

# **ZH\_HANDELSGERICHT HG100287 vom 21. Januar 2013**

Zh Handelsgericht, 2013-01-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG100287](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG100287)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG100287 du 21 janvier 2013

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG100287 del 21 gennaio 2013

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Prozessverlauf Mit Einreichung von Klageschrift und Weisung machte die Klägerin die Klage am

### **E. 3**

Anwendbares Prozessrecht und Zuständigkeit

#### **E. 3.1**

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die vorliegende Klage war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Demnach ist das frühere kantonale Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend, für die Rechtsmittel indes das neue Prozessrecht (Art. 308 ff.).

#### **E. 3.2**

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich blieb unbestritten (act. 1 S. 5, act. 8 S. 8) und ist gemäss Art. 404 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG und § 62 GVG gegeben.

### **E. 4**

Rechtsbegehren Ziffer 1

#### **E. 4.1**

Ausgangspunkt und Saldoerklärung

##### **E. 4.1.1**

Die Parteien stimmen darin überein, dass E.\_\_\_\_\_ namens der Klägerin auf Aufforderung der Beklagten hin beim I.\_\_\_\_\_ -Geschäft gewisse Aufgaben im Rahmen der Vermittlung des Mietvertrages übernommen hat (act. 1 S. 8 f.; act. 8 S. 9 f.). Aufgrund welchen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien sie tätig wurde, ob überhaupt ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien vorlag und ob als Entschädigung die Hälfte der von der Beklagten erlangten Provision vereinbart wurde oder ein anderer Betrag geschuldet ist, ist strittig.

##### **E. 4.1.2**

Zunächst ist indessen zu klären, ob entsprechend der Darstellung der Beklagten (act. 8 S. 16) ein allfälliger Anspruch der Klägerin aus dem I.\_\_\_\_\_ - Geschäft durch eine umfassende Entflechtung der Parteien im sogenannten loan payment agreement vom 31. Mai 2009

bereits geregelt wurde und aus dieser Regelung hervorgeht, dass kein Anspruch der Klägerin mehr besteht.

#### **E. 4.1.2.1**

Die Beklagte führt hierzu aus, das Vertragswerk (act. 9/19) regle die Tilgung der bestehenden Forderungen der Parteien sowie ihre Entflechtung (act. 8

- 6 - S. 14). Dieses umfangreiche und detaillierte Vertragswerk samt Anhang enthalte keinen Hinweis darauf, dass neben den darin aufgeführten Verpflichtungen seitens der Beklagten, D.\_\_\_\_ und der B2.\_\_\_\_ ag noch weitere Forderungen oder Pflichten gegenüber der Klägerin, der H.\_\_\_\_ SA oder der J.\_\_\_\_ SA bestehen würden. Von einer Provisionszahlung aufgrund einer Vermittlungsvereinbarung mit Blick auf ein Tätigwerden der Klägerin im Rahmen des I.\_\_\_\_ - Geschäftes sei nichts erwähnt. Wenn bei einer derart detailliert umschriebenen Entflechtung kein Wort bzw. kein Vorbehalt betreffend einen bereits am 2. April 2009 behaupteten Provisionsanspruch gemacht worden sei, welcher im Übrigen seitens der Beklagten stets bestritten und nie anerkannt worden sei, stelle dies mehr als nur ein Indiz dar, dass auch die Klägerin damals genau gewusst habe, dass ihr kein Anspruch auf einen Provisionsanteil zustehe (act. 8 S. 16). Ob das loan payment agreement letztendlich unterzeichnet worden sei, sei nicht massgebend. Entscheidend sei, dass die Parteien dieses erfüllt hätten. Entgegen der klägerischen Behauptung beinhalte diese Regelung auch nicht einzig finanzielle Ansprüche der H.\_\_\_\_ SA gegen D.\_\_\_\_. Ziel sei es gewesen, die noch offenen Punkte unter den Parteien zu regeln. Auch das I.\_\_\_\_-Geschäft sei Teil dieser Regelung gewesen (act. 19 S. 5 f.).

#### **E. 4.1.2.2**

Die Klägerin hält fest, die Beklagte behaupte, dass die Parteien auch in Bezug auf die hier eingeklagte Forderung per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt seien. Die Beklagte behaupte namentlich, die Auseinandersetzung "per saldo" mit einem nicht unterzeichneten loan payment agreement belegen zu können. Die vorgelegten Dokumente belegten jedoch den Vertragsschluss nicht. Die Klägerin habe das loan payment agreement nie unterzeichnet. Das loan payment agreement sei nicht verbindlich vereinbart worden. Ohnehin hätte es keine Saldowirkung in Bezug auf finanzielle Aspekte zwischen den Parteien des vorliegenden Gerichtsverfahrens, sondern hätte sich gemäss seiner Ziffer 1.3 auf rein operative Belange beschränkt (act. 15 S. 3 f.).

#### **E. 4.1.2.3**

Die Parteien sind sich einig, dass das loan payment agreement (vgl. act. 9/19) keinen Anspruch der Klägerin aus dem I.\_\_\_\_-Geschäft erwähnt. Selbst wenn es also gültig zustande gekommen sein sollte, ist ihm keine ausdrückliche,

- 7 - auf diesen Anspruch bezogene Willensäusserung der Parteien zu entnehmen. Die Beklagte macht sodann nicht geltend, dass eine solche Regelung dem tatsächlichen Willen der Parteien entsprochen hätte. Ferner behauptet die Beklagte nicht, dass die Parteien im loan payment agreement eine Saldoklausel betreffend sämtlicher zwischen ihnen bestehender Ansprüche vereinbart hätten. Damit lässt sich aus dem loan payment agreement entgegen der Ansicht der Beklagten nicht ableiten, dass der Klägerin kein Anspruch auf einen Provisionsanteil aus dem I.\_\_\_\_-Geschäft zusteht. Falls das loan payment agreement zustande gekommen sein sollte, steht dieses einem allfälligen Anspruch der Klägerin aus

dem I. \_\_\_\_\_-Geschäft nicht entgegen, da es weder eine ausdrückliche Regelung dieses Anspruchs enthält noch eine generelle Saldoerklärung. Das Zustandekommen des loan payment agreement hätte daher keine Auswirkungen auf einen etwaigen Anspruch der Klägerin aus dem I. \_\_\_\_\_-Geschäft und ist nicht weiter zu prüfen.

## **E. 4.2**

Vereinbarung der hälftigen Teilung der Provision

### **E. 4.2.1**

Die Klägerin stützt ihren Anspruch darauf, dass bei Geschäften mit Beteiligung beider Parteien und insbesondere beim I. \_\_\_\_\_-Geschäft die hälftige Teilung der Provision vereinbart worden sei. Demgegenüber bestreitet die Beklagte die Vereinbarung der hälftigen Aufteilung der Provision aus dem I. \_\_\_\_\_-Geschäft zwischen den Parteien ebenso wie eine grundsätzliche Einigung der Parteien auf eine hälftige Teilung bei Geschäften mit Beteiligung beider Parteien (act. 8 S. 5 f.). Die Darstellung der Klägerin betreffend Vereinbarung einer hälftigen Teilung ist deshalb näher zu prüfen und zu klären, ob daraus eine solche Abrede hervorgeht.

