



Fall-Nr.:	BZ.2005.98
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	20.01.2006
Entscheiddatum:	20.01.2006

Entscheid Kantonsgericht, 20.01.2006

Unbefristeter Vertrag über die Bereitstellung, den Versand und die Abrechnung über Klingeltonpakete für Mobiltelefone. Ausserordentliche Kündigung gestützt auf einen wichtigem Grund: Die falsche Behauptung, der unbestrittenermassen zur Abrechnung mit der SUIISA verpflichteten Partei, es sei mit dieser rückwirkend ein Vertrag unterzeichnet worden, stellt ein wichtiger Grund dar und rechtfertigt die fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses (Kantonsgericht St. Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 20. Januar 2006, BZ.2005.98).

Erwägungen

I.

1. a) Der vorliegenden Streitsache liegt im Wesentlichen der folgende unbestrittene Sachverhalt zu Grunde: Die Parteien schlossen am 22. bzw. 26. Januar 2004 einen Vertrag (kläg. act. 1). Diesem Vertrag zu Folge hat die Beklagte das Recht wöchentlich maximal 40 neue Klingeltonpakete für Mobiltelefone bei der Klägerin zu bestellen (Ziff. 2 Abs. 1). Die Vertragsabwicklung gestaltet sich dabei wie folgt: Der Mobiltelefonnutzer bestellt den Klingelton, indem er ein SMS mit einem Passwort an eine Kurznummer der Beklagten sendet. Die Beklagte leitet die Bestellung an die Klägerin weiter, welche dem Endkunden den Klingelton in digitalisierter Form - wiederum per SMS - zukommen lässt (Ziff. 2 Abs. 1; Klage [vi-act. 1], 3; Berufungsantwort [act. B8], 3 und 7). Das Inkasso beim Endkunden erfolgt durch den jeweiligen Mobilfunkanbieter, mit welchem die Klägerin in einem Vertragsverhältnis steht (Berufung, 7 f; Berufungsantwort, 7).



St.Galler Gerichte

Neben der Pflicht zur Produktion der bestellten Klingeltöne, der Verpflichtung zu deren Versand an die Endkunden und der Pflicht zur Breitstellung und Wartung der für die Vertragsabwicklung notwendigen technischen Infrastruktur, hat die Klägerin gemäss Ziff. 4 lit. d und Ziff. 5 des Vertrages der Beklagten einen bestimmten Anteil am einkassierten Preis auszubezahlen. Die Beklagte verpflichtet sich im Gegenzug dazu, den Endkunden und Partnern zu kommunizieren, dass die Produktionslizenz für die Klingeltöne bei der Klägerin liegt (Ziff. 3 lit. d). Ausserdem ist sie vertraglich verpflichtet die Klingeltöne zu bewerben, wobei in Bezug auf den Partner XX sowohl Werbung im TV-Format XXmat wie auch auf einer separaten Teletextseite vereinbart wurde (Ziff. 3 lit. f). Überdies verpflichtet sich die Beklagte der Klägerin monatlich eine "Transport Fee" im Betrag von Fr. 3'900.00 (exkl. MWSt) zu bezahlen, sofern der Endkundenumsatz Fr. 25'000.00 nicht übersteigt (Ziff. 3 lit. b).

b) Die im Vertrag vorgesehene Testphase wurde am 31. Januar 2004 erfolgreich beendet (Klage, 3; Klageantwort [vi-act. 10], 3). Einen Umsatz von mehr als Fr. 25'000.00 erzielten die Parteien in der Folge nie (Klage, 4; Klageantwort, 3). Auch bezahlten die Parteien ab 1. März 2004 die gegenseitig gestellten Rechnungen nicht (Klageantwort, 3; Klage, 9; kläg. act. 3-10). Die Beklagte schrieb der Klägerin am 11. Juni 2004: "Wie wir inzwischen zusätzlich erfahren haben, bezahlt die Klägerin widerrechtlich derzeit keine Suisa-Gebühren, was im Sinne unseres Vertrages eine weitere, erhebliche Verletzung darstellt." Im gleichen Schreiben stellte die Beklagte eine Schlussrechnung über Fr. 564.55 und forderte deren Bezahlung innert fünf Tagen, dies mit der Androhung, dass sie mangels Zahlungseingang Betreibung einleiten und den Vertrag ausserordentlich per 18. Juni 2004 kündigen werde (kläg. act. 11). Mit Schreiben vom 19. Juni 2004 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe nunmehr mit der SUISA rückwirkend per 1. Januar 2004 einen Vertrag unterzeichnet und erwarte in den nächsten Tagen die Rechnung der SUISA. Im Übrigen anerkennend die Klägerin, die SUISA-Gebühren zu hinterlegen, und stellte das Vorliegen eines Kündigungsgrundes in Abrede (kläg. act. 14). Mit Schreiben vom 30. Juni 2004 kündigte die Klägerin den Vertrag per 31. Oktober 2004 (kläg. act. 15). Mit Schreiben vom 2. Juli 2004 kündigte die Beklagte den Vertrag ausserordentlich per 30. Juni 2004 und teilte der Klägerin mit, dass sie die Verbindung zum Service am 1. Juli 2004 unterbunden habe (kläg. act. 16).



