

ZH_HANDELSGERICHT HG190229 vom 7. Dezember 2021

Zh Handelsgericht, 2021-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG190229

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG190229 du 7 décembre 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG190229 del 7 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

des Hilfsbegehrens bezieht sich auf die Eigenumsätze im Zusammenhang mit den Magazinen E.____ 19, C.____ 19/20, D.____ 19/20, F.____ 20/21, G.____ 20, E.____ 20 und H.____ 20. Hierfür liegen für eine Bezifferung der Ansprüche bereits hinreichende Unterlagen vor, welche eine detaillierte Schätzung der hypothetischen Einnahmen zulassen und auf welche sich die Klägerin auch massgeblich stützt (vgl. Erw. 5.4.2.1. und 5.4.3.1.). Überdies darf vorausgesetzt werden, dass die Klägerin über alle notwendigen Informationen verfügt, um darzulegen, welche provisionsrelevanten Geschäfte sie selber für die Beklagte bis zum Ende der Vertragslaufzeit vermittelt hätte. Weitere Auskünfte sind für die Bezifferung ihres Schadenersatzanspruchs nicht notwendig. Ziffer 1.2. des Hilfsbegehrens bezieht sich auf die tatsächlichen Totalumsätze im Zusammenhang mit den Magazinen E.____ 19, C.____ 19/20, D.____ 19/20, - 37 - F.____ 20/21, G.____ 20, E.____ 20 und H.____ 20. Die tatsächlich nach der Kündigung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin mit diesen Magazinen erzielten Umsätze sind jedoch zur Berechnung des Provisionsanspruchs nicht relevant. Vielmehr ist entscheidend, wie hoch die Totalumsätze ausgefallen wären, wenn das Vertragsverhältnis nicht aufgelöst worden wäre. Wie bereits ausgeführt ist hierzu im Sinne einer Schätzung darauf abzustellen, was in vergleichbaren Perioden zu einem früheren Zeitpunkt mit den entsprechenden Magazinen erwirtschaftet worden ist. Hierfür wäre es der Klägerin möglich und zumutbar gewesen, auf entsprechende Daten früherer Jahre zurückzugreifen. Da sowohl die Vereinbarung 2018 als auch die vorangehende Vereinbarung eine Provisionsberechtigung der Klägerin bzw. I.____ am Gesamtumsatz vorsahen, musste die Klägerin bzw. I.____ zwangsläufig über die von den anderen Beteiligten erzielten Umsätze informiert werden. Die Vereinbarung 2018 sah dies auch explizit vor (act. 3/4 Ziffer 2.3.). Dass die Klägerin über die entsprechenden Daten tatsächlich verfügte, ergibt sich aus der von ihr gestellten Rechnung für das Jahr 2018 (vgl. act. 3/6) und ihrer Abrechnung für das Jahr 2018 (vgl. act. 3/63). Demnach waren die in Ziffer 1.2. des Hilfsbegehrens verlangten Auskünfte zur Bezifferung der hypothetischen Gesamtumsätze nicht notwendig. Die im Zeitpunkt der Klageerhebung vorliegenden Informationen reichten aus, um den Schadenersatzanspruch zu beziffern, weshalb auch kein Raum für das in Ziffer 1.3. des Hilfsbegehrens enthaltene Begehren besteht. Da es bereits an der Voraussetzung der Unmöglichkeit der Bezifferung der Ansprüche fehlt, kann offen bleiben, ob ein materiellrechtlicher Anspruch auf Auskunftserteilung besteht. Auf die Hilfsbegehren der Klägerin gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1.1., 1.2. und 1.3. ist nicht einzutreten.

E. 1.1.1

Unter Berufung auf ein Informationsdefizit beziffert die Klägerin ihre Forderungen teilweise (Rechtsbegehren 2., 4. und 5.) nur vorläufig und verbindet sie mit einem Begehren um Auskunftserteilung gestützt auf einen materiellrechtlichen Informationsanspruch (act. 1 Rz. 3 und Rz. 84). Es handelt sich um eine Stufenklage.

E. 1.1.2

Die Erhebung einer Stufenklage im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO ist unter drei Voraussetzungen zulässig. Grundvoraussetzung ist das Bestehen eines materiellen Hilfsanspruchs, der präparatorisch zum Hauptanspruch steht. Der Umfang des Hilfsanspruchs ergibt sich aus dem anwendbaren materiellen Recht.

- 9 - Die weiteren Voraussetzungen der Stufenklage sind die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Bezifferung des Hauptanspruches bei Prozessbeginn und die Erfüllung der Anforderungen der objektiven Klagehäufung. Unmöglich ist die Bezifferung, wenn die genaue Höhe des Anspruches dem Kläger nicht bekannt ist und die Unkenntnis auf Tatsachen beruht, welche in der Sphäre des Beklagten liegen. Unzumutbarkeit besteht, wenn sich die Forderungshöhe nur mittels vorsorglicher Beweisaufnahme, vorsorglicher Expertise oder selbstständigen Verfahrens auf Auskunft ermitteln lässt. In prozessualer Hinsicht setzt die objektive Klagehäufung voraus, dass die gleiche Partei aus den gehäuften Ansprüchen passivlegitimiert ist, die gleiche Verfahrensart und die gleiche sachliche und örtliche Zuständigkeit besteht (STÄHLI, in: AJP 2021, Urteilsbesprechung von 4A_614/2020, S. 1056). Im Rahmen der Stufenklage muss die klagende Partei einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Nach erteilter Auskunft ist die Forderung zu beziffern. Da dem Auskunfts- bzw. Informationsbegehren bei der Stufenklage lediglich Hilfsfunktion in Bezug auf das Hauptbegehren zukommt, bemisst sich der Streitwert regelmässig nach dem Hauptbegehren (FÜLLEMANN, in: DIKE- Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., 2016, N 4 f. zu Art. 85).

E. 1.1.3

Die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung (gleiche Partei passivlegitimiert, gleiche Verfahrensart und gleiche sachliche und örtliche Zuständigkeit) sind vorliegend erfüllt und die Klägerin hat für ihre Ansprüche sowie den Streitwert (spätestens mit dem in der Replik ergänzten Rechtsbegehren) einen Mindestwert angegeben. Ausschlaggebend für das Eintreten auf die Hilfsbegehren ist vorliegend, ob die Auskunftserteilung zur Bezifferung der klägerischen Ansprüche notwendig ist. Dies wird nachfolgend in Erw. 6. erörtert. Es ist auf die dortigen Erwägungen und Schlussfolgerungen zu verweisen.

E. 1.2

Zuständigkeit Der vorliegende Streit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider im Handelsregister eingetragenen Parteien. Die Klägerin beziffert den vorläufigen Streitwert mit CHF 320'312.97 (act. 1 Rz. 3). Die örtliche Zuständigkeit leitet sie aus dem Sitz der

- 10 - Beklagten in Zürich bzw. aus einer Gerichtsstandsklausel in der Vereinbarung 2018 ab (act. 1 Rz. 4, act. 3/4). Die Beklagte äusserte sich nicht dazu. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit ist gegeben.

E. 1.3

Klageänderung In ihrer Replik änderte die Klägerin ihre Rechtsbegehren Ziffer 2., 4. und 5. insofern, als sie die Begehren gestützt auf die ihr vorliegenden Berechnungsgrundlagen

einstweilen bezifferte (act. 24 S. 2). Diese Ergänzung stellt eine zulässige Klageänderung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO dar.

E. 2

Aktivlegitimation

E. 2.1

Parteistandpunkte Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin. Die Beklagte habe sich in der Vereinbarung 2018 nicht nur gegenüber der Klägerin, sondern auch gegenüber I._____, verpflichtet (act. 12 Rz. 7 ff.). Die Aufnahme von I._____ führe indessen nicht zu Solidargläubigerschaft. Vielmehr sei von einer Teilgläubigerschaft auszugehen. I._____'s Ansprüche könnten daher nicht von der Klägerin geltend gemacht werden. Die Aktivlegitimation der Klägerin sei mangels genauer Identifizierung des der Klägerin allfällig zustehenden Teils des Gesamtbetrags nicht gegeben (act. 12 Rz. 15). Die Klägerin hingegen erachtet sich als berechtigt, selbständig die ganze Provision zu fordern. Sie beruft sich vor allem auf die vorhergehende Vereinbarung 2014 (act. 3/5), worin nur die Klägerin als Vertragspartei aufgenommen und die Bezeichnung "A._____ oder A'._____" im Sinne eines Synonyms gewählt worden sei (act. 1 Rz. 8). Die Aufnahme von I._____ als Vertragspartei in der Vereinbarung 2018 sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass die Klägerin und I._____ auf die natürliche Person reduziert identisch seien. Die Bezeichnungen seien auch hier synonym verwendet worden (act. 1 Rz. 9). Die Provisionen seien sowohl unter der alten als auch unter der neuen Vereinbarung über die Klägerin bezogen worden. Es sei zwischen den Parteien immer klar geregelt gewesen und auch so gelebt worden, dass die Klägerin berechtigt ist,

- 11 - selbständig die ganze Provision zu verlangen. Eine deutliche Abgrenzung zwischen der Bezeichnung der Klägerin und I._____ sei von den Parteien nicht gewollt gewesen (act. 1 Rz. 10 f.).

E. 2.2

Rechtliche Grundlagen Eine Mehrzahl von Gläubigern kann an ein und derselben Forderung in verschiedener Weise beteiligt sein. Bei der Teilgläubigerschaft ist die Forderung unter mehrere Gläubiger derart aufgeteilt, dass jeder berechtigt ist, nur einen Teil der Leistung zu fordern. Fehlt eine vertragliche Abrede über die Grösse der einzelnen Teile, wird die Forderung nach Köpfen aufgeteilt

(GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, 10. Aufl., 2014, Band II, N 3656 ff.). Bei der Einzelgläubigerschaft steht die gesamte Forderung jedem Gläubiger ungeteilt und selbständig zu. Jeder Gläubiger ist berechtigt, ohne Mitwirkung der anderen das Ganze zu verlangen. Der Schuldner hat dabei nur einmal zu leisten und wird dadurch befreit. Ist jeder Gläubiger unter den gleichen Voraussetzungen berechtigt, die ganze Leistung an sich selbst zu verlangen, liegt eine Solidargläubigerschaft vor (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 3661 ff.). Solidarität entsteht von Gesetzes wegen oder durch vertragliche Abrede (Art. 150 Abs. 1 OR). Dahingehende Willenserklärungen können, müssen aber nicht, ausdrücklich sein. Vielmehr gilt der Grundsatz der Formfreiheit, sodass eine Solidargläubigerschaft auch durch stillschweigende Willenserklärungen begründet werden kann, wobei eine gewisse Zurückhaltung angebracht scheint (KRAUSKOPF, in: ZK zum OR, 3. Aufl., 2016, N. 29 f. zu Art. 150). Die blosse Teilberechtigung gilt nach herrschender Lehre bei teilbaren vertraglichen Leistungen (d.h. insb. Geldforderungen) als Regel. Dies bedeutet, dass derjenige Gläubiger, welcher seine

solidarische Berechtigung auf die ganze Forderung behauptet, dies nötigenfalls mittels Erbringung der entsprechenden Nachweise (z.B. Solidarberechtigung aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder aufgrund gesetzlicher Vorschrift) zu erstellen hat (KRATZ, in: BK zum OR, 2015, N 42 zu Art. 150).

