

# ZH\_HANDELSGERICHT HG200118 vom 25. Oktober 2022

Zh Handelsgericht, 2022-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG200118](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG200118)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG200118 du 25 octobre 2022

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG200118 del 25 ottobre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 17 Abs. 1 ZPO (act. 3/9 Ziff. 9) sowie Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG und ist im Übrigen unbestritten (act. 9; act. 28).

#### E. 1.2

Weitere Prozessvoraussetzungen Nachdem die Klägerin den Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet hat und auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten (Art. 59 ZPO).

#### E. 1.3

Stellungnahme der Klägerin vom 13. Januar 2022 Mit Durchführung des zweiten Schriftenwechsels tritt der Aktenschluss ein (BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3). Nach Aktenschluss steht den Parteien grundsätzlich nur noch das unbedingte Replikrecht zur Verfügung, welches sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableitet (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden. Das gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf Dupliknoten, d.h. neue Tatsachen

- 5 - oder Beweismittel, welche von der beklagten Partei erst in der Duplik vorgetragen werden. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass es der klagenden Partei weder möglich noch zumutbar sei, im Rahmen ihrer Replik auf Vorrat sämtliche denkbaren (Duplik-)Noven zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Duplik noch ausgedehnt werden könne. In dieser Hinsicht erachtet das Bundesgericht das Einbringen von unechten Noven durch die klagende Partei im Anschluss an die Duplik als zulässig, wenn die betreffenden Dupliknoten für die Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist dabei einerseits, dass erst die Dupliknoten das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, und andererseits dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoten aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.3.1, E. 2.5.2). Es obliegt der Partei, welche das Novenrecht beansprucht, die Zulässigkeit der vorgebrachten Noven im Einzelnen darzutun. Sie hat insbesondere zu begründen, weshalb das Novum erst zu diesem Zeitpunkt vorgetragen wird bzw. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgetragen werden konnte

(LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 10 zu Art. 229 ZPO; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 33 zu Art. 229 ZPO; PAHUD, in: Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl., 2016, N. 15 zu Art. 229 ZPO; KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, N. 17 zu Art. 229 ZPO; SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, in: ZZZ 42/2017, S. 129 ff., 157). Als unzulässig befundene nachträgliche Vorbringen sind nicht zu berücksichtigen (PAHUD, a.a.O., N. 24 zu Art. 229 ZPO). Die klägerische Stellungnahme vom 13. Januar 2022 ist unter dem Gesichtspunkt des unbedingten Replikrechts grundsätzlich als zulässig zu erachten. Soweit die Klägerin damit auch Noven einbringen will, ist vorab zu bemerken, dass sie sich ihm Rahmen ihrer Stellungnahme – ausser in Bezug auf die mit der Duplik neu

- 6 - eingereichten Protokolle der Koordinationssitzungen (act. 33 Rz. 4) – insbesondere nicht dazu äussert, weshalb die betreffenden Tatsachen erst nach Aktenabschluss und nicht schon im Rahmen ihrer beiden Rechtsschriften vorgebracht wurden bzw. werden konnten. Jedenfalls genügt die blosser Bemerkung, dass die Beklagte im Rahmen ihrer Duplik neu vorbringe, dass das Fusionsgesetz anwendbar sei, dass die streitgegenständliche Forderung im Inventar nicht aufgeführt und demzufolge nicht auf die Klägerin übergegangen sei (act. 33 Rz. 2), den Anforderungen an eine entsprechende Begründung nicht. Somit sind bereits aus diesem Grund die (allfälligen übrigen) Noven der Klägerin nicht zu hören. Da sich die von der Klägerin aus den Protokollen der Koordinationssitzungen abgeleitete (neue) Tatsache, dass G.\_\_\_\_\_ dort durchgehend als Bauherr bezeichnet worden sei (act. 33 Rz. 4), vorliegend nicht als relevant erweist (vgl. Ziff. 2.4), sind in dieser Hinsicht die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO nicht weiter zu prüfen. Im Übrigen wird im Rahmen der nachfolgenden Würdigung – soweit angezeigt – weiter darauf einzugehen sein (vgl. Ziff. 2.4).