2. In der Folge erzielten die Parteien weder über den Zeitpunkt noch über finanziellen Folgen der Vertragsbeendigung eine gütliche Einigung, weshalb die Klägerin mit Leitschein vom 12. Oktober 2004 am 13. Dezember 2004 beim Kreisgerichtspräsidium Klage mit vorstehenden Rechtsbegehren anhängig machte (vi-act. 1 und 2). In ihrer Klage anerkannte die Klägerin der Beklagten den Betrag von Fr. 12'485.50 zu schulden (Klage, 9). Die Beklagte ihrerseits anerkannte die Klage in der Klageantwort im Umfang von Fr. 4'294.10, im Übrigen trug sie auf deren Abweisung an.

Die Vorinstanz schützte die Klage mit Entscheid vom 13. Juni 2005 vollumfänglich. Die Gerichtskosten im Betrag von Fr. 3'000.- auferlegte sie ausgangsgemäss der Beklagten und verpflichtete diese, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.- zu bezahlen.

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte mit Eingabe vom 13. September 2005 Berufung mit den vorstehenden Anträgen (act. B1). In ihrer Berufungsantwort vom 28. Oktober 2005 trug die Klägerin auf Abweisung der Berufung an (act. B8). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2005 wurde die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Einschreibgebühr dem Kantonsgericht erst nach Ablauf der zur Zahlung angesetzten Nachfrist beim Kantonsgericht einging (act. B12). Die Beklagte nahm hierzu innert der angesetzten Frist Stellung und reichte den Empfangsschein über die Posteinzahlung vom 23. September 2005 ein (act. B13).

II.

1. Der Beklagten wurde mit Verfügung vom 15. September 2005 eine zehntägige Nachfrist im Sinne von Art. 275 Abs. 2 ZPO zur Leistung der Einschreibgebühr angesetzt (act. B4). Diese Verfügung wurde der Beklagten am 16. September 2005 zugestellt (act. B 11; Stellungnahme vom 12. Dezember 2005 [act. B13]). Die Frist endete somit entgegen den Ausführungen der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2005 am 26. September 2005 (act. B13). Diese Frist wurde jedoch durch die Einzahlung der Einschreibgebühr am Postschalter am 23. September 2004 gewahrt (act. B13).



2. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der übrigen Prozessvoraussetzungen (Art. 79 ZPO) ergibt, dass diese erfüllt sind; auf die Berufung ist somit einzutreten.

III.

1. Die Vorinstanz schloss die Anwendbarkeit der Bestimmungen zum Agentur- und Mäklervertrag auf das vorliegenden Vertragsverhältnis aus und kam zum Schluss, dass ein Innominatkontrakt mit werkvertraglichen Elementen vorliege, auf welchen Art. 404 OR keine Anwendung finde (Urteil, 9 ff.). Sodann verneinte sie das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Vertragsauflösung und hielt fest, dass die Beklagte weder gestützt auf Art. 83 OR zur Zurückhaltung ihrer Zahlung, noch zur Auflösung des Vertrages gemäss Art. 107 OR berechtigt gewesen sei (Urteil, 12 ff.).

