

# Handelsgericht des Kantons Zürich



---

Geschäfts-Nr. HG080269/U/dz

Mitwirkend: Der Obergerichter Thomas Seeger, Präsident, und die Obergerichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Bruno Welti, Dr. Reto Baitella und Albert Meili sowie der Gerichtsschreiber Matthias-Christoph Henn

## **Beschluss und Urteil vom 26. Mai 2011**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ [GmbH nach dem Recht des Staates CC.\_\_\_\_\_],**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren Klage (act. 1 S. 2):**

" Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'018'702.– zuzüglich 5% Zins seit dem 29. Juli 2008 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren Replik (act. 22 S. 2):**

" 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'018'702.–, eventualiter EUR 1'853'839.50, zuzüglich 5% Zins seit dem 29. Juli 2008 zu bezahlen.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin alle ihre Verkäufe von Aromastoffen, die für Tabakprojekte in CC. \_\_\_\_\_ seit dem Jahr 2007 verwendet wurden, offenzulegen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

## Das Gericht zieht in Erwägung:

### **1. Einleitung und Sachverhalt**

**1.1.** Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach ... Recht [des Staates CC.\_\_\_\_\_] mit Sitz in C.\_\_\_\_\_/CC.\_\_\_\_\_, die im Bereich der Vermittlung von Aromastoffen in CC.\_\_\_\_\_ tätig ist. Unter den vermittelten Aromastoffen finden sich insbesondere auch solche für die Herstellung von Tabakprodukten (act. 1 S. 5 und 7, act. 7 S. 6).

Die Beklagte ist eine nach schweizerischem Recht organisierte Aktiengesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_/Schweiz und Zweigniederlassungen in E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ (act. 12/1-3; Firmennummer CH-...). Sie ist eines der führenden international tätigen Unternehmen im Bereich Duft- und Aromastoffe für eine breite Palette von Produkten (act. 1 S. 5 und 7, act. 7 S. 6).

Die Klägerin war zunächst für das Unternehmen G.\_\_\_\_\_ B.V. als exklusive Verkaufsagentin für alle Arten von Aromastoffen in CC.\_\_\_\_\_ zuständig. Nachdem G.\_\_\_\_\_ B.V. von der Beklagten übernommen worden war, schloss die Klägerin mit der B1.\_\_\_\_\_ AG, deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist (vgl. act. 12/5), am 27. November 1997 bzw. 8. Januar 1998 ein "Sales Representation Agreement" (nachfolgend SRA, act. 3/4; act. 1 S. 8 und act. 7 S. 8). Darin wurde die Klägerin als exklusive Verkaufsagentin der Beklagten für Tabakaromastoffe ("flavourings and casings related to tobacco") gegenüber allen möglichen Kunden in CC.\_\_\_\_\_ ernannt, wobei die Tätigkeit der Klägerin in der Vermittlung von Kunden für die betreffenden Produkte der Beklagten bestand (Ziff. 1-4 SRA). Der Beklagten wurde für die Dauer des Vertrages untersagt, zu diesem Zweck irgendeine andere Person als Agentin, Verkäuferin oder Vertreterin einzusetzen (Ziff. 3 Abs. 2 SRA). Sie konnte zwar weiterhin für ihre Produkte werben; für den Fall von direktem Kundenkontakt war sie aber verpflichtet, die Klägerin im Voraus zu informieren und die Geschäftsbeziehungen und den Ruf der Klägerin auf dem Markt zu achten. Der lokalen Vertretung der Beklagten wurde jeglicher Kontakt mit Kunden untersagt (Ziff. 4 Abs. 3 SRA). Im Gegenzug verpflichtete sich die Klägerin, die Interessen der Beklagten zu fördern und den Verkauf ihrer Produkte voranzu-

treiben (Ziff. 4 Abs. 1 SRA). Für ihre Vermittlungstätigkeit stand ihr eine festgelegte Provision an den Verkäufen der Beklagten zu (Ziff. 10 SRA).

Das (ursprüngliche) SRA wurde auf eine feste Laufzeit von fünf Jahren abgeschlossen (Ziff. 16.1 SRA) und durch ein erstes Amendment vom 25. Juli 2001 (nachfolgend Amendment 1) bis zum 30. Juni 2007 sowie ein zweites Amendment vom 4. bzw. 10. Januar 2007 (nachfolgend Amendment 2) bis zum 30. Juni 2012 verlängert (act. 3/4-6). Am 29. Juli 2008 löste die Klägerin den Vertrag unter Berufung auf wichtige Gründe fristlos auf (act. 1 S. 8 ff. und 21, act. 3/57, act. 7 S. 10 ff.).

**1.2.** Im Kern des Rechtsstreits geht es um die Frage, ob für die von der Klägerin im Sommer 2008 ausgesprochene fristlose Kündigung des SRA wichtige Gründe vorlagen und die Vertragsauflösung durch die Klägerin vor diesem Hintergrund gerechtfertigt war oder nicht. Die Klägerin beruft sich diesbezüglich auf verschiedene Vertragsverletzungen der Beklagten, darunter namentlich Rufschädigungen, das Vorenthalten von relevanten Informationen sowie Verkäufe von Tabakaromastoffen unter Ausschluss der Klägerin. Diese Vertragsverletzungen hätten die Fortsetzung des Vertrages für Letztere unzumutbar gemacht. Darauf aufbauend macht die Klägerin entgangenen Gewinn, eine Kundschaftsentschädigung sowie Schadenersatz geltend (act. 1 S. 11 ff.). Die Beklagte führt dagegen im Wesentlichen an, die fristlose Auflösung des Vertrages durch die Klägerin sei nicht gerechtfertigt erfolgt, da die Beklagte den Vertrag nicht verletzt habe und darüber hinaus die Kündigung weder angemahnt noch unverzüglich nach Kenntnis der behaupteten Sachverhalte erklärt worden sei. Die Klägerin habe den Vertrag vielmehr gekündigt, da sie mit der Privatisierung des vormals staatlich kontrollierten Monopolunternehmens H.\_\_\_\_\_ bzw. dem Verkauf dessen Tabaksparte an I.\_\_\_\_\_ (nachfolgend I.\_\_\_\_\_) ihren wichtigsten Kunden und damit auch ihre wichtigste Einnahmequelle unter dem SRA verloren habe. Aus diesen Gründen sei die Klage abzuweisen, sofern überhaupt auf sie einzutreten sei (act. 7 S. 12 ff.).

## **2. Prozessuales**

### **2.1. Prozessverlauf**

Am 4. November 2008 (Poststempel) wurde die Klageschrift eingereicht (act. 1). In der Klageantwortschrift vom 16. Februar 2009 erhob die Beklagte unter anderem die Einrede der Unzuständigkeit und stellte einen Nichteintretensantrag (act. 7). Die Klägerin beantragte in der Folge mit Eingabe vom 10. März 2009 die Abweisung dieser von der Beklagten gestellten Anträge (act. 10). Mit Beschluss des Handelsgerichts vom 19. März 2009 wurde die Unzuständigkeitseinrede und der Nichteintretensantrag der Beklagten abgewiesen (act. 13). Hernach fand am 2. Oktober 2009 eine Referentenaudienz statt, an der keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 8 f.). Das Verfahren wurde schriftlich fortgesetzt, wobei die Klägerin in der Replik vom 18. Januar 2010 ihre ursprüngliche Klage änderte, indem sie den zunächst nur in Schweizerfranken begehrten Betrag eventualiter in Euro einforderte sowie das obgenannte Rechtsbegehren 2 betreffend Offenlegung in ihre Klage aufnahm (act. 22 S. 2). Die Beklagte erstattete am 19. April 2010 die Duplik und stellte den Verfahrensantrag, es seien bestimmte Replikbeilagen aus dem Recht zu weisen (act. 27 S. 2). Mit Verfügung vom 26. April 2010 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu allfälligen Noven in der Duplik sowie zum prozessualen Antrag der Beklagten schriftlich Stellung zu nehmen (Prot. S. 14), was diese mit Eingabe vom 7. Juni 2010 tat (act. 31). Darauf wurde der Beklagten mit Verfügung vom 18. Juni 2010 die Gelegenheit eingeräumt, zu allfälligen von der Klägerin gestützt auf § 115 ZPO vorgebrachten Äusserungen Stellung zu nehmen (Prot. S. 16). Diese Stellungnahme der Beklagten ging am 2. Juli 2010 ein (act. 35) und sie beantragte darin in prozessualer Hinsicht, die Eingabe der Klägerin vom 7. Juni 2010 sei samt Beilagen aus dem Recht zu weisen. Die Klägerin beantragte mit Eingabe vom 7. Juli 2010, diesen Antrag der Beklagten abzuweisen (act. 36).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (siehe nachfolgend Ziff. 3.4.), weshalb ein Urteil zu fällen ist. Die prozessualen Anträge der Beklagten, die Klagebeilagen act. 3/59 und 3/62 (act. 7 S. 2) sowie die Replikbeilagen act. 23/5, 23/10, 23/14-15 und 23/22 seien aus dem Recht zu weisen (act. 27 S. 2) und der entsprechen-

de Gegenantrag der Klägerin (act. 31 S. 3) werden daher in Ermangelung eines Beweisverfahrens gegenstandslos.

## **2.2. Anwendbares Prozessrecht**

Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272) in Kraft. Gemäss deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Das vorliegende Verfahren wurde – wie bereits erwähnt – am 4. November 2008 rechtshängig gemacht (act. 1), weshalb nach wie vor das bisherige Verfahrensrecht zur Anwendung gelangt. Aus diesem Grunde bezieht sich die im Nachfolgenden verwendete Abkürzung ZPO auch stets auf die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich.

## **2.3. Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist sowohl örtlich wie sachlich gegeben. Dementsprechend wurden mit Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 19. März 2009 die Unzuständigkeitseinrede sowie der Nichteintretensantrag der Beklagten abgewiesen. In diesem Beschluss wurde sodann festgestellt, dass der Prozess gehörig eingeleitet wurde (act. 13).

## **2.4. Stellungnahme der Klägerin vom 7. Juni 2010 (act. 31)**

**2.4.1.** Die Parteien sind mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben (§ 114 ZPO). Grundsätzlich stehen beiden Parteien nur je zwei Vorträge zu. Aus zureichenden Gründen gestattet das Gericht weitere Vorträge, wobei es diese auf das in der Duplik oder in späteren Vorträgen neu Vorgebrachte beschränken kann (vgl. § 128 in Verbindung mit § 121 ZPO). Im Übrigen sind neue tatsächliche Vorbringen und/oder neue Anträge vorbehältlich § 115 ZPO nicht mehr zulässig bzw. nur dann zu hören, wenn sie die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllen. Die Ausnahmen von § 115 ZPO sind eng auszulegen (Frank/Sträuli/Messmer, N 1 zu § 115 ZPO mit weiteren Hinweisen).

**2.4.2.** Gemäss instruktionsrichterlicher Verfügung vom 26. April 2010 war es der Klägerin in diesem Verfahrensstadium lediglich gestattet, sich zu neuen Behauptungen sowie zum prozessualen Antrag und zu den Beilagen der Duplik zu äussern. Neue Vorbringen waren vorbehältlich § 115 ZPO nicht mehr zulässig (Prot. S. 14). Die Beklagte bringt vor, die Klägerin habe sich nicht an diese Vorgaben gehalten, sondern in der genannten Eingabe sowohl neue Behauptungen aufgestellt als auch neue Beilagen eingereicht ohne darzutun, dass die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllt seien (act. 35 S. 3). Die Klägerin selbst beruft sich in ihrer Eingabe in der Tat nicht auf § 115 ZPO (act. 31 S. 3 ff.). Dies führt allerdings nicht dazu, dass die entsprechende Eingabe gesamthaft aus dem Recht zu weisen wäre. Vielmehr ist ihre Stellungnahme vom 7. Juni 2010 nur, aber immerhin insoweit zuzulassen, als sie darin zu neuen Behauptungen bzw. Beilagen der Duplik (und nur dazu) Stellung nimmt. Auf die einzelnen Äusserungen wird – soweit sie diese Anforderungen erfüllen und für das vorliegende Urteil von Bedeutung sind – nachfolgend jeweils im Besonderen verwiesen bzw. eingegangen.

## **2.5. Klageänderung**

**2.5.1.** Die Klägerin beehrte anlässlich der Erstattung der Replik neu, der zunächst in Schweizerfranken eingeklagte Geldbetrag sei von der Beklagten eventualiter in Euro zu leisten. Zudem sei Letztere zu verpflichten, der Klägerin alle ihre Verkäufe von Aromastoffen, die für Tabakprojekte in CC. \_\_\_\_\_ seit dem Jahr 2007 verwendet worden seien, offenzulegen (act. 22 S. 2). Die Beklagte macht demgegenüber geltend, dass die mit der Replik vorgenommene Klageänderung betreffend die Offenlegung von Verkäufen unzulässig sei. Einerseits beeinträchtige sie die Rechtstellung der Beklagten wesentlich, da sie sich nur in der Replik (richtig: Duplik) dazu äussern könne, und andererseits bewirke die Klageänderung eine ungebührliche Verzögerung des – ansonsten spruchreifen – Verfahrens, falls sich diesbezüglich ein Beweisverfahren als notwendig erweisen würde. Aus diesem Grunde sei auf das entsprechende Rechtsbegehren nicht einzutreten (act. 27 S. 31 ff.).

**2.5.2.** Gemäss § 61 Abs. 1 ZPO kann die Klägerin in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen ändern oder

weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht. Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird. Letzteres kann beispielsweise dann zutreffen, wenn das Verfahren gemäss ursprünglichem Rechtsbegehren spruchreif ist (Frank/Sträuli/Messmer, N 17 zu § 61 unter Hinweis auf ZR 89 [1990] Nr. 93).

**2.5.3.** Der von der Klägerin neu erhobene Eventualantrag zur Geldleistung in Euro liegt zweifelsohne im Rahmen der Zuständigkeit des hiesigen Gerichts, weist einen engen Zusammenhang mit dem Hauptbegehren auf und beeinträchtigt weder die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich noch verzögert er das Verfahren. Er ist somit zuzulassen.

Anders verhält es sich dagegen mit dem neuen Rechtsbegehren um Offenlegung von Aromastoffverkäufen. Der zugrunde liegende Anspruch steht zwar mit den bisher geltend gemachten Ansprüchen in einem engen Zusammenhang, da die Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis (nämlich dem SRA bzw. den vereinbarten Amendments 1 und 2, act. 3/4-6) herrühren (vgl. dazu auch Frank/Sträuli/Messmer, N 3 f. zu § 61 ZPO). Ungeachtet einer allfälligen Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten würde die Beurteilung des Begehrens das hiesige Verfahren jedoch ungebührlich verzögern, da die Beurteilung ein Beweisverfahren erforderlich machen würde, während das sonstige Verfahren sich als spruchreif erweist (siehe nachfolgend Ziff. 3.4.).

**2.5.3.1.** Die Klägerin macht im Rahmen des Begehrens um Offenlegung geltend, die Beklagte habe am 17. Juli 2007 [richtig: 2008] angekündigt, Informationen über die Verkäufe bis zum Juli 2008 herauszugeben, was sie entgegen Treu und Glauben bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht getan habe (act. 22 S. 58 f.). Die Beklagte bringt im Wesentlichen dagegen vor, der Offenlegungsantrag erweise sich als unbegründet. Die Klägerin könne sich nicht auf Art. 418k Abs. 2 OR berufen, da diese Bestimmung nur im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Provisionsansprüchen herangezogen werden könne und das Begehren der Klägerin vorliegend auf die Erhebung von Schadenersatzansprü-

chen abziele. Zudem habe die Klägerin ihr Einsichtsrecht verwirkt, da die letzte Provisionsabrechnung mehr als ein Jahr zurückliege (act. 27 S. 31 f.).

**2.5.3.2.** Gemäss Art. 418k Abs. 1 OR ist grundsätzlich der Auftraggeber verpflichtet, dem Agenten auf jeden Fälligkeitstermin eine schriftliche Abrechnung mit detaillierter Aufstellung über sämtliche provisionspflichtigen Geschäfte vorzulegen. Die Pflicht zur Erstellung der Abrechnung kann schriftlich dem Agenten überbunden werden. Die Abrechnung gilt als genehmigt, wenn sie von der anderen Vertragspartei nicht innert angemessener Frist beanstandet wird (BGE 95 II 147; ZR 67 [1968] Nr. 36). Die Abrechnung soll zwar auf die für deren Beurteilung notwendigen Belege hinweisen. Dem Agenten muss nach Art. 418k Abs. 2 OR jedoch auf Verlangen Einsicht in die für die Abrechnung massgeblichen Bücher, Belege und, soweit notwendig, in die Buchhaltung des Auftraggebers gewährt werden, wobei dieses Einsichtsrecht unabhängig davon besteht, welche Vertragspartei die Pflicht zur Erstellung der Abrechnung trifft. Auf das Einsichtsrecht kann der Agent nicht zum Voraus verzichten, allerdings mit Bezug auf einzelne Abrechnungen (BSK OR I-Wettenschwiler, N 1 f. zu Art. 418k, BK-Gautschi, N 10c zu Art. 418g/h/i/k OR).

Im Lichte der vorliegend in Frage stehenden Bestimmung ist zu unterscheiden zwischen dem Anspruch auf Abrechnung nach Abs. 1 und demjenigen auf Einsicht in die Bücher nach Abs. 2. Nichtsdestotrotz bezieht sich das dem Agenten zustehende Einsichtsrecht immer auf eine bestimmte Abrechnung ("... in die für die Abrechnung massgebenden Bücher ..."). Die zitierte Lehre und Rechtsprechung, nach welcher eine Abrechnung als genehmigt gilt, sofern diese nicht innert angemessener Frist beanstandet wird, stützt sich in Analogie zur Bundesgerichtsrechtsprechung zum damals noch in Kraft stehenden Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden (HRAG) auf die Überlegung, die vorgesehene periodische Abrechnungspflicht solle im Interesse beider Parteien rasch eine klare Situation schaffen und späteren Meinungsverschiedenheiten vorbeugen, deren Abklärung unter Umständen erhebliche Schwierigkeiten bereiten könne. Daher gebiete Treu und Glauben dem Anspruchsberechtigten, allfällige Forderungen unverzüglich geltend zu machen, andernfalls die Abrechnung als genehmigt zu gelten habe. Diese Überlegung muss nach ihrem Sinngehalt auch auf

das in Art. 418k Abs. 2 OR eingeräumte Einsichtsrecht in die für die entsprechende Abrechnung massgeblichen Bücher Anwendung finden, zumal mit Bezug auf einzelne Abrechnungen auch ein Verzicht auf das Einsichtsrecht möglich ist. Gilt die jeweils relevante Abrechnung als genehmigt, was nach der wiedergegebenen Rechtsprechung (BGE 95 II 147; ZR 67 [1968] Nr. 36) sogar zum Verlust der sich darauf beziehenden Schadenersatzansprüche im Sinne von Art. 418m OR führt, kann sich der Agent daher auch nicht mehr auf das an die Abrechnung anknüpfende Einsichtsrecht berufen.

**2.5.3.3.** Die Parteien sind sich einig, dass das vorliegende Vertragsverhältnis basierend auf dem SRA und dessen Amendments 1 und 2 einen Agenturvertrag im Sinne von Art. 418a ff. OR darstellt (act. 1 S. 27; act. 7 S. 42). Ob die Klägerin allerdings vorliegend innert angemessener Frist Einsicht in die Bücher verlangt oder Widerspruch gegen die letzte Provisionsabrechnung erhoben hat, ist streitig. Während die Beklagte behauptet, dies sei nicht geschehen, obwohl die letzte Provisionsrechnung mehr als ein Jahr zurückliege (act. 27 S. 33 Rz. 109), macht die Klägerin geltend, sie habe von der Beklagten im Januar und März 2008 Erklärungen über alle Verkäufe von Tabakaromastoffen in den Jahren 2007 und 2008 und deren Offenlegung verlangt. Zudem habe die Beklagte am 17. Juli 2007 [recte: 2008] angekündigt, Informationen über die Verkäufe bis zum Juli 2008 herauszugeben, was sie in der Folge nicht getan habe (act. 1 S. 15, act. 22 S. 58 f. und S. 61 Rz 147).

Für eine rechtliche Beurteilung der beklaglichen Behauptung, die Klägerin könne sich nicht mehr auf das geltend gemachte Einsichtsrecht berufen, ist die Feststellung der oben dargelegten, strittigen Tatsachenbehauptungen notwendig. Darüber hinaus ist für die Beurteilung der Angemessenheit eines allfälligen Zeitablaufs bis zum Widerspruch auch bedeutsam, welche Partei in welcher Periodizität Abrechnungen erstellt hat und – was teilweise schon im hiesigen Verfahren behauptet wird – wann die Klägerin allenfalls von der Unvollständigkeit etwaiger Abrechnungen erfahren hat. Diese Fragen können lediglich in einem nicht als geringfügig zu bezeichnenden Beweisverfahren beantwortet werden, welches eine ungebührliche Verzögerung des ansonsten spruchreifen Verfahrens bedeuten würde. Aus

diesem Grund ist auf das erst in der Replik geltend gemachte Rechtsbegehren 2 um Offenlegung nicht einzutreten.

