



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Präsident, und Dr. Daniel Schwander, Handelsrichterin Prof. Dr. Michèle Sutter-Rüdissler, Handelsrichterin Ursula Mengelt Steiner und Handelsrichter Markus Koch sowie Gerichtsschreiberin Claudia Lunco-Feier

Urteil vom 8. Januar 2021

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

" Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Zug um Zug gegen die Übertragung von 44'999 Aktien der C._____ AG CHF 80'998.20 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2020 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten. "

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____. Sie bezweckt den Handel mit ... von Bauprojekten im In- und Ausland sowie die ... in diesem Zusammenhang (act. 1 Rz. 2). Die Beklagte ist eine GmbH mit Sitz in E._____ und erbringt Beratungsdienstleistungen in Bereich Finanzen und Versicherungen (act. 1 Rz. 3).

b. Prozessgegenstand

Auf Empfehlung der Beklagten hat die Klägerin Aktien der C._____ AG, Zürich, erworben. Zur Absicherung dieser Investition verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Klägerin, die erworbenen C._____ -Aktien innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu einem definierten Preis zu verkaufen oder selber zu erwerben. Aufgrund einer unklaren Formulierung ist die Anzahl der von dieser Vereinbarung erfassten Aktien umstritten.

B. Prozessverlauf

Am 6. Juli 2020 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die Klage mit dem vorstehenden Rechtsbegehren anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 7. Juli 2020 wurde die Klage der Beklagten an ihre im Handelsregister eingetragene Domiziladresse, c/o F._____, G._____ -strasse ..., E._____, zugestellt (entgegengenommen von F._____, act. 5/2) und es wurde der Klägerin eine Frist zur Leistung

eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (act. 4). Der Vorschuss ging innert Frist ein (act. 6). Am 7. September 2020 wurde der Beklagten eine Frist bis zum 9. November 2020 angesetzt, um die Klage zu beantworten. Die Zustellung der Verfügung erfolgte wiederum an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse (act. 8). Hierauf teilte F._____ am 9. September 2020 telefonisch mit, dass er die Beklagte an H._____ übertragen habe und nicht mehr als Domiziladresse fungiere. Die faktische Adresse befinde sich an der I._____ -strasse ... in J._____. Diese Adresse bestätigte F._____ auch in einer schriftlichen Eingabe (act. 9, Prot. S. 5). Hierauf wurde die Verfügung vom 7. September 2020 an diese Adresse zugestellt, wo sie am 14. September 2020 entgegengenommen wurde (act. 8/2b). Da die Beklagte weder die Klageantwort innert Frist eingereicht noch rechtzeitig um Fristerstreckung ersucht hat, wurde ihr eine Nachfrist bis zum 7. Dezember 2020 angesetzt um eine Klageantwort einzureichen (act. 11). Diese Verfügung wurde von der Beklagten nicht abgeholt (act. 12/2). Es erfolgten keine weiteren Eingaben.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Säumnis der Beklagten

1.1.1. Die Zustellung von Verfügungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Sie ist erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden Person entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt sie ausserdem am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

1.1.2. 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 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. Ist die Klage demgegenüber nicht schlüssig, also bereits nach dem Vorbringen der klagenden Partei nicht begründet, ist sie trotz Säumnis der beklagten Partei abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch 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 insoweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 153 Abs. 2 ZPO; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, ZPO, a.a.O., N. 20 und 23 zu Art. 223, m.w.H.; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, 2. Aufl., 2016, N. 3 f. zu Art. 223, m.w.H.).

1.1.3. Da sowohl die Verfügung vom 7. Juli 2020 (Zustellung Klage, Kostenvorschuss) als auch die Verfügung vom 7. September 2020 (Klageantwortfrist) zugestellt werden konnten, ist davon auszugehen, dass die Beklagte Kenntnis vom Verfahren hatte. Sie musste daher mit weiteren Zustellungen rechnen. Daher gilt die Zustellung der (nicht abgeholten) Verfügung vom 16. November 2020 (Nachfristansetzung) als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als erfolgt, mithin am 24. November 2020 (act. 13). Da auch innert Nachfrist keine Klageantwort eingegangen ist und sich die Sache als spruchreif erweist, ist darüber zu entscheiden.