2. Gemäss Ziff. 8 des Vertrages (kläg. act. 1) ist das vorliegend zu beurteilende Vertragsverhältnis unbefristet. Es liegt damit - wie die Vorinstanz zu Recht festhält - ein Dauerschuldverhältnis vor (Urteil, 10).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung entspricht es einem allgemeinen Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Gründen vorzeitig beendet werden können (BGE 121 III 262, E.2.a.aa; BGE 128 III 428, E.3; vgl. auch GVP 1988 Nr. 43; PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss., Freiburg 1968, 177 ff.). Im Folgenden ist also zunächst zu prüfen, ob die Beklagte sich zu Recht auf einen wichtigen Kündigungsgrund beruft (Berufung, 13 ff.). Wird die Frage bejaht, kann die Qualifikation des Vertragsverhältnisses der Parteien sowie auch die Frage, ob Art. 404 OR vorliegend Anwendung erheischt, offen gelassen werden.

3. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die ausserordentliche Kündigung gestützt auf einen wichtigen Grund die Ausnahme bleiben (BGE 92 II 299, E.3.b; vgl. dazu WERNER STEIGER, Die Beendigung des Lizenzvertrages nach schweizerischem Recht, sic! 1999, 11). Vor erster Instanz hat die Beklagte geltend gemacht, dass sie gestützt auf Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR berechtigt war, den Vertrag ex nunc zu kündigen (Klageantwort, 10 f.). An dieser Auffassung scheint sie in ihrer Berufung nicht mehr festzuhalten. Die Frage, ob die Voraussetzungen von



Art. 83 OR bzw. Art. 107 OR vorliegend erfüllt sind, ist eine Rechtsfrage und somit von Amtes wegen zu prüfen (vgl. ZR 103 [2004] Nr. 59, E.3.1).

a) Was die Voraussetzungen von Art. 83 OR betrifft, so kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Diese hat zu Recht festgehalten, dass die Beklagte, mangels Sicherstellungsbegehren, nicht gestützt auf Art. 83 OR ihre Leistung zurückhalten und vom Vertrag zurücktreten konnte (Urteil, 13).

b) In Bezug auf Art. 107 OR ist mit der Vorderrichterin darauf zu verweisen, dass die Klägerin gemäss Ziff. 5 des Vertrages dazu verpflichtet war, der SUIA und nicht der Beklagten die fraglichen Gebühren zu entrichten (kläg. act. 1; Urteil, 14). Die mit Schreiben vom 11. Juni 2004 (kläg. act. 11) angesetzte Frist zur Bezahlung der Gebühren an die Beklagte erfüllt somit die Voraussetzungen von Art. 107 OR nicht.

Werden die Gebühren der SUIA in der Abrechnung der Beklagten vom 11. Juni 2004 nicht berücksichtigt, resultiert ein Guthaben der Klägerin und nicht der Beklagten (zu Gunsten der Klägerin: $3 \times \text{Fr. } 4'196.90 = \text{Fr. } 12'590.70$; zu Gunsten der Beklagten: $\text{Fr. } 3'986.65 + \text{Fr. } 2'067.10 + \text{Fr. } 1'940.40 + \text{Fr. } 2'892.95 = \text{Fr. } 10'887.10$; kläg. act. 11). Im Schreiben vom 11. Juni 2004 kann aus diesem Grund auch nicht eine Fristansetzung zur Zahlung ausstehender Revenue Shares gemäss Ziff. 4 lit. d und Ziff. 5 des Vertrages gesehen werden, zumal die Beklagte offensichtlich selbst davon ausgeht, dass die Revenue Shares mit der von ihr geschuldeten Transport Fee zu verrechnen sind.

Die Beklagte bringt schliesslich vor, dass eine Fristansetzung nicht erforderlich war, da auf Grund des Verhaltens der Klägerin offensichtlich war, dass diese die Forderung nicht begleichen werde. Zur Begründung führt die Beklagte an, dass die Klägerin die betreffende Forderung trotz Anerkennung bis heute nicht beglichen habe (Klageantwort, 11). Dem kann nicht gefolgt werden, weil ein nachträglich eingetretener Grund nicht herangezogen werden kann, um die Nutzlosigkeit einer Fristansetzung in einem früheren Zeitpunkt zu begründen. Da die Beklagte keine anderen Gründe geltend macht, auf Grund derer sie von einer Nutzlosigkeit einer Fristansetzung ausgehen konnte, ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen von Art. 108 Ziff. 1 OR vorliegend nicht erfüllt sind.



c) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz richtigerweise davon ausging, dass die Voraussetzungen von Art. 83 und 107 OR vorliegend nicht erfüllt sind und die Beklagte damit nicht gestützt auf die erwähnten Bestimmungen vom Vertrag zurücktreten bzw. diesen ex nunc auflösen konnte.

