



Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Dr. George Daetwyler, die Handelsrichterin Ursula Suter, die Handelsrichter Martin Hablützel und Fabio Oetterli sowie die Gerichtschreiberin Claudia Feier

## Urteil vom 16. April 2013

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ LTDA.,**  
Klägerin

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

gegen

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

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

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

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 67'502.15, zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 21.02.2011.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. "

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

**I. Einleitung und Sachverhalt**

1. Parteien

Die Klägerin ist eine 2003 gegründete und nach ... [dem] Recht [des Staates Z.\_\_\_\_\_] konstituierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in ... (Z.\_\_\_\_\_), welche Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Wirtschaftsinformationen und der Vermittlung von Geschäften erbringt (act. 3/4 und act. 16 S. 4 Ziff. 3). Bei der Beklagten handelt es sich um eine 1985 nach schweizerischem Recht gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, deren Zweck die Vermögensverwaltung und Anlageberatung für – auch im Ausland wohnhafte – Dritte sowie die Erbringung von Finanzdienstleistungen aller Art ist (act. 3/2 und act. 12 S. 3).

2. Sachverhaltsübersicht

2.1. Am 10. September 2003 schlossen die Parteien eine als "AGENCY AGREEMENT" bezeichnete Vereinbarung (act. 3/5). Darin verpflichtete sich die Klägerin im Wesentlichen zur Vertretung der Beklagten in Z.\_\_\_\_\_ und zur Vermittlung von in Z.\_\_\_\_\_ ansässigen Kunden mit Vermögenswerten in der Schweiz, die der Beklagten ein Vermögensverwaltungsmandat erteilen, sowie zu deren Betreuung (act. 3/5 lit. A und Ziff. 2.1 sowie act. 1 lit. B Ziff. 1). Die Beklagte verpflichtete sich im Gegenzug, der Klägerin quartalsweise einen Anteil von 3/8 an

den aufgrund dieser Vermögensverwaltungsmandate erzielten Einnahmen zu entrichten (act. 3/5 Ziff. 5.1). Für das letzte Quartal 2010 leistete die Beklagte diesen Anteil allerdings nicht mehr. Sie anerkannte zwar die Forderung der Klägerin im Grundsatz, stellte dieser aber eine Schadenersatzforderung zufolge Vertragsverletzung gegenüber (act. 1 lit. B Ziff. 2 und act. 12 Ziff. 23).

2.2. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Leistung des ausstehenden Anteils an den Verwaltungsgebühren für das letzte Quartal 2010 im Umfang von CHF 67'502.15 (act. 1 lit. B Ziff. 2). Die Beklagte ihrerseits beantragt die Abweisung der Klage zufolge Tilgung der Forderung durch Verrechnung mit ihrem Schadenersatzanspruch (act. 12 S. 2).

## **II. Prozessuales**

### **1. Prozessverlauf**

Am 2. November 2011 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klageschrift ein (act. 1). Nachdem die Klägerin der ihr auferlegten Pflicht zur Leistung von Sicherheiten für Gerichtskosten und Parteientschädigung nachgekommen war (Prot. S. 4-6), erstattete die Beklagte mit Eingabe vom 2. Februar 2012 die Klageantwort (act. 12). Am 19. März 2012 teilte die Klägerin mit, dass von ihr niemand zu einer Vergleichsverhandlung erscheinen werde, da ihre Vergleichsbereitschaft klein sei. Auf die Durchführung einer Vergleichsverhandlung wurde deshalb verzichtet (Prot. S. 9). Mit Verfügung vom 19. März 2012 wurde die schriftliche Fortsetzung des Verfahrens angeordnet (Prot. S. 10). In der Folge erstatteten die Parteien Replik (Eingabe vom 6. Juni 2012, act. 16) und Duplik (Eingabe vom 14. August 2012, act. 18). Mit Verfügung vom 20. Februar 2013 wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage des Verzichts auf eine Hauptverhandlung zu äussern (Prot. S. 13). Die Klägerin wünschte in der Folge die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung während die Beklagte auf eine solche verzichtete (act. 23 und 24). Am 16. April 2013 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. S. 14 f.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### 3. Zuständigkeit

3.1. Die Parteien haben eine schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, worin sie die Gerichte der Stadt Zürich unter Ausschluss anderer Gerichte für sämtliche Streitigkeiten in Zusammenhang mit der Vereinbarung für zuständig erklärten (act. 3/5 Ziff. 17.1). Zumindest eine Partei hat ihren Sitz im Hoheitsgebiet eines durch das LugÜ gebundenen Staates und es werden die Gerichte eines solchen Staates für zuständig erklärt. Die Voraussetzungen von Art. 23 Ziff. 1 LugÜ sind somit erfüllt, weshalb das Handelsgericht Zürich örtlich zuständig ist. Dieser Gerichtsstand entspricht im Übrigen auch dem ordentlichen Gerichtsstand am Sitz der Beklagten gemäss Art. 2 LugÜ in Verbindung mit Art. 112 IPRG.

3.2. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes ist ebenfalls gegeben, da die Beklagte im schweizerischen Handelsregister und die Klägerin in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist, die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betrifft und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

3.3. Das Rechtsbegehren der Beklagten lautet "*Die Klage sei – soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann – vollumfänglich abzuweisen.*" (act. 12 S. 2). Es sind indessen keine Nichteintretensgründe ersichtlich und solche werden von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. Auf die Klage ist somit einzutreten.

## III. Materielles

### 1. Provisionsanspruch der Klägerin

#### 1.1 Unbestrittener Sachverhalt

1.1.1. Am 10. September 2003 schlossen die Parteien einen als "AGENCY AGREEMENT" bezeichneten Vertrag (act. 3/5). Die Klägerin verpflichtete sich darin insbesondere zur Vertretung der Beklagten in Z.\_\_\_\_\_ "*for the purpose of carrying out, on behalf of B.\_\_\_\_\_, the Commercial Contacts*" (act. 3/5 Ziff. 2.1). Aus lit. A und Ziff. 1.1 der Vereinbarung ergibt sich, dass darunter vor allem die Anwerbung und Vermittlung von in Z.\_\_\_\_\_ ansässigen Kunden zu verstehen ist, die

