

ZH_HANDELSGERICHT HG070165 vom 28. September 2011

Zh Handelsgericht, 2011-09-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG070165

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG070165 du 28 septembre 2011

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG070165 del 28 settembre 2011

Erwägungen

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Prozessverlauf Am 4. Juli 2007 wurde die Klageschrift samt Weisung eingereicht (act. 1 u. 3). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 31. Oktober 2007 (act. 8) fand am 9. Januar 2008 eine Referentenaudienz statt, an der keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 4). Das Verfahren wurde schriftlich fortgesetzt, wobei die Replik am 4. April 2008 (act. 14) und die Duplik am 25. Juni 2008 (act. 18) erstattet wur-

- 4 - den. Mit Verfügung vom 30. Juni 2008 wurde das Hauptverfahren als geschlossen erklärt (Prot. S. 7). Am 18. Juli 2009 erging der Beweisaufgabebeschluss (act. 27). Mit Eingaben vom 24. und 25. September 2009 reichten die Parteien ihre Beweisantwortungsschriften ein (act. 31 f.). Am 22. Oktober 2009 wurde der Beweisabnahmebeschluss erlassen (act. 34). Mit Eingaben vom 7. Dezember 2009 äusserte sich die Klägerin zum Beweisabnahmebeschluss (act. 39) und reichte eine als Triplik bezeichnete Stellungnahme zu neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik ein (act. 40). Mit Eingabe vom 9. Dezember 2009 nahm die Beklagte zum Beweisabnahmebeschluss Stellung (act. 42). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2009 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um sich abschliessend zu den neuen Behauptungen bzw. der Beilage von act. 40 zu äussern, eine Ergänzung des Beweisaufgabe- und Beweisabnahmebeschlusses vorbehalten und davon Vormerk genommen, dass die gesamte Beweisabnahme in Zürich und durch das Kollegialgericht des Handelsgerichts durchgeführt werden wird (Prot. S. 16 f.). Mit Verfügung vom 29. Dezember 2009 wurde Rechtsanwalt X. _____ Frist angesetzt, um seine Berechtigung zur Interessenvertretung der Klägerin im vorliegenden Verfahren nachzuweisen (Prot. S. 18). Nach entsprechenden Eingaben der Parteien (act. 46 ff.; Prot. S. 19) wurde mit Verfügung vom 22. Januar 2010 Rechtsanwalt X. _____ von Amtes wegen als Rechtsvertreter der Klägerin in das Rubrum der Verfahrensakten aufgenommen (Prot. S. 20). Mit Eingabe vom 12. Februar 2010 nahm die Beklagte zu den act. 40 f. Stellung (act. 57 f.). Mit Verfügung vom 25. Februar 2010 wurde das im Rahmen des rechtlichen Gehörs durchgeführte Noven-Verfahren als abgeschlossen erklärt (Prot. S. 21). Mit Beschluss vom 17. August 2010 wurde der Beweisabnahmebeschluss (act. 34) ergänzt (act. 63). Die Beweisverhandlung mit Zeugeneinvernahmen wurde am 22. Dezember 2010 durchgeführt; dabei haben sich die Parteien damit einverstanden erklärt bzw. nicht dagegen remonstriert, dass die Zeugen entgegen der Verfügung vom 22. Dezember 2009 nicht durch das Kollegialgericht, sondern durch die Gerichtsdelegation einvernommen werden (Prot. S. 23 ff.). Mit Eingaben vom 16. bzw. 18. Februar 2011 nahmen die Klägerin sowie die Beklagte zum Beweisergebnis Stellung; auch dabei wurde nicht gegen eine Zeugeneinvernahme durch die Gerichts-

- 5 - delegation remonstriert (act. 66 f.). Der Prozess ist nunmehr spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

E. 2.2

Anwendbares Prozessrecht 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 das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

E. 2.3

Zuständigkeit Die Klägerin hat ihren Sitz in J._____ (Stadt in Deutschland), währenddem die Beklagte in G._____ (Kanton Zürich) domiziliert ist. Damit liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus der Art. 17 Abs. 1 LugÜ entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien (act. 4/6 S. 14). Da die Beklagte im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist und der Streitwert sowie der Streitgegenstand den Voraussetzungen von § 63 Ziff. 1 i.V.m. § 62 GVG entsprechen, ist auch die sachliche Zuständigkeit zu bejahen.

E. 2.4

Firma der Klägerin Gemäss amtlichem Ausdruck des Handelsregisters B des Amtsgerichts J._____ lautet die Firma der Klägerin A._____ Gesellschaft mit beschränkter Haftung bzw. GmbH (act. 4/4) und nicht "... - A._____ GmbH". Das Rubrum war entsprechend anzupassen.

E. 2.5

Unzulässige Noven

E. 2.5.1

Die Klägerin macht geltend, sie erhalte durch die als Beilage 6 zur Duplik vorgelegte Provisionsvereinbarung zwischen der Beklagten und der K._____ vom

- 6 - 22. September 2005 erstmals Kenntnis davon, dass die Beklagte parallel zur Beauftragung der Klägerin ein anderes Unternehmen mit der Vermittlung von Miet- oder Kaufinteressenten der Vertriebsobjekte "C._____" und "D._____" beauftragt habe. Gestützt darauf bringt sie neu vor, indem die Beklagte sie nicht von der Beauftragung von K._____ informiert habe, habe sie sich vertragswidrig verhalten. Daher sei das Erfolgshonorar auch unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes (positives Vertragsinteresse) im Ausmass des entgangenen Gewinns, sprich in Höhe des Erfolgshonorars, geschuldet (act. 40 S. 3 f.). Demgegenüber weist die Beklagte darauf hin, in der Klageantwort sei erwähnt, dass die K._____ als Maklerin beauftragt worden sei (act. 57 S. 3). In der Klageantwort führt die Beklagte aus, die Muttergesellschaft des späteren Mieters L._____ Ltd. sei ihr über K._____ gemeldet worden (act. 8 S. 8) und der erste Kontakt sei über die Firma K._____ zustande gekommen (act. 8 S. 24). Diesen Vorbringen konnte die Klägerin entnehmen, dass K._____ der Beklagten potentielle Mieter meldete und somit als Maklerin für diese tätig

war. Damit waren die Ausführungen der Beklagten in der Duplik nicht neu und hätte die Klägerin bereits in der Replik eine Vertragsverletzung vorbringen können. Die Vorbringen in der Triplik sind gemäss § 114 ZPO/ZH nicht zuzulassen. Aber auch wenn die neue Behauptung der Klägerin zugelassen würde, führte sie nicht weiter, denn bei einer vertragsgemässen Information über die Einschaltung der K._____ hätte die Klägerin nach § 7 Ziff. 2 des Vertrags (act. 4/6) lediglich die Möglichkeit gehabt, diesen fristlos zu kündigen. Ihr wäre dadurch aber kein Schadenersatzanspruch in Höhe des Erfolgshonorars zugestanden. Sodann behauptet die Klägerin auch gar keinen Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schadenseintritt. Schliesslich kann auf die nachstehenden Ausführungen unter Ziffer 3.4.2.1. zu § 7 des Vertrags verwiesen werden.

E. 2.5.2

Die Klägerin führt aus, die Beklagte lege erstmals mit der Duplik den Mietvertrag mit der M._____ in augenscheinlich vollständiger Fassung vor. Danach sei die B._____ Generalunternehmung AG als Vermieterin eingesetzt und vorgeschoben worden. Ein Schwesterunternehmen als Mietvertragspartei einzusetzen, erscheine rechtmisbräuchlich. Darin sei eine Vertragsverletzung nach § 9 Ziffer 3

- 7 - des Vertrages begründet, was dazu führe, dass das Erfolgshonorar unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes (positives Vertragsinteresse) geschuldet sei (act. 40 S. 4 f.). Demgegenüber erklärt die Beklagte, der Klägerin sei die Eigentümerschaft der B._____ Generalunternehmung AG schon seit Prozessbeginn bekannt gewesen, da sie den Mietvertrag mit der M._____ AG in Auszügen selber als Beilage 8 der Klageschrift beigelegt habe. Die klägerische Darstellung sei nicht durch die Duplik veranlasst, sei somit ohnehin verspätet und nicht zu beachten (act. 57 S. 5). Dem von der Klägerin mit der Klage eingereichten Mietvertrag mit der M._____ lässt sich ohne Weiteres auf der ersten Seite entnehmen, dass als Vermieterin und Eigentümerin die B._____ Generalunternehmung AG aufgeführt ist (act. 4/8). Neue diesbezügliche Erkenntnisse liefert der als act. 19/5 vollständig eingereichte Mietvertrag nicht. Zum nun gerügten Umstand hätte die Klägerin bereits mit der Replik Stellung nehmen und eine Vertragsverletzung behaupten können. Somit ist sie mit ihren neuen Behauptungen in der Triplik gemäss § 114 ZPO/ZH nicht zuzulassen.

E. 3

... [Nebenkosten für zusätzliche Marketingmassnahmen]

E. 3.1

Parteidarstellungen

E. 3.1.1

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, gemeinsames Vertragsverständnis zwischen den handelnden Personen sei es immer gewesen, dass sie dann eine zusätzliche Vergütung erhalte, wenn die Beklagte mit einem von ihr in der Datenbank erfassten Unternehmen einen Vertrag abschliessen könne. So sei es zwischen den Parteien verhandelt und auch vereinbart worden. Dies auch deshalb, weil sie die Durchführung des Vertrags im Vertrauen auf eine von der Beklagten zu erzielende Vermietung dergestalt mitfinanziert habe, dass das vereinbarte Honorar für die Leistungen nach § 3 des Vertrags nicht einmal kostendeckend gewesen sei. Sie habe ihre Kalkulation und den dahinter stehenden erheblichen Arbeitsaufwand gegenüber der Beklagten auch immer offen gelegt. Die im Streit stehende

Vergütung sollte die Kompensation für das von ihr im Vertrauen auf einen sich einstellenden Erfolg eingegangene erhebliche finanzielle Risiko sein. Der Aufbau der umfassenden Adressdatenbank sei im Wesentlichen von ihr

- 8 - finanziert worden. Für den Basisdatenaufbau nebst Entwicklung eines Kommunikationskonzepts sei ihr lediglich ein fester Vergütungsanteil von EUR 29'000.– zugestanden worden, was in keinem Verhältnis zu dem dahinter stehenden Aufwand stehe.

