



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Obergerichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri, die Handelsrichter Dr. Reto Baitella und Dr. Thomas Lörtscher sowie Gerichtsschreiber Rafael Rutgers

**Urteil vom 8. März 2016**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte

betreffend **Forderung / vorsorgliche Massnahmen**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die von der Beklagten mit Betreuung Nr. ... des Friedensrichter- und Betreibungsamtes Frauenfeld in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 999'999 gegen die Klägerin nicht besteht.
2. Das Friedensrichter- und Betreibungsamt Frauenfeld sei anzuweisen, Dritten von der Betreuung Nr. ... vorläufig keine Kenntnis zu geben.
3. Die mit Rechtsbegehren 2 nachgesuchte vorsorgliche Massnahme sei ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin (superprovisorisch) zu erlassen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten / Gesuchsgegnerin."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Frauenfeld (TG) mit dem Zweck des Haltens und der Verwaltung von Beteiligungen (act. 3/5). Sie ist die Muttergesellschaft der C.\_\_\_\_\_ AG. Bei der Beklagten handelt es sich um eine schweizerische GmbH mit Sitz in Zürich (ZH), deren Zweck die Ausübung aller Funktionen auf dem Gebiete der Buchhaltung, Revision, Steuerberatung, Wirtschaftsauskunftei, des Inkassos und der Marketingdienste ist (act. 3/4). Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten ist D.\_\_\_\_\_, der gleichzeitig auch einziger Verwaltungsrat der E.\_\_\_\_\_ AG mit Sitz in Cham (ZG) ist (act. 3/7).

##### b. Prozessgegenstand

Die Beklagte hat gegen die Klägerin eine Betreuung über CHF 999'999.–, zuzüglich Zins von 12 % seit 30. Januar 2015 eingeleitet. Die Klägerin beantragt die Feststellung, dass diese Forderung nicht bestehe.

## B. Prozessverlauf

Am 8. Juni 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Beschluss vom 22. Juni 2015 wurde das klägerische Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 und Ziffer 3 abgewiesen und die Zustellung der Klage samt Beilagen an die Beklagte angeordnet. Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist zur Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt, welchen diese fristgerecht leistete (act. 7; act. 9). Mit Verfügung vom 26. Juni 2015 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt. Zudem wurde die Zustellung einer als unbeachtlich befundenen neuen Eingabe der Klägerin an die Beklagte verfügt (act. 12). Da die Beklagte weder den Beschluss vom 22. Juni 2015 noch die Verfügung vom 26. Juni 2015 bei der Post abholte, wurde das Stadtmannamt Zürich 2 mit der Zustellung betraut (act. 14). Auch dies blieb jedoch erfolglos (act. 15). Danach erfolgten die weiteren Zustellungen an die Beklagte durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2015 wurde der Beklagten eine Nachfrist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 17; act. 20). Weiter wurde der Beklagten mit Verfügung vom 4. Dezember 2015 erneut Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 22; act. 25). Da sich die Beklagte nicht vernehmen liess, erfolgte schliesslich mit Verfügung vom 11. Januar 2016 eine weitere Nachfristansetzung unter der Androhung, dass bei Säumnis ein Endentscheid getroffen werden könne (act. 27; act. 30). Auch diese Nachfrist blieb von der Beklagten ungenutzt.

Da sich die Angelegenheit – wie zu zeigen sein wird – als spruchreif erweist, ist androhungsgemäss darüber zu entscheiden (Art. 223 Abs. 2 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Zustellung

Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Ist eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden, erfolgt die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Diesfalls gilt die Zustellung am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO).

Nachdem sich Zustellungen an die Beklagte sowohl per Post als auch über das Stadttammannamt als unmöglich erwiesen hatten (vgl. act. 14 und 15), gelten sowohl die Verfügung betreffend Fristansetzung zur Einreichung der Klageantwort (Publikation am 9. Dezember 2015; act. 22; act. 25;) als auch die Verfügung betreffend Nachfristansetzung (Publikation am 13. Januar 2016; act. 27; act. 30) durch die jeweilige Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt als rechtswirksam zugestellt (Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO).

#### 1.2. Versäumte Klageantwort

Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Dabei gelten die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei als unbestritten (LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 223 N 5). Damit eine Angelegenheit spruchreif ist, muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf entweder mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen, bedeutet Spruchreife, dass der Klagegrund im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert ist und – darüber hinaus – dass das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel hat (Art. 153

Abs. 2 ZPO). Unter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es insbesondere dann, wenn das Klagebegehren oder die Begründung der Klage (noch) unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (Art. 56 ZPO) oder dem Gericht die Klagebegründung in erheblichem Mass als unglaubhaft erscheint und es darüber Beweis erheben will (Art. 153 Abs. 2 ZPO; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 223 N 20 ff., m.w.H.).

