

ZH_OBERGERICHT LB190063 vom 29. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB190063

FR: ZH_OBERGERICHT LB190063 du 29 octobre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LB190063 del 29 ottobre 2020

Erwägungen

E. 1

Für den Sachverhalt kann vorab auf die zusammenfassende Darstellung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 50 S. 3 ff.): "1. Im Jahr 1987 gründete der Kläger die E._____ Treuhand und Unternehmensberatung AG (heute: E._____ AG) mit Sitz in Zürich (nachfolgend: "E._____"). Der Zweck der E._____ besteht in erster Linie in der Ausübung von Buchhaltungsmandaten, in der Abschlussberatung, der Reorganisation von Finanz- und Rechnungswesen und weiteren Treuhanddienstleistungen (act. 4/4).

E. 1.1

Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert auf Fr. 6'488'200.–, bestehend aus dem Forderungsbetrag des klägerischen Rechtsbegehrens Nr. 1 im Umfang von Fr. 1'688'200.– sowie dem Feststellungsbegehren im Rechtsbegehren Nr. 2 von geschätzt Fr. 4'800'000.– (Urk. 50 S. 53). Dies wurde von keiner Partei bean-

- 37 - standet. Die Entscheidgebühr setzte die Vorinstanz unter Berücksichtigung eines Erhöhungs- (erheblicher Zeitaufwand gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG) und eines Reduktionsgrundes (Klägerückzug; Reduktion gemäss § 10 Abs. 1 GebV OG) auf Fr. 56'500.– fest (Urk. 50 S. 53 f. und Dispositiv-Ziffer 2). Diese blieb unangefochten und ist zu bestätigen. Dasselbe gilt auch für die von der Vorinstanz unter Berücksichtigung von zwei Zuschlägen im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV und eines Reduktionsgrundes (Reduktion gemäss § 11 Abs. 3 [recte: 4] AnwGebV zufolge Rückzug des Rechtsbegehrens Nr. 2) berechnete Parteientschädigung von Fr. 72'850.– (Urk. 50 S. 54 f.).

E. 1.2

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Der Kläger obsiegt erstinstanzlich zu gut einem Viertel, die Beklagte zu knapp drei Vierteln. Die Gerichtskosten der ersten Instanz in Höhe von Fr. 56'500.– sind dementsprechend zu drei Vierteln (entsprechend Fr. 42'375.–) dem Kläger und zu einem Viertel (entsprechend Fr. 14'125.–) der Beklagten aufzuerlegen und mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 51'000.– zu verrechnen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger den Vorschuss im Umfang von Fr. 8'625.– (Fr. 51'000.– minus Fr. 42'375.–) zu ersetzen. Für den Fehlbetrag (Fr. 5'500.–) stellt die Gerichtskasse der Beklagten Rechnung (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Ferner ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung in Höhe von Fr. 36'425.– zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer (insgesamt rund Fr. 39'230.–) zu bezahlen. 2. Ausgangsgemäss wird die Beklagte sodann für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Nichteintreten auf die Berufung gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom

23. Oktober 2019 erscheint völlig untergeordnet und ist vernachlässigbar. Die Entscheidgebühre für das Berufungsverfahren bemisst sich bei einem Streitwert von Fr. 1'688'200.– auf Fr. 37'630.– (§ 4 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Sie ist vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen und mit dem vom Kläger geleisteten

- 38 - Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger diesen Vorschuss zu ersetzen. Ferner ist sie zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 25'500.– zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer (insgesamt Fr. 27'463.50) zu bezahlen (§ 4 Abs. 1, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Es wird beschlossen: 1. Auf die Berufung gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Oktober 2019 wird nicht eingetreten. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 1'688'200.– zuzüglich 8% MWSt auf Fr. 776'200.– zu bezahlen, nebst Zins zu 5% auf a) Fr. 285'000.– seit 7. Oktober 2016; b) sowie auf einem zusätzlichen Teilbetrag von Fr. 399'000.– seit 2. November 2016; c) sowie auf einem zusätzlichen Teilbetrag von Fr. 354'000.–, zuzüglich 8% MWSt auf Fr. 126'000.–, seit 30. November 2016; d) sowie auf einem zusätzlichen Teilbetrag von Fr. 650'200.– zuzüglich 8% MWSt seit 28. Dezember 2016. 2. Die Entscheidgebühre für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 56'500.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu drei Vierteln und der Beklagten zu einem Viertel auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 51'000.– verrechnet.

- 39 - Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 8'625.– zu ersetzen. Im Fehlbetrag (Fr. 5'500.–) stellt die Gerichtskasse der Beklagten Rechnung. 4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 39'230.– zu bezahlen. 5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühre wird auf Fr. 37'630.– festgesetzt. 6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss in Höhe von Fr. 37'630.– zu ersetzen. 7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 27'463.50 zu bezahlen.

E. 2

Im Jahr 2003 wurde die Beklagte Mitarbeiterin der E._____. In der Folge erwarb die Beklagte im Jahr 2004 vom Kläger 50% der Aktien an der E._____. Die Parteien führten fortan das Unternehmen als gleichberechtigte Partner. 2013 nahmen die Parteien den langjährigen Mitarbeiter F._____ in die Partnerschaft auf und verkauften ihm bzw. der von ihm gehaltenen G._____ GmbH 25% der Aktien an der E._____ (act. 2 Rz. 9; act. 9 Rz. 31).

- 5 -

E. 2.1

Für die Parteidarstellungen zu einer Vereinbarung betreffend die Provisionsaufteilung kann vorab auf die eingehende Darstellung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 50 S. 11 ff.).

E. 2.2

Als Indizien für das Bestehen einer dauerhaften Vereinbarung nennt der Kläger Folgende: Eine SMS vom 19. November 2015, worin er sich - entgegen seinem anfänglichen Festhalten am Verteilschlüssel 50/50 - für das Geschäft "D._____" mit einer Aufteilung der Provisionen im Verhältnis 60/40 einverstanden erklärt habe (Urk. 4/14). In der Folge hätten die Parteien zwischen Dezember 2015 und August 2016 vier Provisionszahlungen aus dem Geschäft "D._____" in diesem Verhältnis untereinander aufgeteilt (Urk. 49 Rz. 42 f.). In dieser Zeit hätten zwischen den Parteien keine weiteren Gespräche stattgefunden. Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung sei mit anderen Worten zwischen November 2015 und August 2016 "gelebt" worden (Urk. 49 Rz. 44). Erneut thematisiert worden sei die Aufteilung der Provisionen erst im Zusammenhang mit dem Entwurf eines Aktionärsbindungsvertrages. Am 11. August 2016 habe die Beklagte eine E-Mail an den Kläger, Herrn F._____ und Herrn K._____ geschrieben, worin sie kundgegeben habe, dass sie sich an der leistungsunabhängigen Aufteilung störe, ihr Anteil mehr als 60% betragen müsste und sie inskünftig Anspruch auf mindestens 75% der Provisionen erhebe (Urk. 4/29). Diese E-Mail könne nicht

- 12 - anders verstanden werden, als dass auch die Beklagte davon ausgegangen sei, dass eine generelle Vereinbarung bestanden habe, wonach Provisionen leistungsunabhängig im Verhältnis 60/40 zwischen den Parteien aufgeteilt würden. Auf die Nachfrage des Klägers in seiner E-Mail vom 12. August 2016 (Urk. 4/30), dass sie damit nur andere Provisionen als jene aus dem Geschäft "D._____" meine, habe die Beklagte nicht geantwortet (Urk. 49 Rz. 45 f.). Die angestrebte Neuregelung sei im Zusammenhang mit der Neuregelung der Partnerschaft gestanden und habe den Zeitraum ab 1. Januar 2017 betroffen; für die Zeit davor hätten keine derartigen Verhandlungen stattgefunden. Eine Neuregelung hätte sich daher von vorne herein nicht auf den klagerrelevanten Zeitraum beziehen können. Dass auch die Beklagte dieses Verständnis teile, gehe aus ihrer E-Mail an RA Y1._____ vom 2. August 2016 hervor (Urk. 19/2), wonach sich die Parteien geeinigt hätten, "die bisherigen Provisionen, d.h. bis und mit Ende 2016 im Verhältnis 60/40 aufzuteilen". Diese E-Mail stelle nicht nur ein Indiz, sondern einen direkten Beweis für das Zustandekommen der behaupteten dauerhaften Vereinbarung im klagerrelevanten Zeitraum dar (Urk. 49 Rz. 48). Überdies lasse sich einer am 27. November 2015 angefertigten Excel-Tabelle (Urk. 19/1) entnehmen, dass die Beklagte für jede der in Betracht gezogenen Varianten davon ausgegangen sei, dass dem Kläger zumindest bis Ende 2017 40% aller Provisionen aus dem Geschäft "D._____" zugestanden hätten (Urk. 49 Rz. 49). Die Beklagte habe sich im Wesentlichen darauf beschränkt, das Zustandekommen einer dauerhaften Vereinbarung zu bestreiten. Das Mandat "D._____" sei nicht oder nur am Rande im Zusammenhang mit der E._____ gestanden. An den vier Provisionszahlungen aus dem Geschäft "D._____" habe sie den Kläger jeweils nur im Einzelfall beteiligt, nachdem er sie bei jeder einzelnen Transaktion dazu gedrängt habe. Mit Bezug auf die Excel-Tabelle wisse sie nicht, wer diese erstellt habe. Und was ihre E-Mail vom 2. August 2016 anbelange, habe die Beklagte versucht, deren Inhalt dahingehend umzudeuten, dass es darin um eine Offerte gegangen sei (Urk. 49 Rz. 50 f.).

E. 2.3

Der Kläger beanstandet eine fehlerhafte Beweiswürdigung der Vorinstanz. Sie habe die Indizien für das Vorliegen der genannten Vereinbarung nahezu vollständig zu Ungunsten des Klägers ausgelegt. Ihre Würdigung sei in entscheidenden

- 13 - den Teilen nicht nachvollziehbar und beruhe auf einer unrichtigen Feststellung des Sachverhalts (Urk. 49 Rz. 40 und 52).