Zu prüfen ist damit, ob die Beklagte den Vertrag aus einem wichtigen Grund ausserordentlich auflösen konnte.

4. a) Wenn das Gesetz oder - wie vorliegend - ein allgemeiner Rechtsgrundsatz auf wichtige Gründe verweist, hat der Richter seine Entscheidung in Anwendung von Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu treffen (BGE 126 III 177, E.2a). Die richterliche Freiheit ist deswegen jedoch nicht schrankenlos. Um die vorgesehene Rechtsfolge eintreten zu lassen, müssen die Gründe, an deren Vorhandensein oder Fehlen die Rechtsfolge geknüpft ist, wichtig und somit von ganz bestimmter Intensität und Bedeutung sein (vgl. HANS ROGGWILLER, Der "wichtige Grund" und seine Anwendung im ZGB und OR, Diss., Aarau 1959, 37). Wichtigkeit bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass jene Umstände, die die Änderung des Rechtszustands verlangen, jene die für dessen Beibehaltung sprechen, überwiegen (vgl. HANS ROGGWILLER, a.a.O., 39). Allerdings dürfen die als wichtige Gründe in Frage kommenden Umstände nicht isoliert betrachtet werden. Eine solche Billigkeitsentscheidung verlangt vielmehr, dass alle Besonderheiten des konkreten Falls beachtet werden (BGE 109 II 389, E.3). Der Richter ist somit aufgefordert, alle besonderen Umstände, welche im vorliegenden Fall berücksichtigt werden können, auch wirklich zu berücksichtigen.

b) Die Beklagte begründete ihre ausserordentliche Kündigung im Schreiben vom 2. Juli 2004 wie folgt (kläg. act. 16):

" Entgegen Ihren Behauptungen ist die Beklagte Ihrer Zahlungspflicht nachgekommen. Da dies X-GmbH seitig nicht der Fall gewesen ist, haben wir unserer Zahlungen logischerweise eingestellt. Entgegen den Angaben in Ihrem Schreiben, hat uns die SUIISA gestern bestätigt, dass zu X-GmbH zwar Kontakt bestehe, ein Vertrag bisher aber weder geschlossen worden ist noch ein Vertragsabschluss unmittelbar bevorstehe. Gemäss unseren Angaben sollten gegenüber der SUIISA rund CHF 2'500.- abgeführt worden sein.



Die Beklagte wie auch XX insbesondere können es sich nicht leisten, Geschäfte im Bereich der Musikrechte zu betreiben, ohne die dadurch fälligen Gebühren an die Institutionen der Musikindustrie fristgerecht abzuführen.

Wir kündigen deshalb unser Vertragsverhältnis mit der Klägerin hiermit ausserordentlich per 30. Juni 2004."

c) Im vorliegenden Zusammenhang ist zunächst darauf zu verweisen, dass die Verpflichtung der Klägerin zur Leistung der Gebühren an die SUI SA unbestritten ist (Klage, 5). Ebenfalls unbestritten ist, dass die Klägerin es zunächst "versäumte", die Vertragsbeziehung zur Beklagten bei der SUI SA anzumelden (Klage, 5).

In ihrem Schreiben vom 19. Juni 2004 an die Beklagte behauptet die Klägerin unter Bezugnahme auf das Schreiben der Beklagten vom 11. Juni 2004 (kläg. act. 11), sie habe zwischenzeitlich einen Vertrag mit der SUI SA unterzeichnet und erwarte die Rechnung in den nächsten Tagen (kläg. act. 14). Die erste Rechnung der SUI SA an die Klägerin datiert jedoch vom 16. Juli 2004 und basiert auf einer Deklaration der Klägerin vom 15. Juli 2004 (kläg. act. 13). Aktenkundig ist sodann, dass der Vertrag zwischen der Beklagten und der SUI SA am 21. Juli bzw. 22. Juli 2004 unterzeichnet wurde (kläg. act. 12). Die Klägerin lässt hierzu in ihrer Berufungsantwort ausführen, dass die SUI SA einen ersten, von der Klägerin eingereichten Vertragsentwurf verworfen habe (Klage, 6). In ihrer Berufungsantwort führte sie aus, dass sie der SUI SA am 19. Juni 2004 ein von ihr unterzeichnetes Vertragsexemplar eingereicht habe, die SUI SA vor dessen Unterzeichnung aber eine detailliertere Statistik verlangt habe, um den genauen Geschäftsumfang und die anwendbaren Tarife bestimmen zu können (Berufungsantwort, 12).

