



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Michael Küttel, Matthias Städeli und Hans-Rudolf Müller sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Lunco-Feier

Urteil vom 12. Januar 2023

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1, S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin USD 54'137,67 zzgl. Zins zu 5 % seit 01.04.2020 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 5.6.2020) sei im Umfang von CHF 51'839.70 zzgl. Zins zu 5 % seit 01.04.2020 sowie Betreuungskosten von CHF 103.30 aufzuheben und der Klägerin sei in diesem Umfang die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt unter anderem die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung. Die Beklagte ist ebenfalls eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt die Vermittlung von ... sowie Nebenleistungen an Endkunden (act. 1 Rz. 2).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin schloss mit der Beklagten einen Mäklervertrag und erbrachte in diesem Zusammenhang die vereinbarte Mäklertätigkeit. Diese führte zum Abschluss eines Darlehensvertrages zugunsten der Beklagten. Die Beklagte leistete den Mäklerlohn nicht, weshalb die Klägerin Betreuung einleitete. Da die Beklagte Rechtsvorschlag erhob, reichte die Klägerin die vorliegende Klage ein.

B. Prozessverlauf

Am 6. Juli 2021 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die Klage mit dem vorstehenden Rechtsbegehren anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 7. Juli 2021

wurde die Klage der Beklagten zugestellt und es wurde der Klägerin - nebst weiteren Anordnungen - eine Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (act. 4). Die Zustellung der Verfügung an die im Handelsregister eingetragene Adresse der Beklagten scheiterte, wobei die Post vermerkte: "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" (act. 5/2a). Auch die amtliche Zustellung scheiterte. Das Stadtammannamt teilte mit, dass am Firmensitz der Beklagten niemand mehr vor Ort sei und die Büroräumlichkeiten leer stünden (act. 9). Mit Verfügung vom 18. August 2021 wurde der Klägerin Frist angesetzt um eine aktuelle Adresse der Beklagten einzureichen oder den Nachweis zu erbringen, dass sie keine aktuelle Adresse ausfindig machen konnte (act. 11). Mit Eingabe vom 10. September 2021 legte die Klägerin diverse Abklärungen dar und teilte die Wohnadresse eines Verwaltungsrats der Beklagten mit (act. 13). Mit Verfügung vom 13. September 2021 wurde die Klageschrift samt Beilagen sowie weitere Aktenstücke an die Privatadresse des Verwaltungsrats C. _____ zugestellt und der Beklagten wurde Frist zur Beantwortung der Klage angesetzt (act. 16). Die Sendung wurde nicht abgeholt (act. 17/2), worauf der Beklagten mit Verfügung 24. September 2021 Frist zur Klageantwort durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt angesetzt wurde (act. 18, 20). Am tt.mm.2021 wurde die vorläufige Konkursanzeige betreffend die Beklagte im SHAB publiziert mit dem Hinweis, dass die Gesellschaft gemäss Art. 731b OR aufgelöst worden sei (act. 23). Mit Verfügung vom tt.mm.2021 wurde die Anordnung der Auflösung und Liquidation der Beklagten nach den Vorschriften des Konkurses vorgemerkt und die Akten wurden dem Konkursamt Zürich (Altstadt) zugestellt. Das Konkursamt wurde eingeladen, mitzuteilen, ob der Prozess fortgesetzt werde. Der Prozess wurde sistiert (act. 24). Am 15. November 2022 teilte das Konkursamt mit, dass das Konkursverfahren über die Beklagte mangels Aktiven definitiv eingestellt worden sei und retournierte die Prozessakten (act. 26). Mit Verfügung vom 16. November 2022 wurde das Verfahren wieder aufgenommen. Der Beklagten wurde durch Publikation im SHAB eine Nachfrist angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen, mit der Androhung, dass das Gericht im Falle der Säumnis einen Säumnisentscheid fällen werde, sofern die Angelegenheit spruchreif sei (act. 27, 29). Die Beklagte liess die Nachfrist ungenutzt verstreichen.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Für Klagen aus Vertrag ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist (Art. 31 ZPO). Die Beklagte hat ihren Sitz in Zürich, 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.

