



Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und der Ober-
richter Dr. Stephan Mazan, die Handelsrichterin Dr. Eliane Ganz, die
Handelsrichter Markus Koch und Dr. Stefan Gerster sowie die Ge-
richtsschreiberin Zoë Biedermann

Urteil vom 21. November 2022

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. ...

Klägerin

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

1 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern den Betrag von CHF 405'000.00 zuzüglich 5% Zins seit dem 21. Februar 2020 sowie die Kosten des Zahlungsbefehls vom 5. März 2020 in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes D. _____ im Betrage von CHF 203.30 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes D. _____ (Zahlungsbefehl vom 5. März 2020) im Umfang der Gutheissung der Klage zu beseitigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin 1 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie erbringt Beratungsdienstleistungen, vorwiegend im ... Bereich, beispielsweise bei ... und Sie ist als Beraterin, Managerin, Agentin und Mäklerin tätig (act. 1 Rz. 7 f.; act. 3/1). Die Beklagte ist ein Immobilienunternehmen, das den ... bezweckt (act. 3/4).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte wollte das Grundstück an der C. _____-Strasse 1 in D. _____, das damals in ihrem Eigentum stand, verkaufen. Zu diesem Zweck zog sie die E. _____ AG (nachfolgend: E. _____) als Mäklerin bei, welche sie mit Exklusivvereinbarung vom 21. November 2018 beauftragte (act. 21/2). Die Klägerin 1 macht geltend, ab Februar 2019 bzw. März 2019 aufgrund einer mündlichen Vereinbarung mit der Beklagten und mit Einverständnis der E. _____, zusätzlich zur E. _____, als Mäklerin tätig gewesen zu sein. Ab Mai 2019 habe die Klägerin 1 mit dem (aus dem Verfahren ausgeschiedenen) Kläger 2 zusammengearbeitet. Die Kläger hätten den Kontakt zu F. _____ von der G. _____ AG (nachfolgend:

G._____), der späteren Käuferin der Liegenschaft, hergestellt. Entsprechend stehe ihnen aus Mäklervertrag ein Provisionsanspruch von CHF 405'000.– zu. Es handle sich dabei um eine ortsübliche Provision von 3 % des Verkaufspreises von CHF 13,5 Mio. Die Klägerin 1 hält auch nach dem Ausscheiden des Klägers 2 vollumfänglich an diesem Anspruch fest.

Die Beklagte weist darauf hin, dass sie einzig mit der E.____ einen exklusiven Mäklervertrag geschlossen habe. Sie bestreitet, dass die Klägerin 1 für sie als Mäklerin tätig gewesen sei. Diese sei vielmehr als Käuferin bzw. Vertreterin einer israelischen Käufergruppe aufgetreten und habe als interessierte Käuferin bzw. deren Vertreterin sogar eine schriftliche Kaufofferte bei der E.____ deponiert. Der geplante Kauf durch die israelische Käufergruppe sei jedoch gescheitert. Im weiteren Verlauf des Verkaufsprozesses habe die Klägerin 1 keine Rolle mehr gespielt. Vielmehr habe der ehemalige Kläger 2, der von F.____ kontaktiert worden sei, der späteren Käuferschaft vorgespielt, über ein Mäklermandat zu verfügen. Diese falsche Tatsache sei entdeckt und durch die Beklagte aufgeklärt worden. Danach habe der Kläger 2 für den Verkauf auch keine Rolle mehr gespielt. Da kein Mäklervertrag zwischen der Beklagten und den Klägern bestanden habe, stehe der Klägerin 1 auch kein Provisionsanspruch zu.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Mit Eingabe vom 13. Mai 2020 (Datum Poststempel: 14. Mai 2020) reichten die Klägerin 1 und der damalige Kläger 2, H.____, beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage ein (act. 1; act. 3/1-30). Mit Verfügung vom 15. Mai 2020 wurde ihnen Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten angesetzt, welcher von der Klägerin 1 fristgerecht bezahlt wurde (act. 4; act. 6). Mit Verfügung vom 22. Juni 2020 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 7). Am 11. September 2019 [recte: 2020] ersuchte die Beklagte um Sicherstellung der Parteientschädigung durch den damaligen Kläger 2 (act. 9; act. 11/1-2). Mit Verfügung vom 14. September 2020 wurde dem Kläger 2 Frist zur Stellungnahme angesetzt und der Beklagten die Frist zur Erstattung der Kla-

