

AG_HANDELSGERICHT HOR.2020.2 vom 20. November 2020

Ag Handelsgericht, 2020-11-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HOR.2020.2

FR: AG_HANDELSGERICHT HOR.2020.2 du 20 novembre 2020

IT: AG_HANDELSGERICHT HOR.2020.2 del 20 novembre 2020

Erwägungen

E. 2

Der Beklagte ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in B. (AG). Er betreibt unter der Firma "W." ein Einzelunternehmen mit Sitz ebenfalls in B. (AG) und gleichem Zweck wie die Klägerin (KB 2).

E. 2.1

Behauptungslast Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.¹⁷ Die Auf- teilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislast- verteilung nach Art. 8 ZGB.¹⁸ Somit trägt die Behauptungslast für rechtser- zeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang ei- nes Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshin- dernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung

E. 2.2

Bestreitungslast Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne wei- teres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).³² Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsa- chenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder be- stritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptun- gen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.³³ Bestreitun- gen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ih- rem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Be- streitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfol- gen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.³⁴ Auch ein im- plizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderun- gen der rechtsgenügenden Bestreitung.³⁵ 29 BGer 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

E. 2.3

Substantiierungslast Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vor- bringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsa- chen zergliedert so umfassend und klar

darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.³⁶ Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.³⁷ Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.³⁸

E. 2.4

Bezeichnung der Beweismittel Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.³⁹ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.⁴⁰ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").⁴¹ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.⁴² Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).⁴³

E. 3

Die Klägerin und der Beklagte schlossen am 13. Februar 2018 einen als "Partnervertrag" bezeichneten Vertrag über die Zusammenarbeit im Bereich der Personal- und Unternehmensberatung (Klage Rz. 1; KB 4, S. 1 ff.). Gemäss Ziff. 1 dieses Partnervertrags stellte die Klägerin dem Beklagten Know-How sowie den Zugang zu diversen IT-Systemen zur Verfügung, insbesondere zur Recruiting-Plattform "A." (Klage Rz. 1; KB 4). Der Beklagte verpflichtete sich im Gegenzug zur Nutzung dieser Systeme, zur Erfüllung diverser Pflichten und Vorgaben bei Ausübung seiner Geschäftstätigkeit sowie zur Zahlung einer Eintrittsgebühr von Fr. 12'000.00, eines Beitrags an die monatlichen Fixkosten und einer Umsatzabgabe (Ziff. 3 f., 6, 7, 11 und 16 f. des Partnervertrags [KB 4]). Bestandteil des Partnervertrags war zudem ein Anhang 1, betitelt mit "Splitregeln" (KB 4). Diese Splitregeln (KB 4) umfassten insbesondere die Aufgabenteilung und Entschädigung für Fälle, in denen Mandate von mehr als einem Partner bearbeitet wurden.

E. 4.1

Parteibehauptungen

E. 4.1.1

Klägerin Die Klägerin behauptet, sie und der Beklagte hätten betreffend die Besetzung von je einer Vakanz in den Filialen der V. AG in W. und S. eine Leistungsvereinbarung (KB 4) abgeschlossen, welche der Beklagte durch Untätigkeit verletzt habe (Klage Rz. 14 und 17 f.). Insbesondere hätte der Beklagte am 31. Oktober 2018 gemäss Leistungsvereinbarung (KB 4) zehn bis zwölf vollständige Kandidatendossiers vorlegen müssen, bis zum 10. Januar 2019 habe er jedoch nur ein vollständiges Dossier vorgelegt. Weiter behauptet sie, diese Leistungsvereinbarung (KB 4) sei auch bezüglich der Besetzung von zwei Vakanzstellen in der Filiale der V. AG in B. zur Anwendung gelangt,

worauf sich die Parteien mündlich geeinigt hätten (Klage Rz. 16, Replik "Zu 14"). Auch bei der Besetzung dieser Vakanzen sei die Leistungsvereinbarung (KB 4) vom Beklagten durch Untätigkeit verletzt worden (Klage Rz. 17 ff.). Diese Verletzungen der beiden Leistungsvereinbarungen seien kausal dafür gewesen, dass die Klägerin das Mandat

- 14 - betreffend die Besetzung von drei Vakanzen in B. nur für eine Stelle erfüllen konnte und es ihr für die zwei anderen Stellen wieder entzogen worden war (Klage Ziff. 19 und 27). Damit sei ihr das bei Besetzung aller Vakanzen zusätzlich geschuldete Honorar in der Höhe von Fr. 40'000.00 entgangen und ihr in dieser Höhe ein Schaden entstanden (Klage Rz. 26).

E. 4.1.2

Beklagter Der Beklagte gesteht das Bestehen einer Leistungsvereinbarung (KB 4) zwischen ihm und der Klägerin für die beiden Vakanzen in W. und S. zu, behauptet jedoch, diese erfüllt zu haben, insbesondere durch die Kontaktierung von mehr als 250 Personen über XING (Antwort "Zu 17" sowie "Zu 17 bis 19"). Weiter bestreitet er, dass bezüglich des Mandats der Klägerin für die Vakanzen in B. überhaupt eine Leistungsvereinbarung und damit seinerseits eine vertragliche Pflicht bestanden habe, tätig zu werden (Antwort "Zu 17 bis 19"). Insbesondere sei sein Verhalten für einen allfälligen im Zusammenhang mit den Mandaten der V. AG entstandenen Schaden nicht kausal gewesen, da von den 250 kontaktierten potentiellen Kandidaten keiner geeignet bzw. interessiert gewesen sei (Antwort "Zu 17" und "Zu 26" f.). Er habe damit getan, was möglich gewesen sei und die Stellen wären auch nicht schneller zu besetzen gewesen, hätte er noch mehr gemacht. Betreffend das Mandat B. schliesse zudem die fehlende Leistungsvereinbarung aus, dass er überhaupt hätte tätig werden müssen, und eine Haftung könne diesbezüglich somit bereits ohne Prüfung der Kausalität ausgeschlossen werden (Antwort "Zu 26" f.). Für den Fall, dass er doch für den Schaden verantwortlich gemacht würde, bringt der Beklagte vor, gemäss Leistungsvereinbarung (KB 4) hätte er selber einen Anspruch auf 40 % des zusätzlichen Honorars gehabt, womit ein allfälliger Schaden der Klägerin nur maximal Fr. 24'000.00 betragen könne (Antwort "Zu 26").

E. 4.2

Rechtliches

E. 4.2.1

Vertragsverletzung Besteht ein Vertrag, kann jedoch die Erfüllung der darin festgehaltenen Verbindlichkeiten überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden (Vertragsverletzung), so hat der Schuldner für den daraus kausal entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 97 Abs. 1 OR). Als positive Vertragsverletzung werden dabei alle Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen bezeichnet, die sich weder dem Verzug noch der Nichterfüllung zuordnen lassen.⁴⁴ Auch die Verletzung von Nebenpflichten

