



---

Geschäfts-Nr. HG090143-O/U/dz

Mitwirkend: Obergerichter Thomas Seeger, Präsident, Ersatzrichter Dr. Dieter Brändle, die Handelsrichter Thomas Klein, Urs Stahlberger und Erwin Scheidegger sowie der Gerichtsschreiber Dr. Matthias Nänni

## Urteil vom 21. September 2011

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt lic. iur. Z.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerschaft CHF 500'000.00 nebst 5 Prozent Zins seit 04.02.2009 zu bezahlen und
2. es sei der Klägerschaft in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 26.02.2009) Rechtsöffnung zu erteilen für CHF 500'000.00, nebst 5 Prozent Zins seit 04.02.2009, zusätzlich CHF 218.00 Betreuungskosten;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Einleitung und Sachverhalt

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D. \_\_\_\_\_. E. \_\_\_\_\_ war Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift (gelöscht im Handelsregister am tt.mm.2010, act. 28). Die Beklagte ist eine GmbH mit Sitz in Zürich. F. \_\_\_\_\_ ist Geschäftsführer.

E. \_\_\_\_\_, handelnd für die in G. \_\_\_\_\_ domizilierte H. \_\_\_\_\_, und F. \_\_\_\_\_, handelnd für die Beklagte, vermittelten 2008 einem gewissen Dr. I. \_\_\_\_\_ bei der J. \_\_\_\_\_ AG einen Kredit über CHF 40 Millionen. Dieser Kreditvertrag kam am 16. September 2008 zustande (vgl. act. 4/7). Die Beklagte liess sich in der Folge von Dr. I. \_\_\_\_\_ eine Provision in der Höhe von CHF 2 Millionen vergüten (act. 1 Rz. 5; act. 46 Rz. 13 f.). Von dieser Provision liess die Beklagte den Betrag von CHF 500'000 per 30. September 2008 zugunsten der H. \_\_\_\_\_ überweisen (act. 4/9). Nachdem sich die Beklagte offenbar geweigert hatte, eine weitere Zahlung von CHF 500'000 zu leisten, wie dies E. \_\_\_\_\_ im Namen der H. \_\_\_\_\_ verlangt hatte (act. 4/12-13, 15), wurde die Forderung am 26. Januar 2009 an die Klägerin zediert (act. 4/20). Diese betrieb die Forderung mit Zahlungsbefehl vom 26. Februar 2009, und die Beklagte erhob Rechtsvorschlag (act. 4/22).

## 2. Prozessverlauf

Mit Einreichen der Weisung des Friedensrichteramtes K.\_\_\_\_\_ vom 14. Mai 2009 sowie der Klageschrift vom 29. Juni 2009 (act. 1 und 3) machte die Klägerin die Klage am 29. Juni 2009 (Datum Poststempel) beim Handelsgericht anhängig. Die Klageantwort vom 2. November 2009 (act. 13) wurde innert Frist erstattet. Eine erste Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung fand am 3. März 2010 statt. Nicht erschienen zu dieser Verhandlung ist F.\_\_\_\_\_. Seine Vertreter legten an der Verhandlung ein ärztliches Zeugnis vor (Prot. S. 5). Mit Eingabe vom 4. März 2010 (act. 18) wies die Klägerin darauf hin, dass F.\_\_\_\_\_ am Tag der Verhandlung am Arbeitsplatz gesehen worden sei. In der Folge verfügte der Instruktionsrichter am 9. März 2010, die Beklagte habe in diesem Zusammenhang eine Reihe von Fragen zu beantworten (act. 19). Dieser Aufforderung kam die Beklagte fristgerecht mit Eingabe vom 22. März 2010 (act. 21) nach.

Auf Wunsch der Parteien fand am 19. Mai 2010 eine zweite Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt (Prot. S. 20 ff.). Die Gerichtsdelegation befragte F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zum Sachverhalt. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden (Prot. S. 34). Mit Verfügung vom 20. Mai 2010 wurde der Klägerin Frist für die Replik angesetzt. In dieser Verfügung stellt der Instruktionsrichter fest, dass die aktuellen Sachdarstellungen beider Parteien mit den Behauptungen in Klageschrift und Klageantwort teilweise nicht mehr übereinstimmten. Beide Parteien wurden aufgefordert, jene Sachdarstellungen, an denen sie für das weitere Verfahren nicht mehr festhalten wollten, im zweiten Schriftenwechsel ausdrücklich und unter Bezugnahme auf die genauen Stellen fallen zu lassen. Der Klägerin wurde Frist zur Erstattung der Replik angesetzt unter der ausdrücklichen Androhung, dass bei Säumnis Verzicht angenommen werde (Prot. S. 35).

Am 27. September 2010, dem letzten Tag der bereits letztmals erstreckten Frist (Prot. S. 36), reichte der (neue) klägerische Rechtsvertreter per Fax ein weiteres Gesuch um Erreckung der Frist ein (act. 35 und 37). Der Instruktionsrichter bestätigte den Eingang des Gesuchs gleichentags per E-Mail, und er wies darin darauf hin, dass die Replikfrist im Falle der Abweisung des Gesuches abgelaufen sein werde (act. 36). Das Gesuch wurde mit Verfügung vom 29. September 2010

abgelehnt (act. 39). Die danach eingereichte Replik vom 30. September 2010 (act. 43) wurde mit Verfügung vom 1. Oktober 2010 (Prot. S. 38) als verspätet aus dem Recht gewiesen und es wurde wie angedroht Verzicht auf Replik angenommen. Die innert Frist erstattete Duplik vom 15. Dezember 2010 (act. 46) wurde der Klägerin am 19. April 2011 zur Einsicht zugestellt (Prot. S. 40). Sie liess sich bis heute nicht vernehmen.

Der Prozess erweist sich als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

### 3. Formelles

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Die Klage war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Demnach ist das frühere kantonale Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG und § 62 GVG, die in örtlicher Hinsicht von der Beklagten ausdrücklich anerkannt (act. 13 Rz. 2) und in sachlicher Hinsicht offensichtlich gegeben ist, bleibt erhalten. Für die Rechtsmittel ist das neue Prozessrecht massgebend (Art. 308 ff. ZPO).

