

# SO\_GERICHTE ZKBES.2022.177 vom 21. September 2023

SO Obergericht, 2023-09-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBES.2022.177](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBES.2022.177)

FR: SO\_GERICHTE ZKBES.2022.177 du 21 septembre 2023

IT: SO\_GERICHTE ZKBES.2022.177 del 21 settembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die B.\_\_\_\_ AG schloss am 19. Dezember 2018 als Auftraggeberin einen Agenturvertrag mit der A.\_\_\_\_ AG als Agentin. Darin wurde die Agentin beauftragt, der Auftraggeberin den Abschluss von Geschäften in Österreich zum Verkauf von [ ] zu vermitteln.

#### E. 1.1

Massgebend für die vorliegende Streitsache sind die folgenden Bestimmungen des Agenturvertrages:

10.2 Der Agent ist zusätzlich berechtigt, nach vorgängiger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers, Geschäfte in Österreich für weitere Produkte oder auch Geschäfte in der Schweiz zu vermitteln. Für solche Vermittlungen sind die Bestimmungen dieses Vertrages ebenfalls anwendbar.

10.3 Es bestehen keine mündlichen Nebenabreden zu diesem Vertrag. Sämtliche Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der Schriftform.

#### E. 1.2

Die Amtsgerichtsstatthalterin hielt in der Begründung ihres Entscheides vorab fest, es sei unbestritten, dass es im vorliegenden Verfahren allein um Vermittlungstätigkeiten auf dem Gebiet der Schweiz gehe und dass zu keinem Zeitpunkt eine eigentliche Anpassung des Agenturvertrages vorgenommen worden sei. Weiter prüfte sie, ob die beiden Dokumente «Objekt abrechnung für Provision» für die beiden Objekte [...] und [...] eine schriftliche Zustimmung zur Vermittlung in der Schweiz gemäss Ziffer 10.2 des Agenturvertrages enthalten. Diese Schriftstücke seien vom kollektivzeichnungsberechtigten Geschäftsführer der Beklagten, C.\_\_\_\_, und vom Vertreter der Klägerin, D.\_\_\_\_, unterzeichnet worden. Die Klägerin habe aufgrund der ihr bekannten Verhältnisse nicht davon ausgehen können, dass die Genehmigung zu den Provisionsvereinbarungen von einem weiteren zeichnungsberechtigten Vertreter stillschweigend gegeben worden sei. So habe D.\_\_\_\_ zu Protokoll gegeben, er kenne die Verhältnisse bei der Beklagten sehr gut und habe auch gewusst, wer die Geschäftsführung innegehabt habe. Es liege somit für sämtliche Objekte keine schriftliche Zustimmung zur Vermittlung gemäss Ziffer 10.2 des Agenturvertrages vor.

#### E. 1.3

Zur Argumentation der Klägerin, die Parteien hätten formfrei bzw. konkludent den Schriftlichkeitsvorbehalt von Art. 10.3 des Agenturvertrages aufgehoben und seien von Art. 10.2 des Agenturvertrages abgewichen, erwog die Vorderrichterin Folgendes: Für eine formfreie Aufhebung der Abrede spreche zwar, dass die Beklagte bezüglich der Objekte

[...], [...], [...], [...] sowie Neubau [...] jeweils eine oder mehrere von der Klägerin gestellten Akontorechnungen beglichen habe. Damit sei der Vertrag aber nur teilweise erfüllt worden, weshalb es zusätzliche Indizien für eine konkludente oder stillschweigende Vereinbarung bezüglich Abänderung oder Verzicht auf den Formvorbehalt brauche. Zudem sei festzuhalten, dass die Beklagte mit der Klägerin jeweils explizit einen separaten Vertrag abgeschlossen habe, wenn etwas zusätzlich habe entschädigt werden sollen, wie das bezüglich der Supervision des Aussendienstes der Beklagten von beiden Parteien übereinstimmend zu Protokoll gegeben worden sei. Das Verhalten der Beklagten könne deshalb insgesamt nicht als Verzicht auf den Formvorbehalt gewertet werden und nur mit den von der Beklagten als irrtümlich bezeichneten Akontoteilzahlungen liessen sich die klaren Vorgaben zur doppelten Schriftlichkeit im Agenturvertrag nicht umgehen.

#### **E. 1.4**

Danach fehle es an einer Vereinbarung darüber, dass die Klägerin auf dem Gebiet der Schweiz provisionsauslösende Geschäfte habe vermitteln können und sollen. Es könne daher offenbleiben, ob die geltend gemachten Objekte durch die Klägerin vermittelt worden seien, da daraus ohnehin keine Provisionsansprüche resultieren könnten. Das Informationsbegehren sei daher abzuweisen. In den Fällen, in denen die Gründe für die Abweisung der Informationsklage gleichzeitig auch dazu führten, dass sich die Hauptklage als unbegründet erweise, dürfe ein abweisendes Gesamturteil sowohl über den Informationsanspruch (Stufe 1) als auch gleich über den Hauptanspruch (Stufe 2) erfolgen. Da es an einer Vereinbarung fehle, dass die Klägerin auf dem Gebiet der Schweiz provisionsauslösende Geschäfte habe vermitteln können und sollen, schulde die Beklagte auch keine Provisionszahlungen.

