

AG_HANDELSGERICHT HOR.2019.1 vom 16. Dezember 2019

Ag Handelsgericht, 2019-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HOR.2019.1

FR: AG_HANDELSGERICHT HOR.2019.1 du 16 décembre 2019

IT: AG_HANDELSGERICHT HOR.2019.1 del 16 dicembre 2019

Erwägungen

E. 2

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in O. (AG). Sie bezweckt im Wesentlichen die _____.

E. 2.1

Örtlich Die Beklagte lässt sich auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein, weshalb das Handelsgericht örtlich zuständig ist.

E. 2.2

Sachlich Die Streitigkeit betrifft die geschäftlichen Tätigkeiten beider Parteien, beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen (KB 1 und 2) und der Streitwert beträgt Fr. 2'183'723.34. Das Handelsgericht ist demgemäss nach Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig. 3. Eingabe der Rechtsanwälte lic. iur. Thomas Schmid und MLaw Mario Mastai namens die Klägerin vom 2. Dezember 2019 Gemäss Art. 35 Abs. 1 OR erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, unter anderem mit dem Konkurs des Vollmachtgebers. Nach Rechtsprechung und Lehre erlöschen durch die Konkurseröffnung alle bestehenden Vollmachten des Vollmachtgebers zwingend und dies auch bei gegenteiligen Anordnungen in den Vollmachten wie bspw. im Vollmachtenformular des Zürcher Anwaltsverbands.² Eine Erneuerung der Vollmacht hat der Konkursverwalter auszusprechen.³ Vorliegend wurde über die Klägerin am 21. November 2019 der Konkurs eröffnet. Damit ist die Anwaltsvollmacht der Rechtsanwälte lic. iur. Thomas Schmid und MLaw Mario Mastai vom 6. März 2017 trotz anderslautender Bestimmung in der Vollmachtenurkunde mit der Konkurseröffnung der Klägerin erloschen. Eine Erneuerung der Vollmacht durch das Konkursamt Aargau liegt nicht vor. Weil die Rechtsanwälte lic. iur. Thomas Schmid und MLaw Mario Mastai ihre Eingabe vom 2. Dezember 2019 nur namens der 1 Vgl. GÖKSU, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 83 N. 31; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, 2012, Art. 83 N. 5; BK ZPO I-ZINGG, 2012, Art. 59 N. 169; ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 59 N. 69 m.w.N. 2 BGer 4A_150/2013 vom 11. Februar 2014 E. 3.2; ZR 2014 Nr. 77 S. 264 E. 3.3; BK OR-ZÄCH/KÜNZLER, 2. Aufl. 2014, Art. 35 N. 37, 44 und 89; BSK OR II-WATTER, 6. Aufl. 2015, Art. 35 N. 6 je m.w.N. 3 BK OR-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 2), Art. 35 N. 44.

- 11 - Klägerin und nicht auch im Namen der A Holding AG eingereicht haben, ist sie mangels Vertretungsberechtigung unbeachtlich. 4. Zwischenentscheid Kommt das Gericht nach einer Verfahrensbeschränkung zum Schluss, dass die Beurteilung der vorweggenommenen Punkte zu keinem Endentscheid führt, kann es die Beschränkung

aufheben und das Verfahren ohne Weiteres bis zum Endentscheid fortführen oder gestützt auf Art. 237 ZPO einen Zwischenentscheid fällen.⁴ Ein solcher ist angezeigt, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann (Art. 237 Abs. 1 ZPO). Falls das Handelsgericht den Parteiwechsel von der Klägerin zur A Holding AG zulassen und das Bundesgericht im Falle einer Beschwerde diesen Parteiwechsel verneinen und den Entscheid des Handelsgerichts aufheben würde, führte dies bezüglich dieses Parteiwechsels zu einem Endentscheid. Damit könnte ein bedeutender Zeit- und Kostenaufwand gespart werden. Andernfalls wäre es möglich, dass das Handelsgericht den vorliegenden Prozess zunächst mit der A Holding zu Ende führt und nach einer bundesgerichtlichen Verneinung der Zulässigkeit des Parteiwechsels das Verfahren mit der Klägerin noch einmal durchzuführen wäre. Es ist, wie in E. 2.1 der Verfügung vom 8. Oktober 2019 bereits ausgeführt, den Parteien nicht zuzumuten, das Verfahren mit dem zweiten Schriftenwechsel fortzuführen, ohne definitiv zu wissen, ob das Handelsgericht die Klägerin oder die A Holding AG als klagende Partei betrachtet. Zudem würde diese Ungewissheit die Verfahrensinstruktion unnötig verkomplizieren. Daher rechtfertigt sich vorliegend die Ausfällung eines Zwischenentscheids.

