



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, Oberrichter Roland Schmid, Handelsrichter Daniel Marinello, Handelsrichter Robert Ober und Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri sowie der Gerichtsschreiber Rafael Rutgers

Urteil vom 27. Januar 2015

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	3
Sachverhalt und Verfahren	3
A. Sachverhaltsübersicht.....	3
B. Prozessverlauf	3
C. Wesentliche Prozessklärungen und Beweisvorbringen der Parteien.....	5
Erwägungen	6
1. Zuständigkeit	6
2. Partnerschaftsvertrag.....	7
3. Vertragsparteien	9
3.1. Parteivorbringen	9
3.2. Würdigung	13
3.3. Fazit.....	21
4. Quantitativ.....	21
4.1. Parteivorbringen	21
4.2. Würdigung	24
4.2.1. Zahlungsausstand.....	24
4.2.2. Hartwarenlieferungen.....	26
4.2.3. Frischwarenlieferungen.....	28
4.2.4. Filialverschiebungen	30
4.2.5. Direktlieferungen.....	32
4.2.6. Zahlungsverkehr	36
4.2.7. Diverses.....	36
4.2.8. Bank.....	39
4.2.9. Total.....	42
4.2.10. Verzugszinsen	43
4.3. Fazit.....	44
5. Zusammenfassung	44
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen	44
6.1. Streitwert	44
6.2. Gerichtsgebühr und Parteientschädigung.....	45
Urteil	Fehler! Textmarke nicht definiert.

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 247'686.92 nebst Zins zu 5% auf den Betrag von CHF 150'018.66 seit dem 18. November 2010 sowie Zins zu 6% auf den Betrag von CHF 31'110.23 seit dem 25. November 2010 sowie Zins zu 5% auf den Betrag von CHF 66'558.03 seit dem 14. Dezember 2010 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten des Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Sie betreibt als Lebensmitteldiscounter über 440 Filialen in der Schweiz. Hinzu kommen rund 320 A'._____, selbständige Detailhändler in ländlichen Gebieten, welche neben dem A'._____ Sortiment eine erweiterte Produktpalette anbieten (act. 1 S. 6 Rz. 20 f.; act. 3/3).

Der Beklagte war bei Klageeinreichung als Einzelunternehmer mit verschiedenen Lebensmittelhandelsgeschäften im Handelsregister eingetragen (act. 3/4-6; act. 14). Diese Einträge sind heute gelöscht.

b. Die Klägerin macht diverse Forderungen aus einem A'._____ Partnerschaftsvertrag mit dem Beklagten vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 im Betrag von CHF 247'686.92 (nebst Zinsen) geltend. Der Beklagte widersetzt sich diesem Anspruch.

B. Prozessverlauf

a. Am 30. Oktober 2012 (Datum des Poststempels) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Den mit Verfügung vom 31. Oktober 2012 unter Hinweis auf Art. 98 ZPO verlangten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgerecht (Prot. S. 2 f.; act. 4; act. 6). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2012

wurde dem Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 4; act. 7). Mit Eingabe vom 8. Januar 2013 liess dieser durch seinen damaligen Rechtsvertreter ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung stellen (act. 12), welches indes mit Beschluss vom 25. April 2013 abgewiesen wurde (Prot. S. 10; act. 30). Mit Verfügung vom 9. Juli 2013 wurde dem Beklagten erneut Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 11; act. 33). Mit Datum vom 30. August 2013 reichte der Beklagte eine in französischer Sprache gehaltene Eingabe ein (act. 35), weshalb ihm Frist angesetzt wurde, eine deutsche Übersetzung einzureichen (Prot. S. 12; act. 37). Dem kam der Beklagte mit Eingabe vom 30. August 2013 nach (act. 39). Mit Verfügung vom 26. September 2013 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Prot. S. 14; act. 43). Die Replik der Klägerin erging am 7. November 2013 (act. 45); die Replik [recte: Duplik] des Beklagten datiert vom 13. Januar 2014 (act. 50). Am 24. Februar 2014 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zu neuen Behauptungen in der Duplik ein (act. 57), welche dem Beklagten zugestellt wurde (Prot. S. 18; act. 59). Mit Verfügung vom 19. September 2014 (Prot. S. 19; act. 61) wurde den Parteien Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – vorbehalten der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten. Mit Eingabe vom 25. September 2014 (act. 63) verzichtete die Klägerin auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung. Indes verlangte der Beklagte mit Eingabe vom 2. Oktober 2014 (act. 63) die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung. Diese fand am 27. Oktober 2014 statt (Prot. S. 20 ff.). Da der Beklagte der Verhandlung vom 27. Oktober 2014 fernblieb, wurden, da die üblichen Zustellnachweise fehlten und das "Track and Trace" der Post am 14. Oktober 2014 endete (act. 65/1), Abklärungen in Auftrag gegeben (vgl. auch act. 65/4). Diese ergaben, dass dem Beklagten die Vorladung nicht gehörig zugestellt worden war. Die Sendung ging, wie die Post einräumen musste, verloren (act. 65/3: "Daher schliessen wir diese Sendung als Verlust ab."). Entsprechend musste nochmals auf heute zur Hauptverhandlung vorgeladen werden. Diese Vorladungen konnten allen Parteien gehörig zugestellt und die Hauptverhandlung heute durchgeführt werden. Anlässlich der Hauptverhandlung wurden keine zulässigen Noven vorgebracht. Insbesondere betreffen die vom Beklagten beantrag-

ten Zeugeneinvernahmen gemäss seinen eigenen Ausführungen mögliche strafbare Handlungen von nicht am Verfahren beteiligten Geschäftsführern von A'._____; sie sind daher mangels Konnex für das vorliegende Verfahren nicht relevant (vgl. Prot. S. 24 f.). Der Prozess ist nunmehr spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

C. Wesentliche Prozessklärungen und Beweisvorbringen der Parteien

a. Die Klägerin macht geltend, der Beklagte betreibe seit mehreren Jahren diverse A'._____ in der Westschweiz, darunter denjenigen an der ... [Adresse]. Weil der Beklagte erfolgte Lieferungen nicht bezahlt habe, sei der zwischen den Parteien bestehende Partnerschaftsvertrag durch sie, die Klägerin, mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 fristlos gekündigt worden. Es resultierten offene Forderungen in der Gesamthöhe von CHF 247'686.392 (act. 1; act. 45; act. 57).

Die Klägerin offeriert zum Beweis ihrer Behauptungen gemäss ihren Beweismittelverzeichnissen in den Anhängen zu ihren Rechtsschriften diverse Urkunden (act. 3/1-219; act. 46/221-225; act. 58/226-228) sowie vier Zeugen (act. 1; act. 45; act. 57).

b. Der Beklagte hält dem entgegen, Betreiber des A'._____ C._____ [Ortsbezeichnung] an der ... [Adresse], sei die D._____ Sàrl gewesen. Alle geschäftlichen Kontakte hätten zwischen der Klägerin und dem Betreiber stattgefunden. Durch die Annahme von Bestellungen und Zahlungen der D._____ Sàrl sei stillschweigend (konkludent) eine Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Partnerschaftsvertrages erfolgt (act. 39; act. 50).

Der Beklagte offeriert zum Beweis seiner Darstellungen diverse Urkunden (act. 40/1-4; act. 51/5-11) gemäss separatem Beilagenverzeichnis zur Klageantwort (act. 39) und separatem Beilagenverzeichnis zur Duplik (act. 50) sowie fünf Zeugen (act. 51/9).

c. Auf diese und die weiteren Vorbringen der Parteien sowie auf die Akten wird – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Zuständigkeit

Gemäss Ziffer 9 des streitgegenständlichen A'._____ Contrat de Partenariat vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 (act. 3/1 S. 3; act. 3/2 S. 3), vereinbarten die Parteien den Gerichtsstand Zürich ("*Le fort juridique est à Zurich.*").

Die seit dem 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilprozessordnung bestimmt in Art. 406 ZPO, der Übergangsbestimmung betreffend Gerichtsstandsvereinbarungen, dass die Gültigkeit einer solchen sich nach dem Recht bestimmt, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat. Die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung umfasst die Zulässigkeit der Vereinbarung sowie die Einhaltung der Formvorschriften (SUTTER-SOMM / HEDINGER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. 2013, N 5 zu Art. 406 ZPO; URBACH, in GEHRI/KRAMER, Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 1 zu Art. 406 ZPO). Die Gültigkeit der im vorliegenden Partnerschaftsvertrag vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 enthaltenen Gerichtsstandsklausel richtet sich somit nach dem damals geltenden Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG). Nach Art. 9 Abs. 1 GestG konnten die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren, soweit das Gesetz nichts anderes vorsah. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand angehoben werden. Die Vereinbarung musste schriftlich erfolgen (Art. 9 Abs. 2 GestG).

Die vorliegende Gerichtsstandsvereinbarung wurde für einen allfälligen zukünftigen Rechtsstreit aus dem Partnerschaftsvertrag vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009, mithin einem bestimmten Rechtsverhältnis, geschlossen. Ein zwingender oder teilzwingender Gerichtsstand ist nicht gegeben. Die Vereinbarung wurde zudem schriftlich geschlossen. Der Gerichtsstand Zürich wurde somit gültig vereinbart. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist demnach örtlich zuständig.

Da die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin betroffen ist, gegen den Entscheid bei einem Streitwert von mehr als CHF 30'000.– die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und sowohl die Klägerin als auch der Beklagte bei Klageeinreichung im schweizerischen Handelsregister eingetragen waren (act. 3/3-6; act. 14), mithin eine handelsrechtliche Streitigkeit vorliegt, ist das angerufene Handelsgericht auch in sachlicher Hinsicht zuständig (Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

2. Partnerschaftsvertrag

Zwischen den Parteien bestand ein A'._____ Contrat de Partenariat (nachfolgend: Partnerschaftsvertrag) vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 (act. 3/1). Gemäss dessen Ziffer 1 gewährt die Klägerin dem Partner, dem Beklagten, das Recht zum Betrieb eines A'._____ im Geschäftslokal in der Liegenschaft an der ... [Adresse] (Nr. P._____) gemäss den Allgemeinen Partnerschaftsbedingungen ("*A'._____ autorise le partenaire à exploiter un A'._____ dans le local commercial sis dans l'immeuble à ... [Adresse] (N° P._____) conformément aux conditions générales de partenariat.*"; act. 3/1 S. 2; act. 3/2 S. 2). Nach Ziff. 7 des Partnerschaftsvertrages sind die Allgemeinen Partnerschaftsbedingungen (Anhang 1) integrierter Vertragsbestandteil ("*Font partie intégrante de ce contrat: les conditions générales de partenariat (avenant 1)*"; act. 3/1 S. 3; act. 3/2 S. 3).

Mit Schreiben vom 12. November 2010 (act. 3/10) teilte die Klägerin dem Beklagten mit, sie habe einen sofortigen Lieferstopp angeordnet, listete diverse Lastschriften auf, welche nicht bezahlt worden seien und setzte eine Zahlungsfrist bis 17. November 2010. Weiter verwies die Klägerin auf Paragraph 3 von Artikel 15 der Allgemeinen Partnerschaftsbedingungen im Anhang 1 zum A'._____ Partnerschaftsvertrag, wonach keine verspäteten Zahlungen geduldet würden. Erfolge die Bezahlung nicht binnen angesetzter Nachfrist, habe dies für den Partner folgende mögliche Konsequenzen: Leistung von zusätzlichen Sicherheiten, Einstellung der Belieferung durch die Klägerin, sofortige Auflösung aller mit der Klägerin abgeschlossenen Verträge, Vornahme einer Inventur beim Partner durch die Klägerin und Übernahme der verkaufsfähigen von der Klägerin gelieferten Ware gemäss Inventur zu Verkaufspreisen (inkl. MwSt.) minus Durchschnittsmarge, wobei

der sich dabei ergebende Mehraufwand zu Lasten des Partners falle. Der Partner erkläre sich im Falle eines Zahlungsrückstandes mit der Vornahme der obigen Massnahmen ausdrücklich einverstanden. Schliesslich wies die Klägerin darauf hin, dass die Nichteinhaltung des oben genannten Punktes zur sofortigen Kündigung des Partnerschaftsvertrages führe (*"Aujourd'hui, nous avons ordonné un arrêt de livraison avec effet immédiat. Les recouvrements directs ci-après n'ont pas été payés. ... Nous vous prions de verser la totalité de ces montants impayés d'ici au mercredi 17 novembre 2010 à 14:00 heures et de nous le confirmer par fax. ... Il est clairement formulé au paragraphe 3 de l'article 15 de l'avenant 1 des conditions générales de partenariat que: Aucun retard n'est toléré dans les paiements. Si un paiement n'est pas effectué dans le délai fixé, cela peut avoir les conséquences suivantes pour le partenaire: il doit fournir des garanties supplémentaires, la maison A._____ SA cesse ses livraisons, tous les contrats conclus avec la maison A._____ SA sont immédiatement résiliés, la maison A._____ SA effectue un inventaire chez le partenaire et reprend la marchandise revendable inventoriée, livrée par A._____ SA, au prix de vente (TVA incluse) déduction faite de la marge moyenne. Les frais qui en résultent sont à la charge du partenaire. Le partenaire donne expressément son accord aux mesures susmentionnées en cas de retard de paiement. Nous attirons votre attention sur le fait que le non-respect du point susmentionné entraîne la résiliation immédiate du contrat de partenariat."*).

