



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, Handelsrichter Thomas Klein, Handelsrichterin Dr. Ursina Pally Hofmann und Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri sowie die Gerichtsschreiberin Adrienne Henemann

Urteil vom 11. Oktober 2016

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 259'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 13. Juni 2015 nebst Kosten des Betreibungsverfahrens zu bezahlen.
2. Der von der Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes St. Gallen gegen den Zahlungsbefehl vom 31. Juli 2015 erhobene Rechtsvorschlag sei zu beseitigen.
3. Die Kosten des Verfahrens seien der Beklagten aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Prozessentschädigung zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu entrichten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ..., die den Betrieb jeder Art von Versicherung sowie aller damit zusammenhängender Geschäfte mit Ausnahme der direkten Lebensversicherung bezweckt (act. 4/5). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Sie bezweckt die Vornahme sämtlicher Arbeiten im Bereich Umbau, Neubau, Renovationen, Erstellen und Vertreiben von diversen Baumaterialien sowie Erwerb oder Erteilung von Patenten und Lizenzen (act. 4/4).

b. Prozessgegenstand

Gegenstand der vorliegenden Klage bilden Regressansprüche der Klägerin, die sie aus der Erfüllung ihres Garantieverprechens aus einem zwischen den Parteien bestehenden Versicherungsvertrag (Baugarantiever sicherung) herleitet.

B. Prozessverlauf

Am 29. April 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage ein (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom 2. Mai 2016 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgemäss (act. 6 und 8). Mit Verfügung vom 17. Mai 2016 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen (act. 9). Nachdem sich die Beklagte innert Frist nicht vernehmen liess, wurde ihr mit Verfügung vom 26. August 2016 eine Nachfrist angesetzt unter Androhung, dass bei Säumnis das Gericht einen Endentscheid trifft, sofern die Angelegenheit spruchreif ist, oder zur Hauptverhandlung vorlädt (act. 11). Die Beklagte reichte auch innert der Nachfrist keine Klageantwort ein.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Versäumte Klageantwort

Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu 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 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 soweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prü-

fenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es – zur Hauptsache –, 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 (DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, N. 20 zu Art. 223 m.w.H.; LEUENBERGER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 223 N. 5). Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen, erweist sich die Angelegenheit als spruchreif, weshalb androhungsgemäss ein Endentscheid zu fällen ist.

1.2. Prozessvoraussetzungen

Beide Parteien sind im Schweizerischen Handelsregister eingetragen, die zu beurteilende Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Parteien und der Streitwert übersteigt CHF 30'000.– (vgl. Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die Beklagte hat ihren Sitz von St. Gallen nach ... verlegt, womit sie im Kanton Zürich ihren Sitz hat (vgl. Art. 31 ZPO). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist daher sowohl sachlich als auch örtlich zuständig. Auch die weiteren Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

2. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin (act. 1), an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO), und in Übereinstimmung mit den von ihr eingereichten Urkunden (act. 4/2-20), ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Klägerin schloss mit der C._____ AG mit Sitz in St. Gallen am 19. September 2013 eine Baugarantieversicherung (Police Nr. ...) ab. In Ziff. 4 der Versicherungspolice verpflichtete sich die Klägerin, die von den Bauherren oder Bestellern jeweils verlangten und von ihr genehmigten Bau- und Lieferungsgarantien aufgrund des vom Versicherungsnehmer einzureichenden Anmeldeformulars und

gemäss den anwendbaren Allgemeinen sowie den besonderen Vertragsbedingungen zu leisten. Für die vorliegende Police Nr. ... wurden die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), Baugarantievericherung, Abrufpolice, Ausgabe 04.2012, für anwendbar erklärt (act. 1 Rz. 1; act. 4/2 und 4/6). Gemäss Ziff. 6.1 der Versicherungspolice wurde nebst der C._____ AG auch die Beklagte in die Versicherung eingeschlossen. Den Versicherungsvertrag unterzeichnete sowohl für die C._____ AG als auch für die Beklagte D._____ mit Einzelunterschrift (act. 1 Rz. 2; act. 4/2, 4/4 und 4/7). In Ziff. 6.1. der Versicherungspolice wurde unter dem Titel "Solidarhaftung" vereinbart, dass die eingeschlossenen Versicherungsnehmer, d.h. die C._____ AG und die Beklagte, der Klägerin solidarisch für die Vertragserfüllung, insbesondere für die Erfüllung der Regressverpflichtung im Sinne von Art. 4 AVB der Abrufpolice haften. Sodann wurde vereinbart, dass die Anmeldungen auf Übernahme der Garantien jeweils von der Firma beantragt werden, welche die zu garantierenden Arbeiten ausführt bzw. ausgeführt hat und auf welche die Garantiescheine zu lauten haben (act. 1 Rz. 3; act. 4/2).