E. 4.2.2

Schaden Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Die unfreiwillige Vermögensminderung entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie).⁴⁷ Die Schadenersatzbemessung

unterliegt dem Recht der unerlaubten Handlung (Art. 99 Abs. 3 OR).⁴⁸ Der Nachweis der Schadenshöhe obliegt dem Geschädigten (Art. 42 Abs. 1 OR). Es gilt der Grundsatz der Totalreparation, wonach alle vermögenswerten Nachteile zu ersetzen sind. Umgekehrt hat der Geschädigte keinen Anspruch auf einen Ersatz, der den eingetretenen Schaden übersteigt. Die effektive Höhe des Schadens begrenzt den Schadenersatzanspruch nach oben (sog. Bereicherungsverbot).⁴⁹ Wegen des Bereicherungsverbots hat sich der Geschädigte diejenigen Vermögensvorteile anrechnen zu lassen, die mit dem schädigenden Ereignis in einem inneren Zusammenhang stehen.⁵⁰ Zusätzlich trifft den Geschädigten die Obliegenheit, alle nach Treu und Glauben zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, die zur Verminderung des Schadens geeignet sind (sog. Schadenminderungsobliegenheit). Eine Unterlassung führt zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht. In diesem Fall ist nur derjenige Schaden zu ersetzen, der entstanden wäre, wenn der Geschädigte seiner Schadenminderungsobliegenheit nachgekommen wäre.⁵¹ Der Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses richtet sich auf die Herbeiführung des Vermögensstandes, in dem sich der Geschädigte befände, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Dazu gehören je nach den Umständen insbesondere folgende Schadenspositionen: Wert der versprochenen Leistung, die mit der Nichterfüllung bzw. der nicht gehörigen Erfüllung direkt verbundenen Kosten (damnum emergens) und der entgangene Gewinn (lucrum cessans).⁵²

E. 4.2.3

Kausalzusammenhang Zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Dieser setzt den natürlichen Kausalzusammenhang voraus. Natürliche Kausalität bedeutet, dass eine Ursache eine *conditio sine qua non* eines Erfolges ist. Das fragliche Verhalten darf nicht weggedacht werden können, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel. Adäquat kausal ist der Zusammenhang dann, wenn die schädigende Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen.⁵⁷ Bei Unterlassungen fehlt es naturgemäss an einem natürlichen Kausalzusammenhang in diesem Sinn.⁵⁸ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist in diesen Fällen ein hypothetischer Kausalverlauf zu ermitteln.⁵⁹ Dieser ist erstellt, sofern das Gericht gestützt auf Beweismittel sowie die allgemeine Lebenserfahrung zum Schluss gelangt, dass der eingetretene Schaden bei recht- bzw. vertragsgemäsem Handeln mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können.⁶⁰ Da damit bereits bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität wertende Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, ist diese in der Regel nicht zusätzlich auf ihre Adäquanz hin zu überprüfen.⁶¹

E. 4.2.4

Verschulden Das Verschulden hat eine subjektive und eine objektive Komponente. Subjektiv schuldhaft ist das Verhalten einer urteilsfähigen Person, die fähig ist, die schädigenden Auswirkungen ihres Verhaltens zu erkennen. Objektiv 53 BGE 144 III 155 E. 2.3. 54 BGER 4C.225/2006 vom 20. September 2006 E. 2.4. 55 BGER 4C.225/2006 vom 20. September 2006 E. 2.4 f. 56 BGER 4C.225/2006 vom 20. September 2006 E. 2.4 f.; BSK OR I-WIEGAND (Fn. 44), Art. 97 N. 38a. 57 BSK OR I-WIEGAND (Fn. 44), Art. 97 N. 41, m.w.N. 58 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 47), N. 2950. 59 BGE 132 III 715 E. 2.3; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 47), N. 2950 f. 60 BGE 132 III 715 E. 2.3 und 3.2. 61 BGE 132 III 715 E. 2.3.

- 17 - schuldhaft ist ein Verhalten, das vom unter den konkreten Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten abweicht. Das abweichende Verhalten, d.h. die Vertragsverletzung, kann gewollt (Vorsatz, Absicht), in Kauf genommen (Eventualvorsatz) oder sorgfaltswidrig (Fahrlässigkeit) sein.⁶²

E. 4.3

Würdigung Vorab ist zu erwähnen, dass die Klägerin zwar behauptet, der Beklagte habe seine vertraglichen Pflichten in Bezug auf das Mandat der V. AG für W. und S. verletzt, daraus aber keinen Schadenersatz geltend macht. Vielmehr wird der Schadenersatzanspruch einzig aus dem Mandat der V. AG für B. hergeleitet. Vor diesem Hintergrund behauptet die Klägerin, sie und der Beklagte hätten sich mündlich darauf geeinigt, die Leistungsvereinbarung betreffend das Mandat der V. AG für W. und S. (KB 4) solle auch für die Besetzung von zwei der drei Vakanzen in der Filiale der V. AG in B. zur Anwendung kommen (Klage Rz. 16). Der Beklagte bestreitet dies (Antwort "Zu 17 bis 19"). Aufgrund der ihr obliegenden Beweislast hätte folglich die Klägerin substantiiert behaupten müssen (vgl. oben E. 2.3), wie die mündliche Ausdehnung der Leistungsvereinbarung für die Besetzung von zwei der drei Vakanzen in der Filiale der V. AG in B. zustande gekommen sein soll. Das hat die Klägerin jedoch unterlassen. Da die Klägerin bereits mangels substantiierten Behauptungen nicht beweisen kann, dass bezüglich der Besetzung der zwei Vakanzen in B. eine vertragliche Verpflichtung des Beklagten im Sinne der Leistungsvereinbarung bestanden hatte, ist das Bestehen eines solchen und damit auch eine Vertragsverletzung durch den Beklagten im Mandat B. zu verneinen. Rechtsbegehren Ziff. 1 ist deshalb bereits aus diesem Grund abzuweisen. Unabhängig einer behaupteten Vertragsverletzung des Beklagten, hat es die Klägerin auch unterlassen, ihren geltend gemachten Schaden substantiiert zu behaupten: Es blieb zwar unbestritten, dass der Klägerin durch den Entzug des Mandats für zwei Vakanzen in B. ein Honorar von Fr. 40'000.00 entgangen ist. Es obliegt aber der Klägerin, ihren Schaden so konkret wie möglich zu behaupten, zu substantiieren und zu beweisen. Die Klägerin hätte daher aufzeigen müssen, welche Kosten ihr in Erfüllung des Mandats B. für die zwei offenen Vakanzen angefallen wären, wenn sie ihren Auftrag erfüllt hätte. Da sie ihre Leistung gegenüber der V. AG nicht erfüllt hat, kann sie nur den entgangenen Gewinn und nicht den gesamten verlorenen Umsatz als Schadenersatz einfordern. Zudem war A.T. (Verwaltungsratspräsident der Klägerin) gemäss der Leistungsvereinbarung Projektleiter und hätte die Dossiers an die V. AG weiterleiten müssen sowie den direkten Kontakt mit dieser sicherzustellen gehabt (Abs. 3 der Leistungsvereinbarung [KB 4]; Duplik "Zu 17 bis 19"). Die Klägerin behauptet nirgends jene 62 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 47), N. 2963.