E. 2.4

Hinsichtlich des vom Kläger offerierten Beweismittels einer E-Mail der Beklagten vom 2. August 2016 (Urk. 19/2) kam die Vorinstanz zum Schluss, es liege eine persönlichkeitsverletzende und rechtswidrige Beschaffungshandlung nach Art. 152 Abs. 2 ZPO vor. Der Kläger habe sich unter Zuhilfenahme eines externen IT-Experten Zugriff auf den passwortgeschützten E-Mail-Account der Beklagten beschafft und diesen aktiv nach seinem Standpunkt im Prozess unterstützenden Dokumenten durchsucht. Die Persönlichkeitsverletzung führe nicht zwingend zu einem Verwertungsverbot. Das Interesse der Beklagten am Schutz der beeinträchtigten Geheimsphäre wiege indessen höher als das Interesse des Klägers an der Wahrheitsfindung. Entsprechend sei die E-Mail nicht zu berücksichtigen (Urk. 50 S. 18 ff., insb. E. 2.2.5 und 2.2.6).

E. 2.4.1

Der Kläger macht geltend, die E-Mail der Beklagten vom 2. August 2016 an ihren Rechtsvertreter stelle einen direkten Beweis für seine Behauptung dar, wonach zumindest bis Ende 2016 und damit für den klagerlevanten Zeitraum eine Vereinbarung zwischen den Parteien bestanden habe, sämtliche Provisionen im Verhältnis 60/40 aufzuteilen. Der Kläger habe sich nicht gezielt im Hinblick auf die rechtliche Auseinandersetzung mit der Beklagten Zugriff auf deren E-Mail-Korrespondenz verschafft. Vielmehr habe er vom IT-Experten der E._____ eine Kopie der gesamten Outlook-Korrespondenz erhalten, nachdem sich die Beklagte von dem IT-Experten eine Kopie der gesamten Datenbank der E._____ habe aushändigen lassen. Dabei sei er davon ausgegangen, dass er eine Kopie dieser Daten erhalten dürfe, nachdem es sich um die geschäftliche E-Mail-Adresse der Beklagten gehandelt habe. Erst als er habe feststellen müssen, dass sich die Beklagte wahrheitswidriger Behauptungen bediene, um ihren Standpunkt zu stützen, habe er sich veranlasst gesehen, in ihrer E-Mail-Korrespondenz nach prozessrelevanten Dokumenten zu suchen. Überdies sei festzuhalten, dass die E-Mail auf dem Server der E._____ in einem dem Mandat C._____ zugeordneten E-Mail-Ordner, d.h. einem Geschäftsordner abgelegt gewesen sei. Sie sei weder in einem privaten Ordner abgelegt noch anderweitig als persönlich oder privat ge-

- 14 - kennzeichnet gewesen. Der Vorinstanz könne auch nicht gefolgt werden, dass es sich bei dieser E-Mail "nicht um das im vorliegenden Verfahren aussagekräftigste Beweisdokument" handeln solle, nachdem es den direkten Beweis für die entsprechende Behauptung des Klägers erbringe und zur Gutheissung der Klage führen müsse. Auch könne aus dem Umstand, dass er die E-Mail erst mit der Replik ins Recht gelegt habe, nicht geschlossen werden, dass er diese nicht als zentrales Beweismittel betrachtet habe. Wie er anlässlich der Hauptverhandlung ausgeführt habe, sei er erst nach der Instruktionsverhandlung überhaupt auf diese E-Mail gestossen, weshalb er sie nicht früher habe ins Verfahren einführen können. Ganz grundsätzlich sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz überhaupt kritisiere, dass dieses Novum erst anlässlich der Replik eingebracht worden sei. Ferner sei festzuhalten, dass die Vorinstanz bei ihrer Interessenabwägung den hohen Streitwert des Verfahrens in keiner Weise berücksichtigt habe. Diesem komme bei der Interessenabwägung eine zentrale Rolle zu (unter Verweis auf OGer ZH LA180019 vom 15.03.2019, E. 3.c)cc) m.H.). Selbst wenn man davon ausgehen

wollte, dass die Beschaffung der E-Mail in unrechtmässiger Weise erfolgt sei, müsste eine sachgerechte Interessenabwägung zur Zulassung der E-Mail als Beweismittel führen. Obschon bereits bei einer angemessenen Würdigung der Indizien kein vernünftiger Zweifel bestehen könne, dass die Parteien eine dauerhafte Vereinbarung zur Aufteilung sämtlicher Provisionen aus dem Geschäft "D._____" abgeschlossen hätten, sei diese E-Mail das einzige Beweismittel, das den direkten Beweis erbringe. Das mit dieser E-Mail verbundene Interesse an der Wahrheitsfindung sei damit derart gewichtig, dass es das Interesse der Berufungsbeklagten an der Geheimniswahrung deutlich überwiege (Urk. 49 Rz 87 ff.). Die Beklagte entgegnet, der Kläger habe seine Falschaussagen in der Stellungnahme vom 31. August 2018 (Urk. 27 Rz 6) anlässlich der Befragung nicht aufrechterhalten können. Auf Hinweis der Beklagten, dass der Zugriff auf den Ordner "C._____" passwortgeschützt gewesen sei (Prot. I. S. 35), habe er einräumen müssen, dass er gezielt nach dieser E-Mail gesucht habe (Prot. I. S. 31) und unter Zuhilfenahme eines externen IT-Experten gezielt das Passwort der Beklagten habe "knacken" und sich systematisch und skrupellos die gesamte (ein-

- 15 - schliesslich private) elektronische Korrespondenz habe übergeben lassen. Die Argumentation der Vorinstanz in E. III.2.2.5 sei daher vollumfänglich zutreffend. Der Kläger sei zudem nicht per Zufall auf die besagte E-Mail gestossen, wie er habe einräumen müssen, sondern habe aktiv nach einem seinen Standpunkt stützenden Dokument gesucht. Dabei müsse er realisiert haben, dass die E-Mail an den Rechtsvertreter adressiert gewesen sei und es sich entsprechend um vertrauliche Informationen gehandelt habe, an denen kein geschäftliches Interesse bestanden habe. Die Vorinstanz habe auch bei der Interessenabwägung richtig erkannt, dass der Schutz ihres verletzten Rechtsgutes das Interesse des Klägers an der Wahrheitsfindung überwiege. Damit habe die Vorinstanz zu Recht auch das elementare Interesse zum Schutz der Einheit der Rechtsordnung sowie das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz in die Güterabwägung mit einbezogen. Hieran vermöge auch die Kritik des Klägers nichts zu ändern, wonach die Vorinstanz den Streitwert des Verfahrens zu wenig berücksichtigt habe. Der Schutz der physischen und psychischen Integrität des Verletzten überwiege gegenüber rein monetären Interessen. Unbehelflich sei der Einwand, dass die E-Mail vom 2. August 2016 das einzige Beweismittel darstelle, welches den direkten Beweis für die behauptete Vereinbarung erbringe. Dies treffe zum einen bei richtiger Betrachtung gerade nicht zu. Zum anderen relativiere der Kläger die Bedeutung dieses Beweismittels gleich selbst, wenn er ausführe, dass bei einer angemessenen Würdigung der Indizien kein Zweifel am Abschluss der behaupteten Vereinbarung bestehen könne (Urk. 58 Rz. 129 ff.).

E. 2.4.2

Die Vorinstanz hat in Bezug auf die als Beweismittel offerierte E-Mail vom 2. August 2016 (Urk. 19/2) eine persönlichkeitsverletzende und damit rechtswidrige Beschaffungshandlung nach Art. 152 Abs. 2 ZPO bejaht. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (Urk. 50 S. 19 ff. E. III./2.2.2 bis 2.2.5). Der Kläger bestreitet im Berufungsverfahren das Vorliegen einer rechtswidrigen Beschaffungshandlung (vgl. vorstehend). Als Beschaffungshandlung gilt jede Handlung, die zwei Voraussetzungen erfüllt: Erstens muss sie eine kausale Ursache dafür sein, dass das Beweismittel im Zivilprozess berücksichtigt werden kann. Zweitens muss sie auf diesen Erfolg ge-

- 16 - richtet sein (Yves Rüedi, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2009, Rz 228; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 74; ZK-ZPO-Hasenböhler Art. 152 N 35 a.E.). Fehlt die Kausalität, dann liegt keine rechtswidrige Beschaffungshandlung vor. Dasselbe gilt, wenn die Beschaffungshandlung nicht darauf gerichtet war, den Beweis im Prozess zu verwenden. In diesen Fällen kommt Art. 152 Abs. 2 ZPO nicht zur Anwendung. Das grundsätzliche Verwertungsverbot kommt erst zum Zug, wenn die materielle rechtswidrige Handlung nicht nur beiläufig erfolgte, sondern *conditio sine qua non* war für das Erlangen des vorgelegten Beweises (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 75 m.H.; a.A. Caroline Guhl, Trotz rechtswidrig beschaffter Beweise zu einem gerechten Straf- und Zivilurteil, Zürich/St. Gallen 2018, Rz 174 ff., welche nicht von der finalen Handlungslehre, sondern von einer sog. sozialen Handlungslehre ausgeht).

E. 2.4.3

Der Kläger legt schlüssig dar, dass er sich nicht gezielt im Hinblick auf die rechtliche Auseinandersetzung mit der Beklagten Zugriff auf deren E-Mailkorrespondenz verschafft hat. Unbestritten blieb, dass die E-Mail vom 2. August 2016 (Urk. 19/2) auf dem Server der E._____ in einem dem Mandat C._____ zugeordneten E-Mail-Ordner, d.h. einem Geschäftsordner, und nicht in einem Privatordner abgelegt, und als solche weder als persönlich noch privat gekennzeichnet war (Urk. 27 Rz 6 und Urk. 30 Rz 12). Dass es sich bei dieser E-Mail um eine Korrespondenz zwischen der Beklagten und ihrem Rechtsvertreter handelt und deshalb als "privat" zu qualifizieren ist, ergab sich erst später bei der Sichtung der dem Kläger vom externen IT-Experten übergebenen Kopien der E-Mailkorrespondenz der Beklagten. Zwar war der Geschäftsordner nach unbestrittenen Angaben der Beklagten passwortgeschützt (Prot. I S. 35). Dass (und warum) der Kläger nicht hätte davon ausgehen dürfen, dass er eine Kopie dieser Geschäftsdaten erhalten dürfe, nachdem der IT-Experte der Beklagten, als sie die E._____ AG verlassen habe, auch die gesamte Datenbank der E._____ AG ausgehändigt habe (Prot. I S. 39, was unbestritten blieb), wurde nicht geltend gemacht. Plausibel erscheint, dass der Kläger erst nach der ersten Gerichtsverhandlung (Instruktionsverhandlung vom 9. November 2017, Prot. I S. 6 ff.) in diesen Unterlagen nach Beweismitteln für seinen Standpunkt zu suchen begann und so auf die E-Mail gestossen ist (Prot. I S. 31 und 39), ansonsten er dieses Beweismittel bereits

