

# **BGer 5A\_71/2016 vom 23. September 2016**

Bundesgericht, 2016-09-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_71\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_71_2016)

FR: TF 5A\_71/2016 du 23 septembre 2016

IT: TF 5A\_71/2016 del 23 settembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das angefochtene Urteil betrifft die Beseitigungsklage des Beschwerdeführers als Überbauberechtigten (sog. *actio confessoria*; BGE 95 II 14 E. 3 S. 19) und damit eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 95'000.-- beträgt (E. 3.3 S. 11 des angefochtenen Urteils) und die gesetzliche Mindestsumme übersteigt ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ; BGE 95 II 14 E. 1 S. 16 f.).

Entschieden hat das Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz ( Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ) zum Nachteil des Beschwerdeführers, auf dessen Klage es nicht eingetreten ist ( Art. 76 Abs. 1 BGG ), und damit verfahrensabschliessend ( Art. 90 BGG ; Urteil 5A\_453/2011 vom 9. Dezember 2011 E. 1.1, nicht veröffentlicht in: BGE 137 III 563 ; 139 V 170 E. 2.2 S. 172). Auf die - rechtzeitig erhobene (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG) - Beschwerde kann eingetreten werden.

### **E. 2**

Zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich fallbezogen Folgendes:

#### **E. 2.1**

Hat der Kanton Aargau ein Handelsgericht geschaffen ( Art. 6 Abs. 1 ZPO ), so bestimmt sich dessen sachliche Zuständigkeit für handelsrechtliche Streitigkeiten abschliessend nach Bundesrecht ( Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO ). Für eine weitere Zuständigkeitsregelung durch den Kanton bleibt diesbezüglich kein Raum ( BGE 140 III 155 E. 4.3 S. 157 ff.; 141 III 479 E. 2.1 S. 480). Ein kantonaler Ausschluss immobiliarsachenrechtlicher Streitigkeiten (z.B. um Dienstbarkeiten) von der Zuständigkeit der Handelsgerichte wäre unzulässig (so noch Art. 5 lit. a ZPO /BE; ZBJV 129/1993 S. 69).

#### **E. 2.2**

Eine Streitigkeit gilt gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist. Der Wortlaut ist sehr weit gefasst, indem die handelsrechtliche Natur der Streitsache gleichsam fingiert wird, sobald die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist ( BGE 140 III 355 E. 2.3.1 S. 358; 141 III 527 E. 2.3.1 S. 530). Nach dem klaren Wortlaut genügt ein Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit auch nur einer Partei. Eine Streitigkeit kann somit auch dann eine handelsrechtliche sein, wenn ihr diese Eigenschaft an sich nicht zukommt ( BGE 142 III 96 E. 3.3.2 S. 98).

#### **E. 2.3**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen unter den Begriff "geschäftliche Tätigkeit" nicht nur die Grundgeschäfte einer Unternehmung (z.B. Verkauf von selbst fabrizierten oder erworbenen Gütern, Erbringung von Dienstleistungen), sondern auch die

Hilfs- und Nebengeschäfte, welche dazu bestimmt sind, die Geschäftstätigkeit zu fördern oder zu unterstützen, beispielsweise der Abschluss von Mietverträgen über Geschäftsliegenschaften ( BGE 139 III 457 E. 3.2 S. 458 f.) oder eine Grundbuchberichtigungsklage, deren Thema die Gültigkeit von Kaufverträgen über Geschäftsliegenschaften ist (Urteil 5A\_592/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 5, in: ZBGR 97/2016 S. 141 ff.), oder der Streit um einen Erschliessungsvertrag, wenn eine Partei "die Entwicklung, den Erwerb und die Verwaltung von Immobilien" bezweckt (Urteil 4A\_273/2015 vom 8. September 2015 E. 5, in: Praxis 105/2016 Nr. 14 S. 114 f.).