E. 3

Mit Klage vom 21. Dezember 2018 (Postaufgabe gleichentags) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren: " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 2'183'723.34 (inkl. MWST) nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 3. April 2017 zu bezahlen. 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST auf der Parteientschädigung) zulasten der Beklagten." Zur Begründung führte die Klägerin hauptsächlich aus, sie habe als Subunternehmerin der Beklagten im Rahmen des Neu- und Umbaus des Verteilenzentrums Elektroinstallationsarbeiten erbracht. Die Parteien hätten einen mündlichen Vertrag mit Einheitspreisen abgeschlossen. Das ursprüngliche Leistungsverzeichnis sei unvollständig gewesen. Der Klägerin seien daher Mehraufwendungen entstanden. Weiter habe sie diverse Leistungen in der Form von Nachträgen und Regiearbeiten erbracht. Werde das Entgelt für die Leistungen aus dem Grundvertrag, den Nachträgen und den Regiearbeiten zusammengezählt, so habe die Klägerin eine Forderung von gesamthaft Fr. 6'465'381.46 (exkl. MwSt.) zugute. Davon habe die Beklagte bereits Fr. 4'443'415.40 (exkl. MwSt.) bezahlt, weshalb der Klägerin noch Fr. 2'183'723.34 (inkl. MwSt.) zustünden (Klage Rz. 1-7 und 18 f.).

- 3 -

E. 4

Mit Antwort und Widerklage vom 14. März 2019 (Postaufgabe gleichentags) stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren: " 1. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen; 2. Es sei die Klägerin/Widerbeklagte – unter Nachklagevorbehalt – zu verpflichten, der Beklagten/Widerklägerin CHF 76'132.20 zu bezahlen; 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST auf der Parteientschädigung) zu Lasten der Klägerin/Widerbeklagten." Die Beklagte führte im Wesentlichen aus, die Klägerin habe tatsächlich nicht so viel geleistet, wie sie behauptete. Solche Mehrarbeiten könne die Klägerin mangels Aufnahme eines Ausmasses auch nicht nachweisen. Im Gegenteil habe die Beklagte der Klägerin für die erbrachten Arbeiten irrtümlich bereits mindestens Fr. 421'470.15 (exkl. MwSt.) zu viel bezahlt. Da die Beklagte aufgrund der werkvertraglichen

Bestimmungen mit der Bauherrin C. das von der Klägerin unberechtigtweise beantragte Bauhandwerkerpfandrecht mittels Garantien habe ablösen müssen, sei der Klägerin ein Schaden von insgesamt Fr. 76'132.20 entstanden, den sie widerklageweise geltend mache (Antwort Rz. 10, 12 und 15).

E. 5

Mit Entscheid vom 24. Juni 2019 bewilligte das Gerichtspräsidium Z. der Klägerin antragsgemäss die provisorische Nachlassstundung bis und mit 24. Oktober 2019 (Beilage 3 zur Stellungnahme der Klägerin vom 17. Oktober 2019).

E. 5.1

Wirkung der Nachlassstundung auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners Während der Nachlassstundung ist zum Schutz der Gläubiger das Verfügungsrecht des Schuldners über sein Vermögen eingeschränkt.⁵ Zudem steht der Schuldner bei der Ausübung seiner Geschäftstätigkeit unter der Aufsicht des Sachwalters.⁶ Dieser hat dafür zu sorgen, dass die Interessen der Gläubiger gewahrt bleiben.⁷ Aufgrund seines Weisungsrechts kann der Sachwalter dem Schuldner bestimmte Rechtsgeschäfte verbieten oder von 4 A.

STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 1), Art. 125 N. 4; D.

STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 1), Art. 237 N. 10. 5

AMMON/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl.

2013, § 54 N. 37. 6 UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART in: Kren

Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und

Konkurs, 4. Aufl. 2017, Art. 298 N. 3. 7 UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART

(Fn. 6), Art. 298 N. 4.

- 12 - seiner Zustimmung abhängig machen.⁸ Einschränkungen der Verfügungsbefugnis bestehen bei entsprechenden Anordnungen des Nachlassgerichts (Art. 298 Abs. 1 SchKG) sowie im Bereich der von Gesetzes wegen bewilligungspflichtigen Geschäfte (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Zu letzteren gehören die Veräusserung oder Belastung von Anlagevermögen, die Bestellung bestimmter Sicherheiten (Pfänder, Bürgschaften) sowie unentgeltliche Verfügungen.⁹ Zu den unentgeltlichen Verfügungen zählen auch Fälle, in welchen lediglich eine symbolische Gegenleistung erbracht wird.¹⁰ Handlungen, die der Schuldner in Missachtung gerichtlicher Verfügungsbeschränkungen vornimmt, sind zivilrechtlich gültig, jedoch mit Ausnahme des Gutgläubensschutzes (Art. 298 Abs. 3 SchKG) vollstreckungsrechtlich unbeachtlich. Wie bei der Anfechtungsklage (Pauliana), wird das veräusserte Objekt zur Masse gezogen.¹¹ Besteht der veräusserte Vermögenswert in einer abgetretenen Forderung, so hat der Zessionar die Verwertung der Forderung zu dulden. Eine Retrozession findet nicht statt.¹²

E. 5.2

Zession Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR kann ein Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Unter einer Zession (Abtretung) wird die vertragliche Übertragung einer Forderung vom bisherigen Gläubiger (Zedenten) auf einen neuen Gläubiger (Zessionar) verstanden.¹³ Die Zession bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 ZPO).