Gemeinsames Vertragsverständnis und Absprache sei es gewesen, dass dieser erhebliche Aufwand im Falle von Vertragsabschlüssen mit einem in der Datenbank stehenden Unternehmen durch die Beklagte refinanziert und ihr finanzielles Risiko dadurch abgedeckt und kompensiert werden sollte. Dies seien die eindeutigen Absprachen der verhandelnden Personen gewesen (act. 1 S. 11; act. 14 S. 12 u. S. 32 Rz. 20). Die im Streit stehende Honorarregelung entspreche dem Willen und gemeinsamen Verständnis der Parteien und der Wortlaut des Vertrags gebe genau diesen Konsens der Parteien wieder. Es sei von Beginn an gemeinsames Verständnis und gemeinsamer Wille der Parteien gewesen, dass sie an einem Geschäftsabschluss – wenn die Voraussetzungen hierfür, nämlich die Identifikation des künftigen Mieters und Bereitstellung der Informationen via Aufnahme in der Datenbank, erfüllt seien – mittels eines zu zahlenden Erfolgshonorars partizipieren sollte. Die Voraussetzungen, unter denen ihr Erfolgshonorar zur Entstehung habe gelangen sollen, sei zwischen den handelnden Personen, Herrn N. _____ einerseits und Herrn O. _____ andererseits, auch ausführlich so besprochen und erörtert worden. Im Rahmen dieses gefundenen Konsenses sei auch niemals die Rede davon gewesen, dass andere Leistungen, Bedingungen etc., wie die Beklagte sie jetzt in Form einer geschuldeten Mäklertätigkeit der Klägerin für sich in Anspruch nehme, für die Entstehung ihres Erfolgshonoraranspruchs erforderlich sein sollten. Die Parteien hätten über die Rahmenbedingungen des Erfolgshonoraranspruchs der Klägerin einen Konsens gefunden, welcher Aufnahme in den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag gefunden habe (act. 14 S. 3 ff. u. S. 17). Die Klägerin macht weiter geltend, durch das Verhalten der Beklagten nach Vertragsschluss zeige sich, dass die im Streit stehende Erfolgshonorarregelung auch dem Willen der Beklagten bei Vertragsabschluss entsprochen habe. So habe die Beklagte wiederholt auf die klägerische Bitte um Mitteilung bzw. Übersendung von Vertragsunterlagen zur Prüfung etwaiger Ansprüche auf verdiente Erfolgshonore mitgeteilt, dass die abgefragten Unternehmen nicht in der Datenbank enthalten

- 9 - bzw. verzeichnet seien (act. 14 S. 17 Rz. 7). Herr N. _____ habe, nachdem er gesehen habe, dass L. _____ Ltd. in der Datenbank verzeichnet gewesen sei, am 8. September 2006 in einem Gespräch gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin, Herrn O. _____, eindeutig zu verstehen gegeben, dass er einerseits einen Erfolgshonoraranspruch der Klägerin erkennen würde, andererseits aber auch klar zum Ausdruck gebracht, dass er im Vertrauen auf eine zukünftige Zusammenarbeit hoffe, dass die Klägerin ihren Erfolgshonoraranspruch für L. _____ Ltd. nicht voll ausschöpfen würde, da das Gesuch angeblich, was mit Nichtwissen bestritten werde, über die ... gekommen und durch einen Makler vermittelt worden sei. In diesem Rahmen sei auch der bestehende Honoraranspruch für die Vermietung an P. _____ besprochen worden, worauf Herr N. _____ angemerkt habe, dass er sich grosse Sorgen mache, diesen intern vortragen zu müssen. Dieses Vertragsverständnis habe Herr N. _____ gegenüber Herrn O. _____ am 7. Dezember 2006 anlässlich einer Besprechung zum Thema Umgang und interne Darstellung der von der Klägerin

nunmehr geltend gemachten Honoraransprüche für die gegenständlichen Vermietungen wiederholt (act. 14 S. 18 f.).

E. 3.1.2

Die Beklagte bestreitet diese Darstellung der Klägerin. Sie bringt im Wesentlichen vor, es sei niemals darüber gesprochen worden, dass das Erfolgshonorar als Kompensation für ein angebliches finanzielles Risiko der Klägerin bezahlt werden sollte. Es sei auch niemals die Rede davon gewesen, dass die Vereinbarung über das Erfolgshonorar den Aufwand der Klägerin im Zusammenhang mit der Erstellung des Vertriebsdrehbuchs und der Datenbank zusätzlich entschädigen sollte. Weiter sei nie die Rede davon gewesen, dass die Klägerin ohne weitere Tätigkeiten das Erfolgshonorar bei jedem Vertragsabschluss mit einem in der Datenbank stehenden Unternehmen verdienen werde (act. 8 S. 32 f.). Es habe zu keinem Zeitpunkt eine Abmachung darüber bestanden, dass die Klägerin die pauschal zu vergütenden Leistungen zusätzlich über das Erfolgshonorar refinanzieren könne (act. 18 S. 16). Es sei das klare Verständnis zwischen den Parteien gewesen, dass die Klägerin im Anschluss an die Erstellung der Datenbank und auf deren Basis gezielte Vermittlertätigkeiten habe ausführen müssen, um bei Erfolgseintritt das Erfolgshonorar zu erhalten (act. 8 S. 8). Die Parteien seien sich darüber einig gewesen, dass ein Vergütungsanspruch erst dann entstehen sollte,

- 10 - wenn ein Mietvertrag infolge des Nachweises, der Zuführung oder der Vermittlung der Klägerin gültig und wirksam abgeschlossen werde (act. 8 S. 21).

E. 3.1.3

Unbestritten ist, dass N._____, Vizedirektor und Leiter Portfolio Management bei der Beklagten, und O._____, Geschäftsführer der Klägerin, die handelnden (natürlichen) Personen waren (act. 1 S. 9 Rz. 15; act. 8 S. 30 f. Rz. 47 f.; act. 14 S. 5, S. 9 u. S. 77).

E. 3.2

Qualifikation des Vertrags

E. 3.2.1

Anwendbares Recht Die Parteien haben in § 11 Ziff. 3 ihres Vertrags vom 5./8. September 2005 (act. 4/6) die Geltung von Schweizer Recht vereinbart. Diese Vereinbarung ist gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG zulässig, sodass Schweizer Recht anzuwenden ist. Diesbezüglich sind sich die Parteien einig (act. 1 S. 10; act. 8 S. 45).

E. 3.2.2

Allgemeines zum Mäklervertrag Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln. Der Mäklervertrag steht im Allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 412 OR). Nach dem vertraglich vereinbarten Umfang der Mäklertätigkeit wird unterschieden zwischen Nachweis- und Vermittlungsmäkelei und der von der Praxis geschaffenen Zuführungsmäkelei. Der Nachweismäkler verschafft dem Auftraggeber Kenntnis einer Abschlussgelegenheit. Er muss einen Interessenten für das angestrebte Geschäft so konkret nachweisen, dass der Auftraggeber Vertragsverhandlungen aufnehmen kann. Der Vermittlungsmäkler dagegen soll den Abschluss des Vertrages aktiv fördern, z. B. durch Teilnahme an den Vertragsverhandlungen, und auf die Abschlussbereitschaft des potentiellen

Vertragspartners hinwirken. Die Tätigkeit des Zuführungs- mäklers liegt dazwischen und besteht im "Zusammenbringen" der Parteien, d. h. er muss direkten Kontakt zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten herstellen. Der im Einzelfall geschuldete Umfang der Mäklertätigkeit ergibt sich aus der Par- teivereinbarung. Charakteristisch ist die Erfolgsbezogenheit des Mäklerlohns; ho- noriert wird nicht der Aufwand des Mäklers, sondern sein Beitrag zum Abschluss

- 11 - des Hauptvertrags. Den Mäkler trifft im Regelfall keine Pflicht zum Tätigwerden; er ist bei der Organisation seiner Tätigkeit und der Wahl seiner Mittel frei und grund- sätzlich nicht verpflichtet, dazu die Meinung des Auftraggebers einzuholen (NICO- LAS BRACHER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, OR 412 N 4 u. N 6 ff.). Der Mäklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder in- folge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Zwischen der Mäklertätigkeit und dem Zustandekommen des Hauptvertrags muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Dieser ist vom Mäkler zu beweisen. Bei der Vermittlungsmäkelei muss die Abschlussbereitschaft nicht ausschliesslich auf die Tätigkeit des Mäklers zurückzuführen sein. Es genügt ein psychologischer Zu- sammenhang. Ein solcher besteht, wenn durch die Tätigkeit des Mäklers ein für die Abschlussbereitschaft des Dritten mitbestimmendes Motiv gesetzt wurde. Die Bestimmung ist dispositiv. Durch Vereinbarung einer Ausschliesslichkeitsklausel erhält der Mäkler einen Exklusivauftrag. Dabei wird dem Auftraggeber der Beizug anderer Mäkler und unter Umständen auch die selbstständige Suche untersagt. Im Gegenzug begründet ein exklusiver Mäklervertrag eine Interessenwahrungs- pflicht des Mäklers, woraus eine Pflicht zum Tätigwerden resultiert. Möglich ist aber auch, dass sich der Mäkler einen Mäklerlohn auch für den Fall versprechen lässt, dass der Hauptvertrag ohne sein Zutun zustande kommt. Darin liegt zu- gleich eine sogenannte Provisionsgarantie. Darunter versteht man u. a. Abreden, durch welche auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs verzichtet wird (BRACHER, a.a.O., OR 413 N 2, N 7 u. N 9). Diesfalls genügt es, wenn der Mäkler nachweist, sich bemüht zu haben (CATERINA AMMANN, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl. 2007, Art. 413 N 9). Der Vertrag, welcher die Vergütung des Mäklers nicht vom Erfolg seiner Interven- tion abhängig macht, sondern diese zum Beispiel nach der vom Mäkler für das Geschäft aufgewendeten Zeit und den unternommenen Bemühungen festlegt, sodass die Vergütung auch geschuldet wird, wenn das angestrebte Resultat nicht erreicht wird, wird nicht als Mäklervertrag qualifiziert, sondern als einfacher Auf- trag. Der einfache Auftrag unterscheidet sich vom Mäklervertrag dadurch, dass der Mäkler viel freier in seiner Tätigkeit ist als der Beauftragte, der die Instruktio-

- 12 - nen seines Auftraggebers befolgt und davon nur unter den strengen Vorausset- zungen von Art. 397 Abs. 1 OR abweichen darf (Pra 95 [2006] Nr. 19 E. 5.1.2). Ein mit einem Mäkler ohne die erforderliche kantonale Berufsausübungsbewilli- gung abgeschlossener Mäklervertrag ist nur dann nichtig, wenn diese Folge im kantonalen Erlass ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus dessen Sinn und Zweck ergibt (BGE 117 II 286 E. 4).