- 12 - Die Ermittlung des Vertragsinhalts kann entweder aufgrund subjektiver oder objektivierender (normativer) Vertragsauslegung erfolgen. Die subjektive Vertragsauslegung hat den Vorrang vor der objektivierenden und will den tatsächlich vorhandenen Willen feststellen. Lässt sich der tatsächliche Wille nicht ermitteln, muss durch objektivierende Auslegung der individuelle konkretisierte mutmassliche Wille der Parteien gesucht werden. Die Willenserklärungen sind dabei aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Der Richter hat m.a.W. das als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien mit ihrer Wortwahl oder ihrem Verhalten ausgedrückt und gewollt hätten. Die Willenserklärungen sind aber nicht nur nach ihrem Wortlaut und dem Zusammenhang, in dem sie stehen, zu beurteilen, sondern auch nach den Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind (KREN KOSTKIEWICZ, in: OFK zum OR, 3. Aufl., 2016, N 4 ff. zu Art. 18).

E. 2.3

Würdigung Die Vereinbarung 2018 führt auf Seite 1 explizit die Beklagte, die Klägerin und I._____ als Vertragsparteien auf, wobei die drei Parteien durch die Konjunktion "und" verbunden werden (act. 3/4). Diese Darstellung spricht gegen die Behauptung der Klägerin, wonach "A._____" und "A'._____" als Synonyme verwendet wurden. Die Bezeichnung impliziert vielmehr, dass die Parteien sowohl die Klägerin als auch I._____ berechtigen und verpflichten wollten. Auch aus dem Umstand, dass im vorhergehenden Vertrag I._____ nicht als Vertragspartei aufgeführt wurde (act. 3/5) lässt sich nichts anderes ableiten. Im Gegenteil: Dass die Vereinbarung in dieser Hinsicht geändert wurde, deutet auf die Absicht der Parteien hin, neu nicht nur die Klägerin, sondern auch I._____ selber zu verpflichten und zu berechtigen. Andernfalls hätte es keinen Grund für die Änderung gegeben. Vor diesem Hintergrund ist von einer Gläubigermehrheit auszugehen. In Ziffer 2.1. und 2.2. der Vereinbarung 2018 wird unter dem Titel "Entschädigung von A._____ und A'._____" Folgendes festgehalten: "A._____/A'._____ haben Anspruch auf eine Provision aus dem Verkauf von Anzeigen (...)". Ob

- 13 - die Parteien mit dieser Formulierung A._____ und I._____ im Sinne einer Teil- oder einer Einzelgläubigerschaft berechtigen wollten, ist der Vereinbarung selber nicht zu entnehmen. Die Vereinbarung ist auslegungsbedürftig. Die Klägerin führt sinngemäss aus, es habe dem tatsächlichen Willen der Parteien entsprochen, dass die Klägerin berechtigt sei, die gesamte Provision selbständig zu verlangen (act. 1 Rz. 11). Die Beklagte ihrerseits führt zum tatsächlichen Parteiwillen aus: "(...) wollten die Klägerin, I._____ und die Beklagte explizit beide Parteien, also die Klägerin und I._____, aufgeführt haben und dies abweichend von der Vereinbarung 2014, um I._____ persönlich als Vertragspartei zu haben, sollte die Klägerin in finanzielle Schieflage geraten" (act. 12 Rz. 10). Dies impliziert, dass die Beklagte in erster Linie die Klägerin berechtigen und verpflichten wollte und nur subsidiär im Sinne einer Absicherung I._____ persönlich. Dieser Intention ist mit einer Solidargläubigerschaft eher gedient als mit einer Teilgläubigerschaft, was darauf hindeutet, dass sich die Parteien in Bezug auf die volle Berechtigung/Verpflichtung

der Klägerin im Sinne eines tatsächlichen Konsenses einig waren. Dafür spricht auch das Verhalten der Parteien, insbesondere dass die Klägerin die bisherige Vorgehensweise auch unter der Vereinbarung 2018 fortgeführt hat und Rechnung für ihre Leistungen gestellt hat (vgl. Rechnung vom 10. Dezember 2018, act. 3/6), ohne dass ihre volle Berechtigung an der Forderung von der Beklagten beanstandet worden wäre. Vielmehr wurde der in Rechnung gestellte Betrag von der Beklagten bei ihrer Abrechnung vollständig berücksichtigt (vgl. act. 3/7). Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass sich kein übereinstimmender tatsächlicher Wille ermitteln liesse, spräche eine objektivierende Auslegung für eine Solidargläubigerschaft: Hätten vernünftig handelnde Parteien eine Teilgläubigerschaft gewollt, hätten sie definiert, welche vertraglichen Rechte der Klägerin und welche I._____ zukommen. Zudem passt auch das in der Formulierung "A._____/A'._____" verwendete Zeichen "/" nicht zu einer Teilgläubigerschaft, da es gemeinhin auch als "oder" verstanden wird. Eine vernünftige, redlich handelnde Partei würde die Verwendung dieses Zeichens vielmehr so verstehen, dass sowohl die Klägerin als auch I._____ berechtigt ist, die Provision einzufordern. Demnach ist von der Aktivlegitimation der Klägerin auszugehen.

- 14 -

E. 3

Qualifikation und Inhalt des Vertrages

E. 3.1

Parteistandpunkte Die Klägerin qualifiziert das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Agenturvertrag i.S.v. Art. 418a ff. OR (act. 1 Rz. 69 ff.). Die Beklagte geht von einem Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR aus (act. 12 Rz. 40 ff.).

E. 3.2

Rechtliche Grundlagen Agent ist, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen (Art. 418a Abs. 1 OR). Der Vermittlungsagent ist selbständiger und dauernder Vermittler von Vertragsabschlüssen. Vermitteln heisst, einen anderen zum Abschluss eines Geschäfts mit dem Auftraggeber zu veranlassen. Der Vermittlungsagent soll durch seine Einwirkung den Dritten dahin bringen, dass er zum Abschluss bereit ist. Der Abschlussagent übernimmt die Verpflichtung, im Namen und für Rechnung eines anderen Geschäfte abzuschliessen. Seine Tätigkeit erstreckt sich darauf, Verträge zu Stande zu bringen. Er ist dauernder bevollmächtigter Vertreter (BÜHLER, in: ZK zum OR, 3. Aufl., 2000, N 10 ff. zu Art. 418a OR). Der Agent ist selbständiger Gewerbetreibender. Massgeblich ist, ob der Agent in der Gestaltung seiner Tätigkeit und der Bestimmung seiner Arbeitszeit frei und selbständig ist oder ob er an die Weisungen der vertretenen Firma gebunden ist (BÜHLER, a.a.O., N 17). Den Agenturvertrag unterscheidet vom einfachen Auftrag, dass der Agent dauernd für den Auftraggeber tätig ist und der Auftraggeber verpflichtet ist, alles zu tun, um dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit zu ermöglichen. Aus der Verpflichtung, dauernd für den Auftraggeber tätig zu sein, ergibt sich gegenüber dem gewöhnlichen Beauftragten eine grössere wirtschaftliche Abhängigkeit des Agenten. Der Agenturvertrag kann im Gegensatz zum einfachen Auftrag (unter Vorbehalt eines wichtigen Grundes) nur unter Einhaltung von Kündigungsfristen aufgelöst werden, sofern er nicht auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen wurde (BÜHLER, a.a.O., N 35 ff.).

E. 3.3

Würdigung Es ist unbestritten, dass die Parteien (und I._____) am 1. Oktober 2018 eine Vereinbarung mit dem in act. 3/4 dokumentierten Inhalt geschlossen haben. Die Vereinbarung ersetzt unbestrittenermassen die früheren Verträge, namentlich jenen vom 31. Dezember 2014 (nachfolgend Vereinbarung 2014, act. 3/5). Die Vereinbarung 2018 definiert die Pflichten der Klägerin bzw. I._____ nicht explizit. Sie ergeben sich implizit einerseits aus Ziffer 2. der Vereinbarung. Darin wird festgehalten, dass die Klägerin bzw. I._____ aus dem Verkauf von Anzeigen einen Provisionsanspruch haben. Andererseits wird in Ziffer 3. die Entschädigung "anderer" Leistungen geregelt. Worum es sich dabei handelt, wird nicht definiert; es wird jedoch festgehalten, dass solche nur mit vorgängigem schriftlichen Auftrag zu erbringen sind (act. 3/4 Ziffer 3.1.). Die Vereinbarung ist befristet bis am 31. Dezember 2020. Dass die Klägerin bzw. I._____ bei ihrer Tätigkeit an Weisungen der Beklagten gebunden gewesen wären oder ihre Tätigkeit in anderer Weise nicht selbständig hätten bestimmen können, wird von keiner Partei behauptet. Der Schwerpunkt des Vertrages liegt damit in der dauerhaften (bis zum Ende der Vertragslaufzeit) Vermittlung von Geschäften für die Beklagte. Ob die Geschäfte nur zu vermitteln oder auch im Namen der Beklagten abzuschliessen sind, ergibt sich nicht explizit aus dem Vertrag. Die Parteien führen dazu übereinstimmend aus, dass ein Inserateverkauf jeweils von der Beklagten habe genehmigt werden müssen (act. 1 Rz. 71, act. 12 Rz. 43). Mangels einer Ermächtigung zum Vertragsabschluss ist demnach von einer bloss vermittelnden Tätigkeit auszugehen. Der Vertrag ist daher vorwiegend als Vermittlungsagenturvertrag zu qualifizieren. Daran ändert der Umstand nichts, dass der Klägerin bzw. I._____ in Ziffer 4. der Vereinbarung ein Anspruch auf Spesen eingeräumt wird. Art. 418m OR sieht zwar vor, dass der Agent keinen Anspruch auf Ersatz für die im regelmässigen Betrieb seines Geschäftes entstandenen Kosten und Auslagen hat. Die Bestimmung steht jedoch explizit unter dem Vorbehalt, dass nichts anderes vereinbart ist. Es handelt sich damit nicht um ein unverzichtbares

- 16 - Charakteristikum des Agenturvertrages, dass keine Spesenentschädigung zu leisten ist. Die in Ziffer 3. der Vereinbarung 2018 enthaltenen Bestimmungen über andere Leistungen haben hingegen auftragsrechtlichen Charakter. Dies macht die Vereinbarung zu einem gemischten Vertrag. Die Parteien sind sich einig, dass die Vertragsbeziehung mit der Vereinbarung 2018 reorganisiert werden sollte. Darauf wird auch in der Präambel Bezug genommen. Worin die Reorganisation genau besteht, ergibt sich nicht aus dem Vertragstext. Die Klägerin behauptet, die Veränderung habe im Wesentlichen darin bestanden, die in der Vereinbarung 2014 der Klägerin bzw. I._____ zugeteilten Aufgaben (Unterstützung im Aufbau einer Salesgruppe, Direktverkauf von Anzeigen, Kundenbetreuung und Koordination von Events) auf die Vermittlung von Anzeigen zu beschränken. Darüber hinaus sei der Aufgabenbereich der Klägerin neu auf bestehende Kunden eingeschränkt worden (act. 1 Rz. 20 f.). Diesbezüglich besteht Uneinigkeit. Die Beklagte macht geltend, die Hauptaufgabe der Klägerin unter der Vereinbarung 2018 sei vielmehr die Neukundenakquise gewesen; die Bestandskunden seien fortan von N._____, O._____ und P._____ betreut worden (act. 2 Rz. 66, 94). Die Urkunden sprechen indessen für die Darstellung der Klägerin: Mit E-Mail vom 20. April 2018 liess I._____ P._____ eine Liste von 125 Kunden zukommen, die er weiterbetreuen wollte. Dabei hob er jene Kunden hervor, welche er freigeben wolle, "wenn der Neue näher dran ist resp. einen direkteren

Zugang hat". Überdies hielt I._____ in dieser E-Mail fest, dass es vorkommen könne, dass er auch Neukundenkontakte habe. Diesfalls würde er sich absprechen, um Überschneidungen zu vermeiden (act. 3/11). Die Beklagte behauptet nicht, dass sie angesichts dieses Vorgehens von I._____ Protest geäußert habe. Sie hat sich weder zu dieser E-Mail geäußert noch aussagekräftige Beweismittel für ihre eigene Version offeriert (act. 2 Rz. 66 f.). Die von ihr angebotenen Beweismittel (Zeugenbefragung von N._____, Parteibefragungen) vermögen an dem durch dieses Schreiben vermittelten Eindruck nichts zu ändern. Die Umstände lassen keinen anderen Schluss zu, als dass sich die Parteien im Rahmen der Reorganisation einig wurden, die Zuständigkeit von I._____ fortan im Wesentlichen auf die in der Liste in act. 3/11 aufgeführten Bestandskunden zu beschränken. Dies deckt sich auch mit Ziffer 5.