### 4. Materielles

#### 4.1. Übersicht

Nach im Grundsatz unbestrittener Darstellung der Klägerin vereinbarten E.\_\_\_\_\_, handelnd für die H.\_\_\_\_\_, und F.\_\_\_\_\_, handelnd für die Beklagte, dass die H.\_\_\_\_\_ im Erfolgsfall an einer Provision aus der Vermittlung eines Kredits beteiligt ist (Klägerin: act. 1 Rz. 3, Beklagte: act. 46 Rz. 20).

Strittig sind die Aktivlegitimation der Klägerin (4.3.) und der Umfang der Beteiligung (4.4.). Strittig ist ferner, ob die Beklagte später, im Verlaufe des Streits, die Schuld anerkannt habe (4.5.).

#### 4.2. Anwendbares Recht

Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an, § 57 ZPO/ZH; es bestimmt insbesondere das auf die Sache anwendbare Recht. Die Parteien äussern sich nicht zum anwendbaren Recht.

Die ursprünglichen Vertragsparteien hatten ihren Sitz in der Schweiz und in G.\_\_\_\_\_. Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Anwendbar ist das BG über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG). Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt, Art. 117 Abs. 1 IPRG. Für einfache Gesellschaften, welche sich keine Organisation gegeben haben, gilt das Entsprechende, Art. 150 Abs. 2 IPRG.

Die vorliegende Abrede könnte als einfacher Auftrag, als Mäklervertrag oder als einfache Gesellschaft qualifiziert werden. Sie untersteht damit unbesehen von der genauen Qualifikation dem Recht des Staates, mit dem sie am engsten zusammenhängt. Da die Beklagte Sitz in K.\_\_\_\_\_ hat, da die handelnden natürlichen Personen Adressen in D.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 3) und in L.\_\_\_\_\_ (act. 13 Rz. 17) haben, da es sich um eine Provision in Schweizer Franken für ein Kreditgeschäft in Schweizer Franken einer ... Bank mit Liegenschaften in ... und ... als Sicherheit handelt und da soweit ersichtlich alle mit dem Vertragsschluss zusammenhängenden Handlungen ebenfalls in der Schweiz vorgenommen wurden (act. 1 Rz. 4, act. 46 Rz. 9 ff., act. 4/7), hat diese Abrede - trotz des ausländischen Sitzes der H.\_\_\_\_\_ - den engsten Zusammenhang offensichtlich zur Schweiz. Anwendbar ist damit schweizerisches Recht; sowohl auf den Vertragsschluss (Art. 117 IPRG), als auch auf die Zession (Art. 145 Abs. 1 IPRG).

#### 4.3. Aktivlegitimation

Die Klägerin macht geltend, ihr sei die Forderung der H.\_\_\_\_\_ zediert worden (act. 1 Rz. 9). Die Beklagte wendet ein, diese Zession sei mangels Bestimmtheit nichtig. Deswegen gehe der Klägerin die Aktivlegitimation ab (act. 13 Rz. 61).

Eine Zession ist gültig, wenn - unter anderem - die Forderung bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit entwickelten Lehre und Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Zession zukünftiger Forderungen und der Globalzession (vgl. BGE 113 II 163). Dieses Erfordernis ergibt sich für die Zession einer einzelnen Forderung schon aus Art. 1 OR. In der Regel ist es unproblematisch, so auch im vorliegenden Fall: Die Forderung wurde in der Zessionsurkunde mit Briefkopf der H.\_\_\_\_\_ als "unsere Forderung gegenüber B.\_\_\_\_\_ GmbH in der Höhe von CHF 500'000.-- zzgl. Zinsen" bezeichnet (act. 4/20). Weder die Klägerin noch die Beklagte behaupten, dass diese Parteien in laufenden Geschäftsbeziehungen stünden oder gestanden hätten oder dass anderweitig Forderungen zwischen ihnen bestünden (vgl. Prot. S. 17 f.). Unter diesen Voraussetzungen ist die zedierete Forderung ausreichend bestimmt. Die Beklagte macht denn auch nicht geltend, dass sie nicht wisse, welche Forderung gerichtlich geltend gemacht werde. Die Zession erweist sich unter diesem Aspekt daher als gültig. Da auch die anderen Erfordernisse gemäss Art. 164 ff. OR - einseitige Schriftlichkeit, Abtretbarkeit der Forderung, Zeichnungsbefugnis der unterzeichnenden Person (act. 4/5 und 4/20) - erfüllt sind, ist die Klägerin aktivlegitimiert.

#### 4.4. Umfang der Beteiligung

##### 4.4.1. Sachdarstellungen

a) Die Klägerin macht geltend, es sei von Anfang an vereinbart gewesen, dass eine Provision den Vertragsparteien je zur Hälfte, d.h. 50 % für die H.\_\_\_\_\_ und 50 % für die Beklagte, zustehe (act. 1 Rz. 3). Später sei diese Vereinbarung in der "Kommissionsvereinbarung" vom 29. September 2008 schriftlich festgehalten worden (act. 1 Rz. 3, vgl. act. 4/6).

b) Die Beklagte bestreitet, dass eine hälftige Beteiligung vereinbart worden sei (act. 13 Rz. 37 ff.). Stattdessen, behauptet sie, sei der H. \_\_\_\_\_ der CHF 1.5 Millionen übersteigende Betrag der Provision versprochen gewesen (act. 46 Rz. 9). Da man zunächst von einer Provision von CHF 2.5 Millionen ausgegangen sei, habe die H. \_\_\_\_\_ eine Provision von CHF 1 Million in Aussicht gehabt. Schlussendlich habe man gegenüber Dr. I. \_\_\_\_\_ aber in eine reduzierte Provision von CHF 2 Millionen einwilligen müssen, da aus dem Kreditgeschäft nur ein kleinerer Betrag als ursprünglich vorgesehen habe bar ausbezahlt werden können (CHF 15 Millionen anstelle von CHF 25 Millionen). Folglich habe auch der Anteil der Klägerin auf den Betrag von CHF 500'000 reduziert werden müssen (Prot. S. 26, act. 46 Rz. 12 ff.). Mit dieser reduzierten Entschädigung habe sich E. \_\_\_\_\_ für die H. \_\_\_\_\_ anlässlich der Besprechung vom 16. September 2008 im Gebäude der J. \_\_\_\_\_ AG einverstanden erklärt (Prot. S. 24, act. 46 Rz. 15). Zum Zeichen seines Einverständnisses habe E. \_\_\_\_\_ auf der bereits ausgestellten Rechnung eigenhändig den Betrag von CHF 1 Million gestrichen, durch den Betrag von CHF 500'000 ersetzt und diese Korrektur mit seinem Visum signiert (act. 46 Rz. 15, Prot. S. 26).

