

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE180124-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie  
Gerichtsschreiber Silvan Sdzuy

## Urteil vom 17. Mai 2018

in Sachen

**A1.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG in Liquidation,**  
Klägerin

handelnd durch die B.\_\_\_\_\_ AG

gegen

**C.\_\_\_\_\_,**  
Beklagter

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegner zur Bezahlung von CHF 60'137.20 an die Gesuchstellerin zu verurteilen.
2. In der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Oberwinterthur sei der Rechtsvorschlag im Umfang von CHF 60'137.20 zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchsgegners."

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Am 15. März 2018 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin bzw. Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 20. März 2018 wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort und der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 4'500.– angesetzt (act. 3). Die Klägerin leistete diesen Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig (act. 5). Da der Beklagte säumig geblieben war, wurde ihm mit Verfügung vom 11. April 2018 unter (erneuter) Säumnisandrohung Nachfrist angesetzt (act. 6); der Beklagte erstattete auch innert Nachfrist keine Klageantwort.

2. Formelles

2.1. Zuständigkeit und Verfahrensart

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts sind gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 46 ZPO und Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 45 lit. d GOG): Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen (act. 2/1-2) und der Beklagte (als Inhaber des Einzelunternehmens "C.\_\_\_\_\_, ...") hat seinen Wohnsitz im Kanton Zürich (act. 17 Blätter 2-4). Der Streitwert übersteigt CHF 30'000.–. Sodann gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung (Art. 257 Abs. 1 ZPO).

## 2.2. Übrige Prozessvoraussetzungen

2.2.1. Zwar besteht für die vorliegende Anerkennungsklage keine Klagefrist, eine Beseitigung des Rechtsvorschlags kann indes nur verlangt werden, wenn nicht schon die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens – ein Jahr ab Zustellung des Zahlungsbefehls – abgelaufen ist (sog. Erlöschen der Betreuung; Art. 88 Abs. 2 SchKG). Eine später eingereichte Klage ist wohl materiell an die Hand zu nehmen, doch kann dem Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags nicht stattgegeben werden (BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 79 N 8, m.w.H.). Damit beschlägt Art. 88 Abs. 2 SchKG das Rechtsschutzinteresse an der Beseitigung des Rechtsvorschlags (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

Das Rechtsschutzinteresse an der Beseitigung des Rechtsvorschlags ist vorliegend gegeben, da die Klage hierorts am 15. März 2018 eingeleitet wurde, nachdem der Zahlungsbefehl vom 10. März 2017 dem Beklagten am 30. März 2017 zugestellt werden konnte (act. 17 Blätter 3-4). Während des vorliegenden Verfahrens steht die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens still (Art. 88 Abs. 2 SchKG).

2.2.2. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen, welche von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 59 i.V.m. Art. 60 ZPO), erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

2.2.3. Damit ist auf die Klage unter Vorbehalt von Art. 257 Abs. 3 ZPO einzutreten.

## 2.3. Versäumte Klageantwort

Da der Beklagte auch innert Nachfrist keine Klageantwort erstattete, ist androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden (Art. 147 ZPO; act. 3 S. 2; act. 6 S. 2).

## 3. Materielles / unbestrittener Sachverhalt

3.1. Da sich der Beklagte mit seiner Säumnis nicht zu den Vorbringen der Klägerin geäußert hat, gelten die klägerischen Tatsachenbehauptungen als unbestrit-

ten und können dem Entscheid zugrunde gelegt werden. Es besteht kein Anlass, an der Richtigkeit der klägerischen Sachdarstellung (act. 1 Rz. 6 ff.) zu zweifeln (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Gestützt auf die klägerische Sachdarstellung und die dazu eingereichten Urkunden (act. 2/1-18) ist – soweit entscheidrelevant – von folgendem Sachverhalt auszugehen:

