022 wurde das Gesuch der Gesuchstellerin um aufschiebende Wirkung abgewiesen und ihr Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 16'000.– zu leisten (Urk. 24 S. 5). Dieser ging rechtzeitig ein (angehefteter Rückschein zu Urk. 24 und Urk. 25). Mit Verfügung vom 4. Januar 2023 wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 26). Die Beschwerdeantwort wurde fristgerecht am 16. Januar 2023 eingereicht (angehefteter Rückschein zu Urk. 26 und Urk. 27) und mit Verfügung vom 20. Januar 2023 der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 28). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

2.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-18/1-3). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz wurde verzichtet (Art. 324 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Materielle Beurteilung

1. Prozessuale Vorbemerkungen

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung konkret mit den vorinstanzlichen Ausführungen auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, das heisst, an einem der genannten Mängel leidet (BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, mit Hinweisen auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstständige Begründungen oder enthält er eine Haupt- und eine Eventualbegründung, muss sich die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdeschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen (BGer 4A_133/2017 vom 20. Juni 2017, E. 2.2; *OGer ZH RT210171 vom 24.02.2022, E. II.1.1.*). Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Vorbehalten sind offensichtliche Mängel, die geradezu ins Auge springen (*OGer ZH RT210171 vom 24.02.2022, E. II.1.1.*). Abgesehen von dieser Relativierung

gilt aber auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia"; Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragene Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; *OGer ZH RT220030 vom 16.06.2022, E. 3.*).

2. Sachliche Zuständigkeit für die indirekte Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen

2.1. Die Vorinstanz erwog, dass die in Art. 6 ZPO festgelegten bundesrechtlichen Vorgaben zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte grundsätzlich nicht zu einer handelsgerichtlichen Zuständigkeit für die indirekte Vollstreckung führen würden. Nach einhelliger Lehre gelte dies aber nicht für die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen, die durch Handelsgerichte angeordnet worden seien. Diese richte sich nicht nach kantonalem Recht, sondern werde zwingend durch die ZPO festgelegt. Begründet werde dies damit, dass die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen dahingehend speziell sei, als es sich nur um die vorläufige Regelung eines Verhältnisses zwischen den Parteien handle, das in der Regel bis zur Rechtskraft des Sachentscheids anhalte (Art. 268 Abs. 2 ZPO). Zudem könnten vorsorgliche Massnahmen geändert oder aufgehoben werden. Deshalb rechtfertige es sich, die Zuständigkeit auch in Bezug auf die Vollstreckung dieser vorsorglichen Massnahmen bei dem für deren Anordnung zuständigen Gericht zu belassen. Eine Aufspaltung der Zuständigkeit habe den Nachteil, dass das Vollstreckungsgericht unter Umständen über die Vollstreckung einer vorsorglichen Massnahme zu entscheiden hätte, die das anordnende Gericht bereits wieder abgeändert oder aufgehoben habe. Dass dieser Auffassung zur Zuständigkeit zu folgen sei, zeige sich auch im vorliegenden Fall: Die Gesuchstellerin verlange neben den Vollstreckungsanträgen eine Ergänzung der ursprünglichen Anordnung. Das Handelsgericht habe in seinem Nichteintretensentscheid vom 25. August 2022 nicht begründet, wie es zum Schluss gekommen sei, dass die Ergänzung des ursprünglichen Massnahmenentscheids nur in zweiter Linie verlangt werde. Es fehle eine Erwägung und ein Entscheid über die beantragte Ergänzung des handelsge-

richtlichen Massnahmenentscheids. Es sei davon auszugehen, dass aufgrund der bundesrechtlichen Zuständigkeitsordnung das Handelsgericht für die Vollstreckung seiner eigenen Entscheide zuständig sei und nicht das Vollstreckungsgericht. Auf das Gesuch sei daher nicht einzutreten (Urk. 20 S. 4 f.).

