



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Judith Haus Stebler, die Handelsrichter Dr. Arnold Huber, Peter Zwicky und Martin Kleiner sowie Gerichtsschreiberin Zoë Biedermann

Urteil vom 4. Juli 2022

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____,

gegen

B._____ GmbH,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis:

Rechtsbegehren	3
Sachverhalt und Verfahren	4
A. Sachverhaltsübersicht.....	4
a. Parteien und ihre Stellung	4
b. Prozessgegenstand	4
B. Prozessverlauf	5
a. Klageeinleitung und Widerklage	5
b. Wesentliche Verfahrensschritte	6
Erwägungen.....	7
1. Formelles	7
1.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit	7
1.2. Streitverkündung	7
1.3. Zulässigkeit der Widerklage.....	7
1.4. Übrige Prozessvoraussetzungen	7
2. Qualifikation des Vertragsverhältnisses	7
2.1. Vertragsschluss und -inhalt	7
2.2. Vertragsqualifikation	8
2.3. Fazit.....	10
3. Rückforderung von Vorauszahlungen (Hauptklage-Rechtsbegehren 1)	11
3.1. Parteistandpunkte.....	11
3.2. Qualifikation Rückforderungsanspruch und Vorauszahlungen	11
3.3. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast	14
3.4. Würdigung	15
3.4.1. Grund der Akontozahlungen	16
3.4.2. Werbekosten	17
3.4.3. Fazit und Schlussfolgerung	20
3.5. Verzugszins	21
3.6. Fazit.....	21
4. Rückforderung Werbematerialkosten (Hauptklage-Rechtsbegehren 2).....	21
5. Beseitigung der Rechtsvorschläge (Hauptklage-Rechtsbegehren 3 und 4)	22
6. Widerklage	23
6.1. Parteistandpunkte.....	23
6.2. Kosten- und Auslagenersatz.....	24
6.2.1. Büromiete und Einrichtung	24
6.2.2. Kauf von Werbemitteln und Werbeaktionen	27
6.2.3. Löhne.....	27
6.3. Weitere Kosten und Reputationsschaden.....	28
6.4. Weitere Entschädigungsansprüche aus Agenturvertrag.....	28
6.5. Fazit.....	30
7. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	30
7.1. Gerichtskosten.....	30

7.2. Parteientschädigungen	31
Dispositiv	32

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 135'499.90 zzgl. Zins von 5% p.a. seit 25. April 2019 zu bezahlen;
2. Es sei die Beklagte zudem zu verpflichten, der Klägerin CHF 29'409.80 zzgl. Zins von 5% p.a. seit 22. Mai 2018 zu bezahlen;
3. Es sei in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Engstringen, (Zahlungsbefehl vom 4. Dezember 2019) für CHF 135'449.90 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. seit 25. April 2019 der Rechtsvorschlag zu beseitigen;
4. Es sei in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Engstringen, (Zahlungsbefehl vom 4. Dezember 2019) für CHF 29'409.80 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. seit 22. Mai 2018 der Rechtsvorschlag zu beseitigen;
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Beklagten."

Widerklagerechtsbegehren:

(act. 22 S. 2)

- " 1. [...]
2. In Gutheissung der Widerklage seien der Klägerin [recte: Widerklägerin und Beklagten] Fr. 136'348.05 zuzusprechen (plus Zins zu 5% ab heute).
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin [recte: Widerklägerin und Beklagten]."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie erbringt ... und führt ... jeglicher Art durch (act. 3/1). Ihre operative Tätigkeit erfolgt nach Massgabe des Konsumkreditgesetzes (KKG), mit entsprechender Bewilligung beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (act. 1 Rz. 10).

Die Beklagte ist eine GmbH mit Sitz in D._____, welche die ... bezweckt (act. 3/2). Sie war für die Klägerin als Kreditvermittlerin tätig (act. 1 Rz. 12; act. 22 S. 2).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte vermittelte der Klägerin im Zeitraum von Oktober 2017 bis April 2018 Kleinkredite. Die Klägerin kündigte die Zusammenarbeit am 11. April 2018 per sofort (act. 1 Rz. 13, Rz. 24; act. 3/8; act. 22 S. 13, S. 15 f.; act. 42 Rz. 10, Rz. 25). Die Klägerin macht gestützt auf dieses Vertragsverhältnis geltend, Vorauszahlungen für Provisionen geleistet zu haben. Mit ihrer Klage fordert sie von der Beklagten Vorauszahlungen im Umfang von CHF 135'499.90 zurück (act. 1 S. 2, Rz. 17 ff.; act. 42 Rz. 10 ff.). Zudem habe sie für die Beklagte Werbeartikel im Wert von CHF 29'409.80 bestellt, welche die Beklagte entgegengenommen habe. Dieser Betrag sei der Klägerin ebenfalls zu vergüten (act. 1 Rz. 27; act. 33 Rz. 22).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, es sei zwischen den Parteien, über die Kreditvermittlung hinaus, eine weitergehende Zusammenarbeit vereinbart worden. Neben den Provisionszahlungen hätten die Parteien abgesprochen, dass die Beklagte ein Büro miete und dieses einrichte, um Kunden zu empfangen, dass gemeinsam Werbemittel eingekauft würden, und dass sie Werbe-Versandaktionen durchführe sowie zusätzliches Personal einstelle. Die Vorauszahlungen seien für die Vorfinanzierung von Provisionen und Werbung bestimmt gewesen. Sie stellt ihre Leistungen den Zahlungen der Klägerin gegenüber und

macht widerklageweise eine Restforderung von gesamthaft CHF 136'348.05 geltend (act. 22 S. 2 ff.). Die Klägerin bestreitet den Bestand der widerklageweise geltend gemachten Forderung (act. 33 Rz. 4 ff.; act. 51 Rz. 4 ff.).

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung und Widerklage

Am 5. Juni 2020 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage hierorts ein, unter gleichzeitiger Streitverkündung an Herrn E._____ (act. 1; act. 3/1-15). Mit Verfügung vom 11. Juni 2020 wurde vom Eingang der Klage Vormerk genommen und der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie Nachfrist zur Einreichung einer gültigen Vollmacht angesetzt. Zudem wurde die Streitverkündung an Herrn E._____ vorgemerkt (act. 4). Die Verfügung wurde E._____ bzw. seinem Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Z._____, zugestellt (act. 5/3). Der Streitberufene liess sich in der Folge nicht verlauten.

Nachdem die Klägerin eine neue Vollmacht nachgereicht und den Kostenvorschuss bezahlt hatte, wurde der Beklagten mit Verfügung vom 23. Juni 2020 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 6; act. 8; act. 9). Die Beklagte ersuchte nach Anzeige ihrer Vertretung mit Gesuch vom 28. September 2020 um Fristerstreckung (act. 11; act. 13). Mit Verfügung vom 29. September 2020 wurde der Beklagten eine kurze Nachfrist angesetzt (act. 14). Mit Eingabe vom 4. Oktober 2020 stellte die Beklagte ein weiteres Fristerstreckungsgesuch, welches mit Verfügung vom 6. Oktober 2020 abgewiesen wurde (act. 16; act. 17). In- nert Nachfrist reichte die Beklagte am 20. Oktober 2020 die Klageantwort ein und erhob Widerklage (act. 22; act. 23/1-27).

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2020 stellte das Gericht der Klägerin und Wider- beklagten (nachfolgend: Klägerin) die Klageantwort/Widerklage zu, unter gleich- zeitiger Fristansetzung an die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklag- te) zur Leistung eines Kostenvorschusses (act. 24). Mit Eingabe vom 22. Oktober 2020 wies die Beklagte auf Fehler in der Klageantwort/Widerklage hin und reichte Beilagen nach, welche Eingabe der Klägerin zugestellt wurde (act. 26; act. 27/20-

23; act. 28). Nach Leistung des Kostenvorschusses durch die Beklagte wurde der Klägerin Frist zur Widerklageantwort angesetzt; das Verfahren wurde an die Instruktionsrichterin delegiert (act. 30; act. 31). Die Klägerin reichte ihre Widerklageantwort vom 12. Februar 2021 ins Recht (act. 33; act. 34/1-3; act. 34/12).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Die Vergleichsverhandlung vom 26. April 2021 blieb ohne Ergebnis (Prot. S. 14 f.). Mit Verfügung vom 28. April 2021 ordnete das Gericht daher einen zweiten Schriftenwechsel an und räumte der Klägerin Frist zur Replik ein (act. 36). Am 28. April 2021 reichte die Beklagte eine Eingabe mit weiteren Beilagen ein, welche mit Verfügung vom 30. April 2021 aus dem Recht gewiesen wurde (act. 38; act. 39/1-2; act. 40). Die Replik der Klägerin datiert vom 30. Juni 2021, die Duplik/Widerklagereplik der Beklagten vom 11. Oktober 2021 (act. 42; act. 43/16-19; act. 46; act. 47/1). Am 15. Dezember 2021 reichte die Klägerin schliesslich die Widerklageduplik ins Recht (act. 51; act. 52/20-21). Diese wurde der Beklagten mit Verfügung vom 16. Dezember 2021 zugestellt und der Eintritt des Akten schlusses festgehalten (act. 53). Mit Verfügung vom 20. Januar 2022 wurde den Parteien der Wechsel der Instruktionsrichterin bekanntgegeben (act. 55).