3.2. Als die Klägerin noch aufrecht stand, war sie als Tochtergesellschaft Teil der Unternehmensgruppe der deutschen A.\_\_\_\_\_ GmbH & Co. KG (fortan: Muttergesellschaft) und im Bereich des Edelmetallhandels tätig (vgl. auch Gesellschaftszweck gemäss act. 2/1); sie verfügte über eine Bewilligung zur Tätigkeit als Finanzintermediär gemäss GwG (Geldwäschereigesetz). Die Klägerin bot in diesem Zusammenhang insbesondere ein sog. Edelmetallmanagement an, welches unter anderem das Führen von Edelmetall(gewichts)konten beinhaltete; die gesamte Buchhaltung der Klägerin wurde über die genannte Muttergesellschaft geführt. Der Beklagte führt ein Goldschmiede-Atelier; im Rahmen dieser Tätigkeit verfügte er bei der (damals noch aufrecht stehenden) Klägerin über ein Edelmetallkonto. Zwischen den Parteien bestand ein Vertrag, den die Klägerin als Kontokorrentvertrag qualifiziert. Der Beklagte bestätigte den Stand seines Edelmetallkontos bei der Klägerin per 31. Dezember 2014 unterschriftlich am 23. Januar 2015. Im Jahr 2015 erfolgten weitere Kontobewegungen, wobei jedes Mal der neue Saldo gezogen und dem Beklagten mitgeteilt wurde (act. 1 Rz. 6-9, Rz. 12, Rz. 26; act. 2/1-8h).

3.3. Am tt.mm.2015, 09.00 Uhr, wurde über die Klägerin der Konkurs eröffnet, nachdem die genannte Muttergesellschaft in Deutschland die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragt hatte. Die Klägerin verlor ihre Bewilligung zur Tätigkeit als Finanzintermediär gemäss GwG. Im Rahmen der Liquidation der Klägerin wurden die bestehenden Edelmetallkonten bereinigt und saldiert; die Gewichtsguthaben wurden zum Kurs per Stichtag der Konkursöffnung in Geldforderungen umgewandelt. Der finale Stand des beklagtischen Edelmetallkontos bei der Klägerin war bzw. ist mit CHF -60'137.20 negativ. In der Folge wurde der Beklagte am 19. September 2016 über den klägerischen Konkurs informiert und zur Zahlung des Betrags von CHF 60'137.20 aufgefordert. Der Beklagte bezahlte nicht

und zeigte auch sonst keine Reaktion, weshalb eine Mahnung erfolgte. Auf entsprechenden Einwand des Beklagten teilte ihm die Klägerin mit Schreiben vom 7. November 2016 mit, dass die von ihm verlangte Gutschrift aufgrund einer Altgold-Lieferung bereits berücksichtigt worden sei, und setzte dem Beklagten eine neue Zahlungsfrist bis am 15. November 2016 (bzw. alternativ eine Frist zur Stellungnahme und Einreichung von Beweismitteln). Auch diese Zahlungsaufforderung sowie eine weitere Mahnung blieben ohne Reaktion des Beklagten (act. 1 Rz. 10-18; act. 2/5 und 2/8h-16).

3.4. Am 8. März 2017 stellte die Klägerin schliesslich das Betreibungsbegehren, worauf der Beklagte anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls am 30. März 2017 sogleich Rechtsvorschlag erhob. Mit Schreiben vom 26. Februar 2018 gab die Klägerin dem Beklagten letztmalig die Gelegenheit zur Begleichung der seit ihrem Schreiben vom 7. November 2016 unbestritten gebliebenen Forderung (act. 1 Rz. 19 f.; act. 17-18). Der Beklagte hat die Forderung der Klägerin nicht beglichen.

#### 4. Rechtliches und Würdigung

4.1. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht nur dann Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und die Rechtslage klar ist (lit. b). Fehlt eine dieser Voraussetzungen, ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO; BGE 140 III 315, E. 5). Die Rechtslage ist klar, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (BGE 138 III 123, E. 2.1.2, m.w.H.). Nachdem der Sachverhalt wie dargelegt unbestritten ist (siehe oben Ziff. 3), ist nachfolgend die Klarheit der Rechtslage zu prüfen.

