Urteilskopf

84 II 529

73. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. November 1958 i.S. Dresel gegen Hartmann.
Regeste (de):
Art. 418 u Abs. 2 OR. Nach welchen Gesichtspunkten ist die Vergütung zu bemessen, die dem Agenten nach Auflösung des Vertrages für die Erweiterung des Kundenkreises des Auftraggebers zusteht?

Art. 8 ZGB bestimmt nicht, mit welchen Mitteln Beweis zu führen sei und wie dieser gewürdigt werden müsse (Erw. 4).

Regeste (fr):
Art. 418 u al. 2 CO. D'après quels critères faut-il mesurer l'indemnité à laquelle l'agent a droit à la fin du contrat pour avoir augmenté la clientèle du mandant?

L'art. 8 CC ne règle pas les moyens par lesquels la preuve doit être faite ni la façon dont il faut l'apprécier (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 418 u cp. 2 CO. Secondo quali criteri occorre determinare l'indennità alla quale ha diritto l'agente alla fine del contratto per aver aumentato la clientela del mandante?

L'art. 8 CC non disciplina i mezzi con i quali dev'essere fornita la prova nè il modo in cui occorre apprezzarla (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 529

BGE 84 II 529 S. 529

A.- Der Verleger Hartmann liess ab 1. März 1949 die Verträge auf Insertion in der Fachzeitschrift "Nellys Kalender" in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein ausschliesslich durch den Agenten Dresel abschliessen. Als Entgelt versprach er ihm 35% der Nettopreise der Inserate. Am 19. November 1952 kam er mit Dresel überein, dass dieser auch die Inserenten für die ab 1. Januar 1953 erscheinende französische Ausgabe der Zeitschrift gewinne, wobei die Provision im Jahre 1953 22 1/2% und später 35% betrage.
Auf 28. Februar 1955 kündete Hartmann das Agenturverhältnis. Er schloss von da an die Insertionsverträge

BGE 84 II 529 S. 530

selber ab. Die mit dem Druck der Inserate zusammenhängende Arbeit verrichtete er fortan ausschliesslich selber, während sie bisher teilweise von Dresel besorgt worden war. Hartmann kürzte daher die Provision für die von Dresel eingebrachten, aber erst nach dem 1. April 1955 vollzogenen Geschäfte. Die französische Ausgabe

der Zeitschrift liess er auf 31. Dezember 1955 eingehen.

B.- Dresel forderte von Hartmann in einem beim Handelsgericht des Kantons Zürich eingeleiteten Prozesse Fr. 99'220.94 nebst Zins. Davon anerkannte und bezahlte der Beklagte bis zum 30. April 1956 Fr. 35'887.47. Am 26. Juni 1956 schützte das Handelsgericht die Restforderung von Fr. 63'333.47 im Teilbetrage von Fr. 6584.49 nebst Zins. Abgewiesen wurde unter anderem eine Forderung von Fr. 45'868.–, die der Kläger unter Berufung auf Art. 418 u OR als Entschädigung für geworbene Kundschaft geltend machte. Für die während der Vertragsdauer eingebrachten, aber erst ab 1. April 1955 erschienenen Inserate erklärte das Handelsgericht eine Provision von 30% als angemessen. Auf Berufung des Klägers hin entschied das Bundesgericht am 12. Februar 1957, dass das Verhältnis der Parteien entgegen der Auffassung des Handelsgerichts nicht den Bestimmungen des Pachtvertrages, sondern denen des Agenturvertrages unterstehe und daher geprüft werden müsse, ob die Voraussetzungen der "Entschädigung" nach Art. 418 u OR erfüllt seien. Zu diesem Zwecke wies es die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Handelsgericht zurück. Mit Urteil vom 5. Juni 1958 bejahte das Handelsgericht die Voraussetzungen des Anspruches aus Art. 418 u OR. In Übereinstimmung mit dem Gutachten eines Sachverständigen hielt es die unter diesem Titel gestellte Forderung des Klägers bis zum Teilbetrag von Fr. 6000.– für begründet. Es verurteilte den Beklagten, dem Kläger soviel zu bezahlen und die Schuld ab 3. März 1955 zu 5% zu verzmsen.



