



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, Handelsrichter Daniel Marinello, Handelsrichterin Verena Preisig und Handelsrichter Dr. Thomas Lörtscher sowie die Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

Urteil vom 20. Juli 2016

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ gmbh,

Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 96'320.90 sowie CHF 103.30 Zahlungsbefehlskosten und CHF 180.00 Mahnforderung zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich vom 19. März 2015 sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die u.a. bezweckt, Versicherungsschutz im Rahmen der Grundversicherung (obligatorische Krankenpflegeversicherung und freiwillige Taggeldversicherung) nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung für die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit, Unfall und Mutterschaft anzubieten (act. 5/1). Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt u.a. die Erbringung von Dienstleistungen im Versicherungs- und Finanzwesen (act. 5/2).

b. Prozessgegenstand

Gegenstand der vorliegenden Klage bilden Rückforderungsansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten aus geleisteten Provisionszahlungen.

B. Prozessverlauf

Am 16. November 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin Klage beim Bezirksgericht Zürich ein, das mangels sachlicher Zuständigkeit mit Entscheid vom 23. November 2015 nicht auf die Klage eintrat (act. 3). Am 29. Dezember 2015 (Datum Poststempel) reichte die Beklagte hierorts unter Bezugnahme auf Art. 63 ZPO Klage ein (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom 4. Januar 2016 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgemäss (act. 6 und 8). Mit

Verfügung vom 21. Januar 2016 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen (act. 9). Da die Beklagte die Verfügung vom 4. Januar 2016 nicht abgeholt hatte, wurde das Stadttammannamt Zürich 11 mit der Zustellung beauftragt (act. 11). Nachdem die Zustellung mangels Räumlichkeiten der Beklagten an der Geschäftsadresse nicht möglich war, verlief die Zustellung an den Gesellschafter und Geschäftsführer beim zweiten Zustellversuch erfolgreich (act. 12, act. 14 bis 15 und act. 17). Die Beklagte liess sich innert Frist jedoch nicht vernehmen. Alsdann wurde ihr mit Verfügung vom 18. Mai 2016 eine Nachfrist angesetzt unter der Androhung, dass bei Säumnis das Gericht einen Endentscheid trifft, sofern die Angelegenheit spruchreif ist, oder zur Hauptverhandlung vorlädt (act. 18). Da der Geschäftsführer zwischenzeitlich in einen anderen Kanton verzogen war, wurde ihm die Verfügung unter Zuhilfenahme der ausserkantonalen Behörden zugestellt (act. 19B, act. 21 bis 22). Die Beklagte reichte auch innert der Nachfrist keine Klageantwort ein.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Versäumte Klageantwort

Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf entweder mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen, bedeutet Spruchreife, dass der Klagegrund im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert ist und – darüber hinaus –, dass das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Unter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nur soweit be-

rücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es – zur Hauptsache –, wenn das Klagebegehren oder die Begründung der Klage (noch) unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (Art. 56 ZPO) oder dem Gericht die Klagebegründung in erheblichem Mass als unglaubhaft erscheint und es darüber Beweis erheben will (DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 20 zu Art. 223 m.w.H.; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., N. 5 zu Art. 223). Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen, erweist sich die Angelegenheit als spruchreif, weshalb androhungsgemäss ein Endentscheid zu fällen ist.

1.2. Prozessvoraussetzungen

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 Abs. 1 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Die Beklagte hat ihren Sitz in Zürich, womit gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO die Gerichte in Zürich örtlich zuständig sind. Da beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin betroffen ist und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, ist das Handelsgericht des Kantons Zürich gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG auch sachlich zuständig. Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten.

2. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin (act. 1), an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO), und in Übereinstimmung mit den von ihr eingereichten Urkunden (act. 4/2-30), ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die C._____ GmbH hat mit der Klägerin einen Vertrag über die Vermittlung von Krankenversicherungsgeschäften geschlossen und in der Folge die Beklagte als Untervermittlerin eingesetzt, wobei der Gesellschafter und Geschäftsführer der

