



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, die Handelsrichter Dr. Martin Liebi, Jean-Marc Bovet und Stefan Vogler sowie die Gerichtsschreiberin Nadja Kiener

Urteil vom 7. Dezember 2021

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____,

gegen

B._____, INC.,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von USD 125'000.00 zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins p.a. seit 21. September 2018.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 7.7% MwSt.) zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Formelles

1.1. Parteien und Prozessgegenstand

Bei der Klägerin handelt es sich um eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr hauptsächlicher Zweck besteht im Betreiben von Beteiligungsgesellschaften (act. 1 Rz. 2 und Rz. 22 und act. 3/1).

Die Beklagte ist eine US-amerikanische Kapitalgesellschaft mit Sitz in C. _____ [Staat], deren Zweck es ist, alle rechtmässigen Geschäfte zu tätigen, die nach den Gesetzen der Vereinigten Staaten und des Staates C. _____ erlaubt sind (act. 1 Rz. 3 und Rz. 23, act. 3/2, act. 3/4, act. 8/12 und act. 12/13).

Gegenstand der vorliegenden Klage bildet die Rückzahlung eines im Jahr 2019 gewährten Darlehens der Klägerin an die Beklagte.

1.2. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte die Klage samt Beilagen am 11. März 2021 (Datum Poststempel) hierorts ein (act. 1 und act. 3/1-10). Mit Verfügung vom 12. März 2021 wurde der Klägerin eine Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 9'400.– zu leisten. Gleichzeitig wurde ihr eine nämliche Frist als Nachfrist angesetzt, um eine neue oder bereinigte Vollmacht sowie ein aktuelles amtliches Dokument (analog Handelsregisterauszug) einzureichen, woraus ersichtlich ist, wer für die Beklagte zeichnungsberechtigt ist (act. 4). Die Klägerin bezahlte den Vorschuss für die Gerichtskosten fristgerecht und kam den übrigen

Auflagen ebenfalls innert Frist nach (act. 6, act. 7, act. 8/12-13 und act. 9). Mit Verfügung vom 5. Mai 2021 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort und zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz angesetzt, unter der Androhung, dass bei Nichtbefolgung dieser Aufforderung künftige Zustellungen durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgen würden (act. 10). Die Verfügung wurde der Beklagten auf dem Rechtshilfeweg im August 2021 zugestellt (act. 11 B). Die Beklagte reichte innert angesetzter Frist keine Klageantwort ein und gab auch kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bekannt. Entsprechend wurde ihr mit Verfügung vom 4. November 2021 Nachfrist i.S.v. Art. 223 Abs. 1 ZPO von 10 Tagen zur Erstattung der Klageantwort angesetzt, wobei darauf hingewiesen wurde, dass das hiesige Gericht bei erneuter Säumnis entweder einen Endentscheid treffen werde, sofern die Angelegenheit spruchreif sei, oder zur Hauptverhandlung vorgeladen werde (act. 12). Die Zustellung dieser Verfügung erfolgte am 9. November 2021 durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 14). Die Beklagte blieb auch innert Nachfrist säumig.

1.3. Zustellungen an die Beklagte

Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland anweisen, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Als Zustellungsdomizil muss eine Adresse in der Schweiz bezeichnet werden, an die die Zustellungen in Zukunft erfolgen können. Lässt sich eine Partei durch einen Anwalt vertreten, besteht an der Geschäftsadresse desselben immer auch ein Zustellungsdomizil (BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 140 N 4 und Art. 137 ZPO). Unterlässt es die im Ausland wohnhafte Partei trotz der ihr androhungsgemäss zugestellten gerichtlichen Anweisung, ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen, können alle im weiteren Verlaufe des Verfahrens gemäss Art. 136 ZPO vorzunehmenden Zustellungen durch Publikation erfolgen (Art. 141 Abs. 1 lit. c ZPO). Mit der rechtmässig angeordneten Publikation entsteht die unwiderlegbare Vermutung, dass der Inhalt der publizierten Bekanntmachung dem Adressaten zur Kenntnis

gelangt ist. Diese Zustellungsfiktion tritt gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO am Tag der Publikation ein (BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 141 N 5 f.).

