



Geschäfts-Nr. HG150114-O

U/ei

Mitwirkend: Die Oberrichter Peter Helm, Präsident, Prof. Dr. Alexander Brunner,
die Handelsrichter Thomas Wirth, Daniel Marinello und Vinicio
Cassani sowie die Gerichtsschreiberin Kerstin Habegger

Urteil vom 23. Oktober 2015

in Sachen

A._____,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG et dipl. Ing. ETH X1._____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____

gegen

B._____ **AG,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren

(act. 1 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von CHF 97'785.65 nebst 5 % Zins seit dem 20. Mai 2007 zu bezahlen.
2. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9 vom 7. April 2008 für den Betrag von CHF 97'785.65 nebst 5% Zins seit dem 20. Mai 2007 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin vorprozessuale Anwaltskosten im Betrag von CHF 3'166.05 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 5. Mai 2008 zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

Prozessverlauf

1. Am 30. Juli 2008 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin Klage und Weisung ein (act. 1 und act. 3). Die ihr mit Verfügung vom 31. Juli 2008 auferlegte Prozesskaution von CHF 13'000.– (Prot. S. 2) leistete sie fristgerecht (act. 7). Die Klageantwort vom 6. November 2008 schliesst auf Abweisung der Klage (act. 11 S. 2). Am 29. Januar 2009 fand die Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 6). In der Folge wurde das Verfahren schriftlich fortgesetzt, die Parteien auf die Substantiierungspflicht hingewiesen und der Klägerin eine weitere Prozesskaution von CHF 13'000.– auferlegt (act. 15; Prot. S. 7), welche diese innert Frist leistete (act. 19). Am 13. Februar 2009 reichte die Beklagte eine Eingabe ein, mit welcher sie diverse Rügen vorbrachte sowie sinngemäss ein Protokollberichtigungsbegehren stellte (act. 17). Mit Beschluss vom 10. März 2009 wurde das Protokollberichtigungsbegehren der Beklagten vom 13. Februar 2009 teilweise gutgeheissen und

der Satz "Über die Verhandlung besteht ein Handprotokoll" ersatzlos gestrichen, im Übrigen das Protokollberichtigungsbegehren abgewiesen und der Eingabe der Beklagten vom 13. Februar 2009 keine Folge gegeben (act. 21). Die Replik datiert vom 27. April 2009 (act. 24) und die Duplik vom 7. September 2009 (act. 29). Da die Duplikeingabe einen nach Ablauf der von Seiten des Handelsgerichts angesetzten Frist datierenden Poststempel trägt, wurde der Klägerin Frist angesetzt, um sich zur Frage der Fristeinhaltung zu äussern (Prot. S. 11 f.). Am 21. September 2009 erfolgte die Stellungnahme der Klägerin (act. 34). Gestützt auf den Inhalt dieser Stellungnahme wurde ihr mit Verfügung vom 24. September 2009 Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie an einer formellen Zeugeneinvernahme zum Thema der Rechtzeitigkeit der Duplik festhält (Prot. S. 14 f.). Nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 29. September 2009 auf die Einvernahme von Zeugen verzichtete (act. 37), wurde androhungsgemäss (vgl. Prot. S. 15) Rechtzeitigkeit des Eingangs der Duplik angenommen (vgl. Prot. S. 16). Am 9. November 2009 ging die Stellungnahme der Klägerin zu den Beilagen der Duplik ein (act. 40), welche der Beklagten zugestellt wurde (Prot. S. 17).

2. Mit Beweisaufgabebeschluss vom 31. März 2010 wurde das Beweisverfahren eröffnet (act. 42). Nach Eingang der Beweisantrittungsschriften der Parteien vom 21. April 2010 (act. 44; 46) erging am 4. Mai 2010 der Beweisabnahmebeschluss (act. 47). Die verlangten Kauttionen gingen fristgerecht ein (act. 52/1-2). Am 10. November 2010 fand vor dem Gesamtgericht eine Beweisverhandlung statt, an welcher die Zeugen C._____ und D._____ befragt wurden (Prot. S. 23 ff.). Mit Verfügung vom 15. November 2010 wurde den Parteien je eine Ausfertigung der Zeugeneinvernahmen zugestellt und ihnen Frist angesetzt, um zum gesamten Beweisergebnis Stellung zu nehmen (Prot. S. 45). Die Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis datieren beide vom 7. Dezember 2010 (act. 61; 62).

3. Mit Urteil vom 13. Januar 2011 wurde die Beklagte verpflichtet, der Klägerin CHF 97'785.65 nebst 5 % Zins seit dem 8. April 2008 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der eingeleiteten Betreuung wurde im gleichen Umfang aufgehoben. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Die Gerichtsgebühr wurde

auf CHF 18'000.– festgesetzt, wobei die Kosten zu 3 % der Klägerin und zu 97 % der Beklagten auferlegt wurden. Die Beklagte wurde zudem verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 21'000.– zu bezahlen.

4. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Beschwerde in Zivilsachen beim Schweizerischen Bundesgericht. Letzteres hiess die Beschwerde mit Urteil vom 1. Juli 2011 teilweise gut, soweit darauf einzutreten war, hob das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Januar 2011 auf und wies die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zu neuem Entscheid ans hiesige Gericht zurück (Urteil des Bundesgericht vom 1. Juli 2011, 4A_128/2011; act. 73).

5. Mit Beweisaufgabebeschluss vom 4. Juni 2012 wurde das ergänzende Beweisverfahren eröffnet. Mit Eingaben vom 29. August 2012 (act. 85) bzw. 8. September 2012 (act. 89) bezeichneten die Parteien ihre Beweismittel, worauf der Beweisabnahmebeschluss am 1. Oktober 2012 erging (Prot. S. 11). Mit Beschluss vom 7. Juni 2013 wurden das Eidgenössische Finanzdepartement sowie das Bundesamt für Landwirtschaft aufgefordert, die von der Beklagten zur Edition begehrten Unterlagen einzureichen (Prot. S. 25). Nach Erhalt der zu edierenden Unterlagen, wurden den beiden Ämtern mit Schreiben vom 17. Juni 2013 verschiedene Verständnisfragen unterbreitet, welche mit Eingaben vom 28. Juni 2013 (act. 124) bzw. 1. Juli 2013 (act. 125) beantwortet wurden. Am 23. Januar 2014 fanden sodann die begehrten Zeugenbefragungen statt (Prot. S. 31), wonach den Parteien je eine Ausfertigung der Protokolle der Zeugeneinvernahmen zugestellt und ihnen wiederum Frist angesetzt wurde, um zum gesamten Beweisergebnis Stellung zu nehmen (Prot. S. 34). Die Stellungnahmen der Parteien datieren beide vom 3. März 2014 (act. 157 und 158).

6. Mit Urteil vom 10. Juli 2014 wurde die Beklagte wiederum verpflichtet, der Klägerin CHF 97'785.65 nebst 5 % Zins seit dem 8. April 2008 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der eingeleiteten Betreuung wurde im gleichen Umfang aufgehoben. Im Mehrbetrag wurde die Klage wieder abgewiesen (act. 170). Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte erneut Beschwerde in Zivilsachen beim Schweizerischen Bundesgericht, welches mit Urteil 2. Juni 2015 die Beschwerde teilweise guthiess, das Urteil des Handelsgerichts vom 10. Juli 2014 aufhob und die Sa-

che zu neuer Beurteilung ans hiesige Gericht zurückwies (Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2015, 4A_546/2014; act. 175).

7. Der Prozess erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Zuständigkeit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist für die vorliegende Streitsache örtlich und sachlich zuständig (Art. 2 IPRG, § 62 GVG), was von der Beklagten auch nicht bestritten wird.

2. Anwendbares Recht

2.1. Prozessrecht

Auf das Verfahren finden weiterhin die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts, mithin die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG) Anwendung. Auf diesen Umstand wurden die Parteien mit Verfügung vom 13. Juni 2012 hingewiesen (Prot. S. 5).

2.2. Materielles Recht

Vorliegend haben die Parteien keine Rechtswahl nach Art. 116 IPRG getroffen, weshalb sich das anwendbare Recht nach dem Staat bestimmt, mit welchem der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag am engsten zusammenhängt. Dabei wird vermutet, dass der engste Zusammenhang mit dem Staat besteht, in welchem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren Aufenthalt hat oder wo sich ihre Niederlassung befindet. Im Falle des Auftrags, Werkvertrags und ähnlichen Dienstleistungen gilt dabei die Dienstleistung als cha-

rakteristische Leistung (Art. 117 IPRG). Vorliegend hat die leistungserbringende Partei, nämlich die Klägerin, ihren Sitz in Liechtenstein. Indessen hat die von ihr erbrachte Leistung die Verzollung von Gütern, welche in die Schweiz eingeführt werden sollen, zum Inhalt. Verzollt wird denn auch auf Grund der Schweizer Zollgesetzgebung. Auf Grund dieser Umstände muss die von der Klägerin erbrachte Leistung abweichend von der gesetzlichen Vermutung als am engsten mit der Schweiz zusammenhängend qualifiziert werden. Es kommt somit Schweizer Recht zur Anwendung.

3. Schriftliche Auskunft

3.1. Die von der Beklagten beantragte Edition der Kontingente der Beklagten für das Kalenderjahr 2007 wurde mit Beschluss vom 7. Juni 2013 beim Bundesamt für Landwirtschaft begehrt (act. 115), welcher Aufforderung das Bundesamt für Landwirtschaft mit Schreiben vom 13. Juni 2013 nachgekommen ist (act. 117-120). Hierauf wurden dem Bundesamt für Landwirtschaft verschiedene Verständnisfragen unterbreitet (act. 121).

3.2. Mit Eingabe vom 19. September 2013 beantragte die Beklagte, die "Verständnisfragen zur Edition" vom 17. Juni 2013 sowie deren Beantwortung durch das Bundesamt für Landwirtschaft vom 28. Juni 2013 und durch die Eidgenössische Zollverwaltung vom 1. Juli 2013 sowie die Edition gemäss Beschluss vom 7. Juni 2013 seien aus dem Recht zu weisen (act. 130). Die vom Gericht dem BLW und der Eidgenössischen Zollverwaltung unterbreiteten Verständnisfragen seien weder unter Anwendung von § 54 noch von § 55 ZPO/ZH zulässig.

3.3. Nach § 168 ZPO/ZH kann das Gericht von Amtsstellen schriftliche Auskünfte beziehen, wobei es nach Ermessen befindet, ob sie zum Beweis tauglich sind oder der Bekräftigung durch gerichtliches Zeugnis bedürfen. Insofern wurden die Verständnisfragen zulässigerweise gestellt; inwiefern den Antworten auf die Verständnisfragen Beweistauglichkeit und -kraft zukommen soll, ist eine Frage der Beweiswürdigung. Da die Parteien die Möglichkeit hatten, zu den Verständnisfragen bzw. dem Beweisergebnis Stellung zu nehmen, wurde das rechtliche

Gehör im Übrigen gewahrt. Zu bemerken ist, dass die Bestreitung der Auskunft durch die Parteien, nicht schon die Notwendigkeit einer förmliche Zeugeneinvernahme nach sich zieht. Vielmehr hat das Gericht eine Abwägung der Unbefangenheit der Auskunftsperson, der Glaubwürdigkeit ihrer Auskunft und deren Bedeutung für den Prozess vorzunehmen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 6 zu §§168/169).

4. Umfang des Verfahrens / Massgeblichkeit des Rückweisungsentscheides

4.1. Wie eingangs dargelegt, hob das Bundesgericht das Urteil vom 10. Juli 2014 auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an das Handelsgericht zurück. Es ist somit neu über die Klage und – nach Massgabe des definitiven Verfahrensausgangs – über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entscheiden.

4.2. Hebt das Bundesgericht einen Entscheid auf und weist es die Sache zur neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, so wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Die kantonale Behörde hat ihre neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheids zu stützen. Wie weit die Gerichte und Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind, ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Soweit das Bundesgericht sich nicht ausgesprochen hat, fällt die kantonale Instanz ihre neue Entscheidung frei, ohne an ihren ersten Entscheid gebunden zu sein (HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N. 35 zu § 104a; VON WERDT, in: Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2007, N. 9 zu Art. 107 BGG; BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1).

4.3. Mit Urteil vom 2. Juni 2015 moniert das Bundesgericht, aus dem Urteil vom 10. Juli 2014 gehe nicht klar hervor, ob das Handelsgericht den Einwand der Beklagten und Beschwerdeführerin geprüft habe, ob eine nachträgliche Umbuchung zum Kontingentszollansatz wenigstens teilweise, also hinsichtlich der im

massgebenden Zeitpunkt tatsächlich verfügbaren Kontingente möglich gewesen wäre (act. 175 E. 2.2.3.). Hierauf ist nachfolgend unter Ziffer 5.2.9 einzugehen.

