



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Christian Zuber, Thomas Steinebrunner und Dr. Felix Graber sowie der Gerichtsschreiber Leonard Suter

**Beschluss und Urteil vom 7. November 2017**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

betreffend **negative Feststellungsklage**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die beim Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland West, in Betreuung gesetzte Forderung über CHF 55'000.00 zzgl. Zins seit dem 02. März 2016 (Betreibung Nr. ...) nicht besteht;
2. Es sei die Nichtigkeit der Betreuung Nr. ... festzustellen, eventua-  
liter sei die Betreuung Nr. ... aufzuheben;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ (Kanton Bern). Sie ist im Hoch-, Tief- und Strassenbau sowohl im Bereich der Planung als auch der Erstellung tätig (act. 3/1). Bei der Beklagten handelt es sich um eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_ (Kanton Zürich). Laut Handelsregisterauszug erbringt die Beklagte Dienstleistungen im Bereich Elektroinstallationen und weitere damit zusammenhängende Dienstleistungen (act. 3/2).

##### b. Prozessgegenstand

Die Beklagte hat gegen die Klägerin eine Betreuung über CHF 55'000.–, zuzüglich Zins von 5 % seit 2. März 2016, eingeleitet. Die Klägerin beantragt die Feststellung, dass diese Forderung nicht bestehe. Weiter wird von ihr die Feststellung der Nichtigkeit der Betreuung bzw. deren Aufhebung beantragt.

#### B. Prozessverlauf

1.1. Am 11. Juli 2017 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage hierorts anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (act. 4). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 8). Der Beklagten konnte die Verfü-

gung samt Klageschrift jedoch nicht zugestellt werden (Rücksendung mit dem Vermerk "weggezogen"; vgl. act. 5/2). Mit Verfügung vom 4. August 2017 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um eine Klageantwort einzureichen (act. 9), wobei das Stadttammannamt mit der Zustellung beauftragt wurde (act. 11). Auch diese Zustellung scheiterte, da die Beklagte an der im Handelsregister eingetragenen Adresse nicht auffindbar war und auch der Aufenthaltsort des einzigen Verwaltungsratsmitgliedes der Beklagten nicht bekannt ist (act. 12). Schliesslich wurde die Verfügung vom 4. August 2017 (act. 9) am tt.mm.2017 (act. 14) im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert.

1.2. Da innert Frist keine Klageantwort beim hiesigen Gericht einging, wurde der Beklagten – die Zustellung erfolgte wiederum durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 18) – mit Verfügung vom 27. September 2017 eine kurze Nachfrist im Sinne von Art. 223. Abs. 1 ZPO angesetzt, um eine Klageantwort einzureichen. Diese Nachfrist wurde mit der Androhung verbunden, bei Säumnis werde das Gericht entweder einen Endentscheid treffen, sofern die Angelegenheit spruchreif sei, oder zur Hauptverhandlung vorladen (act. 16). Auch innert der angesetzten Nachfrist reichte die Beklagte keine Klageantwort ein, weshalb über die Angelegenheit zu entscheiden ist, da sie sich als spruchreif erweist (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 Stadtmannamt als unmöglich erwiesen hatten (vgl. act. 5 und 12), gelten sowohl die Verfügung betreffend Fristansetzung zur Einreichung der Klageantwort (Publikation am tt.mm.2017; act. 14) als auch die Verfügung betreffend Nachfristansetzung (Publikation am tt.mm.2017; act. 18) 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 Abs. 1 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Da die Beklagte ihren Sitz im Kanton Zürich hat, ist die örtliche Zuständigkeit gegeben und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Da beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, die geschäftliche Tätigkeit der Parteien betroffen ist und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, ist das Handelsgericht des Kantons Zürich gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG auch sachlich zuständig. Zu prüfen bleibt indes das schutzwürdige Interesse, welches gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO auch eine Prozessvoraussetzung ist.

#### 1.3.1. Rechtsbegehren Ziffer 1

Hierbei ist in Übereinstimmung mit der klägerischen Begründung von einer (negativen) Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO auszugehen. Bei Feststellungsklagen bedarf das schutzwürdige Interesse, das sog. Feststellungsinteresse, grundsätzlich einer besonderen Begründung. Auf die entsprechenden allgemeinen Voraussetzungen ist in casu jedoch nicht weiter einzugehen. Denn für das schutzwürdige Interesse des betriebenen Schuldners, der Rechtsvorschlag erhoben hat, gilt nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass ein Feststellungsinteresse am Nichtbestand der Forderung grundsätzlich besteht, sobald die Forderung in Betreuung gesetzt wurde, ohne dass der Feststellungskläger konkret nachweisen muss, dass er wegen der Betreuung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt wird (BGE 141 III 68 E. 2.7). Vorzubehalten ist lediglich noch der – vorliegend allerdings nicht gegebene – Fall, dass die Betreuung nachweislich einzig zur Verjährungsunterbrechung nach Art. 135 Ziff. 2 OR eingeleitet werden musste (vgl. BGE 141 III 68 E. 2.7 unter Hinweis auf BGE 132 III 226).

Nachdem die Klägerin diese Voraussetzungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehörig dargetan hat (act. 1 S. 4; act. 3/6 und 3/7), was unbestritten blieb, ist auf die Klage betreffend Rechtsbegehren Ziffer 1 einzutreten.

