



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichterinnen Dr. Eliane Ganz, Dr. Myriam Gehri und Ursula Mengelt Steiner sowie die Gerichtsschreiberin Dr. Melanie Gottini

Urteil vom 17. Februar 2023

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren gemäss Klageschrift:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 287'032.80 zuzüglich jährlich 5% Zins seit 01.01.2018 zu zahlen.
2. In der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 18.04.2018) sei der Rechtsvorschlag im Umfang von CHF 287'032.80 Volumenprovision zuzüglich 5% Zins seit 01.01.2018 zu beseitigen und die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,7% Mwst zu Lasten der Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 42 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 286'911 zuzüglich jährlich 5% Zins seit 31.01.2018 zu zahlen.
2. In der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 18.04.2018) sei der Rechtsvorschlag im Umfang von CHF 286'911 Volumenprovision zuzüglich 5% Zins seit 31.01.2018 zu beseitigen und die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,7% Mwst zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in C._____, welche gemäss Handelsregistereintrag den Verkauf und die Vermittlung von ..., den Verkauf und die Vermittlung von ... den Handel und die Vermittlung von ... sowie Import und Export im In- und Ausland bezweckt.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche gemäss Handelsregistereintrag die Erbringung von ..., den Erwerb, das Halten, die Verwaltung

und die Veräusserung von Vermögenswerten sowie die ..., insbesondere die Gewährung von ... bezweckt.

b. Hintergrund und Prozessgegenstand

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob die Beklagte der Klägerin Volumenprovisionen für Kreditverträge schuldet, welche die Klägerin der D._____ AG (nachfolgend D._____) vermittelt hat.

Die Klägerin macht geltend, sie habe am 20. Juni 2016 mit der D._____ einen Kreditvermittlungsvertrag abgeschlossen. Neben den Kreditprovisionen sei in diesem Vertrag auch eine jährlich geschuldete Volumenprovision vereinbart worden. Die D._____ sei im Sommer 2017 in Zahlungsschwierigkeiten geraten und habe die Kreditprovisionen nicht mehr bezahlt; auch die per Jahresende 2017 fälligen Volumenprovisionen seien gefährdet gewesen. Anlässlich einer Besprechung am 5. September 2017 habe sodann die Beklagte diese Schuld der D._____ mittels schriftlicher Vereinbarung übernommen und sei nunmehr Schuldnerin der Volumenprovision, welche an die Klägerin zu leisten sei.

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, sie habe bis anhin keine Kenntnis von dem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der D._____ sowie mit diesem zusammenhängenden Vorgängen gehabt und setze sich im Rahmen des vorliegenden Verfahrens erstmals damit auseinander. Als aussenstehende Dritte sei sie grundsätzlich nicht verpflichtet, der Klägerin Ansprüche aus dem Vertrag mit der D._____ zu vergüten. Sodann bestreitet die Beklagte die behauptete Schuldübernahme sowie jeglichen rechtsverbindlichen Charakter der anlässlich der Besprechung vom 5. September 2017 verfassten «Handnotiz». Dementsprechend sei sie nicht Schuldnerin der von der Klägerin geforderten Volumenprovision, deren Bestand sie eventualiter ebenfalls bestreitet.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 22. Februar 2019 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage rechtshängig (act. 1; act. 2; act. 3/2-30). Mit Verfügung vom 25. Februar 2019 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten

einen Vorschuss von CHF 16'500.– zu leisten (act. 4). Die Klägerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (vgl. act. 6). Mit Verfügung vom 3. April 2019 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung ihrer schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 7). Mit Schreiben vom 23. April 2019 teilte der vormalige Rechtsvertreter der Beklagten mit, dass sein Mandatsverhältnis mit sofortiger Wirkung erloschen sei und die Beklagte fortan von Rechtsanwalt Dr. Y._____ vertreten werde (act. 9). Die Klageantwort erging sodann fristgerecht (act. 11; act. 10; act. 12/2-5). Mit Verfügung vom 25. Juni 2019 wurde die Prozessleitung an Oberrichter Dr. Daniel Schwander als Instruktionsrichter delegiert (act. 13). Die zunächst für den 30. August 2019 angesetzte Vergleichsverhandlung (vgl. act. 15) musste aufgrund der Verhandlungsunfähigkeit des Geschäftsführers der Klägerin (vgl. act. 17) auf den 25. Oktober 2019 verschoben werden (vgl. act. 19). Die Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung (vgl. Prot. S. 7 f.). Nachdem die Klägerin anlässlich der Vergleichsverhandlung um informelle Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum Eingang der Klageantwort im Parallelverfahren HG190121 zwecks nachfolgender gemeinsamer Vergleichsverhandlung gebeten hatte und sich die Beklagte sowie die Gerichtsdelegation mit diesem Vorgehen einverstanden erklärt hatten, wurde das Verfahren informell sistiert (vgl. Prot. S. 8). Da es im Parallelverfahren in der Folge zum Abschluss eines Vergleichs kam, wurde die beabsichtigte gemeinsame Vergleichsverhandlung hinfällig (vgl. act. 24). Aufgrund aussergerichtlicher Vergleichsbemühungen wurde die informelle Sistierung zunächst bis zum 20. Januar 2020 und sodann bis zum 17. Februar 2020 verlängert (act. 25 f.). Schliesslich wurden die Parteien für eine zweite Vergleichsverhandlung am 27. April 2020 vorgeladen (vgl. act. 27). Die Verhandlung wurde mit vorgängigem Einverständnis der Parteien als Videokonferenz durchgeführt (vgl. Prot. S. 9). Anlässlich der Vergleichsverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt, der mit Einverständnis der Parteien den Rechtsvertretern sowie E._____ (Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten mit Einzelunterschrift) per E-Mail zugestellt, von den Rechtsvertretern unterzeichnet und anschliessend dem Gericht zugestellt wurde (Prot. S. 10 f.; act. 28-35). In der Folge wurde die Widerrufsfrist aufgrund übereinstimmenden Ersuchens der Parteien zweimal verlängert (act. 37 f.). Mit Eingabe vom 28. August 2020 widerrief

die Beklagte den Vergleich innert der verlängerten Frist (act. 39). Daraufhin wurde der Klägerin am 31. August 2020 Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 40). Am 2. November 2020 reichte die Klägerin fristgerecht ihre Replik ein (act. 42; act. 43/17 f., 31-59), welche der Beklagten mit Verfügung vom 11. November 2020 zugestellt wurde (act. 44). Gleichzeitig wurde ihr Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt. Die Duplik erfolgte fristgerecht am 1. Februar 2021 (act. 46) und wurde der Klägerin mit Verfügung vom 4. Februar 2021 und unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt (act. 47). Mit Beschluss vom 13. Juli 2021 ordnete das Gericht eine Beweisabnahme (Zeugenbefragungen, schriftliche Auskünfte sowie Editionen zu verschiedenen Beweisthemen) an (act. 49). Gestützt auf diesen Beschluss ersuchte das Gericht sodann mit Schreiben vom 14. Juli 2021 den Verein zur Führung einer Zentralstelle für Kreditinformation (nachfolgend ZEK) um schriftliche Auskunftserteilung (act. 51). Mit Schreiben vom 22. Juli 2021 teilte die F._____ AG mit, dass die vom Editionsbeschluss erfasste Kontonummer im fraglichen Zeitraum keiner Beziehung zugeordnet werden könne (act. 53). Mit Schreiben vom 14. September 2021 teilte der ZEK – nach erstreckter Frist (act. 57) – mit, aus verschiedenen Gründen keine Auskunft erteilen zu können (act. 59). Am 7. Oktober 2021 fand die Instruktionsverhandlung (Beweisabnahme) statt, im Rahmen derer drei Zeugen befragt wurden (Prot. S. 21 ff.). Mit Eingabe vom 14. Oktober 2021 stellte die Klägerin zwei neue Beweisanträge (act. 64). Die Stellungnahme der Beklagten erfolgte innert der angesetzten Frist (act. 66; act. 68). Mit Beschluss vom 27. Dezember 2021 wurden die neuen Beweisanträge der Klägerin abgewiesen (act. 70). Sodann wurde der Beklagten mit Verfügung vom 16. Februar 2022 Frist zur Einreichung von Unterlagen gemäss Beschluss vom 13. Juli 2021 (act. 49) angesetzt (act. 72). Die Beklagte teilte mit Eingabe vom 10. März 2022 mit, dass die zu edierenden Unterlagen nicht existierten bzw. sie nicht darüber verfüge und sie dementsprechend nichts edieren könne (act. 74). Mit Verfügung vom 14. März 2022 wurde der D._____ Frist zur Einreichung der Urkunde gemäss Beschluss vom 13. Juli 2021 (act. 49) angesetzt (act. 75). Daraufhin reichte die D._____ mit Eingabe vom 17. März 2022 verschiedene Unterlagen ein (act. 78; act. 79/1-4). Mit Beschluss vom 9. Juni 2022 ordnete das Gericht eine weitere Beweisabnahme (Zeugenbefragungen) an (act. 81). Die mit Beschluss

vom 9. Juni 2022 sowie Beschluss vom 14. August 2022 (act. 91) verlangten Kostenvorschüsse gingen fristgerecht ein (vgl. act. 86 und act. 93). Am 9. September 2022 fand erneut eine Instruktionsverhandlung (Beweisabnahme) statt, im Rahmen derer zehn Zeugen befragt wurden (Prot. S. 74 ff.). Mit E-Mail-Nachricht vom 14. September 2022 zog die Klägerin die noch nicht einvernommenen Zeugen gemäss Beschluss vom 9. Juni 2022 als Beweismittel zurück (act. 95), woraufhin die entsprechenden Vorladungen abgenommen wurden. Mit Verfügung vom 19. September 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen (act. 96). Auf entsprechendes Ersuchen der Klägerin (act. 98) wurde diese Frist mit Verfügung vom 1tt.mm.2022 erstreckt (act. 100). Die Eingaben der Parteien erfolgten sodann fristgerecht (act. 102 f.).

Nach Erhalt der Verfügung vom 23. Dezember 2022 (act. 104) erklärte die Beklagte, auf die Hauptverhandlung zu verzichten (act. 106). Die Klägerin liess sich nicht vernehmen. Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Für Klagen aus Vertrag ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist (Art. 31 ZPO). Vorliegend ist strittig, ob die Parteien eine verbindliche Vereinbarung geschlossen haben. Diese Streitfrage ist sowohl für die Frage der Zuständigkeit des hiesigen Gerichts als auch für die Frage der materiellen Begründetheit der Klage relevant. Es liegt somit eine doppelrelevante Tatsache vor, weshalb grundsätzlich auf die Vorbringen der Klägerin abzustellen (vgl. BGE 141 III 294 E. 5) und deshalb von einem gültigen Vertrag auszugehen ist. Damit ist die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts gestützt auf Art. 31 ZPO zu bejahen. Sodann bliebe das hiesige Gericht auch gestützt auf den allgemeinen

Sitzgerichtsstand (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO) und zufolge Einlassung (Art. 18 ZPO) zuständig.

1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH.

1.2. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Damit ist auf die Klage einzutreten.

1.3. Klageänderung

Mit der Replik hat die Klägerin ihr Rechtsbegehren geändert und zum einen die eingeklagte Summe reduziert (act. 42 S. 2). Zum anderen fordert die Klägerin den Verzugszins von 5% auf die eingeklagte Forderung neu erst seit 31. (statt seit 1.) Januar 2018 (act. 42 S. 2). Eine solche Beschränkung der Klage ist gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO jederzeit zulässig; das angerufene Gericht bleibt zuständig. Beschränkt der Kläger seine Klage (in quantitativer oder qualitativer Hinsicht), erklärt er einen teilweisen Klagerückzug i.S.v. Art. 241 Abs. 1 ZPO (WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2017, Art. 227 ZPO N 50).

2. Vorbemerkungen zur Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Es ist an der Person, welcher die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), die Tatsachen hinreichend darzutun und zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2.b; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen, vollständigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsa-

chen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGE 127 III 365 E. 2.b; BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., 2016, Art. 55 N 21 m.w.H.). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt (BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 152 N 30). Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen und dazugehörige Beweisanträge zu stellen, dass darüber Beweis abgenommen werden könnte und substantiiertes Bestreiten möglich ist (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1 m.H.; BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 m.H.; BGE 127 III 365 E. 2.b m.H.). Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Ein Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ungenügende Parteivorbringen nachträglich zu vervollständigen (BGE 108 II 337 E. 3 m.w.H.).

Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Die Gegenpartei hat im Einzelnen darzutun, welche behaupteten Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Bei detaillierten Behauptungen genügen pauschale Bestreitungen nicht. Dies erlaubt dem Gericht, ausser die Bestreitungen werden an anderer Stelle ausgeführt, von unbestrittenen Tatsachen auszugehen (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1; BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3; WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N 191; KILLIAS, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner

Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 222 N 17). Bei einer Tatsache, welche eine Partei direkt betrifft, genügt eine pauschale Bestreitung indes nicht, weil dieser Partei eine substantiierte Bestreitung möglich und zumutbar wäre, da sie die Verhältnisse genau kennt. Vielmehr trifft die entsprechende Partei in dieser Hinsicht eine qualifizierte Bestreitungslast (vgl. zum Ganzen BGer 4A_614/2014 E. 6.4.3.3. a.E.; BGer 4A_709/2011 E. 3.2.; je mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Handelsgerichts HG190069 vom 17. August 2020 E. 2.3; Urteil des Handelsgerichts HG150211 vom 20. Juni 2018 E. 11.2.3).

3. Zustandekommen des Vertrags

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass am 5. September 2017 eine Besprechung stattgefunden hat, an der G._____ (vom tt.mm.2017 bis tt.mm.2017 Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten sowie vormaliger CEO und Hauptaktionär der D._____), E._____ (seit tt.mm.2017 Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten), H._____ (Gesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin) sowie I._____ (Mitarbeiter der Klägerin) teilgenommen haben (act. 1 Rz. 10; act. 11 Rz. 28; act. 42 Rz. 36).

3.2. Streitpunkte

3.2.1. Unterschiedlicher Auffassung sind die Parteien hinsichtlich der anlässlich der Sitzung vom 5. September 2017 besprochenen Thematik sowie der Frage, ob das in diesem Rahmen verfasste und unterzeichnete Dokument eine rechtsverbindliche Vereinbarung zwischen den Parteien darstellt.

3.2.2. Die *Klägerin* macht geltend, sie und die Beklagte hätten am Ende der Sitzung vom 5. September 2017 eine handschriftliche Vereinbarung unterzeichnet, unter anderem mit dem Inhalt, dass die Beklagte die aus dem Vertrag der Klägerin mit der D._____ geschuldeten Volumenprovisionen per 31. Dezember 2017 an die Klägerin bezahle (act. 1 Rz. 10 mit Hinweis auf act. 3/16). Unterschrieben hätten die Vereinbarung E._____, G._____ und H._____ (act. 1 Rz. 10). Rechtlich unverbindlich seien lediglich Ziff. 3 und 4 der Vereinbarung, nicht aber Ziff. 1 und 2, was den unterzeichnenden Personen klar gewesen sei (act. 1 Rz. 10.b, 11).

Bei Ziff. 2 der Vereinbarung vom 5. September 2017 handle es sich um eine private Schuldübernahme durch die Beklagte (act. 42 Rz. 29.c, 34.c). Die Beklagte habe die für die Berechnung der Kredit- und Volumenprovisionen wesentlichen Vertragsbestimmungen gekannt und habe die Vereinbarung vom 5. September 2017 nicht blind unterschrieben (act. 42 Rz. 4.b).

3.2.3. Die *Beklagte* bestreitet den rechtsverbindlichen Charakter des genannten Dokuments. Es handle sich lediglich um handschriftliche Gesprächsnotizen, welche H._____ anlässlich eines informellen Gesprächs über eine potentielle zukünftige geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien am 5. September 2017 verfasst habe (act. 11 Rz. 28 ff.). Sie habe keinerlei Kenntnis von den Hintergründen, der Aushandlung, den Erfüllungshandlungen sowie allen weiteren Vorgängen im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der D._____ (act. 11 Rz. 6). Jeglicher Zusammenhang zwischen der Handnotiz und dem Kreditvermittlungsvertrag wird bestritten (act. 46 Rz. 42). Ziff. 2 der Handnotiz sei – falls überhaupt rechtlich relevant – als kumulative, nicht als private Schuldübernahme zu werten (act. 46 Rz. 78, 120, 129-131).