- 17 - der Vereinbarung, worin festgehalten wird, dass I._____ den bisherigen Kunden und Partnern weiterhin erhalten bleibe (act. 3/4).

E. 4

Beendigung des Vertragsverhältnisses

E. 4.1

Resolutivbedingung

E. 4.1.1

Parteistandpunkte Die Beklagte erachtet das Vertragsverhältnis per 1. Januar 2019 als aufgelöst, weil die Klägerin den neuen Verlagsleiter O._____ nicht wie vereinbart bei den bestehenden Kunden eingeführt habe. Sie beruft sich auf Ziffer 6.1. der Vereinbarung 2018 (act. 12 Rz. 19, 29, 45). Sie spekuliert, dass die Klägerin den reibungslosen Übergang der Kundenbeziehungen verhindert habe, um weiterhin Provisionen auf Eigenumsätzen zu generieren und Inseratekunden der Beklagten auf M._____ umzulenken (act. 31 Rz. 36). Die Beklagte stützt sich insbesondere auf den Umstand, dass der von O._____ erzielte Nettoumsatz im Jahr 2018 unbefriedigend, namentlich unter CHF 90'000.– geblieben sei, was belege, dass er von der Klägerin nicht vereinbarungsgemäss eingeführt worden sei (act. 31 Rz. 37 ff.). Die Beklagte zitiert überdies eine Aktennotiz von Q._____ an den Verwaltungsrat der Beklagten und die Provisionsabrechnung 2018 (act. 14/9, 14/17). Die Klägerin bestreitet den Eintritt einer Resolutivbedingung. Es sei nicht nachvollziehbar, worauf sich die Beklagte konkret beziehe, zumal Anhang 1, auf welchen Ziffer 6.1. der Vereinbarung 2018 verweise, gar nicht existiere. Das weitere Verhalten der Beklagten zeige zudem, dass auch sie nicht davon ausgegangen sei, dass die Bedingung eingetreten ist. Die Einführung von O._____ durch die Klägerin habe stattgefunden und sei nach Plan verlaufen. Selbst wenn der Vertrag durch Bedingungseintritt aufgelöst worden wäre, würde die Klägerin ihren Hauptanspruch nicht verlieren (act. 24 Rz. 19 ff., 84).

E. 4.1.2

Rechtliche Grundlagen

- 18 - Ein Vertrag, dessen Auflösung vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht worden ist, verliert seine Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt, in welchem die Bedingung erfüllt wird (Art. 154 Abs. 1 OR).

E. 4.1.3

Würdigung Die Vereinbarung 2018 enthält in Ziffer 6.1. folgende Klausel: "Diese Vereinbarung tritt per sofort mit Unterzeichnung in Kraft und wird unter der auflösenden Bedingung geschlossen, dass A._____/A'._____ bis spätestens am 31. Dezember 2018 den neuen Verlagsleiter, O._____, bei sämtlichen auf Anhang 1 zu dieser Vereinbarung bestehenden Kunden eingeführt hat." (act. 3/4 S. 3). Die Beklagte wirft der Klägerin vor, sie habe O._____ "bei weitem nicht bis zum 31. Dezember 2018 bei den Kunden eingeführt". Dabei unterlässt sie es nicht nur näher darzulegen, was I._____ bzw. die Klägerin konkret hätte tun müssen, um O._____ "einzuführen", sondern auch bei welchen Kunden diese Einführung hätte erfolgen müssen. Auch aus der Vereinbarung selber geht nicht hervor, was die Parteien mit der unklaren Formulierung gemeint haben. Es wäre an der Beklagten gewesen – zumal sich die Klägerin der Behauptung widersetzt hat (act. 24 Rz. 19 ff.) – darzulegen, was die Parteien mit dieser Vertragsklausel gemeint haben und welche Handlungen I._____ bzw. die Klägerin in Bezug auf welche Kunden konkret hätte vornehmen müssen, um die Resolutivbedingung nicht zu erfüllen. Da nicht klar ist, was I._____ bzw. die Klägerin unter dem Titel "Einführung bei den Kunden" hätten tun müssen, kann auch aus den Umsatzzahlen des neuen Verlagsleiters nichts abgeleitet werden. Dem Wortlaut der Bedingung lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, ob und in welchem Ausmass sich die "Einführung bei den Kunden" auf die Umsatzzahlen auswirken müsste. Fraglich bleibt auch, ob sich ein entsprechendes Verhalten überhaupt massgeblich auf die Umsatzzahlen 2018 hätte auswirken können, zumal zwischen Abschluss der Vereinbarung und dem Jahresende nur gerade drei Monate lagen. Daher ist nicht von einer Auflösung des Vertrages durch Eintritt der in Ziffer 6.1. der Vereinbarung enthaltenen Bedingung auszugehen.

- 19 -

E. 4.2

Fristlose Kündigung

E. 4.2.1

Parteistandpunkte Sodann stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, das Vertragsverhältnis sei durch die Kündigung vom 28. Dezember 2018 aufgelöst worden (act. 12 Rz. 17 f.). Sie beruft sich auf eine Kündigung gemäss Art. 404 Abs. 1 OR, eventualiter – sollte von einem Agenturvertrag ausgegangen werden – auf eine Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne von Art. 418r Abs. 2 OR i.V.m. Art. 337 Abs. 2 OR (act. 12 Rz. 46 ff.). Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, neue Erkenntnisse hätten zur Kündigung geführt (act. 12 Rz. 37). Namentlich sei nach dem Erscheinen des ersten Magazins von M1._____ klar geworden, dass I._____ bzw. die Klägerin mit dem Magazin M1._____ entgegen anfänglicher Beteuerungen ein Konkurrenzprodukt aufgebaut habe. Die Klägerin habe die wichtigsten Kunden der Beklagten abgeworben und absichtlich eine Verwechslungsgefahr geschaffen, was gegen die Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb verstosse (act. 12 Rz. 35, 39, 50, 53, 78, 82). Die Klägerin bestreitet das Vorliegen eines wichtigen Grundes, welcher eine sofortige Kündigung rechtfertigen würde. Insbesondere macht sie geltend, das Engagement von I._____ für M._____ sei der Beklagten schon seit Mitte 2017 bekannt gewesen und sei zwischen den Parteien im Jahr 2018 eingehend diskutiert worden. Die Diskussion habe zum Ausscheiden von I._____ aus dem Verwaltungsrat am 25. Juni 2018 geführt. Trotz der Vorgeschichte sei die Beklagte aber mit der weiteren Zusammenarbeit explizit einverstanden gewesen. Zudem konkurrenzieren das Magazin M._____ die von der

Beklagten herausgegebenen Magazine nicht und es seien auch keine Inserate abgeworben worden. Schliesslich sei festzuhalten, dass ein Agent auch für andere Auftraggeber tätig sein dürfe, sofern nichts anderes vereinbart worden sei. Ein Konkurrenzverbot hätten die Parteien nicht vereinbart (act. 1 Rz. 80 f.).

E. 4.2.2

Unbestrittener Sachverhalt

- 20 - Es ist unstrittig, dass sich die Klägerin bzw. I._____ spätestens seit Beginn des Jahres 2017 aktiv für eine Zusammenarbeit mit der Herausgeberin des Magazins M._____ einsetzte. Dies legte die Klägerin bzw. I._____ gegenüber der Beklagten offen (act. 1 Rz. 50 ff., act. 12 Rz. 76). Es fanden diesbezügliche Gespräche zwischen I._____, R._____ (damals Herausgeber von M._____) und P._____ seitens der Beklagten statt. Diskutiert wurde unter anderem die Integration von M._____ in die Beklagte. Eine Zusammenarbeit zwischen den beiden Herausgebern kam aber nicht zustande (act. 1 Rz. 55 f., act. 12 Rz. 76). In der Folge wollte I._____ eine mögliche Beteiligung an M._____ persönlich weiterverfolgen. Auch dies legte er offen und erkundigte sich explizit bei der Beklagten nach allfälligen Einwänden (act. 1 Rz. 56 f.). Die Thematik wurde unter anderem an der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 20. März 2018 besprochen. Im entsprechenden Protokoll wurde festgehalten (act. 1 Rz. 58, act. 3/48): "A'._____ teilt dem Verwaltungsrat mit, dass er als Privatperson, nicht als Vertreter der B._____ mit Herrn R._____ von der L._____ AG in Kontakt steht. Er äussert zudem seine Unzufriedenheit bezüglich der fehlenden Antwort auf die Offerte von Herrn R._____ respektive der falschen Interpretation eines kursierenden Mails. CH widerspricht und zeigt klar auf, dass keine Offerte im Raume steht oder stand und eine klare Antwort nach dem Treffen verfasst wurde. Seitens des Verwaltungsrates ist der Fall abgeschlossen. Es wird aber festgehalten, dass die Vorgehensweise von A'._____ in seiner Mehrfachfunktion bei B._____ sehr kritisch beurteilt wird - man kann einen privaten Kontakt aber nicht verbieten." In der Folge konkretisierte sich das Vorhaben von I._____ bezüglich einem persönlichen Engagement für M._____ weiter (act. 1 Rz. 59 ff.). Die Beklagte wurde darüber aktiv informiert. So schrieb I._____ P._____ per E-Mail am 19. Mai 2018 unter anderem Folgendes (act. 3/50): "Nachdem deine Verhandlungen mit L._____ leider nicht erfolgreich waren, habe ich u.a. an der letzten VR-Sitzung informiert, dass ich das Projekt somit selber zu realisieren versuche. Es sind primär drei Gründe, warum ich mich zu diesem Schritt entschlossen habe: 1. Meine Potenzialeinschätzung für das Projekt S._____

- 21 - 2. Die Sorge über meine berufliche Zukunft (Generationenwechsel innerhalb B._____) wie auch 3. meine Einschätzung der Zukunftsperspektive von B._____ (beim Verbleib im Status quo) Das S._____ -Projekt ist ein unternehmerisches Engagement meinerseits und T._____. Vorausgesetzt, dass S._____ Zürich realisiert werden kann, planen T._____ und ich die Gründung einer neuen Firma, welche auch die U._____ Ausgabe integrieren soll. Es ist mir jedoch wichtig festzuhalten, dass die Tätigkeit für B._____ nach wie vor mein "Brotjob" darstellt; ich habe also ein vitales Interesse daran, dass es B._____ auch zukünftig gut geht. Die beiden Plattformen ergänzen sich meines Erachtens viel mehr als dass sie sich konkurrenzieren. Zudem sind sie von der Aufmachung (Zeitungsformat/Magazinformat), von der Verteilung (Gratisverteilung/Kioskverkauf), wie auch des Contents (Paid Content vs. unabh. Journalismus) weit voneinander positioniert. Wie auch immer, man kann je nach Optik wahrscheinlich x Argumente für und gegen dieses Engagement finden. Ich sehe es – gerade in meiner neuen geplanten