E. 5.3

Parteiwechsel Gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO kann die Erwerberin oder der Erwerber an Stelle der veräussernden Partei in den Prozess eintreten, falls während des Prozesses das Streitobjekt veräussert wird. Der Parteiwechsel gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO hat folglich zum Zweck, dass der Prozess trotz Ver- äusserung des Streitobjekts während des Prozesses weitergeführt werden kann. Dieser Parteiwechsel ist prozessökonomisch sinnvoll: Bei einer Ver- äusserung des Streitobjekts durch den Kläger fällt seine Aktivlegitimation grundsätzlich dahin. Könnte der Erwerber nicht in das laufende Verfahren eintreten, müsste der Prozess des Veräusserers mangels Aktivlegitimation 8

UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART (Fn. 6), Art. 298 N. 9. 9

UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART (Fn. 6), Art. 298 N. 14 sowie umfassend LORANDI, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG), ZZZ 2004, S. 81 ff. m.w.N. 10

UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART (Fn. 6), Art. 298 N. 21. Siehe auch LORANDI (Fn. 9),, S. 87 f. 11 UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART (Fn. 6), Art. 298 N. 12; BSK SchKG II-VOLLMAR, 2. Aufl. 2010, Art. 298 N 14; AMMON/WALTHER (Fn. 5), § 54 N. 42. 12 Vgl. KUKO

SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, 2. Aufl. 2014, Art. 291 N. 4.;

AMMON/WALTHER (Fn. 5), Art. 291 N. 4.

E. 5.4

Rechtsmissbrauch Nach Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Abs. 1). Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Abs. 2). Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs gilt auch im Zivilprozess (Art. 52 ZPO).¹⁸ Die Rechts- missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist zwingendes Recht und von Amtes wegen zu berücksichtigen. Einer besonderen Einrede bedarf es nicht.¹⁹ Die Prüfung der Rechtsmissbräuchlichkeit von Art. 2 Abs. 2 ZGB erfordert eine Bewertung des Einzelfalls unter Berücksichtigung der konkreten Um- stände.²⁰ Dabei sind die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zu beachten.²¹ Nach einer dieser Fallgruppen²² liegt Rechts- missbrauch insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will.²³ In der Lehre wird dies als zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten oder als Institutsmissbrauch bezeichnet.²⁴ Rechts- missbrauch liegt in diesem Fall namentlich dann vor, wenn der Rückgriff auf das Rechtsinstitut mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck

E. 6

Am 26. Juni 2019 fand eine Instruktions- und Vermittlungsverhandlung statt, anlässlich welcher kein Vergleich abgeschlossen werden konnte, die Beklagte jedoch ihre Widerklage zurückzog.

E. 6.1

Zessionserklärung vom 13. September 2019 findet infolge offen- baren Rechtsmissbrauchs keinen Rechtsschutz Vorab sind die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse und der chronologi- sche Ablauf der Ereignisse in Erinnerung zu rufen: H.R. ist gemäss den entsprechenden Handelsregisterauszügen sowohl Geschäftsführer der Klägerin als auch der A Holding AG je mit Einzelunterschrift. Die A Holding AG ist zudem seit 10. Mai 2019 alleinige Gesellschafterin der Klägerin und damit deren Muttergesellschaft. Der Klägerin

wurde mit Entscheid vom

E. 6.2

Eingeklagte Forderung wird trotz Zession zur Konkursmasse der Klägerin gezogen. Durch die Zession vom 13. September 2019 wurden der Klägerin und damit ihren Gläubigern zudem höchstwahrscheinlich Vermögenswerte entzogen.

E. 7

Mit Verfügung vom 27. Juni 2019 setzte der Vizepräsident der Klägerin eine einmalige Frist zur Erstattung der Replik bis zum 1. Oktober 2019.

- 4 -

E. 8.1

Die Klägerin wurde in E. 3 der Verfügung vom 22. August 2019 verpflichtet, bis zum 16. September 2019 eine Parteikostensicherheit im Umfang von Fr. 70'530.00 zu leisten.

E. 8.2

Innert Frist ist die Klägerin weder dieser Verpflichtung nachgekommen, noch hat sie ein Fristerstreckungsgesuch gestellt. Der Klägerin wäre deshalb gestützt auf Art. 101 Abs. 3 ZPO eine angemessene Nachfrist mit Androhung der Säumnisfolgen nach Art. 147 Abs. 3 ZPO anzusetzen. Da über die Klägerin mit Verfügung des Gerichtspräsidiums Z. vom 21. November 2019 jedoch der Konkurs eröffnet wurde, ist das vorliegende Verfahren gemäss Art. 207 SchKG von Gesetzes wegen zu sistieren. Die Nachfristansetzung zur Leistung der Parteikostensicherstellung erfolgt bei einer allfälligen Weiterführung des Verfahrens. 9. Prozesskosten Vorliegend wird auf eine Festsetzung der Prozesskosten verzichtet. Die entsprechenden Prozesskosten werden der Klägerin mit dem Endurteil auferlegt (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO). Das Handelsgericht erkennt: 1. Es wird festgestellt, dass das Verfahren mit der Z GmbH in Liquidation fortgeführt wird. 2. Die Prozesskosten werden der Klägerin mit dem Endurteil auferlegt. 3. Das Verfahren wird bis 10 Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung eingestellt. 4. Das Konkursamt Aargau, Amtsstelle Brugg, wird ersucht, dem Handelsgericht schriftlich mitzuteilen, a)