E. 3.2.3

Qualifikation Folgt man der Darstellung der Beklagten, ist der Vertrag der Parteien als Mäkler- vertrag zu qualifizieren. Verzichtet man im Sinne der Darstellung der Klägerin auf den Kausalzusammenhang zwischen ihrer Tätigkeit und dem Zustandekommen der Mietverträge, wäre von einer Provisionsgarantie und mithin von einem einfa- chen Auftrag

auszugehen. Wird ein Kausalzusammenhang vorausgesetzt, der gemäss Darstellung der Klä- gerin nicht vorliegt, ist kein Erfolgshonorar geschuldet, sodass die Frage, ob die Klägerin über eine kantonale Berufsausübungsbewilligung verfügte, offen gelas- sen werden kann. Ist ein kausaler Beitrag der Klägerin für ein Erfolgshonorar hin- gegen keine Bedingung, liegt ein einfacher Auftrag vor, bei welchem das Zürcher Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen nicht anwendbar ist, sodass sich diesbezüglich keine Probleme ergeben. Sodann ist davon auszu- gehen, dass das Gesetz auf die Beziehung zwischen Vermittler und Vermieter nicht anwendbar ist, da es dem Mieter- und nicht dem Vermieterschutz dient (act. 15/76).

E. 3.3

Konsens und Auslegung

E. 3.3.1

Allgemeines Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Ausle- gung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob die Par- teien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Ver- ständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen,

- 13 - liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsver- handlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, wel- cher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauens- grundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liegt ein normativer Konsens vor (BGE 123 III 35 E. 2.b). Mit anderen Worten bestimmt sich der Inhalt eines Vertrags in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst, nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmass- lichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den ge- samten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der Rich- ter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra. 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a). Wird eine Überein- stimmung des inneren Willens der Parteien festgestellt, so ist dieser tatsächliche Konsens massgebend und es braucht nicht nach dem allfälligen Vorliegen und Inhalt eines normativen Konsenses gesucht zu werden. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwen- dung (Bundesgerichtsurteil 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1). Die Be- hauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Ausle- gungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, wel- che aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa). Für eine Vertrauensauslegung sind Umstände mitzuberücksichti- gen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Aus- legung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Be- deutung ist. Später

eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das ergibt aber den

- 14 - wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3). Die empirische Vertragsauslegung gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist Tatfrage, soweit sie einen beweis-mässigen Schluss von bestimmten Indizien auf einen inneren Willen der Vertragsparteien zum Gegenstand hat. Bei der Ermittlung dieses tatsächlichen Parteiwillens darf der Richter seine Überzeugung mit einer auf der Lebenserfahrung beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit begründen; er bleibt dabei im Rahmen der Beweiswürdigung, da diese stets auch auf richterlicher Lebenserfahrung beruht (Bundesgerichtsurteil 4C.225/2002 vom 7. Februar 2003 E. 2.2). Bei der Vertrauensauslegung hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Seit Aufgabe der Eindeutigkeitsregel kann indes nicht mehr ausschliesslich auf den klaren Wortlaut abgestellt werden. Aus Art. 18 OR folgt, dass ein klarer Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend und eine reine Wortauslegung verboten ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben. Abzustellen ist demnach auf den gebräuchlichen Wortsinn, der sich auch aus üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann. Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinngehalt wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der Vorrang zu: Immer dann,

- 15 - wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Bundesgerichtsurteil 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

E. 3.3.2

Konkrete Vorgehensweise Beide Parteien behaupten einen voneinander abweichenden tatsächlichen Konsens. Die Klägerin macht geltend, gemeinsames Verständnis und gemeinsamer Wille der Parteien sei es gewesen, dass ihr das Erfolgshonorar zustehe, sobald die Beklagte mit einem von ihr in der Datenbank erfassten Unternehmen einen Vertrag abschliesse. Demgegenüber bringt die Beklagte vor, es sei das klare Verständnis zwischen den Parteien gewesen und sie seien sich darüber einig gewesen, dass ein Erfolgshonorar erst dann entstehen soll, wenn ein Mietvertrag infolge des Nachweises, der Zuführung oder der Vermittlung der Klägerin gültig und wirksam abgeschlossen werde. Zunächst ist somit zu prüfen, ob ein normativer Konsens besteht, da die Beweislast für den Bestand und

Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens jene Partei trägt, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt somit die Klägerin oder die Beklagte die Beweislast für den von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und bleibt es beim Misslingen des Beweises beim Auslegungsergebnis.

E. 3.4

Normativer Konsens

E. 3.4.1

Vertragliche Regelung Die strittige Regelung im Vertrag der Parteien vom 8. September 2005 (act. 4/6 S. 9 ff.) lautet wie folgt: "§ 8 Vergütung 1. Die A._____ GmbH erhält für die von ihr nach § 3 dieses Vertrages zu erbringenden Leistungen folgende Vergütungen (jew. zzgl. gesetzlich gültiger MwSt. gem. Schweizer Steuerrecht): a. Die Tätigkeit gemäss § 3.3 wird durch eine monatliche Pauschale in Höhe von € 13.000,00 vergütet. Die A._____ GmbH stellt der B._____ AG diese Tätigkeit, beginnend mit dem Monat der Vertragsunterzeichnung, jeweils zum 15. eines Monats in Rechnung.

- 16 - b. ... [Pauschalen für die Leistungen gemäss § 3.1] c. ... [Pauschale für die Leistungen gemäss § 3.4] d. Überdies werden folgende Erfolgshonorare vereinbart: i) Bei Abschluss eines Mietvertrages mit einer Vertragslaufzeit bis zu 5 Jahren erhält die A._____ GmbH je Vertriebsobjekt ein Erfolgshonorar in Höhe von jew. 1,0 Netto-Monatsmieten. ii) Bei Abschluss eines Mietvertrages mit einer Vertragslaufzeit von mehr als 5 Jahren erhält die A._____ GmbH je Vertriebsobjekt ein Erfolgshonorar in Höhe von jew. 1,5 Netto-Monatsmieten. iii) ... [Erfolgshonorar bei Abschluss eines Kaufvertrages] e. Das Erfolgshonorar ist verdient, wenn die B._____ AG mit einem in dem CRM-System der A._____ GmbH aufgeführten potentiellen Mieter/Unternehmen (hierunter fallen auch Vertragsschlüsse mit Beteiligungsunternehmen, Niederlassungen etc. der in dem CRM-System aufgeführten Mieter/Unternehmen) einen Miet- oder Kaufvertrag, auch sofern es sich bei der Immobilie um eine andere als die bezeichneten Vertriebsobjekte der B._____ handelt, abschließt. Gelingt im obigen Sinne der B._____ der Abschluss eines Miet- oder Kaufvertrages bei einem anderen als den bezeichneten Vertriebsobjekten, so reduziert sich das Erfolgshonorar nach Massgabe von § 8.1.d. i - iii um 50%. Eine Anrechnung der Aufwendungen "A._____ GmbH-Rasterfahndung" gem. § 8 Lit. d. iii. erfolgt nicht. Das Erfolgshonorar ist auch verdient für Vertragsabschlüsse bei den Vertriebsobjekten, die binnen 12 Monaten nach Beendigung dieses Vertrages – gleich aus welchem Grunde – mit einem in dem CRM-System aufgeführten potentiellen Mieter/Unternehmen zustande kommen, auch unabhängig davon, ob die B._____ AG das CRM-System nach Vertragsbeendigung gem. § 10 Abs. 2 weiter nutzt oder nicht. Die B._____ AG verpflichtet sich – auch nach Beendigung des Vertrages – die A._____ GmbH unverzüglich über einen Vertragsabschluss unter Bekanntgabe des Vertragspartners zu informieren. Bei anderen als den bezeichneten Vertriebsobjekten gilt diese Regelung unter Berücksichtigung von § 8.1.e Abs. 1 für max. 6 Monate über den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung hinaus. Das Erfolgshonorar ist zudem verdient, wenn ein Vertragsabschluss bei einem Vertriebsobjekt mit einem in dem CRM-System aufgeführten potentiellen Mieter/Unternehmen nach Ablauf von 12 Monaten nach Beendigung des Vertrages zustande kommt, sofern der potentielle Mieter/Unternehmer in dem CRM-System bereits zeitlich mit einem

Flächengesuch aufgeführt ist und dieses nunmehr zum Tragen kommt. Der Anspruch der A. _____ GmbH erlischt nach Ablauf von 36 Monaten nach Beendigung des Vertrages, es sei denn, daß zu diesem Zeitpunkt konkrete Vertragsverhandlungen geführt werden. Dies gilt auch für andere als die bezeichneten Vertriebsobjekte. 2. ... [Reisekosten]

