

# ZH\_HANDELSGERICHT HG160092 vom 11. Oktober 2016

Zh Handelsgericht, 2016-10-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG160092](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160092)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG160092 du 11 octobre 2016

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG160092 del 11 ottobre 2016

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Versäumte Klageantwort 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). 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 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 soweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prü-

- 4 - fenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (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, 2. Auflage 2013, N. 20 zu Art. 223 m.w.H.; LEUENBERGER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 223 N. 5). Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen, erweist sich die Angelegenheit als spruchreif, weshalb androhungsgemäss ein Endentscheid zu fällen ist.

#### E. 1.2

Prozessvoraussetzungen Beide Parteien sind im Schweizerischen Handelsregister eingetragen, die zu beurteilende Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Parteien und der Streitwert übersteigt CHF 30'000.– (vgl. Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die Beklagte hat ihren Sitz von St. Gallen nach ... verlegt, womit sie im Kanton Zürich ihren Sitz hat (vgl. Art. 31 ZPO). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist daher sowohl sachlich als auch örtlich zuständig. Auch die weiteren Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

## E. 2

Unbestrittener Sachverhalt Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin (act. 1), an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO), und in Übereinstimmung mit den von ihr eingereichten Urkunden (act. 4/2-20), ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Die Klägerin schloss mit der C.\_\_\_\_\_ AG mit Sitz in St. Gallen am 19. September 2013 eine Baugarantieversicherung (Police Nr. ...) ab. In Ziff. 4 der Versicherungspolice verpflichtete sich die Klägerin, die von den Bauherren oder Bestellern jeweils verlangten und von ihr genehmigten Bau- und Lieferungsgarantien aufgrund des vom Versicherungsnehmer einzureichenden Anmeldeformulars und

- 5 - gemäss den anwendbaren Allgemeinen sowie den besonderen Vertragsbedingungen zu leisten. Für die vorliegende Police Nr. ... wurden die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), Baugarantieversicherung, Abrufpolice, Ausgabe 04.2012, für anwendbar erklärt (act. 1 Rz. 1; act. 4/2 und 4/6). Gemäss Ziff. 6.1 der Versicherungspolice wurde nebst der C.\_\_\_\_\_ AG auch die Beklagte in die Versicherung eingeschlossen. Den Versicherungsvertrag unterzeichnete sowohl für die C.\_\_\_\_\_ AG als auch für die Beklagte D.\_\_\_\_\_ mit Einzelunterschrift (act. 1 Rz. 2; act. 4/2, 4/4 und 4/7). In Ziff. 6.1. der Versicherungspolice wurde unter dem Titel "Solidarhaftung" vereinbart, dass die eingeschlossenen Versicherungsnehmer, d.h. die C.\_\_\_\_\_ AG und die Beklagte, der Klägerin solidarisch für die Vertragserfüllung, insbesondere für die Erfüllung der Regressverpflichtung im Sinne von Art. 4 AVB der Abrufpolice haften. Sodann wurde vereinbart, dass die Anmeldungen auf Übernahme der Garantien jeweils von der Firma beantragt werden, welche die zu garantierenden Arbeiten ausführt bzw. ausgeführt hat und auf welche die Garantiescheine zu lauten haben (act. 1 Rz. 3; act. 4/2). Am 18. März 2013 schloss die E.\_\_\_\_\_ AG mit Sitz in St. Gallen mit der C.\_\_\_\_\_ AG bezüglich einer Wohnüberbauung in ... einen Werkvertrag zum Gesamtpreis von CHF 2'592'000.- ab. Die C.\_\_\_\_\_ AG hatte gemäss den vertraglichen Bestimmungen eine Erfüllungsgarantie zu stellen. Gestützt auf die mit der Klägerin abgeschlossene Baugarantieversicherung verlangte in der Folge die C.\_\_\_\_\_ AG von der Klägerin die Abgabe einer Erfüllungsgarantie mit einem Maximalbetrag von CHF 259'000.-. Die Klägerin verpflichtete sich in der Folge gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG unwiderruflich, dieser auf erste Aufforderung hin, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des vorerwähnten Werkvertrags und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben jeden Betrag bis maximal CHF 259'000.- zu bezahlen, sobald ihr (der Klägerin) die schriftliche Zahlungsaufforderung samt Bestätigung der E.\_\_\_\_\_ AG vorliegt, dass die C.\_\_\_\_\_ AG ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäss erfüllt hat (act. 1 Rz. 4; act. 4/8+9). Am 7. Mai 2015 teilte die E.\_\_\_\_\_ AG der Klägerin schriftlich mit, dass die C.\_\_\_\_\_ AG ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäss nachge-