B._____Funktion primär als Key Account – ganz einfach als Anzeigenregie-Mandat, welches in Kombination mehr Potenzial aufweist; mal besser für das eine, mal für das andere, mal für beide Projekte. (...)" An der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 29. Mai 2018 wurde das "Doppelmandat B._____ / M._____" erneut unter dem Titel "Causa I._____" besprochen. Im Sitzungsprotokoll wurde dazu unter anderem festgehalten, dass sich der Verwaltungsrat grundsätzlich gegen das Doppelmandat B._____ / M._____ von I._____ stelle und einen Verbleib von I._____ im Verwaltungsrat der Beklagten als ausgeschlossen erachte. I._____ habe bereits seine Bereitschaft für einen Rücktritt angekündigt. Weiter wird festgehalten, dass der Verwaltungsrat zum aktuellen Zeitpunkt, abgesehen vom Austritt aus dem Verwaltungsrat, keinen Grund für Sofortmassnahmen sehe. Das weitere Vorgehen der Zusammenarbeit und die Funktion in der Geschäftsleitung von I._____ werde in der nächsten Verwaltungsratssitzung besprochen (act. 1 Rz. 61, act. 3/51). Mit E-Mail vom 4. Juni 2018 übermittelte I._____ der Beklagten sein Rücktrittsschreiben, in welchem er festhielt, nicht mehr zur Wiederwahl als Verwaltungsrat anzutreten (act. 1 Rz. 62, act. 3/52, 3/53). Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 25. Juni 2018 wurde I._____ nicht mehr als Verwaltungsrat wiedergewählt (act. 1 Rz. 63, act. 3/55). Am 13. Juli 2018 schrieb I._____ P._____ per E-Mail: "Aufgrund der

- 22 - Vorkommnisse der letzten Wochen und Monate bitte ich um Verständnis, dass es mir wichtig ist, sicher zu sein, dass der gesamte B._____ -Verwaltungsrat hinter einem solchen Engagement steht und eine weitere Zusammenarbeit mit mir (resp. meiner Firma A._____ GmbH) begrüsst wird. Sollten sich einzelne oder mehrere Mitglieder gegen eine Weiterführung der Zusammenarbeit aussprechen oder sich der Stimme enthalten, würde ich nicht auf neue Verhandlungen eintreten." (act. 1 Rz. 65, act. 3/58). P._____ antwortete am 18. Juli 2018: "Ich bestätige Dir, dass der gesamte Verwaltungsrat mit meinem Vorgehen einverstanden ist, natürlich will er, zu Recht einen möglichen neuen Mandatsvertrag prüfen. (...)" (act. 1 Rz. 65, act. 3/59). In der Folge wurde die streitgegenständliche Vereinbarung 2018 ausgearbeitet (act. 1 Rz. 66). Die Vereinbarung wurde bis am 31. Dezember 2020 befristet (act. 3/4 Ziffer 6.2.). Mit Schreiben vom 28. Dezember 2018 (act. 3/23) erklärte die Beklagte die Kündigung der Vereinbarung 2018 aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung. Beide Parteien gehen davon aus, dass die Kündigung der Klägerin am 7. Januar 2019 (letzter Tag der Abholfrist der Sendung) zugestellt wurde (act. 1 Rz. 78, act. 2 Rz. 73).

E. 4.2.3

Rechtliche Grundlagen Ist der Agenturvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, endigt er ohne Kündigung mit dem Ablauf dieser Zeit (Art. 418p Abs. 1 OR). Überdies kann der Agenturvertrag beidseits aus wichtigen Gründen sofort aufgelöst werden. Die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag sind entsprechend anwendbar (Art. 418r Abs. 2 OR). Gemäss Bundesgericht ist damit grundsätzlich die Regelung in Art. 337 f. OR gemeint. Daher ist das Agenturverhältnis in Anwendung von Art. 337c Abs. 1 und 2 OR auch dann als sofort beendet zu betrachten, wenn sich die fristlose Vertragsauflösung nachträglich als ungerechtfertigt erweist (BGE 125 III 14 E. 2a). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Die betreffende Vertragspartei kann nach Eintritt des Auflösungsgrundes auf die Ausübung des Kündigungsrechts verzichten. Auch kann der fragliche Tatbestand

- 23 - durch stillschweigende Duldung, durch Verzeihung oder durch Zeitablauf seine Eigenschaft als Kündigungsgrund, der die weitere Zusammenarbeit unzumutbar macht,

verlieren. Bezüglich der Verwirkung durch Verspätung gilt: Die ausserordentliche Kündigung muss innerhalb angemessener Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden. Dafür ist der Kündigende beweispflichtig. Als angemessene Frist kommen in der Regel zwei bis drei Arbeitstage, in Ausnahmefällen etwa eine Woche in Betracht (PORTMANN/RUDOLPH, in: BSK OR I, 7. Aufl., N. 12 f. zu Art. 337).

E. 4.2.4

Würdigung Unabhängig davon, ob gerechtfertigt oder nicht, beendete die Kündigung vom 28. Dezember 2018 das Vertragsverhältnis mit ihrem unbestrittenen Zugang bei der Klägerin am 7. Januar 2019. Die Frage, ob die Kündigung gerechtfertigt war, ist für die Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche der Klägerin relevant (vgl. Erw. 5., 7. und 8.). Wie nachfolgend zu zeigen ist, rechtfertigen die von der Beklagten angeführten Gründe die fristlose Beendigung nicht.

E. 4.2.4.1

Aufbau von M1. ____ Es wäre durchaus denkbar, dass der Aufbau eines konkurrierenden Magazins durch den Agenten eines Verlegers eine Treuepflichtverletzung darstellt, welche eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen würde. Die vorliegende Konstellation weist jedoch Besonderheiten auf. Insbesondere ergibt sich aus dem unbestrittenen Sachverhalt, dass I. ____ aus seiner Sympathie für eine Zusammenarbeit bzw. für ein Engagement für M. ____ keinen Hehl gemacht hat. Als klar wurde, dass es zu keiner Zusammenarbeit der beiden Verlage kommen würde, hat er seine Absicht, sich künftig persönlich für M. ____ zu engagieren, gegenüber der Beklagten unmissverständlich offengelegt. Spätestens zu Beginn des Jahres 2018 waren die entsprechenden Absichten von I. ____ klar erkennbar (vgl. act. 3/46). I. ____ hat dabei zwar die Ansicht vertreten, dass keine Gefahr eines Interessenkonflikts bestehe, aber eingeräumt, dass man auch anderer Meinung sein könne, und war darum bemüht, klare Verhältnisse zu schaffen. Davon zeugt insbesondere seine E-Mail vom 13. Juli 2018 (act. 3/58), worin er

- 24 - eine ausdrückliche und vom gesamten Verwaltungsrat der Beklagten getragene Erklärung hinsichtlich der weiteren Zusammenarbeit mit ihm verlangte. Die eingereichte Korrespondenz und die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen der Beklagten lassen den Schluss zu, dass allen Beteiligten klar war, dass das Engagement von I. ____ für M. ____ ein gewisses Risiko einer Konkurrenzierung barg. Auch wenn sie in ihren Inhalten nicht deckungsgleich sind, widmen sich beide Magazine der städtischen/regionalen Gastronomie und beinhalten nebst redaktionellen Beiträgen über verschiedene Restaurants auch Kundeninserate. Selbst I. ____ räumte bei aller Betonung der Unterschiede im Mai 2018 Überschneidungen im Kundensegment der beiden Magazine ein (vgl. act. 3/50). Die Beklagte wies denn auch mehrfach darauf hin, dass sie das Engagement von I. ____ für das Magazin M. ____ wegen eines möglichen Interessenkonflikts als problematisch erachtete, und bezeichnete den Sachverhalt gar als "Causa I. ____" (act. 3/48, act. 3/51). Trotz allen Bedenken entschied die Beklagte, weiter mit I. ____ zusammenzuarbeiten, was sie mit E-Mail vom 18. Juli 2018 explizit festhielt (act. 3/59). Die Beklagte nahm das aus ihrer Sicht problematische Engagement aber nicht einfach hin. Als Konsequenz verlangte sie das Ausscheiden von I. ____ aus dem Verwaltungsrat der Beklagten. Auch die Ausarbeitung der neuen Vereinbarung 2018 war eine Folge davon. Dies waren die Massnahmen, welche die Beklagte als genügend erachtete, um den Bedenken bezüglich I. ____ Rechnung zu tragen – zumindest bis zum Aussprechen der fristlosen Kündigung am 28. Dezember 2018.

Für Letzteres macht die Beklagte zwar neue, durch die erste Ausgabe von M1. _____ erlangte Erkenntnisse, geltend. Sie führt aber nicht näher aus, worin diese neuen Erkenntnisse genau bestehen, bzw. inwiefern die anfangs November 2018 erschienene Ausgabe von M1. _____ von dem abwich, was sie aufgrund des vorbestehenden Magazins M2. _____ erwarten musste. Damit bleibt es dabei, dass die Beklagte das Engagement von I. _____ für M. _____ im Bewusstsein um dessen Problematik duldete und sich sogar bewusst für eine weitere Zusammenarbeit entschied. Dass I. _____ sein Vorhaben, selber für M. _____ tätig zu werden, in der Folge ankündigungsgemäss umsetzte, kann daher keinen - 25 - Grund darstellen, welcher die Fortführung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar machte.

E. 4.2.4.2

Verwechselbarkeit Auch aus der angeblichen Verwechselbarkeit der beiden Magazine kann die Beklagte nichts ableiten. Als die "Causa I. _____" Diskussionsthema zwischen der Beklagten und der Klägerin wurde, existierte das Magazin M. _____ bereits für die Region U. _____. Dass M1. _____ in Bezug auf Gestaltung, Inhalt oder Konzept anders aufgebaut ist als M2. _____, wird nicht behauptet. Nachdem die "Causa I. _____" die Beklagte während Monaten beschäftigte, ist davon auszugehen, dass sie sich eingehend über den Inhalt, die Struktur und die Zielgruppe von M. _____ informiert hatte, sofern sie als Branchenkundige nicht ohnehin schon über die notwendigen Informationen verfügte. Als I. _____ kündigte, ein M. _____ Magazin für die Region Zürich aufzubauen bzw. zu realisieren (vgl. act. 3/50), konnte die Beklagte daher abschätzen, womit sie rechnen musste, wenn das M. _____ Konzept auf Zürich übertragen würde. Dennoch entschied sie sich, die vertragliche Beziehung mit der Klägerin bzw. I. _____ fortzusetzen, und duldete damit eine allfällige Verwechslungsgefahr. Selbst wenn eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 2 UWG vorläge, was offenbleiben kann, würde dies die sofortige Vertragsbeendigung nach Treu und Glauben nicht rechtfertigen, zumal mit dem Engagement von I. _____ für M. _____ auch eine allfällige Verwechslungsgefahr in Kauf genommen wurde und keine Umstände ersichtlich sind, welche an dieser Ausgangslage etwas geändert hätten.

E. 4.2.4.3

Abwerben von Kunden Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe die wichtigsten Kunden der Beklagten angegangen und abgeworben, um diese mit M. _____ weiter zu betreuen (act. 12 Rz. 50 und 96, act. 31 Rz. 54). Namentlich hätten die Kunden V. _____ und W. _____ neu in M. _____ inseriert und auch AA. _____ sei in den Ausgaben der M. _____ immer präsent (act. 12 Rz. 36). Die Klägerin bestreitet eine Abwerbung von Kunden (act. 24 Rz. 46). Die Beklagte substantiiert ihren Vorwurf der Kundenabwerbung nicht näher und erbringt auch keine entsprechenden

- 26 - Nachweise. Allein aus dem Umstand, dass Kunden von E'. _____ nach der Lancierung von M1. _____ auch in diesem Magazin inserierten, kann nicht auf ein Abwerben geschlossen werden. Ein solches setzt nicht nur ein aktives Verhalten der Klägerin in einer entsprechenden Absicht voraus, sondern auch, dass sich diese Kundschaft von der Beklagten endgültig abgewandt hat. Beides wurde von der Beklagten weder in substantiiertem Weise dargelegt noch bewiesen. Das Abwerben von Kunden bleibt damit eine reine Behauptung und vermag die sofortige Kündigung nicht zu rechtfertigen.