1.2. Nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bleibt die Parteifähigkeit der Beklagten bestehen. Sie kann während zwei Jahren auf Pfändung betrieben werden (Art. 230 Abs. 3 SchKG). Die Eintragung im Handelsregister bleibt für dieselbe Dauer bestehen (Art. 159a lit. a HRegV). Somit sind beide Parteien parteifähig. Mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist die Beschränkung der Prozessführungsbefugnis der Beklagten dahingefallen (BGE 90 II 247 E. 2, S. 253-254, m.w.H.).

1.3. 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). Wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, ist nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen (BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2 S. 400; DANIEL WILLISEGGER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, hrsg. von Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, 3. Aufl. 2017, N. 17 ff. zu Art. 223 ZPO; ERIC PAHUD, in: Schweizerische Zivilpro-

zessordnung, DIKE-Kommentar, hrsg. von Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, 2. Aufl. 2016, N. 3 ff. zu Art. 223 ZPO).

1.4. Der Beklagten konnte die Klage sowie die Fristansetzung zur deren Beantwortung weder auf dem Postweg an ihrem Sitz, noch durch das Gemeindeammannamt noch an der Privatadresse des Verwaltungsrates C._____ zugestellt werden (act. 5/2a, 9, 17/2). Damit erwies sich die Zustellung als unmöglich im Sinne von Art. 141 ZPO, weshalb die Ansetzung der Frist zur Klageantwort sowie die Ansetzung der Nachfrist durch Publikation erfolgte. Gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO gilt die Zustellung damit am Tag der jeweiligen Publikation als erfolgt. Die Nachfrist zur Klageantwort ist unbenutzt abgelaufen. Da die Sache spruchreif ist, ist ein Endentscheid zu fällen.

2. Materielles

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien schlossen am 19. November 2019 einen Mäklervertrag, worin die Klägerin beauftragt wurde, Investoren zu suchen und zu vermitteln, die bereit waren, der Beklagten ein Darlehen zwischen USD 250'000.– und USD 500'000.– zu gewähren (act. 1 Rz. 7). Sie vereinbarten, dass die Beklagte der Klägerin mit dem Vollzug der Darlehensfinanzierung eine Vermittlungsprovision von 5 % der vermittelten Darlehenssumme schuldet, mindestens aber USD 50'000.–, sofern die Darlehensfinanzierung während der Laufzeit des Mäklervertrags vollzogen wird (act. 1 Rz. 12). Zudem vereinbarten die Parteien, dass die Vermittlungsprovision im Zeitpunkt der Bezahlung der vermittelten Darlehensfinanzierung fällig wird (act. 1 Rz. 13). Der Mäklervertrag war bis am 31. Dezember 2019 befristet (act. 1 Rz. 16). Für den Fall dass während der Laufzeit ein Darlehensvertrag zustande kommt, die Finanzierung aber erst nach Ablauf vollzogen wird, wurde vorgesehen, dass sich die Laufzeit des Mäklervertrags automatisch bis zum Zeitpunkt des Vollzugs der Finanzierung verlängert (act. 1 Rz. 17).

In der Folge vermittelte die Klägerin die D._____ Ltd. als Investorin. Im Februar 2020 wurde ein "Convertible Loan Agreement" zwischen der D._____ und der

Beklagten geschlossen. Dieses sah ein Wandeldarlehen der D._____ an die Beklagte in Höhe von USD 500'000.– vor (act. 1 Rz. 18). Da sich abzeichnete, dass der Darlehensvertrag nicht vor Ablauf des Mäklervertrages zustande kommen würde, vereinbarten die Parteien, die Laufzeit des Mäklervertrags zu verlängern (act. 1 Rz. 20). Zur Absicherung von D._____ wurde der Darlehensbetrag von USD 500'000.– vereinbarungsgemäss zunächst auf ein Sperrkonto einbezahlt (act. 1 Rz. 23). Es wurde vereinbart, dass die Beklagte nach Vorlage einer Bankgarantie auf den Darlehensbetrag würde zugreifen können (act. 1 Rz. 24). Die Beklagte reichte die Bankgarantie indessen nie ein, weshalb es zur Rückabwicklung des Geschäfts kam. Hierzu schlossen die Beklagte und die D._____ eine Aufhebungsvereinbarung (act. 1 Rz. 26). Die Beklagte weigerte sich, den von der Klägerin in Rechnung gestellten Mäklerlohn zu bezahlen (act. 1 Rz. 27).