C.- Der Kläger hat gegen das Urteil vom 5. Juni 1958 die Berufung erklärt. Er beantragt, es sei hin ichtlich der Forderung aus Art. 418 u OR dahin abzuändern, dass ihm Fr. 45'868.– nebst Zins zu 5% seit 3. März 1955 zuzusprechen seien, eventuell sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Beurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Der Beklagte beantragt, die Berufung sei abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Agent hat Anspruch auf "Entschädigung" gemäss Art. 418 u OR, wenn seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat, dem Auftraggeber aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile erwachsen, der Agent die Auflösung nicht zu vertreten hat und der Anspruch auch sonst nicht unbillig ist. Das Handelsgericht hat diese Voraussetzungen bejaht. Der Beklagte bestreitet sie nicht mehr, sondern macht nur geltend, die Forderung dürfe nicht über den zugesprochenen Betrag von Fr. 6000.– hinaus erhöht werden. Zu prüfen ist daher nur, ob die Voraussetzungen der Erhöhung erfüllt sind.

2. Art. 418 u OR gibt dem Agenten Anspruch auf eine "angemessene Entschädigung" (Abs. 1) und bestimmt, dass der Anspruch höchstens einen Nettojahresverdienst aus dem Vertragsverhältnis, berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre oder, wenn das Verhältnis nicht so lange gedauert hat, nach demjenigen der ganzen Vertragsdauer, betrage (Abs. 2). Innerhalb dieser Grenze hat der Richter die Höhe des Anspruches nach Ermessen, d.h. nach Recht und Billigkeit zu bestimmen (Art. 4 ZGB). Das ergibt sich auch daraus, dass Art. 418 u OR den Anspruch nur gibt, "soweit es nicht unbillig ist". Art. 418 u OR spricht von einer "Entschädigung". Das ist ungenau. Es geht nicht darum, den Agenten zu entschädigen,

d.h. für erlittene Nachteile schadlos zu halten, sondern ihm eine Gegenleistung zu erbringen für den Vorteil, den der Auftraggeber auch nach Beendigung des Agenturverhältnisses zieht, weil sein Kundenkreis durch die Tätigkeit des Agenten erweitert worden ist. Das folgt daraus, dass der Anspruch nur besteht, wenn der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat und diesem aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung erhebliche Vorteile erwachsen. Der Kläger geht also fehl, den Verlust in den Vordergrund zu stellen, den der Agent dadurch erleide, dass er durch die Auflösung des Vertrages um einen Kundenstamm komme und die Aussicht verliere, mit diesem ohne neue grosse Arbeit Geld zu verdienen. Der Kundenstamm gehört nicht ihm, sondern dem Auftraggeber, für den der Agent die Kunden wirbt und in dessen Namen und für dessen Rechnung er mit ihnen die Geschäfte abschliesst. Einen Anspruch darauf, mit diesen Kunden für den Auftraggeber Geschäfte abzuschliessen und "auf leichtere Weise Geld zu verdienen", hat der Agent nur so lange, als der Vertrag dauert. Für das, was ihm durch die vertragsgemässe Auflösung des Verhältnisses entgeht, hat ihn der Auftraggeber nicht schadlos zu halten; der entgangene Gewinn hat für die Bestimmung der Vergütung nach Art. 418 u OR ausser Betracht zu bleiben. Es kommt deshalb auch nichts darauf an, ob der Agent nach der Auflösung des Vertrages anderen und gleichwertigen Verdienst gefunden hat. Der Kläger verkennt den Sinn des Art. 418 u OR auch, wenn er dem wirtschaftlichen Wert, den der vom Agenten geschaffene oder erweiterte Kundenstamm für den Auftraggeber hat, nicht entscheidende Bedeutung beilegt. Wäre dieser Wert nicht zu berücksichtigen, so würde das Gesetz die Vergütung nicht davon abhangen lassen, dass der Kundenkreis wesentlich erweitert worden sei und dem Auftraggeber aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft erhebliche Vorteile erwachsen. Fehlen