## **2.6. Substantiierungsobliegenheiten**

Im Hauptverfahren ist das Streitverhältnis darzulegen und das Begehren zu begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen. Beweismittel sollen schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden (§ 113 ZPO). Insbesondere sind die Tatsachen, auf welche sich die Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise in der Rechtschrift selbst vorzutragen. Blosser Verweisungen auf Beilagen genügen grundsätzlich nicht. Für das Gericht und die Gegenpartei muss klar sein, mit welchen konkreten Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen haben. Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgebefschluss aufgenommen werden können. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei sowie aus allfälligen Substantiierungshinweisen seitens des Gerichts. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird (BGE 127 III 365 E. 2.b; ZR 102 [2003] Nr. 15; Frank/Sträuli/Messmer, N 4 zu § 55, N 1 ff. zu § 113 und N 3 zu § 130 ZPO).

Um der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO gerecht zu werden, wurden den Parteien Hinweise zur Erfüllung ihrer Substantiierungsobliegenheit erteilt

(Prot. S. 10 ff.). Insbesondere wurde die Klägerin darauf hingewiesen, sie habe darzutun, welche konkreten vertraglichen Pflichten die Beklagte durch welche konkreten Handlungen und Entscheidungen welcher Personen verletzt habe (Prot. S. 11). Damit wurde der richterlichen Fragepflicht Genüge getan. Sollten sich im Folgenden die Vorbringen der Parteien als nicht genügend substantiiert erweisen, so wäre alleine auf das mangelhafte Parteivorbringen abzustellen und anzunehmen, die betreffende Partei sei zur genügenden Substantiierung nicht imstande. Inwieweit dies vorliegend der Fall ist, ergibt sich aus den nachfolgenden Erwägungen.

### **3. Fristlose Auflösung des Vertrages**

#### **3.1. Anwendbares Recht und Qualifikation des Vertrages**

Die Parteien haben in Ziff. 18 Abs. 1 SRA (act. 3/4) die Geltung von Schweizer Recht vereinbart. Diese Vereinbarung ist gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG zulässig, so dass Schweizer Recht anzuwenden ist. Die Parteien sind sich überdies einig, dass das vorliegende Vertragsverhältnis basierend auf dem SRA und dessen Amendments 1 und 2 einen Agenturvertrag im Sinne von Art. 418a ff. OR darstellt (act. 1 S. 27; act. 7 S. 42). Zumal die Klägerin nicht auf eigene Rechnung und eigenes Risiko handelte, ist diese rechtliche Qualifikation zutreffend (vgl. BK-Gautschi, N 10a zu Art. 418a-418b; BSK OR I-Wettenschwiler, N 4 zu Art. 418a).

#### **3.2. Fristlose Auflösung**

Ist der Agenturvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen oder geht eine solche aus seinem Zweck hervor, so endigt er ohne Kündigung mit dem Ablauf dieser Zeit (Art. 418p Abs. 1 OR). Aus wichtigen Gründen kann sowohl der Auftraggeber als auch der Agent jederzeit den Vertrag auflösen, wobei die Bestimmungen über den Dienstvertrag (Art. 337 ff. OR) entsprechend anwendbar sind (Art. 418r OR). Dabei ist das Agenturverhältnis durch eine fristlose Kündigung des Vertrages auch dann als sofort beendet zu betrachten, wenn sich die fristlose Auflösung nachträglich als ungerechtfertigt erweist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_229/2010 vom 7. Oktober 2010 unter Hinweis auf BGE 125 III 14 E. 2a und BGE 120 II 243 E. 3b).

Nach Art. 418r in Verbindung mit Art. 337 Abs. 2 OR gilt als wichtiger Grund namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Durch den Kündigungsgrund muss das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart zerstört sein, dass ein Zusammenarbeiten nicht mehr möglich ist und die sofortige und fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses gemäss ihrem Ausnahmecharakter als einziger Ausweg erscheint (BK-Rehbinder, N 2 zu Art. 337; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N 3 zu Art. 337; ebenso BGE 116 II 142 und BGE 112 II 42). Dabei sind sämtliche für den Entscheid wesentliche Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Länge der ordentlichen Kündigungsfrist, die Stellung und Verantwortung des Agenten, die Art des Agenturvertrags und die Natur und Tragweite der Verfehlungen des Auftraggebers (BGE 116 II 145 und BGE 104 II 28).

Als wichtige Gründe für die fristlose Kündigung eines Agenturvertrages werden in der Literatur z.B. Untätigkeit, Tätlichkeiten, Ehrverletzungen, ungerechtfertigte Vorenthaltung oder unkorrekte Abrechnung der Provisionen aufgeführt. Nur eine gravierende Vertragsverletzung rechtfertigt die fristlose Vertragsauflösung ohne vorherige Abmahnung. In allen anderen Fällen darf der Vertrag erst aufgelöst werden, wenn die kündigende Partei alles ihr Zumutbare unternommen hat, um die Differenzen zwischen den Parteien zu bereinigen (BSK OR I-Wettenschwiler, N 4 f. zu Art. 418r). In Kenntnis eines wichtigen Grundes hat die Auflösung des Vertrages ohne Verzug zu erfolgen. Auf wichtige Gründe kann sich später nicht berufen, wer sich bereit erklärt hat, mit der Gegenpartei in Kenntnis solcher Gründe weiter zusammenzuarbeiten (BGE 99 II 310). Erfolgt die fristlose Kündigung nicht ohne Verzug, so kann nicht angenommen werden, die Fortführung des Vertrags sei für die kündigende Partei unzumutbar. Obwohl eine gewisse Überlegungsfrist zuzubilligen ist, wurde z.B. eine fristlose Kündigung des Auftraggebers erst einen Monat nach der Verarrestierung von Kundenguthaben durch den Agenten für verspätet gehalten (ZR 83 [1984] Nr. 2). Hingegen wurde eine Kündigung

innert sechs Tagen nach der Zeitungsmeldung von Betrugstatbeständen als rechtzeitig angesehen (BSK OR I-Wettenschwiler, N 3 zu Art. 418r).

### **3.3. Mutmassliche Vertragsverletzungen**

Die Klägerin macht eine Mehrzahl von mutmasslichen Vertragsverletzungen der Beklagten geltend und stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, diese hätten das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört, weshalb die Fortsetzung des Vertrages der Klägerin nicht mehr habe zugemutet werden können (act. 1 S. 11 ff., act. 22 S. 37 ff.). Die einzelnen behaupteten Vorwürfe sind im Folgenden zunächst daraufhin zu überprüfen, ob sie von der Klägerin substantiiert dargelegt wurden und ob sie geeignet sind, eine Verletzung des SRA zu begründen. Danach ist darauf einzugehen, ob die dargelegten Vertragsverletzungen der Beklagten allein oder in ihrer Gesamtheit die nötige Schwere erreichen, um einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung zu begründen, und ob die Klägerin alles ihr Zumutbare unternommen hat, um die Differenzen zwischen den Parteien zu bereinigen. Im Anschluss ist gegebenenfalls zu fragen, ob die fristlose Kündigung genügend angemahnt und rechtzeitig erfolgt ist.

#### **3.3.1. Z. \_\_\_\_\_ -Zigarettenprojekt**

3.3.1.1. Die Klägerin führt in der Klagebegründung aus, sie habe Ende 2007 erfahren, dass die Z. \_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe ein Zigaretten-Projekt plane. Am 21. Dezember 2007 habe die Beklagte zugegeben, dass B. \_\_\_\_\_ CC. \_\_\_\_\_ durch W. \_\_\_\_\_ [GmbH nach dem Recht des Staates CC. \_\_\_\_\_] (nachfolgend W. \_\_\_\_\_) über das Projekt informiert worden sei. Es habe sich herausgestellt, dass B. \_\_\_\_\_ CC. \_\_\_\_\_ anfangs Januar 2008 zur Z. \_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe gehen und das Projekt in Angriff habe nehmen wollen, ohne die Klägerin zu informieren (act. 1 S. 12 f.). Darauf habe die Klägerin die Beklagte mit Nachdruck auf die vertraglich vereinbarte Informationspflicht und das Exklusivvertretungsrecht hingewiesen. Sie habe die Beklagte aufgefordert, den Vertrag einzuhalten. Die Beklagte habe sich in der Folge bei der Klägerin entschuldigt und behauptet, voll und ganz hinter der Partnerschaft zu stehen und die geschäftlichen Beziehungen mit der Klägerin ausbauen zu wollen: B. \_\_\_\_\_ CC. \_\_\_\_\_ dürfe selbstverständlich keinen direkten Kundenkontakt eingehen und sie, die Beklagte, habe

W.\_\_\_\_\_ dahingehend informiert, dass diese keine Tabakaromastoffe in CC.\_\_\_\_\_ verkaufen dürfe. Aufgrund der langjährigen Zusammenarbeit habe die Klägerin diese Entschuldigung akzeptiert und auf die vertragsgemässe weitere Zusammenarbeit vertraut. Im Anschluss hätten sich Vertreter der Parteien am 29. Januar 2008 in C.\_\_\_\_\_ getroffen und erneut ihre Bereitschaft bekräftigt, weiterhin zusammenzuarbeiten und nach Möglichkeit das Geschäft auszuweiten (act. 1 S. 13 f.). Die Beklagte habe somit infolge des Einschreitens der Klägerin schliesslich auf die Durchführung des Projektes verzichtet. Dennoch sei der Vertrag mehrfach verletzt worden. Die in Ziff. 4 Abs. 3 SRA statuierte vertragliche Informationspflicht sowie das in Ziff. 4 Abs. 3 SRA verankerte Verbot, direkt oder indirekt Kontakt mit Kunden zu haben, seien missachtet worden. Darüber hinaus sei der Verkaufsversuch als ein Verstoss gegen das in Ziff. 3 SRA eingeräumte exklusive Vertretungsrecht zu betrachten (act. 1 S. 28).

In der Replik führt die Klägerin unter Hinweis auf den Text eines E-Mails von J.\_\_\_\_\_ an K.\_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2007 aus, die Beklagte und ihre lokalen Vertreter hätten beabsichtigt, mit der Z.\_\_\_\_\_ -Gruppe direkt in Kontakt zu treten, und dieses Treffen schon organisiert gehabt. Überdies weist die Klägerin darauf hin, die Beklagte habe das geplante Zigarettenprojekt der Z.\_\_\_\_\_ -Gruppe absichtlich der Klägerin verheimlicht. So habe L.\_\_\_\_\_ M.\_\_\_\_\_, beide zu diesem Zeitpunkt Mitarbeiter der Beklagten, bereits im Oktober/November 2007 anlässlich eines Treffens in ... über das Projekt informiert. Als M.\_\_\_\_\_ L.\_\_\_\_\_ explizit auf die Rechte der Klägerin hingewiesen habe, habe ihn Letzterer angewiesen, das Projekt unter keinen Umständen gegenüber der Klägerin zu erwähnen. Die Beklagte habe das Projekt nämlich über das Konkurrenzunternehmen der Klägerin N.\_\_\_\_\_ laufen lassen wollen (act. 22 S. 41, 82 f. und S. 95 f.).

**3.3.1.2.** Die Beklagte stellt sich dagegen auf den Standpunkt, dass im Zusammenhang mit dem erwähnten Projekt keine direkten oder indirekten Kontakte zwischen der Beklagten und dem Unternehmen der Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe (Z1.\_\_\_\_\_, nachfolgend Z1.\_\_\_\_\_) stattgefunden hätten, was die Klägerin auch nicht behauptete. Kontakte zwischen W.\_\_\_\_\_ und Z1.\_\_\_\_\_ seien aber nicht vom SRA erfasst, weshalb sie von vornherein keine Vertragsverletzung begründen könnten. Ebenso stelle es keine Verletzung dar, dass die Beklagte darum wusste,

dass Z1.\_\_\_\_\_ ein Zigarettenprojekt habe evaluieren wollen, und die Klägerin nicht sofort darüber informiert habe. Die Beklagte habe nie die Absicht gehabt, die Klägerin von diesem Projekt auszuschliessen, was sich aus der Korrespondenz zwischen den Parteien und dem internen E-Mailverkehr ergebe. Nur wenige Tage nach Kenntnis der Beklagten des Projektes sei sie von der Klägerin bereits kontaktiert worden. Nachdem sie sich am 8. Januar 2008 gegenüber der Klägerin erklärt habe, habe diese die Betreuung des Projektes übernommen. Seit Januar 2008 habe das Projekt auf keiner Seite mehr zu Diskussionen Anlass gegeben (act. 7 S. 19 f., act. 27 S. 23).

**3.3.1.3.** Die Klägerin behauptet nicht konkret, die Beklagte habe mit dem Unternehmen der Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe Z1.\_\_\_\_\_ direkten oder indirekten Kontakt gepflegt. Auch wird nicht dargelegt, die Beklagte habe mit diesem Geschäft abgewickelt. Die Vorwürfe der Klägerin, insbesondere auch die L.\_\_\_\_\_ in der Replik zur Last gelegten Verheimlichungsintentionen, beziehen sich lediglich auf von der Beklagten gehegte Absichten. Eine tatsächliche Verletzung des Kontaktverbotes in Ziff. 4 Abs. 3 SRA sowie des in Ziff. 3 SRA eingeräumten exklusiven Vertretungsrechts ist daraus allein jedoch noch nicht ersichtlich. Auch die in Ziff. 4 Abs. 3 SRA statuierte vertragliche Informationspflicht bezieht sich auf direkte Kontakte der Beklagten mit Kunden oder potentiellen Käufern, die vorliegend – soweit von der Klägerin konkret behauptet – nicht stattgefunden haben. Die behauptete Anberaumung eines Treffens mit der Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe für einen zukünftigen Zeitpunkt schliesst ferner nicht aus, dass die Beklagte die Klägerin vorgängig (von sich aus) noch darüber informiert oder bei Auftauchen allfälliger Bedenken von einem Treffen Abstand genommen hätte. Tatsächlich setzte die Beklagte – nach den klägerischen Ausführungen (act. 1 S. 13, act. 22 S. 95) – die Klägerin (allerdings auf deren Nachfrage hin) noch vor dem Durchführen eines Treffens darüber in Kenntnis. Zu einem Treffen kam es unstreitig in der Folge nicht. Ferner wurden keine konkreten Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Involvierung der Firma N.\_\_\_\_\_ behauptet. Eine Verletzung des SRA ergibt sich daher aus den Behauptungen, die Beklagte habe die genannten Absichten gehegt, noch nicht. Schliesslich wird eine vertragliche Pflicht der Beklagten, generell alle Informationen über mögliche Geschäfte oder Projekte – gleich wie sie in ihren Besitz

gelangt sein mögen – mit der Klägerin zu teilen, weder behauptet noch geht eine solche aus Ziff. 4 Abs. 3 SRA hervor.

Auch wenn in der von der Klägerin dargestellten blossen (Kontakt-)Absicht der Beklagten bereits eine Verletzung des Vertrages gesehen würde, so müsste diese gemessen an einer möglichen Verwirklichung und damit Manifestation einer solchen Absicht bedeutend geringfügiger als Letztere ins Gewicht fallen und würde offenkundig noch keine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages nach sich ziehen.

Zudem könnte das behauptete Verhalten der Beklagten aus der folgenden Überlegung nicht zur Begründung der fristlosen Kündigung herangezogen werden. Die Klägerin führt selber an, sie habe eine von der Beklagten geäusserte Entschuldigung über deren Vorgehen akzeptiert und auf die vertragsgemässe weitere Zusammenarbeit vertraut. Dies sei auch anlässlich eines Treffens am 29. Januar 2008 in C.\_\_\_\_\_ zwischen Vertretern der Parteien bekräftigt worden, wobei die gegenseitige Bereitschaft bekundet worden sei, eine Ausweitung der Geschäftstätigkeit anzustreben (act. 1 S. 13 f.). Ferner behauptet auch die Klägerin nicht, dass sich in Bezug auf das genannte Projekt weitere Ungereimtheiten ergeben hätten. Vor diesem Hintergrund ist keineswegs davon auszugehen, dass die Fortführung des Vertrages (allein) aufgrund des soeben dargestellten Vorfalls für die Klägerin unzumutbar gewesen sei (vgl. auch BGE 99 II 310). Dies ergibt sich ferner bereits aus der unbestrittenen faktischen Fortsetzung der Zusammenarbeit unter dem bestehenden Agenturvertrag bis zum 29. Juli 2008. Die erst in diesem Zeitpunkt ausgesprochene Kündigung wäre somit auch offensichtlich verspätet erfolgt.

### **3.3.2. Reputationsschädigung**

**3.3.2.1.** Die Klägerin bringt in ihrer Klagebegründung vor, das Unternehmen V.\_\_\_\_\_ [GmbH nach dem Recht des Staates CC.\_\_\_\_\_] (nachfolgend V.\_\_\_\_\_) habe sich mit dem Anliegen an sie gewandt, die Härte des Rauches von Wasserpfeifentabak zu reduzieren. Die Klägerin habe daraufhin hilfesuchend die Beklagte kontaktiert, die ihr mitgeteilt habe, dass für ein derart kleines Geschäft keine Entwicklungsarbeit geleistet werden könne. Danach habe die Klägerin V.\_\_\_\_\_

darüber informiert, dass kein Standardprodukt zur Lösung des Problems vorhanden sei. V.\_\_\_\_\_ habe sich darauf bei W.\_\_\_\_\_ über die abweisende Haltung der Klägerin beschwert und sei via W.\_\_\_\_\_ an die Beklagte gelangt. Diese habe dann gegenüber der Klägerin die Ansicht kundgetan, diese solle mit V.\_\_\_\_\_ arbeiten, damit W.\_\_\_\_\_ mit dieser Gesellschaft nicht weiter kooperiere. Die Beklagte würde die verlangten Produkte liefern. Dieses inkonsequente und widersprüchliche Verhalten der Beklagten habe den Ruf der Klägerin als verantwortungsbewusste Verkaufsagentin auf dem mittels persönlicher Bindungen funktionierenden Markt stark beschädigt. Es sei für diese kaum mehr möglich, glaubwürdig als Vertreterin für Tabakaromastoffe der Beklagte gegenüber Kunden aufzutreten. Die Beklagte habe durch ihr Verhalten direkt gegen die in Ziff. 4 Abs. 3 SRA verankerte Pflicht verstossen, die Reputation und die Geschäftsbeziehungen der Klägerin bei ihrer Tätigkeit mit Sorgfalt zu behandeln (act. 1 S. 18 f. und S. 29).

In der Replik präzisiert die Klägerin, die Beklagte habe betreffend die Unterstützung von V.\_\_\_\_\_ insgesamt dreimal ihre Meinung geändert. Nachdem sie die Klägerin zunächst angewiesen habe, nicht mit V.\_\_\_\_\_ zusammenzuarbeiten, und dann auf Bestreben von W.\_\_\_\_\_ am 2. Juli 2008 ihre Meinung geändert habe, habe sie die Klägerin am 8. Juli 2008 doch wieder zum Unterlassen der Zusammenarbeit aufgefordert, bevor es am 16. Juli 2008 erneut zu einem Meinungsumschwung gekommen sei. Das widersprüchliche Verhalten der Beklagten habe dazu geführt, dass es auch aus Sicht der Kunden auf dem ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] offenbar mehr bringe, wenn man sich hinter dem Rücken der Exklusivvertreterin bei im Verdeckten agierenden Konkurrentinnen beschwere als direkt bei dieser (act. 22 S. 48 ff. und S. 56). Überdies sei durch die genannten Vorgänge der Ruf der Klägerin gleichzeitig auch beim Top-Management der Beklagten selbst schwer geschädigt worden. So habe sich die regionale Verkaufsleiterin der Beklagten, J.\_\_\_\_\_, auf das Schwerste über das angebliche Untätigbleiben der Klägerin beschwert und eine Kopie des E-Mails dem Direktor für die Region Europa, O.\_\_\_\_\_, zukommen lassen. Dabei habe sie so getan, als ob ihr ihre eigenen Entscheidungen und die entsprechend klaren Anweisungen an die Klägerin nicht bekannt gewesen wären. Dadurch sei die Klägerin bewusst falsch be-

schuldigt worden, ihre Vertragspflichten zu verletzen. Der über Jahre erarbeitete Ruf der Klägerin und deren Geschäftsführers, K.\_\_\_\_\_, sei durch das Verhalten der Beklagten sowohl auf dem ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] als auch bei der oberen Führung der Beklagten innerhalb von wenigen Tagen zunichte gemacht worden (act. 22 S. 49 f.). Schliesslich habe die Beklagte den Ruf der Klägerin erneut beschädigt, indem J.\_\_\_\_\_ sich fortlaufend über die Klägerin beschwert und behauptet habe, diese habe im Geschäft mit Wasserpfeifentabak keine genügend aktive Rolle gespielt. Dies obwohl sich die Klägerin bereits seit dem Jahr 2004 bemüht habe, Aromastoffe für das Wasserpfeifengeschäft zu verkaufen (act. 22 S. 53).

