



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Judith Haus Stebler, die Handelsrichterin Dr. Petra Ginter, die Handelsrichter Hans Dietschweiler und Ruedi Kessler sowie der Gerichtsschreiber Dario König

Urteil vom 12. Juli 2022

in Sachen

A._____ ag,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH in Liquidation,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 86'800.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 15. Februar 2021 zu bezahlen.
2. Der Klägerin sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 15. Februar 2021) definitive Rechtsöffnung für den Betrag von CHF 86'800.00 nebst Zins zu 5% seit 15. Februar 2021 und den Betreuungskosten zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie bezweckt unter anderem den Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in D._____. Ihr Zweck ist der ... (act. 1 N 2 f.). Über die Beklagte wurde am 15. Februar 2022 der Konkurs eröffnet (vgl. dazu sogleich).

b. Prozessgegenstand

Zwischen den Parteien bestand eine Zusammenarbeit, die wie folgt ausgestaltet war: Die Beklagte bestellte Waren über die Klägerin, um von besseren Einkaufskonditionen profitieren zu können. Die Klägerin lieferte die Waren jeweils der Beklagten und stellte Rechnung zum Einstandspreis. Als Gegenleistung bestellte die Beklagte Waren für die Klägerin bei der E._____ in F._____ (...), welche der Klägerin geliefert und ebenfalls zum Einstandspreis verrechnet wurden (act. 1 N 7 f.). Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Bezahlung offener Rechnungen für Waren, welche sie für die Beklagte bestellt und ihr ausgeliefert hat (act. 1 N 11). Überdies fordert die Klägerin Entschädigung für Fahrten zwecks Abholung der Waren in F._____ (act. 1 N 15 ff.).

B. Prozessverlauf

Am 18. Juni 2021 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die Klage mit dem vorstehenden Rechtsbegehren anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 22. Juni 2021 wurde die Klage der Beklagten zugestellt und es wurde der Klägerin eine Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 8'200.– angesetzt (act. 4; act. 5/2). Der Vorschuss ging innert Frist ein (vgl. act. 6). Am 5. August 2021 wurde der Beklagten eine Frist bis zum 18. Oktober 2021 angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen (act. 7). Die Zustellung der Verfügung an die Beklagte erfolgte am 10. August 2021 (act. 8/2). Da die Beklagte weder die Klageantwort innert Frist einreichte noch rechtzeitig um Fristerstreckung ersuchte, wurde ihr mit Verfügung vom 21. Oktober 2021 eine Nachfrist bis zum 15. November 2021 angesetzt, um eine Klageantwort einzureichen; dies unter der Androhung, dass im Säumnisfall bei Spruchreife ein Endentscheid ergehe (act. 9). Diese Verfügung wurde der Beklagten am 26. Oktober 2021 zugestellt (act. 10/2). Mit Schreiben vom 8. Dezember 2021 ersuchte das Gemeindeammann- und Betreibungsamt D._____ unter Hinweis darauf, dass die Beklagte laut Aussagen von deren Gesellschafter nicht mehr geschäftstätig sei und keine Aktiven mehr besitze, um Einleitung der erforderlichen Massnahmen i.S.v. Art. 152 HRegV i.V.m. Art. 934 OR (act. 11). Da dafür nicht das Handelsgericht, sondern das Handelsregisteramt des Kantons Zürich zuständig ist, wurde letzterem die Eingabe des Gemeindeammann- und Betreibungsamts D._____ mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 (act. 13) zugestellt. Gleichzeitig wurde das Handelsregisteramt ersucht, die erforderlichen Massnahmen i.S.v. Art. 152 HRegV i.V.m. Art. 934 OR einzuleiten und dem Handelsgericht eine allfällige Löschung der Beklagten mitzuteilen. Sodann wurde das Verfahren sistiert. Nachdem über die Beklagte der Konkurs eröffnet worden war, wurden die Akten mit Verfügung vom 17. Februar 2022 (act. 16) dem Konkursamt Dübendorf zugestellt. Gleichzeitig wurde das Konkursamt Dübendorf eingeladen mitzuteilen, ob der Prozess von der Konkursmasse oder einzelnen Gläubigern fortgesetzt werde oder der Konkurs mangels Aktiven definitiv eingestellt sei. Mit Schreiben vom 21. Juni 2022 (act. 18) teilte das Konkursamt Dübendorf mit, dass das Konkursverfahren über die Beklagte mit Urteil des Bezirksgerichts C._____ vom 1. Juni 2022 mangels Aktiven eingestellt worden sei. Die Frist

