



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Obergerichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Hans-Jürg Roth, Jürgen Niederer und Thomas Klein sowie der Gerichtsschreiber Christian Markutt

Urteil vom 5. Oktober 2018

in Sachen

A. _____ GmbH in Liquidation,
Klägerin

vertreten durch Konkursamt des Kantons Thurgau

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ SA,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt und Verfahren	5
A. Sachverhaltsübersicht	5
a. Parteien und ihre Stellung	5
b. Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf	5
Erwägungen	8
I. Formelles	8
1. Zuständigkeit	8
1.1. Örtliche Zuständigkeit	8
1.2. Sachliche Zuständigkeit	8
1.3. Weitere Prozessvoraussetzungen und Vorbemerkungen	8
1.4. Widerklage	9
1.5. Fazit	9
II. Materielles	10
1. Vertragliche Grundlagen	10
1.1. Vertragsschluss und -qualifikation	10
1.1.1. Unbestrittener Sachverhalt	10
1.1.2. Wesentliche Parteistandpunkte	11
1.1.3. Rechtliches	12
1.1.4. Würdigung	13
1.2. Vertragliche Entschädigungsregelung – Business Flex Promotion	14
1.2.1. Unbestrittener Sachverhalt	14
1.2.2. Rechtliches	16
1.2.3. Würdigung	16
2. Umsetzung Business Flex Promotion durch die Klägerin	17
2.1.1. Unbestrittener Sachverhalt	17
2.1.2. Wesentliche Parteistandpunkte	17
2.1.3. Beweis (Zeuge C._____)	21
2.1.3.1. Allgemeines und zusammengefasste Parteistandpunkte	21
2.1.3.2. Rechtliches (Beweis)	23
2.1.3.3. Wesentliche Zeugenaussagen von C._____	23
2.1.3.4. Würdigung der Beweisabnahme	25
2.1.4. Rechtliche Ausgangslage	25
2.1.5. Würdigung	28
2.2. Fazit	32
3. Ausschluss von der Business Flex Promotion / Entschädigungsansprüche	33
3.1. Unbestrittener Sachverhalt	33
3.2. Wesentliche Parteistandpunkte	33
3.3. Rechtliches	35
3.4. Würdigung und Fazit	35
4. Entschädigung "Lead Generation"	37
4.1. Unbestrittener Sachverhalt	37
4.2. Wesentliche Parteistandpunkte	37
4.3. Würdigung und Fazit	37
5. Vertragsbeendigung / Entschädigungsansprüche	38
5.1. Unbestrittener Sachverhalt	38

5.2.	Wesentliche Parteistandpunkte	39
5.3.	Rechtliches	39
5.4.	Würdigung	40
6.	Kundschaftsentschädigung (Rechtsbegehren-Ziff. 1 lit. d)	41
6.1.	Wesentliche Parteistandpunkte	41
6.2.	Rechtliches	42
6.3.	Würdigung und Fazit.....	43
7.	Verrechnungsforderung Beklagte.....	44
8.	Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen	46
III.	Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	47

Rechtsbegehren der Klage:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin zu zahlen:
- a) CHF 1'094'419.20 zuzüglich MWST und Zinsen zu 5% p.a. seit 20. März 2014 auf den Betrag von CHF 836'997.00 sowie Zinsen zu 5% p.a. seit Klageeinleitung auf den restlichen Betrag von CHF 257'422.20; und
 - b) CHF 1'032'446.25 zuzüglich MWST und Zinsen zu 5% p.a. seit Klageeinleitung; und
 - c) CHF 4'639'635.00 zuzüglich MWST und Zinsen zu 5% p.a. seit Klageeinleitung; und
 - d) CHF 1'588'101.98 zuzüglich MWST und Zinsen zu 5% p.a. seit Klageeinleitung.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

geänderte Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 49 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin zu zahlen:
- a) CHF 1'128'520.20 zuzüglich MWST und Zinsen zu 5% p.a. seit 20. März 2014 auf den Betrag von CHF 839'025.00 sowie Zinsen zu 5% p.a. seit Klageeinleitung auf den restlichen Betrag von CHF 289'495.20; und
 - b) CHF 909'758.32 zuzüglich MWST und Zinsen zu 5% p.a. seit Klageeinleitung; und
 - c) CHF 4'211'388.00 zuzüglich MWST und Zinsen zu 5% p.a. seit Klageeinleitung; und
 - d) CHF 1'506'965.35 zuzüglich MWST und Zinsen zu 5% p.a. seit Klageeinleitung.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(act. 14 S. 2)

- "1. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 9'791.20 zuzüglich Zins zu 5% seit Einreichung der Widerklage zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Klägerin."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine GmbH (in Auflösung) mit u.a. der Zweckumschreibung "...." Der Sitz befindet sich in ... TG (act. 3/2).

Die Beklagte (ehemals: D._____ SA) ist eine in der Tele-kommunikationsbranche tätige Aktiengesellschaft mit dem Zweck "..." und Sitz in ... VD (act. 3/3).

b. Prozessgegenstand

Die Parteien befanden sich in einer Geschäftsbeziehung betreffend Telekommunikationsdienstleistungen. Ziel und Zweck dieser Beziehung war grundsätzlich die Übernahme von Vertrieb und die Vermittlung sowie den Verkauf von Produkten und Dienstleistungen der Beklagten. Nachdem die entsprechenden Verträge zwischen den Parteien von der Beklagten beendet worden sind, stellt die Klägerin nun diverse Ansprüche, hauptsächlich im Zusammenhang mit der Promotion "Business Flex Promotion": Die Forderung von insgesamt CHF 7'756'631.80 begründet die Klägerin im Wesentlichen mit Entschädigungsforderungen für vermittelte Verträge und zu Unrecht abgewiesenen Kunden, entgangenem Gewinn wegen unrechtmässig erfolgtem Ausschluss aus der erwähnten Promotion und mit einer Kundschaftsentschädigung.

B. Prozessverlauf

Am 7. September 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 9. September 2015 (act. 5) wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 104'000.– angesetzt, welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 7). Nach fristgerechter Leistung des geforderten Vorschusses wurde der Beklagten mit Verfügung vom 8. Oktober 2015 Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (act. 8). Die Klageantwort wurde am 15. Januar 2016 (Datum Poststempel) innert Nachfrist eingereicht; gleichzeitig erhob die Beklagte Widerklage (act. 12 u. 14). Mit Ver-

fügung vom 18. Januar 2016 wurde der Beklagten eine Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 1'700.– angesetzt und gleichzeitig der Klägerin dieselbe Frist angesetzt, um sich zum Antrag der Beklagten auf Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung zu äussern (act. 16). Der von der Beklagten geforderte Gerichtskostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 18). Die Stellungnahme der Klägerin zum beklaglichen Antrag wurde fristgerecht eingereicht (act. 19). Mit Verfügung vom 12. Februar 2016 wurde der Klägerin eine Frist angesetzt, um für die Parteientschädigung eine Sicherheit von CHF 141'000.– zu leisten; gleichzeitig wurde ihr eine Frist angesetzt, um die Widerklageantwort einzureichen (act. 20). Die Sicherheit für die Parteientschädigung wurde rechtzeitig geleistet (act. 22). Am 17. März 2016 erstattete die Klägerin innert Frist die Widerklageantwort und beantragte u.a., auf die Widerklage sei nicht einzutreten (act. 23). Mit Verfügung vom 21. März 2016 (act. 25) wurde der Beklagten eine Frist angesetzt, um sich zum Nichteintretensantrag der Klägerin zu äussern, was diese mit Eingabe vom 25. April 2016 fristgerecht vornahm (act. 27). Mit Beschluss vom 20. Mai 2016 wurde auf die Widerklage nicht eingetreten, der Beklagten eine Gerichtsgebühr auferlegt, welche aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken ist sowie die Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (act. 31).

Am 12. Dezember 2016 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung zustande kam (Prot. S. 14 f.; act. 36). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2016 bzw. 26. Januar 2017 wurde angeordnet, dass als einstweiliges Beweismittel C._____ als Zeuge einvernommen wird (act. 36 u. 38: vgl. unten Ziff. 2.1.3.). Am 26. Januar 2017 fand die Beweisverhandlung mit der Befragung des Zeugen C._____ statt (Prot. S. 19 ff.). Mit Verfügung vom 3. April 2017 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet sowie beiden Parteien Frist angesetzt, um sich zum einstweiligen Beweisergebnis (Zeugen-aussage von C._____) zu äussern (act. 43). Am 9. Mai 2017 reichten die Parteien jeweils ihre Stellungnahmen innert Frist ein (act. 45 u. 46). Ihre Replik erstattete die Klägerin rechtzeitig am 20. Juni 2017 (act. 49). Die Duplik erstattete die Beklagte fristgemäss am 28. September 2017 (act. 53). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 wurde der Aktenschluss festgestellt (act. 55).

Mit Verfügung vom 7. September 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichteten (act. 57). Mit Eingabe vom 17. September 2018 (Datum Poststempel) erklärte die Beklagte innert Frist, dass sie auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichte (act. 59). Mit Eingabe vom 24. September 2018 teilte die Klägerin ebenfalls rechtzeitig mit, dass sie auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichte (act. 60).

Erwägungen

I. Formelles

1. Zuständigkeit

1.1. Örtliche Zuständigkeit

In Bezug auf die örtliche Zuständigkeit stützt sich die Klägerin auf den autorisierten Vertriebspartnervertrag vom 23. Januar 2012 (act. 3/1), welcher in Ziff. 18 anerkanntermassen als Gerichtsstand Lausanne oder Zürich vorsieht. Überdies lässt sich die Beklagte auf die vorliegende Klage ein. Damit sind gestützt auf Art. 17 und 18 ZPO die Gerichte des Kantons Zürich örtlich zuständig.

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Das hiesige Gericht ist sodann für die Klage gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 44 lit. b GOG sachlich zuständig, da die Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, aufgrund des Streitwertes von rund CHF 7'756'632.– (gemäss Replik) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien (Telekommunikationsbranche) betroffen ist, was wiederum unbestritten blieb.

1.3. Weitere Prozessvoraussetzungen und Vorbemerkungen

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass in Bezug auf die Beklagte eine Umfirmierung von D._____ SA zu B._____ SA stattgefunden hat, d.h. es handelt sich ohne Weiteres um *dieselbe juristische Person* (vgl. act. 3/3). Infolge des aktenkundigen Konkurses der Klägerin (act. 15/1) wird der Prozess gestützt auf Art. 240 SchKG vom Konkursamt des Kantons Thurgau bzw. der Konkursverwaltung geführt.

Wie erwähnt, hat die Klägerin die mit Verfügung vom 12. Februar 2016 (act. 20) von ihr verlangte Sicherheit für die Parteientschädigung i.S.v. Art. 99 ZPO geleis-

tet (act. 22), sodass unter dem Aspekt von Art. 101 ZPO auf die Klage eingetreten werden kann. Die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

1.4. Widerklage

Mit Beschluss vom 20. Mai 2016 (act. 31) wurde auf die Widerklage unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht eingetreten. Dieser Beschluss wurde von der Beklagten nicht angefochten; Weiterungen hierzu erübrigen sich.

1.5. Fazit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG für die Klage sachlich und örtlich zuständig. Die Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO sind gegeben. Auf die Klage ist demzufolge einzutreten.

II. Materielles

1. Vertragliche Grundlagen

1.1. Vertragsschluss und -qualifikation

1.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Zwischen den Parteien wurde unbestrittenermassen ein Basisvertrag sowie diverse Zusatzvereinbarungen geschlossen:

- Basisvertrag "Autorisierter Vertriebspartnervertrag" vom 23. Januar 2012 (act. 3/1) mit
 - Anhang 1: Provisionsbestimmungen
 - Anhang 2: Produkte
 - Anhang 3: Cooperative Marketing-Unterstützungsprogramm
 - Anhang 4: Provisions- und Rabatttabelle
- Zusatzvertrag I zum Autorisierten Vertriebspartnervertrag "D. _____ BUSINESS PARTNER" vom 24. Januar 2012 (act. 3/8) mit
 - Anhang A: D'. _____-PROVISIONEN
 - Anhang B: Anforderungskriterien
- Zusatzvertrag zum Autorisierten Vertriebspartnervertrag "Reseller Vertrag" vom 23./25. Januar 2012 (act. 15/3) mit
 - Anhang 1: E. _____ Verkaufspraktiken und -verfahren
 - Anhang 2: D. _____ Provisions- und Rabatttabelle
 - Anhang 3: Liste mit Autorisierten Standorten
- Zusatzvertrag "Entschädigung für Partner Lead Generation" vom 27. September/14. Oktober 2012 (act. 3/10)
- Änderung bei der Kommissionierung bzgl. Business Flex "Confidential" vom 21. Juni 2013 (act. 3/9)
- Ersatz Zusatzvertrag "Entschädigung für Partner Lead Generation" vom 30. September/30. Oktober 2013 (act. 15/2) mit

○ Anhang 1: Entschädigungsordnung

Die Klägerin weist zwar darauf hin, dass sämtliche Verträge von der Beklagten vorformuliert worden seien – sie hätte diese ohne Änderungsmöglichkeit so annehmen müssen (act. 1 Rz. 9). Nachdem sie allerdings daraus gar keine rechtlich relevanten Schlüsse zieht, sind die erwähnten Verträge als grundsätzlich gültig vereinbart zugrunde zu legen. Nach unbestrittener Ansicht der Klägerin wurden mit dem sog. "Confidential" die Entschädigungen für vermittelte Geschäfte aus der Business Flex Promotion, wirksam ab dem 21. Juni 2013, modifiziert und damit Anhang 4 des Vertriebspartnervertrages sowie Anhang A des Zusatzvertrages I ersetzt (act. 1 Rz. 12; act. 14 Rz. 93).