Am 18. März 2013 schloss die E._____ AG mit Sitz in St. Gallen mit der C._____ AG bezüglich einer Wohnüberbauung in ... einen Werkvertrag zum Gesamtpreis von CHF 2'592'000.– ab. Die C._____ AG hatte gemäss den vertraglichen Bestimmungen eine Erfüllungsgarantie zu stellen. Gestützt auf die mit der Klägerin abgeschlossene Baugarantievericherung verlangte in der Folge die C._____ AG von der Klägerin die Abgabe einer Erfüllungsgarantie mit einem Maximalbetrag von CHF 259'000.–. Die Klägerin verpflichtete sich in der Folge gegenüber der E._____ AG unwiderruflich, dieser auf erste Aufforderung hin, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des vorerwähnten Werkvertrags und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben jeden Betrag bis maximal CHF 259'000.– zu bezahlen, sobald ihr (der Klägerin) die schriftliche Zahlungsaufforderung samt Bestätigung der E._____ AG vorliegt, dass die C._____ AG ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäss erfüllt hat (act. 1 Rz. 4; act. 4/8+9).

Am 7. Mai 2015 teilte die E._____ AG der Klägerin schriftlich mit, dass die C._____ AG ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäss nachge-

kommen sei. Deshalb forderte die E._____ AG die Klägerin auf, ihr den gesamten Garantiebtrag von CHF 259'000.– zu überweisen (act. 1 Rz. 5; act. 4/10). Daraufhin setzte die Klägerin die C._____ AG mit Schreiben vom 18. Mai 2015 davon in Kenntnis, dass die E._____ AG die Überweisung des Garantiebtrages in der Höhe von CHF 259'000.– verlangt habe. Gleichzeitig wurde die C._____ AG darauf aufmerksam gemacht, dass die Klägerin, sofern die formellen Anforderungen an den Garantieabruf eingehalten seien, verpflichtet sei, die Garantiesumme auszuführen. In diesem Fall habe die C._____ AG den Betrag von CHF 259'000.– der Klägerin umgehend zurückzuerstatten. Eine Reaktion von Seiten der C._____ AG erfolgte nicht. Vielmehr sandte die Post das der C._____ AG zugestellte Schreiben anfangs Juni 2015 der Klägerin mit dem Vermerk "Briefkasten/Postfach wird nicht mehr geleert" zurück (act. 1 Rz. 6; act. 4/11). Mit Valuta vom 4. Juni 2016 überwies die Klägerin zu Gunsten der E._____ AG die Summe von CHF 259'000.– an die F._____ AG (act. 1 Rz. 7; act. 4/12).

Die Klägerin gelangte mit Einschreiben vom 5. Juni 2015 an die nebst der C._____ AG in den Versicherungsvertrag mit eingeschlossene und solidarisch haftende Beklagte und wies die Beklagte darauf hin, dass sie ebenso wie die C._____ AG vertraglich verpflichtet sei, der Klägerin die ausbezahlte Garantiesumme sofort zurückzuerstatten. Die Klägerin ersuchte daher die Beklagte, ihr den genannten Betrag bis 12. Juni 2015 zu überweisen. Das Einschreiben wurde von der Beklagten innert Frist bei der Post nicht abgeholt (act. 1 Rz. 8 f.; act. 4/13). Auch wurde ein ebenfalls am 5. Juni 2015 der C._____ AG zugestelltes, vergleichbares Schreiben, das aber zusätzlich noch mit einer Betreibungsandrohung versehen war, von der C._____ AG nicht bei der Post abgeholt (act. 1 Rz. 10; act. 4/14). Weil in der Folge am 7. Juli 2015 über die C._____ AG der Konkurs eröffnet wurde, setzte die Klägerin die ihr zustehende Regressforderung von CHF 259'000.– nebst Zins zu 5 % seit 13. Juni 2015 mit Zahlungsbefehl Nr. ... vom 31. Juli 2015 des Betreibungsamtes St. Gallen gegen die Beklagte in Betreuung. Die Beklagte liess in der Folge Rechtsvorschlag erheben (act. 1 Rz. 11; act. 4/15).

3. Rechtliches

3.1. Forderung aus Garantievertrag

Wird eine Garantie i.S.v. Art. 111 OR ausgestellt, so ist der Garant unbesehen eines allfälligen Streites über den Grundvertrag zur Zahlung verpflichtet, sofern die im Garantieverprechen umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 138 III 241). Die Klägerin hat in Erfüllung ihrer in Art. 4 Abs. 1 ABV statuierten Informationspflicht mit Schreiben vom 18. Mai 2015 die Versicherungsnehmerin C._____ AG davon in Kenntnis gesetzt, dass die E._____ AG die Auszahlung des gesamten Garantievertrags verlangt habe. Der Klägerin kann dabei nicht zum Nachteil gereichen, dass die C._____ AG ihren Briefkasten nicht mehr leerte (act. 1 Rz. 15). Die Klägerin hat alsdann die Unterschriften der für die E._____ AG zeichnenden Personen von der F._____ überprüfen lassen (act. 1 Rz. 16; act. 4/20), bevor sie die Summe von CHF 259'000.– überwies. Gemäss Art. 6 Ziff. 1 der Versicherungspolice wurde die Beklagte zusammen mit der C._____ AG in den Versicherungsvertrag mit eingeschlossen und es wurde ausdrücklich vereinbart, dass die eingeschlossenen Versicherungsnehmer der Klägerin solidarisch für die Vertragserfüllung, insbesondere für die Erfüllung der Regressverpflichtung i.S.v. Art. 4 AVB der Abrufpolice, haften. Die Regressforderung ist fällig, muss sie doch gemäss Art. 6 Abs. 2 AVB sofort bezahlt werden und blieb bis heute unbezahlt. Damit ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 259'000.– zu bezahlen.