### 1.3.2. Rechtsbegehren Ziffer 2

Im Gegensatz zum Rechtsbegehren Ziffer 1 beschlägt das Rechtsbegehren Ziffer 2 in erster Linie betriebsrechtliche Sachverhalte, indem die Klägerin die Feststellung der Nichtigkeit bzw. die Aufhebung der Betreibung verlangt. Angesichts von Rechtsbegehren Ziffer 1 mangelt es der Klägerin in Bezug auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 jedoch bereits an einem schutzwürdigen Interesse. In Übereinstimmung mit der Klagebegründung geht es der Klägerin im Wesentlichen doch zweifellos darum, dass Dritten im Sinne von Art. 8a Abs. 3 SchKG von der Betreibung keine Kenntnis gegeben wird. Bereits eine Gutheissung der allgemeinen negativen Feststellungsklage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 führt jedoch dazu, dass die Kenntnisgabe an Dritte verweigert werden kann (vgl. BSK SchKG-STAEHELIN, Ergänzungsband zur 2. Aufl. 2017, Art. 8a ad N. 19 SchKG). Demzufolge fehlt es hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 2 am notwendigen schutzwürdigen Interesse einer solchen (zusätzlichen) Feststellung bzw. der Aufhebung der Betreibung. Auf die Klage betreffend Rechtsbegehren Ziffer 2 ist daher nicht 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. 3/1-2, 4-9) ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Beklagte leitete eine Betreibung gegen die Klägerin über CHF 55'000.–, zuzüglich Zins von 5 % seit 2. März 2016, für eine Forderung aus "Schadenersatz für Sachbeschädigung auf Baustelle "E.\_\_\_\_\_" ein. Der entsprechende Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Oberland, Betreibung Nr. ..., datiert vom 2. März 2017 (act. 3/2). Bei besagter Baustelle "E.\_\_\_\_\_" wurden beide Parteien als Sub-

unternehmerinnen beigezogen. Auf der Baustelle wurden diverse Rohre abgetrennt aufgefunden, wobei die Beklagte der Klägerin vorwarf, diese Schäden verursacht zu haben; entsprechend machte sie den erwähnten Schadenersatz gegenüber der Klägerin geltend. Ein Verschulden oder widerrechtliches Verhalten der Klägerin konnte jedoch nicht festgestellt werden; weder von der Polizei, welche am 25. Februar 2016 vor Ort war, noch anlässlich einer gleichentags durchgeführten Koordinationssitzung (act. 3/4), an welcher unter anderem die beiden Parteien teilnahmen.

### 3. Würdigung

Aufgrund des unbestritten gebliebenen Sachverhalts fehlt die Grundlage, um die Klägerin als angebliche Verursacherin der Schäden zur Verantwortung zu ziehen; die Beklagte hat keinerlei vertragliche oder ausservertragliche Ansprüche gegen die Klägerin in Zusammenhang mit den geltend gemachten Schädigungen auf der Baustelle "E. \_\_\_\_\_". Die von der Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung besteht damit nicht, was antragsgemäss festzustellen ist.

### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### 4.1. Gerichtskosten

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen; bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Die Klägerin obsiegt im Hauptpunkt (Rechtsbegehren Ziffer 1) ihrer Klage. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 ist nicht einzutreten, womit die Klägerin diesbezüglich als unterliegend gilt. Die Klägerin obsiegt zwar mit ihrem zentralen Begehren (Nichtbestand der Forderung), dem weitaus bedeutendsten Punkt, wobei ihr Unterliegen nicht dermassen geringfügig ist, als dass dies überhaupt nicht berücksichtigt werden könnte. Dementsprechend scheint es insgesamt gerechtfertigt, die Kosten des Verfahrens zu rund 80% der Beklagten sowie zu rund 20% der Kläge-

rin aufzuerlegen. Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu decken. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und 2 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). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der massgebende Streitwert beträgt CHF 55'000.–. Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt rund CHF 5'950.–. Da das Verfahren nach Säumnis erledigt werden kann, rechtfertigt sich eine Reduktion der Grundgebühr nach § 4 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG um einen Viertel. Die Gerichtsgebühr ist deshalb auf CHF 4'500.– festzusetzen und der Beklagten im Umfang von CHF 3'600.– (80%) und der Klägerin im Umfang von CHF 900.– (20%) aufzuerlegen.

#### 4.2. Parteientschädigung

Ausgangsgemäss wird die Beklagte – im Umfang von 60% – entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung ist gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Aufgrund des Streitwerts von CHF 55'000.– sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf rund CHF 7'450.– festzusetzen und der Beklagten im Umfang von CHF 4'470.– (60%) aufzuerlegen. Die Klägerin behauptete keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen, aussergewöhnlichen Umstände (vgl. ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.; Urteil BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Daher ist ihr die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.



**Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Auf die Klage betreffend Rechtsbegehren Ziffer 2 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt sodann:**

1. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 55'000.– zuzüglich Zins seit dem 2. März 2016 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Oberland) gegen die Klägerin nicht besteht.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'500.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin zu 20 % (CHF 900.–) und der Beklagten zu 80 % (CHF 3'600.–) auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 4'470.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt, sowie an das Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland West.
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 55'000.–.

Zürich, 7. November 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Leonard Suter