Mit Verfügung vom 24. Mai 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 57). Die Beklagte verlangte zunächst eine Hauptverhandlung, weshalb die Parteien auf den 4. Juli 2022 vorgeladen wurden (act. 59; act. 60; act. 61; act. 62). Nach weiterer Korrespondenz zwischen den Parteien verzichtete die Beklagte, und in der Folge auch die Klägerin, auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 63; act. 64; act. 65; act. 66).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist zur Beurteilung der vorliegenden Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 SchKG unbestrittenermassen örtlich und sachlich zuständig (act. 1 Rz. 2 f.; act. 22 S. 14; Art. 18 i.V.m. Art. 9 ZPO sowie Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.2. Streitverkündung

Die Klägerin verkündete Herrn E._____ gemäss Art. 78 ff. ZPO den Streit, wovon mit Verfügung vom 11. Juni 2020 Vormerk genommen wurde (act. 1 S. 2, Rz. 5 ff.; act. 4; act. 5/3). Da E._____ sich in der Folge nicht verlauten liess, wurde das Verfahren – androhungsgemäss – ohne ihn fortgesetzt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

1.3. Zulässigkeit der Widerklage

Die Widerklage wurde rechtzeitig mit der Klageantwort erhoben und ist in derselben Verfahrensart zu beurteilen, wie die Hauptklage. Zudem ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Klagen gegeben. Die Widerklage ist daher zulässig (Art. 224 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 ZPO).

1.4. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Weiterungen Anlass.

2. Qualifikation des Vertragsverhältnisses

2.1. Vertragsschluss und -inhalt

Die Parteien sind sich einig, dass die Klägerin von Oktober 2017 bis April 2018 mit der Beklagten zusammenarbeitete. Die Beklagte vermittelte der Klägerin Kreditnehmer für (Klein-)Kredite. Die Parteien stimmen überein, dass der Vertrags-

schluss mündlich erfolgte und der schriftliche "Vertrag für die Kreditvermittlung - Produkte der A.____s AG" mangels Unterzeichnung durch die Klägerin nicht gültig geschlossen wurde. Streitig ist, ob der mündliche Vertragsschluss durch E.____ (ehem. Geschäftsführer der Klägerin) mit F.____ (ehem. Geschäftsführer der Beklagten) oder mit seinem Vater, G.____, vorgenommen wurde (act. 1 Rz. 2, Rz. 13 ff.; act. 3/3; act. 22 S. 15 f.; act. 42 Rz. 11, Rz. 16 ff.; act. 46 S. 5 f.).

Inhalt des Vertrags war unbestrittenermassen die gewerbsmässige Vermittlung von Kleinkrediten im Umfang von insgesamt CHF 1'538'000.– durch die Beklagte, gegen Bezahlung einer Provision in der Höhe von 7 % bzw. 9 % – je nach Höhe des vermittelten Zinssatzes – pro vermitteltem, gültigem Kreditvertrag. Insgesamt fielen Provisionen im Umfang von CHF 42'629.90 zugunsten der Beklagten an (act. 1 Rz. 2, Rz. 16 f.; act. 3/4; act. 22 S. 3., S. 16; act. 42 Rz. 10, Rz. 19; act. 46 S. 2 f., S. 6). Das Vertragsverhältnis wurde durch die Kündigung der Klägerin vom 11. April 2018 aufgelöst (act. 1 Rz. 24; act. 3/8; act. 22 S. 13, S. 17; act. 42 Rz. 25).

Umstritten ist, ob die Parteien – abgesehen von der Kreditvermittlung und den Provisionszahlungen – weitere Leistungen vereinbart hatten, wie die Finanzierung von Werbung, Büromiete und Einrichtung sowie Lohnkosten, im Hinblick auf eine enge Zusammenarbeit und spätere Fusion (act. 22 S. 2 ff.; act. 33 Rz. 4 ff., Rz. 50 f.; act. 42 Rz. 10 ff., Rz. 20 ff., Rz. 31; act. 46 S. 3, S. 5 ff.; act. 51 Rz. 17 f., Rz. 23). Diese Punkte werden nachfolgend geprüft.

2.2. Vertragsqualifikation

2.2.1. Die Klägerin qualifiziert das Vertragsverhältnis als Mäklervertrag i.S.v. Art. 412 ff. OR eventualiter als Agenturvertrag i.S.v. Art. 418a ff. OR (act. 1 Rz. 31 ff.; act. 33 Rz. 8, Rz. 49; act. 42 Rz. 34). Die Beklagte stellt in Frage, ob es sich tatsächlich um einen Mäklervertrag, um einen Auftrag oder um einen Innominatvertrag handelt (act. 22 S. 18 f.).

2.2.2. Durch den Mäklervertrag verpflichtet sich der Auftraggeber, dem Mäkler ein Entgelt zu leisten, wenn dessen Tätigwerden zum Abschluss des vom Auftragge-

ber angestrebten Vertrags führt bzw. beiträgt (Art. 412 Abs. 1 OR). Der Mäkler ist gemäss der gesetzlichen Regelung nicht berechtigt, den Vertrag direkt im Namen des Auftraggebers abzuschliessen. Wesentliche Merkmale des Mäklervertrags sind die Entgeltlichkeit und die Erfolgsbedingtheit (AMMANN, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], BSK OR I, 7. Aufl. 2019, Art. 412 N 1; HUGUENIN, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2019, § 37 Rz. 3334 ff.).

Beim Agenturvertrag verpflichtet sich der Agent, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln, oder Geschäfte in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen (HUGUENIN, a.a.O., § 38 Rz. 3385 f.).

Die beiden Verträge unterscheiden sich dadurch, dass der Agenturvertrag auf Dauer ausgerichtet ist, während der Mäkler beim Mäklervertrag in einzelnen, bestimmten Angelegenheiten für den Auftraggeber tätig wird. Zudem ist der Agent zum Tätigwerden verpflichtet, der Mäkler nicht. Schliesslich kann der Abschlussagent den Vertrag auch gleich als direkter Stellvertreter (d.h. im Namen und für die Rechnung des Auftraggebers) abschliessen, wobei er selbständig handelt und nicht an die Weisungen des Auftraggebers gebunden ist (HUGUENIN, a.a.O., § 38 Rz. 3346, Rz. 3391 f.; PÄRLI, in: BSK OR I, a.a.O., Art. 418a N 3).

Mäkler- und Agenturverträge sind ferner vom einfachen Auftrag und der einfachen Gesellschaft abzugrenzen. Der Mäklervertrag gilt als besondere Form des Auftrags (Art. 412 Abs. 2 OR). Beim einfachen Auftrag ist ein Entgelt nicht zwingend; wenn es geschuldet wird, ist es jedoch erfolgsunabhängig geschuldet. Zudem ist zu unterscheiden, ob sich die Tätigkeit alleine auf die Vermittlung beschränkt, oder ob sie darüber hinausgeht, weil beispielsweise Beratungselemente im Vordergrund stehen. Den Beauftragten trifft die Pflicht zum Tätigwerden, den Mäkler nicht (HUGUENIN, a.a.O., § 38 Rz. 3348). Der Agenturvertrag ist ein Dauervertrag, der (typische) Auftrag nicht (HUGUENIN, a.a.O., § 38 Rz. 3391).

Schliesslich sind Mäkler- und Agenturverträge im Unterschied zur einfachen Gesellschaft auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtet, wogegen

die einfache Gesellschaft auf Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zielt (BGE 104 II 108 E. 2).

2.2.3. Unbestrittenermassen hat die Beklagte der Klägerin von Oktober 2017 bis April 2018 Kunden für Konsumkredite vermittelt und für diese Tätigkeit Provisionszahlungen erhalten. Die Tätigkeit war auf Dauer ausgerichtet, was daraus geschlossen werden kann, dass die Beklagte nicht nur in einzelnen Fällen tätig wurde, sondern im besagten Zeitpunkt eine grosse Anzahl an Konsumkreditverträgen vermittelt und das Vertragsverhältnis schliesslich gekündigt hat. Dies deckt sich auch mit der Darstellung der Beklagten, die mithin eine geplante weitergehende Zusammenarbeit zwischen den Parteien schilderte (act. 1 Rz. 24; act. 3/8; act. 22 S. 2 ff., S. 17). Aufgrund der Dauer und des Umfangs der Vermittlungstätigkeit kommt ein Mäklervertrag nach Art. 412 ff. OR, der sich auf einzelne, bestimmte Angelegenheiten bezieht, nicht in Betracht. Das Gleiche gilt für den einfachen Auftrag, der sich aufgrund der jederzeitigen Widerrufbarkeit nicht für auf Dauer angelegte Vertragsverhältnisse eignet (Art. 394 ff. OR).