1.2. Zuständigkeit

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). Für Klagen aus Vertrag ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zustän-

dig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist (Art. 31 ZPO). Die Beklagte hat ihren Sitz in E._____, womit die Gerichte des Kantons Zürich örtlich zuständig sind. Da die geschäftliche Tätigkeit der Parteien betroffen ist, die Beklagte im Handelsregister eingetragen ist und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, ist das Handelsgericht des Kantons Zürich gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG sachlich zuständig.

2. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin ist im Wesentlichen von folgendem Sachverhalt auszugehen: Seit dem Frühjahr 2017 versuchte H.____ (Geschäftsführer der Beklagten), K.____ (einziger Verwaltungsrat der Klägerin) zum Kauf von Aktien der C.____ AG, Zürich, zu bewegen. Zu diesem Zweck pries H.____ die C.____ AG wiederholt an und wies darauf hin, dass beim anstehenden Börsengang eine Erhöhung des Aktienwertes erwartet werde (act. 1 Rz. 6). K.____ lehnte einen Aktienkauf zunächst ab, da er die Bewertung der Aktien (CHF 3.50 pro Stück) als zu hoch und die Investition als zu risikobehaftet erachtete (act. 1 Rz. 8). Nach weiterer Überzeugungsarbeit durch H.____ erklärte K.____ sich am 29. August 2017 bereit, C.____-Aktien zu kaufen, wenn H.____ den Kauf absichere (act. 1 Rz. 9). Nach einer Besprechung versprach H.____, die Investition insofern abzusichern, als dass sich die Beklagte verpflichte, die von der Klägerin zu erwerbenden Aktien nach der Preisanhebung zu einem höheren Preis weiterzuverkaufen. Gestützt darauf entschloss sich K.____ zu einem Kauf von C.____-Aktien (act. 1 Rz. 10).

Am 20. September 2017 schloss die Klägerin mit der L.____ AG, M.____ [Ort], einen Aktienkaufvertrag, worin sie sich verpflichtete, 22'000 Namenaktien der C.____ AG zu einem Preis von CHF 2.75 pro Aktie zu kaufen (act. 3/16). Gleichentags unterzeichneten K.____ (für die Klägerin) und H.____ (für die Beklagte) eine Vereinbarung, worin sich die Beklagte verpflichtete, bis spätestens 31. Januar 2018 "max." 20'000 Stück der von der Klägerin zu erwerbenden C.____-Aktien zu einem Preis von mindestens CHF 4.95 pro Aktie weiterzuverkaufen oder selber zu erwerben, frühestens jedoch ab dem 1. Dezember 2017 (act. 1 Rz. 11, act. 3/17).

Ende 2017 teilte K._____ H._____ mit, dass er nun 12'000 Aktien zum aktuellen Kurs von CHF 6.50 verkaufen wolle und bat darum, den Verkauf in die Wege zu leiten. H._____ lehnte einen Verkauf mit Hinweis auf den aktuellen Aktienkurs zwischen CHF 3.– und CHF 3.50 und die zu erwartende Preiserhöhung im Januar ab (act. 1 Rz. 13). Am 30. Januar 2018 vereinbarten die Parteien eine Verlängerung der Frist zum Verkauf der Aktien bis 31. April 2018 (act. 1 Rz. 15, act. 3/20). Nachdem es auch nach Januar 2018 zu keiner Preiserhöhung kam, schoben die Parteien den Ablauf der Frist zum Weiterverkauf der Aktien mit mündlicher Vereinbarung weiter hinaus. Im Jahr 2018 kam es bei der C._____ AG zu mehreren Kapitalerhöhungen. In diesem Zusammenhang erwarb die Klägerin insgesamt 23'000 weitere Aktien der C._____ AG (act. 1 Rz. 16).