bereits über Vermögenswerte in der Schweiz verfügen und wünschen, dass diese von der Beklagten verwaltet werden. Darüber hinaus gehörte es zu den Aufgaben der Klägerin, diese Kunden vor Ort zu betreuen (act. 1 lit. B Ziff. 1). Die Erbringung von Finanzdienstleistungen hingegen war vom Aufgabenbereich der Klägerin explizit ausgeschlossen (act. 3/5 Ziff. 2.2). Die Beklagte verpflichtete sich im Gegenzug, der Klägerin 3/8 der aufgrund der Vermittlungstätigkeit der Klägerin erzielten Einnahmen in Form von Verwaltungsgebühren (sog. Management Fees) zu vergüten (act. 3/5 Ziff. 5.1 und act. 1 lit. B Ziff. 1). Diese Beteiligung an den Einnahmen war quartalsweise geschuldet, wobei die Beklagte der Klägerin jeweils innert 15 Tagen nach Quartalsende eine Abrechnung über die vereinnahmten Verwaltungsgebühren zuzustellen hatte (act. 3/5 Ziff. 5.1 und 5.3). Die entsprechende Zahlung hatte bis zum letzten Arbeitstag des auf das Quartalsende folgenden Monats zu erfolgen (act. 3/5 Ziff. 7.1). Sodann unterwarfen sich die Parteien einem Konkurrenzverbot. Dieses sah vor, dass die Klägerin nur die Beklagte in Z.\_\_\_\_\_ vertreten und keine anderen Verträge abschliessen darf, worin sie sich verpflichtet, für Dritte ähnliche Dienstleistungen zu erbringen wie für die Beklagte (act. 3/5 Ziff. 3.1). Die Beklagte ihrerseits verpflichtete sich, keine anderen Verträge abzuschliessen, welche ihre Vertretung in Z.\_\_\_\_\_ und die Ausübung von "*Commercial Contacts*" in Z.\_\_\_\_\_ betreffen (act. 3/5 Ziff. 3.2). Bis in das Jahr 2010 wurde die Zusammenarbeit der Parteien vertragsgemäss abgewickelt. Der Vertrag wurde bis Ende 2010 von keiner Partei gekündigt (act. 12 Ziff. 13).

1.1.2. Im Januar 2011 kam die Beklagte weder ihrer Pflicht zur Abrechnung noch zur Zahlung betreffend das letzte Quartal 2010 nach, weshalb sie mit Schreiben der Klägerin vom 11. Februar 2011 aufgefordert wurde, ihr die Abrechnung bis spätestens 21. Februar 2011 zuzustellen (act. 1 lit. B Ziff. 2 und 3/6). Am 29. März 2011 bestätigte die Beklagte zwar einen ausstehenden Saldo zugunsten der Klägerin im Umfang von CHF 67'826.05, erhob aber ihrerseits aufgrund behaupteter Vertragsverletzungen eine Schadenersatzforderung gegen die Klägerin (act. 3/7). Mit Schreiben vom 20. April 2011 stellte sie der Klägerin eine detaillierte Abrechnung betreffend den ausstehenden Anteil an den Verwaltungsgebühren zu, welchen diese nun klageweise einfordert (act. 1 lit. B Ziff. 2). Die Beklagte bestreitet

die eingeklagte Forderung im Grundsatz nicht, macht aber geltend, die Forderung sei durch Verrechnung untergegangen (act. 12 Ziff. 23).

## 1.2. Anwendbares Recht

Die vorliegend zu beurteilenden Rechtsbeziehungen weisen einen Auslandsbezug auf, weshalb vorab die Frage nach dem anzuwendenden Recht zu klären ist. Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG unterstehen Verträge in erster Linie dem von den Parteien gewählten Recht. Die Parteien kamen vorliegend überein, dass schweizerisches Recht auf die Vereinbarung zur Anwendung gelangen soll ("*This Agreement shall be governed and construed in accordance with the laws of Switzerland*", act. 3/5 Ziff. 17.1). Diese Vereinbarung entspricht den Anforderungen gemäss Art. 116 Abs. 2 IPRG, weshalb schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt.

## 1.3. Würdigung

1.3.1 Wesentliche Merkmale der vorliegenden Vereinbarung sind einerseits die Vermittlung von Kunden durch die Klägerin für die Beklagte und andererseits die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin an den aufgrund der vermittelten Mandate erzielten Einnahmen zu beteiligen. Diese Konstellation von Vertragspflichten findet sich beim Agenturvertrag im Sinne von Art. 418a ff. OR wieder. Da die Klägerin die Kunden lediglich an die Beklagte zu vermitteln hat, jedoch selber keine Vertragsabschlüsse vornimmt, liegt eine Qualifikation als Vermittlungsagenturvertrag nahe. Der eingeklagte Anteil an den Einnahmen entspricht somit einer Vermittlungsprovision gemäss Art. 418g Abs. 1 OR. Die Klägerin hat sich gemäss Vertrag jedoch nicht auf reine Vermittlung zu beschränken, vielmehr wird der Vertrag um ein auftragsrechtliches Element ergänzt, indem die Klägerin die vermittelten Kunden auch vor Ort zu betreuen hat (act. 1 lit. B Ziff. 1 und act. 3/5 Ziff. 2.1). Aufgrund des gegenseitigen Konkurrenzverbotes ist sodann von einer (beidseitigen) Exklusivagentur auszugehen (act. 3/5 Ziff. 3.1 und 3.2). Soweit der Vertrag keine besonderen Anordnungen enthält, gelangen somit grundsätzlich die Bestimmungen des Agenturvertrages zur Anwendung.

1.3.2. Die Beklagte hat die eingeklagte Forderung im Grundsatz nicht bestritten. Die zugunsten der Klägerin ausstehende Provision ergibt sich im Übrigen auch aus den von der Beklagten eingereichten Unterlagen (act. 13/4). Sofern die nachfolgende Beurteilung der verrechnungsweise geltend gemachten Forderungen der Beklagten keine andere Schlussfolgerung notwendig machen, hat die Beklagte ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Leistung der ausstehenden Beteiligung nachzukommen. Gegen den von der Klägerin geltend gemachten Zins von 5 % seit dem 21. Februar 2011 erhebt die Beklagte keine Einwände. Bei Geldschulden ist ab Eintritt des Verzuges Verzugszins zu leisten (Art. 104 OR). Ist ein bestimmter Verfalltag vereinbart, gerät der Schuldner bereits nach dessen Ablauf in Verzug. Vorliegend haben die Parteien vereinbart, dass die Provision am letzten Arbeitstag des Monats, der auf das Ende eines Quartals folgt, zu leisten ist (act. 3/5 Ziff. 7.1). Dabei handelt es sich um einen Verfalltag, weshalb die Beklagte bereits mit Ablauf des 31. Januar 2011 in Verzug fiel. Der geltend gemachte (spätere) Beginn des Zinsenlaufes entspricht dem letzten Tag der Frist, welche die Klägerin der Beklagten für die Zustellung der Abrechnung angesetzt hat (act. 3/6). Zuzufolge der Dispositionsmaxime ist der Betrag von CHF 67'502.15 somit ab dem 21. Februar 2011 zu 5 % zu verzinsen.