2.2. Die Gesuchstellerin rügte, dass sie einzig die Vollstreckung der Anordnungen des Handelsgerichts vom 14. Februar 2022 beim Bezirksgericht Zürich beantragt habe. Von der Erweiterung der Anordnungen des Handelsgerichts könne vorliegend nicht die Rede sein. Es gehe somit ausschliesslich um die Frage der sachlichen Zuständigkeit bei der indirekten Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 19 Rz. 29). Die von der Vorinstanz aufgegriffene Lehrmeinung entspreche weder der Praxis des Bundesgerichts noch des Obergerichts und sei auch vom betreffenden Autor Schneuwly in einem im Jahr 2021 veröffentlichten Beitrag revidiert worden (Urk. 19 Rz. 30). Die höchstrichterliche Praxis bringe klar zum Ausdruck, dass – solange wie vorliegend keine Erweiterung der gerichtlichen Anordnung verlangt werde – die sachliche Zuständigkeit für Vollstreckungsmassnahmen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ZPO durch kantonales Recht abschliessend geregelt sei (Urk. 19 Rz. 35). Bei korrekter Anwendung von Art. 339 ZPO i.V.m. § 24 lit. e GOG ergebe sich zur Beurteilung des streitgegenständlichen Vollstreckungsgesuchs die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich (Urk. 19 Rz. 36).

2.3. Kann ein Entscheid nur indirekt vollstreckt werden, ist gemäss Art. 338 Abs. 1 ZPO beim Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch einzureichen (Art. 338 Abs. 1 ZPO). Vollstreckungsgericht im Sinne dieser Bestimmung ist im Kanton Zürich das Einzelgericht in Zivilsachen (Art. 4 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 24 lit. e GOG). Umstritten ist, ob die indirekte Vollstreckung von vorsorglichen Massnahmen Art. 338 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 ZPO und § 24 lit. e GOG oder der mit der Sachüberschrift "Vollstreckung" versehenen bundesrechtlichen Kompetenznorm von Art. 267 ZPO folgt, wonach das Gericht, das die vorsorglichen Massnahmen anordnet, auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen trifft. Die Vorinstanz ging unter Verweis auf die "einheitliche Lehre" im Ergebnis von letzterem aus (Urk. 20 E. 3.2.2.). Die Gesuchstellerin stellt

zu Recht nicht in Abrede, dass die von der Vorinstanz aufgegriffenen Lehrmeinungen existieren (Urk. 19 Rz. 30). Dass Autor Schneuwly seine Auffassung inzwischen revidiert hat, wie die Gesuchstellerin geltend macht (Urk. 19 Rz. 30 und Rz. 33), trifft nicht zu (vgl. Andreas Schneuwly, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO, ZPR Bd. 38, Zürich/St. Gallen 2021, N 364-367). Ferner äussern sich weitere Autoren im Sinne der von der Vorinstanz zitierten Lehre (vgl. Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2021, N 1708). Die von der Gesuchstellerin angeführten Literaturstellen (Urk. 19 Rz. 32 und 34) weichen nur vermeintlich von der von der Vorinstanz als massgeblich erachteten Lehre ab; sie beziehen sich alle auf die Vollstreckung von im Erkenntnisverfahren ergangenen Anordnungen, betreffen also nicht die vorliegend zu prüfende indirekte Vollstreckung eines Massnahmenentscheides. Das Gleiche gilt für die von der Gesuchstellerin erwähnten Entscheide des Bundesgerichts und kantonaler Gerichte (Urk. 19 Rz. 32 und Rz. 34). Eine höchstgerichtliche Rechtsprechung, die sich vertieft mit der hier interessierenden Frage auseinandersetzt, existiert soweit ersichtlich nicht. Auch das Bundesgericht scheint jedoch ohne weiteres davon auszugehen, dass das Gericht, das vorsorgliche Massnahmen erlässt, auch als Vollstreckungsgericht amtiert (vgl. BGE 142 III 587). Zusammengefasst ist mit der Vorinstanz unter Hinweis auf die einhellige Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon auszugehen, dass das für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen örtlich, sachlich und funktionell zuständige Gericht auch für die indirekte Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen zuständig bleibt (Urk. 20 E. 3.2.2.). Die Vorinstanz ist folglich zu Recht nicht auf das Vollstreckungsgesuch der Gesuchstellerin eingetreten, das die Ausfällung einer Ordnungsbusse gestützt auf vom Handelsgericht angeordnete vorsorgliche Massnahmen zum Gegenstand hat.