C._____ GmbH dieselbe Funktion bei der Beklagten ausübte und den "Fragebogen" zur Akkreditierung von Vertriebspartnern unterzeichnete (act. 4/3-5). In der Folge stellte die Klägerin der Beklagten monatliche Provisionsabrechnungen zu. Gestützt auf Vertragsaufhebungen und Kündigungen der vermittelten Verträge und Produkte resultierte ab der Provisionsabrechnung vom 9. Mai 2011 mehrheitlich ein Saldo zugunsten der Klägerin. Die Provisionsabrechnungen wurden von der Beklagten zu keiner Zeit gerügt. Zwischen dem 9. Mai 2011 und dem 15. Oktober 2013 entstanden Rückforderungsansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten in der Höhe von CHF 96'595.90 zuzüglich Mahngebühren in der Höhe von CHF 180.– (act. 1 S. 3 f.). Diese Totalforderung von CHF 96'775.90 setzt sich im Einzelnen wie folgt zusammen (act. 1 S. 4 f. Rz. 8; act. 4/9-28):

| Provisionsabrechnung vom | Rechnungsbetrag | Mahngebühren |
|--------------------------|--------------------|--------------|
| 9. Mai 2011 | CHF 2'568.60 | |
| 12. Juni 2011 | CHF 165.– | |
| 10. Juli 2011 | CHF - 1'960.– | |
| 8. August 2011 | CHF 2'262.50 | |
| 12. September 2011 | CHF 200.– | |
| 10. Oktober 2011 | CHF 68'668.60 | |
| 11. November 2011 | CHF 6'466.80 | |
| 5. Dezember 2011 | CHF 8'200.90 | |
| 6. Januar 2012 | CHF 800.– | |
| 8. Februar 2012 | CHF 1'569.80 | |
| 12. März 2012 | CHF - 15.– | |
| 7. Mai 2012 | CHF 1'608.60 | CHF 30.– |
| 9. Juli 2012 | CHF 440.30 | CHF 30.– |
| 10. September 2012 | CHF 475.– | CHF 30.– |
| 8. Oktober 2012 | CHF 2'723.70 | CHF 30.– |
| 12. November 2012 | CHF 300.– | CHF 30.– |
| 12. November 2012 | CHF 686.10 | |
| 10. Dezember 2012 | CHF 510.– | |
| 4. März 2013 | CHF 125.– | CHF 30.– |
| 7. Oktober 2013 | CHF 1'000.– | |
| 9. Dezember 2013 | <u>CHF - 200.–</u> | |
| | CHF 96'595.90 | CHF 180.– |

Am 16. Januar 2012 stellte die Klägerin Rechnung für die Provisionsabrechnungen vom 9. Mai 2011 bis 6. Januar 2012 in Höhe von CHF 87'372.40. Diese

Rechnung blieb trotz Zahlungserinnerung vom 16. März 2012, Mahnung vom 14. Mai 2012 und Betreibungsandrohung vom 12. Juni 2012 unbeglichen (act. 4/29). Am 15. Oktober 2013 stellte die Klägerin der Beklagten die letzte Provisionsabrechnung über alle aufgelaufenen und fälligen Provisionsrückforderungen zu. Diese betrug CHF 96'975.90. Am 9. Dezember 2013 wurde der Beklagten eine nachträgliche Provision aus 2011 in der Höhe von CHF 200.– gutgeschrieben, was zu einer Reduktion des erwähnten Forderungsbetrags auf CHF 96'775.90 führt (act. 4/30). Die Beklagte beglich auch die letzte Rechnung der Klägerin vom 15. Oktober 2013 nicht; sie ist bis heute unbezahlt geblieben.

3. Rechtliches

Für den Vermittlungsvertrag besteht im schweizerischen Recht keine besondere gesetzliche Regelung. Die rechtliche Einordnung einer Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Versicherer und Broker ist unklar. Das Bundesgericht hat die Anwendung des Mäklerrechts (Art. 412 ff. OR) auf das Rechtsverhältnis zwischen Broker und Versicherer abgelehnt, ohne jedoch eine rechtliche Qualifikation vorzunehmen (BGE 124 III 481, E. 4b). In der Literatur wird von einem Innominatvertrag mit Elementen des einfachen Auftrags und des Mäklervertrags gesprochen (MÜLLER-CHEN/UHLMANN, Zusammenarbeitsverträge zwischen Versicherern und Broker, HAVE 3/2005, S. 226; CHRISTOPH K. GRABER, Diener zweier Herren? - Zur Rolle des Versicherungsbrokers, in: Thierry Luterbacher (Hrsg.), Versicherungen und Broker, Tagungsband 2014).