Mit Vereinbarung vom 25. Januar 2019 änderten die Parteien die ursprüngliche Vereinbarung erneut ab. Die Beklagte verpflichtete sich nun, maximal 45'000 Stück der klägerischen C._____ -Aktien zum Preis von CHF 1.80 netto pro Aktie zu verkaufen oder selber zu erwerben. Der Verkauf bzw. die Selbstübernahme sollte frühestens ab dem 1. März 2019 und spätestens am 31. Dezember 2019 durchgeführt werden. Diese Vereinbarung ist bis heute gültig (act. 1 Rz. 17, act. 3/23).

Am 7. Dezember 2019 forderte K._____ die Beklagte auf, die C._____ -Aktien zu verkaufen oder selber zu kaufen. Im Sinne eines Entgegenkommens bot K._____ an, die Anzahl der zu verkaufenden bzw. zu übernehmenden Aktien auf CHF 33'611 Stück zu reduzieren unter der Bedingung, dass die Beklagte ihre Verpflichtung bis am 15. Dezember 2019 erfülle, andernfalls er den ganzen Vertragsinhalt einfordere (act. 1 Rz. 18).

Die Beklagte ging auf das Angebot nicht ein und überwies der Klägerin stattdessen am 31. Dezember 2019 CHF 1.80 für eine Aktie. Weitere Zahlungen oder Aktienverkäufe erfolgten seither nicht (act. 1 Rz. 19).

3. Parteistandpunkte

Nach Angaben der Klägerin stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, mit dem Kauf einer einzigen Aktie ihrer vertraglichen Verpflichtung nachgekommen zu sein (act. 1 Rz. 19). Die Klägerin hingegen macht geltend, der Vertrag zwischen den Parteien, insbesondere die Formulierung "maximal", sei so auszulegen, dass von der Absicherung nicht auch weitere, von der Klägerin anderweitig erworbene Aktien der C. _____ AG erfasst werden (act. 1 Rz. 22). Die Vereinbarung der Parteien könne nur so verstanden werden und sei auch so verstanden worden, dass bloss der genaue Zeitpunkt des Verkaufs bzw. Selbstkaufs, nicht aber die Anzahl der zu verkaufenden oder zu erwerbenden Aktien durch die Beklagte zu bestimmen war. Die Bestimmung der Anzahl Aktien läge im Belieben der Klägerin und sei nach oben zunächst auf 20'000 und dann auf 45'000 beschränkt worden (act. 1 Rz. 23). Für diese Auslegung spreche auch das Verhalten der Beklagten nach Vertragsschluss, insbesondere, dass sie die Beklagte mehrmals aufgefordert habe, die Aktien zu verkaufen, wobei die Klägerin die Anzahl jeweils definiert habe (act. 1 Rz. 24). Indem die Beklagte am 31. Dezember 2019 den Kaufpreis für eine Aktie in der Höhe von CHF 1.80 überwiesen habe, habe sie sich konkludent für die Erfüllung durch Selbstkauf entschieden. Damit sei sie verpflichtet gewesen, alle 45'000 Aktien bis spätestens 31. Dezember 2019 zu kaufen.

4. Rechtliche Grundlagen

4.1. Verkaufskommissionär ist, wer gegen eine Kommissionsgebühr in eigenem Namen für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) den Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen übernimmt (Art. 425 OR). Bei Kommissionen zum Verkauf von Waren, Wechseln und anderen Wertpapieren, die einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, räumt das Gesetz dem Kommissionär die Möglichkeit zum Selbsteintritt ein (Art. 436 OR). In diesem Fall tritt der Kommissionär kraft empfangsbedürftiger Willenserklärung als Eigenhändler ein. Diese ist grundsätzlich unwiderruflich und wirkt bei Eintreffen beim Kommittenten rückwirkend auf den Abgabezeitpunkt. Die Ausübung des Selbsteintrittsrechts führt dazu, dass der Kommissionär zur Kaufvertragspartei des Kommittenten wird (PFENNINGER, in: CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016,