E. 4.2.4.4

Zusammenfassung Zusammenfassend ist festzuhalten, dass kein wichtiger Grund für eine sofortige Kündigung vorliegt. Überdies wäre die Kündigung ohnehin verspätet. Die Kündigung wegen eines wichtigen Grundes wäre unter Berücksichtigung des Willensbildungsprozesses in der Beklagten spätestens eine Woche nach Bekanntwerden des fraglichen Sachverhaltes auszusprechen gewesen. Dass sich I. _____ für M. _____ engagieren will, war spätestens im Frühjahr 2018 hinreichend konkret bekannt. Selbst wenn die entsprechende Erkenntnis erst aufgrund des anfangs November 2018 erschienenen ersten Magazins von M1. _____ gewonnen worden wäre, läge sie im Zeitpunkt der Kündigung schon über einen Monat und damit zu lange zurück, um eine Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen.

E. 5

Schadenersatzanspruch der Klägerin

E. 5.1

Unbestrittener Sachverhalt Es ist unstrittig, dass bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer das Erscheinen von insgesamt sieben Magazinen der Beklagten geplant war, für welche die Klägerin grundsätzlich Inserate hätte vermitteln können. Es handelt sich um die folgenden Magazine:

- 27 - - C'. _____ 2019/2020 (C. _____ 19/20) erschienen am tt.mm.2019 - D'. _____ 2019/2020 (D. _____ 19/20) erschienen am tt.mm.2019 - E'. _____ 2019/2020 (E. _____ 19/20) erschienen am tt.mm.2019 - F'. _____ 2020/2021 (F. _____ 20/21) erschienen am tt.mm.2019 - G'. _____ 2020 (G. _____ 20) geplant für 2020 - E'. _____ 2020 (E. _____ 20) geplant für 2020 - H'. _____ 2020 (H. _____ 20) geplant für 2020

E. 5.2

Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, sie hätte mit der Vermittlung von Inseraten für die sieben genannten Magazine Provisionen verdient, wäre das Vertragsverhältnis nicht vorzeitig beendet worden. Zur besseren Übersicht sind die einstweilen – unter Vorbehalt weiterer Erkenntnisse aufgrund der verlangten Auskunftserteilung – behaupteten Umsätze und Provisionsansprüche (alles in CHF) nachfolgend tabellarisch dargestellt (act. 1 Rz. 41 ff., 90 und 97 ff.):

Eigenumsatz	Provision	Gesamtnettumsatz	Provision 4	Total 6.5% % (inkl. MwSt)
C. _____ 168'004.50	10'920.30	168'004.50	6'720.20	18'998.85
19/20 D. _____ 436'831.–	28'394.–	436'831.–	17'473.25	49'399.05
19/20 E. _____ 254'240.–	16'525.60	254'240.–	10'169.60	28'750.75
19/20 F. _____ 125'476.–	8'155.95	125'476.–	5'019.05	14'189.45
20/21 Total	111'338.10	Eigenumsatz	Provision	Gesamtnettumsatz
G. _____ 185'765	12'074.70	234'463	9'378.52	23'105.12
20				
- 28 - E. _____ 254'240	16'525.60	254'240.–	10'169.60	28'750.70
20 H. _____ 129'530	8'419.45	250'100	10'004.–	19'842.05
20 Total	71'697.87	In Bezug auf die Magazine C. _____ 19/20, D. _____ 19/20, E. _____ 19/20 und F. _____ 20/21 geht die Klägerin davon aus, dass die entsprechenden Provisionsansprüche schon entstanden sind (act. 1 Rz. 91). Zur Bezifferung der Eigenumsätze stützt sie sich auf die dem Vertrag vom 1. Oktober 2018 angehängte Liste "Abstimmung Umsätze A'. _____ " (act. 3/4) sowie einzelne Auftragsbestätigungen (act. 3/27, 3/28, 3/30). Die Gesamtumsätze beziffert sie (einstweilen) in der gleichen Höhe wie die Eigenumsätze (act. 1 Rz. 41.1, 41.2, 45, 46). Die Totalbeträge entsprechen den jeweils in Rechnung gestellten Beträgen (act. 3/29, 3/34, 3/26 und 3/35). Für die Magazine G. _____ 20, E. _____ 20 und H. _____ 20 geht die Klägerin		

von einem hypothetischen Einkommen aus. Sie macht geltend, dass die Eigen- und Gesamtumsatzzahlen für diese Magazine gleich hoch gewesen wären wie für die vorangehenden Ausgaben G._____ 18, E._____ 19 und H._____ 19 (act. 1 Rz. 97 ff.). Diesbezüglich stützt sie sich auf act. 3/4, 3/7 und 3/26. Die Beklagte bestreitet die behaupteten Ansprüche aus verschiedenen Gründen. Zunächst macht sie geltend, es fehle an einem Erfüllungsanspruch, da aufgrund der Kündigung die Vertragsgrundlage hierfür fehle (act. 12 Rz. 69). In Bezug auf die Liste "Abstimmung Umsätze A'._____" bestreitet sie, dass die darin aufgeführten Umsätze anerkannt worden seien. Es handle sich dabei lediglich um Richtwerte, gestützt auf welche die Beklagte Akontozahlungen geleistet habe. Die Abrechnung erfolge erst nach Erscheinen der Magazine (act. 12 Rz. 68). Im Sinne eines Eventualstandpunktes macht die Beklagte geltend, dass die Schadenersatzsumme anders zu berechnen wäre (act. 12 Rz. 56 ff.). In Bezug auf die für das Jahr 2020 geplanten Magazine G._____ 20 und H._____ 20 bestreitet die Beklagte sodann einen Provisionsanspruch (unter anderem)

- 29 - aufgrund des Umstandes, dass diese beiden Magazine wegen der Corona-Krise gar nicht erschienen seien (act. 31 Rz. 87, 121).

E. 5.3

Rechtliche Grundlagen Die Folgen der ungerechtfertigten Kündigung des Agenturverhältnisses richten sich nach den Bestimmungen über den Arbeitsvertrag (Art. 418r Abs. 2 OR). Der Auftraggeber schuldet demnach Schadenersatz im Sinne von Art. 337c Abs. 1 und 2 OR (BGE 125 III 14 E. 2a). Der Agent hat Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Agenturverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Die Berechnung kann Schwierigkeiten bereiten, wenn nicht ein fester Monats- oder Stundenlohn geschuldet ist, sondern die Entschädigung sich nach dem tatsächlich erzielten Umsatz richtet. Ähnlich wie bei der Bestimmung des Ferienlohns (Art. 329d OR) oder der Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung (Art. 324a OR) besteht die Problematik, dass der Agent als Folge der vorzeitigen Vertragsbeendigung in der fraglichen Periode keine umsatzwirksamen Tätigkeiten entfalten kann. Zweckmässigerweise wird in diesen Fällen für die Bestimmung der entsprechenden Entschädigungen auf die in der Vergangenheit erzielten Durchschnittswerte abgestellt. Im Lichte von Art. 337c OR ist möglichst genau und konkret zu bestimmen, was der Agent tatsächlich verdient hätte, wenn ihm ordentlich gekündigt worden wäre und er während der Kündigungsfrist weitergearbeitet hätte. Massgebend ist grundsätzlich nicht der in der Vergangenheit durchschnittlich erzielte Verdienst, sondern das hypothetische Einkommen während der Kündigungsfrist. Hängt der Lohn in irgend einer Form vom Umsatz ab, kann nicht auf den vom Unternehmen in der fraglichen Periode tatsächlich erzielten Umsatz abgestellt werden, weil ja darin die hypothetische Leistung des Anspruchsberechtigten gerade nicht enthalten ist. Insoweit ist im Sinne einer Schätzung darauf abzustellen, was in vergleichbaren Perioden zu einem früheren Zeitpunkt erwirtschaftet worden ist. Sofern das Durchschnittseinkommen des vorangegangenen Jahres für das Vertragsverhältnis typisch ist, kann darauf abgestellt werden, wobei aber sowohl

- 30 - saisonalen Schwankungen wie auch Umsatzentwicklungen der letzten Monate Rechnung zu tragen ist (BGE 125 III 14 E. 2a). Gemäss Art 418h Abs. 1 OR fällt der Anspruch des Agenten auf Provision nachträglich insoweit dahin, als die Ausführung eines abgeschlossenen Geschäfts aus einem vom Auftraggeber nicht zu vertretenden Grund unterbleibt. Nicht vom Auftraggeber zu vertreten sind vom Kunden, dem Agenten oder

äusseren Umständen gesetzte Gründe (MATHYS, in: CHK, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016, N 10 zu Art. 418h).

E. 5.4

Würdigung

E. 5.4.1

Allgemein Wie bereits festgestellt endete das Vertragsverhältnis mit der fristlosen Kündigung. Da die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt war (vgl. Erw. 4.2.), hat die Klägerin grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch in der Höhe der bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer hypothetisch erzielten Provision. Bis zum Ende der Vertragsdauer hätte die Klägerin grundsätzlich Inserate für die sieben Magazine C. _____ 19/20, D. _____ 19/20, E. _____ 19, F. _____ 20/21, G. _____ 20, E. _____ 20 und H. _____ 20 vermitteln können. Die Höhe der hypothetisch erzielten Provision richtet sich nach der Höhe des mit Inseraten in diesen Magazinen hypothetisch erwirtschafteten Eigen- und Gesamtumsatzes. Da es sich um hypothetische Umsätze handelt, ist grundsätzlich darauf abzustellen, was in vergleichbaren Perioden zu einem früheren Zeitpunkt für die jeweiligen Magazine erwirtschaftet worden ist.

E. 5.4.2

C. _____ 19/20, D. _____ 19/20, E. _____ 19 und F. _____ 20/21

E. 5.4.2.1

Provision aus hypothetischem Eigenumsatz Die Klägerin stützt sich bei der Berechnung der Provisionen für die vorgenannten Magazine vor allem auf die Liste "Abstimmung Umsätze A'. _____", welche der Vereinbarung 2018 beigefügt ist (act. 3/4). Diese Liste wurde im Hinblick auf den Abschluss der Vereinbarung 2018 ausgearbeitet und bezieht sich auf von I. _____

- 31 - bis am 1. Oktober 2018 erarbeitete Eigenumsätze im Zusammenhang mit den vorstehenden vier Magazinen sowie weiteren Magazinen. Der dieser Liste zugrundeliegende Meinungs-austausch ist teilweise dokumentiert. So ist der E-Mail von I. _____ vom 4. September 2018 Folgendes zu entnehmen: "Damit im Nachhinein keine Unstimmigkeiten darüber entstehen, möchte ich vor Unterzeichnung der neuen Vereinbarung verifizieren können, ob wir bei der Höhe meiner Provisions-Guthaben deckungsgleich sind." (act. 3/12). Aus dem E-Mailverkehr geht hervor, dass in Bezug auf die Abstimmung der Umsätze beidseits Vorschläge gemacht wurden (act. 3/14, 3/15) und man sich schliesslich auf eine Aufstellung einigte. Der Klägerin ist zuzustimmen, dass den Zahlen dadurch eine gewisse Verbindlichkeit zukommt. Der Beklagten ist insofern aber Recht zu geben, dass es sich eher um Richtwerte als um definitive Zahlen handelt. Die definitive Höhe der Provision ist gemäss Ziffer 2.3. der Vereinbarung 2018 von den tatsächlichen Kundenzahlungen abhängig (act. 3/4). Da die Rechnungsstellung an die Kunden erst mit Erscheinen des jeweiligen Magazins erfolgte (act. 1 Rz. 14), stellen die in der Liste "Abstimmung Umsätze A'. _____" festgehaltenen Eigenumsatzzahlen Prognosen dar. Da jedoch nicht geltend gemacht wird, dass bezüglich dieser Richtwerte nennenswerte Veränderungen oder Zahlungsausfälle zu erwarten sind, kann zur Berechnung des hypothetischen Einkommens grundsätzlich darauf abgestellt werden. Die Klägerin beruft sich nebst dieser Liste auf drei weitere, erst nach Abschluss der Vereinbarung aufgelegte Aufträge, welche sie mit act. 3/27, 3/28 und 3/30 belegt. Aus act. 3/27 geht hervor, dass am