- 18 - Kosten, die ihr hierfür angefallen und die vom Umsatz (Honorar von Fr. 40'000.00) noch abzuziehen wären. Zu den hypothetischen Kosten der Klägerin wäre auch noch der Honoraranteil des Beklagten (40 %) zu zählen, den die Klägerin diesem für seine Projektunterstützung zu leisten gehabt hätte. Vor diesem Hintergrund bleibt es für das Handelsgericht unklar, welchen Gewinn die Klägerin mit der Besetzung der zwei Vakanzen der V. AG in B. erwirtschaftet hätte und wie hoch ihr Schaden damit effektiv wäre. Rechtsbegehren Ziff. 1 ist deshalb auch mangels einer genügenden Schadenssubstantiierung abzuweisen. Schliesslich ist nicht erkennbar, wie eine behauptete Vertragsverletzung durch den Beklagten, welche die Klägerin damit begründet, dass dieser bis zum 31. Oktober 2018 keine 90 bis 150 potentiellen Kandidaten kontaktiert, keine 30

bis 40 Interessenten herauskristallisiert und auch nicht mindestens fünf Gespräche organisiert habe (Klage Rz. 17), für den eingetretenen Schaden kausal gewesen sein soll: Die Klägerin legt selbst dar, dass die V. AG die zwei Vakanzen erst am 11. Juni 2019 intern besetzt hat (Klage Rz. 19). Der Klägerin hätte nach dem 31. Oktober 2018 demnach mehr als genügend Zeit zur Verfügung gestanden, den Beklagten zu mahnen und in Verzug zu setzen bzw. in Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheiten die entsprechenden Interessenten selbst zu suchen und den ihr von der V. AG erteilten Auftrag selbst zu erfüllen, so wie sie dies auch im Mandat W. und S. getan haben soll (Klage Rz. 18). Es kann auch nicht gesagt werden, eine behauptete Vertragsverletzung durch den Beklagten im Mandat W. und S. sei für den "Entzug" des Mandats in B. relevant gewesen. Einerseits handelte es sich um voneinander unabhängige Mandate. Bei der V. AG waren intern auch andere Ansprechpersonen involviert (H.K. in W. und S., S.S. in B. [KB 25 f.]), sodass nicht ohne entsprechende Behauptungen gesagt werden kann, diese Personen hätten von der jeweils anderen von den Schwierigkeiten bei der Vertragserfüllung durch die Klägerin erfahren. Andererseits gab die V. AG der Klägerin im Mandat B. bis zum 11. Juni 2019 Zeit zur Besetzung der bestehenden Vakanzen. Zu diesem Zeitpunkt lagen die allfälligen Vertragsverletzungen des Beklagten im Mandat W. und S. bereits mehrere Monate zurück. Die korrekte Erfüllung der Leistungsvereinbarung betreffend W. und S. durch den Beklagten hätte den Entzug des Mandats für die beiden Vakanzen in B. damit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht verhindert. Für eine Gutheissung von Rechtsbegehren Ziff. 1 fehlt es folglich auch am Kausalzusammenhang.

E. 4.4

Fazit Das Vorliegen einer Vertragsverletzung durch den Beklagten kann mangels Substantiierung einer vertraglichen Grundlage nicht bewiesen werden. Zudem substantiiert die Klägerin ihren Schaden nicht, da sie nur den entgan-

- 19 - genen Gewinn geltend machen könnte, zu dessen Berechnung sie ihre internen Kosten vom Umsatz in Abzug hätte bringen und auch den Honoraranteil des Beklagten hätte berücksichtigen müssen. Soweit sich die Klägerin darauf bezieht, dass eine allfällige Vertragsverletzung des Beklagten im Mandat W. und S. zum Schadenseintritt beim Mandat B. geführt haben soll, so ist darin kein Kausalzusammenhang zu erblicken. Rechtsbegehren Ziff. 1 ist damit abzuweisen. 5. Schadenersatz für unterlassene Datenerfassung im "A."

E. 5

Mit Schreiben vom 14. März 2019 kündigte der Beklagte den Partnervertrag auf den 15. Juni 2019 (Klage Rz. 4; KB 7).

E. 5.1

Parteibehauptungen

E. 5.1.1

Klägerin Die Klägerin bringt vor, sie habe Anfang April 2019 festgestellt, dass der Beklagte insgesamt 377 MB an Daten in einem eigenen Dateiordner auf dem Laufwerk "d.o." gespeichert hatte (Klage Rz. 6; KB 11). Sie behauptet weiter, der Beklagte hätte diese Daten gemäss Partnervertrag und internen Schulungsunterlagen zumindest teilweise in der Recruiting-Plattform A. abspeichern müssen (Klage Rz. 6 und 29). Insbesondere habe der Beklagte "Call-Records" und damit Informationen über Absagen oder Informationen zur späteren Zusammenarbeit mit potentiellen Kunden nicht dort abgelegt (Klage Rz. 6). Als

eine Reaktion auf eine E-Mail der Klägerin vom 10. April 2019 habe der Beklagte gezielt damit begonnen, Daten aus dem Laufwerk zu löschen oder abzuziehen (Klage Rz. 7). Zur Sicherung der Daten habe die Klägerin dem Beklagten am 17. April 2019 den Zugang zu ihren IT-Systemen sperren müssen. Zur Sichtung und Ablage der entsprechenden Daten im A. hätte die Klägerin erhebliche Aufwendungen gehabt (Klage Rz. 7). A.T. hätte dafür elf Stunden aufgewendet, sein Mitarbeiter S.B. 41.5 Stunden (KB 17). Für A.T. sei ein Stundenansatz von Fr. 250.00 eingesetzt worden, für S.B. einer von Fr. 200.00. Diese Ansätze entsprächen erfahrungsgemäss dem unteren Level von Stundenansätzen von IT-Experten (Klage Rz. 30).

E. 5.1.2

Beklagter Der Beklagte räumt ein, einen Dateiordner unter seinem Namen ausserhalb von A. geführt zu haben und diesen oder zumindest Dateien daraus bei seinem Austritt gelöscht zu haben (Antwort "Zu 6"). Es habe sich dabei jedoch nur um seine persönlichen Betriebsunterlagen gehandelt und der Beklagte habe sämtliche Daten vertragsgemäss im A. erfasst (Antwort "Zu 7"). Der Beklagte bestreitet die behaupteten Stundenansätze der Klägerin (Antwort "Zu 30"). Es könnten insbesondere nicht die Stundenansätze für Kunden angewendet werden, da diese Gewinnmargen beinhalten würden, welche der Beklagte so oder so nicht zu bezahlen hätte (Duplik "Zu 7").

E. 5.2

Würdigung Der von der Klägerin im Zusammenhang mit der behaupteten unterlassenen Datenerfassung im "A." behauptete Schadenersatzanspruch in Höhe von Fr. 11'030.00 wurde vom Beklagten bestritten. Aufgrund der ihr

- 20 - obliegenden Beweislast hätte folglich die Klägerin diesen Schaden substantiiert behaupten müssen (vgl. oben E. 2.3). Das hat die Klägerin jedoch unterlassen: Sie macht weder geltend, dass sie die behaupteten intern angefallenen Arbeitsstunden im Wert von Fr. 11'030.00 tatsächlich auch bezahlen musste noch werden muss. Damit sind sowohl eine Verminderung der Aktiven als auch eine Vermehrung der Passiven und damit ein Schaden im Sinne der Differenztheorie nicht gegeben. Weiter behauptet die Klägerin auch nicht, dass sie diese Arbeitsstunden anderweitig in Mandatsarbeit hätte investieren können und ihre deshalb ein Gewinn entging. Schliesslich hätte die Klägerin in diesem Fall nicht bloss die zu verrechnenden Stundenansätze mit den Arbeitsstunden multiplizieren dürfen (Umsatz), sondern hätte davon die internen Kosten abziehen müssen (Gewinn).