c) Die Klägerin räumte bereits in der Klagebegründung ein, dass E. \_\_\_\_\_ die Rechnung abänderte und signierte (act. 1 Rz. 6, Prot. S. 15). Im Widerspruch dazu steht das von der Klägerin eingereichte E-Mail von E. \_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2008, in welchem er F. \_\_\_\_\_ bezichtigte, die Rechnung eigenmächtig und ohne Absprache auf CHF 500'000 abgeändert zu haben (act. 4/12). Den Inhalt dieses E-Mails hat E. \_\_\_\_\_ aber ausdrücklich als falsch bezeichnet (Prot. S. 15). Im Weiteren äusserte sich die Klägerin zu diesen Behauptungen einzig im Rahmen der Befragung von E. \_\_\_\_\_, da sie wie erwähnt auf Replik verzichtete. Die Resultate dieser Befragung sind im Verfahren als Parteibehauptungen zu berücksichtigen (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, N. 11 zu § 55), sofern sie klar, ohne Widerspruch und vollständig sind. Durch diese Vorbringen bestreitet die Klägerin im Wesentlichen, dass E. \_\_\_\_\_ am 16. September 2008 in eine Entschädigung von pauschal CHF 500'000 eingewilligt habe (act. 1 Rz. 10, Prot. S. 16). Gleichzeitig macht sie

sinngemäss geltend, sie sei damit nur einverstanden gewesen in der Annahme, dass "das Restliche" später geregelt werde (Prot. S. 15).

#### 4.4.2. Anspruchsgrundlagen

Aus diesen Sachdarstellungen ergeben sich zwei mögliche Anspruchsgrundlagen für die Klage:

a) Erstens wäre der Betrag von CHF 500'000 aus einer anfänglichen Vereinbarung geschuldet, wenn die Beklagte und die H. \_\_\_\_\_ darin vereinbart hätten, eine allfällige Provision hälftig zu teilen. Diesfalls wäre von einer Provision in der Höhe von CHF 2 Millionen nach Bezahlung von CHF 500'000 noch ein Restbetrag von CHF 500'000 offen.

b) Als zweite Anspruchsgrundlage käme das Zugeständnis der Beklagten anlässlich der Befragung von F. \_\_\_\_\_ in Frage: Es wurde wörtlich die Aussage protokolliert: "... ich brauche CHF 1.5 Millionen, der Rest ist für dich ..." Damit ist anerkannt, dass der Klägerin anfänglich die gesamte Provision versprochen war, soweit sie den Betrag von CHF 1.5 Millionen überstieg (Prot. S. 24). An dieser Darstellung hielt die Beklagte auch in der Duplik fest (act. 46 Rz. 15).

c) Beide Anspruchsgrundlagen brauchen jedoch nicht näher geprüft zu werden, weil sie beide durch eine spätere, mündliche Abrede hinfällig wurden (vgl. sogleich 4.4.3.). Angemerkt sei, dass sich die Klägerin ohnehin nicht erfolgreich auf eine dieser Grundlagen stützen könnte. Die erste Anspruchsgrundlage basiert auf der Behauptung, es sei hälftige Beteiligung vereinbart worden. Diese Behauptung wurde von der Beklagten bestritten (act. 13 Rz. 37). Für ihre Richtigkeit wäre die Klägerin gemäss Art. 8 ZGB beweisbelastet. Die Behauptung könnte mangels ausreichender Substantiierung und infolge unklarer Sachdarstellung aber nicht zum Beweis verstellt werden. Aus den teilweise widersprüchlichen klägerischen Vorbringen ergibt sich nicht zweifelsfrei, wer wann wo was mit wem vereinbart haben soll. Des Weiteren erfasst die nachträgliche schriftliche Vereinbarung vom 29. September 2008 den vorliegenden Streit schon von ihrem Wortlaut her nicht. Ein Beweisverfahren zum Inhalt dieser Vereinbarung könnte aufgrund der dürfti-

gen Angaben zur Entstehung dieser Urkunde im Übrigen auch nicht durchgeführt werden. Aus der zweiten Anspruchsgrundlage - dem Zugeständnis der Beklagten - resultiert schon aus der mangelhaften Behauptungslage keine weitere Zahlungspflicht der Beklagten: Denn die Klägerin behauptete nicht, dass eine höhere Provision als CHF 2 Millionen vereinnahmt worden sei.

#### 4.4.3. Mündliche Vereinbarung vom 16. September 2008

Die Klage scheidet bereits aus einem anderen Grund:

a) Die H.\_\_\_\_\_ und die Beklagte vereinbarten am 16. September 2008 eine "reduzierte" (im Vergleich zur anfänglichen Abrede) Beteiligung von pauschal CHF 500'000. Diese Behauptung der Beklagten ist erstellt, wie im Folgenden dargelegt wird. Unbestritten und ausgewiesen ist, dass die Beklagte den Betrag von CHF 500'000.00 per 30.09.2008 zugunsten der H.\_\_\_\_\_ überweisen liess (Klägerin: act. 1 Rz. 5; Beklagte: act. 46 Rz. 18; act. 4/9). Mit dieser Überweisung wurde die Forderung durch Erfüllung getilgt, Art. 114 Abs. 2 OR. Damit fehlt es an einer Rechtsgrundlage für weitere Ansprüche der Klägerin - unabhängig vom konkreten Inhalt einer früheren Vereinbarung.

