

ZH_HANDELSGERICHT HG100210 vom 5. Juni 2012

Zh Handelsgericht, 2012-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG100210

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG100210 du 5 juin 2012

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG100210 del 5 giugno 2012

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____, deren Zweck die Ausübung des Factoring-Geschäftes und damit zusammenhängender Tätigkeiten im Gebiet der ganzen Schweiz sowie des ..., gegebenenfalls auch im übrigen Ausland ist (act. 4/2).

E. 2

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Zweck gemäss dem aktuellen Internet-Handelsregisterauszug (act. 43) die Erbringung von Beratungs- und Supportleistungen in den Bereichen General Management, Controlling & Finance, Legal & Tax, IT, Human Resources und Marketing & Communication, die Beratung von grossen und mittelgrossen Unternehmen und Unternehmensgruppen auf der Basis betriebswirtschaftlicher und steuerrechtlicher Erkenntnisse, u.a. im Bereich der Verrechnungspreise bzw. der Konzernverrechnungspreise sowie nationaler und internationaler Handel mit Gütern aller Art ist.

E. 2.1

Die Beklagte führt aus, es sei festzuhalten, dass die von der Klägerin genannte "... F.____ GmbH" G.____ [Ortschaft] nicht im Handelsregister eingetragen sei; es handle sich also um eine einfache Gesellschaft. Es existiere eine "F.____ GmbH" H.____ [Ortschaft]; diese sei aber wohl nicht Rechnungsstellerin, weil die Rechnungsstellerin sich ausdrücklich "... F.____ GmbH" nenne. Der Factoring-Vertrag der Klägerin sei nicht mit der "... F.____ GmbH" - also der Rechnungsstellerin - abgeschlossen worden; vielmehr erscheine im Rubrum des Vertrages eine "F.____ GmbH", also eine andere Gesellschaft (act. 8 Rz. 25 f.).

E. 2.2

Die Klägerin macht demgegenüber geltend, dass im Vertragsdokument [des Membership-Vertrages] die erste Partei als "... F.____ GmbH, ...-Strasse ..., G.____" bezeichnet werde. Also handle es sich bei dieser Vertragspartei ganz offensichtlich um eine GmbH und nicht um eine Einzelfirma. Die gleiche Firma habe die Rechnungen ausgestellt, was die Beklagte ja im Prinzip bestätige. Diese klammere sich indessen an eine kleine, aber gänzlich unwesentliche Abweichung im Namenszug, d.h. an die Tatsache, dass die Memberstatus gewährende Gesellschaft im Vertragsdokument ihrer Firma die Buchstaben "... " voranstelle. Trotz dieser kleinen Abweichung - die drei Buchstaben sollten lediglich darauf hinweisen, dass die F.____ im Verbund mit anderen Firmen stehe, eben der "... Group" - handle es sich dabei immer um die gleiche Firma und Gesellschaft. Vertragspartnerin und Rechnungsstellerin seien ein und dieselbe Gesellschaft. Eine "F.____, H.____" als nicht im HR eingetragene Gesellschaft existiere nicht. Eine Gesellschaft mit einer auch nur annähernd ähnlichen Firma habe es in G.____ (aber auch sonst im Kanton

Zürich oder gesamtschweizerisch) keine gegeben (act. 12 Rz. 19, act. 28 Rz. 42).

E. 2.3

Es trifft zu, dass als Vertragspartnerin der Beklagten auf dem schriftlichen Membership-Vertrag eine "... F._____ GmbH, ...-Strasse .., G._____" aufgeführt ist (act. 4/6 S. 1). Und auch die Darstellung der Beklagten, dass im Handelsregister keine "... F._____ GmbH" eingetragen sei, ist richtig; eingetragen - mittlerweile aber gelöscht - ist nur die "F._____ GmbH" mit Sitz in H._____ und Adresse an der ...-Strasse in G._____ (act. 4/3). Die Angabe der Rechtsform in

- 7 - der Firma der im Membership-Vertrag genannten "... F._____ GmbH" spricht nicht für deren Qualifizierung als einfache Gesellschaft (Art. 950 OR); ebenso fehlen Hinweise dafür, dass diese im Hinblick auf ihre Gründung gehandelt hätte (vgl. Art. 779a OR). Doch vor allem stehen die oben wiedergegebenen Ausführungen der Beklagten, dass die "... F._____ GmbH" eine andere Gesellschaft sei als die "F._____ GmbH", in eklatantem Widerspruch zu ihren sonstigen Sachdarstellungen. Denn diese zeigen zweifelsfrei, dass die Beklagte immer davon ausgegangen ist, dass die auf dem Membership-Vertrag als ihre Vertragspartnerin genannte "... F._____ GmbH" identisch ist mit der im Handelsregister unter der Firma "F._____ GmbH" erfassten Gesellschaft, die Factoring-Geberin der Klägerin ist. So behauptet die Beklagte im Rahmen ihrer sonstigen Sachdarstellungen, sie habe gezeigt, dass es eine "... F._____ GmbH" gar nicht/nie gegeben habe (act. 32 Rz. 44). Trotzdem will sie der "... F._____ GmbH" CHF 39'000 überwiesen haben (act. 32 Rz. 3), legt aber als Beleg den Kontoauszug ihres Rechtsvertreters vor, in welchem am 29. April 2009 eine Zahlung über CHF 39'000 an die "F._____ GmbH" aufgeführt ist (act. 33/8 S. 1 f.). Auch die von der Beklagten eingereichte Bestätigung über die Zahlung vom 22. Juni 2009 wurde entgegen ihrer Behauptung (act. 32 Rz. 39) nicht von der "... F._____ GmbH" ausgestellt, sondern von der "F._____ GmbH" (act. 4/15). Ebenso ist das Schreiben der Beklagten vom 16. September 2009 betreffend Anfechtung eines allfällig zustande gekommenen Membership-Vertrages zufolge Willensmangels resp. Drohung an die "F._____ GmbH" adressiert (act. 11/5). Überdies macht die Beklagte geltend, ein Factoring-Vertrag habe nur zwischen der Klägerin und der F._____ GmbH bestanden, und nicht zwischen der "... F._____ GmbH" und der Klägerin (act. 8 Rz. 40, act. 32 Rz. 44). Trotzdem behauptet sie, die "... F._____ GmbH" habe die Rechnungen nur der A._____ AG eingereicht, damit die A._____ AG die entsprechenden Beträge an die "... F._____ GmbH" auszahle. Die A._____ AG habe die Beträge zum Teil in Bar an I._____ von der "... F._____ GmbH" ausbezahlt (act. 32 Rz. 10). Aus all diesen Vorbringen der Beklagten, bei denen sie "... F._____ GmbH" und "F._____ GmbH" synonym und ohne eine Unterscheidung zu machen verwendet, und insbesondere auch aus den Schreiben der Beklagten, in denen die

- 8 - "F._____ GmbH" als Vertragspartnerin des Membership-Vertrages angesprochen wird (act. 4/14 und 11/5), erhellt, dass die Beklagte immer davon ausgegangen ist und wusste, dass es sich bei der "... F._____ GmbH" um die "F._____ GmbH" handelt.