4.2. Die Klägerin beruft sich auf das Bestehen eines Kontokorrentvertrags im Zusammenhang mit einem vom Beklagten bei ihr (ehemals) gehaltenen Edelmetallkonto; dazu ist zunächst Folgendes festzuhalten: Das Edelmetallkonto wird im Vertragsrecht nicht besonders geregelt, sondern beruht auf der Bankenpraxis.

Das Edelmetallkonto ist ein Bankkonto, das dadurch charakterisiert ist, dass das Guthaben nicht auf eine bestimmte Währung, sondern auf eine Menge (Edel-) Metall lautet. Bei der Eröffnung eines Bankkontos wird in der Regel ein Kontokorrentvertrag abgeschlossen, verbunden mit einem Girovertrag (PASQUIER/KÖNIG, Das Edelmetallkonto – rechtliche Erfassung einer verbreiteten Anlagemethode, Anwaltsrevue 2016, S. 119, m.w.H.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 655 ff., m.w.H.).

4.3. Der Kontokorrentvertrag besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung "in der Abrede zweier in einem gegenseitigen Abrechnungsverhältnis stehender Personen, alle von diesem Verhältnis erfassten Forderungen bis zum Abrechnungstermin zu stunden und weder abzutreten noch separat geltend zu machen, sondern nur als Rechnungsposten für die Ermittlung des Saldos zu behandeln. Er enthält einen Verrechnungsvertrag, gemäss welchem ohne Verrechnungserklärung alle vom Kontokorrentverhältnis erfassten beidseitigen Forderungen entweder laufend oder am Ende der Rechnungsperiode automatisch verrechnet werden [...]. Art. 117 OR bestimmt in Absatz 1 und 2, dass die Einsetzung der einzelnen Posten in den Kontokorrent keine Neuerung zur Folge habe, wohl aber die Ziehung und Anerkennung des Saldos" (BGE 100 III 79, E. 3; BGE 104 II 190, E. 2a). Im Einzelnen lässt sich ein Kontokorrentverhältnis somit in eine Stundungsabrede, Verrechnungsabrede, Schuldanerkennung und Neuerung aufgliedern. Als Innominatvertrag bedarf der Kontokorrentvertrag keiner besonderen Form. Die Anerkennung des (mitgeteilten) Saldos kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Die Anerkennung des Saldos hat allerdings nicht zur Folge, dass auf bei der Saldoziehung versehentlich berücksichtigte bzw. nicht berücksichtigte Posten schlechthin nicht mehr zurückgekommen werden könnte. Neuerung, wie sie nach Art. 117 Abs. 2 OR eintritt, setzt nämlich den Rechtsbestand der Forderung voraus, auf der sie beruht. Im Betrage des anerkannten Saldos liegt ein Schuldbekenntnis ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes vor (Art. 17 OR). Das führt dazu, dass diejenige Partei, die die Richtigkeit des anerkannten Saldos bestreiten will, seine Unrichtigkeit zu behaupten und beweisen hat (BSK OR I-GABRIEL, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 117 N 2 ff., m.w.H.; ZK-AEPLI, 3. Aufl., Zürich 1991, Art. 117 N 6; BGE 104 II 190, E. 3a, m.w.H.).