Das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR kann ebenfalls verneint werden. Die Beklagte verpflichtete sich zur Vermittlung von Kreditgeschäften und die Klägerin zur Vergütung der vermittelten Geschäfte; mithin ist das Vertragsverhältnis auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtet. Eine darüber hinausgehende gemeinsame Zweckverfolgung der Parteien wurde nicht in genügender Weise behauptet und ist nicht ersichtlich. Die Beklagte behauptet lediglich pauschal, dass allenfalls eine spätere Fusion in Betracht gezogen worden sei, was von der Klägerin bestritten wird (vgl. act. 22 S. 2 f.; act. 33 Rz. 6). Der zwischen den Parteien gelebte Vertrag weist sämtliche gesetzlichen Merkmale eines Agenturvertrags auf; das Vertragsverhältnis ist als Agenturvertrag gemäss Art. 418a ff. OR zu qualifizieren.

2.3. Fazit

Zwischen den Parteien bestand ein Agenturvertragsverhältnis gemäss Art. 418a ff. OR. Vertragsinhalt war die Vermittlung von Kreditnehmern durch die Beklagte gegen Bezahlung einer Provision seitens der Klägerin. Ob weitere Leistungs-

pflichten zwischen den Parteien vereinbart wurden, ist strittig und bildet Gegenstand der Haupt- und Widerklage. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

3. Rückforderung von Vorauszahlungen (Hauptklage-Rechtsbegehren 1)

3.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin fordert von der Beklagten gemäss Rechtsbegehren 1 der Hauptklage zu viel geleistete Vorauszahlungen im Umfang von CHF 135'499.90 zurück (act. 1 S. 2, Rz. 25). Die Beklagte bestreitet den Rückforderungsanspruch der Klägerin (act. 22 S. 2, S. 13 f., S. 16).

Es ist unbestritten, dass die Klägerin Vorauszahlungen von CHF 176'000.– für künftige Provisionen geleistet hat (act. 1 Rz. 19, Rz. 21, Rz. 25; act. 22 S. 14, S. 16; act. 42 Rz. 11; act. 51 Rz. 17). Ebenfalls sind Provisionsforderungen der Beklagten in der Höhe von CHF 42'629.90 anerkannt (act. 1 Rz. 17, Rz. 25; act. 22 S. 14; act. 42 Rz. 10). Davon wurden CHF 2'129.80 durch separate Zahlungen der Klägerin beglichen (act. 1 Rz. 18, Rz. 25; act. 3/5; act. 22 S. 14).

Umstritten ist der Zahlungsgrund der Vorauszahlungen von CHF 176'000.–. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, diese seien für künftige Provisionsansprüche bezahlt worden (act. 1 Rz. 19, Rz. 23, Rz. 25, Rz. 37 ff.; act. 42 Rz. 11, Rz. 13 ff.). Die Beklagte vertritt die Ansicht, die Vorauszahlungen seien einerseits für Provisionen und andererseits für die Vorfinanzierung von Werbung geleistet worden. Sie stellt den Vorauszahlungen eine Gegenforderung von CHF 271'847.95 gegenüber und macht den Restbetrag im Umfang von CHF 136'348.05 widerklageweise geltend (act. 22 S. 2, S. 13 f., S. 16; act. 46 S. 4 f., S. 7, S. 9).

3.2. Qualifikation Rückforderungsanspruch und Vorauszahlungen

3.2.1. Es ist fraglich, ob es sich beim Rückforderungsanspruch um einen vertraglichen oder ausservertraglichen Anspruch handelt. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst die rechtliche Qualifikation der Vorauszahlungen der Klägerin vorzunehmen.

3.2.2. Bei den Vorauszahlungen kann es sich grundsätzlich um Akontozahlungen, Teilzahlungen oder Zuvielleistungen handeln. Zur rechtlichen Einordnung ist der Vertragsinhalt durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Primär ist der tatsächliche übereinstimmende (ausdrückliche oder konkludente) Wille der Parteien zu ermitteln. Lässt sich ein solcher Wille nicht feststellen, ist subsidiär der hypothetische Parteiwille nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln. Die Erklärungen der Parteien sind so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 m.w.H.).

Die Teilzahlung stellt eine definitive Zahlung dar, die entweder einen Teil eines bereits entstandenen Anspruchs tilgt (definitive Abschlag) oder für einen künftigen Anspruch endgültig geleistet wird (Vorschuss). Die Teilzahlung ist tiefer als die Gesamtschuld und das Geleistete kann nicht mehr zurückgefordert werden (BGE 134 III 591 E. 5.1, E. 5.2.5). Bei der Zuvielleistung wird eine Zahlung vorbehaltlos erbracht, obwohl sie den effektiven Anspruch übersteigt. Erfolgte die Zahlung irrtumsfrei, kann sie nicht mehr zurückgefordert werden (Art. 63 Abs. 1 OR). Die irrtümliche Zuvielleistung ist demgegenüber rückforderbar. Sofern der Rückforderungsgrund vertraglicher Natur ist, was auch für Leistungsstörungen gilt, erfolgt die Rückforderung aus Vertrag. Ist der Rückforderungsgrund ausservertraglicher Natur, erfolgt die Rückforderung gestützt auf Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR; BGE 137 III 243 E. 4.4.1; 133 III 356 E. 3.2.1). Die Akontozahlung ist demgegenüber vorläufiger Natur, denn die Höhe der Basisforderung ist im Zeitpunkt der Leistung noch unklar. Die Parteien vereinbaren hierbei einen besonderen Tilgungsmodus für die Basisforderung, nämlich dass Akontozahlungen geleistet werden und abschliessend eine Saldierung stattfindet. Die Akontozahlung erfolgt mithin unter dem Vorbehalt der gehörigen Abrechnung durch den Gläubiger sowie eines allfälligen Ausgleichs (Rückzahlung oder Nachzahlung), sofern die Basisforderung nicht genau gedeckt wird (ZELLWEGER-GUTKNECHT/ROSENTHALER, Die Akontovereinbarung – zugleich ein Beitrag zur Tilgung durch Saldierung, SJZ 118/2022, 280-290, 282 ff.).

3.2.3. Die Parteien äussern sich in ihren Rechtsschriften nicht zur rechtlichen Einordnung ihrer sog. Vorauszahlungen. Sie machen geltend, die Vorauszahlungen stünden den Provisionsansprüchen gegenüber bzw. seien in Anrechnung an diese erfolgt. Ebenfalls ist den Rechtsschriften zu entnehmen, dass bei Vertragsbeendigung ein Abrechnungs- bzw. Erstattungsgrund bestehe. Ausserdem ist die Rede von einem Vorschuss zwecks Ausstattung der Beklagten mit Liquidität und späterer Anrechnung an die Provisionsforderungen (act. 1 Rz. 21 ff.; act. 22 S. 13, S. 16; act. 42 Rz. 13 f.).

3.2.4. Dem Wortlaut "Vorauszahlung" ist einzig zu entnehmen, dass die Zahlung vor der Entstehung des Anspruchs geleistet wird. Ob die Zahlung provisorischer oder definitiver Natur ist, bleibt jedoch offen. Daher ist auf die weiteren Umstände bei Vertragsschluss abzustellen, wobei auch aus dem nachträglichen Verhalten auf den tatsächlichen Parteiwillen geschlossen werden kann (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 140 III 86 E. 4.1; 132 III 626 E. 3.1; 129 III 675 E. 2.3). Die Parteien machen bezüglich des Vertragsschlusses geltend, der ehemalige Geschäftsführer der Klägerin, E._____ sei für die Mandatierung der Beklagten verantwortlich gewesen. Er habe seitens der Beklagten mit G._____ oder F._____ – was strittig ist –, zu welchen er in einer persönlichen Beziehung gestanden sei, die Konditionen ausgehandelt. Der Vertragsschluss sei mündlich erfolgt. Ein schriftlicher Vertragsentwurf sei zwar vorhanden gewesen, dieser sei jedoch nur von der Beklagten unterzeichnet worden (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 3/3; act. 22 S. 3, S. 15 f.; act. 33 Rz. 8 f.; act. 42 Rz. 8 ff.; act. 46 S. 2 f., S. 5 f.; act. 51 Rz. 5 ff.).

Die konkreten Umstände bei Vertragsschluss werden von den Parteien nur ungenügend behauptet, weshalb diesbezüglich – mit Ausnahme der Prüfung der eingereichten Unterlagen – keine Beweisabnahmen durchzuführen sind. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Urkunden, die sich in den Akten befinden, vom Gericht ohne vorgängigen Erlass eines Beweisbeschlusses gewürdigt werden, weil sich die Parteien bereits in ihren Rechtsschriften zu diesen Beweismitteln äussern konnten (Urteile BGer 4A_308/2020 E. 3.3.2; 4A_448/2020 E. 4.4.2 f.). In den Akten findet sich ein schriftlicher Vertragsentwurf vom 25. August 2017 der seitens der Beklagten, aber nicht von der Klägerin unter-

zeichnet wurde. Vorauszahlungen sind in diesem Vertragsentwurf nicht vorgesehen (act. 3/3). Zu prüfen bleibt somit, ob das nachträgliche Verhalten der Parteien Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen bei Vertragsschluss zulässt.