E. 2.4

Schliesslich ist in Übereinstimmung mit der Darstellung der Klägerin festzuhalten, dass im Rahmen des Membership-Vertrages (act. 4/6 S. 1) der Firma "F._____ GmbH" nur die drei Buchstaben "... " vorangestellt wurden. Die Behauptung der Klägerin, dass es sich dabei um einen Hinweis auf die Gruppenzugehörigkeit handle, blieb unbestritten. Nach

Art. 954a Abs. 1 OR muss in der Korrespondenz, auf Bestellscheinen und Rechnungen sowie in Bekanntmachungen die im Handelsregister eingetragene Firma oder der im Handelsregister eingetragene Name vollständig und unverändert angegeben werden. Zusätzlich können Kurzbezeichnungen, Logos, Geschäftsbezeichnungen, Enseignes und ähnliche Angaben verwendet werden (Art. 954a Abs. 2 OR). Die Firma der Vertragspartnerin der Beklagten wurde auf dem Membership-Vertrag in Übereinstimmung mit dieser Gesetzesbestimmung mit "F._____ GmbH" vollständig angegeben. Die zusätzliche Verwendung von "..." als Kennzeichnung der Gruppenzugehörigkeit ist sodann angesichts Art. 954a Abs. 2 OR im Sinne einer ähnlichen Angabe zulässig. Selbst eine unrichtige Bezeichnung würde aber an der Verbindlichkeit des Vertrages nichts ändern, da die Beklagte Gewissheit über ihre Vertragspartnerin hatte (vgl. MARTINA ALTENPOHL, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, a.a.O., N 4 zu Art. 954a OR).

E. 2.5

Zusammengefasst steht fest, dass es sich bei der im Membership-Vertrag aufgeführten "... F._____ GmbH, ...-Strasse .., G._____" um die im Handelsregister eingetragene "F._____ GmbH" handelt, und sich die Beklagte darüber immer im Klaren war. Die Hinzufügung von "..." an die Firma im Membership-Vertrag hat keine Auswirkungen auf dessen Verbindlichkeit. Zur Vereinfachung wird die Vertragspartnerin der Beklagten des Membership-Vertrages in den Erwägungen künftig mit F._____ GmbH bezeichnet.

- 9 - 3. Aktivlegitimation der Klägerin

E. 3

Ihre Klage begründet die Klägerin zusammengefasst damit, dass ihr von der F._____ GmbH in einem Factoring-Vertrag durch Globalzession deren sämtli-

- 3 - che Forderungen abgetreten worden seien, darunter auch eine Forderung gegen die Beklagte auf Zahlung von insgesamt CHF 60'000.– aus einem Membership-Vertrag, welchen die Beklagte mit der F._____ GmbH abgeschlossen habe. Von dieser Forderung macht die Klägerin einen Betrag von CHF 40'000.– geltend.

E. 3.1

Zu ihrer Aktivlegitimation führt die Klägerin aus, die ursprüngliche Gläubigerin F._____ GmbH habe die gesamten Forderungen - darunter auch die prozessgegenständliche - aus ihrem Geschäftsbetrieb mittels Factoring-Vertrag und Globalzession der Klägerin abgetreten (act. 1 Rz. 6). Der Factoring-Vertrag trage die Unterschrift eines J._____. Im HR-Auszug betreffend die F._____ GmbH sei eine Person mit identischem Namen seit dem 23. Juli 2007 als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer eingetragen. Der Factoring-Vertrag entfalte daher sehr wohl Rechtswirkungen (act. 28 Rz. 43).

E. 3.2

Die Beklagte wiederum ist der Ansicht, dass der Factoring-Vertrag nicht von einem zeichnungsberechtigten Organ der F._____ GmbH gezeichnet worden sei. Der Vertrag entfalte keine Rechtswirkungen (act. 8 Rz. 26). Zudem macht die Beklagte geltend, die Unterschrift auf dem Factoring-Vertrag stamme von I._____ (act. 32 Rz. 45). Dennoch erklärt aber die Beklagte, es habe ein Factoring-Vertrag zwischen der F._____ GmbH und der Klägerin bestanden (act. 8 Rz. 40). Ausserdem behauptet die Beklagte, die Klägerin sei nicht berechtigt, die Forderung einzuklagen, weil sie nicht oder nicht mehr Inhaberin der

Forderung sei. Dass die K. _____ AG an der etwaigen Forderung berechtigt sei, ergebe sich aus der Vorladung vor Vermittleramt der Gemeinde L. _____ (act. 8 Rz. 5). Die K. _____ ... AG sei nicht Inkassobeauftragte gewesen. Die K. _____ AG sei gegenüber der Beklagten als Forderungsinhaberin aufgetreten. Die Klägerin habe mit dem Einreichen des Inkasso-Mandats nicht belegt, dass sie Inhaberin der Forderung sei. Aus der E-Mail vom 26. Oktober 2009 könne mit Bezug auf die mangelnde Legitimation der Klägerin kein Schluss gezogen werden. Die Klägerin solle das Versicherungsmandat vorlegen, dort sei geregelt, wer Berechtigter an versicherten Forderungen sei (act. 32 Rz. 22, 24 und 39 ff.).

E. 3.3

Die Klägerin erwidert zur behaupteten Berechtigung der K. _____ AG an der Forderung, die K. _____ ... AG sei lediglich ihre Inkassobeauftragte gewesen, gestützt auf ein entsprechendes Inkassomandat. Im Gegensatz zur Abtretung habe dieses Mandat keinen Übergang der Forderung auf den Beauftragten zur Fol-

- 10 - ge. Das habe die Beklagte schon im Monat Oktober 2009 genauestens gewusst. Der damalige einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten, der mit dem heutigen Rechtsvertreter der Beklagten identisch sei, habe dies sogar der K. _____ AG gegenüber in einer an letztgenannte gesandten E-Mail (act. 29/3) klar und deutlich zu erkennen gegeben, Zitat: "welche die K. _____ ... als Vertreter der A. _____ AG gegen diese Gesellschaft geltend macht" (act. 28 Rz. 6 ff.).

E. 3.4

Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der im Membership-Vertrag genannten " ... F. _____ GmbH" um die unter der Firma F. _____ GmbH im Handelsregister eingetragene Gesellschaft. Damit stimmt die Vertragspartnerin der Klägerin im Factoring-Vertrag mit der Vertragspartnerin der Beklagten bezüglich des Membership-Vertrages überein. Das Zustandekommen eines Factoring-Vertrages zwischen der F. _____ GmbH und der Klägerin bestreitet die Beklagte nicht durchgängig, sondern sie führt sogar selbst aus, es habe ein Factoring-Vertrag zwischen diesen Parteien bestanden. Ihre Bestreitung des Zustandekommens des Factoring-Vertrages ist daher schon aufgrund der widersprüchlichen Behauptungen, die sie nebeneinander aufrecht erhält, unstatthaft (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 13 zu § 113 ZPO/ZH). Diese Bestreitung ist deshalb nicht zu hören. Überdies ist festzuhalten, dass die im Namen der F. _____ GmbH erfolgte Unterschrift auf dem Factoring-Vertrag (act. 4/4) zweifelsfrei als "J. _____" zu erkennen ist. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages war J. _____ gemäss Handelsregisterauszug (act. 4/3) einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der F. _____ GmbH. Nachdem die Beklagte nach Abschluss des Hauptverfahrens zulässigerweise (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 17 zu § 113 ZPO/ZH) ihre Darstellung an diejenige der Klägerin angeglichen und klargestellt hat, dass ihre Behauptung in der Duplik betreffend der Unterzeichnung durch I. _____ nicht als Vorwurf der Fälschung der Unterschrift gemeint sei (act. 41 Rz. 18), ist davon auszugehen, dass in der Tat der einzelzeichnungsberechtigte J. _____ seine Unterschrift unter diesen Vertrag gesetzt hat. Er verpflichtete die

- 11 - F. _____ GmbH durch die Unterzeichnung des Factoring-Vertrages (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Der schriftliche Factoring-Vertrag zwischen der F. _____ GmbH und der Klägerin enthält unstrittig die Vereinbarung einer Globalzession der Forderungen der F. _____ GmbH

an die Klägerin (act. 4/4 S. 3). Dass die Zession formgültig vorgenommen und eine allfällige Forderung der F._____ GmbH gegen die Beklagte im Rahmen dieser Globalzession an die Klägerin zediert wurde, blieb unbestritten. Damit ist eine allfällige Forderung der F._____ GmbH gegen die Beklagte aus dem Membership-Vertrag auf die Klägerin übergegangen; die Klägerin ist deren Zessionarin.