III. Einleitung

1. Die Klägerin nahm für die Beklagte jeweils die Einfuhrverzollung an der Zollstelle E._____ (FL) vor (act. 1 Rz. 5; 11 Rz. 16). Die Beklagte importierte im Mai 2007 eine Ladung Geflügelprodukte mit einem Bruttogewicht von 17'937 kg und einem Nettogewicht von 16'076 kg aus Slowenien in die Schweiz. Über die Art der Waren, das Brutto-/Nettogewicht sowie das Taxgewicht informierte sie die Klägerin am 12. Mai 2007 vorab per Fax (act. 1 Rz. 6; 11 Rz. 17; 4/4). Der Lastwagen traf am 14. Mai 2007 abends an der Zollstelle E._____ ein (act. 1 Rz. 8; 11 Rz. 19). In der Folge gelang es der Klägerin nicht, die gesamte Ware zum Kontingenzollansatz zu verzollen, da die Beklagte – gemäss Systemangaben – zu jenem Zeitpunkt über zuwenig Kontingente verfügte (act. 1 Rz. 9; 4/5; 11 Rz. 20 f.). Am 15. Mai 2007 führten C._____ von der Klägerin und der für die Beklagte handelnde D._____ ein Telefongespräch, dessen Inhalt umstritten ist. Die Klägerin verzollte dann einen Teil der Ware zum Ausser-Kontingenzollansatz (act. 4/7; 4/8; 4/9), bezahlte die entsprechende Rechnung der Eidgenössischen Oberzolldirektion über CHF 97'284.55 und stellte diesen Betrag – zuzüglich ihrer Provision von CHF 501.10 – der Beklagten in Rechnung (act. 4/10; 4/11). Die Beklagte stellt sich im vorliegenden Prozess auf den Standpunkt, nie mit einer Verzollung ausser Kontingenzollansatz einverstanden gewesen zu sein.

2. Nachdem die Verzollung eines Teils der Ware zum Ausser-Kontingenzollansatz vorgenommen worden war, stellte die Klägerin ein Gesuch um nachträgliche Zulassung zum Kontingenzollansatz. Mit Schreiben vom 2. August 2007 wurde die Klägerin von der Eidgenössischen Zollverwaltung aufgefordert, innert 10 Tagen ab Empfang des Schreibens – ihr – eine Kopie der Kontingents-Zuteilungsverfügung des Bundesamtes für Landwirtschaft, Belege über die ab diesem Datum stattgefundenen Einfuhren von Waren der Tarif-Nummer ... Schlüssel ... (interne Liste des Importeurs oder Bestätigung des BLW) und – der

Zollstelle – eine Korrekturversion einzureichen. Ihrem Gesuch um nachträgliche Zulassung zum Kontingentzollansatz könne nur stattgegeben werden, wenn einwandfrei nachgewiesen werde, dass der Importeur zum Zeitpunkt der Einfuhr Anrecht auf die Anwendung des Kontingentzollansatzes gehabt habe und das Kontingent in der Zwischenzeit nicht ausgeschöpft worden sei (act. 25/3). Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Beklagte über genügend Kontingent im relevanten Zeitpunkt verfügte und den Zollbehörden die verlangten Belege rechtzeitig einreichte. Die Eidgenössische Zollverwaltung teilte der Klägerin schliesslich mit Schreiben vom 9. November 2007 mit, dass eine Änderung der Verzollung nicht mehr möglich sei (act. 4/9). Die Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Verweigerung der nachträglichen Zulassung zum Kontingentzollansatz sei auf eine Nachlässigkeit der Klägerin zurückzuführen.

3. Die Beklagte verweigert die Bezahlung der klägerischen Rechnung vom 18. Mai 2007. Die Klägerin fordert mit der vorliegenden Klage einerseits die Bezahlung dieser Rechnung und andererseits Schadenersatz für ihre vorprozessualen Anwaltskosten. Auf diese beiden Ansprüche wird nachfolgend einzeln eingegangen.

IV. Materielles

5. Rechnung vom 18. Mai 2007

5.1. Parteibehauptungen

5.1.1. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, dass sie, d.h. der für sie handelnde C._____, nach Rückweisung des Antrags zur Verzollung zum Kontingentzollansatz durch das EDV-System umgehend mit der Beklagten, d.h. mit D._____, telefonisch Kontakt aufgenommen und über die Umstände informiert habe. D._____ habe C._____ angewiesen, die Einfuhrverzollung des nicht akzeptierten Teils der Warenpartie vorläufig ausserhalb der Zollkontingentanteilmengen der Beklagten, d.h. zum Ausser-Kontingentzollansatz, vorzunehmen. Das

Problem fehlender Zollkontingentanteile solle dann, so die Weisung von D._____, später gelöst werden. Er habe darauf hingewiesen, dass genügend Kontingente vorhanden seien, weshalb die Verzollung auch noch nachträglich zum Kontingentzollansatz umgebucht werden könne, dass der Lastwagen bereits seit geraumer Zeit unterwegs sei und dass die transportierte Ladung dringend benötigt werde (act. 1 Rz. 10 f. und 23 f.; 24 Rz. 14 und 96). Für C._____ habe kein Anlass bestanden, an der Anweisung von D._____ zu zweifeln, sei es doch durchaus möglich, nachträglich um Veranlagung zum Kontingentzollansatz zu ersuchen. Zu erfolgen habe ein solches Gesuch in der Form einer Beschwerde an die Eidgenössische Zollverwaltung gegen die definitive Abfertigung (act. 24 Rz. 52 und 54). Die Bereitstellung genügender Zollkontingentanteile sei Sache der Beklagten, sie, die Klägerin, nehme lediglich die jeweilige Verzollung an der Zollstelle vor (act. 1 Rz. 17; 24 Rz. 28, 32 und 63 f.). Da sie gar keinen Zugang zu Informationen über die Zollkontingentsanteile der Beklagten habe, könne deren Überprüfung wie auch eine allfällige Intervention nicht in ihren Kompetenzbereich fallen (act. 24 Rz. 33 und 40). Das einzige, was sie, die Klägerin, tun könne, sei eine Einfuhr über das EDV-System der Zollverwaltung anzumelden. Erst dann könne sie erkennen, ob beim Auftraggeber genügend Kontingente für die Einfuhr einer bestimmten Ware vorhanden seien oder nicht (act. 24 Rz. 41). Ein Fehler der Beklagten über die tatsächlich vorhandenen Zollkontingentsanteile dürfe ihr, der Klägerin, keinesfalls zum Nachteil erwachsen (act. 1 Rz. 23). Nach der Verzollung eines Teils der Ware zum Ausser-Kontingentzollansatz habe sie, die Klägerin, versucht, im Interesse der Beklagten eine Korrektur der erfolgten Veranlagung zu erwirken, wie dies mit D._____ besprochen worden sei (act. 24 Rz. 18). Sie habe der Eidgenössischen Zollverwaltung die mit Schreiben vom 2. August 2007 verlangten Dokumente mit Schreiben vom 7. August 2007 eingereicht. In der Kalenderwoche 36 des Jahres 2007, d.h. in der Woche vom 3. bis 9. September 2007, habe sie für die Beklagte mehrmals bei der Eidgenössischen Zollverwaltung telefonisch nachgefragt, wie der Stand der Bearbeitung sei. In der Kalenderwoche 37 des Jahres 2007, d.h. in der Woche vom 10. bis 16. September 2007, sei ihr von der Eidgenössischen Zollverwaltung mitgeteilt worden, dass der Stand der Zollkontingente der Beklagten am 15. Mai 2007 noch nicht habe geklärt werden kön-

nen und dass ohne Mitwirkung der Beklagten zur Klärung der Zollkontingentsituation im Zeitpunkt der Verzollung keine Umbuchung erfolgen könne (act. 1 Rz. 27 S. 13 i.V.m. Rz. 26 S. 11). Die Klägerin habe Herrn D._____ am 7. September einmal, am 10. September dreimal und erneut am 14. September 2007 telefonisch zu erreichen versucht (act. 1 Rz. 27). Die Beklagte habe auf die wiederholten Versuche der Klägerin um Kontaktaufnahme zur Regelung der Zollangelegenheit nicht reagiert (act. 24 Rz. 18). Die Eidgenössische Zollverwaltung habe schliesslich die nachträgliche Korrektur der Veranlagung mit Schreiben vom 9. November 2007 abgelehnt (act. 1 Rz. 27; 24 Rz. 19). Mit diesem Schreiben könne kein Fehlverhalten der Klägerin bzw. keine Sorgfaltspflichtverletzung von Herrn C._____ (von der Klägerin) nachgewiesen werden (act. 40 Rz. 10 und 12; 24 Rz. 61 f.).

5.1.2. Die Beklagte führt im Wesentlichen Folgendes aus: Es stimme zwar, dass D._____ (von der Beklagten) mit C._____ (von der Klägerin) am Abend des 14. Mai 2007 telefonischen Kontakt aufgenommen und erklärt habe, dass zu wenige Zollkontingente vorhanden seien. Indessen sei es so, dass D._____ C._____ – trotz Stehens des Lastwagens an der Grenze – ersucht habe, mit der Verzollung zuzuwarten, bis die notwendigen Kontingente übertragen seien (act. 11 Rz. 22; 29 Rz. 68) bzw. keine Verzollung vorzunehmen, solange er nicht ausdrücklich sein Einverständnis ("grünes Licht") dazu gebe (act. 29 Rz. 23, 27, 43, und 86). Dieses "grüne Licht" habe D._____ erst dann geben wollen, wenn er für die gesamte Warenpartie die notwendigen Kontingente hätte (act. 29 Rz. 95). Sie, die Beklagte, sei niemals mit einer Verzollung ausser Kontingentzollansatz einverstanden gewesen (act. 11 Rz. 30). Vielmehr habe die Vereinbarung zwischen den Parteien klar vorgesehen, dass die Verzollung möglichst nach Kontingentzollansatz vorzunehmen sei (act. 29 Rz. 15). Es habe kein Anlass bestanden, wegen Verderblichkeit der Ware die Verzollung noch vor Übertragung der notwendigen Kontingente vorzunehmen, da die verderbliche Ware gekühlt gewesen und die Kühlung stets gelaufen sei, auch als vor dem Zollamt habe gewartet werden müssen (act. 11 Rz. 23; 29 Rz. 96). Unmittelbar nach dem Telefonat mit C._____ habe D._____ in der Nacht vom 14. auf den 15. Mai 2007 alle erforderlichen Kontingente auf das beklagtische Zollkontingentskonto übertragen, was er auch

C._____ mitgeteilt habe (act. 11 Rz. 24 ff.; 29 Rz. 24). Am 15. Mai 2007 seien somit die notwendigen Zollkontingente zwar gebucht, indessen erst am 16. Mai 2007 nutzbar gewesen (act. 11 Rz. 25 und 40). Aus diesem Grunde hätte C._____ mit der Verzollung bis am 16. Mai 2007 zuwarten müssen (act. 11 Rz. 41). Am 15. Mai 2007 habe C._____ D._____ angerufen und ihm mitgeteilt, dass die gesamte Ware ausser Kontingent eingeführt und verzollt worden sei. Dies sei aber nicht weiter schlimm, da man nachträglich eine Ausserkontingentverzollung [recte: Kontingentverzollung] vornehmen könne. Weiter habe C._____ D._____ zugesichert, die Angelegenheit in Ordnung zu bringen und ihn auf dem Laufenden zu halten (act. 29 Rz. 25 und 50). Die Behauptung der Klägerin, der Eidgenössischen Zollverwaltung die mit Schreiben vom 2. August 2007 verlangten Dokumente mit Schreiben vom 7. August 2007 eingereicht zu haben, bestreitet die Beklagte (act. 11 Rz. 47). Die Beklagte hält dafür, dass das Beschwerdeverfahren erfolgreich hätte abgeschlossen werden können, wenn den Zollbehörden die verlangten Unterlagen eingereicht worden wären (act. 29 Rz. 34 und 90). Die Klägerin habe die Beklagte überhaupt nicht über das Beschwerdeverfahren und die Notwendigkeit, Dokumente beizubringen, informiert, weshalb das Verfahren habe scheitern müssen (act. 29 Rz. 51 und 137). Gemäss Schreiben der Zollverwaltung vom 2. August 2007 seien Belege beizubringen gewesen, welche die Klägerin nur von der Beklagten hätte erhalten können (act. 29 Rz. 52). Eine Korrektur durch die Eidgenössische Zollverwaltung hätte mit Leichtigkeit erreicht werden können, da die Einfuhrkontingente vorhanden gewesen seien. Die Verweigerung der nachträglichen Zulassung zum Kontingentzollansatz durch die Eidgenössische Zollverwaltung sei auf eine Nachlässigkeit der Klägerin zurückzuführen. Die Klägerin habe trotz Aufforderung der Eidgenössischen Zollverwaltung vom 2. August 2007 keine Anstalten unternommen, um die erforderlichen Belege bei der Beklagten erhältlich zu machen und innert Frist einzureichen. Die Beklagte habe davon ausgehen können und dürfen, dass die Klägerin als erfahrene Verzollungsstelle das Beschwerdeverfahren korrekt durchführe und sie kontaktiere, wenn Belege eingefordert würden. Dies sei aber nie geschehen (act. 29 Rz. 52 f., 68 und 90). Es bleibe unerfindlich, weshalb die Klägerin von der Beklagten nicht rechtzeitig alle erforderlichen Dokumente einverlangt habe. Der jederzeitige Ausdruck des Kon-

tingentsauszuges sei der Beklagten möglich gewesen (act. 29 Rz. 83). Es habe keine klägerischen Versuche zur Kontaktaufnahme gegeben (act. 29 Rz. 139). Des Weiteren führt die Beklagte aus, die Klägerin hätte sich schon im Vorfeld vergewissern müssen, ob dem Inhalt des Vertrages, nämlich der Verzollung zum Kontingenzollansatz, überhaupt entsprochen werden kann und allenfalls nachfragen müssen (act. 11 Rz. 34, act. 29 Rz. 21 und Rz. 67).