#### 1.4. Zwischenergebnis

Vorbehältlich der nachfolgend zu prüfenden Verrechnungsforderung wäre die Klage im Umfang von CHF 67'502.15 zuzüglich 5 % Zins seit 21. Februar 2011 demnach gutzuheissen.

## 2. Verrechnung

2.1. Verrechnung setzt voraus, dass sich zwei gleichartige Forderungen gleichzeitig gegenüberstehen, wobei die Verrechnungsforderung fällig und klagbar sein muss. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, gehen Verrechnungs- wie Hauptforderung durch einseitige Willenserklärung des Verrechnenden bis zur Höhe des niedrigeren Forderungsbetrages unter (Art. 120 ff. OR). Die Verrechnungswirkung wird auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in dem sich die Forderungen erstmals zur

Verrechnung geeignet gegenüberstanden (sog. Verrechnungslage; Art. 124 Abs. 2 OR).

2.2. Die Verrechnung wurde seitens der Beklagten mit ihrer Klageantwort ausdrücklich erklärt (act. 12 Ziff. 24). Schadenersatzansprüche werden grundsätzlich mit ihrer Entstehung fällig (Art. 75 OR). Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe ihr im dritten und vierten Quartal 2010 Kunden abgeworben, worauf diese gekündigt hätten und per 1. Januar 2011 zu einem Konkurrenzunternehmen gewechselt seien (act. 12 Ziff. 14). Somit stand bereits anfangs 2011 fest, dass aus diesen Mandaten keine Einnahmen mehr zu erzielen und allfällige diesbezügliche Aufwendungen nutzlos waren. Das behauptete vertragsbrüchige Verhalten der Klägerin wirkte sich demnach bereits anfangs 2011 auf das Vermögen der Beklagten aus, womit die entsprechenden Schadenersatzforderungen fällig sind. Die Forderungen sind ferner gleichartig und gegenseitig, so dass die Voraussetzungen der Verrechnung grundsätzlich vorliegen.

### 3. Schadenersatzanspruch der Beklagten

#### 3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Während ungekündigtem "AGENCY AGREEMENT" sind bei der Beklagten in den letzten Tagen des Jahres 2010 sowie in den ersten Tagen des Jahres 2011 Mandatskündigungen von sämtlichen – mithin 62 – ... Klienten [des Staates Z.\_\_\_\_\_] der Beklagten eingegangen. Nach erfolgter Kündigung wechselten die Klienten per 1. Januar 2011 zur C.\_\_\_\_ GmbH Zürich, einer Konkurrentin der Beklagten (act. 12 Ziff. 14 und 15). Im Vorfeld dieser Kündigungen verliessen zwei bei der Beklagten als Vermögensverwalter tätige Mitarbeiter die Firma. Dabei handelte es sich namentlich um D.\_\_\_\_\_, der im ersten Quartal 2010 auf eigenen Wunsch ausschied, und um E.\_\_\_\_\_, welchem von der Beklagten per Ende September 2010 gekündigt worden war. Letzterer wurde danach für die C.\_\_\_\_ GmbH tätig (act. 12 Ziff. 13 und act. 13/1). Ende 2010 kündigte auch der Vermögensverwalter F.\_\_\_\_ und wechselte ebenfalls zur C.\_\_\_\_ GmbH, wo er seit dem 1. Januar 2011 die Z.\_\_\_\_-Kunden, die von der Beklagten zu letzterer gewechselt sind, in

vergleichbarer Weise betreute wie vormals bei der Beklagten. Seit dem 1. Januar 2011 ist auch die Klägerin für die C.\_\_\_\_\_ GmbH tätig (act. 12 Ziff. 16).

### 3.2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, die Kündigungen seien von der Klägerin zu verantworten. Namentlich habe die Klägerin selbst, teilweise in Zusammenarbeit mit F.\_\_\_\_\_, im dritten und vierten Quartal 2010 sämtliche 62 ... Kunden [des Staates Z.\_\_\_\_\_] kontaktiert und zum Teil auch persönlich besucht und dazu veranlasst, den Vermögensverwaltungsvertrag mit der Beklagten zu kündigen und per 1. Januar 2011 zur C.\_\_\_\_\_ GmbH zu wechseln. Ohne massgebliche Mitwirkung der Klägerin seien diese Kündigungen überhaupt nicht möglich gewesen, zumal sämtliche Kontakte zu Z.\_\_\_\_\_-Kunden immer und ausschliesslich von der Klägerin organisiert worden seien. Die Klägerin habe den Kontakt zu den Kunden monopolisiert und die Kündigung sämtlicher Z.\_\_\_\_\_-Kunden orchestriert (act. 12 Ziff. 14-16). In Bezug auf das Zusammenwirken mit F.\_\_\_\_\_ macht die Beklagte geltend, die Klägerin habe diesen dazu verleitet und dabei unterstützt, seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten zu verletzen und sich auch im strafrechtlichen Sinne unredlich zu verhalten (act. 12 Ziff. 18). Dieser habe in der Zeit, als er noch in ungekündigter Stellung bei der Beklagten und auf deren Rechnung in Z.\_\_\_\_\_ unterwegs gewesen sei, mit Unterstützung der Klägerin und in Begleitung von weiteren Vertretern der Klägerin mitgeholfen, die Kündigungen der Z.\_\_\_\_\_-Kunden einzuholen, und diese dazu veranlasst, neue Verträge mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH abzuschliessen (act. 12 Ziff. 18). Durch dieses Abwerben von Kunden, teilweise in Zusammenarbeit mit F.\_\_\_\_\_, einerseits und durch die am 1. Januar 2011 aufgenommene Tätigkeit für die C.\_\_\_\_\_ GmbH andererseits, habe die Klägerin das "AGENCY AGREEMENT" vom 10. September 2003 verletzt (act. 12 Ziff. 16-18).