1.1.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin verweist im Wesentlichen auf Ziff. 3 und 4 des autorisierten Vertriebspartnervertrages vom 23. Januar 2012 (nachfolgend: Vertriebspartnervertrag; act. 3/1) und stellt sich auf den Standpunkt, sie sei von der Beklagten als *Vermittlungsagentin* beauftragt worden (act. 1 Rz. 10 u. 85 f.). Replicando weist sie darauf hin, wenn ein Agent nur ermächtigt werde, unter Vorbehalt der Genehmigung seines Auftraggebers [Verträge] abzuschliessen, so mache ihn dies nicht zum Abschlussagenten (act. 49 Rz. 24).

Die Beklagte hingegen geht davon aus, dass die Klägerin hinsichtlich Vertriebspartnervertrag und Zusatzvertrag I – entgegen dem Wortlaut des Vertriebspartnervertrages – als *Abschlussagentin* gehandelt habe, da ihr das Recht respektive sogar die Hauptpflicht zugekommen sei, Verträge im Namen der Beklagten abzuschliessen (act. 14 Rz. 22 u. 92, 144 ff.). Der Abschluss [des Vertrages] erfolge durch die Klägerin, der Provisionsanspruch entstehe nach Akzept durch die Beklagte (act. 53 Rz. 48). In Bezug auf Ziff. 5 des Vertriebspartnervertrages bringt sie indes vor, es handle sich um einen sog. Vertriebsvertrag, d.h. einen Innominatvertrag (act. 14 Rz. 147). Aus diesem Grund schliesst die Beklagte letztlich auf einen gemischten Vertrag (act. 14 Rz. 148). Weiter qualifiziert sie den Resellervertrag als ein Teil des Vertriebsvertrages und den Zusatzvertrag "Lead Generati-

on" als einen (unabhängigen) einfachen Auftrag nach Art. 394 ff. OR (act. 14 Rz. 149 f.).

1.1.3. Rechtliches

Ein sog. Vertriebsvertrag findet sich im Gesetz nicht. Als Vertriebsverträge werden i.d.R. eine ganze Gruppe von Nominat- und Innominatverträgen bezeichnet; diese umfasst namentlich den Mäklervertrag nach Art. 412 ff. OR oder den Agenturvertrag nach Art. 418a ff. OR (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Zürich 2012, N. 3344 f.; CHRISTOPH WILDHABER, in: Kull/Wildhaber [Hrsg.], Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, N. 73, 90).

Der Agenturvertrag findet sich in Art. 418a ff. OR. Gemäss Art. 418a OR ist Agent, wer die Verpflichtung übernimmt, *dauernd* für einen oder mehrere Auftraggeber *Geschäfte zu vermitteln* oder *in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen*, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen (vgl. dazu THEODOR BÜHLER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Agenturvertrag, Teilband V 2f, Art. 418a-418v OR, Zürich 2000, N. 5 zu Art. 418a OR). Demgegenüber wird u.a. der Mäkler nur vereinzelt tätig und der Kommissionär handelt in seinem eigenen Namen und auf eigene Rechnung (vgl. zum Ganzen THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 30 ff. zu Art. 418a OR; SUZANNE WETTENSCHWILER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 418a OR). Gegenüber einem einfachen Auftrag nach Art. 394 ff. OR kann beim Agenturvertrag v.a. nicht jederzeit i.S.v. Art. 404 OR gekündigt werden, vielmehr sind für die Kündigung Art. 418q OR bzw. Art. 418r OR massgeblich (THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 37 zu Art. 418a OR; vgl. Beschluss und Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080269 vom 26. Mai 2011 E. 3.2.). Jedenfalls ist der Agenturvertrag grundsätzlich vom Auftragsrecht zu trennen, selbst wenn mittelbar nach Art. 418b Abs. 1 OR i.V.m. Art. 412 Abs. 2 OR bzw. Art. 425 Abs. 2 OR Auftragsrecht ergänzend zur Anwendung kommen kann (so schon GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 5. Teilband Artikel 407-424 OR, 2. Aufl. 1964, N 4a zu Art. 418a-Art. 418b OR; CLAIRE HUGUENIN, a.a.O., N. 3385 ff.).

Wesentlich ist die Unterscheidung zwischen dem Vermittlungsagenten, welcher Kunden lediglich *vermittelt*, ohne Verträge abschliessen zu dürfen, da er keine Vertretungsmacht hat, und dem Abschlussagenten, welcher zum *Abschluss von Geschäften* als bevollmächtigter Vertreter des Auftraggebers ermächtigt ist, wobei in der Praxis oft Vermischungen, auch mit anderen Vertragstypen, vorkommen (THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 10 ff. zu Art. 418a OR; SUZANNE WETTENSCHWILER, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 418a OR; BEAT MATHYS, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 9 zu Art. 418a OR; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110231 vom 16. April 2013 E. 1.3.1). Nach der Verweisungsnorm von Art. 418b Abs. 1 OR sind auf den Vermittlungsagenten die Vorschriften über den Mäklervertrag, auf den Abschlussagenten diejenigen über die Kommission *ergänzend* anwendbar. Diese Verweisung bezieht sich insbesondere auf den Mäklerlohn gemäss Art. 413 ff. OR (BEAT MATHYS, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 418b OR; vgl. hierzu unten Ziff. 1.2.2.). Dem Weisungsrecht im Agenturvertragsrecht sind relativ enge Grenzen gezogen, abgesehen von möglichen Parteivereinbarungen. Der Agent ist selbständiger Gewerbetreibender und kommt für die Kosten seines Geschäftsbetriebes selber auf; insbesondere sind Weisungen unzulässig, welche dem Agenten die Erreichung des Auftragserfolges erschweren (BGE 136 III 518 E. 4.4 m.w.H.; SUZANNE WETTENSCHWILER, a.a.O., N. 3 zu Art. 418a OR). Freilich ist für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses letztlich (auch) entscheidend, wie der Vertrag zwischen den Parteien gelebt wurde (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130001 vom 7. Dezember 2015 E. 4.3. S. 21).

1.1.4. Würdigung

Im Zentrum steht vorliegend die Qualifikation des Vertriebspartnervertrages (zu "Lead Generation" vgl. unten Ziff. 4): Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist nicht zwingend auf die im Vertrag verwendete Bezeichnung abzustellen. Im Vertriebspartnervertrag Ziff. 3 wird der Vertriebspartner wörtlich als "Vermittlungsagent" bezeichnet. Im Einklang mit dieser Bezeichnung wird denn auch in derselben Ziff. 3 statuiert, dass die Parteien unabhängig und keine Bevollmächtigten seien sowie keine Partei ermächtigt sei, die andere vertraglich zu verpflichten. Ausser-

dem ist im Vertriebspartnervertrag weiter die Rede von "Vermittler" und "Vermittlerdienste" (vgl. Ziff. 4 et passim). Nach eigener Darstellung der Beklagten sowie nach verschiedenen Vertragsbedingungen (vgl. Anhang 1 "D._____ Provisionsbestimmungen": Ziff. 4) wurde vorgesehen, dass die Kundenverträge letztlich von der Beklagten akzeptiert werden müssen. Demgegenüber bringt die Klägerin – entgegen ihrem sonstigen Standpunkt, sie habe als Vermittlungsagentin gehandelt – an einer Stelle vor, sie habe "[...] *nur vorgegebene Verträge mit Abonnenten abgeschlossen* [Hervorhebung hinzugefügt]" (act. 1 Rz. 92). Dennoch erweist sich, wie die Klägerin zu Recht vorbringt, die beklagtische Argumentation des Abschlussagenten (vgl. oben Ziff. 1.1.2.), zumindest im Hinblick auf den Abschluss von Abonnementen, als widersprüchlich zum vereinbarten und gelebten Vertragsinhalt. Die Klägerin konnte mit den Endkunden offensichtlich nicht selbständig Verträge abschliessen, ohne dass die Beklagte dies noch "akzeptiert /genehmigt" bzw. einen "Kreditcheck" vorgenommen hätte. Da es sich lediglich um das entsprechende Innenverhältnis zwischen dem Auftraggeber und Agenten handelt, ist hier nicht massgeblich, inwiefern die Klägerin gegenüber dem Endkunden als Stellvertreterin fungierte, wenn sie Formularverträge der Beklagten unterzeichnete (vgl. act. 3/16) bzw. das Online-Tool der Beklagten zur Aktivierung von SIM-Karten benutzte.

Zusammengefasst handelt es sich um eine Vermittlungsagentur, womit prinzipiell die Bestimmungen über den Mäklervertrag nach Art. 412 ff. OR ergänzend anwendbar sind. Aufgrund der Vertragsfreiheit war es indes ohnehin den Parteien überlassen, wo das Gesetz keine zwingenden Vorschriften vorsieht, nach Belieben vertragliche Bestimmungen zu vereinbaren, welche dann in erster Linie massgeblich sind.

1.2. Vertragliche Entschädigungsregelung – Business Flex Promotion

1.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Nach unangefochtener klägerischer Darstellung wurde der Entschädigungsmodus grundlegend in Ziff. 4 sowie in Anhang 1 und 4 des Vertriebspartnervertrages geregelt (act. 1 Rz. 10; act. 14 Rz. 92; act. 3/1). Spezifisch für die Berechnung der

Entschädigung respektive Provision beim Abschluss eines Business Flex Preisplans verweisen beide Parteien einerseits auf die Änderung gemäss "Confidential" (act. 3/9), d.h. folgende Elemente (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 14 Rz. 45 ff.):

1. "Handset Financing" (Abgeltung Ankaufskosten für das Mobiltelefon)
2. "Value Bonus" (Honorierung der Verkaufsanstrengung)
3. "Quarterly" [Quartals-Bonus] (Bonus für B2B Nettoabschlüsse)
4. "Airtime" (Umsatzbeteiligung an Gesprächskosten)

sowie andererseits auf:

5. "Lead Generation" gemäss dem per 30. September / 31. Oktober 2013 geänderten "Zusatzvertrag Entschädigung für Partner Lead Generation" vom 27. September / 14. Oktober 2012 bzgl. zusätzlicher Vergütung von durch die Klägerin selbständig generierter Kundenkontakte (act. 15/2; nachfolgend: Lead Generation)

Nach übereinstimmenden Darstellungen der Parteien hat die Beklagte 2014 zur Vergrösserung der Kundenbasis eine spezielle Marketing-Aktion, die Business Flex Promotion, lanciert, welche vom 26. Januar 2014 bis zum 30. April 2014 stattfand (act. 1 Rz. 20 f.; act. 14 Rz. 62 f.). Die Klägerin sollte an dieser Promotion als Vertriebspartnerin mitwirken, wozu sie entsprechende Trainingsunterlagen erhielt (act. 1 Rz. 22; act. 14 Rz. 68; act. 3/11). Um von dieser Promotion zu profitieren, musste der Kunde ein Business Flex Abonnement in den Optionen "Swiss", "International" oder "Travel" für 24 Monate abschliessen. Wesentlicher Inhalt dieser Promotion waren unbestrittenermassen die zwei folgenden Punkte: (1.) ein Rabatt für ein neues Handy von insgesamt CHF 720.–, z.B. bei der Option "Swiss" in Form einer monatlichen Reduktion der Abonnementsgebühren um CHF 30.– auf noch CHF 25.–, (2.) eine geschenkte SIM-Karte im Wert von CHF 40.– (act. 1 Rz. 20 f.; act. 14 Rz. 64).

1.2.2. Rechtliches

Bei der Vermittlungsagentur hat der Agent nach gesetzlicher (dispositiver) Regelung von Art. 418g Abs. 1 OR u.a. Anspruch auf die vereinbarte oder übliche Vermittlungsprovision für alle Geschäfte, die er während des Agenturverhältnisses vermittelt. Nach dispositiver Regelung von Art. 418g Abs. 3 OR entsteht der Anspruch auf die Provision, sobald das Geschäft mit dem Kunden rechtsgültig abgeschlossen ist und nicht gemäss Art. 418h OR dahinfällt. In gleicher Weise regelt Art. 413 Abs. 1 OR die Entschädigung beim Mäklervertrag, welcher über die Verweisnorm von Art. 418b Abs. 1 OR auf die Vermittlungsagentur ergänzend anwendbar ist. Art. 415 OR sieht überdies explizit vor, dass der Mäklerlohn bei vertragswidriger Tätigkeit (im Verhältnis Mäkler-Auftraggeber) oder Missbrauch, d.h. *wo es wider Treu und Glauben geht*, verwirkt ist (vgl. dazu BGE 141 III 64 E. 4.3 = Pra 104 [2015] Nr. 113; CLAIRE HUGUENIN, a.a.O., N. 3418; ferner BGE 142 III 462 = Pra 106 [2017] Nr. 70). Vertraglich kann u.a. der für die Entgeltlichkeit massgebende Erfolg sowie der Umfang der zu beachtenden Pflichten definiert werden (BGE 144 III 43 E. 3.1.1 m.w.H. [bzgl. Mäklervertrag]). Die Beweislast für das Verwirken des Mäklerlohns i.S.v. Art. 415 OR liegt beim Auftraggeber (BGE 142 III 462 E. 4.3 = Pra 106 [2017] Nr. 70).