## **E. 2**

### Aktivlegitimation

#### **E. 2.1**

Unbestrittener Sachverhalt Am 19. Dezember 2008 erwarb G.\_\_\_\_\_ die Liegenschaft an der E.\_\_\_\_\_ -strasse 1/2 in ... Zürich (nachfolgend: Liegenschaft). In den Jahren 2013 bis 2015 wurde das sich darauf befindliche Mehrfamilienhaus saniert. Mit Datum vom 22. Juni 2016 wurde die Liegenschaft auf die Klägerin übertragen. Die F.\_\_\_\_\_ GmbH ist seit ihrer Gründung von G.\_\_\_\_\_ bzw. der Klägerin mit der Verwaltung der Liegenschaft betraut. Auch war sie beauftragt, die Totalsanierung der entsprechenden Liegenschaft in Auftrag zu geben und diese durchzuführen. Sowohl die Klägerin wie auch die F.\_\_\_\_\_ GmbH stehen im Alleineigentum von G.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 1-4; act. 9 Rz. 95; act. 23 Rz. 2 f.; act. 28 Rz. 5 f.). Mit Datum vom 7. August 2013 wurde betreffend den Umbau des sich auf der Liegenschaft befindlichen Mehrfamilienhauses ein Vertrag für Architekturleistungen geschlossen, welcher im Namen der F.\_\_\_\_\_ AG [recte: F.\_\_\_\_\_ GmbH; vgl. act. 9 Rz. 8; act. 23 Rz. 1-7] und der Beklagten unterzeichnet wurde (act. 23 Rz. 1; act. 28 Rz. 4; act. 3/9).

- 7 -

#### **E. 2.2**

Streitpunkte Die Klägerin macht geltend, sie sei vorliegend aktivlegitimiert, weil die Liegenschaft aktuell nicht mehr im Eigentum von G.\_\_\_\_\_, sondern in ihrem Eigentum stehe (act. 1 Rz. 3). Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin. Wie aus dem Vertrag für Architekturleistungen hervorgehe, sei ihre Vertragspartei die F.\_\_\_\_\_ GmbH. Aufgrund der von der Klägerin ins Recht gelegten Akten sei nicht erkennbar, weshalb die Klägerin anstelle der F.\_\_\_\_\_ GmbH Ansprüche gegen sie (die Beklagte) haben sollte. Mit dieser Gesellschaft habe sie keinen Vertrag abgeschlossen und ebenso wenig einer Übertragung des Vertrages oder einem Parteiwechsel zugestimmt. Bereits deswegen sei die Klage abzuweisen (act. 9 Rz. 6-11). Replicando führt die Klägerin zu ihrer Aktivlegitimation aus, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH von G.\_\_\_\_\_ beauftragt worden sei, die Totalsanierung in Auftrag zu geben und diesen gegenüber der Beklagten zu vertreten. Auch nach Übergang der Liegenschaft von G.\_\_\_\_\_ an die Klägerin sei die F.\_\_\_\_\_ GmbH weiterhin mit der Durchführung der Sanierung und Vertretung gegenüber der Beklagten beauftragt gewesen. Die Bauabrechnungen der einzelnen Unternehmer seien von der Beklagten an die Klägerin zur Bezahlung weitergeleitet worden. Die Zahlungen an die an der Sanierung der Liegenschaft beteiligten Unternehmer seien allesamt von einem Privatkonto bei der Zürcher Kantonalbank, lautend auf G.\_\_\_\_\_, bezahlt worden. Ab Übergang der Liegenschaft auf die Klägerin seien die Zahlungen vom Firmenkonto der Klägerin bei der Zürcher Kantonalbank erfolgt. Die Beklagte habe diese Zahlungen anstandslos entgegengenommen. Sie sei sich demzufolge bewusst gewesen, dass G.\_\_\_\_\_ Eigentümer und damit Bauherr der Liegenschaft gewesen sei und er damals von der F.\_\_\_\_\_ GmbH vertreten worden sei. Damit stehe fest, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH in Vertretung der Klägerin gehandelt habe und dazu berechtigt gewesen sei. Entsprechend sei die Klägerin als rechtmässige Eigentümerin der Liegenschaft berechtigt, die streitgegenständliche Forderung geltend zu machen (act. 23 Rz. 1-7).

- 8 - Die Beklagte bestreitet auch duplicando die Aktivlegitimation der Klägerin. Sie macht dabei geltend, dass (allfällige bestrittene) Ansprüche der F.\_\_\_\_\_ GmbH nicht rechtswirksam auf G.\_\_\_\_\_ übergegangen seien bzw. solches von der Klägerin nicht dargetan worden sei, weshalb sie auch nicht von ihm auf die Klägerin hätten übergegangen sein können. Selbst wenn sie auf G.\_\_\_\_\_ übergegangen wären, würde kein Übergang auf die Klägerin vorliegen, da die entsprechenden Voraussetzungen einer Vermögensübertragung gemäss FusG nicht erfüllt seien. Gemäss Ziff. 1 des von der Klägerin ins Recht gelegten Vermögensübertragungsvertrages zwischen der Einzelfirma G.\_\_\_\_\_ Immobilien und der Klägerin seien einzig die Liegenschaften als Übertragungsgegenstand definiert worden. Ein Inventar allfälliger weiterer Aktiven aus anderen Vertragsverhältnissen sei dem Vermögensübertragungsvertrag nicht zugrunde gelegt worden. Demzufolge greife Art. 72 FusG. Alsdann habe die Beklagte durch die Annahme von Zahlungen weder explizit noch implizit einem Parteiwechsel zugestimmt. Dass Zahlungen an die Beklagte über ein Firmenkonto der Klägerin erfolgt seien, wird von der Beklagten alsdann bestritten. Es liege lediglich eine Zahlung an die H.\_\_\_\_\_ GmbH, I.\_\_\_\_\_, im Recht. Wohl habe die Beklagte gewusst, dass G.\_\_\_\_\_ Eigentümer der Liegenschaft gewesen sei. Auftraggeberin sei dennoch die F.\_\_\_\_\_ GmbH gewesen. Die Beklagte sei davon ausgegangen – und das werde auch von den nachgereichten Erklärungen von G.\_\_\_\_\_ und der Klägerin vom 21. September 2021 bestätigt – dass G.\_\_\_\_\_ als Eigentümer der Liegenschaft, die F.\_\_\_\_\_ GmbH zum Abschluss solcher Verträge ermächtigt habe. Dies ergebe sich ohnehin schon daraus, dass G.\_\_\_\_\_ in seiner Funktion als Geschäftsführer selbst den Vertrag im Namen der F.\_\_\_\_\_ GmbH