zur Einreichung eines weiteren Barvorschusses sei unbenützt verstrichen; da kein Gläubiger innert Frist die Durchführung des Verfahrens verlangt und den entsprechenden Kostenvorschuss geleistet habe, sei das Konkursverfahren definitiv mangels Aktiven eingestellt.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Die örtliche Zuständigkeit beruht auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO, da die Beklagte ihren Sitz im Kanton Zürich hat.

1.2. Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO für das Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit sind erfüllt.

1.3. Nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bleibt die Parteifähigkeit der Beklagten bestehen. Sie kann während zwei Jahren auf Pfändung betrieben werden (Art. 230 Abs. 3 SchKG). Die Eintragung im Handelsregister bleibt für dieselbe Dauer bestehen (Art. 159a lit. a HRegV). Somit sind beide Parteien parteifähig.

1.4. Mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist die Beschränkung der Prozessführungsbefugnis der Beklagten dahingefallen (BGE 90 II 247 ff. E. 2; BGE 116 V 284 ff. E. 3e).

1.5. Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort eine 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 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 sie für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung sind (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, 3. Aufl. 2017, Art. 223 N 17 ff.; ERIC PAHUD, in: DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 223 N 3 ff.).

Die Verfügung betreffend Frist zur Klagebeantwortung wurde der Beklagten zugestellt (act. 8/2), ebenso wie die Verfügung betreffend Nachfristansetzung (act. 10/2). Die Nachfrist zur Klageantwort ist unbenutzt abgelaufen. Da die Sache spruchreif ist, ist ein Endentscheid zu fällen.

2. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin ist im Wesentlichen von folgendem Sachverhalt auszugehen: Seit der Gründung der Beklagten Ende Dezember 2017 arbeiteten die Parteien in Bezug auf den Wareneinkauf zusammen. Die Beklagte bestellte Waren bei der Klägerin, um von günstigeren Konditionen zu profitieren. Die Klägerin bestellte die Waren bei ihrem Lieferanten und lieferte diese der Beklagten zum Einstandspreis. Im Gegenzug wurde vereinbart, dass die Beklagte Waren für die Klägerin bei ihrer Hauptlieferantin, der E._____ in F._____ (Österreich) bestellte und der Klägerin ebenfalls zum Einstandspreis verrechnete (act. 1 N 7). Anfänglich bezahlte die Beklagte die von der Klägerin für sie bestellte und ausgelieferte Ware rechtzeitig. Seit Ende September 2019 bezahlte die Beklagte die Rechnungen der Klägerin nicht mehr (act. 1 N 10). Insgesamt sind Rechnungen für gelieferte Waren im Umfang von CHF 93'807.20 offen (act.

1 N 11). Diese Rechnungen sind in der Buchhaltung der Beklagten als Kreditoren verbucht (act. 1 N 12). Die Klägerin ihrerseits schuldet der Beklagten aus Warenlieferung einen Betrag von CHF 10'607.20. Die Klägerin erklärt Verrechnung der beiden Forderungen (act. 1 N 14). Es ergibt sich ein Restguthaben der Klägerin von CHF 83'200.–.

Die Klägerin hat für die Beklagte zudem Waren bei der E._____ in Österreich abgeholt. Die Parteien hatten pro Fahrt eine Pauschale von CHF 120.– vereinbart. Die Beklagte hat 30 Fahrten, welche die Klägerin für die Beklagte ausführte, nicht bezahlt. Hierfür hat die Klägerin eine Rechnung in der Höhe von CHF 3'600.– gestellt (act. 1 N 15 f.).