E. 3.5

Ihre Darstellung, die K._____ AG sei wirtschaftlich und rechtlich an einer allfälligen Forderung berechtigt, begründet die Beklagte damit, dass diese ihr gegenüber als Forderungsinhaberin aufgetreten sei, und sie beruft sich zudem auf die Vorladung des Vermittleramtes L._____. Weder das behauptete Auftreten der K._____ AG als an der Forderung Berechtigte noch die Vorladung des Vermittleramtes L._____ begründen aber eine Aktivlegitimation der K._____ AG. Diese Sachdarstellungen bewirken keinen Übergang der Forderung von der Klägerin auf die L._____ AG. Darüber hinaus führt die Beklagte zur Berechtigung der K._____ AG nur aus, die Klägerin solle das Versicherungsmandat vorlegen, dort drin sei geregelt, wer Berechtigter an versicherten Forderungen sei, und dass die Klägerin mit dem Einreichen des Inkasso-Mandats nicht belegt habe, dass sie Inhaberin der Forderung sei. Wie bereits ausgeführt, erfolgte die Abtretung durch den Factoring-Vertrag. Die Aktivlegitimation der Klägerin - oder mit den Worten der Beklagten: dass sie Inhaberin der Forderung ist - ist durch den Factoring-Vertrag (act. 4/4) belegt, nicht durch das Inkasso-Mandat. Die Übertragung der Aktivlegitimation auf eine andere Person ist sodann eine rechtsaufhebende Tatsache, die von der Beklagten zu behaupten ist (§ 113 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 f. zu § 113 ZPO/ZH). Mit ihrer Darstellung, dass die Berechtigung an versicherten Forderungen im Versicherungsvertrag geregelt sei, macht die Beklagte jedoch wiederum nichts geltend, wodurch die Aktivlegitimation von der Klägerin auf die - 12 - K._____ übergegangen wäre oder die Klägerin die Aktivlegitimation verloren hätte. Damit besteht die Aktivlegitimation der Klägerin weiterhin.

E. 3.6

Es ist festzuhalten, dass die Klägerin Zessionarin einer allfälligen Forderung der F._____ GmbH gegen die Beklagte ist, und die Forderung nicht von ihr auf die K._____ AG oder einen Dritten überging. Die Klägerin ist zur Geltendmachung der Forderung aktivlegitimiert.

E. 4

Gültiges Zustandekommen des Membership-Vertrages

E. 4.1

Vorbehalt der Schriftlichkeit

E. 4.1.1

Die Beklagte bringt gegen den Vertragsschluss vor, es sei mit der F._____ GmbH, Herrn J._____, vereinbart worden, dass er den von der Klägerin gezeichneten Vertrag innerhalb einer Annahmefrist von 7 Tagen an die Beklagte retourniere. Der Vertrag sei nie retourniert worden und der Vertrag sei offensichtlich nie unterzeichnet worden (act. 8 Rz. 9). Zwischen der F._____ GmbH und der Beklagten sei kein Vertrag rechtsgültig zustande gekommen. Der Vertrag sei zwar von der Beklagten gezeichnet worden, die F._____ GmbH

habe es jedoch ver- säumt, den Vertrag innerhalb der vereinbarten siebentägigen Antragsfrist zustan- de zu bringen oder anzunehmen (act. 8 Rz. 16). Der von der Klägerin ins Recht gelegte Vertrag trage weder ein Datum noch eine Unterschrift der sich verpflichten wollenden F._____ GmbH. Beides seien Gültigkeitserfordernisse, beides feh- le. Mit dem Nichtleisten der Unterschrift habe die F._____ GmbH auch klar darge- tan, dass sie gar keinen Vertrag wolle, dass sie nicht leisten wolle (act. 8 Rz. 28, act. 32 Rz. 47). Im Übrigen macht die Beklagte noch geltend, sie habe nie ein tat- sächliches oder rechtliches Zugeständnis gemacht, welches als konkludentes Zu- standekommen eines Vertrages hätte gewertet werden können (act. 8 Rz. 31). Entgegen ihrer soeben geschilderten Darstellung bestreitet die Beklagte in der Duplik, dass ihr Organ die Unterschrift auf den Vertrag gesetzt habe. Die Or- gane und faktischen Organe der F._____ GmbH hätten die Unterschrift auf den Vertrag aufkopiert (act. 32 Rz. 17).

- 13 -

E. 4.1.2

Demgegenüber führt die Klägerin aus, die Beklagte habe den Vertrag vom 2. Februar 2009 unterzeichnet; sie habe sich danach nachweislich auf den Standpunkt gestellt, dass sie ihn sogar erfüllt habe; daher treffe es nach dem ei- genen Zugeständnis der Beklagten eben gerade nicht zu, dass sie den Grund und Bestand der Forderung bestritten habe, ebenso wenig treffe es zu, dass kein Ver- tragsverhältnis zwischen der F._____ GmbH und der Beklagten bestanden habe. Dass sie ein Exemplar des Vertrages vorlege, das von der F._____ GmbH nicht unterzeichnet sei, tue der Gültigkeit des Vertrages selbst keinen Abbruch. Die Be- klagte habe sich sogar selber in ihrer ersten schriftlichen Stellungnahme auf das Vertragsverhältnis berufen und geltend gemacht, sie habe den Vertrag erfüllt, und zwar unter Beilegung einer Bestätigung des Vertragspartners (act. 1 Rz. 15 f.). Erst später, unter dem Druck der Inkassohandlungen der Klägerin, habe sie ein anderes Lied angetönt und angefangen geltend zu machen, es sei kein Vertrag zustande gekommen (act. 28 Rz. 57). Dass der prozessgegenständliche Vertrag nur unter Einhaltung des Formerfordernisses der Schriftlichkeit gültig habe zu- stande kommen können, habe die Beklagte wohlweislich nicht einmal behauptet. Bei dem fraglichen Vertrag handle es sich um eine gemischte Form von Service- Vertrag mit allfälligen Elementen des Leasingvertrages. Obschon bei diesen Ver- tragsarten Formularverträge die Regel seien, seien sie nach wie vor auch formlos gültig. Vorliegend würde das allfällige Fehlen der Gegenzeichnung durch die F._____ GmbH also nicht per se zur Ungültigkeit des Vertrages führen (act. 12 Rz. 12). Das Vorbringen der Beklagten betreffend fehlenden Datums sei belang- los, da es für einen solchen Vertrag keine Gültigkeitsvoraussetzung ex lege sei, ein Datum zu tragen (act. 28 Rz. 45). Dass vereinbart worden sei, der Vertrag werde innert einer Annahmefrist von 7 Tagen an die Beklagte retourniert, sei frei erfunden und nicht einmal im Ansatz belegt. Der Vertrag selbst enthalte keine sol- che Klausel. Die Faxzeile am Fussende besage nichts derartiges, wie die Beklag- te behauptete. Es sei daher nicht vereinbart gewesen, dass der Vertrag erst dann zustande kommen würde, wenn das gegengezeichnete Exemplar von der F._____ GmbH der Beklagten innert 7 Tagen retourniert worden wäre. Das Zu- standekommen des Vertrages sei ergo nie davon abhängig gewesen. In Wirklich- keit habe die F._____ den Vertrag gegengezeichnet und der Beklagten retour-