**3.3.2.2.** In der Klageantwort anerkennt die Beklagte, dass sie einer ersten Anfrage von V.\_\_\_\_\_ nicht nachgegangen sei. Sie begründet dies damit, dass sie kein Standardprodukt geführt habe, welches zur Milderung der Härte des Wasserpfeifenrauchs geeignet gewesen sei. Ausserdem habe sich nach einer ersten Analyse gezeigt, dass eine Lösung nicht auf der Hand liege und umfangreichere Testreihen nötig gewesen wären. Die notwendige Entwicklungsarbeit wäre aus kommerzieller Sicht nicht gerechtfertigt gewesen. Darüber hinaus weist die Beklagte darauf hin, sie habe bei der Behandlung der Anfrage von V.\_\_\_\_\_ nicht jegliche Hilfe verweigert. Die von ihr vertretene (anfängliche) Position, nicht mit V.\_\_\_\_\_ zusammen zu arbeiten, habe sie jeweils begründet und die Klägerin habe sich nie unzufrieden mit der Haltung der Beklagten gezeigt. Die Anfrage von V.\_\_\_\_\_, die dann über W.\_\_\_\_\_ an die Beklagte gelangt sei, habe sie an die Klägerin weitergeleitet, welche wiederum gegenüber der Beklagten Druck gemacht habe, ihre Haltung gegenüber V.\_\_\_\_\_ zu überprüfen. Die Beklagte habe sich schliesslich entschlossen, mit V.\_\_\_\_\_ zusammenzuarbeiten, weil sie die Stellung der Klägerin, insbesondere gegenüber W.\_\_\_\_\_, habe stärken wollen (act. 7 S. 25 ff.). Die Beklagte bringt in der Duplik vor, sie habe durch die Weiterleitung der Anfrage von V.\_\_\_\_\_ an die Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass diese die dafür zuständige Person sei. Zudem habe die Beklagte am 16. Juli 2008 noch gar keine endgültige Ansicht kommuniziert, weder an die Klägerin noch an V.\_\_\_\_\_ oder sonstige Dritte. Der bei den Akten liegende E-Mailverkehr zeige vielmehr, dass

die Beklagte die Klägerin über den Entscheidungsprozess offen informiert und sie um ihre Meinung gebeten habe (act. 27 S. 26 und 29).

**3.3.2.3.** Eine Schädigung des Rufes im Geschäftsverkehr kann in Anlehnung an lauterkeitsrechtliche Definitionen allgemein umschrieben werden als Herabsetzung der persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse oder der Leistungen eines Marktteilnehmers (vgl. Baudenbacher/Glöckner in: Baudenbacher, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel/Genf/München 2001, N 6 ff. zu Art. 3 lit. a UWG).

Es ist nicht nachvollziehbar, auf welche Weise die von der Klägerin angeführten Verhaltensweisen der Beklagten eine Rufschädigung im Sinne von Ziff. 4 Abs. 3 SRA darstellen sollen. Eine Schädigung des Rufes der Klägerin als Teilnehmerin auf dem ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] setzt begriffsnotwendig voraus, dass die den Ruf (mutmasslich) beeinträchtigenden Behauptungen zumindest einem anderen Marktteilnehmer bekannt werden. Die Klägerin macht nun geltend, dass ihr Ruf auf dem ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] durch Äusserungen gegenüber der Marktteilnehmerin V.\_\_\_\_\_ beschädigt worden sei. Daher kann für die Beantwortung der Frage nach der Rufschädigung aber auch lediglich entscheidend sein, welche Verhaltensweisen der Beklagten sich gegenüber V.\_\_\_\_\_ offenbart haben. Selbst wenn die Beklagte gegenüber der Klägerin in der internen Korrespondenz verschiedene Meinungsänderungen vollzogen haben sollte – wie die klägerische Seite behauptet – so sind diese solange als unbeachtlich einzustufen, als nicht behauptet wird, diese seien nach aussen gedrungen. Solches behauptet die Klägerin lediglich unter Geltendmachung des Sachverhaltes, sie habe auf Geheiss der Beklagten die Anfrage von V.\_\_\_\_\_ dieser gegenüber zunächst negativ und nach dem Vorschalten von W.\_\_\_\_\_ positiv beantworten müssen (act. 1 S. 18 f., act. 22 S. 48 f.).

Zunächst ist zu dieser Behauptung zu bemerken, dass die Klägerin nicht ausreichend substantiiert, wann die positive Antwort gegenüber V.\_\_\_\_\_ kommuniziert worden sei bzw. diese vom geltend gemachten Meinungsumschwung erfahren haben soll (vgl. act. 1 S. 17 ff., act. 22 S. 48 ff., S. 56 und S. 102 ff.). Der Zeitpunkt der Kenntnis kann jedoch durchaus von Bedeutung sein, da sich der mass-

gebliche E-Mailverkehr zwischen den Parteien Anfang Juli 2008 zugetragen haben soll und die Kündigung bereits am 29. Juli 2008 erfolgte. Es kann sich somit die Frage stellen, ob sich eine allfällige Rufschädigung überhaupt vor der Vertragsauflösung verwirklicht hat, was erforderlich ist, um einen (wichtigen) Grund für die Kündigung darstellen zu können. Auch die Beklagte wies die Klägerin an verschiedenen Orten auf die fehlende Substantiierung in diesem Punkt hin (act. 7 S. 27 Rz 88 und S. 44 Rz 158). Ferner wurde sie mit instruktionsrichterlichen Verfügung vom 6. Oktober 2009 zur konkreten Substantiierung der geltend gemachten Vertragsverletzungen angehalten (Prot. S. 10 ff.). Allein schon aus diesem Grunde kann die behauptete Reputationsschädigung gegenüber V.\_\_\_\_\_ nicht als Grund für die fristlose Kündigung der Klägerin dienen.

Ungeachtet dessen ist aber die unterschiedliche Antwort der Klägerin für sich genommen nicht geeignet, den Ruf der Klägerin als verantwortungsbewusste Agentin herabzusetzen, mag sie auch auf Seiten von V.\_\_\_\_\_ mit Verwunderung aufgenommen worden sein. Zum einen lautete gemäss Klageschrift die Begründung der (vorläufigen) Absage gegenüber V.\_\_\_\_\_ lediglich, es sei kein Standardprodukt zur Lösung des Problems vorhanden, was die Möglichkeit für andere Lösungen offenhielt. Zum anderen ist zu bemerken, dass nach der unbestrittenen Natur des Vertragsverhältnisses die Entscheidung über den allfälligen Verkauf von Aromastoffen und damit auch das Zurückkommen auf einen solchen Entscheid bei der Beklagten verblieb. Weshalb nach aussen allein die Klägerin für einen solchen Entscheid bzw. Entscheidwechsel verantwortlich wirken sollte und nicht vielmehr die Beklagte, ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht dargelegt. Vor allem aber wurde – selbst gemäss klägerischer Sachdarstellung – die via W.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten vorstellig werdende V.\_\_\_\_\_ umgehend wieder an die Klägerin verwiesen, worauf dann unter deren Einbezug eine Lösung gefunden werden konnte (act. 1 S. 18, act. 22 S. 48). Es ist – in Ermangelung entsprechender Behauptungen – auch nicht davon auszugehen, dass die internen Positionen der Parteien in dieser Frage V.\_\_\_\_\_ bekannt geworden sind.

Weshalb also V.\_\_\_\_\_ nach den vorgebrachten Behauptungen der Klägerin den Eindruck gewonnen haben sollte, bei der Klägerin handle es sich um keine verantwortungsbewusste Agentin der Beklagten, bleibt somit unklar, auch wenn man

mit der Klägerin davon ausgeht, der ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] funktioniere mittels persönlicher Bindungen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass mangels entsprechender Behauptungen der Klägerin auch nicht anzunehmen ist, die Klägerin habe die Beklagte in der unstreitig diesbezüglich geführten gegenseitigen Korrespondenz auf eine allenfalls von ihr als rufschädigend empfundene Wirkung des in Aussicht stehenden Verhaltens der Beklagten hingewiesen. Da das der Beklagten zur Last gelegte Verhalten – wie bereits ausgeführt – nicht als rufschädigend zu qualifizieren ist, kann der Beklagten daraus auch aus diesem Grund kein Vorwurf gemacht werden.

Ein zweiter Aspekt der geltend gemachten Reputationsschädigung betrifft eine (mutmassliche) Beeinträchtigung des Rufes der Klägerin beim Top-Management der Beklagten. Zunächst erscheint es als äusserst fraglich, ob diese gemäss klägerischer Sachdarstellung lediglich intern geäusserte Behauptung überhaupt vom Gebot des Ziff. 4 Abs. 3 SRA erfasst wird, da dieses sich – zumindest gemäss Wortlaut – auf direkte Kontakte zu Kunden oder potentiellen Käufern bezieht und sich daher auch auf den Ruf diesen gegenüber zu beschränken scheint. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben. Die blosser Behauptung, die Klägerin sei hinsichtlich der Kontaktaufnahme zu V.\_\_\_\_ (bislang) untätig geblieben, stellt für sich genommen noch keine Herabsetzung der Reputation der Klägerin dar. Es handelt sich vielmehr um eine allenfalls in der Tat unberechtigte, jedoch sachlich geäusserte Kritik an deren Verhalten. Eine solche intern vorgenommene Äusserung hinsichtlich eines konkreten geschäftlichen Anliegens, wobei der genannte Direktor für die Region Europa der Beklagten lediglich zur Kenntnisnahme einkopiert wurde ("cc"), muss der Beklagten im Hinblick auf die andauernde Geschäftsbeziehung unter dem SRA möglich sein. Überdies ist aus einem rein praktischen Gesichtspunkt zu fragen, auf welche Weise ansonsten eine Willensbildung innerhalb der Beklagten erfolgen sollte, wenn es einer Angestellten verwehrt wäre, gegenüber ihrem Vorgesetzten ihre – allenfalls auch unberechtigte – Unzufriedenheit mit einer externen Vertragspartei kundzutun. Das gleiche gilt auch für den weiter geltend gemachten Sachverhalt, J.\_\_\_\_ habe der Klägerin vorgeworfen, im Geschäft mit Wasserpfeifentabak keine genügend aktive Rolle wahrgenommen zu haben. Der Vorwurf, die Beklagte habe den Ruf der Klägerin mit den vorge-

brachten Verhaltensweisen innerhalb der Beklagten geschädigt, geht somit ins Leere.

Jedoch selbst wenn der klägerischen Argumentation gefolgt und davon ausgegangen würde, es handle sich bei den geltend gemachten Verhaltensweisen der Beklagten um Beeinträchtigungen des Rufes der Klägerin (sowohl gegenüber V.\_\_\_\_\_ als auch innerhalb der Beklagten), so würden diese bei Weitem nicht die erforderliche Schwere erreichen, um gestützt darauf den bestehenden Agenturvertrag fristlos aufzulösen. Dabei ist in Betracht zu ziehen, dass es sich bei der behaupteten Rufschädigung bezüglich V.\_\_\_\_\_ um lediglich eine Anfrage eines kleineren Kunden betreffend das Wasserpfeifengeschäft (vgl. nachfolgend Ziff. 3.3.6.3.c und Ziff. 3.3.6.4.) handelte und beim Geschehen innerhalb der Beklagten um zwei E-Mails mit dem Vorwurf der Untätigkeit gegenüber desselben Unternehmens V.\_\_\_\_\_ sowie der Anregung zur stärkeren Aktivität ebenso betreffend das nicht ausschlaggebende Wasserpfeifengeschäft. Überdies ist es keineswegs ungewöhnlich, dass sich bei einem Dauerschuldverhältnis Meinungsverschiedenheiten der soeben ausgeführten Art ergeben. Dies berechtigt jedoch nicht ohne Weiteres zur fristlosen Kündigung. Vor dem Hintergrund der dafür geforderten Unzumutbarkeit der Fortführung des Vertrages ist den Vertragsparteien abzuverlangen, nach Möglichkeit den Dialog zu suchen und bestehende Differenzen auf diese Weise zu bereinigen zu versuchen (vgl. auch unten Ziff. 3.3.9.5.). Solches ist betreffend die geltend gemachte Rufschädigung von Seiten der Klägerin her weder behauptet noch ersichtlich (act. 1 S. 17 ff., act. 22 S. 48 f., 53 und 56). Die Fortführung des Agenturvertrages war daher – auch unter Annahme eines rufschädigenden Charakters der behaupteten Äusserungen – nicht unzumutbar.

### **3.3.3. Abwerbung H.\_\_\_\_\_**

**3.3.3.1.** Die Klägerin macht in der Klagebegründung im Weiteren geltend, sie habe Mitte Juli 2008 erfahren, dass W.\_\_\_\_\_ im Herbst 2007 und im Verlaufe des Jahres 2008 mit konkludenter Unterstützung der Beklagten mehrfach ihren wichtigsten Kunden, H.\_\_\_\_\_, angegangen sei. Über W.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte das Gespräch mit H.\_\_\_\_\_ bezüglich des Verkaufs von Aromastoffen der Beklagten

für Zigaretten und andere Projekte gesucht, wobei die Abwerbungsversuche jedoch erfolglos geblieben seien (act. 1 S. 21). In der Replik liess die Klägerin ausführen, sie habe am 14. Juli 2008 von P.\_\_\_\_\_, der Stellvertretenden Direktorin von H.\_\_\_\_\_, in Erfahrung gebracht, dass W.\_\_\_\_\_ bereits im Herbst 2007 an H.\_\_\_\_\_ herangetreten sei und Tabakaromastoffe der Beklagten angeboten habe. Diese Versuche seien anscheinend im ersten Halbjahr 2008 fortgesetzt und das Exklusivvertretungsrecht der Klägerin dadurch verletzt worden. Nach Kenntnis der Sachlage habe sich die Klägerin umgehend bei der Beklagten gemeldet (act. 22 S. 55 f.).

**3.3.3.2.** In der Klageantwort weist die Beklagte darauf hin, die Klägerin habe es unterlassen, ihre Behauptungen in irgendeiner Weise zu substantiieren. Die Beklagte wisse nichts davon, dass W.\_\_\_\_\_ versucht habe, H.\_\_\_\_\_ von der Klägerin abzuwerben. Auch habe die Beklagte solche (bestrittenen) Versuche von W.\_\_\_\_\_ nicht konkludent unterstützt (act. 7 S. 28 f.). Duplikando betont die Beklagte, dass keine Vertragsverletzung von ihrer Seite vorliegen würde, selbst wenn die Klägerin Abwerbungsversuche von W.\_\_\_\_\_ nachweisen könnte, da ein allfälliges Verhalten von W.\_\_\_\_\_ der Beklagten nicht zugerechnet werden könne. W.\_\_\_\_\_ sei auch keine "affiliate" der Beklagten im Sinne von Ziff. 3 Abs. 3 SRA (act. 27 S. 28).

**3.3.3.3.** Bei dem Unternehmen W.\_\_\_\_\_ handelt es sich nach unbestrittener Sachdarstellung um eine im Verhältnis zur Beklagten eigenständigen Gesellschaft, die – in ähnlicher Weise wie auch die Klägerin – auf dem ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] als Verkaufsagentin oder als Vertreiberin für Aromastoffe fungierte (act. 1 S. 12 f., act. 3/16, act. 7 S. 15 f.). Es wird zwar von der Klägerin die Vermutung in den Raum gestellt, eine Vertreiberin wie W.\_\_\_\_\_, die zur Beklagten in einem starken Abhängigkeitsverhältnis stehe, würde niemals entgegen deren Ansichten handeln, um ihre eigenen Geschäftsbeziehungen nicht zu gefährden (vgl. act. 1 S. 19). Dass W.\_\_\_\_\_ der Beklagten gegenüber jedoch rechtlich oder faktisch weisungsgebunden gewesen sei, wird von der Klägerin in keiner Weise substantiiert dargelegt. Auch allfällige Vertragsverletzungen der Beklagten selber führen nicht automatisch zu einer Zurechnung des Verhaltens von W.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 22 S. 93 Rz 243), sondern sind vielmehr gesondert zu beurtei-

len. Im Übrigen ist W.\_\_\_\_\_ tatsächlich keine "affiliate" der Beklagten, was auch seitens der Klägerin nicht behauptet wird. Das (allfällige) Verhalten von W.\_\_\_\_\_ kann daher der Beklagten nicht ohne Weiteres angerechnet werden.

Die Klägerin, die in der Klageschrift noch anführte, die Abwerbungsversuche von W.\_\_\_\_\_ seien "mit konkludenter Unterstützung der Beklagten" erfolgt bzw. die Beklagte hätte "mit H.\_\_\_\_\_ das Gespräch ... gesucht" (act. 1 S. 21), versäumte es in der Folge, ihre pauschalen Behauptungen betreffend das Verhalten der Beklagten zu substantiieren; dies trotz der ausdrücklichen Hinweise sowohl der Beklagten in der Klageantwort (act. 7 S. 28 f. Rz 93) als auch des Handelsgerichts in Dispositivziffer 3 der instruktionsrichterlichen Verfügung vom 6. Oktober 2009 (Prot. S. 10 f.). So bleibt nach wie vor gänzlich im Dunkeln, wann genau, von wem, welche konkreten Abwerbungsversuche seitens der Beklagten erfolgt sein sollen und – im Falle des Tätigwerdens von W.\_\_\_\_\_ – auf welche Weise durch welche konkreten Handlungen die Beklagte dieses unterstützt oder eine entsprechende Weisung erteilt haben soll. Die Klägerin kann daher nichts aus den geltend gemachten Abwerbungsversuchen von H.\_\_\_\_\_ für sich ableiten.

#### **3.3.4. Informationspflichtverletzung (V.\_\_\_\_\_)**

**3.3.4.1.** Die Klägerin bringt diesbezüglich zusammengefasst vor, die Beklagte habe sie am 22. Februar 2008 darüber informiert, dass über W.\_\_\_\_\_ Mitte Februar 2008 ein Wasserpfeifenprojekt an sie herangetragen worden sei. Die Information der Klägerin sei gemäss Beklagter erst nach einer gewissen Zeit erfolgt, weil es sich – im Gegensatz zu "poor tobacco projects" – um ein "tobacco related project" handle, welches angeblich nicht unter den Vertrag falle. Nach einer umgehenden Intervention der Klägerin habe die Beklagte eine derartige Differenzierung als falsch anerkannt und festgehalten, dass Wasserpfeifenprojekte stets unter den Vertrag fielen und deshalb von der Klägerin in CC.\_\_\_\_\_ ausschliesslich bewirtschaftet werden sollten. Nachdem die Beklagte der Klägerin am 20. März 2008 die Verkäufe von Tabakaromastoffen in den Jahren 2007 und 2008 habe gestehen müssen, habe die Klägerin weitere Erklärungen verlangt, welche die Beklagte aber verweigert habe (act. 1 S. 14 f.). Am 8. Juli 2008 habe sich herausgestellt, dass die Beklagte bereits am 14. Februar 2008 das V.\_\_\_\_\_ -Projekt initiiert habe,

obwohl die Klägerin erst am 22. Februar 2008 über das Projekt "on a no name basis" informiert worden sei. Sogar auf Nachfrage hin sei damals der Name des potentiellen Kunden der Klägerin nicht mitgeteilt worden. Die Beklagte habe das Projekt bereits in Angriff genommen und dem Kunden am 14. Februar 2008 Muster übergeben gehabt. Dabei sei es entscheidend für einen exklusiven Vertriebs-träger, vom ersten Tag an gegenüber den Kunden als solcher aufzutreten, zumal die Entlohnung der Klägerin auch vom Umfang der Mitarbeit bei der Produktentwicklung abhängig gewesen sei. Das V.\_\_\_\_\_-Projekt sei entgegen der Behauptung der Beklagten zur Vollständigkeit der Auskunft in ihrem E-Mail vom 20. März 2008 nicht offengelegt worden. Dort seien nur die Verkäufe an die Firma Q.\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_ angegeben gewesen (act. 22 S. 52 f.).