### **E. 3**

Das Handelsgericht ist davon ausgegangen, die Streitigkeit weise den von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO vorausgesetzten Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin nicht auf, und zwar weder hinsichtlich ihres statutarischen Hauptzwecks noch hinsichtlich des Nebenzwecks (E. 2.4 S. 7 f.). Dass auf dem dienstbarkeitsbelasteten Grundstück das Betriebsgebäude stehe, das die Beschwerdegegnerin zur Erfüllung ihres Hauptzwecks nutze, stelle ebenso wenig einen Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin her (E. 2.5 S. 8 f. des angefochtenen Urteils). Der Beschwerdeführer beanstandet diese Sicht als zu eng (S. 20 ff. Ziff. 2.7 der Beschwerdeschrift). Die Beschwerdegegnerin schliesst sich den Ausführungen des Handelsgerichts an (S. 4 ff. Rz. 10-28 der Beschwerdeantwort).

#### **E. 3.1**

Aufgrund der weiten Umschreibung (E. 2 oben) ist für die Annahme einer handelsrechtlichen Streitigkeit nicht erforderlich, dass die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei unmittelbar betroffen ist. Es genügt ein mittelbarer, irgendwie gearteter geschäftlicher Bezug des Streitgegenstandes. Es können deshalb auch Ansprüche in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen, die mit dem Substrat des Betriebs, d.h. mit Gebäulichkeiten, Mobiliar und Maschinen, einen Zusammenhang aufweisen, namentlich Ansprüche aus dem Immobiliarsachenrecht wie z.B. ein Wegrecht über das Fabrikareal oder - wie bereits erwähnt (E. 2.3 oben) - ein Grundbuchberichtigungsanspruch oder auch Ansprüche aus Immissionen des gewerblichen oder industriellen Betriebs (BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 1998, N. 9c Abs. 2, N. 9d und N. 11 zu § 404 ZPO /AG). Das Handelsgericht ist denn auch unter Herrschaft des kantonalen Rechts ohne Weiterungen auf eine Streitigkeit um ein Überbaurecht eingetreten (Urteil 5A\_661/2008 vom 9. März 2009 Bst. B, in: ZBGR 91/2010 S. 161 f.). In diesem Sinne hat das Bundesgericht in Anwendung von Art. 6 ZPO anerkannt, dass Handelsgerichte zuständig sind, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen, sofern die Hauptsache (Verfahren auf definitive Eintragung) handelsrechtlich ist ( BGE 137 III 563 E. 3.4 S. 568 f.; vgl. BÜHLER/EDELMANN/KILLER, a.a.O., N. 9d Abs. 2 zu § 404 ZPO /AG). Desgleichen wird in der Lehre - soweit sie sich konkret äussert - für den beschriebenen Bereich die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte unter Herrschaft der Schweizerischen Zivilprozessordnung anerkannt (z.B. HÄRTSCH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 10 zu Art. 6 ZPO ) und für Ansprüche aus Überschreitung des Grundeigentums durch einen gewerblichen oder industriellen Betrieb ausdrücklich bejaht (MEINRAD VETTER/ MATTHIAS BRUNNER, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte - eine Zwischenbilanz, ZZZ 2013 Nr. 32 S. 254 ff., S. 256 bei/in Anm. 26).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer macht mit seiner Klage geltend, die Erstellung des Betriebsgebäudes auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerin verletze sein als Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragenes Überbaurecht zulasten des Grundstücks der Beschwerdegegnerin. Es mag zutreffen, spielt aber keine Rolle, dass die Beschwerdegegnerin nicht Bauherrin ihres Betriebsgebäudes ist bzw. war und dass ihr Gesellschaftszweck nicht im Errichten von Betriebsgebäuden besteht. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beschwerdegegnerin Eigentümerin des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks ist - und dieses, wie sie unter Hinweis auf S. 3 des Protokolls des Handelsgerichts (act. 55) einräumt (S. 3 Rz. 5 der Beschwerdeantwort), vor der Fertigstellung des Betriebsgebäudes gekauft hat - und dass die Beschwerdegegnerin das auf dem Grundstück errichtete Betriebsgebäude, dessen Erstellung die Rechte des Beschwerdeführers beeinträchtigen soll, zur Erfüllung ihres Gesellschaftshauptzwecks nutzt. Dieser mittelbare geschäftliche Bezug des Streitgegenstandes genügt zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts (E. 3.1 oben).