Die Aussage der Klägerin in ihrem Schreiben vom 19. Juni 2004 konnte von der Beklagten nach Treu und Glauben freilich nur dahingehend verstanden werden, dass ein Vertrag mit der SUI SA bereits abgeschlossen wurde. Diese unzutreffende Aussage muss sich die Beklagte entgegenhalten lassen. Auch erscheint angesichts der Ausführungen der Klägerin im Berufungsverfahren fraglich, ob die Klägerin am 19. Juni 2004 wirklich davon ausgehen konnte, dass eine Rechnungsstellung unmittelbar



bevorstehe, wenn doch zunächst weitere Abklärungen zur Festlegung des Tarifs erforderlich waren.

d) Die Vorinstanz kam gleichwohl zum Schluss, dass eine ausserordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt sei. Sie begründete dies mit dem Umstand, dass die "versäumte" Anmeldung bei der SUIISA keine grobe Vertragsverletzung darstelle, die Klägerin auf Grund des beklagischen Schreibens vom 11. Juni 2004 (kläg. act. 11) unmittelbar gehandelt und überdies die Sicherstellung der SUIISA-Gebühren angeboten habe; ein Angebot, von welchem die Beklagte keinen Gebrauch gemacht habe (Urteil, 12 f.).

e) Der Vorinstanz kann dahingehend gefolgt werden, dass die unterbliebene Anmeldung bei der SUIISA für sich allein keinen ausreichenden Grund für eine ausserordentliche Kündigung darstellt. Hiervon ging offensichtlich auch die Beklagte aus, zumal sie der Klägerin zunächst Frist zur Bezahlung der SUIISA-Gebühren ansetzte. Allerdings verlangte sie in ihrem Schreiben vom 11. Juni 2004 die Bezahlung der Gebühren an sich und nicht an die SUIISA (vgl. Erw. III/2.a; kläg. act. 11), was nicht den vertraglichen Abmachungen entspricht (Ziff. 4 lit. d und Ziff. 5 des Vertrages; kläg. act. 1). Die Nichtbezahlung der SUIISA-Gebühren an die Beklagte stellte deshalb ebenfalls keinen wichtigen Kündigungsgrund dar. Ein solcher liegt jedoch in der falschen Behauptung der Klägerin im Schreiben vom 19. Juni 2004, sie habe mit der SUIISA rückwirkend per 1. Januar 2004 einen Vertrag unterzeichnet, und die Rechnung der SUIISA werde in den nächsten Tagen erwartet (vgl. kläg. act. 14). Dies aus den folgenden Gründen:

Jedes Dauerschuldverhältnis setzt ein gegenseitiges Vertrauen der Vertragsparteien voraus, da sich die Ausübung der gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht in einer bestimmten Leistung erschöpft, sondern eine dauerhafte Zusammenarbeit erforderlich ist (vgl. RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, 985). Im vorliegenden Fall waren die Parteien zur Erfüllung des Vertrages nicht nur in technischen Bereichen auf eine funktionierende Zusammenarbeit angewiesen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass der Klägerin neben der Produktion der Klingeltöne gemäss Vertrag auch das Inkasso und die Abrechnung über die Einnahmen oblag (Erw. I/1.a hiervor). Die Beklagte, welche ihrerseits durch die Verpflichtung zur Bezahlung der Transport Fee einen wesentlichen Teil des Geschäftsrisiko zu tragen hatte, musste sich



St.Galler Gerichte

daher auf eine korrekte Abrechnung durch die Klägerin verlassen und auf diese vertrauen können.

Weiter fällt in Betracht, dass es mit den vertraglichen Beziehungen der Parteien bereits im Zeitpunkt, als die Beklagte die fehlende Abrechnung der SUISA-Gebühren rügte, nicht zum Besten stand, da die Parteien ihren gegenseitigen finanziellen Verpflichtungen nicht nachkamen (vgl. Erw. I/1.b hiervor). Jedoch beschränkten sich die bestehenden Spannungen auf den finanziellen Bereich, und es stellte sich dannzumal in erster Linie die Frage, inwieweit die gegenseitig geschuldeten Leistungen verrechnet werden konnten (vgl. kläg. act. 7 und 10). Mit der unwahren Äusserung der Klägerin erhielt die Störung des Vertragsverhältnisses dann jedoch eine andere Qualität. In Mitleidenschaft gezogen wurde damit das Vertrauen der Beklagten in die Integrität ihrer Vertragspartnerin.