Bei der Beklagten handelt es sich wie bereits erwähnt um eine US-amerikanische Kapitalgesellschaft mit Sitz in C._____. Die Verfügungen vom 12. März 2021 und vom 5. Mai 2021 wurden der Beklagten folglich auf dem internationalen Rechtshilfeweg zugestellt. Die Zustellung war erfolgreich (Zustellung im August 2021; act. 11 B). In der besagten Verfügung vom 5. Mai 2021 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um Klageantwort zu erstatten sowie um ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen, unter der Androhung, dass bei Nichtbefolgung dieser Aufforderung künftige Zustellungen durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgen würden (act. 10). Da die Beklagte innert der ihr angesetzten Frist und bis heute weder ein Zustellungsdomizil noch einen Rechtsvertreter in der Schweiz bezeichnete, wurde die Verfügung vom 4. November 2021 betreffend Nachfristansetzung zur Einreichung der Klageantwort (act. 12) androhungsgemäss im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert. Mit der am 9. November 2021 erfolgten Publikation gilt die Verfügung demnach als rechtswirksam zugestellt (act. 14). Ebenso können weitere im Verlauf des Verfahrens vorzunehmende Zustellungen rechtswirksam durch Publikation erfolgen.

1.4. Versäumte Klageantwort / Spruchreife

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). Wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, ist nach dem Klagebegehren zu erkennen; wenn nicht, ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen.

sichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nicht berücksichtigt werden. Dem Gericht ist es im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) verwehrt, eine ungenügend substantiierte Klage unter Rückgriff auf die Akten zu ergänzen. An der erforderlichen Spruchreife fehlt es 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; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 223 N 20 ff.).

Ist die Voraussetzung der Spruchreife gegeben, trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort gestützt auf die unbestritten gebliebenen Vorbringen der klagenden Partei einen *Endentscheid*. Das Gericht ordnet dabei weder einen zweiten Schriftenwechsel an noch lädt es zur Hauptverhandlung vor (BK ZPO-KILLIAS, Art. 223 N 10; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 223 N 21). Ist die Klageantwort ausgeblieben, stellt sich auch die Frage der Replik nicht. Die klagende Partei kann daher nicht darauf vertrauen, mit einer Replik oder in einer Instruktionsverhandlung noch neue Tatsachen und Beweismittel vortragen bzw. den Standpunkt verbessern zu können (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 223 N 6).

Die Beklagte hat die Klageantwort auch innert Nachfrist nicht eingereicht. Da sich die Angelegenheit zudem als spruchreif erweist, ist androhungsgemäss ein *Endentscheid* zu fällen (vgl. act.12 und Art. 147 Abs. 3 ZPO).

1.5. Internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist zwar nicht strittig, jedoch von Amtes wegen zu prüfen.

Dass ein internationaler Sachverhalt vorliegt, ist offensichtlich. Die Parteien haben unbestrittenermassen eine Gerichtsstandsklausel getroffen. Entgegen der klägerischen Auffassung beurteilen sich Gültigkeit und Inhalt derselben hier nicht nach Art. 5 IPRG (act. 1 Rz. 4), sondern nach Art. 23 LugÜ. Es reicht nämlich aus, dass eine Partei in einem Drittstaat und die andere in einem Mitgliedstaat des LugÜ ih-

ren Sitz hat, wenn das Gericht oder die Gerichte dieses Mitgliedstaates vereinbart worden sind (SHK LugÜ-KILLIAS, Art. 23 N 14; BSK LugÜ-BERGER, Art. 23 N 10 und N 17). Die Klägerin hat ihren Sitz in Zürich (act. 3/2), mithin in der Schweiz. Alsdann wurde in Ziffer 11 des Darlehensvertrags eine Zuständigkeit in Zürich vereinbart (1 Rz. 5 und act. 3/3 Ziff. 11). Entsprechend ist das LugÜ – obschon der Sitz der Beklagten ausserhalb des LugÜ-Raums liegt – anwendbar. Die Voraussetzungen gemäss Art. 23 Ziff. 1 LugÜ sind erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Damit besteht eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien und die *internationale* Zuständigkeit der Schweiz sowie die *örtliche* Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts sind gegeben.