**3.3.4.2.** Die Beklagte anerkennt in der Klageantwort, die Klägerin erst am 22. Februar 2008 über das Wasserpfeifenprojekt von V.\_\_\_\_ informiert zu haben. Sie habe allerdings selber erst eine Woche vorher Kenntnis davon erhalten, weshalb auch keine Rede davon sein könne, sie hätte die Klägerin zu spät informiert. Zudem habe die Beklagte die Klägerin von sich aus über das fragliche Projekt in Kenntnis gesetzt und diese explizit darum gebeten, ihr Interesse am Projekt anzumelden. Die in Bezug auf den Anwendungsbereich des SRA entstandene Unklarheit sei innert Stunden zugunsten der Klägerin beseitigt worden, weshalb auch keine erneute Intervention der Klägerin nötig gewesen sei (act. 7 S. 20 f.).

**3.3.4.3.** Anerkanntermassen erfolgte die relevante Information der Klägerin erst am 22. Februar 2008, obwohl das Projekt von V.\_\_\_\_ seit Mitte Februar 2008 ein Thema bei der Beklagten war. Gemäss Ziff. 4 Abs. 3 SRA war es der lokalen Vertretung der Beklagten untersagt, auf direktem oder indirektem Weg mit Kunden für die vom SRA erfassten Produkte Kontakt zu haben, was die Beklagte auch nicht bestreitet (vgl. act. 7 S. 8 und 17 f.). Während die Beklagte ausführt, das Projekt sei von W.\_\_\_\_ an sie herangetragen worden, behauptet die Klägerin, die Beklagte habe das Projekt initiiert und dem Kunden bereits am 14. Februar 2008 Muster übergeben (act. 22 S. 52). Diese Behauptung substantiiert sie jedoch in keiner Weise in ihren Rechtsschriften. So bleibt vor allem unklar, durch welche Verhaltensweise die Beklagte das Projekt initiiert haben soll. Im Weiteren wird nicht konkret ausgeführt, welche Muster bzw. wessen Muster von

wem übergeben worden sein sollen. Überdies lässt sich auch aus dem in diesem Zusammenhang als Beweisofferte aufgeführten E-Mail von W.\_\_\_\_\_ an die Klägerin vom 8. Juli 2008, in welchem lediglich die Rede davon ist, dass W.\_\_\_\_\_ und nicht die Beklagte am 14. Februar 2008 Muster aus dem eigenen Lager an V.\_\_\_\_\_ verschickte habe, keine Behauptung eines konkreten Tätigwerdens der Beklagten entnehmen. Der weitere Vorwurf, die Beklagte habe der Klägerin sogar auf Nachfrage hin den Namen des potentiellen Kunden nicht mitgeteilt (act. 22 S. 52), erweist sich ebenso als nicht substantiiert, wird doch nicht konkret dargelegt, wann, von wem und an wen diese Nachfrage gerichtet worden sei. Dieses ergibt sich ferner auch nicht aus den beiden E-Mails von K.\_\_\_\_\_, welche in diesem Zusammenhang in Klammern pauschal aufgeführt sind, ist doch in keinem der beiden von einer Nachfrage bezüglich des Namens des Kunden die Rede (vgl. ferner die noch in act. 1 S. 14 Rz 25 gemachten Ausführungen der Klägerin). Auch die pauschale Behauptung, die Klägerin habe weitere Erklärungen verlangt, welche die Beklagte aber verweigert habe (act. 1 S. 15 Rz 28 sowie act. 22 S. 53 Rz 126 zweitletzter Satz), wurde nicht ausreichend substantiiert und eine diesbezügliche konkrete Behauptung, namentlich welche weiteren Erklärungen verlangt und in welcher Form diese verweigert worden seien, ergibt sich auch nicht aus den in diesem Zusammenhang genannten E-Mails von K.\_\_\_\_\_ (act. 3/24 und 3/30). Schliesslich gilt dies auch für den Vorwurf, das V.\_\_\_\_\_ -Projekt bzw. alle vertragswidrigen Verkäufe seien entgegen der Behauptung der Beklagten zur Vollständigkeit der Auskunft nicht in ihrem E-Mail vom 20. März 2008 offengelegt worden (act. 22 S. 52 f. Rz 125 f.). Diesbezüglich wird nicht dargelegt, wer in welcher Form die Behauptung aufgestellt habe, die im E-Mail vom 20. März 2008 erteilte Auskunft beanspruche Vollständigkeit.

Geht man allerdings aufgrund der unzureichenden Behauptungen der Klägerin betreffend Initiierung durch die Beklagte mit Letzterer davon aus, dass das Projekt von aussen an sie herangetragen wurde, so stellt sich gleichwohl die Frage, ob durch die anerkannte nicht sofortige Weiterleitung der erhaltenen Informationen Ziff. 4 Abs. 3 SRA verletzt wurde. Wird eine Angestellte der Beklagten aber mit einer Anfrage konfrontiert, muss für sie grundsätzlich die Möglichkeit bestehen, allenfalls auch unter Rücksprache mit den internen Vorgesetzten zu überprüfen, ob

ein an sie herangetragenem Projekt überhaupt ein vom Anwendungsbereich des SRA erfasstes Produkt betrifft und damit unter den Vertrag fällt. Dafür ist der Beklagten ein angemessener Zeitraum einzuräumen, der vorliegend gewahrt wurde, zumal von klägerischer Seite auch nicht geltend gemacht wird, die Beklagte habe in der Zwischenzeit weitere Aktivitäten betreffend das relevante Projekt vorgenommen bzw. dieses ohne Einbezug der Klägerin weiter vorangetrieben.

Selbst wenn jedoch die dargestellte (geringfügige) Verzögerung des Einbezuges der Klägerin als Verletzung des bestehenden Agreements betrachtet würde, könnte diese Verzögerung die fristlose Auflösung des Agenturvertrages nicht rechtfertigen. Von der Klägerin wird nicht geltend gemacht, sie habe in zeitlicher Nähe zur Mitteilung der Beklagten vom 22. Februar 2008 die Kündigung ausgesprochen oder eine solche in Aussicht gestellt. Zwar wurde von der Beklagten nicht bestritten, dass sie von der Klägerin aufgefordert worden sei, ihre Pflichten zu beachten und am Vertrag festzuhalten (act. 1 S. 15 Rz 28, act. 7 S. 20 ff.), jedoch stellt dies noch keine Kündigungsandrohung dar. Durch das Abwarten mit der Kündigung bis zum 29. Juli 2008 zeigte die Klägerin, dass ihr die Fortsetzung des Vertrages trotz der geltend gemachten Informationspflichtverletzung im Zusammenhang mit dem V.\_\_\_\_-Projekt (für sich genommen) offenbar zumutbar gewesen ist. Dabei ist erneut darauf hinzuweisen, dass sich die Behauptung der Klägerin, sie habe erst am 8. Juli 2008 von einer Initiierung des Projektes durch die Beklagte erfahren, als nicht genügend substantiiert erwiesen hat. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der behaupteten Informationspflichtverletzung in Verbindung mit dem V.\_\_\_\_-Projekt auch aufgrund der geringen wirtschaftlichen Bedeutung des Projektes – worauf noch einzugehen sein wird (siehe nachfolgend Ziff. 3.3.6.3.c und Ziff. 3.3.6.4.) – die für eine fristlose Kündigung erforderliche Schwere abgeht.

### **3.3.5. Absicht der Beklagten, W. \_\_\_\_\_ solle eigene Vorräte verkaufen**

**3.3.5.1.** Die Klägerin führt im Weiteren an, am 8. Juli 2008 habe sich herausgestellt, dass die Beklagte beabsichtigt habe, W.\_\_\_\_ solle alle eigenen Vorräte verkaufen, bevor die Klägerin exklusive Agentin für den Verkauf von Aromastoffen für Wasserpfeifen würde, obwohl sie gemäss Vertrag seit mehr als zehn Jahren

dafür zuständig gewesen sei. Der Klägerin sei am selben Tag von der Beklagten auch per E-Mail kommuniziert worden, sie solle das Geschäft mit V. \_\_\_\_\_ in Ruhe lassen (act. 1 S. 16, act. 22 S. 54). Die Beklagte sei im Juni 2008 immer noch davon ausgegangen, dass die Klägerin erst nach dem Verkauf aller Vorräte durch W. \_\_\_\_\_ Agentin für das Wasserpfeifengeschäft werden solle, was sich aus einem E-Mail der Mitarbeiterin der Beklagten J. \_\_\_\_\_ an L. \_\_\_\_\_ vom 24. Juni 2008 ergebe (act. 22 S. 93 Rz 244).

**3.3.5.2.** Die Beklagte macht dagegen geltend, die allfällige Tätigkeit von W. \_\_\_\_\_ bzw. deren Mitarbeitern könnten von vornherein keine Verletzung des SRA begründen. Es sei nämlich nicht einzusehen, wieso das Verhalten von W. \_\_\_\_\_ der Beklagten zuzuordnen sein solle. Auch die Klägerin biete keine Erklärung dafür. Vielmehr bestätige das SRA selber das Gegenteil, indem in Ziff. 3 explizit vereinbart worden sei, dass die Beklagte lediglich für allfällige Vertragsverletzungen ihrer Tochtergesellschaften ("affiliates") einzustehen habe, um welche es sich bei W. \_\_\_\_\_ gerade nicht handle (act. 7 S. 16). Im Weiteren sei aus dem von der Klägerin angerufenen E-Mail vom 8. Juli 2008 (act. 23/24) keine Verletzung des Exklusivitätsrechts zu erblicken, habe doch der das E-Mail verfassende L. \_\_\_\_\_ K. \_\_\_\_\_ nach seiner Meinung gefragt und lediglich seine Einschätzung abgegeben, er würde von einem Geschäft mit V. \_\_\_\_\_ Abstand nehmen. Der Inhalt des von der Klägerin herangezogenen Dokumentes spreche für sich (act. 27 S. 28 Rz 92).

**3.3.5.3.** Die klägerische Behauptung, die Beklagte habe beabsichtigt, W. \_\_\_\_\_ solle alle eigenen Vorräte verkaufen, wird von der Klägerin damit konkretisiert, J. \_\_\_\_\_ habe im E-Mail vom 24. Juni 2008 unter anderem festgehalten: "What means that W. \_\_\_\_\_ should sell all quantities which are currently on stock for this type of application ..." (act. 22 S. 94), sowie mit der Äusserung von L. \_\_\_\_\_ im E-Mail vom 8. Juli 2008 "let's stay away and don't care what fruit flavours W. \_\_\_\_\_ sells to V. \_\_\_\_\_" (act. 1 S. 16, act. 22 S. 54). Es erscheint zumindest als äusserst zweifelhaft, ob ein interner Vorschlag einer Mitarbeiterin an den zuständigen Teamleader überhaupt mit der Absicht der Beklagten gleichgesetzt werden kann. Hinsichtlich des von L. \_\_\_\_\_ zitierten Satzes bleibt ferner offen, ob dem zweiten Satzteil der behauptete Sinn beigemessen werden kann und ob genügend konk-

ret aus dieser Behauptung hervorgeht, auf welche Vorräte und welche Verkäufe sich die Absicht der Beklagten bezogen habe.

Diese Fragen können allerdings dahingestellt bleiben, da eine entsprechende Absicht eines Verhaltens von W.\_\_\_\_\_ ohnehin noch keine Verletzung des Vertrages darstellen würde. Zunächst können die Handlungen von W.\_\_\_\_\_ der Beklagten nicht ohne Weiteres angerechnet werden. Bei W.\_\_\_\_\_ handelt es sich – wie bereits unter Ziff. 3.3.3.3. ausgeführt – um ein im Verhältnis zur Beklagten eigenständiges Unternehmen und von der Klägerin wurde dessen pauschal behauptete Weisungsgebundenheit gegenüber der Beklagten nicht substantiiert dargelegt. Dabei ist die Klägerin auch darauf hinzuweisen, dass allfällige Vertragsverletzungen der Beklagten wie beispielsweise Verkäufe von Aromastoffen nicht automatisch zu einer Zurechnung des Verhaltens von W.\_\_\_\_\_ führen (vgl. act. 22 S. 93 Rz 243), sondern vielmehr gesondert zu beurteilen sind. Die Beklagte kann demzufolge grundsätzlich nicht für Verkäufe von W.\_\_\_\_\_ aus deren eigenem Lager verantwortlich gemacht werden. Demzufolge kann auch die geltend gemachte bloße Absicht der Beklagten, W.\_\_\_\_\_ solle sich in einer bestimmten Weise verhalten, selber noch keine Vertragsverletzung darstellen. Anders verhielte es sich freilich, wenn die Beklagte einer solchen Absicht folgend W.\_\_\_\_\_ zu bestimmten Handlungen veranlasst oder zu veranlassen versucht hätte. Auf welche Art und Weise die Beklagte sowie durch wen sie eine entsprechende Absicht gegenüber W.\_\_\_\_\_ geäußert habe und dadurch Einfluss auf die Willensbildung von W.\_\_\_\_\_ habe nehmen wollen, wird im Weiteren jedoch keineswegs substantiiert behauptet. Die behauptete interne Meinungsäußerung von J.\_\_\_\_\_ kann dafür nicht herangezogen werden, geht aus ihr doch auch keine konkrete Behauptung einer Äußerung gegenüber W.\_\_\_\_\_ hervor. Ferner kann der Beklagten das behauptete Unterlassen einer gegenteiligen Anweisung an W.\_\_\_\_\_, bestimmte Verkäufe nicht vorzunehmen, solange nicht zum Vorwurf gemacht werden, als nicht schlüssig behauptet wurde, es bestehe ein entsprechendes Weisungsrecht der Beklagten.

Neben der Frage der direkten Verantwortlichkeit der Beklagten für das Verhalten von W.\_\_\_\_\_ wird von der Klägerin vorgebracht, die Beklagte hätte Aromastoffe, welche sich bei W.\_\_\_\_\_ am Lager befunden hätten, zurückkaufen müssen, um

das im SRA vereinbarte Exklusivvertretungsrecht der Klägerin zu wahren (act. 1 S. 16, act. 22 S. 51 f. und 57 f.). Gemäss übereinstimmender Sachdarstellung vollzog die Beklagte am 2. März 2007 die Übernahme ihrer ... [nach dem Recht eines europäischen Staates konstituierten] Konkurrentin S.\_\_\_\_ (nachfolgend S.\_\_\_\_), welche bis dahin Aromastoffe in CC.\_\_\_\_ über W.\_\_\_\_ vertrieben hatte (act. 1 S. 12 f., act. 7 S. 15). Nun wird von der Klägerin nicht näher bestimmt, welche konkreten und woher stammenden Aromastoffe die Beklagte aus dem Lager von W.\_\_\_\_ hätte zurückkaufen sollen. Soweit sich der Vorwurf auf Vorräte bezieht, welche W.\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Übernahme von S.\_\_\_\_ durch die Beklagte bereits an Lager hatte, es sich mithin um S.\_\_\_\_-Produkte handelte, so werden diese nicht von der durch das SRA eingeräumten Exklusivität erfasst, welche sich auf Produkte der Beklagten bezieht. Soweit sich der Vorwurf aber auf allfällige neuere Lagerbestände von W.\_\_\_\_ bezieht, welche durch Verkäufe der Beklagten nach deren Übernahme von S.\_\_\_\_ aufgebaut worden wären, so bestünde die damit zusammenhängende Vertragsverletzung primär im vertragswidrigen Verkauf solcher Produkte durch die Beklagte an W.\_\_\_\_ (vgl. auch act. 22 S. 100). Letzteres wäre auch Voraussetzung dafür, dass überhaupt dem SRA unterstehende Produkte im Lager von W.\_\_\_\_ vorgelegen haben, die allenfalls hätten zurückgekauft werden können. Es ist mithin in der folgenden Ziffer zunächst der Vorwurf zu prüfen, solche Produkte seien von der Beklagten in vertragswidriger Weise verkauft worden. Nur wenn dies bejaht würde, kann sich die ergänzende Frage stellen, ob die Beklagte diese Produkte zusätzlich wieder hätte zurückkaufen müssen.

Auch die behauptete Äusserung, die Klägerin solle sich von einer Vermittlungstätigkeit mit V.\_\_\_\_ fernhalten, verstösst für sich genommen noch nicht gegen den Vertrag. Gemäss der von der Klägerin unbestritten gebliebenen Ziff. 4 Abs. 8 SRA ("The Agent has no right to act for or to bind B1.\_\_\_\_ in any way [...].", act. 3/4 S. 3) schloss die Beklagte die jeweils vermittelten Verträge selber ab (act. 7 S. 8 Rz. 19 und act. 22 S. 82 Rz. 204, wobei die Klägerin das Verhältnis als "allumfassende Verkaufsvertretung" bezeichnet, da der Klägerin nach Ziff. 4 Abs. 2 SRA neben der Vermittlung auch das Betreiben einer Verkaufsorganisation obliegen habe). Die letztendliche Entscheidung über den Verkauf der vermittelten Aro-

mastoffe verblieb somit bei der Beklagten, weshalb diese grundsätzlich frei war, mit bestimmten Marktteilnehmern keine Geschäftsverbindung einzugehen bzw. auch nur anzustreben. Die (vorläufige) Meinungsäusserung der Beklagten, die Klägerin solle keine Geschäftsbeziehung zu V.\_\_\_\_\_ aufbauen, verletzt daher als solche den Vertrag (noch) nicht. Der Vorwurf der Klägerin, die Beklagte habe gleichzeitig selber, allenfalls über Verkäufe an W.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ oder andere Kunden mit Aromastoffen für Tabakprodukte beliefert und dadurch das SRA verletzt, wird im Folgenden zu behandeln sein.

### 3.3.6. Verkauf von Tabakaromastoffen an/über W.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ oder andere Kunden

**3.3.6.1.** Die Klägerin macht in der Klageschrift geltend, die Beklagte habe ihr am 20. März 2008 Verkäufe von Tabakaromastoffen in den Jahren 2007 und 2008 eingestanden (act. 1 S. 15). W.\_\_\_\_\_ habe als Folge der angezeigten Verkäufe im Jahr 2007 EUR 25'644.75 und im Jahr 2008 EUR 11'560.– umgesetzt (act. 1 S. 24). Ausserdem würden auch die technischen Eigenschaften der Tabakaromastoffe nahelegen, dass die Beklagte noch nach der Übernahme von S.\_\_\_\_\_ im März 2007 selbst aktiv Verkäufe an W.\_\_\_\_\_ getätigt habe. Die Haltbarkeit der Tabakaromastoffe würde nämlich 270 bis 365 Tage betragen. Da W.\_\_\_\_\_ im Sommer 2008 offensichtlich immer noch über verkaufbare Vorräte verfügt habe, müsse die Beklagte daher auch nach der Übernahme von S.\_\_\_\_\_ derartige Produkte an W.\_\_\_\_\_ verkauft haben (act. 1 S. 16). Anscheinend habe die Beklagte ihrer falschen Vertragsauslegung folgend, nach welcher die für das Wasserpfeifenprojekt von V.\_\_\_\_\_ benutzten Aromastoffe nicht "tobacco specific items" seien, neben den im März offengelegten Kunden (Q.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_) noch weitere Kunden mit Tabakaromastoffen bedient, da es sich auch bei V.\_\_\_\_\_ um einen "W.\_\_\_\_\_ waterpipe account" gehandelt habe und neben Q.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_ keine weiteren Verkäufe offengelegt worden seien. Darüber hinaus könnten bloss Vermutungen darüber angestellt werden, ob die Beklagte nicht auch selbst zusätzliche direkte Verkäufe getätigt habe (act. 1 S. 19 f.).

In der Replik liess die Klägerin ausführen, sie habe am 2. Juli 2008 erfahren, dass die Beklagte hinter ihrem Rücken immer noch mit der Firma W.\_\_\_\_\_ das Ge-

schäft mit Aromastoffen für Wasserpfeifentabak bewirtschaftet habe. Dies ergebe sich aus einem E-Mail von T.\_\_\_\_\_, einer lokalen Vertreterin der Beklagten, an J.\_\_\_\_\_, in dem Erstere ausführe: "... V.\_\_\_\_\_ ... is currently buying ..." (act. 22 S. 50 f.). Bei den an V.\_\_\_\_\_ verkauften Aromastoffen handle es sich namentlich um: Apple ..., Apple Double ..., Cappuccino ..., Banana ..., Lemon ... sowie Orange .... Diese Aromastoffe seien teilweise ausschliesslich und teilweise hauptsächlich oder zu 50% für Tabak verwendbar (act. 22 S. 43).