E. 3.4.2

Auslegung

E. 3.4.2.1

Gemäss dem Wortlaut von § 8 Ziff. 1 lit. d und e ist ein Erfolgshonorar bei Abschluss eines Mietvertrags durch die Beklagte mit einem im CRM-System der Klägerin aufgeführten potentiellen Mieter/Unternehmen verdient. Stellte man nur auf den Wortlaut dieser einen Vertragsbestimmung ab, reichte vordergründig bereits ein Mietvertragsabschluss, ohne dass es auf einen kausalen Beitrag der Klägerin ankäme. Der Wortlaut der Bestimmung beinhaltet aber auch den Begriff des Erfolgshonorars. Erfolg kann als das positive Resultat persönlichen Handelns umschrieben werden. Bereits der Ausdruck Erfolg beinhaltet damit ein Kausalitätselement, nämlich dass durch das eigene Handeln ein positives Resultat erzielt wird. Dann wäre es aber fraglich, ob bereits die Auflistung eines Mieters in der Datenbank durch die Klägerin als Erfolg bezeichnet werden könnte, denn allein die Auflistung in der Datenbank führt noch nicht zu einem Mietvertragsabschluss, der den Erfolg ausmacht bzw. die Voraussetzung für das Erfolgshonorar darstellt. Sodann erschiene es – bei alleiniger Betrachtung des Vertrags – nicht als sachgerecht, wenn die Klägerin für einen von der Beklagten herbeigeführten Mietvertragsabschluss bzw. Erfolg ein zusätzliches Honorar bekäme. Gemäss der Regelung von § 8 Ziff. 1.a wurde die Tätigkeit nach § 3.3 mit einer monatlichen Pauschale von € 13'000.– vergütet. § 3.3 regelt das Vertriebsmanagement, das u. a. das Ansprechen bzw. Anschreiben von potentiellen Mietern und die Vereinbarung von Besichtigungsterminen mit diesen beinhaltete. Aus Anlage 1C geht sodann hervor, dass die Klägerin u. a. Akquisitionsaktivitäten zu entfalten und Vorverhandlungen zu führen hatte, wobei unter Akquisition – im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs – Kundenwerbung zu verstehen ist. Bereits bei dieser pauschal vergüteten Tätigkeit ging es somit um das Hinwirken auf einen Mietvertragsabschluss für die Beklagte. Erfolgte ein solcher, war das Erfolgshonorar verdient. Wenn aber schon das Vertriebsmanagement durch die Klägerin die kausale Herbeiführung eines Vertragsabschlusses bezweckte, wäre es nicht folgerichtig, für das Erfolgshonorar nun gegenteilig kein kausales Handeln durch die Klägerin zu verlangen. Sodann wird unter dem Begriff Vertrieb der Verkauf oder Absatz verstanden, was ebenfalls auf die Herbeiführung von Vertragsabschlüssen und nicht die blosse Auflistung von Unternehmen in einer Datenbank abzielt.

- 20 - In § 7 des Vertrags vereinbarten die Parteien, dass die Beklagte vor der Einschaltung von Dritten wie zum Beispiel Mäklern die Klägerin zu informieren hatte. Betrachtete die Klägerin den Beizug eines Dritten als mit ihrem Auftrag unvereinbar, stand ihr nach Abmahnung der Beklagten ein fristloses Kündigungsrecht zu. Der Vertrag sah somit vor, dass die Klägerin als Regelfall exklusiv für die Beklagte tätig werden und der Beizug von Dritten, welcher sogar die Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Folge haben konnte, die Ausnahme bleiben sollte. Diese Regelung wäre nicht im Interesse der Klägerin gewesen, wenn für den Erfolgshonoranspruch kein kausaler Beitrag der Klägerin zu Mietvertragsabschlüssen der Beklagten vorausgesetzt wäre. Denn ohne geforderten

Kausalzusammenhang hätte die Klägerin vielmehr daran interessiert sein müssen, dass ihr möglichst viele Drittunternehmen helfen, Mietvertragsabschlüsse für die Beklagte zu erzielen, wäre es doch für ihren Erfolgshonoraranspruch nicht entscheidend gewesen, ob sie dazu einen Beitrag über die Listung in der Datenbank hinaus geleistet hätte. § 7 bestätigt somit, dass die Klägerin einen kausalen Beitrag im Sinne einer Maklerin für die Mietvertragsabschlüsse zu leisten hatte. Auch aus § 1 ergibt sich, was die Parteien unter dem Begriff des Vertriebsmanagements verstanden. In § 1 wird unterschieden zwischen dem Datenbankaufbau, wozu im Sinne von § 3 Ziff. 1 die Erarbeitung des Vertriebsdrehbuchs und die Recherche nach potentiellen Mietern gehörte, sowie dem Vertriebsmanagement im Sinne von § 3 Ziff. 3, das somit als weitere Tätigkeit über den Datenbankaufbau hinausgehen musste. Beinhaltete aber bereits der Datenbankaufbau im Sinne von § 1 und § 3 Ziff. 1 des Vertrags die Benennung der in Frage kommenden Unternehmen inklusive deren für die Vermietung zuständigen Ansprechpartner, so muss das Vertriebsmanagement eine weitergehende Tätigkeit beinhalten, deren Inhalt im Hinwirken auf Mietvertragsabschlüsse für die Beklagte im Sinne eines Mäklers ausgemacht werden kann. In die gleiche Richtung geht der Hinweis in § 3.5, wonach nachhaltige Vertriebswirkungen erst nach einer Vertragslaufzeit von 12 Monaten zu erwarten waren, mithin die Klägerin Zeit brauchte, bis ihre Tätigkeit zu Vertragsabschlüssen führte. Sodann weist § 6 Ziff. 6 Satz 2, gemäss welchem die Klägerin die Beklagte durch ihre Teilnahme an einem Erstbesichtigungstermin im Hinblick auf folgende Vertragsverhandlungen unterstützen musste, da-

- 21 - rauf hin, dass die Klägerin der Beklagten Mietinteressenten im Sinne einer Maklerin zuführen bzw. vermitteln musste. Die Abstimmungspflicht gemäss § 5 Ziff. 2 Satz 2 regelt die Erstellung und Unterzeichnung einer Liste mit den bereits vorhandenen Kontakten der Beklagten vor Aufnahme der Vertriebsaktivitäten. Der Zweck dieser Liste kann darin ausgemacht werden, dass die Klägerin im Rahmen des Vertriebes keine potentiellen Mieter ansprechen durfte, mit denen die Beklagte bereits Kontakt aufgenommen hatte. Dass die Liste, wie von der Klägerin vorgebracht, nicht bloss dazu gedacht war, die Datenbank mit den Angaben der Beklagten zu vervollständigen, ergibt sich daraus, dass diese zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt, ihr mithin eine nicht unwesentliche Bedeutung beigemessen wurde. Dies ist wiederum ein Hinweis dafür, dass die Klägerin für ein Erfolgshonorar den Mietvertragsabschluss kausal fördern musste und sie damit als Maklerin betrachtet wurde. Zu dieser Bestimmung passen auch die zu berücksichtigenden Umstände, die den Parteien bei Vertragschluss bekannt oder erkennbar waren, worunter insbesondere unter den Parteien ausgetauschte Schreiben vor dem 8. September 2005 fallen. So schrieb die Klägerin der Beklagten am 13. Januar 2005 u. a., bezüglich der bestehenden Makleraktivitäten habe sie ihr bereits mitgeteilt, dass sie eine partnerschaftliche Zusammenarbeit mit aktiven Maklern anstrebe. Der Makler bietet potentiellen Mietern/Käufern üblicherweise eine Vielzahl von konkurrierenden Objekten an. Sie setze daher voraus, dass die von ihr erarbeitete online Datenbank keinem Immobilienvermittler zugänglich gemacht werde. In diesem Zusammenhang mache sie darauf aufmerksam, dass Dritte mitunter Provisionsansprüche für Miet- bzw. Kaufabschlüsse geltend machten, die letztendlich auf ihre Tätigkeit zurückzuführen seien; z. B. versäume der Eigentümer vor Kundenschutzgewährleistung die Prüfung des A._____ GmbH-Online-Datenbestandes. Insgesamt empfehle sie die parallele Zusammenarbeit mit vorortansässigen Maklern, da sie üblicherweise eine Marktabdeckung von 80% bis 90% habe und engagierte Makler mitunter ihre Lücken schliessen könnten (act. 9/11, Schreiben S. 2). Diese Aussagen der

Klägerin deuten darauf hin, dass sie sich selbst als Maklerin sah, da sie andere Makler einerseits als Partner bei der Marktabdeckung, andererseits aber auch als Konkurrenten darstellte. Eindeutige Schlüsse lassen sich aus dem

- 22 - Schreiben jedoch nicht ziehen, insbesondere was die Erfolgshonorarregelung anbelangt. So schreibt die Klägerin, dass sie ein Erfolgshonorar berechne, wenn eine Anmietung durch ein von ihr recherchiertes Unternehmen erfolge (act. 9/11, Schreiben S. 7). Dabei führt sie die Recherche sowohl beim Datenbankaufbau (act. 9/11, Schreiben S. 3 Ziff. 4) wie auch beim Vertriebsmanagement (act. 9/11, Schreiben S. 5 Ziff. 15) auf, wobei nur letzteres als Maklertätigkeit betrachtet werden kann. Die Formulierung der Klägerin, wonach das Erfolgshonorar nicht fällig werde, falls der Mieter vor Übergabe der Datenbank von dritter Seite nachgewiesen werde, deutet ebenfalls darauf hin, dass sie sich als Maklerin sah, wird doch der Begriff des Nachweises bei der Nachweismäkelei gebraucht. Die Einschaltung von weiteren Maklern wird sodann in § 7 Ziff. 2 geregelt. Nach dieser Bestimmung stand der Klägerin ein Kündigungsrecht zu, wenn sie den Beizug eines Maklers durch die Beklagte mit ihrem Auftrag als unvereinbar betrachtete. Dies spricht erneut dafür, dass die Klägerin Makler als Konkurrenten ansah, mithin auch als Maklerin tätig war, sich jedoch die Möglichkeit der Exklusivbeauftragung zumindest durch eine vorzeitige "Ausstiegsmöglichkeit" vorbehalten wollte.

E. 3.4.2.2

Die Klägerin bringt vor, die zeitliche Differenzierung in § 8 Ziff. 1 lit. e Abs. 2 und 3 ergebe nur dann einen Sinn, wenn die Leistung des potentiellen Mieters zumindest für den nachlaufenden Honoraranspruch von 12 Monaten ausreiche. Nur ein "Mehr" im Sinne der Benennung eines Flächengesuchs würde eine Verlängerung der Nachlauffrist auf 36 Monate rechtfertigen können (act. 14 S. 22). Die Regelung in § 8 Ziff. 1 lit. e Abs. 2 und 3 steht dem bisherigen Auslegungsergebnis nicht entgegen. Abs. 2 stellt klar, dass ein kausales Hinwirken der Klägerin auf einen Mietvertragsabschluss auch bis ein Jahr nach Vertragsbeendigung mit einem Erfolgshonorar entschädigt werden sollte. Abs. 3 verlangt nun für einen kausal durch die Klägerin geförderten Mietvertragsabschluss der Beklagten im Zeitraum von einem bis drei Jahre nach Vertragsbeendigung zusätzlich ein Flächengesuch. Mit einem Flächengesuch musste ein potentieller Mieter spätestens zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung in der Datenbank erfasst gewesen sein, da die Klägerin die Datenbank danach nicht mehr weitergeführt hätte. Nach Beendigung des Vertrags konnte ein solches Flächengesuch wohl zum Tragen kommen, wenn der potentielle Mieter in diesem Zeitraum eine neue Liegenschaft

- 23 - mieten wollte. Grund für dieses zusätzliche Erfordernis wird gewesen sein, dass es ein Entgegenkommen darstellte, ein Erfolgshonorar ein bis drei Jahre nach Vertragsbeendigung vorzusehen. Hinzu kommt, dass die Beurteilung der kausalen Förderung des Mietvertragsabschlusses durch die Klägerin je schwerer sein dürfte, desto weiter diese in der Vergangenheit liegt. Ist aber klar, dass bereits ein Flächengesuch aufgenommen wurde, fällt der Nachweis leichter.