Durch die Kündigung der 62 Z.\_\_\_\_\_-Kunden sei der Beklagten ein Schaden entstanden. Dieser setze sich aus entgangenen Einnahmen im Umfang von CHF 375'500.– sowie unnütz gewordenen Aufwendungen im Umfang von CHF 85'700.– zusammen (act. 12 Ziff. 26 und 30, act. 18 Ziff. 31 und act. 19/4). Die entgangenen Einnahmen wiederum setzten sich zusammen aus den von Ja-

nuar bis September 2011 ausgebliebenen Management Fees der Z.\_\_\_\_-Kunden sowie Retrozessionen in etwa der gleichen Grössenordnung, unter Abzug der der Klägerin zustehenden Provision sowie der Lohnzahlungen für die Mitarbeiter F.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ (act. 12 Ziff. 25 und 26). Die unnütz gewordenen Aufwendungen beständen in den anteilmässigen Lohnkosten einer Assistentin (CHF 33'000.-), Kosten für Lizenzen und Hardwareunterhalt (CHF 15'200.-) sowie Mietkosten für Büroräumlichkeiten (CHF 37'500.-) (act. 19/4). Diese Aufwendungen stellten deshalb einen Schaden dar, weil sie nach der Kündigung der Z.\_\_\_\_-Kunden nicht mehr notwendig gewesen seien und bei einer vertragskonformen Kündigung durch die Klägerin rechtzeitig hätten reduziert werden können (act. 12 Ziff. 28).

#### 3.4. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin bestreitet eine Vertragsverletzung und macht geltend, nicht für die Mandatskündigungen verantwortlich gewesen zu sein. Zudem rügt sie die ungenügende Substantiierung der entsprechenden Behauptungen der Beklagten (act. 16 lit. C Ziff. 3 und 4). Zur Möglichkeit einer Kontaktaufnahme durch die Beklagte oder deren Mitarbeiter führt sie aus, dass aus Sicherheitsgründen der direkte Kontakt aus der Schweiz mit den Kunden aus Z.\_\_\_\_ zwar möglichst vermieden werde. Dies bedeute aber nicht, dass der Verwalter in der Schweiz nicht über alle "Know-Your-Client"-relevanten Informationen, inklusive Telefonnummern und Adressen, verfügen würde. Es bedeute auch nicht, dass man Kunden nicht aus der Schweiz oder aus ... [Staat in Europa], wo E.\_\_\_\_ seinen Hauptwohnsitz habe, kontaktieren könne. Es sei daher unzutreffend, dass die Klägerin Z.\_\_\_\_-Kunden orchestriert oder monopolisiert habe. Schon aufgrund der in der Schweiz für Banken und Vermögensverwalter gültigen Vorschriften habe für die Verfügbarkeit aller relevanten Informationen in der Schweiz gesorgt werden müssen (act. 16 lit. B Ziff. 5). Die Klägerin führt zudem aus, E.\_\_\_\_ habe allen Grund gehabt, sich den kaltschnäuzigen Rauswurf nicht gefallen zu lassen und habe über alle Informationen verfügt, um mit diesen Kunden in Kontakt zu treten, von welchen er einen Grossteil persönlich kenne. Wenn sie (die Klägerin) diesen Bemühungen wohlwollend zugeschaut habe, sei dies mehr als verständlich. Daraus

lasse sich aber kein Verstoss der Klägerin gegen vertragliche Verpflichtungen ableiten (act. 16 lit. B Ziff. 6). Zum Vorwurf, dass sie seit dem 1. Januar 2011 die Z.\_\_\_\_-Kunden zusammen mit F.\_\_\_\_ bei der C.\_\_\_\_ GmbH, einer Konkurrentin der Beklagten, nach gleichem Muster betreue, wie vormals bei der Beklagten, äussert sich die Klägerin nicht. Der von der Beklagten geltend gemachte Schaden wird hingegen vollumfänglich bestritten (act. 16 lit. C Ziff. 2). In Bezug auf die behaupteten entgangenen Retrozessionen wirft die Klägerin der Beklagten zudem mangelnde Substantiierung vor und weist darauf hin, dass die Retrozessionen rechtlich ohnehin den Kunden und nicht der Beklagten zustünden (act. 16 lit. B Ziff. 4). Bezüglich der unnützen Aufwendungen bestritt sie insbesondere deren Kausalität und machte geltend, die Beklagte habe auf zu grossem Fuss gelebt, zu viel Platz gebraucht, zu viel Verwaltungsaufwand betrieben und zu wenig erfolgreich agiert (act. 16 lit. C Ziff. 4).

### 3.4. Würdigung

#### 3.4.1. Vertragsverletzung

3.4.1.1. Die Beklagte erblickt eine Vertragsverletzung einerseits im behaupteten Abwerben der Klienten zugunsten der C.\_\_\_\_ GmbH und andererseits im (unbestrittenen) Tätigwerden der Klägerin für diese Konkurrenzgesellschaft ab 1. Januar 2011 "*nach gleichem Muster wie für die Beklagte*".

Der Agent hat die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren (Art. 418c Abs. 1 OR). Diese Interessenwahrungspflicht bedeutet auch, dass der Agent gegenüber dem Auftraggeber ein gewisses Mass an Treuepflicht einzuhalten hat. Zur Treuepflicht des Agenten gehört unter anderem, dass er jede Doppelvermittlung und -vertretung unterlässt. Er hat auch jede Interessenkollision zu vermeiden und falls sich doch eine ergibt, den Interessen des Auftraggebers den Vorzug zu geben. Sodann hat er jede unmittelbar schädigende Konkurrenz sowie unredliche Handlungen zu unterlassen (BÜHLER, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 3. Auflage 2000, Art. 418c, Rz. 3 - 5).

3.4.1.2. Die Beweislast, und damit auch die Behauptungslast für eine Vertragsverletzung, obliegt der Partei, welche die Vertragsverletzung geltend macht (Art. 8 ZGB). Dabei sind die Behauptungen genügend zu substantiieren. Die konkreten Anforderungen an die Substantiierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Die Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist (Urteil des Bundesgerichts 4A.588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.1). Bestreitet der Prozessgegner das Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, hat diese die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A.210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.2). Auch Bestreitungen sind grundsätzlich zu substantiieren. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind diesbezüglich jedoch nicht die gleichen Anforderungen an die Substantiierung zu stellen wie bei Sachbehauptungen, welche die Beurteilung des daraus abgeleiteten Anspruchs erlauben sollen. Es muss vielmehr genügen, wenn die Bestreitung ihrem Zweck entsprechend konkretisiert wird, um den Behauptenden zu der ihm obliegenden Beweisführung zu veranlassen (BGE 105 II 143 E. 6a/bb; 115 II 1 E. 4).