b) Eine Abrede über die Reduktion einer geschuldeten Leistung stellt einen (teilweisen) Erlassvertrag im Sinne von Art. 112 OR dar. Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung der Parteien erforderlich, Art. 1 Abs. 1 OR. Eine wirksame Willenserklärung liegt nach Lehre und Rechtsprechung sowohl dann vor, wenn sich der Erklärende tatsächlich rechtsgeschäftlich äussern wollte (tatsächlicher Konsens), als auch dann, wenn ihre Existenz und ihr Inhalt dem Erklärenden normativ zugerechnet werden können (normativer Konsens, Vertrauensprinzip). Massgeblich ist primär der tatsächliche übereinstimmende Parteiwille. Steht bezüglich der Vereinbarung kein tatsächlicher übereinstimmender Wille der Parteien fest, so ist diese nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie der jeweilige Empfänger nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 129 III 675, Erw. 2.3, S. 680; 116 Ia 56 E. 3b S. 58). Nach vertrauenstheoretischen Grundsätzen wird der Erklärende somit vertraglich nicht gebunden, weil er einen bestimmt

gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem die Gegenpartei in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen durfte (ERNST. A. KRAMER, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1986, N. 37 ff. zu Art. 1, insb. N. 45 und 101 ff.)

c) Die Beweislast für das Zustandekommen der Abrede über einen Teilerlass liegt, als rechtsaufhebende Tatsache, Art. 8 ZGB, bei der Beklagten. Die Beklagte behauptet, E. \_\_\_\_\_ habe sich für die H. \_\_\_\_\_ anlässlich der Besprechung vom 16. September 2008 im Gebäude der J. \_\_\_\_\_ AG mit dieser reduzierten Entschädigung einverstanden erklärt (act. 46 Rz. 15, Prot. S. 24). Zum Zeichen seines Einverständnisses habe E. \_\_\_\_\_ auf der bereits ausgestellten Rechnung eigenhändig den Betrag von CHF 1 Million gestrichen, durch den Betrag von CHF 500'000 ersetzt und diese Korrektur mit seinem Visum signiert (act. 46 Rz. 15, Prot. S. 26). Die Klägerin anerkennt den äusseren Vorgang in tatsächlicher Hinsicht (Prot. S. 14), bestreitet aber, dass darin eine zustimmende Willenserklärung liege, wobei ihre Vorbringen im Einzelnen unklar bleiben.

d) Bei dieser Ausgangslage kann nicht von einem tatsächlichen übereinstimmenden Willen ausgegangen werden. Es liegt aber ein normativer Konsens vor. Unter den vorliegenden Umständen, wie sie sich aus den Akten und den unbestrittenen Behauptungen ergeben, durfte die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass E. \_\_\_\_\_ für die H. \_\_\_\_\_ am 16. September 2008 mit einer Reduktion einverstanden war. Es sind dies die folgenden Umstände:

- Primär ist auf die handschriftlichen Ergänzungen auf der Rechnung der H. \_\_\_\_\_ an die Beklagte, datierend vom 15. September 2008 (act. 4/10), abzustellen. Bei den beiden Positionen "... CHF 1'000'000.00" und "Total CHF 1'000'000.00" sind die Beträge durchgestrichen, darüber ist handschriftlich "500'000" vermerkt, und darunter steht ein Kurzzeichen von E. \_\_\_\_\_. Dieser Wortlaut ist unbestritten. Anerkannt ist sodann die Urheberschaft: Die Klägerin räumte sowohl in der Klagebegründung als auch in der Befragung ein, dass Ergänzungen und Kürzel von E. \_\_\_\_\_ stammen (act. 1 Rz. 6, Prot. S. 15). Anerkannt dürfte auch das Datum der Anpassung sein: Zwar liess die Klägerin in der Klagebegründung noch ausführen, dass E. \_\_\_\_\_ die Rechnung anlässlich eines Treffens im Oktober 2008

F.\_\_\_\_\_ übergeben habe (act. 1 Rz. 6). Demgegenüber sagte E.\_\_\_\_\_ in der Befragung aus, dass er die Rechnung am 16. September 2008 im Gebäude der J.\_\_\_\_\_ AG abgeändert hatte (Prot. S. 15). In der Befragung räumte E.\_\_\_\_\_ ferner ein, die "Geschichte in der Klagebegründung" sei "Chabis" (Prot. S. 16). Für das Urteil ist folglich auf die zweite Behauptung abzustützen, da es die Klägerin trotz Aufforderung des Richters (Prot. S. 35) unterliess, in ihrer Sachdarstellung zu diesem Punkt in der Replik für Klarheit zu sorgen.

Die Reduktion einer Rechnung bedeutet im Geschäftsverkehr in der Regel, dass der überschüssende Betrag erlassen wird. Ist der Erlass an besondere Bedingungen gebunden (wie dies beispielsweise beim Skontoabzug für den Fall der Bezahlung vor einem bestimmten Datum üblich ist), werden diese in der Regel ausdrücklich aufgeführt. Dass man einer Mahnung mit einer handschriftlichen Ergänzung des offenen Restbetrages besonderes Gewicht verleiht, wie die Klägerin behauptet (act. 1 Rz. 6), wäre schon im Allgemeinen ungewöhnlich und erklärungsbedürftig. Im vorliegenden Fall kann sich die Klägerin zudem aufgrund der Chronologie kaum ernsthaft auf ein solches Verständnis berufen: Die Rechnung wurde am 16. September 2008 ergänzt. Eine Zahlung von CHF 500'000 floss erst am 30. September 2008. Es ist daher unsinnig, zu behaupten, es sei schon zwei Wochen früher ein noch ausstehender Teilbetrag gemahnt worden.