- 17 - mit der Klage, und nicht erst mit der Replik, offeriert hätte. Es bestehen jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger "systematisch, skrupellos und unter Missachtung elementarer datenschutzrechtlicher Grundsätze" auf den Servern der E._____ nach privaten E-Mails der Beklagten gesucht hätte, wie die Beklagte behauptet. Vielmehr erscheint seine Darstellung überzeugend, wonach er sich nach dem Ausscheiden der Beklagten aus der E._____ AG als berechtigt ansah, eine Kopie ihrer geschäftlichen E-Mailkorrespondenz zu erhalten. Keine Rede kann davon sein, dass der Kläger seine Falschaussage (welche?) anlässlich der Beweisverhandlung nicht habe aufrechterhalten können und habe einräumen müssen, dass er unter Zuhilfenahme eines externen IT-Experten gezielt das Passwort der Beklagten habe "knacken" lassen. Solches lässt sich den Aussagen des Klägers nicht entnehmen. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Umstand, dass sich der Kläger vom externen IT-Experten eine Kopie der gesamten Outlook-Korrespondenz übergeben liess, als kausale Ursache dafür gilt, dass die E-Mail vom 2. August 2016 im Prozess als Beweismittel eingereicht werden konnte. Hingegen

erfolgte die Aus- händigung der E-Mailkorrespondenz aus einem Geschäftsordner nicht mit dem Ziel, diese im Prozess als Beweismittel zu verwenden, d.h. nicht im Hinblick auf die rechtliche Auseinandersetzung mit der Beklagten, sondern im Geschäftsinter- esse. Es liegt daher keine (rechtswidrige) Beschaffungshandlung vor, weshalb die E-Mail als Beweismittel berücksichtigt werden kann.

E. 2.4.4

Die E-Mail der Beklagten vom 2. August 2016 (Urk. 19/2) lautet in den entscheidenden Passagen wie folgt: "... Schon seit einiger Zeit möchte ich dich über den Stand meiner geschäftlichen Situation informieren. Wir sind immer noch in zähen Verhandlungen, haben uns aber geei- nigt, die bisherigen Provisionen, d.h. bis und mit Ende 2016 im Ver- hältnis 60/40 aufzuteilen. Ich bin nicht bereit auch die weiteren Provisionen zu teilen, mein Part- ner andererseits möchte weiterhin 40% erhalten. Diesbezüglich versuchen wir nun einen Konsens zu finden.

- 18 - ..." Der Kläger macht geltend, diese E-Mail stelle einen direkten Beweis für sei- ne Behauptung dar, wonach zumindest bis Ende 2016 (d.h. für den klagerrelevan- ten Zeitraum) eine Vereinbarung zwischen den Parteien bestanden habe, sämtli- che Provisionen (darunter insbesondere jene aus dem Geschäft "D.____") im Verhältnis 60/40 aufzuteilen. Der Inhalt der E-Mail füge sich zudem nahtlos in das Bild der übrigen Ereignisse im August 2016 ein, zumal die Parteien zu diesem Zeitpunkt Gespräche über die Neuregelung der Partnerschaft der E.____ geführt hätten, die sich auch auf die Aufteilung von Provisionen bezogen habe. Nachdem diese Neuregelung ab dem 1. Januar 2017 hätte greifen sollen, sei es folgerichtig, dass die Parteien bis Ende 2016 an der bisherigen Regelung festgehalten hätten (Urk. 49 Rz 87 i.V.m. Rz 25 und 47). Die Beklagte bestreitet, dass die E-Mail vom 2. August 2016 einen direkten Beweis für den vom Kläger behaupteten Bestand einer Vereinbarung bilde. Sie stehe zunächst in Widerspruch zu den ursprünglichen Behauptungen und Aussa- gen des Klägers, wonach die Parteien bereits am 19. November 2015 eine dau- erhafte Vereinbarung über seine Beteiligung mit 40% an sämtlichen Provisionen der Beklagten aus dem Geschäft "D.____" getroffen hätten. Aus der E-Mail kön- ne aber auch nicht abgeleitet werden, dass sich die Beklagte im Sommer dazu verpflichtet hätte, ihn bis Ende 2016 an sämtlichen Provisionen mit 40% zu betei- ligen. Eine solche Vereinbarung sei entgegen dem Wortlaut der E-Mail nicht zu- stande gekommen. Vielmehr hätten die Parteien im Sommer 2016 diskutiert, ob und inwiefern die Beklagte den Kläger bzw. die zwei anderen Partner der E.____ an den von ihr mit der Vermittlung von Immobilien verdienten Provisionen betei- gen sollte. Die Beklagte habe stets den Standpunkt vertreten, dass sie den Kläger an den von ihr verdienten Provisionen im Mandat "D.____" nicht zu beteiligen habe. Dies habe zu grossen Spannungen zwischen den Parteien geführt. Da der Beklagten aber an einer Fortsetzung der Zusammenarbeit bei der E.____ viel gelegen sei, habe sie dem Kläger im Sinne eines Vermittlungsvorschlags die Übergangslösung angeboten, ihn zu 40% an ihren künftigen Provisionen "D.____" bis Ende 2016 zu beteiligen. Diese Offerte sei jedoch unter dem Vor-

- 19 - behalt gestanden, dass die Parteien mit den anderen beiden Partnern eine leis- tungsbasierte Vereinbarung über die Aufteilung von ausserordentlichen Erträgen nach dem 31. Dezember 2016 treffen würden (Urk. 58 Rz 137 i.V.m. Rz 83 ff.)

E. 2.4.5

Nicht gefolgt werden kann der Beklagten, dass die E-Mail vom 2. August 2016 im Widerspruch zu den ursprünglichen Behauptungen und Aussagen des Klägers stehe. Der Kläger macht geltend, dass die Parteien am 19. November 2015 eine Vereinbarung hinsichtlich der Aufteilung sämtlicher Provisionen aus dem Geschäft "D. _____" im Verhältnis 60/40 getroffen haben. Bei den Transaktionen vom 19. November 2015 sowie Februar und August 2016 sind die Parteien entsprechend verfahren (Urk. 2 Rz 27 ff. i.V.m. Urk. 4/16-28). Dies bestreitet die Beklagte nicht. Sie macht einzig geltend, dass sich die Parteien nicht generell, sondern nur im Zusammenhang mit den jeweils konkret anstehenden Liegenschaftserwerben geeinigt hätten (Urk. 9 Rz 160 ff.). Es ist auch unbestritten, dass ab Anfang 2016 die Gespräche betreffend Neuorientierung der E. _____ ab 1. Januar 2017 starteten. Ab Mitte 2016 wurden Entschädigungsmodelle und anteilige Gewinnverteilungen thematisiert (vgl. den Zeugen F. _____, Prot. I S. 44). Die Beklagte sagte nach Aussagen des Zeugen F. _____ (Prot. I S. 46) dabei relativ klar, dass sie für die Zukunft mit dem bisherigen Modell nicht mehr einverstanden sei. Daraus muss geschlossen werden, dass die Beklagte den bisherigen Verteilungsschlüssel offenbar zu ihren Gunsten abändern wollte. So teilte sie denn in ihrer E-Mail vom 11. August 2016 den weiteren drei Beteiligten auch mit, dass sie der Meinung sei, dass ihr Anteil mehr als 60% betragen müsste und sie bereit sei, maximal 25% von zukünftigen Provisionen an die übrigen Aktionäre abzugeben (Urk. 4/29). Der Kläger wollte weiterhin 40% erhalten (Urk. 4/29-30). Im Lichte dieser Situation kann die E-Mail vom 2. August 2016 nicht anders verstanden werden, als dass die Parteien übereingekommen sind, die Provisionen bis Ende Jahr - wie das bisher der Fall war - im Verhältnis 60/40 aufzuteilen. Auch aus den Aussagen der Beklagten in der Parteibefragung lässt sich nichts anderes ableiten. So führte sie aus, man habe sich in Arosa geeinigt, "wie wir mit der Provisionsverteilung weiterfahren wollten". Die Verhandlungen seien nicht fertig gewesen. Es sei ein Prozess gewesen. Man habe nicht alles auf einmal lösen können. Man habe nach Lösungen gesucht (Prot. I. S. 35 f.). Insgesamt ist dem Kläger zuzustim-

- 20 - men (Urk. 27 Rz 4), dass sich die Verhandlungen nur auf den Umfang seines Anteils bezogen. Von einem Widerspruch kann nicht ausgegangen werden. Nicht gefolgt werden kann sodann den Behauptungen der Beklagten, dass aus der E-Mail vom 2. August 2016 nicht abgeleitet werden könne, dass sie sich verpflichtet habe, den Kläger bis Ende 2016 an sämtlichen Provisionen mit 40% zu beteiligen. Der Wortlaut der E-Mail ist klar. Man hatte sich geeinigt, die Provisionen noch bis und mit Ende 2016 im Verhältnis 40/60 aufzuteilen. Noch verhandelt wurde über die Provisionsaufteilung ab 1. Januar 2017, was sich auch klar der E-Mail der Beklagten vom 11. August 2016 (Urk. 4/29) entnehmen lässt, welche sich an die drei zukünftigen Geschäftspartner richtete. Ihre Behauptung, es habe sich nur um eine Offerte gehandelt, den Kläger zu 40% an ihren Provisionen "D. _____" bis Ende 2016 zu beteiligen, die unter dem Vorbehalt gestanden sei, dass die Parteien mit den anderen beiden Parteien eine leistungsorientierte Vereinbarung über die Aufteilung von ausserordentlichen Erträgen nach dem 31. Dezember 2016 treffen würden, findet in den Akten keine Stütze. Die E-Mail vom 2. August 2016 selber enthält überhaupt keinen Vorbehalt, schon gar nicht der genannten Art. Auch der Parteibefragung der Beklagten, welche für ihre diesbezügliche Behauptung als einziges Beweismittel angerufen worden war (Urk. 24 Rz 24), kann nichts derartiges entnommen werden. Zur E-Mail vom 2. August 2016 (Urk. 19/2) befragt, erklärte sie nirgends, die darin erwähnte Vereinbarung sei unter einem wie auch immer gearteten Vorbehalt gestanden. Die Beklagte führte einzig aus, dass man sich in Arosa geeinigt habe, wie man mit der Provisionsverteilung weiterfahren

wollte, dass die Verhandlungen dann weitergegangen seien bzw. nicht fertig gewesen seien, und dass man nicht alles auf einmal lösen können (Prot. I S. 35 f.). Einen Vorbehalt der genannten Art hat sie nicht erwähnt. Dass die Verhandlungen nicht fertig waren und weitergegangen sind, ist richtig, betrifft aber die Zeit nach dem 1. Januar 2017. Weitere Beweismittel für ihre Behauptung hat die Beklagte nicht offeriert. Wie bereits zuvor am 1. Dezember 2015 und 11. März 2016 leistete die Beklagte denn auch am 12. August 2016 40% ihrer Provision aus dem Mandat "D._____" an den Kläger (Urk. 4/26-28 und dazu Urk. 2 Rz 37-39).