unterzeichnet habe (act. 28 Rz. 5-10).

- 9 -

### **E. 2.3**

Rechtliches Die Aktiv- und Passivlegitimation werden durch das materielle Grundrecht bestimmt. Sie gehören zur Begründetheit des Klagebegehrens. Ihr Fehlen führt zur Abweisung der Klage. Sie sind von Amtes wegen frei zu prüfen (BGE 126 III 59 E. 1a = Pra 89 (2000) Nr. 117), im (vorliegenden) Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) allerdings nur nach Massgabe des behaupteten und festgestellten Sachverhalts (BGE 118 Ia 129 E. 1). Die Behauptungslast folgt der Beweislast, d.h. sie darf nur derjenigen Partei überbunden werden, welche für die entsprechende Tatsache beweisbelastet ist (Urteile des Bundesgerichts 4A\_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.1; 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 3). Die Behauptungslast verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Das genügende Behaupten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird. Bezüglich unsubstanziert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substanziiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (Urteil des Bundesgerichts 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1). Wenn jemand, der zur Vertretung eines anderen ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet (Art. 32 Abs. 1 OR). Eine Vertretungswirkung tritt nur dann ein, wenn der Vertreter – durch Handeln in fremdem Namen – zu erkennen gibt, dass ein Vertretungsgeschäft und kein Eigengeschäft abgeschlossen werden soll (WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 16 zu Art. 32 OR). Nach Art. 32 Abs. 2 OR kann auch bei einer stillschweigenden Erklärung eine Vertretungswirkung eintreten. Dies ist dann der Fall, wenn der Dritte "aus den Umständen" auf das Vertretungsverhältnis schliessen konnte und musste. Als Ausnahme vom Erfordernis des Handelns in fremdem Namen ordnet das Gesetz in Art. 32 Abs. 2 OR eine Vertretungswirkung auch dann an, wenn es dem

- 10 - Dritten gleichgültig ist, mit wem er ein Rechtsgeschäft abschliesst (WATTER, a.a.O., N. 17, 20 zu Art. 32 OR). Eine indirekte Stellvertretung liegt dann vor, wenn der Vertreter im eigenen Namen, aber für Rechnung des Vertretenen handelt. Gegenüber dem Dritten scheint der Vertreter somit ein Eigengeschäft abzuschliessen. Ob ein Handeln im eigenen Namen vorliegt, beurteilt sich – mangels eines tatsächlichen Konsenses – aufgrund des nach dem Vertrauensprinzip ausgelegten Verhaltens des Vertreters. Handelt der Vertreter auf Rechnung des Vertretenen, ohne auf ein allfälliges Vertretungsverhältnis hinzuweisen, ohne dass ein solches aus den Umständen hervorgehen würde und ohne dass es dem Dritten gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner ist, so treten die Rechtswirkungen unmittelbar beim Vertreter ein und bedürfen für ihre Übertragung an den Vertretenen entweder der Abtretung der Forderungen oder einer Schuldübernahme nach den hierfür geltenden Grundsätzen (Art. 32 Abs. 3 OR; vgl. zum Ganzen WATTER, a.a.O., N. 29-31 zu Art. 32 OR). Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen sie auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist (Art. 401 Abs. 1 OR). Art. 401 OR findet Anwendung, wenn der Beauftragte in einer

Rechtsgeschäftsbesorgung im eigenen Namen für fremde Rechnung Vermögensrechte erwirbt, und gilt nach herrschender Lehre auch für den Auftraggeber bei indirekter Stellvertretung. Die dort vorgesehene Legalzession ist eine Einzelrechtsnachfolge ohne Zessionserklärung. Voraussetzung dieser Legalzession ist die Erfüllung der Verbindlichkeiten durch den Auftraggeber, d.h. die Leistung des Auslagen- und Verwendungsersatzes, die Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten sowie die Bezahlung eines Entgelts (OSER/WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 4, 9 f. zu Art. 401 OR). Klagt der (angeblich) Vertretene gegen den Dritten, so hat er nachzuweisen, dass der Vertreter in seinem Namen handelte oder dass es dem Dritten gleichgültig war, mit wem er das Rechtsgeschäft abschloss (WATTER, a.a.O., N. 36 zu Art. 32 OR).