### **E. 4.2.2**

Die Klägerin bringt vor, die Zusammenarbeit der Parteien habe von Sommer 2008 bis Sommer 2009 gedauert. Im Rahmen der Zusammenarbeit sei vereinbart gewesen, dass jede Partei die andere auf Anfrage bei Vermittlungsprojekten unterstützen werde. Dabei hätten die Parteien jeweils vereinbart, dass sie sich die für den Fall des Vermittlungserfolgs mit der Kundin vereinbarte Provision hälftig teilen würden (act. 1 S. 7). Zwischen November 2008 und April 2009 habe die Klägerin im Auftrag der Beklagten der I. \_\_\_\_\_ AG, ..., Geschäftsräumlichkeiten

- 8 - an der ... / ... [Adresse] in C. \_\_\_\_\_ zur Miete vermittelt. I. \_\_\_\_\_ habe die Beklagte im November 2008 mit entsprechenden Vermittlungsbemühungen beauftragt. Dabei sei für den Fall eines Vermittlungserfolgs eine Provision in der Höhe von CHF 420'000.- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer vereinbart worden. Die Beklagte habe die Klägerin zum Tätigwerden im Interesse von I. \_\_\_\_\_ aufgefordert. Ziel der Tätigkeit sei gewesen, im Interesse von I. \_\_\_\_\_ die Übernahme des Mietvertrages von der damals aktuellen Mieterin auf I. \_\_\_\_\_ zu verhandeln und zur Abschlussreife zu bringen. Die Klägerin sei dem Anliegen nachgekommen. Die Parteien hätten vereinbart, dass das Tätigwerden der Klägerin seitens der Beklagten zu entschädigen sei. Zur Höhe des Entgelts hätten die Parteien die Regelung vereinbart, dass der Klägerin im Falle des Vermittlungserfolgs die Hälfte der Provisionssumme ausbezahlt würde, mithin CHF 210'000 zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer. Diese Honorarabrede sei mündlich vereinbart worden. Die Parteien hätten sich dabei an einem E-Mailaustausch zu den finanziellen Konditionen sowie an früheren Geschäften zur Vermittlung von Ladenlokalen, insbesondere denjenigen mit K. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_ orientiert (act. 1 S. 8 ff.). Es sei unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der Vereinbarung vereinbart gewesen, dass die Klägerin Anspruch auf 50 % des zwischen der Beklagten und I. \_\_\_\_\_ vereinbarten Betrags habe, sofern der Eintritt der I. \_\_\_\_\_ als Mieterin am neuen Standort in C. \_\_\_\_\_ infolge der Vermittlung durch die Klägerin zustande komme (act. 1 S. 12). Die Klägerin macht im Weiteren geltend, indem die Beklagte die Abrechnungen der Klägerin für das L. \_\_\_\_\_-Geschäft als auch für das K. \_\_\_\_\_-Geschäft anerkannt habe, habe sie auch die 50 %ige Teilung des Vermittlungshonorars in diesen beiden Geschäften anerkannt. Die Klägerin habe sich stets

darauf verlassen, dass die Beklagte, die ebenso wie sie massgeblich von der B2. \_\_\_\_\_ AG beherrscht gewesen sei, ihre Vereinbarungen im bisherigen Umfang einhalten würde. Mit Blick auf die besonderen persönlichen Verbindungen zwischen der Beklagten und der B2. \_\_\_\_\_ AG habe die Klägerin geglaubt, von schriftlichen Einzelvereinbarungen absehen zu können. Für das I. \_\_\_\_\_-Geschäft habe keinerlei Anlass für die Klägerin bestanden anzunehmen, sie müsse die Modalitäten des Tätigwerdens im Rahmen des I. \_\_\_\_\_-Geschäftes neuerdings schriftlich festhalten.

- 9 - ten. Gleichermassen habe auch kein Anlass für sie bestanden, davon auszugehen, die Beklagte wolle in Zukunft nichts oder allenfalls weniger Honorar zahlen, als es einer 50 %-Beteiligung entspreche. Mit Blick auf diese Umstände habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, ihre Bemühungen würden wie in der Vergangenheit ebenfalls mit 50 % der eingenommenen Provision vergütet. Die Parteien hätten damit konkludent auch für das I. \_\_\_\_\_-Geschäft eine 50 %ige Teilung des Provisionsanspruches der Beklagten gegenüber der I. \_\_\_\_\_ vereinbart. Jedenfalls ergebe sich eine solche Vereinbarung aus dem Vertrauensschutz (act. 1 S. 17 f.).

#### **E. 4.2.3**

Demgegenüber führt die Beklagte aus, es stimme nicht, dass mit der Klägerin eine Honorierung im Falle einer erfolgreichen Vermittlung abgemacht worden sei. Weder sei so etwas schriftlich noch auch nur mündlich vereinbart worden (act. 8 S. 10). Die klägerische Behauptung lasse sich denn auch nicht mit der aus dem Zusammenhang gerissenen E-Mail vom 13. August 2007 belegen. Diese E-Mail stamme weder von der Beklagten noch sei sie an die Klägerin gerichtet. Beide Parteien seien in diesem Zeitpunkt noch nicht gegründet gewesen (act. 19 S. 4). Weiter hält die Beklagte fest, die von der Klägerin erwähnten Geschäfte könnten schlicht nicht miteinander verglichen werden. Beim K. \_\_\_\_\_-Geschäft habe D. \_\_\_\_\_ F. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ kennengelernt. Das K. \_\_\_\_\_-Geschäft sei nicht von der Beklagten, sondern der M. \_\_\_\_\_ AG akquiriert worden. Die Vereinbarung betreffend Aufteilung der Provision sei einmalig gewesen und zwischen der M. \_\_\_\_\_ AG und F. \_\_\_\_\_ erfolgt. Weder die Klägerin noch die Beklagte seien involviert gewesen (act. 8 S. 10, act. 19 S. 7). F. \_\_\_\_\_ habe D. \_\_\_\_\_ die Gründung einer gemeinsamen Firma vorgeschlagen. Dabei sei seine Idee gewesen, dass falls die Beklagte für ihre Kunden in der Region C. \_\_\_\_\_ ein neues Geschäftslokal suche und er in seinem Immobilienportefeuille hierzu ein passendes Lokal zur Vermittlung habe, sie das Geschäft über eine neue Firma (sprich die Klägerin) gemeinsam abwickeln könnten, und sodann die Vermittlungsprovision projektbezogen zwischen ihnen aufgeteilt werde. Sofern jedoch eine Partei einem ihrer Kunden die Abschlussmöglichkeit an einem selbständig akquirierten Objekt nachweise, sei selbstredend keine Beteiligung an einer allfälligen Provision verabredet gewesen. Dass grundsätzlich vereinbart gewesen sei, die Vermittlungspro-

- 10 - vision hälftig zu teilen, sei schlicht falsch. Abgemacht sei vielmehr gewesen, dass bei einem gleichwertigen Beitrag der Parteien an dem Vermittlungsgeschäft (sprich Nachweis bzw. Zuführung des ...-Kunden durch die eine Partei und Nachweis bzw. Zuführung des Geschäftslokals durch die andere Partei) das Geschäft über die Klägerin abgewickelt werde und jeweils vorgängig und projektbezogen die Aufteilung einer allfälligen Vermittlungsprovision vereinbart werde (act.

#### **E. 4.2.4**

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Verträge grundsätzlich formlos geschlossen werden können (Art. 11 Abs. 1 OR). Es wurde denn auch nicht behauptet, dass bei einer Vereinbarung über die Aufteilung der Provision ein Vertrag vorliegen würde, für welchen das Gesetz Schriftlichkeit vorschreibt, oder dass die Parteien einen Formvorbehalt vereinbart hätten. Somit bestehen für einen allfälligen Vertrag der Parteien über die Aufteilung der Provision keine Formvorschriften, und sowohl eine mündliche als auch eine konkludente Vereinbarung wäre zulässig. Weshalb auf Schriftlichkeit verzichtet wurde, ist somit irrelevant.

#### **E. 4.2.5**

Dass die Parteien mündlich die hälftige Teilung der Provision aus dem I. \_\_\_\_\_-Geschäft vereinbart hätten, macht die Klägerin nur am Rande geltend. In ihrer weiteren, detaillierten Darstellung des Sachverhalts beruft sie sich dagegen auf eine konkludente Vereinbarung der hälftigen Teilung der Provision resp. darauf, dass sie aufgrund früherer Geschäfte auf eine hälftige Teilung der Provision auch in diesem Geschäft habe vertrauen dürfen. Bevor indes auf die Frage der konkludenten Vereinbarung der hälftigen Teilung oder des Vertrauensschutzes einzugehen ist, ist zu klären, ob die Parteien überhaupt einen Vertrag geschlossen haben, wie dieser Vertrag zu qualifizieren ist und was die Folgen im Hinblick auf die Aufteilung der Provision sind.

- 12 -

#### **E. 4.3**

Qualifikation des Vertrages

##### **E. 4.3.1**

Abschluss eines Vertrages Die Beklagte bestreitet bereits grundsätzlich, dass zwischen den Parteien überhaupt ein Vertragsverhältnis in Bezug auf die Vermittlung des Geschäftslokals an I. \_\_\_\_\_ zustande gekommen ist (act. 8 S. 13 f.). Indessen blieb unbestritten, dass zwischen den Parteien vereinbart war, dass sie sich auf Anfrage bei Vermittlungsprojekten gegenseitig unterstützen (act. 1 S. 7, act. 8 S. 5 f.). Übereinstimmend führen die Parteien sodann aus, dass die Beklagte die Klägerin bei der Vermittlung an I. \_\_\_\_\_ zum Tätigwerden aufforderte und die Klägerin dieser Aufforderung nachkam (act. 1 S. 9; act. 8 S. 9 f.). Aufgrund dieser Vereinbarung und der akzeptierten Aufforderung zum Tätigwerden ist festzuhalten, dass das Tätigwerden der Klägerin beim I. \_\_\_\_\_-Geschäft auf einer übereinstimmenden Willensäusserung der Parteien beruhte und damit ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bestand (Art. 1 OR). Dieses Vertragsverhältnis ist nunmehr zu qualifizieren.