3.2.4. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die Parteien anlässlich des Gesprächs vom 5. September 2017 eine rechtsverbindliche Vereinbarung geschlossen haben. Inhaltlich geht es um die Frage, ob die Beklagte die Schuld eines Dritten (der D._____) gegenüber der Klägerin in irgendeiner Form übernommen hat.

3.3. Rechtliches

3.3.1. Schuldübernahme

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen interner und externer Schuldübernahme. Die interne Schuldübernahme ist ein Vertrag zwischen Schuldner und Schuldübernehmer, in welchem der Schuldübernehmer verspricht, den Schuldner von seiner Schuld dem Gläubiger gegenüber zu befreien, und die gegenüber dem Gläubiger ohne Wirkung bleibt (vgl. Art. 175 OR; TSCHÄNI/GABERTHÜEL, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 175 N 1). Bei der externen Schuldübernahme ist sodann zu differenzie-

ren zwischen der privativen und der kumulativen Schuldübernahme: Art. 176 OR regelt die privative Schuldübernahme, bei welcher der bisherige Schuldner frei wird, während der Übernehmer aufgrund eines Vertrags mit dem Gläubiger zum neuen Schuldner wird (TSCHÄNI/GABERTHÜEL, a.a.O., Art. 176 N 1). Bei einer kumulativen Schuldübernahme, die im Gesetz nicht speziell geregelt ist, liegt normalerweise ein Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger vor, wonach der Übernehmer die Schuld solidarisch neben dem bisherigen Schuldner mitübernimmt (TSCHÄNI/GABERTHÜEL, a.a.O., Art. 176 N 2). Ob im Einzelfall eine privative oder eine kumulative Schuldübernahme vorliegt, muss unter Umständen aufgrund einer Auslegung ermittelt werden (TSCHÄNI/GABERTHÜEL, a.a.O., Art. 176 N 2).

Privative wie auch kumulative Schuldübernahmen beruhen demnach auf einem Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger, für den grundsätzlich die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln gelten (für die privative Schuldübernahme vgl. SCHAUFELBERGER/KELLER, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], OFK OR, 3. Aufl., 2016, Art. 176 N 3). Sowohl die privative als auch die kumulative Schuldübernahme ist grundsätzlich formfrei möglich (BGE 129 III 702, E. 2.2; REETZ/BURRI, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 1-183 OR, 3. Aufl., 2016, Art. 175 N 10; SPIRIG, in: Gauch [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Art. 175-183 OR, 3. Aufl., 1994, Vorbem. zu Art. 175-183 N 121; TSCHÄNI/GABERTHÜEL, a.a.O., Art. 176 N 7).

Die Wirkung der privativen Schuldübernahme besteht nach dem oben Gesagten in der Befreiung des bisherigen Schuldners sowie der Verpflichtung des Übernehmers und entspricht im Ergebnis einem Schuldnerwechsel. Demgegenüber liegt die Hauptwirkung der kumulativen Schuldübernahme in einer Verstärkung der Position des Gläubigers; sie übernimmt damit die Funktion eines Sicherungsmittels für den Gläubiger und bedarf wiederum der Abgrenzung von der Bürgschaft und vom Garantievertrag (REETZ/BURRI, a.a.O., Art. 175 N 11).

Der Garantievertrag ist in Art. 111 OR geregelt: Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus ent-

standenen Schadens verpflichtet. Zweck des Garantievertrags ist, entgegen dem missverständlichen Randtitel («Vertrag zu Lasten eines Dritten»), die Sicherung einer fremden Leistung (sog. Personalsicherheit; LARDI/VANOTTI, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, 1. Aufl., 2014, Art. 111 N 1). Beim Garantievertrag verspricht der Schuldner (Promittent) dem Gläubiger (Promissar) die Leistung eines Dritten. Erbringt der Dritte die vom Promittenten versprochene Leistung nicht, so hat der Promissar einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Promittenten. Der Promittent handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, während der Dritte nicht Vertragspartei ist und somit daraus keineswegs (mit-)verpflichtet wird (LARDI/VANOTTI, a.a.O., Art. 111 N 1 m.w.H.). Die Garantie begründet eine selbstständige, von den versprochenen Leistungen des Dritten an sich unabhängige Verpflichtung (LARDI/VANOTTI, a.a.O., Art. 111 N 7; BGE 113 II 434 E. 2.b).

Mit der Bürgschaft übernimmt der Bürge gegenüber dem Gläubiger die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die Bürgschaftsverpflichtung setzt den Bestand einer anderen (der sicherzustellenden) Verpflichtung voraus (BGE 129 III 702 E. 2.1). Sie ist dieser beigeordnet und hängt in Bestand und Inhalt notwendigerweise von ihr ab; die Bürgschaft ist akzessorisch und sichert die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrags (BGE 129 III 702 E. 2.1 m.w.H.). Die kumulativ übernommene Schuld ist hingegen nicht akzessorisch zur bisherigen; sie besteht für sich selbst und unabhängig von der ursprünglichen Schuld (TSCHÄNI/GABERTHÜEL, a.a.O., Art. 176 N 2). Das bedeutet insbesondere, dass der Gläubiger über jede Forderung einzeln verfügen kann (z.B. Erlass, Abtretung etc.; TSCHÄNI/GABERTHÜEL, a.a.O., Art. 176 N 2 m.w.H.). Bürgschaft wie kumulative Schuldübernahme bewirken eine Verstärkung der Position des Gläubigers und beruhen insoweit oftmals auf identischen wirtschaftlichen Überlegungen (BGE 129 III 702 E. 2.2). Auszugehen ist in rechtlicher Hinsicht davon, dass Inhalt und Rechtsgrund der Bürgenschuld von denjenigen der Hauptschuld verschieden sind, wogegen der Mitübernehmer sich gleich dem ursprünglichen Schuldner verpflichtet, d.h. diesem als Gesamtschuldner beitrifft. Rechtsgrund der Verpflichtung ist im ersten Fall das Einstehen für die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners,

im zweiten die eigenständige Befriedigung des Gläubigers (BGE 129 III 702 E. 2.2). Die Abgrenzung von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme ist fließend und insbesondere deshalb von Bedeutung, weil der Garantievertrag und die kumulative Schuldübernahme formfrei vereinbart werden können, wohingegen für die Bürgschaft besondere Formvorschriften zu beachten sind (vgl. Art. 493 OR; BGE 129 III 702 E. 2.2).

3.3.2. Konsens

Der Abschluss eines Vertrags bedarf gemäss Art. 1 Abs. 1 OR der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt im schweizerischen Vertragsrecht bei Fragen des Konsenses und der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen (BGer 4D_71/2017 vom 31. Januar 2018 E. 5.1). Es obliegt folglich dem Gericht, zunächst den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, gegebenenfalls empirisch auf Grund von Indizien. Dabei handelt es sich um eine Tatfrage (BGer 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1; Urteil des Handelsgerichts HG120019 vom 8. Juli 2014 E. 2.3.2).

Der wirkliche Wille der Parteien wird anhand der gängigen Auslegungsmittel (Wortlaut, Systematik, Vorverhandlungen, nachvertragliches Verhalten, wirtschaftlicher Sinn des Vertrags etc.) ermittelt (ZR 116/2017 Nr. 40 S. 134 f.). Das primäre Auslegungsmittel bildet der Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Erklärungen bzw. des Vertragstextes. Eine Hierarchie der Auslegungsmittel besteht zwar nicht, jedoch kommt dem Wortlaut im Verhältnis zu den übrigen Auslegungsmitteln ein Vorrang zu, wenn letztere keinen sicheren Schluss auf einen anderen Sinn erlauben. Insoweit wird also vermutet, dass der Wortlaut einer Vertragsurkunde den Willen der Parteien richtig wiedergibt (Urteil des Handelsgerichts HG140183 vom 12. November E. 4.3.4.4. m.H.). Selbst bei einem eindeutigen Auslegungsergebnis ist aber zu prüfen, ob der ermittelte Wortsinn nicht durch andere Indizien in Frage gestellt oder ausgeschlossen wird. Ein zentrales Indiz stellt dabei das nachvertragliche Partieverhalten dar. Dieses ist jedoch nur insofern zu berücksichtigen, als daraus Rückschlüsse auf die Willenslage bei Ver-

tragsschluss zu ziehen sind; in diesem Zusammenhang werden insbesondere Erfüllungshandlungen der Parteien, Geltenlassen des Vertrags sowie die gesamte Art und Weise der Vertragsabwicklung genannt (BGer 4C.100/2003 vom 26. August 2013 E. 2.2.; WIEGAND, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 18 OR N 29).

Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung fehlt oder unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Ermittlung der Bedeutung, die den Willenserklärungen der Parteien beim Abschluss eines Vertrags nach Treu und Glauben zukommt, stellt eine Rechtsfrage dar (BGer 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1; BGE 121 III 118 E. 4.b.aa; Urteil des Handelsgerichts HG120019 vom 8. Juli 2014 E. 2.3.2.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, in: Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Art. 18 OR - Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., 2014, N 314 ff.).

Diese objektivierende oder normative Auslegung knüpft an den geäusserten Willen an (WIEGAND/HURNI, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, 2014, Art. 1 N 18; BGE 117 II 273 E. 5 m.w.H.). Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung (BGE 132 III 626 E. 3.1 m.w.H.). Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist zwar primär vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Deren einzelne Teile sind jedoch nicht isoliert, sondern im Zusammenhang zu betrachten. Zu berücksichtigen sind zudem die dem Empfänger bekannten Umstände, unter welchen die Erklärung abgegeben worden ist (BGE 113 II 49 E. 1.a und b m.w.H.). Daraus kann sich ergeben, dass der Empfänger einzelne Aussagen des Erklärenden nicht in ihrer wörtlichen Bedeutung verstehen durfte, sondern in einem anderen Sinne auffassen musste (vgl. BGE 133 III 61 E. 2.2.1; BGE 131 III 280 E. 3.1). Zudem hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Partei-

en eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGer 4A_579/2017 vom 7. Mai 2018 E. 5.2.2.1; BGE 126 III 119 E. 2.c; BGE 122 III 420 E. 3.a).

Der durch Übereinstimmung der Willensäusserungen erzielte Konsens muss alle wesentlichen Vertragspunkte umfassen (BGE 97 II 53 E. 3 mit Hinweis auf BGE 68 II 229 E. 1). Dies sind zunächst alle objektiv wesentlichen Punkte (WIEGAND/HURNI, a.a.O., Art. 1 N 21 auch zum Folgenden). Die herrschende Meinung versteht darunter die *essentialia negotii*, d.h. die den jeweiligen Vertragstyp bestimmenden, bei den Nominatkontrakten im Gesetz geregelten begriffsnotwendigen Elemente. Bei Innominatkontrakten soll es genügen, wenn der Zweck der Vereinbarung und die zu erbringenden Leistungen hinreichend bestimmt sind. Dies entspricht der von der Mindermeinung für alle Verträge vertretenen Auffassung, dass eine Einigung über den Geschäftskern genüge. Der Konsens muss zudem allfällige subjektiv wesentlichen Punkte umfassen. Darunter sind solche zu verstehen, ohne die zumindest eine Partei den Vertrag nicht oder nicht so geschlossen hätte.

Bei Uneinigkeit über den Vertragsinhalt bzw. wenn die Parteien einen voneinander abweichenden tatsächlichen Konsens behaupten, ist zunächst mittels objektiver Auslegung zu ermitteln, wie die Parteierklärungen normativ zu verstehen sind und 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 und es für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis bleibt (Urteil des Handelsgerichts HG180091 vom 7. April 2020 E. 2.1.2. mit Hinweis auf BGer 4A_683/2011 E. 5.1 f.; Urteil des Handelsgerichts HG120019 vom 8. Juli 2014 E. 2.3.3 mit Hinweis auf BGE 121 III 118 E. 4.b.aa; vgl. auch JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N 36 und 45; MÜLLER, Berner Kommentar Art. 1-18 OR, 2018, Art. 18 N 297). Im Rahmen der subjektiven Auslegung prüft das Gericht, ob Beweise bzw. Indizienbeweise dafür vorliegen, dass die Parteien tatsächlich einen vom Ergebnis der objektivierten Auslegung abweichenden Willen hatten. Eine derartige Abweichung lässt sich nur durch Umstände rechtfertigen, die bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip

nicht berücksichtigt werden (BGer 4A_571/2012 und 4A_579/2012 vom 18. März 2013, E. 4.2.2; siehe auch JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N 368).

Im Eventualstandpunkt behauptet die Beklagte einen tatsächlichen Konsens, der vom behaupteten Konsens der Klägerin abweicht. Insbesondere geht die Beklagte von einer kumulativen Schuldübernahme aus, während die Klägerin eine private Schuldübernahme geltend macht. Trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden tatsächlichen Vertragswillens ist vorliegend daher zunächst eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen und zu prüfen, ob ein normativer Konsens besteht.

3.3.3. Wissenszurechnung

Die Regeln über die Wissenszurechnung bestimmen, ob sich die Gesellschaft im Innenverhältnis das Wissen eines ihrer Organe als eigenes zurechnen lassen muss. Nach Art. 55 Abs. 2 ZGB verpflichten die Organe die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss sich die juristische Person auch das Wissen ihrer Organe entgegenhalten lassen (BGer 2C_245/2018 E. 6.1 m.w.H.). Wenn eine Person als Organ Kenntnis über gewisse Tatsachen erhält, kann diese Kenntnis grundsätzlich der juristischen Person entgegengehalten werden (BGE 124 III 418 E. 1.b). Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die lange Zeit vorherrschende «Theorie der absoluten Wissensvertretung» verworfen und ist zu einer funktionalen Betrachtung übergegangen (vgl. VON DER CRONE/REICHMUTH, in: SZW 4/2018, S. 406 ff.). Auch private bzw. aus privater Quelle stammende Kenntnisse sind nach diesem Ansatz der juristischen Person zuzurechnen, sofern die Information aus Sicht des Wissensträgers für die Organisation von Bedeutung und daher weiterzuleiten sind, wobei jeweils die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (ABEGGLEN, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil., 2004, S. 208; VON DER CRONE/REICHMUTH, a.a.O., S. 413).

3.4. Normativer Konsens

3.4.1. Vereinbarung vom 5. September 2017 (Wortlaut)

Für die Ermittlung des normativen Konsenses ist vom Wortlaut der Vereinbarung auszugehen. Der Wortlaut der vorliegenden Vereinbarung ist äusserst knapp und teilweise stichwortartig. Das von der Klägerin ins Recht gelegte und als Vertrag bezeichnete Schriftstück vom 5. September 2017 (act. 6/16) ist handschriftlich verfasst und weist von eins bis vier nummerierte Absätze auf. Ziff. 3 und 4 beinhalten lediglich Absichtserklärungen, aus denen nach Treu und Glauben keine Rechte und Pflichten abgeleitet werden können, was denn auch die Klägerin zu Recht nicht behauptet. Für das vorliegende Verfahren relevant sind hingegen Ziff. 1 und 2, wobei die Klägerin die eingeklagte Forderung auf Ziff. 2 stützt und sich für die Begründung zum Teil auch auf Ziff. 1 stützt. Der Wortlaut von Ziff. 1 lautet wie folgt: «Akonto 700'000 CHF per 5.9.17», während Ziff. 2 Folgendes festhält: «Volumenprovisionen wird bezahlt per 31.12.17 von B._____» (act. 3/16). Weiter ist das Schriftstück mit einer Ortsangabe versehen und datiert («C._____, 5.9.17») sowie mit insgesamt drei Unterschriften unterzeichnet. Auf der linken Seite befinden sich zwei Unterschriften unter der unterstrichenen Bezeichnung der Beklagten («B._____ AG»). Diese beiden Unterschriften stammen gemäss übereinstimmenden Ausführungen der Parteien von E._____ und G._____. Unter diesen Unterschriften befindet sich eine Klammerbemerkung mit den Worten «autorisierte Firmenunterschrift», wobei das erste Wort nicht vollständig erkennbar ist. Auf der rechten Seite ist der Name der Klägerin aufgeführt («A._____ GmbH»). Darunter hat nach übereinstimmenden Ausführungen der Parteien H._____ unterschrieben.