- Auch die weiteren Umstände des Vertragsschlusses sind heranzuziehen. Diese stützen den mittels Urkunde belegten Teilerlass im vorliegenden Fall. Zwar ist im Einzelnen umstritten, wie die Reduktion begründet wurde. Aus den Behauptungen ergibt sich aber eindeutig, dass anlässlich der Sitzung vom 16. September 2008 über die Höhe der Beteiligung - namentlich über eine allfällige Reduktion - verhandelt wurde (Klägerin: Prot. S. 15, 27, 29; Beklagte: act. 46 Rz. 12 ff., Prot. S. 26, 29), und dass anschliessend ebenfalls im Rahmen dieser Sitzung die vorliegende Rechnung handschriftlich ergänzt wurde (Klägerin: Prot. S. 15, 27; Beklagte: act. 46 Rz. 12 ff., Prot. S. 26). E.\_\_\_\_\_ sagte in der Befragung vom 19. Mai 2010 sogar ausdrücklich aus, es sei an diesem Tag über die Kommission gesprochen worden (Prot. S. 27). Wenn aber E.\_\_\_\_\_, handelnd für die H.\_\_\_\_\_, die Rechnungssumme reduzierte, nachdem Gespräche über eine Reduktion der

Beteiligung geführt wurden waren, durfte die Beklagte davon ausgehen, dass man sich über die Reduktion geeinigt hatte. Wenn die H. \_\_\_\_\_ Vorbehalte hätte anbringen wollen, so hätte sie diese ausdrücklich - am besten ebenfalls handschriftlich - anmerken müssen. Die H. \_\_\_\_\_ beschränkte sich nach ihrer eigenen Darstellung aber darauf, "anzunehmen" (Prot. S. 26) resp. "zu denken" (Prot. S. 27), das Restliche werde dann nachher geregelt. Dass sie diesen Vorbehalt ausdrücklich angebracht hätte, behauptet die H. \_\_\_\_\_ indessen nicht. Besondere Umstände, unter denen man nach Treu und Glauben hätte davon absehen können, einen handschriftlichen Vorbehalt anzubringen, macht sie auch nicht geltend. Unter diesen Voraussetzungen aber durfte die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die H. \_\_\_\_\_ mit der Reduktion einverstanden war.

- Daneben fällt die mögliche Motivation für die Reduktion nicht ins Gewicht. Ob die Forderung letztlich wegen einer tieferen Gesamtprovision (Behauptung der Beklagten, act. 46 Rz. 13) oder wegen höherer Kosten (Behauptung der Klägerin, Prot. S. 15, 27, 29) reduziert wurde, ist für das Resultat der oben vorgenommenen Auslegung nach Treu und Glauben nicht entscheidend. Abgesehen davon ergibt sich aus den Vorbringen der Klägerin nicht schlüssig, welche Bedeutung E. \_\_\_\_\_ der Reduktion zugemessen haben will. Immerhin hielt die Klägerin anlässlich der Befragung nicht mehr an ihrer Darstellung aus der Klagebegründung fest, man habe der Mahnung mit der handschriftlichen Ergänzung "mehr Gewicht geben wollen" (act. 1 Rz. 6). Aber auch anlässlich der Befragung liess sich keine Klarstellung erreichen: Einmal sagte E. \_\_\_\_\_ aus, er sei aufgefordert worden, die Rechnung zu ändern (Prot. S. 15). Kurz vorher erklärte er, dies sei "im Sinne einer Teilzahlung" erfolgt (Prot. S. 14). Er räumte aber auch ein, dass F. \_\_\_\_\_ darauf beharrte, eine Reduktion der Beteiligung jetzt zu regeln, worauf er die Rechnung angepasst habe im Glauben, "das Restliche werde dann nachher geregelt." (Prot. S. 15 f.). Im Ergebnis bleiben die Behauptungen der Klägerin zu den Beweggründen unklar.

- Die Klägerin argumentiert, dass sich das nachvertragliche Verhalten aller beteiligten Personen nicht verständlich erklären liesse, wenn tatsächlich ein Forderungsverzicht zustande gekommen wäre (act. 1 Rz. 10). Dieses Argument ver-

fängt nicht. Denn das nachvertragliche Verhalten erlaubt bloss Rückschlüsse darauf, wie die Parteien ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten (BGE 129 III 675, Erw. 2.3, S. 680). Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist das nachvertragliche Verhalten der Parteien aber nicht von Bedeutung. Massgebend sind hierfür einzig die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGE 129 III 675, Erw. 2.3, S. 680). Überdies könnte die Klägerin aus der Argumentation, wonach Vergleichsgespräche über einen Restanspruch geführt worden seien, nichts zu ihren Gunsten ableiten, da offensichtlich auch andere, zwischen der H.\_\_\_\_\_ und der J.\_\_\_\_\_ AG strittige Punkte (Retrozessionen, Bezahlung einer Spende) Gegenstand dieser Gespräche waren (Prot. S. 17 und S. 33).

#### 4.4.4. Unverbindlichkeit wegen Irrtums i.S.v. Art. 24 OR?

a) Den klägerischen Vorbringen könnte sich die Behauptung entnehmen lassen, man sei mit einer Reduktion auf CHF 500'000 nur einverstanden gewesen in der Annahme, dass "das Restliche" später geregelt werde (Prot. S. 15). Die protokollierte Aussage von E.\_\_\_\_\_, auf die sich die folgenden Ausführungen abstützen, lautet wörtlich: "Ich dachte mir: OK, wenn Du die Rechnungen hier einreichst, dann passen wir sie an, und das Restliche wird dann nachher geregelt." Mit "dem Restlichen" dürfte wohl die beklagischen Anwaltsrechnungen in der Höhe von 1.2 Millionen gemeint sein (vgl. act. 1 Rz. 7, Prot. S. 15).

b) Sofern man darin den Standpunkt erkennen will, dass die Klägerin einen Irrtum geltend macht, ist eine Prüfung nach Art. 23 ff. OR angezeigt. Diese Prüfung zeigt aber, dass die vorliegende Abrede nicht unverbindlich ist, vorwiegend aus zwei Gründen:

- Zum einen handelt es sich nicht um einen wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 23 OR. Es liegt weder ein Fall von Erklärungsirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR noch ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vor. Die blosser Annahme, "das Restliche" werde nach Abschluss der Vereinbarung noch geregelt, stellt im Rahmen des Geschäftsverkehrs keine notwendige Grundlage dar. Wenn über die genaue Höhe resp. über die Reduktion einer unstrittig geschuldeten Leistung verhandelt wird, dürfen und müssen die Verhand-

lungspartner nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr davon ausgehen, dass die Sache mit der Einigung erledigt ist. Wer in dieser Situation zu einer Einigung nur unter dem Vorbehalt von Nachverhandlungen bereit ist, müsste dies der Gegenseite klar zur Kenntnis bringen. Vorliegend macht die Klägerin aber nicht geltend, dass sie sich ausdrücklich geäußert habe. Wenn sich die Klägerin denn irrt, handelt es sich also um einen unbeachtlichen Irrtum über den Beweggrund gemäss Art. 24 Abs. 2 OR.