- 11 - Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, Investmentgesellschaften mit variablem Kapital und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen können ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen (Art. 69 Abs. 1 FusG). Der Übertragungsvertrag gemäss Art. 71 FusG enthält unter anderem ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, wobei Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte einzeln aufzuführen sind (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG). Ferner ist der gesamte Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven anzugeben (Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG). Die Vermögensübertragung ist nur zulässig, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist (Art. 71 Abs. 2 FusG). Das Inventar definiert die Objekte der Vermögensübertragung. Das Gesetz verlangt aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit eine eindeutige Bezeichnung der zu übertragenden Aktiven und Passiven. Sie müssen aus Sicht Dritter so klar umschrieben sein, dass keine Zweifel über deren Zuordnung bestehen. Pauschale Bezeichnungen der nicht einzeln aufzuführenden Aktiven und Passiven sind grundsätzlich zulässig, solange die zu übertragenden Vermögensgegenstände bestimmbar sind. Keine erhöhten Anforderungen sind zu stellen, wenn ein Betrieb oder Teilbetrieb übertragen und als solcher umschrieben wird. Die zu übertragenden Verträge sind aufzulisten, sofern sie nicht klarerweise zu einem Betrieb oder Teilbetrieb gehören (MALACRIDA, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, N. 5 f. zu Art. 71 FusG). Gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG gehen im Zeitpunkt der Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über. Gegenstände des Aktivvermögens sowie Forderungen und immaterielle Rechte, die sich aufgrund des Inventars nicht zuordnen lassen, verbleiben beim übertragenden Rechtsträger (Art. 72 FusG).

#### **E. 2.4**

Würdigung Die Aktivlegitimation beschlägt die Frage der Berechtigung, den eingeklagten Anspruch geltend zu machen (BGE 114 II 64 = Pra 78 (1989) Nr. 83 E. 3a). Die Klägerin trägt die dahingehende Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB).

- 12 - Die Klägerin stützt sich für die vorliegende Klage ausdrücklich auf den Vertrag für Architekturleistungen vom 7. August 2013 (act. 1 Rz. 3, 9; act. 3/9; nachfolgend Architektenvertrag) und macht vorliegend mithin einen vertraglichen (Schadenersatz-)Anspruch geltend. Als Vertragsparteien sind in diesem Vertrag indessen die F.\_\_\_\_\_ AG [recte: F.\_\_\_\_\_ GmbH, vgl. act. 9 Rz. 8; act. 23 Rz. 1-7] und die B.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_

GmbH aufgeführt. Entsprechend erschliesst sich die Berechtigung der Klägerin, Ansprüche aus dem Architektenvertrag geltend zu machen, nicht unmittelbar aus diesem Vertrag. Somit stellt sich die Frage, ob die Anspruchsberechtigung der Klägerin aus einem Stellvertretungsverhältnis im Sinne von Art. 32 OR resultiert. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Argumentation der Klägerin in dieser Hinsicht als widersprüchlich erweist. Einerseits behauptet sie, die F.\_\_\_\_\_ GmbH habe damals G.\_\_\_\_\_ vertreten (act. 23 Rz. 2, 6). Andererseits und gleichzeitig macht sie aber geltend, die F.\_\_\_\_\_ GmbH habe in Vertretung der Klägerin gehandelt (act. 1 Rz. 2; act. 23 Rz. 7). Sodann behauptet sie an einer Stelle ihrer Klage, der Architektenvertrag sei zwischen G.\_\_\_\_\_ und der Beklagten abgeschlossen worden (act. 1 Rz. 20), macht an anderer Stelle gleichzeitig geltend, die F.\_\_\_\_\_ AG [rec-te: GmbH] und die Beklagte hätten den Architektenvertrag abgeschlossen (act. 1 Rz. 57) und behauptet replicando schliesslich, der Architektenvertrag bestehe zwischen ihr und der Beklagten (act. 23 Rz. 1). Schon allein aus diesem Grund ist ein (direktes) Stellvertretungsverhältnis zwischen der F.\_\_\_\_\_ GmbH und der Klägerin oder G.\_\_\_\_\_ und damit die Aktivlegitimation der Klägerin zu verneinen. Die Behauptungslast verlangt nämlich das Aufstellen eines schlüssigen, d.h. eines vollständigen und widerspruchsfreien Tatsachenvortrags. Ist der klägerische Tatsachenvortrag, wie hier, unschlüssig, ist die Klage ohne Weiteres abzuweisen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.5; HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 19 f., N. 28 zu Art. 55 ZPO). Zum gleichen Ergebnis führen ungeachtet dessen folgende Überlegungen: Auch die Klägerin geht davon aus, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH den Architektenvertrag in eigenem Namen unterzeichnet hat (act. 23 Rz. 1). Eine unmittelbare Ver-