Die angedrohte fristlose Kündigung des Partnerschaftsvertrages des A'._____ ... [Adresse], erfolgte mit Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom 1. Dezember 2010 (act. 3/11). Die Klägerin hielt fest, trotz mehrfachen mündlichen sowie schriftlichen Aufforderungen ihrerseits seien die offenen Rechnungen nicht innert der angesetzten Nachfrist beglichen worden. Der Beklagte verstosse damit gegen Art. 15 Abs. 3 der Allgemeinen Partnerschaftsbedingungen (Anhang 1 zum A'._____ Partnerschaftsvertrag). Somit werde die Geschäftsbeziehung mit ihm nicht mehr weiter geführt. Aus diesem Grunde sehe man sich gezwungen, die fristlose Kündigung des Partnerschaftsvertrages gemäss Art. 15 auszusprechen (*"Malgré plusieurs injonctions de payer par écrit et par oral de la part de la maison A._____ SA, les factures n'ont pas été réglées dans le délai imparti. Vous contrevenez par conséquent à l'art. 15, al. 3, des conditions générales de partenariat (avenant 1 du contrat de partenariat des A'._____). Dans ces conditions, nous mettons fin à notre relation commerciale et nous voyons aujourd'hui contraints de résilier avec effet immédiat le contrat de partenariat, conformément à l'article 15."*).

Mit Schreiben vom 17. Januar 2011 (act. 3/12) rügte die Klägerin den Beklagten, trotz mehrerer Mahnungen durch E._____, regionaler Verkaufschef, und F._____, Verkaufschef, diverse Lastschriften, welche sich über CHF 296'032.– beliefen, immer noch nicht bezahlt zu haben. Sie ersuchte den Beklagten ein letztes Mal, die Ausstände zu begleichen. Andernfalls sähe sie sich gezwungen, die Betreuung einzuleiten (*"Malgré plusieurs rappels émis par Monsieur E._____, chef régional de vente, et Monsieur F._____, chef de vente, vous n'avez toujours pas payé divers recouvrements directs dont le montant s'élève à CHF 296'032.–. Nous vous prions une dernière fois de verser le montant impayé de CHF 296'032.42. Autrement, nous vous verrons dans l'obligation de vous mettre en poursuite."*).

3. Vertragsparteien

3.1. Parteivorbringen

Die Klägerin bringt vor, der Partnerschaftsvertrag vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 habe bis zur Kündigung bestanden. Eine Änderung oder Anpassung oder gar Aufhebung des Vertragsverhältnisses habe – bis zur Kündigung – nicht stattgefunden (act. 45 S. 2 Rz. 3). Gemäss Ziff. 8 Abs. 2 des Partnerschaftsvertrages bedürften Änderungen und/oder Ergänzungen sowie die Aufhebung des Partnerschaftsvertrages oder von Teilen desselben, zu ihrer Wirksamkeit ohnehin der Schriftform. Auf dieses Formerfordernis könne nur durch eine ausdrückliche schriftliche Vereinbarung verzichtet werden. Eine entsprechende Änderung und/oder Ergänzung oder gar Aufhebung des Partnerschaftsvertrages habe nicht stattgefunden (weder mündlich, konkludent, noch unter Einhaltung des Formerfordernisses der Schriftform) und werde vom Beklagten auch nicht geltend gemacht (act. 45 S. 3 Rz. 7 f.). Die Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt gemäss Art. 3 Ziff. 1 der APB einer Übernahme oder Gründung der D._____ Sàrl zum Betrieb des vorliegend durch den Partnerschaftsvertrag betroffenen A'._____ zugestimmt. Zudem sei der Beklagte auch nicht Gesellschafter und damit auch nicht Inhaber von Stammanteilen der D._____ Sàrl gewesen. Damit sei belegt, dass keine Gründung oder Übernahme der D._____ Sàrl durch den Beklagten stattgefunden haben könne. Eine solche werde vom Beklagten denn auch nicht behauptet (act. 45 S. 3 f. Rz. 9 f.). Im Übrigen könne der Partner, d.h. der Beklagte, ge-

mäss Art. 14 Abs. 1 APB Rechte und Pflichten aus dem Partnerschaftsvertrag nicht ohne vorherige Zustimmung der Klägerin auf Dritte übertragen. Die Klägerin sei aber weder über eine solche Übertragung orientiert worden noch sei deren Zustimmung erfolgt. Der Beklagte mache denn auch keine Übertragung geltend (act. 45 S. 4 Rz. 11 f.).

Es sei unverständlich, was der Beklagte mit der Bezeichnung "Betreiber des Geschäfts A'._____" meine. Es treffe zwar zu, dass die D.____ Sàrl bestanden habe und diese Gesellschaft G.____ sowie zwei weitere Personen als Gesellschafter gehabt habe, doch sei diese D.____ Sàrl für das vorliegende Vertragsverhältnis nicht von Relevanz (act. 45 S. 4 Rz. 13 f.). Der Beklagte sei erst mit Abschluss des Partnerschaftsvertrages vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 Partner für den hier betroffenen A'.____ geworden. Der Beklagte habe den vorliegend betroffenen A'.____ mit Abschluss des Partnerschaftsvertrages, der ausschliesslich zwischen der Klägerin und dem Beklagten geschlossen worden sei, übernommen. Weder die D.____ Sàrl noch G.____ seien an diesem Vertragsverhältnis beteiligt gewesen, was der Beklagte denn auch nicht behauptete. Die D.____ Sàrl (sowie G.____) hätten auch sonst keine vertraglichen Beziehungen zur Klägerin unterhalten. Die Klägerin habe denn auch keine Kenntnis davon gehabt, dass die D.____ Sàrl in einer Beziehung zum hier betroffenen A'.____ stehen sollte (act. 45 S. 5 Rz. 17).

Der Beklagte habe G.____ als Filialleiter des betroffenen A'.____ eingesetzt und die Klägerin autorisiert, das Tagesgeschäft des A'.____ mit G.____ abzuwickeln. Der Beklagte sei denn auch nie im betroffenen A'.____ anzutreffen gewesen (act. 45 S. 4 Rz. 13 und S. 7 Rz. 25 f.). Nach dem Partnerschaftsvertrag sei es dem Beklagten freigestanden, für die Führung des A'.____ einen Geschäftsführer einzusetzen. Dass der Beklagte G.____ als Filialleiter eingesetzt habe, habe aber nichts daran geändert, dass der Beklagte den Partnerschaftsvertrag einzuhalten gehabt habe und – als Folge der Vertragsverletzung durch den Beklagten – die Forderung der Klägerin gegenüber dem Beklagten bestehe. Daran ändere auch die vom Beklagten vorgebrachte Behauptung der Bestellung, Entgegennahme und Bezahlung von Waren durch die D.____ Sàrl nichts. Zu-

dem sei darauf hinzuweisen, dass die Bestellung, Entgegennahme und Bezahlung von Waren noch keine vertragliche Beziehung zur Klägerin begründet haben könne (act. 45 S. 5 f. Rz. 19). Die Abwicklung des Tagesgeschäfts mit dem Filialleiter des A'._____ ändere nichts an der vertraglichen Verpflichtung des Beklagten und seiner diesbezüglichen Haftung. Der Filialleiter des A'._____ habe als Hilfsperson des Beklagten geamtet, womit der Beklagte auch für allfällige Handlungen des Filialleiters einzustehen habe (act. 45 S. 7 Rz. 28). Der Beklagte habe grundsätzlich nicht persönlich leisten müssen und sei vertraglich befugt gewesen, den A'._____ durch sein Personal betreiben zu lassen, selbstverständlich immer unter Beibehaltung seiner persönlichen Haftung (act. 57 S. 1 f.). Der für das Rechtsverhältnis der Klägerin mit dem Beklagten massgebliche Vertrag enthalte keine Klausel, wie vom Beklagten behauptet (act. 57 S. 3). Irrelevant für das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten sei auch, ob die D._____ Sàrl "das Personal verwaltete", was im Übrigen von der Klägerin bestritten werde. Nach Art. 3 Ziff. 2 Abs. 2 APB sei die Einstellung, Ausbildung, Führung und Entlohnung des Personals Sache des Partners, d.h. des Beklagten, gewesen (act. 45 S. 6 Rz. 22).

Es treffe zwar zu, dass für das Konto Nr. ... eine Belastungsermächtigung zu Gunsten der Klägerin bestanden habe, das betreffende Konto habe aber auf "A'._____, B._____ ..." gelautet. Entsprechend treffe auch die Behauptung des Beklagten nicht zu, dass die D._____ Sàrl die Rechnungen der Klägerin bezahlt habe. Im Übrigen würde die Tatsache, dass die Rechnungen früher von einer Drittpartei beglichen worden seien nichts an der Pflicht zur Einhaltung des Partnerschaftsvertrages und damit an der Pflicht des Beklagten zur Bezahlung der aus dem vorgenannten Vertrag ausstehenden Forderungen ändern (act. 45 S. 6 Rz. 20).

Da der Partnerschaftsvertrag ausschliesslich zwischen der Klägerin und dem Beklagten geschlossen worden sei, habe sich die Klägerin auch bezüglich der ausstehenden Zahlungen sowie weiteren Verletzungen des Partnerschaftsvertrages stets direkt an den Beklagten gewandt (act. 45 S. 5 Rz. 18 und S. 7 Rz. 26). Es treffe damit nicht zu, dass "alle geschäftlichen Kontakte" zwischen der Klägerin

und dem "Betreiber" des A'._____ respektive "G._____ & die Mitgesellschafter der D._____ Sàrl" stattgefunden hätten (act. 45 S. 7 Rz. 27). Der Beklagte habe zudem ein Schreiben der Klägerin vom 6. Februar 2009 unterzeichnet, worin die Klägerin unter anderem auf den Zahlungsverzug bezüglich des vorliegend betroffenen A'._____ verwiesen habe. Auch darin sei zu sehen, dass auch der Beklagte davon ausgegangen sei, dass der Partnerschaftsvertrag zwischen ihm und der Klägerin bestanden habe; andernfalls hätte er das Schreiben nicht unterzeichnet (act. 45 S. 6 Rz. 21).

Im Übrigen habe keine "organisierte Schliessung" stattgefunden. Die Schliessung und die Inventarübernahme seien mit Einverständnis des Beklagten erfolgt (act. 45 S. 6 Rz. 23 und S. 9 Rz. 36). Der Beklagte habe der Klägerin mit Schreiben vom 22. November 2010 unter anderem vorgeschlagen, dass der A'._____ innert drei bis sieben Tagen geschlossen werde und die Klägerin das Warenlager des A'._____, unter Berücksichtigung eines Rabatts von 20%, zurücknehme. Daraufhin seien die Klägerin und der Beklagte übereingekommen, den A'._____ per 25. November 2010 zu schliessen. Der Beklagte habe der Klägerin die Zustimmung erteilt, eine Inventur des Warenlagers des betroffenen A'._____ durchzuführen und die Waren zu übernehmen respektive zum Verkauf freizugeben (act. 45 S. 8 f. Rz. 33 f.). Die Inventur habe im Beisein des Beklagten stattgefunden, was aus der gegengezeichneten Bestätigung "Aufnahmebeleg" sowie der Inventurliste ersichtlich sei (act. 45 S. 9 Rz. 37).

Der Beklagte bestreitet alle Zahlungsverpflichtungen, da er nicht Betreiber gewesen sei. Betreiber des A'._____ sei die D._____ Sàrl gewesen, vertreten durch den geschäftsführenden Teilhaber G._____ und zwei Mitgesellschafter und Geschäftsführer. Diese im Handelsregister eingetragene D._____ Sàrl habe den A'._____ in der Zeit von Dezember 2008 bis zum 24. November 2010 geführt, das Personal verwaltet und die von der Klägerin gelieferte Ware bestellt, entgegengenommen sowie bezahlt und zwar per automatischer Abbuchung (LSV-BDD) von ihrem eigenen Konto Nr. ... bei der Banque Cantonale de Fribourg. Alle geschäftlichen Kontakte hätten zwischen der Klägerin (Abteilung A'._____) und dem Betreiber des A'._____ C._____ stattgefunden (act. 39 S. 2; act. 50 S. 2).

Durch die Annahme von Bestellungen und Zahlungen der D._____ Sàrl sei stillschweigend (konkludent) eine Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Partnerschaftsvertrages erfolgt. Die Klägerin habe mit der D._____ Sàrl Geschäfte getätigt, und zwar durch die Annahme von Bestellungen und Zahlungen. Die Verkaufschefs der Klägerin hätten davon volle Kenntnis gehabt. Entweder müsse davon ausgegangen werden, dass die Klägerin einem solchen Transfer zugestimmt habe oder es habe keinen Transfer gegeben und es müsse davon ausgegangen werden, dass die Lieferungen nicht vom Beklagten bestellt worden seien. Wenn die D._____ Sàrl mit dem strittigen Partnerschaftsvertrag nichts zu tun habe, seien sämtliche Bestellungen und Lieferungen, deren Zahlung die Klägerin verlange, nicht Teil des betroffenen Vertrages. Der Beklagte habe die Waren, deren Zahlung die Klägerin verlange, nie bestellt (act. 50 S. 2). Die Klägerin habe mit Sicherheit gewusst, dass die D._____ Sàrl bei ihr Waren bestellt und bezahlt habe. Das Bankkonto Nr. ... gehöre sehr wohl der D._____ Sàrl. Der Text "B._____ ..." sei nur eine Rubrik (act. 50 S. 3).

Der Partnerschaftsvertrag verpflichte den Partner zu einer persönlichen Betreuung. G._____ habe die D._____ Sàrl in völliger Unabhängigkeit geleitet. Es habe nie ein Vertrag zwischen dem Beklagten und der D._____ Sàrl bestanden. Die D._____ Sàrl habe ihr Personal ohne Einsichtsrecht verwaltet (act. 50 S. 3).