#### **E. 2**

Mit Klage vom 18. Mai 2021 machte die A.\_\_\_\_ AG (im Folgenden die Klägerin) beim Richteramt Thal-Gäu Provisionsansprüche für in der Schweiz vermittelte Geschäfte gegen die B.\_\_\_\_ AG (im Folgenden die Beklagte) geltend und stellte die folgenden Anträge:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Monate März 2019 bis Februar 2020 Provisionsabrechnungen zukommen zu lassen und der Klägerin hinsichtlich folgender Geschäfte auf erstes Verlangen Einblick in sämtliche Offerten, Bestellungen, Fakturen, Lieferscheine und Zahlungsbelege zu gewähren:

- Objekt [...]; Vertragspartnerin [...];
- Objekt [...]; Vertragspartnerin [...];
- Objekt [...]; Vertragspartnerin [...];
- Objekt [...]; Vertragspartnerin [...];
- Objekt [...]; Vertragspartnerin [...];
- Objekt [...]; Vertragspartnerin [...];
- Objekt [...], Vertragspartnerin [...].

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen nach Ausstellung der Provisionsabrechnungen und Gewährung der Einsichtnahme gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 bzw. nach Abschluss des Beweisverfahrens noch genauer zu beziffernden Betrag (mindestens jedoch CHF 5'000.00) nebst Zins zu 5% seit 1. September 2019 (mittlerer

Verfall) zu bezahlen.

3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes Thal-Gäu (Zahlungsbefehl vom 10. Juni 2020) sei im Betrag gemäss Rechtsbegehren Nr. 2 aufzuheben.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST, zu Lasten der Beklagten.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin erklärt, bei ihren Rügen handle es sich vollumfänglich um solche betreffend unrichtige Rechtsanwendung und macht zunächst eine Verletzung von Art. 418g OR geltend. Zusammenfassend beanstandet sie unter diesem Punkt die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach weder von Art. 10.2 und 10.3 des Agenturvertrags abgewichen worden sei und auch keine vorgängige schriftliche Einwilligung in die Vermittlung von Geschäften in der Schweiz erteilt worden sei, als unzutreffend. Das Verhalten der Beklagten könne einzig als konkludente bzw. stillschweigende Aufhebung von Art. 10.2 und 10.3 angesehen werden. Sie stützt diese Rüge auf verschiedene Vorgänge, welche nachfolgend im Einzelnen dargestellt werden und hält eingangs als unbestritten fest, dass:

### **E. 2.2**

Im Einzelnen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe die Ausstellung der beiden Objektrechnungen einzig bei der Frage geprüft, ob eine vorgängige schriftliche Zustimmung zu Geschäften in der Schweiz erteilt worden sei und habe diese Frage fälschlicherweise verneint. Zudem hätte sie die Ausstellung der beiden Objektrechnungen auch als weiteres Indiz für eine Abweichung von Ziff. 10.2 und 10.3 des Agenturvertrags berücksichtigen müssen. Der Entscheid lasse eine ganzheitliche Auseinandersetzung mit dem von der Beklagten an den Tag gelegten Verhalten vermissen. Die Vorinstanz hätte nicht nur berücksichtigen müssen, dass zusätzlich die von der Klägerin gestellten Rechnungen beglichen worden seien. Diese Rechnungen hätten sich an der Fälligkeit gemäss Ziff. 5.6 des Agenturvertrags orientiert, weshalb die Vorinstanz fälschlicherweise von Akontorechnungen ausgegangen sei. Das Bundesgericht habe in dem von der Vorinstanz zitierten Entscheid 4C.79/2005 festgehalten, die Vornahme von Erfüllungshandlungen (und im genannten Entscheid nur Teilerfüllungshandlungen) stelle ein starkes Indiz für den vollzogenen Vertragsabschluss bzw. die Aufhebung des Schriftlichkeitsvorbehalts dar. Die Beklagte habe erst dann keine Zahlung mehr geleistet, als der Agenturvertrag geendet habe. In der Zeit zwischen März 2019 und Februar 2020 seien sämtliche Rechnungen für die vermittelten Objekte vorbehaltlos beglichen worden. Es sei eine falsche Rechtsauffassung, dass sich der Provisionsanspruch auf Zahlungen beschränke, die während der Vertragsdauer bei der Beklagten eingegangen seien. Der Agenturvertrag sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz für sämtliche Fälligkeiten korrekt erfüllt worden. Die Restzahlungen für die gesamte Provision seien in diesem Zeitpunkt gar nicht fällig gewesen. Die Beklagte habe durch die vorbehaltlose Begleichung der Rechnungen der Klägerin für provisionspflichtige Geschäfte, die Entgegennahme der vermittelten Geschäfte und die teilweise Ausstellung von Objektrechnungen gezeigt, dass sie von Art. 10.2 sowie 10.3 des Agenturvertrags abweichen und die Provisionierung von Geschäften für Projekte in der Schweiz generell zulassen wolle. Anders lasse sich ihr Verhalten nicht erklären. Die von C.\_\_\_\_ für die Beklagte ausgestellten Objektrechnungen (KAB 6 und 7) seien noch vor Beginn des Agenturvertrags ausgestellt worden. C.\_\_\_\_ sei durchwegs als der alleinige Geschäftsführer aufgetreten und habe intern sogar dem

Projektleiter E.\_\_\_\_ mitgeteilt, dass das Objekt [...] über D.\_\_\_\_ der Klägerin abgerechnet werden müsse.