3. Negativer Kompetenzkonflikt

3.1. Die Gesuchstellerin monierte, durch den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz resultiere ein negativer Kompetenzkonflikt, wodurch verfassungsmässige Rechte der Gesuchstellerin (Rechtsverweigerungsverbot und Rechtsweggarantie) verletzt würden (Urk. 19 Rz. 37 und Rz. 41). In ihrem Subeventualantrag bean-

tragte die Gesuchstellerin, dass das Obergericht zur Verhinderung weiterer Verfahrensverzögerungen in analoger Anwendung von § 126 GOG die sachliche Zuständigkeit im Dispositiv festhalte und das Handelsgericht anzuweisen sei, die ursprünglichen Rechtsbegehren der Gesuchstellerin anhand zu nehmen bzw. zu vollstrecken (Urk. 19 Rz. 114).

3.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des hiesigen Gerichts kann ein sachlich unzuständiges Gericht nicht verpflichtet werden, auf die Sache einzutreten, nur weil das sachlich zuständige Handelsgericht bereits zuvor auf die Sache nicht eingetreten ist. Der Gesuchstellerin kann – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin (Urk. 27 Rz. 22) – kein Vorwurf gemacht werden, dass sie den Nichteintretensentscheid des ersten Gerichts nicht weiterzog, um ihren verfassungsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu einem Gericht für den Fall zu sichern, dass das vom ersten Gericht als zuständig erachtete zweite Gericht doch nicht zuständig wäre. Art. 63 ZPO ist verfassungsmässig in dem Sinne auszulegen, dass im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen die Verneinung der sachlichen Zuständigkeit durch das zweite Gericht keine Bindung an den Nichteintretensentscheid des ersten Gerichts besteht. Dem Entscheid des ersten Gerichts kommt – wie die Gesuchstellerin zutreffend geltend machte (Urk. 19 Rz. 112) – keine Rechtskraftwirkung zu. Die Sache kann beim Handelsgericht gestützt auf Art. 63 Abs. 1 ZPO innert 30 Tagen erneut eingereicht werden (BGE 138 III 471 E. 6; *OGer ZH LF190005 vom 29. März 2019, E. 3.4*). Die verfassungsmässigen Rechte der Gesuchstellerin werden damit gewahrt. Eine analoge Anwendung von § 126 GOG drängt sich nicht auf. Diese Bestimmung wurde geschaffen, um positive Kompetenzkonflikte zu lösen, wenn sich die Parteien nicht auf eines der zuständigen Gerichte geeinigt haben oder die beklagte Partei sich nicht bereits vorbehaltlos auf die Klage eingelassen hat (§ 126 Abs. 1 GOG). Ein sachlich unzuständiges Gericht kann durch die Parteien nicht prorogiert werden (BGE 138 III E. 3.1), weshalb dem Obergericht kein Auswahlermessen im Sinne von § 126 Abs. 1 GOG verbleibt. Vielmehr hat es sich an die gesetzlichen Vorgaben zu halten, die lediglich zu einer möglichen sachlichen Zuständigkeit führen. Mit der Schaffung eines Handelsgerichts schöpft ein Kanton sodann seine Möglichkeit aus, vom Prinzip des doppelten Instanzenzugs abzuweichen. Es ginge deshalb nicht an,

dass das dem Handelsgericht nicht übergeordnete Obergericht diesem – abgesehen von der Ausnahme für positive Kompetenzkonflikte in § 126 GOG – Anweisungen erteilt. Das Handelsgericht hat seine Zuständigkeit von Amtes wegen selbst zu prüfen und ist diesbezüglich nicht an den vorliegenden Entscheid gebunden. Eine Feststellung der Zuständigkeit des Handelsgerichts bzw. eine Anweisung zur Anhandnahme ist im Dispositiv deshalb nicht aufzunehmen.