In der zwischen der Klägerin und der C._____ GmbH abgeschlossenen Zusammenarbeitsvereinbarung wurde die Rechtsbeziehung als einfacher Auftrag benannt, woran das Gericht aber nicht gebunden ist (vgl. Art. 18 OR). Die rechtliche Qualifikation des Verhältnisses zwischen den Parteien muss indes vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Jedenfalls haben die Parteien vereinbart, dass sich die Vermittlerentschädigung gemäss Ziff. 2.1 der Zusammenarbeitsvereinbarung nach der jeweils gültigen Provisionsordnung richtet (act. 4/3 S. 2). Gemäss den Provisionsordnungen der Jahre 2011, 2012 und 2013 werden die entschädigten Provisionen sowie eine allfällige Beratungsprovision zu 100 % storniert, wenn in den ersten 12 Monaten eine Aufhebung des Vertrags oder Produkts wegen Nichtbezahlung der Prämie, Kündigung seitens des Versicherungsneh-

mers oder aus zwingenden Gründen seitens der Klägerin erfolgt. Bei Aufhebung des Vertrags zwischen dem 13. bis zum 24. Monat werden 50 % der Provision storniert (act. 4/6-8, jeweils Ziff. 4).

Die Klägerin hat der Beklagten ordnungsgemäss monatliche Provisionsabrechnungen zugestellt. Die Provisionsabrechnungen wurden von der Beklagten zu keiner Zeit gerügt, weshalb die Klägerin davon ausgehen durfte, dass diese von der Beklagten akzeptiert werden. Gestützt auf Vertragsaufhebungen und Kündigungen der vermittelten Verträge und Produkte resultierte ab 9. Mai 2011 mehrheitlich ein Saldo zugunsten der Klägerin. Die unter Ziff. 2 dargelegten Rückforderungsansprüche in Höhe von CHF 96'595.90 zzgl. Mahngebühren von CHF 180.– sind ausgewiesen. Der Betrag von CHF 275.90 ist gemäss Angaben der Klägerin in der Betreibung sowie im Schlichtungsgesuch noch nicht geltend gemacht worden und entsprechend vom Forderungsbetrag von CHF 96'595.90 in Abzug zu bringen (vgl. act. 1 S. 6 Rz. 13).

Sodann verlangt die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung der Zahlungsbefehlskosten in Höhe von Fr. 103.30 (act. 1 S. 2 und 6 Rz. 12). Ein Zahlungsbefehl wurde nicht eingereicht. Da die Beklagte sich indes nicht vernehmen liess, gelten die Zahlungsbefehlskosten in Höhe von Fr. 103.30 als unbestritten.

Demzufolge ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 96'320.90, Zahlungsbefehlskosten von CHF 103.30 sowie Mahngebühren von CHF 180.– zu bezahlen.

4. Rechtsvorschlag

Die Klägerin beantragt die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich vom 19. März 2015 (act. 1 S. 2 und 6 Rz. 12).

Die Gläubigerin kann, um einen Rechtsvorschlag zu beseitigen, unter anderem auf Anerkennung der Forderung klagen (Art. 79 SchKG). Die Klage ist innerhalb eines Jahres seit der Zustellung des Zahlungsbefehls einzureichen (Art. 88 Abs. 2 SchKG; BGE 125 III 45 E. 3b). Wie erwähnt liegt kein Zahlungsbefehl im Recht. Der eingereichten Klagebewilligung lässt sich als Datum für die Zustellung des

Zahlungsbefehls der 17. März 2015 entnehmen (act. 4/2). Die betreffende Klage wurde am 16. November 2015 und damit innerhalb eines Jahres eingereicht. Nachdem die klägerische Forderung ausgewiesen und die Klage vollumfänglich gutzuheissen ist, ist auch der Rechtsvorschlag entsprechend zu beseitigen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der Beklagten als unterliegende Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO). Die Gerichtskosten sind in Anwendung von Art. 96 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG auf rund drei Viertel der Grundgebühr, nämlich CHF 6'500.–, festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen. Diese Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 ZPO).

Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt rund CHF 10'700.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht u.a. mit der Erarbeitung der Begründung (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Unter Berücksichtigung des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falles ist die Parteientschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV um rund einen Viertel zu reduzieren und die Beklagte entsprechend zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'000.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 96'320.90 sowie CHF 103.30 Zahlungsbefehlskosten und CHF 180.– Mahngebühren zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich vom 19. März 2015 wird im Umfang der Klageguthweisung gemäss Dispositiv Ziff. 1 beseitigt.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'500.-; die weiteren Kosten für die amtliche Zustellung betragen CHF 32.30.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'000.- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte durch Zustellung unter Zuhilfenahme der ausserkantonalen Behörden (Luzerner Kantonspolizei) an den Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten, D._____, sowie zusätzlich durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt.
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). Der Streitwert beträgt CHF 96'320.90.

Zürich, 20. Juli 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Adrienne Hennemann