### **E. 2.3**

Insbesondere beim Objekt [...] könne aufgrund der Aussagen des Zeugen F.\_\_\_\_ nicht bezweifelt werden, dass sie (die Beschwerdeführerin) das Geschäft vermittelt habe. Der Zeuge habe niemanden von der Beklagten gekannt und habe gesagt, alles sei über D.\_\_\_\_ gelaufen. C.\_\_\_\_ habe innerhalb der Beklagten kommuniziert, dass dieses Objekt via D.\_\_\_\_ abgerechnet werden müsse. Damit habe die Beklagte gezeigt, dass sie einen Provisionsanspruch der Klägerin für dieses Geschäft bejahe. Dies zeige auch, dass C.\_\_\_\_ entgegen dem Eintrag im Handelsregister effektiv vertretungsfähig gewesen sei.

### **E. 2.4**

Ebenfalls unberücksichtigt lasse die Vorinstanz, dass C.\_\_\_\_ den Auftrag für das Objekt [...] bei ihr verdankt habe. Zudem seien ihr von der Beklagten für sämtliche Objekte Objektabrechnungen ausgestellt worden.

### **E. 2.5**

Sodann führe die Vorinstanz aus, die Objektabrechnungen der Objekte [...] und des [...] seien zwar von C.\_\_\_\_ unterzeichnet worden. Dieser sei jedoch nicht alleine zeichnungsberechtigt gewesen und eine nachträgliche Genehmigung sei nicht erfolgt. Die Klägerin habe nicht von einer Genehmigung ausgehen können. Sie habe die Verhältnisse bei der Beklagten gekannt und habe auch gewusst, wer die Geschäftsführung innegehabt habe. Die Beschwerdeführerin wendet gegen diese Erwägungen der Amtsgerichtsstatthalterin ein, es sei richtig, dass D.\_\_\_\_ gewusst habe, dass C.\_\_\_\_ der Geschäftsführer gewesen sei. Niemand anderes sei als Geschäftsführer aufgetreten. Mit ihren Argumenten einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt. Dasselbe gelte für die Frage eines faktischen Organs sowie für die Tatsache, dass es sich bei den Objektabrechnungen um Formulare der Beschwerdegegnerin gehandelt habe, bei welchen die Unterschrift von C.\_\_\_\_ vorgegeben/vorgedruckt gewesen sei und dies von der Beklagten so geduldet worden sei. Auch seien nach der Unterzeichnung der Objektabrechnungen Zahlungen geleistet worden, was sie (die Beschwerdeführerin) in der Annahme bestätigt habe, dass C.\_\_\_\_ als Geschäftsführer die Beschwerdegegnerin auch tatsächlich habe vertreten dürfen und können. Irgendjemand habe gegenüber der Bank vertretungsberechtigt sein müssen, weshalb der Beklagten habe bewusst sein müssen, dass sie damit von Art. 10.2 und 10.3 des Agenturvertrages abgewichen sei. Sie nun hinter Formalien zu verstecken, verstosse gegen Treu und Glauben.

## **E. 3**

Die Beklagte beantragte in ihrer Klageantwort vom 27. September 2021, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen, u.K.u.E.F.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdegegnerin bringt dagegen vor, tatsächlich mache die Beschwerdeführerin nicht eine Verletzung von Art. 418g OR geltend. Vielmehr argumentiere sie, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die sieben Objekte, für welche ein Provisionsanspruch behauptet werde, nicht in den Anwendungsbereich des Agenturvertrags fielen. Dabei handle es sich aber ausnahmslos um Sachverhaltsrügen und die

Beschwerdeführerin lege nicht dar, dass der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt offensichtlich unrichtig sei. Auf ihre Vorbringen im Abschnitt II. A. der Beschwerdeschrift sei daher zum vornherein nicht einzugehen und auf die Beschwerde sei insoweit auch nicht einzutreten. Die Feststellungen der Vorinstanz betreffen nicht die Rechtsfrage, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Provision und vorgelagert auf Information habe, sondern die Sachverhaltsfrage, ob die sieben strittigen Objekte überhaupt in den Anwendungsbereich des Agenturvertrags fielen. Die Vorinstanz habe dies zu Recht verneint.

### **E. 3.2**

Objekt abrechnungen seien nur in Bezug auf die zwei Objekte [...] und [...] vorgelegen. Dabei handle es sich aber nicht um eigentliche Abrechnungen, sondern um Templates für eine spätere Abrechnung von Provisionen. Diese beiden Dokumente seien für sie (die Beschwerdegegnerin) nur von Herrn C.\_\_\_\_ unterzeichnet gewesen, der nur kollektiv zu zweien unterschiftsberechtigt gewesen sei. Die Vorinstanz habe eine schriftliche Zustimmung für diese Objekte zu Recht verneint.

### **E. 3.3**

Mit Bezug auf das Objekt [...] habe die Beschwerdeführerin an der Hauptverhandlung vom 20. April 2022 in der Replik neu das Bestehen einer Objekt abrechnung behauptet. Sie (die Beschwerdeführerin) habe dies nicht zu Beginn der Hauptverhandlung getan, wie dies Art. 229 Abs. 2 ZPO und das Bundesgericht in BGE 147 III 475 verlangten. Es sei im vorliegenden Beschwerdeverfahren vorfrageweise zu prüfen, ob die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel von der Beschwerdeführerin mit der Replik in zulässiger Weise in das Verfahren eingeführt worden seien.

### **E. 3.4**

Es sei von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert behauptet, geschweige denn bewiesen worden, dass weitere Objekt abrechnungen mit Bezug auf die sieben strittigen Objekte bestanden hätten. Da die Objekte nicht in den Anwendungsbereich des Agenturvertrages gefallen seien, sei es irrelevant, ob die von der Beschwerdeführerin ausgestellten Akontorechnungen richtigerweise Teilrechnungen gewesen seien.