- 21 -

E. 2.4.6

Zusammenfassend muss davon ausgegangen werden, dass jedenfalls für den klagerelevanten Zeitraum bis Ende 2016, d.h. für die Transaktionen vom 30. September 2016, Ende Oktober 2016, 18. November 2016 und 20. Dezember 2016 (vgl. Urk. 4/38), eine Vereinbarung der Parteien vorliegt, wonach der Kläger 40% der Provisionen aus dem Mandat "D._____" erhalten soll. Es erübrigt sich daher die Prüfung der weiteren Vorbringen der Parteien zum Zustandekommen einer entsprechenden mündlichen Vereinbarung am 19. November 2015 bzw. dem Vorliegen einer einfachen Gesellschaft. Festgehalten werden kann immerhin, dass dem vom Kläger im Berufungsverfahren aufrecht erhaltenen Beweisantrag (Anordnung einer Expertise betreffend die von ihm ins Recht gelegte Exel-Tabelle Urk. 19/1), dem die Vorinstanz ohne Begründung nicht nachgekommen ist, statt- zugeben gewesen wäre. 3. Kündigung durch die Beklagte

E. 3

Der Beklagten gelang es aufgrund ihrer Kenntnisse im Bereich der Vermittlung von Immobiliengeschäften im Jahr 2004 über einen Bekannten bei der H.____ [Bank] die Familie I.____ als Kunden zu akquirieren (Prot. S. 7). Es handelte sich dabei um eine sehr vermögende Familie, die insbesondere im Immobiliensektor tätig war. Die E.____ verwaltete unter der Leitung der Beklagten hauptsächlich Schweizer Aktiengesellschaften, welche ab dem Jahr 2004 in der Schweiz für die Familie I.____ Liegenschaften erworben haben. Dabei fungierte die Beklagte treuhänderisch als alleinige Verwaltungsrätin dieser Aktiengesellschaften (act. 2 Rz. 12; act. 9 Rz. 41 f.).

E. 3.1

Zu prüfen bleibt, ob die Beklagte die Vereinbarung zwischen den Parteien mit Schreiben vom 13. Oktober 2016 (Urk. 30/34) mit sofortiger Wirkung rechts- gültig gekündigt hat. Die Vorinstanz erwog (Urk. 50 S. 49 ff.), ein Dauerschuldver- hältnis sei gegeben, wenn der Umfang der Gesamtleistung von der Erfüllungs- dauer des Rechtsgeschäfts abhängt. Das Bundesgericht erachte auch Rechts- verhältnisse, bei denen nur eine Partei eine fortgesetzte Leistung zu erbringen habe (und die sich von ihrer Funktion her einer Schenkung annähern könne) als Dauerschuldverhältnisse. Die Beendigung eines unbefristeten Dauerschuldver- hältnisses erfolge grundsätzlich durch ordentliche Kündigung, welche für die Zu- kunft wirke. Jedoch könne ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund zwin- gend auch ausserordentlich aufgelöst werden. Die ausserordentliche Kündigung sei in der Regel fristlos möglich. Ein wichtiger Grund liege vor, wenn einer Ver- tragspartei nicht mehr zugemutet werden könne, den Vertrag weiterzuführen. Gemäss Rechtsprechung sei dies insbesondere der Fall beim "Wegfall wesentli- cher Voraussetzungen persönlicher oder sachlicher Art", vor deren Hintergrund der Vertrag geschlossen worden sei, und "wenn das

Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden sei, also nicht nur aus wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die

- 22 - Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten". Die beweisbelastete Beklagte habe als Indizien, welche für eine Kündigung aus wichtigem Grund gesprochen hätten, hauptsächlich angeführt, dass der Kläger zum einen nicht mehr an einer engagierten und fruchtbaren zukünftigen Zusammenarbeit, sondern einzig an der Finanzierung seines komfortablen Ruhestandes interessiert gewesen sei, und er zum anderen sich ab September 2016 ihr gegenüber äusserst abweisend verhalten, sie gemieden und kaum mehr ein Wort mit ihr gesprochen habe. Die Vorinstanz kam zum Schluss (Urk. 50 S. 52 f.), unabhängig davon, ob der Kläger noch ein Interesse an der weiteren Mitarbeit in der E._____ gehabt habe und unabhängig von der Grösse des Arbeitseinsatzes des Klägers für die E._____ sei erstellt, dass sich das Verhältnis zwischen den Parteien im Verlauf der Verhandlungen über eine Erweiterung der Partnerschaft ab Sommer 2016 massiv verschlechtert habe. Lediglich von Meinungsverschiedenheiten – wie seitens des Klägers vorgebracht – habe nicht mehr gesprochen werden können. Den Tiefpunkt habe die Arbeitsbeziehung zwischen den Parteien nach der Kündigung der Beklagten vom 13. Oktober 2016 erreicht (act. 4/34). Da die Parteien zuvor während zwölf Jahren eine sehr enge, freundschaftliche und vertrauensvolle Arbeitsbeziehung als auch Freundschaft gepflegt hätten, habe die Verschlechterung ihrer Beziehung im September 2016 bereits als veränderter Umstand betrachtet werden müssen, welcher es für die Beklagte aus Persönlichkeitsgründen unzumutbar gemacht habe, die Vereinbarung mit dem Kläger aufrecht zu erhalten. Dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis nicht überstürzt aufgelöst habe, sondern ordentlich gekündigt und ebenso ihre Tätigkeit als Verwaltungsrätin nicht umgehend im Herbst 2016 aufgegeben habe, spreche nicht – wie vom Kläger als Gegenindiz vorgebracht – gegen das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Dass die Beklagte ihre langjährige Arbeits- und Verwaltungsrats-tätigkeit bei der E._____ ordentlich und nicht Hals über Kopf habe beenden wollen – was sicherlich auch im Sinne der übrigen Partner der E._____ gewesen sei – ändere nichts am Bestehen von veränderten Umständen, die es der Beklagten unzumutbar gemacht hätten, die Vereinbarung mit dem Kläger aufrecht zu erhalten. Da es für den Kläger grundsätzlich bereits Anfang August 2016 klar gewesen sei, dass die Partnerschaft wohl nicht fortgeführt werden könne, sei zudem die seitens der Beklagten beste-

- 23 - hende Voraussetzung zur Beteiligung des Klägers an ihren Provisionen im Hinblick auf eine weitere zukünftige Zusammenarbeit bei der E._____ entfallen. Somit sei die Kündigung der Beklagten vom 13. Oktober 2016 aus wichtigem Grund zu Recht erfolgt, dies umso mehr vor dem Hintergrund, als es sich bei den Zahlungen um substantielle Beträge seitens der Beklagten praktisch ohne Gegenleistung gehandelt habe. Entsprechend hätte ihr auch nicht zugemutet werden können, ohne persönliche Interaktion die Provisionsaufteilung über den Austausch von E-Mails zu regeln, wie dies der Kläger vorbringe.

E. 3.2

Die Parteien sind übereingekommen, die Provisionen aus dem Geschäft "D._____" bis Ende 2016 im Verhältnis 40/60 aufzuteilen (oben E. IV./2.). Ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis liegt damit nicht vor. Die Beklagte hält dafür, dass sie auch eine allfällige bis zum 31. Dezember 2016 befristete Vereinbarung mit dem Kläger über die Aufteilung ihrer Provisionen im klagerelevanten Zeitraum gültig und mit sofortiger

Wirkung gekündigt hätte (Urk. 58 Rz 159). Es wäre auch dann von einer jederzeitigen, einseitigen und sofortigen Kündigungsmöglichkeit der Berufungsbeklagten auszugehen, welche auch nicht vom Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen abhängig wäre (Urk. 58 Rz 173). Es bleibe den Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie unbenommen, das Auflösungsregime ihres Vertrages beliebig zu regeln. So könnten vertraglich etwa auch die Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine vorzeitige Vertragsauflösung herabgesetzt oder einer oder beiden Parteien eine sofortige Kündigungsmöglichkeit aus beliebigem Grund vorbehalten werden. Für die Beantwortung der Frage nach den Voraussetzungen und Modalitäten wäre somit unter Berücksichtigung der konkreten Umstände im Wege der Lückenfüllung zunächst nach dem hypothetischen Parteiwillen zu fragen und danach auf das dispositive Gesetzesrecht und ferner auf Gewohnheitsrecht zurückzugreifen sowie schliesslich eine Lückenfüllung modo legislatoris (Art. 1 Abs. 2 ZGB) vorzunehmen. Entscheidend sei, dass die fraglichen Provisionen "D. _____" durch die Beklagte ausserhalb der Geschäftstätigkeit der E. _____ im Bereich der Immobilienvermittlung erwirtschaftet worden seien. Der Kläger habe weder für die Vermittlung von Immobilientransaktionen noch für die administrativen Arbeiten der E. _____ irgendwelche Beiträge