5.2. Rechtliches

5.2.1. Qualifikation des Rechtsverhältnisses

5.2.1.1. In der Klageantwort ging die Beklagte (sinngemäss) von Auftragsrecht aus (vgl. u.a. act. 11 Rz. 10). In der Duplik macht sie davon abweichend geltend, dass es sich beim Vertragsverhältnis der Parteien um einen Werkvertrag handle, da die Verzollungsstelle eine Erfolgsgarantie zu erbringen habe (act. 29 Rz. 15).

5.2.1.2. Der Unternehmer schuldet ein Werk, der Beauftragte ein Wirken. Zudem garantiert der Unternehmer in der Regel einen Erfolg, der Beauftragte in der Regel nicht (WEBER, Basler Kommentar, N 28 f. zu Art. 394 OR). Vorliegend liegt klar ein Auftrag, nämlich ein Rechtshandlungsauftrag, vor (WEBER, a.a.O., N 10 zu Art. 394 OR). Die Beklagte geht fehl in der Annahme, dass durch die Klägerin ein Werk und damit ein Erfolg geschuldet sei. Die Klägerin hatte nämlich nur den "Auftrag", die Waren zu verzollen, d.h. die Verzollung zu beantragen und anzumelden (vgl. Art. 7, 18 und 24 f. des Zollgesetzes). Die Verzollung selber und damit das "Werk" bzw. der "Erfolg" wird hingegen durch die schweizerische Eidgenossenschaft (nämlich die eidgenössische Zollverwaltung) erbracht. Vorliegend kommt mithin Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung.

5.2.2. Inhalt des Auftrags

5.2.2.1. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Klägerin den Auftrag hatte, Waren, vorliegend Geflügelprodukte, welche die Beklagte in die Schweiz einfuhrte, zu verzollen (act. 1 Rz. 3; 11 Rz. 16 ff.). Zudem macht die Beklagte geltend, dass die Vereinbarung zwischen den Parteien klar vorgesehen

habe, dass die Verzollung möglichst zum Kontingenzollansatz vorzunehmen war (act. 29 Rz. 15). Dies konzediert auch die Klägerin, indem sie ausführt, dass sie (d.h. C._____) die Verzollung der Ware am 15. Mai 2007 zum Kontingenzollansatz vorzunehmen versucht und – als dies nicht gelang – die Beklagte kontaktiert habe (act. 1 Rz. 9 f.; 24 Rz. 39). Auch die Klägerin geht mithin davon aus, dass die Verzollung der von der Beklagten einzuführenden Waren – wenn möglich – zum Kontingenzollansatz vorzunehmen war.

5.2.3. Anspruch der Klägerin auf Auslagenersatz und Honorar

5.2.3.1. Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR hat der Auftraggeber dem Beauftragen die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. Zusätzlich hat der Beauftragte, sofern dies verabredet oder üblich ist, Anspruch auf ein Honorar (Art. 394 Abs. 3 OR). Da der Beauftragte fremde Interessen wahrt, soll ihm kein Vermögensnachteil entstehen. Bei seiner Tätigkeit hat er zweckmässig vorzugehen und die Weisungen des Auftraggebers zu befolgen (WEBER, a.a.O., N 3 und 6 zu Art. 402 OR).

5.2.3.2. Zwischen dem Anspruch auf Auslagen- und Verwendungsersatz und der richtigen Erfüllung des Auftrages besteht grundsätzlich kein Zusammenhang. Der Hinweis auf die "richtige" Ausführung macht den Auslagen- und Verwendungsersatz nicht von gehöriger Leistung abhängig, sondern schränkt den Anspruch auf die Aufwendungen ein, die der Beauftragte – im Zeitpunkt von deren Tätigkeit – nach den Umständen als geboten erachten durfte. Den Ersatz von Auslagen und Verwendungen, die nicht erforderlich gewesen wären, kann der Auftraggeber nicht ablehnen, weil keine richtige Auftragsausführung vorliegt, sondern allein deshalb, weil für diese Aufwendungen kein Auftrag vorlag und sie damit vom Mandatskonsens nicht erfasst werden (FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, N 37 zu Art. 402 OR). Was zu geschehen hat, wenn der Beauftragte den Auftrag nicht gehörig erfüllt, ist eine andere Frage. Dass der Auftraggeber dem Beauftragten in diesem Fall bestimmte Auslagen und Verwendungen nicht ersetzen muss, heisst nicht, dass der grundsätzliche Ersatzanspruch gar nie entstanden ist (FELLMANN, a.a.O., N 38 zu Art. 402 OR). Die Vornahme von Auslagen

oder Verwendungen, die zu Unrecht erfolgten, weil sie bei sachgemässer Ausführung des Auftrages überhaupt nicht oder nicht in der tatsächlich vollzogenen Höhe erforderlich gewesen wären, zählt nicht zu den Erfüllungshandlungen des Beauftragten. Da der Auftrag an den Beauftragten nur die Zustimmung zu notwendigen Aufwendungen umfasst, sind unberechtigte Auslagen und Verwendungen durch den Mandatskonsens nicht gedeckt, weshalb der Auftraggeber den Ersatz unnötiger oder überhöhter Auslagen ablehnen darf. Bezüglich solcher Auslagen liegt nicht eine Schlechterfüllung des Beauftragten vor, die Schadenersatzansprüche begründen könnte; vielmehr sind die Aufwendungen des Beauftragten als Nichtleistung zu qualifizieren, für die kein Ersatz geschuldet ist (FELLMANN, a.a.O., N 77 zu Art. 402 OR; FRANZ WERRO in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2003, N 7 zu Art. 402 OR; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.199/2004 vom 11. Januar 2005 E. 10.3.2.1).

5.2.3.3. Der Anspruch auf Auslagenersatz entsteht im Zeitpunkt der Aufwendung. Die Parteien können die Fälligkeit vertraglich abweichend regeln (FELLMANN, a.a.O., N 52 f. zu Art. 402 OR).

5.2.3.4. Dass der Klägerin die geltend gemachten Auslagen auf Grund der Verzollung sowie die Mehrwertsteuer in Höhe von CHF 97'284.55 (inkl. Registratur und CH-Einfuhrverzollung) angefallen und diese Beträge der Eidgenössischen Oberzolldirektion Ende Mai 2007 überwiesen worden sind (act. 4/11; 25/4; 25/5), wird von der Beklagten nicht bestritten; ebenso wenig – im Grundsatz – die Höhe des Honoraranspruchs ("Vorlageprovision") von CHF 501.10 (vgl. act. 29 Rz. 17).

5.2.4. Vorauszahlungspflicht

5.2.4.1. Die Beklagte macht hingegen geltend, dass keine Vorauszahlungspflicht der Klägerin hinsichtlich der Zollgebühren vereinbart worden sei (act. 29 Rz. 56). Diese Behauptung lässt sich indes ohne Weiteres widerlegen: Auf Grund der Zollgesetzgebung ist die Klägerin als Beauftragte für die Waren anmeldepflichtig und damit auch Zollschuldnerin (Art. 26 und Art. 70 Zollgesetz). Die Zollschuld wird unmittelbar mit ihrer Entstehung fällig und die entsprechende Zollverfügung auch sofort vollstreckbar (Art. 72 Zollgesetz). Die Klägerin hatte somit die

Zollschuld der Eidgenössischen Oberzolldirektion unverzüglich zu bezahlen und konnte nicht zuerst die Rechnungsstellung, den Zahlungseingang und ein allfälliges Inkasso abwarten, ansonsten sie gegenüber der Oberzolldirektion in Verzug geraten wäre und die entsprechenden Konsequenzen zu tragen gehabt hätte.

5.2.5. Teilzahlung

5.2.5.1. Weiter macht die Beklagte geltend, die Klägerin habe für die Verzollung "ca. CHF 500.-" erhalten (act. 29 Rz. 59). Damit behauptet sie sinngemäss die Bezahlung eines Teilbetrages der Rechnung vom 18. Mai 2007. Die Behauptungen der Beklagten sind indessen widersprüchlich, führt sie doch ebenso aus, dass die Klägerin keine Aufwandentschädigung verdient habe, da sie krass zuwider den Instruktionen gehandelt habe (act. 29 Rz. 56). Zudem nennt die Beklagte keinen konkreten Betrag, welcher überwiesen worden sein soll, sondern lediglich einen "Zirka-Betrag". Dadurch konkretisiert sie ihre Behauptung einer Teilzahlung nicht genügend. Über einen unbestimmten Betrag lässt sich nämlich von Vornherein kein Beweisverfahren durchführen. Mangels konkreter Angaben (Betrag, Überweisungsdatum etc.) liesse sich zudem – auch bei Durchführung eines Beweisverfahrens – nicht erstellen, dass der Betrag von "ca. CHF 500.-" mit Bezug auf die Rechnung vom 18. Mai 2007 (und nicht etwa für einen anderen Import) bezahlt worden sein soll, zumal die Beklagte selber geltend macht, dass dieser Betrag das "üblicherweise geschuldete Entgelt" gewesen sei (act. 29 Rz. 59). Anzumerken ist, dass es der Beklagten – hätte sie tatsächlich das geschuldete Honorar von CHF 501.10 überwiesen – ohne Weiteres möglich gewesen wäre, hierzu konkrete Behauptungen aufzustellen. Es ist nicht Sache des Beweisverfahrens, im Hauptverfahren unterlassene Behauptungen nachzuholen.

5.2.6. Unsorgfältige Vertragsausführung im Vorfeld der Verzollungsanmeldung

5.2.6.1. Die Beklagte macht sinngemäss eine unsorgfältige Vertragsausführung im Vorfeld der Verzollungsanmeldung geltend: Die Klägerin hätte sich vergewissern müssen, ob eine Verzollung zum Kontingentzollansatz überhaupt möglich ist und allenfalls nachfragen müssen, bevor sie eine Verzollung vornimmt (act.

29 Rz. 67). Die Klägerin bestreitet diesen Vorwurf, sie habe gar keinen Zugriff auf die entsprechenden Daten (act. 24 Rz. 40).

5.2.6.2. Währenddem die Beklagte in der Klageantwort noch ausführte, die Klägerin hätte unverzüglich nach Erhalt der Faxübermittlung vom 12. Mai 2007 prüfen müssen, ob genügend Einfuhrkontingente vorhanden sind (act. 11 Rz. 18), konzidierte sie in der Duplik, dass die Klägerin nicht selbst solche Abfragen machen kann (act. 29 Rz. 62). Unbestritten ist, dass nur die Beklagte die erforderlichen Kontingente beschaffen konnte (act. 11 Rz. 32, act. 29 Rz. 67 und Rz. 80). Tatsächlich haben ausschliesslich registrierte Zollkontingentanteilsinhaber Zugriff auf die Web-Applikation ... und auch nur solche Personen können mit anderen Zollkontingentanteilsinhabern Vereinbarungen über die Ausnützung von Anteilen treffen und diese elektronisch verbuchen (vgl. Art. 14 der Agrareinfuhrverordnung). Eine Pflicht der Klägerin, vorab die Zollkontingentanteile der Beklagten zu überprüfen, bestand mithin nicht, da sie dazu gar nicht in der Lage war. Es liegt somit kein unzweckmässiges Vorgehen bzw. eine Pflichtverletzung der Klägerin im Vorfeld der Verzollungsanmeldung vor, weshalb in diesem Zusammenhang ein Wegfall des Honoraranspruchs bzw. eine Honorarreduktion nicht in Betracht kommt (vgl. WEBER, a.a.O., N 43 zu Art. 395 OR).

5.2.7. Weisungsgemässe Erfüllung des Auftrages

5.2.7.1. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass D._____ in der Nacht vom 14. auf den 15. Mai 2007 die zusätzlichen Kontingente auf das Konto der Beklagten übertragen und dies C._____ mitgeteilt hat (act. 11 Rz. 24 und 26; 24 Rz. 56) Indessen bestehen zwischen den Parteien darüber, welche Anweisungen D._____ C._____ tatsächlich gab, nachdem das EDV-System der Zollverwaltung die Übermittlung der Verzollung der gesamten Warenpartie zum Kontingentzollansatz zurückgewiesen hatte, Differenzen. Die Klägerin macht geltend, dass C._____ am 15. Mai 2007 ausdrücklich von D._____ angewiesen worden sei, die Verzollung des nicht akzeptierten Teils der Ware vorläufig zum Ausser-Kontingentzollansatz vorzunehmen (act. 1 Rz. 11; 24 Rz. 14, 30 und 43), was die Beklagte bestreitet.