Dass die Klägerin Vorauszahlungen an die Beklagte geleistet hat, ist unbestritten. Den Rechnungen der Beklagten sind die Vermerke "Anzahlung Provision (/Vorfinanzierung Werbung)" und zweimal "Vorauszahlung Provision (verrechenbar)" zu entnehmen (act. 3/7). Sie wurden von der Klägerin am 9. Januar 2018, 23. Februar 2018 und 23. März 2018 bezahlt (act. 3/6). Die Klägerin erstellte nach Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Schlussabrechnung, in welcher sie sämtliche Zahlungen mit den Provisionsansprüchen verrechnete (act. 3/9). Auch die Beklagte stellt in ihrer Klageantwort/Widerklage die ihr angefallenen Kosten und ihre Provisionsansprüche den Zahlungen der Klägerin gegenüber (act. 22 S. 14). Aufgrund dieses Parteiverhaltens ist erwiesen, dass die Parteien provisorische Zahlungen vereinbart haben, welche später mit den effektiv entstandenen Ansprüchen abzurechnen gewesen sind (sog. Saldierung). Die Vorauszahlungen sind somit als Akontozahlungen zu qualifizieren.

3.2.5. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei der Rückerstattung des Überschusses von Akontozahlungen um einen vertraglichen und nicht etwa um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch (BGE 126 III 119 E. 3). Der von der Klägerin geltend gemachte Rückerstattungsanspruch ergibt sich aus der Akontoabrede und ist vertraglicher Natur.

3.3. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast

Die Leistung von Akontozahlungen bringt – unter dem Vorbehalt anderslautender Abreden zwischen den Parteien – keine Änderung der Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast mit sich (vgl. Urteil BGer 4A_433/2020 E. 2.4.2 ff.; ZELLWEGE-GUTKNECHT/ROSENTHALER, a.a.O., 285). Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4; Urteile BGer 4A_709/2011 E. 3.1; 4C.166/2006 E. 3 m.w.H.). Sie verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Behauptungslast beinhaltet insbesondere auch die Obliegenheit eines schlüssigen – d.h. widerspruchsfreien und

vollständigen – Tatsachenvortrags, wobei ein blosser Verweis auf Akten in der Regel nicht genügt (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 21; Urteile BGer 4A_284/2017 E. 4.2; 4A_221/2015 E. 3.1; 4A_317/2014 E. 2.2, je m.w.H.). Bestreitet die Gegenpartei die Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei substantiiert (vgl. zum substantiierten Bestreiten: WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], BK ZGB, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Band I/1, 2012, Art. 8 N 191 ff.), trifft die behauptungsbelastete Partei eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die erforderlichen Tatsachenbehauptungen müssen so konkret und bestimmt vorgebracht werden, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 221 N 29, m.w.H.). Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6; Urteile BGer 4C.211/2006 E. 3.1; 5P.210/2005 E. 4.1; WILLISEGGER, in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 222 N 24).

3.4. Würdigung

Die Klägerin fordert mit ihrer Klage zu viel geleistete Akontozahlungen zurück (act. 1 S. 2, Rz. 25). Sie trägt daher die Beweislast für die Leistung von Akontozahlungen. Der Beklagten obliegt der Gegenbeweis, ausserdem trägt sie die Beweislast für den Grund der Akontozahlungen, und dass sie entsprechende Leistungen in dieser Höhe erbracht hat. Diesbezüglich kommt der Klägerin der Gegenbeweis zu (Art. 8 ZGB).

Mangels Bestreitung ist erwiesen, dass die Klägerin Akontozahlungen im Umfang von CHF 176'000.– für zukünftige Provisionsforderungen erbracht hat, wovon CHF 40'500.10 für angefallene Provisionen in Abzug zu bringen sind (CHF 42'629.90 [Total Provisionen] - CHF 2'129.80 [Provisionszahlungen der Klägerin]; vgl. Erwägung 3.1), was den eingeklagten Betrag von CHF 135'499.90

ergibt. Entsprechend obliegt der Beklagten die Beweislast dafür, dass Akontozahlungen – neben den Provisionsforderungen – auch für weitere geplante Leistungen bezahlt worden sind (Grund der Akontozahlung), und dass sie entsprechende Leistungen in dieser Höhe erbracht hat. Die Klägerin ist zum Gegenbeweis zuzulassen.

3.4.1. Grund der Akontozahlungen

3.4.1.1. Die beweisbelastete Beklagte führt zum Grund der Akontozahlungen aus, die Parteien hätten vereinbart, dass die Klägerin auch Werbekosten (Kauf von Werbemitteln und Durchführung von Werbeaktionen) finanziere. Als Beweismittel offeriert sie die Parteibefragung, die formelle Beweisaussage von E._____ und die Einvernahme von G._____ als Partei/Zeuge. Sodann reicht sie Rechnungen sowie Zahlungsbelege ins Recht (act. 3/6-7; act. 22 S. 3, S. 5, S. 7, S. 13, S. 16, S. 18; act. 46 S. 6 ff.).

Die Klägerin bestreitet, dass die Tragung von Werbekosten durch sie, die Klägerin, vereinbart worden sei und die Akontozahlungen auch der Vorfinanzierung der gemeinsamen Werbung (Werbemittel und -aktionen) gedient hätten. Neben den Provisionszahlungen hätten die Parteien kein zusätzliches Entgelt vereinbart. Sie offeriert in diesem Zusammenhang die Parteibefragungen von H._____, I._____ und J._____ sowie die Parteibefragung von E._____ als Gegenbeweis. Zudem verweist sie auf den Vertragsentwurf vom 25. August 2017, die Aufstellung der Provisionsabrechnungen der Beklagten, Zahlungsbelege, den Protokollauszug der Aussage von E._____ anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Arbeitsgericht Zürich sowie den Auszug der entsprechenden Plädoyernotizen (act. 1 Rz. 19 ff.; act. 3/3-4; act. 3/6; act. 33 Rz. 21, Rz. 26, Rz. 36 f., Rz. 39; act. 42 Rz. 13 ff., Rz. 21 ff., Rz. 28; act. 43/16-17; act. 51 Rz. 20 ff.).

3.4.1.2. Der Zahlungsbeleg der Klägerin vom 9. Januar 2018 sowie die entsprechende Rechnung der Beklagten belegen, dass zwischen den Parteien eine Ab-sprache betreffend die (Mit-)Finanzierung von Werbung bestanden hat, da es sich bei der Zahlung der Klägerin von CHF 116'000.– um eine "Anzahlung Provision (Vorfinanzierung Werbung)" gehandelt hat (act. 3/6-7). Die weiteren beiden Akon-

tozahlungen vom 23. Februar 2018 und 23. März 2018 im Umfang von CHF 60'000.– waren demgegenüber einzig für Provisionen bestimmt, was dem jeweiligen Vermerk "Vorauszahlung Provision (verrechenbar)" zu entnehmen ist (act. 3/6-7). Die von den Parteien zusätzlich offerierten Partei- und Zeugenbefragungen – bei welchen es sich nicht um unabhängige Drittpersonen handelt – sind nicht geeignet, die Rechnungen und insbesondere den Zahlungsbeleg der Klägerin, worin sie selbst den entsprechenden Hinweis "Vorfinanzierung Werbung" angebracht hat, zu entkräften. Die Beweisabnahme der Partei- und Zeugenbefragungen kann daher unterbleiben. Es ist erwiesen, dass die Parteien eine Absprache betreffend die (Mit-)Finanzierung von Werbung getroffen haben.

Fraglich ist, was die Parteien hinsichtlich des Umfangs der (Mit-)Finanzierung vereinbart haben. Diese Frage kann allerdings offen bleiben, da es der Beklagten nicht gelingt, die von ihr behaupteten erbrachten Leistungen rechtsgenügend darzutun, was nachfolgend aufzuzeigen ist.

3.4.2. Werbekosten

3.4.2.1. Die Beklagte macht folgende Kosten für die Beschaffung von Werbemitteln geltend und reicht Belege dazu ein (act. 22 S. 3, S. 5 ff.; act. 23/7-19):

	CHF 10'750.45 (K. _____ AG)
	CHF 14'507.15 (L. _____ [recte: ...] AG)
	EUR 36'892.30 bzw. CHF 44'040.– (M. _____ GmbH)
	<u>CHF 3'259.75 (N. _____ AG)</u>
Total:	CHF 72'557.90 [recte: 72'557.35]

Zusätzlich macht sie durchgeführte Versand- und Verteilaktionen von über 50'000 Briefen geltend, was folgende Kosten verursacht habe (act. 22 S. 7 f.; act. 23/20-24):

	CHF 11'800.– Portokosten
	<u>CHF 30'000.– Druck-Kosten und Kosten für Couverts</u>
Total:	CHF 41'800.–

3.4.2.2. Betreffend die Firma K. _____ AG führt die Beklagte an, Werbegeschenke im Umfang von CHF 10'750.45 bezogen zu haben. Sie reicht dazu Zahlungsbelege der UBS ins Recht und offeriert für den Bestreitungsfall die Befragung sämtli-

cher Mitarbeiter (act. 22 S. 6; act. 23/7-8). Die Klägerin wendet ein, den Zahlungsbelegen sei nicht zu entnehmen, was die Beklagte bezogen habe. Sie bestreitet, dass diese Kosten einen Bezug zur Klägerin aufweisen würden (act. 33 Rz. 24).