geantwortet abgenommen (act. 12). Mit Eingabe vom 28. September 2020 reichten die Kläger eine Stellungnahme ein, welche der Beklagten zugestellt wurde (act. 14; Prot. S. 7). Mit Verfügung vom 13. Oktober 2020 wurde der Antrag der Beklagten auf Sicherstellung der Parteientschädigung abgewiesen und der Beklagten eine (Rest-)Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 15). Innert Nachfrist reichte die Beklagte die Klageantwort ein (act. 17; act. 18; act. 20; act. 21/1-24). Mit Verfügung vom 10. November 2020 wurde das Verfahren an den Instruktionsrichter delegiert (act. 22).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Die Parteien wurden zur Vergleichsverhandlung auf den 22. Februar 2021 vorgeladen, welche ohne Ergebnis blieb (act. 24; Prot. S. 11 f.). Auf Ersuchen der Kläger, die einen Klagerückzug prüften, wurde in der Folge mit den nächsten Prozessschritten zugewartet (Pot. S. 13). Nach Rückfrage des Gerichts am 11. März 2021 ersuchten die Kläger um Fortführung des Verfahrens (act. 25/1-2; act. 27). Mit Verfügung vom 19. März 2021 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und den Klägern Frist zu Replik sowie zur Leistung eines zusätzlichen Kostenvorschusses angesetzt (act. 28). Dieser wurde innert Frist durch die Klägerin 1 bezahlt (act. 35).

Die Beklagte ersuchte am 1. April 2021 um Wiedererwägung der Verfügung vom 13. Oktober 2020; die Klägerin 1 sowie der Kläger 2 seien je einzeln zur Leistung einer angemessenen Sicherheit für die Parteientschädigung zu verpflichten (act. 30; act. 31/25-27). Nach Eingang der Stellungnahme der Kläger verpflichtete das Gericht die Kläger mit Verfügung vom 17. Mai 2021 je zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung in der Höhe von CHF 21'500.– (act. 32; act. 34; act. 36). Die Klägerin 1 kam dieser Aufforderung fristgerecht nach (act. 39). Am 7. Juni 2021 reichten die Kläger die Replik ein (act. 40; act. 41/1-5). Der Kläger 2 leistete die Sicherheitszahlung weder innert Nachfrist, noch innert Notfrist (vgl. act. 38; act. 42; act. 44; act. 45; act. 48). Androhungsgemäss wurde auf die Klage des Klägers 2 mit Beschluss vom 13. August 2021 nicht eingetreten; die Kläger wurden materiell nicht als einfache Gesellschaft und prozessual nicht als notwendige Streitgenossenschaft qualifiziert. Gleichzeitig wurde das Verfahren

bezüglich der Klage der Klägerin 1 bis zur Rechtskraft des Beschlusses sistiert (act. 49). Die Kläger haben gegen diesen Beschluss Beschwerde vor Bundesgericht erhoben. Die Beschwerde wurde mit Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2021 abgewiesen, soweit es darauf eintrat (act. 56).

Mit Verfügung vom 24. Januar 2022 wurde der Kläger 2 aus dem Rubrum entfernt, das Verfahren der Klägerin 1 gegen die Beklagte wieder aufgenommen und der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 57). Mit Eingabe vom 11. Februar 2022 reichte die Klägerin 1 die Abtretungsvereinbarung zwischen ihr und dem damaligen Kläger 2 vom 8. Februar 2022 ins Recht (act. 59; act. 60). Die Duplik der Beklagten datiert vom 28. März 2022. Die Beklagte nahm darin auch zur Abtretungsvereinbarung vom 8. Februar 2022 Stellung (act. 61). Die Duplik wurde der Klägerin 1 mit Verfügung vom 31. März 2022 zugestellt. Gleichzeitig wurde der Aktenschluss verfügt (act. 62). Weitere Eingaben sind nicht eingegangen.

Mit Verfügung vom 20. Oktober 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 64). Die Beklagte verzichtete in der Folge ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 66). Die Klägerin 1 liess sich innert Frist nicht vernehmen, weshalb androhungsgemäss Verzicht auf Hauptverhandlung anzunehmen ist.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Da der am Beschluss vom 13. August 2021 mitwirkende Handelsrichter Peter Leutenegger das Handelsgericht inzwischen altershalber verlassen hat, wirkt neu Handelsrichter Dr. Stefan Gerster am vorliegenden Urteil mit.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist zur Beurteilung der vorliegenden Klage unbestrittenermassen örtlich und sachlich zuständig (act. 1 Rz. 2 f.; act. 20; Art. 31 ZPO sowie Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.2. Zulässigkeit der Noveneingabe

1.2.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin 1 macht geltend, bei der Abtretungsvereinbarung vom 8. Februar 2022 handle es sich um ein echtes Novum, da die Vereinbarung erst nach dem Einreichen der Replik zustande gekommen sei (act. 59). Die Beklagte äussert sich nicht zur Zulässigkeit der Noveneingabe (act. 61 Rz. 3, Rz. 11).