N 5 f. zu Art. 336). In ihrer Wirkung ist die Erklärung des Selbsteintritts nichts anderes als die Ausübung einer Option. Der Kommissionsauftrag wird *contrario consensu* aufgehoben (Art. 115 OR). An seine Stelle tritt ein Kaufvertrag, in welchem der Einkaufskommissionär die Rechtsstellung des Verkäufers mit der Verpflichtung übernimmt, dem Kommittenten das Eigentum an der bezeichneten Kaufsache zu übertragen, oder in welchem der Verkaufskommissionär die Rechtsstellung des Käufers übernimmt, mit der Verpflichtung, dem Kommittenten den bestimmten oder bestimmbaren Preis zu bezahlen (GAUTSCHI, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, N 3a zu Art. 436 OR). Sofern nicht Vereinbarung oder Übung entgegenstehen, sind Verkäufer und Käufer verpflichtet, ihre Leistungen gleichzeitig – Zug um Zug – zu erfüllen (Art. 184 Abs. 1 und 2 OR).

4.2. Die Ermittlung des Vertragsinhalts, d.h. des wirklich übereinstimmenden Parteiwillens, kann entweder aufgrund subjektiver (empirischer) oder objektivierender (normativer) Vertragsauslegung erfolgen. Die subjektive Vertragsauslegung hat den Vorrang vor der objektivierenden und will den tatsächlich vorhandenen Willen feststellen. Lässt sich ein solcher Wille nicht ermitteln, muss durch objektivierende Auslegung der individuell konkretisierte mutmassliche Wille der Parteien gesucht werden. Die Willenserklärungen sind dabei aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Der Richter hat m.a.W. das als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien mit ihrer Wortwahl oder ihrem Verhalten ausgedrückt und gewollt hätten.

Die Willenserklärungen der Parteien sind nicht nur nach ihrem Wortlaut und dem Zusammenhang, in dem sie stehen, zu beurteilen sondern auch nach den Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses; nachträgliches Parteiverhalten ist nicht von Bedeutung und kann höchstens im Rahmen der Beweiswürdigung auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen.

Die Frage, wie und nach welchen Kriterien der wirkliche Wille zu ermitteln ist, überlässt Art. 18 OR der Lehre und Rechtsprechung. An erster Stelle ist der Wort-

laut des Vertragstextes massgebend. Dabei darf sich allerdings die Vertragsauslegung nicht auf eine reine Wortauslegung beschränken, auch dann nicht, wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint. Selbst bei klarem Wortlaut einer Vertragsklausel sind andere Auslegungsmethoden nicht von vornherein auszuschliessen. So kann es sich z.B. aus anderen Vertragsbestimmungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck und weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut einer strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn einer Vereinbarung zwischen den Parteien wiedergibt. Ergänzende Auslegungsmittel sind das Verhalten der Parteien während den Vorverhandlungen, die Umstände des Vertragsabschlusses, das Verhalten nach Vertragsabschluss, die Verkehrssitte sowie Branchenansichten, der Vertragszweck sowie die Gesetzesregeln (Zum Ganzen: KREN KOSTKIEWICZ, in: Orell Füssli Kommentar zum Obligationenrecht, 3., überarbeitete Auflage 2016, N 1 ff. zu Art. 18, mit diversen weiteren Hinweisen, insbesondere auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

5. Würdigung

5.1. Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises

5.1.1. Die Parteien haben eine Vereinbarung geschlossen, welche einer Verkaufskommission i.S.v. Art. 425 ff. OR sehr nahe kommt. Gemäss der (mehrmals abgeänderten) Vereinbarung ist die Beklagte verpflichtet, von der Klägerin gehaltene Aktien der C._____ AG, Zürich, zu einem Preis von CHF 1.80 netto innerhalb des Zeitraumes vom 1. März 2019 bis zum 31. Dezember 2019 zu verkaufen. Die Vereinbarung sieht explizit die auch im Gesetz vorgesehene Möglichkeit eines Selbsteintrittes sowie eine Provision vor, wobei diese jedoch auf den Verkaufspreis aufgeschlagen werden muss (act. 3/23). Bezüglich des Kommissionsgegenstandes weist der Vertrag insofern eine Besonderheit auf, als die Anzahl der zu verkaufenden Aktien mit dem Terminus "maximal" versehen wurde. Bei einer auf den reinen Wortlaut des Vertragstextes reduzierten Betrachtung könnte man zum Schluss gelangen, dass die Beklagte die Anzahl der zu verkaufenden bzw. zu kaufenden Aktien zwischen 1 und 45'000 selber festlegen kann. Gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin haben die Parteien den Vertragstext bei Vertragsschluss jedoch nicht so verstanden. Vielmehr sollte mit der