solche Vorteile oder sind sie nicht erheblich, so hat der Agent nicht Anspruch auf Vergütung. Es ist folgerichtig, dass auch deren Höhe vom Ausmass der Vorteile abhange, die der Auftraggeber daraus zieht, dass der Agent den Kundenkreis wesentlich erweitert hat. Da das Gesetz verlangt, dass der Kundenkreis durch die Tätigkeit des Agenten wesentlich erweitert worden sei, ist für die Höhe der Vergütung ferner entscheidend, in welchem Ausmass die Erweiterung mit der Tätigkeit des Agenten ursächlich zusammenhängt und inwieweit sie anderen Umständen, z.B. den Bemühungen des Auftraggebers oder der Entwicklung der Wirtschaftslage zuzuschreiben ist. Indem das Gesetz bestimmt, die Vergütung dürfe nicht höher sein als der Nettojahresverdienst, will es ferner auch diesen in Betracht gezogen wissen. Es zieht der Vergütung damit nicht nur eine obere Grenze, sondern will sie zum Jahresverdienst auch in ein angemessenes Verhältnis setzen. Im Verdienst kommt im allgemeinen zum Ausdruck, wie die Parteien die Leistungen des Agenten bewertet haben, und dieser Massstab gibt normalerweise auch die Richtlinie für die Bewertung der Leistung, die dem Auftraggeber am Ende des Agenturverhältnisses in der Form eines erweiterten Kundenkreises verbleibt. Die Vergütung nach Art. 418 u OR erreicht also nicht notwendigerweise den Wert, den der vom Agenten geschaffene Kundenkreis für den Auftraggeber hat. Sie soll auf den Verdienst abgestimmt sein, den der Agent aus dem Agenturverhältnis zog. Hat der Agent mehr eingenommen, so wird im allgemeinen auch die Vergütung höher sein als der Anspruch eines Agenten mit geringem Jahresverdienst. Es kann unter Umständen aber auch billig sein, die Vergütung für den hoch entlöhnten Agenten niedriger zu bestimmen als für den Agenten mit geringem Einkommen. Sie soll zusätzliches Entgelt für die Leistungen des Agenten sein, wie sie im erweiterten Kundenkreis zum Ausdruck kommen. Ist der Agent für seine Leistungen schon durch Provisionen

überdurchschnittlich entlöhnt worden, so kann es unbillig sein, den Auftraggeber bei verhältnismässig geringer (wenn auch im Sinne des Gesetzes erheblicher) Erweiterung des Kundenkreises noch mit einer hohen Vergütung zu belasten. Das entspricht auch der Lehre zum deutschen Recht, das in § 89 b HGB dem Handelsvertreter Anspruch auf einen angemessenen, die Jahresprovision nicht übersteigenden Ausgleich gibt, wenn dem Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit den vom Handelsvertreter geworbenen Kunden Vorteile erwachsen und der Anspruch der Billigkeit entspricht (SCHLEGELBERGER/SCHRÖDER § 89 b N. 18; HERSCHEL/BEINE, Handbuch zum Recht des Handelsvertreters 195). Umgekehrt kann die Billigkeit erfordern, dass der schlecht entlöhnte Agent den Ausgleich für seine Leistungen durch eine verhältnismässig höhere, wenn auch absolut durch den Jahresverdienst begrenzte Vergütung erhalte. Für die Höhe der Vergütung kann auch die Dauer des Agenturverhältnisses entscheidend sein. Der Anspruch aus Art. 418 u OR beruht wie jener aus § 89 b des deutschen HGB auf dem Gedanken, dass der Agent, der erhebliche Vorarbeiten leisten musste oder zu Beginn seiner Tätigkeit bedeutende Unkosten hatte, dann aber die Früchte seiner Aufwendungen und Bemühungen nur kurze Zeit ernten konnte, ein zusätzliches Entgelt erhalten soll, wenn die Vorteile, die der Auftraggeber aus dem erweiterten Kundenkreis zieht, es rechtfertigen. Hat er die Vorteile aus dem Vertrag und folglich auch aus dem von ihm selbst geschaffenen oder erweiterten Kundenkreis schon lange genossen, so drängt sich das zusätzliche Entgelt weniger auf und ist es daher niedriger zu bestimmen.