Schliesslich ist in Betracht zu ziehen, dass die Beklagte ihrerseits zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung auf die zur Verfügungstellung von Werbefenstern durch ihre Partner angewiesen war. Die Beklagte legt überzeugend dar, dass von dem im Vertrag namentlich genannten Partner, dem Musiksender XX Schweiz, ein Verstoss gegen die Urheberrechte nicht tolerierbar war (Klageantwort, 5 f.). Dies geht auch klar aus dem Schreiben der PP-AG XX Schweiz an die Beklagte vom 1. Juni 2004 hervor. Die Absenderin droht der Beklagten mit Schadenersatzansprüchen für den Fall, dass im Rahmen der Kooperation mit XX Klingeltöne verwendet würden, für welche keine Gebühren abgeführt würden (beklagt. act. 4). Die Klägerin zieht in ihrer Berufungsantwort die Echtheit dieses Aktenstückes in Zweifel, substantiiert jedoch ihre Mutmassung nicht näher, - d.h., es wird konkret weder behauptet noch zum Beweis gestellt, dass das Dokument gefälscht oder nachträglich zu Prozesszwecken erstellt worden sei - weshalb sie mit dieser nicht zu hören ist (Berufungsantwort, 12). Angesichts dieser vertraglichen Bindung der Beklagten und der Tatsache, dass die Beklagte zur Erfüllung des Vertrages auf die Zusammenarbeit mit XX Schweiz angewiesen war, ist festzuhalten, dass die Entrichtung der Gebühren an die SUISA für die Beklagte erhebliche Bedeutung zukam. Dass der Klägerin dieser Umstand bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst war, wird nicht behauptet. Jedoch musste der Klägerin auf Grund des Schreibens der Beklagten vom 11. Juni 2004 klar sein, dass



die korrekte Abführung der Gebühren für die Beklagte von Bedeutung war, zumal sie dies als "erhebliche" Vertragsverletzung taxierte (kläg. act. 11).

Vor diesem Hintergrund hat auch das Argument der Klägerin, ihr sei von Seiten der SUIISA versichert worden, dass bezüglich einer Anmeldung kein Zeitdruck bestehe, da die Gebühren quartalsweise abgerechnet und die Rechnungen 30 Tage nach Erhalt fällig würden (Klage, 6), kaum Gewicht, wäre doch bei einer rechtzeitigen Anmeldung und Abrechnung - wie die Klägerin in ihrer Berufungsantwort selbst festhält - die Gebühr für das erste Quartal 2004 bereits Mitte Juni 2004 fällig gewesen (Berufungsantwort, 12).

f) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass für die Beklagte die korrekte Abrechnung der SUIISA-Gebühren von erheblicher Bedeutung war. Dieser Umstand musste der Klägerin spätestens auf Grund des Schreibens vom 11. Juni 2004 bewusst sein. Damit ist jedoch die offensichtlich falsche Aussage der Klägerin am 19. Juni 2004, es sei mit der SUIISA in der Zwischenzeit ein Vertrag, rückwirkend per 1. Januar 2004 unterzeichnet worden und die Rechnung der SUIISA werde in den nächsten Tagen erwartet (kläg. act. 14), als erheblicher Vertrauensbruch zu werten. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als sich die Zusammenarbeit der Parteien nicht auf technische Aspekte beschränkte, sondern die Klägerin zur Abrechnung der Einnahmen aus dem Geschäft der ihr von der Beklagten weitergeleiteten Kundenbestellungen verpflichtet war und somit eine Vertrauensposition inne hatte. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine ausserordentliche Kündigung ist somit zu bejahen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagte in der Folge am Vermittlungsvorstand und an der Verhandlung vor erster Instanz unter von der Klägerin nicht näher erläuterten Prämissen erklärt haben soll, "grundsätzlich an einer weiteren Zusammenarbeit interessiert zu sein" (Berufungsantwort 13 oben).

5. Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die zur Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses führt (BGE 123 III 246, E.3). Als solche wird sie mit ihrem Zugang wirksam (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich et al. 2003, N 196; VON THUR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3.



Auflage, Zürich 1979, 24 f. u. 166 f.). Eine rückwirkende Kündigung, wie sie die Beklagte ausgesprochen hat, ist somit nicht möglich (Berufung, 5).