Am Dienstag, den 23. November 2010, hätten die Betreiber des A'._____ C._____, G._____ und seine Firma D._____ Sàrl, sowie die Verkaufschefs der Klägerin (Abteilung A'._____) die plötzliche und unerwartete Schliessung des Geschäfts und die sofortige Rücknahme der durch die Klägerin gelieferten und im Geschäft C._____ gelagerten Waren organisiert (act. 39 S. 3). Als Miteigentümer habe der Beklagte der Klägerin am 20. November 2010 Vorschläge unterbreitet. Er habe nicht damit rechnen können, dass die Klägerin das Geschäft einige Tage später ohne alternative Lösung sowie ohne laufende und geplante Wiedereröffnung schliessen würde. Der Beklagte anerkenne, bei der Inventur anwesend gewesen zu sein. Er habe aber über keinerlei Entscheidungsgewalt in Bezug auf die Inventur verfügt (act. 50 S. 4).

3.2. Würdigung

Der Partnerschaftsvertrag vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 (act. 3/1) betreffend den A'._____ an der ... [Adresse] wurde zwischen der Klägerin und dem Beklagten persönlich als Partner abgeschlossen, was dieser auch nicht bestreitet. In Ziffer 7 des Partnerschaftsvertrages wurde explizit auf die Allgemeinen Partnerschaftsbedingungen (Anhang 1) verwiesen (nachfolgend APB; act. 3/17). Werden Vertragsbestimmungen von einer Vertragspartei vorformuliert, um damit eine unbestimmte Anzahl zukünftiger Verträge gleicher Art mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln, spricht man von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Um Verbindlichkeit zu erlangen, müssen AGBs von den Parteien in den konkreten Einzelvertrag übernommen werden. Die Übernahme kann ausdrücklich oder stillschweigend (konkludent) erfolgen. Eine ausdrückliche Übernahme erfolgt beispielsweise durch das Unterzeichnen einer Vertragsurkunde, die ausdrücklich auf die AGB verweist (KUT, in: FURRER / SCHNYDER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N 47, 51 und 52 zu Art. 1 OR). Durch das Unterzeichnen des Partnerschaftsvertrages, der in Ziffer 7 explizit auf die APB verweist, wurden diese von den Parteien ausdrücklich übernommen.

Aus diesem Partnerschaftsvertrag leitet die Klägerin denn auch ihre Forderungen ab. Der Beklagte bestreitet jegliche Zahlungsverpflichtung mit dem Argument, er sei nicht Betreiber des A'._____ an der ... [Adresse] gewesen. Nach dem Beklagten sei die D._____ Sàrl vom Dezember 2008 bis zum 24. November 2010 Betreiberin des fraglichen A'._____ gewesen. Die D._____ Sàrl wurde am 18. Dezember 2008 im Handelsregister eingetragen. Gesellschafter waren G._____, H._____ und I._____. Die Gesellschaft geriet in Konkurs und wurde am 15. November 2012 im Handelsregister gelöscht (vgl. act. 40/1).

Nach Art. 3 Ziff. 1 Abs. 3 APB hat der Partner, wenn er zum Betrieb des Geschäftes eine Gesellschaft gründet oder übernimmt, die Klägerin frühzeitig darüber zu orientieren. Die betreffende Gesellschaft tritt mit allen Rechten und Pflichten in diesen Vertrag ein, wobei der Partner weiterhin für alle Verbindlichkeiten aus diesem Vertrag neben der Gesellschaft persönlich und solidarisch gemäss Art. 181 f. OR haftet. Zusätzlich ist die Klägerin berechtigt, vom Partner eine Si-

cherheit (z.B. eine Bankgarantie) zu fordern. Die Höhe der Sicherheit wird von der Klägerin festgelegt ("*Si le partenaire fonde ou reprend une société pour l'exploitation du magasin, il doit en informer A._____ à l'avance. La société en question entre dans ce contrat avec tous les droits et devoirs qui y sont liés, le partenaire reste cependant personnellement et solidairement responsable de toutes les dettes ressortant de ce contrat à côté de la société conformément à l'art. 181 ss CO. A._____ est par ailleurs autorisée à exiger une garantie (par ex. bancaire) du partenaire et à en fixer le montant.*"; act. 3/17 S. 4; act. 3/18 S. 4).

Der Beklagte anerkennt die Aussage der Klägerin, dass sie nie einer solchen Übernahme oder Gründung der D._____ Sàrl zum Betrieb des vorliegend betroffenen A'._____ zugestimmt habe sowie dass der Beklagte nie Gesellschafter und damit auch nicht Inhaber von Stammanteilen der D._____ Sàrl gewesen sei (act. 50 S. 2). Letzteres ergibt sich auch aus dem Handelsregisterauszug der D._____ Sàrl (act. 40/1). Der Beklagte hat demnach zum Betrieb des betroffenen A'._____ keine Gesellschaft gegründet oder übernommen, sodass kein Fall von Art. 3 Ziff. 1 Abs. 3 APB vorliegt.

Gemäss Art. 14 Abs. 1 APB kann der Partner die Rechte und Pflichten aus dem Partnerschaftsvertrag nicht ohne vorherige schriftliche Zustimmung von der Klägerin auf Dritte übertragen ("*Le partenaire ne peut pas céder à des tiers des droits ou des obligations découlant de ce contrat sans l'accord préalable écrit de A._____.*"; act. 3/17 S. 8; act. 3/18 S. 7).

Der Beklagte führt aus, es müsse von einer Zustimmung der Klägerin ausgegangen werden (act. 50 S. 2), ohne jedoch weiter vorzutragen, woraus sich dies ergeben soll. Es erschliessen sich denn auch keinerlei Hinweise aus den Akten für eine solche Übertragung oder einer Zustimmung der Klägerin hierzu. Dahingegen hält der Beklagte weiter fest, zwischen ihm und der D._____ Sàrl habe nie ein Vertrag bestanden (act. 50 S. 3). Dies spricht offensichtlich gegen eine Übertragung des Partnerschaftsvertrages vom Beklagten auf die D._____ Sàrl, bedürfte diese doch einer entsprechenden Vereinbarung.

Ziff. 8 des Partnerschaftsvertrages hält fest, dass Änderungen und Ergänzungen desselben sowie die Aufhebung des Vertrages oder von Teilen desselben zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen. Auf dieses Formerfordernis kann

nur durch eine ausdrückliche schriftliche Vereinbarung verzichtet werden. Durch von diesem Vertrag abweichendes Verhalten werden weder vereinbarte Rechte und Pflichten verändert oder aufgehoben noch neue Rechte und Pflichten begründet. Von diesem Vertrag abweichende Zugeständnisse von Mitarbeitern der Klägerin sind nur verbindlich, wenn diese von der Klägerin schriftlich bestätigt sind *"Les modifications et/ou le compléments de ce contrat, ainsi que l'annulation du contrat ou de certaines parties de celui-ci doivent être faites par écrit pour être valables. Seul une convention faite expressément par écrit permet de renoncer à cette forme prescrite. Un comportement dérogeant à ce contrat ne peut ni faire modifier ou annuler des droits et des obligations ni justifier de nouveaux droits et obligations. Les concessions des collaborateurs A._____ dérogeant à ce contrat ne sont valables que si elles sont confirmées par écrit par A._____."* (act. 3/1 S. 3; act. 3/2 S. 3).

Ist für einen Vertrag, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Es steht den Parteien somit frei, vom Grundsatz der Formfreiheit abzuweichen und einen formlos gültigen Vertrag einer bestimmten Form zu unterstellen. Diesen Formvorbehalt können die Parteien jederzeit formfrei ändern oder aufheben. Es steht den Parteien weiter frei, auch für den Abänderungs- oder Aufhebungsvertrag einen Formvorbehalt vorzusehen. Auch ein solcher Formvorbehalt kann ausdrücklich oder konkludent abgeändert oder aufgehoben werden, doch ist eine formfreie Abänderung oder Aufhebung im Regelfall nicht leichthin anzunehmen (KUT, a.a.O., N 1, N 13 und N 15; SCHWENZER, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 10 f. zu Art. 16 OR). Es ist in einer solchen Regelung nämlich der zu respektierende Wille der Parteien erkennbar, eben gerade auszuschliessen, dass ein späterer Verstoss ihrerseits gegen die Formvorschriften als konkludente Aufhebung derselben verstanden würde (SCHMIDLIN, in: KRAMER / SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Band VI/1, 1986, N 46 ff. zu Art. 16 OR).

Eine schriftliche Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Partnerschaftsvertrages wurde vom Beklagten nicht ausdrücklich geltend gemacht. Er behauptet jedoch sinngemäss eine stillschweigende Änderung, Ergänzung oder Aufhebung

des Partnerschaftsvertrages durch die Annahme von Bestellungen und Zahlungen der D._____ Sàrl durch die Klägerin. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob von einer formfreien Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Partnerschaftsvertrages auszugehen ist, was jedoch aufgrund des Schriftformvorbehalts nicht leichthin angenommen werden darf.

Der Beklagte erläutert nicht weiter, woraus sich ergeben soll, dass Bestellungen an die Klägerin von der D._____ Sàrl ausgingen. Sämtliche von der Klägerin eingereichten Fakturen betreffend Hartwarenlieferungen, Frischproduktlieferungen und Filialverschiebungen beziehen sich auf den "A'._____, ... [Adresse]" (act. 3/25-123). Der Auslöser der entsprechenden Bestellungen kann den Fakturen nicht entnommen werden. Bei den Fakturen aus Bezügen von Direktlieferanten zeigt sich, dass die Lieferscheine der J._____ bei der Angabe der Lieferadresse auf "A'._____, G._____" Bezug nehmen (act. 3/128-148). Ebenso vermerken die Lieferscheine der K._____ "A'._____, Monsieur G._____" (act. 3/165-167). Indes nehmen andere Lieferscheine, wie derjenige der L._____ AG Bezug auf "A'._____ ..., M._____" (act. 3/164), ohne dass der Beklagte behauptete, dieser sei in der fraglichen Zeit Betreiber des A'._____ an der ... [Adresse] gewesen. Schliesslich nehmen einige Lieferscheine auch Bezug auf den Beklagten. So diejenigen der N._____ GmbH ("B._____, A'._____ "; act. 3/175+176) und der O._____ AG ("A'._____, B._____" ; act. 3/177). Somit erscheint naheliegend, dass die Lieferanten in den Lieferscheinen nicht unbedingt den (Vertrags-)Partner der Klägerin oder den Betreiber des A'._____ in C._____ erwähnen, sondern eine beliebige Kontaktperson, beispielsweise auch einen Mitarbeiter oder den Geschäftsführer respektive Filialleiter. Aus den Bestellungen, den Fakturen sowie den Lieferscheinen ergibt sich somit kein Hinweis für eine Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Partnerschaftsvertrages dahingehend, dass die D._____ Sàrl und/oder G._____ in den Vertrag einbezogen wurden.

Der Beklagte macht weiter geltend, die Lieferungen der Klägerin seien von der D._____ Sàrl bezahlt worden. Diesbezüglich liegen mehrere Belastungsermächtigungen für Zahlungen per Lastschrift im Recht. Diejenige vom 9. September 2009 (act. 3/22) ist vorliegend nicht von Bedeutung, obwohl sie den "A'._____

" betrifft, da sie vor Vertragsschluss am 30. November bzw. 17. Dezember 2009 (act. 3/1) ausgestellt wurde und ein anderes Konto (IBAN CH...) betrifft als die nachfolgenden Belastungsermächtigungen. Weiter liegt eine Belastungsermächtigung vom 30. Juni 2010 (act. 51/11) bei den Akten die sich auf "A'_____, D.____ Sàrl" und das Konto IBAN CH... bezieht, wobei oberhalb der Firma weiter "... (B.____)" notiert ist. Eine andere Belastungsermächtigung, welche dieselbe IBAN CH... betrifft, datiert vom 6. September 2010 (act. 3/23; act. 51/10) und bezieht sich auf "A'_____, B._____". Damit war die Klägerin berechtigt, sich bezüglich der geltend gemachten Forderungen, welche sich auf Fakturen ab Oktober 2010 stützen, von einem auf B._____ lautenden Konto des A'_____ bezahlt zu machen. Inwiefern der Hinweis auf P._____ und den Beklagten nach dessen Ausführungen lediglich eine Rubrik darstellen soll, ist nicht ersichtlich. Unklar bleibt, weshalb in der früheren Belastungsermächtigung vom 30. Juni 2010 (act. 51/11) betreffend dasselbe Konto neben B._____ die D._____ Sàrl erwähnt ist. Es ergibt sich daraus aber nicht, dass diese Gesellschaft auch effektiv Zahlungen vornahm respektive Belastungen derselben erfolgten. Doch selbst dies würde an der Verpflichtung des Beklagten nichts ändern, denn der Schuldner ist nur dann verpflichtet persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt (Art. 68 OR). Im Grundsatz ist der Schuldner somit nicht verpflichtet, die Leistung persönlich zu erbringen. Diese kann auch durch einen Dritten erfolgen. Insbesondere Sach- und Geldleistungen können regelmässig durch Dritte erfüllt werden (WULLSCHLEGER, in: FURRER / SCHNYDER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N 1 und 8 zu Art. 68 OR). Erfüllt ein Dritter anstelle des Schuldners, entsteht kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Gläubiger, mithin liegt kein Schuldnerwechsel vor (LEU, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 1 zu Art. 68 OR). Selbst wenn demnach die D._____ Sàrl Zahlungen an die Klägerin geleistet hätte, wäre allein deswegen noch kein Vertragsverhältnis zur Klägerin entstanden.