Die Parteien eines möglichen Vertrags ergeben sich damit eindeutig aus act. 3/16. Es sind dies die Klägerin und die Beklagte. Daran ändert auch die Tatsache, dass der Verfasser des Dokuments in Ziff. 2 zunächst die J._____ AG aufgeführt hat, nichts, zumal dieser Name klar durchgestrichen ist und durch die Beklagte («B._____») ersetzt wurde. Ein fehlender rechtlicher Bindungswille lässt sich aus den von der Beklagten angeführten Umständen (namentlich der handschriftlichen Form und der knappen Formulierung von act. 3/16) nach Treu und

Glauben nicht ableiten. Es wird in Ziff. 2 vielmehr vorbehalts- und bedingungslos festgehalten, dass die Beklagte die «Volumenprovision» bezahlt. Richtig, aber unbehelflich ist sodann der Einwand der Beklagten, dass G._____ zum Zeitpunkt der Unterzeichnung am 5. September 2017 (noch) nicht für die Beklagte zeichnungs-berechtigt war. Dies ist unbestritten und ergibt sich aus dem Handelsregis-tereintrag der Beklagten (act. 12/3). Allerdings war E._____ zu diesem Zeitpunkt Präsident des Verwaltungsrates der Beklagten und – entgegen der Behauptung der Beklagten – einzelzeichnungsberechtigt. Erst ab dem 10. Oktober 2017 (vgl. Art. 936a Abs. 1 OR) war E._____ nur noch kollektivzeichnungsberechtigt. Dem-nach war er am 5. September 2017 vertretungsberechtigt und konnte die Beklagte mit seiner alleinigen Unterschrift rechtsgültig verpflichten. Dass die Vereinbarung zusätzlich von dem zu diesem Zeitpunkt noch nicht zeichnungs-berechtigten G._____ unterzeichnet wurde, ist insofern nicht von Relevanz, zeigt aber immer-hin, dass die entsprechende Geschäftsentscheidung bereits unter Einbezug des künftigen Verwaltungsratsmitglieds der Beklagten getroffen wurde. Eine derart formelle Unterzeichnung wie diejenige der vorliegenden Vereinbarung mit Orts- und Datumsangabe sowie Bezeichnung des Unternehmens und Unterschrift zeichnungs-berechtigter Personen spricht unter Berücksichtigung des Vertrauens-grundsatzes nicht für eine bedeutungslose Gesprächsnotiz. Sinn und Zweck be-steht nach Treu und Glauben vielmehr darin, einen Rechtsbindungswillen auszu-drücken. Für eine informelle Unterzeichnung eines Sitzungsprotokolls oder Ähnli-chem würden etwa blosse Unterschriften der teilnehmenden Personen oder deren Visierung mit einem Kürzel sprechen. Ferner passt auch der Wortlaut der Verein-barung vom 5. September 2017 als Ganzes nicht zu einer reinen Gesprächsnotiz oder einem Sitzungsprotokoll: Die Vertragsparteien durften und mussten nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Vereinbarung eine rechtsverbindli-che Zahlungsverpflichtung der Beklagten beinhaltet.

Aus der Vereinbarung geht allerdings nicht hervor, zur Bezahlung welcher Volu-menprovision sich die Beklagte verpflichtet hat. Da keine der Parteien behauptet und aus den Akten auch nicht ersichtlich ist, dass die Beklagte der Klägerin ge-stützt auf einen direkt zwischen diesen Parteien abgeschlossenen (Kreditvermitt-lungs-) Vertrag Volumenprovisionen schuldet, muss es sich bei der in Ziff. 2 er-

wähnten Volumenprovision, zu deren Bezahlung sich die Beklagte per 31. Dezember 2017 verpflichtete, um eine Drittschuld handeln. Es stellt sich demnach die Frage, in welcher Form sich die Beklagte dazu verpflichtet hat, diese Schuld zu übernehmen.

Festzuhalten ist zunächst, dass ein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR sowie eine Bürgschaft nach Art. 492 ff. OR vorliegend ausser Betracht fallen. Weder wird die Leistung eines Dritten versprochen und für den Fall der Nichterfüllung eine Schadenersatzpflicht vereinbart, noch steht die Beklagte für die Erfüllung der Schuld eines Hauptschuldners und damit dessen Leistungsfähigkeit ein. Vielmehr geht es gemäss Ziff. 2 von act. 3/16 ausschliesslich um die eigenständige Befriedigung des Gläubigers, indem direkt und bedingungslos festgehalten wird, dass die Beklagte (und nur die Beklagte) die Volumenprovisionen per 31. Dezember 2017 bezahlt. Ferner sind auch die Parteien übereinstimmend der Auffassung, keinen Garantievertrag abgeschlossen und keine Bürgschaft begründet zu haben, sondern dass – wenn überhaupt – eine (privative oder kumulative) Schuldübernahme vorliegt.

Für eine privative Schuldübernahme bilden die Parteien und die zu übernehmende Schuld den objektiv wesentlichen Vertragsinhalt. Im Falle einer kumulativen Schuldübernahme (als Abweichung von der dispositiven Gesetzesbestimmung in Art. 175 OR) ist zudem objektiv wesentlich, dass sich der Übernehmer nicht nur an Stelle des bisherigen Schuldners, sondern zusätzlich zu diesem zum Schuldner des Gläubigers machen soll (vgl. TSCHÄNI/GABERTHÜEL, a.a.O., Art. 175 N 12).

Gemäss Wortlaut von Ziff. 2 des fraglichen Schriftstücks (act. 3/16) *bezahlt die Beklagte* die Volumenprovision per 31. Dezember 2017. Diese unbedingte und ausschliesslich auf die Beklagte bezogene Formulierung spricht unter Anwendung des Vertrauensprinzips dafür, dass die Beklagte die Schuld mit befreiender Wirkung für den Drittschuldner übernommen hat, mithin für eine privative Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR. Ferner ist nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass die Vertragsparteien – hätten sie eine kumulative Schuldübernahme vereinbaren wollen – dies auf irgendeine Weise in der Vereinbarung auf-

genommen hätten, zumal es sich bei diesem Aspekt um eine Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht (Art. 175 OR) handelt.

Unbehelflich ist sodann die Argumentation der Beklagten, die Vereinbarung vom 5. September 2017 (act. 3/16) bezeichne weder den ursprünglichen Schuldner, noch sei die zu übernehmende Schuld aufgrund des Schriftstücks bestimmt oder bestimmbar. Selbst wenn dies zuträfe, hätten sich gleich erfahrene Vertragsparteien mit den gleichen Kenntnissen wie die vorliegenden Parteien sicherlich nicht hinsichtlich einer erfundenen Schuld geeinigt. Aufgrund des Wortlauts der Vereinbarung musste beiden Parteien nach Treu und Glauben bewusst gewesen sein, zur Bezahlung welcher Volumenprovision sich die Beklagte verpflichtete. Dass die Schuld nicht detaillierter und der bisherige Schuldner nicht ausdrücklich in der Vereinbarung benannt werden, ändert nichts an der Tatsache, dass sich die Parteien rechtlich binden wollten bzw. gestützt auf das Vertrauensprinzip von einem rechtlichen Bindungswillen auszugehen ist, zumal eine Schuldübernahme auch formlos möglich wäre. Das schriftliche Festhalten der Vereinbarung dient im Grunde lediglich der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten.

Wie bereits erwähnt sind Ziff. 3 und 4 der Vereinbarung vom 5. September 2017 als unverbindliche Absichtserklärungen formuliert. Dieser Umstand spricht allerdings weder dafür noch dagegen, dass die Parteien mit Ziff. 2 (und Ziff. 1) rechtlich bindende Verpflichtungen eingegangen sind. Die Systematik des Vertrags bietet insofern für die Frage des Konsenses keine weiteren Anhaltspunkte.

Umstritten ist sodann, wer die Vereinbarung verfasst hat. Während die Klägerin sich auf den Standpunkt stellt, E._____ bzw. G._____ habe diese verfasst, behauptet die Beklagte, H._____ sei der Verfasser gewesen. Unbestritten ist lediglich, dass alle drei Personen die Vereinbarung unterzeichnet haben. Selbst wenn erwiesen wäre, dass E._____ bzw. G._____ oder H._____ die Vereinbarung verfasst hätte, würde dies nichts an den obigen Ausführungen ändern. Auch aus diesem Umstand ergeben sich demnach keine weiteren Anhaltspunkte für die Frage des Konsenses. Diesbezügliche Beweisabnahmen, namentlich das von der Klägerin verlangte Schriftgutachten, können folglich unterbleiben.

In Bezug auf den Gegenstand der Schuldübernahme ist Folgendes festzuhalten: Die Beklagte hat sich per 31. Dezember 2017 zur Bezahlung einer in der Vereinbarung selbst nicht näher bestimmten Volumenprovision an die Klägerin verpflichtet. Wie bereits festgehalten, muss es sich bei der in Ziff. 2 erwähnten Volumenprovision um eine Drittschuld handeln. Es ist in der vorliegenden Konstellation davon auszugehen, dass den Parteien bewusst war, um welche Volumenprovision aus welchem Vertragsverhältnis es sich bei der in Ziff. 2 erwähnten Volumenprovision handelt, zumal die Vereinbarung anlässlich einer gemeinsamen Besprechung abgeschlossen wurde. Ansonsten hätten sie bzw. vernünftige Vertragsparteien die Vereinbarung vom 5. September 2017 nicht unterzeichnet. Grundsätzlich trägt die Klägerin die Beweislast für die Frage, zur Bezahlung welcher Volumenprovision sich die Beklagte verpflichtet hat (vgl. Art. 8 ZGB). Da es sich dabei aber um eine Tatsache handelt, welche die Beklagte direkt betrifft, genügt eine pauschale Bestreitung nicht, weil ihr eine substantiierte Bestreitung möglich und zumutbar wäre, da sie die Verhältnisse genau kennt. Vielmehr trifft die Beklagte in dieser Hinsicht eine qualifizierte Bestreitungslast (vgl. dazu Erw. 2). Die Beklagte bestreitet primär jeglichen Zusammenhang mit dem Kreditvermittlungsvertrag zwischen der Klägerin und der D._____ vom 20. Juni 2016 (act. 3/4). Da vorliegend nach dem oben Gesagten aber offensichtlich ist, dass sich die Parteien hinsichtlich der Bezahlung *irgendeiner Volumenprovision* geeinigt haben und dieser Vorgang Gegenstand eigener Handlungen und Wahrnehmungen der Beklagten bildet, hätte sie vorliegend zumindest behaupten müssen, welche (andere) Volumenprovision in Ziff. 2 der Vereinbarung vom 5. September 2017 thematisiert wird, um den Anforderungen der qualifizierten Bestreitungslast zu genügen. Dies gilt umso mehr, als sich im Rahmen des Beweisverfahrens gezeigt hat, dass die mehrfach wiederholte Behauptung der Beklagten, sie habe keinerlei Kenntnis von sämtlichen Vorgängen rund um das Vertragsverhältnis zwischen der D._____ und der Klägerin, wahrheitswidrig bzw. widersprüchlich und unglaubwürdig ist (vgl. dazu Erw. 5.4.3.5.). Nach dem Gesagten ist daher in Bezug auf den Gegenstand der Schuldübernahme auf die schlüssigen Vorbringen der Klägerin abzustellen, wonach sich Ziff. 2 der Vereinbarung vom 5. September 2017 auf die Volumenprovisionen aus dem Vertrag der Klägerin mit der D._____ (vgl. act. 3/4) bezieht.

3.4.2. Vertragszweck

Erwiesen ist, dass die D._____ finanzielle Probleme hatte und ein Nachlassverfahren durchgeführt werden musste (vgl. act. 3/25). Vor diesem Hintergrund wäre es jedenfalls nicht abwegig oder sinnlos, wie die Beklagte behauptet (vgl. act. 46 Rz. 131), sondern bei einer objektivierten Betrachtungsweise im Gegenteil vielmehr gerade sinnvoll und sachgerecht gewesen, eine Befreiung der bisherigen Schuldnerin (D._____) erreichen zu wollen, zumal die Klägerin davon ausgehen musste, dass die D._____ nicht im Stande sein wird, Provisionen zu bezahlen. Es wäre demnach entgegen der Behauptung der Beklagten für die Klägerin auch nicht vorteilhafter gewesen, die D._____ als Schuldnerin beizubehalten, sofern sich ein zahlungsfähiger Dritter bereit erklärt, deren Schulden zu übernehmen. In diesem Sinne spricht auch das teleologische Auslegungselement für eine private Schuldübernahme: Die Vertragsparteien durften und mussten nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beklagte die Schuld anstelle und nicht neben der D._____ übernimmt.

3.4.3. Begleitumstände

Die Klägerin behauptet ferner eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen der Beklagten und der D._____ sowie der J._____ AG (act. 1 Rz. 15-17; act. 42 Rz. 15 f.). Dies wird von der Beklagten (zum Teil mit Nichtwissen) bestritten (act. 11 Rz. 47-55; act. 46 Rz. 53 f.). Erwiesen ist, dass die J._____ AG im Zeitpunkt des Nachlassverfahrens über die D._____ ein Pfandrecht mit Stimmberechtigung an 1'100'000 Namenaktien der D._____ hatte (vgl. act. 12/5 Rz. 6 und S. 3 der dortigen Beilage 17). Die Klägerin macht zudem geltend, dass die Beklagte die Tochtergesellschaft der J._____ AG sei; Letztere halte 100% der Aktien der Beklagten und habe ihr bestehendes Kreditportfolio in der Höhe von CHF 34 Mio. in die Beklagte eingebracht (act. 1 Rz. 16.b; act. 42 Rz. 16.b je mit Hinweis auf act. 3/26). In der Klageantwort blieb dies zunächst unkommentiert und damit unbestritten (act. 11 Rz. 51). In der Duplik bestritt die Beklagte die Ausführungen unter Rz. 16.a-d der Replik pauschal und verwies auf Rz. 50-53 ihrer Klageantwort (act. 46 Rz. 54). Da diese Tatsache bzw. Verhältnisse die Beklagte direkt betreffen, genügt eine pauschale Bestreitung auch hier nicht; vielmehr trifft die Beklagte in die-

ser Hinsicht eine qualifizierte Bestreitungslast: Sie hätte zumindest darlegen müssen, wer – wenn nicht die J. _____ AG – ihre Aktien hält, zumal sie dazu ohne Weiteres im Stande gewesen wäre. Weiter behauptet die Klägerin, die D. _____ habe im Juli bzw. August 2017 einen Teil ihres Konsumkreditportfolios an die Beklagte übertragen (act. 1 Rz. 16.d; act. 42 Rz. 16.c und 16.d; act. 3/25; act. 43/42). Dies bestreitet die Beklagte ebenfalls (act. 11 Rz. 53; act. 46 Rz. 54). Dem Sachwalterbericht vom 23. März 2018 sei zu entnehmen, dass die D. _____ der Beklagten im Juli 2017 Teile ihres Konsumkreditportfolios übertragen habe (act. 3/25 Rz. 13). Im Rahmen des Beweisverfahrens wurde dies mehrfach bestätigt (vgl. dazu Erw. 5.5.4.5.). Vor diesem Hintergrund ist die pauschale Bestreitung der Beklagten auch hier unzureichend. Ein gewisses Interesse der Beklagten an der Begleichung der Schulden der D. _____ ist aufgrund der genannten Umstände nicht von der Hand zu weisen, was ebenfalls für eine private Schuldübernahme spricht.