4.4. Der Beklagte als unbestrittener Inhaber eines bei der Klägerin (ehemals) gelegenen Edelmetallkontos bestreitet weder das Vorliegen eines Kontokorrentvertrages im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin noch die unterschriftliche Anerkennung des Saldos seines Edelmetallkontos per 31. Dezember 2014 (act. 1 Rz. 8 und Rz. 28; act. 2/7). Auch stellt der Beklagte nicht in Abrede, dass im Jahr 2015 weitere Bewegungen auf seinem Edelmetallkonto erfolgten bzw. dass hinsichtlich dieser Kontobewegungen jeweils fortlaufend der Saldo gezogen und ihm mitgeteilt wurde (act. 1 Rz. 9, Rz. 13, Rz. 24, Rz. 26, Rz. 28; act. 2/8-8h). Schliesslich macht der Beklagte nicht geltend, je gegen die von der Klägerin gezogenen und mitgeteilten Saldi remonstriert zu haben. Im Gegenteil, mit dem von der Klägerin zugegebenen schriftlichen Einwand (Eingangsstempel der Klägerin vom 7. November 2016; act. 2/14) brachte der Beklagte im Nachgang zur Mahnung vom 25. Oktober 2016 (act. 2/13) lediglich vor, auf der klägerischen Abrechnung fehle die letzte Altgold-Lieferung, welche er drei Tage vor dem Konkurs einem gewissen Herrn D.\_\_\_\_\_ sen. übergeben habe, und bat um Korrektur der Abrechnung. Die klägerische Antwort, wonach die letzte Altgold-Lieferung dem Beklagten bereits gutgeschrieben worden sei (act. 1 Rz. 16 f., Rz. 28; act. 2/15), blieb unwidersprochen. Im Übrigen beanstandet(e) der Beklagte die Rechnung/Mahnung der Klägerin vom 25. Oktober 2016 (act. 2/13) nicht. Weitere Einwände gegen irgendeine der voraus- bzw. nachgehenden Rechnungen/Mahnungen der Klägerin (act. 2/12, 2/15-16, 2/18) hat der Beklagte nicht vorgetragen (und ergeben sich auch nicht aus den Akten).

4.5. Aufgrund der Konkurseröffnung war die Klägerin bzw. die ausseramtliche Konkursverwaltung zudem ohne Weiteres berechtigt (und gar verpflichtet) den Saldo zu ziehen und ein (all)fälliges Guthaben der Masse einzuziehen (Art. 243 Abs. 1 SchKG). Die Fälligkeit der eingeklagten Forderung (act. 1 Rz. 31) steht nicht im Streit, zumal der sich der Beklagte dazu nicht äusserte. Ferner macht der Beklagte keine Eigentumsrechte an den bei der Klägerin teilweise zu seinen Gunsten verbuchten Edelmetallen (vgl. act. 1 Rz. 13 [mit Verweisen]) geltend, welche eine Aussonderung im Konkurs nach sich ziehen könnten (Art. 242 SchKG). Damit hat es mit der klägerischen Behauptung, der Beklagte habe keinen Anspruch auf physische Auslieferung von Edelmetallen (act. 1 Rz. 7, Rz. 22),

sein Bewenden. Sodann sind im Konkurs gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG Forderungen, die nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben (wie z.B. Edelmetalle), in Geldforderungen von entsprechendem Wert umzuwandeln. Dies hat die Klägerin getan (act. 1 Rz. 11, Rz. 13, Rz. 31; act. 2/12); ihre Umrechnungen blieben unbestritten, decken sich mit ihren Vorbringen sowie den eingereichten Unterlagen (act. 1 Rz. 13 [mit Verweisen] statt vieler) und sind auch von Amtes wegen (Art. 153 Abs. 2 ZPO) nicht zu beanstanden.