- 13 - tretungswirkung für die Klägerin oder G.\_\_\_\_\_ träte nach dem Gesagten demzufolge nur ein, wenn die Beklagte aus den Umständen hätte schliessen müssen, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH trotz Vertragsunterzeichnung in eigenem Namen kein Eigengeschäft abschliessen, sondern G.\_\_\_\_\_ oder die Klägerin (direkt) vertreten wollte, oder der Beklagten ihr Vertragspartner gleichgültig war. Aus dem Handelsregistereintrag der Klägerin geht – als notorische und demzufolge hier ohne Weiteres zur berücksichtigende Tatsache (Art. 151 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 5A\_168/2018 vom 17. Januar 2019 E. 2.4 m.w.H.) – hervor, dass ihre Statuten vom 18. Juni 2015 datieren und sie am tt.mm.2015 im Handelsregister eingetragen wurde (act. 3/7). Dementsprechend war sie im Zeitpunkt des Abschlusses des Architektenvertrages am 7. August 2013 noch nicht gegründet worden (Art. 631 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 640, Art. 643 Abs. 1 OR). Insofern konnte sie durch allfällige Vertretungshandlungen der F.\_\_\_\_\_ GmbH im damaligen Zeitpunkt nicht unmittelbar berechtigt oder verpflichtet werden. Demnach fällt eine Vertretungswirkung für die Klägerin ausser Betracht. Somit bleibt eine entsprechende Vertretungswirkung für G.\_\_\_\_\_ zu prüfen. Eine Gleichgültigkeit der Beklagten hinsichtlich ihres Vertragspartners wurde von der Klägerin erst in ihrer Stellungnahme vom 13. September 2022 und damit erst nach Aktenschluss behauptet (act. 33 Rz. 12). Es handelt sich um ein unechtes Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO. Gründe für das nachträgliche Vorbringen wurden, wie erwähnt, nicht genannt und sind auch keine ersichtlich, weshalb diese Ausführungen nicht zu berücksichtigen sind (vgl. auch Ziff. 1.3 sowie nachstehend). Eine Gleichgültigkeit der Beklagten ist demnach zu verneinen. Die Beklagte musste und konnte sodann aufgrund der Umstände des Vertragschlusses nicht auf ein Vertretungsverhältnis zwischen der F.\_\_\_\_\_ GmbH und G.\_\_\_\_\_ schliessen. Vielmehr hat G.\_\_\_\_\_ in seiner Funktion als Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 28 Rz. 10; act. 33) selber den Vertrag

unterzeichnet und seine Unterschrift in der Unterschriftenzeile über den dort aufgeführten Namen der F.\_\_\_\_\_ AG [recte: GmbH] gesetzt (act. 3/9 S. 6). Dies bedeutet, dass er einerseits anlässlich der Vertragsunterzeichnung persönlich anwesend war und andererseits dass er den Vertrag im eigenen Namen hätte unterzeichnen können, wenn er durch diesen denn hätte direkt berechtigt und verpflichtet werden wollen,