3. Der Kläger will für die in der deutschen Ausgabe von "Nellys Kalender" erschienenen Inserate in den Jahren 1950 bis 1954 Fr. 235'970.69 oder jährlich durchschnittlich Fr. 47'194.– an Provisionen eingenommen haben. Die Provisionen für die Inserate der französischen Ausgabe beziffert er für 1953 und 1954 auf zusammen



Fr. 27'926.90, d.h. auf jährlich durchschnittlich Fr. 13'963.–. Die beiden Durchschnitte zählt er zusammen, und von der Summe von Fr. 61'157.– zieht er 25% für Unkosten ab, womit er auf einen jährlichen Reinverdienst von Fr. 45'868.– kommt. Diese Berechnung widerspricht dem Art. 418 u Abs. 2 OR. Indem der Kläger den Jahresdurchschnitt aus der Tätigkeit für die französische Ausgabe besonders berechnet und zum Jahresdurchschnitt der Provisionen aus der deutschen Ausgabe zählt, gelangt er zu einem Ergebnis, das berechtigt sein möchte, wenn er die Inserenten für die französische Ausgabe im vollen Zeitraum von 1950 bis 1954 und mit gleichem Erfolge wie 1953 und 1954 geworben hätte. Diese Aufwertung des tatsächlichen Verdienstes ist nicht zulässig. Die Einnahmen während der fünf massgebenden Jahre sind ohne Unterschied, ob sie aus Abschlüssen für die deutsche oder aus solchen für die französische Ausgabe erzielt wurden, zusammenzurechnen, um die Unkosten zu vermindern und durch fünf zu teilen. Wenn man so rechnet, gelangt man mit den vom Kläger eingesetzten Zahlen zu einem jährlichen Nettoverdienst von nur Fr. 39'584.83. Anderseits ist der Jahresdurchschnitt von Fr. 21'640.–, den der Beklagte auf Grund der Steuererklärungen des Klägers berechnet, zu niedrig. Veranlagungsperiode und Bemessungsperiode stimmen im Steuerverfahren nicht überein. Der Beklagte nimmt also zu Unrecht an, der Kläger habe im Jahre 1950 kein Einkommen gehabt; die Steuererklärung für dieses Jahr bezieht sich auf das Einkommen von 1949. Zur Bestimmung des Verdienstes der Jahre 1950 bis 1954 müsste auf die Steuerschatzungen für 1951 bis 1955 abgestellt werden. Wenn die Zahlen der Jahre 1951 bis 1954 durch die Steuerschatzung für 1955 ergänzt werden, die nach den Angaben des Klägers Fr. 41'700.– beträgt, so ergibt sich ein versteuertes durchschnittliches Jahreseinkommen von Fr. 29'980.–. Einkommensteile, die nicht besteuert werden und die je nach

der Grösse der Familie des Steuerpflichtigen jährlich einige tausend Franken erreichen können, wären noch hinzuzurechnen. Auch müsste berücksichtigt werden, dass die wirklichen Unkosten geringer zu sein pflegen als jene, die nach Steuerrecht vom rohen Einkommen abgezogen werden dürfen. So liesse sich ein Jahreseinkommen ermitteln, das Fr. 30'000.– wesentlich überstiege, ohne wahrscheinlich die Zahl von Fr. 39'584.83 zu erreichen, die sich ergibt, wenn aus den vom Kläger behaupteten Einkommensteilen der Jahresdurchschnitt nach richtiger Methode berechnet wird. Es erübrigt sich indessen, die Sache zur genaueren Abklärung des durchschnittlichen Jahresverdienstes, den der Kläger vom 1. März 1950 bis 28. Februar 1955 erzielt hat und der vom Handelsgericht nicht festgestellt worden ist, an dieses zurückzuweisen. Es genügt, zu wissen, dass der Kläger jährlich rein etwa Fr. 35'000.– bis 40'000.– verdient hat.

4. Die Vorteile würdigend, die dem Beklagten aus der Erweiterung des Kundenkreises erwachsen, hat der Sachverständige darauf hingewiesen, dass man Inserate in einer Zeitschrift wie "Nellys Kalender" nicht wie eine Ware nachbestelle, die man normalerweise brauche und deren Preis gleich bleibe, sondern dass man immer wieder überlege, ob man inserieren wolle und die Zeitschrift sich noch dazu eigne. In Anlehnung an diese Ausführungen wirft das Handelsgericht in die Waagschale, dass der Inseratenumsatz für den Wert des Unternehmens des Beklagten nicht die ausschlaggebende Bedeutung habe wie der Umsatz von Verbrauchsgütern für den Inhaber eines Handelsgeschäftes, der in hohem Masse damit rechnen könne, dass die einmal gewonnenen Kunden ihren sich stets erneuernden Bedarf am alten Orte decken werden. Der Kläger bezeichnet diese Überlegungen als unzulässig, weil sie nicht auf den Akten beruhten. Er rügt, das Handelsgericht habe es abgelehnt, Untersuchungen über die tatsächlichen Verhältnisse vorzunehmen, wie sie bei