- 6 - kommen sei. Deshalb forderte die E.\_\_\_\_\_ AG die Klägerin auf, ihr den gesamten Garantiebetrug von CHF 259'000.- zu überweisen (act. 1 Rz. 5; act. 4/10). Daraufhin setzte die Klägerin die C.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 18. Mai 2015 davon in Kenntnis, dass die E.\_\_\_\_\_ AG die Überweisung des Garantiebetrages in der Höhe von CHF 259'000.- verlangt habe. Gleichzeitig wurde die C.\_\_\_\_\_ AG darauf aufmerksam gemacht, dass die Klägerin, sofern die formellen Anforderungen an den Garantieabruf eingehalten seien, verpflichtet sei, die Garantiesumme auszuzahlen. In diesem Fall habe die C.\_\_\_\_\_ AG den Betrag von CHF 259'000.- der Klägerin umgehend zurückzuerstatten. Eine Reaktion von Seiten der C.\_\_\_\_\_ AG erfolgte nicht. Vielmehr sandte die Post das der

C.\_\_\_\_\_ AG zugestellte Schreiben anfangs Juni 2015 der Klägerin mit dem Vermerk "Briefkasten/Postfach wird nicht mehr geleert" zurück (act. 1 Rz. 6; act. 4/11). Mit Valuta vom 4. Juni 2016 überwies die Klägerin zu Gunsten der E.\_\_\_\_\_ AG die Summe von CHF 259'000.– an die F.\_\_\_\_\_ AG (act. 1 Rz. 7; act. 4/12). Die Klägerin gelangte mit Einschreiben vom 5. Juni 2015 an die nebst der C.\_\_\_\_\_ AG in den Versicherungsvertrag mit eingeschlossene und solidarisch haftende Beklagte und wies die Beklagte darauf hin, dass sie ebenso wie die C.\_\_\_\_\_ AG vertraglich verpflichtet sei, der Klägerin die ausbezahlte Garantie- summe sofort zurückzuerstatten. Die Klägerin ersuchte daher die Beklagte, ihr den genannten Betrag bis 12. Juni 2015 zu überweisen. Das Einschreiben wurde von der Beklagten innert Frist bei der Post nicht abgeholt (act. 1 Rz. 8 f.; act. 4/13). Auch wurde ein ebenfalls am 5. Juni 2015 der C.\_\_\_\_\_ AG zugestell- tes, vergleichbares Schreiben, das aber zusätzlich noch mit einer Betreibungsan- drohung versehen war, von der C.\_\_\_\_\_ AG nicht bei der Post abgeholt (act. 1 Rz. 10; act. 4/14). Weil in der Folge am 7. Juli 2015 über die C.\_\_\_\_\_ AG der Konkurs eröffnet wurde, setzte die Klägerin die ihr zustehende Regressforderung von CHF 259'000.– nebst Zins zu 5 % seit 13. Juni 2015 mit Zahlungsbefehl Nr. ... vom 31. Juli 2015 des Betreibungsamtes St. Gallen gegen die Beklagte in Betreuung. Die Beklagte liess in der Folge Rechtsvorschlag erheben (act. 1 Rz. 11; act. 4/15).