- 14 - was er indessen bekanntlich nicht tat. Sodann ist festzuhalten, dass es zur Risikominimierung für G.\_\_\_\_\_ durchaus nachvollziehbar erscheint, die Verträge betreffend die Sanierung der Liegenschaft über die von ihm zu 100% gehaltene und mit der Sanierungsdurchführung betraute F.\_\_\_\_\_ GmbH abzuschliessen. Der Inhaber einer Einzelfirma haftet mit seinem ganzen persönlichen Vermögen unbeschränkt für private und gesellschaftliche Schulden (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 26 N. 20), während sich das Haftungssubstrat bei einer GmbH auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (Art. 794 OR). Die Umstände des Vertragsschlusses sprechen somit klar gegen ein (direktes) Vertretungsverhältnis zwischen der F.\_\_\_\_\_ GmbH und G.\_\_\_\_\_. Daran ändert auch die der Beklagten (unbestrittenmassen) bekannte Eigentümerstellung von G.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichts (act. 23 Rz. 6; act. 28 Rz. 10). Nichts anderes lässt sich im Übrigen aus der von der Klägerin ins Recht gelegten Erklärung von G.\_\_\_\_\_ vom 21. September 2021 (act. 24/97) ableiten. Demzufolge ist ein Vertragsschluss zwischen G.\_\_\_\_\_ und der Beklagten ebenfalls zu verneinen. Dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH, wie die Klägerin wiederholt betont, berechtigt war, G.\_\_\_\_\_ bzw. die Klägerin im Rahmen der Sanierung zu vertreten (act. 1 Rz. 2; act. 23 Rz. 2 f.) bzw. im Auftrag von G.\_\_\_\_\_ gehandelt hat (act. 1 Rz. 20, 57), ist für die Frage der (direkten) Vertretungswirkung nicht allein massgeblich, wenn nicht die übrigen Voraussetzungen von Art. 32 Abs. 1 und Abs. 2 OR ebenfalls erfüllt sind, was vorliegend – wie aufgezeigt – zu verneinen ist. Somit wurde einzig die F.\_\_\_\_\_ GmbH aus dem Architektenvertrag berechtigt und verpflichtet. Eine Zession der streitgegenständlichen Forderung von der F.\_\_\_\_\_ GmbH an G.\_\_\_\_\_ oder die Klägerin (Art. 32 Abs. 3 OR) wird nicht behauptet. Die Voraussetzungen einer Legalzession nach Art. 401 Abs. 1 OR sind ebenfalls nicht gegeben, da die Klägerin die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten (oder jener von G.\_\_\_\_\_) gegenüber der F.\_\_\_\_\_ GmbH nicht vorbringt. Was die Klägerin aus dem Umstand, dass die Rechnungen der Beklagten durch G.\_\_\_\_\_ und – nach Übergang der Liegenschaft – (angeblich; vgl. act. 28 Rz. 7, 9) von der Klägerin bezahlt wurden, ableiten will, erschliesst sich nicht aus ihren Rechtsschriften. Jedenfalls ist daraus nicht auf eine konkludente Zustimmung zu einem Parteiwechsel oder der-

- 15 - gleichen zu schliessen, was im Übrigen von der Klägerin auch nicht dargetan und von der Beklagten bestritten (act. 9 Rz. 10; act. 28 Rz. 8) wird. Dem Gläubiger einer Forderung dürfte es denn auch regelmässig gleichgültig sein, wer seine Rechnungen bezahlt, sodass der Auftraggeber einer Zahlung nicht zwingend mit der Vertragspartei übereinstimmen muss bzw. vom Auftraggeber einer (angenommenen) Zahlung nicht ohne Weiteres auf die jeweilige Vertragspartei zu schliessen ist, zumal grundsätzlich keine Pflicht zur persönlichen Erfüllung besteht (Art. 68 OR). Wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 28 Rz. 7), sind ausserdem sämtliche Belastungsanzeigen betreffend die Zahlungen vom Privatkonto von G.\_\_\_\_\_ bei der Zürcher Kantonalbank an die Beklagte an die F.\_\_\_\_\_ GmbH adressiert (act. 24/100-113). Daraus ist zu schliessen, dass das betreffende Konto im geschäftlichen Kontext der F.\_\_\_\_\_ GmbH genutzt wurde, weshalb

von den dort getätigten Zahlungen umso weniger auf die Stellung von G.\_\_\_\_\_ als Vertragspartei des Architektenvertrages geschlossen werden kann. Die in den betreffenden Belastungsanzeigen aufgeführten Zahlungen an die J.\_\_\_\_\_ AG erweisen sich für die vorliegende Beurteilung als gänzlich irrelevant. Die Bezahlung der Rechnungen durch G.\_\_\_\_\_ und (angeblich) die Klägerin könnten zwar für ein indirektes Stellvertretungsverhältnis mit der F.\_\_\_\_\_ GmbH sprechen, was nach dem Gesagten jedoch nichts an der vertraglichen Berechtigung von G.\_\_\_\_\_ und/oder der Klägerin ändert. Schliesslich ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die von der Beklagten bestrittenen Zahlungen ihrer Rechnungen durch die Klägerin unbewiesen bleiben. Der einzige von der Klägerin dafür eingereichte Beleg betrifft eine Zahlung der Klägerin an die H.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 23 Rz. 4; act. 24/114). Die Klägerin kann also aus den von ihr vorgebrachten Zahlungen bzw. deren Entgegennahme durch die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Gleiches gilt nach dem Gesagten für die von ihr geltend gemachte Weiterleitung der Bauabrechnungen der einzelnen Unternehmer von der Beklagten an die Klägerin (act. 23 Rz. 4) sowie die (bereits erwähnte; vgl. Ziff. 1.3) Bezeichnung von G.\_\_\_\_\_ als Bauherr in den Protokollen der Koordinationssitzungen (act. 33 Rz. 4) und in weiteren Sitzungs- bzw. Abnahmeprotokollen (act. 33 Rz. 7 f.; verspätet vorgebracht, vgl. dazu Ziff. 1.3 sowie nachstehend). Diese Umstände sowie die nach Vertragsschluss erfolgten Zahlungen wären nämlich als