- 14 - niert; ihre eigene Kopie habe sie nicht unterzeichnet. Die Beklagte habe ein beid- seitig unterzeichnetes Exemplar, nur rücke sie damit nicht heraus (act. 12 Rz. 6 f., act. 28 Rz. 15, 28). Doch stelle sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass vorliegend unabhän- gig

davon ein Vertrag zustande gekommen sei. Für das Zustandekommen des Vertrages wäre der Umstand, dass die F._____ GmbH den Vertrag nicht gegen- gezeichnet der Beklagten retourniert habe, nämlich unwesentlich. Zunächst sei festzuhalten, dass die Beklagte nach ihrem eigenen Zugeständnis den Vertrag ih- rerseits unterzeichnet und der F._____ GmbH überreicht habe. Es frage sich, ob davon auszugehen sei, dass der Vertrag trotz der fehlenden Gegenzeichnung der F._____ GmbH als von letztgenannter angenommen gelten könne. Dies könne auch stillschweigend bzw. konkludent der Fall sein, es sei denn, die Parteien hät- ten einen ausdrücklichen Ratifikationsvorbehalt vereinbart. Genau dies habe die Beklagte (sinngemäss) behauptet, indem sie angebe, die Vertragsparteien hätten die Retournierung eines gegengezeichneten Vertragsexemplars abgemacht. Die Klägerin habe bereits dargelegt, dass diese Sachschilderung unzutreffend und unbewiesen sei. Es könne folglich nicht davon ausgegangen werden, die Parteien hätten einen Ratifikationsvorbehalt vereinbart. Demnach sei die Gegenzeichnung des Vertrages für dessen Zustandekommen gerade nicht erforderlich gewesen. Dass der Konsens auf Seiten der F._____ GmbH bestanden habe, bedürfe wohl keiner eingehenden Erläuterungen. Die F._____ GmbH habe der Beklagten nachweislich Rechnungen gestellt, die sich allesamt auf den erwähnten Mem- bership-Vertrag stützten. Sie habe damit unmissverständlich bekundet, dass sie den Vertrag für verbindlich erachte und von der Beklagten die vertragliche Leis- tung erwarte, was sie wohl kaum getan hätte, wenn sie nicht gewollt hätte, dass er zustande komme. Am 22. September (recte: Juni) 2009 habe der Vertreter der Beklagten persönlich die Erfüllung des Vertrages durch Bezahlung der beiden Rechnungen der F._____ GmbH vollzogen, und am 3. September 2009 habe er höchstpersönlich diesen Umstand - d.h. die Erfüllung - der Forderungsanmeldung der Klägerin unter Bezugnahme auf den Vertrag und auf die beiden Rechnungen entgegengehalten (act. 12 Rz. 7 ff.). Selbst wenn es zuträfe, dass die Beklagte die in der Bestätigung act. 4/15 verurkundete Zahlung von CHF 40'000.– nicht ge-
- 15 - leistet habe, so sei doch entscheidend, dass sie sich diese Bestätigung beschafft habe und nur deswegen beschafft habe und sie anschliessend der K._____ AG gegenüber verwendet habe, weil sie selber davon ausgegangen sei, dass der Vertrag mit der F._____ GmbH zu Recht bestanden habe und die Beklagte eben verpflichtet gewesen sei, ihn zu erfüllen. Einen anderen Grund für das geschilder- te Vorgehen der Beklagten gebe es nicht. Vor allem wäre sonst nicht nachvoll- ziehbar, weshalb die Beklagte, wäre sie dort schon der Ansicht gewesen, dass kein Vertrag bestehe, diese Einwendung nicht bereits am 3. September 2009 der K._____ AG gegenüber erhoben und sich statt dessen auf Tilgung der Forderung berufen habe (act. 28 Rz. 97.2).

E. 4.1.3

Die Beklagte behauptet, die Unterzeichnung des Membership- Vertrages durch die F._____ GmbH sowie die Nennung des Datums auf dem Ver- trag seien Gültigkeitserfordernisse, die fehlten. Verträge können aber formlos ge- schlossen werden, sofern das Gesetz zu ihrer Gültigkeit keine Form vorschreibt (Art. 11 Abs. 1 OR). Im Membership-Vertrag sollten für die Dauer eines Jahres Spezialkonditionen für die Miete von Autos und Limousinen gegen ein Entgelt vereinbart werden (act. 4/6). Dabei handelt es sich um einen Innominatkontrakt, für den keine gesetzlichen Formvorschriften bestehen. Ist für einen Vertrag, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, die An- wendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Die Be- weislast für die Formabrede obliegt dem, der das Zustandekommen des Vertrags wegen Nichteinhaltung einer vorbehaltenen Form bestreitet. Ist die

Formabrede bewiesen, behauptet aber die Gegenpartei, dass die Abrede durch eine nachträgliche Vereinbarung aufgehoben worden sei, so trägt diese Partei die Beweislast für die spätere Gegenabrede (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, N 604). Dem schriftlichen Membership-Vertrag (act. 4/6) ist keine Formabrede zu entnehmen. Dort wird nur festgehalten, dass die Beklagte mit ihrer Unterschrift bestätigt, die Allgemeinen Vertragsbedingungen gelesen und verstanden zu haben (act. 4/6 S. 2). Entsprechend bringt die Beklagte auch nicht vor, dass die Par-

- 16 - teien im schriftlichen Vertragstext einen Formvorbehalt getroffen hätten. Sie behauptet lediglich die Vereinbarung, dass die F. _____ GmbH ihr den von ihr gezeichneten Vertrag innert 7 Tagen unterschrieben hätte retournieren sollen. Eine Vereinbarung, dass auch das Datum auf dem schriftlichen Vertrag angebracht sein müsse, behauptet sie hingegen nicht, weshalb dies kein Gültigkeitserfordernis ist. Gemäss der von der Beklagten behaupteten Formabrede müsste aber der Vertrag sowohl von ihrer Seite als auch von einem Organ der F. _____ GmbH unterzeichnet sein, und aufgrund der Vermutung von Art. 16 OR würde es sich dabei um ein Gültigkeitserfordernis handeln. Der von der Klägerin eingereichte Vertrag (act. 4/6) erfüllt dieses (behauptete) Erfordernis nicht, da er einzig eine Unterschrift bei der Firma der Beklagten, nicht aber eine Unterzeichnung seitens der F. _____ GmbH trägt. Einen von beiden Parteien unterzeichneten Vertrag soll gemäss klägerischer Darstellung nur die Beklagte besitzen. Dies kann jedoch offen gelassen werden, da die Behauptungen der Beklagten betreffend einen Vorbehalt der Unterzeichnung durch beide Parteien nicht konsistent sind. Denn sie erklärt, gemäss der Vereinbarung habe der von ihr gezeichnete Vertrag ihr nach Unterschrift durch die F. _____ GmbH retourniert werden sollen. Daneben und ohne eine Abstufung macht sie aber auch geltend, die Unterschrift ihres Organs sei auf den Vertrag aufkopiert worden. Doch damit fällt der von ihr geschilderte Ablauf der Formabrede ausser Betracht. Wurde die Unterschrift aufkopiert, konnte nicht vereinbart worden sein, dass der von ihr gezeichnete Vertrag von der Beklagten unterschrieben retourniert werden soll. Wie ihre Darstellung bezüglich der Vereinbarung der Retournierung des von ihr gezeichneten Vertrages nach Unterzeichnung durch die F. _____ GmbH neben dem von ihr ebenfalls und gleichzeitig behaupteten Aufkopieren der Unterschrift ihres Organs auf den Vertrag durch die Organe der F. _____ GmbH Bestand haben könnte, legt die Beklagte in keiner Weise dar. Die beiden Sachverhalte schliessen sich gegenseitig aus. Sie nebeneinander aufrecht zu halten, ist unstatthaft (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 13 zu § 113 ZPO/ZH). Es kann daher nicht auf die Darstellung der Beklagten abgestellt werden. Hinzu kommt, dass in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Klägerin davon auszugehen ist, dass der Vertrag auch ohne Einhaltung einer Form zu-