In Bezug auf die geltend gemachte Kundenabwerbung zugunsten eines Konkurrenzunternehmens werfen sich die Parteien gegenseitig ungenügende Substantiierung der Behauptungen bzw. Bestreitungen vor (act. 16 lit. C Ziff. 3 und act. 18 Ziff. 4). In ihrer Klageantwortschrift hat die Beklagte den Sachverhalt des Abwerbens von Kunden durch die Klägerin nur sehr cursorisch umschrieben. Es fehlen insbesondere genaue Angaben dazu, wer von der Klägerin zu welchem Zeitpunkt mit welchen Kunden in Kontakt getreten sein soll und wann welche Kunden effektiv gekündigt haben. Auch der Vorgang des Abwerbens an sich wird nicht näher umschrieben. Die Beklagte hält lediglich fest, die Klägerin habe die Klienten zur Kündigung veranlasst bzw. F.\_\_\_\_\_ in solchem Bestreben unterstützt. Worin genau dieses "Veranlassen" bzw. "Unterstützen" bestanden haben soll, geht aus den Behauptungen der Beklagten jedoch nicht hervor. Zwar sind auch die Bestreitungen der Klägerin nicht sehr detailliert ausgefallen. Sie macht aber immerhin

ausdrücklich geltend, nicht für die Mandatskündigungen verantwortlich zu sein (act. 16 lit. C Ziff. 3) und hält der Beklagten zudem eine nicht von vornherein un-plausible eigene Version dessen, wie es zu den durchaus erklärungsbedürftigen Kundenabgängen gekommen sein soll, entgegen (act. 16 lit. B Ziff. 5 und 6). Angesichts der bereits nicht sehr detaillierten beklagtischen Behauptungen und den erwähnten milderer Anforderungen an die Substantiierung bei Bestreitungen, wurde die Behauptung, die Klägerin selbst habe die Z.\_\_\_\_-Kunden der Beklagten zur Kündigung veranlasst oder bei solchen Bestrebungen aktiv mitgewirkt, genügend bestritten. Es wäre daher an der Beklagten gewesen, die angebliche Vertragsverletzung nach der diesbezüglichen Darstellung der Klägerin weiter zu substantiieren und spätestens in ihrer zweiten Rechtschrift taugliche, den einzelnen Tatsachenbehauptungen zugeordnete Beweismittel zu bezeichnen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO in Verbindung mit Art. 229 Abs. 1 ZPO). Der in ihrer Klageantwort zu diesem Sachverhalt als Beweis eingereichte Handelsregisterauszug der C.\_\_\_\_ GmbH bestätigt lediglich, dass die Mitarbeiter E.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ mit Statutenänderung vom 28. April 2011 in die C.\_\_\_\_ GmbH als Gesellschafter aufgenommen wurden (act. 12 Ziff. 14 und act. 13/1), was selbstredend nichts über eine Vertragsverletzung durch die Klägerin aussagt. Auch die als Beweismittel eingereichte "*Liste der Z.\_\_\_\_-Kunden*" erweist sich hierfür als ungeeignet, handelt es sich dabei doch um ein von der Beklagten zu Prozesszwecken erstelltes Dokument, welches nicht etwa die Namen der 62 betroffenen Kunden, sondern nur die Namen sieben ... Orte [im Staat Z.\_\_\_\_], an welchen diese wohnen sollen, enthält (act. 12 Ziff. 15 und act. 13/2). Der Zeugenbeweis, der möglich gewesen wäre, wurde so nicht offeriert. Der von der Beklagten bezeichnete Zeuge Dr. H.\_\_\_\_ wurde zu einer nicht rechtsrelevanten Thematik angerufen (act. 12 Ziff. 21). Weitere Beweismittel, welche ihre Behauptung der Kundenabwerbung untermauern, hat die Beklagte nicht bezeichnet, obwohl sie im Besitz von entsprechenden Informationsquellen sein dürfte. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vertragsverletzung durch Kundenabwerbung nicht ausreichend substantiiert wurde, weshalb sich hier auch kein Beweisthema öffnet. Überdies erweisen sich die bezeichneten Beweismittel als ungeeignet. Entsprechend ist die Verrechnungsforderung – soweit sie sich darauf stützt – abzuweisen. Wie die nachfolgen-

den Ausführungen zum behaupteten Schaden noch zeigen werden, würde man zum gleichen Ergebnis gelangen, selbst wenn man vom Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung ausginge.

### 3.4.2. Schaden

3.4.2.1. Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008, 9. Auflage, Rz. 2848). Entgangener Gewinn liegt vor, wenn sich das Vermögen des Geschädigten ohne die schädigende Handlung in Zukunft vermehrt hätte. Da es sich dabei um die Beurteilung eines hypothetischen Geschehensablaufes handelt, muss grundsätzlich eine gewisse Wahrscheinlichkeit genügen. Zur Ermittlung sind von den entgangenen Einnahmen die (hypothetischen) Aufwendungen, welche bei der Gewinnerzielung angefallen wären, in Abzug zu bringen.

3.4.2.2. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte ihre Schadenersatzansprüche zumindest teilweise auf zwei verschiedene Sachverhalte stützt. Einerseits habe sie aufgrund der von der Klägerin zu verantwortenden Mandatskündigungen Schaden erlitten. Andererseits sei ihr auch durch das Tätigwerden der Klägerin für die Konkurrenzgesellschaft C.\_\_\_\_\_ GmbH seit dem 1. Januar 2011 "*nach gleichem Muster wie für die Beklagte*" Schaden entstanden (act. 12 Ziff. 16 und 23). Weshalb und in welcher Höhe der Beklagten durch den letztgenannten Umstand ein Schaden entstanden sein soll, geht aus ihren Rechtsschriften jedoch nicht hervor. Wo immer ein Schaden beziffert wird, wird er auf die behauptete Abwerbung der Kunden zurückgeführt (act. 12 Ziff. 26 und 28 ff.). Teilweise wird die Tätigkeit der Klägerin für die Konkurrentin ab 1. Januar 2011 nicht einmal als Schadensursache aufgeführt (vgl. act. 12 Ziff. 31 ff.). Mangels entsprechender Behauptungen ist daher davon auszugehen, dass der Beklagten durch das Tätigwerden der Klägerin ab 1. Januar 2011 für die C.\_\_\_\_\_ GmbH kein weiterer

Schaden entstanden ist; zumindest wurde ein solcher nicht ausreichend substantiiert.

Im Folgenden ist das Augenmerk deshalb auf den im Zusammenhang mit der Kundenabwerbung geltend gemachten Schaden zu richten.