Mit E-Mail vom 7. Juli 2008 (act. 23/30) habe zudem W1.\_\_\_\_\_ von der Firma W.\_\_\_\_\_ der Klägerin geschrieben, W.\_\_\_\_\_ beabsichtige, an V.\_\_\_\_\_ (weiterhin) Tabakaromastoffe zu verkaufen. Die Beklagte habe es somit im Sommer 2008 immer noch zugelassen, dass ihre Tabakaromastoffe nicht exklusiv über die Klägerin, sondern über andere Distributoren verkauft worden seien. Die Beklagte sei für das Verhalten von W.\_\_\_\_\_ verantwortlich. In rechtlicher Hinsicht ergebe sich das aus der an die Klägerin zugesicherten Exklusivität. Die tatsächliche Verantwortung der Beklagten liege darin, dass die von W.\_\_\_\_\_ verkauften Produkte von der Beklagten geliefert sein mussten, zumal sie im Sommer 2008 noch verkaufbar gewesen seien. Allerspätestens im Frühling 2008, als von der Klägerin zur Ordnung gerufen, hätte die Beklagte die Vorräte von W.\_\_\_\_\_ zurückkaufen müssen (act. 22 S. 51 f., act. 31 S. 14 f.). Schliesslich habe die Beklagte in ihrem E-Mail vom 17. Juli 2008 (act. 3/28) eingestanden, trotz der wiederholten Ermahnungen der Klägerin bis zum Juli 2008 Tabakaromastoffe hinter deren Rücken verkauft zu haben. Zudem habe die Beklagte angeführt, dass W.\_\_\_\_\_ immer noch über eine Menge Vorräte verfüge, die verkauft werden müssten, dass eine neue Vereinbarung über das Wasserpfeifengeschäft getroffen werden müsse und dass es nach wie vor Diskussionen darüber gäbe, ob die Klägerin überhaupt Distributorin in CC.\_\_\_\_\_ sein solle (act. 22 S. 56 ff.).

**3.3.6.2.** Die Beklagte wendet dagegen ein, sie habe bis zum Februar/März 2008 nicht gewusst oder wissen können, dass W.\_\_\_\_\_ im Bereich Wasserpfeifentabak Aromastoffe an Kunden geliefert habe, da Letztere Aromastoffe, welche sonst für Lebensmittel und Getränke eingesetzt würden, zur Anwendung für Wasserpfeifentabak genützt und entsprechende Geschäfte vermittelt habe. Auch habe die Beklagte nach der Übernahme von S.\_\_\_\_\_ keine Tabakaromastoffe an W.\_\_\_\_\_

verkauft. Die zur Begründung des Vorwurfes von der Klägerin herangezogenen Verkäufe betreffen überdies keine spezifischen Tabakaromastoffe. Da W.\_\_\_\_\_ die Agentin der Beklagten betreffend Aromastoffe für Lebensmittel und Getränke sei, könne sich die Klägerin nicht darüber beklagen, dass die Beklagte W.\_\_\_\_\_ mit solchen Aromastoffen beliefere. Im Weiteren bestätige das E-Mail vom 17. Juli 2008 lediglich die bereits früher geäusserte Auffassung, wonach auch Wasserpfeifenprojekte vom SRA erfasst seien. Dass es Aufgabe der Klägerin gewesen sei, die Kunden im Bereich Wasserpfeifentabak zu betreuen, könne sich aus dem besagten E-Mail nicht deutlicher ergeben (act. 7 S. 22 f.).

In der Duplik bringt die Beklagte erneut vor, beim Vorwurf, die Beklagte bewirtschaftete mit W.\_\_\_\_\_ das Geschäft mit Aromastoffen für Wasserpfeifentabak, handle es sich um eine grundlose Unterstellung. Im Gegenteil habe die Beklagte W.\_\_\_\_\_ angewiesen, das Wassertabakpfeifengeschäft nicht zu bewirtschaften. Ein allfälliger Versand von Mustern durch W.\_\_\_\_\_ an V.\_\_\_\_\_ sei der Beklagten nicht bekannt gewesen. Das E-Mail vom 7. Juli 2008 von W1.\_\_\_\_\_ von der Firma W.\_\_\_\_\_ sei von der Klägerin nicht korrekt wiedergegeben worden. In Wirklichkeit gehe aus dem E-Mail hervor, dass es W.\_\_\_\_\_ klar gewesen sei, dass nicht sie, sondern die Klägerin für den Verkauf der Aromastoffe zuständig gewesen sei. Zudem ergebe sich aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen W.\_\_\_\_\_ und der Klägerin vom 8. Juli 2008, dass W.\_\_\_\_\_ lediglich Aromamuster versandt und keine eigentlichen Aromastoffverkäufe getätigt habe. Die Stellung der Klägerin als Exklusivagentin sei ohnehin gewahrt worden, da V.\_\_\_\_\_ offenbar erst dabei gewesen sei, ein Produkt zu entwickeln und die Beklagte die Kontaktaufnahme der Klägerin mit V.\_\_\_\_\_ veranlasst habe (act. 27 S. 26 ff.).

Schliesslich stehe die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe mit dem E-Mail vom 17. Juli 2008 zugegeben, während der ganzen Zeit gegen den Vertrag verstossen zu haben, in krassem Widerspruch zum Inhalt des E-Mails, in welchem der Klägerin lediglich Vorschläge unterbreitet worden seien, wie die Zusammenarbeit im Bereich Aromastoffe für Wasserpfeifentabak künftig organisiert werden könne. Der Hinweis auf eine Einigung über die bestehenden Vorräte bei W.\_\_\_\_\_ rühre daher, dass bei W.\_\_\_\_\_ Vorräte an Aromen bestanden hätten, die zwar für Wasserpfeifengeschäfte, aber auch für vielseitige andere Zwecke

hätten benutzt werden können, wobei ein Verkauf an solche Kunden gestattet gewesen sei. Im Weiteren sei es um die Implementierung des Wasserpfeifentabakgeschäfts mit der Klägerin und nicht um eine neue Vereinbarung darüber gegangen. Auch der Vorschlag, alle Informationen über Wasserpfeifenaroma-Verkäufe bis Juli 2008 zu teilen, könne nicht als Eingeständnis der Beklagten betrachtet werden, da es um allfällige Verkäufe an Wasserpfeifentabakhersteller durch W.\_\_\_\_\_ gegangen sei und die Beklagte damit vorschlagen wollte, sich darum zu bemühen, von W.\_\_\_\_\_ die relevanten Informationen erhältlich zu machen (act. 27 S. 29 ff.).

### **3.3.6.3. Verkäufe an W.\_\_\_\_\_ und/oder Q.\_\_\_\_\_/R.\_\_\_\_\_**

#### **a) Fehlende Substantiierung**

Die Klägerin macht einerseits im Wesentlichen geltend, es seien von der Beklagten Verkäufe von Aromastoffen für die Aromatisierung von Wasserpfeifentabak an zwei Abnehmer (Q.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_) eingestanden worden, wodurch W.\_\_\_\_\_ im Jahr 2007 EUR 25'644.75 und im Jahr 2008 EUR 11'560.– umgesetzt habe. Hinsichtlich dieser Behauptung unterlässt es die Klägerin jedoch, konkret und substantiiert darzulegen, in welchem Verhalten der Beklagten die geltend gemachte Vertragsverletzung genau zu erblicken sei, insbesondere wer (die Beklagte eigenständig, W.\_\_\_\_\_ oder die Beklagte nach Vermittlung von W.\_\_\_\_\_) welche Aromastoffe (der Beklagten oder aus dem bei der S.\_\_\_\_\_-Übernahme bereits bestehenden Vorrat von W.\_\_\_\_\_) in welcher Menge an wen (W.\_\_\_\_\_ oder Q.\_\_\_\_\_/R.\_\_\_\_\_) verkauft haben soll und, für den Fall eines etwaigen Verkaufs von Aromastoffen durch W.\_\_\_\_\_, welche konkreten Handlungen der Beklagten diesen bzw. die behaupteten Umsätze von W.\_\_\_\_\_ veranlasst haben sollen. Auch unterlässt es die Klägerin aufzuzeigen, woraus sich die jeweils vorgängige Kenntnis der Beklagten bezüglich allfälliger Verkäufe von W.\_\_\_\_\_ ergeben soll. Betreffend die von der Klägerin aufgestellte Vermutung von weiteren Verkäufen der Beklagten "über" W.\_\_\_\_\_ legt die Klägerin – mit Ausnahme der noch abzuhandelnden bezüglich V.\_\_\_\_\_ – nicht einmal ansatzweise dar, wer Verkäufe von welchen Aromastoffen an wen und wann vorgenommen haben soll. Daran ändert auch die Behauptung von bestimmten Haltbarkeiten einzelner Aromastoffe nichts. Im Weiteren ist zu beachten, dass die Klägerin mit Verfügung vom 6. Oktober

2009 auf eine entsprechende Pflicht zur Substantiierung der einzelnen Vertragsverletzungen hingewiesen worden war. Namentlich hatte sie darzutun, welche konkreten vertraglichen Pflichten die Beklagte durch welche konkreten Handlungen und Entscheidungen welcher Person verletzt habe (Prot. S. 10 f.). Ohne eine solche Substantiierung sind die bestrittenen Behauptungen der Klägerin jedoch nicht schlüssig genug, um der Beklagten konkrete Gegenbehauptungen und dem Gericht das Formulieren von entsprechenden Beweissätzen zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang ist die Klägerin überdies darauf hinzuweisen, dass sie sich auch nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen kann, in der Meinung, die konkrete Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Die Durchführung eines solchen setzt nämlich entsprechende Behauptungen des Beweisführer voraus und eine ungenügende Sachdarstellung kann nicht durch Begehren auf Aktenvorlage ersetzt werden (Frank/Sträuli/Messmer, N 5 zu § 113 ZPO mit weiteren Hinweisen, insb. ZR 67 [1968] Nr. 36).

Selbst wenn aber der Vorwurf, die Beklagte habe Verkäufe an zwei Abnehmer (Q.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_) eingestanden und W.\_\_\_\_\_ dadurch im Jahr 2007 EUR 25'644.75 und im Jahr 2008 EUR 11'560.– umgesetzt, als genügend substantiiert qualifiziert und im Verhalten der Beklagten eine Verletzung des SRA gesehen würde, so würde diese aus den folgenden Gründen noch nicht die Kündigung des Vertrages rechtfertigen.

#### b) Fehlende Rechtzeitigkeit

Einerseits hatte die Klägerin gemäss eigener Darstellung seit dem 20. März 2008 Kenntnis der von der Beklagten "eingestandenen" Verkäufe in den Jahren 2007 und 2008 bzw. den entsprechend behaupteten Umsatzzahlen von W.\_\_\_\_\_ (act. 1 S. 15 und S. 24). Die Kündigung vom 29. Juli 2008 (act. 3/57) unter Berufung auf (allein) diese Umstände wäre damit offensichtlich zu spät erfolgt, zumal – auch gemäss der klägerischen Darstellung – unmittelbar nach dem 20. März 2008 keine solche angedroht worden war, sondern lediglich mit E-Mail vom 29. März 2008 das fehlende Einverständnis der Klägerin betreffend Vorgehensweisen, die dem Agreement entgegen stünden, zum Ausdruck gebracht wurde (Ausführung der Klägerin in act. 22 S. 60 unter teilweiser Zitierung von act. 3/30).

c) Fehlende Schwere

Andererseits stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass Aromastoffe für Wasserpfeifentabak eine absolut marginale Rolle im Geschäft mit Tabakaromastoffen spielen würden. Ihr prozentualer Anteil betrage ca. ein Prozent des Gesamtumsatzes der Beklagten mit Tabakaromastoffen in CC.\_\_\_\_\_. Die Klägerin versuche offensichtlich, aus einer Mücke einen Elefanten zu machen. Es gehe nicht auf, wenn die Klägerin die Kündigung des SRA, welches ihr nach eigenen Angaben Provisionen in Millionenhöhe eingebracht hätte, damit begründe, dass ihr in den Jahren 2007 und 2008 Provisionen in der Höhe von ca. CHF 6'000.– entgangen seien (act. 7 S. 20 ff.). Die Klägerin bringt in diesem Zusammenhang vor, bei der Produktion von Wasserpfeifentabak handle es sich im Unterschied zum Zigarettengeschäft um einen weltweiten Absatzmarkt, weshalb das Marktpotential dementsprechend grösser ausfalle. Zudem würden alle Verstösse gegen das Exklusivitätsrecht der Klägerin in diesem Zusammenhang schwer wiegen, da derartige Projekte klein anfangen und ihre zukünftige Entwicklung stets unsicher sei. Daher hätten die Parteien auch in Ziff. 16.1 [recte Ziff. 16.2] vereinbart, dass jede ("any") Vertragsverletzung zur Kündigung berechtige (act. 22 S. 46, act. 31 S. 14).

Es ist in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass der Umfang der aus der behaupteten Vertragsverletzung resultierenden Umsätze von W.\_\_\_\_\_ im Vergleich zum gesamten vertraglich relevanten und auf die Vorbringen der Klägerin gestützten Geschäftsvolumen des Verkaufs von Tabakaromastoffen tatsächlich derart niedrig ausfällt, dass dieser allein schon deswegen nicht als wichtiger Grund im Sinne des Art. 418r OR gelten kann. Gemäss eigenen Angaben der Klägerin belief sich der aus von der Klägerin vermittelten Verkäufen stammende durchschnittliche Umsatz der Beklagten in den letzten fünf Jahren auf jährlich jeweils EUR 3'564'973.35 (act. 1 S. 23). Der konkret aus den behaupteten Geschäften mit W.\_\_\_\_\_ generierte Umsatz der Beklagten belief sich dagegen für beide Jahre, 2007 und 2008, zusammen auf gerade einmal EUR 38'204.75 (act. 1 S. 24). Der von der Klägerin vertretene Standpunkt vermag nicht zu überzeugen. Für die Beurteilung der Schwere einer möglichen Vertragsverletzung der Beklagten sind nämlich nicht die – im Übrigen von Letzterer in Abrede gestellten (act. 27 S. 25

Rz 82) – potentiellen Marktchancen auf dem Gebiet des Wasserpfeifentabaks in genereller Hinsicht massgeblich. Es ist vielmehr auf den von der Klägerin konkret behaupteten Umfang des von W.\_\_\_\_\_ generierten Umsatzes abzustellen, durch welchen der Vertrag tatsächlich verletzt worden sei. Der bereits genannte Betrag bewegt sich aber – wie bereits ausgeführt – (zumindest im relevanten Zeitraum) offensichtlich in einer zum Gesamtumsatz mit der Beklagten nicht weiter ins Gewicht fallenden Grössenordnung. Einer bloss möglichen Ausweitung der Umsatzzahlen für die Zukunft kann im Rahmen einer fristlosen Kündigung erst dann Bedeutung zukommen, wenn sie sich tatsächlich aktualisiert hat, was vorliegend nicht konkret dargelegt wurde. Das Kündigungsrecht gemäss Ziff. 16.2 SRA ist zudem neben dem Vorliegen einer Vertragsverletzung an weitere Bedingungen geknüpft ("[...] and has not corrected [...]", act. 3/4 S. 9), deren Vorliegen die Klägerin weder substantiiert darlegt noch sich anlässlich der Kündigung oder in ihren Rechtsschriften konkret darauf beruft.

Schliesslich ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages in Betracht zu ziehen, dass in einer langjährigen Vertragsbeziehung Probleme und Unstimmigkeiten in der Grössenordnung der unter diesem Titel abgehandelten Vorwürfe erfahrungsgemäss vorkommen, wobei diese regelmässig durch ein kooperatives Suchen nach Lösungen beider Parteien zu überwinden sind. Bereits im Januar 2008 konnte beispielsweise gemäss klägerischer Darstellung eine Meinungsverschiedenheit betreffend das Zigarettenprojekt der Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe durch ein persönliches Gespräch von Vertretern der Parteien bereinigt werden (act. 1 S. 13 f.). Auch in Anbetracht des Umstandes, dass es sich damals nicht bereits um dieselbe Problematik des Aromatisierens von Wasserpfeifentabak handelte, wäre ein Bemühen der Klägerin um Bereinigung durchaus nicht von vornherein als aussichtslos zu betrachten gewesen. Auch wenn den Behauptungen der Klägerin zufolge deren Geschäftsführer K.\_\_\_\_\_ nach Januar 2008 in mehreren E-Mails zum Ausdruck brachte, er sei mit dem von einzelnen Exponenten der Beklagten vorgeschlagenen Vorgehensweisen nicht einverstanden, so ist darin für sich genommen noch kein konstruktives Bemühen um Problemlösung oder ein Scheitern solcher Bemühungen zu erblicken (act. 22 S. 60 f.). Jedenfalls kann nach dem von der Klägerin Vorgebrachten nicht gesagt werden,

ein Bemühen um Bereinigung der Probleme durch gegenseitigen Austausch sei nicht mehr möglich gewesen, so dass als ultima ratio nur noch die fristlose Auflösung des Vertrages Betracht gekommen sei. Auch unter Einbezug der behaupteten Begleitumstände erscheint eine mit den behaupteten Verkäufen in den Jahren 2007 und 2008 (Q.\_\_\_\_/R.\_\_\_\_) verbundene Vertragsverletzung, soweit diese der Beklagten überhaupt substantiiert zur Last gelegt wurde, keineswegs als so schwer, dass aus diesem Grunde die Fortsetzung des Agenturvertrages nicht mehr zumutbar gewesen sei. Dies umfasst auch die damit eng zusammenhängende bzw. daran anknüpfende Behauptung, die Beklagte habe es unterlassen, allfällig von ihr an W.\_\_\_\_ verkaufte Aromastoffe wieder zurückzukaufen.

#### **3.3.6.4. Verkäufe an V.\_\_\_\_**

Neben den soeben genannten Behauptungen legt die Klägerin jedoch konkreter dar, es seien von der Beklagten sechs verschiedene Aromastoffe zur Aromatisierung von Wasserpfeifentabak an V.\_\_\_\_ verkauft worden, welche teilweise ausschliesslich (Apple ..., Apple Double ..., Cappuccino ...) und teilweise hauptsächlich oder zu 50% (Banana ..., Lemon ..., Orange ...) für Tabak verwendbar seien (act. 22 S. 42 f.). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass darin, erwiesen sich die Behauptungen als zutreffend bzw. wären diese in tatsächlicher Hinsicht zu erstellen, wohl in der Tat eine Verletzung des SRA zu erblicken wäre, sofern die Beklagte dadurch die der Klägerin eingeräumte Stellung als Exklusivagentin auf dem ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_] umgangen hätte. Allerdings wären unter dem Gesichtspunkt der Substantiierung noch konkrete Behauptungen hinsichtlich des Zeitraums und vor allem zur genauen Menge solcher Verkäufe erforderlich, wozu sich die Klägerin ausschweigt (act. 22 S. 43). Letzteres ist insbesondere auch deswegen von Bedeutung, als damit ein wichtiger Grund zur fristlosen Vertragsauflösung behauptet werden soll, der sich unter anderem auch nach dem Umfang von mutmasslichen Verkäufen bestimmt.

In Nachachtung der durch die Klägerin ansonsten diesbezüglich gelieferten Informationen und mithin auch ohne bereits der Frage der genügenden Substantiierung ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen, würde der von der Klägerin behauptete Sachverhalt aber auch aus den gleichen Gründen wie im Zusammen-

hang mit mutmasslichen Verkäufen an W.\_\_\_\_ oder Q.\_\_\_\_/R.\_\_\_\_ noch keine Kündigung des Vertrages rechtfertigen.

Die Klägerin macht zwar – wie ausgeführt – keine genauen Angaben zur mutmasslich an V.\_\_\_\_ verkauften Menge der Aromastoffe. Sie räumt aber gleichzeitig ein, dass V.\_\_\_\_ weder damals noch im Zeitpunkt der Replik überhaupt eine Bewilligung zur Produktion von Wasserpfeifentabak gehabt habe (act. 22 S. 102 Rz 267, act. 27 S. 41). Weiter führt sie aus, W.\_\_\_\_ habe am 14. Februar 2008 von seinem Lager bloss "Samples" für Tabakaromastoffe geliefert (act. 22 S. 99). Ferner ist es zwischen den Parteien unbestritten, dass sich V.\_\_\_\_ noch in den Monaten Mai, Juni und Juli 2008 unter Kontaktaufnahme mit den Parteien darum bemühte, die Härte des Rauches von Wasserpfeifentabak zu reduzieren (act. 1 S. 17 f., act. 7 S. 25 ff.). Die Klägerin gibt sogar selbst an, noch am 7. Juli 2008 – mithin rund drei Wochen vor der Kündigung des Vertrages am 29. Juli 2008 – habe sich ein Mitarbeiter der Firma W.\_\_\_\_ ihr gegenüber geäussert, das Problem mit der Härte des Tabaks müsse mit V.\_\_\_\_ geklärt werden, damit W.\_\_\_\_ endlich Tabakaromastoffe an V.\_\_\_\_ verkaufen könne (act. 22 S. 51 Rz. 122). Dies kann aber im Umkehrschluss nur bedeuten, dass lediglich ein Verkauf von Aromastoffen an V.\_\_\_\_ nach diesem Zeitpunkt behauptet wird. Aus diesen Gründen wäre auch im Fall V.\_\_\_\_ lediglich von einer äusserst geringen Menge der behaupteten insgesamt gelieferten Aromastoffe auszugehen. Im Weiteren kann zur fehlenden Schwere der behaupteten Vertragsverletzung auf die oben dargelegten Ausführungen zu den Gesamtumsatzzahlen sowie zu denjenigen, die konkret auf dem Markt für Wasserpfeifentabak behauptet wurden, verwiesen werden (siehe oben Ziff. 3.3.6.2.c).