E. 3.4.2.3

Nicht zu berücksichtigen ist bei der Auslegung des Vertrags das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss. Zusammengefasst führt die Auslegung zum Ergebnis, dass die Klägerin den Abschluss der Mietverträge im Sinne eines psychologischen Kausalzusammenhangs fördern musste. Somit trägt sie auch die Beweislast für den davon

abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens der Parteien.

E. 3.5

Tatsächlicher Konsens

E. 3.5.1

Es ist zu prüfen, ob die Parteien sich im Sinne der Behauptungen der be- weisbelasteten Klägerin und in Abweichung vom Auslegungsergebnis tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt ha- ben (vgl. z. B. act. 14 S. 19). Dementsprechend wurde der Klägerin der Hauptbe- weis auferlegt, dass es gemeinsames Vertragsverständnis und Absprache zwi- schen N._____ und O._____ war, dass die Klägerin dann eine zusätzliche Vergü- tung bzw. ein Erfolgshonorar erhält, wenn die Beklagte mit einem von der Kläge- rin in der Datenbank erfassten Unternehmen einen Vertrag abschliessen kann (Beweissatz 1), dass niemals die Rede davon war, dass andere Leistungen und Bedingungen im Sinne einer Mäklertätigkeit für die Entstehung des Erfolgshono- raranspruchs erforderlich sein sollten (Beweissatz 2), dass es gemeinsames Ver- tragsverständnis zwischen N._____ und O._____ war, dass das vereinbarte Ho- norar für die Leistungen nach § 3 des Vertrags nicht kostendeckend war (Beweis- satz 3) sowie dass es gemeinsames Vertragsverständnis und Absprache zwi- schen N._____ und O._____ war, dass der erhebliche Aufwand und das finanziel- le Risiko der Klägerin für den Aufbau der Adressdatenbank mit einem Erfolgsho- norar kompensiert werden sollte (Beweissatz 4). Als Haupt- und/oder Gegenbe- weismittel zu allen Beweissätzen wurde die Einvernahme der Zeugen O._____

- 24 - und N._____ sowie diverse Urkunden abgenommen (act. 34 u. 63; Prot. S. 12 ff. u. S. 22). Das Gericht würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (§ 148 ZPO/ZH). Die Beweismittel finden nachfolgend Erwägung, soweit dies das Gericht als zur Ent- scheidbegründung notwendig erachtet.

E. 3.5.2

Gegenüber spezifischen und detaillierten Behauptungen genügt eine all- gemeine Bestreitung – wie in der Replik (act. 14 S. 42) – nicht (FRANK/STRÄULI/ MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 113 N 8). Unbestritten blieb somit, dass die Beklagte wiederholt auf die klägerische Bitte um Mitteilung bzw. Übersendung von Vertragsunterlagen zur Prüfung etwaiger An- sprüche auf verdiente Erfolgshonorare mitgeteilt hat, dass die abgefragten Unter- nehmen nicht in der Datenbank enthalten bzw. verzeichnet sind (act. 14 S. 17 Rz. 7; act. 15/8-11; act. 18 S. 11). Nicht bestritten hat die Beklagte sodann, dass Herr N._____, nachdem er gesehen hatte, dass L._____ in der Datenbank verzeichnet war, am 8. September 2006 in einem Gespräch gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin, Herrn O._____, eindeutig zu verstehen gegeben hat, dass er einer- seits einen Erfolgshonoraranspruch der Klägerin erkennen würde, andererseits aber auch klar zum Ausdruck gebracht hat, dass er im Vertrauen auf eine zukünf- tige Zusammenarbeit hoffe, dass die Klägerin ihren Erfolgshonoraranspruch für L._____ Ltd. nicht voll ausschöpfen würde, da das Gesuch über die ... gekommen und durch einen Mäkler vermittelt worden sei. In diesem Rahmen wurde auch der bestehende Honoraranspruch für die Vermietung an P._____ besprochen, worauf Herr N._____ anmerkte, dass er sich grosse Sorgen mache, diesen intern vortra- gen zu müssen. Dieses Vertragsverständnis wiederholte Herr N._____ gegenüber Herrn O._____ am 7. Dezember 2006 anlässlich einer Besprechung zum Thema Umgang und interne Darstellung der von

der Klägerin nunmehr geltend gemachten Honoraransprüche für die gegenständlichen Vermietungen (act. 14 S. 18 f.; act. 18 S. 11). Die Beklagte teilte der Klägerin im Zusammenhang mit ihrer Mitteilungspflicht von Vertragsabschlüssen mehrfach mit, der Käufer bzw. Mieter der angefragten Lie-

- 25 - genschaft sei nicht in der relevanten Datenbank aufgeführt, sodass kein vertraglicher Anspruch der Klägerin bestehe (act. 15/8-11). Dabei handelt es sich um Hinweise dafür, dass die Parteien die Erfolgshonorarregelung im Sinne der klägerischen Darstellung verstanden. Die Klägerin hatte jedoch nur Unternehmen zu kontaktieren, die in der Datenbank Aufnahme gefunden hatten. War ein Unternehmen in der Datenbank jedoch nicht aufgeführt, so hätte sie bezüglich eines solchen auch keine Maklertätigkeit im Sinne der beklagten Darstellung erbracht. Wenn die Beklagte somit ausführte, die angefragten Unternehmen seien nicht in der Datenbank verzeichnet, schliesst dies nicht aus, dass sie doch davon ausging, die Klägerin habe für den Erfolgshonoraranspruch einen kausalen Beitrag zum Abschluss eines Vertrags zu leisten.

Vertriebsmanagement-Leistungen hätte sie jedoch nur erbracht, wenn das Unternehmen auch in der Datenbank verzeichnet gewesen wäre. Die von O._____ wiedergegebenen und von der Beklagten unbestritten gebliebenen Gespräche zwischen ihm und N._____, wonach letzterer, nachdem er gesehen hatte, dass L._____ Ltd. in der Datenbank verzeichnet war, äusserte, dass er einen Erfolgshonoraranspruch der Klägerin erkenne, jedoch im Vertrauen auf eine zukünftige Zusammenarbeit hoffe, dass sie diesen nicht voll ausschöpfe, und auch der bestehende Honoraranspruch für die Vermietung an P._____ besprochen wurde, worauf N._____ anmerkte, dass er sich grosse Sorgen mache, diesen intern vortragen zu müssen, sind hingegen in der Tat Indizien dafür, dass die Parteien die Erfolgshonorarregelung im Sinne der klägerischen Darstellung verstanden.

E. 3.5.3

Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 22. Dezember 2010 sagte der Zeuge O._____ im Wesentlichen aus, inhaltlich sei zur Honorarregelung besprochen worden, dass von ihrer Seite die Datenbank finanziert und weitere Dienstleistungen ausgeführt würden. Die Dienstleistungen würden über ein Fixhonorar abgerechnet und die Datenbankerstellung über ein Erfolgshonorar, wenn es zu Neuanmietungen komme. Er habe sich auch vorgestellt, dass jedes von ihnen recherchierte Unternehmen, das in der Datenbank stehe, erfolgshonorarpflichtig sei, und er habe Herrn N._____ darauf aufmerksam gemacht, dass er das Risiko doppelter Honorare habe, wenn er Makler einschalte (Prot. S. 26). Herr N._____ habe ihm während der Verhandlungen gesagt, wenn er schon für die Namensliste

- 26 - ein Erfolgshonorar bezahlen müsse, dann wolle er nicht, dass diese Datenbankliste über den Zeitraum, in welchem er diese Honorarpflicht habe, bei irgendeinem anderen Unternehmen im Kanton Zürich auftauche. So habe er das Arbeitsverbot eingebracht, welches bedeutet habe, dass sie im gesamten Kanton Zürich nicht hätten tätig werden dürfen, solange ihr Honoraranspruch für die einfache Namenslistung vorhanden gewesen sei. Herr N._____ habe die Namensliste ganz für sich alleine haben wollen, und dafür habe er das Erfolgshonorar auf diese versprochen (Prot. S. 27 f.). Es sei nicht die Rede davon gewesen, dass andere Leistungen und Bedingungen im Sinne einer Mäklertätigkeit für die Entstehung des Erfolgshonoraranspruchs erforderlich sein sollten, ganz im Gegenteil. Er habe sowohl Herrn N._____ als auch der Beklagten in verschiedensten Präsentationen erläutert, was ihn vom Makler unterscheide. Der Erstkontakt habe erst stattfinden können, nachdem die Datenbank und die Marktstudie fertig gewesen seien, da sie hierdurch einen

Überblick bekommen hätten. Zudem sei es für die Beklagte wichtig gewesen, den Anspracheprozess zu kontrollieren. Ohne die Datenbank sei das Kontrollinstrument noch nicht fertig gewesen. Deshalb sollte der Erstkontakt erst nach Fertigstellung der Basisdatenbank, des Vertriebsdrehbuchs und der Broschüren stattfinden. Dabei habe es sich jedoch nicht um Maklertätigkeiten, sondern um Direktmarketing gehandelt. Herr N._____ habe gewusst, dass sie die Datenbank mit über einer halben Million Schweizerfranken vorfinanzieren würden. Die Beklagte habe vor allem die Datenbank haben wollen (Prot. S. 28 ff.). Es sei gemeinsames Vertragsverständnis zwischen Herrn N._____ und ihm gewesen, dass das vereinbarte Honorar für die Leistungen nach § 3 des Vertrages nicht kostendeckend sei. Er habe immer gesagt, sie seien auf Erfolgshonorare angewiesen, um die Datenbank zu refinanzieren. Bei diversen Präsentationen habe er auch umfangreich den Aufwand dargestellt, den sie betrieben, um diese Datenbank überhaupt erstellen zu können (Prot. S. 30). Der Zeuge N._____ sagte dahingegen im Wesentlichen aus, nur aufgrund eines Datenbankeintrags wäre bei einem Miet- oder Kaufvertragsabschluss kein zusätzliches Honorar fällig gewesen. An eine Vereinbarung bezüglich eines monetären Ausgleichs für den Kundenschutz könne er sich nicht mehr erinnern (Prot. S. 33 u. S. 35). Es seien in der Vertriebsphase bestimmte Tätigkeiten erforderlich ge-