3.4.2.3. Die Beklagte wirft der Klägerin eine Vertragsverletzung vor und verlangt u.a. Ersatz für entgangene Einnahmen, welche sie auf das Abwerben von Klienten durch die Klägerin zurückführt; mit anderen Worten verlangt sie Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses. Dabei spricht die Beklagte nicht explizit von entgangenem *Gewinn*, sondern von entgangenen *Einnahmen*. Es sind zwar Konstellationen denkbar, in welchen der Schaden den entgangenen Einnahmen und nicht dem entgangenen Reingewinn entspricht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.225/2006 vom 20. September 2006, E. 2.4). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Geschädigte bereits zweiseitige Verträge abgeschlossen und seine eigenen Leistungen schon vollumfänglich erbracht hat, aber die Leistung der Gegenpartei wegen des schädigenden Verhaltens des Dritten nicht mehr erhältlich machen kann. Bei dieser Sachlage hat der Geschädigte die eigenen Aufwendungen nicht eingespart, weshalb diese nicht nochmals als hypothetische Kosten vom entgangenen Erlös abgezogen werden dürfen. Die Beklagte behauptet vorliegend jedoch nicht, sie hätte in Bezug auf die 62 Z.\_\_\_\_-Mandate bereits *sämtliche* Aufwendungen erbracht. Im Gegenteil bringt sie in ihren Berechnungen die der Klägerin zustehende Provision sowie die Lohnzahlungen zuhanden der Vermögensverwalter F.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ von den Einnahmen in Abzug (act. 12 Ziff. 25). Es ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte sinngemäss entgangenen Gewinn geltend macht.

3.4.2.4. Bezüglich der geltend gemachten nutzlosen Aufwendungen (act. 12 Ziff. 28) ist festzuhalten, dass diese auch bei korrekter Erfüllung des Agenturvertrages angefallen wären. Im Rahmen des positiven Interesses fällt ein Schaden, der durch den Abschluss des Vertrages verursacht worden ist, also jener Schaden, der sowieso, auch im Falle der Erfüllung, eingetreten wäre, grundsätzlich ausser Betracht. Solche Aufwendungen können zumindest nicht *neben* dem Ersatz des Schadens, der infolge des Entganges des Gewinns entstanden ist, aus-

geglichen werden. Sie werden aber dadurch ersetzt, dass der zu leistende Betrag so zu berechnen ist, dass dem Geschädigten trotz der Aufwendungen der betreffende Gewinn zufällt (KELLER, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Diss. Zürich 1949, S. 259 lit. aa.; LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Fribourg 1999, Rz. 184). Solche Kosten könnten allenfalls im Rahmen des negativen Interesses separat ersetzt werden. Solange der Geschädigte seinen Schadenersatzanspruch jedoch auf eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR stützt, kommt ein Ersatz des negativen Interesses nicht in Frage, zumal sich das positive und das negative Interesse gegenseitig ausschliessen. Auch eine Kombination einzelner Positionen der beiden Interessen ist nicht möglich (LÜCHINGER, a.a.O., Rz. 215 f.). Sollten die von der Beklagten geltend gemachten Aufwendungen tatsächlich mit Blick auf die Erzielung von Gewinn aus jenen Z.\_\_\_\_-Mandaten getätigt worden sein, so wären diese Kosten bei der Berechnung des entgangenen Gewinns insofern zu berücksichtigen, als dass sie nicht von den hypothetischen Einnahmen in Abzug gebracht werden. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte mit ihrer Argumentation nicht Ersatz nutzloser Aufwendungen, sondern entgangenen Gewinn *mindestens* im Umfang des getätigten Aufwands verlangt.

3.4.2.5. Wer Schadenersatz beansprucht, hat nach Art. 42 Abs. 1 OR, der gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch für die Haftung aus Vertrag gilt, den Schaden zu behaupten und zu beweisen. Auch wer entgangenen Gewinn fordert, hat, ungeachtet dessen, dass es sich dabei um eine hypothetische Grösse handelt, dem Gericht die Grundlagen zur Schadensfeststellung zu liefern. Grundsätzlich kann hierzu auf das vorstehend in Ziff. 3.4.1.2. zur Substantiierung Gesagte verwiesen werden. Es ist jedoch zu ergänzen, dass das Bundesgericht gerade, wo es um das Mass und die Berechnung von Schadenersatz geht, geringere Anforderungen an die Bestreitungen stellt. Namentlich räumt es dem Belangten das Recht ein, vom Kläger den rechtsgenügenden Nachweis zu verlangen und sich folglich mit blossem Bestreiten zu begnügen. Vom Belangten zu verlangen, dass er die Sachvorbringen des Geschädigten wiederlegen muss, liefe auf eine nicht vorgesehene Umkehr der Beweislast hinaus (BGE 105 II 143 E. 6a/bb und 115 II 1 E. 4).

Mit der Begründung, ihre Ausführungen bezüglich entgangene Management Fees und Retrozessionen sowie Aufwendungen seien von der Klägerin nicht hinreichend substantiiert bestritten worden, verzichtet die Beklagte zumindest hinsichtlich der Management Fees und Retrozessionen auf weitere Ausführungen (act. 18 Ziff. 30). Da es vorliegend aber die Beklagte ist, welche hier einen Schaden geltend macht, ist es grundsätzlich an ihr, diesen zu behaupten und zu beweisen. Gemäss vorstehend zitierter bundesgerichtlicher Rechtsprechung durfte sich die Klägerin in der vorliegenden Konstellation auf pauschales Bestreiten eines Schadens beschränken. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte ihre Schadenersatzansprüche nur rudimentär bezifferte und cursorisch begründete, obwohl sie sich diesbezüglich in grösserer Beweisnähe befindet als die Klägerin. Die Bestreitungen der Klägerin sind demnach als genügend zu erachten, weshalb im Folgenden zu prüfen ist, ob die Beklagte sämtliche Schadenspositionen hinreichend behauptet und bewiesen hat.

3.4.2.6. Die Beklagte geht zur Berechnung des geltend gemachten Schadens davon aus, dass sie im Jahr 2011 ohne die behauptete Kundenabwerbung durch die Klägerin gleich hohe Einnahmen aus Management Fees erzielt hätte wie im Jahr 2010, nämlich CHF 750'000.–. Unter Abzug des Anteils für die Klägerin von  $\frac{3}{8}$  ergebe dies einen Einnahmebetrag von CHF 470'000.–. Sodann zählt sie zu diesem Betrag Einkünfte aus Retrozessionen "*in etwa der gleichen Grössenordnung*" hinzu. Vom so errechneten, aber nicht genannten Totalbetrag bringt sie Lohnzahlungen, welche den Mitarbeitern F.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ im Jahre 2010 ausgerichtet worden seien, in Abzug und erhält so einen Betrag von netto rund CHF 500'000.–, welcher der Beklagten im Jahr 2010 "*übrig geblieben*" sei (act. 12 Ziff. 25). Da der Vertrag erst per Ende September 2011 hätte gekündigt werden können, resultiere für das Jahr 2011 ein aufgrund der Vertragsverletzung ausgefallener Einnahmebetrag von CHF 375'500.– (act. 12 Ziff. 26). Weitere Aufwendungen im Zusammenhang mit den Z.\_\_\_\_\_-Mandaten erwähnt die Beklagte zwar, bringt sie jedoch nicht in Abzug, da sie nach Behauptung der Beklagten im Zeitpunkt der Mandatskündigungen bereits angefallen seien, was im Lichte der Erwägungen in Ziffer 3.4.2.4. folgerichtig ist (act. 12 Ziff. 28 ff.).