"Nellys Kalender" und dessen Inserenten beständen. Er beanstandet insbesondere, dass es die von ihm vorgelegten Jahrgänge 1956 und 1957 der Zeitschrift, mit denen er beweisen wollte, wieviele der von ihm geworbenen Kunden dem Beklagten treu geblieben seien, nicht zu den Akten genommen und auch nicht darüber Beweis erhoben hat, welche Kunden der Beklagte bearbeitet habe. Er macht geltend, durch Nichtabnahme der von ihm angebotenen Beweise habe das Handelsgericht Art. 8 ZGB verletzt. Diese Norm verteilt nur die Beweislast, d.h. nach ihr bestimmt sich, zu Ungunsten welcher Partei entschieden werden muss, wenn rechtlich erhebliche Tatsachen zweifelhaft bleiben. Art. 8 ZGB sagt dagegen nicht, mit welchen Mitteln Beweis geführt werden müsse (BGE 71 II 127). Er schreibt dem Richter auch nicht vor, alle von der beweispflichtigen Partei beantragten Beweise abzunehmen, wenn er den behaupteten Sachverhalt durch andere Mittel schon als widerlegt erachtet. Ob der Richter seine Überzeugung auf Grund erhobener Beweise bilden durfte oder weitere Beweise hätte abnehmen sollen, ist Frage der Beweiswürdigung, über die Art. 8 ZGB nichts bestimmt. Mit welchen Mitteln Beweis zu führen sei und wie er gewürdigt werden müsse, sagt das kantonale Prozessrecht. Das Handelsgericht war daher nicht von Bundesrechts wegen verpflichtet, die tatsächlichen Verhältnisse auf die vom Kläger beantragte Weise abzuklären. Weder Art. 8 ZGB noch ein anderer Satz des Bundesrechtes verbot ihm, seine Überzeugung, dass es sich für "Nellys Kalender" so verhalte, wie der Sachverständige auf Grund seines Fachwissens für Zeitschriften dieser Art ausführte, aus dem Gutachten zu schöpfen. Ob es sich von den vom Kläger beantragten Gegenbeweisen hätte erschüttern lassen müssen, ist ausschliesslich Frage vorweggenommener Beweiswürdigung. Diese Frage kann nicht zum Gegenstand der Berufung gemacht werden, da das Bundesgericht an tatsächliche Feststellungen gebunden ist, wenn sie nicht in Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande

gekommen sind oder - was der Kläger nicht behauptet und auch nicht zutrifft - offensichtlich auf Versehen beruhen (Art. 43 Abs. 3, Art. 55 Abs. 1 lit. c, Art. 63 Abs. 2 OG). Die Ausführungen des Handelsgerichts über den Wert, den die Erweiterung des Kundenkreises für den Beklagten hatte, bleiben daher für das Bundesgericht massgebend.

5. Das Handelsgericht hat die Vergütung unter anderem deshalb nicht auf ein volles Jahreseinkommen des Klägers bemessen, weil die Erweiterung des Kundenkreises des Beklagten nicht allein das Verdienst des Klägers sei, sondern zu einem nicht geringen Teil auf die Anstrengungen des Beklagten und seiner Mitarbeiter in Redaktion und Verlag zurückgehe. Es führt aus, die Eignung einer Zeitschrift wie "Nellys Kalender" als Werbemittel hange in ausserordentlich hohem Masse von ihrer Ausgestaltung durch den Verlag ab. Da der Beklagte durch seine in dieser Richtung gehenden Bemühungen die Zahl der Abonnenten vervielfachte, habe er auch einen beachtlichen Beitrag zum Inseratengeschäft geleistet, denn Auflage und Verbreitung einer Zeitschrift seien für ihre Beliebtheit als Werbemittel entscheidend. Auch die günstige Entwicklung der Wirtschaftslage habe ohne Zutun des Klägers das Inseratengeschäft belebt. Die in diesen Ausführungen enthaltenen tatsächlichen Feststellungen binden das Bundesgericht, denn sie sind nicht in Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen, noch beruhen sie offensichtlich auf Versehen. Dass ihnen ein Gutachten zugrunde liegt, ändert nichts. Der Kläger irrt sich, wenn er die Kenntnisse des Sachverständigen und der fachkundigen Mitglieder des Handelsgerichtes beanstandet und geltend macht, das Bundesgericht müsse "willkürliche, durch nichts belegte und der Logik widersprechende Behauptungen des Sachverständigen und der Vorinstanz" zurückweisen. Ob das Gutachten überzeugt und die getroffenen tatsächlichen Feststellungen rechtfertigt, ist eine Frage der Beweiswürdigung,