7. November 2018 ein Inserat für H. _____ 19/20 für CHF 18'000.– (exkl. MwSt) vermittelt wurde. Die Klägerin ordnet dieses Inserat zum Teil E. _____ 19/20 und zum Teil F. _____ 20/21 zu (act. 1 Rz. 41.1 und Rz. 46). Beides kann nicht nachvollzogen werden, da das fragliche Angebot – wie von der Beklagten zu Recht moniert (act. 31 Rz. 52) – auf das Magazin H. _____ Bezug nimmt und E. _____ und F. _____ darin überhaupt nicht erwähnt wird. Dieser Betrag ist daher bei der hypothetischen Berechnung nicht zu berücksichtigen. Aus act. 3/28 geht sodann hervor, dass am 11. Dezember 2018 zwei Inserate für E. _____ 19 und F. _____ 19 vermittelt wurden für total CHF 12'350.–. Die Klägerin ordnet diesen Betrag zutreffend zur Hälfte

- 32 - E. _____ 19 und zur Hälfte F. _____ 19 zu. Mangels substantiierten Einwänden der Beklagten sind die beiden Teilbeträge bei der Berechnung des hypothetisch erzielten Eigenumsatzes zu berücksichtigen. Act. 3/30 ist eine Auftragsbestätigung vom 10. Oktober 2018 für ein von I. _____ vermitteltes Inserat in C. _____ 19/20 für CHF 8'032.50. Dieser Betrag ist ebenfalls zu berücksichtigen, zumal die Beklagte auch hier weder den Auftrag noch dessen Zuordnung bestreitet. Damit ist von einem hypothetischen Eigenumsatz von CHF 956'606.50 im Zusammenhang mit der Vermittlung von Inseraten für die Magazine C. _____ 19/20, D. _____ 19/20, E. _____ 19 und F. _____ 20/21 auszugehen. Der hypothetische Provisionsanspruch beträgt für diese Magazine demnach CHF 62'179.42 (6.5 % des Eigenumsatzes) zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7 %. Die Eigenumsatzprovision bezüglich der Magazine C. _____ 19/20, D. _____ 19/20, E. _____ 19 und F. _____ 20/21 beträgt demnach CHF 66'967.24.

E. 5.4.2.2

Provision aus hypothetischem Gesamtumsatz Bezüglich des von der Beklagten mit Inserateverkauf für diese Magazine gesamthaft erzielten Umsatzes nennt die Klägerin nur den Eigenumsatz im Sinne eines Mindestbetrages und beruft sich auf die mit Hilfsbegehren geforderten Auskünfte. Es trifft zu, dass der Gesamtumsatz mindestens so hoch sein muss wie der Eigenumsatz. Dass aber die Auskunftserteilung für die Bezifferung des vollständigen Anspruches unabdingbar ist, trifft nicht zu. Wie bereits ausgeführt, sind hypothetische Umsätze zu ermitteln, keine tatsächlichen. Der hypothetische Gesamtumsatz hätte anhand früherer Abrechnungen für die fraglichen Magazine berechnet werden können (vgl. act. 3/7, act. 3/62). Mangels Behauptungen der Klägerin hierzu ist für die Berechnung des hypothetischen Gesamtumsatzes von der Höhe des Eigenumsatzes auszugehen (CHF 956'606.50). Es ist daher von einem hypothetischen Provisionsanspruch von CHF 38'264.26 (4 % des Gesamtumsatzes) zuzüglich Mehrwertsteuer auszugehen. Die Gesamtumsatzprovision bezüglich der Magazine C. _____ 19/20, D. _____ 19/20, E. _____ 19 und F. _____ 20/21 beträgt demnach CHF 41'210.60.

E. 5.4.3

G. _____ 20, E. _____ 20 und H. _____ 20

- 33 -

E. 5.4.3.1

Provision aus hypothetischem Eigenumsatz Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Magazine G. _____ 20 und H. _____ 20 pandemiebedingt nicht erschienen sind und führt aus, relevant sei für den vorliegenden Rechtsstreit ohnehin nur der Zeitraum vor der Pandemie bzw. die zu diesem Zeitpunkt auch erschienenen Magazine (act. 35 Rz. 38). Der Klägerin kann nicht

gefolgt werden. Das Erscheinen der Magazine G._____ 20 und H._____ 20 war unbestritten für das Jahr 2020 geplant und fiel damit genau mit dem ersten Jahr der COVID-19-Pandemie in der Schweiz zusammen. Wenn die Magazine G._____ 20 und H._____ 20 pandemiebedingt nicht erschienen sind, ist dies bei der Berechnung der mit diesen Magazinen hypothetisch erzielten Umsätzen bzw. Provisionen zu berücksichtigen. Die COVID-19 Pandemie ist ein von der Beklagten nicht zu vertretender äusserer Umstand und hatte zufolge der staatlichen Anordnung von Schutzmassnahmen bekanntlich erhebliche Auswirkungen auf die Gastronomie. Der Provisionsanspruch aus dem Abschluss von Inserateverträgen für diese zwei Magazine wäre demnach zufolge Art. 418h Abs. 1 OR dahingefallen, auch wenn die Beklagte das Vertragsverhältnis nicht frühzeitig beendet hätte. Damit bleibt nur der Provisionsanspruch für die Inserate, welche die Klägerin bis zum Ende der vereinbarten Vertragsdauer für das Magazin E._____ 20 vermittelt hätte. Die Beklagte bestreitet, dass für die Bezifferung des hypothetischen Umsatzes überhaupt eine geeignete Vergleichsperiode existiert. Aufgrund der Reduzierung der Aufgaben der Klägerin in der Vereinbarung 2018 und dem Umstand, dass das Engagement der Klägerin seither in weit bescheidenerem Rahmen geblieben ist, mithin die Klägerin seit Vertragsbeginn am 1. Oktober 2018 keinen einzigen Neukunden gebracht habe, könne nicht auf frühere Zahlen abgestellt werden (act. 12 Rz. 58 f.). Die Klägerin hält daran fest, dass sie auch unter der Vereinbarung 2018 ihre "Key-Accounts" weiterbetreut hätte und die Eigenumsätze für E._____ 19 hauptsächlich mit Bestandskunden erzielt worden seien (act. 1 Rz. 21, 98, act. 24 Rz. 74). Zudem sei der Tendenz sinkender Gesamtumsätze bzw. der Gesamtmarktlage insofern Rechnung getragen, als nicht auf die durchschnittlichen Provisionen der vergangenen (besseren) Jahre

- 34 - abzustellen sei (act. 24 Rz. 74). Der Klägerin ist zuzustimmen. Sie macht keinen Durchschnittswert vergangener Jahre geltend, was das Bild tatsächlich verfälschen könnte, da die früheren Umsätze ungleich höher waren (vgl. für das Jahr 2018 die Abrechnung in act. 3/7), sondern stützt sich lediglich auf den Umsatz des Vorjahres. Dass davon auszugehen ist, dass die Klägerin unter der Vereinbarung 2018 bis zu deren Ablauf weiterhin ihre Bestandskunden betreut hätte, wurde in Erw. 3.3. bereits erörtert. Dass der Eigenumsatz von E._____ 19 hauptsächlich mit Bestandskunden erzielt wurde, wurde von der Beklagten nicht substantiiert bestritten (act. 12 Rz. 85). Inwiefern vor diesem Hintergrund anzunehmen wäre, dass die Eigenumsätze im Zusammenhang mit E._____ 20 massgeblich tiefer ausgefallen wären als im Zusammenhang mit E._____ 19 ist nicht ersichtlich. Zumal eine Schätzung hypothetischer Umsätze in dem sich stark wandelnden wirtschaftlichen Umfeld des Inserateverkaufs für Printmedien mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, erscheint es gerechtfertigt, als Vergleichsperiode auf das vorangehende Jahr abzustellen. Die hypothetischen Eigenumsätze des Vorjahres (E._____ 19) betragen CHF 229'435.- (vgl. act. 3/4) zuzüglich CHF 6'175.- (vgl. act. 3/28) (ergibt total CHF 235'610.-). Damit ergibt sich für das Magazin E._____ 20 ein hypothetischer Provisionsanspruch aus Eigenumsätzen von CHF 15'314.65 (6.5 % des Eigenumsatzes) zuzüglich Mehrwertsteuer, also insgesamt CHF 16'493.88. Ferner macht die Beklagte eine Reduktion eines allfälligen klägerischen Schadenersatzanspruchs zufolge von Einsparungen und der Erzielung eines Ersatzeinkommens mit M._____ und zwar insbesondere jenen Kunden geltend, welche aufgrund M._____ nicht mehr in den Titeln der Beklagten inserierten (act. 12 Rz. 61 f., act. 31 Rz. 133). Die Beklagte substantiiert diese Behauptung nicht weiter und beruft sich auf zu edierende Steuererklärungen der Klägerin bzw. I._____. Es ist anzunehmen, dass die Klägerin in den Jahren 2018 und 2019 Einkünfte mit M._____

erzielt hat. Es wäre an der Beklagten gewesen, darzutun mit welchen (der öffentlich erhältlichen) Ausgaben des Magazins und welchen darin publizierten Inseraten/Inhalten Ersatzeinkommen generiert wurde (analog ihrer Vorgehensweise in act. 14/6). Darüber hinaus hätte die Beklagte darlegen müssen, dass die entsprechenden Einnahmen gerade aufgrund des Wegfalls des

- 35 - Vertragsverhältnisses generiert worden sind und nicht ohnehin generiert worden wären. Da die Beklagte, wie bereits dargelegt (vgl. Erw. 4.2.4.), bis zu ihrem Sinneswandel mit einem Engagement der Klägerin für M._____ und damit auch mit der Erzielung entsprechender Einkünfte einverstanden war, ist nicht ersichtlich, wie dieser Nachweis gelingen könnte. Der alleinige Umstand, dass die Klägerin Einkünfte mit M._____ erzielt hat, lässt jedenfalls nicht auf Ersatzeinkommen schliessen, und auch die Offenlegung der Steuererklärungen würde der Beklagten hier nicht weiterhelfen. Demnach konnte die Beklagte die Voraussetzungen der Reduktion des Schadenersatzanspruchs nicht hinreichend darlegen, woran auch die verlangten und als Beweis offerierten Steuererklärungen nichts ändern.

E. 5.4.3.2

Provision aus hypothetischem Gesamtumsatz Stellt man für den hypothetischen Eigenumsatz auf das Vorjahr ab, rechtfertigt sich dies auch für den Gesamtumsatz. Dieser muss demnach mindestens ebenso hoch sein. Die mit E._____ 20 hypothetisch erzielte Provision beträgt demnach CHF 9'424.40 (4 % des Gesamtumsatzes [CHF 235'610.-]) zuzüglich Mehrwertsteuer, mithin CHF 10'150.08. Ein darüber hinausgehender Anspruch wurde von der Klägerin weder behauptet noch bewiesen.