### **E. 3.3**

Die gegenteilige Auffassung des Handelsgerichts, dass nämlich die eingeklagte Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO nicht wenigstens der Beschwerdegegnerin betreffe, gibt keinen Anlass, die bundesgerichtliche Auslegung dieser Bestimmung zu überprüfen, und erweist sich aus den dargelegten Gründen als bundesrechtswidrig.

### **E. 4.1**

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts setzt weiter voraus, dass gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht ( Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO ), was hier der Fall ist (E. 1 oben), dass die Beschwerdegegnerin - wie hier unstreitig (Bst. A.c oben) - im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist ( Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO ) und dass der klagende Beschwerdeführer als natürliche Person das Handelsgericht und nicht das ordentliche Gericht gewählt hat ( Art. 6 Abs. 3 ZPO ). Mit Bezug auf die Erfüllung der letzten Voraussetzung seiner sachlichen Zuständigkeit hat das Handelsgericht gewisse Zweifel angemeldet, zumal bei Streitigkeiten gemäss Art. 6 ZPO kein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist ( Art. 198 lit. f ZPO ), der Beschwerdeführer gleichwohl das Schlichtungsverfahren durchgeführt und innert der gesetzlichen Frist von drei Monaten nach Eröffnung der Klagebewilligung ( Art. 209 Abs. 3 ZPO ) seine Klage beim Handelsgericht eingereicht hat. Das Handelsgericht hat die Frage aber letztlich offen gelassen (E. 4 S. 11 des angefochtenen Urteils).

### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer beantragt, die Frage aus prozessökonomischen Gründen zu beantworten. Er hält es für denkbar und möglich, dass das Handelsgericht auf seine Klage nicht eintreten werde mit der Begründung, bei Klageeinreichung sei die Sache im ordentlichen Verfahren bereits rechtshängig gewesen (S. 23 f. Ziff. 3.3). Diesen unterstellten Nichteintretensentscheid widerlegt der Beschwerdeführer gleich selber mit Hinweis auf kantonale Urteile, wonach das Klägerwahlrecht wegen rechtshängigkeitsbegründender Anrufung der Schlichtungsbehörde ( Art. 62 Abs. 1 ZPO ) nicht verwirkt, wenn - wie hier - im Zeitpunkt des handelsgerichtlichen Eintretensentscheids die Gültigkeit der Klagebewilligung abgelaufen ist und fest steht, dass

der Prozess vor den ordentlichen Gerichten nicht fortgesetzt wurde (S. 24 f. Ziff. 3.4 der Beschwerdeschrift; gl.M. BRUNNER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 43, und VETTER, in: Thomas Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 30 zu Art. 6 ZPO ). Die Beschwerdegegnerin scheint die Ansicht zu teilen, dass im heutigen Zeitpunkt die Rechtshängigkeit des Verfahrens vor Bezirksgericht, das mit dem Schlichtungsverfahren rechtshängig geworden sei, aufgrund des Ablaufs der Gültigkeit der Klagebewilligung dem Eintreten auf die Klage nicht mehr entgegenstehe (S. 8 f. Rz. 33 der Beschwerdeantwort).

#### **E. 4.3**

Mit Fragen, die die kantonalen Gerichte bewusst offen gelassen haben, hat sich das Bundesgericht nicht zu befassen. Die vom Beschwerdeführer angeführten prozessökonomischen Gründe für eine Prüfung könnten allenfalls berücksichtigt werden, wenn sich das Handelsgericht in seinen Erwägungen bereits festgelegt hätte, was hier nicht zutrifft (z.B. BGE 126 III 361 E. 6 S. 367). Davon abgesehen ist die Bindungswirkung einer derartigen Meinungsäußerung ohnehin fraglich, zumal bloss obiter dicta - auch wenn sie nicht ganz bedeutungslos sind - grundsätzlich unbeachtlich bleiben und keine präjudizielle Kraft haben ( BGE 112 Ib 280 Bst. C S. 285 und E. 6 S. 288; Urteil 5D\_148/2013 vom 10. Januar 2014 E. 6.2 mit Hinweis auf MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, 1966, N. 538 zu Art. 1 ZGB ).

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zur weiteren Behandlung der Klage bzw. zur Prüfung der weiteren Sachurteilsvoraussetzungen und gegebenenfalls zur Sachprüfung zurückzuweisen. Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.