1.2.3. Würdigung

Im Einklang mit der gesetzlichen Regelung von Art. 418b Abs. 1 i.V.m. Art. 415 OR haben die Parteien als Konsequenz der vertragswidrigen Tätigkeit in Ziff. 4.2.1. des Vertriebspartnervertrags (act. 3/1) ausdrücklich vorgesehen, dass die Provisionsansprüche verwirken: "[...] *Insbesondere ist er [der Vertragspartner] verpflichtet, Missbräuche ähnlich nachstehender exemplikativer Auflistung zu verhindern, andernfalls D._____ berechtigt ist, **sämtliche Provisionen oder Entschädigungen gemäss Ziff. 4.1.1 und 4.2.10 zurückzubehalten bzw. zurückzufordern** [...]* [Hervorhebungen hinzugefügt]". Dieses Entschädigungssystem ist in Ziff. 4.1.1. und 4.2.10. Vertriebspartnervertrag sowie Ziff. 4 Anhang 1 vorgesehen und gilt gleichermassen im Rahmen der Business Flex Promotion. Die massgeblichen, einzuhaltenden Vertragspflichten finden sich im Wesentlichen in

Ziff. 4.2. Vertriebspartnervertrag. Hierbei handelt es sich im Übrigen nicht um unzulässige Weisungen gegenüber der Klägerin (vgl. BGE 136 III 518 E. 4.4).

2. Umsetzung Business Flex Promotion durch die Klägerin

2.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestrittenermassen hat die Klägerin basierend auf der Business Flex Promotion eigene – davon abweichende – Angebote kreiert, so u.a. den "*Premium Company Deal*" sowie den "*High Value Tablet Deal*" und die "*Premium Company Hybrid Tablet Promotion*", bzw. "*High Value Promo*" (act. 1 Rz. 27; act. 14 Rz. 69). Zusätzlich zu den Konditionen der Business Flex Promotion (u.a. monatliche Reduktion der Grundgebühr um CHF 30.–) bot die Klägerin im Rahmen ihrer eigenen Aktionen an, dass sie pro Monat weitere CHF 25.– übernehme, sodass die monatliche Grundgebühr von eigentlich CHF 55.– ganz entfällt und der Kunde faktisch keine Kosten zu tragen hat (act. 1 Rz. 27; act. 14 Rz. 70; act. 3/15).

2.1.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, ihre Umsetzung der Business Flex Promotion entspreche den klägerischen Vorgaben (act. 1 Rz. 27). Ihre Umsetzung sei überdies ihren Ansprechpartnern bei der Beklagten, namentlich Herrn C._____, bekannt gewesen. Herr F._____, Geschäftsführer der Klägerin, habe die Ausführung der Business Flex Promotion mit C._____ besprochen, welcher diese ausdrücklich akzeptiert habe. Es habe eine gelebte Praxis zwischen den Parteien bestanden, laut welcher es der Klägerin erlaubt worden sei, den Abonnenten – ohne den Vertrag zwischen der Beklagten und dem Kunden zu ändern – weiter Rabatte und Sonderkonditionen zu gewähren, so z.B. die "Happy Ostern Promo", die "Family & Work" oder die "X-Mas Handy" Promotionen. Diese Promotionen basierten auf demselben Prinzip, dass die Klägerin dem Kunden eine Rückvergütung in Form einer Gutschrift gewährt habe (act. 1 Rz. 27, Rz. 35 f.; act. 49 Rz. 8 u. 12; act. 3/15-16; act. 3/22-23). Zudem habe jeder Kunde, neben dem von der Beklagten vorgegebenen Vertrag, unterschriftlich bestätigt, dass er ein gewerblicher Kunde sei, das Abonnement effektiv nutzen werde und die AGB der Beklag-

ten anerkenne (act. 1 Rz. 28; act. 3/15). Die Abonnements seien nicht als reine Datenabonnements verkauft worden, so könne mit sämtlichen angebotenen Geräten telefoniert werden, überdies habe die Beklagte selber sowie G._____ Hybrid-Geräte wie das H1._____ oder das H2._____ angeboten (act. 1 Rz. 35; act. 49 Rz. 11). Auch seien in keiner Weise weitere Vergünstigungen zulasten der Beklagten gewährt worden oder in das Vertragsverhältnis der Beklagten mit dem Abonnenten eingegriffen worden (act. 1 Rz. 90 u. 92).

In ihrer Replik betont die Klägerin erneut, dass die Umsetzung der Business Flex Promotion ausführlich mit den Ansprechpartnern besprochen und gebilligt worden sei; dies zur Umsetzung des kommunizierten Ziels, um jeden Preis Neuabonnenten im Geschäftskundenbereich zu gewinnen (act. 49 Rz. 8 ff.). Soweit die Beklagte argumentiere, der Zeuge C._____ habe die Umsetzung nicht "explizit" bewilligt, so sei dem entgegen zu halten, dass er wiederholt ausgesagt habe, er habe dies nicht "absegnen" müssen, da die Gutschrift "Usanz" und "daily business" zur Kundengewinnung gewesen sei (act. 49 Rz. 13). Überdies seien weitere Mitarbeiter der Beklagten, I._____ und Herr J._____, über die klägerischen Modifikationen informiert gewesen, hätten aber nie interveniert. Mit der gelebten Praxis hätten die Parteien auch auf die vertraglich vorbehaltene Schriftform verzichtet (act. 49 Rz. 13). Darüber hinaus sei ein Verbot der Gewährung von Gutschriften aufgrund von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, da es u.a. den Wettbewerb auf dem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (act. 49 Rz. 13). Zur Kompetenz von C._____ bezüglich Genehmigung der Abänderung der Business Flex Promotion bringt die Klägerin vor, erstens liege keine Abänderung vor, welche besonders hätte genehmigt werden müssen und zweitens habe Herr C._____ für die Beklagte die Verträge sowie die Kündigung mitunterzeichnet und sei die "oberste" Ansprechperson hinsichtlich Promotionen für sie gewesen (act. 49 Rz. 17). Sie hätte in guten Treuen darauf vertrauen dürfen, dass C._____ zur Vertretung der Beklagten ermächtigt gewesen sei, wozu sie auf BGE 120 II 197 verweist (act. 49 Rz. 17).

Nach Ansicht der Beklagten hat die Klägerin die Business Flex Promotion unzulässigerweise abgeändert und umgestaltet, indem diese ihre eigenen Aktionen un-

ter dem Namen "Premium Company Deal" und "High Value Promo" kreiert habe, sodass eine klare Vertragswidrigkeit im Sinne von Ziff. 4.2.1. des Vertriebspartnervertrags vorliege (act. 14 Rz. 69; act. 53 Rz. 7). Indem den Kunden v.a. versprochen worden sei, dass die Abonnements-Grundgebühr von monatlich CHF 25.– von der Klägerin übernommen werde, habe die Klägerin sowohl gegen Ziff. 4.2.1. sowie Ziff. 4.2.2. des Vertriebspartnervertrags verstossen (act. 14 Rz. 71). Infolge der Vertragswidrigkeit des klägerischen Vorgehens, seien somit die Voraussetzungen für eine Entschädigung der klägerischen Tätigkeit *nicht* gegeben und die Klage abzuweisen (act. 53 Rz. 6 ff.).

Weiter führt die Beklagte an, dass die Klägerin ihren Kunden, anstatt mit dem Abonnement ein high-end Smartphone anzubieten, wie in der Promotion vorgesehen, entweder ein H1._____ oder ein H3._____ Telefon mit ...-SIM oder Geräte wie das K._____ angeboten habe (act. 14 Rz. 73). Das H1._____ sei aufgrund seiner Grösse völlig ungeeignet gewesen für die Telefonie, das H3._____ wiederum sei vertrieben worden, damit die Kunden die eine SIM-Karte für die Telefonie hätten brauchen können, die andere SIM-Karte – also diejenige der Beklagten – fürs Surfen (act. 14 Rz. 73 u. 112; act. 3/15; act. 15/8-9). Die Koppelung mit diesen Geräten hätte zur Folge gehabt, dass praktisch keine Telefonie durch die Kunden stattgefunden habe. Die Klägerin habe also die als Telefonie-Abonnement konzipierte Promotion als reines Daten-Abonnement vertrieben (act. 14 Rz. 74). Verschuldet durch die Klägerin habe dies zu einem totalen Verlustgeschäft geführt, wodurch erneut Ziff. 4.2.1. des Vertriebspartnervertrages hinsichtlich Sorgfalts- und Treuepflicht verletzt worden sei (act. 14 Rz. 75; act. 53 Rz. 25). Die von der Klägerin aktivierten 828 Abonnemente, wovon nur noch 25 aktiv und 11 als "Ghost" zu qualifizieren seien, seien in Verletzung der vertraglichen Pflichten der Klägerin erfolgt (act. 14 Rz. 83 u. 102). Nach Ansicht der Beklagten seien die klägerischen Änderungen an der Promotion keineswegs gutgeheissen worden. Vielmehr habe sie von diesen Änderungen gar nichts gewusst, bis sie durch ein E-Mail von dritter Seite am 14. Februar 2014 darauf aufmerksam gemacht worden sei (act. 14 Rz. 84, Rz. 101 und 111 f.). Dasselbe gelte für die weiteren angeführten Promotionen, von welchen sie nichts wisse (act. 14 Rz. 113).

In ihrer Duplik weist die Beklagte darauf hin, die Klägerin habe zuvor noch behauptet, C._____ habe die Abänderung der Business Flex Promotion explizit abgesehnet, nunmehr behaupte sie indessen, eine solche Absehung sei aufgrund einer angeblichen Usanz – entgegen dem expliziten schriftlichen Verbot im Vertriebspartnervertrag und dem Formvorbehalt – *nicht nötig* gewesen, was bestritten sei (act. 53 Rz. 5 f.). Das Wissen von C._____ könne ihr jedenfalls nicht angerechnet werden, da dieser weder ein formelles, funktionelles oder faktisches Organ gewesen sei und zudem böswillig gehandelt habe (act. 53 Rz. 17 f., Rz. 20). Weiter sei er nicht als "qualifizierter Mitarbeiter" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 109 II 338 E. 2b) zu betrachten. Gemäss Ziff. 2.2.2 Signature Policy der Beklagten (gültig ab 18. Juni 2012) sowie Ziff. 2.2.2 Signature Policy der Beklagten (gültig ab 1. Dezember 2013) hätten Vertragsänderungen nur mittels Kollektivunterschrift für die Beklagte vorgenommen werden können (act. 53 Rz. 19). Zusammengefasst habe C._____ nach Massgabe der Signature Policy keine Vertragsänderungen vornehmen können und habe somit klarerweise keine Entscheidungskompetenzen gehabt (act. 53 Rz. 19; act. 54/27-28). Schliesslich sei C._____ auch nicht in die Gestaltung der Business Flex Promotion eingebunden gewesen und er habe davon nichts verstanden (act. 53 Rz. 38). L._____ und M._____, die Vorgesetzten von C._____, seien die kompetenten und verantwortlichen Personen bei der Beklagten gewesen und sie hätten von einer angeblichen Usanz nichts gewusst (act. 53 Rz. 21 ff.). Dass die Parteien mit einer gelebten Praxis konkludent auf das Schriftformerfordernis verzichtet hätten, werde bestritten. Soweit eine konkludente Abweichung rechtlich überhaupt möglich sei, so müsse die Schwelle des Rechtsmissbrauchs erreicht sein, was von der Klägerin nicht dargetan werde (act. 53 Rz. 29 f.). Da der Vertriebspartnervertrag seitens der Beklagten mittels Kollektivunterschrift zu zweien unterzeichnet worden sei, hätte sich die Klägerin nicht allein auf C._____ verlassen dürfen (act. 53 Rz. 31 u. 39).

Die Beklagte widerspricht den klägerischen Einwänden betreffend Verstoss gegen das Kartellrecht. Die Klägerin sei als Abschlussagentin für die Beklagte tätig gewesen und habe somit ihre Dienstleistungen vermittelt. Sie habe als Auftraggeberin natürlich bestimmen können, wie und zu welchen Konditionen ihre Dienstleis-

tungen verkauft werden sollen; ein Verstoss gegen das Kartellrecht sei damit nicht gegeben (act. 53 Rz. 32).

2.1.3. Beweis (Zeuge C._____)

2.1.3.1. Allgemeines und zusammengefasste Parteistandpunkte

Mit Verfügung vom 26. Januar 2017 (act. 38) wurde angeordnet, dass zu der von der Klägerin zu beweisenden Tatsache,

"dass die Beklagte mit der konkreten Umsetzung der "Business Flex Promotion" durch die Klägerin einverstanden war",

einstweilen – wie eingangs bereits erwähnt – folgendes Beweismittel abgenommen wird: Befragung des Zeugen C._____, ... [Adresse]. Am 26. Januar 2017 wurde die Beweisverhandlung durchgeführt, anlässlich welcher der Zeuge C._____ befragt wurde (vgl. Prot. S. 19 ff.). In der Folge nahmen die Parteien Stellung zum daraus resultierenden Beweisergebnis (act. 45 u. 46).

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die massgebliche Tatsache sei durch das Zeugnis von C._____ erbracht worden. Der Zeuge C._____ habe ausgesagt, er sei mit der konkreten Umsetzung der "Business Flex Promotion" durch die Klägerin einverstanden gewesen; diese sei im Sinne des verfolgten Ziels erfolgt und habe den Vorgaben der Beklagten sowie den "Usanzen" in der Branche entsprochen (act. 45 Rz. 3 u. 6; Prot. S. 29 f.). Zusammengefasst habe der Zeuge C._____ bestätigt, dass das Ziel der Promotion klar auf Wachstum in Bezug auf Neuabonnenten im Geschäftskundenbereich ausgerichtet gewesen sei, und zwar zu jedem Preis (act. 45 Rz. 4). Weiter habe der Zeuge C._____ auf Nachfrage ausgeführt, er habe keine Information darüber gehabt, dass gewisse Geräte nicht im Rahmen der Promotion hätten verwendet werden dürfen (act. 45 Rz. 7; Prot. S. 48). Schliesslich habe der Zeuge C._____ die "Usanz" in der Branche bestätigt, dass Kommissionsteile dem Kunden als Gutschrift bzw. Rückerstattung angeboten worden seien. Der fragliche Vertragspassus (Ziff. 4.2.2.) sei zwar bekannt gewesen, gleichwohl habe man diesen dauerhaft nicht beachtet (act. 45 Rz. 8).