Dem beklagten Argument, die Bestellungen seien nicht von ihm ausgegangen, ist entgegen zuhalten, dass der Beklagte entgegen seiner Begründung aus dem Partnerschaftsvertrag vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 nicht zur persönlichen Leistung verpflichtet war; eine entsprechende Klausel ist darin

nicht enthalten (act. 3/1). Woher der vom Beklagten ins Recht gereichte Auszug eines Art. 4 betreffend Stellung und allgemeine Pflichten des Partners stammt, gemäss welcher der Partner sich verpflichtet, das Geschäft persönlich und als hauptberufliche Tätigkeit zu betreiben ("*Il s'engage à exploiter le magasin uniquement personnellement et comme activité professionnelle principale.*"; act. 51/5A), ergibt sich aus der eingereichten Urkunde nicht und wird vom Beklagten auch nicht erläutert. War der Beklagte nicht zur persönlichen Betreuung des A'._____ verpflichtet, konnte er ohne Weiteres einen Geschäftsführer oder einen Filialleiter als Hilfsperson einsetzen. Aus den beklagtischen Ausführungen lässt sich denn auch schliessen, dass er den A'._____ in C._____ nicht persönlich führte, sondern zulässigerweise einen Geschäftsführer oder einen Filialleiter als Hilfsperson engagierte. Allenfalls handelte es sich dabei um die D._____ Sàrl oder G._____. Dies kann jedoch offen bleiben. Denn dessen ungeachtet blieb der Beklagte Partner der Klägerin gemäss dem Partnerschaftsvertrag, solange dieser nicht entsprechend abgeändert, ergänzt, aufgehoben oder übertragen wurde, wofür nach dem vorstehend ausgeführten keine Anhaltspunkte bestehen. Inwiefern die D._____ Sàrl das Personal des A'._____ an der ... [Adresse] verwaltet haben soll, führt der Beklagte nicht näher aus. Gemäss Art. 3 Ziff. 2 Abs. 2 APB war die Einstellung, Ausbildung, Führung und Entlohnung des Personals Sache des Partners; vorliegend also des Beklagten ("*Le recrutement, la formation, la direction et la rémunération du personnel incombent au partenaire.*"; act. 3/17 S. 4, act. 3/18 S. 4).

Wie die Klägerin weiter zutreffend ausführt, unterzeichnete der Beklagte das Schreiben der Klägerin vom 6. Februar 2009 (act. 3/8) betreffend Zahlungsausstände, welche unter anderem den A'._____ ... [Adresse] betrafen. Er schien sich somit zu diesem Zeitpunkt selbst als Partner der Klägerin zu betrachten, obwohl er in der Klageantwort festhält, der A'._____ sei seit Dezember 2008 von der D._____ Sàrl betrieben worden. Dies bestätigt auch das vom Beklagte verfasste Schreiben an die Klägerin vom 22. November 2010 (act. 46/221) betreffend P._____, ..., in welchem er auf ein vorangegangenes Telefongespräch Bezug nimmt und die diskutierten Punkte und entstandenen Vorschläge bestätigt.

Bezüglich des Vorwurfs des Beklagten der plötzlichen und unerwarteten Schliessung des Geschäfts ist festzuhalten, dass Art. 15 Ziff. 3 APB bestimmt, dass keine verspäteten Zahlungen geduldet werden. Erfolgt die Bezahlung nicht binnen angesetzter Nachfrist, hat dies für den Partner folgende möglichen Konsequenzen: Leistung von zusätzlichen Sicherheiten, Einstellung der Belieferung durch die Klägerin, sofortige Auflösung aller mit der Klägerin abgeschlossenen Verträge, Vornahme einer Inventur beim Partner durch die Klägerin und Übernahme der verkaufsfähigen von der Klägerin gelieferten Ware gemäss Inventur zu Verkaufspreisen (inkl. MwSt.) minus Durchschnittsmarge. Der sich dabei ergebende Mehraufwand fällt zu Lasten des Partners. Der Partner erklärt sich im Falle eines Zahlungsrückstandes mit der Vornahme der obigen Massnahmen ausdrücklich einverstanden (*"Aucun retard n'est toléré dans les paiements. Si un paiement n'est pas effectué dans le délai fixé, cela peut avoir les conséquences suivantes pour le partenaire: il doit fournir des garanties supplémentaires, la maison A._____ SA cesse ses livraisons, tous les contrats conclus avec la maison A._____ SA sont immédiatement résiliés, la maison A._____ SA effectue un inventaire chez le partenaire et reprend la marchandise revendable inventoriée, livrée par A._____ SA, au prix de vente (TVA incluse) déduction faite de la marge moyenne. Les frais qui en résultent sont à la charge du partenaire. Le partenaire donne expressément son accord aux mesures susmentionnées en cas de retard de paiement."*; act. 3/17 S. 8; act. 3/18 S. 8). Es wurde somit vertraglich vereinbart, dass eine Inventur erfolgt und die verkaufsfähigen Waren von der Klägerin zurückgenommen werden. Dieses Vorgehen wurde denn auch vom Beklagten selbst in seinem bereits erwähnten Schreiben an die Klägerin vom 22. November 2010 (act. 46/221) als besprochen und vereinbart dargelegt. Zudem ermächtigte er die Klägerin mit Schreiben vom 24. November 2010 (act. 46/222) ausdrücklich zur Inventur und dem Verkauf des Warenlagers des A'._____ in Fribourg. Gemäss den Belegen der Inventur war der Beklagte dabei auch anwesend (act. 46/223+224). Der Beklagte war demnach mit diesem Vorgehen einverstanden, wurde auch darin eingebunden und musste damit rechnen.

Der Beklagte äussert weiter unklare Vorwürfe wonach "diese Situation" herbeigeführt worden sei, um ihm und Q._____, den ehemaligen Besitzern der Räumlichkeiten und Einrichtungen zu schaden (act. 39 S. 4). Weiter habe er "beunruhigende Situationen und Machenschaften" festgestellt in Verbindung mit dem

ehemaligen Betreiber des A'.____ C.____ und mehreren Verkaufschefs der Klägerin. So hätten zwei der Teilhaber der D.____ Sàrl eine weitere Gesellschaft gegründet und mehrere ehemalige Verkaufschefs der Klägerin nach der Schliessung des A'.____, C.____ andere A'.____ übernommen, wobei sich frage, wie diese neuen Geschäfte finanziert worden seien (act. 39 S. 6 f.). Aus diesen diffusen Anschuldigungen ergibt sich indes kein Zusammenhang mit dem vorliegend relevanten Partnerschaftsvertrag oder ein Einfluss auf die Forderung der Klägerin aus demselben, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Anzumerken bleibt, dass eine allfällige Strafuntersuchung betreffend Diebstahl und Betrug, welche der Beklagte erwähnt (act. 39 S. 2), nicht Sache des Handelsgerichts, sondern der Staatsanwaltschaft wäre.

3.3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte den Abschluss des Partnerschaftsvertrages mit der Klägerin nicht bestreitet. Der Vertragspartner der Klägerin betreffend den A'.____ an der ... [Adresse] war gemäss Vertrag vom 1. Januar 2010 bis zur fristlosen Kündigung am 1. Dezember 2010 der Beklagte (act. 3/1; act. 3/11). Aus den Vorträgen der Parteien und den Akten ergibt sich weder eine Änderung oder Ergänzung, welche auf einen Einbezug der D.____ Sàrl schliessen liessen, noch eine Übertragung an diese, weder ausdrücklich noch durch konkludentes Verhalten der Parteien. Sollten tatsächlich Zahlungen an die Klägerin durch die D.____ Sàrl erfolgt sein, wäre dadurch kein Übergang erfolgt, denn es entsteht kein Vertragsverhältnis zwischen einem Dritten und dem Gläubiger, wenn dieser anstelle des Schuldners erfüllt. Abgesehen davon ist kein Bezug der D.____ Sàrl zum A'.____ in C.____ ersichtlich. Damit war der Beklagte in der relevanten Zeit Vertragspartner der Klägerin bezüglich des Partnerschaftsvertrages vom 30. November bzw. 17. Dezember 2009 (act. 3/1), und damit ist der Beklagte entsprechend auch zur Bezahlung sämtlicher daraus entstandener Forderungen der Klägerin verpflichtet.

4. Quantitativ

4.1. Parteivorbringen

Die Klägerin bringt vor, die Liefer- und Zahlungskonditionen, welche für die Partner und somit auch für den Beklagten gälten, seien in Art. 15 APB detailliert vereinbart worden. Gemäss Art. 15 Ziff. 2 der APB werde für jede Lieferung eine detaillierte Faktura erstellt. Dem Partner werde die Warenlieferung unter Einräumung einer Zahlungsfrist von vierzehn Tagen via LSV-Konto (Lastschriftverfahren) belastet. Auch der Beklagte habe gegenüber der Klägerin entsprechende Belastungsermächtigungen abgegeben (act. 1 S. 11 f. Rz. 44 ff.). Gemäss Art. 15 Ziff. 3 Abs. 1 der APB würden die Warenbezüge und Gutschriften mittels Lastschriftbelastung ausgewiesen (act. 1 S. 12 Rz. 51). Der Beklagte habe in Bezug auf die fraglichen unbezahlten Lieferungen und Leistungen keine Mängelrüge erhoben. Damit habe der Beklagte alle fraglichen Lieferungen als vertragsgemäss erfolgt akzeptiert (act. 1 S. 12 Rz. 50). Die ausstehenden Rechnungen seien nicht beglichen worden, da sich die Klägerin nicht mehr per Lastschriftverfahren habe bezahlt machen können, weil der Beklagte nicht mehr für genügend Deckung auf dem Lastschriftkonto gesorgt habe (act. 1 S. 13 Rz. 54).

Entgegen der Behauptung des Beklagten habe weder ein "offener Kredit" noch ein "normaler offener Gesamtbetrag" von CHF 150'000.– bestanden. Es sei für die Klägerin nicht verständlich, aus welchem Rechtsgrund der Beklagte eine Forderung von CHF 150'000.– zu seinen Gunsten abzuleiten versuche. Der Partnerschaftsvertrag samt Anhängen enthalte denn auch keine entsprechende Vertragsklausel, sondern dem Beklagten sei eine gewöhnliche Zahlungsfrist von vierzehn Tagen eingeräumt worden. Habe sich die Klägerin dann nicht per Lastschriftverfahren bezahlt machen können, habe sich der Beklagte gemäss Art. 15 Ziff. 4 APB in Verzug befunden. Dies sei vorliegend der Fall gewesen. Die Lieferungen seien eingestellt worden, nachdem der Beklagte sich, auch nach zahlreichen Aufforderungen, geweigert habe, die ausstehenden Rechnungen zu begleichen, die nicht per LSV hätten eingezogen werden können (act. 45 S. 8 Rz. 30 und S. 10 Rz. 41).

Die Schlussabrechnung des Beklagten mit einem Saldo zu seinen Gunsten von CHF 9'633.– sei falsch (act. 45 S. 10 Rz. 43). Die Berechnungen des Beklagten mit einem Total von CHF 455'633.– seien ebenfalls falsch. Zwar sei eine Waren-

rücknahme durch die Klägerin für CHF 109'637.95 sowie die Auszahlung der Bankgarantie in der Höhe von CHF 50'000.–, d.h. Gutschriften in der entsprechenden Höhe an den Beklagten, erfolgt. Aber zum einen habe der offene Saldo von CHF 296'032.42 per 17. Januar 2011 zu Gunsten der Klägerin bestanden und sei daher nicht zu den vorgenannten Zahlen zu addieren. Zum anderen sei die Warenrücknahme in der Höhe von CHF 109'637.95 per 7. Dezember 2010 verrechnet worden. Sie sei daher im Gesamttotal von CHF 296'032.42 bereits enthalten (act. 45 S. 11 Rz. 45). Im Übrigen verkenne der Beklagte, dass er gegenüber der Klägerin noch immer einen Gesamtbetrag von CHF 247'686.92 schulde. Die vom Beklagten eingereichte Abrechnung weise eine ausstehende Forderung von insgesamt CHF 296'032.42 aus. Dies entspreche exakt der Forderung, die die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 17. Januar 2011 gegenüber dem Beklagten eingefordert habe. Diese ausstehende Gesamtforderung habe sich in der Zwischenzeit auf CHF 247'686.92 vermindert. Mit Einreichen der Abrechnung anerkenne der Beklagte die von der Klägerin geltend gemachte Forderung (act. 45 S. 10 Rz. 42).

Der Beklagte führt aus, der Gesamtbetrag der durch den A'_____ C._____ getätigten Einkäufe bei der Klägerin betrage rund CHF 3'000'000.– im Jahr bzw. rund CHF 250'000.– pro Monat bzw. rund CHF 125'000.– pro vierzehn bis fünfzehn Tage. Dabei handle es sich um von der Klägerin oder ihren Verkaufschefs übermittelte Basis-Geschäftsumsätze. Da das Geschäft innerhalb von vierzehn bis fünfzehn Tagen an die Klägerin habe bezahlen müssen, habe der durchschnittliche offene Kredit für vierzehn bis fünfzehn Tage CHF 125'000.– betragen. Zuzüglich einer Toleranz zur Sicherheit von CHF 25'000.– habe der normale offene vertragliche Gesamtbetrag CHF 150'000.– betragen (act. 39 S. 3; act. 50 S. 4).

Am Mittwoch, den 24. November 2010, habe die Klägerin und der Betreiber D._____ Sàrl eine Inventur organisiert. Die LKWs der Klägerin hätten die gelagerte Ware mit einem Einkaufswert (unter Abzug einer Marge von 20%) von CHF 109'633.– sofort eingeladen. Die Klägerin habe weiter die Bankgarantie der Banque Cantonale Vaudoise von CHF 50'000.– abgebucht. Dies ergebe ein Total für zurückgenommene Ware und abgebuchte Bankgarantie von CHF 159'633.–.