- 18 - wenn der Konkurs gegebenenfalls mangels Aktiven eingestellt wird (Art. 230 SchKG), b) wenn der Konkurs gegebenenfalls widerrufen wird (Art. 195 SchKG), c) ob im Falle der Durchführung des Konkurses, sei es im ordentlichen oder im summarischen Verfahren (Art. 231 SchKG), der Prozess durch die Konkursmasse selbst oder durch einen Abtretungsgläubiger (Art. 260 SchKG) weitergeführt wird. Zustellung an: ■ die Klägerin (vertreten durch das Konkursamt, Amtsstelle Brugg zweifach mit Kopie der Eingabe der Rechtsanwälte lic. iur. Thomas Schmid und MLaw Mario Mastai vom 2. Dezember 2019 [inkl. Beilagen]) ■ die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Kopie der Eingabe der Rechtsanwälte lic. iur. Thomas Schmid und MLaw Mario Mastai vom 2. Dezember 2019 [inkl. Beilagen]) ■ A Holding AG (Vertreter; zweifach) Mitteilung an: ■ Gerichtspräsidium Z. 1. Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte

elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

- 19 - Aarau, 16. Dezember 2019 Handelsgericht des Kantons Aargau 2. Kammer Der Vizepräsident: Die Gerichtsschreiberin-Stv.: Vetter Albert

E. 8.3

Die Klägerin reichte am 20. August 2019 eine Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 12. Juli 2019 ein. Darin stellte die Klägerin den Antrag, das Verfahren sei einstweilen zu sistieren, bis Klarheit über die Abtretung der Forderung herrsche.

E. 8.4

Mit Verfügung 22. August 2019 wies der Vizepräsident den Sistierungsantrag der Klägerin ab und verpflichtete die Klägerin, bis zum 16. September 2019 eine Parteikostensicherheit im Umfang von Fr. 70'530.00 zu leisten.

E. 9.1

Mit Eingabe vom 16. September 2019 stellte die Klägerin folgende Anträge: " 1. Es sei die Anordnung zur Leistung einer Parteikostensicherheit gemäss Verfügung vom 22. August 2019 aufzuheben.

- 5 - 2. Es sei vom Parteiwechsel Vormerk zu nehmen und es sei die A Holding AG als Klägerin ins Rubrum aufzunehmen. 3. Es sei der (eingetretenen Klägerin) eine neue Frist zur Erstattung der Replik anzusetzen." Zur Begründung brachte die Klägerin im Wesentlichen vor, die strittige Forderung sei am 13. September 2019 an die A Holding AG zediert worden. In der beiliegenden Zessionserklärung hätten sowohl die Klägerin als auch die A Holding AG erklärt, mit dem Parteiwechsel einverstanden zu sein. Die A Holding AG würde gestützt auf Art. 83 Abs. 1 ZPO in den Prozess eintreten. Die Voraussetzungen für die Parteikostensicherstellung gemäss Art. 99 ZPO seien nicht mehr gegeben. Seitens der A Holding AG bestünden keinerlei Anzeichen, dass die Zahlungsfähigkeit gefährdet sei.

E. 9.2

Die Beklagte reichte mit Eingabe vom 25. September 2019 eine Stellungnahme ein und stellte folgende Anträge: " 1. Die Anträge der Klägerin gemäss Eingabe vom 16. September 2019 seien abzuweisen und auf die Klage sei nicht einzutreten; Eventualiter sei die A Holding AG als eintretende Partei zu verpflichten, der Beklagten Sicherheit in der Höhe von CHF 70'530.00 zu leisten; 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin." Die Beklagte begründete ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass sie bei einer Aufhebung der Kautionsleistung wesentlich schlechter gestellt würde. Falls nämlich die Zessionarin den Prozess verlieren und die Parteientschädigung nicht bezahlen können sollte, so bliebe der Beklagten nur noch die Möglichkeit, die bis zum Parteiwechsel aufgelaufene Parteientschädigung im Nachlass der Zedentin als Forderung einzugeben. Unbesehen des Parteiwechsels wäre die Klägerin gehalten gewesen, innert Frist die Parteikostensicherheit zu leisten. Da dies nicht gemacht worden sei, sei auf die Klage nicht einzutreten. Zur Zessionarin und Zedentin sei anzufügen, dass der Geschäftsführer bei beiden identisch sei, d.h. beide Gesellschaften würden von H.R. geführt. Die A Holding AG sei auch alleinige Gesellschafterin der Zedentin bzw. der Klägerin. Die Zessionarin biete

ihrerseits ebenfalls keine Sicherheit für die Vollstreckbarkeit der Parteientschädigung, da sie lediglich aus einem "Mantel" bestehe, d.h. keine Substanz aufweise. Eine Rekapitalisierung der A Holding AG sei nicht behauptet, geschweige denn belegt worden. Schliesslich könnten gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG während der Stundung ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts oder des Gläubiger-

- 6 - ausschusses nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden. Die umstrittene Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten sei mit der Einleitung der Nachlassstundung zum Aktivum geworden, da die Klägerin alle geschäftlichen Aktiven eingestellt habe. Eine Genehmigung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses für die Zession vom 13. September 2019 wäre zwingend notwendig gewesen, da die Abtretung der Forderung nicht zum täglichen Geschäftsbetrieb der Klägerin gehöre und die Forderung entweder eine Schenkung oder ein gemischtes Rechtsgeschäft (Schenkungskauf) darstelle.