- 27 - wesen, um einen Erfolgshonoraranspruch zu begründen. Diese Tätigkeiten würden in einem Anhang zum Vertrag beschrieben, auf welchen verwiesen werde. Zentral sei gewesen, dass der Versand und das Anschreiben des Interessenten bereits erfolgt sein müssen (Prot. S. 36). § 8 Ziff. 1 verweise auf § 3 des Vertrags, wo die Leistungen beschrieben würden. Im Einführungssatz des § 3 würden die Anlagen 1 bis 4 des Vertrags erwähnt und in der Anlage 1, Leistungsbeschreibung, befänden sich unter lit. c, Vertriebsmanagement, die Leistungen in der Vertriebsphase, die nach seinem Verständnis Voraussetzung gewesen sei, um die Honorierung nach § 8 Ziff. 1 lit. d auszulösen (Prot. S. 38). Im § 8 gehe es um die Höhe der Vergütung. Die Leistungen seien aber im § 3 beschrieben. Daher brauche es in lit. e nicht zwingend einen Verweis auf die Leistungen im Anhang 1, weil der Erfolg nur habe zu Stande kommen können, wenn diese Leistungen erbracht worden seien (Prot. S. 39). Es sei nicht das gemeinsame Verständnis zwischen O._____ und ihm gewesen, dass das vereinbarte Honorar für die Leistungen nach § 3 des Vertrags nicht kostendeckend sei. Dazu hätte die Klägerin im Laufe der Vertragsverhandlungen ihre Kalkulationen offen legen müssen, was nicht geschehen sei. Nur so wäre er in der Lage gewesen, das überhaupt schlüssig beurteilen zu können, und in seiner Position sei dies für ihn auch nicht relevant gewesen (Prot. S. 39). Dass der erhebliche Aufwand und das finanzielle Risiko der Klägerin für den Aufbau der Adressdatenbank mit einem Erfolgshonorar kompensiert werden sollte, sei im Rahmen der Verhandlungen Gegenstand von Diskussionen gewesen. An konkrete Zahlen könne er sich aber nicht erinnern. Das Ergebnis dieser Diskussion sei die vereinbarte Honorierung gewesen (Prot. S. 41 f.). Bei der Würdigung von Zeugenaussagen sind der Inhalt einer Aussage, ihre Überzeugungskraft, ihre Übereinstimmung mit dem bereits anderweitig ermittelten, bewiesenen Sachverhalt sowie ihre Stimmigkeit und logische Schlüssigkeit im Kerngehalt zu berücksichtigen. In die Würdigung einzubeziehen sind zudem die persönlichen Beziehungen der Zeugen zu den Parteien sowie andere Umstände, die ihre Glaubwürdigkeit beeinflussen können, namentlich ein persönliches Interesse am Ausgang des Prozesses. Allein die Beziehung eines Zeugen zu einer Partei oder sein persönliches Interesse am Prozessausgang lassen indes

- 28 - dessen Angaben nicht von vornherein als unzuverlässig erscheinen. In einem solchen Fall sind die Aussagen vorsichtig zu würdigen. Bestätigt sich aber aufgrund der konkreten Aussage des Zeugen der Eindruck der Unglaubwürdigkeit, so ist auf seine Angaben nicht abzustellen. Der Zeuge O. _____ hat die Klägerin im Jahre 2001 gegründet und ist seither deren alleiniger Inhaber und Geschäftsführer (Prot. S. 24). Es versteht sich daher von selbst, dass er ein grosses wirtschaftliches Interesse am Ausgang dieses Prozesses hat. Hinzu kommt, dass er in Bezug auf den vorliegenden Vertrag als Vertreter der Klägerin auftrat, deren Anwalt instruierte und auch an der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung anwesend war. Das Prozessthema war ihm daher bekannt. Er hat denn auch den Sachverhalt mit dem Rechtsvertreter der Klägerin besprochen und den Beweisabnahmebeschluss gesehen (Prot. S. 24 f.). O. _____ ist daher als Zeuge nicht neutral, da er das Verfahren durch seine Aussagen beeinflussen kann. Diese Umstände schränken seine Glaubwürdigkeit ohne Zweifel ein. Dem ist indes entgegenzuhalten, dass er unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB aussagte. Seine Aussage ist daher nicht zum vornherein als irrelevant zu qualifizieren. Aufgrund der bestehenden Interessenslage sind die Aussagen indessen zurückhaltend zu würdigen. Im Rahmen dieser zurückhaltenden Würdigung ist nachfolgend insbesondere zu prüfen, inwieweit die Aussagen des Zeugen von den im Recht liegenden Urkunden (Vertrag, Korrespondenzen) abweichen oder mit ihnen übereinstimmen. Der Zeuge N. _____ war für die Beklagte tätig und trat in Bezug auf den vorliegenden Vertrag als deren Vertreter auf. Er war ebenfalls an der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung anwesend, sodass ihm das Prozessthema bekannt war. Seitens der Rechtsvertreter oder Parteien wurde bezüglich der Zeugeneinvernahme nicht an ihn herangetreten, doch sah er den Beweisabnahmebeschluss, da er zu diesem Zeitpunkt noch bei der Beklagten angestellt war (Prot. S. 32 f.). Indessen hat er kein persönliches Interesse am Prozessausgang. Auch er sagte zudem unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB aus. Er ist daher grundsätzlich als glaubwürdiger Zeuge zu erachten. Dessen Aussage war auch weder in sich widersprüchlich noch wirkte sie aufgesetzt, wie die Klägerin dartut (act. 66 S. 12 f.). N. _____ sagte widerspruchsfrei aus und beantwortete die ge-

- 29 - stellten Fragen klar und schlüssig. Dass er sich auf Vorhalt des Vertrages (noch) genauer an die darin enthaltenen Bestimmungen erinnern konnte, ist nur natürlich. Indessen konnte er die Grundzüge der darin enthaltenen Vereinbarungen auch aus der Erinnerung wiedergeben (Prot. S. 36 f. u. S. 38 f.). Der vorliegend auszulegende Vertrag wurde von O. _____ und N. _____ verhandelt. Die Aussagen der beiden Zeugen stehen sich in den relevanten Punkten diametral entgegen. Nach Darstellung von O. _____ sei jedes in der Datenbank aufgelistete Unternehmen erfolgshonorarpflichtig gewesen. Weiter sei nicht die Rede davon gewesen, dass andere Leistungen und Bedingungen im Sinne einer Makertätigkeit für die Entstehung des Erfolgshonoraranspruchs erforderlich seien. Zudem sei es gemeinsames Vertragsverständnis zwischen N. _____ und ihm gewesen, dass das vereinbarte Honorar für die Leistungen nach § 3 des Vertrages nicht kostendeckend sei. N. _____ hält dahingegen fest, nur aufgrund des Datenbankeintrags sei kein zusätzliches Honorar fällig gewesen. Weiter seien in der Vertriebsphase bestimmte Tätigkeiten erforderlich gewesen, um einen Erfolgshonoraranspruch zu begründen. Zudem sei es nicht das gemeinsame Verständnis zwischen O. _____ und ihm gewesen, dass das vereinbarte Honorar für die Leistungen nach § 3 des Vertrags nicht kostendeckend sei. Da somit Aussage gegen Aussage steht, liegt eine Pattsituation vor. Der klägerischerseits dargelegte "logische Zirkelschluss" (act. 66 S. 3 f.), wonach, wenn bewiesen sei, dass beide Parteien

bei Abschluss des Vertrages davon ausgegangen seien, dass das für die Vertragsleistungen der Klägerin vereinbarte Honorar nicht kostendeckend sei (Beweissatz 3), daraus der logische Schluss zu ziehen sei, dass der finanzielle Aufwand der Klägerin mit einem Erfolgshonorar kompensiert werden sollte (Beweissatz 4), und dies wiederum zur Konsequenz führe, dass damit auch bewiesen sei, dass weitere Bedingungen im Sinne einer Mäklertätigkeit nicht erforderlich gewesen seien (Beweissatz 2), sodass zwangsläufig das Erfolgshonorar dann geschuldet sei, wenn es zu einem Vertragsschluss mit einem von der Klägerin nach Massgabe der vertraglichen Vorgaben recherchierten und in der Datenbank erfassten Unternehmen zustande komme (Beweissatz 1), ist nicht zutreffend. Die Beweissätze 3 und 4 sind Indizien für die Fragen der Beweissätze 1 und 2. Daher würden sie, wären sie gegeben, nicht gänzlich

- 30 - ausschliessen, dass für ein Erfolgshonorar noch weitere Leistungen der Klägerin erforderlich sein könnten. Demnach schliesst entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 66 S. 5 f. u. S. 8 f.) die Aussage N.____s, die Kompensation des erheblichen Aufwands und das finanzielle Risiko der Klägerin für den Aufbau der Adressdatenbank mit einem Erfolgshonorar seien im Rahmen der Verhandlungen Gegenstand von Diskussionen gewesen und das Ergebnis sei die vereinbarte Honorierung gewesen (Prot. S. 41 f.), nicht aus, dass für ein solches Erfolgshonorar noch weitere Leistungen erforderlich sein können. Ebenso wenig, dass N.____ sich in einer Master-Thesis dahingehend geäußert hat, die Investitionen der Dienstleistungsunternehmung in Hard- und Software und die Kosten für die Investitionsbeschaffung seien nicht mit den Kosten des Vertriebs abgedeckt (Prot. S. 40 f.). Dies insbesondere, da N.____ auch aussagte (Prot. S. 39), es treffe nicht zu, dass es gemeinsames Vertragsverständnis war, dass das vereinbarte Honorar nach § 3 des Vertrages nicht kostendeckend war. Wenn die Klägerin weiter ausführt (act. 66 S. 11 u. S. 20), durch die Aussagen der Zeugen werde belegt, dass niemals die Rede davon gewesen sei, dass andere Leistungen und Bedingungen im Sinne einer Mäklertätigkeit für den Erfolgshonoraranspruch erforderlich sein sollten, jedenfalls habe die Beklagte den Gegenbeweis, zu dem sie aufgerufen worden sei, nicht erbringen können, verkennt sie, dass ihr der Hauptbeweis obliegt, mithin sie die Beweislast trägt (vgl. Erw. 3.4.2.3.). Der Gegenbeweis wird erst relevant, wenn der Hauptbeweis angetreten wird und nicht scheitert (HANS SCHMID, Basler Kommentar, ZGB I, 2. Aufl. 2002, Art. 8 N 36).