##### **E. 4.3.2**

Kein Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) Um ein Mäklerverhältnis (Art. 412 ff. OR) kann es sich dabei nicht handeln, da es zwischen den Parteien nicht um die Vermittlung eines Vertrages durch die eine Partei für die andere Partei ging.

##### **E. 4.3.3**

Auftrag (Art. 394) oder einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR)

##### **E. 4.3.3.1**

Die vertragliche Zusammenarbeit der Parteien ist entweder als Auftrag oder als einfache Gesellschaft zu qualifizieren. Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der

Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Demgegenüber ist eine einfache Gesellschaft die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln, sofern dabei nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen (Art. 530 OR).

- 13 -

#### **E. 4.3.3.2**

Nicht entscheidend für die Qualifikation des Vertrages ist, dass die Parteien in ihren Rechtsschriften von einem Auftrag oder Unterauftrag an die Klägerin sprechen (act. 1 S. 9; act. 19 S. 11). Sogar eine Bezeichnung im Vertrag selbst durch die Parteien wäre nur ein Indiz für die Qualifikation, aber nicht mehr (HANDSCHIN/VONZUN, in: Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2009, N 204 zu Art. 530 OR).

#### **E. 4.3.3.3**

Die von der Beklagten dargestellte Idee einer Zusammenarbeit zwischen E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in einer neu zu gründenden Gesellschaft (act. 8 S. 5 f.) wurde so nicht umgesetzt, sondern es wurden im Sommer 2008 zwei Gesellschaften, die Prozessparteien, gegründet. Dabei war die B2.\_\_\_\_\_ AG Alleinktionärin der Beklagten und hielt 40 % der Aktien der Klägerin. Die im Sommer 2008 gegründeten Gesellschaften sollten sich auf Anfrage hin bei Vermittlungsprojekten gegenseitig unterstützen. Ihre Zusammenarbeit dauerte bis Ende Mai oder ungefähr Sommer 2009, in welchem Zeitpunkt auch die B2.\_\_\_\_\_ AG ihre Beteiligung an der Klägerin verkaufte (act. 1 S. 7, act. 8 S. 5, 16). Beim I.\_\_\_\_\_-Geschäft arbeiteten die Parteien gemäss übereinstimmender Darstellung folgendermassen zusammen: Die Beklagte erwirkte den Abschluss eines confidentiality agreements zwischen P.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ und schloss mit I.\_\_\_\_\_ einen Mäklervertrag ab, in welchem sie mit der Vermittlung der Geschäftsräumlichkeit "P.\_\_\_\_\_" an der ... [Adresse] in C.\_\_\_\_\_ beauftragt wurde. Für den Fall eines Vermittlungserfolges wurde eine Provision von CHF 420'000 zuzüglich MWSt vereinbart. Da die Beklagte den Vertreter von I.\_\_\_\_\_ zur Due-Diligence-Prüfung nicht persönlich begleiten konnte, übernahm die Klägerin, namentlich E.\_\_\_\_\_, diese Begleitung für die Beklagte auf deren Aufforderung hin. Im Folgenden wirkte E.\_\_\_\_\_ auch bei der Terminabsprache für den "data room" mit und koordinierte in den weiteren Verhandlungen zwischen der bisherigen Mieterin P.\_\_\_\_\_, der interessierten neuen Mieterin I.\_\_\_\_\_ und der Vertreterin der Eigentümerschaft Termine und leitete Nachrichten oder auch Angebote weiter. Der Vertreter von I.\_\_\_\_\_ fragte ausserdem E.\_\_\_\_\_ um ihre Meinung zu dem von ihm formulierten Angebot. Ferner erstellte E.\_\_\_\_\_ das Protokoll der Besprechung vom 10. Februar 2009, zu der sie die Vertreter von I.\_\_\_\_\_ begleitete, sowie ein

- 14 - Memorandum mit den Punkten, auf die sich die Mietvertragsparteien geeinigt hatten (act. 1 S. 8 f., 19 ff.; act. 8 S. 7, 10 ff., 21 f., act. 19 S. 10). Zu den Aufgaben der Beklagten im Rahmen des mit I.\_\_\_\_\_ geschlossenen Mäklervertrages - welche auf ihre Aufforderung hin die Klägerin für sie übernahm - gehörten somit auch die Begleitung von I.\_\_\_\_\_ zu Terminen im Rahmen der Vertragsgespräche mit P.\_\_\_\_\_, die Terminabsprache, die Protokollierung von Besprechungen und das Weiterleiten von Nachrichten und Angeboten. Es war folglich auch Aufgabe der Beklagten, auf die Abschlussbereitschaft des möglichen Vertragspartners hinzuwirken und den Abschluss des Vertrages zu fördern. Der Mäklervertrag zwischen der Beklagten und I.\_\_\_\_\_ ist daher als

Vermittlungsmä- kelei zu qualifizieren. Dies erhellt überdies daraus, dass die Auftragsbestätigung des Mäklervertrages erst im Zeitpunkt des Abschlusses des confidentiality ag- reements zwischen P.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_, demnach nach erfolgter Zuführung, er- teilt wurde (act. 8 S. 11). Im Rahmen dieses Vermittlungsmäklervertrages beglei- tete die Klägerin I.\_\_\_\_\_ nicht nur zum Termin für die Due-Diligence-Prüfung, an welchem D.\_\_\_\_\_ verhindert war, sondern sie übernahm in der Folge selbständig und ohne weitere Weisungen der Beklagten die Terminkoordination und die Be- gleitung von I.\_\_\_\_\_ zu Terminen, leitete Angebote weiter und protokollierte. Dass dagegen die Beklagte selbst ab Beizug der Klägerin noch Aufgaben im Zusam- menhang mit dem Mäklervertrag mit I.\_\_\_\_\_ übernommen hätte, behauptet keine der Parteien. Sie wurde von der Klägerin nur noch über den Stand der Verhand- lungen informiert (act. 1 S. 19 f.). Nachdem ein Vermittlungsmäkler mit dem blos- sen Nachweis eines Interessenten die Provision auch dann nicht verdient hat, wenn der Vertrag tatsächlich zustande kommt (Urteils des Bundesgerichts 4C.268/2001 vom 12. November 2001 E. 3.b.bb), waren entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 8 S. 21) die von der Klägerin übernommenen Aufgaben insbeson- dere Voraussetzung für den Erwerb der Provision aus diesem Mäklervertrag und nicht bloss ein untergeordneter Beitrag, welcher für den Erwerb der Provision nicht entscheidend war.

#### **E. 4.3.3.4**

Die Zusammenarbeit der Parteien war sodann nicht auf diesen einen Vermittlungsmäklervertrag der Beklagten mit I.\_\_\_\_\_ beschränkt. Die Parteien

- 15 - hatten grundsätzlich vereinbart, sich gegenseitig auf Anfrage hin bei Vermittlungsgeschäften zu unterstützen. Bei Beginn ihrer Zusammenarbeit wurde eine gemeinsame Adressdatenbank gebildet (act. 1 S. 7; act. 8 S. 7). Ausserdem rich- tete die Beklagte für die Mitarbeitenden der Klägerin E-Mail-Adressen unter ihrer Domain und derjenigen der B2.\_\_\_\_\_ AG ein (act. 1 S. 23, act. 8 S. 24). Aber in erster Linie stimmen die Parteien überein, dass sie durch ihre Zusammenarbeit noch in drei weitere Geschäfte gemeinsam involviert waren. Dabei verwendeten sie beim Auftritt gegenüber dem Kunden Briefpapier mit einem gemeinsamen Lo- go und Briefkopf (vgl. act. 12/3 S. 2). Beim dritten dieser Mäklergeschäfte (O.\_\_\_\_\_) ist indessen strittig, ob im Rahmen des gemeinsam bearbeiteten Ver- trages ein Vermittlungserfolg zustande kam (act. 15 S. 2; act. 19 S. 3, 12).