### **E. 3.5**

Die Vorinstanz habe ihr Verhalten (dasjenige der Beschwerdegegnerin) bezüglich der sieben strittigen Objekte zu Recht nicht als Verzicht auf den Formvorbehalt angesehen. In dem von der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin zitierten Bundesgerichtsentscheid 4C.79/2005 vom 19. August 2005 habe sich der Formvorbehalt nicht auf sämtliche Änderungen einschliesslich der Klausel selbst bezogen.

### **E. 3.6**

Auch die weiteren Indizien, welche die Beschwerdeführerin für ihre abweichende Sachverhaltsdarstellung anführe, vermöchten die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht in Frage zu stellen. Es sei üblich, dass die Paraphierung eines Vertrages nur von einer Person pro Vertragspartei vorgenommen werde. Die rechtsverbindliche Unterzeichnung des Agenturvertrages sei demgegenüber durch die kollektivzeichnungsberechtigten Herren G.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ erfolgt. Weiter sei das Vorliegen von Vermittlungshandlungen der Beschwerdeführerin für die Frage, ob die Vertragsparteien vom Vorbehalt gemäss Ziffer 10.3 des Agenturvertrages abgewichen seien, irrelevant.

Insbesondere wäre noch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die sieben strittigen Objekte auch tatsächlich vermittelt habe. Auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Verdankung des Objektes [...] seien prozessual unzulässig, da sie in der Hauptverhandlung vom 20. April 2022 zu spät in das Verfahren eingebracht worden seien. Auch das Bestehen von Objekt abrechnungen für die Objekte [...], [...], [...] und [...] sei weder substantiiert behauptet noch bewiesen worden. Schliesslich hätte die Beschwerdeführerin umso mehr auf den Handelsregistereintrag abstellen müssen, als sie vorbringt, Herr D.\_\_\_\_ habe ihre externen und internen Abläufe und die effektiven Vertretungsbefugnisse nicht gekannt. Zudem habe er in der Parteibefragung vom 15. September 2022 bestätigt, den Vertrag gekannt und keine Anpassung verlangt zu haben. Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz zum Sachverhalt seien absolut korrekt.

### **E. 3.7**

Auch die Rechtsanwendung der Vorinstanz sei korrekt. Wenn ein Agenturvertrag einen Sachverhalt nicht umfasse, könne rechtlich weder ein Provisions- noch ein Informationsanspruch bestehen. Die Parteien könnten im Agenturvertrag die Geschäfte festlegen, welche der Agent vermitteln dürfe und für welche er provisionsberechtigt sei. Vorliegend seien dies nur Geschäfte in Österreich. Eine Verletzung von Art. 418g OR liege nicht vor.

4. Unbestritten ist, dass eine schriftliche Anpassung des Agenturvertrages, welche die Beschwerdeführerin berechtigt hätte, auch Geschäfte in der Schweiz zu vermitteln, nicht erfolgt ist. Die Beschwerdeführerin beanstandet zwar, die Vorinstanz habe die Ausstellung der beiden Objekt abrechnungen [...] und [...] fälschlicherweise nicht als vorgängige schriftliche Zustimmung zu Geschäften in der Schweiz betrachtet. Sie begründet indessen nicht, wieso die Vorinstanz dies hätte tun sollen. Auf diesen Einwand ist somit nicht weiter einzugehen. Vielmehr will die Beschwerdeführerin diesen Umstand als weiteres Indiz für ihre Darstellung, es sei eine stillschweigende und konkludente Ausweitung ihres Tätigkeitsgebiets nach Ziffer 10.2 des Agenturvertrages und eine stillschweigende und konkludente Aufhebung des Schriftlichkeitsvorbehaltes für Vertragsänderungen nach dessen Ziffer 10.3 erfolgt, berücksichtigt wissen. Diese Auffassung ist ein zentraler Punkt ihrer Beschwerde, wohingegen die Anrufung von Art. 418g OR fehl geht. Denn diese Bestimmung geht vom Vorliegen eines Agenturvertrages für ein bestimmtes Gebiet aus. Hier ist gerade umstritten, ob der Agenturvertrag auf die Schweiz ausgedehnt wurde.

### **E. 4**

Mit Zwischenentscheid vom 2. Dezember 2021 verwarf die Amtsgerichtsstatthalterin die Einrede, der in der Klage angegebene Streitwert sei zu tief und damit sei die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichtspräsidiums nicht gegeben. Dementsprechend wurde auf die Klage eingetreten.

### **E. 5**

Mit Verfügung vom 8. März 2022 beschränkte die Vorderrichterin die Beweisführung vorerst auf das von der Klägerin gestellte Informationsbegehren. Nach der zweiten Hauptverhandlung vom 15. September 2022 wies die Amtsgerichtsstatthalterin die Klage mit Urteil vom 27. September 2022 vollumfänglich ab. Weiter verpflichtete sie die Klägerin, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 18'025.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen (Ziffer 2) und auferlegte ihr die Gerichtskosten von CHF 4'400.00 (Ziffer 3).