- 24 - geleistet. Seine Beteiligung an den persönlichen Vermittlungsprovisionen durch die Beklagte sei somit ohne jede ökonomische Rechtfertigung erfolgt. Die Beklagte habe den Kläger vielmehr jeweils freiwillig und auf blosses Zusehen hin an einzelnen Provisionen aus konkreten Transaktionen, im Hinblick auf die Fortsetzung einer konstruktiven und engagierten Zusammenarbeit innerhalb der E. _____ sowie die bevorstehende Neuregelung der Partnerschaft im Rahmen der anstehenden Aufnahme K. _____s beteiligt. Gehe man von einer Vereinbarung aus, mit welcher sich die Beklagte zu künftigen leistungsunabhängigen Beteiligungen des Klägers im Umfang von mehreren Millionen verpflichtet hätte, so müsse man konsequenterweise auch fragen, welches Kündigungs- oder Auflösungsregime die Parteien - nach dem hypothetischen Parteiwillen - insoweit vereinbart hätten. Da es sich bei einer solchen Beteiligung des Klägers aber um substantielle und - ohne jeden Beitrag oder Gegenleistung des Klägers - auch freiwillige Leistungen der Beklagten mit eigentlichem "Gefälligkeits-" oder "Schenkungscharakter" gehandelt habe, verbiete sich insoweit vernünftigerweise auch die Annahme einer vertraglichen Bindung der Beklagten, welche in Intensität oder Dauer über das jederzeitige und einseitige Recht zur sofortigen Vertragsbeendigung hinausgehe. Auf eine darüber hinausgehende vertragliche Bindung der Beklagten hätte aufgrund der einseitigen Natur und des substantiellen Umfangs seiner Beteiligung denn auch der Kläger nicht in guten Treuen vertrauen dürfen. Nach dem Gesagten wäre somit - nach dem hypothetischen Parteiwillen - davon auszugehen, dass eine befristete oder unbefristete Vereinbarung durch die Beklagte als allein und freiwillig leistungspflichtige Partei auch jederzeit einseitig mit sofortiger Wirkung hätte aufgelöst werden können (Urk. 58 Rz 168 ff.). Zum gleichen Ergebnis müsse man auch gelangen, wenn man mit Blick auf die Kündigungsmodalitäten - mangels eines übereinstimmenden tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillens - auf eine Vertragsergänzung modo legislatoris zurückgreifen müsste. Insoweit dränge sich eine Analogie zu Art. 404 Abs. 1 OR auf, gemäss welcher Bestimmung ein Auftrag von jeder Partei jederzeit per sofort widerrufen werden könne. Das jederzeitige Beendigungsrecht für den Beauftragten werde beim unentgeltlichen Auftrag weitgehend als billig und sachgerecht empfunden, zumal die Unentgeltlichkeit der

versprochenen Leistung eine Abschwächung der vertraglichen Bindung und damit

- 25 - eine Privilegierung des einseitig Leistungsverpflichteten rechtfertigt. Entsprechend wäre in analoger Anwendung dieses Grundsatzes auch hier von einem je- derzeitigen und sofortigen Auflösungsrecht der Beklagten - als freiwillig und ein- seitig leistungspflichtige Partei auszugehen (Urk. 58 Rz 172). Damit hätte die Be- klagte eine allfällige Vereinbarung mit dem Kläger richtigerweise bereits mit ihrer E-Mail vom 11. August 2016 (Urk. 4/29) per sofort gekündigt, womit sie dem Klä- ger deutlich gemacht habe, dass sie nicht länger bereit sei, ihm an ihren Vermitt- lungsprovisionen weiterhin einen leistungsunabhängigen Anteil von 40% abzuge- ben, und eine künftige Beteiligung von 25% der übrigen Partner der E._____ vom Abschluss einer Vereinbarung zur Neuregelung der Partnerschaft abhängig ge- macht habe. In jedem Fall hätte die Beklagte aber auch das ihr - gemäss dem hy- pothetischen Parteiwillen bzw. analog Art. 404 Abs. 1 OR - ohne Voraussetzung eines wichtigen Grundes zustehende jederzeitige und sofortige Kündigungsrecht spätestens mit ihrem Kündigungsschreiben vom 13. Oktober 2016 ausgeübt (Urk. 58 Rz 173).

E. 3.3

Die Beklagte argumentiert im Berufungsverfahren neu mit einer Anpassung der von den Parteien abgeschlossenen Vereinbarung an veränderte Verhältnisse bzw. mit einer Vertragsergänzung. Neue rechtliche Argumente bzw. Vorbringen zum Recht stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3; 4A_303/2018 vom 17. Oktober 2018, E. 3.2; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 33; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 1 m.w.Hinw.). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen. Der Kläger äussert sich dazu nur insoweit, als er vorbringt, dass sich die Berufungsbeklagte zur unhaltbaren These versteige, auf ihre Kündigung der Vereinbarung seien die Bestimmungen des Auf- tragsrechts analog anzuwenden, zeuge von der Hilflosigkeit ihrer Argumentation (Urk. 60 Rz 15). Da die Vereinbarung der Parteien - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren ist, das aus wichtigem Grund aufgelöst werden kann, erübrigt es sich allerdings, auf die geltend gemachte Ver- tragsanpassung an veränderte Verhältnisse bzw. Vertragsergänzung einzugehen.

- 26 -

E. 3.4

Auch für nicht gesetzlich geregelte Dauerschuldverhältnisse ist heute allge- mein anerkannt, dass sie aus wichtigem Grund aufgelöst werden können (BGE 138 III 304 E. 7; BGE 128 III 428 E. 3a). Dieses Recht besteht, ohne dass es ei- ner vertraglichen Abrede bedürfte. Zum Teil wird in der Lehre sogar postuliert, dass ein Auflösungsrecht aus wichtigem Grund auch bei beliebigen Verträgen be- stehen müsse (Koller, OR AT, N 29.09; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 115). Dau- erschuldverhältnisse werden dadurch charakterisiert, dass der Umfang der Ge- samtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die Leistungen fortge- setzt werden sollen. Bei der Dauerschuld hängt der Umfang der Leistung von der Zeit ab (BGE 128 III 428 E. 3.b m. H.; BK-Müller, Einleitung in das OR N 136; Kol- ler, OR AT, N 2.122). Dies ist auch vorliegend der Fall, unabhängig davon, dass die Vereinbarung der Parteien bis Ende 2016 befristet ist. Denn auch in diesem Fall bestimmt die Zeit den Umfang der zu erbringenden Leistung. Es bleibt daher zu prüfen, ob eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund gültig erfolgt ist, wie die Vorinstanz dies festgestellt hat.

E. 3.4.1

Der Kläger macht geltend, auf die Behauptung der Beklagten eines angeblich fehlenden Interesses des Klägers an einer weiteren Zusammenarbeit mit der E._____ und seines angeblich fehlenden Arbeitseinsatzes sei die Vorinstanz nicht eingegangen. Diese Behauptung habe auch nicht bewiesen werden können (Urk. 49 Rz 110 f.). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz könne sodann nicht davon ausgegangen werden, dass die weitere Erfüllung der Vereinbarung für die Beklagte unzumutbar geworden sei. So habe sie ihr Arbeitsverhältnis mit der E._____ erst am 28. November 2016 ordentlich auf den nächstmöglichen Termin (28. Februar 2017) gekündigt. Zudem sei sie erst per 24. Januar 2017 aus dem Verwaltungsrat der E._____ ausgetreten. Sowohl die Erfüllung des Arbeitsvertrages als auch die Zusammenarbeit im Verwaltungsrat setzten ein ungleich höheres Mass an persönlicher Interaktion zwischen den Parteien voraus als die weitere Erfüllung der Aufteilungsvereinbarung, welche lediglich den Austausch von E-Mails nach dem Abschluss einer Transaktion erfordert habe. Dass es die Beklagte ohne weiteres als zumutbar erachte, ihre Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis und als Mitglied des Verwaltungsrates der E._____ bis Ende 2016 und darüber hinaus zu erfüllen, andererseits aber die weitere Erfüllung der Vereinbarung be-

- 27 - treffend die Aufteilung der Provisionen ab 13. Oktober 2016 als unzumutbar erachtet haben wolle, sei in hohem Masse widersprüchlich. Davon, dass die Beklagte "ihre langjährige Arbeits- und Verwaltungsrats-tätigkeit ordentlich und nicht Hals über Kopf" habe beenden wollen, was "sicherlich auch im Sinne der übrigen Partner der E._____" gewesen sei, so die Vorinstanz, könne nicht die Rede sein. Solches sei von der Beklagten zu Recht auch nicht vorgebracht worden. Die Zusammenarbeit mit dem Kläger sei der Beklagten offenbar so lange nicht unzumutbar gewesen, wie sie ihr von Nutzen gewesen sei, d.h. nach Angaben der Beklagten, solange sie eine entsprechende Vorläufs- bzw. Übergangszeit benötigt habe, um sich selbständig zu machen. Einem so widersprüchlichen Verhalten sei der Rechtsschutz zu versagen. Dass die Vorinstanz diesen Widerspruch zumindest nicht in angemessener Weise berücksichtigt habe, sei nicht nachvollziehbar. Hinzu komme, dass die internen Arbeiten innerhalb der E._____ praktisch ausschliesslich durch den Kläger zu verantworten gewesen seien. Auch wenn die Vorinstanz diese Beiträge als im Vergleich zu den Provisionseinnahmen unwesentlich taxiert habe, sei bei der Frage der Unzumutbarkeit zu beachten, dass Art und Umfang der Beiträge der Parteien bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung festgestanden seien und sich während der Erfüllung der Vereinbarung nicht geändert hätten. Es sei deshalb offensichtlich, dass die aus heiterem Himmel und ohne Vorankündigung erfolgende und als "nicht verhandelbar" bezeichnete Forderung der Beklagten nach einer 75/25-Aufteilung der eigentliche Grund für die Verschlechterung der Beziehung der Parteien gewesen sei. Dieser Akt sei im Rahmen einer Beziehung, welche nach den Feststellungen der Vorinstanz eine "geliebte, über eine Arbeitsbeziehung hinausgehende Freundschaft" dargestellt habe, erfolgt. Eine von der kündigenden Partei selber durch ein angesichts dieser engen und langjährigen Beziehung inakzeptables Vorgehen geschaffene Verschlechterung der Beziehung könne für diese nicht unzumutbar sein. Dieses Verhalten erfülle zudem den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs (Urk. 49 Rz 114 ff.). Selbst wenn mit der Vorinstanz davon ausgegangen würde, dass sich das Verhältnis zwischen den Parteien bis zum 13. Oktober 2016 derart verschlechtert hätte, dass der Beklagten - in objektiver Hinsicht - die Aufrechterhaltung der Vereinbarung betreffend die Provisionen nicht mehr habe zugemutet werden können, könnte sich