#### **E. 4.3.3.5**

Entsprechend dieser Schilderung der Zusammenarbeit ist festzuhalten, dass die Parteien gegründet wurden, nachdem deren Aktionäre sich bei Mäkler- geschäften kennengelernt und gemeinsame Tätigkeiten ins Auge gefasst hatten. Aufgrund einer allgemeinen Vereinbarung zwischen den Parteien wollten sie nach entsprechender Aufforderung von einer Seite im Rahmen von Vermittlungsmäk- lerverträgen zusammenarbeiten, um so den Vermittlungserfolg zu erreichen und die Provision zu verdienen. Diese Konstellation der Zusammenarbeit ist als ver- tragliche Verbindung der Parteien zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften zu qualifizieren. Gemäss der obigen Umschreibung ist diese Zusammenarbeit demnach eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR, zumal auch die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft nicht zutreffen.

#### **E. 4.4**

Aufteilung der Provision bei der einfachen Gesellschaft (Gewinnanspruch)

#### **E. 4.4.1**

Gemäss Art. 532 OR ist bei der einfachen Gesellschaft jeder Gesellschafter verpflichtet, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den anderen Gesellschaftern zu teilen. Vor jeder Gewinnermittlung und -verteilung ist daher zunächst nach Massgabe von Art. 532 OR festzustellen, ob der erzielte Vorteil oder Nutzen der Gesellschaft oder einem einzelnen Gesellschafter zuzuordnen ist (HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 6 zu Art. 532 OR).

- 16 - Vorliegend kommen der einfachen Gesellschaft der Parteien ihrer Natur nach diejenigen Gewinne zu, die nach Abzug der dafür notwendigen Aufwendungen aus der bezahlten Provision aus einem durch die einfache Gesellschaft bearbeiteten Mäklervertrag resultieren, d.h. aus einem Mäklervertrag, bei welchem sich die Parteien bei der Erfüllung der vertraglichen Aufgaben gegenseitig unterstützten und der Vermittlungserfolg durch die gemeinsam erbrachten Vermittlungshandlungen eintrat. Dies war beim I. \_\_\_\_\_-Geschäft wie oben dargestellt der Fall; beide Parteien trugen durch die Zuführung resp. durch Vermittlungshandlungen zum Eintritt des Erfolges bei. Als Folge davon kommt die beim I. \_\_\_\_\_-Geschäft erzielte Mäklerprovision - Aufwendungen werden von keiner Partei geltend gemacht - ihrer Natur nach der Gesellschaft zu und ist gemäss Art. 532 OR von der Beklagten als Gewinn mit der Klägerin zu teilen. Gewinne aus Mäklergeschäften, welche eine Partei alleine und ohne Mitwirkung der anderen ausführte, kommen dagegen ihrer Natur nach nicht der einfachen Gesellschaft zu.

#### **E. 4.4.2**

Der Gewinnanspruch entsteht erst nach der Auflösung der Gesellschaft oder dem Ausscheiden aus derselben, nicht bereits mit der Abwicklung des Geschäfts, das zum Gewinn geführt hat, sofern sich weder aus dem Gesellschaftsvertrag noch aus den Umständen etwas anderes ergibt. In jedem Fall kommt es mit der Liquidation zur Verteilung derjenigen Gewinne, die bisher nicht als solche ausgewiesen wurden (Art. 549 OR; HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 70 zu Art. 533 OR und N 189 zu Art. 548-551 OR). Die Zusammenarbeit der Parteien wurde unstrittig etwa im Sommer 2009 resp. mit dem Verkauf der Aktien der Klägerin durch die B2. \_\_\_\_\_ AG Ende Mai 2009 beendet (act. 1 S. 7; act. 8 S. 16). Demnach wurde die hier relevante einfache Gesellschaft zwischen den Parteien durch gegenseitige Übereinkunft aufgelöst (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR), und es ist die Auseinandersetzung nach Auflösung durchzuführen. Dabei ist nach Abzug der gemeinschaftlichen Schulden, nach Ersatz der Auslagen und Verwendungen und nach Rückerstattung der Vermögensbeiträge schliesslich die Verteilung eines Überschusses unter die Gesellschafter als Gewinn vorzunehmen (Art. 549 Abs. 1 OR). Keine Partei macht gemeinschaftliche Schulden, Auslagen oder Verwendungen geltend, die vorab zu regeln wä-

- 17 - ren. Auch rückzuerstattende Vermögensbeiträge werden nicht behauptet. Entsprechend hat im Rahmen der Liquidation noch die Verteilung des Überschusses, des Gewinnes, zwischen den Parteien zu erfolgen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.416/2005 vom 27. Februar 2006 E. 3.4, 3.6; DANIEL STÄHELIN, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 4. Aufl. 2012, N 10 zu Art. 550 OR). Die beim I. \_\_\_\_\_-Geschäft erzielte Provision gehört somit vollumfänglich zum Überschuss und ist als Gewinn unter den Parteien zu verteilen.

#### **E. 4.5**

Anteil am Gewinn

#### **E. 4.5.1**

Wird es nicht anders vereinbart, so hat gemäss Art. 533 Abs. 2 OR jeder Gesellschafter, ohne Rücksicht auf die Art und Grösse seines Beitrages, gleichen Anteil an Gewinn und Verlust. Die Teilung des Überschusses hat demnach bei Fehlen einer diesbezüglichen Vereinbarung der Parteien unabhängig von den erbrachten Beiträgen zu gleichen Teilen, vorliegend also hälftig, zu erfolgen.

#### **E. 4.5.2**

Die Klägerin behauptet einzig eine mit dieser gesetzlichen Regelung übereinstimmende Vereinbarung der Parteien. Die Beklagte demgegenüber ist einerseits der Meinung, betreffend das I.\_\_\_\_-Geschäft sei von den Parteien keine Vereinbarung betreffend Teilung der Provision geschlossen worden; dies würde ebenfalls zur Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung führen. Andererseits bringt die Beklagte vor, es sei vereinbart gewesen, dass erst bei einem gleichwertigen Beitrag der Parteien an dem Vermittlungsgeschäft - gemäss der Beklagten bedeutet dies Nachweis bzw. Zuführung des ...-Kunden durch die eine Partei und Nachweis bzw. Zuführung des Geschäftslokals durch die andere Partei - dieses über die Klägerin abgewickelt werde und jeweils vorgängig und projektbezogen die Aufteilung einer allfälligen Vermittlungsprovision vereinbart werde (act. 8 S. 6). Indes ist die Beklagte der Ansicht, dass es sich beim I.\_\_\_\_-Geschäft gerade nicht um ein Geschäft mit gleichwertigen Beiträgen der Parteien handle (act. 8 S. 10, act. 19 S. 7 f.), womit die von ihr vorgebrachte Vereinbarung betreffend Abwicklung des Geschäfts über die Klägerin mit vorgängiger Vereinbarung der Aufteilung der Provision auf dieses Geschäft selbst nach ihrer Darstellung nicht anwendbar ist. Überdies legt sie gerade nicht dar, dass beim I.\_\_\_\_-Geschäft infolge dieser Vereinbarung in der Tat eine Regelung über die Aufteilung der allfälli-

- 18 - gen Provision getroffen worden wäre. Folglich bleibt es dabei, dass nach Darstellung der Beklagten die Parteien über die Aufteilung der Provision beim I.\_\_\_\_-Geschäft keine Vereinbarung getroffen haben. Damit ist auf den Gewinn aus dem I.\_\_\_\_-Geschäft die gesetzliche Regelung der gleichen Anteile der Gesellschafter anwendbar und dieser hälftig zu teilen.

#### **E. 4.5.3**

Zusammengefasst ist die Provision aus dem I.\_\_\_\_-Geschäft Teil des Überschusses aus der Liquidation der einfachen Gesellschaft zwischen den Parteien. Da keine abweichende Vereinbarung besteht, ist die Provision als Gewinn unter den Parteien hälftig zu teilen (Art. 533 Abs. 2 und Art. 549 Abs. 1 OR).

#### **E. 4.5.4**

Da sich die hälftige Teilung der Provision aus dem I.\_\_\_\_-Geschäft wie dargelegt bereits aus der gesetzlichen Regelung der einfachen Gesellschaft ergibt und vorliegend auch keine abweichende Vereinbarung behauptet wird, ist die von der Klägerin behauptete, konkludente Vereinbarung der hälftigen Teilung nicht weiter zu prüfen.