- 17 - stande gekommen ist. Denn die Vermutung nach Art. 16 Abs. 1 OR kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Parteien ihren übereinstimmenden Abschlusswillen zwar nicht in der vereinbarten Form, in Wirklichkeit aber doch erklärt haben (Urteil des Bundesgerichts 4C.79/2005 vom 19. August 2005 E. 2, nicht publizierte Erwägung von BGE 131 III 640; INGEBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 6 zu Art. 16 OR). Vorliegend sind beide Vertragsparteien übereinstimmend davon ausgegangen, dass sie einen Vertrag geschlossen haben. Die F. _____ GmbH hat Rechnungen an die Beklagte ausgestellt (selbst wenn sie nicht angekommen sein sollten; act. 4/8 und 4/9) und die Ansprüche der Zessionarin A. _____ AG gemeldet (act. 29/5). Als Reaktion auf die Mahnungen und die Betreuung berief sich die

Beklagte in ihrem Schreiben vom 3. September 2009, nachdem sie von der K._____ AG am 28. August 2009 eine Kopie des der Klägerin vorliegenden Membership-Vertrages zugestellt erhalten hatte (vgl. act. 8 Rz. 12, act. 11/4), einzig darauf, dass sie die bei ihr gestützt auf ihr Vertragsverhältnis zur F._____ GmbH eingeforderten CHF 40'000.– beglichen habe, was eine in der Beilage gesendete Bestätigung belege (act. 4/14). Damit erklärte die Beklagte - und dies in Kenntnis des der Klägerin vorliegenden, von der F._____ GmbH nicht unterzeichneten Vertrages -, dass auch aus ihrer Sicht zwischen ihr und der F._____ GmbH ein Vertragsverhältnis zustande gekommen war. Nicht durch dieses Schreiben kam der Vertrag zustande, sondern es zeigt auf, dass aus Sicht der Beklagten ein Vertragsverhältnis zwischen ihr und der F._____ GmbH bestand. Es ist daher vom Zustandekommen des Vertrages durch übereinstimmenden Abschlusswillen trotz Nichtunterzeichnung durch die F._____ GmbH auszugehen.

E. 4.1.4

Die Vereinbarung einer Form für den Vertragsschluss wurde von der Beklagten nicht genügend substantiiert. Doch selbst unter der Annahme einer ursprünglichen Formabrede der Vertragsparteien ist der Membership-Vertrag durch übereinstimmenden Abschlusswillen der Parteien formlos zustande gekommen.

E. 4.2

Nichtigkeit des Membership-Vertrages

E. 4.2.1

Die Beklagte behauptet weiter, ein rechtsgültig geschlossener Vertrag wäre nichtig, weil anfänglich objektiv unmöglich. Recherchen hätten ergeben,

- 18 - dass weder die "... F._____ GmbH" noch die "F._____ GmbH" über die erforderlichen Ressourcen mit Bezug auf Fahrzeuge, Personal und Finanzen verfügt hätten, um einen Membership-Vertrag erfüllen zu können. Recherchen beim Konkursamt H._____ hätten ergeben, dass die F._____ GmbH seit Februar 2009 finanziell total "am Boden" gewesen sei; sie habe weder Löhne oder AHV abgerechnet, noch habe sie die Leasingraten ihrer Fahrzeuge oder andere operative Kosten bezahlt. Die Gesellschaft habe auch keinerlei finanzielle Mittel gehabt, um Fahrzeuge auch nur temporär anzumieten oder dergleichen. Im März/April 2009 habe die F._____ GmbH alle ihre Fahrzeuge an die Leasinggeber retournieren müssen (act. 8 Rz. 37). Für die F._____ GmbH und auch für jeden anderen in der Schweiz wäre es unmöglich gewesen, die im Membership-Vertrag versprochene Leistung in den dort wiedergegebenen Zeiträumen zu erbringen. In der ganzen Schweiz sei denn auch kein einziger solcher Anbieter zu finden (act. 32 Rz. 55). Zudem führt die Beklagte aus, die Repräsentanten und Organe der F._____ GmbH hätten gewusst, dass sie allfällige Verträge nicht würden erfüllen können; sie hätten die Verträge auch nicht erfüllen wollen; sie hätten die Verträge überhaupt nicht gewollt. Recherchen hätten ergeben, dass die F._____ GmbH nur Rechnungen habe stellen wollen, welche sie dann dem Factoring-Unternehmen eingereicht habe, um Geld für private Bedürfnisse der Organe und faktischen Organe zu bekommen. Einen Leistungswillen habe das Unternehmen nicht gehabt (act. 8 Rz. 37). Mit den Membership-Agreements habe die F._____ GmbH, wolle heissen die Brüder J._____ und I._____, nur vorgehabt, Gelder abzuzocken. Sie hätten nie vorgehabt, Leistungen zu erbringen (act. 32 Rz. 55).

E. 4.2.2

Die Klägerin bestreitet die Darstellung der Beklagten zur anfänglichen objektiven Unmöglichkeit. Sie hält fest, die F._____ GmbH habe erfüllt, indem sie während der vertraglich vereinbarten Zeit (mindestens aber bis zum 22. September 2009) bereit und im Stande gewesen sei zu erfüllen, d.h. bei Autonomie durch die Beklagte die vereinbarten Rabatte zu gewähren und die damit einhergehenden Dienstleistungen zu erbringen (act. 1 Rz. 17). Inwieweit eine Firma von ihr abgeschlossene Verträge, selbst beim Vorliegen finanzieller Schwierigkeiten, zu erfüllen im Stande sei oder nicht, dürfte jeweils schwierig festzustellen und nachzuweisen sein. Die diesbezüglichen Behauptungen der Be-

- 19 - klagten würden naturgemäss einen hohen Anteil an Spekulationen enthalten, die keineswegs als erhärtete und rechtsgenügend belegte Fakten gelten könnten (act. 28 Rz. 75). Es sei für die Erfüllung des Vertrages vom 2. Februar 2009 nicht entscheidend gewesen, dass die F._____ GmbH zur rechtlich relevanten Zeit über einen eigenen oder geleasteten Autopark verfügt habe. Entscheidend sei vielmehr die Fähigkeit der F._____ GmbH gewesen, sich ein solches Fahrzeug bei Kundenbedarf zu beschaffen und es ihrem Kunden zur Verfügung zu stellen. Die F._____ GmbH habe der Beklagten weder im Vertrag vom 2. Februar 2009 noch in den AGB versprochen, dass sie ihr eigene Fahrzeuge zur Verfügung stelle. Entsprechend sei sie frei gewesen zu entscheiden, wo und wie sie sich die von den Kunden reservierten Fahrzeuge beschaffen wolle. Und die Beklagte habe nicht behauptet, dass die F._____ GmbH Fahrzeuge, die sie bei Dritten für ihre eigenen Kunden geleast habe, zum Voraus habe bezahlen müssen. So gesehen sei die Aktivität der F._____ GmbH auch nicht kapitalintensiv gewesen und habe daher keine namhafte Liquidität erfordert. Die Argumente, die die Beklagte hier anführe, seien deshalb nicht geeignet, die Unmöglichkeit der Erfüllung durch die F._____ GmbH zu belegen (act. 28 Rz. 77). Die Behauptung der Klägerin, dass für jeden anderen in der Schweiz unmöglich gewesen sein solle, die im Membership-Vertrag versprochene Leistung in den dort wiedergegebenen Zeiträumen zu bringen, sei nicht substantiiert, sodass auf sie nicht einzugehen sei. Folglich könne die Beklagte nicht anders, als diese Behauptung pauschal zu bestreiten (act. 35 Rz. 19).