E. 9.3

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2019 nahm die Klägerin zur Eingabe der Beklagten vom 25. September 2019 Stellung. Dabei wehrte sie sich vorab gegen die Editionsbegehren der Beklagten. Bezüglich der Auffassung der Beklagten, aufgrund der Nichtbezahlung der Parteikostensicherstellung innert der inzwischen verstrichenen Frist sei auf die Klage nicht einzutreten, entgegnete die Klägerin, erst wenn die Kautionsleistung auch innert einer gerichtlich anzusetzenden Nachfrist nicht geleistet würde, hätte dies ein Nichteintreten zur Folge (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Die von der Beklagten behauptete Schlechterstellung aufgrund des Parteiwechsels sei nicht gegeben, da die Klägerin gemäss Art. 83 Abs. 2 ZPO für die bis zum Parteiwechsel aufgelaufenen Prozesskosten solidarisch mithaftete. Zudem biete die der Klägerin auferlegte Kautionsleistung für die Beklagte de facto keine Sicherheit, da der Sachwalter der Klägerin gegenüber H.R. mehrfach mitgeteilt habe, er bezahle die Kautionsleistung nicht (Beilage 3 der klägerischen Stellungnahme vom 4. Oktober 2019). Dies würde zu einem Nichteintretensentscheid führen, und die Beklagte könnte für ihre Parteientschädigung nur noch auf eine Dividende aus dem Nachlass der Klägerin hoffen. Die Mutmassungen der Beklagten zur Zahlungsfähigkeit der A Holding AG seien unzutreffend: Ein gesetzlicher Tatbestand gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO sei nicht erfüllt. Für eine angebliche Zahlungsunfähigkeit der A Holding AG würde die Beklagte die Beweislast tragen. Mit der Bilanz der A Holding AG per 31. Dezember 2018 und 1. Oktober 2019 sei im Gegenteil deren ausreichende Kapitalisierung belegt (Beilage 1 der klägerischen Stellungnahme vom 4. Oktober 2019). Die Erfolgsrechnung der A Holding AG würde ausserdem eine sehr gute Rentabilität dieser Gesellschaft ausweisen (Beilage 2 der klägerischen Stellungnahme vom 4. Oktober 2019). Die Auffassung der Beklagten, die Abtretung sei ungültig, da sie ohne Zustimmung des Sachwalters oder des Nachlassgerichts erfolgt sei, treffe nicht zu, da dieses Geschäft nicht unter den abschliessenden Katalog von Art. 298 Abs. 2 SchKG falle und daher nicht unter Bewilligungsvorbehalt stehe. Aufgrund der Weigerung des Sachwalters, die Zahlung für die Sicherheitsleistung freizugeben, sei die Forderung gegenüber der Beklagten in der Nachlassbilanz als wertlos zu bilanzieren gewesen. Aus Sicht des Nachlasses der Klägerin sei die Zession der Forderung an die A Holding AG ein gutes Geschäft, da dadurch

- 7 - die Aktiven der Masse haben vergrössert werden können. Schliesslich würde die Zession selbst bei der Annahme eines zustimmungsbedürftigen Geschäfts nicht ungültig bzw. unwirksam, da der Schuldner nach wie vor handlungsfähig sei. Der Sachwalter habe

zudem keine Weisung erteilt, die Abtretung dürfe nicht erfolgen. Er sei nur nicht bereit gewesen, diese selber zu unterzeichnen.

E. 10.1

Mit Verfügung vom 8. Oktober 2019 beschränkte der Vizepräsident das Verfahren auf die Frage der Gültigkeit des Parteiwechsels zufolge einer Veräusserung des Streitobjekts und die Anordnung einer Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung der Beklagten. Zudem verpflichtete der Vizepräsident die Klägerin zur Edition verschiedener Urkunden. Schliesslich forderte er die Parteien auf, dem Handelsgericht schriftlich mitzuteilen, ob sie auf eine Hauptverhandlung verzichten bzw. schriftliche Schlussvorträge beantragen.

E. 10.2

Mit Eingabe vom 16. Oktober 2019 teilte die Beklagte mit, sie verzichte auf die Durchführung einer Hauptverhandlung und beantrage stattdessen schriftliche Schlussvorträge.

E. 10.3

Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 17. Oktober 2019 die zu edierenden Urkunden ein, erklärte auch im Namen der A Holding AG den Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung und ersuchte das Handelsgericht, Frist zur Einreichung schriftlicher Schlussvorträge anzusetzen.

E. 11.1

Am 23. Oktober 2019 wurde die Streitsache an das Handelsgericht überwiesen.