3.4.2.7. Die Einnahmen aus Management Fees im Jahr 2010 werden von der Beklagten mit CHF 750'000.– konkret beziffert (act. 12 Ziff. 25). Diesen Betrag entnimmt die Beklagte aus der hierzu als Beweis offerierten "*Aufstellung über die Einnahmen und Ausgaben 2010*" (act. 13/4), worin für das Jahr 2010 Einnahmen aus Management Fees von total CHF 751'938.10 aufgeführt werden. Die Beklagte stellt jedoch keine Behauptungen dazu auf, *weshalb* im Jahr 2011 Einnahmen in der gleichen Höhe zu erwarten gewesen wären, mithin äussert sie sich nicht zur hypothetischen Entwicklung der Einnahmen. Zur Beurteilung einer allfälligen Konstanz der Einnahmen aus den Z.\_\_\_\_-Vermögensverwaltungsmandaten fehlen insbesondere Angaben zu den Einnahmen in den Vorjahren sowie entsprechende Beweisofferten. Die entgangenen Einnahmen aus Management Fees wurden somit – zusammenfassend – ungenügend substantiiert. Selbst wenn man die Angaben als genügend substantiiert betrachten würde, wären die hierzu offerierten Beweismittel unzureichend. Namentlich geht die Beweiskraft der "*Aufstellung über die Einnahmen und Ausgaben 2010*" (act. 13/4) nicht über jene einer Parteibehauptung hinaus und vermag auch nichts über die hier interessierende hypothetische Entwicklung der Einnahmen auszusagen. Weitere Beweise wurden von der Beklagten diesbezüglich nicht offeriert, obwohl sie dies spätestens mit ihrer zweiten Rechtschrift hätte tun sollen.

3.4.2.8. Die behaupteten Einnahmen aus Retrozessionen im Jahr 2010 werden überhaupt nicht beziffert. Die Formulierung "*in etwa der gleichen Grössenordnung*" stellt keine hinreichende Bezifferung dar. Die Beklagte führt auch nicht aus, woraus sie einen Anspruch auf Retrozessionen ableitet und *weshalb* solche im Jahr 2011 in gleichem Umfang angefallen wären wie im Jahr 2010. Abgesehen davon, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts ist, die Schadenspositionen anhand der eingereichten Beilagen selber zu ermitteln, ergibt sich Bestand und Höhe eines allfälligen Anspruchs aus Retrozessionen auch nicht aus den eingereichten Beweismitteln. So finden vereinnahmte Retrozessionen in der "*Aufstellung über die Einnahmen und Ausgaben 2010*" keine Erwähnung (act. 13/4). Ebenso unbehelflich ist das Dokument "*Entschädigungsstruktur zum Standardvertrag der Beklagten*". Darin findet sich zwar ein Passus, wonach – sollte die Depotbank oder Dritte Retrozessionen oder andere Entschädigungen und Vergütungen

gewähren – der Anspruch auf diese der Beklagten zustehe und der Kunde auf eine Ablieferung verzichte (act. 19/2 Ziff. 2). Daraus geht aber nicht hervor, ob, von wem und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beklagten Retrozessionen auf die Z.\_\_\_\_-Vermögenswerte gewährt werden. Auch die (hypothetischen) Einnahmen aus Retrozessionen sind somit unzulänglich substantiiert worden. Auch wenn man von hinreichender Substantiierung ausginge, würde es an ungenügenden Beweisofferten scheitern. Wie bereits erwähnt, ergibt sich aus den eingereichten Beweismitteln (act. 13/4 und act. 19/2) nichts, was die Behauptung der Beklagten stützen würde. Weitere Beweismittel bezüglich der entgangenen Retrozessionen wurden von der Beklagten nicht offeriert.

3.4.2.9. Die Höhe der auf die behaupteten Einnahmen anfallenden (hypothetischen) Aufwendungen werden – mit Ausnahme der Provision der Klägerin – nicht beziffert. Stattdessen wird wiederum auf das Dokument "*Aufstellung über die Einnahmen und Ausgaben 2010*" verwiesen (act. 13/4). Daraus sind jedoch nur die Provisionsansprüche der Klägerin im Jahr 2010 ersichtlich. Angaben zu Lohnkosten oder anderen im Zusammenhang mit den Z.\_\_\_\_-Mandaten notwendigen Aufwendungen fehlen. Da die angeblich entgangenen Retrozessionen nicht beziffert wurden, kann die mutmassliche Höhe der Aufwendungen auch nicht nachträglich berechnet werden. Mangels substantiierter Angaben zu den auf die Einnahmen entfallenden Aufwendungen, lässt sich der entsprechende Gewinnanteil nicht ermitteln. Im Übrigen wurden auch keine Beweismittel eingereicht oder offeriert, welche die Höhe der Aufwendungen belegen könnten.

3.4.2.10. Nachdem die Höhe des im Jahr 2011 zu erwartenden Gewinns aufgrund unzureichender Substantiierung nicht ermittelt werden kann, ist zu prüfen, ob zumindest die bereits getätigten Aufwendungen unter dem Titel von entgangenem Gewinn im Sinne eines Mindestschadens zugesprochen werden könnten. Teilweise wird in der Lehre die Meinung vertreten, der Gläubiger müsse im Rahmen der Geltendmachung des positiven Interesses die Möglichkeit haben, anstelle des positiven Interesses im eigentlichen Sinn als Mindestschaden das negative Interesse und damit Ersatz für nutzlos gewordene Aufwendungen zu verlangen. Dabei wird im Sinne einer Rentabilitätsvermutung davon ausgegangen, dass der

Nutzen aus dem Vertrag jedenfalls die Auslagen und Aufwendungen gedeckt hätte. Gerechtfertigt wird diese Überlegung damit, dass der entgangene Gewinn bisweilen nicht beweisbar bzw. schwierig zu bemessen ist (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2006, 4. Auflage, Rz. 14.30; LÜCHINGER, a.a.O., Rz. 445 f., 496 ff. und 1161). Ein solcher Anspruch auf Aufwendungsersatz ist indessen jenen Fällen vorzubehalten, in welchen sich der entgangene Gewinn wegen der Natur des Rechtsgeschäfts nicht bemessen lässt (LÜCHINGER, a.a.O., Rz. 446). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Berechnung des entgangenen Gewinns bietet in der vorliegenden Konstellation nicht einmal besondere Schwierigkeiten, weshalb der Beklagten kein Anspruch auf Aufwendungsersatz zusteht. Selbst wenn von der Ersatzfähigkeit dieser Aufwendungen auszugehen wäre, müsste die entsprechende Forderung, wie nachfolgend zu zeigen ist, abgewiesen werden.