E. 4.2.3

Anfängliche objektive Unmöglichkeit Nach Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen unmöglichen Inhalt hat, nichtig. Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 OR ist nur anzunehmen, wenn sie von Anfang an bestanden hat; die versprochene Leistung muss aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen überhaupt nicht erbringbar sein. Damit unterscheidet sich Unmöglichkeit gemäss Art. 20 OR einerseits von der nachträglichen Unmöglichkeit (Art. 97, 119) und andererseits vom subjektiven Unvermögen eines bestimmten Vertragspartners (BGE 96 II 18 E. 2.a; CLAIRE HUGUENIN, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, a.a.O., N 46 zu Art. 19/20 OR). Keine objektive Unmög-

- 20 - lichkeit liegt vor, wenn die Leistung für den Schuldner von vornherein ein wirtschaftlich unverhältnismässiges Opfer abverlangt und damit "unerschwinglich" ist. Ebenso wenig kann von objektiver Unmöglichkeit gesprochen werden, wenn die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung nur eine subjektive ist, etwa wegen persönlicher Unfähigkeit oder Geldmangels. Subjektives Unvermögen des Schuldners hindert das Zustandekommen des Vertrages nicht. Mangelnde Geldmittel des Schuldners bewirken in normalen Zeiten niemals anfängliche objektive Unmöglichkeit (ERNST A. KRAMER, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, 1991, N 256 zu Art. 19/20 OR). Eine anfängliche objektive Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20

OR, wie von der Beklagten geltend gemacht, liegt beim Membership-Vertrag nicht vor. Die darin vereinbarte Leistung ist nicht von vornherein objektiv nicht erbringbar, sondern selbst nach Darstellung der Beklagten nur unerschwinglich. Der behauptete Mangel an Geldmitteln der F._____ GmbH bewirkt keine anfängliche objektive Unmöglichkeit. Somit ist der Membership-Vertrag nicht aufgrund anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nichtig.

E. 4.2.4

Fehlender Leistungswillen der F._____ GmbH Keinen Einfluss auf das Zustandekommen des Vertrages hat sodann, ob die F._____ GmbH einen Leistungswillen hatte oder nicht, und ob sie allenfalls wusste, dass sie die Verträge nicht würde erfüllen können. Massgebend ist für das Zustandekommen eines Vertrages der übereinstimmend erklärte Willen zum Abschluss des Vertrages (Art. 1 Abs. 1 OR); dass die Beklagte ihrem Vertragspartner die Leistung versprochen hat (vgl. GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 249).

E. 4.3

Widerruf des Membership-Vertrags wegen Willensmangels und Drohung

E. 4.3.1

Die Beklagte wendet gegen die Gültigkeit des Membership-Vertrages ein, sie habe den Vertrag mit Schreiben vom 16. September 2009 an die F._____ GmbH wegen Willensmangels und Drohung widerrufen (act. 8 Rz. 13). Sie habe im ersten Halbjahr 2009 Gespräche mit der F._____ GmbH geführt über einen sog. Membership-Vertrag. Nach einer gewissen Zeit habe ein Repräsentant der

- 21 - F._____ GmbH unter sehr heftigem Insistieren darauf gedrängt, dass die Klägerin (recte: Beklagte) einen solchen Vertrag unterzeichne (act. 8 Rz. 7 f.). Nach dem Hinweis der mangelhaften Substantiierung ihrer Behauptung des Widerrufs wegen Willensmangels und Drohung in der Verfügung vom 21. April 2011 (Prot. S. 10) führt die Beklagte dazu weiter aus, das "Insistieren" sei für das Zustandekommen des Vertrages von Bedeutung gewesen; das "Insistieren" sei eine Drohung gewesen (act. 32 Rz. 26). Die Bezeichnung der Überweisung mit Darlehen sei so gewählt worden, weil man Spielraum für die Argumentation haben wollen, um einen Überweisungsbetrag zuzüglich des Barzahlungsbetrages von CHF 40'000.– zurück zu holen oder zurück zu klagen, weil man zum Veranlassen der Überweisung unter qualifizierter Drohung gezwungen worden sei. Zurückholen oder zurückklagen sei deshalb ein Thema gewesen, weil die Überweisung durch eine Drohung seitens von I._____, faktisches Organ der F._____ GmbH, erzwungen worden sei, nämlich: "... wenn du das hier nicht unterzeichnest, dann bin ich fertig, und wenn ich fertig bin, mache ich dich und deine Familie auch fertig, ich weiss wo du wohnst. - Du kannst aber auch einfach überweisen." Der vorliegende Vertrag sei deshalb wegen "Drohung" nicht zustande gekommen. Die Drohung sei an der Bar des M._____ von I._____ ausgesprochen worden (act. 32 Rz. 5). Die Forderungszahlung bei der Beklagten sei mit einer qualifizierten Drohung erzwungen worden (act. 32 Rz. 55).

E. 4.3.2

Die Klägerin bestreitet, dass ein Willensmangel zufolge Drohung bestanden habe. Sie hält in der Replik fest, die Beklagte habe dieses Vorbringen nie substantiiert und namentlich zu keinem Zeitpunkt die Umstände der angeblichen Drohung geschildert (act. 28 Rz. 23). Veranlasst durch die neu erfolgte Darstellung dieser Umstände in der Duplik führt die

Klägerin in ihrer Stellungnahme zu den Noven aus, das Vorbringen der Beklagten betreffend "qualifizierte" Drohung werde vollumfänglich bestritten. Die Beklagte werde zu beweisen haben, dass es sich bei den angeblichen Drohungen um solche im Zusammenhang mit exakt dem prozessgegenständlichen Verträge handle (act. 35 Rz. 4). Diese Stellungnahme der Klägerin zu einem Novum in der Duplik ist entsprechend der Verfügung vom 30. September 2011 (Prot. S. 12) zu hören.

- 22 -

E. 4.3.3

Ist ein Vertragsschliessender von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag nach Art. 29 Abs. 1 OR für den Bedrohten unverbindlich. Durch die Drohung muss der Bedrohte dazu bestimmt worden sein, den Vertrag überhaupt oder in einer bestimmten Weise zu schliessen (INGEBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, a.a.O., N 10 zu Art. 29 OR). Trotz des Hinweises auf die mangelhafte Substantiierung (Prot. S. 10) sind die Ausführungen der Beklagten zur Drohung auch in der Duplik nicht genügend; insbesondere den Zeitpunkt der behaupteten Drohung nennt sie nicht. Soweit sie aber den Sachverhalt darlegt, ist daraus nur die Behauptung zu entnehmen, sie sei durch eine Drohung von I._____ zur Überweisung gezwungen worden; die Forderungszahlung sei erzwungen worden (act. 32 Rz. 5, 55). Die Beklagte bringt dagegen nicht vor, durch diese Drohung zum Abschluss des Vertrages bestimmt worden zu sein. Zu einer weiteren Drohung, durch welche sie zum Vertragsschluss bestimmt worden wäre, macht sie keine Ausführungen. Demnach wurde die Beklagte nicht durch eine Drohung zum Abschluss des Vertrages bestimmt. Da dies Voraussetzung für eine Anfechtung nach Art. 29 Abs. 1 OR ist, kann sich die Beklagte nicht gestützt auf diese Bestimmung auf die Unverbindlichkeit des Vertrages berufen. Einen anderen Grund für einen Willensmangel behauptet die Beklagte nicht. Der Vertrag ist für die Beklagte verbindlich.

E. 4.4

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Membership-Vertrag zwischen der Beklagten und der F._____ GmbH gültig zustande gekommen ist.