5.2.7.2. Da die Klägerin mit der vorliegenden Klage den Ersatz ihrer Auslagen sowie ihren Honoraranspruch einfordert, welcher nur bei weisungsgemäsem Handeln geschuldet ist und sie zudem selber geltend macht, auf Grund einer ausdrücklichen Weisung von D._____ gehandelt zu haben, wurde ihr der folgende (Haupt-)Beweis auferlegt (Art. 8 ZGB; act. 42): *"dass C._____ am 15. Mai 2007 von D._____ angewiesen wurde, die Verzollung des nicht akzeptierten Teils der Ware vorläufig zum Ausser-Kontingenzollansatz vorzunehmen."*

5.2.7.3. Als Beweismittel offerierte die Klägerin den Zeugen C._____ sowie als Urkunden act. 4/8 (Veranlagungsverfügung Zoll vom 16. Mai 2007), act. 4/10 (Rechnung der Klägerin vom 18. Mai 2007), act. 45/1 (Rechnung der F._____ vom 11. Mai 2007) sowie act. 45/2 (E-Mail C._____ vom 11. Dezember 2007; act. 44). Die Beklagte offerierte den Zeugen D._____ (act. 46).

5.2.7.4. Im Rahmen der Urteilsfindung erfolgt eine Gesamtwürdigung aller Ergebnisse des Beweisverfahrens durch das erkennende Gericht. Dieses würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (§ 148 ZPO). Wo direkte Beweismittel fehlen, sind auch Indizien (Tatsachen ohne unmittelbare Beweiskraft, die aber auf Beweiserhebliches schliessen lassen) als indirekter Beweis in die Beweiswürdigung einzubeziehen. Welche Partei ein Beweismittel angerufen oder eingereicht hat, ist dabei unerheblich (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 2 zu § 148 ZPO). Der Beweis gilt als erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt ist. Die Verwirklichung der Tatsache braucht dabei nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. Nicht ausreichend ist, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit an der Richtigkeit der Behauptung besteht (BGE 128 III 275).

5.2.7.5. Hauptbeweismittel sind die Zeugen C._____ und D._____, da sie die (einzigen) Beteiligten des fraglichen Telefonats vom 15. Mai 2007 waren. Beide bestätigten im Wesentlichen die Behauptungen der Parteien.

5.2.7.6. Steht Aussage gegen Aussage, ist anhand sämtlicher Umstände, die sich aus den Akten ergeben, zu untersuchen, welche Sachdarstellung überzeugend ist, wobei es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen an-

kommt, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgen (vgl. BENDER, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 81, S. 53 ff.). Zu berücksichtigen ist neben dem Inhalt der Aussage auch deren Überzeugungskraft (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 zu § 148).

5.2.7.7. Zur Glaubwürdigkeit des Zeugen C._____ ist zu sagen, dass er unter der Strafandrohung des Art. 307 StGB ausgesagt hat. Der Zeuge C._____ ist nicht mehr bei der Klägerin angestellt und pflegt keinen Kontakt mehr zu deren Organen (weder beruflich noch privat). Er hat mit den Organen der Klägerin nicht über die Zeugenaussage gesprochen und es wurde ihm von der Klägerin auch kein Rückgriff im Falle eines Prozessverlustes angedroht, d.h. der Zeuge C._____ ist gegenüber der Klägerin frei von jeglichen Verpflichtungen (Prot. S. 23 f.). Bei dieser Ausgangslage – die der Zeuge glaubhaft dargelegt hat – ist nicht zu befürchten, dass er versucht war, zu seinen bzw. zu Gunsten der Klägerin auszusagen oder dass er von Seiten der Klägerin in irgendeiner Art und Weise beeinflusst worden sein könnte. Er hat insbesondere kein eigenes finanzielles Interesse am Ausgang des Verfahrens. Die Glaubwürdigkeit des Zeugen C._____ ist deshalb grundsätzlich als hoch einzustufen. Die Beklagte macht hierzu geltend, der Zeuge C._____ habe während der Befragung auf die Tischplatte geschaut und habe mehrmals aufgefordert werden müssen, laut und deutlich zu sprechen (act. 62 Rz. 3). Aus diesem Verhalten kann nun aber keine Einschränkung der Glaubwürdigkeit abgeleitet werden, liegt es doch in der Natur eines jeden Menschen, ob er eher schüchtern oder forsch auftritt und laut oder leise spricht. Wenn Zeugeneinvernahmen digital aufgenommen werden – was vorliegend der Fall war (vgl. Prot. S. 23) –, so werden die Zeugen grundsätzlich – und wenn sie leise sprechen nötigenfalls auch mehrmals – darauf aufmerksam gemacht, dass sie laut und deutlich sprechen müssen, da dies die Abschrift der Aussage wesentlich erleichtert. Im Übrigen hinterliess der Zeuge C._____ beim in voller Besetzung tagenden Gericht wohl den Eindruck eines eher schüchternen Menschen, jedenfalls aber auch den eines glaubwürdigen Zeugen.

5.2.7.8. Der Zeuge D._____ sagte zwar ebenfalls unter der Strafandrohung des Art. 307 StGB aus, hingegen ist bei ihm zu berücksichtigen, dass er mit der

Beklagten zusammen Importgeschäfte tätigte, mit der Beklagten in geschäftlichem Kontakt stand und mit dem Präsidenten des Verwaltungsrates der Beklagten, Herrn G._____, über die Zeugenaussage Gespräche geführt hat (Prot. S. 29 f.). Der Zeuge schaute zudem bei einer Frage des Vorsitzenden, nämlich an welchem Tag er davon erfahren habe, dass die Verzollung vorgenommen worden sei, fragend zu Herrn G.____ (Prot. S. 36), was auf eine Besprechung der Zeugenaussage hindeuten könnte. Zudem hat der Zeuge D.____ ein erhebliches eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses. Seine Firma, die H.____ AG, hat nämlich mit der Beklagten zusammen Geflügelwaren in die Schweiz importiert. Während vor dem streitigen Vorfall vom Mai 2007 separat (allerdings mit demselben Camion) importiert wurde, sollte der Import vom Mai 2007 der erste gemeinsame sein. Dabei ist gemäss Aussage des Zeugen D.____ ein „Fehler passiert“ (Prot. S. 30). Unstrittig wurde ein Teil der Lieferung zum Ausser-Kontingenzollansatz verzollt, so dass die Ware – wenn die Importeure, nämlich die Beklagte und die Firma des Zeugen, die H.____ AG, die Zollgebühren etc. gemäss Rechnung der Klägerin vom 18. Mai 2007 zu bezahlen hätten – nicht mehr gewinnbringend in der Schweiz zu verkaufen war (vgl. Prot. S. 34). Der Zeuge bzw. seine Firma H.____ AG war bei diesem Import finanziell beteiligt, weshalb er ein grosses (und durchaus verständliches) eigenes Interesse daran hat, dass die Klägerin den entstandenen „Schaden“ zu tragen hat. Falls die Klägerin den Prozess gewinnen sollte, so hätte der Zeuge bzw. seine Firma nämlich selber einen Teil der finanziellen Konsequenzen zu tragen (gehabt). Die Zeugenaussage D.____ ist vor diesem Hintergrund als in der Glaubwürdigkeit getrübt zu beurteilen.

5.2.7.9. Der Zeuge C.____ sagte aus, dass er D.____ darauf hingewiesen habe, dass vom Zollprogramm eine Fehlermeldung gekommen sei, nämlich dass das Kontingent nicht abgedeckt sei. D.____ habe ihm dann gesagt, er hätte die Kontingente gutgeschrieben und es müsste funktionieren. Er, C.____, habe indes die Verzollung zum Kontingenzollansatz nicht vornehmen können. Daraufhin habe D.____ gesagt, die Kontingente seien verfügbar und er solle die Ladung vorab zum höheren Zollansatz verzollen (Prot. S. 25 f.). D.____ habe ihn nicht angewiesen, mit der Verzollung zuzuwarten bzw. er habe ihm die Verzollung nicht

untersagt (Prot. S. 27). Die Darstellung des Zeugen C._____ macht Sinn und deckt sich mit den Darstellungen beider Parteien (ausgenommen das fragliche Telefonat). Unbestrittenermassen waren am besagten Tag nämlich – gemäss Systemangaben – nicht genügend Kontingente vorhanden. Der Import vom Mai 2007 war für die Beklagte bzw. die Firma H._____ der erste dieser Art (Prot. S. 30 f.). Das Zur-Verfügung-Stellen von genügend Kontingenten war Sache der Beklagten. Die Klägerin hatte keine Kenntnis von der Anzahl der Kontingente und konnte diese auch nicht beschaffen (act. 11 Rz. 32; 29 Rz. 67 und 80; bestätigt auch durch die Zeugenaussagen C._____, Prot. S. 26, und D._____, Prot. S. 37). Es war nicht ihre Sache, diese Vorarbeiten mit Bezug auf die Verzollung zu übernehmen bzw. zu überwachen. Aus den Zeugenaussagen von D._____ geht hervor, dass die Beklagte auf den ersten gemeinsamen Import nur ungenügend vorbereitet war. Bei der Beklagten herrschte nämlich keine genaue Kenntnis über die Menge der verfügbaren Kontingente. Der Zeuge D._____ wusste erst dann, als die Klägerin die Zollabfertigung bereits vorbereitet hatte, dass der Lastwagen an der Grenze angekommen war, und dies obwohl er für die Beklagte und seine Firma die Kontrolle der Kontingente innehatte (Prot. S. 31 f. und 42). Die Beklagte bzw. der für sie handelnde Zeuge D._____ wurde von der Situation somit überrascht. Auf Seiten der Beklagten und insbesondere für den für sie handelnden Zeugen D._____ bestand plötzlich Zeit- und Handlungsdruck: Für den an der Grenze wartenden Camion mussten schnellstens die Kontingente beschafft werden. Dieser Camion hatte ein tiefgekühltes Abteil (act. 11 Rz. 23), welches in Betrieb gehalten werden musste (act. 29 Rz. 96). Die Beklagte behauptet zwar, dass keine drohende Verderblichkeit bestanden habe (act. 11 Rz. 23; 29 Rz. 96), indessen ist notorisch, dass Tiefkühlware nicht auftauen darf und dass das Tiefkühlabteil ohne laufenden Motor nicht unbegrenzt kühlt. Zudem geht aus dem Schreiben vom 21. Oktober 2008 von RA Y._____ an I._____ vom Bundesamt für Landwirtschaft hervor, dass der Camion "Schwarzfleisch" geladen hatte, nämlich dass – vom Zoll unbemerkt – eine weitere Einheit Fleischwaren in die Schweiz importiert wurde (act. 30/4). Auch diese Tatsache spricht dafür, dass ein Verweilen an der Zollstation – bei während Stunden laufendem Motor – wohl nicht erstrebt war. Weiter fällt auf, dass gemäss der Darstellung der Beklagten am 14.

und 15. Mai 2007 genügend Zollkontingente für die Einfuhr von Geflügel zur Verfügung gestanden haben sollen und diese am 15. Mai 2007 „gebucht“ gewesen seien (act. 11 Rz. 29 und 40); demgegenüber sagte der Zeuge D._____ aus, dass nach dem Übertrag vom Konto der H._____ AG auf das Konto der Beklagten immer noch 900 kg bis eine Tonne gefehlt hätten (Prot. S. 35 f. und S. 39). Entgegen den Darstellungen der Beklagten reichte somit der Übertrag der Kontingente der H._____ AG auf das Konto der Beklagten gar nicht aus, um die ganze Ladung Geflügel abzudecken. Der Klägerin war es somit überhaupt nicht möglich, die Einfuhr am 15. Mai 2007 (oder auch am 16. Mai 2007) gänzlich zum Kontingentzollansatz vorzunehmen.