Das Rechtsbegehren auf Leistung eines Geldbetrages muss grundsätzlich ziffernmässig bestimmt sein (vgl. Art. 84 Abs. 2 ZPO). Auf Klagen mit Rechtsbegehren, die unklar, unvollständig oder unbestimmt sind, ist nicht einzutreten (KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2013, Art. 221 N 8 ff.; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 221 N 24 ff.). Soweit die Klägerin die Zusprechung der Kosten des Betreibungsverfahrens verlangt, ist auf dieses Begehren mangels Bezifferung und Begründung nicht einzutreten (vgl. act. 1 S. 2).

3.2. Verzugszins

Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszins von 5 % zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 4 AVB ist die Regressforderung sofort fällig. Mit Schreiben vom 5. Juni 2015 verlangte die Klägerin von der Beklagten unmissverständlich die Rückzahlung von CHF 259'000.– bis 12. Juni 2015. Dieses Schreiben wurde von der Beklagten nicht abgeholt und gilt daher als zugestellt, wenn es erstmals bei der Post abgeholt werden kann (act. 1 Rz. 22; act. 4/13; vgl. BGE 137 III 208 E. 3). Damit befand sich die Beklagte am 13. Juni 2015 mit der Zahlung in Verzug, womit sie zu verpflichten ist, der Klägerin Verzugszins von 5 % ab dem 13. Juni 2015 zu bezahlen.

4. Rechtsvorschlag

Die Klägerin verlangt die Aufhebung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes St. Gallen, Zahlungsbefehl vom 31. Juli 2015, im Umfang von CHF 259'000.– zzgl. Verzugszins von 5% seit dem 13. Juni 2015 (act. 1 S. 2; act. 1 Rz. 23; act. 4/15).

Der Gläubiger kann, um einen Rechtsvorschlag zu beseitigen, auf Anerkennung der Forderung klagen (Art. 79 SchKG). Die Klage ist innerhalb eines Jahres seit Zustellung des Zahlungsbefehls einzureichen (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Der Zahlungsbefehl wurde am 6. Oktober 2015 zugestellt (act. 4/15 S. 2). Die Klägerin hat die Klage am 29. April 2016 rechtzeitig eingereicht, um den Rechtsvorschlag zu beseitigen (vgl. act. 1).

5. Ergebnis

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 259'000.– zzgl. Verzugszins von 5 % seit 13. Juni 2015 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag ist antragsgemäss aufzuheben.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der Beklagten als unterliegende Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (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 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). 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). Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens nicht hinzugerechnet werden. Für den Streitwert ist von CHF 259'000.– auszugehen. Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt rund CHF 15'000.–. Vorliegend erscheint es insbesondere unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts angemessen, die Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG um rund einen Viertel zu reduzieren und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen. Diese Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 ZPO).

Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt rund CHF 18'000.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht u.a. mit der Erarbeitung der Begründung (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Unter Berücksichtigung des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falles ist die Parteientschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV um rund einen Viertel zu reduzieren und die Beklagte entsprechend zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 14'000.– zu bezahlen.

In Bezug auf den Antrag auf Zusprechung der Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 (mit Modifikation betr. Satz am 17. September 2010) hinzuweisen. Das Bundesgericht hat in einem

jüngeren Entscheid erwogen, eine (inländische) Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantrage, habe die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zuliesse, zu behaupten und zu belegen. Dies gelte auch, wenn die Gegenseite nicht opponiert habe (Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2015 E. 4.5; vgl. auch Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Da die Klägerin keinen mehrwertsteuerpflichtigen Umsatz tätigt (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 18 MwStG), was ihr den Abzug der Mehrwertsteuer auf damit belasteten Anwaltshonorarrechnungen als Vorsteuer verunmöglicht, ist der Klägerin auf dem Betrag von CHF 14'000.– der Zuschlag für die Mehrwertsteuer von 8 % zu gewähren.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 259'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 13. Juni 2015 zu bezahlen.
2. Auf das Begehren um Zusprechung der Kosten des Betreibungsverfahrens wird nicht eingetreten.
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes St. Gallen (Zahlungsbefehl vom 31. Juli 2015) wird im Umfang von CHF 259'000.– zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 13. Juni 2015 aufgehoben.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'000.–.
5. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 14'000.– (zzgl. 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. 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 259'000.–.

Zürich, 11. Oktober 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Adrienne Hennemann