#### **E. 4.6**

Teilweiser Verzicht der Klägerin Die Klägerin führt aus, das Maximum, was die Beklagte aus der Rechnungsstellung mit zu tiefem Forderungsbetrag ableiten könne, sei eine

Offerte mit Datum vom 6. April 2009 der Klägerin an die Beklagte, wonach die Beklagte durch Zahlung des Rechnungsbetrags von CHF 150'000.– zuzüglich Mehrwertsteuern die Ansprüche der Klägerin aus dem I.\_\_\_\_-Geschäft tilgen könne (act. 15 S. 13). Die Beklagte bestreitet hingegen eine derartige Offerte (act. 19 S. 9) und beruft sich auf diese Rechnungsstellung nur hinsichtlich der von klägerischer Seite geltend gemachten, konkludenten Einigung auf die hälftige Teilung resp. hinsichtlich des Vertrauensschutzes. Ein Verzicht der Klägerin resp. eine Vereinbarung der Parteien auf den Betrag von CHF 150'000.– wird dagegen von keiner Partei geltend gemacht und ist deshalb nicht weiter zu prüfen.

#### **E. 4.7**

Teilung der Gewinne aus drei weiteren Geschäften

##### **E. 4.7.1**

Die Beklagte macht geltend, es sei unbestritten, dass die Parteien noch in das N.\_\_\_\_ Geschäft, das O.\_\_\_\_ Geschäft und das Q.\_\_\_\_ Geschäft invol-

- 19 - viert gewesen seien. Die Klägerin habe die Provisionen aus den Geschäften N.\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_ alleine einkassiert. Sollte das Gericht der klägerischen Behauptung betreffend eine verbindliche regelmässige Aufteilung der Provision bei Geschäften, an denen beide Parteien mitgewirkt hätten, nach dem Modus 50 % / 50 % folgen, erkläre die Beklagte Verrechnung mit den ihr sodann zustehenden Ansprüchen gegenüber der Klägerin: Aus dem Geschäft N.\_\_\_\_ ... AG Anspruch auf die Hälfte der Provision von CHF 36'871.30, somit CHF 18'435.65, aus dem Geschäft O.\_\_\_\_ Anspruch auf die Hälfte der durch die Klägerin vereinbarten Provision von CHF 48'420.–, somit CHF 24'210.–, sowie Anspruch auf die Hälfte der Provision aus dem Geschäft Q1.\_\_\_\_ (Q.\_\_\_\_), wobei die Beklagte zu diesem letzten Geschäft nicht weiss, zu welchen Konditionen es abgeschlossen wurde, und die Offenlegung derselben durch Edition durch die Klägerin verlangt (act. 19 S. 12).

##### **E. 4.7.2**

Die Klägerin bestätigt in ihrer Replik, dass beide Parteien durch ihre Zusammenarbeit in diese drei Geschäfte N.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_ involviert gewesen seien, und hält fest, dass belegt sei, dass Geschäfte, an denen beide Parteien mitgewirkt hätten, regelmässig nach dem Modus 50 % / 50 % zu entschädigen seien (act. 15 S. 2). Die vorliegende Klage erstreckt sich nicht auf die gesamte Beziehung der Parteien. Vorliegend werde nur das I.\_\_\_\_-Geschäft liquidiert (act. 15 S. 13). Die Verrechnung mit ihrem Anteil an der Provision der drei weiteren Geschäfte erklärt die Beklagte als neue Behauptung erstmals in der Duplik. Die Stellungnahme der Klägerin zur Duplik vom 2. April 2012 ist daher noch zu hören, soweit sie diese neuen Behauptungen betrifft (Prot. S. 13; § 121 Abs. 2 ZPO). In ihrer Stellungnahme bestreitet die Klägerin nicht, dass die Beklagte aufgrund der Beteiligung beider Parteien an den Geschäften O.\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_ einen Anspruch auf die hälftige Teilung der jeweiligen Provision hat. Demgegenüber nimmt sie zum Geschäft Q.\_\_\_\_ ausführlich Stellung und legt dar, dass in diesem Geschäft der Vermittlungserfolg erst im Rahmen eines erneuten Vermittlungsauftrags des Kunden an die Klägerin nach Auflösung der Zusammenarbeit der Parteien eingetreten sei. Die Provision stehe daher der Klägerin allein zu (act. 23 S. 2).

### **E. 4.7.3**

Nachdem die hälftige Teilung der Provisionen aus den Geschäften N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_ aufgrund der Zusammenarbeit der Parteien unbestritten blieb, ist festzuhalten, dass auch die dortigen Provisionen von CHF 36'871.30 und CHF 48'420.– ihrer Natur nach der Gesellschaft zukommen und im Rahmen der Liquidation als Gewinn hälftig unter den Parteien zu teilen sind.

### **E. 4.7.4**

Was das Geschäft mit Q.\_\_\_\_\_ betrifft, ist dagegen die Zuordnung zur einfachen Gesellschaft strittig. Die Beklagte macht zu diesem Geschäft geltend, sie sei von der Q1.\_\_\_\_\_, ..., mit der Suche von Geschäftslokalitäten an der ... [Strasse] in C.\_\_\_\_\_ für die Marke Q.\_\_\_\_\_ beauftragt worden. Daraufhin habe D.\_\_\_\_\_ diverse Geschäftslokalitäten in C.\_\_\_\_\_ evaluiert, mit E.\_\_\_\_\_ das Vor- gehen besprochen und ihr die Anfrage weitergeleitet. Unter Bezugnahme auf die Besprechung mit D.\_\_\_\_\_ und der Verantwortlichen Q1.\_\_\_\_\_ für die Marke Q.\_\_\_\_\_ habe die Klägerin der Q1.\_\_\_\_\_ eine erste Offerte für das Geschäftslokal an der ... [Adresse] im Januar 2009 (vgl. act. 12/3) zugestellt (act. 19 S. 12 f.). Die von der Klägerin genannte gemeinsame - sie wurde auf Firmenpapier mit der Adresse beider Parteien und gemeinsamem Logo übermittelt - Offerte der Parteien vom 27. Januar 2009 enthält den Hinweis, dass sie kommissionspflichtig sei, und es ist darauf ein Unterschriftenblock zur Zustimmung zu den "terms & conditions" der Parteien angebracht (act. 12/3 S. 2). Die Beklagte führt weiter aus, da dieses Lokal nicht den Wünschen von Q.\_\_\_\_\_ entsprochen habe, hätten die Parteien weitere Abschlussgelegenheiten nachgewiesen. So auch das Geschäftslokal an der ... [Adresse], welches sodann gemietet worden sei (act. 19 S. 13). Den Ablauf dieser weiteren Offerten an Q.\_\_\_\_\_ beschreibt die Beklagte nicht näher. Sie legt nicht dar, dass überhaupt und wann mit Q.\_\_\_\_\_ ein Mäklervertrag geschlossen wurde und inwiefern beide Parteien an dessen Ausführung beteiligt waren oder welchen Beitrag sie leistete. Ihrer Darstellung ist insbesondere nicht zu entnehmen, inwiefern die letztlich erfolgreiche Vermittlung des Geschäftslokals an der ... [Adresse] auf ein Zusammenwirken der Parteien zurückzuführen war. Zumal aber die Klägerin die Beteiligung der Beklagten an einem Mäklervertrag betreffend das Geschäftslokal an der ... [Adresse] bestreitet und den Abschluss eines Mäklervertrages mit Q.\_\_\_\_\_ erst nach Ende Mai resp. im Sommer 2009 erfolgter Auflösung der einfachen Gesellschaft und ohne Beitrag der Beklagten

- 21 - nach erneuter Kontaktaufnahme von Q.\_\_\_\_\_ mit ihr im September oder Oktober 2009 darlegt (act. 23 S. 2), vermag die Beklagte mit ihren Ausführungen keinen Anspruch auf einen Anteil an einer allfälligen Provision zu begründen. Ebenso besteht kein Anspruch auf Edition entsprechender Unterlagen.

### **E. 4.7.5**

Die Parteien behaupten gegenwärtig keine weiteren gemeinsam bearbeiteten Mäklerverträge, aus denen Überschüsse resultiert hätten, welche noch als Gewinne unter ihnen zu teilen wären. Die Verteilung der vorliegend festgestellten Gewinne der einfachen Gesellschaft kann damit vorgenommen werden. Ob der von beiden Parteien angebrachte Vorbehalt, allfällige weitere Ansprüche aus ihrer Zusammenarbeit noch geltend zu machen, in Anbetracht des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Liquidation (vgl. DANIEL STÄHELIN, a.a.O, N 3 zu Art. 548/549 OR, Urteil des Bundesgerichts 4A\_509/2010, HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 139 zu Art. 548-551 OR) von Bedeutung sein kann,

braucht hier nicht entschieden zu werden.