E. 11.2

Mit Verfügung vom 24. Oktober 2019 erliess der Vizepräsident die Beweisverfügung und setzte den Parteien im auf die Fragen der Gültigkeit des Parteiwechsels zufolge einer Veräusserung des Streitobjekts und der Anordnung einer Sicherheit für die Parteientschädigung beschränkten Verfahrens Frist zur Einreichung schriftlicher Parteivorträge bis zum 18. November 2019.

- 8 -

E. 11.3

Die Beklagte reichte ihren Schlussvortrag am 1. November 2019 ein. Darin stellte sie folgenden Anträge: " 1. Die Anträge der Klägerin gemäss Eingabe vom 16. September 2019 seien abzuweisen; 2. Es sei der Klägerin eine kurze Nachfrist zur Leistung der Parteikostensicherheit gemäss Verfügung vom 22. August 2019 anzusetzen, mit der Androhung, dass bei Nichtbezahlung auch innert Nachfrist auf die Klage nicht eingetreten werde; Eventualiter sei die A Holding AG als eintretende Partei zu verpflichten, der Beklagten Sicherheit in der Höhe von CHF 70'530.00 zu leisten; 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin." Die Beklagte begründete ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass mangels abgetretener Forderung kein Parteiwechsel stattgefunden habe. Die von der Klägerin gegenüber der Beklagten eingeklagte Forderung über Fr. 2'183.723.34 sei in der Nachlassbilanz per 31. März 2019 (Beilage 6 zur Eingabe der Klägerin vom 17. Oktober 2019) weder als "volle" Forderung noch wertberichtigt enthalten. Sie existiere folglich nicht. Eventualiter sei mangels wirksamer Forderungsabtretung kein Parteiwechsel erfolgt: Die Gegenleistung für die angebliche Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten habe gemäss Zessionserklärung vom 13.

September 2019 (Bei- lage 2 zur Eingabe der Klägerin vom 17. Oktober 2019) Fr. 10'000.00 und damit knapp 0.458 % des angeblichen Forderungswerts betragen. Für die Wirksamkeit einer solchen Verfügung wäre gestützt auf Art. 298 Abs. 2 SchKG zwingend die Zustimmung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses Voraussetzung gewesen. Subeventualiter habe die A Holding AG als eintretende Partei die mit am 22. August 2019 verfügte Parteikostensicherheit zu leisten, da die Beklagte durch die angebliche Ab- tretung nach verfügter Kautionspflicht der Klägerin nicht schlechter gestellt werden dürfe. Zudem ergäbe sich aus der Bilanz der A Holding AG, dass diese illiquid und damit zahlungsunfähig bzw. die Parteienschädigung der Beklagten durch die Abtretung der angeblichen Forderung erheblich ge- fährdet sei.

E. 11.4

Die Klägerin teilte mit Eingabe vom 18. November 2019 mit, sie und die A Holding AG verzichteten auf die Einreichung schriftlicher Schlussvorträge.

- 9 -

E. 11.5

Mit Verfügung vom 19. November 2019 wurden die Eingaben gegenseitig zugestellt und die Parteien darauf aufmerksam gemacht, dass sich vorlie- gend Fragen zur Rechtsmissbräuchlichkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB stellen könnten.

E. 12

Mit Verfügung vom 21. November 2019 eröffnete das Gerichtspräsidium Z. über die Klägerin den Konkurs.

E. 13

BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, 6. Aufl. 2015, Vor Art. 164-174 N.1; LARDELLI, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, 2008, S. 7 m.w.N.

- 13 - abgewiesen und ein zweites Verfahren in die Wege geleitet werden.¹⁴ Das Institut des Parteiwechsels ist gemäss Rechtsprechung jedoch kein Mittel für den Kläger, seine prozessualen Versäumnisse bei der Bezeichnung des Aktiv- oder Passivlegitimierten zu beheben.¹⁵ Der Parteiwechsel tritt bei Veräusserung des Streitobjekts während des Prozesses nicht ohne Weite- res ein. Vielmehr bedarf es dazu einer ausdrücklichen Erklärung des Er- werbs, die dem Gericht mitzuteilen ist.¹⁶ Eine Zustimmung der Gegenseite ist jedoch nicht erforderlich.¹⁷

E. 14

BSK ZPO-GRABER, 3. Aufl. 2017, Art. 83 N. 2 f. und 10 je m.w.N.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLI- MUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 13 N. 79.

E. 15

BGE 142 III 782 E. 3.2.2 = Pra 107 (2018) Nr. 46 E. 3.2.2; KGer FR 102 2017 262 vom 5.12.2017 E. 5.3.1 m.w.N.

E. 16

BSK ZPO-GRABER (Fn. 14), Art. 83 N. 19.

E. 17

BSK ZPO-GRABER (Fn. 14), Art. 83 N. 9.

E. 18

SUTTER-SOMM/CHEVALIER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 1), Art. 52 N. 20.

E. 19

BGE 134 III 52 E. 2.1; BSK ZGB I-HONSELL, 6. Aufl. 2018, Art. 2 N. 34 je m.w.N.

E. 20

HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2019, § 3 N. 129.

E. 21

BGer 4A_25/2019 vom 15. April 2019 E. 3; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT (Fn. 20), § 3 N. 133 je m.w.N.