Rechtsbegehren Ziff. 2 ist damit bereits mangels substantiiertem Schaden abzuweisen. Überdies ist nicht bewiesen, dass der Beklagte mit dem Abspeichern der Daten in einem eigenen Dateiordner auf dem Laufwerk "d.o." eine Vertragsverletzung begangen hat: Gemäss Ziff. 3 und 7 des Partnervertrags (KB 4) verpflichten sich die Partner jeweils, die von der Klägerin zur Verfügung gestellten Arbeitsinstrumente, insbesondere die Recruiting-Plattform A., den internen Vorgaben gemäss und einheitlich anzuwenden. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe diese Vorgaben betreffend die Datenablage im A. verletzt. Im Partnervertrag selber finden sich abgesehen von der grundsätzlichen Verpflichtung zur Nutzung der Plattform keine konkreten Vorgaben (Ziff. 3). Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte zumindest eine Einführungsschulung erhielt, da er zu einer solchen mit E-Mail vom 12. März 2018 eingeladen wurde und dies auch nicht bestreitet (Replik "Zu 6"; Duplik "Zu 6"; Replikbeilage [RB] 2). Unklar ist hingegen der genaue Inhalt dieser Einführungsschulung, insbesondere bezüglich der Nutzung von A.. Die Klägerin macht

hierzu keine substantiierten Ausführungen, sondern gibt schlicht an, die Nutzung von A. sei Teil dieser Einführung gewesen (Replik "Zu 6"). Das im Zusammenhang mit der Einführung eingereichte "Einführungsprogramm" (KB 6) ist nicht datiert und entspricht nicht der tatsächlich erfolgten Einführung, da – wie die Klägerin selber bestätigt – diese von Herrn S. K. und A.T. durchgeführt wurde und nicht wie dort angegeben nur von A.T. (Replik "Zu 6"). Das Dokument "Arbeitsteilung / Workflow" (KB 6) datiert vom 12. September 2018 und es ist unklar und wurde von der Klägerin auch nicht behauptet, wie und wann dieses dem Beklagten übergeben worden wäre. Schliesslich datieren die eingereichten Traktandenlisten für die Schulungen vom 26. Februar 2018 und 1. März 2018 und damit vor Tätigkeitsbeginn des Beklagten am 1. April 2018. Aus den Schulungsunterlagen (KB 6) lassen sich damit ebenfalls keine konkreten Informationen dazu entnehmen, welche Daten der Beklagte wann und wie im A. hätte ablegen müssen. Bezüglich weiterer Schulungen, die zu diesem Thema im Rahmen der Partnersitzungen stattgefunden hätten, begnügt sich die Klägerin mit einer pauschalen Behauptung, ohne bspw. konkrete Angaben zum Inhalt dieser Schulungen zu machen (Replik "Zu 6").

- 21 - Konkrete Angaben macht sie nur zur Partnersitzung vom 28. August 2018. Zwar war die Nutzung von A. dort wohl thematisiert worden, allerdings ging es gemäss Protokoll nur um die Definition von Funktionen sowie die Nutzung der Plattform zum standardisierten Versand der AGB. Als interne Vorgabe zur Ablage von Daten im A. verbleibt damit nur die unbestrittene Behauptung der Klägerin, dass Call-Records abzulegen waren sowie dass solche im als "Bibel" bezeichneten Handbuch zur Nutzung von A. enthalten sind (RB 4). Bezüglich der Call-Records enthält die "Bibel" Beispiele, wie diese im A. nachzuführen sind. Soweit ersichtlich handelt es sich hierbei aber nicht um eigentliche Dateien, sondern vielmehr um eine Liste, in die Eintragungen beispielsweise betreffend Terminvereinbarungen, Telefongespräche oder Anfragen vorzunehmen sind (RB 4, S. 5). Weiter sind gemäss der "Bibel" für Kandidaten, die auf XING oder LinkedIn angeschrieben werden, aber auf die Anfrage nicht reagieren, keine Daten im A. zu erfassen (RB 4, S. 7). Daraus, dass der Beklagte die Ablage von PDF-Dateien von solchen Kandidaten ausserhalb von A. selber bestätigt (Antwort "Zu 6"), lässt sich folglich entgegen der Ansicht der Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten (Replik "Zu 6"). Dass dem Beklagten dies verboten gewesen wäre, behauptet selbst die Klägerin nicht (Replik "Zu 6."). Die Klägerin unterlässt es, substantiiert zu behaupten, welche Dateien der Beklagte unzulässigerweise nicht im A. abgespeichert hat. Insbesondere genügt es nicht, einfach unvollständige Call-Records zu behaupten, wenn der Beklagte dies bestreitet. Es wäre an der Klägerin gewesen, zumindest konkrete Beispiele von Daten aufzuzeigen und zu belegen, welche im Dateiordner des Beklagten vorhanden waren, nicht jedoch im entsprechenden Call-Record im A. Dass dies grundsätzlich durch Screenshots von Auszügen aus Call-Records möglich gewesen wäre, belegt die Klägerin selber, indem sie solche Screenshots in ihrer "Bibel" verwendet. Zudem ist es ebenfalls ungenügend, eine Übersicht von Kandidaten sowie deren Feedback zu präsentieren, die so nicht vollständig im A. abgebildet sei (KB 12, S. 10 ff.). Hier hätte die Klägerin konkret aufzeigen müssen, welche Kandidaten bzw. Informationen dies betrifft. Darüber hinaus nennt die Klägerin kein einziges Beweismittel, mit dem sie beweisen könnte, welche Dateien des Beklagten, die sie nun ins A. übergeführt haben w.I., darin vorher tatsächlich nicht abgelegt waren. Die Klägerin behauptet zwar, der Beklagte bestreite nicht, dass die Daten, die er in seinem d.o.-Ordner gespeichert gehabt hätte, nicht im A. erfasst worden seien (Replik "Zu 7"). Dem ist allerdings nicht so, wie sich aus der Klageantwort "Zu 7" und der Duplik "Zu 6" und "Zu 7"

ergibt. Damit bleibt unbewiesen, dass der Beklagte Daten vertragswidrig nicht im A. ablegte.

E. 5.3

Fazit Der von der Klägerin behauptete Schaden in Höhe von Fr. 11'030.00 kann mangels Substantiierung nicht bewiesen werden. Zudem kann die Klägerin eine Vertragsverletzung des Beklagten betreffend fehlerhafte Ablage von

- 22 - Daten in der Recruiting Plattform A. nicht aufzeigen. Das Rechtsbegehren Ziff. 2 ist abzuweisen. 6. Anspruch auf Genugtuung

E. 6

Mitte April 2019 stellte die Klägerin fest, dass der Beklagte gewisse im Dateiordner "T.H." abgelegte Dateien gelöscht hatte (Klage Rz. 7; Antwort "Zu 6"). Am 17. April 2019 sperre die Klägerin den Zugang des Beklagten zu den von ihr zur Verfügung gestellten IT-Systemen (Klage Rz. 7; Antwort "Zu 5"). Die Klägerin analysierte anschliessend die abgespeicherten Daten und stellte gelöschte Daten wieder her (Klage Rz. 7 und 30; Antwort "Zu 6"; KB 17).

E. 6.1

Parteibehauptungen

E. 6.1.1

Klägerin Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe durch sein Untätigsein im Rahmen der Mandate für die Besetzung von Vakanzen in W. und S. und B. ihren Ruf bei der V. AG schwer beschädigt. Dadurch sei der Klägerin ein schwerer immaterieller Schaden entstanden, der die Zuspreehung einer Genugtuung rechtfertige. Dies zeige sich insbesondere darin, dass die Klägerin von der V. AG erst seit Anfang 2020 wieder Mandate erhalte, dies jedoch in – im Vergleich zu früher – reduziertem Ausmass (Replik "Zu 39 bis 41").

E. 6.1.2

Beklagter Der Beklagte bringt dagegen vor, bezüglich des Mandats B. habe keine vertragliche Pflicht seinerseits bestanden, tätig zu werden, womit ein Anspruch auf Genugtuung für die Verletzung einer solchen von vornherein entfalle. Bezüglich der Schlechterfüllung des Mandats W. und S. wäre ein allfälliges Verschulden des Beklagten nicht gross genug, um einen Genugtuungsanspruch der Klägerin zu rechtfertigen. Zudem zeige der Umstand, wonach die Klägerin von der V. AG wieder Mandate erhalte, dass eine Rufschädigung der Klägerin bzw. ein Vertrauensverlust auf Seiten der V. AG nicht die Schwere erreichte hätte, die eine Genugtuung rechtfertigen würde (Antwort "Zu 39 bis 41"; Duplik "Zu 39 bis 41").