Die Beklagte erachtet den von der Klägerin zu erbringenden Hauptbeweis als misslungen (act. 46 Rz. 2). So habe der Zeuge C._____ eben gerade nicht bestätigt, dass er die abgeänderte Business Flex Promotion explizit bewilligt habe (act. 46 Rz. 2 u. 16; Prot. S. 56 f., S. 59). Nach Ansicht der Beklagten sei die Glaubwürdigkeit des Zeugen C._____ eingeschränkt, was v.a. auf die Herabstufung seiner Kompetenzen und seine anschliessende Entlassung zurückzuführen sei (act. 46 Rz. 8). Diesbezüglich stützt sich die Beklagte auf diverse Punkte, welche dies illustrieren sollen. Zusammengefasst macht die Beklagte einerseits geltend, der Kündigung des Zeugen C._____ sei die Einschränkung von dessen Kompetenzen vorangegangen, was dieser als Herabstufung empfunden habe und sich emotional noch nicht davon erholt zu haben scheine (act. 46 Rz. 9 ff.). Andererseits habe der Zeuge C._____ – entgegen dessen Aussagen – im Herbst 2015 Kontakt mit der Beklagten gehabt, wobei er damals noch ganz andere Aussagen zur Abänderung der Business Flex Promotion gemacht habe als an der Einvernahme (act. 46 Rz. 12 f.). Im Endeffekt sei der Zeuge C._____ bei seiner Einvernahme stets darauf bedacht gewesen, die Beklagte in ein schlechtes Licht zu rücken (act. 46 Rz. 14 f.).

Ausserdem sei klar, dass der Zeuge C._____ kein Verständnis des Aufbaus und der Ziele der Promotion sowie des Business Case gehabt habe, so sei er ab Herbst 2012 nicht mehr in strategische Entscheide eingebunden gewesen. Er habe weder an der Ausarbeitung der Business Flex Promotion mitgewirkt noch seien seine Vorschläge als brauchbar eingestuft worden. Zudem habe er auch keine Kompetenz gehabt, eine solche Genehmigung gegenüber einem Vertriebspartner zu erteilen (act. 46 Rz. 19). Weiter sei es nicht Zweck der Business Flex Promotion gewesen, möglichst viele Abschlüsse um jeden Preis zu erzielen, sondern nur Abschlüsse von guter Qualität (act. 46 Rz. 21). Es sei – entgegen der Darstellung des Zeugen C._____ – nicht lediglich der Verkauf von E1._____s im Zusammenhang mit der Business Flex Promotion ausgeschlossen gewesen; für ein Datenabonnement hätte vielmehr die Promotion Internet Everywhere gebraucht werden müssen (act. 46 Rz. 24 f.). Als die Beklagte die Änderung der Business Flex Promotion durch die Klägerin festgestellt hätte, sei es zu einer Sitzung am 6. Februar 2014 gekommen, anlässlich welcher man nochmals unter Darlegung der Gründe

erklärt habe, dass die Business Flex Promotion nicht mit anderen Geräten gekoppelt werden dürfe (act. 46 Rz. 26 f.). Entgegen den Aussagen von Zeuge C._____ habe es keine von der Beklagten akzeptierte Usanz gegeben, dass die Vertriebspartner einen Teil ihrer Kommissionen dazu verwendet hätten, um die in Ziff. 4.2.1 Vertriebspartnervertrag verbotenen Verhaltensweisen durchzuführen (act. 46 Rz. 28 ff.). Zusammenfassend sei durch den Zeugen C._____ weder bewiesen worden, dass die abgeänderten Promotionen explizit gutgeheissen worden wären noch dass eine gelebte Praxis zwischen den Parteien bestanden hätte, wonach Promotionen beliebig abgeändert werden dürften (act. 46 Rz. 34).

2.1.3.2. Rechtliches (Beweis)

Gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO sind Gegenstand des Beweises rechtserhebliche, streitige Tatsachen. Fehlende (substantiierte) Behauptungen können nicht durch ein Beweisverfahren ersetzt oder ergänzt werden (Urteile des Bundesgerichts 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.4. und 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1; BGE 144 III 67 E. 2.1). Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Ausnahmen von diesem *Regelbeweismass der vollen Überzeugung* ergeben sich einerseits aus dem Gesetz; andererseits wurden sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet (BGE 140 III 610 E. 4.1 m.w.H.). Die Folgen der Beweislosigkeit werden grundsätzlich durch die Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB geregelt (BGE 141 III 241 E. 3.2; BGE 130 III 591 E. 5.4). Der Beweis ist mit einem zulässigen Beweismittel, so namentlich mittels Zeugnis, zu erbringen (Art. 168 Abs. 1 lit. a und Art. 169 ff. ZPO). Die Beweise unterliegen nach Art. 157 ZPO der freien Beweiswürdigung.

2.1.3.3. Wesentliche Zeugenaussagen von C._____

Zum Hintergrund der Business Flex Promotion führte der Zeuge C._____ aus, zentrales Ziel sei es gewesen, Neuabonnemente abzuschliessen (Prot. S. 34).

Auf die Frage des Instruktionsrichters, ob die Partner eine gewisse Autonomie gehabt hätten [bzgl. der Promotionen] oder ob alles vordefiniert gewesen sei, führte der Zeuge C._____ aus, diese seien in ein festes System eingebunden gewesen, d.h. es seien Standard-Produkte, auch wenn man dies nicht abschliessend hätte überwachen können (Prot. S. 40 f.). Weiter führte der Zeuge C._____ aus – ob korrekt oder nicht – es hätten alle in der Branche Kommissionen im Sinne einer Gutschrift bzw. Rückerstattung an die Kunden angeboten; es sei Usanz gewesen, um Kunden zu gewinnen (Prot. S. 50). Es sei allerdings bekannt gewesen, dass es im Vertrag einen Passus gebe, welcher vom Grundsatz her die Verwendung der Kommissionierung für eine Partizipation der Kunden ausschliesse (Prot. S. 50). Aber die Kommissionierung so zu verwenden, sei immer schon Usanz gewesen (Prot. S. 51). Angesprochen auf die Frage, wie die Problematik der Rückvergütung bei ihm konkret zum Thema wurde, führte der Zeuge C._____ aus, dass die Beklagte durch Kunden, welche in den Shop [D._____ ...] gekommen seien, sowie durch einen Ex-D._____ -Mitarbeiter darauf aufmerksam gemacht worden sei (Prot. S. 53). Ein Hauptrisikopunkt bei dieser Verwendung von Kommissionen sei gewesen, so glaube er, dass nach Auszahlung der Kommissionen das Geld und die Firma weg sei, v.a. bei denjenigen Mengen, die die Klägerin gemacht habe (Prot. S. 54). Auf die Frage des Instruktionsrichters, ob er dies [die entsprechende Umsetzung der Promotion] gegenüber der Klägerin in irgendeiner Form abgeseget hätte, führte er konstant aus, die Promotion hätte *nicht abgeseget werden müssen*, es sei ja Usanz gewesen (Prot. S. 56 ff.). Gemäss den Aussagen des Zeugen C._____ habe man, als das Vorgehen der Klägerin bekannt geworden sei, die Situation den Vorgesetzten dargelegt (Prot. S. 57). Weiter sei es im Übrigen gar nicht möglich gewesen, alles bei den Partnern abzusegen (Prot. S. 58 f.). Auf die Frage des Referenten, ob er, wie von der Klägerin behauptet, die Gutschrift von CHF 25.– ausdrücklich abgeseget hätte, antwortete der Zeuge C._____ u.a., es habe keinen speziellen Akt, kein Dokument, gegeben. Er frage sich, ob es aufgrund der Usanz überhaupt eine Absegunng gebraucht habe. Es habe x-Fälle gegeben, auch nach dem Ausschluss der Klägerin, wo dies so gehandhabt worden sei. Es sei dasselbe wie bei der Abwicklung bei einer Penaltygebühr (Prot. S. 59). Auf Ergänzungsfrage von RA X._____, warum

es trotz Usanz konkret bei der Klägerin zum Problem geworden sei und zur Beendigung der Zusammenarbeit geführt habe, führte der Zeuge C._____ aus, es könne sein, dass diese am meisten Abschlüsse gemacht habe (Prot. S. 60).

2.1.3.4. Würdigung der Beweisabnahme

Formell gibt die Beweisabnahme keinen Anlass zu Bemerkungen (zu den Voraussetzungen generell BGE 143 III 297 E. 9.3.2). Zum Beweis der erwähnten rechtserheblichen und streitigen Tatsache hat die Klägerin ein zulässiges Beweismittel [Zeugnis durch C._____] form- und fristgerecht offeriert, welches ordnungsgemäss vom Gericht abgenommen wurde, was im Übrigen nicht umstritten ist. Die Beklagte zieht u.a. die Integrität bzw. die Glaubwürdigkeit des Zeugen C._____ in Zweifel. Belegt ist, dass es zwischen dem Zeugen C._____ und der Beklagten vereinzelt zu Unstimmigkeiten gekommen ist, so u.a. wegen dem Arbeitszeugnis und dessen Ausscheiden aus dem Unternehmen (vgl. Prot. S. 23, 25). Dass damit die Glaubwürdigkeit des Zeugen C._____ eindeutig kompromittiert wäre, so die Beklagte, lässt sich hingegen nicht daraus folgern. Die Beklagte untermauert diese Vorbringen denn auch nicht konkret. Insbesondere ist nicht erkennbar, welche Aussagen des Zeugen nicht glaubhaft sein sollen, womit zumindest im Grundsatz nichts gegen die Berücksichtigung der Darstellungen des Zeugen C._____ spricht. (Zur Beweiswürdigung i.e.S. siehe unten Ziff. 2.1.5.).

2.1.4. Rechtliche Ausgangslage

a) Formvorbehalt

Soweit für einen Vertrag nicht bereits von Gesetzes wegen eine Form vorgesehen ist, können die Vertragsparteien i.S.v. Art. 16 Abs. 1 OR einen solchen *Formvorbehalt* vereinbaren, wobei vermutet wird, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (vgl. zum Ganzen SIMON GABRIEL, Formvorbehalt für Vertragsänderungen, SJZ 106/2010, S. 533 ff.; BGE 139 III 160 E. 2.6 = Pra 102 [2013] Nr. 106). D.h. vermutungsweise ist davon auszugehen, dass die Einhaltung der Form von den Parteien als Gültigkeitserfordernis und nicht lediglich zu Beweis Zwecken gewollt war. Diese Vermutung kann einerseits durch den Nach-

weis widerlegt werden, dass die Parteien eine blosser Beweisform vereinbart haben und andererseits, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Vertrag durch übereinstimmenden Abschlusswillen trotz Nichteinhaltung der vereinbarten Form zustande gekommen ist (INGEBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 6 zu Art. 16 OR).

Auf die vorbehaltene Form kann nachträglich, namentlich durch konkludentes Handeln, verzichtet werden; Art. 12 OR gilt insoweit nicht (BGE 125 III 263 E. 4c; Urteile des Bundesgerichts 4A_416/2012 vom 21. November 2012 E. 3.3 sowie 4C.228/2006 vom 30. Oktober 2006 E. 1.3; INGEBORG SCHWENZER, a.a.O., N. 10 zu Art. 16 OR; zum Ganzen CHRISTOPH MÜLLER, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-18 OR, Bern 2018, N. 91 ff. zu Art. 16 OR). Soweit der Formvorbehalt selber Bestandteil des fraglichen Vertrages ist, tendiert ein Teil der Lehre allerdings dazu, dass sich die vorbehaltene Form ebenso auf den Formvorbehalt selbst bezieht, d.h. konkret wäre ein Formvorbehalt, welcher Schriftlichkeit vorsieht, selbst auch wieder ausschliesslich schriftlich abzuändern (siehe SIMON GABRIEL, a.a.O., S. 537 f.; KRAMER/SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Art. 1-18 OR, Bern 1986, N. 46 ff. zu Art. 16 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 3. Aufl. 1973, N. 45 zu Art. 16 OR, AHMET KUT, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allg. Bestimmungen, 3. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 16 OR, JULIA XOUDIS, in: Commentaire Romand, Code des obligations I, 2^e édition 2012, N. 28 zu Art. 16 OR). Vorbehalten sind in diesem Zusammenhang auf jeden Fall rechtsmissbräuchliche Konstellationen (BGE 138 III 123 E. 2.4.2; SIMON GABRIEL, a.a.O., S. 539). Bei feststehendem Formvorbehalt trifft die Beweislast für die Umstossung der gesetzlichen Vermutung von Art. 16 OR diejenige Partei, die trotz Nichteinhaltung des Formvorbehalts die Gültigkeit des mündlich Vereinbarten behauptet (Urteil des Bundesgerichts 4C.92/2002 vom 19. August 2002 E. 2.2; ALFRED KOLLER, a.a.O., N. 12.166; INGEBORG SCHWENZER, a.a.O., N. 12 zu Art. 16 OR unter Hinweis auf das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG100210 vom 5. Juni 2012 E. 4.1.3).

b) Kartellrecht

Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes liegt im Wesentlichen bei kumulativem Vorhandensein folgender Voraussetzungen vor: (i) zwei oder mehr Unternehmen, (ii) Horizontal- oder Vertikalabrede, (iii) Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (PATRIK DUCREY, in: Marbach/ Ducrey/Wild [Hrsg.], Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, N. 1442 ff.; vgl. zum Ganzen ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, N. 40 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 6 u. 15 zu Art. 5 KG).

In Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird die Beweislast, d.h. die Beweisführungslast und die Folgen der Beweislosigkeit geregelt (PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild [Hrsg.], Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, N. 1522 ff.). Trotz der Geltung der Verhandlungsmaxime muss nach dem Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG (siehe Ziff. 10 Abs. 1 lit. a VertBek sowie Ziff. 4 f. VertBek-Erläuterungen m.w.H. [WEKO]) lediglich das Vorliegen der Vermutungsbasis, d.h. das Bestehen einer vertikalen Preisabsprache nachgewiesen werden, sodass es dabei der Gegenpartei obliegt, den Beweis des Gegenteils zu erbringen (PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild [Hrsg.], Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, N. 1522 ff.; ANDREA DOSS, a.a.O., N. 76 ff.). Die (zivilrechtlichen) Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit finden sich in Art. 12 ff. KG. Die Aktivlegitimation kommt dabei insbesondere nicht nur einem behinderten Dritten, sondern ebenso dem behinderten Kartellmitglied selbst zu, wobei die Berufung auf das eigene unrechtmässige Verhalten zur Durchsetzung von Ansprüchen immerhin gegen das Rechtsmissbrauchsverbot i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB verstossen kann (JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. Aufl. 2011, N. 4 zu Art. 12 KG).

Ist eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG unzulässig, so ist sie widerrechtlich und damit nach Art. 20 OR nichtig. Die Nichtigkeit einer solchen Abrede ist von Amtes wegen und mit Wirkung *ex tunc* zu berücksichtigen (BGE 134 III 438

E. 2.2; PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild [Hrsg.], Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, N. 1590 ff.; JÜRIG BORER, a.a.O., N. 4 ff. Vor Art. 12 ff. KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 653 f. zu Art. 5 KG; vgl. zum Ganzen JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 29 ff. Vor Art. 12-17 KG). Preisklauseln finden sich häufig in Vertriebsverträgen, was regelmässig zur Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG führt (PATRIK DUCREY, a.a.O., N. 1498 f.; vgl. zum Ganzen DERS., in: Kull/Wildhaber [Hrsg.], Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, N. 942 ff.; sowie insbesondere DERS., Vertriebsverträge und Kartellrecht, in: Oliver Arter [Hrsg.], Vertriebsverträge, 2007, S. 267 ff.; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, N. 659 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 493 ff. zu Art. 5 KG). Soweit eine Preisbindung vorliegt, wird der sog. "Intrabrand-Wettbewerb" bei einem Produkt oder einer Leistung ausgeschaltet (PATRIK DUCREY, Vertriebsverträge und Kartellrecht, in: Oliver Arter [Hrsg.], Vertriebsverträge, 2007, S. 276 f.; ANDREA DOSS, a.a.O., N. 22 u. 184; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 593 ff. zu Art. 5 KG; BGE 143 II 297 E. 6.2.2).

2.1.5. Würdigung

a) Vertragswidriges Verhalten

Dass ihre Umsetzung der Business Flex Promotion (wortgetreu) dem vereinbarten ursprünglichen Vertragsinhalt entspricht, behauptet auch die Klägerin nicht. Ziff. 4.2.1. Abs. 3 des Vertriebspartnervertrages ["Veränderung von Produkten oder Services"] sieht wörtlich vor: *"Die Telekommunikationsdienste, Kundenverträge, Preislisten und anderen von D._____ zur Verfügung gestellten Dokumente und anderweitigen Informationen, oder Produkte, namentlich Telefone, Zubehör, SIM-Karten, sonstige Geräte, **Promotionen** oder spezielle Pakete (wie z.B. Pre-Pay Bundles bestehend aus Handy sowie PrePay SIM-Karte) dürfen dem Abonnementen **nur im vorgegeben** [sic!] **Zustand** weitergegeben bzw. verkauft werden [...]* [Hervorhebungen hinzugefügt]."

Da die Klägerin – neben der jeweiligen Gutschrift von CHF 25.– pro Monat – unbestrittenermassen weitere Modifikationen vornahm (vgl. oben Ziff. 2.1.1.), steht

die Verletzung von Ziff. 4.2.1. offenkundig fest, es sei denn, die Beklagte habe dazu ihr Einverständnis erklärt (dazu unten) oder aber die Bestimmung erweise sich aus sonstigen Gründen als nichtig (insbesondere in kartellrechtlicher Hinsicht).

Dass aber Ziff. 4.2.1. unter dem Gesichtspunkt des Kartellrechts problematisch wäre, hat die Klägerin – anders als bezüglich Ziff. 4.2.2. – nicht behauptet. Eine teilweise Überschneidung der beiden Bestimmungen besteht einzig insofern, als Ziff. 4.2.1. unter anderem eine Veränderung von Preislisten verbietet, was letztlich auch im Lichte von Ziff. 4.2.2. Abs. 3 unzulässig ist. Da die Klägerin aber, wie erwähnt, unbestrittenermassen weitere Modifikationen (nicht finanzieller Art) vornahm, ändert dies nichts an der besagten Verletzung von Ziffer. 4.2.1. (vorbehaltlich, wie erwähnt, einer allfälligen Einwilligung seitens der Beklagten; dazu sogleich unten). Somit erübrigt sich die Frage, ob Ziff. 4.2.2. Abs. 3 des Vertriebspartnervertrages im Lichte des Kartellrechts als nichtig zu beurteilen wäre, was gegebenenfalls nach Massgabe von Art. 15 Abs. 1 KG durch Vorlage an die Wettbewerbskommission zu klären wäre (vgl. JAKOBS/GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 6 u. 15 zu Art. 15 KG).

b) Einwilligung der Beklagten in das vertragswidrige Verhalten

Nach dem Gesagten (vgl. oben Ziff. 1.2.2. f.) sind die Provisionsansprüche *verwirkt*, sofern der Vertrag verletzt wurde und die Beklagte in diese Verletzung nicht eingewilligt hat. Die Klägerin stützt sich bei ihrer Argumentation hauptsächlich darauf, dass C._____ namens der Beklagten die Umsetzung abgesegnet habe. Zumindest hätten dieser und auch andere Mitarbeitende (wie I._____ und J._____) nicht dagegen interveniert. Weiter habe zwischen den Parteien und auch in der Branche eine gelebte Praxis, eine Usanz, bestanden, die eine solche Umsetzung erlaubt habe. Entsprechend dem Beweissatz (vgl. oben Ziff. 2.1.3.1.) wurde der Zeuge C._____ zum Thema befragt, ob die Beklagte mit der konkreten Umsetzung der "Business Flex Promotion" durch die Klägerin einverstanden gewesen sei. Ein solches Einverständnis kann explizit oder implizit erfolgen.

In ihrer Klagebegründung stellt sich die Klägerin noch v.a. auf den Standpunkt, das Einverständnis der Beklagten, handelnd durch C._____, sei *ausdrücklich* erfolgt (vgl. act. 1 Rz. 27 u. 34). In ihrer Replik bleibt die Klägerin zwar bei ihrer ursprünglichen Auffassung, fokussiert hingegen zusätzlich auf ein implizites Einverständnis gestützt auf eine gelebte Praxis zwischen den Parteien bzw. eine Usanz in der Branche (act. 49 Rz. 13). Obwohl der Zeuge C._____ hierzu mehrfach ausdrücklich und konkret gefragt wurde (vgl. Prot. S. 56 et passim), bestätigte er an keiner Stelle, dass die Beklagte (weder durch ihn persönlich noch durch andere Personen) *ausdrücklich* ihr Einverständnis mit der konkreten Umsetzung der "Business Flex Promotion" durch die Klägerin erteilt hätte. Der Zeuge C._____ führte aber aus, es sei gar nicht notwendig gewesen, *ausdrücklich* das Einverständnis zu erteilen, da eine sog. "Usanz" bzw. eine gelebte Praxis vorgeherrscht hätten. Man habe dies allgemein und dauerhaft so gehandhabt, jedoch behauptet der Zeuge C._____ nicht, dies habe den vertraglichen Vorgaben entsprochen. Im Gegenteil lässt sich seinen Aussagen entnehmen, dass die vertragliche Unzulässigkeit dieses Vorgehens allgemein bekannt war (vgl. Prot. S. 50).

Das Bestehen einer Branchen-Usanz wurde erstmals vom Zeugen C._____ erwähnt, dessen Einvernahme unmittelbar nach dem ersten Schriftenwechsel erfolgte. In ihrer Replik beruft sich die Klägerin nur pauschal auf die Aussagen des Zeugen C._____, wonach es in der Branche eine solche Usanz gegeben habe; dies sei "daily business" gewesen (vgl. act. 49 Rz. 13). Genügend substantiierte Behauptungen, über welche Beweis abgenommen werden könnte, wurden nicht vorgebracht. Zudem aber ergibt sich aus den Aussagen des Zeugen C._____, dass er mit dem Begriff "Usanz" keine Branchen-Usanz bzw. Übung im juristisch-technischen Sinne meinte, sondern lediglich zum Ausdruck brachte, dass das entsprechende Verhalten an der Front effektiv so praktiziert wurde. Weder aus seinen Aussagen noch aus den in diesem Zusammenhang ins Feld geführten Urkunden geht indes hervor, dass die Beklagte – als juristische Person – mit dieser vom Vertrag abweichenden Praxis zumindest implizit einverstanden war.

Auch aus der E-Mail Konversation vom März 2013 (act. 50/42) liesse sich höchstens schliessen, dass die Beklagte, im Rahmen der Absegnung eines Entwurfs für

einen Flyer, über die Existenz einer "Happy Ostern Promo" in Kenntnis gesetzt wurde. Ansonsten ist der Inhalt der Konversation weitgehend unverständlich und wird auch nicht näher erklärt. Offensichtlich wurde der Flyer von der Beklagten indes bemängelt. Ein Einverständnis der Beklagten zur Durchführung der "Happy Ostern Promo" ist jedenfalls gerade *nicht* ersichtlich. Selbst wenn die "Happy Ostern Promo" in der Folge von der Beklagten geduldet worden sein sollte und die Promotion überhaupt vergleichbar war, so erstellt dies gleichwohl noch keine *gelebte Praxis* zwischen den Parteien. Mehr lässt sich auch aus den anderen Beilagen nicht entnehmen (act. 50/42; act. 3/15; act. 3/16; act. 3/23).

Die Abnahme weiterer Zeugeneinvernahmen (act. 1 Rz. 36; act. 49 Rz. 13) erübrigt sich, da hierfür notwendige substantiierte Behauptungen fehlen, was nicht durch ein Beweisverfahren nachgeholt werden kann. So wird von der Klägerin für die einzelnen Personen (z.B. I._____, J._____) nicht dargelegt, inwiefern deren Wissen und Handeln zu einer gültigen Vertragsänderung hätte führen sollen. Zudem ist nicht ohne Weiteres klar, welche Tatsachen von wem bewiesen werden sollen. Auch eine gelebte Praxis zwischen den Parteien lässt sich nicht erstellen.

Bezüglich der Frage, inwiefern die Handlungen und das Wissen von C._____ überhaupt der Beklagten zugerechnet werden können, spricht die Klägerin lediglich davon, C._____ sei für sie die "oberste Ansprechperson" gewesen und die Beklagte habe sich dessen Handlungen anzurechnen. Dass es sich bei C._____ um ein (faktisches) Organ der Beklagten handelt, wurde nicht behauptet. Ebenso wenig hat die Klägerin dargetan, dass C._____ ein "qualifizierter Mitarbeiter" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war bzw. inwiefern das entsprechende Wissen (innerhalb der Organisation) objektiv abrufbar gewesen wäre (dazu BGE 109 II 338 E. 2b; Urteile des Bundesgerichts 5C.104/ 2001 vom 21. August 2001 E. 4bb sowie 4A_112/2013 vom 20. August 2013 E. 2.4. und 4A_614/2016 E. 6.3.1. vom 3. Juli 2017 E. 6.3.1.). Es wurden auch keine konkreten Handlungen von C._____ behauptet oder bewiesen, die als implizite Genehmigung der vertragsabweichenden Praxis hätten aufgefasst werden können. Jedenfalls unter den vorliegenden Umständen (kollektivunterzeichneter Vertrag mit Schriftlichkeitsvorbehalt [Ziff. 16.1 Vertriebspartnervertrag] über finanziell gewich-

tige Punkte) kann das bloße Wissen bzw. die Passivität von C._____ nicht zum Schluss führen, dass die Beklagte mit der Abweichung vom Vertrag implizit einverstanden war.

Einen Vertrauenstatbestand will die Klägerin daraus ableiten, dass C._____ sowohl die Verträge als auch die Kündigung mitunterzeichnet habe. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, inwiefern das alleinige Mitunterzeichnen von C._____ – unter dem Stichwort Anscheins- oder Duldungsvollmacht (vgl. BGE 120 II 197 E. 2; BGE 141 III 289 E. 4) – einen entsprechenden Rechtsschein geschaffen haben soll, zumal der Klägerin als Vertragspartnerin bekannt war, dass C._____ nur kollektivunterzeichnungsberechtigt war. Eine sich aus dem Handelsregister ergebende weitergehende Berechtigung von C._____ wurde zudem nicht behauptet.