E. 5

Befreiende Wirkung einer Zahlung an die F._____ GmbH

E. 5.1

Die Klägerin führt im Rahmen der Begründung ihrer Klage aus, dass nach erfolgloser Mahnung durch die eingeschaltete K._____ AG die Beklagte der Versicherungsgesellschaft eine Kopie einer in Briefform verfassten, an die Adresse der Beklagten gerichteten Bestätigung der F._____ GmbH datiert vom 22. Juni 2009 habe zugehen lassen. Mit dem genannten Brief habe die F._____ GmbH bestätigt, dass die Beklagte "der F._____ GmbH, G._____, heute CHF 40'000.– in

- 23 - Bar übergeben hat". Die Beklagte habe sich in ihrem Brief auf diesen Umstand berufen und Tilgung der Forderung geltend gemacht mit dem gleichzeitigen Ersuchen, die gegen sie eingeleitete Beteiligung löschen zu lassen. Die K._____ AG habe der Klägerin eine Kopie der besagten Bestätigung übermittelt; letztere habe von der (angeblichen) Direktzahlung der Beklagten an die Zedentin F._____ GmbH Kenntnis und dazu Stellung

genommen, dabei betonend, dass die Beklagte von der Abtretung gewusst habe und eine Zahlung an die F._____ GmbH nicht mehr mit befreiender Wirkung habe erfolgen können (act. 1 Rz. 11 f.). Zudem macht die Klägerin geltend, es sei nicht gerade alltäglich, dass im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ein Betrag von immerhin CHF 40'000.– von Firma zu Firma bar übergeben werde statt eines Transfers von Konto zu Konto, und diese Zahlungsweise sei gerade im vorliegenden Kontext sehr auffällig. Sie bestreite daher vorsorglich, dass die genannte Zahlung überhaupt, resp. in dem von der F._____ GmbH bestätigten und in dem von der Beklagten am 3. September 2009 behaupteten Betrag geleistet worden sei (act. 1 Rz. 22).

E. 5.2

Da sich die Beklagte in ihrer Klageantwort zu der von ihr mit Schreiben vom 3. September 2009 behaupteten, von der Klägerin bestrittenen Zahlung und der beigelegten Bestätigung nicht äussert, sondern nur ein konkludentes Zustandekommen eines Vertrages durch dieses Schreiben bestreitet sowie Ausführungen zum Beweiswert der Bestätigung macht (act. 8 Rz. 31, 42), wurde ihr mit Verfügung vom 21. April 2011 der Substanziierungshinweis erteilt, sie werde in ihrer Duplik zu erläutern haben, wer wann, wem, wo und in welcher Stückelung die CHF 40'000.– in bar bezahlt haben will und aus welchen Mitteln dieses Geld stammte. Bei Säumnis werde angenommen, die Beklagte sei zur Substanziierung nicht im Stande (Prot. S. 10). Anstatt aber solche Erläuterungen zu dieser Barzahlung zu machen, führt die Beklagte in ihrer Duplik aus, am 29. April 2009 habe sie eine Überweisung über CHF 39'000.– an die F._____ GmbH gemacht. Das Geld der Überweisung sei vom Privatkonto ihres Vertreters gekommen und sei aus Diskretionsgründen über das Rechtsanwaltsanderkonto ihres Vertreters an die F._____ GmbH geflossen. Die Zahlung sei zugunsten der Klägerin getätigt worden. Die Bezeichnung

- 24 - der Überweisung mit Darlehen solle zunächst nicht stören, "falsa demonstratio non nocet". Die fehlenden CHF 1'000.– seien in bar beglichen worden. Die Bezeichnung der Überweisung mit Darlehen sei so gewählt worden, weil man Spielraum für die Argumentation haben wollen, um einen Überweisungsbetrag (zuzüglich des Barzahlungsbetrages) von CHF 40'000.– zurück zu holen oder zurück zu klagen, weil man zum Veranlassen der Überweisung unter qualifizierter Drohung gezwungen worden sei (act. 32 Rz. 3 f.). Wenn der Vertrag - entgegen den Ausführungen der Beklagten - eventualiter vom Gericht als dennoch zustande gekommen betrachtet werden sollte, dann habe die Beklagte den vertraglich vereinbarten Forderungsbetrag geleistet; durch eine Überweisung von CHF 39'000.– und durch eine Barzahlung von CHF 1'000.– (act. 32 Rz. 8). Es liege eine Bestätigung vom 22. Juni 2009 vor, in der die F._____ GmbH bestätige, dass die Forderung beglichen worden sei. Gezahlt worden sei mit einer Banküberweisung vom 29. April 2009 und einer Barzahlung im Mai 2009. Das werde in der erwähnten Klagebeilage (act. 4/15) simpel und einfach von der F._____ GmbH bestätigt (act. 32 Rz. 39).

E. 5.3

In ihrer Stellungnahme zu den Noven in der Duplik stellte die Klägerin richtig fest, es sei eine neue Behauptung, dass die Zahlung der Beklagten an die ... F._____ GmbH zu Lasten des Privatkontos des Geschäftsführers der Beklagten getätigt worden sei (act. 35 Rz. 3). Die Stellungnahme der Klägerin zu diesem Novum ist daher zu hören. Die Klägerin bestreitet, dass es sich um die Bezahlung der beiden streitgegenständlichen Rechnungen

handle. Der Konto-Beleg ... zeuge lediglich von einer Zahlung von Rechtsanwalt Y. _____ an die F. _____ GmbH. Er zeuge hingegen nicht von einer Zahlung der Beklagten an die F. _____ GmbH. Der Kontobeleg zeuge von der Auszahlung eines Darlehens an die F. _____ GmbH und nicht von der Zahlung der beiden prozessgegenständlichen Rechnungen gemäss dem Mitgliedschaftsvertrag. Die Behauptung, dass der Kontoauszug die Zahlung der Mitgliedschaftsrechnungen belege, stehe in krassem Gegensatz zur Bestätigung der F. _____ GmbH vom 22. Juni 2009. Dort bestätige die genannte Firma, dass die Beklagte ihr den Mitgliedschafts-Betrag (CHF 40'000.-) am 22. Juni 2009, und

- 25 - bar, bezahlt habe. Auch aus diesem Grund könne es sich bei der Überweisung von Rechtsanwalt Y. _____ von CHF 39'000.- vom 29. April 2009 nicht um die Zahlung der prozessgegenständlichen Mitgliedschaft handeln, sondern um eine Zahlung, die einen anderen Hintergrund habe. Der Vollständigkeit halber werde daran erinnert, dass es Rechtsanwalt Y. _____ persönlich als Geschäftsführer der Beklagten gewesen sei, der mit seinem Brief vom 3. September 2009 der K. _____ AG die oben genannte Bestätigung zugesandt habe und der sich auf die Barzahlung berufen habe, um damit die Forderung der Klägerin abzuwenden (act. 35 Rz. 3).