1.2.2. Zulässigkeit neuer Tatsachen und Beweismittel

Die Eingabe der Klägerin 1 vom 11. Februar 2022 erfolgte nach Einreichung der Replik vom 7. Juni 2021 und somit nach dem letzten uneingeschränkten Parteivortrag der Klägerin 1 (act. 40; act. 59). Wie von der Klägerin 1 richtig ausgeführt wird, ist eine solche Eingabe nur zuzulassen, wenn es sich bei den neu geltend gemachten Tatsachen um Noven handelt (vgl. Art. 229 ZPO). Die Klägerin 1 reichte die Abtretungsvereinbarung vom 8. Februar 2022 am 11. Februar 2022 ein und führte aus, es handle sich um ein echtes Novum, da die Vereinbarung erst nach Einreichung der Replik zustande gekommen sei (vgl. act. 59; act. 60). Zutreffend ist zwar, dass die Abtretungsvereinbarung erst am 8. Februar 2022 entstanden ist; jedoch handelt es sich dabei um ein sog. Potestativ-Novum, d.h. ein Novum, dessen Entstehung vom Willen der beiden Kläger abhängig ist. Die Zulässigkeit solcher Noven entscheidet sich danach, ob sie trotz zumutbarer Sorgfalt im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO nicht früher hatten vorgebracht werden können (BGE 146 III 416 E. 5.3); mithin werden sie wie unechte Noven behandelt. Die Partei, die sich auf solche Noven stützen will, hat für jede neue Tatsache und

jedes neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, d.h. sie trägt die Beweislast (Art. 8 ZGB analog; statt vieler: WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 229 N 33).

1.2.3. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast

Die beweisbelastete Partei hat in Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, die Tatsachen anzugeben, auf die sie ihre Begehren stützt (sog. Behauptungslast; Art. 55 Abs. 1 ZPO). Bestreitet die Gegenpartei die Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei substantiiert (vgl. zum substantiierten Bestreiten: WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], BK ZGB, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Band I/1, 2012, Art. 8 N 191 ff.), trifft die behauptungsbelastete Partei eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die erforderlichen Tatsachenbehauptungen müssen so konkret und bestimmt vorgebracht werden, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 N 29, m.w.N.). Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 [2003] Nr. 30; Urteile BGer 4C.211/2006 E. 3.1; 5P.210/2005 E. 4.1; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 222 N 24).

1.2.4. Subsumtion

Die Klägerin 1 will sich auf die Abtretungsvereinbarung und die in diesem Zusammenhang aufgestellten Tatsachenbehauptungen stützen, weshalb sie die Beweislast für den Sorgfaltsnachweis gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO trägt. Sie legt aber nicht dar, wieso die Abtretungsvereinbarung – die zwischen den Kläger abgeschlossen wurde und daher einzig von deren Wille abhängig ist – nicht schon früher hätte erstellt und eingereicht werden können. Somit kommt sie ihrer Behauptungslast nicht nach, und der Sorgfaltsnachweis misslingt ihr. Die Tatsachenbehauptungen in der Eingabe vom 11. Februar 2022 und die Abtretungsver-

einbarung vom 8. Februar 2022 als Beweismittel sind als unzulässige Noven zu qualifizieren (act. 59; act. 60).

Im Sinne einer Eventualbegründung ist darauf hinzuweisen, dass die Kläger bereits nach Erhalt des Beschlusses vom 13. August 2021 damit rechnen mussten, im weiteren Verfahrensverlauf nicht als einfache Gesellschaft und notwendige Streitgenossen qualifiziert zu werden. Spätestens ab diesem Zeitpunkt hätten sich die Kläger absichern müssen. Es wäre ihnen frei gestanden, (wohl hauptsächlich als unechte Noven) weitere Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zur Art ihrer Zusammenarbeit – insbesondere zur internen Absprache hinsichtlich des Mäklerlohns – ins Verfahren einzubringen, oder die Abtretung ihrer Ansprüche vorzunehmen. Indem sie vor der Abtretung der Ansprüche den Entscheid des Bundesgerichts abgewartet haben, sind ihre Noven in diesem Zusammenhang auch als verspätet zu qualifizieren. Daher sind die Noveneingabe vom 11. Februar 2022 und die Abtretungsvereinbarung vom 8. Februar 2022 für das vorliegende Verfahren unbeachtlich.