Damit im Einklang stehen übrigens die eigenen Aussagen des Zeugen C._____, so insbesondere: "[...] *Wir hatten keinen Einfluss auf die Promotion. Mein Job war execute. Mach und setz um, das war mein Job [...]*" (Prot. S. 44) sowie: "[...] *Ich habe in dieser Funktion respektive das System hätte es nie zugelassen, dass ich in dieser Funktion irgendetwas abgeändert hätte [...]*" (Prot. S. 56). Dass nicht C._____, sondern andere Personen die relevanten Entscheidungsträger bei der Beklagten bildeten, ergibt sich namentlich auch daraus, dass die Vorgesetzten von C._____ nach Bekanntwerden der vertragswidrigen Umsetzungspraxis (aufgrund von Hinweisen Dritter) umgehend und einschneidend einschritten; auch insofern kann von einer Duldung nicht die Rede sein. Nicht erkennbar ist weiter ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten.

2.2. Fazit

Nach dem Gesagten lässt sich zusammenfassen, dass die Klägerin mit der vertragswidrigen Umsetzung der Business Flex Promotion jegliche Provisionsansprüche verwirkt hat, welche sie auf den Vertriebspartnervertrag, inkl. der Anhänge 1-4, sowie den Zusatzvertrag "D._____ BUSINESS PARTNER" stützt. Insbesondere sind damit jegliche Entschädigungen im Zusammenhang mit "Handset Financing", "Value Bonus", "Quartals Bonus" und "Airtime Share Provision" (vgl. oben Ziff. 1.2.1.) hinfällig.

3. Ausschluss von der Business Flex Promotion / Entschädigungsansprüche

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unstreitig wurde die Klägerin von der Beklagten mit Schreiben vom 18. Februar 2014 per 19. Februar 2014 von der Business Flex Promotion ausgeschlossen (act. 1 Rz. 30; act. 14 Rz. 85; act. 3/20). In besagtem Schreiben wurde der Klägerin sodann mitgeteilt, dass die nach dem 18. Februar 2014 vorgenommenen Aktivierungen als normale Flex Abonnemente behandelt würden, ohne von der Promotion profitieren zu können (act. 14 Rz. 85). Weiter nicht bestritten ist, dass zumindest anlässlich von zwei Treffen am 20. Februar 2014 sowie am 21. März 2014 eine Lösung zwischen den Parteien hinsichtlich Ausschluss bzw. Wiederzulassung zur Business Flex Promotion gesucht worden ist, was sich hingegen in der Folge als nicht erfolgsversprechend erwies (act. 49 Rz. 14; act. 53 Rz. 36 u. 41).

3.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Nach Ansicht der Klägerin habe sich die Beklagte nach dem unerwarteten und ohne Vorwarnung ausgesprochenen Ausschluss aus der Business Flex Promotion geweigert, die Partnerwebsite für sie wieder zu öffnen, womit auch keine anderweitigen, nicht von der Promotion ausgeschlossenen Abonnemente, hätten aktiviert werden können. Dies habe sie mit E-Mail vom 26. März 2014 moniert (act. 1 Rz. 34 und Rz. 45 f.; act. 3/29). Damit und mit der Weigerung zur Leistung von Entschädigungen habe die Beklagte verunmöglicht, dass sie (wieder) hätte tätig werden können (act. 1 Rz. 46; act. 49 Rz. 23). Die Beklagte habe sie somit seit ihrem Ausschluss vom 18. Februar 2014, was faktisch einer Vertragsbeendigung entsprochen habe, umfassend an ihrer Agententätigkeit gehindert. Für den Ausschluss aus der Promotion habe es keinen berechtigten Grund gegeben. Im Gegenteil sei dieser in vertrags- und treuwidriger Weise geschehen (act. 49 Rz. 7 ff.). Sie habe die Business Flex Promotion, bei welcher sie einen Anspruch auf Teilnahme gehabt habe, vertragsgemäss sowie in Absprache und im Einvernehmen mit der Beklagten umgesetzt (act. 49 Rz. 8 ff.). Darüber hinaus hätte ihr die Beklagte, selbst bei einem Verstoss gegen vertragliche Verpflichtungen, was be-

stritten sei, zumindest im Einklang mit Ziff. 9.2. und 9.3. Vertriebspartnervertrag die Möglichkeit gewähren müssen, den angeblich vertragswidrigen Zustand zu beheben und/oder ihren Standpunkt darzulegen (act. 49 Rz. 18). Selbst wenn mit ihrer Umsetzung der Promotion, d.h. der monatlichen Gutschrift von CHF 25.–, ein Risiko für die Beklagte entstanden wäre, hätte dies nicht zu ihrem sofortigen Ausschluss berechtigt (act. 49 Rz. 19). Offenbar wegen der Provisionsansprüche sei sie aus der Promotion ausgeschlossen worden und habe man ihr angebliche Vertragsverletzungen unterstellt (act. 49 Rz. 20). Zusammengefasst macht die Klägerin gestützt auf den Ausschluss aus der Promotion diverse Ansprüche – primär die Forderung von CHF 4'211'388.– gemäss Rechtsbegehren-Ziff. 1.c – geltend (act. 49 Rz. 46 ff.).

Die Beklagte führt aus, sie habe spezielle Marketing-Aktionen durchgeführt, wobei jeweils ausgewählte Vertriebspartner von ihr eingebunden worden seien. Die Auswahl dieser Vertriebspartner habe ganz in ihrem Ermessen gelegen und sei jeweils für jede Aktion individuell erfolgt. Weder der Vertriebspartnervertrag noch die Zusatzverträge würden dabei einen Anspruch auf Teilnahme an einer spezifischen Promotion statuieren. So sehe auch Ziff. 6 Vertriebspartnervertrag lediglich vor, dass sie von Zeit zu Zeit Marketing-Programme anbieten könne (act. 14 Rz. 62; act. 53 Rz. 11). Weiter führt die Beklagte aus, sie habe die Klägerin sofort nach Bekanntwerden der abgeänderten Business Flex Promotion, d.h. aufgrund der Vertragsverletzungen, ausgeschlossen (act. 53 Rz. 40 u. 44). An den Treffen vom 20. Februar 2014 und vom 21. März 2014 habe sie versucht, mit der Klägerin eine Lösung zu finden, diese habe sich allerdings jeglichen Lösungsvorschlägen verweigert (act. 53 Rz. 41 f.).

Die Klägerin hätte nach Ausschluss aus der Promotion weiterhin wie gehabt Abonnemente an Kunden verkaufen können. Es sei denn auch der Zugang zu ihrem D._____ Partner Account bestehen geblieben und nichts einer weiteren Zusammenarbeit im Wege gestanden (act. 14 Rz. 86 u. 118). Anstatt dass die Klägerin ihren vertraglichen Pflichten nachgekommen sei, habe diese jedoch ihre Tätigkeit als Agentin eingestellt (act. 14 Rz. 87). Nicht nur habe die Klägerin die Promotion verbotenerweise abgeändert, sondern sich in der Folge auch gewei-

gert, sich vertragskonform zu verhalten, sodass sie nicht wieder in die Promotion hätte aufgenommen werden können (act. 53 Rz. 7). Weiter stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die klägerische Behauptung, dass die Verletzung des Vertriebspartnervertrages nicht zum sofortigen Ausschluss aus der Promotion berechtige, sei unbegründet (act. 53 Rz. 42). Die von der Klägerin angeführten Ziff. 9.2 und 9.3 des Vertriebspartnervertrages seien auf dessen Auflösung anwendbar, nicht jedoch auf einzelne Marketingmassnahmen; eine fristlose Vertragsauflösung habe im Übrigen gar nicht stattgefunden (act. 53 Rz. 42). Ausserdem habe ein Fall von Ziff. 9.2.2. Vertriebspartnervertrag vorgelegen, d.h. eine grobe Verletzung der vertraglichen Verpflichtungen, womit eine Fristansetzung nicht nötig gewesen wäre (act. 53 Rz. 42).

3.3. Rechtliches

Nach Art. 418m Abs. 1 OR hat der Auftraggeber dem Agenten eine angemessene Entschädigung zu bezahlen, wenn er ihn durch Verletzung seiner gesetzlichen [Art. 418f OR] oder vertraglichen Pflichten, wofür der Agent die Beweislast trägt (THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 6 zu Art. 418m OR; BEAT MATHYS, a.a.O., N. 3 zu Art. 418m OR), schuldhaft an seiner Tätigkeit hindert. Die entsprechenden Pflichten finden sich im Wesentlichen in Art. 418f OR, wo der Auftraggeber verpflichtet wird, alles zu tun, um dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit zu ermöglichen (BGE 122 III 66 E. 3aa).

3.4. Würdigung und Fazit

Da hier keine eigentliche Kündigung eines Vertrages, insbesondere nicht des Vertriebspartnervertrages, zur Diskussion steht, fallen Art. 418r i.V.m. Art. 337c Abs. 1 OR als Grundlage für Entschädigungsansprüche ausser Betracht. Davon, dass die Klägerin gänzlich ohne Grund von der Promotion ausgeschlossen worden wäre, kann keine Rede sein, nachdem bereits erstellt ist, dass sie diese vertragswidrig umgesetzt hatte (vgl. oben Ziff. 2.2.). Die Klägerin hat zwar pauschal einen Anspruch auf Teilnahme an der Promotion behauptet, eine vertragliche Grundlage hierfür hat sie allerdings nicht genannt. Auch Ziff. 6 des Vertriebspartnervertrages besagt im Wesentlichen lediglich, dass die Beklagte "Marketing-Programme" an-

bieten *kann*. Relevantes lässt sich daraus nicht schliessen. Zugegebenermassen wurde die Klägerin von der Beklagten ursprünglich ausdrücklich zur Teilnahme an der Promotion geworben und motiviert. Als sie von der unzulässigen Umsetzung durch die Klägerin erfuhr, handelte die Beklagte dagegen unverzüglich und schloss sie aus. Umso weniger ist ein Anspruch zur Wiederzulassung nach (berechtigtem) Ausschluss aus einer Promotion erkennbar.

Wie die Beklagte weiter zu Recht entgegnet, betreffen die von der Klägerin angeführten Ziff. 9.2. und 9.3. den Fall der Kündigung des Vertriebspartnervertrages, was hier indes nicht zur Diskussion steht. Abgesehen davon haben die Parteien unbestrittenermassen Gespräche geführt, wobei sie allerdings keine Einigung erzielen konnten. Damit wäre selbst eine Pflicht zu Verhandlungen eingehalten worden. Aus dem Gesagten erhellt, dass die erste Variante von Art. 418m Abs. 1 OR (Verletzung einer vertraglichen Pflicht) nicht vorliegt. Für die zweite Variante müsste eine Verletzung von gesetzlichen Pflichten i.S.v. Art. 418f OR vorliegen. Dass der Auftraggeber dem Agenten nicht eine Tätigkeit ermöglichen muss, welche gegen den zugrundeliegenden Vertrag verstösst, liegt auf der Hand. Ebenso wenig verfährt das Argument, die Beklagte habe gegen Art. 418f OR verstossen, indem sie Entschädigungen verweigert habe; denn diese sind nur für vertragsgemässe Leistungen geschuldet. Bleibt das Argument des "*Ausschlusses von der Partnerwebsite*": Die klägerischen Schilderungen hierzu bleiben freilich vage und unsubstantiiert: Einerseits ist schon unklar, was die Klägerin meint, wenn sie ausführt, seit dem Ausschluss aus der Promotion [hätte sie] "*nie mehr vollständig auf die Partnerwebsite zugreifen [können] [Hervorhebung beigefügt]*". Andererseits wird nicht ausgeführt, weshalb sie notwendigerweise (vollständig) auf diese "Partnerwebsite" hätte zugreifen müssen, um ihre Agententätigkeit überhaupt fortzuführen. Weiter bringt sie lediglich ein E-Mail (act. 3/29) vor, in welcher sie diese Thematik angesprochen hat. Dass sie diesbezüglich insistiert hätte, wurde nicht behauptet. Schliesslich hat die Klägerin nicht behauptet, dass sie darum ersucht hätte, zur Business Flex Promotion *ohne* die monierten Modifikationen, d.h. im Einklang mit den Anforderungen der Beklagten, (wieder-)zugelassen zu werden. Somit lässt sich zusammenfassen, dass die Klägerin zu Recht dauerhaft von der Teilnahme an der Business Flex Promotion ausgeschlossen wurde. Es hat

sich weder die Verletzung von gesetzlichen noch vertraglichen Pflichten durch die Beklagte ergeben. Entsprechende Entschädigungsansprüche – insbesondere "*für zu Unrecht abgewiesene Kunden*" (Rechtsbegehren-Ziff. 1 lit. b) und für entgangenen Gewinn (Rechtsbegehren-Ziff. 1 lit. c) – bestehen nicht.

4. Entschädigung "Lead Generation"

4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Belegt ist, dass von den Parteien darüber hinaus der Vertrag "Lead Generation" vom 27. September/14. Oktober 2012 (act. 3/10), ersetzt durch den Vertrag vom 30. September/30. Oktober 2013 (act. 15/2), geschlossen wurde. Nach gemeinsamer Auffassung der Parteien war Sinn und Zweck dieses Vertrages die *zusätzliche* Vergütung für die selbständige Akquisition von Kunden, d.h. von der Klägerin selbständig generierter Kundenkontakte (sog. Leads), welche zu einem Vertragsschluss führten (act. 1 Rz. 19; act. 14 Rz. 46).

4.2. Wesentliche Parteistandpunkte

In ihrer Replik macht die Klägerin aus dem Zusatzvertrag "Lead Generation" in Abweichung zur Klagebegründung (vgl. act. 1 Rz. 59) für im Februar aktivierte Abonnements einen Betrag von CHF 76'200.– und für den Januar von CHF 11'900.–, d.h. gesamthaft CHF 88'100.–, geltend (act. 49 Rz. 39).