4. Weitere Beschwerdegründe und Beizug der freiwilligen Replik vom 23. November 2022

4.1. Die Gesuchstellerin rügte in ihrer Beschwerdeschrift weiter eine Verletzung der Official- und Dispositionsmaxime (Urk. 19 Rz. 42 ff. und Rz. 67 ff.), offensichtlich aktenwidrige tatsächliche Feststellungen (Urk. 19 Rz. 63 ff.), eine Verletzung der Prozessökonomie, des Prinzips von Treu und Glauben im Verfahren (Urk. 19 Rz. 72 ff.) sowie des rechtlichen Gehörs (Urk. 19 Rz. 72 ff.). Für den Fall eines reformatorischen Entscheids oder bei einer Rückweisung an die Vorinstanz beantragte sie, dass ihre eingebrachte freiwillige Replik vom 23. November 2022 beizuziehen sei (Urk. 19 S. 4 und Rz. 89).

4.2. Die Gesuchsgegnerin erachtete die freiwillige Replik als verspätete Eingabe (Urk. 27 Rz. 3). Im Übrigen sei mit dem Nichteintretensentscheid der Vorinstanz der Devolutiveffekt eingetreten. Die Vorinstanz sei spätestens ab Zustellung der angefochtenen Verfügung nicht mehr für die Streitsache zuständig gewesen. Aus diesen Gründen sei die Eingabe der Gesuchstellerin vom 23. November 2022 aus den Akten zu weisen bzw. habe unbeachtlich zu bleiben (Urk. 27 Rz. 5). Zu den weiteren Beschwerdegründen nahm die Gesuchsgegnerin keine Stellung (Urk. 27).

4.3. Die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids gestützt auf die weiteren vorgebrachten Beschwerdegründe würde zu einem prozessualen Leerlauf führen und das Vollstreckungsverfahren unnötig verzögern, zumal sie nichts an der fehlenden sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz zu ändern vermögen. Die Prüfung dieser Beschwerdegründe erweist sich folglich als obsolet. Die Gesuchstellerin führte zu ihrem Subeventualantrag selbst aus, dass das Obergericht ihre Be-

schwerdeanträge (1) und (2) abweisen resp. auf diese nicht eintreten werde, wenn es zum Schluss komme, dass die Vorinstanz für die Vollstreckung der Anordnung des Handelsgerichts sachlich unzuständig sei. Diesfalls werde der Kostenentscheid der Vorinstanz subeventualiter gesondert angefochten (Urk. 19 S. 3 und Rz. 97). Da weder ein reformatorischer Entscheid gefällt noch die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, erübrigen sich Weiterungen zur Rechtzeitigkeit resp. Verspätung der freiwilligen Replik der Gesuchstellerin vom 23. November 2022. Beide Parteien werden vor Handelsgericht erneut Gelegenheit zu Stellungnahmen haben, sofern die Gesuchstellerin ihr Vollstreckungsgesuch beim Handelsgericht nochmals einreicht.

5. Kostenentscheid der Vorinstanz

5.1. Die Gesuchstellerin beantragte, die Gerichtskosten des Bezirksgerichts Zürich von Fr. 10'000.– und die Parteientschädigung von Fr. 12'000.– seien gemäss dem Leitentscheid zu negativen Kompetenzkonflikten (BGE 138 III 471) dem Kanton Zürich aufzuerlegen (Urk. 19 S. 3 und Rz. 100 f.). Das Bundesgericht habe in einem weiteren Urteil (BGer 5A_278/2013 vom 5. Juli 2013, E. 4.2) seinen Leitentscheid bestätigt und festgehalten, es rechtfertige sich, dem Kanton nicht bloss die Gerichtskosten des kantonalen Verfahrens, sondern über den Wortlaut von Art. 107 Abs. 2 ZPO hinaus auch die Parteikosten des vorinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen (Urk. 19 Rz. 102).

5.2. Das Bundesgericht bestätigte tatsächlich mehrfach seine in BGE 138 III 471 begründete Rechtsprechung, dass Art. 107 Abs. 2 ZPO bei innerkantonalen negativen Kompetenzkonflikten extensiv auszulegen ist. Dem Kanton können diesfalls neben den Gerichtskosten über den Wortlaut hinaus auch die Parteikosten auferlegt werden, wenn die Kosten nicht durch die Parteien veranlasst worden sind, sondern auf einen unzutreffenden Zuständigkeitsentscheid zurückgehen (BGE 142 III 110 E. 3.2; BGE 140 III 385 E. 4.1; BGer 5A_87/2022 vom 2. November 2022 E. 4.4.2 [zur Publikation vorgesehen]; BGer 5A_278/2013 E. 1.2 und 4.2).