Hinsichtlich der behaupteten personellen Verflechtung ist festzuhalten, dass eine Wissenszurechnung privat erlangter Kenntnisse eines Organs an die juristische Person grundsätzlich möglich ist (vgl. Erw. 3.3.3.). Vorliegend hat die Klägerin aber nicht substantiiert dargetan, welches Organ welcher juristischen Person von welchen Tatsachen oder Vorgängen Kenntnis erhalten habe. Die behauptete (und bestrittene) personelle Verflechtung an sich bietet keine Anhaltspunkte für die Frage des Konsenses.

3.4.4. Zwischenfazit

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Parteien am 5. September 2017 rechtsgültig eine private Schuldübernahme vereinbart haben. Ein entsprechender normativer Konsens ist aufgrund einer Auslegung der Vereinbarung vom 5. September 2017 (act. 3/16) nach dem Vertrauensprinzip zu bejahen.

3.5. Tatsächlicher Konsens

3.5.1. Beweismittel

3.5.1.1. Vereinbarung vom 5. September 2017

Der Wortlaut der Vereinbarung wurde bereits dargelegt (vgl. dazu obenstehende E. 3.4.1). Die Parteien eines möglichen Vertrags ergeben sich eindeutig aus act. 3/16. Es sind dies die Klägerin und die Beklagte. E._____ war am 5. September 2017 einzelzeichnungsberechtigt und konnte die Beklagte mit seiner Unterschrift rechtsgültig verpflichten. In Ziff. 2 wird vorbehaltlos- und bedingungslos festgehalten, dass die Beklagte die «Volumenprovision» *bezahlt*. Auch aufgrund der formellen Unterzeichnung der Vereinbarung mit Datum- und Ortsangabe sowie Firmenbezeichnung ist von einem Rechtsbindungswillen auszugehen.

Die unbedingte und ausschliesslich auf die Beklagte bezogene Formulierung spricht dafür, dass die Beklagte die Schuld mit befreiender Wirkung für den Drittschuldner übernehmen sollte, mithin dafür, dass die Parteien übereinstimmend eine privative Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR vereinbaren wollten.

Gesamthaft spricht der Wortlaut der Vereinbarung klar für einen tatsächlichen Konsens bezüglich einer Zahlungsverpflichtung der Beklagten aufgrund einer privaten Schuldübernahme. Dass die Beklagte keinen rechtlichen Bindungswillen oder ein dahingehendes Vertragsverständnis hatte, dass sie hinsichtlich der in Ziff. 2 der Vereinbarung genannten Volumenprovision keine Zahlungsverpflichtung übernahm bzw. lediglich eine kumulative Schuldübernahme beabsichtigte, ist dagegen aufgrund des Wortlauts der Vereinbarung nicht plausibel.

3.5.1.2. Nachvertragliches Parteiverhalten

Die Klägerin beruft sich sodann auf verschiedene nachvertragliche Vorgänge:

Zunächst habe die Klägerin am 6. September 2017 von der J._____ AG eine Zahlung in der Höhe von CHF 700'000.– erhalten (act. 1 Rz. 11). Die Klägerin legt einen entsprechende Gutschriftsanzeige ins Recht (vgl. act. 3/21). Sodann reicht die Klägerin eine E-Mail-Nachricht von K._____ vom 22. September 2017 ein (vgl.

act. 3/22). Daraus ergebe sich der Zusammenhang zwischen der Zahlung der J._____ AG und den Provisionsansprüchen der Klägerin. In dieser E-Mail-Nachricht an H._____ und L._____ (D._____) sowie Kopie an E._____ und G._____ hält K._____ folgendes fest: «[...] Richtig, die Auszahlungen im September 2017 waren nicht berücksichtigt. Bitte senden Sie uns noch das Formular "Forderungsabtretung" über den Transfer der von der J._____ vorfinanzierten Provisionen zurück [...]». K._____ sei Mitglied des Verwaltungsrates und bisweilen Präsident des Verwaltungsrates der D._____ gewesen (act. 42 Rz. 11.d mit Hinweis auf act. 3/20, vgl. SHAB-Meldungen vom tt.mm.2016 und tt.mm.2017). Ferner bezieht sich die Klägerin auf eine E-Mail-Nachricht von L._____ an H._____ vom 22. September 2017 mit folgendem Wortlaut: «[...] Anbei sende ich Ihnen die vollständige Provisionsabrechnung für die Monate Juli/August/September. Von Seiten der D._____ AG haben Sie am 19.09. CHF 98'530.15 erhalten. Die restliche Zahlung erfolgte bereits durch die J._____ AG [...]» (act. 3/6 letzte Seite).

Die Zahlung der J._____ AG von CHF 700'000.– an die Klägerin ist aufgrund der Gutschriftsanzeige erwiesen. Aufgrund der zeitlichen Abfolge der Vereinbarung vom 5. September 2017 und dieser Zahlung, der übereinstimmenden Summen (vgl. act. 3/16 Ziff. 1) und der Tatsache, dass E._____ gemäss Handelsregisterauszug zum Zeitpunkt der Vereinbarung und der Zahlung vom 6. September 2017 sowohl Präsident des Verwaltungsrates der Beklagten als auch Verwaltungsratsmitglied der J._____ AG war, ist von einem engen Zusammenhang zwischen diesen beiden Vorgängen auszugehen. Dass die Zahlung durch die J._____ AG geleistet worden ist, schliesst einen rechtlichen Bindungswillen der Beklagten bzw. die Erfüllung durch die Beklagte nicht aus. Gemäss Art. 68 OR ist der Schuldner nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Dies ist bei einer Geldleistung offensichtlich nicht der Fall.

Aufgrund der E-Mail-Nachrichten vom 22. September 2017 von K._____ und L._____ ist ferner ein direkter Zusammenhang zwischen der von der J._____ AG

geleisteten Zahlung und dem behaupteten Provisionsanspruch der Klägerin gegenüber der D. _____ anzunehmen.

3.5.1.3. Personelle und wirtschaftliche Verflechtungen

Weiter beruft sich die Klägerin auf personelle und wirtschaftliche Verflechtungen der Beteiligten (vgl. dazu obenstehende Erw. 3.4.1.). Ein gewisses – zumindest theoretisches – Interesse der Beklagten an der Begleichung der Schulden der D. _____ ist nicht von der Hand zu weisen. Im Übrigen ergeben sich aus den behaupteten (und bestrittenen) personellen und wirtschaftlichen Verflechtungen keine Anhaltspunkte für die Frage des Konsenses.

Darüber hinaus sind keine vorvertragliche Vorgänge bekannt bzw. wurden solche nicht geltend gemacht.

3.5.2. Zwischenfazit

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Parteien am 5. September 2017 rechtsgültig eine private Schuldübernahme vereinbart haben. Ein entsprechender tatsächlicher Konsens ist gestützt auf die Auslegung der Vereinbarung vom 5. September 2017 (act. 3/16) zu bejahen.

3.6. Fazit

Das Zustandekommen des Vertrags ist zu bejahen. Zusammenfassend ist aufgrund des Wortlauts der Vereinbarung, der nachvertraglichen Vorgänge sowie der wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten von einem mit dem normativen Konsens übereinstimmenden tatsächlichen Konsens bezüglich privater Schuldübernahme durch die Beklagte und einer entsprechenden Zahlungsverpflichtung gegenüber der Klägerin auszugehen. Eine vom normativen Konsens abweichende tatsächliche Willensübereinstimmung vermag die Beklagte nicht darzutun.

Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, zur Frage des Konsenses die von den Parteien in diesem Zusammenhang angerufenen Zeugen zu befragen und entsprechende Parteibefragungen durchzuführen, da sich der Konsens bereits hinreichend aus den oben aufgeführten Beweismitteln und Umständen ergibt.

4. Vertragsauslegung (Zusammenspiel von Ziff. 1 und Ziff. 2 der Vereinbarung vom 5. September 2017)

4.1. Streitpunkte

4.1.1. Die *Klägerin* macht geltend, die in Ziff. 1 der Vereinbarung von 5. September 2017 genannten CHF 700'000.– seien als Akontozahlung an die Kreditprovisionen und nicht an die Volumenprovisionen zu verstehen (act. 1 Rz. 12). Zum einen sei die Volumenprovision erst per 31. Dezember 2017 fällig gewesen, weshalb für eine diesbezüglich Akontozahlung am 6. September 2017 kein Grund bestanden habe (act. 1 Rz. 12 1. Spiegelstrich). Zum anderen sei allen Beteiligten klar gewesen, dass die Volumenprovision weit unter dem Betrag von CHF 700'000.– liegen würde, hingegen mehr als CHF 700'000.– Kreditprovisionen fällig gewesen seien (act. 1 Rz. 12 2. Spiegelstrich). Ferner sprächen systematische Überlegungen gegen eine Anrechnung der genannten CHF 700'000.– an die Volumenprovision (act. 1 Rz. 12 4. Spiegelstrich). Der zeitliche Zusammenhang zwischen der durch die J._____ AG übernommenen Zahlung von CHF 700'000.– an die Klägerin und der E-Mail-Nachricht von K._____ (act. 3/22) spreche auch für ihr Verständnis (act. 42 Rz. 11.d).

4.1.2. Die *Beklagte* ist der Auffassung, es sei nicht einmal klar, ob sich Ziff. 1 der Vereinbarung auf die Zukunft beziehe oder eine Feststellung einer bereits geleisteten Akontozahlung darstelle (act. 11 Rz. 29). Zudem beziehe sich Ziff. 1 mit keinem Wort auf Kreditprovisionen, während die Volumenprovision in Ziff. 2 explizit genannt werde (act. 11 Rz. 30). Aufgrund des Aufbaus und des Wortlauts von Ziff. 1 und 2 sei es, wenn überhaupt, viel naheliegender, dass sich auch Ziff. 1 auf die Volumenprovision beziehe (act. 11 Rz. 30). Zudem enthalte Ziff. 1 der Vereinbarung keine Verpflichtungserklärung und aus dem Wortlaut von Ziff. 1 gehe nicht hervor, wer wem genau CHF 700'000.– zahlen solle (act. 11 Rz. 36). Die Beklagte habe durch keinerlei Verhalten oder Erfüllungshandlungen gezeigt, dass sie aus Ziff. 1 der Vereinbarung verpflichtet sei (act. 11 Rz. 38). Die Umstände der angeblichen Zahlung von CHF 700'000.– der J._____ AG an die Klägerin entziehe sich der Kenntnis der Beklagten, weshalb diese mit Nichtwissen bestritten würden (act. 11 Rz. 38, 40). Aus systematischer Sicht sei es naheliegender, dass zuerst

die Anzahlung und danach die vollständige Zahlung sowie der Zahlungsgrund genannt würden (act. 11 Rz. 44).

4.2. Rechtliches

Ziel der Vertragsauslegung ist es in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Für die dabei anzuwendenden Auslegungsgrundsätze und -mittel ist auf vorstehenden Ausführungen zu verweisen (vgl. Erw. 3.3.2.).

4.3. Zahlungspflicht

4.3.1. Normativer Konsens

Als Ausgangspunkt dient die Vereinbarung vom 5. September 2017 (act. 3/16). Es ist eine Gesamtbetrachtung dieser Vereinbarung vorzunehmen und insbesondere auch deren Systematik zu beachten. Ziff. 1 der Vereinbarung nennt eine Akontozahlung von CHF 700'000.– per 5. September 2017. Ziff. 2 regelt die oben bereits thematisierte Schuldübernahme. Ziff. 3 und 4 der Vereinbarung sind klar informeller Natur und lediglich als Absichtserklärungen formuliert. Aus der Sicht von vernünftig und redlich handelnden Vertragsparteien betrachtet macht es Sinn, zunächst die rechtlich bindenden Punkte abzuhandeln und anschliessend im Hinblick auf die Zukunft weitere, allenfalls noch zu regelnde Aspekte bzw. Absichtserklärungen festzuhalten.

Die Vereinbarung wurde anlässlich einer einmaligen Besprechung abgeschlossen. Dass vorgängig weitere Sitzungen stattgefunden hätten, macht weder die Klägerin noch die Beklagte geltend und ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Ziff. 1 ist daher nach Treu und Glauben als neue Zahlungsverpflichtung und nicht als bereits geleistete Zahlung zu verstehen. Daran ändert auch nichts, dass die Zahlung «per 5.9.17», d.h. noch gleichentags erfolgen bzw. per sofort fällig werden sollte. Im Gegenteil zeigt dies und die rudimentäre, handschriftliche Dokumentierung, dass die Vereinbarung quasi notfallmässig anlässlich der Sitzung vom 5. September 2017 abgeschlossen wurde, was ebenfalls für eine Zahlungsverpflichtung spricht.

Demnach ist aufgrund des Wortlaut und der Systematik der Vereinbarung sowie der Entstehungsgeschichte davon auszugehen, dass die Parteien die Formulierung von Ziff. 1 der Vereinbarung übereinstimmend so verstehen mussten und durften, dass (auch) sie eine Zahlungsverpflichtung beinhaltet.

4.3.2. Tatsächlicher Konsens

Ausgangspunkt ist auch hier der Wortlaut der Vereinbarung vom 5. September 2017 (act. 3/16) sowie deren Systematik, wobei die obigen Überlegungen zum normativen Konsens sinngemäss gelten und sich kein abweichendes Auslegungsergebnis ergibt. Als nachvertraglicher Vorgang, welcher für die normative Auslegung nicht von Relevanz ist, zu berücksichtigen ist sodann, dass die Klägerin am 6. September 2017, mithin einen Tag nach der Besprechung und dem Abschluss der Vereinbarung zwischen den Parteien eine mit der Bezeichnung «AKONTO» versehene Zahlung in der Höhe von CHF 700'000.– erhalten hat (act. 3/21). Veranlasst wurde die Zahlung gemäss Buchungstext zwar durch die J._____ AG. Wie bereits im Rahmen der Konsensprüfung erwähnt, muss aufgrund der zeitlichen Abfolge, der übereinstimmenden Summe und der Tatsache, dass E._____, welcher die Vereinbarung für die Beklagte unterzeichnet hatte, zu diesem Zeitpunkt auch Verwaltungsratsmitglied der J._____ AG war, ein Zusammenhang zwischen diesen beiden Vorgängen bestehen. Dies weist auf eine tatsächlich vereinbarte (sowie erfüllte) Zahlungsverpflichtung und damit auf eine Übereinstimmung mit dem oben ermittelten normativen Konsens hin. Weitere Umstände, die für einen gegenteiligen tatsächlichen Konsens sprächen, werden nicht geltend gemacht. Es bleibt damit beim Auslegungsergebnis, dass (auch) Ziff. 1 der Vereinbarung vom 5. September 2017 als verbindliche Zahlungsverpflichtung zu verstehen ist.

4.4. Schuldnerin

4.4.1. Normativer Konsens

Wer sich zu dieser Zahlung verpflichtet, geht aus dem Wortlaut von Ziff. 1 der Vereinbarung vom 5. September 2017 nicht hervor. Unterzeichnet wurde die Ver-

einbarung von der Klägerin und der Beklagten; sie sind die Parteien des Vertrags. Als Schuldnerin kommt demnach von vornherein nur die Klägerin oder die Beklagte in Betracht. In Ziff. 2 der Vereinbarung wird die Beklagte explizit als Schuldnerin genannt. Bei Ziff. 2 handelt es sich um eine privative Schuldübernahme (vgl. dazu obenstehende Erw. 3.4. f.). Ferner wird in Ziff. 4 der Vereinbarung ausgeführt, dass die Beklagte die Übernahme weiterer CHF 85'000.– prüfe. Zweck der Vereinbarung war damit offensichtlich die Übernahme offener Forderungen durch die Beklagte bzw. im Fall von Ziff. 4 die Prüfung einer weiteren Schuldübernahme. Diesem Zweck würde es widersprechen, wenn sich in Ziff. 1 wiederum die Klägerin zu einer Akontozahlung verpflichtet hätte. Letzteres macht auch die Beklagte nicht geltend.

Vor diesem Hintergrund durften und mussten die Parteien nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sich die *Beklagte* mit Ziff. 1 der Vereinbarung vom 5. September 2017 zu einer Akontozahlung in der Höhe von CHF 700'000.– verpflichtete.