- 28 - die Beklagte nicht darauf berufen, da sie den Grund für die Verschlechterung des Verhältnisses selbst gesetzt hätte. Die Berufung auf diesen angeblich wichtigen Grund wäre rechtsmissbräuchlich und würde keinen Rechtsschutz verdienen. Die Beklagte habe sich erstmals in der E-Mail vom 11. August 2016 dahingehend ge- äussert, dass sie mit der vereinbarten Aufteilung der Provisionen im Verhältnis 60/40 nicht mehr einverstanden sei. Vorher habe sie diese Aufteilung im Geschäft "D._____" nie in Frage gestellt, wie aus der besagten E-Mail hervorgehe ("Fakt ist aber, dass ich nie ein Wort gesagt habe"; Urk. 4/29). Auf eine Rückfrage des Klä- gers habe die Beklagte nicht geantwortet. Nach Abschluss eines weiteren Kauf- vertrages im Geschäft "D._____" habe sie jedoch am 30. September 2016 75% der Provisionen selbst in Rechnung gestellt und damit deutlich gemacht, dass sie den geforderten Verteilschlüssel von 75/25 ab sofort auch auf die Provisionen aus dem Mandat "D._____" angewendet haben wollte, und nicht bereit gewesen sei, die zwischen den Parteien vereinbarte Aufteilung bis zum Inkrafttreten der mit dem Aktionärsbindungsvertrag angestrebten Neuregelung ab 1. Januar 2017 zu erfüllen. Dass sich das Verhältnis zwischen den Parteien ab dem Sommer 2016 verschlechtert habe, sei daher die Folge des Verhaltens der Berufungsbeklagten gewesen, die nach mehr als zwölfjähriger enger Partnerschaft mit dem Kläger zu- nächst ultimatv per E-Mail eine Abänderung des Verteilschlüssels zu ihren Guns- ten gefordert und diese als nicht verhandelbar dargestellt habe, statt zunächst das Gespräch mit dem Kläger zu suchen, und anschliessend durch ihre Handlungen deutlich gemacht habe, dass sie die Vereinbarung mit dem Kläger nicht einmal bis zum Inkrafttreten der Neuregelung zu erfüllen bereit gewesen sei. Es sei mithin die Beklagte selbst gewesen, die die Ursache für die Verschlechterung der Ver- hältnisse gesetzt habe. Auf diesen Umstand gehe die Vorinstanz mit keinem Wort ein. Soweit die Vorinstanz unter Hinweis auf eine Aussage der Beklagten ausfüh- re, der Kläger habe die Beklagte ab Mitte September 2016 nicht mehr gegrüsst, obwohl die Beklagte ausgesagt habe, die Parteien hätten einander nicht mehr ge- grüsst, spreche für sich (Urk. 49 Rz 119 ff.).

E. 3.4.2

Nach heutigem Verständnis steht bei der vorzeitigen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund der Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB im Vordergrund. Die betreffende Partei soll sich von der

- 29 - Vertragsbindung befreien können, weil eine Fortführung des Vertragsverhältnis- ses eine unzumutbare Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte bedeuten wür- de. Im Vordergrund steht die Frage, ob das Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlich- keit berührenden Gesichtspunkten (BGE 128 III 428 E. 3.c m.H.; BGE 138 III 304 E. 7). Ob veränderte Verhältnisse oder andere Umstände tatsächlich ein wichtiger Grund sind, hat das Gericht im Einzelfall nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB) zu entscheiden (BK-Müller, Art. 18 OR N 615). Die Rechtsprechung hat die Tendenz, eine Vertragsanpassung oder -auflösung aus wichtigem Grund auszuschliessen, wenn die Partei, welche den wichtigen Grund geltend macht, im Verschulden ist (Koller, OR AT, N 29.13).

E. 3.4.3

Die Beklagte machte zunächst als wichtigen Grund für eine Vertrags- auflösung geltend, der Kläger sei nur noch an der Finanzierung eines komfortab- len Ruhestandes - ohne

jegliche Anstrengung seinerseits - interessiert gewesen. Sie habe die Zahlungen an den Kläger stets im Hinblick auf eine engagierte und fruchtbare künftige Zusammenarbeit geleistet. Anlässlich der Diskussionen im Sommer/Herbst 2016 habe sich aber herausgestellt, dass der Kläger an einer künftigen Zusammenarbeit gar nicht mehr interessiert gewesen sei. Damit sei jegliche Grundlage für eine Beteiligung des Klägers dahingefallen (Urk. 9 Rz 76 ff. und Rz 134-136). Der Kläger hat dies im Einzelnen bestritten (Urk. 18 Rz 28-37). Die für ihre Behauptungen hauptbeweisbelastete Beklagte offerierte als Beweismittel ihre Parteibefragung, verschiedene Leistungsübersichten (Urk. 10/3-14) sowie ein Diskussionspapier betreffend die Neuorientierung der E._____ vom 23. Juni 2016 (Urk. 10/2). Der Kläger offerierte als Gegenbeweis die E-Mail der Beklagten vom 11. August 2016 (Urk. 4/29), die E-Mail von F._____ vom 2. September 2016 an die Beklagte (Urk. 19/5), verschiedene Leistungsübersichten (Urk. 10/3-8), das Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 9. November 2017 sowie die Zeugen F._____ und K._____. Eine Parteibefragung der Beklagten zu diesem Punkt durch die Vorinstanz erfolgte nicht (vgl. Prot. I S. 35 ff.), ohne dass dies gerügt worden wäre. Aus den

- 30 - von beiden Parteien offerierten Leistungsübersichten der Jahre 2010 bis 2015 kann nichts abgeleitet werden, zumal die Beklagte nicht geltend gemacht hat, der Kläger sei seit dem Jahr 2010 nicht mehr an einer engagierten und fruchtbaren künftigen Zusammenarbeit interessiert gewesen, sondern vielmehr ab Sommer/Herbst 2016. Die Abnahme von verrechenbaren Stunden in diesen Jahren allein vermag sodann wenig auszusagen, weil der Kläger auch über unverrechenbare Stunden (interne Arbeitsstunden) verfügte (Urk. 18 Rz 31 ff.), was die Beklagte einräumte (Prot. I S 20). Die Ausführungen des Klägers in der Replik, wonach er bei richtiger Betrachtung auf eine vergleichbare Anzahl von Arbeitsstunden gekommen sei wie die Beklagte (Urk. 18 Rz 36), blieben denn auch - zu Unrecht als unsubstantiiert bestritten (Urk. 24 Rz 135) - unwidersprochen. Auch aus dem von der Beklagten im Juni 2016 ausgearbeiteten Neuorientierungsplan der E._____ (Urk. 10/2) lässt sich nicht ableiten, der Kläger sei an einer künftigen Zusammenarbeit nicht mehr interessiert gewesen. Solches kann sodann auch den Aussagen der Zeugen F._____ und K._____ nicht entnommen werden, die von der Vorinstanz allerdings auch nicht konkret zum Thema befragt worden sind (Prot. I S. 43 ff. und S. 53 ff.). Es wurden nach übereinstimmenden Angaben verschiedene Modelle und Szenarien für die Weiterführung der E._____ diskutiert, darunter auch ein solches, in dem der Kläger aus der Partnerschaft austrete, wenn ihm ein gewisser Betrag ausbezahlt werde. Nach Angaben des Zeugen K._____ war es aber grundsätzlich nicht die Haltung des Klägers, aufzuhören (Prot. I S. 57). Auch der Zeuge F._____ sagte aus, bis September oder Oktober 2016 sei man von einer Viererlösung ausgegangen. Ihm gegenüber habe niemand gesagt, dass der Kläger nicht mehr beruflich habe tätig sein wollen in seinem angestammten Bereich. Im Raume gestanden sei aber auch eine Variante, wonach der Kläger seinen Provisionsanteil erhalten und ausscheiden würde (Prot. I S. 50 f.). Diese Aussagen stimmen jedenfalls im Kern mit der klägerischen Darstellung überein. Insgesamt kann nicht als erstellt gelten, dass der Kläger an einer zukünftigen Zusammenarbeit nicht mehr interessiert gewesen wäre. Angesichts der bestehenden Vereinbarung, die Provisionen im Geschäft "D._____" bis Ende 2016 im Verhältnis 40/60 zu teilen, ist es auch nachvollziehbar, wenn der Kläger der vorzeitigen Änderung des Verteilschlüssels nur unter den mit den wei-

- 31 - teren Partnern vereinbarten Konditionen zustimmen wollte (Urk. 4/31-32). Mit einem Desinteresse an der Zukunft der E._____ oder mangelndem Engagement hatte das

nichts zu tun. Vielmehr sollte damit auch nach den allgemeinen Ausführungen der beiden Zeugen ein Auseinanderbrechen der E._____ im Interesse der anderen Partner verhindert werden. Zwar führte der Kläger anlässlich der Instruk-tionsverhandlung aus, grundsätzlich sei bereits nach Erhalt der E-Mail der Beklag-ten vom 11. August 2016, worin die Beklagte eine Aufteilung im Verhältnis 75/25 für die anderen drei Partner forderte, klar gewesen, dass die Partnerschaft wohl nicht fortgesetzt werden könne (Prot. I S. 10). Das Befassen mit der Möglichkeit eines Ausscheidens des Klägers aus der E._____ Mitte August 2016 war aber - wie der Kläger geltend macht (Urk. 18 Rz 26 ff. und 67 ff.) - offensichtlich Folge und nicht Ursache der geführten Diskussionen im Sommer 2016. Das kann dem Kläger nicht vorgeworfen werden und ermächtigt die Beklagte nicht, die einge- gangene Verpflichtung aus wichtigem Grund zu kündigen. Eine erneute Einver- nahme der Zeugen F._____ und K._____, wie vom Kläger beantragt (Urk. 49 Rz 110 f.), kann bei diesem Ergebnis unterbleiben.