- Zum andern wäre - unabhängig davon - ein Mangel infolge Verwirkung des Anfechtungsrechts aufgehoben i.S.v. Art. 31 Abs. 1 OR. Nach dieser Bestimmung gilt ein Vertrag als genehmigt, wenn der durch Irrtum beeinflusste Teil nicht innert Jahresfrist dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte. Die Jahresfrist beginnt gemäss Art. 31 Abs. 2 OR mit der Entdeckung des Irrtums. Im vorliegenden Fall verweigerte die Beklagte - nach der Darstellung der Klägerin - bereits im Oktober 2008 eine weitere Zahlung (act. 1 Rz. 6-7). In einem E-Mail vom 2. Dezember 2008 führte E.\_\_\_\_\_ die Verweigerung ausdrücklich auf die geltend gemachten Anwaltsrechnungen zurück (act. 4/12). Spätestens damals hatte die Klägerin resp. damals die H.\_\_\_\_\_ einen Irrtum erkannt resp. hätte ihn erkennen können. Das Recht zur Anfechtung verwirkte damit spätestens am 2. Dezember 2009. Ob ein Irrtum je geltend gemacht wurde, ist aber unklar. Wenn überhaupt machte die Klägerin einen Irrtum sinngemäss erstmals in der Befragung vom 3. März 2010 geltend, indem E.\_\_\_\_\_ aussagte, man habe angenommen, "das Restliche werde nachher geregelt". Die Klägerin behauptet nicht, dass sie oder ihre Rechtsvorgängerin gegenüber der Beklagten vor dem 3. Dezember 2009 geltend gemacht hätten, man habe sich bei der Reduktion der Rechnung auf falsche tatsächliche Grundlagen gestützt. Die Frist zur Geltendmachung eines Irrtums ist daher verwirkt.

#### 4.4.5. Nachweis eines übereinstimmenden wirklichen Willens i.S.v. Art. 18 OR?

Wie dargelegt kann sich die Klägerin nicht auf Irrtum berufen, weil sie angenommen habe, dass "das Restliche" später geregelt werde (Prot. S. 15). Welche Standpunkte die Klägerin aus dieser Behauptung anderweitig herleiten möchte, ist nicht klar. Insbesondere ist das Vorbringen nicht geeignet, zur Beweisführung

über einen für die Klägerin günstigeren übereinstimmenden wirklichen Willen im Sinne von Art. 18 OR zugelassen zu werden:

a) Wird ein normativer Konsens festgestellt, steht dem Erklärenden im Allgemeinen der Nachweis offen, dass seine Erklärung vom Empfänger nicht im verkehrsüblichen, durch Auslegung ermittelten Sinn, sondern tatsächlich in einem für den Erklärenden günstigeren Sinn verstanden worden sei. Diese Überlegungen entsprechen dem Grundgedanken von Art. 18 Abs. 1 OR, wonach bei der Beurteilung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist (BGE 105 II 16; Urteil des Obergerichts Zürich vom 27. Oktober 1992, in: ZR 93/1994, Nr. 11). Soweit die Klägerin also ein für sie ungünstiges Auslegungsergebnis hätte umstossen wollen (was angesichts der unklaren Vorbringen nicht restlos klar wird), trägt sie die Beweis- und Behauptungslast. Ein Beweisverfahren erübrigt sich jedoch, da die Behauptungen der Klägerin zu diesem Punkt widersprüchlich und unsubstanziert sind.

c) Behauptungen sind klar, vollständig und bestimmt aufzustellen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 7 zu § 54). Es ist unstatthaft, widersprechende tatsächliche Darstellungen im Hauptverfahren nebeneinander aufrecht zu erhalten (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 13 zu § 113). Widersprechende Tatsachenbehauptungen sind nur ausnahmsweise zulässig, etwa zur Begründung eines Haupt- und eines Eventualbegehrens (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 13 zu § 113).

d) Die Klägerin bestreitet generell, dass E.\_\_\_\_\_ am 16. September 2008 in eine Entschädigung von pauschal CHF 500'000 einwilligte (act. 1 Rz. 10, Prot. S. 16). Dies lässt sich mit einer "Einwilligung unter Vorbehalt" nicht in Einklang bringen. Die Klägerin verzichtete, diesen Widerspruch in einer Replik klarzustellen, obwohl sie mit Verfügung vom 20. Mai 2010 (Prot. S. 35) dazu aufgefordert wurde. Sie macht insbesondere keine Eventualstandpunkte geltend. Der Standpunkt ist im Übrigen auch inhaltlich unklar: Es ist nicht erklärt, warum E.\_\_\_\_\_ in eine Reduktion eingewilligt haben soll, die er ohnehin für unbegründet hielt (vgl. act. 1 Rz. 7, Prot. S. 15: "... ich sehe auch nicht ein, weshalb ich daran partizipieren sollte."). Es ist weiter nicht erklärt, warum ein Vorabzug von CHF 1.2 Millionen von der

Gesamtprovision in der Höhe von CHF 2 Millionen zu einer Beteiligung von CHF 500'000 für die H.\_\_\_\_\_ und CHF 300'000 für die Beklagte hätte führen sollen, nachdem die Klägerin ja davon ausgeht, es sei hälftige Beteiligung vereinbart gewesen. Die Vorbringen genügen den Anforderungen nicht und sind deswegen nicht beachtlich.