E. 5.4.4

Zwischenfazit Die Klägerin hat einen Anspruch auf Schadenersatz im Umfang der bis zum Ende der vereinbarten Vertragsdauer hypothetisch erzielten Provision (inkl. Mehrwertsteuer), nämlich CHF 134'821.88.

E. 6

Informationsanspruch der Klägerin

E. 6.1

Parteistandpunkte Die Klägerin verlangt im Rahmen ihrer Stufenklage als Hilfsbegehren Auskunft über die Eigen- und Totalumsätze im Zusammenhang mit bestimmten Magazinen. Sie stützt sich auf Art. 418k OR sowie auf die explizite Vereinbarung der Parteien, wonach die Beklagte die Gutschrift der Kundenzahlungen mitzuteilen habe (act. 1

- 36 - Rz. 84). Die Eigenumsätze könne die Klägerin nur insoweit selber nachweisen, als diese in die Vereinbarung bzw. die Liste "Abstimmung Umsätze A'." aufgenommen worden seien. Diese Liste zeige aber lediglich eine Momentaufnahme zum Zeitpunkt der Unterzeichnung; der Nachweis darüber hinausgehender Eigenumsätze während der Vertragslaufzeit sei der Klägerin ohne Einsicht in die Geschäftsbücher der Beklagten nicht möglich. Die von der Beklagten generierten Totalumsätze könne die Klägerin ohne Einsicht in die Geschäftsbücher der Beklagten überhaupt nicht nachweisen. Sie könne einzig davon ausgehen, dass die Totalumsätze mindestens im Umfang der von ihr selber generierten Eigenumsätze vorhanden seien (act. 1 Rz. 85 f.). Die Beklagte bestreitet Informationsansprüche (act. 12 Rz. 17 f.).

E. 6.2

Würdigung Wie bereits in Erw. 1.1. ausgeführt, setzt das Eintreten auf ein hilfsweise gestelltes Auskunftsbegehren voraus, dass die Bezifferung ohne Auskunftserteilung unmöglich ist. Wie bereits dargelegt, wurde das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien mit der (ungerechtfertigten) Kündigung beendet. Bei den zu beurteilenden Ansprüchen handelt es sich nicht um tatsächlich entstandene Provisionsansprüche, sondern um Schadenersatzansprüche in der Höhe hypothetisch erzielter Einnahmen. Ziffer

E. 7

Entschädigungsanspruch der Klägerin

E. 7.1

Parteistandpunkte Die Klägerin verlangt eine nach gerichtlichem Ermessen festzulegende Entschädigung gestützt auf Art. 418r Abs. 2 OR i.V.m. Art. 337c Abs. 3 OR (act. 1

- 38 - Rz. 101). Zur Berechnung stützt sie sich unter Verweis auf die geschätzten Provisionen für die Jahre 2019 (CHF 111'338.10) und 2020 (CHF 71'697.87) auf ein geschätztes durchschnittliches Jahreseinkommen von CHF 91'518.–, was einem "Monatslohn" von CHF 7'626.50 entspreche (act. 24 Rz. 79). Als Entschädigung erachtet sie einen Betrag im Umfang von drei "Monatslöhnen" (CHF 22'879.50) als angemessen (act. 24 RZ. 80). Die Beklagte bestreitet einen Entschädigungsanspruch. Einerseits beanstandet sie, die Klägerin sei ihrer Substantiierungspflicht in Bezug auf den Entschädigungsanspruch nicht nachgekommen. Andererseits macht sie geltend, die konkreten Umstände würden eine Entschädigung nicht rechtfertigen. Namentlich nennt sie in diesem Zusammenhang die beschränkte Dauer des Vertragsverhältnisses, die fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten, das reduzierte Engagement der Klägerin und den Umstand, dass die Klägerin eine juristische Person ist (act. 31 Rz. 137 ff.).

E. 7.2

Rechtliche Grundlagen In Bezug auf die Anwendung von Art. 337c Abs. 3 OR im Agenturverhältnis ist ein Teil der Lehre kritisch oder will die Norm zumindest nur bedingt anwenden (vgl. MIRFAKHRAEI, AJP 2014, 1256 ff. m.w.H.; BÜHLER, in: ZK OR, 2000, Art. 418r N 11 ff. zu Art. 418r). Gemäss Bundesgericht erfasst der Verweis in Art. 418r Abs. 2 OR auch Art. 337c Abs. 3 OR (HUGUENIN, OR - AT und BT, 3. Aufl., 2019, N 3399; Urteile des Bundesgerichts 4A_212/2013 E. 4 und 4A_544/2015 E. 3.). Demnach kann das Gericht dem Agenten zusätzlich zum Schadenersatz eine Entschädigung für den durch die ungerechtfertigte Kündigung erlittenen Persönlichkeitseingriff zusprechen. Die Entschädigung ist nach freiem Ermessen des Gerichts unter Würdigung aller Umstände festzulegen. Zu den massgeblichen Umständen gehören insbesondere die soziale und wirtschaftliche Lage der Parteien, der Grad der Persönlichkeitsverletzung der entlassenen Partei, die Intensität und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung sowie ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers, wobei keiner dieser Gesichtspunkte für sich allein entscheidend ist (PORTMANN/RUDOLPH, in:

- 39 - BSK OR I, 7. Aufl., 2020, N 6 zu Art. 337c). Die Höhe der Entschädigung berechnet sich im Arbeitsrecht nach Monatslöhnen.

E. 7.3

Würdigung Bei der Bemessung der Entschädigung ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei der vorliegenden Vertragsbeziehung nicht um ein klassisches Arbeits- und Abhängigkeitsverhältnis handelt. Die Klägerin war nicht nur für die Beklagte als Agentin tätig (act. 24 Rz. 77), weshalb sie nach der Kündigung nicht ohne jede Erwerbsquelle dastand. Die Klägerin arbeitete zwar während eines langen Zeitraums für die Beklagte, allerdings ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses aufgrund der Reorganisation und der neu vereinbarten Befristung der Vertragsdauer absehbar war. Es ist von einer abnehmenden Intensität der vertraglichen Beziehung auszugehen. Zu berücksichtigen ist indessen die Art und Weise der Kündigung: Noch bevor das vom 28. Dezember 2018 datierende Kündigungsschreiben bei der Klägerin eintraf und sie davon Kenntnis nehmen konnte, versandte die Beklagte ein Rundschreiben mit gleichem Datum an diverse Geschäftspartner (act. 1 Rz. 30 ff., act. 3/17). Darin orientierte sie darüber, dass I. _____ das Unternehmen verlasse, aus dem Verwaltungsrat ausgetreten sei und sich "in den letzten Monaten anderen Projekten zugewandt" habe (act. 3/17). Die Klägerin erfuhr vom Inhalt dieses Schreibens durch Dritte (act. 1 Rz. 31). Damit wurde sie vor vollendete Tatsachen gestellt; der Weg einer einvernehmlichen Lösung wurde von vornherein abgeschnitten. Die Beklagte ist der Ansicht, sie sei nicht verpflichtet gewesen, das Schreiben mit der Klägerin abzustimmen (act. 12 Rz. 71). Das mag zutreffen. Aber das Vorgehen entspricht nicht den geschäftlichen Umgangsformen, welche man zwischen langjährigen Vertragspartnern erwarten darf. Überdies fällt ins Gewicht, dass die Kündigung wegen Umständen erfolgte, welche die Klägerin bereits zu einem viel früheren Zeitpunkt offengelegt hatte und welche von der Beklagten toleriert wurden, ohne dass sie zu einer Beendigung der Vertragsbeziehung geführt hätten. Die plötzliche, relativ harsche Reaktion der Beklagten scheint vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt (vgl. Erw. 4.2.). Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände ist die Zusprechung einer

- 40 - Entschädigung in der Höhe eines "Monatslohns" gerechtfertigt. Da es sich bei der Klägerin nicht um eine Angestellte handelt, ist von der durchschnittlich während eines Monats erzielten Provision auszugehen. Als Grundlage für die Berechnung kann die Abrechnung vom 28. Dezember 2018 für das Jahr 2018 herangezogen werden. Darin wird ein Provisionsanspruch von CHF 89'466.22 ausgewiesen (act. 3/7). Die Entschädigung ist demnach auf CHF 7'500.- festzusetzen.

E. 8

Anspruch auf Kundschaftsentschädigung

E. 8.1

Parteistandpunkte Die Klägerin verlangt eine nach freiem gerichtlichen Ermessen festzulegende Kundschaftsentschädigung gemäss Art. 418u Abs. 1 OR, da sie über die Jahre eine Kundenbasis für die Beklagte aufgebaut und nachhaltig betreut bzw. mit ihrer Leistung Kunden auch für die Beklagte erhalten habe, wobei der mit diesen Kunden generierte Umsatz den Grossteil des Gesamtumsatzes der Beklagten ausgemacht habe (act. 1 Rz. 105). Die Klägerin behauptet, sie habe die in act. 3/11 aufgeführten Kunden akquiriert und betreut. Es handle sich um langjährige Kunden, weshalb vermutet werden dürfe, dass der Beklagten über das Vertragsverhältnis hinaus ein erheblicher Vorteil erwachse (act. 1 Rz. 106). Die Klägerin beziffert ihren Anspruch auf Kundschaftsentschädigung mit CHF 8'000.- (act. 24 Rz. 86). Die Beklagte bestreitet einen Anspruch auf Kundschaftsentschädigung aus mehreren Gründen: Unter der Vereinbarung 2018 seien

keine Kunden von der Klägerin aufgebaut oder akquiriert worden (act. 12 Rz. 92, 95). Die Inserate der Bestandskunden seien aufgrund bestehender Inserateverträge und durch die Betreuung von anderen Mitarbeitern der Beklagten generiert worden (act. 12 Rz. 92). Die Klägerin sei für die Akquisition der Neukunden zuständig gewesen (act.

E. 8.2

Rechtliche Grundlagen Hat der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert, und erwachsen diesem aus der Geschäftsverbindung mit der erworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile, so hat der Agent grundsätzlich einen unabdingbaren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung (Art. 418u Abs. 1 OR). Ein Kundenkreis setzt voraus, dass der Agent dem Auftraggeber nicht nur Käuferadressen übergibt, sondern einen eigentlichen Kundenstock hinterlässt, der regelmässige Nachbestellungen tätigt. Zwischen der Tätigkeit des Agenten und dem wesentlich erweiterten Kundenkreis muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Ein Vorteil erwächst dem Auftraggeber dann, wenn ihm die erworbenen Kunden treu bleiben und ohne grossen Aufwand regelmässig Nachbestellungen tätigen. Erheblich ist der Vorteil, wenn die Geschäftsausweitung von einiger Dauer ist. Die Beurteilung, ob die Kunden dem Auftraggeber treu bleiben, erfordert eine Prognose. Es ist Sache des Agenten, den erheblichen Vorteil des Auftraggebers zu beweisen (SPOERRI, in: OFK zum OR, 3. Aufl., 2016, N 3 ff.). Der Agent muss den Kundenkreis wesentlich erweitert haben. Erweiterung des Kundenkreises setzt voraus, dass sich deren Zahl oder zumindest deren Abnahmepotenzial vergrössert hat. Der Erweiterung des Kundenkreises ist die erstmalige Schaffung eines Kundenkreises gleichzustellen. Sie ist vom Agenten zu beweisen (BÜHLER, in: ZK OR, 2000, N 27 zu Art. 418u mit Hinweis auf BGE 103 II 281). Gemäss Bundesgericht ist die Kundschaftsentschädigung kein nachträgliches Entgelt für Leistungen des Agenten während der Vertragsdauer, sondern ein

- 42 - Ausgleich für einen Geschäftswert, den der Auftraggeber nach Beendigung des Vertrages weiter nutzen kann (BGE 122 III 72).