E. 3.4.4

Die Beklagte machte als wichtigen Grund für die ausserordentliche Kündigung zudem geltend, dass sie und der Kläger sich am 2. September 2016 bei einem Treffen auf ihren Vorschlag gemäss E-Mail vom 11. August 2016 (Urk. 4/29) - wie in der E-Mail von F._____ vom 2. September 2016 (Urk. 10/17) dargelegt - geeinigt hätten. Bereits eine Woche später, als der Kläger aus den Fe- rien zurückgekehrt sei, habe er sich gegenüber ihr äusserst abweisend verhalten, sie gemieden und kaum mehr ein Wort mit ihr gesprochen (Urk. 9 Rz 91 f.; Urk. 24 Rz 85; Urk. 44 Rz 38). Der Kläger und sie hätten sich nicht einmal mehr gegrüsst (Prot. I S. 22). Der Kläger wendet ein, dass die Parteien nicht mehr mit- einander gesprochen hätten, sei Folge und nicht Ursache des Kündigungsschrei- bens vom 13. Oktober 2016 gewesen und könne nicht zur Begründung der Kün- digung herangezogen werden. Die Beklagte versuche, das Pferd am Schwanz aufzuzäumen. So habe sich seine Aussage anlässlich der Instruk-tionsverhand- lung, wonach die Parteien nicht miteinander gesprochen hätten, obwohl sie "fünf Meter Luftlinie voneinander entfernt gearbeitet" hätten (Prot. I S. 13), klar auf die Zeit nach der Kündigung bezogen (Urk. 27 Rz 19). Zum Zeitpunkt der Kündigung

- 32 - am 13. Oktober 2016 sei das Verhältnis zwischen den Parteien zwar von Mei- nungsverschiedenheiten belastet, aber keinesfalls so stark zerrüttet gewesen, dass ihnen die weitere Erfüllung der Vereinbarung betreffend die Provisionen aus dem Geschäft "D._____" nicht mehr hätte zugemutet werden können (Urk. 18 Rz 38). Dies werde bereits aus dem Umstand deutlich, dass die Beklagte or- dentlich gekündigt habe, bis zum 31. Dezember 2016 bei der E._____ gearbeitet habe und erst per 24. Januar 2017 aus dem Verwaltungsrat ausgetreten sei (Urk. 43 Rz 12). Die beweisbelastete Beklagte hat für ihre diesbezüglichen, sinngemäss be- strittenen Behauptungen keine Beweismittel genannt, insbesondere auch nicht ih- re Parteibefragung. Die Parteien wurden denn anlässlich ihrer Parteibefragung auch nicht zu ihrem Verhältnis vor der Kündigung vom 13. Oktober 2016 befragt. Die Vorinstanz stellt auf Aussagen der Beklagten anlässlich der Parteibefragung ab (Urk. 50 S. 48 f. und S. 51 f., Prot. I S. 38 f.). Die diesbezüglichen Antworten der Beklagten bezogen sich indessen auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses am 28. November 2016 und vermögen konkret nichts über das Verhältnis der Par- teien vor der Kündigung der Vereinbarung vom 13. Oktober 2016 auszusagen, nach welchem Datum sich nach den Behauptungen des Klägers das Verhältnis zwischen den Parteien erst massiv verschlechtert haben soll. Auch F._____ und K._____ wurden nicht zum Verhältnis der Parteien vor dem

13. Oktober 2016 als Zeugen offeriert. Sie wurden dazu auch nicht befragt. Die Aussagen des Zeugen F._____ zur Frage, ab welchem Zeitpunkt ihm eine Viererpartnerschaft nicht mehr als die einzige Möglichkeit für die Weiterführung der Zusammenarbeit erschienen sei, auf welche die Vorinstanz abstellt (Urk. 50 S. 49; Prot. I. S. 48 f. und 50 f.), sind daher ohne Beweiswert. Ob das im September oder Oktober 2016 war, konnte er aber ohnehin nicht genau sagen (Prot. I S. 50 f.). Ebensovienig zur Klärung beizutragen vermag die Aussage des Zeugen K._____, wonach ihn die Kündigung der Beklagten nicht überrascht habe, da sie ihm gesagt habe, dass sie so nicht weitermachen wolle, diese Situation sie sehr belaste und sie die im Büro herrschende Eiszeit nicht aushalte (Urk. 50 S. 49, Prot. I S. 57). Auch diese Aussage bezog sich auf die Kündigung der Beklagten vom 28. November 2016 und vermag nicht zu klären, ob die belastende Situation und die im Büro herrschende

- 33 - Eiszeit schon vor oder erst nach der Kündigung der Vereinbarung betreffend die Provisionen am 13. Oktober 2016 bestanden hat. Fest steht, dass die Parteien seit dem Jahr 2004 eine gleichberechtigte Partnerschaft führten und sie eine jahrelange Freundschaft verband. Im Sommer 2016 wurde über eine Neuorientierung der Aktionärspartnerschaft verhandelt. Mit E-Mail vom 11. August 2016 (Urk. 4/29) unterbreitete die Beklagte den beteiligten Partnern ein nicht verhandelbares Angebot, wonach sie nurmehr bereit sei, 25% der von ihr erzielten Provisionen abzugeben. Herr F._____ übermittelte der Beklagten am 2. September 2016 einen vermittelnden Vorschlag (Urk. 10/17). Darauf einigten sich die Parteien denn auch am gleichen Tag in Arosa; man umarmte und küsste sich (Urk. 9 Rz 91, Urk. 10/18-19). Anschliessend war der Kläger offenbar eine Woche ferienabwesend. Nach seiner Rückkehr aus den Ferien soll sich der Kläger abweisend verhalten und kaum mehr ein Wort mit der Beklagten gesprochen haben (Urk. 9 Rz 92). Das ist beweismässig nicht erstellt, und es ist weder nachvollziehbar noch ersichtlich, warum das so gewesen sein sollte. Weitere Ereignisse im September 2016 wurden nicht geltend gemacht. Am 5. Oktober 2016 kam es dann im Zusammenhang mit der Abrechnung einer neuen Transaktion im Geschäft "D._____", welche die Beklagte gestützt auf die Vereinbarung vom 2. September 2016 erstellte, zu Unstimmigkeiten. Der Kläger hielt fest, dass er mit einer Provisionszahlung von 25% nur einverstanden sei, wenn es zur Vereinbarung gemäss Anhang Vorschlag 2 zur E-Mail von F._____ vom 2. September 2016 (Urk. 19/5) komme (Urk. 4/31-32). Auf eine entsprechende Rückfrage der Beklagten am 6. Oktober 2016 antwortete K._____ gleichentags, dass zwar noch keine schriftliche Vereinbarung vorliege, der Kläger, F._____ und er sich aber geeinigt hätten (Urk. 10/20). Insgesamt muss zwar davon ausgegangen werden, dass die Verhandlungen über eine Erweiterung der Partnerschaft ab Sommer 2016 und insbesondere die unterschiedliche Auffassung betreffend die Provisionsaufteilung das Verhältnis der Parteien belasteten. Allerdings einigte man sich am 2. September 2016 auf das weitere Vorgehen. Dass man sich nach wie vor freundschaftlich verbunden fühlte, zeigt sich darin, dass sich die Parteien im Anschluss daran küssten und umarmten. Besondere Vorfälle bis zum 6. Oktober 2016 sind, wie ausgeführt, nicht namhaft. Inwiefern - so die Vorinstanz (Urk. 50 S. 52) - eine Ver-

- 34 - schlechterung der Beziehung im September 2016 bereits als veränderter Umstand betrachtet werden müsse, welcher es für die Beklagte aus die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten unzumutbar gemacht habe, die Vereinbarung mit dem Kläger aufrecht zu erhalten, ist nicht ersichtlich. Eine solche Verschlechterung ist nicht erstellt. Auch die Vorkommnisse am 6. Oktober 2016 können nicht als so einschneidend bezeichnet werden,

dass die Situation für die Beklagte als unzumutbar hätte eingestuft werden müssen. Vielmehr erhielt sie gleichentags noch die Rückmeldung von K._____, dass zwar Einigkeit, aber noch keine schriftliche Vereinbarung bestehe. Entgegen dem Dafürhalten der Vorinstanz (Urk. 50 S. 52) spricht auch der Umstand, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der E._____ erst am 28. November 2016 ordentlich (per 28. Februar 2017) kündigte (Urk. 4/36) und erst per 24. Januar 2017 aus dem Verwaltungsrat der E._____ austrat (Urk. 4/4), dagegen, dass die weitere Erfüllung der Provisionsvereinbarung bereits im Zeitpunkt der Kündigung am 13. Oktober 2016 unzumutbar gewesen wäre. Offensichtlich verschlechterte sich die Beziehung zwischen den Parteien erst aufgrund dieser Kündigung massiv (die Parteien sprachen kein Wort mehr miteinander, was zu grossen Anspannungen führte und das Arbeitsklima vergiftete; Prot. I S. 13; Urk. 9 Rz 101), was in der Folge zur Kündigung bzw. zum Austritt der Beklagten aus der E._____ führte. Zu Recht hält der Kläger fest, dass die Beklagte selber angegeben hat, dass sie die E._____ nicht von heute auf morgen verlassen können, sondern eine entsprechende Vorlaufs- bzw. Übergangszeit benötigt habe, um sich selbständig zu machen (Urk. 49 Rz 115 unter Verweis auf Urk. 24 Rz 91). War für die Beklagte die Zusammenarbeit mit dem Kläger solange zumutbar, bis sie sich selbständig gemacht hatte, war ihr auch die Einhaltung der bis Ende 2016 befristeten Provisionsvereinbarung zuzumuten. Schliesslich ist dem Kläger auch beizupflichten, dass Art und Umfang der Beiträge der Parteien bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung festgestanden sind und sich während der Erfüllung der Vereinbarung nicht geändert haben. Etwas anderes wurde jedenfalls nicht behauptet. Selbst wenn es sich seitens der Beklagten um substantielle Beiträge praktisch ohne Gegenleistung gehandelt haben sollte, was der Kläger bestreitet (Urk. 49 Rz 118), würde dies allein keinen wichtigen Grund dafür

- 35 - darstellen, welcher die weitere Vertragserfüllung für die Beklagte unzumutbar machen würde.