E. 22

BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 19), Art. 2 N. 37 ff.

E. 23

BGE 143 III 279 E. 3.1, 140 III 583 E. 3.2.4, 138 III 401 E. 2.2, 135 III 162 E. 3.3.1; BSK ZGB I- HONSELL (Fn. 19), Art. 2 N. 24 m.w.N.

E. 24

Juni 2019 des Gerichtspräsidiums Z. die provisorische Nachlassstun- dung bis und mit 24. Oktober 2019 bewilligt und die Afinco GmbH (Herr Simon Zimmermann) als provisorische Sachwalterin eingesetzt (Beilage 3 zur Stellungnahme der Klägerin vom 17. Oktober 2019). Mit Entscheid vom 21. November 2019 eröffnete das Gerichtspräsidium Z. den Konkurs über die Klägerin. Am 13. September 2019, d.h. während laufender provisorischer Nachlassstundung, zederte die Klägerin die eingeklagte Forderung im Umfang von Fr. 2'183'723.34 (inkl. MwSt.) nebst Zins zu 5 % p.a. seit dem 3. April 2017 für Fr. 10'000.00 an die A Holding AG (Beilage 3 zur Stellungnahme der Klägerin vom 17. Oktober 2019). Ausweislich der Akten lag dazu weder eine Zustimmung des Sachwalters noch eine Ermächtigung des Gerichtspräsidiums Z. als Nachlassgericht vor. Die Klägerin behauptet, ihr Sachwalter habe gegenüber H.R. (Geschäfts- führer der Klägerin) mehrfach mitgeteilt, er beabsichtige die vom Vizeprä- sidenten angeordnete Parteikostensicherstellung nicht zu zahlen (Stellung- nahme der Klägerin vom 4. Oktober 2019 Rz. 10/1.2 mit Verweis auf Bei- lage 3). H.R. habe aufgrund der provisorischen Nachlassstundung keinen Zugriff mehr auf die Konten der Klägerin gehabt und habe die Zahlungsver- weigerung des Sachwalters hinnehmen müssen. Um einen Nichteintreten- sentscheid im vorliegenden Verfahren abzuwenden, habe die Klägerin den Parteiwechsel vollzogen (Stellungnahme der Klägerin vom 4. Oktober 2019 Rz. 10/1.2). Die Klägerin räumt damit ein, dass sie die eingeklagte Forde- rung einzig und allein deshalb am 13. September 2019 an die A Holding AG zederte (Beilage 2 zur Stellungnahme der Klägerin vom 17. Oktober 2019), um die ihr gemäss Verfügung vom 22. August 2019 auferlegte Leis- tung der Parteikostensicherheit in Höhe von Fr. 70'530.00 zu vermeiden; dies in Umgehung des Entscheids der provisorischen Sachwalterin, die

E. 25

BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 19), Art. 2 N. 51.

E. 26

BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 19), Art. 2 N. 51 mit Verweis auf BGE 105 III 18.

E. 27

SUTTER-SOMM/CHEVALIER (Fn. 18), Art. 52 N. 20.

- 15 - Parteikostensicherheit nicht zu leisten. Dadurch konnte sich H.R. mit der Klägerin betreffend die eingeklagte Forderung und damit den vorliegenden Prozess der gemäss Art. 298 Abs. 1 SchKG bestehenden Aufsicht der ein- gesetzten provisorischen Sachwalterin entziehen (vgl. oben E. 5.1). Ist die Klägerin mit der Weigerung der provisorischen Sachwalterin, die Parteikos- tensicherstellung zu bezahlen, nicht einverstanden gewesen, hätte es ihr offengestanden, dagegen eine Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG zu erheben.²⁸ Dies hat sie unterlassen. Vielmehr versuchte sie mittels der Zes- sionserklärung vom 13. September 2019 den Entscheid der provisorischen Sachwalterin und die Leistung der Parteikostensicherstellung zu umgehen. Wäre die Klägerin nicht zur Leistung einer Parteikostensicherstellung ver- pflichtet worden, hätte sie die eingeklagte Forderung auch nicht an die A Holding AG zediert. In Ziff. 2 der Zessionserklärung vom 13. September 2019 haben die Kläge- rin und die A Holding AG für die eingeklagte Forderung zudem einen Par- teiwechsel vereinbart. Der Parteiwechsel will den Nachvollzug der Entwick- lung der materiellen Rechtslage gewährleisten (vgl. oben E. 5.3). Das be- dingt, dass die Gründe für die Entwicklung der materiellen Rechtslage (vor- liegend die Zession) tatsächlich gewollt sind und sich nicht einzig aus einer auferlegten prozessualen Pflicht ergeben. Mit anderen Worten: Wenn einer Partei eine prozessuale Pflicht auferlegt wird, und sie deshalb den Streit- gegenstand veräussert, so ist dieser Sachverhalt vom Zweck des Partei- wechselfs nicht abgedeckt. Der Parteiwechsel dient nicht der Umgehung prozessualer Pflichten, sondern dem Nachvollzug der Entwicklung der ma- teriellen Rechtslage. Indem H.R. namens der Klägerin die eingeklagte For- derung nach der mit Verfügung vom 22. August 2019 auferlegten Pflicht zur Leistung einer Parteikostensicherstellung in Höhe von Fr. 70'530.00 zu einem Gegenwert von knapp 0.458 % an ihre Muttergesellschaft A Holding AG abgetreten hat, um durch den Parteiwechsel ohne die angeordnete Par- teikostensicherstellung und ungeachtet des drohenden Konkurses der Klä- gerin weiter prozessieren zu können, liegt ein offenkundiger Rechtsmissbrauch vor. Die Zession und der damit bewirkte Parteiwechsel während der Nachlass- stundung der Klägerin erfolgte somit zweckwidrig. Infolge offenkundigem Rechtsmissbrauch findet die Zessionserklärung vom 13. September 2019 keinen Rechtsschutz.