Der maximal offene Gesamtbetrag betrage im Normalfall CHF 150'000.–. Damit sei im Normalfall, bei einer Betriebseinstellung auf Grundlage des gegebenen Geschäftsumsatzes von rund 3 Mio. und einem Kredit von vierzehn Tagen, CHF 9'633.– zu viel abgebucht worden (act. 39 S. 3; act. 50 S. 4).

Die von der Klägerin für die Schlussabrechnung dargelegte Situation sehe wie folgt aus: Warenrücknahme am 24. November 2010 im Betrag von CHF 109'633.– (CHF 137'045.– minus 20%), Abbuchung Bankgarantie in der Höhe von CHF 50'000.–, offener Saldo über CHF 296'000.–. Dies ergebe einen offenen Gesamtbetrag bei der Klägerin zum Zeitpunkt der Schliessung des Geschäfts und vor der Rücknahme der Waren der Klägerin durch deren LKWs und der Abbuchung der Garantie von CHF 50'000.– im Betrag von CHF 455'633.–. Dieser Gesamtbetrag repräsentiere das Dreifache des erlaubten Kredits mit Zahlung in vierzehn Tagen plus Toleranz von CHF 150'000.– (act. 39 S. 4). Damit belaufe sich die Höhe der offenen Rechnungen vor Abzug der zurückgenommenen Ware und Abzug der Garantie gemäss der Abrechnung der Klägerin auf rund CHF 450'000.–. Es sei nicht möglich, dass die Klägerin zugelassen habe, dass Waren im Wert von CHF 450'000.– in einem Geschäft mit einem Jahresumsatz von 3 Mio. bestellt worden seien (act. 50 S. 4).

4.2. Würdigung

4.2.1. Zahlungsausstand

Die Parteien vereinbarten gemäss Art. 15 Ziff. 2 Abs. 1 APB zum Partnerschaftsvertrag, dass dem Beklagten für jede Lieferung eine detaillierte Faktura zugestellt werde und ihm die Warenlieferung (enthaltend die Lieferungen der Klägerin, diejenigen der durch die Klägerin verrechneten Direktlieferanten sowie allfällige weitere Belastungen und Gutschriften ausserhalb der Lieferungen der Klägerin) unter Einräumung einer Zahlungsfrist von vierzehn Tagen via LSV-Konto (Lastschriftverfahren) belastet werden ("*Chaque livraison est effectuée avec une facture détaillée. Les livraisons de marchandises (comprenant les livraisons de A._____, celles des fournisseurs directs facturées par A._____, ainsi que les autres notes de débit et de crédit éventuelles en dehors des livraisons de A._____) sont débitées du compte du partenaire via LSV (recouvrement direct) moyennant un délai de paiement de 14 (quatorze) jours.*"; act. 3/17 S. 8; act.

3/18 S. 8). Der Beklagte gab zu Gunsten der Klägerin eine entsprechende Belastungsermächtigung ab (act. 3/23; act. 51/10). Mangels genügender Deckung auf dem Konto des Beklagten konnte sich die Klägerin jedoch nicht mehr bezahlt machen.

Nach Art. 15 Ziff. 3 Abs. 1 werden die Warenbezüge und Gutschriften mittels Lastschriftbelastung ausgewiesen ("*Les achats de marchandises et les notes de crédit sont justifiés au moyen des prélèvements automatiques.*"; act. 3/17 S. 8; act. 3/18 S. 8). Der Partner ist nach Art. 15 Ziff. 6 verpflichtet, jede Einzellieferung auf Richtigkeit in Bezug auf Menge, Qualität, Preis und Verfalldatum zu kontrollieren und Mängelrügen bei verderblichen Vertragsprodukten sofort, bei den übrigen Vertragsprodukten innert vierundzwanzig Stunden nach Empfang bei der Reklamationsstelle der Klägerin anzubringen. Andernfalls gilt die Lieferung als akzeptiert ("*Le partenaire s'engage à contrôler la quantité, la qualité, le prix et la date d'échéance de chaque livraison. Les réclamations pour les produits périssables contractuels doivent être annoncées immédiatement au service de réclamation de A._____ et celles concernant les autres produits contractuels dans un délai de 24 (vingt-quatre) heures après réception. Sinon la livraison est considérée comme acceptée.*"; act. 3/17 S. 9; act. 3/18 S. 8). Der Beklagte erhob bezüglich der von der Klägerin als ausstehend geltend gemachten Lieferungen keine Mängelrüge nach Art. 15 Ziff. 6 APB. Damit akzeptierte er die erfolgten Lieferungen.

Entgegen den Ausführungen des Beklagten vereinbarten die Parteien keinen eigentlichen Kredit, sondern lediglich eine Zahlungsfrist von vierzehn Tagen. Ob der jeweils ausstehende Betrag in Bezug auf den Beklagten und den A'._____ an der ... [Adresse] in C._____ rund CHF 150'000.– betrug, kann dahingestellt bleiben. Die Parteien vereinbarten weder im Partnerschaftsvertrag noch in den zugehörigen APB einen durchschnittlichen oder maximal erlaubten Ausstand. Bei der Aussage des Beklagten, es seien "im Normalfall" CHF 9'633.– zu viel abgebucht worden, berücksichtigt er nicht, dass es sich vorliegend gerade nicht um "den Normalfall" handelt, da seinerseits Ausstände vorlagen, welche er in seiner Berechnung nicht berücksichtigt. "Im Normalfall" würde denn auch weder eine Inventur gemacht und der Warenbestand von der Klägerin übernommen noch käme es zu einer Beanspruchung der Bankgarantie. Bei der Berechnung des Betrages von CHF 455'633.– entging dem Beklagten, dass der offene Saldo von rund

CHF 296'000.– nach der von ihm eingereichten Abrechnung vom 16. Dezember 2010 (act. 40/3; act. 51/5) die Gutschrift der Warenrücknahme gemäss Inventur von CHF 109'637.95 bereits beinhaltet und dieser Betrag daher nicht nochmals zu berücksichtigen ist. Bezüglich des sinngemässen Vorwurfs des Beklagten, die Klägerin habe zugelassen, dass der ausstehende Betrag mit CHF 450'000.– (wobei wie gesagt die Warenübernahme doppelt berücksichtigt wurde), viel zu hoch geworden sei, ist festzuhalten, dass letztlich die Klägerin das Risiko trägt, ihrer Forderungen verlustig zu gehen, weshalb es ihr überlassen bleiben muss, ab welchem Zeitpunkt oder welchem ausstehenden Betrag sie sich für einen Lieferstopp entscheidet. Zumal, wie erwähnt, vorliegend weder im Partnerschaftsvertrag noch in den APB ein durchschnittlicher oder maximal erlaubter Ausstand vereinbart war. Die Klägerin liess denn auch die Lieferungen an den Beklagten gemäss Schreiben vom 12. November 2010 (act. 3/10) per sofort einstellen, nachdem er die ausstehenden Rechnungen nicht bezahlte.

Bezüglich der Berechnung und Zusammensetzung des beklaglichen Ausstandes bzw. der klägerischen Forderung, welche auch die Gutschriften betreffend Inventar und Bankgarantie berücksichtigen, ist auf nachfolgende Erwägungen zu verweisen (insbesondere Erw. 4.2.7. und Erw. 4.2.8.).

4.2.2. Hartwarenlieferungen

Die Klägerin macht geltend, sie habe dem Beklagten Hartwaren ab dem Verteilerzentrum Schnitten geliefert. Der Zusammenstellung offene Posten P._____, B._____, C._____, sei zu entnehmen, dass der Beklagte der Klägerin aus unbezahlten Hartwarenlieferungen einen Betrag von CHF 275'807.20 netto schulde. Dieser Betrag setze sich aus achtzehn Lieferungen zusammen. Vom Gesamtrechnungsbetrag über CHF 283'737.81 für diese achtzehn Lieferungen seien Gebinde- und Warenrückgabekosten in der Höhe von CHF 7'930.61 abzuziehen, welche sich aus fünfzehn Abrechnungen für Gebindekosten und vier Warenrückgaben ergäben (act. 1 S. 14 ff. Rz. 58 ff.).

Der Beklagte bestreitet alle Zahlungsverpflichtungen, äussert sich jedoch nicht weiter zur klägerischen Forderung aus Hartwarenlieferungen (act. 50 S. 2).

Gemäss der Zusammenstellung der klägerischen Forderungen (act. 3/13) steht die Bezahlung von achtzehn Hartwarenlieferungen aus. Diese werden durch die nachfolgenden Fakturen ausgewiesen:

Faktura Nr. ... (act. 3/25), Lieferung vom 5. Oktober 2010:	CHF	31'885.55
Faktura Nr. ... (act. 3/26), Lieferung vom 7. Oktober 2010:	CHF	73.02
Faktura Nr. ... (act. 3/27), Lieferung vom 8. Oktober 2010:	CHF	7'168.51
Faktura Nr. ... (act. 3/28), Lieferung vom 12. Oktober 2010:	CHF	20'592.46
Faktura Nr. ... (act. 3/29), Lieferung vom 15. Oktober 2010:	CHF	13'906.12
Faktura Nr. ... (act. 3/30), Lieferung vom 15. Oktober 2010:	CHF	5'438.28
Faktura Nr. ... (act. 3/31), Lieferung vom 19. Oktober 2010:	CHF	18'944.56
Faktura Nr. ... (act. 3/32), Lieferung vom 22. Oktober 2010:	CHF	13'356.71
Faktura Nr. ... (act. 3/33), Lieferung vom 22. Oktober 2010:	CHF	203.30
Faktura Nr. ... (act. 3/34), Lieferung vom 26. Oktober 2010:	CHF	23'583.07
Faktura Nr. ... (act. 3/35), Lieferung vom 29. Oktober 2010:	CHF	19'226.18
Faktura Nr. ... (act. 3/36), Lieferung vom 29. Oktober 2010:	CHF	7'291.51
Faktura Nr. ... (act. 3/37), Lieferung vom 2. November 2010:	CHF	18'078.94
Faktura Nr. ... (act. 3/38), Lieferung vom 5. November 2010:	CHF	20'975.14
Faktura Nr. ... (act. 3/39), Lieferung vom 9. November 2010:	CHF	39'146.86
Faktura Nr. ... (act. 3/40), Lieferung vom 12. November 2010:	CHF	21'080.56
Faktura Nr. ... (act. 3/41), Lieferung vom 16. November 2010:	CHF	19'187.04
Faktura Nr. ... (act. 3/42), Lieferung vom 24. November 2010:	CHF	3'600.00
<u>Bruttoforderung der Klägerin aus Hartwarenlieferungen:</u>	<u>CHF</u>	<u>283'737.81</u>

Damit steht der Klägerin aus Hartwarenlieferungen eine Bruttoforderung von CHF 283'737.81 zu.

Im Zusammenhang mit den Hartwarenlieferungen sind weiter fünfzehn Abrechnungen für Gebindekosten und vier Warenrückgaben zu berücksichtigen:

Facture VR+... vom 4. Oktober 2010 (act. 3/43):	CHF	210.00
Accredito VR+... vom 11. Oktober 2010 (act. 3/44):	CHF	-1'412.00

Facture VR+... vom 13. Oktober 2010 (act. 3/45):	CHF	138.00
Facture Nr. VR+... vom 18. Oktober 2010 (act. 3/46):	CHF	130.00
Facture VR+... vom 20. Oktober 2010 (act. 3/47):	CHF	314.00
Accredito VR+... vom 25. Oktober 2010 (act. 3/48):	CHF	-696.00
Accredito VR+... vom 27. Oktober 2010 (act. 3/49):	CHF	-90.00
Accredito VR+... vom 29. Oktober 2010 (act. 3/50):	CHF	-186.00
Facture VR+... vom 3. November 2010 (act. 3/51):	CHF	144.00
Accredito VR+... vom 8. November 2010 (act. 3/52):	CHF	-194.00
Facture VR+... vom 11. November 2010 (act. 3/53):	CHF	598.00
Accredito VR+... vom 15. November 2010 (act. 3/54):	CHF	-637.00
Accredito VR+... vom 17. November 2010 (act. 3/55):	CHF	-152.00
Accredito VR+... vom 26. November 2010 (act. 3/56):	CHF	-2'223.00
Accredito VR+... vom 3. Dezember 2010 (act. 3/57):	CHF	-2'984.00
Accredito VR+... vom 14. Oktober 2010 (act. 3/58):	CHF	-111.72
Accredito VR+... vom 20. Oktober 2010 (act. 3/59):	CHF	-202.30
Accredito VR+... vom 27. Oktober 2010 (act. 3/60):	CHF	-408.87
Accredito VR+... vom 16. November 2010 (act. 3/61):	CHF	-167.72
<u>Total Abzug</u>	CHF	<u>-7'930.61</u>

Somit ist der Betrag von CHF 7'930.61 für Gebindekosten und Warenrückgaben in Abzug zu bringen.

Dementsprechend steht der Klägerin aus unbezahlt gebliebenen Hartwarenlieferungen eine Nettoforderung von **CHF 275'807.20** zu (CHF 283'737.81 - CHF 7'930.61).

4.2.3. Frischwarenlieferungen

Die Klägerin bringt weiter vor, sie habe dem Beklagten Frischprodukte ab dem Verteilerzentrum R._____ geliefert. Der Zusammenstellung sei zu entnehmen, dass der Beklagte der Klägerin aus unbezahlten Frischproduktlieferungen einen Betrag von CHF 34'722.87 netto schulde. Dieser Betrag setze sich aus

achtzehn Lieferungen für insgesamt CHF 33'447.87 sowie CHF 1'275.– für gelieferte und nicht mehr retournierte Gebinde zusammen (act. 1 S. 20 ff. Rz. 86 ff.).