### **E. 5.1**

Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen unter den von ihr angerufenen Beschwerdegrund der unrichtigen Rechtsanwendung fallen. Sie ist der Meinung, die Beschwerdeführerin würde ausnahmslos Sachverhaltsrügen erheben und übe insofern appellatorische Kritik. Eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung werde nicht substantiiert dargetan, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Es sei eine Sachverhaltsfrage, ob die sieben strittigen Objekte überhaupt in den Anwendungsbereich des Agenturvertrages fielen. Trotz dieser Einwände erkennt auch die Beschwerdegegnerin, dass die Vorderrichterin eine formfreie und konkludente Aufhebung der Ziffern 10.2 und 10.3 des Agenturvertrages verneint hat. Es ist in erster Linie diese Folgerung, die von der Beschwerdeführerin bestritten wird. Ob die sieben strittigen Objekte in den Anwendungsbereich des Agenturvertrages fallen, hängt entscheidend davon ab, ob dieser stillschweigend angepasst worden ist. Bei der Beantwortung dieser Frage gilt zunächst Art. 8 ZGB. Danach trägt diejenige Partei die Beweislast für die Abänderung oder Aufhebung eines Formvorbehaltes, welche daraus Rechte ableitet (Christoph Müller in: Regina Aebi-Müller et al. [Hrsg.], Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 16 OR N 104). Dabei gilt, dass eine formfreie Aufhebung des Schriftlichkeitsvorbehalts nicht leichthin anzunehmen ist (a.a.O., N 100). Die Beweislast für eine Ausweitung des Vertrages auf eine Vermittlung von Geschäften in der Schweiz trägt somit grundsätzlich die Beschwerdeführerin. Damit ist jedoch noch nicht geklärt, wo die Sachverhaltsfeststellung endet und wo die Rechtsanwendung beginnt.

### **E. 5.2**

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 4A\_143/2017 vom 15. Mai 2017 zur Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen bei einer konkludenten Zustimmung zu einer vertraglichen Vereinbarung geäußert. In diesem Entscheid führte es in Erwägung 5.4 Folgendes aus:

Die Vorinstanz erwog, dass der Beschwerdeführerin der "Nachweis der konkludenten Zustimmung des Vertragsübergangs" nicht gelungen sei. Sie drückte sich damit ungeschickt aus, hat sie doch im angefochtenen Urteil nicht im Rahmen einer Beweiswürdigung festgestellt, ob ein tatsächlicher Konsens der Parteien vorliegt. Vielmehr prüfte sie, ob die Beschwerdeführerin aus dem Verhalten des Beschwerdegegners nach Treu und Glauben auf seine Zustimmung zur Vertragsübernahme schliessen durfte; mithin, ob ein normativer Konsens über die Vertragsübernahme vorliegt. Sie verneinte einen solchen.

Bei diesem Schluss nach dem Vertrauensprinzip handelt es sich um eine Rechtsfrage, über die nicht Beweis geführt werden kann. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dass die "Beweiswürdigung" durch die Vorinstanz willkürlich sei, geht ihre Rüge fehl. Eine rechtsgenügende Rüge, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung des normativen Konsenses das Vertrauensprinzip unrichtig angewandt hätte, erhebt die Beschwerdeführerin nicht, sodass dies nicht beurteilt zu werden bräuchte. (...).

Dasselbe geht aus dem Bundesgerichtsentscheid 4A\_41/2009 vom 1. April 2009 hervor, den die Vorinstanz zur Möglichkeit einer Aufhebung und Abänderung des Formvorbehaltes zitiert. Danach betrifft die Beweiswürdigung, ob ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille besteht. Wenn ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Diese

objektivierte Auslegung von Willenserklärungen prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (E. 2). Schliesslich hat das Bundesgericht ebenfalls klargestellt, dass die Handlungsweisen und das Verhalten der Parteien gleich wie die abgegebenen Erklärungen nach Treu und Glauben zu würdigen sind. Auch hier hat es festgehalten, dass die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes eine Rechtsfrage ist (Pra 2003 Nr. 123, E. 2.5). Dementsprechend ist vorliegend auf den von der Vorderrichterin festgestellten Sachverhalt abzustellen. Die Beschwerdegegnerin beanstandet auch dessen Feststellung. Darauf ist sogleich einzugehen. Erst anschliessend kann unter dem Gesichtspunkt des Beschwerdegrundes der unrichtigen Rechtsanwendung geprüft werden, ob aus dem Verhalten der Beschwerdegegnerin nach dem Vertrauensprinzip auf eine stillschweigende konkludente Änderung der Ziffern 10.2 und 10.3 des Agenturvertrages geschlossen werden kann.

6. Die Beschwerdegegnerin beanstandet, dass die Vorderrichterin die Behauptung, für den [...] bestehe eine Objektabrechnung, in Verletzung von Art. 229 Abs. 2 ZPO und dem Bundesgerichtsentscheid BGE 147 III 475 zugelassen hat. Danach sind neue Tatsachen und Beweismittel «zu Beginn der Hauptverhandlung» vor den ersten Parteivorträgen in das Verfahren einzubringen. Die Vorderrichterin hat die im Rahmen der mündlichen Replik vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen und die zu den Akten gereichten Unterlagen berücksichtigt, weil die Klägerin die Unterlagen vor dem klar als Replik bezeichneten Vortrag vorgelegt hat und ist davon ausgegangen, dass es sich dabei nicht um den ersten Parteivortrag gehandelt hat. Konkret hält die Beschwerdegegnerin diesen Überlegungen der Vorderrichterin nur entgegen, dass die Beschwerdeführerin an der Hauptverhandlung vom 20. April 2022 im Ergebnis gar keinen ersten Parteivortrag gehalten hätte, wenn diese Auffassung richtig wäre. Mit diesem Einwand lässt die Beschwerdegegnerin offen, wieso die Vorderrichterin das Einreichen der Urkunden und der Plädoyernotizen nicht als Einbringen neuer Tatsachen und Beweismittel hat werten dürfen. Gemäss Verhandlungsprotokoll wurden diese vorgängig vor den ersten Parteivorträgen abgegeben. Zu einem noch früheren Zeitpunkt konnte die Beschwerdeführerin ihre Beweismittel und die damit verbundenen, in den Plädoyernotizen schriftlich festgehaltenen Behauptungen gar nicht einreichen. Die Beschwerdeführerin hat somit ihre neuen Behauptungen und Beweismittel «zu Beginn der Hauptverhandlung» und damit zu einem Zeitpunkt vor den ersten Parteivorträgen vorgebracht. Insgesamt liegen somit drei Objektabrechnungen bei den Akten. Wie sich nachfolgend noch zeigen wird, kommen diesen im vorliegenden Zusammenhang gar keine Aussagekraft zu. Wie die Beschwerdegegnerin hingegen zu Recht ausführt, behauptet die Beschwerdeführerin keine weiteren Objektabrechnungen für die im Streit liegenden sieben Objekte.