Offensichtlich ist, dass die Klägerin das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 2. Juli 2004 (kläg. act. 16) erhalten hat, da sie sich in ihrem Schreiben vom 6. Juli 2004 auf dieses Bezug nimmt (kläg. act. 17). Da ein früherer Zugang des Kündigungsschreibens von der Beklagten weder behauptet noch geltend gemacht wird, ist davon auszugehen, dass die Kündigung der Klägerin am 6. Juli 2004 zugegangen ist. Der Vertrag vom 22. bzw. 26. Januar 2004 wurde somit am 6. Juli 2004 beendet.

6. Zu beurteilen sind damit die finanziellen Folgen der Vertragsbeendigung per 6. Juli 2004, wobei auch die Klageanerkennung der Beklagten im Betrag von Fr. 4'294.10 zu berücksichtigen ist.

Festzuhalten ist sodann, dass die von der Klägerin seit 1. März 2004 geforderte Transport Fee von Fr. 3'900.00 zuzüglich MWSt geschuldet ist, da der Mindestumsatz von Fr. 25'000.00 unbestrittenermassen nie erreicht wurde (Klage, 9; Erw. I/1.a hiervor; kläg. act. 11). Für den Zeitraum vom 1. März 2004 bis zum 6. Juli 2004 beläuft sich die Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten somit auf 4 ganze sowie eine anteilige Transport Fee. Es resultiert damit ein Guthaben der Klägerin gegenüber der Beklagten von Fr. 16'354.84 (= Fr. 3'900.00 x [4 + 6/31]) zuzüglich 7,6 % MWSt oder Fr. 17'597.80 (MWSt inklusive).

Diese Forderung ist mit der von der Klägerin anerkannten Gegenforderung der Beklagten im Betrag von Fr. 12'485.50 zu verrechnen, nachdem die Beklagte konkludent bereits mit Schreiben vom 2. Juli 2004, ausdrücklich jedoch in ihrer Klageantwort die Verrechnung erklärt hat (kläg. act. 16; Klageantwort, 12). Hierzu ist anzumerken, dass entgegen der Darstellung der Beklagten in ihrer Klageantwort die Rechnung vom 9. Juni 2004 auf einen Totalbetrag von Fr. 2'892.95 lautet und nicht Fr. 2'898.95 wie die Klägerin behauptet (Klageantwort, 12; kläg. act. 20). Zwar wird abschliessend um Überweisung eines Betrages von Fr. 2'898.95 gebeten. Die Differenz zum Rechnungstotal kann jedoch nur mit einem Verschreiber der Beklagten erklärt werden. In Rechnung gestellt wurden nämlich 4'018 Ringtones zu einem Preis von je



Fr. 1.50. Vom letztgenannten Betrag sind gemäss der Rechnung 10 % Urheberrechtsgebühren sowie der Anteil der Klägerin von Fr. 0.63 je Klingelton zu subtrahieren. Es resultiert damit der Betrag von Fr. 2'892.96 (= $4018 \times [\text{Fr. } 1.50 - \text{Fr. } 0.15 - \text{Fr. } 0.63]$) oder gerundet Fr. 2'892.95 (kläg. act. 20). Da die Beklagte die Berechnung ihres Guthabens durch die Klägerin im Übrigen nicht beanstandet (Klageantwort, 12), ist von dieser auszugehen und festzuhalten, dass die Klägerin der Beklagten den Betrag von Fr. 12'485.50 schuldet.

Nach Verrechnung der gegenseitigen Guthaben ergibt sich somit ein Saldo zu Gunsten der Klägerin von Fr. 5'112.30 (= Fr. 17'597.80 - Fr. 12'485.50), welchen die Beklagte der Klägerin zu bezahlen hat.

7. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich die Berufung der Beklagten im Betrag vom Fr. 14'787.70 (= Fr. 19'900.00 - Fr. 5'112.30) als begründet erweist. Das vorinstanzliche Urteil vom 13. Juni 2005 ist demzufolge aufzuheben. Die Klage wird im Betrag von Fr. 4'294.10 als durch Anerkennung erledigt abgeschlossen (Art. 83 lit. b ZPO), im Betrag von Fr. 818.20 (= Fr. 5'112.30 - Fr. 4'294.10) geschützt und im Mehrumfang als unbegründet abgewiesen.