



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und Ersatzoberrichter Roland Schmid, die Handelsrichter Jean-Gaspard Comtesse, Paul Josef Geisser und Peter Erb sowie die Gerichtsschreiberin Kerstin Kirchhoff

Urteil vom 27. April 2012

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 68'315.60 zuzüglich Betreuungskosten und Zins von 5% seit dem 31. März 2010 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C. _____ sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Am 17. November 2011 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage ein (act. 1). Den mit Verfügung vom 18. November 2011 geforderten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 9'000.– leistete die Klägerin fristgerecht (Prot. S. 2; act. 5). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2011 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 4). Nach ungenutztem Verstreichen der Frist wurde der Beklagten mit Verfügung vom 6. März 2012 in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine einmalige kurze Nachfrist bis zum 28. März 2012 zur Einreichung der Klageantwort angesetzt, mit dem Hinweis auf Art. 223 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht bei Säumnis entweder – sollte die Angelegenheit spruchreif sein – einen Endentscheid treffen, oder zur Hauptverhandlung vorladen werde (Prot. S. 5).

1.2. Die Beklagte hat bis heute keine Klageantwort eingereicht. Weil sie sich damit zu den Vorbringen der Klägerin nicht geäußert hat, gelten die Tatsachenbehauptungen der Klägerin als unbestritten und können dem Entscheid zugrunde gelegt werden (LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 5 zu Art. 223 ZPO). Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb in Anwendung von Art. 223 Abs. 2 ZPO androhungsgemäss ein Endentscheid zu treffen ist.

2. Parteien/Sachverhalt

2.1. Gemäss der unbestritten gebliebenen Sachdarstellung der Klägerin, an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO e contrario), ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

2.2. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____. Sie bezweckt hauptsächlich den Betrieb von Versicherungen aller Art sowie den Betrieb der Rückversicherung (act. 2/1). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in E._____. Ihr Zweck besteht insbesondere in der Beratung von Unternehmen und Privatpersonen im Bereich der Immobilienfinanzierung und Immobilienbewirtschaftung (act. 2/2).

2.3. Die Parteien haben am 24. April 2008 eine Vereinbarung betreffend eine Zusammenarbeit für akkreditierte Makler unterzeichnet (act. 2/4). Die Vereinbarung regelte die Tätigkeit der Beklagten als Maklerin für Produkte der Klägerin und deren Tochtergesellschaft. Als Gegenleistung erhielt die Beklagte eine Entschädigung in Form von regelmässigen Courtagen (act. 1 Rz 10; act. 2/4 Art. 10). Im Juni 2008 nahm die Beklagte ihre vereinbarte Tätigkeit auf und wurde durch die Klägerin regelmässig entschädigt (act. 2/5). Auf Wunsch der Beklagten wurden die Provisionen ab September 2008 auf Vorschussbasis ausbezahlt und anschliessend mit den danach entstandenen Ansprüchen der Beklagten verrechnet (act. 1 Rz 12).

2.4. Am 26. Februar 2009 wurde die Zusammenarbeit insofern erweitert, als der Beklagten mit einer Zusatzvereinbarung die Möglichkeit eingeräumt wurde, neben den Versicherungsprodukten auch Hypothekarfinanzierungen der Klägerin zu vermitteln (act. 1 Rz 13). Die Klägerin verpflichtete sich in diesem Zusammenhang, der Beklagten monatliche Vorschusszahlungen – erstmals per Ende Februar – von CHF 30'000.– auszurichten, um den Liquiditätsbedarfs der Beklagten während der Projektphase zu decken (act. 1 Rz 14; act. 2/6 Ziff. 1). Der Beklagten oblag im Gegenzug die Pflicht, einen etwaigen Negativsaldo bis zum 31. März 2010 auszugleichen, falls bis dahin nicht genügend Provisionen erzielt worden wären (act. 1 Rz 14; act. 2/6 Ziff. 1 Abs. 4).

2.5. Insgesamt leistete die Klägerin bis im Mai 2009 Vorschusszahlungen in der Höhe von CHF 146'144.20 (act. 1 Rz 15; act. 2/7). Ab Juni 2009 erzielte die Beklagte sodann nur noch Provisionen in geringer Höhe, so dass die durch die Klägerin geleisteten Vorschusszahlungen nicht mehr ausgeglichen werden konnten (act. 1 Rz 16; act. 2/5).