Trotz der substantiierten Bestreitung der Klägerin hat es die Beklagte unterlassen, weitere Tatsachenbehauptungen aufzustellen und ihre Beweisofferten zu ergänzen (vgl. act. 46 S. 3 f.). Der blosser Vorbehalt weiterer Beweismittel bzw. der Einnahme sämtliche Mitarbeiter im Bestreitungsfall (vgl. act. 22 S. 6) genügt den Anforderungen an eine rechtsgenügende Beweisofferte nicht. Voraussetzung für eine formgerechte Beweisofferte ist, dass sie sich eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt (BGE 133 III 295 E. 7.1; Urteile BGer 4A_381/2016 E. 3.1.2; 4A_487/2015 E. 5.2). Werden Personen zur Befragung offeriert, sind diese namentlich und unter Angabe der Adresse zu bezeichnen. Das angebotene Beweismittel muss zulässig und zur Erbringung des konkreten Beweises tauglich sein (Art. 168 Abs. 1 ZPO; BGE 122 III 219 E. 3c m.w.H.). Diese Anforderungen sind vorliegend offensichtlich nicht erfüllt. Es bleibt unklar, wer, wann, welche Werbegeschenke für die Klägerin bestellt haben und wer dies bezeugen soll. Den Zahlungsbelegen ist einzig zu entnehmen, dass die Beklagte Zahlungen an die K._____ AG geleistet hat (act. 23/7-8). Der Bezug zur Klägerin kann indessen nicht hergestellt werden. Folglich gelingt der Beklagten der Beweis nicht, dass sie für die Klägerin Werbemittel im Umfang von CHF 10'750.45 bezogen hat.

3.4.2.3. Die Beklagte führt weiter aus, von der Firma L._____ AG Werbemittel im Umfang von CHF 14'507.15 bezogen zu haben (act. 22 S. 6). Sie belegt ihre Behauptung mittels Rechnungen (act. 23/9-11). Die Klägerin wendet ein, es sei nicht einmal behauptet, dass dieses Material zu ihren Gunsten bezogen worden sei (act. 33 Rz. 23). Trotz dieses Einwands unterliess es die Beklagte, diese Kostenposition weiter zu behaupten und zu substantiieren (vgl. act. 46 S. 3 f.).

Mit der Klägerin ist davon auszugehen, dass der Zusammenhang zwischen diesen Rechnungspositionen und der Klägerin nicht erwiesen ist. Den Rechnungen ist einzig zu entnehmen, dass die Beklagte bei der Firma L._____ AG Kugel-

schreiber, Feuerzeuge, Tagungsmappen und weitere Werbegeschenke bestellt hat (act. 23/9-11). Ein Bezug zur Klägerin fehlt jedoch. Da die Beklagte selbst ausführt, dass sie in zahlreichen Bereichen tätig gewesen sei, insbesondere auch im Bereich der Vermittlung von Krankenversicherungen (act. 22 S. 15), ist offen, für welche Zwecke die Bestellungen getätigt worden sind. Die Beklagte ist ihrer Behauptungs- und Substantiierungsobliegenheit nicht nachgekommen.

3.4.2.4. Hinsichtlich der Firma M._____ GmbH gibt die Beklagte an, Bestellungen im Wert von EUR 36'892.30 getätigt zu haben, was bei Anwendung des von der Klägerin verwendeten Wechselkurses in ihrem Hauptklage-Rechtsbegehren 2, einen Betrag von CHF 44'040.– ergebe. Ferner macht sie eine Zahlung von CHF 3'259.75 an die N._____ AG geltend (act. 22 S. 6 f.). Sie reicht diverse Zahlungsbelege sowie die Rechnung der N._____ ins Recht (act. 23/12-19). Die Klägerin wendet abermals ein, es sei unklar, ob und was die Beklagte bezogen habe. Ausserdem bestreitet sie einen Bezug zur Klägerin (act. 33 Rz. 23 f.). Die Beklagte verzichtet abermals auf eine Nachbehauptung und -substantiierung (vgl. act. 46 S. 3 f.).

Ein Blick in die eingereichten Unterlagen zeigt wiederum, dass kein Bezug zur Klägerin hergestellt werden kann (vgl. act. 23/12-19). Entsprechend misslingt der Beklagten der Beweis, von der Firma M._____ GmbH Werbemittel für die Klägerin bezogen zu haben.

3.4.2.5. Schliesslich macht die Beklagte geltend, Versand-/Verteilaktionen für die Klägerin durchgeführt zu haben. Sie habe über 50'000 Briefe versandt/verteilt, davon 20'000 per Post. Sie offeriert E._____ und G._____ als Partei bzw. Partei/Zeuge sowie die Mitarbeiter O._____, P._____, Q._____ und R._____ als Zeugen (act. 22 S. 7 f.; act. 46 S. 7 f.). Zudem führt sie aus, die Werbeaktionen hätten Portokosten von CHF 11'800.– generiert, was sie mittels Zahlungsbelegen dokumentiert (act. 22 S. 8; act. 23/20-23). Ferner macht sie Druck- und Couvert-Kosten von CHF 30'000.– geltend, wobei es sich um Erfahrungswerte handle, die sie mit CHF 0.60 pro Brief beziffert und mit einer Rechnung der Firma S._____ belegt (act. 22 S. 8 f.; act. 23/24). Die Klägerin bestreitet die Durchführung solcher

Aktionen in ihrem Interesse und den Bestand dieser Forderungen. Sie weist darauf hin, dass diese nicht substantiiert und belegt worden seien (act. 33 Rz. 26).

Die Beklagte ist ihrer Behauptungs- und Substantiierungsobliegenheit erneut nicht nachgekommen. Ihren Ausführungen lässt sich nicht entnehmen, wann durch welchen Mitarbeiter welche Handlungen vorgenommen, und an welchen Daten die Couverts an wen versandt bzw. verteilt worden sind. Ausserdem gesteht die Beklagte zu, dass es sich bei der Stückzahl der versandten und verteilten Couverts um blosser Schätzungen handelt. Mangels rechtsgenügender Behauptung und Substantiierung ist entsprechend auf die Abnahme der offerierten Partei- und Zeugenbefragungen zu verzichten. Die Beklagte bleibt den Beweis für ihre Versand-/Verteilaktion schuldig.

3.4.3. Fazit und Schlussfolgerung

Die Parteien haben die Leistung von Akontozahlungen für künftige Provisionen sowie die (Mit-)Finanzierung von Werbung vereinbart. Folgende Leistungen beider Parteien sind unbestritten geblieben und somit erwiesen:

Provisionszahlungen der Klägerin vom 20./21. Dezember 2017 (act. 3/5)	CHF	2'129.80
Akontozahlungen der Klägerin vom 9. Januar 2018, 23. Februar 2018 und 23. März 2018 (act. 3/6)	CHF	176'000.–
<hr/>		
Total Zahlungen Klägerin:	CHF	178'129.80
Provisionsansprüche der Beklagten (act. 1 Rz. 17; act. 3/4; act. 22 S. 14; act. 42 Rz. 10)	CHF	42'629.90
<hr/>		
Saldo zugunsten der Klägerin:	CHF	<u>135'499.90</u>

Hinsichtlich des überschüssenden Akontobetrag von CHF 135'499.90 gelingt der Beklagten zwar der Beweis einer Parteiabsprache betreffend die (Mit-)Finanzierung von Werbung, allerdings misslingt ihr der Beweis von konkreten Leistungen, die sie zugunsten der Klägerin für Werbung erbracht haben will. Der Klägerin steht daher ein vertraglicher Rückforderungsanspruch für zu viel bezahl-

te Akontozahlungen im Umfang von CHF 135'499.90 zu. Das Rechtsbegehren 1 ihrer Klage ist vollumfänglich gutzuheissen.

3.5. Verzugszins

Die Klägerin fordert den gesetzlichen Verzugszins von 5 % ab 25. April 2019. Sie macht geltend, dass sie der Beklagten die Schlussabrechnung vom 30. April 2018 betreffend den eingeklagten Betrag von CHF 135'499.90 zugestellt habe (act. 1 S. 2, Rz. 25). Zudem führt sie an, die Beklagte am 22. Mai 2018 betreffend Werbeartikel und am 25. April 2019 betreffend Provisionen gemahnt zu haben. Spätestens ab diesem Zeitpunkt habe sich die Beklagte in Verzug befunden (act. 1 Rz. 44). Die Beklagte lässt sich dazu nicht verlauten, sondern weist einzig darauf hin, dass es eine rechtliche Frage sei, ab welchem Zeitpunkt Zins geschuldet sei, und dass sich die Frage erübrige, da die Forderung gar nicht existiere (act. 22 S. 19).