4.4.2. Tatsächlicher Konsens

Ausgangspunkt ist auch hier der Wortlaut der Vereinbarung vom 5. September 2017 (act. 3/16) sowie deren Systematik, wobei die obigen Überlegungen zum normativen Konsens sinngemäss gelten und sich kein abweichendes Auslegungsergebnis ergibt. Weitere Umstände, die für einen gegenteiligen tatsächlichen Konsens sprächen, werden nicht geltend gemacht. Es bleibt damit beim Auslegungsergebnis, dass sich die *Beklagte* zu einer Akontozahlung in der Höhe von CHF 700'000.– verpflichtete. Dem steht nicht entgegen, dass die am 6. September 2017 auf dem Konto der Klägerin eingegangene Zahlung in der Höhe von CHF 700'000.– von der J._____ AG stammt. Wie bereits festgehalten, ist ein Schuldner in der Regel nicht verpflichtet, die geschuldete Leistung persönlich zu erbringen (vgl. Art. 68 OR).

4.5. Gegenstand

4.5.1. Normativer Konsens

Fraglich ist sodann, für welchen Gesamtanspruch gemäss Ziff. 1 der Vereinbarung vom 5. September 2017 eine Akontozahlung geleistet werden soll. Der blosse Wortlaut von Ziff. 1 bietet diesbezüglich keine Anhaltspunkte.

Bei einer systematischer Betrachtung fällt auf, dass die einzelnen Ziffern der Vereinbarung vom 5. September 2017 jeweils separate Sachverhalte regeln. Während Ziff. 2 die Volumenprovision zum Gegenstand hat, betrifft Ziff. 3 nicht ausbezahlte Verträge und Ziff. 4 weitere Aufwendungen in der Höhe von CHF 85'000.–. Obschon Ziff. 3 und 4 lediglich unverbindlicher Natur sind, ist aufgrund dieser Systematik davon auszugehen, dass auch Ziff. 1 einen eigenständigen Sachverhalt betrifft, d.h. nicht die Volumenprovision. Anderenfalls wäre es nahliegender gewesen, die Akontozahlung im gleichen Absatz zu regeln wie die Bezahlung der Volumenprovision selbst.

Ziff. 2 der Vereinbarung bezieht sich auf die gemäss Kreditvermittlungsvertrag zwischen der Klägerin und der D._____ geschuldeten Volumenprovisionen (vgl. dazu obenstehende Erw. 3.4 f.). Der Beklagten muss daher der Kreditvermittlungsvertrag oder zumindest die für die Berechnung der Provisionen wesentlichen Vertragsbestimmungen und auch der Umfang der Volumenprovision (soweit bis zu diesem Zeitpunkt abschätzbar) bekannt gewesen sein, ansonsten sie bzw. eine vernünftig und redlich handelnde Vertragspartei sich nicht verpflichtet hätte, die in Ziff. 2 betragsmässig nicht definierte Volumenprovision zu bezahlen. Gemäss Ziff. 7 des Kreditvermittlungsvertrags (act. 3/4) richtet sich die jährlich auszahlbare Volumenprovision nach dem Volumen abgeschlossener Kreditverträge bis zum Ende eines Jahres (erstmalig per 31.12.2016) und beträgt pro CHF 1'000'000.– Umsatz 1.5% des Umsatzes. Gemäss den eingereichten Provisionsabrechnungen hat die Klägerin für die D._____ von Januar bis September 2017 insgesamt Kreditsummen in der Höhe von CHF 17'574'020.– vermittelt (vgl. act. 3/10-15, 3/6). Es war demnach bereits zum Zeitpunkt der Vereinbarung Anfangs September 2017 offensichtlich absehbar, dass der Volumenprovisionsan-

spruch der Klägerin bis Ende 2017 deutlich weniger als CHF 700'000.– betragen wird.

Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass Vertragsparteien mit dem Kenntnisstand der hiesigen Parteien anfangs September 2017 eine Akontozahlung in der Höhe von CHF 700'000.– für die zudem (zumindest teilweise) noch nicht fällige Volumenprovision hätten vereinbaren wollen, zumal diese Zahlung durch eine nicht am Kreditvermittlungsvertrag beteiligte Drittpartei, nämlich die Beklagte, geleistet und damit die Provisionsansprüche der Klägerin gegenüber der D._____ (teilweise) beglichen werden sollte. Ferner wurde die Vereinbarung wie bereits erwähnt quasi notfallmässig anlässlich der Sitzung vom 5. September 2017 abgeschlossen, wofür einerseits die rudimentäre, handschriftliche Dokumentierung und andererseits die noch gleichentags zu leistende Akontozahlung spricht, was ebenfalls ein Indiz darstellt, dass die per sofort vereinbarte Akontozahlung für die bereits fälligen Kreditprovisionen geleistet werden sollte.

Aus all diesen Gründen ist davon auszugehen, dass die Parteien die Vereinbarung nach Treu und Glauben so verstehen durften und mussten, dass sich die Pflicht zur Leistung einer Akontozahlung gemäss Ziff. 1 der Vereinbarung vom 5. September 2017 auf die von der D._____ aus deren Kreditvermittlungsvertrag mit der Klägerin geschuldeten Kreditprovisionen bezieht.

4.5.2. Tatsächlicher Konsens

Ausgangspunkt ist auch hier der Wortlaut der Vereinbarung vom 5. September 2017 (act. 3/16) sowie deren Systematik, wobei die obigen Überlegungen zum normativen Konsens sinngemäss gelten und sich kein abweichendes Auslegungsergebnis ergibt. Weitere Umstände, die für einen gegenteiligen tatsächlichen Konsens sprächen, werden nicht geltend gemacht. Es bleibt damit beim Auslegungsergebnis, dass sich die Pflicht zur Leistung einer Akontozahlung gemäss Ziff. 1 der Vereinbarung auf die von der D._____ aus deren Kreditvermittlungsvertrag mit der Klägerin geschuldeten Kreditprovisionen bezieht.

4.6. Fazit

Aufgrund der Vertragsauslegung ist festzuhalten, dass sich Ziff. 1 der Vereinbarung vom 5. September 2017 im Gegensatz zu Ziff. 2 nicht auf die Volumenprovision, sondern auf die Kreditprovisionen bezieht. Die von der J._____ AG geleistete Zahlung ist damit nicht von einem allfälligen Volumenprovisionsanspruch der Klägerin in Abzug zu bringen. Zu prüfen ist somit nachfolgend, ob die Klägerin ihren Provisionsanspruch hinreichend substantiiert hat.

5. Provisionsanspruch (Substantiierung)

5.1. Standpunkt der Klägerin

Die *Klägerin* macht zusammengefasst geltend, der Kreditvermittlungsvertrag zwischen ihr und der D._____ sei zustande gekommen und es seien alle Voraussetzungen für die Zahlung der Provisionen gemäss Ziff. 8 des Kreditvermittlungsvertrags erfüllt gewesen (act. 42 Rz. 4, 9.c., 23 f., 26.a, 27.a, 29, 31). Sie ist der Auffassung, zwischen ihr und der D._____ habe ein Vermittlungsagenturvertrag bestanden (act. 42 Rz. 35.a).

5.2. Standpunkt der Beklagten

Die *Beklagte* bringt vor, der Kreditvermittlungsvertrag zwischen der Klägerin und der D._____ sei nicht rechtsgültig unterzeichnet worden (act. 11 Rz. 10; act. 46 Rz. 16). Zudem bestreitet sie, dass die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs erfüllt seien bzw. macht eine ungenügende Substantiierung durch die Klägerin geltend (act. 46 Rz. 60, 68-70, 79-81, 86 ff.). Im Übrigen stellt sie sich auf den Standpunkt, das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der D._____ entziehe sich ihrer Kenntnis (act. 46 Rz. 123).

5.3. Rechtliches

5.3.1. Qualifikation des Kreditvermittlungsvertrags

In Bezug auf die Rechtsnatur des Kreditvermittlungsvertrags vom 20. Juni 2016 (act. 3/4) kommen grundsätzlich ein Mäklervertrag, ein Agenturvertrag oder ein

einfacher Auftrag in Betracht. Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Agent ist gemäss Art. 418a Abs. 1 OR, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen. Weiteres Merkmal des Agenturvertrags ist, dass der Agent für den Auftraggeber ständig und über eine gewisse Dauer tätig ist; es besteht keine jederzeitige Kündbarkeit wie beim Auftrag und keine vereinzelte Tätigkeit wie beim Mäkler oder Kommissionär (PÄRLI, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 418a OR N 1 m.H. auf BGer 4C.66/2002 vom 11. Juni 2002 E. 2.1). Der Mäklervertrag unterliegt keinen Formvorschriften und kann auch konkludent geschlossen werden. Was die Parteien im Einzelnen vereinbart haben, bestimmt sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln (BGer 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.3 mit Hinweis auf BGE 113 II 49 E. 1). Auch der Agenturvertrag und der einfache Auftrag können formfrei zustande kommen (PÄRLI, a.a.O., Art. 418a OR N 5; OSER/WEBER, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 395 OR N 9).

5.3.2. Beweisrecht

Grundsätzlich hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die Klägerin macht vorliegend geltend, dass die Beklagte ihr Volumenprovisionen schulde. Demnach hat sie unter anderem zu beweisen, dass die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs erfüllt sind.

Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 52 ZPO). Den Parteien ist es untersagt, mutwillig unwahre Tatsachenbehauptungen aufzustellen und wahre Tatsachen wissentlich zu bestreiten (BGer 4A_221/2015 vom 23. November 2015 E. 2.1 m.H.). Die Parteien sind gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet. Verweigert

eine Partei die Mitwirkung unberechtigterweise, berücksichtigt dies das Gericht bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO).

Ein sog. überschliessendes Beweisergebnis liegt vor, wenn sich eine nicht behauptete Tatsache aufgrund des Beweisverfahrens erwiesen hat (BGer 4A_375/2016 vom 8. Februar 2017 E. 5.2.3 m.H.). In der Lehre ist umstritten, ob und wie überschliessende Beweisergebnisse vom Gericht zu berücksichtigen sind: Zum Teil wird die Verwertung ohne weitere Begründung als unzulässig betrachtet. Nach anderer Auffassung ist die Verwertung zwar unzulässig, aus Sicht des Gerichts würde der Sachverhalt dann jedoch regelmässig als «offensichtlich unvollständig» im Sinn von Art. 56 ZPO erscheinen, sodass das Gericht in solchen Fällen verpflichtet sei, durch Ausübung seines Fragerechts darauf hinzuwirken, dass die Parteien den unvollständigen Sachverhalt ergänzen. Die Rechtsfolge einer an sich nicht zulässigen Verwertung solcher überschliessender Beweisergebnisse könne nicht sein, unbestritten zutreffende Tatsachen unberücksichtigt zu lassen. Diese seien vielmehr, auch wenn sie unter Verletzung der Verhandlungsmaxime festgestellt worden seien, dem Urteil zugrunde zu legen. Schliesslich wird die Verwertung unter gewissen Voraussetzungen als zulässig erachtet, so wenn die unbehaupteten Tatsachen im Rahmen dessen liegen, was behauptet wurde oder falls die damit bewiesene Rechtsfolge vom geltend gemachten Anspruch abgedeckt ist (BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014 E. 7.2 mit einer Übersicht über die Lehrmeinungen). Das Bundesgericht hat diese Frage bis anhin offen gelassen (BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3; BGer 4A_375/2016 vom 8. Februar 2017 E. 5.2.3).

5.4. Würdigung

5.4.1. Vertragliche Grundlage und Provisionshöhe

Gemäss Ziff. 1 des Vertrags vom 20. Juni 2016 (act. 3/4) beauftragte die D._____ die Klägerin als Vermittlerin ihrer Barkredite an Kunden in der Schweiz. Die vereinbarte Vergütung (Provision) war erfolgsabhängig (vgl. act. 3/4 Ziff. 8). Der Vertrag wurde auf unbestimmte Dauer (d.h. nicht für eine vereinzelte Tätigkeit) abgeschlossen; eine Kündigung war möglich mit Frist von sechs Monaten und erstmals per Ende des ersten Vertragsjahres (vgl. act. 3/4 Ziff. 12). Vor diesem Hintergrund

ist der Kreditvermittlungsvertrag vom 20. Juni 2016 zwischen der Klägerin und der D._____ weder als Mäklervertrag noch als einfacher Auftrag, sondern als Agenturvertrag im Sinne von Art. 418a ff. OR zu qualifizieren.

Zutreffend ist, dass der Kreditvermittlungsvertrag vom 20. Juni 2016 zwischen der Klägerin und der D._____ für Letztere nur durch G._____, der zu diesem Zeitpunkt kollektivzeichnungsberechtigt war, unterschrieben worden ist (vgl. act. 3/4 und act. 12/2). Mangels Formvorschrift kann der Vertrag allerdings auch formlos oder konkludent zustande kommen. G._____ war zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung zwar nur kollektivzeichnungsberechtigt, aber Präsident des Verwaltungsrates der D._____ und fünf Monate später einzelzeichnungsberechtigt (vgl. act. 12/2). Diese Umstände sprechen dafür, dass die Vertragsunterzeichnung durch G._____ und die dahinterstehenden Geschäftsentscheidungen vom Willen der D._____ getragen waren. Aufgrund der Provisionsberechnungen, welche auf den Parametern gemäss Kreditvermittlungsvertrag basieren (z.B. 25% Kreditprovision für Kredite mit vereinbartem Zinssatz von 8.0 bis 9.99% gemäss Ziff. 7 des Kreditvermittlungsvertrags), entsprechender Zahlungsnachweise und Korrespondenz zwischen der Klägerin und der D._____ ist davon auszugehen, dass der Vertragsinhalt gemäss act. 3/4 gelebt worden und der Vertrag damit konkludent genehmigt worden ist (vgl. act. 3/7, 3/10-15, 3/22, 43/32-34, 43/38-39).

5.4.2. Gemäss Vertrag geschuldete Volumenprovision

Gemäss Ziff. 7 des Kreditvermittlungsvertrags richtet sich die jährlich auszahlbare Volumenprovision nach dem Volumen abgeschlossener Kreditverträge bis zum Ende eines Jahres und berechnet sich wie folgt: «Provision pro CHF 1'000'000.– Umsatz beträgt 1.5% (eineinhalb Prozent) des Umsatzes». Aufgrund des Wortlauts klar und auch unbestritten ist, dass keine Volumenprovision geschuldet ist, wenn in einem Jahr nicht mindestens ein Umsatz von CHF 1'000'000.– erreicht wird. Weniger eindeutig und umstritten ist, ob bei einem Umsatz von mehr als CHF 1'000'000.– pro Jahr ein Anspruch auf Volumenprovision auch für «angebrochene» Millionen besteht. Allein aufgrund des Wortlauts des Vertrags lässt sich diese Frage nicht eindeutig beantworten. Demgegenüber spricht der Zweck einer

Volumenprovision, den Kreditvermittler zusätzlich zu den ohnehin geschuldeten Kreditprovisionen zu vergüten, wenn er in einem Jahr ein bestimmtes Kreditvolumen durch neu vermittelte Kreditverträge erreicht, dafür, dass die Volumenprovision von 1.5% ab einem Umsatz von CHF 1'000'000.– auch für angebrochene Millionen geschuldet ist. Dieses Verständnis wird dadurch bestätigt, dass die D._____ die nach dem beschriebenen Schema berechnete Volumenprovision für das Jahr 2016 akzeptiert und die Klägerin entsprechend vergütet hat (vgl. act. 43/43).

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Volumenprovision gemäss Ziff. 7 des Kreditvermittlungsvertrags vom 20. Juni 2016 ab einem Umsatz von CHF 1'000'000.– pro Jahr auch für angebrochene Millionen geschuldet ist.