Der Beklagte bestreitet alle Zahlungsverpflichtungen, äussert sich jedoch nicht weiter zur klägerischen Forderung aus Frischwarenlieferungen (act. 50 S. 2).

Aus der Zusammenstellung der klägerischen Forderungen (act. 3/13) ergibt sich, dass die Bezahlung von achtzehn Frischwarenlieferungen aussteht. Diese werden durch die nachfolgenden Fakturen ausgewiesen:

Faktura Nr. ... (act. 3/62), Lieferung vom 4. Oktober 2010:	CHF	2'748.69
Faktura Nr. ... (act. 3/63), Lieferung vom 8. Oktober 2010:	CHF	1'459.62
Faktura Nr. ... (act. 3/64), Lieferung vom 11. Oktober 2010:	CHF	1'963.45
Faktura Nr. ... (act. 3/65), Lieferung vom 13. Oktober 2010:	CHF	1'670.44
Faktura Nr. ... (act. 3/66), Lieferung vom 15. Oktober 2010:	CHF	1'787.82
Faktura Nr. ... (act. 3/67), Lieferung vom 18. Oktober 2010:	CHF	1'835.37
Faktura Nr. ... (act. 3/68), Lieferung vom 20. Oktober 2010:	CHF	1'689.31
Faktura Nr. ... (act. 3/69), Lieferung vom 22. Oktober 2010:	CHF	1'657.85
Faktura Nr. ... (act. 3/70), Lieferung vom 25. Oktober 2010:	CHF	2'000.24
Faktura Nr. ... (act. 3/71), Lieferung vom 27. Oktober 2010:	CHF	1'577.58
Faktura Nr. ... (act. 3/72), Lieferung vom 29. Oktober 2010:	CHF	1'357.48
Faktura Nr. ... (act. 3/73), Lieferung vom 2. November 2010:	CHF	1'760.38
Faktura Nr. ... (act. 3/74), Lieferung vom 3. November 2010:	CHF	1'582.74
Faktura Nr. ... (act. 3/75), Lieferung vom 5. November 2010:	CHF	1'622.13
Faktura Nr. ... (act. 3/76), Lieferung vom 8. November 2010:	CHF	2'316.37
Faktura Nr. ... (act. 3/77), Lieferung vom 10. November 2010:	CHF	2'971.58
Faktura Nr. ... (act. 3/78), Lieferung vom 12. November 2010:	CHF	1'397.22
Faktura Nr. ... (act. 3/79), Lieferung vom 15. November 2010:	CHF	2'049.60
<u>Forderung der Klägerin aus Frischproduktlieferungen</u>	CHF	<u>33'447.87</u>

Damit steht der Klägerin aus den achtzehn Frischproduktlieferungen eine Forderung von CHF 33'447.87 zu.

Im Zusammenhang mit den Frischproduktlieferungen sind weiter achtzehn Belastungen und eine Gutschrift für Gebindekosten zu berücksichtigen:

Facture VR+... vom 5. Oktober 2010 (act. 3/80):	CHF	75.00
Facture VR+... vom 7. Oktober 2010 (act. 3/81):	CHF	135.00
Facture VR+... vom 9. Oktober 2010 (act. 3/82):	CHF	90.00
Facture VR+... vom 14. Oktober 2010 (act. 3/83):	CHF	90.00
Facture VR+... vom 16. Oktober 2010 (act. 3/84):	CHF	60.00
Facture VR+... vom 19. Oktober 2010 (act. 3/85):	CHF	60.00
Facture VR+... vom 21. Oktober 2010 (act. 3/86):	CHF	30.00
Facture VR+... vom 23. Oktober 2010 (act. 3/87):	CHF	60.00
Facture VR+... vom 26. Oktober 2010 (act. 3/88):	CHF	75.00
Facture VR+... vom 28. Oktober 2010 (act. 3/89):	CHF	60.00
Facture VR+... vom 30. Oktober 2010 (act. 3/90):	CHF	45.00
Facture VR+... vom 2. November 2010 (act. 3/91):	CHF	75.00
Facture VR+... vom 4. November 2010 (act. 3/92):	CHF	60.00
Facture VR+... vom 6. November 2010 (act. 3/93):	CHF	30.00
Facture VR+... vom 9. November 2010 (act. 3/94):	CHF	90.00
Facture VR+... vom 10. November 2010 (act. 3/95):	CHF	75.00
Facture VR+... vom 13. November 2010 (act. 3/96):	CHF	135.00
Accredito VR+... vom 16. November 2010 (act. 3/97):	CHF	-60.00
<u>Facture VR+... vom 18. November 2010 (act. 3/98):</u>	<u>CHF</u>	<u>90.00</u>
<u>Forderung der Klägerin betreffend Gebindekosten</u>	<u>CHF</u>	<u>1'275.00</u>

Somit kommen Gebindekosten im Betrag von CHF 1'275.– hinzu.

Entsprechend steht der Klägerin aus unbezahlt gebliebenen Frischproduktlieferungen eine Forderung von **CHF 34'722.87** zu (CHF 33'447.87 + CHF 1'275.–).

4.2.4. Filialverschiebungen

Die Klägerin führt sodann aus, aus Filialverschiebungen zwischen dem vorliegend betroffenen P. _____ und dem P'. _____ in ... bestehe eine Gutschrift zu

Gunsten des Beklagten von gesamthaft CHF 8'389.49 aus total zwanzig Gutschriften zu Gunsten des Beklagten und fünf Belastungen zu Lasten des Beklagten. Auf der Faktura sei jeweils der Netto-Warenwert unter "Montant de la facture" ausgewiesen, währendem der Brutto-Warenwert unter "Montant TVA incl." vermerkt sei. Der Brutto-Warenwert entspreche dabei dem auf dem WarenVerschiebungsschein vermerkten Wert (act. 1 S. 26 ff. Rz. 114). Diese Warentransfers respektive Filialverschiebungen seien per 27. Dezember 2010 erfolgt, da irrtümlicherweise in der Verteilzentrale Waren für den hier betroffenen A'._____ "gerüstet" worden seien, obwohl die Liefersperre über diesen A'._____ verhängt gewesen sei. Da die für den vorliegend betroffenen A'._____ bestellte Ware nicht habe "zurückgerüstet" werden können, habe sie von einem anderen Geschäft übernommen werden müssen. Dies sei durch den A'._____ ... P'._____ erfolgt, der die Ware per 27. Dezember 2010 übernommen habe. Daher sei auch die Gutschrift zu Gunsten des Beklagten erfolgt (act. 45 S. 12 Rz. 51).

Der Beklagte führt aus, in den Abrechnungen der Klägerin am 16. Dezember 2010 werde das Geschäft A'._____ in ... bezüglich dieser Transfers offiziell aufgeführt, was zeige, dass es Warentransfers gegeben habe (act. 39 S. 5).

Nach der Zusammenstellung der klägerischen Forderungen (act. 3/13) sind zwanzig Gutschriften zu Gunsten des Beklagten und fünf Belastungen zu Lasten des Beklagten aus Filialverschiebungen zu berücksichtigen. Exakt dieselben Gutschriften und Belastungen sind auch in der Abrechnung vom 16. Dezember 2010 (act. 40/3; act. 51/5) zu entnehmen, auf welche der Beklagte Bezug nimmt. Diese werden zudem durch die nachfolgenden Fakturen ausgewiesen:

Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/99):	CHF	-692.90
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/100):	CHF	-305.08
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/101):	CHF	-754.99
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/102):	CHF	-628.54
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/103):	CHF	-269.68
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/104):	CHF	-971.23
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/105):	CHF	-398.50

Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/106):	CHF	-617.73
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/107):	CHF	-533.47
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/108):	CHF	-774.87
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/109):	CHF	-353.97
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/110):	CHF	-591.99
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/111):	CHF	-614.12
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/112):	CHF	-209.75
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/113):	CHF	-1'390.81
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/114):	CHF	-1'574.36
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/115):	CHF	-898.18
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/116):	CHF	-2'602.46
Facture VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/117):	CHF	41.57
Accredito VR+... vom 27. Dezember 2010 (act. 3/118):	CHF	-31.73
Accredito VR+... vom 30. Dezember 2010 (act. 3/119):	CHF	-682.51
Facture VR+... vom 5. Januar 2011 (act. 3/120):	CHF	1'390.81
Facture VR+... vom 5. Januar 2011 (act. 3/121):	CHF	1'574.36
Facture VR+... vom 5. Januar 2011 (act. 3/122):	CHF	898.18
Facture VR+... vom 5. Januar 2011 (act. 3/123):	CHF	2'602.46
<u>Total</u>	<u>CHF</u>	<u>-8'389.49</u>

Dementsprechend steht dem Beklagten eine Gutschrift aus Filialverschiebungen in der Höhe von **CHF 8'389.49** zu, welche von der Gesamtforderung in Abzug zu bringen ist.

4.2.5. Direktlieferungen

Alsdann macht die Klägerin geltend, der Beklagte habe Produkte des Zusatzsortiments bei der Klägerin bestellen können, die er dann bei den bewilligten Direktlieferanten habe beziehen können. Die Klägerin habe die Direktlieferanten für solche Bezüge des Beklagten bezahlt und diese Bezüge dann an den Beklagten weiter verrechnet. Der Zusammenstellung sei diesbezüglich zu entnehmen, dass der Beklagte der Klägerin aus unbezahlten Direktlieferungen einen Betrag

von insgesamt CHF 30'197.10 schulde. Dieser Betrag setze sich zusammen aus zweiundsechzig Lieferungen, einer Gutschrift der K._____ SA zu Gunsten des Beklagten und einer Rechnungskorrektur der S._____ AG ebenfalls zu Gunsten des Beklagten (act. 1 S. 28 Rz. 115 ff.).

Der Beklagte bestreitet alle Zahlungsverpflichtungen, äussert sich jedoch nicht weiter zur klägerischen Forderung aus Direktlieferungen (act. 50 S. 2).

Der Zusammenstellung der klägerischen Forderungen (act. 3/13) ist zu entnehmen, dass zweiundsechzig Direktlieferungen unbezahlt geblieben sind, wovon zwei Gutschriften in Abzug zu bringen sind. Diese werden durch die nachfolgenden Fakturen ausgewiesen:

Lieferungen der T._____ AG:

Facture VR+... vom 19. Oktober 2010 (act. 3/124): CHF 1'143.04

Facture VR+... vom 10. Oktober 2010 (act. 3/125): CHF 1'170.78

Lieferung der U._____ AG vom 14. Oktober 2010:

Facture VR+... vom 15. Oktober 2010 (act. 3/126): CHF 537.19

Lieferungen der V._____ AG:

Facture VR+... vom 5. Oktober 2010 (act. 3/127): CHF 29.32

Facture VR+... vom 5. Oktober 2010 (act. 3/128): CHF 838.35

Facture VR+... vom 5. Oktober 2010 (act. 3/129): CHF 1'084.76

Facture VR+... vom 7. Oktober 2010 (act. 3/130): CHF 1'046.00

Facture VR+... vom 13. Oktober 2010 (act. 3/131): CHF 40.29

Facture VR+... vom 13. Oktober 2010 (act. 3/132): CHF 73.69

Facture VR+... vom 13. Oktober 2010 (act. 3/133): CHF 1'080.48

Facture VR+... vom 20. Oktober 2010 (act. 3/134): CHF 141.78

Facture VR+... vom 20. Oktober 2010 (act. 3/135): CHF 772.53

Facture VR+... vom 20. Oktober 2010 (act. 3/136): CHF 1'049.16

Facture VR+... vom 27. Oktober 2010 (act. 3/137): CHF 81.60

Facture VR+... vom 27. Oktober 2010 (act. 3/138): CHF 559.75

Facture VR+... vom 27. Oktober 2010 (act. 3/139): CHF 828.97

Facture VR+... vom 4. November 2010 (act. 3/140):	CHF	35.55
Facture VR+... vom 4. November 2010 (act. 3/141):	CHF	513.75
Facture VR+... vom 4. November 2010 (act. 3/142):	CHF	749.18
Facture VR+... vom 5. November 2010 (act. 3/143):	CHF	871.42
Facture VR+... vom 10. November 2010 (act. 3/144):	CHF	33.36
Facture VR+... vom 10. November 2010 (act. 3/145):	CHF	509.62
Facture VR+... vom 17. November 2010 (act. 3/146):	CHF	76.07
Facture VR+... vom 17. November 2010 (act. 3/147):	CHF	911.79
Facture VR+... vom 17. November 2010 (act. 3/148):	CHF	1'443.25
Lieferungen der W._____ AG:		
Facture VR+... vom 5. Oktober 2010 (act. 3/149):	CHF	124.45
Facture VR+... vom 5. Oktober 2010 (act. 3/150):	CHF	188.13
Facture VR+... vom 19. Oktober 2010 (act. 3/151):	CHF	129.31
Facture VR+... vom 27. Oktober 2010 (act. 3/152):	CHF	66.30
Facture VR+... vom 2. November 2010 (act. 3/153):	CHF	115.42
Facture VR+... vom 3. November 2010 (act. 3/154):	CHF	116.80
Facture VR+... vom 16. November 2010 (act. 3/155):	CHF	170.78
Facture VR+... vom 24. November 2010 (act. 3/156):	CHF	92.03
Lieferungen der AA._____ AG:		
Facture VR+... vom 4. Oktober 2010 (act. 3/157):	CHF	376.18
Facture VR+... vom 8. Oktober 2010 (act. 3/158):	CHF	324.81
Facture VR+... vom 19. Oktober 2010 (act. 3/159):	CHF	409.95
Facture VR+... vom 27. Oktober 2010 (act. 3/160):	CHF	344.86
Facture VR+... vom 2. November 2010 (act. 3/161):	CHF	302.97
Facture VR+... vom 8. November 2010 (act. 3/162):	CHF	262.68
Facture VR+... vom 15. November 2010 (act. 3/163):	CHF	280.44
Lieferung der L._____ AG.		
Facture VR+... vom 26. Oktober 2010 (act. 3/164):	CHF	299.83
Lieferungen der K._____ SA:		