Die vorliegende Klage beschlägt die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten, die den Handel und Verkauf von Spielautomaten an Casinos in den D._____, E._____ und allenfalls weiteren Ländern betreibt (act. 1 Rz. 9). Sodann übersteigt der Streitwert CHF 30'000.– und beide Parteien sind im Handelsregister bzw. in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen (act. 3/1, act. 3/2 und act. 8/13), womit das Handelsgericht des Kantons Zürich mithin auch *sachlich* zuständig ist (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.6. Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten

Wie bereits erwähnt handelt es sich bei der Beklagten um eine US-amerikanische Gesellschaft mit Sitz in C._____. Der Website des "... " ist zu entnehmen, dass die Beklagte seit 25. September 2020 "inactive" ist (act. 3/2). Dieser Status steht der Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten als juristische Person nicht entgegen, handelt es sich doch lediglich um eine "administrative Auflösung", die "angeordnet" wurde, weil die Beklagte den "annual report" nicht eingereicht hat (act. 1 Rz. 24 und act. 3/2; "admin dissolution for annual report"). Sobald sie dieser Verpflichtung nachkommt, wird fingiert, dass diese behördliche "administrative Auflösung" nie stattgefunden hat. Die Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten wird durch diesen temporären inaktiven Status demnach nicht tangiert und ist damit gegeben.

1.7. Übrige Prozessvoraussetzungen

Da die Klägerin den Barvorschuss geleistet hat (act. 9) und sich auch die übrigen Prozessvoraussetzungen als erfüllt erweisen und zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Klage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO).

2. Materielles

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Nach unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin, haben die Parteien am 10. September 2018 einen Darlehensvertrag abgeschlossen. Darin verpflichtete sich die Klägerin, der Beklagten ein Darlehen in Höhe von USD 125'000.– zu gewähren. Die Beklagte benötigte dieses Kapital, um ihr Business – Handel und Verkauf von Spielautomaten an Casinos – zu expandieren. Demgegenüber verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin das Darlehen am 30. September 2019 zuzüglich Zins zu 5 % pro Jahr zurückzuzahlen (act. 1 Rz. 25 und act. 3/3). Am 21. September 2018 teilte die Klägerin der Beklagten per E-Mail mit, dass sie die Darlehenszahlung ausgelöst habe, wobei die Beklagte den Zahlungseingang noch gleichentags bestätigte (act. 1 Rz. 28, act. 3/6 und act. 3/7).

Am 7. September 2019 erinnerte die Klägerin die Beklagte per E-Mail daran, dass das ihr gewährte Darlehen am 30. September 2019 zur Rückzahlung fällig sei und bat um Rückzahlung desselben inklusive Zinsen (act. 1 Rz. 29 und act. 3/8). Die Beklagte teilte der Klägerin daraufhin telefonisch mit, dass sie sich in einer prekären finanziellen Lage befinde und es ihr daher nicht möglich sei, das Darlehen fristgemäss zurückzuzahlen (act. 1 Rz. 30).

Die Klägerin fordert von der Beklagten nun die (Rück-)Zahlung von USD 125'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 21. September 2018. Die Beklagte hat diese Forderung der Klägerin trotz diverser Aufforderungen bis heute nicht beglichen (act. 1 Rz. 36).

2.2. Würdigung

2.2.1. Anwendbares Recht

Vorab ist festzuhalten, dass auf den Darlehensvertrag gemäss Rechtswahl unter Ziffer 11 des Darlehensvertrags unbestrittenermassen Schweizerisches Recht anwendbar ist (Art. 116 IPRG; act. 3/3 Ziff. 11).

2.2.2. Darlehensforderung

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte (Art. 312 OR). Ein Darlehen kann auf bestimmte oder unbestimmte Dauer eingegangen werden. Auf bestimmte Dauer ist ein Darlehen eingegangen, wenn die Dauer (bzw. eine Mindestdauer) oder der Endzeitpunkt des Darlehens bestimmt oder bestimmbar ist (BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER, Art. 318 N 3). Da das Darlehen den Borger nur zu zeitlich begrenztem Wertgebrauch berechtigt, hat er bei Vertragsende eine Rückerstattungspflicht. Die Rückerstattungspflicht des Borgers entsteht latent mit Vertragsschluss, ist aber durch die Valutierung bedingt und wird bei Vertragsende fällig (BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER, Art. 312 N 11 f.).

Gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin haben die Parteien am 10. September 2018 einen Darlehensvertrag mit einer Darlehenssumme von USD 125'000.00 auf bestimmte Zeit, konkret bis zum 30. September 2019, geschlossen. Der Darlehensvertrag wurde von der Klägerin eingereicht (act. 3/3, "Loan Agreement"). Nachdem die Klägerin die Darlehenssumme überwiesen und die Beklagte den Zahlungseingang am 21. September 2018 bestätigt hatte (vgl. act. 3/6 und act. 3/7), war die Beklagte verpflichtet, den Betrag bis zum 30. September 2018 zurückzubezahlen (vgl. act. 3/3 Ziff. 2 Abs. 1), zumal die Parteien den Rückzahlungstermin nicht verschoben bzw. das Ablaufdatum des Darlehensvertrags nicht angepasst haben (vgl. act. 3/3 Ziff. 2 Abs. 2). Ihrer Rückzah-

lungspflicht ist die Beklagte bis heute nicht nachgekommen. Die Darlehensforderung in der Höhe von USD 125'000.00 ist damit ausgewiesen.

Da Geldschulden in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen sind (Art. 84 Abs. 1 OR), ist der Klägerin der Betrag von USD 125'000.00 entsprechend zuzusprechen.

2.2.3. Zins

Die Klägerin fordert auf diesem Betrag sodann einen Zins zu 5% seit dem 21. September 2018 (act. 1 Rechtsbegehren 1).

Das Darlehen ist im gewöhnlichen Verkehr nur dann verzinslich, wenn Zinse verabredet sind. Im kaufmännischen Verkehr sind auch ohne Verabredung Zinse zu bezahlen (Art. 313 Abs.1 und 2 OR). Die Zinszahlungspflicht beginnt mit der Auszahlung der Valuta durch den Darleiher und endet grundsätzlich mit Ablauf der Vertragsdauer (BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER, Art. 313 N 5 und N 6).

Es ist unbestritten geblieben und durch den eingereichten Darlehensvertrag belegt, dass die Parteien einen Zins zu 5 % vereinbart haben (act. 3/3 Ziff. 3). Die Klägerin hat das Darlehen am 21. September 2018 ausbezahlt, womit die Zinszahlungspflicht begann, die mit Ablauf der Vertragsdauer, konkret am 30. September 2019, endete.

Da die Beklagte das Darlehen am 30. September 2019 nicht zurückzahlte, sondern vielmehr mit der Rückzahlung des Darlehens in Verzug geriet, hat sie mangels anderer Abrede nach Art. 104 OR alsdann auf dem ausstehenden Betrag seit unbenütztem Ablauf dieses Zahlungstermins (Verfalltag i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR) Verzugszins zu bezahlen. Dabei gilt ein Mindestzinssatz von 5 %, selbst wenn der vertragliche Zinssatz tiefer ausfallen würde. Ein allfälliger höherer Darlehenszinssatz bleibt bei entsprechendem Nachweis auch während des Verzugs geschuldet, ohne dass es hierfür einer besonderen Abrede bedürfte (BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER, Art. 313 N 7).

Nach dem Gesagten ist auch der von der Klägerin geforderte Zins (vertraglicher Zins sowie Verzugszins) zu 5 % seit dem 21. September 2018 auf dem Betrag von USD 125'000.00 ausgewiesen.

2.2.4. Fazit

Zusammengefasst ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin USD 125'000.00 samt Zins zu 5 % seit 21. September 2018 zu bezahlen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss ist die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 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) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 ZPO) und beläuft sich vorliegend auf USD 125'000.00, entsprechend CHF 116'238.– per Klageeinleitung. Daraus resultiert eine ordentliche Gerichtsgebühr von rund CHF 9'400.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Diese ist aufgrund der vorliegenden Verfahrenserledigung auf rund drei Viertel der Grundgebühr und damit auf CHF 7'000.– zu reduzieren. Die Gerichtskosten sind vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO), und es ist ihr in diesem Umfang das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) ist die Beklagte schliesslich zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 9'500.– zu bezahlen. Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin USD 125'000.00 zuzüglich 5 % Zins seit 21. September 2018 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 9'500.– 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 (umgerechnet) CHF 116'238.–.

Zürich, 7. Dezember 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Nadja Kiener