## **E. 6**

Gegen das begründete Urteil erhob die Klägerin (im Folgenden auch die Beschwerdeführerin) am 12. Dezember 2022 frist- und formgerecht Beschwerde an das Obergericht. Sie stellte die folgenden Anträge:

1. Das Urteil vom 27. September 2022 sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Eventualiter sei das Urteil vom 27. September 2022 aufzuheben und wie folgt als Teilurteil zur ersten Stufe der Stufenklage neu zu fassen:

"1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Monate März 2019 bis Februar 2020 Provisionsabrechnungen zukommen zu lassen und der Klägerin hinsichtlich folgender Geschäfte auf erstes Verlangen Einblick in sämtliche Offerten, Bestellungen, Fakturen, Lieferscheine und Zahlungsbelege zu gewähren:

2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 5'658.25 zu bezahlen.

3. Die Gerichtskosten von CHF 4'000.00 (exkl. Schlichtungsverfahren) werden der Beklagten auferlegt."

Subeventualiter sei das Urteil vom 27. September 2022 in Ziff. 2 aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

"1. (unverändert.)

2. Die Klägerin hat der Beklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Roger Föhn und Rechtsanwalt Martin Thomann, eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 3'000.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.

3. Die Gerichtskosten von CHF 4'400.00 (inkl. Schlichtungsverfahren) werden zu 80% der Klägerin und zu 20% der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte hat der Klägerin CHF 880.00 zu bezahlen."

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST, zu Lasten der Beklagten.

## **E. 7**

Die Beklagte (im Folgenden auch die Beschwerdegegnerin) beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 8. Februar 2023, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, eventualiter sei die Klage vollumfänglich abzuweisen, u.K.u.E.F.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin will die Ausstellung der beiden Objektrechnungen für die [...] und das [...] (Klageantwortbeilagen 6 und 7) als Indiz für eine konkludente bzw. stillschweigende Abänderung der Ziffern 10.2 und 10.3 des Agenturvertrages werten. Die beiden Objektrechnungen datieren vom 24. Januar 2019 und vom 5. Februar 2019. Sie wurden ausgestellt, noch bevor der Agenturvertrag am 1. März 2019 in Kraft getreten ist, also vor dessen Geltungsdauer. Demzufolge können die beiden Objektrechnungen den Agenturvertrag, der noch gar nicht gegolten hat, nicht stillschweigend abgeändert haben ■ quasi in Vorwirkung. Dass die Beschwerdegegnerin zu einem späteren Zeitpunkt Zahlungen für die fraglichen Objekte geleistet hat, was diese gar nicht in Abrede stellt, ändert nichts daran, dass die Beschränkung des Provisionsanspruchs auf in Österreich vermittelte Geschäfte im Zeitpunkt der Ausstellung der beiden Objektrechnungen eben gerade noch nicht galt. Damit erübrigt sich die Frage nach einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht von C.\_\_\_\_. Eine solche wird im Wesentlichen im Zusammenhang mit den beiden Objektrechnungen geltend gemacht. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien ist deshalb nicht weiter einzugehen.

### **E. 7.2**

Die Objektrechnung für [...] hingegen, die als Replikbeilage 12 eingereicht wurde, datiert vom 1. November 2019. Sie wurde während der Geltungsdauer des Agenturvertrages ausgestellt. Sie ist ein Formular der Beschwerdegegnerin. Mehr lässt sich dieser

Objektabrechnung allerdings nicht entnehmen. Denn es ist nicht erkennbar, von wem die handschriftlichen Notizen stammen. Ähnliches gilt in Bezug auf die angebliche Verdankung einer Vermittlung des Objektes [...]. Die Beschwerdeführerin legt dafür als Replikbeilage 5 einen Ausdruck eines Antwortmails von C. \_\_\_ an D. \_\_\_ vor. Diesem kann zwar die Aussage «Super, vielen Dank!» entnommen werden. Ein Bezug zum Objekt [...] lässt sich indessen nicht ausmachen.

## **E. 8**

Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorderrichterin wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich ist nachstehend darauf einzugehen.