Die Beklagte wiederum weist auf Ziff. 3.1. hin, wonach die Entschädigung u.a. ausschliesslich für vertragskonforme Abschlüsse von Kundenverträgen im Einklang mit den Bestimmungen der jeweils anwendbaren Verträge geschuldet sei sowie Ziff. 3.2. (v), wonach u.a. keine Änderungen an dem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Produkten oder Material vorzunehmen sei (act. 14 Rz. 47 ff., Rz. 97). Die Beklagte bestreitet, dass eine Entschädigung in Höhe von CHF 76'200.– bzgl. Lead Generation für im Februar aktivierte Abonnements geschuldet sei (act. 53 Rz. 68). Eine Entschädigung unter dem Titel Lead Generation entfalle aufgrund der Vertragswidrigkeit (act. 53 Rz. 69).

4.3. Würdigung und Fazit

Der massgebliche Vertrag "Lead Generation" vom 30. September/30. Oktober 2013 (act. 15/2) ist nach ausdrücklicher Auffassung der Parteien separat und unabhängig von den anderen geschlossenen Verträgen zu behandeln, teilt also deren Schicksal nicht automatisch (vgl. z.B. act. 14 Rz. 150). So ist denn auch der Vertragsgegenstand ein anderer, indem es hier um die Entschädigung selbständig generierter Kundenkontakte geht. Zur Qualifikation äussert sich lediglich die Beklagte und stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich um einen Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR (act. 14 Rz. 150), was aber mangels Entscheidelevanz nicht entschieden werden muss. Auf den ersten Blick führt damit das bereits erstellte vertragswidrige Vorgehen der Klägerin (vgl. oben Ziff. 2.2.) im vorliegenden Zusammenhang *nicht* zu einem Wegfall der Entschädigung. Allerdings weist die Beklagte zu Recht auf die vertraglichen Bestimmungen in Ziff. 3.1. sowie Ziff. 3.2. (v) hin, deren Gültigkeit nicht in Frage steht. Allenfalls mag bezweifelt werden, ob der Anspruch auf Entschädigung bereits gestützt auf Ziff. 3.1. i.V.m. Ziff. 1 "Vertragsgegenstand" entfällt. Dies nachdem sich dort kein konkreter und eindeutiger Hinweis auf den Vertriebspartnervertrag vom 23. Januar 2012 (act. 3/1) findet, dessen Vertragskonformität nach dieser Regelung ebenso für die Entschädigungsforderung bzgl. Lead Generation vorausgesetzt wird. Letztlich kann dies aber offen bleiben, da sich in Ziff. 3.2. (v) selbst eine äquivalente (vgl. Ziff. 4.2.1. Vertriebspartnervertrag) Regelung findet, welche entsprechende Modifikationen untersagt. Diesen vertraglichen Grundlagen, welche nach Ziff. 3.3. zu einer Verwirkung der Entschädigung führen, setzt die Klägerin nichts entgegen. Hinsichtlich der Modifikation durch die Klägerin kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden (vgl. oben Ziff. 2.1.5.). Gleichermassen unter dem Titel "Lead Generation" ist daher der Klägerin keine Entschädigung geschuldet.

5. Vertragsbeendigung / Entschädigungsansprüche

5.1. Unbestrittener Sachverhalt

Nicht umstritten ist, dass die Beklagte mit Schreiben vom 18. November 2014 die (Vertriebspartner-)Verträge zwischen den Parteien per 18. Februar 2015 gekündigt hat (act. 1 Rz. 49 u. 78; act. 14 Rz. 88; act. 3/30).

5.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Bereits im Zusammenhang mit dem Ausschluss aus der Business Flex Promotion führte die Klägerin an, dies habe faktisch einer gesamten Vertragsbeendigung entsprochen. Es seien keine Entschädigungen mehr bezahlt worden; u.a. sei eine effektive Zusammenarbeit mit ihr seitens der Beklagten gar nicht mehr gewollt gewesen (act. 1 Rz. 47 ff.; vgl. oben Ziff. 3.2.). Schliesslich sei ihr Konkurs auf den abrupten Ausschluss aus der Business Flex Promotion zurückzuführen (act. 1 Rz. 50). Offensichtlich hätten weder Gründe für eine ordentliche noch für eine fristlose Kündigung des Vertrages vorgelegen. Es sei auch nicht direkt zusammen mit dem Ausschluss aus der Promotion, sondern erst Monate später, gekündigt worden (act. 1 Rz. 95).

Nach Ansicht der Beklagten hätte die Klägerin grundsätzlich nach dem Ausschluss aus der Business Flex Promotion weiterhin für sie tätig sein können. Wie die Klägerin allerdings selber ausführe, habe diese ihre Tätigkeit als Agentin nach Ausschluss aus der Business Flex Promotion vollständig aufgegeben, weshalb sie sich zur Vertragsbeendigung entschieden habe (act. 14 Rz. 86 ff., Rz. 118). Sie habe nie behauptet, dass das Agenturverhältnis fristlos aufgelöst worden sei (act. 14 Rz. 158; act. 53 Rz. 42).

5.3. Rechtliches

Nach gesetzlicher Regelung kann der Agenturvertrag nach Art. 418q OR, je nach dem wie lange das Vertragsverhältnis gedauert hat, mit oder ohne Kündigungsfrist gekündigt werden. Art. 418r OR sieht weiter vor, dass sowohl das auf eine bestimmte als auch auf eine unbestimmte Zeit abgeschlossene Agenturverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit aufgelöst werden kann und erklärt die entsprechenden arbeitsvertraglichen Bestimmungen (Art. 337 ff. OR) für anwendbar. Dort wird in Art. 337 Abs. 2 OR geregelt, dass als wichtiger Grund namentlich jeder Umstand gilt, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (BGE 136 III 518 E. 4). Nur eine schwere Verletzung des Vertrages vermag eine fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses ohne vorherige Abmahnung zu

rechtfertigen. In allen anderen Fällen ist die Kündigung nur zulässig, wenn die kündigende Partei, soweit es von ihr vernünftigerweise erwartet werden kann, versucht hat, die bestehenden Unstimmigkeiten zu bereinigen und dabei erfolglos geblieben ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_433/2011 vom 27. Januar 2012 E. 5.1 m.w.H.).

Dabei ist das Agenturverhältnis durch eine fristlose Kündigung des Vertrages auch dann als sofort beendet zu betrachten, wenn sich die fristlose Auflösung nachträglich als ungerechtfertigt erweist. Demnach löst eine ausserordentliche Kündigung ein Agenturverhältnis unabhängig davon auf, ob sie auf einem wichtigen Grund beruht oder nicht. Die ungerechtfertigte Auflösung des Vertrages hat zur Folge, dass der Auftraggeber dem Agenten Schadenersatz im Sinne von Art. 337c Abs. 1 und 2 OR zu leisten hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_229/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 5 [nicht publ. in BGE 136 III 518] unter Hinweis auf BGE 125 III 14 E. 2a und BGE 120 II 243 E. 3b). Nach Beendigung des Agenturverhältnisses oder infolge Beendigung des Agenturverhältnisses kann demgegenüber kein Anspruch aus Art. 418m Abs. 1 OR entstehen, zumal der Auftraggeber nicht mehr verpflichtet ist, dem Agenten eine erfolgreiche Tätigkeit zu ermöglichen (THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 9 zu Art. 418p OR; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130001 vom 7. Dezember 2015 E. 5.2.1.). Das Recht zur fristlosen Auflösung des Vertrages ist zwingend (THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 7 zu Art. 418r OR).

5.4. Würdigung

Die Klägerin bringt zwar vor, sie sei plötzlich und unerwartet aus der Business Flex Promotion ausgeschlossen worden; dass daneben eine fristlose Vertragskündigung vorliegt, behauptet sie hingegen nicht ausdrücklich. Überhaupt stellt sie die tatsächliche Vertragsmässigkeit der Kündigung an sich nicht in Abrede. Die Kündigung vom 18. November 2014 per 18. Februar 2015 entspricht denn im Übrigen auch den vertraglichen Voraussetzungen (vgl. Ziff. 9.1. Vertriebspartnervertrag). Die Klägerin stützt ihre zentrale Argumentation darauf, dass sie *zu Unrecht* aus der Business Flex Promotion ausgeschlossen worden sei, was sich allerdings bereits als nicht stichhaltig erwiesen hat (vgl. oben Ziff. 3.4.). Nicht er-

kennbar ist demgegenüber, dass die Klägerin unabhängig davon relevante Schlüsse allein aus der Vertragsbeendigung ziehen könnte. Demzufolge erübrigt sich eine nähere Prüfung der Argumentation, der Ausschluss aus der Business Flex Promotion habe *faktisch* (bereits) einer gesamten Vertragsbeendigung entsprochen. Zum einen wurden die Verträge offenbar – wie gesehen – ordnungsgemäss per 18. Februar 2015 beendet, was massgeblich ist, zum anderen war der Ausschluss aus der Business Flex Promotion gerechtfertigt. Zusammengefasst lassen sich (auch) aus der Vertragsbeendigung keine Entschädigungsansprüche (namentlich i.S.v. entgangenem Gewinn etc.) erstellen.

6. Kundschaftsentschädigung (Rechtsbegehren-Ziff. 1 lit. d)

6.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Unter dem Titel "Kundschaftsentschädigung" macht die Klägerin in ihrer Replik eine Forderung von insgesamt CHF 1'506'965.35 (in der Klagebegründung CHF 1'588'101.98) geltend (Rechtsbegehren-Ziff. 1 lit. d). Zur Begründung bringt sie vor, sie habe den Kundenkreis der Beklagten wesentlich erweitert (act. 1 Rz. 79 u. 111). Sofern von ihr geworbene Kunden gar nicht aktiviert worden seien oder ihr Abonnement storniert hätten, so sei dies die Konsequenz des Vertragsbruches der Beklagten. Die Beklagte habe sie an der Ausübung der Agententätigkeit gehindert, wofür sie nun den entstandenen Schaden übernehmen müsse. Sie habe nachhaltig Kunden für die Beklagte gewinnen können, die dieser auch heute noch von Nutzen seien (act. 1 Rz. 79). Weiter bringt die Klägerin unter Verweis auf BGE 122 III 66 E. 3d vor, ein Anspruch auf Kundschaftsentschädigung könne selbst dann bestehen, wenn der Agent einen derartigen Mehrwert nur theoretisch hätte schaffen können, wenn er die Agententätigkeit tatsächlich hätte ausüben können (act. 1 Rz. 110). Durch die neuen Kunden, welche laufend und anhaltend Dienstleistungen der Beklagten beanspruchten, sei offensichtlich, dass dieser dadurch erhebliche Vorteile erwachsen würden (act. 1 Rz. 111). Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung sei in jedem Fall nicht unbillig, v.a. da das Vertragsverhältnis grundlos durch die Beklagte beendet worden sei (act. 1 Rz. 112).

Die Klägerin berechnet, dass von Januar bis April 2014 ein effektiv erzielter Nettogewinn insgesamt CHF 2'932'669.70 betragen hätte, d.h. für 28 Monate CHF 3'516'252.50. Dies führe zu einem durchschnittlichen Nettojahresverdienst von CHF 1'506'965.35 (act. 49 Rz. 50 f.).

Die Beklagte bestreitet, dass die Voraussetzungen für die Kundschaftsentschädigung erfüllt seien. So liege weder eine wesentliche Erweiterung des Kundenkreises vor noch hätte sie einen erheblichen Vorteil aus der Erweiterung gehabt (act. 14 Rz. 139; act. 53 Rz. 89). Von den 828 unter der Business Flex Promotion aktivierten Abonnements seien nur noch 25 – wovon 11 sog. "Ghosts" – aktiv. Die Klägerin habe mit ihrem Verhalten die Auflösung des Agenturverhältnisses zu vertreten. Dies zum einen durch das Verhalten während der Business Flex Promotion, zum anderen dadurch, dass sie ab März 2014 ihrer Tätigkeitspflicht als Agentin nicht mehr nachgekommen sei (act. 14 Rz. 173). Schliesslich sei das Ausrichten einer Kundschaftsentschädigung unbillig (act. 14 Rz. 174 ff.; act. 53 Rz. 89). Der Umsatz, welcher von der Klägerin generiert worden sei, mache selbst im B2B nicht einmal 1 % des Gesamtumsatzes der Beklagten aus (act. 14 Rz. 165 f.). Auch die absoluten Zahlen zur Kundschaftserweiterung durch die Klägerin zeigten, dass keine wesentliche Erweiterung stattfand, so seien nur 0.07 % bzw. 0.54 % im B2B Bereich, durch sie gewonnen worden (act. 14 Rz. 167). Hinsichtlich der Voraussetzung des erheblichen Vorteils bringt die Beklagte weiter vor, die von der Klägerin akquirierten Kunden seien im Vergleich zu anderen Partnern von wesentlich schlechterer Qualität, was sich z.B. an der sog. "bad debt rate" betreffend Einhaltung von Zahlungspflichten zeige sowie bei der durchschnittlichen Vertragsdauer und Kundentreue (act. 14 Rz. 168 ff.). Zuletzt, so die Beklagte, sei ein Anspruch auf Kundschaftsentschädigung auch unbillig, da die Klägerin bereits während des Vertragsverhältnisses hinreichend entschädigt worden sei, was sie im Übrigen mittels Ziff. 4.2.2 Vertriebspartnervertrag bestätigt habe (act. 14 Rz. 174 ff.).