5.4.3. Zu den vertraglichen Voraussetzungen des Provisionsanspruchs

5.4.3.1. Vorbemerkung

Entgegen der Behauptung der Klägerin (act. 102 Rz. 3.a) sind die Volumenprovisionen gemäss Ziff. 7 des Kreditvertrags (act. 3/4) nicht an die einzige Voraussetzung geknüpft, dass Kreditprovisionen geschuldet waren. Vielmehr ergeben sich die Voraussetzungen sowohl des Kredit- als auch des Volumenprovisionsanspruchs der Klägerin aus Ziff. 8 des Kreditvertrags und sind nachfolgend im Einzelnen zu prüfen.

5.4.3.2. Abschluss trotz fehlender Unterschrift

Erste Voraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruchs des Kreditvermittlers ist der Abschluss des vermittelten Kreditvertrags innerhalb der Laufzeit des Kreditvermittlungsvertrags (act. 3/4 Ziff. 8 erster Punkt).

Auf einem Grossteil der von der Klägerin ins Recht gelegten Kreditverträge fehlt zumindest eine Unterschrift (oder ist nicht bzw. kaum erkennbar). Festzuhalten ist zunächst, dass die Übermittlung des von der D._____ vorformulierten und bereits mit den individuellen Angaben des jeweiligen Kreditnehmers ausgefüllten Vertragsformulars an den Kreditnehmer als Antrag im Sinne von Art. 3 ff. OR zu ver-

stehen ist. Es ist daher davon auszugehen, dass die Verträge, auf denen nur die Unterschrift der D. _____ fehlt oder kaum erkennbar ist, zustande gekommen sind. Fraglich ist sodann, ob sich das Zustandekommen der Verträge, auf denen (auch) die Unterschrift des Kreditnehmers fehlt, anderweitig nachgewiesen wird. Dies betrifft die Kreditverträge Nrn. 1280013360, 1280014050, 1280014449, 1280014706, 1280015122, 1280015283, 1280015572, 1280015600, 1280015705, 1280015766, 1280015925, 1280015930, 1280015997, 1280016144, 1280016326, 1280016328, 1280016419, 1280016452, 1280016623, 1280016680, 1280016881, 1280017124, 1280017220, 1280017222, 1280017315, 1280017367, 1280017427, 1280017343, 1280017209, 1280017221, 1280017560, 1280017621, 1280017637, 1280017928, 1280018143, 1280018188, 1280017637, 1280018244 und 1280018876.

Aufgrund der Abnahme der von der Klägerin angeführten und gemäss Beweisbeschluss vom 13. Juli 2021 zugelassenen Beweismittel hat sich Folgendes ergeben:

Auskunftserteilung des ZEK: Mit Schreiben vom 14. September 2021 hat der ZEK mitgeteilt, dass die gewünschte Auskunft aus verschiedenen Gründen nicht erteilt werden könne. Auch allfällige als Zeugen befragte Mitarbeiter oder Organe des ZEK wären mangels Kenntnis der Millionen von Einträgen in ihrer Datenbank nicht in der Lage, die gewünschten Auskünfte vor Gericht zu erteilen (act. 59). Aufgrund dieser nachvollziehbaren Ausführungen ist auf eine zusätzliche Zeugenbefragung von Mitarbeitern oder Organen des ZEK zu verzichten.

Zeugenbefragung K. _____: Der Zeuge kann keine generelle Aussage dazu machen, ob vom Kreditnehmer nicht unterzeichnete Verträge als gültig zustande gekommen bzw. verbindlich erachtet wurden (Prot. S. 35 f.). Auch hat er keine gesicherte Kenntnis, ob die konkreten, nicht unterzeichneten Verträge als verbindlich erachtet wurden (Prot. S. 26-29, 35). Er hat eine Vermutung, wie dieser Prozess jeweils abgelaufen sein könnte (Prot. S. 28). Ein auf die Listen gemäss act. 3/10-15 aufgenommener Kreditvertrag sei nach seiner Kenntnis als gültig zustande gekommen bzw. verbindlich erachtet worden, auch wenn die Unterschrift auf dem

entsprechenden Vertragsformular fehle. Es handle sich bei diesen Listen um von ihm und M._____ gestützt auf die Angaben bzw. Listen der N._____ erstellte Provisionsabrechnungen (Prot. S. 33 f.).

Zeugenbefragung M._____: Der Zeuge kann keine generelle Aussage dazu machen, ob vom Kreditnehmer nicht unterzeichnete Verträge als gültig zustande gekommen bzw. verbindlich erachtet wurden. Er macht lediglich Ausführungen dazu, wie die entsprechenden Prozesse seiner Ansicht nach abgelaufen sind. Eine Praxis, dass Verträge vom Kreditnehmer jeweils nicht unterzeichnet worden sind, sei ihm nicht bekannt (Prot. S. 40 f.). Der Zeuge hat auch keine gesicherte Kenntnis, ob konkrete, nicht unterzeichnete Verträge als verbindlich erachtet wurden (Prot. S. 48 f.). Er bestätigt nicht (ausdrücklich), dass die Verträge, welche auf den Listen gemäss act. 3/10-15 aufgeführt sind, als gültig zustande gekommen bzw. verbindlich erachtet wurden. Im Falle einer Auszahlung der Kreditsumme an den Kreditnehmer sei man selbstverständlich davon ausgegangen, dass ein rechtsgültiger Vertrag bestehe (Prot. S. 46 f.).

Würdigung: Die Aussage des Zeugen K._____, dass auf die Listen gemäss act. 3/10-15 aufgenommene Kreditverträge als gültig zustande gekommen bzw. verbindlich erachtet worden seien, auch wenn die Unterschrift auf einem Vertrag fehlte, ist glaubwürdig und nachvollziehbar, zumal er diese Listen sofort erkannt hat und sogar selbst eine dieser Listen erstellt hat. Es handelt sich dabei um Provisionsabrechnungen, was auch der Zeuge M._____ bestätigt. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die auf in den Listen gemäss act. 3/10-15 aufgeführten Verträge trotz fehlender Unterschrift zustande gekommen sind. Die Verträge Nrn. 1280017928, 1280018143, 1280018188, 1280017637, 1280018244 und 1280018876 sind auf den genannten Provisionsabrechnungen nicht aufgeführt. Das Zustandekommen kann für diese Verträge somit nicht als erwiesen gelten.

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Auszahlung der in den fraglichen Kreditverträgen vereinbarten Kreditsummen dafür sprechen würde, dass die entsprechenden Kreditverträge gültig zustande gekommen sind. Es bleibt zu prüfen, ob der Klägerin der Nachweis gelingt, dass die Kreditsummen für die in Frage ste-

henden Kreditverträge ausbezahlt worden sind (zur Frage der Auszahlung vgl. E. 5.4.3.5).

5.4.3.3. Abschluss während Laufzeit des Kreditvermittlungsvertrags

Sodann stellt sich die Frage, ob die Kreditverträge innerhalb der Laufzeit des Kreditvermittlungsvertrags abgeschlossen wurden.

Gemäss Ziff. 12 des Kreditvermittlungsvertrags vom 20. Juni 2016 tritt dieser am 6. Juni 2016 in Kraft und wird auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. Der Vertrag kann von jeder Partei unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende jedes Monats gekündigt werden, erstmals jedoch auf das Ende des ersten Vertragsjahres (zwölf Monate Mindestlaufzeit).

Mit E-Mail-Nachricht vom 17. Juli 2017 bat G. _____ von der D. _____ die Klägerin, ab sofort keine Anträge mehr zu erfassen, sondern erst, «wenn wir es wieder freigeben» (vgl. act. 43/55). Diese Nachricht ist entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 42 Rz. 33.a) nicht als vertragswidrige fristlose Kündigung zu betrachten: Zwar ersucht die D. _____ die Klägerin darum, im Moment keine neuen Kreditverträge zu vermitteln, wohingegen aus der Nachricht nicht hervorgeht, dass der Kreditvermittlungsvertrag an sich per sofort gekündigt und die Zusammenarbeit beendet werde. Vielmehr verwies die D. _____ auf eine künftige erneute Freigabe der Vermittlungstätigkeit und appellierte an die Kulanz bzw. Kooperation der Klägerin, die Vermittlungstätigkeit einstweilen einzustellen, beabsichtigte aber nicht, die zu diesem Zeitpunkt bereits vermittelten Kreditverträge nicht mehr abzuschliessen. Dies zeigt sich auch darin, dass die D. _____ ab dem 17. Juli 2017 noch einige Kreditverträge unterzeichnet hat (vgl. zum Beispiel act. 3/9 letzte Seite). Zudem hätte eine Kündigung des Kreditvermittlungsvertrags schriftlich per Einschreiben erfolgen müssen (vgl. act. 3/4 Ziff. 13.1). Dass die D. _____ den Kreditvermittlungsvertrag anderweitig gekündigt hätte, machen die Parteien nicht geltend und ist aus den Akten nicht ersichtlich. Demnach hatte der Kreditvermittlungsvertrag mindestens bis Ende 2017 Bestand.

Die Klägerin behauptet für sämtliche Kreditverträge das Datum des Vertragschlusses (act. 42 Rz. 21) und verweist auf die entsprechenden Kreditverträge, aus denen das jeweilige Datum ebenfalls hervorgeht (vgl. act. 43/44-51). Die Kreditverträge wurden zwischen dem 12. Dezember 2016 und dem 21. Juli 2017 abgeschlossen. Sämtliche Daten liegen demnach innerhalb der Laufzeit des Kreditvermittlungsvertrags. Die entgegenstehende pauschale Bestreitung der Beklagten ist vor diesem Hintergrund nicht ausreichend. Daher ist davon auszugehen, dass die in Frage stehenden Kreditverträge (vgl. act. 42 Rz. 21 und act. 43/44-51) während der Laufzeit des Kreditvermittlungsvertrags abgeschlossen worden sind.

5.4.3.4. Zwischenfazit

Mit Ausnahme der Verträge Nrn. 1280017928, 1280018143, 1280018188, 1280017637, 1280018244 und 1280018876 (vgl. dazu Erw. 5.4.3.2.) ist erwiesen, dass die im Streit stehenden Kreditverträge während der Laufzeit des Kreditvermittlungsvertrags zustande gekommen sind.

5.4.3.5. Auszahlung des Kredits

Zweite Voraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruchs des Kreditvermittlers ist die Auszahlung des Kredits an den Kunden (act. 3/4 Ziff. 8 zweiter Punkt).

Aufgrund der Abnahme der von der Klägerin angeführten und gemäss Beweisbeschluss vom 13. Juli 2021 (act. 49) sowie Beweisbeschluss vom 9. Juni 2022 (act. 81) zugelassenen Beweismittel hat sich Folgendes ergeben:

Edition Kontoauszüge bei der F._____: Gemäss Schreiben der F._____ AG vom 22. Juli 2021 konnte die Konto Nr. ..., für welche die Klägerin die Edition beantragt hatte, keiner Beziehung bei der F._____ AG zugeordnet werden (act. 53). Eine Erkenntnis ergibt sich aus der angeordneten Edition demnach nicht. Die in diesem Zusammenhang nach abgeschlossenem Schriftenwechsel gestellten Beweisanträge der Klägerin wurden mit Beschluss vom 27. Dezember 2021 abgewiesen (act. 70).

Zeugenbefragung K._____: Der Zeuge kann keine Aussage darüber machen, ob die konkreten Kreditsummen ausbezahlt worden sind (Prot. S. 27 f., 36). Nach seiner Kenntnis habe die D._____ der Klägerin jeweils nur Kreditprovisionen ausbezahlt, nachdem die jeweiligen Kredite ausbezahlt worden seien. Zudem seien nach seiner Kenntnis sämtliche Kredite, welche die Klägerin für die D._____ vermittelt und die D._____ auch ausbezahlt habe, den Kreditnehmern über das Konto bei der F._____ AG (Kontonummer mit ... [Ziffern]) ausbezahlt worden (Prot. S. 29). Der Zeuge gibt an, die Provisionsabrechnungen gemäss act. 3/10-15 zu kennen und teilweise selbst erstellt zu haben. Diese seien jeweils erstellt worden, sobald die N._____ AG mitgeteilt habe, dass die Kredite aktiv seien, d.h. der Vertrag zustande gekommen und die Kreditsumme ausbezahlt worden sei (Prot. S. 34). Zudem bestätigt der Zeuge, dass das Gesamtportfolio der Kredite der D._____ auf andere Gesellschaften übertragen worden sei (ein Teil auf die Beklagte und ein Teil auf die O._____) (Prot. S. 30 f.).

Zeugenbefragung M._____: Der Zeuge kann keine gesicherte Aussage darüber machen, gestützt auf welches Kriterium die D._____ die Kreditsummen ausbezahlt und ob die D._____ der Klägerin jeweils nur Kreditprovisionen ausbezahlt habe, nachdem die jeweiligen Kreditsummen ausbezahlt worden seien (Prot. S. 42). Die Kredite seien über ein Konto bei der F._____ ausbezahlt worden. Im Übrigen kann er diesbezüglich keine gesicherte Aussage machen (Prot. S. 43 f.). Im Falle einer Auszahlung der Kreditsumme an den Kreditnehmer sei man selbstverständlich davon ausgegangen, dass ein rechtsgültiger Vertrag bestehe. Hinsichtlich der Verträge auf den Listen gemäss act. 3/10-15, auf denen ein Auszahlungsdatum aufgeführt sei, gehe er davon aus, dass die entsprechenden Kreditsummen ausbezahlt worden seien. Auch betreffend act. 3/10 (wo kein Auszahlungsdatum aufgeführt ist) gehe er davon aus, dass ausbezahlt worden sei, weil die D._____ in diesem Zeitraum ausbezahlt habe (Prot. S. 46 f.). Der Zeuge kann allerdings keine Aussage darüber machen, ob die konkreten Kreditsummen ausbezahlt worden sind (Prot. S. 48 f.).

Zeugenbefragung P._____: Die Zeugin bestätigt, dass die O._____ (Q._____) AG Kreditverträge von der D._____ übernommen habe. Es habe sich um ein Volu-

men von rund CHF 15 bis 16 Mio. gehandelt. Welche das genau gewesen seien, könne sie allerdings nicht sagen. Die Listen gemäss act. 42 Rz. 21 kämen ihr vom Aufbau her bekannt vor, sie könne aber nicht bestätigen, ob der Inhalt identisch ist mit den Listen, die sie schon gesehen habe (Prot. S. 52 f.). Die Zeugin kann zur Frage, ob die Kreditsummen der übernommenen Verträge ausbezahlt worden sind und wenn ja, von wem, keinerlei Aussagen machen. Sie wisse aber mit Sicherheit, dass die O.____ (Q.____) AG keine dieser Verträge ausbezahlt habe (Prot. S. 53 f.).

Edition D._____: Mit Eingabe vom 17. März 2022 reichte die D._____ bezugnehmend auf die gerichtliche Editionsverfügung vom 14. März 2022 (act. 76) verschiedene Unterlagen ein (act. 78; act. 79/1-4). Daraus ergibt sich unter anderem, dass die D._____ Konsumkreditverträge an die Beklagte übertragen hat (act. 79/2). Zwar ist der eingereichte Übernahmevertrag (im Einzelnen dazu sogleich) seitens der Beklagten nicht unterzeichnet. Die D._____ hat allerdings im Begleitschreiben ausgeführt, dass sich der entsprechende Originalvertrag mit sämtlichen Unterschriften beim Zwangsmassnahmengericht befinde. Diese Erläuterung ist nachvollziehbar und glaubwürdig, zumal das Parallelverfahren, in dem die D._____ Partei war, rechtskräftig abgeschlossen ist und die D._____ keinen Grund hat, im vorliegenden Verfahren falsche Tatsachen einzubringen. Hinzu kommt, dass die als Anhang zum genannten Vertrag eingereichte Liste der übertragenen Kreditverträge von der Beklagten und der D._____ unterzeichnet worden ist. Ferner hat sich die Beklagte in ihrer Stellungnahmen zum Beweisergebnis nicht dazu geäußert und insbesondere nicht geltend gemacht, den Vertrag nicht unterzeichnet zu haben. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass (auch) der Vertrag beidseitig unterzeichnet worden und damit zustande gekommen ist.