- 7 -

### **E. 3**

Rechtliches

#### **E. 3.1**

Forderung aus Garantievertrag Wird eine Garantie i.S.v. Art. 111 OR ausgestellt, so ist der Garant unbesehen ei- nes allfälligen Streit es über den Grundvertrag zur Zahlung verpflichtet, sofern die im Garantieverprechen umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 138 III 241). Die Klägerin hat in Erfüllung ihrer in Art. 4 Abs. 1 ABV statuierten Infor- mationspflicht mit Schreiben vom 18. Mai 2015 die Versicherungsnehmerin C.\_\_\_\_\_ AG davon in Kenntnis gesetzt, dass die E.\_\_\_\_\_ AG die Auszahlung des gesamten Garantievertrags verlangt habe. Der Klägerin kann dabei nicht zum Nachteil gereichen, dass die C.\_\_\_\_\_ AG ihren Briefkasten nicht mehr leerte (act. 1 Rz. 15). Die Klägerin hat alsdann die Unterschriften der für die E.\_\_\_\_\_ AG zeichnenden Personen von der F.\_\_\_\_\_ überprüfen lassen (act. 1 Rz. 16; act. 4/20), bevor sie die Summe von CHF 259'000.– überwies. Gemäss Art. 6 Ziff. 1 der Versicherungspolice wurde die Beklagte zusammen mit der C.\_\_\_\_\_ AG in den Versicherungsvertrag mit eingeschlossen und es wurde ausdrücklich vereinbart, dass die eingeschlossenen Versicherungsnehmer der Klägerin solida- risch für die Vertragserfüllung, insbesondere für die Erfüllung der Regressver- pflichtung i.S.v. Art. 4 AVB der Abrufpolice, haften. Die Regressforderung ist fällig, muss sie doch gemäss Art. 6 Abs. 2 AVB sofort bezahlt werden und blieb bis heu- te unbezahlt. Damit ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 259'000.– zu bezahlen. Das Rechtsbegehren auf Leistung eines Geldbetrages muss grundsätzlich zif- fernmässig bestimmt sein (vgl. Art. 84 Abs. 2 ZPO). Auf Klagen mit Rechtsbegeh- ren, die unklar, unvollständig oder unbestimmt sind, ist nicht einzutreten (KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2013, Art. 221 N 8 ff.; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kom- mentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 221 N 24 ff.). Soweit die

Klägerin die Zusprechung der Kosten des Betreibungsverfahrens verlangt, ist auf dieses Begehren mangels Bezifferung und Begründung nicht einzutreten (vgl. act. 1 S. 2).

- 8 -

### **E. 3.2**

Verzugszins Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszins von 5 % zu bezahlen (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). Gemäss Art. 4 AVB ist die Regressforderung sofort fällig. Mit Schreiben vom 5. Juni 2015 verlangte die Klägerin von der Beklagten unmissverständlich die Rückzahlung von CHF 259'000.– bis 12. Juni 2015. Dieses Schreiben wurde von der Beklagten nicht abgeholt und gilt daher als zugestellt, wenn es erstmals bei der Post abgeholt werden kann (act. 1 Rz. 22; act. 4/13; vgl. BGE 137 III 208 E. 3). Damit befand sich die Beklagte am 13. Juni 2015 mit der Zahlung in Verzug, womit sie zu verpflichten ist, der Klägerin Verzugszins von

### **E. 5**

Ergebnis Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 259'000.– zzgl. Verzugszins von 5 % seit 13. Juni 2015 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag ist antragsgemäss aufzuheben.

- 9 -

### **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der Beklagten als unterliegende Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 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), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens nicht hinzugerechnet werden. Für den Streitwert ist von CHF 259'000.– auszugehen. Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt rund CHF 15'000.–. Vorliegend erscheint es insbesondere unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts angemessen, die Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG um rund einen Viertel zu reduzieren und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen. Diese Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 ZPO). Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt rund CHF 18'000.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht u.a. mit der Erarbeitung der Begründung (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Unter Berücksichtigung des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falles ist die Parteientschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV um rund einen Viertel zu reduzieren und die Beklagte entsprechend zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 14'000.– zu bezahlen. In Bezug auf den Antrag auf Zusprechung der Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 (mit Modifikation betr. Satz

am 17. September 2010) hinzuweisen. Das Bundesgericht hat in einem

- 10 - jüngeren Entscheid erwogen, eine (inländische) Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantrage, habe die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zuliessen, zu behaupten und zu belegen. Dies gelte auch, wenn die Gegenseite nicht opponiert habe (Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2015 E. 4.5; vgl. auch Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Da die Klägerin keinen mehrwertsteuerpflichtigen Umsatz tätigt (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 18 MwStG), was ihr den Abzug der Mehrwertsteuer auf damit belasteten Anwaltshonorarrechnungen als Vorsteuer verunmöglicht, ist der Klägerin auf dem Betrag von CHF 14'000.– der Zuschlag für die Mehrwertsteuer von 8 % zu gewähren. Das Handelsgericht erkennt:

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