1.2.5. Fazit

Bei der von der Klägerin 1 eingereichten Noveneingabe vom 11. Februar 2022 und der Abtretungsvereinbarung vom 8. Februar 2022 handelt es sich um unzulässige Potestativ-Noven (act. 59; act. 60). Die Klägerin 1 erbringt – mangels entsprechender Behauptungen – den ihr obliegenden Sorgfaltsnachweis für die Zulässigkeit solcher Noven nicht. Ausserdem ist eventualiter festzuhalten, dass die Potestativ-Noven verspätet erstellt und eingereicht wurden. Diese Tatsachen und Beweismittel sind für das vorliegende Verfahren unbeachtlich.

1.3. Einfache Streitgenossenschaft

Gemäss Verfügung des hiesigen Gerichts vom 17. Mai 2021 lässt sich weder der Klage noch der Stellungnahme zum Sicherstellungsgesuch vom 28. September 2020 entnehmen, dass sich die Klägerin 1 und der Kläger 2 zu einer einfachen Gesellschaft zusammengefunden hätten, um für die Beklagte als Mäkler tätig zu sein (vgl. act. 1; act. 14). Vielmehr sind die Klägerin 1 in der Phase 1 (Vermittlung

von israelischen Kaufinteressenten; ab Februar 2019) und der ehemalige Kläger 2 in der Phase 2 (Vermittlung weiterer Kaufinteressenten inkl. der späteren Käuferin, der G._____; ab Mai 2019) jeweils allein aufgetreten. Daher bilden die Klägerin 1 und der frühere Kläger 2 (materiell) keine einfache Gesellschaft und (prozessual) keine notwendige Streitgenossenschaft (act. 36 E. 5). Auf diese Erwägungen wird im Beschluss vom 13. August 2021 verwiesen und ausgeführt, dass das Schicksal der Klage bezüglich der Klägerin 1 und des Klägers 2 separat zu beurteilen ist. Mangels Bezahlung der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung durch den Kläger 2 ist das Gericht auf seine Klage schliesslich nicht eingetreten (act. 49 E. 13).

Gegen diesen Beschluss haben die Kläger vor Bundesgericht Beschwerde erhoben (vgl. act. 56 S. 3). Mit Urteil vom 14. Dezember 2021 hat das Bundesgericht die Beschwerde abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist. Es hält fest, dass die Beschwerdeführer die Klage als einfache Streitgenossen eingereicht haben (act. 56 E. 6.1). Gleichzeitig weist es darauf hin, dass es Gegenstand des Sachurteils sein würde, zu bestimmen, welche Art von Gläubigerschaft (Einzelgläubigerschaft, gemeinschaftliche Gläubigerschaft oder Teilgläubigerschaft) vorliege und wie das Rechtsbegehren im Lichte der Klagebegründung auszulegen sei (act. 56 E. 5.3). Dies ist nachfolgend zu prüfen.

1.4. Bestimmtheit des Rechtsbegehrens

Rechtsbegehren sind inhaltlich so bestimmt zu fassen, dass sie bei Gutheissung ohne Weiteres zum Urteil erhoben werden können, und dass das Urteil vollstreckt werden kann (vgl. Art. 84 Abs. 1 und Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 221 N 28 ff. m.w.N.). Begehren, denen die Bestimmtheit fehlt, sind von den Gerichten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des überspitzten Formalismus im Lichte der Klagebegründung auszulegen und in diesem Sinne von Amtes wegen zu präzisieren, zu reduzieren und umzuformulieren (BGE 137 III 617 E. 6.2; Urteile BGer 5A_773/2018 E. 7.2; 5A_621/2012 E. 4.3). Das Gericht bleibt aufgrund des Dispositionsgrundsatzes an das Rechtsbegehren ge-

bunden (BGE 107 II 82 E. 2.b; 97 II 92 S. 93 f.; Urteile BGer 5A_345/2020 E. 6.6; 4A_460/2011 E. 2.1; je m.w.N.).

Wird ein Prozess als einfache Streitgenossenschaft geführt, hat jeder einfache Streitgenosse den Prozess grundsätzlich unabhängig vom anderen zu führen (Art. 71 Abs. 3 ZPO) und entsprechend unabhängig vom anderen eigenständige Ansprüche geltend zu machen (Urteil BGer 4A_23/2018 E. 2.1). Auch wenn die einfachen Streitgenossen einen gemeinsamen Vertreter bezeichnen (Art. 72 ZPO) und eine gemeinsame Rechtsschrift einreichen, ist trotz Streitgenossenschaft in der Klage für jeden Streitgenossen ein eigenes Rechtsbegehren abzugeben (Urteil BGer 5A_773/2018 E. 7.3.2 m.w.N.).