die im Berufungsverfahren nicht überprüft werden darf.

6. Das Handelsgericht sieht einen Grund zu wesentlicher Herabsetzung der Vergütung auch darin, dass die vom Kläger bezogenen Provisionen von 35% bzw. 30% eher über der Norm lägen, weil er weder das Delcredere zu übernehmen noch das Inkasso zu besorgen gehabt habe. Der Kläger macht geltend, es widerspreche den Akten, seine Provisionen als übernormal zu bewerten, denn der Sachverständige habe einen Provisionssatz von 35% als an sich nicht überdurchschnittlich bezeichnet. Ob der Kläger damit sagen will, dem Handelsgerichte sei im Sinne der Art. 55 Abs. 1 lit. d und 63 Abs. 2 OG ein offensichtliches Versehen unterlaufen, kann dahingestellt bleiben. Ein solches Versehen liegt nicht vor. Der Sachverständige zieht den Vergleich zu den Annoncenpachtverträgen, bei denen die Provision oft sogar 40% erreiche, der Pächter aber das Delcredere übernehme, mit dem Inkasso eine zusätzliche Arbeit leiste und oft sogar eine Mindestsumme garantieren müsse. Eine etwas höhere Provision mit diesen zusätzlichen Verpflichtungen und Leistungen des Annoncenpächters lässt sich mit den tieferen Ansätzen im Agenturverhältnis nicht vergleichen. Die vom Handelsgericht getroffene Feststellung bindet daher das Bundesgericht.

7. Das Handelsgericht berücksichtigt zu Ungunsten des Klägers, dass der Vertrag in einem für ihn günstigen Zeitpunkt zu Ende gegangen sei, nämlich Ende Februar, so dass er die für die Werbung von Inserenten für das Jahr 1955 erfolgreichste Zeit noch habe ausnützen können. Auch diese Feststellung betrifft tatsächliche Verhältnisse und ist daher verbindlich. Der Kläger ist nicht zu hören, wenn er bestreitet, dass der Grossteil der Jahresaufträge bis Ende Februar 1955 erteilt worden sei, und zur Begründung vorbringt, es komme nicht darauf an, was sich allgemein ereigne, sondern was im Februar 1955 geschehen sei. Damit beanstandet er die

Beweiswürdigung.

BGE 84 II 529 S. 540

Denn solche liegt vor, wenn das Handelsgericht aus allgemeinen Erfahrungen schliesst, dass die meisten Geschäfte des Jahres 1955 vom Kläger schon vor Ende Februar abgeschlossen worden seien.

8. Der Kläger macht geltend, ein Betrag von Fr. 6000.– erreiche die ihm zustehende Vergütung bei weitem nicht. Ausgangspunkt für die Bestimmung der angemessenen Vergütung ist nicht der verhältnismässig hohe Jahresverdienst des Klägers, sondern der Wert, den der erweiterte Kundenkreis für den Beklagten hat. Diesbezüglich steht einmal fest, dass der erzielte Umsatz des Inseratengeschäftes für den Wert des Unternehmens des Beklagten nicht so grosse Bedeutung hat wie z.B. der Warenumsatz für einen Händler, denn im Gegensatz zum Käufer eines eingeführten Verbrauchsgutes muss der Inserent dauernd umworben werden, weil er die Zweckmässigkeit der Insertion stets neu prüft. Sodann erscheint die französische Ausgabe der Zeitschrift seit Ende 1955 nicht mehr; aus der Kundschaft, die der Beklagte für sie geworben hat, erwachsen somit dem Beklagten seit diesem Zeitpunkt keinerlei Vorteile mehr. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Kundenkreis des Beklagten nur zum Teil durch die Tätigkeit des Klägers erweitert worden ist, zum Teil sich dagegen wegen der Bemühungen des Beklagten und der günstigen Wirtschaftslage ausgedehnt hat. Während anfänglich "Nellys Kalender" nur in 1500 bis 2000 Exemplaren erschien, steigerte der Beklagte die Auflage nach und nach auf über 17'000 Exemplare. Dadurch wurde die Erweiterung des Inserentenkreises erheblich gefördert. Bleibt es auch dabei, dass der Kläger die Inserenten gewinnen musste, so hat er doch keinen Anspruch auf Vergütung für einen Erfolg, der den Anstrengungen des Beklagten um den Ausbau und die Verbreitung der Zeitschrift zu verdanken ist. Inwieweit die Zunahme der Inserenten das Verdienst des Klägers, inwieweit dagegen das Verdienst des Beklagten ist und wieviel schliesslich auch die