E. 3.5.4

Die Parteien rufen diverse Urkunden zum Beweis an, aus welchen sich indes allenfalls Indizien ergeben: Das mit E-Mail vom 13. Januar 2005 (act. 9/11) versandte Schreiben von O.____ an N.____ hält auf Seite 2 fest, dass die Klägerin "eine partnerschaftliche Zusammenarbeit mit aktiven Maklern" anstrebe und eine "parallele Zusammenarbeit mit vorortsansässigen Maklern" empfehle. Auf Seite 7 wird weiter ausgeführt, das Erfolgshonorar werde nicht fällig, "falls der Mieter vor Übergabe der Datenbank (...) von dritter Seite nachgewiesen" werde. Eindeutige Folgerungen ergeben sich hieraus nicht. Jedoch schliessen diese

- 31 - Formulierungen nicht aus, dass neben der Listung in der Datenbank noch weitergehende Tätigkeiten erforderlich waren, damit die Klägerin das Erfolgshonorar verdient hat. Auch aus der internen Präsentation der Beklagten vom 12. April 2005 (act. 4/13) lässt sich bezüglich Erfolgshonorar nichts eindeutiges entnehmen. Die Vermerke, dass Kosten im Erfolgsfall entstünden (S. 27) und dass umfangreiche Recherchen und Vermarktung bei 800 bis 1'200 Unternehmungen im Raum Zürich vorgenommen würden (S. 31), deuten

jedoch darauf hin, dass für ein Erfolgshonorar noch ein weitergehendes Tätigwerden der Klägerin erforderlich war. Den klägerischen Standpunkt Untermauerndes ist der Präsentation nicht zu entnehmen. Die Angebotskalkulation der Klägerin vom 22. Juni 2005 (act. 15/20) lässt zwar darauf schliessen, dass die Klägerin mit dem Erfolgshonorar Kosten der Datenbankerstellung decken wollte, mithin die nach § 3 des Vertrages vereinbarten Leistungen für die von der Klägerin vorgesehenen Aufwendungen nicht kostendeckend waren, doch enthält sie keinen Hinweis darauf, dass dies auch gemeinsames Vertragsverständnis zwischen O._____ und N._____ war. Letzterer führte anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge aus, die Klägerin habe ihre (konkreten) Kalkulationen im Verlaufe der Vertragsverhandlungen nicht offengelegt, zumindest könne er sich nicht daran erinnern (Prot. S. 39 u. S. 41). Dass die Klägerin auf die Refinanzierung der Aufwendungen für die Erstellung der Datenbank angewiesen war, schliesst sodann nicht aus, dass das Erfolgshonorar nur bei einem kausalen Beitrag der Klägerin geschuldet ist. Über letzteres sagt die Angebotskalkulation jedoch nichts aus. Inhalt des E-Mails vom 27. Juni 2005 (act. 4/16) von N._____ an O._____ ist nur, dass N._____ wichtig erscheine, dass die Beklagte der Klägerin eine komplette Liste der beklagten Mieter und ihrer bisherigen Kontakte zukommen lasse und diese zum Vertragsbestandteil gemacht werde. Auch dies lässt keine eindeutigen Schlüsse bezüglich Erfolgshonorar zu. Dass diese Liste zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt wurde, ihr demnach eine nicht unwesentliche Bedeutung beigemessen wurde, ist wiederum ein Hinweis dafür, dass die Klägerin nicht schon dann eine zusätzliche Vergütung oder ein Erfolgshonorar erhalten sollte, wenn die Beklagte mit einem von der Klägerin in der Datenbank erfassten Unternehmen einen Vertrag abschliessen konnte, sondern für ein Erfolgshonorar den Mietvertrag kausal fördern musste.

- 32 - Der Vertrag vom 5./8. September 2005 (act. 4/6) wurde bereits eingehend gewürdigt (vgl. Erw. 3.4.2.). Dessen Wortlaut spricht entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 66 S. 22) bei genauer Betrachtung nicht dafür, dass bereits für die Auflistung eines potentiellen Mieters in der Datenbank durch die Klägerin ein Erfolgshonorar geschuldet war. Daran ändern die diversen, dem Vertragsschluss vorausgehenden Vertragsentwürfe nichts (act. 4/18+19; act. 15/18; act. 15/62-73). Das Argument der Klägerin, wonach die Regelung betreffend Erfolgshonorar massgeblich von N._____ in den Vertrag eingebracht wurde, weshalb Unklarheiten zu Lasten der Beklagten gingen (act. 66 S. 23), ist in Anbetracht des ersten, von der Klägerin erstellten Vertragsentwurfs, welcher ebenfalls eine Regelung betreffend Erfolgshonorar enthält (act. 15/62), nicht zutreffend. Zudem führt die Klägerin an demorts selbst aus, das Vertragswerk sei als gemeinsames zu verstehen (act. 14 S. 76 Rz. 63) bzw. die Beauftragung sei umfänglich und in allen Punkten durch die Beteiligten verhandelt worden (act. 66 S. 16). Diese Beweisurkunden stützen somit den Standpunkt der Klägerin nicht. Es ist ihnen kein Hinweis zu entnehmen, wonach die blosser Auflistung eines Unternehmens in der klägerischen Datenbank die Klägerin im Falle des Abschlusses eines Mietvertrages zur Forderung eines Erfolgshonorars berechtigen würde, mithin die Klägerin den Abschluss der Mietverträge nicht im Sinne eines psychologischen Kausalzusammenhangs zu fördern hatte, um erfolgshonorarberechtigt zu sein.

E. 3.5.5

Bei der Prüfung, ob ein tatsächlicher Konsens vorliegt, ist auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss zu würdigen: Im Vertriebsdrehbuch vom September 2005 führte die Klägerin im Kapitel Kommunikationskonzept unter dem Titel Abfrage des Flächenbedarfs

aus, im Akquisi- tionsgespräch werde der Flächenbedarf detailliert erfragt (act. 4/21 S. 184). Die Klägerin ging somit selbst davon aus, sie habe Akquisitionstätigkeiten zu entfalten, wobei unter Akquisition – im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs – Kundenwerbung zu verstehen ist. Dies deutet darauf hin, dass sie im Sinne eines Maklers Mieter für die Beklagte finden wollte, mithin ein Erfolgshonorar ohne kausalen Beitrag zum Mietvertragsabschluss nicht geschuldet gewesen wäre. Mit E- Mail vom 26. September 2005 (act. 9/17) teilte O._____ N._____ mit, die Daten-

- 33 - bank könne ab dem 14. Oktober präsentiert und anschliessend scharf geschaltet werden. Die Broschüren seien ebenfalls im Endstadium. Er [O._____] freue sich auf den Vertriebsstart. Dies deutet darauf hin, dass nach der Erstellung der Datenbank noch eine weitergehende Tätigkeit, eben der Vertrieb, erforderlich war. Daher kann nicht sein, dass bereits die blosser Nennung eines potentiellen Mieters in der Datenbank die Klägerin zu einem Erfolgshonorar berechtigt. Mit E-Mail vom 29. September 2005 (act. 9/13) teilte die Klägerin der Beklagten sodann mit, sie benötige von ihr die für die Ansprache blockierten Mieter bzw. die abzustimmende Liste gemäss Vertrag. Die Liste solle spätestens am 20. Oktober in G._____ un- terzeichnet werden. Dies spricht dafür, dass die Klägerin gewisse potentielle Mieter nicht kontaktieren durfte und die Parteien diese Liste als sehr wichtig einstuf- ten. War sie wichtig, so kann daraus geschlossen werden, dass sie einen Zusammenhang mit dem Erfolgshonorar aufwies, nämlich dass die Klägerin nur dort einen Erstkontakt sollte herstellen dürfen, wo die Beklagte noch nicht vorstellig geworden war. Dies spricht aber wiederum für ein Kausalitätserfordernis des Erfolgshonoraranspruchs. Mit E-Mail vom 2. Mai 2006 (act. 9/5) teilte O._____ N._____ mit, die Recherche der Informationen habe einen hohen Aufwand verursacht und zu hohen Investitionen geführt. Letztendlich seien sie auf die Erwirtschaftung von Erfolgshonoraren angewiesen, um die getätigten Investitionen ab- fangen zu können. Es mag sein, dass der Aufbau der Datenbank hohe Investitio- nen bedingte und dass es die Idee der Klägerin war, diese Kosten durch das Er- folgshonorar auszugleichen, indes besagt dies nichts über das gemeinsame Ver- tragsverständnis der Parteien. Die Formulierung der Klägerin, dass das Erfolgs- honorar zu "erwirtschaften" ist, lässt hingegen darauf schliessen, dass sie selbst davon ausging, dieses nicht "von alleine", sondern nur mit einer zusätzlichen An- strengung zu erzielen. Die E-Mails von O._____ vom 3., 4. und 12. April 2006 (act. 19/2-4) sowie das E-Mail vom 4. Januar 2007 mit angehängter Highlightliste (act. 19/1) belegen zudem, dass die Klägerin tatsächlich Vertriebsaktivitäten vor- genommen hat. Die Schreiben vom 5. und 25. Januar 2007 (act. 15/13+22) von O._____ an N._____ geben lediglich die Meinung der Klägerin bezüglich Erfolgshonorar nach Vertragsbeendigung wieder, woraus nichts abgeleitet werden kann.

- 34 - Die restlichen Urkunden (insbesondere act. 9/12; act. 15/1-5; act. 15/12; act. 15/26-28; act. 15/31; act. 15/56) tragen nichts Wesentliches zur Beweisfindung bei.