- 16 - nachvertragliches Verhalten der Parteien – wenn überhaupt – lediglich als mögliches Indiz für einen einstigen tatsächlichen Willen der Vertragsparteien zu werten und sind bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3). Ein solcher tatsächlicher Konsens – also der Wille von G.\_\_\_\_\_ und der Beklagten, dass Ersterer durch den Architektenvertrag direkt berechtigt und verpflichtet würde – macht die Klägerin nicht geltend und widerspricht auch diametral dem (aufgezeigten) Verhalten von G.\_\_\_\_\_ bei Unterzeichnung des Vertrages. Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass einzig die F.\_\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte durch den Architektenvertrag berechtigt und verpflichtet wurden. Somit kann – wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 28 Rz. 6) – auch keine Übertragung des streitgegenständlichen Vertrags bzw. der hier interessierenden Forderung im Zusammenhang mit der Übertragung der Liegenschaft von G.\_\_\_\_\_ auf die Klägerin erfolgt sein. Selbst wenn von einem Vertragsschluss zwischen G.\_\_\_\_\_ und der Beklagten bzw. einem Forderungsübergang von der F.\_\_\_\_\_ GmbH an G.\_\_\_\_\_ auszugehen wäre, würde dies – aus den nachfolgend aufgeführten Gründen – am Ergebnis der vorliegenden Beurteilung nichts ändern: Zunächst ist festzuhalten, dass eine Übertragung der Liegenschaft von G.\_\_\_\_\_ an die Klägerin – anders als bei den in Bezug auf die Liegenschaft bestehenden Mietverhältnissen (vgl. Art. 261 Abs. 1 OR) – nicht den automatischen Übergang der in Bezug auf die Liegenschaft abgeschlossenen Werkverträge oder Aufträge bewirkt, wie die Klägerin anzunehmen scheint (act. 1 Rz. 3). Insofern wäre von der Klägerin darzulegen gewesen, gestützt worauf der Architektenvertrag von G.\_\_\_\_\_ auf die Klägerin übergegangen ist, was sie indessen im Rahmen ihrer beiden Rechtsschriften versäumte. Unter Beilage des Vermögensübertragungsvertrags zwischen der Einzelfirma G.\_\_\_\_\_ Immobilien und der Klägerin vom 22. Juni 2016 (act. 3/4; nachfolgend: Vermögensübertragungsvertrag) macht die Klägerin dort lediglich geltend, dass die Liegenschaft von G.\_\_\_\_\_ auf sie übergegangen sei. Zum Forderungs- bzw. Vertragsübergang äussert sie sich nicht weiter und behauptet einen solchen gestützt auf den Vermögensübertragungsver-

- 17 - trag (oder eine andere Rechtsgrundlage) nicht (act. 1 Rz. 3; act. 23 Rz. 3). Erst im Rahmen ihrer Stellungnahme zur Duplik bringt sie (neu) vor, dass der streitgegenständliche Vertrag Teil eines Betriebes (Erwerb, Verkauf sowie Halten und Verwalten von Immobilien) sei, weshalb er zur rechtsgültigen Übertragung auf die Klägerin nicht habe einzeln im Inventar des Übertragungsvertrages aufgeführt werden müssen (act. 33 Rz. 13 f.). Es handelt sich dabei um ein unechtes Novum, weshalb – für den Fall, dass von einer ausreichenden Begründung der Zulässigkeitsvoraussetzungen unechter Noven auszugehen wäre (vgl. aber Ziff. 1.3) – zunächst die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zu prüfen sind. Wie gesehen, legt die Klägerin nicht weiter dar, weshalb es ihr nicht möglich war, diese Behauptung bereits im Rahmen ihrer Rechtsschriften aufzustellen (vgl. Ziff. 1.3; act. 33). Dies ist auch nicht weiter ersichtlich. Die von der Klägerin angeführten Ausführungen der Beklagten zur Anwendbarkeit des FusG und der fehlenden Aufnahme des streitgegenständlichen Vertrages im Inventar des von der Klägerin bereits mit der Klage ins Recht gelegten Vermögensübertragungsvertrages können keineswegs als von der Klägerin nicht zu antizipierende Erweiterung des Prozessstoffes qualifiziert werden. Die Aktivlegitimation der Klägerin wurde bereits mit der Klageantwort bestritten. Es wäre demzufolge an der Klägerin gewesen, im Rahmen ihrer Replik sämtliche (bereits entstandenen) Tatsachen, welche ihre Aktivlegitimation und damit einen allfälligen Vertragsschluss zwischen der Klägerin oder G. \_\_\_\_\_ und der Beklagten sowie einen allfälligen Vertrags- oder Forderungsübergang von G. \_\_\_\_\_ auf die Klägerin begründen, darzulegen. Dazu gehört auch die Behauptung, dass der streitgegenständliche Vertrag Teil eines Betriebs gewesen sei (und dieser von G. \_\_\_\_\_ auf die Klägerin übertragen worden sei), sowie die in act. 33 enthaltenen neuen Ausführungen zu einem (allfälligen) Stellvertretungsverhältnis zwischen der F. \_\_\_\_\_ GmbH und der Klägerin oder G. \_\_\_\_\_ (vgl. insbesondere act. 33 Rz. 3, 6-9, 11 f.). Somit sind sämtliche dahingehenden Ausführungen der Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2022 als verspätet zu qualifizieren und entsprechend nicht zu hören. Gleiches gilt für den als Beilage 143 ins Recht gelegte Handelsregisterauszug der Einzelfirma G. \_\_\_\_\_ Immobilien.