Formulierung klargestellt werden, dass keine *weiteren*, über diese Anzahl hinausgehenden, von der Klägerin gehaltenen C.____-Aktien vom Vertrag erfasst werden. Die Bestimmung der Anzahl der zu verkaufenden Aktien lag gemäss unbestrittenen Ausführungen in der Klageschrift im Belieben der Klägerin (act. 1 Rz. 22). Dies deckt sich auch mit dem Zweck der Vereinbarung sowie dem Verhalten der Parteien im Vorfeld des Vertragsschlusses (vgl. nachfolgend, Erw. 5.1.2.). Auch das Parteiverhalten nach Vertragsschluss untermauert die klägerische Behauptung. So hat die Klägerin die Beklagte verschiedentlich zum Verkauf bzw. Selbstkauf der Aktien aufgefordert, wobei jeweils sie (die Klägerin) die Anzahl der zu verkaufenden Aktien angab, ohne dass die Beklagte *diesen* Umstand je beanstandet hätte (es kam jeweils aus anderen Gründen nicht zum Vollzug, act. 1 Rz. 24). Widerspruch wäre indessen zu erwarten gewesen, wenn die Beklagte die Vereinbarung nicht in diesem Sinne verstanden hätte. Damit war der (primär massgebende) tatsächliche Parteiwillen nicht darauf gerichtet, dass die Beklagte die Zahl der zu verkaufenden bzw. zu kaufenden Aktien selber bestimmen durfte. Aufgrund der unbestrittenen Ausführungen der Klägerin ist vielmehr davon auszugehen, dass die Parteien mit der Formulierung "maximal 45'000 Stück" zum Ausdruck bringen wollten, dass die Beklagte verpflichtet war, 45'000 Aktien (und nicht mehr) zu verkaufen bzw. zu kaufen, sofern die Anzahl nicht von der Klägerin reduziert wurde.

5.1.2. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwillen ermittelt werden kann, würde eine normative Auslegung zum gleichen Ergebnis führen. Die dem Vertragsschluss vorangehenden Verhandlungen offenbaren deutlich den Zweck der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarungen: Die Klägerin wollte eine von der Beklagten vermittelte und von ihr (der Klägerin) als risikobehaftet eingeschätzte Investition gegen Kursverluste absichern. Der Zweck der Absicherung würde offensichtlich vereitelt, wenn es im Belieben der Beklagten stehen würde, die Anzahl der zu verkaufenden bzw. zu kaufenden Aktien zwischen 1 und 45'000 selber festzusetzen. Im Falle einer ungünstigen Kursentwicklung könnte sich die Beklagte – so wie sie es vorliegend getan hat – darauf beschränken, bloss eine Aktie zu verkaufen oder zu kaufen und die Klägerin würde das Risiko ihres Investments alleine tragen. Dass sie dies

gerade nicht wollte, ergibt sich aus den unbestrittenen Ausführungen in der Klageschrift: Die Klägerin hielt die Investition in die C._____ AG für sehr risikobehaftet und entschied sich daher erst nach der Zusicherung einer entsprechenden Absicherung für ein Investment (act. 1 Rz. 10). Auch wenn der Wortlaut der Vereinbarung ("maximal") auch eine andere Interpretation zuliesse, können redlich und vernünftig handelnde Parteien ihn unter den gegebenen Umständen (insbesondere Zweck der Vereinbarung und Verhalten in den Vorverhandlungen) nicht so verstanden haben, wie es die Beklagte nun tun will. Die Umstände des Vertragschlusses lassen für eine redliche und vernünftig handelnde Vertragspartei nur den Schluss zu, dass die Anzahl der zu verkaufenden Aktien auf 45'000 beschränkt und eine allfällige Reduktion dieser Zahl der Klägerin vorbehalten war.