E. 6.2

Rechtliches Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind auch juristische Personen aktivlegitimiert, einen Genugtuungsanspruch in ihrem eigenen Namen geltend zu machen.⁶³ Soll dieser durch eine Vertragsverletzung begründet werden, enthält das Vertragsrecht zwar dafür keine eigene Anspruchsnorm, die Verweisung von Art. 99 Abs. 3 OR erfasst jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Art. 47 und 49 OR.⁶⁴ Durch diesen Verweis soll auch im Rahmen von Vertragsverletzungen ein Ausgleich nicht vermögensmässig fassbarer Beeinträchtigung möglich werden.⁶⁵ Vo-

oraussetzungen eines Genugtuungsanspruchs sind jedoch auch in einem solchen Fall neben der Vertragsverletzung, der adäquaten Kausalität, der Widerrechtlichkeit und dem fehlenden anderweitigen Schadensausgleich eine schwere Persönlichkeitsverletzung sowie ein Verschulden im Sinne von Art. 47 und 49 OR.66 63 BGE 138 III 337 E. 6.1 i.f. 64 BGE 116 II 519 E. 2c. 65 BK OR-WEBER (Fn. 52), Art. 99 N. 269. 66 BGE 123 III 204 E. 2b; BSK OR I-KESSLER, 7. Aufl. 2020, Art. 49 N. 2, 4 und 15.

- 23 - Ein Anspruch auf Genugtuung nach Art. 49 OR besteht nur, wenn sowohl die objektive als auch die subjektive Schwere – die erlittene seelische Unbill – einer Verletzung dies rechtfertigen.⁶⁷ Die Zusprechung einer Genugtuung verlangt folglich mehr als eine normale, sozialadäquate Beeinträchtigung. Eine genugtuungsberechtigte seelische Unbill liegt vielmehr erst vor, wenn dieses Mass deutlich übertroffen wird.⁶⁸ Eine einfache Vertragsverletzung genügt dafür folglich nicht, sofern sie nur zu einer leichten Verletzung der wirtschaftlichen, sozialen oder beruflichen Ehre führt,⁶⁹ insbesondere da Art. 49 OR nicht vertragliche Ansprüche als solche schützt.⁷⁰ Die Schwere der Verletzung ist zunächst in objektiver Hinsicht zu beurteilen, wobei die Umstände des Einzelfalls massgebend sind.⁷¹ Dabei können folgende Kriterien berücksichtigt werden: a) das verletzte Persönlichkeitsgut: Je bedeutsamer das verletzte Persönlichkeitsgut für den Verletzten, desto schwerer wiegt die Verletzung;⁷² b) die Art der Verletzung: Hier können der Zweck, die Dauer, die verwendeten Mittel und die Folgen der Verletzung gewürdigt werden. Eine Verletzung gilt dabei als umso schwerer, je nachteiliger sie sich insgesamt auf den Verletzten auswirkt und in diesem Sinn wiegt beispielsweise eine den Ruf schädigende Äusserung umso gravierender, je grösser deren Adressatenkreis ist;⁷³ und c) die Begleitumstände: Als erschwerend könnte bspw. ein für den Verletzten besonders ungünstiger Zeitpunkt angenommen werden.⁷⁴ Dem Gericht steht bei der Frage, ob die Schwere der Verletzung eine Genugtuung rechtfertigt, letztlich ein weites Ermessen zu.⁷⁵

E. 6.3

Würdigung Vorliegend behauptet die Klägerin eine schwere Beeinträchtigung ihres Rufes bei der V. AG, da sie zwei von ihr erhaltene Mandate aufgrund des Untätigseins des Beklagten nur verspätet oder gar nicht erfüllen konnte. Als in der Unternehmensberatung und Personalvermittlung tätiges Unternehmen stellt ihr Ruf – im Sinne ihrer beruflichen Ehre – als seriöser und zuverlässiger Betrieb für die Klägerin ein Rechtsgut von grossem Interesse dar. Insgesamt konnte der Vertrauensverlust bei der V. AG, zu dem die verspätete Besetzung der Vakanzen in beiden Mandaten geführt hatte, und ⁶⁷ BGE 129 III 715 E. 4.4. ⁶⁸ BSK ZGB-I-MEILI, 6. Aufl. 2018, Art. 28a N. 17; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl. 2016, N. 14.63. ⁶⁹ BGE 125 III 70 E. 3a; BK OR-BREHM (Fn. 50), Art. 49 N. 25 und 75; BSK OR I-KESSLER (Fn. 66), Art. 49 N. 11. ⁷⁰ BSK OR I-KESSLER (Fn. 66), Art. 49 N. 13. ⁷¹ BGE 129 III 715 E. 4.4. ⁷² INDERKUM, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, 2008, S. 295. ⁷³ INDERKUM (Fn. 72), S. 296. ⁷⁴ INDERKUM (Fn. 72), S. 296. ⁷⁵ BGer 5C.66/2006 vom 7. Dezember 2006 E. 4.3 (nicht publ. in BGE 133 III 153); BSK OR I-KESSLER (Fn. 66), Art. 49 N. 11.

- 24 - damit die Verletzung des Rufes der Klägerin, jedoch nicht allzu gravierend sein. Andernfalls hätte die V. AG nicht bereits rund ein halbes Jahr nach Entzug des Mandats B. damit begonnen, der Klägerin wieder neue Mandate zu erteilen (vgl. Replik "Zu 17. bis 19." i.f.; Antwortbeilage 4), auch in Bezug auf B. (vgl. Eingabe des Beklagten vom 18.

September 2020 mit entsprechendem Anhang und vorne E. 3). Zudem betraf das rufschädigende Ereignis auch nur einen einzelnen Kunden der Klägerin. Insgesamt erscheinen damit die Nachteile, zu denen die behauptete Schlechterfüllung der Mandate geführt habe, als nicht besonders gravierend. Erschwerende Umstände sind im Übrigen nicht ersichtlich. Auch die Art und Weise der vorgeworfenen Ehrverletzung wiegen nicht schwer. Der Beklagte soll nicht etwa die Klägerin gegenüber der V. AG diskreditiert haben, sondern bloss im Rahmen eines ihm von der Klägerin erteilten Auftrags untätig geblieben sein. Demnach liegt jedenfalls keine schwere Persönlichkeitsverletzung der Klägerin vor, die eine Genugtuung rechtfertigen würde. Selbst wenn man die Verspätung im Mandat für W. und S. berücksichtigt und deren negative Auswirkungen auf den Ruf der Klägerin zusammen mit dem von der Klägerin behaupteten Untätigsein im Mandat B. betrachtet, genügt bereits deren objektive Schwere aus den genannten Gründen nicht für die Zusprechung einer Genugtuung.

E. 6.4

Fazit Rechtsbegehren Ziff. 4 ist bereits mangels objektiver Schwere der behaupteten Vertragsverletzungen abzuweisen. 7. Prozesskosten Abschliessend sind die Prozesskosten entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen. Sie bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Da die Klage vollumfänglich abgewiesen wird, sofern auf sie überhaupt eingetreten werden kann und der Rückzug von Ziff. 2 der Rechtsbegehren der Klageantwort vom 25. Februar 2020 mangels geringfügigkeit kostenmässig unberücksichtigt bleibt, gilt die Klägerin als vollumfänglich unterliegend und sind ihr die gesamten Prozesskosten aufzulegen (Art. 106 ZPO).