#### 4.5. Schuldanerkennung?

Die Klägerin macht schliesslich geltend, ein Herr N.\_\_\_\_\_ von der Beklagten habe gegenüber O.\_\_\_\_\_, Verwaltungsrat der Klägerin, telefonisch Ausführungen gemacht, welche O.\_\_\_\_\_ als Schuldanerkennung verstanden habe (act. 1 Rz. 8). Die Beklagte bestreitet dies (act. 13 Rz. 59).

Die Klägerin trägt hierfür die Beweis- und Behauptungslast gemäss Art. 8 ZGB. Sie kommt schon der Behauptungspflicht nicht nach. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen, § 113 ZPO/ZH (vgl. auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 3 zu § 113). Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie als Beweissatz in den Beweisauftragsbeschluss aufgenommen werden können. Im vorliegenden Fall wären entweder tatsächliche übereinstimmende Willenserklärungen nachzuweisen oder aber Umstände, unter denen die Klägerin nach Treu und Glauben auf eine Schuldanerkennung schliessen dürfte. Die Behauptungslage reicht für ein Beweisverfahren aber nicht aus, weder über das Vorliegen einer Willenserklärung noch über die konkreten Umstände. Die Klägerin unterliess Angaben zu Datum und Zeit, zum Ablauf, zum weiteren Inhalt und zum Grund des Telefongesprächs sowie zu den weiteren Umständen des Gesprächs. Genauere Angaben wären hier umso nötiger gewesen, als N.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ in einem E-Mail, auf die sich die Klägerin beruft (act. 1 S. 6), ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, er habe mit dieser Sache nichts zu tun (act. 4/14). Die klägerische Behauptung gilt somit als nicht bewiesen (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 1a zu § 113). Ein Anspruch aus einer mündlich per Telefon erfolgten Schuldanerkennung besteht folglich nicht.

#### 4.6. Resultat

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass am 16. September 2008 zwischen der Beklagten und H.\_\_\_\_\_, handelnd durch E.\_\_\_\_\_, eine Vereinbarung über eine reduzierte Entschädigung von CHF 500'000 pauschal zustande kam, indem E.\_\_\_\_\_ die von der H.\_\_\_\_\_ ausgestellte Rechnung über CHF 1 Million handschriftlich auf den Betrag von CHF 500'000 reduzierte und unterzeichnete. Mit dieser neuen Vereinbarung ist der konkrete Inhalt einer früheren Vereinbarung - ob hälftige Beteiligung oder Beteiligung an einem nach Abzug der Unkosten bestehenden Restbetrag - unerheblich. Unbestritten ist, dass die Beklagte den Betrag von CHF 500'000 per 30.09.2008 zugunsten der H.\_\_\_\_\_ überweisen liess (act. 4/9). Mit dieser Überweisung wurde die Forderung durch Erfüllung getilgt, Art. 114 Abs. 2 OR.

Die Klage ist folglich abzuweisen. Damit erweisen sich auch die von der Klägerin gestellten Editionsbegehren (act. 1 Rz. 8) als hinfällig.

##### 5. Kosten und Entschädigung

a) Die Gerichtskosten sind nach Obsiegen und Unterliegen auf die Parteien zu verteilen (§ 64 ZPO/ZH). Hat eine Partei unnötigerweise Kosten verursacht, werden sie ihr ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses auferlegt, § 66 Abs. 1 ZPO/ZH. Es handelt sich bei § 66 Abs. 1 ZPO/ZH um eine Ausnahmenvorschrift. Sie bezieht sich auf Kosten und Umtriebe, die nicht durch den Prozess als solchen, sondern innerhalb des Prozesses im Laufe des Verfahrens durch schuldhaftes oder wenigstens ordnungswidriges Verhalten einer Partei entstehen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 1 zu § 66). Als unnötig wurden in der Praxis insbesondere die Kosten einer durchgeführten Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung taxiert, welche sich als unnütz erwies, weil eine Partei, resp. der zum persönlichen Erscheinen verpflichtete, leitende und über die Streitsache orientierte Entscheidungsträger, unentschuldigt nicht erschien (Entscheid des Kassationsgerichts Zürich vom 6. November 2000, Rechenschaftsbericht 2000, Nr. 64). Zum gleichen Schluss gelangten in einem ähnlich gelagerten Fall das Handelsgericht und das Kassationsgericht Zürich, als eine angesetzte Verhandlung (Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung) wegen der absehbaren, nicht genügend entschuldigtem Nichtteilnahme der zum Erscheinen verpflichteten Partei

noch kurz vor der Verhandlung abgesagt wurde (Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 27. August 2002, in: ZR 102/2003, Nr. 3). Gerichtskosten und Prozessentschädigung legt das Gericht von Amtes wegen und ohne Bindung an Parteianträge fest (HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N. 67a zu § 157 GVG; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 30 zu § 54, N. 2 zu § 64, N. 1 zu § 68).