6.2. Rechtliches

Nach Art. 418u OR hat der Agent unter gewissen Bedingungen einen Anspruch auf eine sog. Kundschaftsentschädigung. Der Anspruch ist laut Abs. 2 von

Art. 418u OR begrenzt auf höchstens einen Nettjahresverdienst und gemäss Abs. 3 entfällt er ganz, wenn das Agenturverhältnis aus einem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat (BGE 110 II 282 E. 3 = Pra 73 [1984] Nr. 213; Urteil des Bundesgerichts 4A_433/2011 vom 27. Januar 2012 E. 6; MICHAEL KULL, in: Kull/Wildhaber [Hrsg.], Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, N. 820; THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 59 f. zu Art. 418u OR; GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 5. Teilband Artikel 407-424 OR, 2. Aufl. 1964, N 7b zu Art. 418u OR). Für den Ausschluss der Kundschaftsentschädigung ist in jedem Fall eine gewisse Erheblichkeit des Beendigungsgrundes gefordert (ZR 83/1984 S. 8). Diese (zusätzliche) Entschädigung lässt sich damit rechtfertigen, dass die Provision des Agenten das zusätzliche wirtschaftliche Gut "Kundenstamm" bzw. dessen Erweiterung nicht abdeckt (CLAIRE HUGUENIN, a.a.O., N. 3423; THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 12 zu Art. 418u OR).

Die Gewährung einer Kundschaftsentschädigung untersteht folgenden kumulativen Voraussetzungen: (i) Nach Beendigung des Agenturverhältnis muss eine *wesentliche Erweiterung* des Kundenkreises erfolgt sein, welche (ii) mit der Tätigkeit des Agenten in *ursächlichem Zusammenhang* steht, (iii) beim Auftraggeber zu *erheblichen Vorteilen* führt und der Anspruch darf (iv) schliesslich *nicht unbillig* sein, was der Fall sein kann, wenn der Agent bereits ausreichend entschädigt worden ist (BGE 134 III 497 E. 4.1 = Pra 98 [2009] Nr. 19; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130001 vom 7. Dezember 2015 E. 7.2.1.; SUZANNE WETTENSCHWILER, a.a.O., N. 4 ff. zu Art. 418u OR; THEODOR BÜHLER, a.a.O., N. 21 zu Art. 418u OR; BEAT MATHYS, a.a.O., N. 3 zu Art. 418u OR). Mit Ausnahme der Unbilligkeit trägt der Agent die Beweislast für die Voraussetzungen (SUZANNE WETTENSCHWILER, a.a.O., N. 15 zu Art. 418u OR).

6.3. Würdigung und Fazit

Wie bereits gesehen (vgl. oben Ziff. 5.1.) ist das Vertragsverhältnis im heutigen Zeitpunkt beendet. Die Klägerin trägt die Behauptungs- und Beweislast u.a. für die Beendigung des Vertragsverhältnisses, die wesentliche Erweiterung des Kundenkreises, die entsprechende Kausalität ihrer Tätigkeit sowie den sich daraus für die Beklagte als Auftraggeberin ergebenden erheblichen Vorteil. Insbesondere hat

die Klägerin substantiiert darzulegen, inwiefern eine Erweiterung des Kundenkreises nicht nur *während* der Vertragsdauer zu einem erheblichen Vorteil für die Beklagte geführt hat, sondern vielmehr *über das Vertragsverhältnis hinaus* Wirkung erzielt (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130001 vom 7. Dezember 2015 E. 7.3.).

Einen solchen Zusammenhang behauptet die Klägerin allerdings nicht konkret. Vielmehr behauptet sie pauschal, es sei der Kundenkreis nachhaltig erweitert worden. Sie selber bringt in diesem Zusammenhang indes u.a. das Thema Nichtaktivierung von Kunden und stornierte Abonnemente auf. Da zudem auch nach klägerischer Auffassung die im Jahre 2014 geschlossenen Abonnemente offensichtlich nach 24 Monaten gekündigt werden konnten, bleibt unklar, inwiefern die Beklagte über die Beendigung des Vertrages hinaus von einer Erweiterung des Kundenkreises profitieren solle. Zusätzlich zu der behaupteten (effektiven) Erweiterung des Kundenkreises bringt die Klägerin unter Verweis auf BGE 122 III 66 vor, es sei bei Verhinderung der Agententätigkeit (zusätzlich) ein theoretischer Mehrwert zu entschädigen. Abgesehen davon, dass sich schon die Behauptung der Verhinderung der Agententätigkeit als nicht stichhaltig erweist, müsste zumindest nachvollziehbar dargelegt werden, inwiefern – ohne die fragliche Verhinderung – eine Erweiterung des Kundenkreises erfolgt wäre, was der Klägerin indes nicht gelingt.

Die Klägerin konzentriert sich auf die Berechnung des Nettojahresverdienstes i.S.v. Art. 418u Abs. 2 OR, was freilich erst zum Tragen kommt, *falls* der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung als solcher erstellt ist. Zusammengefasst ist bereits die Voraussetzung der wesentlichen Erweiterung des Kundenkreises nicht dargetan. Ob zusätzlich ein Fall von Art. 418u Abs. 3 OR vorliegt, kann offen bleiben.

7. Verrechnungsforderung Beklagte

Nachdem die Klage gesamthaft abzuweisen ist, erübrigt sich eigentlich die Prüfung der von der Beklagten angeführten Verrechnungsforderungen. Allerdings führt die Beklagte in ihrer Duplik selber aus, dass sie im Grundsatz eine Gesamt-

forderung in Höhe von CHF 3'910.68 (=CHF 821.88 + CHF 3'088.80) anerkennt, was zu berücksichtigen ist (act. 53 Rz. 91). Diese anerkannte Forderung will die Beklagte indes u.a. mit einer Forderung aus "Verkauf Hardware" in Höhe von CHF 13'701.96 verrechnen. Diese Forderung wiederum habe die Klägerin in ihrer Widerklageantwort anerkannt (act. 53 Rz. 92). Überdies hat die Beklagte einschlägige Rechnungen ins Recht gelegt (act. 15/25). Entgegnungen zu diesen beklagischen Vorbringen wurden von der Klägerin nicht vorgebracht.

Im Gegensatz zur Widerklage (vgl. act. 31 Ziff. 4) lässt sich eine Forderung gemäss Art. 213 Abs. 1 SchKG mit Hilfe der Verrechnung *auch noch im Konkurs* gegenüber dem Schuldner durchsetzen. In der erwähnten Widerklageantwort brachte die Klägerin wörtlich Folgendes vor (act. 23 Rz. 6): "*Die Klägerin bestreitet nicht, dass sie bei der Beklagten Waren im Wert von CHF 13'701.96 (inkl. MWST) bezogen hatte. Die Forderung gemäss Beilage 25 (act. 15/25) wird von der Klägerin grundsätzlich anerkannt.*" Obwohl die Haupt- und Widerklage an sich gemeinsam beurteilt werden, handelt es sich doch um selbständige Klagen (vgl. zum Ganzen ALAIN GRIEDER, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N. 647 ff.). Einhergehend drängt sich die Frage auf, inwiefern Erkenntnisse aus der einen Klage im Zusammenhang mit der anderen verwendet werden können; dies umso mehr, wenn die eine Klage (hier die Widerklage) bereits weggefallen ist. Bei genauer Betrachtung handelt es sich bei den klägerischen Vorbringen freilich (auch) um ein Schuldbekenntnis im Sinne von Art. 17 OR (AHMET KUT, a.a.O., N. 2 zu Art. 17 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2014 vom 19. November 2014 E. 4.4.1.). Die Berücksichtigung im materiellen Sinne dürfte sogar primär massgeblich sein, ein prozessualer Aspekt ist nämlich gar nicht erkennbar, zumal keine Klageanerkennung vorliegt. Zusammengefasst liegt damit zumindest im Umfang der von der Beklagten zunächst anerkannten Forderung in Höhe von CHF 3'910.68, eine von der Klägerin anerkannte Forderung vor, welche die Beklagte zur Verrechnung bringen kann. Am Ausgang des Verfahrens ändert sich demzufolge nichts.

8. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Hinsichtlich der vertraglichen Grundlage hat sich ergeben, dass sich der zentrale Vertriebspartnervertrag als Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR) einordnen lässt. Genauer gesagt liegt eine Vermittlungsagentur im Sinne von Art. 418b Abs. 1 OR vor, womit mittelbar und ergänzend die Bestimmungen des Mäklervertrages nach Art. 412 ff. OR sowie des einfachen Auftrages im Sinne von Art. 412 Abs. 2 i.V.m. Art. 394 ff. OR zur Anwendung gelangen (Ziff. 1.1.4.). Die vertragliche Entschädigungsregelung der Parteien sah vor, dass im Einklang mit Art. 418b Abs. 1 i.V.m. Art. 415 OR als Konsequenz einer Vertragswidrigkeit die Provisionsansprüche verwirken. Per 30. April 2014 wurde von der Beklagten eine spezielle Marketing-Aktion, die Business Flex Promotion, lanciert.

Als einer der Hauptstreitpunkte zwischen den Parteien erwies sich die Frage, ob die Klägerin die Business Flex Promotion vertragsgemäss umgesetzt hat. So hat diese basierend auf der Business Flex Promotion unbestrittenermassen eigene, abgeänderte Angebote kreiert. Nachdem dieses Vorgehen an sich bereits vertragswidrig ist, wurde der Klägerin der Beweis dafür auferlegt, *"dass die Beklagte mit der konkreten Umsetzung der "Business Flex Promotion" durch die Klägerin einverstanden war"*. Hierzu wurde als Beweismittel der Zeuge C._____ einvernommen (Ziff. 2.1.3.). Allerdings liess sich aus den Darstellungen des Zeugen C._____ kein Einverständnis der Beklagten zur konkreten Umsetzung der Business Flex Promotion durch die Klägerin erstellen, womit der Beweis als gescheitert gilt (Ziff. 2.1.5.). Zusätzlich ist es der Klägerin nicht gelungen, die beklagti-schen Argumente der Nichteinhaltung des Formvorbehaltes für Vertragsänderungen sowie die fehlende Vertretungsmacht von C._____ zu entkräften (Ziff. 2.1.5.). Abgesehen davon ist es der Klägerin weiter nicht gelungen darzutun, dass eine gelebte Praxis oder eine Branchen-Usanz bestanden hätte, welche die Vertragswidrigkeit der Umsetzung aufgehoben hätte. Schliesslich gelang es der Klägerin nicht, die vertraglichen Grundlagen vor dem Hintergrund des Kartellrechts zu Fall zu bringen (Ziff. 2.1.5.).

Der daraufhin folgende, endgültige Ausschluss aus der Business Flex Promotion durch die Beklagte erwies sich als rechtmässig; allfällige Entschädigungsansprü-

che, insbesondere im Sinne von Art. 418m Abs. 1 i.V.m. Art. 418f OR, bestehen nicht (Ziff. 3.4.). Auch die spätere Vertragsbeendigung erwies sich im Übrigen als korrekt (Ziff. 5.4.).

Mit Bezug auf den unabhängigen Vertrag "Lead Generation" bestehen ebenfalls keine klägerischen Entschädigungsansprüche, da dieser zum Vertriebspartnervertrag äquivalente Bestimmungen enthält, wonach bei unzulässigen Modifikationen respektive Vertragswidrigkeit eine Entschädigungspflicht entfällt (Ziff. 4.3.). Ebenso gelingt es der Klägerin nicht, einen Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung gemäss Art. 418u OR zu begründen (Ziff. 6.3.). Letzten Endes sind auch die von der Beklagten anerkannten Beträge nicht zuzusprechen, da diese durch Verrechnung untergegangen sind (Ziff. 7).

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Vorab ist zu bemerken, dass die Kostenfolgen der Widerklage bereits im Beschluss vom 20. Mai 2016 geregelt wurden (act. 31). Für die Hauptklage wird ausgangsgemäss die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG und § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend beträgt der Streitwert insgesamt CHF 7'756'631.87. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des durchgeführten Beweisverfahrens (Zeugeneinvernahme) ist die Gerichtsgebühr auf CHF 115'000.– festzusetzen und der Klägerin aufzuerlegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_61/2017 vom 31. August 2017 E. 7.1. e contrario; ferner BGE 139 III 334 E. 3.2). Hinzu kommen die Barauslagen des Gerichtes in Höhe von CHF 100.– im Zusammenhang mit der Zeugeneinvernahme

(Prot. S. 63). Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu decken.

Aufgrund des Streitwertes von CHF 7'756'632.– sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 120'000.– festzusetzen. Zusätzlich hat die Beklagte einen Mehrwertsteuerzuschlag auf die Parteientschädigung verlangt (act. 53: Rechtsbegehren-Ziff. 2). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.). Die Beklagte hat keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände behauptet. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 115'000.–.
Die weiteren Kosten betragen CHF 100.– (Zeugenentschädigung).
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und teilweise vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 120'000.– zu bezahlen.

Diese Entschädigung wird der Beklagten – nach ungenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – von der Obergerichtskasse direkt aus der von der Klägerin geleisteten Sicherheit ausbezahlt.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Kasse des Obergerichts unter Hinweis auf Dispositiv-Ziffer 4.
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 7'756'632.–.

Zürich, 5. Oktober 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Christian Markutt

Prozesskosten:

Streitwert: CHF 7'756'632.–

Gerichtsgebühr: 100% = CHF 98'316.32; 115% [wegen Beweisverfahren] = CHF 113'063.76; aufgerundet CHF 115'000.–

(Gerichtsgebühr an der Referentenaudienz erwähnt.)

PE: 100% = CHF 89'574.74; 133% = CHF 119'134.40; aufgerundet CHF 120'000.–