5.3. Sowohl das Handelsgericht als auch die Vorinstanz entschieden ohne entsprechende Parteianträge über ihre sachliche Unzuständigkeit (Urk. 4/2, Urk. 10 und Urk. 20). Die Parteien verursachten die Verfahrenskosten nicht, weshalb nicht die Gesuchstellerin, sondern der Kanton die Gerichtskosten und Parteientschädigung zu tragen hat. Grundsätzlich können dem Kanton in Zivilverfahren keine Kosten auferlegt werden (§ 200 lit. a GOG). Diese Bestimmung wurde in der Überlegung erlassen, dass bei Auferlegung von Prozesskosten an den Kanton letztlich auch wieder nur die Staatskasse belastet werde, sodass mit der Festlegung der Kostenfreiheit verhindert werde, dass unnötiger Verrechnungsaufwand zwischen verschiedenen kantonalen Stellen betrieben werde (Weisung zum GOG, ABI 2009, 1585 ff.; *OGer ZH RT110085 vom 10.08.2011, E. 5*). Die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens fallen somit ausser Ansatz. Da die Gesuchstellerin die Gerichtskosten für das vorinstanzliche Verfahren mit ihrem Kostenvorschuss aber bereits beglichen hat (vgl. Urk. 15 Dispositiv-Ziffer 2), sind ihr die geleisteten Fr. 10'000.– zurückzuerstatten. Der Beschwerde wurde keine aufschiebende Wirkung gewährt (Urk. 24 Dispositiv-Ziffer 1). Die Gesuchstellerin wartet gemäss telefonischer Auskunft aber dennoch mit der Zahlung der Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin bis zum Vorliegen des hiesigen Urteils zu (Urk. 29), weshalb die Fr. 12'000.– für die Parteientschädigung der Gesuchsgegnerin direkt zu überweisen sind. Der Gesuchstellerin ist mangels Antrags (vgl. Urk. 19 Rz. 2 ff.) für das vorinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

6. Fazit

Die Subeventualbegehren der Beschwerde (3) (a) und (b) sind gutzuheissen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr des zweitinstanzlichen Verfahrens fällt wegen der Kostenfreiheit des Kantons im Zivilverfahren (§ 200 lit. a GOG) ausser Ansatz.

2. Die Parteientschädigungen sind gemäss dem unter E. II.5.2. und E. II.5.3. Erwogenen dem Kanton aufzuerlegen. Sie sind ausgehend von einem Streitwert von Fr. 690'000.– (Urk. 1 Rz. 44 f.) in Anwendung von § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 und § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 und § 13 Abs. 2 AnwGebV zu bemessen. Der Gesuchstellerin sind Fr. 6'000.– und der Gesuchsgegnerin wegen des geringeren Zeitaufwands Fr. 4'000.– zuzusprechen. Weder die Gesuchstellerin noch die Gesuchsgegnerin beantragten eine Entschädigung inklusive Mehrwertsteuer. Bereits aus diesem Grund, aber auch wegen der im Ausland domizilierten Parteien ist kein Mehrwertsteuerzuschlag zu entrichten (vgl. *OGer ZH RB200007 vom 31.08.2020, E. 3 m.w.H.*).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 18. November 2022 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Der durch die Gesuchstellerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 16'000.– wird ihr zurückerstattet.
 3. Der Gesuchsgegnerin wird zulasten der Staatskasse eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.– ausbezahlt."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Der durch die Gesuchstellerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 16'000.– wird ihr zurückerstattet.
4. Der Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– zulasten der Staatskasse ausbezahlt.
5. Der Gesuchsgegnerin wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zulasten der Staatskasse ausbezahlt.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz, die Kasse des Bezirksgerichts Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmitelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 690'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. März 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw I. Aeberhard

versandt am:
Im