Die Klägerin hat sowohl die Fälligkeit der Forderung als auch die Inverzugsetzung durch Mahnung am 25. April 2019 behauptet und macht den gesetzlichen Verzugszinssatz geltend. Mangels substantiierter Bestreitung dieses Vorbringens durch die Beklagte ist der Klägerin ein Verzugszins in der Höhe von 5 % ab dem 25. April 2019 zuzusprechen (Art. 102 Abs. 1 und Art. 104 Abs. 1 OR).

3.6. Fazit

Die Klägerin hat überschüssende Akontozahlungen im Umfang von CHF 135'499.90 geleistet, welche inklusive 5 % Verzugszins ab 25. April 2019 zurückzubezahlen sind. Das Rechtsbegehren 1 ihrer Klage ist gutzuheissen.

4. Rückforderung Werbematerialkosten (Hauptklage-Rechtsbegehren 2)

Die Klägerin führt aus, für die Beklagte am 28. Februar 2018 Werbeartikel in Deutschland im Umfang von EUR 22'529.60 bestellt und Zollkosten von CHF 2'513.95 bezahlt zu haben, welche Kosten ihr mangels vertraglicher Grundlage zu vergüten seien. Sie klagt die Summe von CHF 29'409.80 ein (act. 1 S. 2,

Rz. 27; act. 3/10-11). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, diese Kosten seien durch die Klägerin zu tragen (act. 22 S. 7; act. 46 S. 7).

Mangels Bestreitung der Beklagten ist erstellt, dass die Werbeartikel von der Klägerin für die Beklagte bestellt worden sind (act. 1 Rz. 27; act. 22 S. 17 f.). Ebenfalls bewiesen ist jedoch, dass die Klägerin gemäss Parteiabsprache Werbung (mit-)finanzierte. Folglich besteht eine vertragliche Grundlage für diese Leistung der Klägerin (vgl. Erwägung 3.4.1.2). Es liegt keine Leistung ohne Rechtsgrund i.S.v. Art. 62 OR vor. Weitere Gründe für die Rückforderung der Leistung werden seitens der Klägerin nicht angeführt und sind auch nicht ersichtlich. Hinzuweisen ist schliesslich darauf, dass es sich bei der Forderung von EUR 22'529.60 um eine Fremdwährungsforderung handelt, welche in der falschen Währung eingeklagt wurde, sodass die Klage mindestens im Umfang von CHF 26'895.85 ohnehin abzuweisen wäre (vgl. SCHROETER, in: BSK OR I, a.a.O., Art. 84 N 5, N 46; BGE 115 III 36 E. 3). Das Rechtsbegehren 2 der Hauptklage betreffend die Forderung von CHF 29'409.80 ist abzuweisen.

5. Beseitigung der Rechtsvorschläge (Hauptklage-Rechtsbegehren 3 und 4)

Gemäss Art. 79 SchKG hat ein Gläubiger, gegen dessen Betreuung Rechtsvorschlag erhoben wurde, seinen Anspruch im Zivilprozess oder im Verwaltungsverfahren geltend zu machen. Die Fortsetzung der Betreuung kann er nur aufgrund eines vollstreckbaren Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt (sog. Anerkennungsklage).

Die Klägerin lässt mit ihren Rechtsbegehren 1 und 2 zwei Forderungen auf dem Weg des ordentlichen Zivilprozesses überprüfen. Sie dringt mit ihrem Rechtsbegehren 1 betreffend die Forderung von CHF 135'499.90 zzgl. 5 % Verzugszins seit 25. April 2019 durch (vgl. Erwägung 3). Entsprechend ist auch ihrem Rechtsbegehren 3 auf Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Engstringen (Zahlungsbefehl vom 4. Dezember 2019) stattzugeben. Das Betreibungsamt ist anzuweisen, diesen Rechtsvorschlag zu beseitigen.

Demgegenüber ist es der Klägerin nicht gelungen, mit der eingeklagten Forderung von CHF 29'409.80 (Rechtsbegehren 2) durchzudringen (vgl. Erwägung 4). Das Rechtsbegehren 4 auf Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Engstringen (Zahlungsbefehl vom 4. Dezember 2019) ist daher abzuweisen.

6. Widerklage

6.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte macht aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien widerklageweise eine Forderung von CHF 136'348.05 geltend. Die Forderung setze sich aus ihren Leistungen im Umfang von CHF 271'847.95 sowie den Provisionsforderungen von CHF 42'629.90 zusammen, abzüglich der Zahlungen der Klägerin im Umfang von CHF 178'129.80. Die Forderung von CHF 271'847.95 sei folgendermassen zu unterteilen (act. 22 S. 13; act. 46 S. 5 ff.):

Büromiete und Einrichtung (act. 22 S. 3 f.)	CHF	15'900.–
Kauf von Werbemitteln (act. 22 S. 5 ff.)	CHF	72'557.90
	[recte: CHF	72'557.35]
Werbeaktion(en) (act. 22 S. 7 ff.)	CHF	41'800.–
Löhne (act. 22 S. 9 ff.)	CHF	135'803.–
<hr/>		
Total:	CHF	271'847.95
	[recte: CHF	266'060.35]

Diese Kosten habe die Beklagte in guten Treuen auf die weitere Zusammenarbeit getätigt. Die Kündigung vom 11. April 2018 sei zur Unzeit erfolgt (act. 22 S. 16 f.; act. 46 S. 8).

Die Klägerin bestreitet, dass eine Vertragsbeziehung zwischen den Parteien bestanden habe, welche über die Kreditvermittlung hinausgehe. Sie stellt in Abrede, dass die Beklagte Leistungen im behaupteten Umfang erbracht habe, dass diese Leistungen von der Klägerin zu vergüten seien bzw. die Beklagte für deren Geltendmachung aktivlegitimiert sei, und dass die Beklagte die Leistungen mit den

Zahlungen der Klägerin verrechnen könne (act. 33 Rz. 4 ff., Rz. 47 f., Rz. 50 f.; act. 42 Rz. 10 ff., Rz. 20 ff., Rz. 31; act. 51 Rz. 17 f., Rz. 23 ff.).

6.2. Kosten- und Auslagenersatz

Zwischen den Parteien besteht ein Agenturvertragsverhältnis (vgl. Erwägung 2). Gemäss Art. 418n Abs. 1 OR hat der Agent keinen Anspruch auf Ersatz der ihm für den Betrieb seines Geschäfts entstandenen Kosten und Auslagen, es sei denn, es ist etwas anderes vereinbart oder üblich. Ausserdem sind ihm Kosten und Auslagen zu ersetzen, die er auf besondere Weisung des Auftraggebers oder als dessen Geschäftsführer ohne Auftrag auf sich genommen hat, wie Auslagen für Frachten und Zölle.

Die Beklagte fordert von der Klägerin zusätzlich zu ihren Provisionsansprüchen die Kostenübernahme für Büromiete, Einrichtung, Werbung und Löhne. Daher trägt sie die Beweislast, einerseits für die behauptete mündliche Parteiabsprache, andererseits für den Umfang der einzelnen Kostenpositionen (Art. 8 ZGB). Der Klägerin obliegt der Gegenbeweis.

6.2.1. Büromiete und Einrichtung

6.2.1.1. Die Beklagte macht geltend, die Parteien hätten vereinbart, dass sie Büroräumlichkeiten in T._____ [Ortschaft] für einen Betrag von monatlich CHF 1'800.– miete. Sie sei seitens der U._____ AG in deren mit der T._____ AG geschlossenen Mietvertrag eingetreten und habe am 9. Januar 2018 CHF 8'400.– und am 13. Februar 2018 CHF 2'500.–, total CHF 10'900.–, für 6.25 Monate Miete bezahlt (act. 22 S. 3 f.; act. 23/1-3; act. 46 S. 3, S. 6).

Die Klägerin bestreitet eine Absprache betreffend die Übernahme der Miete, weist darauf hin, dass die Beklagte keine Belege einreichen könne, die sie als Mieterin ausweisen würden, und dass die behaupteten Mietzinszahlungen nicht mit der geltend gemachten Monatsmiete und der Mietdauer übereinstimmten (act. 33 Rz. 14 f., Rz. 18; act. 51 Rz. 9 ff., Rz. 18).

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beklagte weder in der Klageantwort/Widerklage noch in der Duplik/Widerklagereplik die Tatsachenbehauptung einer Parteivereinbarung mit dem Inhalt, dass die Klägerin sämtliche Mietkosten übernehme, aufstellt. Eine solche lässt sich höchstens aus dem Kontext erahnen, womit die Beklagte den Anforderungen an die Behauptungslast nicht genügt (vgl. act. 22 S. 3; act. 46 S. 6). Ausserdem werden die geschuldeten Mietzinszahlungen ungenügend substantiiert. Dem eingereichten Mietvertrag ist – wie von der Beklagten dargelegt – zu entnehmen, dass dieser befristet vom 15. November 2017 bis 31. Juli 2018 zwischen der T. _____ AG und der U. _____ AG abgeschlossen wurde. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis 31. Juli 2018 war ein monatlicher Zins von CHF 1'800.– netto zu bezahlen, für den Zeitraum vom 15. November 2017 bis 31. Dezember 2017 war kein Mietzins geschuldet (act. 23/1). Der Zahlungsbeleg vom 9. Januar 2018 belegt, dass die Beklagte der U. _____ CHF 8'400.– mit dem Zahlungsgrund "Miete ...-strasse 1 T. _____" überwiesen hat und am 13. Februar 2018 nochmals CHF 2'500.– ohne Angabe eines Zahlungsgrundes, insgesamt also CHF 10'900.– (act. 23/2-3).