5.2.7.10. Der Zeuge D._____ versuchte zwar, die Darstellung der Beklagten zu stützen, indem er mehrmals ausführte, C._____ angewiesen zu haben, die Verzollung abubrechen, bis der entsprechende Übertrag gemacht sei und dass er Mitteilung machen werde. C._____ habe dies auch so veranlasst (Prot. S. 32, 34 und 43). Es macht nun aber keinen Sinn, weshalb C._____, nachdem er zunächst die Verzollung abbrach, da er die Mitteilung erhalten haben soll, die Kontingente müssten noch beschafft werden, plötzlich „aus heiterem Himmel“ verzollen sollte. Für die Klägerin hätte ein solches Vorgehen ja keinen Vorteil gebracht, konnte sie ihre Provision doch auch noch einen Tag später verdienen. Ein weisungswidriges Vorgehen macht auf Grund der Umstände keinen Sinn. Zudem musste für die Vornahme der Verzollung der Lastwagen wieder an die Zollstelle vorfahren, was nicht die Klägerin bzw. C._____ veranlassen konnte (sondern der Zeuge D._____ bzw. Herr G._____ von der Beklagten, vgl. Prot. S. 43). Der Zeuge widerspricht sich hier, wenn er einerseits ausführt, dass „nichts passieren durfte“, bis er Herrn G._____ beauftragt hätte, den Chauffeur anzuweisen, nun an die Zollstelle zu fahren und die Verzollung vorzunehmen (Prot. S. 43) und andererseits in den Raum stellt, dass allenfalls der Chauffeur bei C._____ Druck gemacht haben soll bzw. ohne Anweisung an die Zollstelle gefahren sei (Prot. S. 36; dies entgegen der Darstellung der Beklagten, welche nicht geltend macht, dass der Chauffeur zur Verzollung gedrängt habe; act. 29 Rz. 49). Wenn gemäss den Aussagen des Zeugen D._____ Kontakt zum Camionfahrer bestand, so kann dieser nur auf Veranlassung der Beklagten erneut zur Zollstelle gefahren sein. Zudem

fällt auf, dass der vom Zeugen D._____ geschilderte Telefonkontakt nicht mit den eigenen Behauptungen der Beklagten übereinstimmt: Gemäss den Aussagen des Zeugen D._____ – dies auf nachdrückliche Nachfrage durch den Vorsitzenden – gab es nämlich nur ein Telefonat am Nachmittag/Abend, wobei unklar ist, ob der Zeuge den 14. oder 15. Mai 2007 meint (vgl. Prot. S. 35 und 43). Gemäss den Ausführungen der Beklagten fanden am 14. Mai 2007 hingegen zwei Telefonate statt, nämlich das erste, anlässlich welchem D._____ C._____ gesagt haben soll, dass zu wenige Kontingente vorhanden seien und mit der Verzollung zuzuwarten sei (act. 11 Rz. 22; 29 Rz. 68), und ein weiteres, mit welchem D._____ C._____ mitgeteilt haben soll, dass die zusätzlichen Zollkontingente übertragen seien (act. 11 Rz. 24 ff.). Diese telefonische Bestätigung der Übertragung der Kontingente erwähnt die Beklagte in ihrer Klageantwort dreimal, womit ausgeschlossen ist, dass es sich um ein redaktionelles Versehen handelt (act. 11 Rz. 24, 25 und 26). Der Zeuge D._____ will aber nicht nur kein zweites Telefonat geführt haben, sondern sagt zudem – im Widerspruch zu den Aussagen der Beklagten – aus, dass er C._____ nicht darüber informiert habe, dass die Zollkontingente beschafft seien (Prot. S. 35; dies im Gegensatz zum Zeugen C._____, welcher aussagte, dass D._____ ihm mitgeteilt habe, dass die Kontingente gutgeschrieben seien, Prot. S. 25). Dieses bewusste oder unbewusste Verschweigen des zweiten Telefonats (welches, es sei nochmals darauf hingewiesen, gemäss klarer Darstellung der Beklagten stattgefunden hat) durch den Zeugen D._____ lässt sich damit erklären, dass mit seiner Mitteilung an C._____, die Kontingente seien vorhanden – zumindest implizit – auch die Anweisung an C._____ verbunden war, die Ware zu verzollen, hatte er doch zunächst die Weisung erteilt, mit der Verzollung zuzuwarten, bis die Kontingente übertragen sind. Dass diese Mitteilung und damit die Anweisung zur Verzollung tatsächlich erfolgt sein muss, zeigt auch die Tatsache, dass beide Parteien damals davon ausgegangen sind – und die Beklagte gemäss Duplikatschrift immer noch davon ausgeht –, dass eine Umbuchung eigentlich hätte möglich sein müssen (act. 29 Rz. 65, 79 und 121). Diese Ausgangslage entspricht der Darstellung der Klägerin, wonach sie angewiesen worden sei, die Verzollung vorläufig zum Ausser-Kontingentzollansatz vorzunehmen und später eine Umbuchung beantragt werde. Die Version der Beklagten würde hingegen nur dann Sinn

machen, wenn beiden Parteien oder zumindest einer der Parteien klar gewesen wäre, dass eine Umbuchung nicht möglich ist und mithin bis zum Zeitpunkt der "Erhältlichkeit" der Kontingente im Computersystem hätte zugewartet werden müssen. Davon ist indes nicht auszugehen, da – wie erwähnt – selbst die Beklagte von der Möglichkeit der Umbuchung ausging.

5.2.7.11. In diesem Licht verblasst der Einwand der Beklagten in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 7. Dezember 2010, in welcher sie die Aussagen des Zeugen C._____ als abstrakt, konfus, widersprüchlich und ohne Sinn bezeichnet, da sie dies vor allem damit begründet, wer der beiden Personen die Möglichkeit der nachträglichen Berufung eingebracht haben soll (act. 62 Rz. 4). Da beide Parteien von der grundsätzlichen Umbuchungsmöglichkeit bei „gebuchten“ ausreichenden Kontingenten ausgehen, kann nicht von Relevanz sein, wer auf die Möglichkeit hingewiesen hat. Da C._____ von der Klägerin unbestrittenermassen keine Einsicht in das Kontingentkonto der Beklagten hatte, konnte er auch – mangels genauer Angaben durch die Beklagte – kein „bestmögliches Splitting“ vornehmen (vgl. vorstehend VI.5.2.6). Dies bestätigten sowohl der Zeuge D._____ (Prot. S. 37) wie auch der Zeuge C._____ (Prot. S. 26). Die Frage des Vorsitzenden an den Zeugen C._____, ob D._____ konkret gesagt habe, dass die ganze Ladung zum höheren Zollansatz verzollt werden sollte, zielte genau auf diese Möglichkeit des Splittings ab, weshalb der diesbezügliche Einwand der Beklagten, der Zeuge C._____ habe nicht gesagt, dass D._____ die Weisung erteilt habe, die ganze Ladung zum Ausser-Kontingentzollansatz zu verzollen (act. 62 Rz. 4), ins Leere geht. Unbestrittenermassen wurde ja ein Teil der Ware zum Zollkontingentansatz und ein Teil zum Ausser-Zollkontingentansatz verzollt. Und dass die Klägerin bzw. der für sie handelnde C._____ trotz Mitteilung, dass die Kontingente übertragen worden seien, hätte „merken“ müssen, dass er mit der Verzollung noch einen Tag länger hätte zuwarten müssen und diese erst am 16. Mai 2007 hätte vornehmen dürfen – so die Aussagen der Beklagten (act. 11 Rz. 41) – ist völlig lebensfremd, musste doch – wie schon erwähnt – auch der Camion an die Zollstelle vorfahren, was indessen nicht C._____ zu veranlassen hatte.

5.2.7.12. Auf Grund der beiden Zeugenaussagen bestehen keine vernünftigen Zweifel mehr daran, dass die Klägerin die Verzollung weisungsgemäss vorgenommen hat. Die offerierten Urkundenbeweismittel können zur Erstellung des Sachverhaltes nichts Ergänzendes beitragen.

5.2.8. Beschwerdeverfahren

5.2.8.1. Vorstehend wurde festgehalten, dass hinsichtlich der Zollgebühren eine Vorauszahlungspflicht der Klägerin vereinbart war (vgl. IV.5.2.4). Die Klägerin hat die Verzollung eines Teils der Ware weisungsgemäss zum Ausser-Kontingenzollansatz vorgenommen (vgl. vorstehend IV.5.2.7.12). Sie durfte die damit zusammenhängenden Auslagen nach den Umständen als geboten erachten. Beide Parteien gingen von der grundsätzlichen Möglichkeit der nachträglichen Umbuchung aus (vgl. vorstehend IV.5.2.7.10); und die Klägerin durfte auch davon ausgehen, da ihr vor der Verzollung von Herrn D. _____ unstrittig mitgeteilt worden war, dass die erforderlichen zusätzlichen Kontingente auf das Konto der Beklagten übertragen worden seien (vgl. vorstehend IV.5.2.7.1). Eine nachträgliche Umbuchung ist nämlich grundsätzlich möglich, wenn der Importeur im Zeitpunkt der Einfuhr Anrecht auf die Anwendung des Kontingenzollansatzes hatte (Art. 34 Abs. 4 lit. b Zollgesetz). Die Auslagen wurden demnach in "richtiger" Ausführung des Auftrages im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR gemacht. Der klägerische Anspruch auf Auslagenersatz entstand Ende Mai 2007, als der Eidgenössischen Oberzolldirektion die geltend gemachten Auslagen in der Höhe von CHF 97'284.55 unstrittig bezahlt wurden (act. 11 Rz. 28). Keine der Parteien behauptet eine abweichende vertragliche Regelung der Fälligkeit.

5.2.8.2. Die Parteien bringen im vorliegenden Verfahren übereinstimmend vor, dass die Klägerin gemäss Absprache mit der Beklagten bei der Eidgenössischen Zollverwaltung in einem Beschwerdeverfahren eine Korrektur der erfolgten Veranlagung zu erwirken gesucht habe. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe nach der Verzollung eines Teils der Ware zum Ausser-Kontingenzollansatz versucht, im Interesse der Beklagten eine Korrektur der erfolgten Veranlagung zu erwirken, wie dies mit D. _____ besprochen worden sei (act. 24 Rz. 18). D. _____ (von der Beklagten) habe die Klägerin angewiesen, die

Verzollung im Nachhinein zu korrigieren (act. 24 Rz. 24, 27 und insb. 52). Aufgrund der am 15. Mai 2007 durch D._____ erfolgten telefonischen Anordnung, die Verzollung vorläufig zum Ausser-Kontingenzollansatz vorzunehmen, habe sich die Klägerin im Sinne einer umfassenden Interessenwahrung auch für das nachträgliche Berichtigungsverfahren als zuständig erachtet (act. 24 Rz. 99 und 113). Die Beklagte scheint sich auf den Standpunkt zu stellen, C._____ habe D._____ zugesichert, die ganze Angelegenheit in Ordnung zu bringen und ihn auf dem Laufenden zu halten (act. 29 Rz. 25 und 50). Eine Analyse der beiden Parteienstandpunkte ergibt, dass die Klägerin nicht in Abrede stellt, sich gegenüber der Beklagten verpflichtet zu haben, das Beschwerdeverfahren, welches auf eine Umbuchung abzielte, durchzuführen. Dies zeigt sich im Übrigen auch deutlich in der Argumentation der Klägerin "selbst wenn [...] kein ausdrücklicher Auftrag zur Einleitung rechtlicher Schritte vorgelegen hätte" (act. 24 Rz. 105). Auch die Beklagte geht bezüglich des Beschwerdeverfahrens von einem vertraglichen Verhältnis zwischen den Parteien aus (act. 29 Rz. 151).

5.2.8.3. Auf das Vertragsverhältnis kommt Auftragsrecht zur Anwendung, da von der Klägerin mit der Durchführung des Beschwerdeverfahrens, welches auf eine nachträgliche Zulassung zum Kontingenzollansatz abzielte, ein sorgfältiges Tätigwerden im Interesse der Beklagten geschuldet war. Vertraglich wurden keine konkreten Pflichten vereinbart. Es kann aber gesagt werden, dass sich die Klägerin verpflichtet hat, das Möglichste zu tun, um die Umbuchung herbeizuführen.

5.2.8.4. Die Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Klägerin habe es versäumt, den Zollbehörden die mit Schreiben der Eidgenössischen Zollverwaltung vom 2. August 2007 verlangten Dokumente einzureichen. Gemäss Schreiben der Zollverwaltung vom 2. August 2007 seien Belege beizubringen gewesen, welche die Klägerin nur von der Beklagten hätte erhalten können (act. 29 Rz. 52). Die Klägerin habe die Beklagte nicht über die Notwendigkeit, Dokumente beizubringen, informiert (act. 29 Rz. 51 und 137). Sie hätte mit der Beklagten Kontakt aufnehmen und rechtzeitig alle erforderlichen Dokumente einverlangen müssen (act. 29 Rz. 83 und 139). Die Klägerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, falls – wie vorliegend – eine nachträgliche Umbuchung

zufolge im Zeitpunkt der Verzollung fehlender Zollkontingentanteile nicht erfolgen könne, so betreffe dies einzig die Beklagte (act. 1 Rz. 26). Sie habe der Eidgenössischen Zollverwaltung die mit Schreiben vom 2. August 2007 verlangten Dokumente mit Schreiben vom 7. August 2007 eingereicht (act. 1 Rz. 27).

5.2.8.5. Wie bereits erwähnt, kann eine nachträgliche Umbuchung, also eine nachträgliche Anwendung des Zollkontingentsansatz nach Art. 34 Abs. 4 lit. b Zollgesetz, nur dann erfolgen, wenn im Zeitpunkt der ursprünglichen Zollanmeldung die materiellen und die formellen Voraussetzungen für die Gewährung einer Zollerlässigung erfüllt waren (Art. 89 lit. a Zollverordnung). Mit anderen Worten mussten im relevanten Zeitpunkt der Einfuhr die benötigten Zollkontingente vorliegen, damit ein Beschwerdeverfahren, wie das vorliegend durchgeführte, hätte erfolgreich sein können. Verfügte die Importeurin jedoch nicht über ausreichend Kontingente, dann war das Beschwerdeverfahren von vornherein aussichtslos. Erst wenn feststeht, dass im relevanten Zeitpunkt ausreichend Zollkontingente vorhanden waren, ist also zu prüfen, ob das Beschwerdeverfahren aufgrund einer etwaigen Nachlässigkeit der Klägerin – wie dies von der Beklagten behauptet wird – erfolglos war.