Facture VR+... vom 20. Oktober 2010 (act. 3/165):	CHF	3'894.23
Facture VR+... vom 10. November 2010 (act. 3/166):	CHF	47.50
Facture VR+... vom 10. November 2010 (act. 3/167):	CHF	4'316.01
Accredito VR+... vom 8. Dezember 2010 (act. 3/168):	CHF	-4'988.14
Lieferungen der AB._____ AG:		
Facture VR+... vom 19. Oktober 2010 (act. 3/169):	CHF	240.34
Facture VR+... vom 27. Oktober 2010 (act. 3/170):	CHF	286.21
Facture VR+... vom 10. November 2010 (act. 3/171):	CHF	448.18
Facture VR+... vom 17. November 2010 (act. 3/172):	CHF	322.82
Lieferungen der AC._____ AG:		
Facture VR+... vom 5. Oktober 2010 (act. 3/173):	CHF	621.08
Facture VR+5320899 vom 4. November 2010 (act. 3/174):	CHF	551.12
Lieferungen der N._____ GmbH:		
Facture VR+... vom 14. Oktober 2010 (act. 3/175):	CHF	908.34
Facture VR+... vom 2. November 2010 (act. 3/176):	CHF	261.05
Lieferung der AD._____ AG:		
Facture VR+... vom 26. Oktober 2010 (act. 3/177):	CHF	533.81
Lieferungen der S._____ AG:		
Facture VR+... vom 14. Oktober 2010 (act. 3/178):	CHF	251.46
Facture VR+... vom 21. Oktober 2010 (act. 3/179):	CHF	349.56
Facture VR+... vom 28. Oktober 2010 (act. 3/180):	CHF	146.61
Facture VR+... vom 4. November 2010 (act. 3/181):	CHF	315.24
Facture VR+... vom 12. November 2010 (act. 3/182):	CHF	266.83
Facture VR+... vom 19. November 2010 (act. 3/183):	CHF	220.25
Facture VR+... vom 3. Dezember 2010 (act. 3/184):	CHF	135.21
Accredito VR+... vom 7. Dezember 2010 (act. 3/185):	CHF	-253.38
Lieferung der AF._____ AG:		
Facture VR+... vom 16. Dezember 2010 (act. 3/186):	CHF	1'750.00
Lieferung der AG._____ AG vom 8. Oktober 2010:		

Faktura Nr. VR+... vom 8. Oktober 2010 (act. 3/187):	CHF	346.15
<u>Total</u>	<u>CHF</u>	<u>30'197.10</u>

Damit steht der Klägerin aus den zweiundsechzig Lieferungen von Drittlieferanten, die von ihr bezahlt wurden, abzüglich einer Gutschrift und einer Korrektur, eine Nettogesamtforderung von **CHF 30'197.10** zu.

4.2.6. Zahlungsverkehr

Die Klägerin trägt vor, wie der Zusammenstellung zu entnehmen sei, bestehe ein Guthaben zu Gunsten des Beklagten von CHF 288.17 aufgrund von Belastungen und Guthaben die als Folge von bargeldlosem Zahlungsverkehr erfolgt seien. Dabei handle es sich um Forderungen und Gutschriften der SIX Payment Services, die infolge Debit- und Kreditkartenzahlungen in Rechnung gestellt bzw. gutgeschrieben worden seien. Der Beklagte habe die diesbezüglichen Avis erhalten und diese nicht beanstandet und damit genehmigt (act. 1 S. 36 Rz. 134 f.).

Der Beklagte äussert sich nicht weiter zum Zahlungsverkehr (act. 39; act. 50).

Nach der Zusammenstellung der Klägerin (act. 3/13) steht dem Beklagten eine Gutschrift aus der Position "EFT" in der Höhe von **CHF 288.17** zu, welche sich aus zwei Belastungen über CHF 0.45 und CHF 0.33 sowie zwei Gutschriften über CHF 173.80 und CHF 115.15 zusammensetzt. Dieser Betrag ist von der klägerischen Forderung in Abzug zu bringen.

4.2.7. Diverses

Die Klägerin führt weiter aus, der Zusammenstellung sei zu entnehmen, dass weitere Gutschriften zu Gunsten des Beklagten hauptsächlich aus Warenrücknahmen (Inventarrückgabe), Verkaufsaktionen/Rabatte sowie der Rücknahme des Kassensystems in Höhe von gesamthaft CHF 113'658.22 bestünden. Demgegenüber bestünden Forderungen der Klägerin für Umtriebsentschädigungen LSV, Verkaufspreiskorrekturen und für die Entschriftung des Ladenlokals von gesamthaft CHF 10'738.50. Daher stünden dem Beklagten gesamthaft aus weiteren Rechnungen und Gutschriften per Saldo CHF 102'919.72 zu (act. 1 S. 36 f.).

Rz. 136). Nach Durchführung der Inventur am 25. November 2010, sei eine Inventarübernahme durch die Klägerin erfolgt und als deren Folge dem Beklagten am 7. Dezember 2010 auf seine ausstehende Forderung CHF 109'637.95, nicht CHF 109'633.–, gutgeschrieben worden. Diese Gutschrift sei auch der Zusammenstellung offene Posten P._____ zu entnehmen. Die umgehende Rücknahme der noch im A'._____ vorhandenen Ware sei vollumfänglich im Interesse, auf Vorschlag und Zustimmung des Beklagten erfolgt (act. 45 S. 9 Rz. 35 und S. 10 Rz. 38 und RZ. 40).

Der Beklagte anerkennt, dass die Klägerin das Inventar übernahm und ihm am 7. Dezember 2010 CHF 109'637.95 und nicht CHF 109'633.– gutschrieb. Doch sei diese Gutschrift ohne Rücksprache mit dem Beklagten erfolgt (act. 50 S. 4). Weiter bestreitet der Beklagte alle Zahlungsverpflichtungen, ohne sich näher zu den klägerischen Forderungen zu äussern (act. 50 S. 2).

Wie bereits vorstehend ausgeführt, wurde das Vorgehen betreffend Inventar und Warenrücknahme durch die Klägerin im Falle verspäteter Zahlungen von den Parteien in Art. 15 Ziff. 3 der APB des Partnerschaftsvertrages vereinbart und erklärte sich der Beklagte damit einverstanden. Das Inventar selbst und die sich daraus ergebende Gutschrift der Warenrücknahme durch die Klägerin in der Höhe von CHF 109'637.95 (act. 3/13; act. 3/188) beanstandet der Beklagte nicht (mehr). Dieser Betrag ist denn auch der Abrechnung vom 16. Dezember 2010 (act. 40/3; act. 51/5) zu entnehmen, auf welche der Beklagte Bezug nimmt. Dem Beklagten ist somit vorab eine Gutschrift für Warenrücknahme in der Höhe von CHF 109'637.95 anzurechnen.

Gemäss Ziff. 6 des Partnerschaftsvertrages überlässt die Klägerin dem Partner mietweise ein elektronisches Kassasystem gemäss separatem Konfigurationsblatt 5 ("*A._____ cède au partenaire, à titre locatif, un Système de caisse électronique conformément à l'avenant 5 sur las configuration du système.*"; act. 3/1 S. 2; act. 3/2 S. 2). Aus der Rücknahme des Kassasystems durch die Klägerin ist dem Beklagten der Betrag von CHF 1'600.– gutzuschreiben (act. 3/13; act. 3/192).

Nach der Zusammenstellung der klägerischen Forderungen (act. 3/13) sowie elf Fakturen (act. 3/189-191; act. 3/193-195; act. 3/202-204; act. 3/206+207) sind dem Beklagten aus Verkaufsaktionen und Rabatten die Beträge von CHF 7.56, CHF 198.87, CHF 3.81, CHF 110.50, CHF 46.80, CHF 30.20, CHF 54.–, CHF 73.06, CHF 1'326.63, CHF 553.44 und CHF 15.40, insgesamt CHF 2'420.27, gutzuschreiben.

Gemäss Art. 19 Ziff. 3 APB betreffend Folgen der Beendigung des Vertrages ist der Partner verpflichtet, die Aussen- sowie Innendekorationen sowie die mit dem Logo der Klägerin versehenen Tür- und Schaufensterkleber und Werbespots zu entfernen. Widrigenfalls wird einer Drittfirma Auftrag zur entsprechenden Entsorgung unter Kostenfolge für den Partner erteilt (*"Le Partenaire est tenu d'enlever toutes les décorations intérieures et extérieures, ainsi que les autocollants au logo A._____ sur la porte et la vitrine, et autres articles publicitaires. Sinon, une société tierce sera chargée de cette tâche et le partenaire devra en supporter les dépends."*; act. 3/17 S. 10; act. 3/18 S. 10). Demnach belastet die Klägerin dem Beklagten zu Recht die Kosten für die Entschriftung in der Höhe von CHF 1'700.– (act. 3/13; act. 3/205).

Nach Art. 15 Ziff. 4 Abs. 1 APB wird dem Partner bei Nichteinlösung eines LSV oder bei Rückbelastung der Bank an die Klägerin wegen Unterdeckung des Kontos auf seinem Konto bei der Klägerin ohne weiteres Avis eine Umtriebsentschädigung von CHF 200.– zuzüglich MwSt. belastet (*"En cas de non-paiement d'un LSV ou si la banque retourne les débits à A._____ en raison d'un découvert de compte, des dommages-intérêts de CHF 200.– + TVA seront débités sur le compte du partenaire chez A._____, sans autre notification."*; act. 3/17 S. 8; act. 3/18 S. 8). Die Klägerin belastete dem Beklagten mit sechs Rechnungen über CHF 860.80, CHF 3'012.80, CHF 1'721.60, CHF 860.80, CHF 1'291.20 und CHF 1'291.20 Umtriebsentschädigungen im Gesamtbetrag von CHF 9'038.40 (act. 3/13, act. 3/196-201). Es fällt auf, dass die Klägerin dem Beklagten pro LSV eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von CHF 430.40 in Rechnung stellt. Vertraglich vereinbart und damit ausgewiesen ist indes nur ein Betrag von CHF 200.– zuzüglich Mehrwertsteuer, mithin CHF 215.20, pro LSV. Weshalb die Klägerin den doppelten Betrag verrechnete, begründet sie nicht. Damit schuldet der Beklagte der Klägerin Umtriebsent-

schädigungen in der Höhe von CHF 215.20 pro LSV, insgesamt CHF 4'519.20 (21 LSV x CHF 215.20; act. 3/196-201).

Insgesamt resultiert aus der Position Diverses eine Gutschrift zu Gunsten des Beklagten von **CHF 107'439.02** (CHF 109'637.95 + CHF 1'600.– + CHF 2'420.27 - CHF 1'700.– - CHF 4'519.20). Lediglich bei dieser Position besteht damit eine kleine Differenz zur klägerischen Berechnung.

4.2.8. Bank

Sodann bringt die Klägerin vor, der Zusammenstellung sei zu entnehmen, dass sich aus der Position "Diverses Bank" eine Gesamtforderung von CHF 18'557.13 zu Gunsten der Klägerin ergebe. Diese Forderung der Klägerin bestehe aus verschiedenen Kosten, die im Zusammenhang mit der erfolglosen Geltendmachung eines durch den Beklagten akzeptierten und nicht bezahlten Wechsels resultierten. Der Beklagte habe mit seiner Unterschrift vom 16. Juli 2010 die Annahme des auf ihn gezogenen Wechsels der Klägerin erklärt. Damit habe er sich als Bezogener verpflichtet, den Wechsel bei Verfall, d.h. vorliegend am 24. November 2010, zu bezahlen. Diese Zahlung durch den Beklagten gegenüber der Credit Suisse AG als Inhaberin des Wechsels sei nicht erfolgt. Mangels Zahlung des Beklagten bei Verfall des Wechsels sei der Klägerin durch die Credit Suisse am 24. November 2010 der Betrag von CHF 31'110.23 auf ihrem Konto Nr. ... belastet worden. Aufgrund der nicht erfolgten Zahlung des Beklagten seien der Klägerin zudem Kosten im Betrag von CHF 210.– (bestehend aus CHF 80.– an Bankspesen, CHF 80.– an Inkassospesen und CHF 50.– an Retourspesen) sowie Diskontzinsen im Betrag von CHF 690.90 entstanden. Die Klägerin habe daher gegen den Beklagten einen unmittelbaren Anspruch gemäss Art. 1018 Abs. 2 i.V.m. Art. 1046 OR im Betrag von CHF 32'011.13 (act. 1 S. 38 Rz. 137 ff.).

Der Beklagte bestreitet alle Zahlungsverpflichtungen ohne sich näher zu den klägerischen Forderungen zu äussern (act. 50 S. 2).