## **E. 4.8**

Zusammenfassung und Zins

### **E. 4.8.1**

Zusammengefasst sind die Provisionen aus den Geschäften I.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_ als Gewinn hälftig unter den Parteien zu teilen. Die Beklagte hat hiervon CHF 420'000.– zuzügl. 7.6 % MWSt., mithin CHF 451'920.–, erhalten, die Klägerin CHF 36'871.30 und CHF 48'420.– (beides inkl. MWSt.; act. 4/35 und 9/29). Im Rahmen der hälftigen Teilung der Gewinne ist daher die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Hälfte der Differenz zwischen den je vereinnahmten Provisionen zu bezahlen. Demnach ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 183'314.35 (CHF 451'920.– minus CHF 36'871.30 minus CHF 48'420.– = 366'628.70, davon die Hälfte) zu bezahlen.

### **E. 4.8.2**

Die Klägerin beantragt die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Verzugszins zu 5 % auf CHF 150'000.– ab 10. Juli 2009 und sodann auf dem gesamten geschuldeten Betrag ab 16. April 2010 (act. 1 S. 2). Nach Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien im Mai/Sommer 2009 mahnte die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 10. Juli 2009 die Zahlung ihres Anteils am Überschuss aus

- 22 - dem I.\_\_\_\_\_-Geschäft im Betrag von CHF 161'400.– und setzte der Beklagten eine Zahlungsfrist von 10 Tagen (act. 4/16). Zum Zeitpunkt dieser Mahnung konnte die Klägerin die Ausrichtung ihres Gewinnanteils verlangen, da ein Liquidationsgrund eingetreten war und keine Partei die Notwendigkeit von äusseren Liquidationshandlungen behauptet (vgl. DANIEL STÄHELIN, a.a.O., N 12 zu Art. 548 OR). Die Forderung wurde damit im Umfang dieser Zahlungsaufforderung am 20. Juli 2009 fällig; am 21. Juli 2009 geriet die Beklagte in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Sie ist deshalb zu verpflichten, auf dem Betrag von CHF 150'000.– ab dem 21. Juli 2009 5 % Verzugszins zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Betrag stellte die Klägerin der Beklagten am 22. März 2010 Rechnung mit Zahlungsfrist bis 1. April 2010 (act. 4/17). Verzugszins zu 5 % beantragt sie indes erst ab 16. April 2010 (act. 1 S. 2), weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, auf dem über CHF 150'000.– hinausgehenden Betrag von CHF 33'314.35 ab 16. April 2010 Verzugszins zu 5 % zu bezahlen.

### **E. 4.8.3**

Demzufolge ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 183'314.35 nebst Zins zu 5 % auf CHF 150'000.– ab 21. Juli 2009 und auf CHF 33'314.35 ab 16. April 2010 zu bezahlen. 5. Rechtsbegehren Ziffer 2 5.1. Mit dem Rechtsbegehren Ziffer 2 verlangt die Klägerin das Verbot der Verwendung der dort genannten E-Mailadressen durch die Beklagte (act. 1 S. 2). Sie macht geltend, die Beklagte erhalte über diese E-Mailadressen noch immer E-Mails, die nicht für sie, sondern für die Klägerin bzw. ihre Mitarbeitenden bestimmt seien und die Geschäftsgeheimnisse oder vertrauliche Informationen enthielten. Gerade erst tags zuvor habe eine E-Mailnachricht gerichtet an ...@....ch die Beklagte erreicht und sei von einem Mitarbeitenden der Beklagten, R.\_\_\_\_\_, innert Tagesfrist beantwortet worden. Ganz offensichtlich habe die Beklagte mindestens von der E-Mailadresse ...@....ch eine automatische Weiterleitung mindestens auf die E-Mailadresse eines Mitarbeitenden der Beklagten eingerichtet, was die Betreffzeile der Antwort

nahelege (act. 1 S. 25). Die Klägerin müsse befürchten, dass diese Massnahme einem routinemässig eingespielten Vorgehen entspreche.

- 23 - Jedenfalls sei der Anscheinsbeweis erbracht, dass die Beklagte regelmässig E-Mailnachrichten empfangen, die ganz offensichtlich für die Beklagte (recte: Klägerin) bzw. für deren Mitarbeitende gerade wegen der Eigenschaft als Mitarbeitende der Klägerin bestimmt seien (act. 1 S. 26). 5.2. Einzig in Bezug auf die E-Mailadresse ...@....ch macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe über diese im Zeitpunkt der Klageeinleitung tatsächlich noch eine E-Mail empfangen, weitergeleitet und beantwortet. Das Verbot zur Weiterverwendung der anderen aufgeführten E-Mailadressen begründet die Klägerin dagegen nur mit der Verwendung dieser einen Adresse. Voraussetzung eines Rechtsschutzinteresses der Beklagten zur Erhebung einer Unterlassungsklage ist jedoch, dass die Begehung einer widerrechtlichen Handlung unmittelbar droht (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, N 3a zu § 51 ZPO). Dass hinsichtlich der weiteren von der Klägerin aufgeführten E-Mailadressen ausser ...@....ch die Verwendung unmittelbar drohen würde, ist aufgrund der von der Klägerin vorgebrachten Tatsachen jedoch nicht ersichtlich. Sie betreffen nur die Verwendung der E-Mailadresse ...@....ch. Ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin für ein Verbot der Verwendung der E-Mailadressen ...@....ch, ...@....ag, ...@....ag, ...@....ch, ...@....ag, ...@....ch und ...@....ag besteht daher nicht. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 ist in diesem Umfang nicht einzutreten. Zudem ist festzuhalten, dass die Klägerin in ihrer Replikschrift bestätigt, dass alle genannten E-Mailadressen, somit auch ...@....ch, deaktiviert wurden (act. 15 S. 15). Damit ist ihr Unterlassungsbegehren betreffend die verbleibende E-Mailadresse ...@....ch gegenstandslos geworden. Das Rechtsbegehren Ziffer 2 der Klägerin erweist sich somit als gegenstandslos, soweit darauf einzutreten ist. 5.3. Im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Beklagte erklärt, sie resp. ihr Vertreter habe im Rahmen der Entflechtung den Auftrag erteilt, E-Mailadressen mit Hinweis auf die Klägerin zu deaktivieren. Soweit aber die von der Klägerin am 2. November 2010 an die Ad-

- 24 - resse ...@....ch gesandte Nachricht noch empfangen und am 3. November 2010 beantwortet wurde (act. 4/29-30), ist dieser Auftrag der Beklagten - obwohl gemäss ihrer Darstellung in ihrem Machtbereich - erst nach Klageeinleitung ausgeführt worden. Die Beklagte hat daher die Gegenstandslosigkeit bezüglich der E-Mailadresse ...@....ch zu vertreten. 6. Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4 6.1. Mit diesen Begehren verlangt die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten, ihr sämtliche an die in Ziffer 2 genannten Adressen eingegangene Korrespondenz seit 1. Juni 2009 herauszugeben (Rechtsbegehren Ziff. 3) und nach Zugehen einer separaten, von der Klägerin ausgehenden Löschungsaufforderung die gesamte auf ihren Systemen gespeicherte, an die Klägerin gerichtete E-Mailkorrespondenz von Dritten innert 10 Kalendertagen zu löschen, letzteres unter Androhung der Bestrafung der Organe der Beklagten nach Art. 292 StGB für den Fall der Widerhandlung (Rechtsbegehren Ziff. 4). Sie führt aus, die Beklagte habe diese E-Mailadressen im Rahmen der früher bestehenden Zusammenarbeit zwischen den Parteien für Mitarbeiter der Klägerin eingerichtet. Bis zur geschäftlichen Trennung sei die Nutzung der E-Mailadressen vereinbart gewesen. Mit Beendigung des gemeinsamen Auftretens sei die ursprüngliche Zustimmung zur Nutzung dieser E-Mailadressen hingegen dahingefallen. Nach Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien hätten die E-Mailadressen durch die Beklagte deaktiviert werden sollen. Mitarbeitende der Klägerin seien im Markt teilweise noch unter

der ihnen zwischen 2008 und 2009 überlassenen E-Mailadresse bekannt. Die Beklagte erhalte daher über diese E-Mailadressen noch immer E-Mails, die nicht für sie, sondern für die Klägerin bzw. ihre Mitarbeitenden bestimmt seien und die Geschäftsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen enthielten. Im Besonderen bringt die Klägerin vor, dass eine von ihr am 2. November 2010 an die E-Mailadresse ...@....ch gerichtete Nachricht die Beklagte erreicht habe und von einem gewissen R. \_\_\_\_\_ innert Tagesfrist in der Form beantwortet worden sei, dass er dem Absender seine Kontaktinformationen habe zukommen lassen und ihm geschrieben habe "Feel free to contact me and discuss your offer". Davor sei im Januar 2010 versehentlich eine E-Mail von S. \_\_\_\_\_ namens des klägerischen