3. Rechtliche Grundlagen

Durch den Kaufvertrag verpflichten sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 Abs. 1 OR).

Der Auftrag ist ein zweiseitiger Vertrag, durch den sich der Beauftragte zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Besorgung ihm übertragener Geschäfte oder Dienste rechtlicher oder tatsächlicher Art im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers verpflichtet (BGer-Urteil 4C.40/2004 vom 25. Juni 2004 E. 1.2).

4. Würdigung

4.1. Die jeweiligen Bestellungen der Beklagten bei der Klägerin sind als einzelne Kaufverträge zu betrachten. Eine übergeordnete Zusammenarbeitsvereinbarung oder ein Rahmenvertrag wird nicht behauptet. Gemäss unbestrittenen Angaben der Klägerin hat die Beklagte bei der Klägerin im vierten Quartal des Jahres 2019 vierzehn Bestellungen von Waren zum Preis von gesamthaft CHF 93'807.20 getätigt. Die Klägerin hat die entsprechenden Waren geliefert und in Rechnung gestellt. Die Beklagte hat jedoch keine Zahlung geleistet (act. 1 N 11). Die Klägerin hat demnach einen Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises. Da die Klägerin ihrerseits der Beklagten CHF 10'607.20 aus Warenkauf schuldet, fordert sie nur einen Teil ihres eigenen Kaufpreisanspruchs, namentlich CHF 83'200.–.

Die diesbezüglich von der Klägerin erklärte Verrechnung ist zulässig, weshalb der Klägerin dieser Betrag zuzusprechen ist.

4.2. Die Abholung von Waren in Österreich für die Beklagte ist als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren. Gemäss unbestrittenen Angaben der Klägerin wurde pro Fahrt ein Entgelt von CHF 120.– vereinbart, womit es sich um einen entgeltlichen Auftrag handelt (act. 1 N 15). Die Klägerin hat für die Beklagte 30 Fahrten ausgeführt, welche sie am 15. März 2021 mit CHF 3'600.– in Rechnung stellte. Die Beklagte hat diesen Betrag nicht bezahlt. Die Klägerin hat demnach einen vertraglichen Anspruch auf Bezahlung von CHF 3'600.–.

5. Verzugszinsen

Ein Verzugszins kann gefordert werden, wenn der Schuldner mit der Zahlung einer fälligen Geldleistung in Verzug ist, wobei ein Zins von 5 % für das Jahr zu bezahlen ist (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). Bei einer Mahnung handelt es sich um eine unmissverständliche, an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, mit der die unverzügliche Erfüllung verlangt wird (BGE 130 III 591 ff. E. 3). Als Mahnung qualifiziert deshalb auch ein Zahlungsbefehl (BGE 143 II 37 ff. E. 5.2.2; BGer-Urteil 2C_1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 9.2), nicht aber die blossе Rechnungsstellung (anstatt vieler: ROLF H. WEBER / SUSAN EMMENEGGER, in: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 102 N 68 mit Hinweisen).

Die Klägerin führt aus, sie habe die Beklagte mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamts C._____ vom 15. Februar 2021 (Betreibung Nr. ...) für den eingeklagten Betrag betrieben, weshalb sich die Beklagte spätestens seit diesem Tag in Verzug befinde (act. 1 N 20 f.; act. 3/18). Dies ist zutreffend hinsichtlich der Qualifikation des Zahlungsbefehls als Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR. Allerdings stellt die Mahnung eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar (zuletzt BGer-Urteil 4A_501/2021 vom 22. Februar 2022 E. 6.2.1), weshalb die Beklagte

erst mit Zustellung des Zahlungsbefehls am 23. Februar 2021 (vgl. act 3/18 S. 2) in Verzug geriet (BGE 143 II 37 ff. E. 5.2.2 S. 44; BGer-Urteil 2C_1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 9.2). Der Klägerin ist folglich erst ab diesem Datum der gesetzliche Verzugszins zuzusprechen.