Auch beanspruchen die Erwägungen vorliegend Geltung, die Klägerin hätte zunächst die Möglichkeiten eines kooperativen Lösungsversuches ausschöpfen müssen. Hinzu kommt vorliegend, dass V.\_\_\_\_ unbestritten von der Beklagten schlussendlich (wieder) auf die Klägerin verwiesen wurde (act. 1 S. 18, act. 22 S. 48), was die Intensität der behaupteten Verletzung zusätzlich mindert. Es ist daher auch betreffend die behaupteten Verkäufe an V.\_\_\_\_ nicht anzunehmen, der Klägerin sei vor diesem Hintergrund eine Fortsetzung des Agenturvertrages nicht zumutbar gewesen.



### 3.3.6.5. E-Mail vom 17. Juli 2008

An der Zumutbarkeit der Fortführung des Vertrages vermögen schliesslich auch die klägerischen Vorwürfe, die Beklagte habe in ihrem E-Mail vom 17. Juli 2008 (act. 3/28) eingestanden, in viererlei Hinsicht gegen den Vertrag verstossen zu haben (act. 22 S. 56 f.), nichts zu ändern. Sie beziehen sich einerseits ebenfalls auf das soeben abgehandelte Wasserpfeifentabakgeschäft, weshalb zur Begründung im Wesentlichen die dort gemachten Ausführungen heranzuziehen sind. Andererseits erweisen sich die Vorwürfe teilweise als unsubstantiiert oder begründen bereits von ihrem Charakter her gar keine Vertragsverletzung.

Der pauschale Vorwurf, die Beklagte habe "anscheinend" bis Juli 2008 hinter dem Rücken der Klägerin Tabakaromastoffe verkauft, wird einzig damit konkretisiert, die Beklagte habe davon gesprochen, Informationen über Verkäufe von Aromastoffen für Wasserpfeifentabak bis Juli 2008 zu teilen ("share info about waterpipe f[la]v[our] sales and prices until july 2008"). Ob und inwiefern dieser Vorwurf über das bereits hinsichtlich der mutmasslichen Lieferungen an Q.\_\_\_\_\_/R.\_\_\_\_\_ sowie V.\_\_\_\_\_ Behauptete (siehe oben Ziff. 3.3.6.1.-4.) hinausgehen soll und ob ihm somit eigenständige Bedeutung zukommt, wird nicht im Einzelnen dargelegt, weshalb auch nicht weiter darauf einzugehen ist. Die weitere Behauptung, W.\_\_\_\_\_ habe noch eine Menge Vorräte, die verkauft werden müssten ("agree about the existing stocks at W.\_\_\_\_\_"), spricht sich weder über die Natur und Art der angesprochenen Vorräte aus (im Übrigen auch nicht über deren Haltbarkeit, mithin deren allfälliger Herkunft) noch darüber, inwiefern die Beklagte für allfällige noch gar nicht stattgefundene Verkäufe von W.\_\_\_\_\_ aus deren Lager verantwortlich sein sollte (vgl. dazu auch Ziff. 3.3.5.). Überdies würde die Behauptung, die Beklagte habe geäussert, über das Wasserpfeifengeschäft solle eine neue Vereinbarung getroffen werden ("agree how to handle waterpipe flavour orders and customers"), an sich noch keine Verletzung des Vertrages bedeuten, wohnt doch der Bezeichnung "Vereinbarung" der Umstand inne, dass dafür die Zustimmung der Klägerin notwendig gewesen wäre. Schliesslich erweist sich die Behauptung, es gebe interne Diskussionen darüber, ob die Klägerin überhaupt Distributorin in CC.\_\_\_\_\_ sein solle, was offenbar nicht von allen Entscheidungsträgern

der Beklagten gewollt sei, als unbehelflich. Inwiefern interne Diskussionen von Entscheidungsträgern der einen Partei eine Vertragsverletzung gegenüber der anderen externen Partei des Vertrages darstellen soll, kann nicht nachvollzogen werden.

**3.3.6.6.** Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sämtliche behaupteten Verkäufe von Aromastoffen an/über W.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ oder andere Kunden – soweit sie überhaupt konkret genug dargelegt wurden, um eine Beurteilung zu erlauben – keine Vertragsverletzungen darstellen würden, welche die für eine fristlose Kündigung erforderliche Intensität erreichen würden, dies auch in Anbetracht der Tatsache, dass es sich vorliegend um einen Agenturvertrag mit Exklusivität auf dem ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] handelt.

### **3.3.7. Versuch vertragswidriger Auslegung**

**3.3.7.1.** Die Klägerin wirft der Beklagten im Weiteren in der Replik vor, bei der Beklagten habe es interne Diskussionen gegeben, ob die Klägerin in Zukunft weiterhin ihre Verkaufsvertreterin sein solle oder nicht. Die Beklagte habe in CC.\_\_\_\_\_ nur noch eine Vertriebspartnerin haben wollen, nämlich das Unternehmen N.\_\_\_\_\_. Sie habe bereits in diesem Zeitpunkt den Plan gehabt, die Klägerin aus dem Geschäft zu drängen. Dies ergebe sich aus der Pressemitteilung von N.\_\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2008, welche besage, die Beklagte rationalisiere seit ihrer Übernahme von S.\_\_\_\_\_, mithin seit März 2007, ihre Vertriebsaktivitäten in CC.\_\_\_\_\_ mit N.\_\_\_\_\_ als exklusiver Vertriebspartnerin ("Since then [when B.\_\_\_\_\_ acquired S.\_\_\_\_\_ in 2007] the company [B.\_\_\_\_\_] streamlines its distribution activities in CC.\_\_\_\_\_ with N.\_\_\_\_\_ as exclusive distribution partner.", Erläuterungen in eckigen Klammern durch die Klägerin; act. 22 S. 38). Dabei habe N.\_\_\_\_\_ auch bereits das Geschäft mit Tabakaromastoffen im Visier gehabt, da diese gegenüber der ... Wettbewerbskommission [des Staates CC.\_\_\_\_\_] verlangt habe, in CC.\_\_\_\_\_ auch Aromastoffe für Zigaretten vertreiben zu dürfen. Nach dem Frühling 2007 habe die Beklagte offenbar nach Lösungen gesucht, wie sie die Klägerin habe loswerden können, um das Geschäft mit Tabakaromastoffen der neuen Vertriebspartnerin zuzuschancen. Sie habe ihre falsche Vertragsauslegung der B.\_\_\_\_\_ CC.\_\_\_\_\_ mitgeteilt, die daraufhin die Verkäufe von W.\_\_\_\_\_

auf dem Aromastoffmarkt für Wasserpfeifentabak genehmigt habe (act. 1 S. 19, act. 22 S. 39 f., act. 31 S. 15 f.). Im Juli 2008 habe dann das exklusive Distributionsrecht der Klägerin für CC.\_\_\_\_\_ eingeschränkt werden sollen, indem die Beklagte am 10. Juli 2008 erneut versucht habe, den Vertrag zu ihren Gunsten neu zu interpretieren ("agent or distributor"), obwohl die Klägerin sie bereits Ende 2007 bzw. am Anfang des Jahres 2008 auf ihre Exklusivität hingewiesen habe und diese während mehr als zehn Jahren zu keinerlei Problemen Anlass gegeben habe (act. 22 S. 40 ff. und 54 f.).

**3.3.7.2.** Von der Beklagten wird in der Duplik eingewendet, der Verdacht, sie habe die Klägerin durch die Firma N.\_\_\_\_\_ ersetzen wollen, sei konstruiert. Schliesslich habe nicht die Beklagte, sondern die Klägerin das SRA abrupt beendet, worauf die Beklagte sie zur Fortsetzung der Zusammenarbeit aufgefordert habe. Die Beklagte habe sich der Klägerin gegenüber stets um eine gute und einvernehmliche Zusammenarbeit bemüht und konstruktive Vorschläge gemacht. So habe L.\_\_\_\_\_ in seinem E-Mail an den Geschäftsführer der Klägerin vom 17. Juli 2008 (act. 3/28) bezüglich das Wasserpfeifengeschäft auch verschiedene organisatorische Fragen aufgeworfen und in demselben E-Mail ausdrücklich bestätigt, dass auch das Wasserpfeifengeschäft in den Zuständigkeitsbereich der Klägerin gefallen sei. Darüber hinaus sei aus der Pressemitteilung von N.\_\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2008, welche nicht präzisiere, dass bis Mitte 2008 nicht sie, sondern die Klägerin die Exklusivität für Tabakaromastoffe innegehabt habe, nichts abzuleiten. Ferner erweise sich der Verdacht, die Beklagte habe N.\_\_\_\_\_ bereits früher das Recht zum Vertrieb von Tabakaromen zugesichert, als haltlos, zumal in der Entscheidung der ... Wettbewerbskommission [des Staates CC.\_\_\_\_\_] das Wort "Zigaretten" nur in einer allgemeinen Aufzählung erscheine, für welche Zwecke Aromen generell gebraucht werden könnten. Auch treffe es nicht zu, dass die Beklagte bzw. B.\_\_\_\_\_ CC.\_\_\_\_\_ Verkäufe von W.\_\_\_\_\_ im Wasserpfeifengeschäft genehmigt habe. Im Gegenteil habe die Beklagte W.\_\_\_\_\_ darüber informiert, dass nicht sie, sondern die Klägerin für Tabakaromastoffe zuständig sei. Überdies sei hinsichtlich des Wasserpfeifengeschäftes mit der Frage "agent or distributor" eine berechnete Frage aufgeworfen worden, da die Klägerin bislang

gemäss SRA lediglich als Agentin der Beklagte aufgetreten sei (act. 27 S. 20 ff. und 28).

**3.3.7.3.** Zunächst einmal ist festzustellen, dass allfällige interne Diskussionen innerhalb der Beklagten über die zukünftige Zusammenarbeit mit der Klägerin keine Vertragsverletzung darstellen. Dasselbe gilt für die behauptete Absicht der Beklagten, nach dem Ablauf der Vertragslaufzeit nur noch eine Vertriebspartnerin in CC.\_\_\_\_\_ zu haben. Der darüber hinaus behauptete Plan der Beklagten, die Klägerin regelrecht aus dem Geschäft zu drängen, wurde von letzterer in keiner Weise näher substantiiert, genauso wenig wie der Umstand, die Beklagte habe nach Lösungen gesucht, um die Klägerin loszuwerden (act. 22 S. 37 f.). Namentlich wird nicht dargelegt, wer bei der Beklagten und auf welche Weise die Beklagte einen solchen Plan gefasst haben soll und wann, von wem nach welchen konkreten Lösungen gesucht worden sei, um bei der Klägerin was genau zu erreichen. So ist auch das behauptete Ziel der Beklagten, die Klägerin "aus dem Geschäft zu drängen" (act. 22 S. 38), reichlich offen formuliert und daher einer genauen Überprüfung schwerlich zugänglich. Die behauptete und als solche auch von der Beklagten nicht bestrittene Äusserung im Pressebericht von N.\_\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2008 (act. 22 S. 38 f.) bietet bezüglich allfälliger konkreter Vorkehren durch die Beklagte bzw. deren Substantiierung auch keine weiteren Anhaltspunkte. Die weitere Behauptung, die Firma N.\_\_\_\_\_ habe bei ihrer Übernahme einer anderen Gesellschaft bereits das Geschäft mit Tabakaromastoffen im Visier gehabt (act. 22 S. 39), geht ins Leere, da nicht ersichtlich ist, aufgrund welcher Umstände das allfällige Verhalten von N.\_\_\_\_\_ der Beklagten anzurechnen sein sollte. Ebenso wird der Vorwurf an die Beklagte, sie habe N.\_\_\_\_\_ bereits früher zugesichert, Tabakaromastoffe für sie in CC.\_\_\_\_\_ vertreiben zu können (act. 22 S. 39), in keiner Weise, d.h. weder bezüglich des relevanten Zeitpunkts noch der Form oder den Beteiligten, näher umschrieben, was sowohl eine konkrete Bestreitung der Beklagten als auch ein Verstellen zum Beweis verunmöglicht. Ferner wäre durchaus auch eine Zusicherung für einen Zeitpunkt nach Auslaufen des Vertrags mit der Klägerin denkbar und würde nicht per se gegen den Vertrag verstossen.

Der in diesem Zusammenhang erneut von der Klägerin erwähnte und von der Beklagten ausdrücklich bestrittene Vorwurf, die Beklagte habe ihre unzutreffende Vertragsauslegung B.\_\_\_\_\_ CC.\_\_\_\_\_ mitgeteilt, welche darauf "die Verkäufe von W.\_\_\_\_\_ auf dem Wasserpfeifentabakaromastoffmarkt genehmigt" (act. 22 S. 40) bzw. "grünes Licht dafür gegeben" habe (act. 1 S. 19), erweist sich einmal mehr als pauschal und nicht genügend substantiiert. Es wird nämlich nicht dargelegt, wer für die Beklagte wann, in welcher Form Verkäufe von welchen Aromastoffen durch W.\_\_\_\_\_ an wen genehmigt haben soll. Zwar wird von der Klägerin allgemein auf den E-Mailverkehr, welcher dem E-Mail von L.\_\_\_\_\_ an U.\_\_\_\_\_ vom 2. Juli 2008 (act. 3/47) beiliege, bzw. auf die E-Mails von W1.\_\_\_\_\_ (W.\_\_\_\_\_ ) an T.\_\_\_\_\_ (B.\_\_\_\_\_ CC.\_\_\_\_\_ ) vom 27. Juni 2008 sowie von T.\_\_\_\_\_ an J.\_\_\_\_\_ vom gleichen Tag hingewiesen (act. 3/54-55). Mit solchen pauschalen Hinweisen wird jedoch der Pflicht zur genügenden Substantiierung – wie bereits im entsprechenden Substantiierungshinweis der instruktionsrichterlichen Verfügung vom 6. Oktober 2009 dargelegt (Prot. S. 10 f.) – ohnehin nicht nachgekommen. Aber es ergeben sich selbst aus den angeführten Beilagen zur Klage a prima vista keine näheren Hinweise auf eine Konkretisierung der Behauptung, auf welche Weise die Beklagte Verkäufe von W.\_\_\_\_\_ genehmigt haben soll. Auf die unsubstantiiert gebliebene Behauptung ist folglich nicht einzutreten (vgl. dazu auch Ziff. 3.3.5.3.). Schliesslich erweist sich der Vorwurf, die Beklagte habe am 10. Juli 2008 durch interne Abklärungen zur möglichen Interpretation des Vertrages ("agent or distributor") bzw. durch die Mitteilung dieses Vorgehens an die Klägerin eine Vertragsverletzung begangen (act. 22 S. 40 und 54 f.), als nicht stichhaltig, steht eine interne Abklärung zum Verständnis eines Vertrages doch einer jeden Vertragspartei frei.

Ferner gilt auch hinsichtlich des hier erörterten Vorwurfes der vertragswidrigen Auslegung zu beachten, dass sich diese lediglich auf das Geschäft mit Wasserpfeifentabak bezieht. Dieser Geschäftsteil machte – wie bereits ausgeführt –, soweit konkret von der Klägerin behauptet allerdings lediglich einen geringen Teil des Gesamtumsatzes der Klägerin aus. Zudem betrifft die Vertragsauffassung bzw. -auslegung der Parteien und allfällige diesbezügliche Unstimmigkeiten gerade einen Bereich, in welchem der von den Parteien zu erwartenden gegenseitigen

Kommunikation zur möglichen gütlichen Ausräumung von Differenzen ein besonderer Stellenwert beizumessen ist (vgl. dazu oben Ziff. 3.3.6.3.c und Ziff. 3.3.6.4.). Hinzu kommt, dass vorliegend auch nach der Darstellung der Klägerin die Beklagte noch am 17. Juli 2008 ihr gegenüber schriftlich zum Ausdruck brachte, gemäss ihrer Rechtsabteilung würden Wasserpfeifenprojekte stets unter den Vertrag fallen und sollten deshalb von der Klägerin in CC.\_\_\_\_\_ ausschliesslich bewirtschaftet werden (act. 1 S. 15 unter Verweis auf und teilweiser Zitierung von act. 3/28). Eine fristlose Auflösung des Vertrages nur ca. zwei Wochen später erscheint auch unter diesem Hintergrund als offensichtlich unverhältnismässig.

### **3.3.8. Zwischenfazit**

Im Einzelnen wurde von klägerischer Seite kein Sachverhalt substantiiert behauptet, der eine Vertragsverletzung darstellen und gleichzeitig schwer genug wiegen würde, um eine fristlose Kündigung des Vertrages zu rechtfertigen. Bei den von der Klägerin aufgestellten Behauptungen mangelt es für sich betrachtet – wie dargelegt – entweder an einem oder gleich an mehreren Erfordernissen, welche die fristlose Kündigung rechtfertigen würden.

### **3.3.9. Gesamtbeurteilung der geltend gemachten Vertragsverletzungen**

#### **3.3.9.1. Parteistandpunkte**

Die Klägerin betont in ihren Rechtsschriften, die Beklagte habe über einen längeren Zeitraum den Vertrag systematisch missachtet und sich nicht um die Ermahnungen der Klägerin gekümmert. Diese habe aufgrund der Geschehnisse des vor der Kündigung vergangenen halben Jahres davon ausgehen müssen, dass sich die Beklagte auch weiterhin nicht an den Vertrag halten würde. Die Klägerin habe gegenüber der Beklagten konstant Abmahnungen geäussert, aus welchen klar und unmissverständlich hervorgegangen sei, dass die Klägerin das Verhalten der Beklagten weder für belanglos gehalten noch akzeptiert habe. Durch den Hinweis auf die vertraglichen und gesetzlichen Rechte habe die Klägerin sich die sofortige Kündigung des Vertrags aus wichtigen Gründen vorbehalten. Darüber hinaus habe der Geschäftsführer der Klägerin bereits am 25. Januar 2008 in einem Treffen

in C.\_\_\_\_\_ mit M.\_\_\_\_\_ unmissverständlich klar gemacht, der Vertrag werde sofort gekündigt, "wenn die Beklagte weiterhin gegen den Vertrag verstosse".

Würden alle Geschehnisse im Zeitraum vom 30. Juni 2008 bis zum 17. Juli 2008 gemeinsam betrachtet, ergebe sich daraus, dass die Klägerin den Vertrag aus gutem Grund und in einer angemessenen Frist gekündigt habe. Der Vertrag sei von allen möglichen Seiten untergraben worden und dessen Fortsetzung sei für die Klägerin unzumutbar geworden, da das Vertrauensverhältnis durch die Beklagte zerstört worden sei. Die exklusive Stellung der Klägerin auf dem ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] und ihr Anrecht, auf dem gesamten ... Markt [des Staates CC.\_\_\_\_\_] alle Aromastoffe für Tabak für die Beklagte zu vertreiben, liessen bereits die geringsten Verfehlungen der Beklagten in Bezug auf das exklusive Verkaufsrecht der Klägerin als unzumutbar erscheinen. Jeder Eingriff sei so zu werten, als ob dem gesamten Vertragskonstrukt der Boden unter den Füßen weggezogen würde. Selbst wenn das Gericht zum Schluss käme, die Vertragsverletzungen seien einzeln betrachtet nicht ausreichend, so müsse doch die Kombination all dieser mehrfachen Vertragsverletzungen einen wichtigen Grund darstellen (act. 1 S. 4, act. 22 S. 57 f., 61 und 65 ff.).

Die Beklagte weist darauf hin, dass es sich bei den von der Klägerin aufgeführten elf Vertragsverstössen im genannten Zeitraum in Wirklichkeit um auf elektronischem Weg geführte Diskussionen über Probleme handle, die im Rahmen einer Zusammenarbeit regelmässig auftreten könnten. Eine fristlose Kündigung habe die Klägerin dabei nie angedroht, auch nicht durch die zitierten E-Mails, in welchen der Geschäftsführer K.\_\_\_\_\_ seine Ablehnung ausdrücke und seine Rechte vorbehalte. Zudem falle auf, dass neun von elf angeblichen Vertragsverletzungen die gleiche Angelegenheit beträfen, nämlich eine Anfrage von V.\_\_\_\_\_ im Bereich Wasserpfeifentabak, mithin einen für die Klägerin uninteressanten Geschäftsbe- reich. Die klägerische Position sei weder begründet noch plausibel, da sie behaupte, sie habe den Vertrag fristlos gekündigt, obwohl dieser für sie auch nach der Übernahme der Aktiven von H.\_\_\_\_\_ durch I.\_\_\_\_\_ äusserst lukrativ gewesen sei. Die Kündigung sei vielmehr deswegen erfolgt, weil der Verlust des mit grossem Abstand wichtigsten Kunden gedroht habe und sie der Meinung gewesen

sei, einen Weg gefunden zu haben, aus der erwarteten ungünstigen Entwicklung Kapital zu schlagen (act. 27 S. 26 f. und 33).