5.2.8.6. Ob im relevanten Zeitpunkt genügend eigene oder hinzuerworbene Kontingente der Beklagten zur Verfügung gestanden haben, ist durch die Beklagte zu beweisen (Unterbeweis 1.2, act. 93, "*dass die Beklagte im Hinblick auf die prozessgegenständliche Einfuhr genügend eigene oder hinzuerworbene Kontingente gestützt auf Verfügungen des Bundesamtes für Landwirtschaft (BLW) besass und diese der Klägerin rechtzeitig zur Verfügung gestellt hat.*"). Hierzu offerierte die Beklagte den Kontingentsauszug des Bundesamtes für Landwirtschaft an die Beklagte vom 26. August 2007 (act. 30/3) und das Faxschreiben von D._____ an die Beklagte [recte wohl Klägerin] vom 23. Mai 2007 (act. 90) als Urkundenbeweise. Weiter beantragte die Beklagte die Edition der Kontingente der Beklagten für das Kalenderjahr 2007 durch das Bundesamt für Landwirtschaft sowie die Befragung der Zeugen J._____, BLW, I._____, BLW und D._____, H._____ AG (act. 93).

5.2.8.7. Der Kontingentsauszug vom 26. Juni 2008 (act. 30/3) zeigt die Saldi der Kontingentsanteile auf, wobei ersichtlich ist, wann der Generaleinfuhrberechtigte welche Kontingentsanteile ersteigerte bzw. hinzuerwarb. Danach war die Beklagte im Zeitpunkt vom 23. März 2007 berechtigt, 15'000 kg zum Kontingentszollansatz zu importieren. Am 14. Mai 2007 erfolgte dann eine "Umbuchung" von 3'000 kg. Dabei handelte es sich um die von der H._____ AG erhaltenen Kontingentsanteile, so dass die Beklagte in jenem Zeitpunkt über einen Saldo von 18'000 kg verfügte und somit in diesem Umfang grundsätzlich berechtigt war, Geflügel zu importieren. Der Auszug bildet für sich alleine jedoch keinen Beweis dafür, dass im Zeitpunkt der Einfuhr genügend Kontingente vorhanden gewesen sein sollen, sieht man offensichtlich nur einen Saldo, der am 14. Mai 2007 einmal bestanden hat, nicht jedoch etwaige Bewegungen auf dem Kontingentskonto, die am 14. Mai 2007 bis zur beabsichtigten Einfuhr stattgefunden haben.

5.2.8.8. Das von der Beklagten ebenfalls als Beweisurkunde eingereichte Faxschreiben von D._____ an den C._____ vom 23. Mai 2007 (act. 90) zeigt neben der ursprünglichen Zuteilung von 15'000 kg und dem aktuellen Saldo von 11'469 kg nichts weiter auf, als dass am 14. Mai 2007 Kontingentsanteile im Umfang von 3'000 kg von der H._____ AG dazu erworben worden waren. Die Urkunde bildet spontan ebenfalls kein Beweis dafür, dass die Beklagte im relevanten Zeitpunkt über genügend Kontingente verfügt hat.

5.2.8.9. Die von der Beklagten beantragte Edition der Kontingente der Beklagten für das Kalenderjahr 2007 wurde mit Beschluss vom 7. Juni 2013 beim Bundesamt für Landwirtschaft begehrt (act. 115), welcher Aufforderung das Bundesamt für Landwirtschaft mit Schreiben vom 13. Juni 2013 nachgekommen ist (act. 117-120). Hierauf wurden dem Bundesamt für Landwirtschaft zulässigerweise verschiedene Verständnisfragen unterbreitet (act. 121).

5.2.8.10. Die Verständnisfragen wurden ohne Hinweis auf die Wahrheitspflicht bzw. Strafandrohung gestellt, so dass diesbezüglich ein Vorbehalt in Bezug auf die Glaubwürdigkeit des Antwortschreibens anzubringen ist. Zwar war das Bundesamt für Landwirtschaft in das von der Klägerin angestrebte Beschwerdeverfahren involviert, jedoch ist davon auszugehen, dass das Bundesamt keinerlei

Interesse am Ausgang des vorliegenden Verfahrens hat. Zudem ist der die Verständnisfragen beantwortende K._____ in keiner ersichtlichen und relevanten Weise im Rahmen des Beschwerdeverfahrens in Erscheinung getreten, so dass man davon ausgehen kann, dass er die Antworten nicht zu seinen oder des Bundesamtes Gunsten dargestellt hat. Die Glaubwürdigkeit des Schreibens ist damit als hoch einzustufen.

5.2.8.11. In inhaltlicher Hinsicht wurde die Frage gestellt, ob die Beklagte im Zeitpunkt der Verzollung der Ware durch die Klägerin über genügend Kontingent für die Verzollung zum Kontingentszollansatz verfügte (act. 121 S. 2). Mit Schreiben vom 28. Juni 2013 beantwortete das Bundesamt für Landwirtschaft die Frage klar, indem es die Bewegungen auf dem Kontingent der Beklagten für den relevanten Zeitraum abbildete und ausführte, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der fraglichen Abfertigung nicht über den nötigen Kontingentsanteil verfügte, um die gesamte Menge im Kontingent, also zum Kontingentszollansatz, abzufertigen. Die fehlende Menge habe 760 kg betragen (act. 124). Die Aussage ist klar, nachvollziehbar und wurde vorbehaltlos gemacht. Die Aussage stimmt des Weiteren mit der Beantwortung derselben Frage durch die Eidgenössische Zollverwaltung überein (act. 125).

5.2.8.12. Auf Begehren der Beklagten wurde am 23. Januar 2014 J._____ zur vorliegenden Streitsache befragt. J._____ ist von Beruf Ingenieur/Agronom und arbeitet beim Bundesamt für Landwirtschaft. Nach seinen eigenen Angaben stand er nur in geschäftlicher Hinsicht (Beschwerdeverfahren) mit den Parteien in einer Beziehung. Er habe mitbekommen, was geschehen sei, habe auch die Fragen und Antworten zur Edition gesehen, sei selber aber nicht in die Angelegenheit involviert gewesen. Der Zeuge J._____ wurde als Fachmann und somit als sachverständiger Zeuge zur Angelegenheit befragt und sagte unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB aus. Entsprechend hat er aufgrund seiner Stellung weder ein persönliches noch ein finanzielle Interesse am Ausgang des Verfahrens. Seine Glaubwürdigkeit ist demnach als hoch einzustufen.

5.2.8.13. Auf Vorhalt von act. 124 wurde J._____ gefragt, ob die Beklagte am 15. Mai 2008 über genügend Kontingent verfügt habe (act. 149 S. 4). Der

Zeuge J._____ erklärte, dass man auf dem Auszug sehe, dass am 23. März 2008 eine Versteigerung dieser Kontingentsanteile von Geflügelfleisch stattgefunden habe, anlässlich welcher die Beklagte den Zuschlag für 15 Tonnen erhalten habe. Dieser Kontingentsanteil habe am 1. April 2008 zu laufen begonnen, entsprechend habe am 1. April 2007 ein Saldo von 15'000 kg bestanden. Weiter sehe man, dass am 14. Mai 2007 eine Kontingentsumbuchung bzw. ein Kauf von 3'000 kg stattgefunden habe, so dass diese zusätzlichen 3'000 kg ab dem 15. Mai 2008 hätten gebraucht werden dürfen. Dann sei aus dem Auszug ersichtlich, dass am 15. Mai 2008 zwei Abzüge zu 823 kg bzw. 5'707,4 kg stattgefunden hätten, so dass ein Restsaldo von 11'469,6 kg resultiert habe (act. 149 S. 4). Auf die Frage, ob dies die Menge sei, die zur Verfügung gestanden habe, antwortete J._____, dass offenbar eine Verzollung von 12'229,6 kg zum Ausserkontingentszollansatz versucht worden sei, die im Kontingent keinen Platz gehabt hätten. Es habe ein Kontingentsanteil von 760 kg gefehlt (act. 149 S. 4). Für ihn sei klar, dass die 760 kg zum Ausserkontingentszollansatz hätten verzollt werden müssen (act. 149 S. 4).

5.2.8.14. Mit dieser Aussage erklärte der Zeuge J._____ klar und vorbehaltlos, dass das zur Verzollung zum Kontingentszollansatz benötigte Kontingent um 760 kg zu klein war. Mit anderen Worten verfügte die Beklagte im relevanten Zeitpunkt der Einfuhr nicht über genügend Kontingent.

5.2.8.15. Weiter beantragte die Beklagte die Befragung des Zeugen I._____, welcher von Beruf Landwirt/Agronom und ein ehemaliger Mitarbeiter des Bundesamtes für Landwirtschaft ist. Auch er sagte unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB aus. Er gab zu Protokoll, in keiner Hinsicht in einer Beziehung zu den Parteien zu stehen. Es ist davon auszugehen, dass der Zeuge I._____ weder ein persönliches noch ein finanzielle Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, so dass seine Glaubwürdigkeit ebenfalls als uneingeschränkt Hoch zu bewerten ist. Der Zeuge I._____ wurde zudem in der gleichen Funktion wie der Zeuge J._____ befragt.

5.2.8.16. Auf Vorhalt von act. 124 wurde auch der Zeuge I._____ gefragt, ob er der Meinung sei, dass die Beklagte im Zeitpunkt des 15. Mai 2008 über genü-

gend Kontingent verfügt habe (act. 150 S. 2). Ohne weitere Erklärungen zu machen, gab der Zeuge I._____ zu Protokoll, dass im Zeitpunkt der Einfuhr 760 kg im Kontingent gefehlt hätten (act. 150 S. 3).

5.2.8.17. Auch der Zeuge I._____ antwortete klar und vorbehaltlos. Die Antwort deckt sich inhaltlich mit derjenigen des Zeugen J._____.

5.2.8.18. Schliesslich wurde antragsgemäss der Zeuge D._____ zu dieser Frage befragt. Grundsätzlich ist hinsichtlich seiner Glaubwürdigkeit auf das zu Ziffer 5.2.7.8 Gesagte zu verweisen. In der Zeit zwischen der ersten und der zweiten Zeugenbefragung hat sich die Beziehung des Zeugen D._____ zur Beklagten insofern verändert, als seine Firma "H._____ AG" – so seine eigenen Angaben – in der er Geschäftsführer gewesen sei, im August 2009 Konkurs gegangen sei. Er habe die Kontakte zu Kunden und Lieferanten abrechnen müssen. Er habe seit der letzten Zeugenbefragung keinerlei Kontakt zu G._____ gehabt und habe mit ihm auch nicht über die Zeugenbefragung gesprochen (act. 151 S. 1 f.). In Anbetracht der Tatsache, dass die Gesellschaft H._____ AG im Jahr 2009 Konkurs gegangen ist, wäre eine mögliche Haftung des Zeugen D._____ als Verwaltungsrat bzw. Gesellschafter im heutigen Zeitpunkt nur noch im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage denkbar. Die 5-jährige Verjährungsfrist nach Art. 760 OR ab Kenntnis des Schaden wäre jedoch im heutigen Zeitpunkt verstrichen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass der Zeuge D._____ wohl kaum noch zu befürchten hat, aus der vorliegenden Streitsache durch die Beklagte in Anspruch genommen zu werden; Gegenteiliges wurde jedenfalls nicht bekannt gegeben. Entsprechend ist seine Glaubwürdigkeit im Zeitpunkt der zweiten Zeugenbefragung zwar nicht als völlig ungetrübt zu berücksichtigen, jedoch ist sie höher als im Zeitpunkt der ersten Befragung. Auch der Zeuge D._____ sagte unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB aus (act. 151 S. 1).

5.2.8.19. Auf Vorhalt von act. 124 und die Frage, ob die Beklagte am 15. Mai 2008 über genügend Kontingent für die streitgegenständliche Einfuhr verfügt habe, antwortete der Zeuge D._____, dass er dies nicht mit Bestimmtheit sagen könne, er sehe die benötigte Menge nicht. Nach kurzer Erläuterung von act. 124

antwortete der Zeuge D._____, dass zu wenig Kontingente vorhanden gewesen seien (act. 151 S. 2).

5.2.8.20. Zwar erfolgte diese Aussage erst auf die entsprechende Erläuterung von act. 124 hin, jedoch war diese sodann klar und vorbehaltlos. Im Übrigen deckt sich diese Aussage mit denjenigen der Zeugen J._____ und I._____. Es besteht kein Anlass, an dieser Aussage zu zweifeln.