- 25 - Kunden O. \_\_\_\_\_ an die Adresse ...@....ch oder ...@....ag geschickt worden, worauf die Beklagte dem Kunden in der Höhe des darin bestätigten Honorars Rechnung gestellt habe (act. 1 S. 23 ff.). Die Klägerin hält fest, dass die Beklagte über sämtliche E-Mailkorrespondenz verfüge, die im Zeitraum vom 1. Juni 2009 bis zur Einleitung der Klage über die der Klägerin zustehenden E-Mailadressen eingegangen seien und sie der Klägerin vorenthalte. Dies stelle eine Verletzung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs und überdies eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Klägerin (Art. 28 ZGB) dar. Diese Verletzung sei durch die Herausgabe der E-Mailkorrespondenz zu beseitigen. Den Anspruch auf Herausgabe der E-Mails leitet sie aus Art. 9 lit. b UWG und Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 DSGVO ab. Betreffend den Löschungsanspruch beruft sich die Klägerin ebenfalls auf Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 DSGVO und führt aus, das Speichern der E-Mailkorrespondenz sei eine ihr vorbehaltene Datenbearbeitung, die ohne ihre Zustimmung nicht erlaubt sei und gegen ihren ausdrücklichen Willen erfolge. Es sei eine Datenbearbeitung entgegen Treu und Glauben, sie sei intransparent und erfolge in Verletzung des Erkennbarkeitsgrundsatzes (Art. 4 Abs. 2, 3 und 4 DSGVO). 6.2. Die Beklagte wendet dagegen ein, D. \_\_\_\_\_ habe im Rahmen der Entflechtung den Auftrag erteilt, die E-Mailadressen mit Hinweis auf die Klägerin zu deaktivieren. Es sei falsch, dass die Beklagte noch heute über solche Adressen E-Mails erhalte. Bestritten werde auch, dass diese Geschäftsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen enthielten. R. \_\_\_\_\_ sei Mitarbeiter der U. \_\_\_\_\_ AG. Dass er dem Absender der E-Mail seine Kontaktdaten habe zukommen lassen, sei korrekt. Ein widerrechtliches Verhalten sei darin nicht zu erblicken. Die Beklagte sei nur Inhaberin der Domain "B3. \_\_\_\_\_ .ag". Der Nachweis, dass auch nur eine einzige für die Klägerin bestimmte E-Mail dieser Domain zugestellt worden sei, habe die Klägerin nicht dargetan. Die Beklagte habe weder Daten der Klägerin gegen Treu und Glauben noch intransparent oder gar in Verletzung des Erkennbarkeitsgrundsatzes bearbeitet. Auch gehe der Vorwurf des unlauteren Speicherns von E-Mailkorrespondenz ohne Zustimmung der Klägerin ins Leere.

- 26 - Es könne wohl kaum vom Inhaber einer Domain verlangt werden, dass er bei sämtlichen unaufgefordert erhaltenen E-Mails bei dem jeweiligen Absender die Erlaubnis betreffend unbearbeitetes Liegenlassen im Posteingang anfrage. Auch könne nicht verlangt werden, dass er überhaupt den Empfang einer E-Mail zur Kenntnis nehme (act. 8 S. 25 f.). 6.3. Die Klägerin behauptet für die Zeit nach dem 1. Juni 2009 nur in Bezug auf zwei an ihre ehemaligen Adressen gerichteten E-Mailnachrichten, dass sie von der Beklagten tatsächlich empfangen und bearbeitet wurden. Diese beiden Nachrichten betreffen die Adressen ...@....ch und eventuell auch ...@....ag (vgl. act. 1 S. 29 Rz. 116). Die Klägerin legt dagegen nicht dar, dass nach Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien auch an die

ihr zur Verfügung gestellten E-Mailadressen ...@....ch, ...@....ag, ...@....ch, ...@....ag, ...@....ch und ...@....ag noch von ihren Kunden an sie resp. ihre Mitarbeitenden gerichtete E-Mails gesandt und von der Beklagten empfangen (und bearbeitet) worden wären. Sie behauptet auch nicht, dass ein Test ihrerseits ergeben habe, dass an diese Adressen gesandte E-Mails noch empfangen worden seien. Auch nach ihrer Darstellung wurden über diese Adressen somit keine E-Mails mehr empfangen. Daher ist festzuhalten, dass es der Klägerin betreffend die E-Mailadressen ...@....ch, ...@....ag, ...@....ch, ...@....ag, ...@....ch und ...@....ag an einem rechtlichen Interesse zur Beurteilung von Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4 fehlt (§ 51 Abs. 1 ZPO/ZH). Demzufolge ist auf die Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4 hinsichtlich der E-Mailadressen ...@....ch, ...@....ag, ...@....ch, ...@....ag, ...@....ch und ...@....ag nicht einzutreten. Was die E-Mailadresse ...@....ag betrifft, behauptet die Klägerin einzig, die von S.\_\_\_\_\_ im Januar 2010 übermittelte E-Mail sei entweder an diese Adresse oder an ...@....ch gesandt worden. Welche E-Mailadresse es war, weiss sie aber nicht. Den Empfang der Nachricht über die Adresse ...@....ag bestreitet die Beklagte; dagegen lässt sie einen solchen über die Adresse ...@....ch unbestritten. Damit klärt die Beklagte die Ungewissheit; die E-Mail wurde an ...@....ch gesandt. Der Empfang von anderen E-Mails über die E-Mailadresse ...@....ag behauptet die Klägerin nicht. Auch eine Testnachricht, die empfangen worden wäre, bringt sie

- 27 - nicht vor. Als Folge ist ein rechtliches Interesse der Klägerin an der Beurteilung auch hinsichtlich ...@....ag zu verneinen und diesbezüglich auf die Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 nicht einzutreten. 6.4. Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen. Er darf insbesondere nicht ohne Rechtfertigungsgrund Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeiten (Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b DSGVO). Eine Verletzung der Persönlichkeit ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 12 Abs. 1 DSGVO). Klagen zum Schutz der Persönlichkeit im Zusammenhang mit dem Datenschutz richten sich nach den Art. 28, 28a und 28l ZGB (Art. 15 Abs. 1 DSGVO), d.h. wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Mit seiner Klage kann er dem Gericht unter anderem die Beseitigung einer bestehenden Verletzung beantragen (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), wobei er insbesondere verlangen kann, dass die Datenbearbeitung gesperrt wird, keine Daten an Dritte bekannt gegeben oder die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden (Art. 15 Abs. 1 DSGVO). 6.5. Entsprechend der Formulierung in Rechtsbegehren Ziffer 4 der Klägerin ist auch betreffend Rechtsbegehren Ziffer 3 festzuhalten, dass ein Rechtsschutzinteresse nur hinsichtlich von Dritten an die Klägerin gerichteten E-Mails bejaht werden kann. Hinsichtlich von der Klägerin selbst an die Adresse ...@....ch geschickten Nachrichten, insbesondere der E-Mail vom 2. November 2010 (act. 4/29), ist dagegen auf die Klage nicht einzutreten. 6.6. Was die von S.\_\_\_\_\_ namens des Kunden O.\_\_\_\_\_ im Januar 2010 an ...@....ch übermittelte Nachricht betrifft, bestreitet die Beklagte ihre Passivlegitimation. Indes blieb unbestritten, dass die Beklagte die betreffende E-Mailadresse im Rahmen der Zusammenarbeit der Parteien für die Klägerin, namentlich für deren Mitarbeitende E.\_\_\_\_\_, einrichtete und sie der Klägerin zur Nutzung überliess. Mit Beendigung der Zusammenarbeit endete auch die Nutzung, und die Beklagte sollte die Deaktivierung der Adresse vornehmen. Dazu erteilte der Verwaltungsrat