E. 8.3

Würdigung Die Beklagte beschränkt ihre Beurteilung zu Unrecht auf die kurze Zeitspanne der Geltung der Vereinbarung 2018. Die vertragliche Beziehung zwischen den Parteien dauerte wesentlich länger. Mit der Vereinbarung 2018 wurde die Vertragsbeziehung lediglich modifiziert. Die Frage der Kundschaftsentschädigung ist daher mit Blick auf die gesamte Dauer der vertraglichen Beziehung zu entscheiden. Es trifft auch zu, dass die Behauptungen der Klägerin wenig substantiiert sind. Es wäre an der Klägerin gewesen, im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, welche Kunden aufgrund ihrer Agententätigkeit gewonnen wurden, bzw. inwiefern sich das Abnahmepotenzial bestehender Kunden aufgrund ihrer Tätigkeit vergrössert hat. Der blosser Verweis auf eine Liste reicht hierfür nicht. Der Beklagten ist darin zuzustimmen, dass I._____ selber zu dieser Liste ausführte, sie beinhalte "Kunden/Prospects" (act. 3/11). Unter Prospects versteht man gemeinhin nicht bestehende, sondern mögliche zukünftige Kunden. Welche Kunden bereits bestehen und welche Prospects sind, ist der Liste nicht zu entnehmen. Dasselbe gilt mit Bezug auf die Schaffung eines erheblichen Vorteils. Die Klägerin beschränkt sich darauf, zu behaupten, die Kunden seien langjährig und daher vermutungsweise treu, ohne weiter darzulegen, woraus sie diese Behauptungen ableitet (act. 1 Rz. 106). Sie begründet nicht näher, weshalb diese Kunden nach Beendigung des Agenturverhältnisses und damit nach Verlust ihres

Ansprechpartners I. _____ der Beklagten erhalten bleiben sollen. Mangels genügender Substantiierung und genügenden Nachweises des Vorliegens der Voraussetzungen von Art. 418u Abs. 1 OR ist keine Kundschaftsentschädigung zuzusprechen. 9. Verzugszins 9.1. Befindet sich die Schuldnerin einer Geldforderung in Verzug, so hat sie Verzugszins zu 5 % pro Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). In Verzug kommt

- 43 - sie grundsätzlich erst durch Mahnung oder durch Ablauf eines bestimmten Verfalltages (Art. 102 OR). 9.2. Die Klägerin verlangt für die Teilforderung in Ziffer 2. ihres Rechtsbegehrens Verzugszins zu 5 %, ohne anzugeben, ab wann sie den Zins fordert. Sie unterlässt es auch, diesen Antrag zu begründen und sich zu den Voraussetzungen des Verzugszinsanspruches zu äussern. Bezüglich der Teilforderungen in Ziffer 3., 4. und 5. des Rechtsbegehrens fehlt gar ein Antrag auf Zusprechung von Verzugszins. Der Klägerin ist daher kein Verzugszins für ihre Forderung zuzusprechen. 10. Gegenansprüche der Beklagten 10.1. Die Klägerin hat bereits in der Klage vorweggenommen, dass die Beklagte ein offenes Guthaben von CHF 8'033.78 geltend mache. Die Klägerin geht aufgrund leicht abweichender Umsatzzahlen von einem offenen Betrag zugunsten der Beklagten von CHF 6'678.23 aus, welchen sie explizit anerkennt (act. 1 Rz. 112 f.). Die Beklagte hält daran fest, dass ihr aus der Abrechnung von G. _____, E. _____ und H. _____ 2018 ein Guthaben von CHF 8'033.78 zustehe und stützt sich auf act. 3/7. Sie erklärt in diesem Umfang Verrechnung, sofern das Gericht Ansprüche der Klägerin gutheissen sollte (act. 12 Rz. 68, act. 31 Rz. 108). 10.2. Die Beklagte stützt sich auf eine Provisionsabrechnung für das Jahr 2018. Darin werden die Umsätze, die sich daraus ergebenden Provisionsansprüche sowie von der Beklagten geleistete Akontozahlungen aufgeführt. Da die Akontozahlungen die Provisionsansprüche übersteigen, verlangt die Beklagte den Differenzbetrag. Der entsprechende Anspruch wird von der Klägerin grundsätzlich anerkannt, jedoch anders berechnet. Für E. _____ 18 geht die Klägerin von einem höheren Eigenumsatz von CHF 471'428.– aus. Die Beklagte bestreitet diesen Betrag nicht substantiiert. Er ergibt sich überdies auch aus act. 3/4. Es ist daher darauf abzustellen. Für H. _____ 18 geht die Klägerin von einem höheren Totalumsatz aus, namentlich CHF 250'139.–. Sie stützt sich dabei auf eine von ihr gestellte Rechnung (act. 3/6). Die Beklagte bestreitet auch diesen Betrag nicht in substantiiertem Weise, weshalb darauf abzustellen ist. Die höheren Umsatzzahlen

- 44 - führen dazu, dass der gemäss Abrechnung 2018 der Beklagten geschuldete Betrag CHF 6'678.26 beträgt. Diesen Betrag hat die Klägerin anerkannt. Aufgrund der Verrechnungserklärung der Beklagten ist er von den klägerischen Ansprüchen in Abzug zu bringen. Die gesamten klägerischen Ansprüche betragen damit CHF 135'643.62. 11. Beseitigung Rechtsvorschlag 11.1. Die Klägerin hat einen Teil ihrer Forderung in Betreuung gesetzt (Betreibung Nr. ...). Der Zahlungsbefehl des Stadtammann- und Betreibungsamtes Zürich 8 vom 2. Oktober 2019 lautet auf CHF 28'750.75 zuzüglich Zins zu 5 % seit 4. September 2019 und auf CHF 18'998.85 (act. 3/33). Dagegen erhob die Beklagte Rechtsvorschlag. Die Klägerin verlangt Beseitigung des Rechtsvorschlages (act. 1 Rz. 44 und 110). 11.2. Mit dem Rechtsvorschlag bringt der Schuldner die Betreuung zum Stillstand (Art. 78 SchKG), und die Betreuung bleibt solange gehemmt, als die Wirksamkeit des Rechtsvorschlages nicht durch gerichtlichen Entscheid – Rechtsöffnung oder Anerkennungsklage – aufgehoben wird (AMONN/WALTHER, Grundriss des SchKG, 9. Aufl., 2013, § 18 Rz 38). Die mit der vorliegenden Klage beantragte Beseitigung des Rechtsvorschlages ermöglicht im Fall einer gutheissenden Entscheidung die Fortsetzung der

angehobenen Betreuung. Dementsprechend muss – wie im Rechtsöffnungsverfahren – der gemäss Urteil Berechtigte mit dem betreibenden Gläubiger identisch sein, zwischen der in Betreuung gesetzten und der eingeklagten Forderung muss Identität bestehen, und auch der im Urteil Verpflichtete muss mit dem Betriebenen identisch sein. Das ist als Rechtsanwendung von Amtes wegen zu prüfen (dazu sowie zu den "drei Identitäten" im Rechtsöffnungsverfahren vgl. BACHOFNER, Neues und Bewährtes zum Rechtsöffnungsverfahren, BJM 2020 S. 1 ff., 14, m.H.; statt vieler Urteil des Bundesgerichts 5A_860/2016 vom 9. Oktober 2017, E. 3.2.1; vgl. ferner STAEHELIN, in: BSK zum SchKG I, 2. Aufl., 2010, N. 10a zu Art. 79, m.H.). 11.3. Gemäss Angaben im Zahlungsbefehl betrifft die Betreuung zwei offene Rechnungen für Provisionen (Nr 19.0057 vom 24. Juli 2019 [act. 3/26] und Nr.

- 45 - 19.0064 vom 30. August 2019 [act. 3/29]). Die mit Rechnung Nr. 19.0064 in Rechnung gestellte Forderung bezüglich C._____ 19 im Betrag von CHF 18'998.85 ist ausgewiesen (vgl. Erw. 5.4.2.). Der Rechtsvorschlag kann in diesem Umfang aufgehoben werden. Die mit Rechnung Nr. 19.0057 bezüglich E._____ 19 in Rechnung gestellte Forderung konnte die Klägerin nicht vollständig, sondern nur im Umfang von 26'643.96 nachweisen (vgl. Erw. 5.4.2.1.). Daraus folgt, dass der Rechtsvorschlag in Bezug auf die Rechnung Nr.19.0057 nur in diesem Umfang aufgehoben werden kann. Nachdem die Klägerin ihren Anspruch auf Verzugszinsen nicht genügend dargetan hat, kann der Rechtsvorschlag auch diesbezüglich nicht aufgehoben. Demnach ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... im Umfang von CHF 45'642.81 zu beseitigen. Für die Betreuungskosten ist keine Beseitigung des Rechtsvorschlages nötig, weil die Kosten von den Zahlungen der Schuldnerin vorab erhoben werden können (Art. 68 Abs. 2 SchKG; BGer 5A_375/2017 vom 13. Juni 2018 E. 3.6.2). Insoweit fehlt ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung des Rechtsvorschlages für die Betreuungskosten von CHF 103.30.

E. 12

Zusammenfassung Die Vertragsbeziehung zwischen den Parteien ist als befristeter Agenturvertrag zu qualifizieren. Die Beklagte hat diesen ungerechtfertigt sofort beendet, weshalb der Klägerin ein Schadenersatzanspruch im Umfang der bis zum Ende der vereinbarten Vertragsdauer hypothetisch erzielten Provision im Betrag von CHF 134'821.88 zusteht. Die gesamten Umstände der fristlosen Kündigung rechtfertigen überdies die Zusprechung einer Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von CHF 7'500.–. Einen Anspruch auf Kundschaftsentschädigung hat die Klägerin hingegen nicht rechtsgenügend dargetan. Den Ansprüchen der Klägerin steht ein Anspruch der Beklagten von CHF 6'678.26 entgegen, welcher von der Klägerin anerkannt wurde. Damit schuldet die Beklagte der Klägerin CHF 135'643.62. Da die mittels Hilfsbegehren verlangten Informationen für die Berechnung der Ansprüche der Klägerin nicht erforderlich sind, ist auf die Hilfsbegehren nicht einzutreten.

- 46 -

E. 13

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 13.1

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles. Die Klägerin schätzt den Streitwert auf CHF 320'312.97 aus, wovon auszugehen ist (act. 1 Rz. 2). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist eine volle Gerichtsgebühr von aufgerundet CHF 17'200.– geschuldet. Da keine Partei vollständig obsiegt hat, sind die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Umfang von rund 2/5 des geschätzten Streitwerts. Demnach ist die Gerichtsgebühr im Umfang von 2/5 (CHF 6'880.–) von der Beklagten und im Umfang von 3/5 (CHF 10'320.–) von der Klägerin zu tragen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen. Für den der Beklagten auferlegten Anteil (CHF 6'880.–) ist ihr das Rückgriffsrecht einzuräumen.

E. 13.2

Parteienschädigungen Die Parteienschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen. Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Sie beträgt vorliegend rund CHF 19'800.–. Hinzu kommen Zuschläge gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung und die Verfassung weiterer notwendiger Rechtsschriften, d.h. vorliegend die zweite Rechtsschrift sowie eine Noveneingabe). Hätte eine Partei vollständig obsiegt, hätte sie die Gegenseite demnach im Umfang von 150% der Grundgebühr zu entschädigen (entspricht CHF 29'700.–). Da keine Partei vollständig obsiegt hat, sind die jeweiligen Entschädigungsansprüche zu verrechnen, womit die Klägerin die Beklagte im Umfang von 1/5 der Gebühr zu entschädigen hat (CHF 5'940.–).

- 47 - Das Handelsgericht beschliesst:

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