### **II.**

#### **E. 8.1**

Weiter will die Beschwerdeführerin aus den von der Beschwerdegegnerin bezahlten Akontorechnungen eine konkludente bzw. stillschweigende Abänderung der Ziffern 10.2 und 10.3 des Agenturvertrages ableiten. Zu den Akontorechnungen legt sie jeweils auch die Kontobelege für die entsprechende Überweisung vor. Die Bezahlung der Akontorechnungen wird von der Beschwerdegegnerin auch gar nicht bestritten. Die Beschwerdegegnerin hat die folgenden Akontozahlungen geleistet (im Folgenden wird jeweils in Klammern die Nummer der Klagebeilage angegeben):

#### **E. 8.2**

Die folgenden Akontorechnungen hat die Beschwerdegegnerin nicht beglichen:

#### **E. 8.3**

Die Beschwerdegegnerin hat somit zwischen dem 26. April 2019 und dem 20. Januar 2020 insgesamt Zahlungen von CHF 35'649.20 an die Beschwerdeführerin geleistet. Sämtliche Akontorechnungen, die nach Beendigung der Vertragsdauer des Agenturvertrages am 29. Februar 2020 gestellt wurden, hat sie jedoch nicht mehr bezahlt.

#### **E. 8.4**

Ist für einen Vertrag, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Diese Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Parteien ihren übereinstimmenden Abschlusswillen zwar nicht in der vereinbarten Form, in Wirklichkeit aber doch erklärt haben. Auch das gesamte Verhalten der Parteien kann den Schluss auf eine konkludente oder stillschweigende Abänderung oder den Verzicht auf den Formvorbehalt aufdrängen (Urteil 4A\_98/2023 vom 12. Mai 2023 mit weiteren Hinweisen). Dadurch, dass eine Partei eine Vertragsänderung stillschweigend hinnimmt, kann sie je nach den Umständen des konkreten Einzelfalles auf den Formvorbehalt verzichten (Christoph Müller, a.a.O., Art. 16 N 103). Insbesondere die Vornahme von Erfüllungshandlungen ist ein starkes Indiz für den vollzogenen Vertragsabschluss (Urteil 4A\_98/2023 vom 12. Mai 2023 mit weiteren Hinweisen). Hingewiesen wird in dieser Entscheidung auch auf den von der Vorinstanz zitierten Entscheid 4C.79/2005 vom 19. August 2005, auf den auch die Beschwerdeführerin Bezug nimmt. Die Vorinstanz erkannte in der Begleichung der Akontorechnungen nur eine teilweise Erfüllung des Vertrages. Zu bloss teilweisen Erfüllungshandlungen äussert sich das Bundesgericht im erwähnten Entscheid jedoch nicht (E.2). Die Beschwerdegegnerin

bemerkt zu dieser Entscheidung, der Formvorbehalt habe sich dort nicht auf sämtliche Änderungen einschliesslich der Klausel selbst bezogen. Es ist jedoch nicht erkennbar, auf welche bundesgerichtlichen Erwägungen sie sich mit diesem Einwand abstützt und was sie daraus ableiten will. Vielmehr hat das Bundesgericht ohne weitere Einschränkungen Folgendes erklärt: «Dabei ist die Vornahme von Erfüllungshandlungen ein starkes Indiz für den vollzogenen Vertragsabschluss». Die Begleichung der oben erwähnten Akontorechnungen lässt sich nicht anders verstehen, als dass die Beschwerdegegnerin die von der Beschwerdeführerin in Rechnung gestellten Provisionsansprüche als berechtigt und fällig angesehen hat, ansonsten sie diese nicht beglichen hätte. Es sind eindeutige Erfüllungshandlungen, wenn Akontorechnungen beglichen werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Rechnungen als Akontorechnungen oder als Teilrechnungen bezeichnet werden. Dass sie irrtümlich bezahlt hat, bringt die Beschwerdegegnerin vor Obergericht nicht mehr vor. Es ist denn auch kaum vorstellbar, dass eine geschäftserfahrene Unternehmung über beinahe zehn Monate hinweg Rechnungen im Gesamtbetrag von über CHF 35'000.00 bezahlt, ohne dass die Berechtigung dieser Rechnungen von jemandem in Frage gestellt wird. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdegegnerin nach Ablauf der Vertragsdauer des Agenturvertrages am 29. Februar 2020 sofort reagiert und nachher keine Zahlungen mehr geleistet und die Rechnungen vom 16. und 29. März 2020 und eine vom 28. Mai 2020 nicht mehr bezahlt hat. Dies hat sie damit begründet, ein allfälliger Provisionsanspruch der Beschwerdeführerin habe sich jedenfalls auf Zahlungen beschränkt, die während des Bestandes des Agenturvertrages bei ihr eingegangen seien. Demgegenüber hat sie sämtliche Akontorechnungen, die während der Geltungsdauer des Agenturvertrages gestellt wurden, beglichen. Daraus ergibt sich nach dem Vertrauensprinzip eine stillschweigende und konkludente Anerkennung eines Provisionsanspruchs auch für Geschäfte, die in der Schweiz vermittelt wurden. Dieses Verhalten bedeutet eine konkludente und stillschweigende Ausdehnung des Geltungsbereichs des Agenturvertrages einschliesslich des Verzichts auf den Formvorbehalt nach dessen Ziffer 10.3. Die Vorderrichterin hat den Umstand, dass die Parteien bezüglich der Supervision des Aussendienstes der Beschwerdeführerin einen separaten Vertrag abgeschlossen haben, als Argument gegen eine stillschweigende Abänderung des Agenturvertrages gewertet. Auf welchen Überlegungen diese Folgerung basiert, wird nicht weiter ausgeführt und es ist auch nicht ersichtlich, wieso dem so sein sollte.