### **3.3.9.2. Mehrfache Vertragsverletzung als wichtiger Grund**

Zur sofortigen Auflösung des Vertragsverhältnisses berechtigen neben besonders schweren Verletzungen vertraglicher Pflichten auch weniger gewichtige Vorfälle, wenn sie in Verbindung mit anderen Vorkommnissen einen wichtigen Grund darstellen oder wenn sie sich trotz Verwarnung wiederholen. Damit derartige, weniger gewichtige Vorfälle zur ausserordentlichen Kündigung berechtigen, ist es erforderlich, dass die kündigende Vertragspartei auf diese Verfehlungen reagiert und diese beanstandet hat. Aus dem Verhalten des Kündigenden muss hervorgegangen sein, dass er das vertragswidrige Verhalten nicht duldet (Rügefunktion) und ansonsten den Vertrag auflösen werde (Warnfunktion). Eine ausdrückliche Androhung einer fristlosen Kündigung ist aber nicht erforderlich, wenn aus dem Inhalt und den Umständen der Abmahnung klar geworden ist, dass mit einer fristlosen Kündigung und nicht bloss mit einer ordentlichen Beendigung gerechnet werden muss. Schwere Verfehlungen, die das gegenseitige Vertrauen sogleich und endgültig zerstören, rechtfertigen die fristlose Kündigung ohne vorgängige Abmahnung. Ebenso ist die Abmahnung entbehrlich, wenn sich aus dem Verhalten der fehlbaren Partei ergibt, dass eine Verwarnung nutzlos wäre (ZK-Staehelin/Vischer, N 9 f. zu Art. 337 OR mit weiteren Hinweisen, BSK OR I-Wettenschwiler, N 4 f. zu Art. 418r).

### **3.3.9.3. (Fehlende) Schwere**

Betrachtet man die konkret behaupteten Vertragsverletzungen in einer Gesamtsicht, so erreichen sie auch in ihrer Kumulation nicht eine Schwere, die eine fristlose Auflösung des Agenturvertrages zu rechtfertigen vermag. Bei dieser Betrachtung ist allerdings der Vorwurf, die Beklagte habe versucht, H.\_\_\_\_\_ abzuwerben, nicht mit einzubeziehen, da ein der Beklagten in diesem Zusammenhang zuzurechnendes Verhalten gänzlich unsubstantiiert geblieben ist (siehe oben Ziff. 3.3.3.). Hinsichtlich der übrigen, von der Klägerin geltend gemachten Behauptungen ist jedoch festzuhalten, dass diese die Fortsetzung des Vertrages nicht unzumutbar gemacht hätten, selbst wenn man über deren – bereits oben dargelegte – teilweise fehlende Substantiierung und/oder Qualifikation als vertragskonform hinweg sehen würde. Die als im Einzelnen nicht schwer genug an-

gesehenen mutmasslichen Vertragsverstösse erreichen durch deren blosser Kumulation nicht automatisch eine höhere Intensität, zumal sich die Vorwürfe auf einen gewissen Zeitraum verteilen. Entscheidender ist vielmehr, ob aus der Kombination der Vorfälle eine eigentliche systematische Missachtung des Vertrages ersichtlich wird, welche in einer einzelnen Betrachtung nicht zutage treten kann, und ob durch wiederholte Verstösse in gleicher Hinsicht trotz entsprechender Abmahnungen die Aussicht auf eine mögliche Verhaltensänderung der Beklagten oder auf eine gütliche Einigung für die Klägerin illusorisch erscheinen musste.

Die behauptete Verletzung im Zusammenhang mit der Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe betrifft ein Zigarettenprojekt, welches die Beklagte ohne Einbezug der Klägerin habe in Angriff nehmen wollen. Dazu sei es jedoch nie gekommen und die Beklagte habe sich bei der Klägerin entschuldigt, worauf beide Parteien ihre Bereitschaft zur weiteren Zusammenarbeit bekräftigt hätten (act. 1 S. 13 f.). Dieser behaupteten Vertragsverletzung kann daher auch im Zusammenwirken mit den weiteren Vorwürfen der Klägerin eine nur sehr untergeordnete Bedeutung zukommen, zumal die angeblichen späteren Verletzungen sich gerade nicht mehr auf Zigarettenprojekte oder die Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe beziehen und das vorliegende Projekt gemäss klägerischer Sachdarstellung in der Folge von der Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe ohnehin auf Eis gelegt worden sei (act. 22 S. 96), weshalb es sich nicht massgeblich auf den Umsatz der Klägerin ausgewirkt hat bzw. hätte.

Die übrigen in die Gesamtsicht einzubeziehenden Verletzungen des SRA betreffen allesamt das Geschäft mit Wasserpfeifentabak, mehrheitlich in Bezug auf das Unternehmen V.\_\_\_\_\_. Die vorgeworfenen Reputationsschädigungen wiegen – wie bereits ausgeführt – für sich genommen nicht schwer, sofern überhaupt ein herabsetzender Charakter der Äusserungen anzunehmen wäre. Dies ändert sich auch in Koexistenz mit den anderen Behauptungen nicht. Einerseits handelt es sich dort um gänzlich andere Sachverhalte (Verkäufe von Aromastoffen, Informationspflichten, Vertragsauslegung) und andererseits beschlagen die vereinzelt, sich angeblich herabmindernd auswirkenden Äusserungen der Beklagten die Klägerin nicht in ihrer vertraglichen Zuständigkeit für das Vermitteln von Aromastoffen zum Zwecke der Aromatisierung von Tabak. Die übrigen in Bezug auf den

Markt von Wasserpfeifentabak vorgebrachten Verletzungen, namentlich eine Informationspflichtverletzung betreffend das Projekt von V.\_\_\_\_ sowie Verkäufe von Aromastoffen an/über W.\_\_\_\_, V.\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_/R.\_\_\_\_, sind – wie bereits unter Ziff. 3.3.6.3.c und Ziff. 3.3.6.4. dargelegt – im Vergleich zum Hauptgeschäft der Klägerin hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung als eher gering einzustufen. Auch die vorgeworfene falsche Vertragsauslegung bezieht sich auf die Rolle der Klägerin im Wasserpfeifentabakgeschäft. Gerade aber Verletzungen in ein und demselben Bereich von solch geringer Bedeutung lassen auch in ihrer Gesamtheit nicht den Eindruck gewinnen, es handle sich beim behaupteten Verhalten der Beklagten um eine systematische Aushöhlung des Vertrages, der noch eine Vielzahl anderer, wesentlichere Bereiche umfasst. Auch von einer Untergrabung der klägerischen Marktposition kann vor diesem Hintergrund keine Rede sein. Dafür betreffen die einzelnen Verletzungen einen schlicht zu wenig essenziellen Bereich.

Es trifft auch nicht zu, dass infolge des der Klägerin vertraglich zugesicherten Exklusivitätsrechts die Fortsetzung des Vertrages bei der geringsten Verfehlung gegen dieses Exklusivrechts ohne Weiteres als unzumutbar erschiene. Vielmehr können die meisten von der Klägerin vorgebrachten Verfehlungen erst aufgrund des Exklusivitätsrechts überhaupt eine Vertragsverletzung bilden und es ist auch bei der Beurteilung solcher Verletzungen gemäss den allgemeinen Regeln auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen. Zweifelsohne bildet die Zusage der Exklusivität auf einem regionalen Markt einen ganz erheblichen Vertragsbestandteil. Nun ist es aber nicht so, dass durch die vorliegend konkret geltend gemachten einzelnen Verstösse gegen dieses Exklusivitätsrecht, die zudem von den Angaben der Klägerin ausgehend (act. 1 S. 24, act. 22 S. 78 f.) wirtschaftlich nicht gravierend zu Buche schlugen, das Exklusivitätsrecht selber systematisch entzogen oder dem Vertrag gar der Boden weggezogen worden wäre, so dass sich allein schon aus deren Schwere ein Recht zur fristlosen Kündigung ergeben würde. Vielmehr kann und muss wie bezüglich der anderen Vertragsverletzungen auch im Rahmen des Zumutbaren zunächst der gegenseitige Austausch gesucht und mittels klarer Abmahnungen auf die Erfüllung des Vertrages

durch die Gegenseite hingewirkt werden, worauf im Nachfolgenden noch einzugehen sein wird (siehe Ziff. 3.3.9.5.).

#### **3.3.9.4. (Fehlende) Abmahnung**

Von der Beklagten wird die Behauptung der Klägerin anerkannt, der Geschäftsführer der Klägerin habe in den zitierten E-Mails vom 19. und 25. Dezember 2007, vom 2. und 29. März 2008 sowie vom 8. und 9. Juli 2008 seine Ablehnung zu bestimmten mutmasslichen Vorgehensweisen der Beklagten ausgedrückt und seine Rechte vorbehalten (act. 27 S. 33). Durch diese E-Mails ist der Rügefunktion hinsichtlich der jeweils betroffenen behaupteten Vertragsverletzung Genüge getan, dokumentieren solch ablehnende Meinungsäusserungen doch klar das fehlende Einverständnis der Klägerin mit dem Vorgehen der Beklagten. Eine ausdrückliche Androhung der fristlosen Vertragsauflösung (Warnfunktion) erfolgte in den in der Klageschrift wiedergegebenen Passagen allerdings nicht und wird auch nicht behauptet. Vielmehr wird von der klägerischen Seite argumentiert, durch den Hinweis auf die vertraglichen und gesetzlichen Rechte habe sich die Klägerin die sofortige Kündigung aus wichtigen Gründen vorbehalten (act. 22 S. 61). Es trifft zwar zu, dass die fristlose Kündigung ein vertragliches und gesetzliches Recht der Klägerin darstellt und insofern im Hinweis der Klägerin enthalten ist. Dies gilt aber auch für mannigfaltige andere Rechte, auf welche die Klägerin in den gegebenen Zusammenhängen hätte Bezug nehmen können, so beispielsweise das klägerische Exklusivitätsrecht, das Informationsrecht oder auch der Anspruch auf Provision. Es konnte daher der Beklagten nach Treu und Glauben keineswegs klar sein, dass die Klägerin mit dem pauschalen Verweis auf ihre gesetzlichen und vertraglichen Rechte ausgerechnet die fristlose Kündigung in Aussicht habe stellen wollen. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den vorliegend im Raum stehenden Vertragsverletzungen – wie bereits dargestellt – eben nicht um solche besonders schwerer Natur handelte. Eine eigentliche Androhung der fristlosen Kündigung ist daher dem Vorbehalt der vertraglichen und gesetzlichen Rechte nicht zu entnehmen, weshalb in den behaupteten schriftlichen Äusserungen der Klägerin die erforderliche Warnfunktion nicht genügend zum Ausdruck kommt.

Die weitere Behauptung der Klägerin, ihr Geschäftsführer habe bereits am 25. Januar 2008 anlässlich eines Treffens in C.\_\_\_\_\_ mit M.\_\_\_\_\_ unmissverständlich mit der sofortigen Kündigung gedroht (act. 22 S. 61, act. 31 S. 16), kann aus verschiedenen Gründen nicht als genügende Abmahnung der Kündigung vom 29. Juli 2008 dienen. Dabei ist der Zeitpunkt und der Inhalt dieser behaupteten Androhung von ausschlaggebender Bedeutung. Die Klägerin hatte nach ihren eigenen Behauptungen am 25. Januar 2008 lediglich Kenntnis von den geltend gemachten Vertragsverletzungen betreffend die Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe (siehe dazu Ziff. 3.3.1. hiervor). Dagegen habe sich das übrige vertragswidrige Verhalten der Beklagten im Wesentlichen erst später, hauptsächlich im Juli 2008, offenbart (vgl. act. 22 S. 48 ff. und S. 69 Rz 170). Der Anlass für die behauptete Kündigungsandrohung konnte demnach lediglich das Zigarettenprojekt der Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe gewesen sein. Die diesbezügliche Meinungsverschiedenheit wurde jedoch unbestritten in der Folge durch eine Entschuldigung der Beklagten, welche die Klägerin akzeptierte (act. 1 S. 13 f.), ausgeräumt. Daraufhin erfolgte am 25. Januar 2008 gemäss klägerischer Behauptung die mündliche Abmahnung. Hernach fand – ebenso von der Klägerin angeführt (act. 1 S. 14) – am 29. Januar 2008 ein Treffen der Vertreter beider Parteien statt, anlässlich dessen die Bereitschaft zur weiteren Zusammenarbeit und Ausweitung des Geschäfts bekräftigt worden sei. Ein späteres Berufen der Klägerin auf Gründe, in deren Kenntnis sie sich bereit erklärt hat, mit der Beklagte weiter zusammenzuarbeiten und die Geschäftstätigkeit sogar noch auszuweiten, ist grundsätzlich nicht möglich (vgl. BGE 99 II 310 und die Erwägungen oben unter Ziff. 3.3.1.3.). Auch eine allfällig auf eine solche bereinigte Situation Bezug nehmende Abmahnung kann nicht als Grundlage für eine fristlose Kündigung ein halbes Jahr später herangezogen werden, zumal der Vorfall – wie bereits dargelegt (Ziff. 3.3.1.3.) – als solcher nicht besonders schwer wog und in der Folge bei den weiteren Unstimmigkeiten gemäss den jeweiligen klägerischen Behauptungen weder auf diese Androhung zurückgekommen noch diese aktualisiert wurde (siehe auch die behaupteten Mahnungen vom 2. und 29. März 2008 sowie 8. und 9. Juli 2008; vgl. auch Streiff/Von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 337).

Ferner wird aus der behaupteten Äusserung, der Vertrag werde gekündigt, "wenn die Beklagte weiterhin gegen den Vertrag verstosse" (act. 22 S. 61 N 147), keineswegs klar, auf welches (mutmassliche) Verhalten der Beklagten die Klägerin genau Bezug nimmt, weshalb auch nicht konkret daraus hervorgeht, auf welche zukünftigen Verhaltensweisen abgezielt wird (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4C.187/2004 vom 5. Juli 2004, E.5.1, sowie 4C.364/2005 vom 12. Januar 2006, E.2.3). Zumindest deutet der enthaltende Ausdruck "weiterhin" auf eine Fortsetzung eines bestehenden Zustands hin. Ein solcher mutmasslich bestehender Zustand wurde jedoch durch das spätere Treffen der Vertreter beider Parteien am 29. Januar 2008 mit der entsprechenden Bekräftigung der Zusammenarbeit abgelöst. Zudem ist festzuhalten, dass die mutmasslichen in der Folge stattfindenden Vertragsverletzungen andere Sachverhalte als eine Zusammenarbeit mit der Z.\_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe oder Zigarettenprojekte betrafen, nämlich das Wasserpfeifengeschäft. Der behaupteten Äusserung des Geschäftsführers der Klägerin gegenüber M.\_\_\_\_\_ vom 25. Januar 2008 kann nach dem Ausgeführten keine entscheidende Bedeutung zukommen. Es besteht auch kein nachvollziehbarer Grund seitens der Klägerin, sich nach der behaupteten Abmahnung im Januar 2008 sowie den folgenden angeblichen Vertragsverletzungen der Beklagten erst am 29. Juli 2008 zur Annahme veranlasst zu sehen, die Beklagte habe das damals beanstandete Verhalten nicht geändert und es sei daher von einer Unzumutbarkeit der Fortführung des Vertragsverhältnisses auszugehen. Ob M.\_\_\_\_\_ angesichts des ständigen Kontaktes der Klägerin zu anderen Exponenten der Beklagten, bei welchen auch die jeweiligen behaupteten Rügen per E-Mail angebracht worden seien, überhaupt zuständig für den Empfang einer solchen behaupteten Androhung gewesen wäre (vgl. act. 27 S. 34 Rz. 115 und act. 31 S. 16), kann somit dahingestellt bleiben.

Schliesslich sind auch keine anderen Umstände ersichtlich oder behauptet, aus welchen sich für die Beklagte ergeben hätte, dass im Juli 2008 mit einer fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses gerechnet werden musste, betrafen doch sämtliche weiteren Vertragsverletzungen das Geschäft mit Aromastoffen im Zusammenhang mit Wasserpfeifentabak, welches nach den von der Klägerin behaupteten Umsatzzahlen einen äusserst geringen Umfang aufwies (siehe oben).

Eine genügende Androhung der fristlosen Kündigung war daher vorliegend keineswegs entbehrlich. Die Intensität der behaupteten Vertragsverletzungen ist auch nicht mit dem von der Klägerin in diesem Zusammenhang angeführten obergerichtlichen Entscheid vom 18. Dezember 1984 (ZR 85 [1986] Nr. 30, act. 22 S. 69) vergleichbar bzw. gleichzusetzen. Im zitierten Entscheid handelte ein Arbeitnehmer wiederholt der ausdrücklichen Weisung des Arbeitgebers zuwider und liess sich auch durch den Beizug eines Polizeibeamten nicht davon abbringen, weshalb gemäss Erwägungen des Obergerichts auf eine vorgängige Androhung der fristlosen Kündigung verzichtet werden konnte.

#### **3.3.9.5. Fristlose Kündigung als ultima ratio**

Gerade auch im Rahmen einer Gesamtsicht der behaupteten Vertragsverletzungen ist für die Beurteilung der Frage der fristlosen Vertragsauflösung beachtlich, ob die Klägerin alle ihr zumutbaren anderweitigen Mittel ausgeschöpft hat. Wie bereits ausgeführt (vgl. Ziff. 3.3.6.3.c) kommen in einer langjährigen Vertragsbeziehung gewisse Probleme und Unstimmigkeiten erfahrungsgemäss vor, wobei diese regelmässig durch ein kooperatives Suchen nach Lösungen beider Parteien zu überwinden sind. So konnte auch die Meinungsverschiedenheit betreffend das Zigarettenprojekt der Z. \_\_\_\_\_ Unternehmensgruppe durch ein persönliches Gespräch von Vertretern der Parteien bereinigt werden (act. 1 S. 13 f.). Auch in Anbetracht des Umstands, dass die Differenzen in der Folge das Wasserpfeifentabakgeschäft betrafen, mithin einen anderen Bereich, wäre ein Bemühen der Klägerin um Bereinigung durchaus nicht von vornherein als aussichtslos zu betrachten gewesen. Ein solches konstruktives Streben um Problemlösung oder ein Scheitern solcher Bemühungen wird aus den Vorbringen der Klägerin nicht genügend ersichtlich, als dass für sie nur noch die fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses in Betracht gekommen sei. Insbesondere geht ein solches Bemühen oder Scheitern nicht bereits aus den von der Klägerin behaupteten Abmahnungen hervor, in welchen diese lediglich ihr fehlendes Einverständnis zum Ausdruck bringt und ihre (Kündigungs-)Rechte vorbehält (act. 22 S. 60 f.). Beispielsweise wurde auch eine vermittelnde Reaktion auf das E-Mail der Beklagten vom 17. Juli 2008 (act. 3/28) nicht dargelegt, die sich nicht allein deswegen erübrigt, da die Klägerin mit den darin aus ihrer Sicht vertretenen Positionen der Beklagten offen-

sichtlich nicht einverstanden war (act. 22 S. 101 Rz 264). Eine unheilbare Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien ist ohne Weiteres nicht ersichtlich und die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses kann auch vor diesem Hintergrund nicht als unzumutbar angesehen werden.

An dieser Zumutbarkeit vermag auch die restliche Vertragslaufzeit von vier Jahren nichts zu ändern. Die Klägerin bringt ferner vor, eine Partei sei eher zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt, wenn der Vertrag nicht mit einer ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt werden könne, sondern für eine feste Laufzeit abgeschlossen worden sei. Vorliegend sei der Vertrag zwischen den Parteien auf fünf Jahre befristet worden und der nächste ordentliche Kündigungszeitpunkt sei im Sommer 2008 noch vier Jahre entfernt gewesen (act. 22 S. 64). Dies wird von der Beklagten im Grundsatz nicht bestritten (act. 27 S. 36 Rz 121). Jedoch auch die Restlaufzeit des Vertrages von vier Jahren lässt im vorliegenden Fall – und nur auf diese Einzelfallbetrachtung kommt es an – in Anbetracht der gesamten vertraglichen Geschäftstätigkeit mit der Beklagten (seit Ende 1997/Anfang 1998), die ferner gemäss der Klägerin bis ins Jahr 2007 zu keinerlei Beanstandungen Anlass gegeben habe (act. 1 S. 11, act. 22 S. 39), sowie der fehlenden Schwere der geltend gemachten Verletzungen die Fortsetzung des Vertrages für die Klägerin nicht als unzumutbar erscheinen.