Die Beklagte führt aus, dies sei die Miete für 6.25 Monate (act. 22 S. 3). Es fällt auf, dass das Total von CHF 10'900.– geteilt durch 6.25 Monate nicht den behaupteten monatlichen Zinssatz von CHF 1'800.– ergibt, sondern CHF 1'744.–. Zudem fehlen Angaben der Beklagten darüber, welche 6.25 Monate der Mietzinszahlungen sie von der Klägerin vergütet erhalten will, was jedoch von Relevanz ist, da die ersten 1.5 Monate kein Mietzins geschuldet war (vgl. act. 23/1 Ziff. 6). Hinzu kommt, dass der Mietvertrag befristet für eine Dauer von 8.5 Monate abgeschlossen wurde, wovon 7 Monate kostenpflichtig gewesen wären, d.h. total Mietzinszahlungen von CHF 12'600.– geschuldet gewesen wären. Schliesslich wäre der Mietzins jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats geschuldet gewesen (act. 23/1 Ziff. 6). Die Beklagte leistete jedoch bloss zwei Zahlungen, einmal am 9. Januar 2018 einen Betrag von CHF 8'400.–, was 4.67 Monaten an Miete entspricht, und am 13. Februar 2018 einen Betrag von CHF 2'500.–, d.h. 1.39 Monate Miete. Diese Zahlungen lassen keine sinnvollen Rückschlüsse zu, zumal mit der zweiten Zahlung im Februar 2018 auch kein Zahlungsgrund angegeben wurde (act. 23/2-3). Da die Übernahme sämtlicher Miet-

kosten ungenügend behauptet und die konkreten Mietzinszahlungen ungenügend substantiiert worden sind, ist kein Beweisverfahren durchzuführen. Die Widerklage ist mit Blick auf die Mietzinszahlungen abzuweisen.

6.2.1.2. Betreffend die Einrichtungskosten führt die Beklagte aus, sie habe die Räumlichkeiten über Herrn V._____ der W._____ mit Teppichen ausgestattet, wofür sie am 5. März 2018 CHF 5'000.– bezahlt habe (act. 22 S. 4; act. 23/4-5; act. 46 S. 3, S. 7). Die Klägerin bestreitet, dass diese Kosten die Mieträumlichkeiten betroffen, und dass eine Absprache betreffend Kostentragung der Klägerin bestanden habe (act. 33 Rz. 16 ff.; act. 51 Rz. 9 ff.).

6.2.1.3. In den Akten findet sich ein Zahlungsbeleg der Beklagten, der eine Zahlung am 5. März 2018 im Umfang von CHF 5'000.– belegt. Begünstigt ist V._____ der W._____, als Zahlungsgrund wird "In Auftrag von Herr AA._____" angegeben. Auf dem Zahlungsbeleg ist handschriftlich der Hinweis "Büro Teppiche" angebracht (act. 23/4). Abgesehen davon, dass jeglicher Hinweis auf eine Verbindung zur Klägerin fehlt – was auch nicht aus einer weiteren Offerte vom 13. Februar 2018 hergeleitet werden kann (vgl. act. 23/5) – legt die Beklagte nicht dar, was betreffend die Einrichtungskosten mit der Klägerin konkret abgesprochen worden sein und wer diesen Auftrag ausgeführt haben soll. Ausserdem bleibt unklar, um wie viele Teppiche es sich handelt. Schliesslich ist erstaunlich, dass die Beklagte zwar die Rechnung für Teppiche einreicht, hinsichtlich weiterer Möbel jedoch geltend macht, eine detaillierte Liste würde zu stark ins Detail gehen, und dass keine Quittungen mehr bestünden, mit Ausnahme einer Rechnung vom 16. Mai 2018. Der blosser Hinweis der Beklagten "um die entsprechenden Büro-Räumlichkeiten kunden-freundlicher werden zu lassen, schaffte die Beklagte Teppiche an" genügt den Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen nicht (vgl. act. 22 S. 4 f.). Der Beklagten ist der Beweis nicht gelungen, dass Einrichtungskosten entstanden sind, welche durch die Klägerin zu tragen gewesen wären. Ihre Widerklage ist auch mit Blick auf die Einrichtungskosten abzuweisen.

6.2.2. Kauf von Werbemitteln und Werbeaktionen

Die von der Beklagten angeführten Kosten für den Kauf von Werbemitteln und die Durchführung von Werbeaktionen werden vorstehend unter dem Titel Rückforderung von Vorauszahlungen (Hauptklage-Rechtsbegehren 1) geprüft. Der Beklagten misslingt der Beweis für Werbekosten, die von der Klägerin zu tragen sind (vgl. Erwägung 3.4.2). Die Widerklage ist diesbezüglich ebenfalls abzuweisen.

6.2.3. Löhne

6.2.3.1. Die Beklagte fordert seitens der Klägerin die Zahlung von Löhnen für Mitarbeiter, die sie vereinbarungsgemäss angestellt habe. G._____ habe mit Blick auf die künftige Zusammenarbeit zwischen den Parteien nur einen Monatslohn von CHF 2'250.– bezogen. Er habe zwischen November 2017 bis Ende September 2018 Lohnkosten von CHF 24'750.– generiert (11 x CHF 2'250.–). Wie vereinbart, habe er weitere Leute angestellt, nämlich O._____, der schon vorher für die Beklagte tätig gewesen sei und ab März 2018 P._____ und Q._____. O._____ sei von November 2017 bis September 2018 für die Klägerin tätig gewesen und habe in dieser Zeit bei einem Monatslohn von CHF 4'500.– Kosten in der Höhe von CHF 49'500.– generiert. P._____ habe nach Eingang der Kündigung erst per 31. Juli 2018 gekündigt werden können. Er habe von März 2018 bis Juli 2018 CHF 28'437.– gekostet. Ähnlich sei die Situation bei Q._____ gelagert, für welchen Lohnkosten von total CHF 39'866.– angefallen seien. Insgesamt seien der Beklagten Lohnkosten von CHF 135'803.– entstanden (act. 22 S. 9 ff.; act. 23/25).

Die Klägerin bestreitet die Lohnkosten und weist auf Unregelmässigkeiten bei deren Berechnung hin. Zudem stellt sie in Abrede, dass es sich bei G._____, O._____ und P._____ um Arbeitnehmer der Beklagten gehandelt, und dass eine Absprache betreffend die Übernahme der Lohnkosten durch die Klägerin bestanden habe. Ferner stellt sie in Frage, ob G._____, O._____, P._____ und Q._____ überhaupt im Interesse der Klägerin tätig gewesen seien (act. 33 Rz. 28 ff.).

6.2.3.2. Die Beklagte stützt sich betreffend die Lohnkosten auf eine mündliche Vereinbarung zwischen den Parteien, gemäss welcher G._____ sich mit voller

Kraft der Zusammenarbeit widmen und weitere Mitarbeiter einstellen soll (act. 22 S. 9). Trotz der substantiierten Bestreitungen der Klägerin, insbesondere mit Bezug auf die Aktivlegitimation, und dass eine Absprache betreffend die Übernahme der Lohnkosten bestanden habe, führt die Beklagte einzig aus, es sei vereinbart worden, dass sie zusätzliches Personal anstelle, um ihre Aufgabe optimal anpacken/betreiben zu können (act. 46 S. 6). Ob die Aktivlegitimation der Beklagten in Bezug auf die Lohnansprüche gegeben ist, kann offen bleiben. Sie hat es unterlassen, eine Parteivereinbarung zu behaupten, gemäss welcher die Klägerin – zusätzlich zu den Provisionszahlungen – auch sämtliche Lohnkosten der Beklagten übernehmen würde. Die dem Agenten anfallenden Kosten werden in der Regel durch Entrichtung der Provisionszahlung abgegolten (Art. 418n Abs. 1 OR). Vor diesem Hintergrund ist die Widerklage auch mit Blick auf die Lohnkosten abzuweisen.

6.3. Weitere Kosten und Reputationsschaden

Die Beklagte weist auf weitere, ihr entstandene Telefon- und Internetkosten sowie auf einen Reputationsschaden infolge "Kündigung aus dem Nichts" hin, ohne diese Kosten zu substantiieren (act. 22 S. 12). Die Klägerin bestreitet solche Forderungen (act. 33 Rz. 34). Infolge ungenügender Substantiierung entfällt eine gerichtliche Überprüfung.