Mit dem vorliegenden Rechtsbegehren verlang(t)en die Kläger die Bezahlung eines bestimmten Betrages an die Kläger, ohne anzugeben, welcher Kläger welchen eigenständigen Anspruch geltend machen will. In ihren Rechtsschriften führen die Kläger aus, partnerschaftlich zusammengearbeitet zu haben, ohne nähere Angaben zum Innenverhältnis ihrer Vereinbarung zu machen (vgl. act. 1 Rz. 15, Rz. 17, Rz. 27, Rz. 33, Rz. 37; act. 34 Rz. 5; act. 40 Rz. 11, Rz. 13, Rz. 28, Rz. 56, Rz. 64, Rz. 68, Rz. 82). Sie stellen sich einzig auf den Standpunkt, dass sie für die Parteientschädigung solidarisch haften würden (act. 14 Rz. 5). Aufgrund seines Wortlauts wurde das Rechtsbegehren für das Vorliegen eines Gesamthandverhältnisses formuliert (Zahlung eines bestimmten Betrages an beide Kläger). Dass die Klägerin 1 und der ehemalige Kläger 2 keine einfache Gesellschaft und damit keine Gesamthandschaft bilde(te)n, und sie die vorliegende Klage als einfache Streitgenossen eingereicht haben, wurde bereits verbindlich festgestellt (vgl. Erwägung 1.3). Angesichts des klaren Wortlauts des betragsmässig bestimmten Klagebegehrens besteht für eine Aufteilung der Ansprüche zwischen der Klägerin 1 und dem Kläger 2 kein Raum. Zugunsten der Klägerin 1, und da sie trotz Ausscheidens des Klägers 2 an der Klage festhält, kann immerhin davon ausgegangen werden, dass sie für sich gegen die Beklagte klagen wollte, wobei sie (weiterhin) den Gesamtbetrag fordert. Entsprechend ist das Rechtsbegehren formell nicht unzulässig (vgl. Urteil BGer 5A_773/2018 E. 7.3.3).

2. Art der Gläubigerschaft

2.1. Parteistandpunkte

Die Parteien äussern sich in ihren Rechtsschriften nicht zu dieser Frage (vgl. act. 59; act. 61). Die Klägerin 1 reichte am 11. Februar 2022 die erwähnte unzulässige Noveneingabe ins Recht, auf welche nicht weiter einzugehen ist (act. 59; act. 60; vgl. Erwägung 1.2).

2.2. Rechtliches

Im Leitentscheid BGE 140 III 150 fasst das Bundesgericht die verschiedenen Arten von Gläubigerschaft bei Gläubigermehrheit zusammen. Eine Mehrzahl von Gläubigern kann an ein und derselben Forderung im Sinne einer Einzelgläubigerschaft, einer gemeinschaftlichen Gläubigerschaft oder einer Teilgläubigerschaft berechtigt sein. Im Fall von *Einzelgläubigerschaft* ist jeder Gläubiger berechtigt, ohne Mitwirkung der andern (also selbständig), das Ganze und nicht nur einen Teil der Leistung zu verlangen. Der Schuldner hat dabei nur einmal zu leisten und wird dadurch befreit. Der wichtigste Typus der Einzelgläubigerschaft ist die in Art. 150 OR geregelte Solidargläubigerschaft, die vor allem beim gemeinsamen Bankkonto ("compte-joint") von Bedeutung ist. Bei der *gemeinschaftlichen Gläubigerschaft* steht die gesamte Forderung den Gläubigern ungeteilt zu, und zwar so, dass alle Gläubiger die Forderung nur gemeinsam geltend machen können. Umgekehrt kann der Schuldner sich nicht durch Leistung an einen einzelnen Gläubiger befreien, sondern nur durch Gesamtleistung an alle Gläubiger. Bei der *Teilgläubigerschaft* sind mehrere Gläubiger unabhängig voneinander pro rata an einer teilbaren Forderung berechtigt, wobei die Leistung in ihrer Gesamtheit nur einmal zu erbringen ist. Jeder Gläubiger kann selbständig den ihm zustehenden Teil der Leistung verlangen und der Schuldner muss den entsprechenden Teil an jeden Gläubiger separat leisten. Das Bundesgericht folgt in seinem Leitentscheid, in dem es um den Verkauf eines Grundstücks geht, der herrschenden Lehre, welche die Teilgläubigerschaft als gesetzlichen Regelfall ansieht. Es folgert, allein der Umstand, dass ein Grundstück als Ganzes veräussert werde, lasse nicht darauf schliessen, dass die Verkäufer in Bezug auf die Kaufpreisforderung eine gemein-

schaftliche Gläubigerschaft bildeten, geschweige denn, dass sie gesamthänderisch berechtigt seien (BGE 140 III 150 E. 2.2 m.w.N.).