Im vorliegenden Fall liess sich F.\_\_\_\_\_, der als leitender und über die Streitsache orientierter Entscheidträger der Beklagten an der Verhandlung offenbar hätte teilnehmen wollen, anlässlich der Verhandlung wegen Verhandlungsunfähigkeit entschuldigen. Die Verhandlungsfähigkeit ist aufgrund des eingereichten Arztzeugnisses ausgewiesen (act. 15), auch wenn sich F.\_\_\_\_\_ im Verlaufe des Vormittags offenbar rasch besser fühlte (act. 16-18, 21). Fraglich ist, ob die vorliegende Entschuldigung noch ordnungsgemäss ist, oder ob sie hätte früher erfolgen müssen. Die Beklagte macht geltend, die Verhandlungsunfähigkeit habe sich erst am Vortag (2. März 2010) im Rahmen einer Magen- und Darmspiegelung ergeben und sei ihrem Rechtsvertreter mit Fax von 16.32 Uhr mitgeteilt worden (act. 21 S. 1-2). Telefonische Rücksprache habe erst um 18.00 genommen werden können, weshalb eine Entschuldigung vor Beginn der Verhandlung (3. März 2010, 08.30 Uhr) nicht möglich gewesen sei (act. 21 S. 2). Gegen diese Einschätzung wäre nichts einzuwenden, wenn es sich um einen Notfall gehandelt hätte. Offenbar war die Untersuchung jedoch geplant (vgl. act. 21 S. 1, act. 46 Rz. 27). In der Regel sind vor und nach einer ambulanten Magen- und Darmspiegelung Vorbereitungen, Massnahmen und Ruhezeit einzuplanen, und es wird davon abgeraten, während der folgenden 24 Stunden wichtige Entscheidungen zu treffen oder Tätigkeiten auszuführen, die besondere Aufmerksamkeit erfordern wie Autofahren und dergleichen. Es war demnach nach dem üblichen Lauf der Dinge bereits früher absehbar, dass F.\_\_\_\_\_ am 3. März 2010 voraussichtlich nicht verhandlungsfähig sein würde. Dass die Beklagte diesen Punkt bestreitet (act. 46 Rz. 27), ist aufgrund der hier geltenden Untersuchungsmaxime unbehelflich. Die Beklagte hätte demnach ausreichend Zeit gehabt, um eine Verschiebung der Verhandlung nachzusuchen oder um den ärztlichen Untersuchungstermin zu verschieben. Die Beklagte argumentiert weiter, sie habe aufgrund der Akten nicht

annehmen müssen, dass die Verhandlung wegen einer Absenz von F.\_\_\_\_\_ verschoben würde (act. 46 Rz. 29). Ihr kann nicht gefolgt werden. Denn sie wurde mit Vorladung vom 25. November 2009 zu dieser Verhandlung vorgeladen unter der ausdrücklichen Auflage, ein leitender und über die Streitsache orientierter Entscheidträger müsse persönlich erscheinen (act. 14A) - und das konnte nach der Lage der Dinge nur F.\_\_\_\_\_ sein. Für den Unterlassungsfall wurde mit der Vorladung ausdrücklich angedroht, dass die fehlbare Partei für die betreffende Verhandlung Kosten- und Entschädigungsfolgen zu tragen hat.

In der Folge erwies sich die Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 3. März 2010 als unergiebig, weil von Seiten der Beklagten kein leitender, über die Sache orientierter Entscheidträger an der Verhandlung teilnahm (Prot. S. 5). Es konnten weder der Sachverhalt hinreichend abgeklärt, noch ein Vergleichsvorschlag erarbeitet oder Einigungsverhandlungen geführt werden (Prot. S. 18). Auf Wunsch der Parteien wurde daher am 19. Mai 2010 eine weitere Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung mit Befragung durchgeführt. Die Aufwendungen im Hinblick auf die erste Verhandlung erwiesen sich damit als unnütz, soweit sie nicht ohnehin - insbesondere im Hinblick auf die zweite Verhandlung vom 19. Mai 2010 - hätten getätigt werden müssen. Unnötige Kosten verursachten insbesondere die Vorbereitung (teilweise) und Durchführung der Verhandlung, die Verfügung vom 9. März 2010 (act. 19) und die vorliegenden Ausführungen. Zugute zu halten ist der Beklagten immerhin, dass sich der Vorbereitungsaufwand im Hinblick auf die zweite Verhandlung etwas verringerte.

Da die Klägerin in der Sache vollumfänglich unterliegt, die Beklagte aber einen Teil der Kosten im Zusammenhang mit der ersten Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung unnötig verursacht hat, rechtfertigt es sich, der Klägerin 9/10 und der Beklagten 1/10 der Kosten aufzuerlegen.

b) Das vorliegende Verfahren wurde gemäss Art. 404 ZPO nach dem bisherigen Verfahrensrecht geführt. In diesem Fall bestimmen sich die Gerichtskosten nach der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV), vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010. Massgebend ist die volle Gebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV bei einem

Streitwert gemäss § 18 Abs. 1 ZPO/ZH von CHF 500'000.–. Diese Gebühr ist gemäss § 4 Abs. 2 GebV um einen Drittel zu erhöhen, weil das Verfahren mit besonderem Aufwand verbunden war. Es fanden zwei Verhandlungen statt, um eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung durchzuführen, wobei die Verhandlung vom 19. Mai 2010 einen ganzen Tag dauerte (Prot. S. 5 ff., 20 ff.). An beiden Verhandlungen mussten die Parteien in Ausübung der richterlichen Fragepflicht zur Sache befragt werden (Prot. S. 5 ff., 20 ff.). Für den vorliegenden Entscheid waren etliche komplexe Fragen zu behandeln und bestehende Widersprüche zwischen den eigenen Sachdarstellungen beider Parteien zu klären. Letzteres obwohl beide Parteien aufgefordert waren (Verfügung vom 20. Mai 2010, Prot. S. 35 f.), widersprüchliche Aussagen zwischen ihrer ersten Eingabe und ihren Ausführungen anlässlich der Befragung ausdrücklich klarzustellen.

c) Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Schulden die Parteien einander gegenseitig Prozessentschädigungen, so werden diese im Umfang der geringeren Prozessentschädigung verrechnet und dadurch getilgt. Im vorliegenden Fall führt diese Regel zum angemessenen Resultat, dass die Beklagte für unnötige Aufwendungen der Klägerin (Vorbereitung, Anreise, Verhandlung, Eingabe vom 4. März 2010 (act. 18) bezüglich der Kosten) aufzukommen hat. Da die Klägerin in der Sache vollumfänglich unterliegt, hat sie der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von 80% zu bezahlen. Sie bemisst sich bei anwaltlich vertretenen Parteien nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (§ 25 AnwGebV vom 8. September 2010).

d) Der Streitwert gemäss Art. 51 BGG beträgt CHF 500'000.–.

**Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 27'700.–.

3. Die Kosten werden der Klägerin zu 9/10 und der Beklagten zu 1/10 auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 26'200.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

Zürich, den 21. September 2011

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

Dr. iur. Matthias Nänni