6. Beseitigung Rechtsvorschlag

6.1. Der Gläubiger kann im Zivilprozess die Beseitigung des durch den Schuldner erhobenen Rechtsvorschlages verlangen (Art. 79 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die entsprechende Klage muss er innerhalb eines Jahres ab Zustellung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger erheben (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Die Forderung muss als notwendige Voraussetzung identisch sein mit derjenigen, die in Betreuung gesetzt wurde (Daniel STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, Art. 79 N 10a).

Das Betreibungsamt C._____ stellte der Beklagten den Zahlungsbefehl wie ausgeführt am 23. Februar 2021 zu (act. 3/18 S. 2). Die Klägerin reichte ihre Klage am 18. Juni 2021 und somit innerhalb der Jahresfrist ein. Gemäss Zahlungsbefehl setzte sie "Diverse Ersatzteillieferungen des Jahres 2019" in Höhe von CHF 86'800.– in Betreuung. Insoweit besteht Identität mit der eingeklagten Forderung, weshalb in diesem Umfang der Rechtsvorschlag ohne weiteres zu beseitigen ist.

Eine geringfügige Abweichung ergibt sich beim Verzugszins, da die Klägerin in der Betreuung noch auf einen früheren Beginn des Zinsenlaufs abgestellt hat (1. Januar 2020; vgl. act. 3/18). Die Klägerin als Gläubigerin hat zudem bei (mindestens teilweise) erfolgreicher Betreuung – wie vorliegend – von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Ersatz der Betreuungskosten. Sie ist deshalb berechtigt, von den Zahlungen der Beklagten als Schuldnerin in der Zwangsvollstreckung die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Die Betreuungskosten werden im Ergebnis zur Schuld geschlagen und sind von der Schuldnerin zusätzlich zum Betrag, welcher der Gläubigerin zugesprochen worden ist, zu bezahlen (BGer-Urteil 5A_455/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 3.). Zur Durchsetzung der Kostenersatzpflicht erweist sich die Beseitigung des Rechtsvorschlages deshalb als überflüssig (BGE 144 III 360 ff. E. 3.6.2).

Demgemäss ist der Rechtsvorschlag in der genannten Betreuung im Umfang von CHF 86'800.– nebst Zins zu 5 % seit 23. Februar 2021 zu beseitigen. Im darüber hinausgehenden Umfang ist die Klage abzuweisen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 86'800.– beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr rund CHF 8'300.–. In Anwendung von § 10 Abs. 1 GebV OG und in Berücksichtigung des Aufwands für das Verfahren ist die Gebühr um rund die Hälfte zu reduzieren und auf CHF 4'200.– festzusetzen.

Da die Klägerin nur sehr geringfügig unterliegt, sind der Beklagten die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO vollumfänglich aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss in der Höhe von CHF 8'200.– zu beziehen. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

7.2. Die Höhe der Anwaltsgebühr bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 10'100.–. Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnwGebV). Die Beklagte ist deshalb zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 10'100.– zu bezahlen. Bezüglich des Antrags der Klägerin auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 Erw. 4.5.).

Angesichts der fehlenden Begründung und Belege ist der Klägerin die Parteientschädigung daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Das Verfahren wird wieder aufgenommen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 86'800.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 23. Februar 2021 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag (Zins) wird das Rechtsbegehren Ziffer 1 abgewiesen.

3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt C._____, Zahlungsbefehl vom 15. Februar 2021, wird im Umfang von CHF 86'800.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 23. Februar 2021 beseitigt.

Im Mehrumfang wird das Rechtsbegehren Ziffer 2 abgewiesen.

4. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 4'200.– festgesetzt.
5. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 10'100.– 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 86'800.–.

Zürich, 12. Juli 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dario König