Ferner rechtfertigt es sich gemäss gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts für den Fall, dass mehrerer Mäkler in denselben Verkaufsprozess involviert sind, die Bedeutung der Tätigkeit der Mäkler innerhalb der zum Erfolg führenden Zusammenhänge gegenseitig abzuwägen und jedem von ihnen nach Massgabe seines Anteils am Erfolg einen entsprechenden Anteil am Mäklerlohn zukommen zu lassen (BGE 72 II 421 E. 3; Urteile BGer 2C_638/2020 E. 3.3.3; 4C_178/2001 E. 3.b).

2.3. Subsumtion

Der Klägerin 1 ist es – wie vorstehend ausgeführt – nicht gelungen, das Vorliegen eines Gesamthandverhältnisses zwischen ihr und dem ehemaligen Kläger 2 darzulegen (vgl. Erwägung 1.3). Insofern scheidet die gemeinschaftliche Gläubigerschaft von vornherein aus. Zu prüfen bleibt, ob die Kläger je einzeln berechtigt sind, den Gesamtanspruch zu verlangen, oder ob den Klägern jeweils ein bestimmter Teil an der Forderung zusteht.

Das Rechtsbegehren, das so auszulegen ist, dass die Klägerin 1 trotz Ausscheidens des Klägers 2 weiterhin den Gesamtbetrag von der Beklagten fordert (vgl. dazu Erwägung 1.4), sowie der Umstand, dass die Kläger angeben, für eine allfällige Parteientschädigung solidarisch zu haften (vgl. act. 14 Rz. 5), sprechen zwar für das Vorliegen von Einzelgläubigerschaft. Ein Abweichen vom gesetzlich vorgesehenen Regelfall der Teilgläubigerschaft rechtfertigt sich aufgrund dieser sehr dürftigen Angaben der Kläger jedoch nicht. Vielmehr ist den Ausführungen der Kläger – abgesehen von der pauschalen Nennung der "partnerschaftlichen Zusammenarbeit" und des Zusammenschlusses als "einfache Gesellschaft [...] zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes" – zu entnehmen, dass ab Februar 2019 zunächst die Klägerin 1 allein tätig gewesen sein soll (Phase 1) und ab Mai 2019 der Kläger 2 dazu gestossen sei (Phase 2). Während die Klägerin 1 in Phase 1 allein tätig gewesen sei, sei der Kläger 2 in Phase 2 aktiv vermittelnd tätig gewesen. Die Klägerin 1 habe in Phase 2 vor allem via die E. _____ mit der Be-

klagen kommuniziert und sei vom Kläger 2 (mit-)vertreten worden (act. 1 Rz. 15 ff.; act. 40 Rz. 8, Rz. 11 f., Rz. 56 ff., Rz. 64, Rz. 66, Rz. 68, Rz. 75, Rz. 78, Rz. 80).

Nach dieser Sachverhaltsdarstellung war die Klägerin 1 zunächst allein für die Beklagte tätig. In der Phase 2 schloss sie sich mit dem Kläger 2 zusammen, wobei die Beklagte ihre gemeinsame Vertragspartnerin war. Eine interne Absprache bezüglich des Mäklerlohns und wie dieser aufgeteilt werden soll, wurde nicht dargelegt. Der Zusammenschluss der Kläger ist daher als gemeinsamer Vertrag zu qualifizieren, bei dem mehrere Vertragsgenossen (die Kläger) auf einer Vertragsseite kontrahieren, ohne dass unter ihnen ein Gesamthandverhältnis besteht. Jedem Kläger steht ein individualisierbarer Anteil am Mäklerlohn zu, mithin bilden die Kläger eine Teilgläubigerschaft. Daher ist die Klägerin 1 nur berechtigt, den ihr zustehenden Anteil des Mäklerlohns einzuklagen. Zu diesem Anteil hat sie jedoch keine Angaben gemacht (vgl. act. 1; act. 14; act. 34; act. 40; Erwägung 3 nachfolgend).

2.4. Fazit

Die Kläger sind mit Blick auf die eingeklagte Forderung als Teilgläubiger zu qualifizieren. Jeder Teilgläubiger ist berechtigt, den ihm zustehenden (Teil-)Anspruch der Forderung selbständig zu verlangen, und der Schuldner muss den entsprechenden Anteil an jeden Gläubiger separat leisten. Die Klägerin 1 hat keine Angaben hinsichtlich des ihr zustehenden Teils der Forderung gemacht.