5.1.3. Indem die Klägerin – als sich der Kurs der C._____ -Aktien offenbar unvorteilhaft entwickelte – der Beklagten mit Email vom 7. Dezember 2019 einen Vorschlag im Sinne eines Entgegenkommens machte, jedoch androhte, im Falle einer Ablehnung den ganzen Vertragsinhalt einzufordern, hat sie offenkundig ihren Willen dargetan, dass die Beklagte (im Falle einer Ablehnung des Vorschlags) sämtliche 45'000 Aktien veräussern soll. Da die Beklagte den Vorschlag nicht angenommen hat, ist sie aufgrund des Kommissionsvertrages verpflichtet, 45'000 der von der Klägerin gehaltenen Aktien der C._____ AG zu einem Preis von CHF 1.80 zu veräussern oder selber zu erwerben.

5.1.4. Der Umstand, dass die Beklagte der Klägerin am letzten Tag der vereinbarten Frist CHF 1.80 für eine einzige Aktie überwiesen hat, ist als Erklärung ihres Willens zum Selbsteintritt zu interpretieren. Diese unwiderrufliche Erklärung führte dazu, dass an die Stelle der Verkaufskommission ein Kaufvertrag trat. Als Käuferin ist die Beklagte verpflichtet, der Klägerin den vollen vereinbarten Kaufpreis (45'000 x CHF 1.80) zu bezahlen. Die Klägerin hingegen ist verpflichtet, der Beklagten die Aktien zu Eigentum zu übertragen. Die Leistungen sind Zug um Zug zu erbringen. Die offene Kaufpreisschuld beläuft sich nach Abzug der bereits geleisteten Zahlung auf CHF 80'998.20.

5.2. Anspruch auf Verzugszinsen

Die Klägerin verlangt Verzugszins ab 1. Januar 2020, da in der Vereinbarung vom 25. Januar 2019 mit der gesetzten Frist auch ein Verfalltag vereinbart worden sei (act. 1 Rz. 26 f.). Der Anspruch auf Verzugszinsen entsteht mit Inverzugsetzung des Schuldners durch Mahnung, es sei denn es sei ein Verfalltag vereinbart (Art. 102 OR). Die vorliegende Abrede, dass der Verkauf spätestens am 31. Dezember 2019 durchgeführt sein muss, ist als Verfalltagsabrede i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR zu qualifizieren. Die Beklagte geriet demnach am 1. Januar 2020 in Verzug.

6. Fazit

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin Zug um Zug gegen die Übertragung von 44'999 Aktien der C._____ AG, Zürich, CHF 80'998.20 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2020 zu bezahlen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 80'998.– beträgt die Grundgebühr rund CHF 8'000.–. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG sind die Gerichtskosten auf rund die Hälfte der Grundgebühr, d.h. CHF 4'000.–, festzusetzen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die der Beklagten aufzuerlegenden Kosten sind vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

7.2. Parteientschädigung

Aufgrund des Obsiegens der Klägerin ist die Beklagte zu verpflichten, ihr eine Parteientschädigung zu leisten. Die Höhe der Parteientschädigung ist gestützt auf

die Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 in erster Linie anhand des Streitwerts zu bemessen (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 105 Abs. 2 ZPO). Bei einem Streitwert von CHF 80'998.– beträgt die Grundgebühr rund CHF 9'800.– (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 AnwGebV). Sie ist vorliegend mit der Begründung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV).

Die Klägerin beantragt die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Berechnung der Parteientschädigung. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Zug um Zug gegen die Übertragung von 44'999 Aktien der C._____ AG, Zürich, CHF 80'998.20 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2020 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt, jedoch aus dem von der Klägerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss bezogen. Der Klägerin wird der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 9'800.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 80'998.20.

Zürich, 8. Januar 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Claudia Iunco-Feier