Die Höhe der im Hinblick auf die 62 Z.\_\_\_\_-Mandate bereits getätigten Aufwendungen werden zwar beziffert und teilweise mit Auszügen aus der Buchhaltung belegt (act. 12 Ziff. 30, act. 18 Ziff. 31 und act. 19/4). Damit dieser Aufwand als Schaden im vorstehenden Sinne berücksichtigt werden könnte, müsste er einerseits im Hinblick auf die Erfüllung eigener vertraglicher Verpflichtungen im Zusammenhang mit den Z.\_\_\_\_-Mandaten und zur Erzielung eines Gewinns notwendig gewesen sein. Andererseits sind nur unvermeidbare Aufwendungen ersetzbar; d.h. ein Ersatz von Aufwendungen, die getätigt wurden, nachdem die Beklagte von der behaupteten Vertragsverletzung erfahren hat, ist nicht möglich. Die Beklagte macht geltend, die Aufwendungen, bestehend in den Lohnkosten einer Mitarbeiterin, IT-Kosten und Mietkosten, seien angesichts der Kündigungen der Z.\_\_\_\_-Mandate nicht mehr notwendig gewesen und die entsprechenden vertraglichen Verpflichtungen hätten nicht rechtzeitig gekündigt bzw. angepasst werden können (act. 12 Ziff. 28 ff.). Die Beklagte weist darauf hin, dass mit dem Abgang der Z.\_\_\_\_-Kunden rund ein Drittel der von der Beklagten insgesamt betreuten Kunden weggefallen sei und die interne Betreuung der Klägerin sowie von Herrn F.\_\_\_\_ nicht mehr nötig gewesen sei, woraus sich ohne weiteres ergebe, dass die Beklagte weniger Sekretariatskapazitäten und Kapazitäten im IT-Bereich benötigt habe (act. 18 Ziff. 34). Die Beklagte macht jedoch keine näheren Anga-

ben dazu, weshalb gerade diese Aufwendungen in diesem Umfang in Bezug auf die Z.\_\_\_\_-Mandate notwendig waren, obwohl dies von der Klägerin explizit in Abrede gestellt wird (act. 16 lit. C Ziff. 4). So macht sie beispielsweise geltend, nach dem Abgang der Z.\_\_\_\_-Klienten hätte sie Büroräumlichkeiten von rund 100 m<sup>2</sup> nicht mehr benötigt, ohne zu begründen weshalb und wofür eine derart grosse Bürofläche im Zusammenhang mit den Z.\_\_\_\_-Mandaten überhaupt benötigt wurde (act. 12 Ziff. 30 und act. 19/4). Sodann macht die Beklagte keine näheren Angaben zu Kündigungsfristen und -terminen sowie zum konkreten Kündigungszeitpunkt dieser Aufwandpositionen geschweige denn zum Zeitpunkt, in dem sie von der Vertragsverletzung erfahren hat, so dass auch eine Überprüfung der Vermeidbarkeit dieser Aufwendungen nicht möglich ist. Auch die Behauptungen der Beklagten bezüglich der unnützen Aufwendungen sind somit ungenügend substantiiert. Abgesehen davon hat die Beklagte insbesondere für die Notwendigkeit und Unvermeidbarkeit der unnützen Aufwendungen auch keine genügenden Beweismittel eingereicht oder offeriert. Bloss tabellarische Aufstellungen und Auszüge aus der Buchhaltung genügen hierfür nicht.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte weder die Abwerbung von Kunden durch die Klägerin (Vertragsverletzung) noch den daraus resultierenden Schaden hinreichend behauptet und nachgewiesen hat. Sie hätte insbesondere die einzelnen Schadenspositionen spätestens in ihrer Duplik sauber voneinander trennen, beziffern und konkretisieren müssen. Aufgrund unzureichender Substantiierung ist die verrechnungsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung abzuweisen. Selbst wenn man aber von einer genügenden Substantiierung ausgehen würde, wäre die Schadenersatzforderung abzuweisen, weil die Beklagte es unterlassen hat, für den Nachweis der geltend gemachten Schadenspositionen taugliche Beweismittel einzureichen oder zumindest zu offerieren, obwohl ihr geeignetes Beweismaterial hierzu zur Verfügung gestanden haben dürfte. Die klägerische Forderung betreffend ihren Anteil an Management Fees wurde demnach nicht durch Verrechnung getilgt, weshalb die Klage vollumfänglich gutzuheissen

ist, zumal die zugrundeliegende Forderung von der Beklagten im Grundsatz nicht bestritten wurde.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO). Da die Klage vollumfänglich gutzuheissen ist, sind die Prozesskosten vollständig der Beklagten aufzuerlegen.

2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beträgt vorliegend CHF 67'502.15 (act. 1 S. 2). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf die volle Grundgebühr festzusetzen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Kosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

3. Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Daher ist der Klägerin eine Parteientschädigung von fünf Vierteln der Grundgebühr zuzusprechen. Nebst den Kosten für die anwaltliche Vertretung macht die Klägerin Zusatzausgaben geltend, die deshalb notwendig gewesen seien, weil Z. \_\_\_\_\_ nicht dem Haager Übereinkommen zur Apostille angeschlossen sei (act. 1 lit. C Ziff. 2). Hierzu reichte sie eine Kostenzusammenstellung ein und behielt sich die Vorlage weiterer Belege für den Bestreitungsfall vor (act. 3/9). Obwohl die Beklagte diese Auslagen bestritt, reichte die Klägerin diesbezüglich keine weiteren Unterlagen ein (act. 12 Ziff. 44). Da die

Auslagen unbewiesen blieben, ist der Klägerin unter diesem Titel nichts zuzusprechen.

**Das Gericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 67'502.15 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 21. Februar 2011 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 11'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 67'502.15.

Zürich, 16. April 2013

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Claudia Feier