E. 28

Vgl. BGE 129 III 94 E. 3.1; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH, in: Kren Kostkiewicz/Vock (Fn. 6), Art. 295 N. 31; KUKO SchKG-HUNKELER, 2. Aufl., 2014, Art. 298 N. 37.

- 16 - Die Zession vom 13. September 2019 ist ökonomisch betrachtet nicht nachvollziehbar: Die A Holding AG musste für die Abtretung der eingeklag- ten Forderung in behaupteter Höhe von Fr. 2'183'723.34 (inkl. MwSt.) nebst Zins zu 5 % p.a. seit dem 3. April 2017 einen Gegenwert von lediglich Fr. 10'000.00, und damit knapp 0.458 % der eingeklagten Forderung, be- zahlen. Wie die Klägerin und die A Holding AG diesen sehr tiefen Gegen- wert berechneten, wird nirgends erläutert. Aufgrund des hohen Streitwerts und des damit verbundenen hohen Prozesskostenrisikos – alleine der Kos- tenvorschuss für die Gerichtskosten belief sich auf Fr. 32'500.00 (vgl. Ver- fägung vom 3. Januar 2019) –

hätte eine vernünftige Klägerin sicherlich nicht einen Betrag von Fr. 2'183'723.34 eingeklagt, um etwas mehr als ein halbes Jahr später diese eingeklagte Forderung zu einem "Spottpreis" von Fr. 10'000.00 an ihre Muttergesellschaft abzutreten. Die Gegenleistung von Fr. 10'000.00 darf deshalb als bloss symbolisch betrachtet werden.²⁹ Für Fälle, in welchen lediglich eine symbolische Gegenleistung erbracht wird, ist gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG die Zustimmung des Nachlassrichters erforderlich. Eine Zustimmung des Gerichtspräsidiums Z. für die Zession vom 13. September 2019 lag ausweislich der Akten nicht vor. Die Zession vom 13. September 2019 ist daher vollstreckungsrechtlich unbeachtlich und die eingeklagte Forderung wird zur Konkursmasse der Klägerin gezogen. Die A Holding AG hat die Verwertung durch die Konkursverwaltung der eingeklagten Forderung zu dulden (vgl. oben E. 5.1). Da die Zessions- erklärung vom 13. September 2019 infolge offenbarem Rechtsmissbrauch jedoch keinen Rechtsschutz findet (vgl. oben E. 6.1), kann offen bleiben, ob die A Holding AG bei der Zulässigkeit eines Parteiwechsels über die eingeklagte Forderung überhaupt noch verfügen und damit den vorliegen- den Prozess weiterführen könnte oder ob dies zufolge von Doppelspurig- keiten mit der Verwertung derselben Forderung durch die Konkursverwal- tung unzulässig bliebe. Um die Gläubiger der Klägerin nicht zu schädigen, wäre jedenfalls gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO eine Sistierung des vorliegen- den Prozesses bis zur Klärung der Vorgehensweise der Konkursverwal- tung angebracht. 7. Fazit H.R. bzw. die Klägerin zedierten die eingeklagte Forderung und versuchten damit einen Parteiwechsel einzig deshalb zu erwirken, um die der Klägerin gemäss Verfügung vom 22. August 2019 auferlegte Leistung der Partei- kostensicherheit in Höhe von Fr. 70'530.00 sowie die Aufsicht des einge- setzten provisorischen Sachwalters zu umgehen. Damit liegt ein Instituts-

E. 29

Falls die Zustimmung des Nachlassgerichts für die Zession vom 13. September 2019 verneint würde, könnte die eingeklagte Forderung gestützt auf Art. 298 Abs. 2 Ziff. 1 Abs. 3 SchKG auf- grund eines objektiven Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung mittels einer sog. Schenkungspauliana zur Konkursmasse der Klägerin gezogen werden (KUKO SchKG-HUNKELER [Fn. 28], Art. 298 N. 26; MAIER, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Fn. 6], Art. 286 N. 7 ff. m.w.N. und Art. 291 N. 5).

- 17 - missbrauch sowohl der Zession gemäss Art. 164 ff. OR als auch des Par- teiwechsels i.S.v. Art. 83 ZPO und folglich ein offenbarer Rechtsmiss- brauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB vor. 8. Nachfrist zur Leistung der Parteikostensicherheit / Verfahrensis- tierung

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.