Festzuhalten ist sodann, dass der Übernahmevertrag (im Einzelnen dazu sogleich) der Behauptung der Beklagten (insbesondere in ihrer Stellungnahme vom 10. März 2022; act. 74 Rz. 1) widerspricht, sie habe keine Kreditverträge von der D._____ übernommen. Auch die mehrfach wiederholte Behauptung der Beklagten, sie habe keinerlei Kenntnis von sämtlichen Vorgängen rund um das Ver-

tragsverhältnis zwischen der D._____ und der Klägerin (vgl. act. 11 Rz. 6; act. 46 Rz. 8) erweist sich vor diesem Hintergrund und mit Blick auf den Zusammenarbeitsvertrag zwischen der Beklagten und der D._____ (dazu sogleich) sowie auf die vereinbarte Schuldübernahme (vgl. Erw. 3) als wahrheitswidrig.

Den bereits erwähnten «Vertrag zur Übernahme eines Konsumkreditportfolios: Forderungsabtretung vom 20.11.2017» zwischen der D._____ und der Beklagten hat die D._____ als Anhang 1 zum Termination Agreement vom 20. November 2017 eingereicht. Dem genannten Übernahmevertrag ist wiederum als Anhang 1.1 eine Liste über die den Abtretungsgegenstand bildenden Konsumkreditverträge beigelegt (alles act. 79/2). Auf dieser Liste sind unter anderem Auszahlungsdaten ersichtlich.

Dem Begleitschreiben der D._____ ist sodann zu entnehmen, dass die Verwaltung *sämtlicher* Kredite durch die Beklagte erfolgt sei und ein entsprechender Zusammenarbeitsvertrag vorliege (act. 78 Ziff. 3). Dies hat die Klägerin so nicht behauptet, weshalb ein überschüssendes Beweisergebnis vorliegt. Aufgrund der offensichtlich falschen bzw. widersprüchlichen Aussagen der Beklagten ist dieses Beweisergebnis im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung gleichwohl zu berücksichtigen (vgl. Art. 157 ZPO). Der eingereichte «Zusammenarbeitsvertrag» zwischen der D._____ und der Beklagten ist weder datiert noch unterzeichnet (act. 79/4). In Bezug auf die fehlenden Unterschriften ist auf die entsprechenden Ausführungen zum Übernahmevertrag zu verweisen und analog auch hier von einem gültigen Vertrag auszugehen. Aus dem Zusammenarbeitsvertrag ergibt sich, dass sich die Beklagte gegenüber der D._____ verpflichtet hat, Dienstleistungen im Bereich des Vertrags- und Forderungsmanagements sowie des Inkassos im Rahmen des bestehenden Portfolios der D._____ zu erbringen (act. 79/4 Ziff. 1.1.2). Unklar bleibt, welche Aufgaben die Beklagte in Bezug auf welche Kredite genau übernommen hat, zumal nicht einmal bekannt ist, wann der Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen wurde.

Listen gemäss act. 43/44-51: Unklar ist sodann, inwiefern sich die Listen gemäss act. 3/10-15 einerseits und act. 43/44-51 andererseits (auch abgedruckt in der Replik; vgl. act. 42 Rz. 21) unterscheiden und wer Letztere erstellt hat bzw. an der

Erstellung beteiligt war. In Bezug auf die Listen gemäss act. 3/10-15 haben die Zeugen K._____ und M._____ zwar ausgeführt, diese zu kennen und zumindest zum Teil selbst erstellt zu haben, wohingegen aufgrund der Ausführungen der Klägerin in act. 42 Rz. 26.b davon ausgegangen werden muss, dass die Listen gemäss act. 43/44-51 (auch abgedruckt in der Replik; vgl. act. 42 Rz. 21) von der Klägerin zumindest ergänzt, d.h. bearbeitet, worden sind (vgl. auch act. 102 Rz. 25). Aus diesem Grund kann die Auszahlung der Kredite gestützt auf die Listen gemäss act. 43/44-51 nicht als erwiesen gelten.

Zeugenbefragung: Die am 9. September 2022 befragten Zeugen R._____, S._____, T._____ (Ledigname: T1._____), U._____, V._____, W._____, AA._____, AB._____ und AC._____ verneinten unter Vorhalt des jeweils auf ihren Namen lautenden Kreditvertrags gemäss act. 43/51 die Auszahlung der vereinbarten Kreditsumme (sowie den mindestens sechsmonatigen Bestand) klar und überzeugend. Der ebenfalls am 9. September 2022 befragte Zeuge AD._____ konnte sich unter Vorhalt des auf seinen Namen lautenden Kreditvertrags gemäss act. 43/51 weder an das Vertragsformular noch an die Auszahlung der vereinbarten Kreditsumme erinnern. Daraufhin zog die Klägerin die übrigen Zeugen gemäss Beschluss vom 9. Juni 2022 mit der Begründung zurück, es sei zu erwarten, dass die noch nicht einvernommenen Zeugen gleich aussagen würden, da sie zu der gleichen Kategorie von Kunden gehörten wie die bereits einvernommenen Zeugen (act. 95). Aufgrund der nicht erwiesenen Kreditauszahlung sind die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs folglich für die Kreditverträge gemäss act. 43/51 nicht erfüllt und nicht weiter zu prüfen.

Würdigung: Aufgrund der Aussagen der Zeugen K._____ und M._____ ist davon auszugehen, dass die in den Verträgen gemäss act. 3/10-15 vereinbarten Kreditsummen ausbezahlt worden sind. Nach dem Gesagten ist zudem erwiesen, dass die Beklagte einen Teil der Konsumkreditverträge von der D._____ übernommen hat. Entgegen der Behauptung der Klägerin (act. 42 Rz. 29.d) beweist dies *per se* zwar nicht, dass die übernommenen Kreditverträge zum Zeitpunkt der Übernahme Bestand hatten und die Kredite ausbezahlt gewesen sein mussten. Allerdings kennt die Beklagte die Verhältnisse bzw. Umstände in Bezug auf die übernom-

menen Kreditverträge genau und besser als die Klägerin, weshalb in dieser Hinsicht eine pauschale Bestreitung nicht genügt. Vielmehr wäre der Beklagten diesbezüglich eine substantiierte Bestreitung möglich und zumutbar gewesen; namentlich hätte sie konkret darlegen können und müssen, welche Kredite nicht ausbezahlt worden sind, um den Anforderungen der qualifizierten Bestreitungslast zu genügen. Dies hat die Beklagte unterlassen und sogar wider besseren Wissens behauptet, keine Kreditverträge von der D._____ übernommen zu haben. Daher wäre – auch unabhängig von den Listen gemäss act. 3/10-15 – davon auszugehen, dass die in den von der Klage erfassten und gemäss act. 79/2 auf die Beklagte übertragenen Kreditverträgen vereinbarten Kreditsummen ausbezahlt worden sind. In Bezug auf die übrigen Verträge im Portfolio der D._____ rechtfertigt es sich aufgrund der genannten Unsicherheiten betreffend die sich aus dem Zusammenarbeitsvertrag ergebenden Aufgaben der Beklagten hingegen nicht, der Beklagten eine qualifizierte Bestreitungslast aufzuerlegen.

Zwischenfazit: Die in den Kreditverträge gemäss act. 3/10-15 bzw. act. 79/2 vereinbarten Kreditsummen sind an die jeweiligen Kreditnehmer ausbezahlt worden. Die Frage des Zustandekommens (unter anderem) des Kreditvertrags Nr. 1280018188 blieb in Erw. 5.4.3.2 offen. Da die darin vereinbarte Kreditsumme gemäss act. 79/2 ausbezahlt worden ist, kann das Zustandekommen auch dieses Vertrags als erwiesen gelten. Die Auszahlung der in den Kreditverträgen gemäss act. 43/51 (entspricht act. 3/9) vereinbarten Kreditsummen ist hingegen nicht erwiesen.

5.4.3.6. Bestand der Kreditverträge während mindestens sechs Monaten

Dritte Voraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruchs des Kreditvermittlers ist der Bestand des vermittelten Kreditvertrags während mindestens sechs Monaten nach Abschluss des Kreditvertrags (act. 3/4 Ziff. 8 dritter Punkt). Die Klägerin macht diesbezüglich zwar geltend, dass die Voraussetzung des mindestens sechsmonatigen Bestehens für die Volumenprovision nicht gelte. Diese Auffassung findet allerdings im Vertragstext keine Stütze. Ziff. 8 des Kreditvermittlungsvertrags unterscheidet – im Gegensatz zu Ziff. 7, wo mittels entsprechender Untertitel klar zwischen Kredit- und Volumenprovision differenziert wird – gerade

nicht zwischen Kredit- und Volumenprovision, sondern hält fest, dass sämtliche (drei) Voraussetzungen für den Provisionsanspruch erfüllt sein müssen. Die Ausführungen der Klägerin zur Natur der vorliegend vereinbarten Volumenprovision mögen zutreffen, ändern allerdings nichts an den in Ziff. 8 des Kreditvermittlungsvertrags aufgeführten Voraussetzungen des Provisionsanspruchs. Aus diesen Gründen hat die Klägerin ebenfalls nachzuweisen, dass die fraglichen Kreditverträge mindestens sechs Monate Bestand hatten.

Aufgrund der Abnahme der von der Klägerin angeführten und gemäss Beweisbeschluss vom 13. Juli 2021 (act. 49) und Beweisbeschluss vom 9. Juni 2022 (act. 81) zugelassenen Beweismittel hat sich Folgendes ergeben:

Zeugenbefragung K._____: Der Zeuge ist sich sicher, dass gewisse Kreditverträge nicht sechs Monate Bestand hatten. Diese entsprächen Provisionsansprüchen in der Höhe von etwa CHF 50'000.– bis CHF 58'000.–, was im Rahmen des Vergleichs zwischen der A._____ und der D._____ berücksichtigt worden sei (Prot. S. 31-33). In Bezug auf konkrete Kreditverträge kann der Zeuge nicht angeben, wie lange diese Bestand gehabt hätten (Prot. S. 35).

Zeugenbefragung M._____: Der Zeuge erklärt, dass gewisse Kreditverträge nicht sechs Monate Bestand gehabt hätten; vorher gekündigte Verträge seien aber Einzelfälle gewesen. Auf die Frage, ob er dies quantifizieren könne, schätzt er, dass es 1% oder weniger gewesen seien, da die Anreize für einen Wechsel für die Kreditnehmer sehr beschränkt gewesen seien (Prot. S. 44 f.). Die entsprechenden Rückforderungsansprüche der D._____ seien jeweils mit den neuen Provisionsansprüchen der Klägerin verrechnet worden (Prot. S. 45). In Bezug auf konkrete Kreditverträge kann der Zeuge nicht bestätigen, dass diese mindestens sechs Monate Bestand gehabt hätten (Prot. S. 48 f.).

Zeugenbefragung P._____: Die Zeugin gibt an, dass die übernommenen Kreditverträge unterschiedliche Laufzeiten gehabt hätten. In Bezug auf die tatsächliche Dauer der Verträge könne sie keine Angabe machen (Prot. S. 53).

Edition D._____: Wie bereits in Erw. 5.4.3.5. ausgeführt, reichte die D._____ mit Eingabe vom 17. März 2022 beziehungsweise auf die gerichtliche Editionsverfügung vom 14. März 2022 (act. 76) verschiedene Unterlagen ein (act. 78; act. 79/1-4). Daraus ergibt sich unter anderem, dass die D._____ Konsumkreditverträge an die Beklagte übertragen hat (act. 79/2). Die Beklagte kennt die Verhältnisse bzw. Umstände bezüglich der übernommenen Kreditverträge genau bzw. besser als die Klägerin, weshalb in dieser Hinsicht eine pauschale Bestreitung nicht genügt. Vielmehr wäre der Beklagten diesbezüglich eine substantiierte Bestreitung möglich und zumutbar gewesen; namentlich hätte sie konkret darlegen können und müssen, welche Kredite nicht während mindestens sechs Monaten Bestand hatten, um den Anforderungen der qualifizierten Bestreitungslast zu genügen. Da sie dies unterlassen hat, ist davon auszugehen, dass die von der Klage erfassten und gemäss act. 79/2 auf die Beklagte übertragenen Kreditverträge mindestens sechs Monate Bestand hatten. In Bezug auf die übrigen Verträge im Portfolio der D._____ rechtfertigt es sich aufgrund der genannten Unsicherheiten betreffend die sich aus dem Zusammenarbeitsvertrag ergebenden Aufgaben der Beklagten hingegen nicht, der Beklagten eine qualifizierte Bestreitungslast aufzuerlegen.

Zwischenfazit: Die von der Klage erfassten und in act. 79/2 aufgeführten Kreditverträge hatten mindestens sechs Monate Bestand.

5.5. Fazit

Die Voraussetzungen der Volumenprovision sind in Bezug auf die von der Klage erfassten und in act. 79/2 aufgeführten Kreditverträge erwiesen. Konkret handelt es sich um die Kreditverträge Nrn. 1280015027, 1280016629, 1280013320, 1280017862, 1280016138, 1280016668, 1280014186, 1280013655, 1280017337, 1280017379, 1280017646, 1280016931, 1280016838, 1280017209, 1280018097, 1280017520, 1280016054, 1280016911, 1280017673, 1280016578, 1280014298, 1280015961, 1280017834, 1280013794, 1280016493, 1280015135, 1280017440, 1280015926, 1280014974, 1280016144, 1280014386, 1280016925, 1280016463, 1280013870, 1280013562, 1280013717, 1280017889, 1280014364, 1280016804, 1280016491, 1280017648, 1280017560, 1280018404,

1280017704, 1280016209, 1280016320, 1280016546, 1280013988,
1280015051, 1280015974, 1280015543, 1280014729, 1280016419,
1280014104, 1280014242, 1280014584, 1280017038, 1280016226,
1280015954, 1280017547, 1280017018, 1280015760, 1280013169,
1280017822, 1280016700, 1280017385, 1280017412, 1280013649,
1280017906, 1280015889, 1280016500, 1280015104, 1280015758,
1280016060, 1280015877, 1280018188, 1280017202, 1280013452,
1280014484, 1280017371, 1280016929, 1280018507, 1280018271,
1280014924, 1280017764, 1280015025, 1280015028, 1280017746,
1280016554, 1280016109, 1280017367, 1280017663, 1280017253,
1280016187, 1280017404, 1280017421, 1280017851, 1280015759,
1280016553, 1280019017, 1280017557, 1280016680. Diese Kreditverträge weisen ein Kreditvolumen von insgesamt CHF 3'867'700.– auf. Die hierfür geschuldete Volumenprovision beträgt CHF 58'015.50.

5.6. Verzugszins

5.6.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin fordert auf den gesamten eingeklagten Betrag einen Verzugszins von 5% seit 1. Januar 2018 bzw. seit 31. Januar 2018, beruft sich zur Begründung ihrer Zinsforderung auf den Kreditvermittlungsvertrag und macht geltend, die Volumenprovisionen seien am 30. Januar 2018 fällig geworden. Aufgrund der verfühten In-Verzug-Setzung habe diese auf den erstmöglichen Termin als ausgesprochen zu gelten. Die Beklagte, welche die Forderung mit allen Nebenrechten übernommen habe, befinde sich daher seit dem 31. Januar 2018 in Verzug (act. 1 S. 2; act. 42 S. 2, Rz. 18.b). Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe sie mangels Fälligkeit gar nicht in Verzug setzen können (act. 46 Rz. 57).

5.6.2. Rechtliches

Ein Verzugszins kann gefordert werden, wenn der Schuldner mit der Zahlung einer fälligen Geldleistung in Verzug ist, wobei ein Zins von 5% für das Jahr zu bezahlen ist (Art. 104 Abs. 1 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuld-

ner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Bei einer Mahnung handelt es sich um eine unmissverständliche, an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, mit der die unverzügliche Erfüllung verlangt wird (THIER, in: Honsell [Hrsg.], KUKO OR, 1. Aufl., 2014, Art. 102 N 4).