2.6. Mit Schreiben vom 22. September 2009 machte die Klägerin die Beklagte auf den damals noch ausstehenden Negativsaldo in der Höhe von CHF 80'154.60 aufmerksam und forderte sie auf, den Negativsaldo ratenweise bis zum 31. Dezember 2009 auf CHF 50'000.– zu reduzieren (act. 1 Rz 17; act. 2/8). Nachdem die Beklagte hierauf jedoch nicht reagiert hatte, wurde sie von der Klägerin mit Schreiben vom 9. März 2010 erneut auf den Negativsaldo und ihre vertragliche Ausgleichspflicht bis zum 31. März 2010 hingewiesen (act. 1 Rz 18; act. 2/10). Erst nach unbenutztem Verstreichen des von den Parteien vertraglich vereinbarten Zahlungstermins bezahlte die Beklagte rund drei Monate später den Betrag von CHF 8'000.– (act. 1 Rz 19).

2.7. Ab März 2010 bis September 2010 blieben sodann Vertragsvermittlungen seitens der Beklagten und Provisionszahlungen seitens der Klägerin aus. Weitere Teilzahlungen durch die Beklagte wurden nicht mehr geleistet (act. 1 Rz 20). Daraufhin kündigte die Klägerin die Zusammenarbeit mit Schreiben vom 22. Oktober 2010 mit sofortiger Wirkung und leitete am 4. November 2010 die Betreuung der noch ausstehenden Forderung in der Höhe von CHF 68'210.60 zuzüglich Zins von 5% seit dem 22. Oktober 2010 ein. Am 24. November 2010 erhob die Beklagte dagegen Rechtsvorschlag (act. 1 Rz 21).

3. Formelles

3.1. Die Parteien haben in ihrer Zusammenarbeitsvereinbarung vom 24. April 2008 die zürcherischen Gerichte für örtlich zuständig erklärt.

3.2. Das Handelsgericht ist sachlich zuständig, da die vorliegende Streitigkeit die gewerbliche Tätigkeit der Parteien betrifft, der Streitwert höher als CHF 30'000.–

ist und beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

3.3. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist somit gegeben und überdies unbestritten. Dasselbe gilt für die übrigen Prozessvoraussetzungen.

4. Materielles

4.1. Den klägerischen Ausführungen ist im Wesentlichen zu entnehmen, dass die Beklagte im April 2008 sowohl mit der Klägerin als auch mit der A1._____ AG einen Zusammenarbeitsvertrag geschlossen hat, mit welchem sich die Beklagte verpflichtete, die Beratung, Vermittlung und Betreuung im Auftrag des Kunden zu übernehmen (act. 2/4 Art. 1). Die im Streit liegende Forderung entstand jedoch – so die unbestrittene Darstellung der Klägerin – aufgrund der Zusatzvereinbarung für die Zusammenarbeit im Bereich der Hypothekarfinanzierungen, welche zwischen der Klägerin und der Beklagten am 26. Februar 2009 rechtsgültig geschlossen worden war (act. 1 Rz 23; act. 2/6). Entsprechend ist vorliegend sowohl die Aktivlegitimation der Klägerin wie auch die Passivlegitimation der Beklagten zu bejahen.

4.2. Die Zusatzvereinbarung ist integrierender Bestandteil der Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen den Parteien und der A1._____ AG vom 24. April 2008. Beide Vereinbarungen wurden rechtsgültig unterzeichnet (act. 2/6). Die Behauptung der Klägerin, dass sich die Parteien bei der Unterzeichnung der Vereinbarungen einig und im Klaren gewesen seien, ist unbestritten, weshalb davon auszugehen ist. Vereinbarungsgemäss leistete die Klägerin, zur Überbrückung eines Liquiditätsengpasses seitens der Beklagten, Vorschusszahlungen, erstmals per Ende Februar 2009. Bis Mai 2009 belief sich der durch die Klägerin auf Vorschussbasis geleistete Betrag auf CHF 146'144.20 (act. 2/7). Gemäss Ziffer 1 Absatz 4 der Zusatzvereinbarung vom 26. Februar 2009 oblag der Beklagten die Pflicht, bei fehlenden Provisions- bzw. Courtagebewegungen einen etwaigen maximalen Negativsaldo von CHF 50'000.– bis zum 31. März 2010 abzutragen und der Klägerin zu überweisen.