E. 5.4

Trotz des Substanziierungshinweises macht die Beklagte keine weiteren Ausführungen zu der bestätigten Barzahlung vom 22. Juni 2009. Daher ist androhungsgemäss (Prot. S. 10) davon auszugehen, dass sie zu deren Substanziierung nicht im Stande ist. Eine Barzahlung von CHF 40'000 am 22. Juni 2009 an die F. _____ GmbH ist somit nicht rechtsgenügend behauptet. Sodann behauptet die Beklagte eine Barzahlung als im Mai 2009 im Umfang von CHF 1'000.- erfolgt. Sie unterlässt aber auch hierzu jegliche Ausführungen, wer wann und welche Stückelung übergeben haben soll. Auch diese bestrittene Barzahlung ist daher entsprechend dem Substanziierungshinweis nicht rechtsgenügend substantiiert und es kann nicht darauf abgestellt werden. Dass die Überweisung vom 29. April 2009 zur Erfüllung der eingeklagten Forderung erfolgt sei, bestreitet die Klägerin (act. 35 Rz. 3). Zwar ist richtig, dass auf dem Kontoauszug des Vertreters der Beklagten eine Überweisung im Betrag von CHF 39'000.- an die F. _____ GmbH aufgeführt ist (act. 33/8 S. 2). Und gemäss Art. 68 OR ist die Beklagte auch nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf ihre Persönlichkeit ankommt, womit bei der vorliegenden zu beurteilenden Forderung auf eine Geldleistung ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass keine Pflicht zur persönlichen Erfüllung besteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.69/2005 vom 14. April 2005 E. 3). Eine Erfüllungswirkung tritt bei der Leistung eines Dritten - und der Vertreter der Beklagten ist im Hinblick auf diese Forderung ein Dritter - an einen Gläubiger allemal nur ein, wenn der Dritte die Leistung mit dem erkennbaren Willen erbringt, eine fremde

- 26 - Schuld, und zwar diejenige des Schuldners, zu tilgen (Urteil des Bundesgerichts 4C.69/2005 vom 14. April 2005 E. 3). Dass bei der Zahlung vom Konto des Vertreters der Beklagten in dessen Namen an die F. _____ GmbH vom 29. April 2009 ein Wille zur Tilgung der Schuld der Beklagten erkennbar gewesen wäre, macht die Beklagte nicht geltend. Im Gegenteil erklärt sie in Übereinstimmung mit dem von ihr eingereichten Kontoauszug (act. 33/8 S. 2), dass die Überweisung vom Konto von Rechtsanwalt Y. _____ als "Darlehen an die F. _____ GmbH" gekennzeichnet war (act. 32 Rz. 4). Eine Anzeige oder irgendeinen anderen Hinweis auf den Willen, die Überweisung in Erfüllung der Schuld der Beklagten vorzunehmen, behauptet die Beklagte nicht. Aus der eingereichten

Korrespondenz ist ebenfalls nirgends eine entsprechende Angabe zu entnehmen. Sodann bestätigt die F._____ GmbH im Schreiben vom 22. Juni 2009 nicht eine Überweisung von CHF 39'000.– vom Konto des Rechtsvertreters der Beklagten als Erfüllung, sondern spricht von einer Barzahlung (act. 4/15). Somit kann auch daraus keine Kenntnisnahme des Tilgungswillens durch die F._____ GmbH hergeleitet werden. Die Aussage, dass eine Überweisung von CHF 39'000.– vom Konto von Rechtsanwalt Y._____ in Erfüllung der Schuld der Beklagten erfolgt sein soll, findet sich erstmals in der Duplik der Beklagten. Darüber hinaus entsprach der überwiesene Betrag nicht einmal der Forderung gegenüber der Beklagten, womit auch daraus keinerlei Zusammenhang zu dieser Schuld erkennbar war. Somit fehlte es an der vorausgesetzten Erkennbarkeit des Willens zur Tilgung der Schuld der Beklagten. Durch die Überweisung des Vertreters der Beklagten konnte daher keine Erfüllungswirkung eintreten.

E. 5.5

Zusammengefasst ist eine Barzahlung an die F._____ GmbH nicht genügend substantiiert, und der vorgebrachten Überweisung durch den Rechtsvertreter der Beklagten kommt keine Erfüllungswirkung zu. Damit ist die Erfüllung der Forderung ausstehend. Ob eine Zahlung an die F._____ GmbH befreiende Wirkung hätte haben können (Art. 167 OR), ist nicht weiter zu prüfen.

E. 6

Fazit

E. 6.1

Es ist ein Membership-Vertrag zwischen der F._____ GmbH und der Beklagten gültig zustande gekommen. Aufgrund der Globalzession im Factoring-

- 27 - Vertrag sind die Forderungen der F._____ GmbH - und damit auch diejenige gegenüber der Beklagten aus dem Membership-Vertrag - an die Klägerin zediert worden. Es wurde keine Zahlung an die frühere Gläubigerin in Erfüllung dieser Forderung geleistet; die Zahlung ist ausstehend. Weitere Einwände gegen den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von CHF 40'000.– bringt die Beklagte nicht vor. Die Darstellung der Klägerin, dass der Preis auch ohne Inanspruchnahme der Leistungen zu bezahlen ist (act. 1 Rz. 17), liess die Beklagte unbestritten. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin CHF 40'000.– zu bezahlen.

E. 6.2

Die Klägerin verlangt sodann die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Zins zu 5 % seit 13. März 2009 auf diesem Betrag (act. 1 S. 2). Sie führt dazu aus, Verzugszinsen und Spesen seien rechtsgenügend ausgewiesen. Der Verzugszins werde ab dem Datum der ersten nachgewiesenen Mahnung geltend gemacht (act. 1 Rz. 23). Die Beklagte wendet dagegen nur ein, weder ein Vertrag noch eine Forderung seien rechtsgültig zustande gekommen. Folglich würden auch keine Verzugszinsen und auch keine "Spesen" entstehen (act. 8 Rz. 43). Dass sie die 4 Kontoauszüge der A._____ AG bekommen hat, bestätigt die Beklagte (act. 8 Rz. 11) und bestreitet deren Zustellung auch auf Hinweis der Anerkennung durch die Klägerin (act. 28 Rz. 19) nicht (act. 32 Rz. 32), sondern verwehrt sich nur gegen die Zustellung von Rechnungen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte die 4 von der Klägerin eingereichten Kontoauszüge (act. 4/10-13) erhalten hat, selbst wenn sie in der Duplik entgegen ihrer Anerkennung erklärt, die Klägerin habe

erstmals am 26. Mai 2009 einen Kontoauszug im Sinne einer Mahnung an die Beklagte gesendet (act. 32 Rz. 15). Der Preis für die Mitgliedschaft für das erste Jahr von CHF 60'000.– ist gemäss Membership-Vertrag mit Abschluss der Vereinbarung zu bezahlen (act. 4/6 S. 2). Die Fälligkeit trat aber gemäss Darstellung der Klägerin für CHF 20'000.– am 4. März 2009 (act. 28 Rz. 50) und für die weiteren CHF 20'000.– am 25. März 2009 (Kontoauszüge, act. 4/10-13) ein. Da die Klägerin auf den gesamten, eingeklagten Betrag von CHF 40'000.– ab 13. März 2009 Zins zu 5 % verlangt, ist die Beklagte auch bei den am 4. März 2009 fälligen CHF 20'000.– erst ab diesem Da-

- 28 - tum zur Zahlung von Zins zu 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR) zu verpflichten. Die zweiten CHF 20'000.– sind sodann ab dem 26. März 2009 mit 5 % zu verzinsen, da dieser Teilbetrag gemäss den Kontoauszügen der Klägerin am 25. März 2009 fällig wurde.

E. 6.3

Die Klägerin verlangt gemäss Rechtsbegehren die vollumfängliche Beseitigung des in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 29. Juli 2009) von der Beklagten erhobenen Rechtsvorschlages (act. 1 S. 2). Aufgrund dieses Begehrens ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 29.07.2009) im Umfang des zugesprochenen Betrages von CHF 40'000.– nebst Zins zu 5 % auf CHF 20'000.– seit 13. März 2009 und auf CHF 20'000.– seit 26. März 2009 aufzuheben.

E. 6.4

Die Betreuungskosten sind im verlangten Betrag von CHF 132.– gemäss Zahlungsbefehl vom 29. Juli 2009 (act. 4/17) ausgewiesen und der Klägerin zuzusprechen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens liegt bei CHF 40'000.–. 2. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beklagten aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Ferner ist die Beklagte zur Leistung einer Prozessentschädigung inklusive CHF 420.– Weisungskosten (act. 3) an die Klägerin zu verpflichten (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

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