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung lassen die Mahnung auch vorsorglich vor der Fälligkeit zu. Die vor Fälligkeit zugehende Mahnung ist wirksam, wenn sie die Leistung zum (dem Schuldner bekannten) Fälligkeitstermin verlangt. Wird die sofortige Leistung vor Fälligkeit gefordert, ist darauf abzustellen, ob der Gläubiger die Leistung auch am Fälligkeitstermin noch annehmen würde und dies für den Schuldner erkennbar war. Die Mahnung wird dann zu diesem Zeitpunkt wirksam, andernfalls ist sie unwirksam (LÜCHINGER/WIEGAND, in: Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 102 N 8 m.H.).

Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Die Mahnung ist dann entbehrlich, weil sich der Schuldner unter den genannten Voraussetzungen ohne besonderen Hinweis darüber im Klaren sein muss, wann er seine Verbindlichkeit zu erfüllen hat (LÜCHINGER/WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N 10). Seiner Funktion entsprechend muss der Verfalltag genau – z.B. durch ein Kalenderdatum – bestimmt sein, damit der Schuldner auf den Tag genau weiss, (bis) wann er zu leisten hat (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Band II, 11. Aufl., 2020, N 2712 f. m.H.).

5.6.3. Würdigung und Fazit

Die unbestrittenermassen vor Fälligkeit erfolgte Betreuung der D._____ durch die Klägerin ist eine unmissverständliche Zahlungsaufforderung, wobei für den Schuldner erkennbar ist, dass die Leistung auch am Fälligkeitstermin noch erwünscht ist. Die Mahnung wäre demnach im Verhältnis der Klägerin zur D._____ zum Zeitpunkt der Fälligkeit wirksam geworden. Allerdings haben die Klägerin und die Beklagte am 5. September 2017 eine private Schuldübernahme vereinbart (vgl. Erw. 3). Mit der für die Schuldübernahme gewählten Formulierung («Volu-

menprovision wird bezahlt per 31.12.2017 von B._____») haben die Parteien für die übernommene Schuld einen (neuen) Fälligkeitstermin vereinbart. Da es sich hierbei um einen Verfallstag handelt, geriet die Beklagte am 1. Januar 2018 in Verzug. Im Anwendungsbereich der Dispositionsmaxime darf das Gericht einer Partei aber nicht mehr zusprechen als sie verlangt (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Aus diesem Grund schuldet die Beklagte Verzugszins zu 5% (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR) ab dem 31. Januar 2018.

6. Zur Eventualbegründung der Klage

6.1. Parteistandpunkte

Eventualiter macht die *Klägerin* geltend, sie habe gestützt auf Art. 418u OR Anspruch auf angemessene Entschädigung im Umfang von maximal einem Jahresverdienst, weil sie durch ihre Tätigkeit den Kundenkreis der D._____ bzw. deren Rechtsnachfolgerin (der Beklagten) wesentlich erweitert habe, so dass der Beklagten erhebliche Vorteile aus der Geschäftsverbindung mit der erworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erwachsen seien (act. 42 Rz. 35.c). Bei einer proportionalen Aufteilung des Gesamtumsatzes von CHF 19'127'403.– auf die 229 von der Beklagten übernommenen Kreditverträge ergebe dies ein Kreditvolumen von CHF 8'051'792.–, was für die Beklagte wirtschaftlich bedeutend gewesen sei, zumal sie vorerst mit einem Kreditportfolio von CHF 34 Mio. begonnen habe (act. 42 Rz. 35.e).

Die *Beklagte* ist der Auffassung, die Eventualbegründung der Klägerin sei für das vorliegende Prozessverhältnis ohnehin nicht nachvollzieh- und anwendbar, da die Beklagte keinen Vermittlungs-Agenturvertrag von der D._____ übernommen habe, was die Klägerin denn auch nicht substantiiert geltend mache (act. 46 Rz. 123). Selbst wenn die Beklagte einen Teil des Kunden-Portfolios von der D._____ übernommen hätte, werde bestritten, dass die Beklagte dadurch einen Kundestamm gewonnen habe, welcher ihr treu geblieben sei und ohne erneutes Zutun Kredite aufgestockt habe und künftig wieder neue Kreditverträge abschliesse (act. 46 Rz. 124). Die Berechnung des Kreditvolumens sei rein theoretisch und die Klägerin zeige nicht konkret auf, in welchem wesentlichen Umfang sie als an-

gebliche Agentin den Kundenkreis der Beklagten erweitert habe und was die genauen erheblichen Vorteile der Beklagten aus der Geschäftsverbindung (gewesen) seien, was Art. 418u Abs. 1 OR voraussetze (act. 46 Rz. 125 f.).

6.2. Rechtliches

Agent ist gemäss Art. 418a Abs. 1 OR, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen. Hat der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert, und erwachsen diesem oder seinem Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile, so hat der Agent, soweit es nicht unbillig ist, einen unabdingbaren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung (Art. 418u Abs. 1 OR). Dieser Anspruch beträgt gemäss Art. 418u Abs. 2 OR höchstens einen Nettojahresverdienst aus diesem Vertragsverhältnis, berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre oder, wenn das Verhältnis nicht so lange gedauert hat, nach demjenigen der ganzen Vertragsdauer. Kein Anspruch besteht, wenn das Agenturverhältnis aus einem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat (Art. 418u Abs. 3 OR).

Ein Kundenkreis im Sinne von Art. 418u Abs. 1 OR setzt voraus, dass der Agent dem Auftraggeber nicht nur Käuferadressen übergibt, sondern einen eigentlichen Kundenstock hinterlässt, der regelmässige Nachbestellungen tätigt (SPOERRI, in: KREN KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER [Hrsg.], OFK OR, 3. Aufl., 2016, Art. 418u N 3).

Ein Vorteil erwächst dem Auftraggeber dann, wenn ihm die geworbenen Kunden treu bleiben und ohne grossen Aufwand seinerseits regelmässig Nachbestellungen tätigen. Diese erscheinen dann als Resultat der Bemühungen des Agenten. Unter Vorteilen im Sinne von Art. 418u Abs. 1 OR ist allein Gewinn aus künftigen Vertragsabschlüssen mit der vom Agenten aufgebauten Kundschaft und nicht Vorteile aus während der Vertragsdauer abgeschlossenen Geschäften zu verstehen (SPOERRI, a.a.O., Art. 418u N 5 m.H.). Erheblich ist der Vorteil, wenn die Ge-

schäftsausweitung von einiger Dauer ist. Die Beurteilung, ob die Kunden dem Auftraggeber treu bleiben, erfordert eine Prognose, die naturgemäss mit Unsicherheiten behaftet ist. Es ist Sache des Agenten, den erheblichen Vorteil des Auftraggebers zu beweisen (SPOERRI, a.a.O., Art. 418u N 7 m.H. auf BGE 103 II 277 E. 3).

Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung entsteht zudem nur, soweit er nicht unbillig ist. Das Bundesgericht hat nach eingehender Auseinandersetzung mit den Materialien das Billigkeitserfordernis unter die Anspruchsvoraussetzungen eingereiht (PÄRLI, a.a.O., Art. 418u N 9 m.H. auf BGE 110 II 476).

6.3. Würdigung und Fazit

Zunächst ist festzuhalten, dass die Klägerin einen Agenturvertrag mit der D._____ abgeschlossen hatte. Zwar ist erwiesen, dass die Beklagte einen Teil der vermittelten Kreditverträge übernommen hat. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Klägerin allfällige Ansprüche aus Art. 418u OR automatisch gegenüber der Beklagten geltend machen könnte. Die Beklagte hat keinen Agenturvertrag von der D._____ übernommen, was die Klägerin auch nicht geltend macht. Sie ist diesbezüglich nicht Rechtsnachfolgerin der D._____. Ohnehin kommt die Klägerin im Rahmen der Eventualbegründung ihrer Substantiierungslast nicht nach. Sie vermag trotz entsprechender Bestreitung durch die Beklagte die Voraussetzungen eines allfälligen Anspruchs gestützt auf Art. 418 u OR nicht substantiiert darzutun. Insbesondere legt sie nicht hinreichend dar, dass und inwiefern sie durch ihre Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat und diesem bzw. dem Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft erhebliche Vorteile erwachsen. Ferner fehlen Ausführungen zur Billigkeit der Entschädigung. In dieser Hinsicht kommt die Klägerin nicht einmal ihrer Behauptungslast nach. Aus diesen Gründen vermag die Klägerin mit ihrer Eventualbegründung nicht durchzudringen.

7. Beseitigung des Rechtsvorschlags

Die Klägerin verlangt gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 die Beseitigung des Rechtsvorschlags und Erteilung der definitiven Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (act. 1 S. 2; act. 42 S. 2).

Mit dem Rechtsvorschlag bringt der Schuldner die Betreuung zum Stillstand (Art. 78 SchKG), und die Betreuung bleibt solange gehemmt, als die Wirksamkeit des Rechtsvorschlags nicht durch gerichtlichen Entscheid – Rechtsöffnung oder Anerkennungsklage – aufgehoben wird (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., 2013, § 18 Rz. 38). Die mit der vorliegenden Klage beantragte Beseitigung des Rechtsvorschlags – für die zusätzlich verlangte Erteilung der definitiven Rechtsöffnung ist das Handelsgericht nicht zuständig – ermöglicht im Fall einer gutheissenden Entscheidung die Fortsetzung der angehobenen Betreuung. Dementsprechend muss – wie im Rechtsöffnungsverfahren – der gemäss Urteil Berechtigte mit dem betreibenden Gläubiger identisch sein, zwischen der in Betreuung gesetzten und der eingeklagten Forderung muss Identität bestehen, und der im Urteil Verpflichtete muss mit dem Betreibenden identisch sein. Das ist als Rechtsanwendung von Amtes wegen zu prüfen (dazu sowie zu den «drei Identitäten» im Rechtsöffnungsverfahren BACHOFNER, Neues und Bewährtes zum Rechtsöffnungsverfahren, BJM 2020 S. 1 ff., 14, m.H.; statt vieler BGer Urteil 5A_860/2016 vom 9. Oktober 2017 E. 3.2.1; vgl. ferner STAEHELIN, in: Staehelin/Bauer/Lorandi [Hrsg.], Basler Kommentar, SchKG, 3. Aufl., 2021, Art. 79 N 10a m.H.).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Gläubigerin und Schuldnerin gemäss Zahlungsbefehl vom 18. April 2018 sind die Klägerin und die Beklagte; bei der in Betreuung gesetzten Forderung handelt es sich um die anschliessend eingeklagten Volumenprovisionen gemäss Vereinbarung vom 5. September 2017 (vgl. act. 3/30). Der Rechtsvorschlag ist folglich in dem Umfang, in welchem die Klage gutgeheissen wird, aufzuheben.

8. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Voraussetzungen der Volumenprovision sind in Bezug auf die von der Klage erfassten und in act. 79/2 aufgeführten Kreditverträge erfüllt. Die entsprechenden Kreditverträge weisen ein Kreditvolumen von insgesamt CHF 3'867'700.– auf. Die hierfür geschuldete Volumenprovision beträgt CHF 58'015.50.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Gerichtskosten und Kosten des Beweisverfahrens

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH) und richtet sich nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 287'032.80. In Anwendung von § 4 GebV OG, unter Berücksichtigung des erheblichen Zeitaufwandes, der umfangreichen Akten, der zweiten Vergleichsverhandlung und in Anbetracht des durchgeführten Beweisverfahrens (Einvernahme zahlreicher Zeugen sowie Abnahme weiterer Beweismittel mittels Edition und schriftlicher Auskunft) rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf CHF 30'000.– festzusetzen. Die weiteren Kosten betragen CHF 2'918.– (Dolmetscherkosten: CHF 630.–/Zeugenentschädigungen: CHF 2'288.–).

Die Gerichtskosten werden von Amtes wegen festgesetzt und verteilt (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Art. 107 Abs. 1 ZPO enthält indessen einen Katalog von Konstellationen, in welchen das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann. Insbesondere kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Klägerin obsiegt im Umfang von rund einem Fünftel. Allerdings hat die Beklagte im vorliegenden Verfahren ihre Mitwirkungspflicht nach Art.

160 Abs. 1 ZPO sowie das Gebot, im Prozess nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 52 ZPO), verletzt, indem sie mutwillig unwahre Tatsachenbehauptungen aufgestellt bzw. wahre Tatsachen wissentlich bestritten hat. Insbesondere ihre Behauptung, sie habe von der D._____ keine Kreditverträge übernommen und es liege auch kein entsprechender Vertrag zwischen ihr und der D._____ vor, der ediert werden könnte (act. 74 Rz. 1; vgl. auch act. 11 Rz. 53; act. 46 Rz. 77 f.), hat sich im Rahmen des Beweisverfahrens aufgrund der von der D._____ edierten Unterlagen (vgl. act. 78 und act. 79/2) als wahrheitswidrig herausgestellt. Auch die mehrfach wiederholte Behauptung der Beklagten, sie habe keinerlei Kenntnis von sämtlichen Vorgängen rund um das Vertragsverhältnis zwischen der D._____ und der Klägerin (vgl. act. 11 Rz. 6; act. 46 Rz. 8) erwies sich als wahrheitswidrig. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien nicht nach Ausgang des Verfahrens (d.h. zu einem Fünftel der Beklagten und zu vier Fünfteln der Klägerin), sondern je zur Hälfte aufzuerlegen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO Vorschüsse für die Gerichtskosten. Die Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

9.2. Parteientschädigungen

Vorliegend haben sowohl die Kläger als auch die Beklagte eine Parteientschädigung beantragt (act. 1 S. 2; act. 11 S. 2; act. 42 S. 2; act. 46 S. 2; Art. 105 Abs. 2; vgl. dazu JENNY, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., 2016, Art. 105 N. 6).

Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung bildet in erster Linie der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), aufgrund dessen die Grundgebühr berechnet wird (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die gestützt auf den vorliegenden Streitwert von CHF 287'032.80 ermittelte Grundgebühr von rund CHF 18'950.– deckt den Aufwand für die Erarbei-

tung einer Rechtsschrift und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die beiden Vergleichsverhandlungen, den zweiten Schriftenwechsel, die Teilnahme an den beiden Instruktionsverhandlungen (Beweisabnahme) sowie die Stellungnahme zum Beweisergebnis ist gestützt auf § 11 Abs. 2 AnwGebV ein Zuschlag von insgesamt rund 40% der Grundgebühr zu berechnen. Dies ergibt eine Parteientschädigung von CHF 26'500.–.

Bei teilweisem Obsiegen erfolgt gleichermassen die Zusprechung einer Parteientschädigung nach den Regeln von Art. 106 Abs. 2 ZPO, d.h. die gegenseitigen Entschädigungspflichten sind einander in Bruchteilen gegenüberzustellen und bis zum kleineren Bruchteil zu verrechnen. Die Obsiegensquoten sind dabei auch zu verrechnen, wenn nur eine der Parteien anwaltlich vertreten ist (SCHMID/JENT-SØRENSEN, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., 2021, Art. 106 N 4). Dies bedeutet, dass – unabhängig von der effektiv zuzusprechenden Parteientschädigung – vorab die Quoten des Obsiegens zu verrechnen sind und nur dort effektiv die Zusprechung einer Parteientschädigung in Betracht kommt, wo nach Verrechnung ein Überschuss vorhanden ist. Da den Parteien die Gerichtskosten je zur Hälfte auferlegt werden, sind die Parteientschädigungen analog wettzuschlagen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 58'015.50 nebst Zins zu 5% seit 31. Januar 2018 zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Umfang wird die Klage abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Stadtammann- und Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 18. April 2018) wird im Umfang von CHF 58'015.50 nebst Zins zu 5% seit 31. Januar 2018 beseitigt.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.–. Die weiteren Kosten betragen CHF 2'918.– (Dolmetscherkosten: CHF 630.– /Zeugenentschädigungen: CHF 2'288.–).

4. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Die auf die Klägerin entfallende Hälfte der Kosten wird aus dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die auf die Beklagte entfallende Hälfte der Kosten wird aus dem verbleibenden Kostenvorschuss der Klägerin und im Übrigen direkt von der Beklagten bezogen. In Bezug auf den Anteil, der aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen wird, wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte gewährt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 287'032.80.

Zürich, 17. Februar 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Dr. Melanie Gottini