2.2. Rechtliche Grundlagen

Der Mäkler erhält den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (act. 412 Abs. 1 OR). Der Mäklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Nebst dem Zustandekommen des Mäklervertrags, setzt der Lohnanspruch eine Mäklertätigkeit, den Abschluss des Hauptvertrages und einen psychologischen Zusammenhang zwischen diesen beiden Elementen voraus. Der Abschluss des Hauptvertrages nach Widerruf oder Beendigung des Mäklervertrages vermag den Lohnanspruch nicht zu beeinträchtigen, sofern der Vertragsschluss auf einer Mäklertätigkeit während des Bestehens des Mäklervertrages basiert (BURKHALTER, in: OFK OR, 3. Auflage 2016, N 14 zu Art. 413).

2.3. Würdigung

Es ist unbestritten geblieben, dass die Klägerin mit der Vermittlung des Darlehensvertrags mit der D._____ Ltd. die im Mäklervertrag vereinbarte Mäklertätigkeit erbracht hat. Mit Auszahlung des vereinbarten Darlehens – wenn auch auf ein Sperrkonto – wurde der Darlehensvertrag vollzogen und damit der Mäklerlohn verdient. Der Vertragsschluss war unbestrittenermassen auf die Mäklertätigkeit

der Klägerin während der Laufzeit des Mäklervertrags zurückzuführen. Selbst wenn man die Auszahlung auf ein Sperrkonto nicht als Vollzug betrachten wollte, wäre der Mäklerlohn geschuldet, da es von der Beklagten abhing, ob sie durch Beibringung einer Bankgarantie auf den Darlehensbetrag würde zugreifen können. Wenn die Beklagte in der Folge nicht auf den Betrag zugreifen konnte, weil sie keine Bankgarantie geleistet hatte, ist der Mäklerlohn gemäss Seite 2, Abschnitt 3 des Mäklervertrages gleichwohl zu leisten (act. 3/4). Gemäss unbestritten gebliebenen Behauptungen der Klägerin beläuft sich der Mäklerlohn auf USD 54'137.67.– (act. 1 Rz. 41). Die Klägerin hat einen vertraglichen Anspruch auf Leistung dieses Betrages.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus Art. 102 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR. Die Beklagte schuldet der Klägerin Verzugszins von 5 % auf den Betrag von USD 54'137.67 seit 1. April 2020 (unbestrittener Zeitpunkt der Einleitung der Betreuung).

3. Betreibungsverfahren

3.1. Die Klägerin beantragt, es sei in der Betreuung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 5. Juni 2020) des Betreibungsamtes Zürich 1 der Rechtsvorschlag im Umfang von CHF 51'839.70 zzgl. Zins zu 5% seit 1. April 2020 zu beseitigen (act. 1 S. 2).

3.2. Bei der Anerkennungsklage gibt es keine Klagefrist. Jedoch ist die Beseitigung des Rechtsvorschlages nur möglich, wenn die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 Abs. 2 SchKG) noch nicht abgelaufen ist. Auf eine später eingereichte Klage ist einzutreten, allerdings ist dann das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages abzuweisen (VOCK/AEPLI, in: SK zum SchKG, 4. Auflage 2017, N 12 zu Art. 79). Das Recht zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens erlischt ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG).

3.3. Der Zahlungsbefehl datiert vom 5. Juni 2020 und wurde am 22. Juni 2020 zugestellt (act. 3/16). Die Klage wurde am 6. Juli 2021 (Datum Poststempel) und

damit nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG erhoben. Das Begehren der Klägerin um Beseitigung des Rechtsvorschlages ist daher abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von umgerechnet CHF 49'966.– (Umrechnungskurs vom 7. Juli 2021) beträgt die Grundgebühr rund CHF 5'500.–. In Anwendung von § 10 Abs. 1 GebV OG und in Berücksichtigung des Aufwands für das Verfahren ist die Gebühr um rund einen Drittel zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 3'600.– festzusetzen. In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO ist die Gerichtsgebühr der Beklagten aufzuerlegen und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

4.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Anwaltsgebühr bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 7'000.–. Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnwGebV). Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen. Die Klägerin beantragt die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Berechnung der Parteientschädigung. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxismässig 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 USD 54'137.67 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. April 2020 zu bezahlen.
2. Das Begehren um Aufhebung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 5. Juni 2020) wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 3'600.– (inkl. Zustellungs- und Publikationskosten) festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte durch Publikation im SHAB.
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 49'966.–.

Zürich, 12. Januar 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Die Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Claudia Iunco-Feier