#### **3.4. Fazit**

Eine Gesamtbetrachtung der von der Klägerin geltend gemachten Vertragsverletzungen (mit Ausnahme der gänzlich unsubstantiiert gebliebenen Abwerbungsversuche durch die Beklagte gegenüber H.\_\_\_\_\_, Ziff. 3.3.3.) ergibt, dass die vorgebrachten Verhaltensweisen der Beklagten weder einzeln betrachtet noch insgesamt gesehen geeignet sind, die fristlose Auflösung des Vertrages durch die Klägerin vom 29. Juli 2008 zu rechtfertigen. Somit erübrigt sich die Abnahme von Beweisen und es kann auch offen bleiben, ob die Klägerin die Kündigung rechtzeitig oder verspätet ausgesprochen hat (vgl. dazu die Ausführungen beider Parteien in act. 22 S. 62 sowie act. 27 S. 35 f.).

#### **4. Entgangener Gewinn**

**4.1.** Die Klägerin macht gestützt auf Art. 418r Abs. 2 in Verbindung mit Art. 337b Abs. 1 OR geltend, sie sei aufgrund ihrer berechtigten Kündigung von der Beklagten so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordentlich beendet worden wäre (Erfüllungsinteresse). Mithin sei ihr der entgangene Gewinn bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin zu ersetzen, welcher sich insgesamt auf Fr. 2'607'510.25 (eventualiter EUR 1'601'246.–) belaufe. Die Angemessenheit der gesetzlichen Regelung werde auch von der vereinbarten Ziff. 16 Abs. 3 in Verbindung mit Ziff. 17 SRA bestätigt, in welcher festgehalten werde, dass die Klägerin eine Entschädigung für den entgangenen Gewinn aus ihrer Tätigkeit bis zum Ende des Vertrages erhalte, wenn die Beklagte den Vertrag beenden würde. Durch die andauernden und für die Klägerin untragbar gewordenen Vertragsverletzungen der Beklagten habe diese den Vertrag indirekt beendet, da es für die Klägerin keine Möglichkeit der Weiterführung gegeben habe (act. 1 S. 31 ff., act. 22 S. 78). Die Beklagte weist den geltend gemachten Anspruch von sich, im Wesentlichen da die Klägerin den Vertrag ohne wichtigen Grund, ohne vorherige Abmahnung und nach zu langer Bedenkzeit gekündigt habe, was ihrerseits eine Vertragsverletzung darstelle (act. 7 S. 31 f., act. 27 S. 36 f.).

**4.2.** Liegt der wichtige Grund zur fristlosen Auflösung des Agenturverhältnisses im vertragswidrigen Verhalten einer Vertragspartei, so hat diese vollen Schadenersatz zu leisten (Art. 418r Abs. 2 in Verbindung mit Art. 337b Abs. 1 OR). Es muss demnach zur Auslösung der Schadenersatzpflicht ein wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses vorliegen und dieser in der schuldhaften Vertragsverletzung des anderen Teils bestehen (vgl. ZK-Bühler, N 12 zu Art. 418r OR mit weiteren Hinweisen; BSK OR I-Portmann, N 1 ff. zu Art. 337b).

**4.3.** Zunächst ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass das ursprünglich bestehende Agenturverhältnis durch die fristlose Kündigung der Klägerin vom 29. Juli 2008 – ungeachtet der Frage der Rechtfertigung dieser Kündigung – beendet wurde. Bereits dargelegt wurde, dass die von der Klägerin geltend gemachten Vertragsverletzungen der Beklagten die fristlose Kündigung der Klägerin nicht zu rechtfertigen vermögen (siehe oben Ziff. 3.4.). Es liegt somit gerade kein wichtiger Grund vor, an welchen die Regelung von Art. 337b OR aber anknüpft

(vgl. dazu auch Streiff/Von Kaenel, a.a.O., N 1 zu Art. 337b OR). Die fristlose Auflösung des Vertrages durch die Klägerin ohne wichtigen Grund hat vielmehr als ungerechtfertigt zu gelten, weshalb der Beklagten daraus kein Vorwurf zu machen ist. Daher kommt ihr auch kein Anspruch auf Ersatz eines allfällig entgangenen Gewinns aus Art. 418r Abs. 2 in Verbindung mit Art. 337b Abs. 1 OR zu und ein solcher kann sich auch nicht aus Abs. 2 der letztgenannten Bestimmung ergeben. Vielmehr wäre für die Konstellation des fristlos kündigenden Agenten ohne wichtigen Grund Art. 337d OR vergleichend heranzuziehen, der allerdings keine Grundlage für allfällige Schadenersatzansprüche des ungerechtfertigt kündigenden Agenten vorsieht. Ferner kann sich aus einer solch ungerechtfertigten Kündigung durch die Klägerin auch kein Anspruch aus Ziff. 16 Abs. 3 in Verbindung mit Ziff. 17 SRA herleiten, hat doch die Beklagte weder den Vertrag gekündigt noch die fristlose Kündigung der Klägerin verursacht. Es erübrigt sich somit, auf die weiteren Vorbringen der Parteien zur möglichen Bestimmung eines der Klägerin allfällig entgangenen Gewinns einzugehen (act. 22 S. 12 ff. und 71 ff., act. 27 S. 8 ff. und 36 ff., act. 31 S. 5 ff. und 18 f., act. 35 S. 4 ff.). Aufgrund des Ausgeführten ist die Klage im Umfang von Fr. 2'607'510.25 (eventualiter EUR 1'601'246.–) abzuweisen.

## **5. Kundschaftsentschädigung**

**5.1.** Die Klägerin stützt sich im Weiteren auf Art. 418u OR und macht unter diesem Titel CHF 405'109.– (eventualiter EUR 248'773.–) an Kundschaftsentschädigung geltend. Aufgrund des zwingenden Charakters der genannten Bestimmung sei ferner die in Ziff. 17 Abs. 1 SRA vereinbarte "Wegbedingung" der Kundschaftsentschädigung nur insofern beachtlich, als zur Beurteilung der Frage, ob eine Kundschaftsentschädigung geschuldet sei, (lediglich) auf die Steigerung des Verkaufsvolumens in der Periode von 1997 bis 2007 abzustellen sei (act. 1 S. 35 f., act. 22 S. 74 ff.).

**5.2.** Die Beklagte bringt dagegen im Wesentlichen einerseits vor, sie habe eine allfällige Kundschaftsentschädigung bereits geleistet, wofür Ziff. 17 Abs. 1 SRA eine Bestätigung darstelle. Dem stehe auch die zwingende Natur von Art. 418u OR nicht entgegen. Andererseits habe die Klägerin durch ihre ungerechtfertigte

Kündigung die Beendigung des Agenturverhältnisses selber zu vertreten, weshalb ihr keine Entschädigung zukomme. Schliesslich liege keine wesentliche Erweiterung der für die Beklagte geworbenen Kundschaft vor (act. 7 S. 38 ff., act. 27 S. 38 f.).

**5.3.** Nach Art. 418u OR hat der Agent, soweit es nicht unbillig ist, Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, wenn er den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat und Letzterem aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile erwachsen. Die Kundschaftsentschädigung stellt einen Ausgleich für den Geschäftswert, den der Auftraggeber nach Beendigung des Vertrags weiter nutzen kann, dar (Urteil des Bundesgerichts 4A\_61/2008 vom 22. Mai 2008, E. 4.1; BGE 122 III 66 E. 3d S. 72). Diese Regelung bildet im schweizerischen Recht eine Ausnahme und das Bundesgericht hat in der Zusprechung und Bemessung der Kundschaftsentschädigung für Agenten immer wieder äusserste Zurückhaltung gezeigt (BSK OR I-Wettenschwiler, N 1 zu Art. 418u mit weiteren Hinweisen). Kein Anspruch auf Kundschaftsentschädigung besteht dagegen, wenn das Agenturverhältnis aus einem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat (Art. 418u Abs. 3 OR). Darunter fallen unter anderem die Konstellationen, in denen der Agent dem Auftraggeber einen begründeten Anlass zur Kündigung gibt oder den Vertrag ohne begründeten Anlass selber kündigt, wobei es sich nicht notwendigerweise um eine fristlose Auflösung des Vertrages handeln und daher auch der Begriff des begründenden Anlasses nicht die Intensität eines wichtigen Grundes für eine fristlose Kündigung erreichen muss (ZK-Bühler, N 60 zu Art. 418u OR mit weiteren Hinweisen; BSK OR I-Wettenschwiler, N 3 zu Art. 418u).

**5.4.** Die Klägerin kündigte den Agenturvertrag fristlos per 29. Juli 2008 ohne einen wichtigen Grund für die sofortige Vertragsauflösung, weshalb sich die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt erweist (siehe oben Ziff. 3.4.). Damit erfolgte die klägerische Kündigung in ihrer fristlosen Form aber auch zweifelsohne ohne begründeten Anlass auf Seiten der Beklagten und die Klägerin hat den Grund der Auflösung, nämlich die ungerechtfertigte fristlose Kündigung des Agenturverhältnisses, zu vertreten. Davon zu unterscheiden ist die (hypothetische) Frage, ob

sich die Klägerin im Lichte der Rechtsprechung und Lehre zu Art. 418u Abs. 3 OR im Falle einer – allfällig vertraglich eingeräumten – ordentlichen Kündigung auf die behaupteten Vertragsverletzungen als begründeten Anlass hätte berufen können, um den Anspruch auf Kundenentschädigung trotz ihrer Kündigung zu behalten. Dies kann aber – wie ausgeführt – vorliegend dahingestellt bleiben, da der Vertrag durch die Klägerin mangels wichtiger Gründe ungerechtfertigt fristlos aufgelöst wurde, worauf die Klägerin zu behaften ist. Deshalb bleibt gemäss Art. 418u Abs. 3 OR kein Raum für die Zusprechung einer Kundschaftsentschädigung. Im Weiteren kann daher auch offen bleiben, welche Wirkung der "Wegbedingung" in Ziff. 17 Abs. 1 SRA zukommt und ob die übrigen Voraussetzungen von Art. 418u Abs. 1 OR gegeben wären (vgl. dazu die Ausführungen der Parteien in act. 1 S. 34 ff., act. 7 S. 38 ff. und 47 ff., act. 22 S. 74 ff., act. 27 S. 38 f., act. 31 S. 10 f.). Die Klage ist daher auch im Umfang von Fr. 405'109.– (eventualiter EUR 248'773.–) abzuweisen.

## **6. Schadenersatz**

**6.1.** Die Klägerin verlangt überdies von der Beklagten gestützt auf Art. 97 in Verbindung mit Art. 418a ff., insbesondere Art. 418m OR Schadenersatz in der Höhe von Fr. 6'082.75 (eventualiter EUR 3'820.50). Die Beklagte habe entgegen der vertraglichen Vereinbarung zugegebenermassen in den Jahren 2007 und 2008 Tabakaromastoffe verkauft, weshalb der Klägerin zusätzliche Einnahmen entgangen seien. W.\_\_\_\_\_ habe dem E-Mail der Beklagten vom 20. März 2008 zufolge im Jahr 2007 EUR 26'644.75 und im Jahr 2008 EUR 11'560.– umgesetzt. Gemäss Ziff. 2 SRA Amendment 2 stünden der Klägerin 10% des Umsatzes aus Geschäften zu, die in CC.\_\_\_\_\_ mit anderen Kunden als mit H.\_\_\_\_\_ abgeschlossen würden, mithin EUR 3'820.50. Diesen Betrag hätte die Klägerin von der Beklagten erhalten (act. 1 S. 24 f. und 36 f., act. 22 S. 79 und 119).

**6.2.** Die Beklagte hält dem entgegen, der von der Klägerin geltend gemachte Betrag berechne sich aus Umsätzen betreffend zwei Kunden aus dem Wasserpfeifensegment, welche von W.\_\_\_\_\_ mit Aromastoffen und ohne Kenntnis der Beklagten beliefert worden seien. Daraus könne der Beklagten kein Vorwurf gemacht werden, unter anderem da ihr das Verhalten von W.\_\_\_\_\_ nicht anzurechnen

nen sei. Ferner sei die Klägerin der Aufforderung des Handelsgerichts nicht nachgekommen, die vertragsbrüchigen Handlungen und Entscheide der Beklagten zu substantiieren (act. 7 S. 37 f. in Verbindung mit S. 15 ff. Rz 45-53, act. 27 S. 36 ff. und 43, insb. Rz 157).

**6.3.** Die Klägerin beziffert ihre im Rechtsbegehren eingeklagte Forderung, soweit sie Schadenersatz betrifft, mit Fr. 6'082.75 (eventualiter EUR 3'820.50) gestützt auf behauptete Umsatzzahlen von W.\_\_\_\_\_. Die genaue Bezifferung bzw. Berechnung des mutmasslichen Schadensbetrages lässt jedoch nicht darüber hinwegsehen, dass sich die erhobene Forderung ansonsten weitgehend als ungenügend substantiiert erweist. Diesbezüglich ist vorab auf die Erwägungen zu verweisen, die bereits zur behaupteten Vertragsverletzung der Beklagten in Bezug auf Verkäufe an W.\_\_\_\_\_ und/oder Q.\_\_\_\_\_/R.\_\_\_\_\_ ausgeführt wurden (siehe oben Ziff. 3.3.6.3.). Die Beklagte behauptet zwar, W.\_\_\_\_\_ habe (Tabak)Aromastoffe an Q.\_\_\_\_\_/R.\_\_\_\_\_ verkauft und dadurch bestimmte Umsätze erzielt. Das behauptete Verhalten von W.\_\_\_\_\_ bzw. deren Umsatz mit Kunden kann jedoch – wie bereits ausgeführt – der Beklagten nicht angelastet werden, solange keine entsprechenden Weisungen gegenüber W.\_\_\_\_\_ konkret substantiiert werden, was nicht der Fall ist. Überdies wird in keiner Weise dargelegt, woraus auf ein Wissen der Beklagten um die behaupteten Vorgänge geschlossen werden und wodurch diese ihr vorgängiges Einverständnis mit dem allfälligen Vorgehen von W.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck gebracht haben soll. Auf der anderen Seite wird auch nicht näher darauf eingegangen, welche Aromastoffe in welchen Mengen wann von der Beklagten selber an W.\_\_\_\_\_ geliefert worden seien. Dies spielt namentlich eine Rolle, da sich gestützt auf die von der Klägerin vorgebrachten Übernahme durch die Beklagte von S.\_\_\_\_\_, deren Vertriebspartner bis anhin W.\_\_\_\_\_ gewesen sei (act. 1 S. 12 f., act. 7 S. 15), auch noch Bestände aus dieser Zeit im Lager von W.\_\_\_\_\_ befunden haben können. Ein blosser Hinweis auf ein E-Mail, welches mutmasslich eine Liste des Lagers von W.\_\_\_\_\_ enthält, reicht nicht aus, um allenfalls gegen das SRA verstossende Verkäufe von der Beklagten an W.\_\_\_\_\_ substantiiert zu behaupten. An dieser fehlenden Substantiierung vermag auch die behauptete theoretische Haltbarkeit einzelner Aromastoffe (act. 22 S. 93 Rz 243 und S. 97 Rz 256) nichts zu ändern.

Hinzu kommt, dass die Klägerin mit Verfügung vom 6. Oktober 2009 sowohl in allgemeiner wie auch in konkreter Hinsicht auf eine entsprechende Pflicht zur Substantiierung der einzelnen Vertragsverletzungen hingewiesen worden war, indem sie aufgefordert wurde, darzutun, welche konkreten vertragliche Pflichten die Beklagte durch welche konkreten Handlungen und Entscheidungen welcher Person verletzt habe (Prot. S. 10 f.). Dieser Pflicht kam sie jedoch nicht genügend nach. Schliesslich ist erneut darauf hinzuweisen, dass es nicht hinreichend ist, wenn sich die genauen Behauptungen erst aus dem Beweisverfahren ergeben könnten. Insofern die Klägerin also die Edition aller Verkaufsunterlagen über Verkäufe der Beklagten von Tabakaromastoffen als Beweis offeriert und einen Nachklagevorbehalt in Bezug auf sich allenfalls noch ergebende Verkäufe durch die Beklagte anbringt (act. 1 S. 37, act. 22 S. 59), ist dies für die Beurteilung der Substantiierung des vorliegend anhängig gemachten bezifferten Rechtsbegehrens (act. 1 S. 2; vgl. auch act. 22 S. 2) unbeachtlich. Nach dem in Klage gesetzten Rechtsbegehren handelt es sich nämlich gerade nicht um eine sog. Stufenklage, in welcher ein Antrag auf Rechenschaftsablage mit einem (zunächst) unbezifferten Anspruch auf Geldleistung verbunden wird. Zusammengefasst ist daher zu konstatieren, dass die Vorbringen der Klägerin sowohl hinsichtlich des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs als auch hinsichtlich eines grundsätzlich ebenso denkbaren Provisionsanspruches gestützt auf Art. 418g OR ungenügend substantiiert wurden, weshalb die Klage schliesslich auch in diesem Punkt, d.h. im Umfang von Fr. 6'082.75 (eventualiter EUR 3'820.50), abzuweisen ist.

## **7. Streitwert / Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### **7.1. Streitwert**

Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren der Klägerin zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin anlässlich der Replik zusätzlich begehrte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr alle Verkäufe von Aromastoffen, die für Tabakprojekte in CC.\_\_\_\_\_ seit dem Jahr 2007 verwendet wurden, offenzulegen (act. 22 S. 2). Dieser Anspruch ruht letztlich auch im Vermögensrecht (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, N 2 f. zu § 22 ZPO mit weiteren Hinweisen), weshalb in

Ermangelung von Parteiangaben das Gericht den darauf entfallenden Streitwert nach freiem Ermessen zu bestimmen hat (§ 22 Abs. 2 ZPO). In Anbetracht des Umstands, dass vorliegend unrichtig abgerechnete Provisionen (in Form von Schadenersatz, Fr. 6'082.75) einen nur sehr marginalen Anteil am insgesamt eingeklagten Geldbetrag nach Ziff. 1 des Rechtsbegehrens ausmachen, das wirtschaftlich verfolgte Interesse der Klägerin darüber hinaus nur schwer abschätzbar ist und es sich im Übrigen um keine Stufenklage handelt, ist in Bezug auf das (neue) Rechtsbegehren 2 von einem Streitwert von CHF 100'000.– auszugehen. Der Streitwert der vorliegenden Klage beträgt somit gesamthaft CHF 3'118'702.– (vgl. act. 1 S. 2, act. 22 S. 2).

Der für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln relevante Streitwert bestimmt sich nach den Verhältnissen zur Zeit der Fällung des angefochtenen Entscheides (§ 18 Abs. 2 ZPO) bzw. nach den Begehren, die strittig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Er beträgt somit ebenfalls CHF 3'118'702.–.

## **7.2. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Ob- siegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO). Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Die Klägerin unterliegt im vorliegenden Prozess, weshalb sie der Beklagten entsprechend kosten- und entschädigungspflichtig wird. Es war zwar kein Beweisverfahren notwendig, allerdings fand am 2. Oktober 2009 eine fast dreieinhalbstündige Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung statt, die Replik erwies sich mit 126 Seiten zuzüglich Beilagen als eher umfangreich (act. 22 und 23/1-47) und schliesslich erfolgte ein Schriftenwechsel zu den Noven (act. 31 und 35). Somit ist der bisherige Aufwand des Gerichtes indessen gleichwohl als beträchtlich einzu- stufen, weshalb es gerechtfertigt erscheint, die ordentliche Gerichtsgebühr um 1/3 zu erhöhen (§ 2 und § 4 Abs. 2 der Verordnung über die Gerichtsgebühren). An- gesichts der soeben dargestellten Umstände (Referentenaudienz, nachfolgende Schriftenwechsel) ist sodann von einer Prozessentschädigung von 150% der

Grundgebühr auszugehen (§ 2 und § 4 der Verordnung über die Anwaltsgebühren). Nicht berücksichtigt sind dabei die Gerichtskosten sowie die Prozessentschädigung im Zusammenhang mit dem Beschluss vom 19. März 2009 betreffend die Einrede der Unzuständigkeit, welche dort gesondert veranschlagt und der Beklagten auferlegt wurden (Prot. S. 5).

**Demgemäss beschliesst das Gericht:**

1. Die Klageänderung des Rechtsbegehrens 2 gemäss act. 22 wird nicht zugelassen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Sodann erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 69'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 79'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Matthias-Christoph Henn