E. 3.5.6

Zusammenfassend kann somit bei einer umfassenden Betrachtung der vorerwähnten Beweismittel in Würdigung des Beweisergebnisses festgehalten werden, dass mit der einen klägerischerseits wiedergegebenen und von der Be- klagten unwidersprochen gebliebenen Aussage von N._____ ein Hinweis vorliegt, der gegen die Erforderlichkeit eines kausalen Beitrags zum Mietvertragsab- schluss, mithin dafür spricht, dass die Leistung in der Datenbank für ein Erfolgsho- norar ausreichte (vgl. Erw. 3.5.2.). Die Zeugenaussage von O._____ vermochte indessen aufgrund der konträren Aussagen von N._____ nicht zu

überzeugen (vgl. Erw. 3.5.3.). Zudem liegen zahlreiche weitere Hinweise vor, die berechnete Zweifel an der klägerischen Darstellung aufkommen lassen, so insbesondere das Verhalten und die Äusserungen der Klägerin nach Vertragsschluss bis zur Vertragsbeendigung (vgl. Erw. 3.5.4. und 3.5.5.). Infolgedessen ist das Gericht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der klägerischen Behauptung nicht überzeugt. Der Klägerin gelingt es somit nicht zu beweisen, dass es gemeinsames Vertragsverständnis und Absprache zwischen N._____ und O._____ war, dass die Klägerin dann eine zusätzliche Vergütung bzw. ein Erfolgshonorar erhält, wenn die Beklagte mit einem von der Klägerin in der Datenbank erfassten Unternehmen einen Vertrag abschliessen kann (Beweissatz 1). Ebenso wenig kann die Klägerin beweisen, dass niemals die Rede davon war, dass andere Leistungen und Bedingungen im Sinne einer Mäklertätigkeit für die Entstehung des Erfolgshonoraranspruchs erforderlich sein sollten (Beweissatz 2). Der Klägerin gelingt auch der Beweis nicht, dass es gemeinsames Vertragsverständnis zwischen N._____ und O._____ war, dass das vereinbarte Honorar für die Leistungen nach § 3 des Vertrags nicht kostendeckend war (Beweissatz 3) sowie dass es gemeinsames Vertragsverständnis und Absprache zwischen N._____ und O._____ war, dass der erhebliche Aufwand und das finanzielle Risiko der Klägerin für den Aufbau der Adressdatenbank mit einem Erfolgshonorar kompensiert werden sollte (Beweissatz 4).

- 35 - Infolge Misslingens des klägerischen Beweises bleibt es beim vorerwähnten normativen Konsens und dessen Auslegung (vgl. Erw. 3.4.2.), wonach die Klägerin den Abschluss der Mietverträge im Sinne eines psychologischen Kausalzusammenhangs fördern musste, um ein entsprechendes Erfolgshonorar zu erhalten. Da die Klägerin bezüglich der geforderten Erfolgshonorare unstreitig keinen kausalen Betrag zu den Mietvertragsabschlüssen leistete (act. 8 S. 8, S. 11 Rz. 8 u. S. 16 Rz. 14; act. 14 S. 49 f., S. 55, S. 58 Rz. 34 u. S. 65), stehen ihr diese nicht zu. Demzufolge ist die Klage abzuweisen.

E. 3.6

Beklagte als Vermieterin

E. 3.6.1

Die Klägerin leitet ihre Ansprüche auf die eingeklagten Erfolgshonorare aus dem Vertrag mit der Beklagten vom 5./8. September 2005 ab (act. 4/6). Für die Geltendmachung des Erfolgshonorars ist bereits im Grundsatz vorausgesetzt, dass gemäss § 8 lit. e des Vertrags die Beklagte – und nicht eine Drittperson – mit einem Mieter einen Mietvertrag abschliesst. Gemäss Seite 1 des Vertrags wird nämlich die Beklagte im Vertrag kurz als "B._____" bezeichnet, auf welche in § 8 lit. e des Vertrags Bezug genommen wird.

E. 3.6.2

Ihren Erfolgshonoraranspruch leitet die Klägerin aus drei Mietverträgen ab (act. 1 S. 6 f.; act. 4/7-12). Beim ersten Mietvertrag (act. 4/7) ist als Vermieterin auf Seite 1 des Vertrags die B._____ Generalunternehmung AG statt die Beklagte aufgeführt. Auf Seite 4 und

E. 4

... [MwSt. und Fälligkeit der Rechnungen]

E. 4.1

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 4.1.1

Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO/ZH).

E. 4.1.2

Da die Klage abgewiesen wird, wird die Klägerin entsprechend kosten- und entschädigungspflichtig. Nach § 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007, in Anbetracht des aufwändigen Prozesses und des notwendigen Beweisverfahrens, ist eine Gerichtsgebühr von 200% gerechtfertigt, welche rund CHF 64'500.– beträgt. Die Prozessentschädigung wird nach Ermessen festgesetzt (§ 69 ZPO/ZH). Die Grundgebühr ist mit der Klagebegründung verdient; für die Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung und die Beweisverhandlung sowie jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 6 Abs. 1 lit. a und c AnwGebV), sodass insgesamt ebenfalls 200% gerechtfertigt sind. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei, wie hier der Beklagten,

- 37 - eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 532 ff.). Sie hat es denn auch nicht verlangt.

E. 4.2

Streitwert Der Streitwert beträgt CHF 1'149'842.72 (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 112 Abs. 1 lit. d und Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG).

E. 5

... [Aufrechnung]

E. 6

Einrichtung einer Interessenten-Hotline zu den üblichen Büroarbeitszeiten (Mo-Fr. 8-17 Uhr)

E. 7

Zusammenstellung und Versand von Vertriebs-/Vermietungsunterlagen

E. 8

Telefonisches Respons durch Nachtelefonieren der angeschriebenen Unternehmen und Herausfiltern des Anmietungs-/ Ankaufsinteresses sowie Terminfestlegungen 9.-11. [...]

E. 12

Hinzuziehung von Maklern in Abstimmung mit der B._____ (soweit erforderlich)

- 18 -

E. 13

Betreuung und Koordination der Makleraktivitäten in Abstimmung mit der B._____ (soweit erforderlich) 14.-21. [...] Weiter finden sich im Vertrag der Parteien folgende Regelungen, die für die Auslegung der Erfolgshonorarregelung von Interesse sind: "§ 1 Gegenstand des Vertrages Die B._____ beauftragt die A._____ GmbH bezogen auf die in der Präambel näher bezeichneten Vertriebsobjekte nach Maßgabe dieses Vertrages und seiner Grundla-

gen mit der Erarbeitung eines Vertriebsleitfadens ("Vertriebsdrehbuch") und der Recherche nach potentiellen für die Vertriebsobjekte in Frage kommenden Mieter sowie dem Vertriebsmanagement, d.h. die A._____ GmbH wird im Hinblick auf die Steuerung und Förderung der Vermietungsaktivitäten der B._____ beratend und ausführend tätig." "§ 5 Abstimmungspflicht 1. [...] 2. Der Auftragnehmer führt die Kommunikation mit Interessenten unter Beachtung der durch den Auftraggeber gemachten mietvertraglichen (Preis, Laufzeiten, etc.) Vorgaben. Die B._____ und A._____ GmbH stimmen die Angaben zu den bereits vorhandenen Kontakten der B._____ vor Aufnahme der Vertriebsaktivitäten untereinander ab. Dazu wird eine von beiden Parteien zu unterzeichnende Liste erstellt. Mit der Unterzeichnung wird sie integrierender Bestandteil des Vertrages. 3.-4. [...]" "§ 6 Leistungen des Auftraggebers Vom Auftraggeber werden folgende Leistungen übernommen oder in seinem Auftrag von A._____ GmbH resp. deren fachlich Beteiligten erbracht: 1.-5. [...] 6. Das Führen der Vertragsverhandlungen mit den potentiellen Mietern/Käufern obliegt allein dem AG. Die A._____ GmbH wird die B._____ hierbei durch ihre Teilnahme an einem Erstbesichtigungstermin unterstützen." "§ 7 Einschaltung von Dritten 1. [...] 2. Die B._____ hat vor Einschaltung von vermarktungsrelevanten Sonderfachleuten wie beispielsweise Makler, Werbeagenturen o.dgl. die A._____ GmbH vor deren Beauftragung zu informieren. Gelangt die A._____ GmbH zu der Erkenntnis, dass der Beizug eines Dritten im obigen Sinne mit ihrem Auftrag unvereinbar ist, so hat sie dies dem AG schriftlich mit Begründung mitzuteilen. Falls die B._____ dennoch auf die Beauftragung des Dritten besteht, steht der A._____ GmbH ein fristloses Kündigungsrecht nach Maßgabe von § 4 Ziff. 3 Satz 3 dieses Vertrages zu."

- 19 -

E. 14

des Vertrags sowie bei der Unterschrift auf Seite 15 wird dann aber die Beklagte als Vermieterin bezeichnet, sodass davon auszugehen ist, dass es sich bei der Bezeichnung auf Seite 1 um ein Versehen handelt. Bestätigt wird dies durch die von der Beklagten – und nicht durch eine Dritte – an Q._____ ausgestellte Vollmacht (act. 4/7, letzte Seite). Damit fällt der Mietvertrag betreffend die Liegenschaft D._____ grundsätzlich unter den Vertrag der Parteien. Der zweite Mietvertrag und dessen Beilage 1 führen die B._____ Generalunternehmung AG – und nicht die Beklagte – als Eigentümerin und Vermieterin der Liegenschaft I._____ auf. Damit übereinstimmend ist gemäss Handelsregister von den beiden Unterzeichnern seitens der Vermieterin nur R._____, nicht aber auch

- 36 - S._____, ebenfalls bei der Beklagten unterschiftsberechtigt (act. 4/8 S. 1; act. 19/5). An der Referentenaudienz vom 9. Januar 2008 wurden die Parteien auf diesen Umstand hingewiesen und aufgefordert, Ausführungen zur Aktiv- und Passivlegitimation zu machen (Prot. S. 4); solche unterliessen sie jedoch. Es besteht keine Grundlage für die Anwendung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags auf eine von einer Drittperson vermietete Liegenschaft, sodass von vornherein kein Erfolgshonoraranspruch der Klägerin besteht und die Klage im quantitativ unbestrittenen Umfang von CHF 65'401.50 abzuweisen (act. 4/12; act. 1 S. 6) ist. Die dritte Liegenschaft C._____ wurde klar von der Beklagten vermietet (act. 4/9 S. 1 u. S. 15 f.), sodass sich bezüglich der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Vertrags der Parteien auf diesen Mietvertrag keine Probleme ergeben. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Streitwert

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.