6.4. Weitere Entschädigungsansprüche aus Agenturvertrag

6.4.1. Die Beklagte führt nicht näher aus, gestützt auf welche gesetzliche Grundlage sie die Ansprüche ihrer Widerklage geltend macht (vgl. act. 22 S. 18 f.). Es bleibt zu prüfen, ob die von ihr behaupteten Kosten – neben der abweichenden Regelung der Kosten und Auslagen durch Parteivereinbarung oder Üblichkeit gemäss Art. 418n OR (dazu vorstehend Erwägungen 6.2) – auf weitere Entschädigungsansprüche aus dem Agenturvertrag gestützt werden können. Diesbezüglich kommt die Verhinderung an der Tätigkeit gemäss Art. 418m Abs. 1 OR, Schadenersatz zufolge ungerechtfertigter Kündigung gemäss Art. 418r i.V.m. Art. 337c Abs. 1 OR oder eine Entschädigung für die Kundschaft gemäss Art. 418u OR in Betracht.

6.4.1.1. Die Anspruchsprüfung nach Art. 418m Abs. 1 OR entfällt von vornherein, weil ein Entschädigungsanspruch wegen Vertragsverletzung nur während der Dauer des Vertragsverhältnisses und nicht infolge bzw. nach Beendigung entstehen kann (BÜHLER, ZK OR, Der Agenturvertrag, Band 5/2f, 3. Aufl. 2000, Art. 418p N 9; PÄRLI, in: BSK OR I, a.a.O., Art. 418m N 1). Das Vertragsverhältnis wurde unbestrittenermassen mit Kündigung der Klägerin vom 11. April 2018 per sofort aufgelöst. Die Beklagte macht ihren Anspruch erstmals in der Widerklage geltend und begründet ihn mit der Unzeit der Kündigung und dem treuwidrigen Verhalten der Klägerin (act. 1 Rz. 24; act. 3/8; act. 22 S. 13, S. 17; act. 33 Rz. 11; act. 42 Rz. 25 ff.; act. 46 S. 9). Der Anspruch ist folglich nicht während der Dauer des Vertragsverhältnisses entstanden, sondern frühestens mit der Kündigung.

6.4.1.2. Erweist sich die fristlose Entlassung als nicht gerechtfertigt, so hat der Agent gestützt auf Art. 418r i.V.m. Art. 337c Abs. 1 OR Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Agenturverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre. Ein unbefristet abgeschlossener Agenturvertrag kann – unter Vorbehalt einer abweichenden Parteivereinbarung – im ersten Jahr der Vertragsdauer beidseits mit einmonatiger Kündigungsfrist gekündigt werden, nach dem ersten Jahr mit einer Frist von zwei Monaten (Art. 418q OR). Art. 404 Abs. 1 OR ist vorliegend nicht anwendbar (PÄRLI, in: BSK OR I, a.a.O., Art. 418q N 1 m.w.H.). Der Vertrag kann aus wichtigem Grund jederzeit sofort aufgelöst werden, wobei die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag gemäss Art. 337 ff. OR entsprechend anwendbar sind (Art. 418r OR). Die Beklagte führt an, die Kündigung der Klägerin sei zur Unzeit erfolgt, da sie im Vertrauen auf eine enge Zusammenarbeit mit der Klägerin Büroräumlichkeiten angemietet, eingerichtet und neue Mitarbeiter angestellt habe. Diese Verträge hätten nicht per sofort aufgelöst werden können, weshalb ihr die Kosten zu ersetzen seien (act. 22 S. 11, S. 13, S. 17; act. 46 S. 8). Diese Begründung stützt sich auf die Rechtsnorm zur Vertragsbeendigung im Auftragsrecht (Art. 404 OR), die vorliegend nicht zur Anwendung gelangt. Das Vertragsverhältnis der Parteien dauerte von Oktober 2017 bis April 2018 (act. 1 Rz. 16; act. 22 S. 15; act. 42 Rz. 10; act. 51 Rz. 16). Es wurde weder ein befristeter Vertragsschluss noch eine abweichende Parteiab-sprache betreffend die Kündigungsfrist behauptet, sodass die einmonatige Kündi-

gungsfrist gemäss Art. 418q Abs. 1 OR anwendbar ist. Die Beklagte hat es versäumt, sich zu dieser einmonatigen Kündigungsfrist vernehmen zu lassen, sowie dazu, was sie in diesem Monat verdient hätte, und welcher Schaden ihr infolge Kündigung konkret erwachsen ist (vgl. act. 22; act. 46). Mangels entsprechender Behauptungen der Beklagten entfällt die Prüfung des Schadenersatzanspruchs gemäss Art. 418r i.V.m. Art. 337c Abs. 1 OR.

6.4.1.3. Art. 418u OR gewährt dem Agenten eine Abgangsentschädigung bei Auflösung des Agenturverhältnisses, sofern der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat. Weder in der Klageantwort/Widerklage noch in der Duplik/Widerklagereplik finden sich schlüssige Tatsachenbehauptungen zur Erweiterung des Kundenkreises, sodass sich die Prüfung dieser Anspruchsgrundlage ebenfalls erübrigt (vgl. act. 22; act. 46). Weitere Anspruchsgrundlagen für Schadenersatzforderungen der Beklagten sind nicht ersichtlich. Die Widerklage ist daher vollumfänglich abzuweisen.

6.5. Fazit

Der Beklagten gelingt es weder eine von Art. 418n Abs. 1 OR abweichende Parteivereinbarung darzulegen, noch stellt sie Behauptungen auf, die eine Entschädigung gestützt auf Art. 418m Abs. 1 OR (Verhinderung an der Tätigkeit), Art. 418r i.V.m. Art. 337c Abs. 1 OR (Schadenersatz zufolge ungerechtfertigter Kündigung) oder Art. 418u OR (Entschädigung für die Kundschaft) zulassen würden. Ihre Widerklage ist vollumfänglich abzuweisen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert der Hauptklage beträgt CHF 164'909.70, derjenige der Widerklage CHF 136'348.05 (vgl. Art. 93 Abs. 1 ZPO; act. 1 S. 2; act. 22 S. 2). Die Streitwerte von Haupt- und Widerklage sind zur Bestimmung der Gerichtskosten zusammenzurechnen, sofern

sich Haupt- und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Nach der massgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise sind die Streitwerte der Haupt- und Widerklage zu addieren (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7292; DIGGELMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 94 ZPO N 8). Der Streitwert zur Berechnung der Gerichtsgebühr beträgt mithin CHF 301'257.75. Da sich der Aufwand für die Bearbeitung und die Schwierigkeit des Falls im üblichen Rahmen bewegt, ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 16'800.– festzusetzen.

Die Prozesskosten sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Die Klägerin unterliegt mit ihrer Hauptklage im Umfang von CHF 29'409.80, was einem Anteil am Streitwert von rund 10 % entspricht. Die Beklagte unterliegt sowohl im Umfang der Guttheissung der Hauptklage (CHF 135'499.90) als auch vollumfänglich mit ihrer Widerklage (CHF 136'348.05), was einem Anteil am Streitwert von rund 90 % entspricht (CHF 271'847.95 von CHF 301'257.75). Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr daher zu 10 % der Klägerin und zu 90 % der Beklagten aufzuerlegen.

Die Gerichtskosten sind mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien (CHF 11'500.– seitens der Klägerin und CHF 10'000.– seitens der Beklagten) zu verrechnen, wobei sie vorab aus dem Vorschuss der Beklagten und im Mehrbetrag aus dem Vorschuss der Klägerin zu decken sind (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Beklagten auferlegten Kosten, die nicht durch ihren eigenen Kostenvorschuss gedeckt sind, ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

7.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Anwaltsgebühr bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 19'400.–. Unter Berücksichtigung des Aufwands für die Vergleichsverhand-

lung und die zweiten Rechtsschriften rechtfertigt es sich, die Grundgebühr um die Hälfte auf CHF 29'100.– zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV).

Die Parteientschädigung ist nach dem Umfang des Obsiegens zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt – wie vorstehend ausgeführt – im Umfang von 90 %, die Beklagte demgegenüber im Umfang von 10 %. Insgesamt überwiegt das Obsiegen der Klägerin jenes der Beklagten um 80 %. Ausgangsgemäss ist der Klägerin eine entsprechend reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 23'280.– zuzusprechen.

Der von der Klägerin beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziff. 2.1.1 S. 3; Urteil BGer 4A_552/2015 E. 4.5).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 135'499.90 nebst Zins zu 5% seit 25. April 2019 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Engstringen (Zahlungsbefehl vom 4. Dezember 2019) wird aufgehoben.
3. Im Mehrumfang wird die Hauptklage sowie das Gesuch um Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Engstringen (Zahlungsbefehl vom 4. Dezember 2019) abgewiesen.
4. Die Widerklage wird abgewiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 16'800.–.
6. Die Kosten werden zu 10 % (CHF 1'680.–) der Klägerin und zu 90 % (CHF 15'120.–) der Beklagten auferlegt; sie werden vorab aus dem Vor-

schuss der Beklagten gedeckt und im Mehrbetrag aus dem Vorschuss der Klägerin.

7. Der Klägerin wird für den Anteil ihres Kostenvorschusses, welcher zur Deckung der der Beklagten auferlegten Kosten verwendet wurde, das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 23'280.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
10. 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 301'257.75.

Zürich, 4. Juli 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Zoë Biedermann