E. 3.4.5

Zusammenfassend ist keine Veränderung der Verhältnisse auszumachen, die es im Zeitpunkt der Kündigung am 13. Oktober 2016 für die Beklagte als unzumutbar erscheinen liesse, die bis Ende 2016 geltende Vereinbarung betreffend die Aufteilung der Provisionen im Geschäft "D._____" zu erfüllen. Ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung liegt nicht vor. Bei diesem Ergebnis kann an sich offenbleiben, ob das Verhalten der Beklagten den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs erfüllt. Der Vollständigkeit halber festgehalten werden kann, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu bejahen wäre, wenn vom Vorliegen eines wichtigen Grundes auszugehen wäre. Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB hat jede Instanz von Amtes wegen zu beachten, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen worden sind und feststehen (BGE 121 III 60 E. 3d mit Hinweisen). Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der "offenbare Missbrauch eines Rechtes" keinen Rechtsschutz. Die Norm dient als korrigierender "Notbehelf" für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (BGE 134 III 52 E. 2.1 S. 58 mit Hinweisen). Wie das im Gesetzestext verwendete Adjektiv "offenbar" zeigt, ist Rechtsmissbrauch nur zurückhaltend - eben bloss in offenkundigen Fällen - zu bejahen (BGE 135 III 162 E. 3.3.1). Zu beachten sind die von Lehre und Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch gebildeten Fallgruppen (BGE 140 III 491 E. 4.2.4). Von diesen kommt vorliegend das widersprüchliche Verhalten in Frage. Läuft die Ausübung eines

Rechtes offenkundig einer anderen Verhaltensweise zuwider, muss sich der betreffende bei dieser Verhaltensweise behaften lassen, sofern die Gegenpartei ein schutzwürdiges Interesse daran hat (BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N 278; BSK ZGB I- Honsell, Art. 2 N 44). Die Beklagte, die sich auf eine Verschlechterung des Verhältnisses der Parteien als wichtigen Grund für die Auflösung der Provisionsvereinbarung beruft, hat den Grund für diese Verschlechterung selber gesetzt. Trotz einer bis Ende 2016 bestehenden Vereinbarung betreffend Provisionsaufteilung und obwohl sie den Verteilschlüssel nie in Frage gestellt hatte, wie sie selber erklärte, unterbreitete sie im Rahmen der Verhandlungen über eine Neuorientierung

- 36 - der Aktionärspartnerschaft per 1. Januar 2017 aus heiterem Himmel und ohne vorher das Gespräch mit dem Kläger gesucht zu haben, mit dem sie eine langjährige Partnerschaft und Freundschaft verband, per E-Mail vom 11. August 2016 eine als nicht verhandelbar bezeichnete Forderung nach Aufteilung der Provisionen im Verhältnis 75/25. In der Folge forderte sie mit der Abrechnung einer weiteren Transaktion im Geschäft "D._____" per 30. September 2016 auch eine sofortige (vorzeitige) Umsetzung dieses Verteilschlüssels. Es ist dem Kläger zuzustimmen, dass sich die Beklagte unter diesen Umständen nicht zur Begründung einer vorzeitigen Vertragsauflösung auf eine Verschlechterung des Verhältnisses berufen könnte. 4. Fazit Die Parteien haben eine Vereinbarung geschlossen, wonach der Kläger jedenfalls für den klagerlevanten Zeitraum bis Ende 2016 40% der Provisionen aus dem Mandat "D._____" erhalten soll. Die ausserordentliche Kündigung dieser Vereinbarung vom 13. Oktober 2016 durch die Beklagte erfolgte ohne wichtigen Grund und ist daher nicht rechtsgültig. Die Beklagte ist entsprechend zu verpflichten, dem Kläger seinen Anteil an den Provisionen im Mandat "D._____" bis Ende 2016, d.h. für die Transaktionen vom 30. September 2016, Ende Oktober 2016, 18. November 2016 und 20. Dezember 2016 (Urk. 4/38) zu bezahlen. Das Quantitativ und die Verzugszinsforderung sind nicht umstritten. Die Klage ist daher gutzuheissen und die Beklagte zur entsprechenden Zahlung zu verpflichten. V. 1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

E. 4

Ab 2012 suchte die Familie I._____ einen Käufer für ihr Immobilienportfolio in der Schweiz. Nachdem in den ersten Jahren kein Käufer gefunden werden konnte, wurde die Beklagte 2015 persönlich beauftragt, erneut nach einem potentiellen Käufer zu suchen. Im Herbst 2015 vermittelte die Beklagte einen potentiellen Käufer und Ende Oktober 2015 kam es zum Abschluss des Kaufvertrages im Umfang von Fr. 719'000'000.-. Im Anschluss an den Geschäftsabschluss wurde mit der Vereinbarung betreffend Vermittlungsprovisionen vom 15. Februar 2016 zwischen der E._____, der Beklagten sowie der Familie I._____ die mündliche Vereinbarung vom 20. September 2015 betreffend Mäklerprovision schriftlich ausformuliert. Gemäss der Vereinbarung kam die Mäklerprovision von 1% des Verkaufspreises zu 90% der Beklagten und zu 10% der E._____ für deren administrative Unterstützung zu (act. 4/10; act. 2 Rz. 14 ff; act. 9 Rz. 43 ff.). Die der Beklagten persönlich zustehende Mäklerprovision wurde unter den Parteien gemäss mündlicher Vereinbarung im Verhältnis 60% / 40% aufgeteilt, wobei 60% der Beklagten verblieben und 40% an den Kläger gingen (act. 2 Rz. 15; act. 9 Rz. 49).

E. 5

Im Frühling 2015 gelang die Akquisition eines neuen Immobilienmandates. Der Investor D._____ suchte um Unterstützung beim Aufbau und der Verwaltung eines Immobilienportfolios im Wert von Fr. 600 bis Fr. 800 Millionen. Vermittelt wurde dieses Mandat durch J._____, welcher seit dem Eintritt der Beklagten in die E._____ 2003 von ihr betreut wurde, nachdem der Kläger dieses Mandat auf sie übertragen hatte (act. 9 Rz. 52 ff.; act. 2 Rz. 20 ff.). In der Vereinbarung vom 28. Juni 2015 zwischen D._____ und der Beklagten wurden die Modalitäten dieses Immobilienmandats geregelt. Festgehalten wurde eine Maklerprovision von 1% des Kaufpreises für die Beklagte sowie eine Pauschalgebühr für die Verwaltungs- und Buchführungsaufgaben der E._____. Ferner wurde eine Exklusivklausel vorgesehen, weshalb das Mandat mit der Familie I._____ in der Folge beendet wurde (act. 4/12; act. 2 Rz. 23). Die erste Transaktion zum Aufbau des Im-

- 6 - mobilienportfolios von D._____ vermittelte die Beklagte im November 2015 (act. 4/15; act. 9 Rz. 65). Die Parteien kamen überein, dass dem Kläger 40% dieser Provision der Beklagten zustünde (act. 9 Rz. 68; act. 2 Rz. 25). In der Folge wurden weitere Kaufverträge über Liegenschaften für D._____ abgeschlossen, so im Februar 2016 sowie August 2016. Wiederum erhielt der Kläger jeweils 40% der Provision der Beklagten aus diesen Geschäften ausbezahlt (act. 9 Rz. 70 f.; act. 2 Rz. 31 ff. und 37 ff.). Die danach erfolgten Provisionszahlungen aus diesem Mandat bilden Gegenstand der vorliegenden Klage.

E. 6

Im Sommer 2016 fand[en] zwischen den Aktionären der E._____ Gespräche im Hinblick auf eine Beteiligung des langjährigen Mitarbeiters K._____ als vierter Partner statt. Grundlage dieser Gespräche war unter anderem der von der Beklagten im Juli 2016 erstellte Neuorientierungsplan für die künftige Unternehmensentwicklung (act. 10/2; act. 2 Rz. 40; act. 9 Rz. 74). Im August 2016 unterbreitete der Kläger der Beklagten den von ihm und F._____ erstellten Entwurf eines Aktionärsbindungsvertrags. Neben den Konditionen für die Aufnahme von K._____ in die Partnerschaft enthielt der Entwurf auch eine Bestimmung über den Umgang mit sogenannten persönlichen Zusatzhonorareinnahmen. Die Bestimmung sah vor, dass 50% der Einnahmen dem ertragbringenden Partner zustehen und die restlichen 50% unter den übrigen drei Partnern aufgeteilt werden (act. 10/15; act. 10/16). Mit diesem Vorschlag konnte sich die Beklagte nicht einverstanden erklären. Im E-Mail vom 11. August 2016 erklärte sie sich aber bereit, dem Kläger, F._____ und K._____ gesamthaft 25% ihrer Provisionen abzugeben (act. 4/29). Mit Bezug auf das Mandat D._____ war der Kläger mit dieser Provisionsaufteilung nicht einverstanden (act. 4/30; act. 2 Rz. 44). Es folgte ein seitens F._____ den Parteien mit E-Mail vom 2. September 2016 unterbreiteter Kompromissvorschlag, wonach die Beklagte 25% ihres Provisionsanteils den restlichen Partnern zu überlassen hat und diese die Verteilung unter sich selbst regeln (act. 10/17). Kurzzeitig sah es danach aus, als würden sich die Parteien einig werden (act. 10/18; act. 10/19; act. 9 Rz. 91). Am 30. September 2016 kam es zu einem weiteren Immobiliengeschäftsabschluss im Mandat D._____, wovon die Beklagte 25% der erhaltenen Provision dem Kläger abgeben wollte (act. 4/31). Nachdem der Kläger diese Auszahlung mit E-Mail vom 6. Oktober 2016 unter die mit F._____ und K._____ bereits mündlich besprochene Bedingung stellte, dass vorab zwischen ihm, F._____ und K._____ eine schriftliche Vereinbarung geschlossen werden müsse, wonach ihm die gesamten 25% der Provisionen zustünden, bis ein Totalbetrag von Fr. 3'200'000.– erreicht sei (act. 4/32), machte auch die Beklagte die Auszahlung von ei-

- 7 - ner schriftlichen Einigung zwischen dem Kläger, F._____ und K._____ abhängig (act. 4/33). Eine solche schriftliche Einigung kam in der Folge nicht zustande (act. 2 Rz. 47; act. 9Rz. 97 f.).

E. 7

Mit Schreiben vom 13. Oktober 2016 kündigte die Beklagte mit sofortiger Wirkung sämtliche allfälligen Vereinbarungen und Verpflichtungen, soweit solche bestehen würden, zwischen ihr und dem Kläger sowie der E._____, gestützt auf welche die letztgenannten Personen gegen die Beklagte Ansprüche auf eine Beteiligung an Provisionen und anderen Einkünften im Zusammenhang mit Immobilientransaktionen und weiteren Geschäften geltend machen oder machen könnten (act. 4/34). Der Kläger bestritt die Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 18. Oktober 2016 vorerst (act. 4/35). Mit Schreiben vom 28. November 2016 kündigte die Beklagte ihr Arbeitsverhältnis mit der E._____ auf den nächstmöglichen Kündigungstermin (act. 4/36). Die Beklagte und die E._____ einigten sich in der Folge, das Arbeitsverhältnis der Beklagten im gegenseitigen Einvernehmen per 31. Dezember 2016 aufzulösen (act. 9 Rz. 102; act. 10/21).

E. 8

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 9

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'688'200.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG,

- 40 - Zürich, 29. Oktober 2020 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. D. Scherrer lic. iur. S. Notz versandt am: lb

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