3. Begründung des Rechtsbegehrens

3.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin 1 führt im Rahmen der Klagebegründung aus, mit der Beklagten die Höhe des Mäklerlohnes für sie und den Kläger 2 nicht ausdrücklich vereinbart zu haben. Nach dem Verkauf der Liegenschaft im Dezember 2019 habe der Kläger 2 der Beklagten Leistungen von ihm und der Klägerin 1 im Umfang von pauschal CHF 250'000.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) in Rechnung gestellt. Die Rechnung sei nicht bezahlt worden. Mit der Klage macht sie nun einen Betrag von CHF 405'000.–

geltend. Sie erläutert, aus den Vertragsverhandlungen mit der späteren Käuferin, der G._____, könne konkludent auf die Vermittlungsprovision geschlossen werden. Sie hätten von einem Kaufpreis von CHF 13.1 Mio. ohne Vermittlungsprovision und von CHF 13.5 Mio. mit Vermittlungsprovision gesprochen, was einen Mäklerlohn in der Höhe von rund CHF 400'000.– ergebe. Schliesslich führt die Klägerin 1 an, mangels Parteiabsprache und mangels vorhandener Tarife im Kanton Zürich eine ortsübliche Provision von 3 % des Kaufpreises von CHF 13.5 Mio., mithin CHF 405'000.–, einzuklagen (act. 1 Rz. 27 ff., Rz. 33, Rz. 39, Rz. 42; act. 3/25-29).

Die Beklagte bestreitet jeglichen Provisionsanspruch der Klägerin 1 (act. 20 Rz. 4 ff.; act. 61 Rz. 6 ff.).

3.2. Rechtliches

Im vorliegenden Verfahren gilt – wie erwähnt – der Verhandlungsgrundsatz, d.h. es obliegt den Parteien, die Tatsachen des Verfahrens zusammenzutragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Entsprechend trifft sie die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast (vgl. Erwägung 1.2.3). Gemäss Art. 8 ZGB hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Die andere Partei trifft die Gegenbeweislast (Urteil BGer 4A_82/2019 E. 2.1).

3.3. Subsumtion

Die Klägerin 1 fordert mit ihrer Klage 3 % des (angeblichen) Kaufpreises von CHF 13.5 Mio. als Mäklerlohn, was – gemäss ihrer Sachverhaltsdarstellung – dem gesamten, für diesen Verkauf geschuldeten Mäklerlohn entspricht. Sie begründet jedoch nicht, weshalb ihr der Mäklerlohn gesamthaft zustehen soll. Vielmehr führt sie an, mit dem Kläger 2 zusammengearbeitet zu haben. Zudem sei auch die E._____, welcher ursprünglich das Exklusivmandat erteilt worden sei, weiterhin in den Verkaufsprozess involviert gewesen, wenn auch eher beratend (act. 1 Rz. 11; act. 40 Rz. 27, Rz. 64). Im Widerspruch dazu macht sie jedoch auch geltend, dass im Februar 2019 das Exklusivmandat zwischen der Beklagten

und der E._____ einvernehmlich aufgelöst worden sei (act. 40 Rz. 13). Aus dieser Begründung erhellt nicht, weshalb der Klägerin 1 der gesamte Mäklerlohn für den Verkauf der Liegenschaft zustehen soll, und sie liefert auch keine Anhaltspunkte, aus denen ihr Anspruch auf einen bestimmten Teil des Mäklerlohns hergeleitet werden könnte.

Ferner ist ihre Begründung zur Höhe des geschuldeten Mäklerlohns inkohärent. Zunächst schildert sie, dass von der Beklagten aus Kulanz "bloss" eine Pauschale von CHF 250'000.– für sie und den Kläger 2 verlangt worden sei. Während der Vertragsverhandlung mit der G._____ sei von einem Mäklerlohn von CHF 400'000.– die Rede gewesen. Mit der Klage macht sie nun jedoch einen Anspruch von 3 % des Kaufpreises, d.h. den Betrag von CHF 405'000.–, geltend.

Selbst wenn man der bestrittenen Tatsachendarstellung der Klägerin 1 folgt, steht fest, dass die Klägerin 1 als Teilgläubigerin zu qualifizieren ist (vgl. Erwägung 1.4). Als solche steht ihr nicht der gesamte Mäklerlohn (vom maximal geltend gemachten Betrag) von CHF 405'000.– zu. Mangels entsprechender Behauptungen ist eine Herleitung des Anteils, welcher der Klägerin 1 am Mäklerlohn zustehen soll, nicht möglich. Die Klägerin 1 ist ihrer Behauptungslast nicht nachgekommen, weshalb die Klage vollumfänglich abzuweisen.