E. 7

Mit Klage vom 27. Dezember 2019 (Postaufgabe: 27. Dezember 2019) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren: " 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 40'000 zuzüglich Zins von 5 % ab 16.07.2019 zu bezahlen. 2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 11'030 zuzüglich Zins von 5 % ab Klageeinreichung zu bezahlen. 3. Der Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen gerichtlich zu bestimmenden Betrag zuzüglich Zins von 5% ab Klageeinreichung zu bezahlen. 4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 20'000.00 als Genugtuung zuzüglich Zins von 5% ab 11.6.2019 zu bezahlen. 5. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 123 des Betreibungsamtes R. sei aufzuheben. 6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten." Die Klägerin begründete ihre Klage im Wesentlichen mit diversen Vertragsverletzungen des Beklagten. Dadurch seien ihr einerseits Aufwendungen für die Analyse und Wiederherstellung von falsch abgespeicherten bzw.

- 4 - gelöschten Dateien entstanden, andererseits ein Mandat entzogen worden und das entsprechende Honorar von Fr. 40'000.00 entgangen. Zudem macht sie wegen Beschädigung ihres Rufs einen Genugtuungsanspruch geltend. Schliesslich behauptet sie, einen Anspruch auf die im Partnervertrag festgehaltene Umsatzabgabe zu haben, da der Beklagte während der Dauer des Partnervertrags in erheblichem Umfang Nebentätigkeiten nachgegangen sei.

E. 7.1

Gerichtskosten Die Gerichtskosten bestehen vorliegend allein aus der Entscheidungsgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidungsgebühr beträgt bei einem Streitwert von Fr. 71'030.00 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 5 VKD Fr. 5'742.10. Diese werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

- 25 -

E. 7.2

Parteientschädigung Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten beträgt die Grundentschädigung bei einem Streitwert von Fr. 71'030.00 gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT Fr. 10'462.70. Dadurch sind die Instruktion, das Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, die Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für den doppelten Schriftenwechsel erfolgt ein Zuschlag von praxisgemäss 20 %. Mit der Kleinkostenpauschale von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 12'931.90. Da der Beklagte die Zuspreehung des Mehrwertsteuerzuschlags nicht beantragte, ist ihm ein solcher auch nicht zuzusprechen.⁷⁶ Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <https://www.ag.ch/meldia/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_MwSt.pdf> (zuletzt besucht am 20. November 2020).

- 26 - Das Handelsgericht erkennt: 1. 1.1. Auf Rechtsbegehren Ziff. 3 der Klage wird nicht eingetreten. 1.2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Die Gerichtskosten von Fr. 5'742.10 werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. 3. Die Klägerin hat dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 12'931.90 zu bezahlen. Zustellung an: ■ die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 20. November 2020 und Abrechnung) ■ den Beklagten (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 20. November 2020) 1. Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

- 27 - Aarau, 20. November 2020 Handelsgericht des Kantons Aargau 2. Kammer Der Vizepräsident: Der Gerichtsschreiber: Vetter Schneuwly

E. 8.1

In seiner Klageantwort vom 25. Februar 2020 stellte der Beklagte folgende Rechtsbegehren: " 1. Es sei die Klage abzuweisen. 2. Es sei die Klägerin zu verpflichten,

die Betreuung Nr. 123 des Regionalen Betreuungsamtes R. innen 10 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils zurückzuziehen, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe i.S.v. Art. 292 StGB. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin " Zur Begründung führte der Beklagte zunächst aus, er habe sämtliche Dateien korrekt erfasst und abgelegt und ausschliesslich persönliche Betriebsunterlagen gelöscht. Eventualiter bestreitet er die Höhe der Aufwendungen. Weiter habe bezüglich des entzogenen Mandats B. gar keine vertragliche Verpflichtung seinerseits bestanden, tätig zu werden, weshalb er auch keine solche habe verletzen können. Mangels einer Vertragsverletzung könne er aber auch nicht für den durch den Entzug des Mandats entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden. Schliesslich bestritt der Beklagte, während der Vertragsdauer Nebentätigkeiten nachgegangen zu sein sowie dass die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung gegeben wären.

E. 8.2

Mit Eingabe vom 26. Februar 2020 zog der Beklagte sein Rechtsbegehren Ziff. 2 zurück.

E. 9

In der Replik vom 4. Mai 2020 bzw. der Duplik vom 16. Juni 2020 hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren und Begründungen fest.

- 5 -

E. 10.1

Nachdem nicht beide Parteien gleichzeitig an einer Vergleichsverhandlung interessiert waren, überwies der Vizepräsident die Streitsache mit Verfügung vom 25. August 2020 an das Handelsgericht und gab die Zusammensetzung des Gerichts bekannt. Zudem forderte der Vizepräsident die Parteien auf, dem Handelsgericht schriftlich mitzuteilen, ob sie auf eine Hauptverhandlung gänzlich verzichten (Art. 233 ZPO) bzw. alternativ auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten und dem Gericht beantragen, ihre Schlussvorträge schriftlich einzureichen (Art. 232 Abs. 2 ZPO). Stillschweigen innert Frist galt als Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung.

E. 10.2

Mit Eingabe vom 4. September 2020 erklärte der Beklagte seinen Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung. Die Klägerin hat sich innert Frist nicht vernehmen lassen.

E. 11

Mit Verfügung vom 11. September 2020 lud der Vizepräsident zur Hauptverhandlung vor und erliess die Beweisverfügung.

E. 12

Mit Noveneingabe vom 18. September 2020 führte der Beklagte aus, die V. AG habe die Klägerin erneut mandatiert, wobei in den beiden Stelleninserten A.T. (Verwaltungsratspräsident der Klägerin) als Mandatsverantwortlicher angegeben werde.

E. 13

BGE 142 III 102 E. 5.1 und 5.4.

E. 13.1

Am 20. November 2020 fand die Hauptverhandlung statt. Die Parteien hielten ihre Schlussvorträge und konnten sich dabei je zwei Mal äussern.

E. 13.2

Daraufhin zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte das Urteil.

- 6 - Das Handelsgericht zieht in Erwägung: 1. Prozessvoraussetzungen 1.1. Zuständigkeit 1.1.1. Örtliche Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist gegeben, da sich der Beklagte i.S.v. Art. 18 ZPO auf die vorliegende Streitigkeit einlässt. 1.1.2. Sachliche Zuständigkeit Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO liegt vor, da beide Parteien im Handelsregister eingetragen und deren geschäftliche Tätigkeiten betroffen sind und die Streitigkeit gesamthaft einen Wert von über Fr. 30'000.00 hat. 1.2. Objektive Klagenhäufung Ist das gleiche Gericht für mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei sachlich zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar, kann die klagende Partei diese Ansprüche in einer Klage vereinen (Art. 90 ZPO). Gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO werden die Ansprüche für die Berechnung des Streitwerts zusammengerechnet, ausser sie schliessen sich gegenseitig aus. Zur Erstellung einer streitwertabhängigen sachlichen Zuständigkeit genügt es, wenn die so zusammengerechneten Ansprüche die Streitwertgrenze erreichen. 1 Vorliegend sind keine Hinweise vorhanden, wonach die objektive Klagenhäufung der Klägerin unzulässig sein sollte. 1.3. Rechtsbegehren Ziff. 3 Mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 3 erhebt die Klägerin eine unbezifferte Forderungsklage. Zudem verlangt sie, dass der ihr im Falle der Gutheissung des Rechtsbegehrens Ziff. 3 zustehende Betrag vom Gericht nach Ermessen zu bestimmen sei (Klage Rz. 36). Die Klägerin unterlässt es allerdings, den von Art. 85 Abs. 1 ZPO verlangten Mindestwert anzugeben. 1.3.1. Unzulässige unbezifferte Forderungsklage Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt formuliert sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden kann. Bei Begehren um Zahlung eines Geldbetrages bedeutet dies insbesondere, dass es zu beziffern ist (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 85 Abs. 1 ZPO kann die klagende Partei allerdings eine unbezifferte Forderungsklage erheben, wenn es ihr unmöglich oder unzumutbar ist, die Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Sie muss dabei aber einen Mindestwert angeben, 1 BGE 142 III 788 E. 4.2.3.