#### **E. 9**

Die Beschwerdeführerin vermag noch weitere Indizien vorzutragen, welche den Schluss auf eine konkludente und stillschweigende Aufhebung des Schriftlichkeitsvorbehaltes bestärken. Besonders aussagekräftig sind diesbezüglich die Aussagen des Zeugen F.\_\_\_\_ zum Objekt [...]. Die Darstellung der Beschwerdeführerin, der Zeuge habe niemanden von der Beklagten gekannt und es sei alles über D.\_\_\_\_ gelaufen, trifft zu (Protokoll der Zeugeneinvernahme vom 20. April 2022 Rz 40-51 und 62-70). Auch der Zeuge und Projektleiter E.\_\_\_\_ hat in seiner Befragung bestätigt, dass das Objekt [...] gemäss Mail von C.\_\_\_\_ über D.\_\_\_\_ habe abgerechnet werden müssen (Protokoll der Zeugeneinvernahme vom 20. April 2022 Rz 234-242). Beide Zeugenaussagen legen den Schluss nahe, dass die Beschwerdegegnerin mit der Vermittlung von Geschäften in der Schweiz durch die Beschwerdeführerin einverstanden war. Trotzdem gehen weder die Beschwerdegegnerin noch die Vorderrichterin auf diese Zeugenaussagen ein.

#### **E. 10**

Zusammenfassend ist das Verhalten der Beschwerdegegnerin somit nach dem Vertrauensprinzip als konkludente und stillschweigende Zustimmung zu betrachten, dass die Beschwerdeführerin berechtigt war, auch in der Schweiz Geschäfte zu vermitteln. Die Beschwerde ist in diesem Sinne gutzuheissen. Die Vorderrichterin hat die Stufenklage in einem Gesamturteil vollumfänglich abgewiesen, also nicht nur den Informationsanspruch, sondern auch den geltend gemachten Hauptanspruch auf Provisionszahlung. Das angefochtene Urteil der Amtsgerichtsstatthalterin ist daher vollumfänglich aufzuheben und die Sache ist zu weiterer Beurteilung zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen. Für die weitere Beurteilung ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Vorderrichterin hat die Klage bereits deshalb abgewiesen und ihren abweisenden Entscheid damit begründet, dass es an einer Vereinbarung darüber fehle, wonach die Klägerin auf dem Gebiet der Schweiz provisionsauslösende Geschäfte vermitteln könne und solle. Sie hat ausdrücklich offengelassen, ob die geltend gemachten Objekte durch die Beschwerdeführerin vermittelt worden sind. Selbst wenn die bezahlten Akontorechnungen und die erwähnten Zeugenaussagen einen solchen Schluss nahelegen, wird die Vorderrichterin bei der Beurteilung der Provisionsansprüche auch darüber noch zu befinden haben. Insbesondere zur Vermittlung des Objektes [...] wurden im Beschwerdeverfahren wie auch im angefochtenen Urteil keinerlei Ausführungen gemacht. Da der Agenturvertrag auch für in der Schweiz vermittelte Geschäfte gilt, ist ein Informationsanspruch der Beschwerdeführerin nach Art. 418k OR zu bejahen. Das entsprechende Begehren kann ohne Rückweisung an die Vorinstanz gutgeheissen werden.

#### **E. 11**

Nach dem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdegegnerin dessen Kosten mit einer Entscheidegebühr von CHF 5■000.00 zu bezahlen. Zudem hat sie der Beschwerdeführerin für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Der mit der Honorarnote geltend gemachte Betrag von CHF 2■683.80 (inkl. Auslagen und MwSt.) erscheint angemessen.

Demnach widerkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil der Amtsgerichtsstatthalterin von Thal-Gäu vom 27. September 2022 wird aufgehoben und zur weiteren Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Im Sinne eines Teilurteils zur Stufenklage wird die B. \_\_\_ AG verpflichtet, der A. \_\_\_ AG für die Monate März 2019 bis Februar 2020 Provisionsabrechnungen zukommen zu lassen und der A. \_\_\_ AG hinsichtlich folgender Geschäfte auf erstes Verlangen Einblick in sämtliche Offerten, Bestellungen, Fakturen, Lieferscheine und Zahlungsbelege zu gewähren:

3. Die B. \_\_\_ AG hat der A. \_\_\_ AG eine Parteientschädigung von CHF 2■683.80 zu bezahlen.

4. Die B. \_\_\_ AG hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 5■000.00 zu bezahlen. Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die B. \_\_\_ hat der A. \_\_\_ den von ihr bevorschussten Betrag von CHF 5■000.00 zu ersetzen.

Rechtsmittel: Der Streitwert liegt unter CHF 30■000.00.

Sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht

Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Soweit sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit Erhalt beim Bundesgericht subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 115 bis 119 Bundesgerichtsgesetz massgeblich. Wird gleichzeitig Beschwerde in Zivilsachen und subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben, so sind beide Rechtsmittel in der gleichen Beschwerdeschrift einzureichen.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Die Präsidentin

Der Gerichtsschreiber

Hunkeler

Schaller

**E. 16**

Dezember 2019 über CHF 581.58 (12) - Akontorechnung vom 14. Januar 2020 über CHF 4'652.64 (13) - Akontorechnung vom

**E. 20**

Januar 2020 über CHF 798.60 (19) · für das Objekt [...] - Akontorechnung vom

**E. 22**

Mai 2019 über CHF 1'161.76 (23) - Akontorechnung vom 11. November 2019 über CHF 929.41 (24) · für das Objekt [...] - Akontorechnung vom 11. November 2019 über CHF 857.95 (26)

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