3.4. Fazit

Die Klägerin 1 begründet den – gemäss ihrer Ansicht geschuldeten – Mäklerlohn inkohärent. Insbesondere verzichtet sie auf Ausführungen dazu, welcher Anteil des gesamten Mäklerlohns ihr zustehen soll. Da weitere Mäkler in den Verkaufsprozess involviert waren, hat die Klägerin 1 keinen Anspruch auf den vollen Mäklerlohn. Weil die Klägerin 1 ihrer Behauptungslast nicht nachgekommen ist, ist die Klage vollumfänglich abzuweisen.

4. Zusammenfassung

In formeller Hinsicht ist die Noveneingabe der Klägerin 1 mangels Erbringung des Sorgfaltsnachweises unzulässig und somit unbeachtlich. Die Kläger haben bis zum Ausscheiden des Klägers 2 aus dem vorliegenden Prozess eine einfache

Streitgenossenschaft gebildet, wobei ihr Rechtsbegehren für das Vorliegen eines Gesamthandverhältnisses formuliert wurde. Zugunsten der Klägerin 1 ist das Rechtsbegehren so auszulegen, dass sie von der Beklagten (weiterhin) den Gesamtbetrag des Mäklerlohns fordert. Dieses Rechtsbegehren ist genügend bestimmt.

In materieller Hinsicht ist die Art der Gläubigerschaft zwischen der Klägerin 1 und dem Kläger 2 als Teilgläubigerschaft zu qualifizieren. Entsprechend ist die Klägerin 1 nur berechtigt, ihren Anteil an der Gesamtforderung einzuklagen. Da sie jedoch den Gesamtanspruch einklagt, ohne anzugeben, welches ihr Anteil ist, kommt sie ihrer Behauptungslast nicht nach. Die Klage ist abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Dieser beläuft sich im vorliegenden Verfahren auf CHF 405'000.–. Die Grundgebühr beträgt CHF 18'900.– (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Das Verfahren gestaltete sich in prozessualer Hinsicht durch die Mehrfachbehandlung der Anträge auf Sicherstellung der Parteientschädigung und die Noveneingabe als relativ aufwändig, was einen Zuschlag zur Grundgebühr rechtfertigt (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Andererseits ist eine gewisse Reduktion angezeigt, weil sich das Verfahren in materieller Hinsicht als nicht allzu komplex erweist (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Insgesamt erscheint eine Gerichtsgebühr von rund 150 % der Grundgebühr, d.h. CHF 28'000.–, als angemessen. Davon in Abzug zu bringen ist der Anteil von CHF 8'000.–, der mit Teilentscheid vom 13. August 2021 dem Kläger 2 auferlegt wurde, sodass eine Gerichtsgebühr von CHF 20'000.– verbleibt (vgl. act. 49).

Die Prozesskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin 1 unterliegt mit ihrer Klage vollumfänglich und mit Blick auf die prozessualen Anträgen mehrheitlich; die Abweisung des Gesuchs um Sicherstel-

lung der Parteientschädigung mit Verfügung vom 13. Oktober 2020 rechtfertigt keine Kostenausscheidung. Entsprechend ist der Klägerin 1 die verbleibende Gerichtsgebühr im Umfang von CHF 20'000.– aufzuerlegen.

5.2. Partei- und Umtriebsentschädigung

Die Höhe der Parteientschädigung bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 21'500.–. Unter Berücksichtigung des Aufwands für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift, in der auch zur Noveneingabe Stellung genommen wurde, ist eine Erhöhung der Grundgebühr um 50 % auf insgesamt CHF 32'250.– angezeigt (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV). Davon in Abzug zu bringen ist wiederum der Anteil von CHF 12'500.–, der mit Teilentscheid vom 13. August 2021 dem Kläger 2 auferlegt wurde, was eine verbleibende Parteientschädigung von CHF 19'750.– ergibt (vgl. act. 49).

Die unterliegende Partei hat der obsiegenden eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da die Klägerin 1 vollumfänglich unterliegt, hat sie der Beklagten die Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist der Beklagten direkt von der Obergerichtskasse aus der von der Klägerin 1 dafür geleisteten Sicherheit zu entrichten (vgl. act. 36; act. 39).

Der von der Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziff. 2.1.1 S. 3; Urteil BGer 4A_552/2015 E. 4.5).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 20'000.–.

3. Die Kosten werden vollumfänglich der Klägerin 1 auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin 1 wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 19'750.– zu bezahlen. Die von der Klägerin 1 geschuldete Parteientschädigung wird der Beklagten nach Ablauf der Rechtsmittelfrist direkt von der Obergerichtskasse aus der von der Klägerin 1 dafür geleisteten Sicherheit ausbezahlt, vorbehaltlich der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch das Bundesgericht (Art. 103 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 BGG).
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 405'000.–.

Zürich, 21. November 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Zoë Biedermann