- 7 - der als vorläufiger Streitwert gilt. 2 Zudem ist die klagende Partei gemäss Art. 85 Abs. 2 ZPO verpflichtet, die Bezifferung ihrer Forderung nachzuholen, sobald sie nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist. Die Klägerin hat in ihrem Rechtsbegehren Ziff. 3 keinen Mindestwert angegeben und dies auch nicht im Verlauf des Prozesses nachgeholt. Sie macht auch nicht geltend, dass dies für sie unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre. Vielmehr spricht sie selber die Berechnungsgrundlage an, auf deren Basis ihr die Festlegung eines Mindestwerts möglich gewesen wäre, indem sie festhält, die Nebentätigkeiten des Beklagten müssten mehr als 30 % seiner Gesamttätigkeiten ausgemacht haben (Klage Rz. 36). Welchem Mindestumsatz aus Nebentätigkeiten dies entsprechen würde, von dem sie wiederum behauptet, 10 % zu Gute zu haben (Klage Rz. 33), hätte sie basierend auf ihren Erfahrungswerten mit den Umsätzen der anderen Partner des Partnernetzwerks folglich zumindest abschätzen können. Da sie hierzu jedoch keine Behauptungen aufstellt, ist diese Schätzung dem Gericht nicht möglich und ein Mindestwert lässt sich auch weder den Ausführungen in der Klage noch in der Replik entnehmen. Da der Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 ZPO eindeutig und die Klägerin zudem anwaltlich vertreten ist, findet die

richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) bezüglich des Mindestwerts vorliegend keine Anwendung.³ Zudem stellt die Klägerin wiederholt die Bezifferung ihres Anspruchs ausdrücklich in das Ermessen des Gerichts (Rechtsbegehren Ziff. 3, Klage Rz. 36). Sie setzte sich folglich mit dem Problem der Bezifferung auseinander, ging aber davon aus, in einem solchen Fall könne diese ganz unterbleiben bzw. an das Gericht delegiert und damit auch auf die Angabe eines Mindestwerts verzichtet werden. Entsprechend stellt die fehlende Angabe eines Mindestwerts auch kein Versehen und damit keinen Mangel dar, der mit den in Art. 132 ZPO genannten Mängeln vergleichbar wäre, weshalb der Klägerin auch keine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen ist.⁴ Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 3 erfüllt die formellen Anforderungen an eine unbezifferte Forderungsklage gemäss Art. 85 Abs. 1 ZPO nicht, weshalb bereits deshalb darauf nicht einzutreten ist. 1.3.2. Unzulässige reine Ermessensklage Die klagende Partei ist nicht nur vorläufig, sondern gänzlich davon befreit, ihre Forderung zu beziffern, sofern ihre Klage die Anforderungen von 2 Vgl. BGE 142 III 102 E. 3, 140 III 409 E. 4.3.1; BGer 4A_502/2019 vom 15. Juni 2020 E. 5; GUT, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, S. 52 f. 3 Vgl. zur nachträglichen Bezifferung des Rechtsbegehrens BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016 E. 7.1 (nicht publ. in BGE 142 III 102). Siehe auch BGer 4A_502/2019 vom 15. Juni 2020 E. 7.1. 4 BGE 137 III 617 E. 6.4; BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016 E. 7.2 (nicht publ. in BGE 142 III 102).

- 8 - Art. 85 Abs. 1 ZPO erfüllt und sich zudem auf eine Norm im materiellen Bundesrecht stützen kann, welche die Feststellung des Bestehens eines Anspruchs oder dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts stellt.⁵ Sie erhebt in diesem Fall eine sogenannte "reine Ermessensklage".⁶ Derartige Ermessenstatbestände des Bundesrechts stellen Ausnahmen von der aus der Dispositionsmaxime fliessenden Pflicht der Parteien dar, im Rechtsbegehren genau angeben zu müssen, was sie beantragen und sind für Fälle konzipiert, in denen eine Bezifferung der Forderung auch nach einem allfälligen Beweisverfahren unmöglich ist.⁷ Als Ermessenstatbestand käme vorliegend einzig Art. 42 Abs. 2 OR in Frage.⁸ Andere mögliche Ermessenstatbestände sind weder ersichtlich noch werden solche von der Klägerin aufgeführt. Die generelle Zulässigkeit einer reinen Ermessensklage in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ist in der Lehre umstritten.⁹ Die Befürworter der generellen Zulässigkeit gehen mehrheitlich davon aus, dass die mit der Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR verbundene Unsicherheit die Entbindung von der Pflicht zur Bezifferung eines Anspruchs und damit eine reine Ermessensklage bedinge.¹⁰ Allerdings erleichtert Art. 42 Abs. 2 OR nur den Nachweis eines Schadens und ist auf Fälle ausgerichtet, in denen ein strikter, ziffernmässiger Nachweis für einen Schaden gar nicht oder zumindest nicht auf zumutbare Art und Weise erbracht werden kann, also eine besondere "Beweisnot" besteht.¹¹ Art. 42 Abs. 2 OR gibt dem Ansprecher jedoch kein materielles Recht, wonach das Gericht ihm nach eigenem Ermessen eine Schadenersatzforderung zuspricht, sondern handelt bloss vom richterlichen Ermessen bei der Feststellung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals – der Höhe des Schadens.¹² Gibt Art. 42 Abs. 2 OR dem vermeintlich Geschädigten daher kein Recht, die Folgen einer widerrechtlichen Schädigung vom Gericht nach dessen Ermessen festsetzen zu lassen, kann diese Bestimmung auch keine Grundlage für eine reine Ermessensklage darstellen. Weder Sinn noch Zweck von Art. 42 Abs. 2 OR sprechen dafür, gestützt auf diese Norm eine reine Ermessensklage zuzulassen. Das Bundesgericht 5 BSK ZPO-DORSCHNER, 3. Aufl. 2017, Art. 85 N. 29 und 32; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 85 N. 7; GUT

(Fn. 2), S. 198. 6 BSK ZPO-DORSCHNER (Fn. 5), Art. 85 N. 29. 7 BSK ZPO-DORSCHNER (Fn. 5), Art. 85 N. 29; BK ZPO I-MARKUS, 2012, Art. 85 N. 6 ff. Siehe auch BGer 4A_502/2019 vom 15. Juni 2020 E. 7.2. 8 BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2, 131 III 243 E. 5.1. 9 Ablehnend BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, 2013, S. 123 f.; FREY, Die Ermittlung des Schadens und anderer quantifizierbarer Werte im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR, 2017, S. 219 f. und 224 f. Bejahend BSK ZPO-DORSCHNER (Fn. 5), Art. 85 N. 34; BK ZPO I-MARKUS (Fn. 7), Art. 85 N. 7; GUT (Fn. 2), S. 188. 10 Vergleiche illustrativ dazu GUT (Fn. 2), S. 188. 11 BGE 144 III 155 E. 2.3; BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 4.3, 4A_/127/2011 vom 12 Juli 2011 E. 6.3; FREY (Fn. 9), S. 129 f. 12 BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2.