5.2.8.21. Zusammengefasst kann also festgehalten werden, dass alle drei Zeugen ausgesagt haben, dass die Beklagte im relevanten Zeitpunkt der Einfuhr nicht über die benötigten Kontingentsanteile verfügte. Konkret hätten 760 kg gefehlt, so dass diese zum Ausserkontingentszollansatz hätten verzollt werden müssen. Diese Aussagen decken sich mit den von den Amtsstellen erhältlich gemachten Unterlagen und den auf die Verständnisfragen gemachten Aussagen des BLW und der Eidgenössischen Zolldirektion.

5.2.8.22. Somit steht fest, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Einfuhr nicht über die benötigten Kontingentsanteile verfügte, um die ganze Menge zum tieferen Kontingentszollansatz zu verzollen, so dass das Beschwerdeverfahren von vornherein aussichtslos war und daher ein etwaiges nachlässiges Handeln der Klägerin innerhalb des Beschwerdeverfahrens nicht weiter zu prüfen ist. Die Frage, ob sich daran etwas geändert hätte, wenn C._____ mit der Verzollung einen weiteren Tag zugewartet hätte, ist aufgrund von act. 124 klar zu beantworten, denn die Darstellung des Kontingents-Konto der Beklagten zeigt klar auf, dass ein Erwerb weiterer Kontingentsanteile erst im Juni 2007 stattgefunden hat. So oder anders war das Beschwerdeverfahren von vornherein aussichtslos. Da keine Kosten aus dem Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden, kann somit offenbleiben, ob das Anstrengen des Beschwerdeverfahrens durch die Klägerin gerechtfertigt war.

5.2.9. Etwaiges Beschwerdeverfahren in Bezug auf die im massgebenden Zeitpunkt tatsächlich verfügbaren Kontingente

5.2.9.1. Mit Urteil vom 2. Juni 2015 wies das Bundesgericht das hiesige Gericht an, die Frage zu prüfen, ob eine nachträgliche Umbuchung (der zum höhe-

ren Ansatz verlangten 12'229.6 kg) zum Kontingentszollansatz wenigstens teilweise, also hinsichtlich der im massgebenden Zeitpunkt tatsächlich verfügbaren Kontingente (d.h. 11'469.6 kg) möglich gewesen wäre (act. 175 E 2.2.3).

5.2.9.2. Art. 34 ZG und die Ausführungsbestimmungen der Art. 85-89 ZV sehen vor, dass eine übermittelte und angenommene Zollanmeldung unter gewissen Bedingungen geändert werden kann. Es stellt sich nun jedoch die Frage, ob im Nachhinein durch das Beschwerdeverfahren ein "bestmögliches Splitting" noch hätte herbeigeführt werden können. Art. 34 ZG unterscheidet drei verschiedene Zeitpunkte, wann ein Berichtigungsantrag eingehen kann. Nach Art. 34 Abs. 1 ZG ist dies möglich, wenn sich die Ware noch im Zollgewahrsam befindet, die Veranlagungsverfügung noch nicht ausgestellt wurde, keine Beschau angeordnet wurde und die unrichtigen Angaben der Zollanmeldung noch nicht festgestellt wurden, also noch keine formelle Überprüfung stattgefunden hat. Nach Abs. 2 desselben Artikels ist eine Berichtigung möglich, wenn die Waren sich nicht mehr im Zollgewahrsam befindet, die Veranlagungsverfügung noch nicht ausgestellt wurde, und die unrichtigen Angaben in der Zollanmeldung noch nicht festgestellt wurden. Schliesslich ist eine Umbuchung nach den Abs. 3 und 4 von Art. 34 ZG noch möglich, wenn sich die Ware nicht mehr im Zollgewahrsam befindet, der Zeitpunkt, an dem die Ware den Zollgewahrsam verlassen hat, nicht mehr als 30 Tage zurück liegt und die Veranlagungsverfügung ausgestellt wurde (RAEDERSDORF, in: Kocher/Clavadetscher (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zollgesetz, Art. 34 N 3).

5.2.9.3. Vorliegend ist unstrittig, dass die zu verzollende Ware den Zollgewahrsam im Zeitpunkt, als der Berichtigungsantrag gestellt wurde, bereits verlassen hatte, so dass die Variante Abs. 1 von Art. 34 ZG ausser Betracht fällt. Die Veranlagungsverfügung datiert vom 16. Mai 2007 (act. 4/8), während der Antrag an das Zollinspektorat E._____ am 13. Juli 2007 gestellt wurde (act. 4/15). Entsprechend sind die Voraussetzungen für eine Berichtigung nach Art. 34 Abs. 3 und 4 ZG (Berichtigung nach Ausstellung der Veranlagungsverfügung) auf den vorliegenden Fall anwendbar bzw. zu prüfen. Folglich könnte einem Gesuch um Berichtigung stattgegeben werden, wenn die anmeldepflichtige Person nachweist,

dass die Waren irrtümlich zu dem in der Zollanmeldung genannten Zollverfahren angemeldet worden sind, oder die Voraussetzungen für die beantragte neue Veranlagung schon erfüllt waren, als die Zollanmeldung angenommen wurde, und die Waren seither nicht verändert worden sind (Art. 34 Abs. 4 lit. a und b). Ein Irrtum im Sinne von Art. 34 Abs. 4 lit. a ZG kann gemäss Art. 88 ZV geltend gemacht werden, wenn er zum Zeitpunkt der ursprünglichen Zollanmeldung auf Grund der damaligen Begleitdokumente hätte erkannt werden können, oder die für das neue Zollverfahren notwendigen Bewilligungen bereits erteilt waren.

5.2.9.4. Aus den gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich damit grundsätzlich kein Verbot, im Rahmen des Berichtigungsverfahrens ein "bestmögliches Splitting" im Nachhinein vorzunehmen. Denn die Waren, für die es schon im Verzollungszeitpunkt Kontingente gab, würden unter Art. 89 lit. a ZV fallen, wonach die Voraussetzungen für eine neue Veranlagung namentlich dann erfüllt sind, wenn zum Zeitpunkt der ursprünglichen Zollanmeldung die materiellen und die formellen Voraussetzungen für die Gewährung einer Zollerlässigung, einer Zollbefreiung oder einer Rückerstattung erfüllt waren.

5.2.9.5. Zur Beantwortung der Frage, ob im konkreten Fall ein bestmögliches Splitting im Rahmen des Beschwerdeverfahrens noch möglich gewesen wäre, ist das Schreiben der Eidgenössischen Zollverwaltung EZV vom 9. November 2007 von zentraler Bedeutung (act. 4/9). Dieses Schreiben fusst nach Aussage des Zeugen L. _____ vom 23. Januar 2014 auf den Ausführungen der Oberzolldirektion vom 23. Oktober 2007, welche den Ablauf der Zollanmeldung aufzeigte (act. 118/7). Danach hat die Klägerin, bevor die definitive Veranlagung der angemeldeten Warenpartie angenommen wurde, 3 Fehlversuche über die gesamte Warenpartie übermittelt. Nach zwei erfolglosen Versuchen habe die Klägerin – so die Oberzolldirektion in ihrem Schreiben weiter – die Warenpartie zum Ausserkontingentszollansatz angemeldet. Als Fazit hält die Oberzolldirektion fest, dass die Verzollung zum *Ausserkontingentszollansatz* in diesem Fall korrekt und ein Gesuch um nachträgliche Zulassung zum Kontingentszollansatz abzulehnen sei. Dies wurde der Klägerin mit Schreiben vom 9. November 2007 mitgeteilt, mit dem klaren und unmissverständlichen Hinweis, dass eine Änderung der Verzollung

nicht mehr möglich sei, weil aufgrund des konkreten Verzollungsvorgangs (mehrfache erfolglose Verzollungsversuche zum KZA) die Zollverwaltung von einer Umgehung der elektronischen Kontingentskontrolle und der Risikoanalyse der Zollverwaltung ausgehe (act. 4/9). Dieser Umstand wurde auch vom Zeugen L._____ in der Befragung vom 23. Januar 2014 noch einmal verdeutlicht. Der Zeuge erklärte dabei, dass es darum gehe, dass bei der Verzollung nicht versucht werde, die Menge immer weiter hinunterzusetzen und eine Korrekturmeldung zu erhalten, bis es dann akzeptiert werde, bis das angemeldete Gewicht also unter dieser Menge liegt, wofür der Importeur Kontingente verfügbar hat (act. 148 S. 4). Auf die Frage, wie es dann mit einer nachträglichen Korrektur aussehe, gab der Zeuge zu Protokoll, dass dies dann nicht mehr möglich sei. Mit anderen Worten, und dies geht auch hinreichend klar aus dem Schreiben vom 9. November 2007 hervor, ist ein nachträgliches Beschwerdeverfahren zur Erzielung einer Korrektur von vornherein unmöglich, wenn seitens der Zollverwaltung ein Umgehungstatbestand, wie im vorliegenden Fall, festgestellt wird. Es ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass die Fehlversuche in den mangelhaften Kontingenten der Beklagten als Importeurin begründet waren, wofür der Klägerin als Spediteurin keine Verantwortung als Beauftragte auferlegt werden kann. Auch ein bestmögliches Splitting ist unter diesen Umständen ausgeschlossen.

5.2.9.6. Auch wenn man die Parteivereinbarungen bzw. die Weisungen der Beklagten analysiert, ist davon auszugehen, dass ein bestmögliches Splitting im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht mehr thematisiert wurde. Zwar macht die Beklagte geltend, dass die Weisung gegenüber der Klägerin bestanden habe, möglichst nach dem Kontingentszollansatz zu verzollen, jedoch macht sie in Bezug auf das im Nachhinein zu durchlaufende Beschwerdeverfahren die Möglichkeit eines "bestmöglichen Splittings", das die Klägerin unterlassen haben soll, lediglich implizit geltend. Die Beklagte wendet ein, dass es nicht verständlich sei, weshalb nicht einmal die zum Verzollungszeitpunkt vorhandenen Kontingente verwendet worden seien; dies jedoch nicht im Zusammenhang mit dem Berichtigungsverfahren (act. 29 Rz 88 und act. 29 Rz 119).

5.2.9.7. Die Beklagte argumentiert durchwegs, dass das Beschwerdeverfahren hätte erfolgreich sein können und müssen, da im relevanten Zeitpunkt genügend Kontingente vorhanden gewesen seien (act. 29 Rz 48, 53, 141 und 161). So hält die Beklagte auch verschiedentlich und unmissverständlich fest, dass sie nie damit einverstanden gewesen sei, einen Teil zum Ausserkontingentszollansatz zu verzollen. Die Weisung sei gewesen, *alles* zum Kontingentszollansatz zu verzollen (act. 29 Rz 39 f. und 153). Dies erklärt auch, weshalb die Klägerin in ihrem Berichtigungsantrag an das Zollinspektorat E._____ vom 13. Juli 2007 von einem Irrtum spricht ("*Bei der 2. Tarifnummer (...) wurde jedoch irrtümlicherweise nicht über das Zollkontingent (K-Nr. ...) verzollt.*"). Offensichtlich ging auch C._____ davon aus, dass im Zeitpunkt der Verzollung genügend Kontingente hätten vorhanden sein müssen bzw. ist davon auszugehen, dass er dahingehend von der Beklagten informiert wurde. Von einer expliziten Weisung der Beklagten, ein bestmögliches Splitting im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vorzunehmen, kann vorliegend jedenfalls keine Rede sein.

Auch dass die Klägerin ihrer Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen sei, weil sie kein bestmögliches Splitting vorgenommen habe, wurde so von der Beklagten nicht behauptet. Vielmehr macht sie verschiedentlich geltend, dass die Klägerin ihrer Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen sei, weil sie bei der Führung des Beschwerdeverfahrens nachlässig vorgegangen sei. So habe das Beschwerdeverfahren einen negativen Ausgang genommen, weil der für die Klägerin handelnde C._____ weder über die Notwendigkeit der Beibringung etwaiger Dokumente informiert habe, noch habe die Klägerin dargetan, dass die notwendigen Dokumente fristgerecht eingereicht worden seien (act. 29 Rz 51 und 90). Vielmehr sei C._____ "schlampig" vorgegangen und habe eigenmächtig gehandelt (act. 29 Rz 57 und 137 f.). Zusammengefasst kann also festgehalten werden, dass die Beklagte in ihren Rechtsschriften nicht den Antrag der Klägerin auf Verzollung zum Kontingentszollansatz monierte, sondern die Art und Weise, wie der dafür notwendige Prozess geführt worden ist.

6. Fazit

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Klägerin die Verzollung weisungsgemäss vorgenommen hat und ein Beschwerdeverfahren von vornherein aussichtslos war. Auch ein nachträgliches bestmögliches Splitting kam vorliegend aus verschiedenen Gründen nicht in Frage. Daran kann auch eine Jahre später geänderte Verzollungspraxis nichts ändern (vgl. act. 169 = Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Januar 2014, 2C_201/2013), denn das Handeln der Klägerin ist vor dem Hintergrund der damaligen Verzollungspraxis zu würdigen. Vielmehr wäre durch die Beklagte ein Verfahren gegen die Oberzolldirektion zu prüfen.

Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin für das Honorar (Vorlageprovision) und den Auslagenersatz (Mehrwertsteuer und Zoll) den Betrag von CHF 97'785.65 zu bezahlen.