Die Klägerin stellte einen auf den Beklagten gezogenen Wechsel im Betrag von CHF 31'110.23 mit Verfall am 24. November 2010 aus (act. 3/208). Der Beklagte

akzeptierte am 16. Juli 2010 mit seiner Unterschrift die Annahme dieses Wechsels im Sinne von Art. 1015 Abs. 1 OR (act. 3/208). Damit verpflichtete er sich gemäss Art. 1018 Abs. 1 OR, den Wechsel bei Verfall zu bezahlen. Die Zahlung blieb indes aus, weshalb die Credit Suisse der Klägerin mit Valuta 24. November 2010 den Betrag von CHF 31'110.23 auf deren Konto belastete (act. 3/209). Weiter belastete die Credit Suisse der Klägerin Kosten für fremde Bankspesen von CHF 80.– (act. 3/210), ihre Inkassospesen von CHF 80.– (act. 3/211), ihre Re-tourspesen von CHF 50.– (act. 3/212) sowie Diskontzins von CHF 690.90 (act. 3/213). Gemäss Art. 1018 Abs. 2 OR hat der Inhaber, auch wenn er der Aussteller ist, mangels Zahlung gegen den Annehmer einen unmittelbaren Anspruch aus dem Wechsel auf alles, was aufgrund der Art. 1045 und 1046 OR gefordert werden kann. Nach diesen Bestimmungen können die Wechselsumme, Zinsen, Auslagen und Provisionen gefordert werden. Die Klägerin kann somit vom Beklagten die Bezahlung der Wechselsumme zuzüglich der entstandenen Auslagen von insgesamt **CHF 32'011.13** (CHF 31'110.23 + CHF 80.– + CHF 80.– + CHF 50.– + CHF 690.90) verlangen und dieser ist zur Bezahlung verpflichtet.

Die Klägerin trägt weiter vor, die Banque Cantonale Vaudoise habe zu Gunsten des Beklagten eine Garantie in der Höhe von CHF 50'000.– gestellt. Auf Verlangen der Klägerin hin, sei die Garantiesumme von CHF 50'000.– der Klägerin am 2. Februar 2011 ausbezahlt worden. Diese CHF 50'000.– seien in der Zusammenstellung zu Gunsten des Beklagten ausgewiesen (act. 1 S. 39 Rz. 142; act. 45 S. 10 Rz. 39 f.).

Der Beklagte führt aus, er anerkenne die Gutschrift der Klägerin, doch sei diese ohne Rücksprache mit ihm erfolgt. Er habe der Anwendung der Garantie nie zugestimmt (act. 50 S. 4).

Gemäss Ziff. 4 des Partnerschaftsvertrages stellt der Partner bei Vertragsschluss ab Oktober 2004 der Klägerin eine Bankgarantie als Sicherheit zur Verfügung. Die zu leistende Bankgarantie beträgt CHF 100'000.–. Die Garantiebank hat sich unwiderruflich und unbefristet zu verpflichten, auf erste Aufforderung der Klägerin hin unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden Zahlungen für die dem Partner in Rechnung gestellten und gelieferten Waren zu leisten. Die Bank-

garantie bleibt während der ganzen Vertragsdauer bestehen (*"Le partenaire met à la disposition de A._____ une garantie bancaire à titre de sécurité (valable pour les contrats conclus à dater d'octobre 2004). Cautionnement solidaire doit s'élever à CHF 100'000.-. La banque garante doit s'engager à payer irrévocablement et sans délai, à la première injonction de A._____ et en renonçant à toute objection ou correction, le montant des marchandises facturées et livrées au partenaire. Cette garantie bancaire reste valable pendant toute la durée du contrat."*, act. 3/1 S. 2; act. 3/2 S. 2). Vorliegend stellte die Banque Cantonale Vaudoise eine Bankgarantie über CHF 50'000.- (act. 3/214). Dabei verpflichtete sich die Bank unwiderruflich, der Klägerin auf erstmalige Aufforderung und schriftliche Bestätigung des Beklagten jeden Betrag bis maximal CHF 50'000.- zur Betreuung der gegenüber dem Beklagten bestehenden Forderungen, die der Klägerin gemäss dem mit ihr abgeschlossenen Partnerschaftsvertrag über den A'._____ Nr. ... in C._____ rechtlich zustehen, auszuführen. Am 2. Februar 2011 bezahlte die Banque Cantonale Vaudoise der Klägerin **CHF 50'000.-** aus (act. 3/216; act. 40/4). Ob der Beklagte dieser Auszahlung zustimmte, kann vorliegend offen bleiben, jedenfalls ist dieser Betrag dem Beklagten gutzuschreiben und von der Forderung der Klägerin abzuziehen.

Sodann bringt die Klägerin vor, die Kollektivgesellschaft "B._____ et Q._____" habe den hier betroffenen A'._____ P._____ anscheinend zeitweise für den Beklagten geführt, dies ohne Wissen und Zustimmung der Klägerin. Als über diese Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden sei, habe das zuständige Betreibungsamt im Auftrag des Konkursamts das Inventar (Lebensmittel) verwertet. Diese Waren seien ursprünglich vom Beklagten bestellt und von der Klägerin oder Drittlieferanten geliefert und alsdann von der Klägerin an den Beklagten weiterverrechnet worden. Im Rahmen der vorgenannten Verwertung habe die Klägerin Waren gekauft und dafür CHF 36'546.- den Betreibungs- und Konkursbehörden als Gegenwert bezahlt. Die Klägerin habe folglich für die Waren, für die eine Bezahlung durch den Beklagten ausgeblieben war noch zusätzlich CHF 36'546.- bezahlen müssen. Dieser Betrag werde vorliegend geltend gemacht (act. 1 S. 39 Rz. 143 f.).

Der Beklagte bestreitet alle Zahlungsverpflichtungen ohne sich näher zu den klägerischen Forderungen zu äussern (act. 50 S. 2).

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2010 (act. 3/219) teilte die Klägerin dem kantonalen Konkursamt mit, dass sie einen Drittel des Betrages der Warengutschrift von CHF 109'637.95, mithin CHF 36'546.–, überweisen werde. Damit erhielt die Klägerin aus dem Wareninventar lediglich den Differenzbetrag von CHF 73'091.95. Dementsprechend wäre dem Beklagten unter der Position Diverses auch nur dieser Betrag für das Inventar gutzuschreiben. Wie sich sowohl aus der klägerischen Zusammenstellung ihrer Forderung (act. 3/139) als auch der vom Beklagten eingereichten Abrechnung vom 16. Dezember 2010 (act. 40/3; act. 51/5) ergibt, schreibt die Klägerin dem Beklagten statt dessen bei der Position "Diverses" den ganzen Betrag gut und zieht die Differenz bei der Position "Diverses Bank" wieder ab, was im Ergebnis keine Rolle spielt. Dem Beklagten sind demnach **CHF 36'546.–** zu belasten.

Nach dem Gesagten ergibt sich aus der Position "Diverses Bank" eine Forderung der Klägerin von **CHF 18'557.13** (CHF 32'011.13 - CHF 50'000.– + CHF 36'546.–).

4.2.9. Total

Zusammenfassend ergibt sich eine Forderung der Klägerin gegenüber dem Beklagten, die sich wie folgt zusammensetzt:

Forderung der Klägerin aus unbezahlten Hartwarenlieferungen:	CHF	275'807.20
Forderung der Klägerin aus unbezahlten Frischproduktlieferungen:	CHF	34'722.87
Gutschrift zu Gunsten des Beklagten aus Filialverschiebungen:	CHF	-8'389.49
Forderung der Klägerin aus unbezahlten Direktlieferungen:	CHF	30'197.10
Guthaben zu Gunsten des Beklagten aus EFT-Positionen:	CHF	-288.17
Guthaben zu Gunsten des Beklagten gemäss Position "Diverses":	CHF	-107'439.02
<u>Forderung der Klägerin aus Position "Diverses Bank":</u>	<u>CHF</u>	<u>18'557.13</u>
<u>Saldo zugunsten der Klägerin:</u>	<u>CHF</u>	<u>243'167.62</u>

Demnach schuldet der Beklagte der Klägerin den Betrag von **CHF 243'167.62**.

4.2.10. Verzugszinsen

Die Klägerin führt aus, der Beklagte sei mit Schreiben vom 12. November 2010 zur Zahlung von CHF 150'018.66 aufgefordert und mit Wirkung ab 18. November 2010 in Verzug gesetzt worden. Für die ferner geschuldeten CHF 66'558.03 befände sich der Beklagte seit dem 14. Dezember in Verzug, da die Klägerin zu diesem Zeitpunkt die Betreuung eingeleitet habe. Für beide Beträge sei seit den jeweiligen Daten 5% Verzugszins geschuldet (act. 1 S. 41 Rz. 147). Ferner sei der vorliegend vom Beklagten akzeptierte Wechsel am 24. November 2010 verfallen und es sei keine Zahlung erfolgt. Auf dem betroffenen Wechsel sei von der Klägerin, die auch Ausstellerin des Wechsels sei, der Vermerk "sous avis sans frais" angebracht worden. Dies sei ein Protesterlass im Sinne von Art. 1043 Abs. 1 OR. Folglich sei ein Protest für einen Rückgriff nicht notwendig. Aus diesem Grunde seien in Anwendung von Art. 1018 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 1045 OR Zinsen zu 6% seit dem 25. November 2010 auf den Betrag von CHF 31'110.23 geschuldet (act. 1 S. 41 Rz. 148).

Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszins von 5% zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Der Schuldner wird durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Als Mahnung gilt auch die Zustellung eines Zahlungsbefehls (WIEGAND, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 9 zu Art. 102 OR). Gemäss Art. 1018 Abs. 2 OR hat der Inhaber eines Wechsels, auch wenn er der Aussteller ist, mangels Zahlung gegen den Annehmer einen unmittelbaren Anspruch aus dem Wechsel auf alles, was aufgrund der Art. 1045 und 1046 OR gefordert werden kann. Nach Art. 1045 Abs. 1 Ziff. 2 OR kann der Inhaber im Wege des Rückgriffs Zinsen zu 6% seit dem Verfalltage verlangen. Gemäss Art. 1043 Abs. 1 OR kann der Aussteller sowie jeder Indossant oder Wechselbürge durch den Vermerk "ohne Kosten", "ohne Protest" oder einen gleichbedeutenden auf den Wechsel gesetzten und unterzeichneten Vermerk den Inhaber von der Verpflichtung befreien, zum Zwecke der Ausübung des Rückgriffs Protest mangels Annahme oder mangels Zahlung erheben zu lassen.

Mit Schreiben vom 12. November 2010 (act. 3/10) mahnte die Klägerin den Beklagten für einen Ausstand von CHF 150'018.66 und setzte ihm eine Zahlungsfrist bis 17. November 2010. Damit schuldet der Beklagte auf diesem Betrag ab dem 18. November 2010 einen Verzugszins von 5%. Für den darüber hinaus gehenden Betrag von CHF 62'038.73 (CHF 243'167.62 - CHF 150'018.66 - CHF 31'110.23) wurde der Beklagte mit der Zustellung des Zahlungsbefehls am 17. Januar 2011 in Verzug gesetzt und nicht bereits mit Einleiten der Betreuung am 14. Dezember 2010, sodass ein Verzugszins von 5% ab dem 18. Januar 2011 geschuldet ist. Mit dem Vermerk "sous avis sans frais" auf dem Wechsel wurde die Klägerin von der Pflicht befreit, vor Ausübung des Rückgriffsrechts Protest zu erheben. Somit steht ihr bezüglich der Wechselforderung von CHF 31'110.23 ein Zins von 6% seit dem Verfalltag am 24. November 2010 zu.

4.3. Fazit

Der Klägerin ist somit auf der gutgeheissenen Forderung von insgesamt CHF 243'167.62 ein Zins von 5% auf CHF 150'018.66 seit 18. November 2010 und auf CHF 62'038.73 seit 18. Januar 2011 sowie ein Zins von 6% auf CHF 31'110.23 seit 24. November 2010 zuzusprechen.

5. Zusammenfassung

Nach dem Gesagten ist die Klage teilweise gutzuheissen und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin **CHF 243'167.62 zuzüglich Zins von 5% auf CHF 150'018.66 seit 18. November 2010 und auf CHF 62'038.73 seit 18. Januar 2011 sowie von 6% auf CHF 31'110.23 seit 24. November 2010** zu bezahlen. Im Mehrbetrage ist die Klage abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Streitwert

6.1.1. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Demzufolge beträgt der für die Bemessung der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigung massgebende Streitwert der vorliegenden Klage CHF 247'686.92 (act. 1 S. 2).

6.1.2. Der für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln entscheidende Streitwert beträgt ebenfalls CHF 247'686.92 (Art. 91 Abs. 2 ZPO; Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG).

6.2. Gerichtsgebühr und Parteientschädigung

6.2.1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

6.2.2. Die Klage wird im Umfang von CHF 243'167.62 gutgeheissen, was einem Anteil von über 98% entspricht. Damit obsiegt die Klägerin beinahe vollständig, weshalb es sich rechtfertigt, die Kosten des Verfahrens vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen. CHF 112.50 der Kosten für die Übersetzung sind auf die Staatskasse zu nehmen (Übersetzungskosten der ersten Hauptverhandlung vom 27. Oktober 2014).

Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten (Prot. S. 2 f.; act. 8). Die Kosten sind vorab aus diesem Vorschuss zu decken. Für die dem Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf den Beklagten einzuräumen.

6.2.3. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 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). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf eine volle Grundgebühr festzusetzen.

6.2.4. Die Parteientschädigung wird nach Ermessen festgesetzt (SUTTER / VON HOLZEN, in SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, a.a.O., N 30 zu Art. 95 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1

und 2 AnwGebV). Die Parteientschädigung ist daher auf 150% der Grundgebühr festzusetzen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 243'167.62 zuzüglich Zins von 5% auf CHF 150'018.66 seit 18. November 2010, auf CHF 62'038.73 seit 18. Januar 2011 sowie von 6% auf CHF 31'110.23 seit 24. November 2010 zu bezahlen.
Im Mehrbetrage wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'000.–. Die weiteren Kosten betragen: CHF 262.50 für Übersetzungen.
3. Die Kosten werden dem Beklagten im Umfang von CHF 15'150.– auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Im Umfang von CHF 112.50 werden die Kosten auf die Staatskasse genommen. Für die dem Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 26'500.– 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 247'686.92.

Zürich, 27. Januar 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Rafael Rutgers