- 9 - lehnt denn auch die Anwendung der vorläufigen Entbindung von der Bezifferungspflicht auf andere Klagearten als die in Art. 85 ZPO vorgesehenen Formen der Stufenklage und der unbezifferten Klage im engeren Sinn ab, dies mit Hinweisen auf die Verfügbarkeit anderer prozessualer Mittel, die die Risiken für den Kläger minimieren.¹³ Die von Art. 42 Abs. 2 OR verlangte Beweisnot schliesst die Bezifferbarkeit des Anspruchs gerade nicht aus.¹⁴ Eine Partei kann sich folglich nicht einfach auf Art. 42 Abs. 2 OR stützen und die Bezifferung in das Ermessen des Gerichts stellen, bloss, weil ihr ein Beweismittel fehlt. Demnach muss auch im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR der Grundsatz gelten, dass ein Anspruch sobald und soweit möglich betragsmässig zu beziffern ist, sofern dies nicht ausnahmsweise durch dessen Natur gänzlich ausgeschlossen oder unzumutbar ist.¹⁵ Schliesslich hätte die Klägerin gar keine genügend substantiierten Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR geliefert. Insbesondere wäre es ihr zumutbar gewesen, ihren Anspruch mindestens der Grössenordnung nach aufzuzeigen,¹⁶ verfügt sie doch gestützt auf ihre Zusammenarbeit mit anderen Partnern über Erfahrungswerte betreffend deren durchschnittlichen Verdienste und hätte sie gestützt darauf zumindest Anhaltspunkte liefern können, die eine Eingrenzung des Anspruchs ermöglicht hätten. 1.3.3. Zwischenfazit Auf das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 3 kann nicht eingetreten werden. 2. Verhandlungsmaxime Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

E. 14

BAUMANN WEY (Fn. 9), S. 123 f.; FREY (Fn. 9), S. 219 f. und 224 f.

E. 15

BSK ZPO-DORSCHNER (Fn. 5), Art. 85 N. 33.

E. 16

Vgl. HGer ZH, HG090209-O vom 26. Juni 2012 E. 3.2.7.

E. 17

Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

E. 18

BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

- 10 - etc.).¹⁹ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.²⁰ Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.²¹ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).²² Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.²³ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angeführte Rechtsfolge zulässt.²⁴ Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).²⁵ Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.²⁶ Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Die Zulässigkeit des Verweises bedingt, dass die Partei die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in der Rechtsschrift behauptet.²⁷ Aus dem in der Rechtsschrift aufzuführenden Verweis muss zudem für das Gericht und die Gegenpartei klar ersichtlich sein, dass Informationen aus einem Aktenstück zum Tatsachenfundament erhoben werden sollen. Weiter hat die Rechtsschrift ein spezifisches Aktenstück zu nennen und es muss ersichtlich sein, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.²⁸ Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen

E. 19

SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

E. 20

BGE 128 III 271 E. 2a/aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, Art. 8 N. 387.

E. 21

BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

E. 22

BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; JOSI, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

E. 23

BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

E. 24

BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N.; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 17), S. 445.

E. 25

BGE 144 III 519 E. 5.2.1; 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 22), S. 60.

E. 26

BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 22), S. 61.

E. 27

Vgl. BGer 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 25), S. 535 f.

E. 28

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1; 4A_443/2017 vom

E. 30

BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3; eingehend BRUGGER (Fn. 25), S. 538 ff.

E. 31

BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 25), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

E. 32

BK ZPO I-HURNI (Fn. 31), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; JOSI (Fn. 22), S. 57.

E. 33

Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZZP 2019, S. 19.

E. 34

BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 17), S. 445 f.

E. 35

SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

- 12 -

E. 36

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

E. 37

DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 22), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

E. 38

BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2013, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 22), S. 62.

E. 39

BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

E. 40

BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2; 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

E. 41

BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Fn. 5), Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 25), S. 537.

E. 42

BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 41), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 22), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

E. 43

BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 19), Art. 180 N. 10 ff., m.w.N.

- 13 - 3. Novenrecht Noven sind nach dem Aktenschluss nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und entweder erst nach dem Aktenschluss entstanden (echte Noven) oder bereits zuvor entstanden sind aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven) (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Soweit die Parteien in ihren Schlussvorträgen neue Tatsachen und Beweismittel vortrugen (vgl. Protokoll der Hauptverhandlung vom 20. November 2020), erläutern sie nicht und ist nicht ersichtlich, dass diese erst nach dem zweiten Schriftenwechsel entstanden wären bzw. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vorher hätten vorgebracht werden können. Nachdem der Schriftenwechsel mit Erstattung der Duplik vom 16. Juni 2020 abgeschlossen war, wären die Noven an der Hauptverhandlung vom 20. November 2020 zudem nicht ohne Verzug, wofür praxismässig eine Frist von 10 Tagen gilt (vgl. das den Parteien mit Verfügung vom 6. Januar 2020 zugestellte Merkblatt des Handelsgerichts), vorgebracht worden und damit verspätet. Es erübrigt sich daher auf an der Hauptverhandlung vom 20. November 2020 vorgetragene neue Tatsachen und Beweismittel einzugehen. Davon ausgenommen ist die Noveneingabe des Beklagten vom 18. September 2020, worin der Beklagte ausführt, die V. AG habe die Klägerin erneut für die Besetzung einer Stelle in B. mandatiert. Das entsprechende Stelleninserat wurde am 17. September 2020 ausgedruckt. Es handelt sich deshalb um ein echtes Novum, das ohne Verzug vorgebracht wurde (vgl. auch Beilage der Eingabe des Beklagten vom 18. September 2020). Die Beklagte trägt jedenfalls nichts Gegenteiliges vor (Protokoll der Hauptverhandlung vom 20. November 2020, Anhang 1 S. 16). 4. Anspruch auf entgangenes Honorar

E. 44

BSK OR I-WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 97 N. 25.

- 15 - qualifiziert als positive Vertragsverletzung.⁴⁵ Das Verschulden des Beklagten wird vermutet.⁴⁶

E. 45

BSK OR I-WIEGAND (Fn. 44), Art. 97 N. 32.

E. 46

Vgl. HUGUENIN, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2019, N. 857.

E. 47

BSK OR I-WIEGAND (Fn. 44), Art. 97 N. 38 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, N. 2848 je m.w.N.

E. 48

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 47), N. 2906.

E. 49

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 47), N. 2912 m.w.N.

E. 50

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 47), N. 2914. Ausführlich zur Vorteilsanrechnung: BK OR- BREHM, 4. Aufl. 2013, Art. 42 N. 27 ff. 51 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 47), N. 2916. 52 BK OR-WEBER, 2000, Art. 107 N. 201; BSK OR I-WIEGAND (Fn. 44), Art. 97 N. 38a; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 47), N. 2898.

- 16 - Die Partei, die Ersatz für einen Schaden fordert, muss Letzteren so konkret wie möglich beweisen.⁵³ Entstand der Schaden aus einem Vertragsverhältnis der fordernden Partei mit einem Dritten, welches sie aufgrund des schädigenden Verhaltens selber nicht korrekt erfüllen konnte, gilt Folgendes: Ist erstellt, dass die fordernde Partei ihre eigene Leistung dem Dritten gegenüber bereits vollständig erbracht hat, so kann sie im Sinne des positiven Schadens Ersatz für den vollen Umsatz – und nicht nur ihre Nettogewinnmarge – aus dem Vertrag mit dem Dritten verlangen.⁵⁴ Hat sie hingegen ihre Leistung noch nicht vollständig erbracht, muss sie von ihrer Forderung in Abzug bringen, was sie an hypothetischen Aufwendungen eingespart hat.⁵⁵ Ihr steht in diesem Fall nur die Nettogewinnmarge zu.⁵⁶

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