7. Zins

7.1. Die Klägerin fordert 5 % Zins seit dem 20. Mai 2007, dies gestützt auf die Rechnung vom 18. Mai 2007 (act. 4/10). Die Beklagte macht keine Ausführungen zum geforderten Zins.

7.2. Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR ist der Auftraggeber schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, und zwar samt Zins. Dabei entsteht die Ersatzpflicht und wird fällig mit der Vermögenseinbusse des Beauftragten. Bei Geldleistungen hat der Auftraggeber auch ohne Mahnung von diesem Zeitpunkt an gemäss der ausdrücklichen Anordnung in Abs. 1 Verwendungszins zu bezahlen (BSK OR I-WEBER, N 7 zu Art. 402 m.w.H.). Nach act. 4/11 wurde die Zahlung der Klägerin am 29. Mai 2007 belastet, so dass der Zins von diesem Datum an geschuldet ist.

8. Rechtsöffnungsbegehren

Die Klägerin verlangt gemäss ihrem Rechtsbegehren Ziffer 2 für den streitgegenständlichen Betrag von CHF 97'785.65 die Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9 (act. 1 S. 2). Diese ist antragsgemäss im Umfang des zugesprochenen Betrages bzw. Zinses zu erteilen.

9. Vorprozessuale Aufwendungen

9.1.1. Die Klägerin fordert mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 3 einen Betrag von CHF 3'166.05 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 5. Mai 2008 für vorprozessuale Anwaltskosten (act. 1 S. 2). Sie macht in ihrer Klageschrift vom 30. Juli 2008 geltend, die vorprozessualen Anwaltskosten stellten Schaden dar. Die Beklagte habe diesen Schaden verursacht und zu ersetzen (act. 1 Rz. 28). In ihrer Replikschrift vom 27. April 2009 führt sie aus, der vorprozessuale Aufwand ihres Rechtsvertreters betrage CHF 5'049.50 und setze sich aus den folgenden Leistungen zusammen (act. 24 Rz. 107):

Honorar				
20.12.2007	Aktenstudium; rechtl. Abklärungen betr. Allg. Bedingungen für Transporte und anwendbares Recht; E-mailkorrespondenz; tel. Besprechung mit Klientschaft	1.50 h	CHF	525.00
22.12.2007	Akten; Schreiben an Gegenpartei	0.50 h	CHF	175.00
17.01.2008	Aktenstudium (Eingang Schreiben Gegenpartei)	0.25 h	CHF	87.50
25.01.2008	Aktenstudium (Schreiben Gegenpartei); tel. Besprechung mit Hr. M _____	0.50 h	CHF	175.00
28.01.2008	Aktenstudium; tel. Besprechung mit Hr. N _____ Schreiben an Gegenpartei	1.00 h	CHF	350.00
28.01.2008	Aktenstudium, tel. Besprechung mit Hr. N _____	0.33 h	CHF	115.50
29.01.2008	Aktenstudium (Eingang Schreiben und Unterlagen Hr. N _____)	0.33 h	CHF	115.50
05.02.2008	Aktenstudium; tel. Besprechung mit D _____	0.50 h	CHF	175.00
21.02.2008	Aktenstudium; tel. Besprechung mit N _____ (A _____ tel. Besprechung mit Hr. M _____	0.75 h	CHF	262.50
25.02.2008	Besprechung mit O _____	0.50 h	CHF	175.00
05.03.2008	Aktenstudium/Verfassen Sühnebegehren	2.50 h	CHF	500.00
05.03.2008	rechtliche Abklärungen/Begleitschreiben Kl.	0.75 h	CHF	150.00
19.03.2008	Überarbeitung Entwurf Friedensrichterbegehren	1.00 h	CHF	350.00
02.04.2008	Aktenstudium, Betreibungsbegehren	0.35 h	CHF	87.50
03.04.2008	Betreibungsbegehren	0.33 h	CHF	115.50
09.04.2008	Aktenstudium (Verfügung); Email an Klientschaft	0.33 h	CHF	115.50
05.05.2008	Verhandlungsvorbereitung; Vorbesprechung mit Hr. N _____ Friedensrichterverhandlung; Nachbesprechung	4.50 h	CHF	1575.00
Total		15.92 h	CHF	5'049.50

9.1.2. Die Beklagte bestreitet die klägerische Forderung, im Wesentlichen mit der Begründung, dass vorprozessuale Anwaltskosten mit der Parteientschädigung abgegolten seien (act. 29 Rz. 149).

9.1.3. Vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten werden als Kosten definiert, die den Parteien durch ihre Bemühungen im Kampf ums Recht vor Einleitung eines Zivilprozesses erwachsen, aber Prozesscharakter haben. Sie weisen dann Prozesscharakter auf, wenn sie im Zeitpunkt des Endentscheides, retrospektiv betrachtet, in Bezug auf die Vorbereitung oder auch die versuchte Verhinderung des Prozesses notwendig oder nützlich und angemessen waren und eine adäquate Folge des schliesslich zum Prozess führenden Ereignis darstellen. Unter diese vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten fallen die vom Betrag her am meisten ins Gewicht fallenden vorprozessualen Anwaltskosten (ZR 107 [2008] Nr. 14). Das Bundesgericht hielt bezüglich vorprozessualer Anwaltskosten im Haftpflichtrecht wiederholt fest, dass solche Kosten nur dann einen haftpflichtrechtlichen Bestandteil des Schadens bilden, wenn sie notwendig und angemessen waren, der direkten Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind (BGE 117 II 106, 117 II 396, 126 III 391). Nach der zürcherischen Praxis sind vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten nicht als Schadensposten geltend zu machen, sondern bei der Bemessung der Prozessentschädigung nach Massgabe des beidseitigen Unterliegens bzw. Obsiegens zu berücksichtigen (vgl. § 68 Abs. 1 ZPO/ZH; ZR 72 [1973] Nr. 17; ZR 63 [1974] Nr. 100). Folgerichtig kann die Klägerin als haftpflichtrechtlichen Teil eines Schadens und somit ausserhalb der Prozessentschädigung höchstens jene Kosten geltend machen, welche nicht mehr als vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten qualifiziert werden können (ZR 107 [2008] Nr. 14).

9.1.4. Die Klägerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 3 einen Betrag von CHF 3'166.05 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 5. Mai 2008 für vorprozessuale Anwaltskosten. In ihrer Replikschrift spricht sie von einem Aufwand im Betrag von CHF 5'049.50. Das Gericht darf einer Partei nicht mehr zusprechen, als sie selbst verlangt (§ 54 Abs. 2 ZPO/ZH), wobei das Rechtsbegehren massgebend ist. Im

Rechtsbegehren fordert die Klägerin einen Betrag von CHF 3'166.05, wovon auszugehen ist.

9.1.5. Zwar reichte die Klägerin die obenstehende Tabelle der anwaltlichen Aufwendungen ein, unterlässt es aber, substantiiert dazulegen, inwiefern die einzelnen Positionen nicht als vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten zu qualifizieren und von einer Prozessentschädigung separat zuzusprechen sein sollen. Aus der Tabelle geht hervor, dass am 5. Mai 2008 die Friedensrichterverhandlung stattgefunden hat, was vorliegend der zwingende erste Schritt war, ein gerichtliches Verfahren zu initiieren, so dass diese als vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten zu qualifizieren sind. Gleiches gilt für Positionen wie das Verfassen des Sühnbegehrens. Inwiefern die weiteren Positionen nicht unter die vorprozessualen Rechtsverfolgungskosten fallen sollen, geht vorliegend nicht hervor und wurde durch die Klägerin auch nicht näher dargelegt, so dass die Klage im Betrag von CHF 3'166.05 abzuweisen ist.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die Gerichtskosten sind nach Obsiegen und Unterliegen auf die Parteien zu verteilen (§ 64 ZPO/ZH). Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Schulden die Parteien einander gegenseitig Prozessentschädigungen, so werden diese im Umfang der geringeren Prozessentschädigung verrechnet und dadurch getilgt.

1.2. Die Klägerin unterliegt mit der Hauptklage mit dem Streitwert von CHF 100'951.70 im Umfang von CHF 3'166.05. Bei diesem Ausgang rechtfertigt es sich, die Kosten der Klägerin zu 3% und der Beklagten zu 97% aufzuerlegen. Ausserdem ist der Klägerin eine auf 94% reduzierte Prozessentschädigung (Verrechnung von 3% zugunsten der Beklagten und 97% zugunsten der Klägerin) zuzusprechen.

Die Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung des erheblichen Aufwandes inklusive dem Beweisverfahren auf 200% der Grundgebühr und somit auf CHF 18'000.– festzusetzen.

1.3. Die Prozessentschädigung wird nach Ermessen des Gerichts festgesetzt (§ 69 ZPO/ZH). Ist die Partei durch einen Anwalt vertreten, ist das richterliche Ermessen in dem Sinne beschränkt, dass die Entschädigung im Rahmen der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) festzusetzen ist. Im vorliegenden Fall kommt die AnwGebV vom 21. Juni 2006 zur Anwendung (§ 25 AnwGebV vom 8. September 2010). Die Vergütung setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Grundlage für die Festsetzung der Gebühr bilden der Streitwert, die Verantwortung, die Schwierigkeit des Falls und der notwendige Zeitaufwand (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Der tatsächliche Zeitaufwand des anwaltlichen Parteivertreters ist bei der Bemessung der Prozessentschädigung höchstens von untergeordneter Bedeutung, weshalb es keiner beweismässigen Abklärungen dieses Aufwandes bedarf (ZR 83 [1984] Nr. 82).

1.4. Die ordentliche Prozessentschädigung ist vorliegend nach Ermessen des Gerichts, ausgehend vom Streitwert sowie unter Berücksichtigung der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falles und des notwendigen, durch das zweite Verfahren erheblich vergrösserten Zeitaufwandes, unter Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf CHF 14'600.– festzusetzen.

1.5. Mit Urteil vom 2. Juni 2015 trug das Bundesgericht auf, zu beurteilen, inwiefern bei der Verteilung der Prozesskosten das Unterliegen der Klägerin im Beschluss vom 26. März 2013 (act. 113) zu berücksichtigen sei, der in Dispositivziffer 2 vorsieht, dass über die entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid befunden werde. Zwar trifft es zu, dass die Klägerin mit genanntem Wiedererwägungsgesuch unterlag und auch dieses Gesuch Aufwand für die Gegenseite generierte, jedoch ist diesem Einwand entgegen zu halten, dass die Beklagte mit Eingabe vom 20. Dezember 2012 selber auch wiedererwägungsweise Antrag stellte, der schliesslich im Beschluss vom 26. März 2013 gegen das klägerische Wiedererwägungsgesuch aufging. Über die ganze Prozessdauer und in Anbetracht des gesamten Prozessaufwandes stellte das klägerische

Wiedererwägungsgesuch mit Blick auf den Aufwand jedoch einen zu vernachlässigenden Verfahrensschritt dar, so dass eine Quantifizierung dieses einen Verfahrensschrittes unverhältnismässig erscheint. Insgesamt betrachtet verursachte das Verfahren für beide Parteien einen erheblichen Aufwand. So ist es zwar jeder Partei ihr gutes Recht, unaufgeforderte Eingaben einzureichen, dies wiederum verursacht bei der Gegenpartei Aufwand, auch wenn sich dieser nicht direkt in einer Replik niederschlägt. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der tatsächliche Aufwand der Parteien die auszusprechende Prozessentschädigung so oder anders um ein Vielfaches übersteigen wird, rechtfertigt es sich vorliegend, die Grundgebühr in Anwendung von § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV zu verdoppeln und auf CHF 29'200.– festzusetzen. Beweismässige Abklärungen des bestrittenen tatsächlichen Aufwandes des klägerischen Rechtsvertreters von CHF 5'049.50 erübrigen sich deshalb mangels rechtlicher Erheblichkeit.

1.6. Demnach ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine auf 94 % reduzierte Prozessentschädigung von CHF 27'500.– (inkl. Weisungskosten) zu bezahlen. Der tatsächliche Aufwand der Klägerin ist durch diese Entschädigung als abgegolten zu erachten.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 97'785.65 nebst 5% Zins seit dem 29. Mai 2007 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9 vom 7. April 2008, Zahlungsbefehl vom 4. April 2008, wird im Umfang von CHF 97'785.65 nebst 5% Zins seit dem 29. Mai 2007 aufgehoben.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 18'000.– festgesetzt.
Die weiteren Kosten betragen:
 - Entschädigung für Zeugenbefragung vom 10. November 2010: CHF 780.–
 - Entschädigung für Zeugenbefragung vom 23. Januar 2014: CHF 1'140.–

4. Die Kosten werden zu 3% der Klägerin und zu 97% der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Prozesskostenvorschuss bezogen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine um 3% reduzierte Prozessentschädigung von CHF 27'500.– (inkl. Weisungskosten) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

Der Streitwert beträgt CHF 100'951.70.

Zürich, 23. Oktober 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Peter Helm

Kerstin Habegger