4.3. Nachdem während zweier Monaten keine Provisionsbewegungen stattgefunden hatten, wurde die Beklagte am 22. September 2009 erstmals von der Klägerin gemahnt und aufgefordert, den noch ausstehenden Betrag von CHF 80'154.60 mit Teilzahlungen bis zum 31. Dezember 2009 auf CHF 50'000.– auszugleichen (act. 2/8). Eine zweite Mahnung folgte sodann am 9. März 2010, als die Klägerin die Beklagte erneut auf den ausstehenden Negativsaldo und ihre vertragliche Ausgleichspflicht hingewiesen hatte. Gemäss Art. 1 Abs. 4 der Zusatzvereinbarung lief für die Beklagte eine Frist bis zum 31. März 2010, um den Negativsaldo auszugleichen (act. 2/6). Die Klägerin bot der Beklagten im Weiteren an, anstelle des Gesamtbetrags auch eine Teilzahlung in der Höhe von CHF 26'300.– entgegenzunehmen (act. 1 Rz 18). Diese Frist liess die Beklagte ungenutzt verstreichen (act. 1 Rz 19). Erst rund drei Monate nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Zahlungsfrist leistete die Beklagte eine Abschlagszahlung in der Höhe von CHF 8'000.– (act. 2/9). Nach Eingang dieser Teilzahlung resultierte ein Negativsaldo in der Höhe der eingeklagten Summe (act. 1 Rz 28).

4.4. Der vertraglich vereinbarte Stichtag vom 31. März 2010 zur Ausgleichung des Negativsaldos gilt als Verfalltag im Sinne des Art. 102 Abs. 2 OR. Entsprechend fiel die Beklagte mit Ablauf des 31. März 2010 ohne Weiteres in Verzug. Zuzufolge der Vereinbarung eines Verfalltags ist die Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 108 Ziff. 3 OR nicht notwendig. Folglich standen der Klägerin die Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR offen, insbesondere die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag gemäss Art. 109 OR. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2010 kündigte die Klägerin das Vertragsverhältnis mit der Beklagten mit sofortiger Wirkung (act. 2/11). Damit erklärte die Klägerin gegenüber der Beklagte jedoch nicht, vom Vertrag zurücktreten zu wollen. Hinzu kommt, dass ein etwaiger Rücktritt nach sieben Monaten Zuwarten die Voraussetzung der unverzüglichen Erklärung im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR nicht mehr erfüllt.

4.5. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Klägerin zunächst an der Erfüllung des Vertrages im Sinne von Art. 107 Abs. 2 erster Satz festhalten wollte. Eine Vertragserfüllung hätte die Beklagte entweder durch Herbeiführen von Provisionsansprüchen, die zu einer Verrechnung geführt hätten, oder durch Ab-

schlagszahlungen erbringen können, was die Beklagte jedoch beides bis zur Vertragsbeendigung unterliess. Folglich liegt eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR vor, wonach die Schuldnerin den aus der Vertragsverletzung entstandenen Schaden auszugleichen hat.

4.6. Die Klägerin erhielt für die vorschussweise bezahlten CHF 68'315.60 von der Beklagten keine der beiden vertraglich vereinbarten, möglichen Gegenleistungen, weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin die ausstehende Summe zurückzubezahlen.

5. Verzugszins

5.1. Die Klägerin macht Verzugszins von 5% seit dem 31. März 2010 geltend (act. 1 S. 2). Der 31. März 2010 galt als vertraglich vereinbarter Verfalltag zur Ausgleichung eines etwaigen Negativsaldos, so dass die Beklagte mit Ablauf des 31. März 2010 ohne Weiteres in Verzug fiel. Der Verzugsseintritt gilt als Beginn der Zinsdauer. Dabei gilt Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 analog (BSK OR I-WIEGAND, N 3 zu Art. 105). Entsprechend ist der Verzugszins seit dem auf den Verfalltag folgenden Tag geschuldet. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin Verzugszins zu 5% seit dem 1. April 2010 zu bezahlen.

6. Aufhebung des Rechtsvorschlags

Die Klägerin verlangt im Weiteren die Aufhebung des am 24. November 2010 von der Beklagten erhobenen Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____. Im Umfang der Klagegutheissung ist der Rechtsvorschlag aufzuheben.

7. Prozesskosten

7.1. Da die Beklagte im vorliegenden Verfahren unterliegt, sind ihr die Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorlie-

gend beträgt der Streitwert CHF 68'315.60 (act.1 S. 2). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 5'300.– festzusetzen.

7.2. Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen; der nicht beanspruchte Anteil des Kostenvorschusses ist der Klägerin zurückzuerstatten (Art. 111 ZPO).

7.3. Der Klägerin ist mangels Begründung von Umtrieben und mangels konkreten Antrags keine Entschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 68'315.60, nebst Zins zu 5% seit 1. April 2010 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. _____ über den Betrag von CHF 68'210.60 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 22. Oktober 2010 wird aufgehoben.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'300.–
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der nicht beanspruchte Anteil des Kostenvorschusses wird der Klägerin zurückerstattet. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Es wird keine Prozess- oder Umtriebsentschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Zürich, 27. April 2012

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. Peter Helm

lic.iur. Kerstin Kirchhoff