- 18 - Ungeachtet dessen, erweisen sich die klägerischen Ausführungen zur Betriebszugehörigkeit des Architektenvertrags ohnehin nicht als zielführend. Genau genommen, behauptet die Klägerin auch dort keinen Übergang des Architektenvertrages oder eines Betriebs von der Einzelfirma G. \_\_\_\_\_ auf die Klägerin gestützt auf den Vermögensübertragungsvertrag (act. 33 Rz. 13 f.). Aus dem Vermögensübertragungsvertrag wird denn auch deutlich, dass Übertragungsgegenstand – wie die Beklagte richtigerweise vorbringt (act. 28 Rz. 6) – einzig die unter den Vorbemerkungen lit. C auf Seite zwei des Vermögensübertragungsvertrages aufgeführten Liegenschaften (samt den darauf lastenden Hypothekarkrediten) bilden (vgl. Vorbemerkungen lit. D und Ziff. 1 Vermögensübertragungsvertrag; act. 3/4). Dies wird zusätzlich dadurch gestützt, dass sich auch der für die rechtsgültige Vermögensübertragung vorauszusetzende Aktivenüberschuss des Inventars (vgl. Art. 71 Abs. 2 FusG) einzig auf die Liegenschaften und die damit übertragenen, auf den betreffenden Liegenschaften lastenden Hypothekarkrediten bezieht (Ziff. 1.1 und Ziff. 1.2 S. 4 Vermögensübertragungsvertrag; act. 3/4). Eine Betriebsübertragung wird im Vermögensübertragungsvertrag mit keinem Wort erwähnt und ein solcher auch nicht weiter definiert. Es ist vorliegend mithin nicht von einer Übertragung eines Betriebes auszugehen, weshalb der Architektenvertrag hätte einzeln im Inventar des Vermögensübertragungsvertrages aufgeführt werden müssen, um auf die Klägerin überzugehen (Art. 72 FusG), was indessen unbestrittenemassen nicht erfolgte. Selbst

wenn der von der Klägerin verspätet eingereichte Handelsregistorauszug der Einzelfirma G.\_\_\_\_\_ Immobilien (act. 35/143) zu berücksichtigen wäre, würde dieser ihren Standpunkt nicht stützen. Zum einen korrespondiert die dort aufgeführte Summe der übertragenen Aktiven und Passiven mit den im Vermögensübertragungsvertrag aufgeführten Werten der Liegenschaften und Hypothekarkrediten (act. 3/4 S. 4). Zum anderen erfolgte die Löschung infolge Geschäftsübergang erst im Jahre 2019, mithin rund zweieinhalb Jahre nach Übertragung der Liegenschaft. Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass weder die Klägerin noch G.\_\_\_\_\_ Vertragspartei des Architektenvertrages sind. Vertragspartei ist einzig die F.\_\_\_\_\_ GmbH. Selbst wenn von einem Vertrag zwischen G.\_\_\_\_\_ und der Beklagten auszugehen wäre, so wäre ein Übergang desselben auf die Klägerin zu verneinen. Die Klägerin hat demnach ihre Berechtigung, den eingeklagten Anspruch geltend zu machen, nicht nachgewiesen.

### **E. 2.5**

Fazit Die Aktivlegitimation der Klägerin ist zu verneinen. Dies führt zur Abweisung der Klage.

### **E. 3**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 3.1**

Verteilungsgrundsätze Die Prozesskosten bestehen aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin unterliegt vorliegend vollständig, weshalb sie kosten- und entschädigungspflichtig wird.

#### **E. 3.2**

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVOG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebVOG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 67'877.15. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebVOG ist die Gerichtsgebühr auf rund die Höhe der Grundgebühr und damit auf CHF 7'000.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

#### **E. 3.3**

Parteientschädigung Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige

- 20 - Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Parteien eine zweite Rechtsschrift verfassten und an einer Vergleichsverhandlung teilnahmen. In Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV ist der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von

CHF 12'000.– zuzusprechen. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Beklagte verlangt eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 9 S. 2). Sie behauptet aber keine für die Zuschung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

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