4.6. Zusammenfassend ist – mit der Klägerin – einerseits vom (ehemaligen) Bestand eines Kontokorrentvertrags/-abrede zwischen den Parteien und andererseits von einer (stillschweigenden) Anerkennung des von der Klägerin gezogenen und (mehrfach) geforderten Saldos von CHF 60'137.20 durch den Beklagten auszugehen; dies wiederum hat Neuerung im Sinne von Art. 117 Abs. 2 OR zur Folge. Mangels Bestreitung seitens des Beklagten ist zudem von der Richtigkeit des gezogenen Saldos – mithin vom Bestand der eingeklagten Forderung in der Höhe von CHF 60'137.20 (CHF 59'346.80 aus Kontosaldierung plus CHF 790.40 aus offenen Rechnungen; act. 1 Rz. 13 in fine; act. 2/11-12) – auszugehen. Die Sachlegitimation beider Parteien – die Klägerin als ehemalige Anbieterin von Edelmetallkonten und der Beklagte als ehemaliger Inhaber eines solchen Edelmetallkontos bei der Klägerin – ist offensichtlich und gibt zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Dass die eingeklagte Forderung zwischenzeitlich getilgt worden sei bzw. der Beklagte dafür (weitere) Stundung erhalten habe, wird nicht behauptet (und ergibt sich auch nicht aus den Akten).

4.7. Damit ist die Rechtslage klar, die eingeklagte Forderung ausgewiesen und der Beklagte nach dem Gesagten zu verpflichten, der Klägerin CHF 60'137.20 zu bezahlen.

## 5. Beseitigung des Rechtsvorschlags

Wird die in Betreuung gesetzte Forderung ganz oder teilweise zugesprochen, erfolgt die Beseitigung des Rechtsvorschlags in diesem Umfang. Die Forderung muss als notwendige Voraussetzung identisch sein mit derjenigen, die in Betreuung gesetzt wurde (BSK SchKG I-STAEHELIN, a.a.O., Art. 79 N 10a und N 35,



m.w.H.). Aus den unbestrittenen Vorbringen der Klägerin, den eingereichten Unterlagen (act. 2/1-18) sowie dem Rechtsbegehren ergibt sich ohne Weiteres, dass die eingeklagten CHF 60'137.20 mit dem in Betreuung gesetzten Betrag gemäss Zahlungsbefehl vom 10. März 2017 übereinstimmen, mithin die eingeklagte Forderung mit der in Betreuung gesetzten Forderung identisch ist. Im Weiteren stimmen auch Gläubigerin und Schuldner mit den Parteien im vorliegenden Verfahren überein. Somit ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Oberwinterthur (Zahlungsbefehl vom 10. März 2017) im Umfang von CHF 60'137.20 zu beseitigen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 6.1. Kostenaufgabe im Allgemeinen

6.1.1. Bei der Anerkennungsklage richten sich die Kosten nach dem anwendbaren Verfahrensrecht, mithin nach der ZPO (und nicht nach der GebV SchKG). Es handelt sich dabei nicht um Betreuungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG, für welche in der laufenden Betreuung zusätzlich Befriedigung gefordert werden kann; allenfalls müsste hierfür eine neue Betreuung eingeleitet werden (BSK SchKG I-STAEHELIN, a.a.O., Art. 79 N 38, m.w.H.).

6.1.2. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozesskosten sind die Gerichtskosten (insbesondere die Gerichtsgebühr) und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

### 6.2. Gerichtsgebühr und Umtriebsentschädigung

6.2.1. Die Gerichtsgebühr ist bei einem Streitwert von CHF 60'137.20 (act. 1 S. 2 act. 3 S. 2) in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'000.– festzusetzen und ausgangs- bzw. antragsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 109 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Für die dem Beklagten auferlegte Gerichtsgebühr ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf den Beklagten einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

6.2.2. Sodann ist der Klägerin ausgangs- bzw. antragsgemäss eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Als angemessen erscheint ein Betrag von CHF 3'000.– (10 h x CHF 300.–).

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 60'137.20 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Oberwinterthur (Zahlungsbefehl vom 10. März 2017) wird im Umfang von CHF 60'137.20 beseitigt.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'000.–.
4. Die Gerichtsgebühr wird dem Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die dem Beklagten auferlegte Gerichtsgebühr (CHF 3'000.–) wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Umtriebsentschädigung von CHF 3'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innert 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 60'137.20.

Zürich, 17. Mai 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Silvan Sdzuy