### 1.3. Prozessvoraussetzungen

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Diese sind vorliegend gegeben (Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO). Insbesondere ist das Handelsgericht des Kantons Zürich sowohl sachlich (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG) als auch örtlich (Art. 31 ZPO) zuständig und die Klägerin hat ein schutzwürdiges Interesse (vgl. BGE 141 III 68 E. 2.7). Damit ist auf die Klage einzutreten.

## 2. Sachverhalt

Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin, an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO), und in Übereinstimmung mit den von ihr eingereichten Urkunden (act. 3/1-45) ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Beklagte leitete Anfang Juni 2015 eine Betreibung gegen die Klägerin über CHF 999'999.–, zuzüglich Zins von 12 % seit 30. Januar 2015, für eine "Forderung aus Schadenersatz Baustelle F.\_\_\_\_\_" ein. Der entsprechende Zahlungsbe-

fehl des Friedensrichter- und Betreibungsamtes Frauenfeld, Betreuung Nr. ..., datiert vom 2. Juni 2015 (act. 3/2). Die Beklagte bezog sich bei dieser Betreuung auf das Projekt Ersatzbau F.\_\_\_\_\_, welches die C.\_\_\_\_\_ AG als Totalunternehmerin für die Bauherrin, die Siedlungsgenossenschaft G.\_\_\_\_\_, erstellt. D.\_\_\_\_\_ respektive die E.\_\_\_\_\_ AG nahm bei diesem Projekt am Ausschreibungsverfahren der C.\_\_\_\_\_ AG für Gipserarbeiten teil. In der Folge machte die Beklagte gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG eine von der E.\_\_\_\_\_ AG an sie abgetretene Schadenersatzforderung über CHF 200'000.– geltend, da der E.\_\_\_\_\_ AG der entsprechende Gipserauftrag vom Projektleiter H.\_\_\_\_\_ am 26. Februar 2015 um 11.12 Uhr telefonisch zugesagt worden sei, weshalb sie keine weiteren Offerten bearbeitet hätten. Das genannte Telefongespräch fand jedoch nicht statt. H.\_\_\_\_\_ befand sich zu diesem Zeitpunkt in einer Sitzung. Zudem erteilten weder ein für den Vertragsschluss mit Subunternehmen unterzeichnungsberechtigtes Organ noch andere für die A.\_\_\_\_\_ tätige Personen der E.\_\_\_\_\_ AG je eine Zusage für die Gipserarbeiten am Projekt F.\_\_\_\_\_.

### 3. Rechtliches

Aufgrund des unbestritten gebliebenen Sachverhalts hat die Beklagte weder vertragliche noch ausservertragliche Ansprüche gegen die Klägerin in Zusammenhang mit dem Bauprojekt F.\_\_\_\_\_. Die Klägerin war an diesem Projekt denn auch selber gar nicht beteiligt. Die von der Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung besteht damit nicht, was festzustellen ist.

### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 999'999.–. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung des ergangenen Massnahmeentscheids und in Anbetracht des konkreten Zeitaufwandes auf CHF 20'000.– festzusetzen. Die Klägerin unterlag mit ihrem Massnahmebegehren, obsiegt jedoch in der

Hauptsache. Damit sind die Kosten ausgangsgemäss zu 20 % der Klägerin und zu 80 % der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), jedoch vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist für die der Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Kostenvorschuss bezogenen Kosten das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Ausserdem hat die Beklagte der Klägerin als überwiegend unterliegende Partei eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Deren Höhe wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die ordentliche Gebühr vorliegend unter Berücksichtigung der Synergien mit parallelen Verfahren auf CHF 20'000.– festzusetzen. Die Beklagte ist damit ausgangsgemäss zu verpflichten, der Klägerin eine entsprechend reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 16'000.– zu bezahlen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.).

### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten mit Betreuung Nr. ... des Friedensrichter- und Betreibungsamtes Frauenfeld in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 999'999.– gegen die Klägerin nicht besteht.
2. Die Gerichtsgebühr (Pauschalgebühr) wird auf CHF 20'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin zu 20 % und der Beklagten zu 80 % auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vor-

schuss bezogenen Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteienschädigung von CHF 16'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt.
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 999'999.–.

Zürich, 8. März 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Rafael Rutgers