- 28 - und Geschäftsführer der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, gemäss ihrer eigenen Darstellung den Auftrag. Die Beklagte konnte demnach sowohl diese E-Mailadresse für die Klägerin einrichten und ihr überlassen, als auch die Nutzung wieder beenden und die Deaktivierung veranlassen. Die Beklagte ist daher dennoch Mitwirkende einer allfälligen Persönlichkeitsverletzung durch Bearbeitung dieser E-Mail, selbst wenn sie nicht als Inhaberin der Domain B3.\_\_\_\_\_.ch registriert ist. Die Beklagte ist passivlegitimiert gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB. Die E-Mail von S.\_\_\_\_\_ betraf den Vertrag zwischen O.\_\_\_\_\_ und der Klägerin, enthielt also Angaben, die sich auf die Klägerin bezogen. Es handelt sich dabei um Personendaten im Sinn von Art. 3 lit. a DSGVO. Vorliegend macht die Klägerin zunächst geltend, die Bearbeitung sei gegen ihren ausdrücklichen Willen erfolgt, und beruft sich damit auf Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO. Die Deaktivierung der E-Mailadressen war gemäss Darstellung beider Parteien mit der Beendigung der Zusammenarbeit im Sommer 2009 vorgesehen und hätte auf Veranlassung von D.\_\_\_\_\_ hin auch erfolgen sollen. Demnach war von den Parteien vorgesehen, dass von der Beendigung an keine E-Mails mehr über diese E-Mailadressen empfangen werden können. Insbesondere aber untersagte der klägerische Rechtsvertreter der Beklagten mit Schreiben vom 22. März 2010 unbestrittenermassen jede weitere Einmischung in den Geschäftsverkehr der Klägerin über die E-Mailadressen und forderte sie zu deren Deaktivierung auf (act. act. 4/17 S. 2). Die Bearbeitung der E-Mail von S.\_\_\_\_\_, worunter bereits dessen Aufbewahrung fällt (Art. 3 lit. e DSGVO), geschah somit entgegen dem ausdrücklichen Willen der Klägerin und verletzt damit ihre Persönlichkeit (Art. 12 Abs. 2 lit. b). Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht ersichtlich. Die Klägerin kann gestützt auf Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 DSGVO die Beseitigung dieser Persönlichkeitsverletzung verlangen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Beseitigung durch Vernichtung oder auch Herausgabe der persönlichkeitsverletzenden Unterlagen erfolgen (Urteil des Bundesgerichts 5C.26/2003 vom 27. Mai 2003, E. 4). Vorliegend ist daher die Nachricht von S.\_\_\_\_\_ namens O.\_\_\_\_\_ vom Januar 2010 der Klägerin in elektronischer Form herauszugeben. Wegen der durch den Empfang

- 29 - der beiden E-Mails belegten, unterlassenen Deaktivierung dieser E-Mailadresse nach Beendigung der Zusammenarbeit besteht sodann in der Tat die Möglichkeit, dass weitere, an die Klägerin gerichtete E-Mails von ihren Kunden auf der Adresse eingegangen und gespeichert wurden. Auch dies ist analog obiger Ausführungen eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit der Klägerin, betreffen sie doch ihren Geschäftsverkehr. Sie kann auch deren Beseitigung verlangen (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Die Beklagte ist zu verpflichten, auch sämtliche weiteren nach dem 1. Juni 2009 auf der E-Mailadresse ...@....ch eingegangenen, an die Klägerin gerichteten E-Mails von Dritten der Klägerin in elektronischer Form herauszugeben. Da kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Löschung erst auf erneute Aufforderung der Klägerin hin erfolgen sollte, ist die Beklagte ausserdem zu verpflichten, die Löschung sofort nach erfolgter Herausgabe vorzunehmen. Antragsgemäss hat diese Verpflichtung zur Löschung unter Androhung der Bestrafung der Organe der Beklagten mit Busse wegen Verstosses gegen Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung zu ergehen. 6.7. Zusammengefasst ist die Beklagte zu verpflichten, sämtliche nach dem 1. Juni 2009 auf der E-Mailadresse ...@....ch eingegangenen, an die Klägerin gerichteten E-Mails von Dritten der Klägerin in elektronischer Form herauszugeben. Ferner ist die Beklagte zu verpflichten, sofort nach dieser Herausgabe sämtliche nach dem 1. Juni 2009 auf die E-Mailadresse ...@....ch eingegangenen, an die Klägerin gerichteten E-Mails von Dritten zu löschen unter der Androhung der Bestrafung

ihrer Organe nach Art. 292 im Widerhandlungsfall. 7. Rechtsbegehren Ziffer 5 7.1. Die Klägerin verlangt in Ziffer 5 ihres Rechtsbegehrens, der Beklagten zu verbieten, Dritten Rechnung zu stellen für Leistungen, die sie erbracht hat. Dabei nimmt sie Bezug auf eine Rechnungsstellung der Beklagten vom 25. Januar 2010 an O. \_\_\_\_\_. Die Beklagte habe dort eine ihr versehentlich vermittelte Information aus einer an die ehemalige E-Mailadresse ...@....ch oder ...@....ag der Klägerin gerichteten E-Mail missbraucht, um in der dort genannten Höhe Rechnung zu stellen für eine Leistung, die ausschliesslich die Klägerin erbracht habe (act. 1 S. 27).

- 30 - 7.2. Die Beklagte wendet dagegen ein, es habe einen vorbestehenden Geschäftskontakt zwischen ihr und dem Kunden gegeben und sie habe diesen mit F. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ bekannt gemacht. Sie sei somit der Ansicht, dass ihr die Vermittlungsprovision zustehe. Sie habe einzig in ihrem Namen und auf ihrem Briefpapier dem Kunden die Rechnung zukommen lassen und darin liege kein verpöntes unlauteres Verhalten. Weder sei Bezug genommen auf die Klägerin noch sonst wie der Anschein erweckt worden, dass zwischen den Parteien eine vertragliche Bindung oder gar Identität bestehen würde (act. 8 S. 26 f.). 7.3. Betreffend Rechtsbegehren Ziffer 5 der Klägerin ist festzuhalten, dass eine erneute Rechnungsstellung der Beklagten für eine von der Klägerin erbrachte Leistung nicht unmittelbar droht. Denn gemäss Darstellung der Parteien handelte es sich bei dieser einzigen solchen Rechnungsstellung um eine Verknüpfung besonderer Faktoren, deren erneutes Zusammentreffen unwahrscheinlich ist. In jenem Fall gelangte ein Kunde der Klägerin aufgrund der noch aktivierten E-Mailadressen auf der Domain der Beklagten versehentlich mit der Bestätigung der Höhe der Provision an die Beklagte, welche in der Folge über diesen Betrag Rechnung stellte. Diese Konstellation erweist sich künftig als praktisch ausgeschlossen, zumal die E-Mailadressen inzwischen deaktiviert wurden und keine solche Informationen mehr fälschlicherweise an die Beklagte gelangen können. Darüber hinaus müsste es sich um einen von der Beklagten an die Klägerin vermittelten Kunden handeln, was nach Beendigung der Zusammenarbeit ebenfalls nicht mehr erfolgen dürfte. Aus diesem Grund ist nicht ersichtlich, dass die erneute Versendung einer Rechnung für Leistungen der Klägerin in der Höhe der dieser geschuldeten Provision durch die Beklagte unmittelbar drohen würde. Im Bezug auf dieses Begehren ist daher das Rechtsschutzinteresse der Klägerin zu verneinen. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 5 ist nicht einzutreten.

## **E. 8**

Prozesskosten

### **E. 8.1**

Beim vorliegenden Streitwert von CHF 235'960.– (inklusive 7.6 % MWSt; §§ 18 Abs. 1 und 22 Abs. 2 ZPO/ZH, act. 1 S. 5) ist die Gerichtsgebühr in Anwendung der § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 Ziff. 1 der Gerichtsgebührenverordnung vom 4. April 2007 auf CHF 20'000.– festzusetzen.

- 31 -

### **E. 8.2**

Nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH) sind die Kosten zu einem Fünftel der Klägerin und zu vier Fünfteln der Beklagten aufzuerlegen.

### **E. 8.3**

Ferner ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 14'400.– zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH, § 3 Abs. 1, § 6 lit. a und c AnwGebV vom 21. Juni 2006).

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