BGE 84 II 529 S. 541

günstige Wirtschaftslage zu ihr beigetragen hat, kann nach der Natur der Sache zahlenmässig nicht ermittelt werden. Der Vorwurf des Klägers, das Handelsgericht bleibe in diesem Punkte die Antwort schuldig, ist daher nicht berechtigt. Der Richter hat wie den nicht ziffermässig nachweisbaren Schaden (Art. 42 Abs. 2 OR) auch einen nicht ziffermässig zu ermittelnden Erfolg einer Handlung mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die von den Parteien getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Mit Recht hat sodann das Handelsgericht in der Tatsache, dass der Kläger sich im Agenturvertrag einen übernormal hohen Provisionssatz ausbedungen habe, einen Grund gesehen, die Vergütung nach Art. 418 u OR verhältnismässig niedrig zu bemessen. Ist der Kläger für seine Leistungen schon während der Dauer des Vertrages zu überdurchschnittlichem Satze entlöhnt worden, so ist billig, dass der Beklagte den Vorteil, den ihm der Kläger durch Erweiterung des Kundenkreises verschafft hat, entsprechend geringer vergüte. In gleichem Sinne wirkt sich der Umstand aus, dass der Kläger die Vorteile des Vertrages während sechs Jahren, also verhältnismässig lange genossen hat. Der Beklagte hat ihn durch die Kündigung des Vertrages nicht zur Unzeit um die weiteren Früchte seiner Arbeit gebracht. Der Kläger behauptet nicht, er habe ungewöhnliche Vorbereitungen treffen oder Aufwendungen machen müssen, für die er wegen zu kurzer Vertragsdauer noch kein angemessenes Entgelt erhalten habe. Die verhältnismässig lange Dauer des Vertrages wirkte sich für den Kläger um so vorteilhafter aus, als sein Nettoverdienst mit jährlich Fr. 35'000.– bis 40'000.– recht hoch war. Der Kläger ist, insgesamt betrachtet, für seine Bemühungen reichlich entlöhnt worden. Von Bedeutung ist auch, dass der Vertrag auf einen für den Kläger günstigen Zeitpunkt aufgelöst worden ist, da die Inserate für 1955 vorwiegend vor Ende Februar bestellt wurden. Gewiss sind dem Kläger, wie er geltend macht, die auf diesen

Geschäften berechneten Provisionen als vereinbarter Lohn, nicht unter dem Titel der Vergütung für Erweiterung des Kundenkreises zugefallen. Das hindert aber nicht, diese Vergütung zu kürzen, weil der Kläger schon dadurch günstig weggekommen ist, dass er vor Beendigung des Vertrages noch Gelegenheit hatte, die meisten der für 1955 eingehenden Insertionsaufträge entgegenzunehmen und auf ihnen die Provision zu verdienen. Da das Handelsgericht sich im wesentlichen von den gleichen rechtlichen Überlegungen hat leiten lassen, besteht kein Anlass, die Vergütung zu erhöhen, die es dem Kläger zugesprochen hat. Der Kläger beanstandet zu Unrecht, dass es der Auffassung des Sachverständigen folgte, ohne die Rechnungsgrundlagen anzugeben. Eine zahlenmässige Berechnung ist nicht möglich; an ihre Stelle tritt die Schätzung. Indem das Handelsgericht in diesem Punkte dem Begutachter gefolgt ist, hat es weder das richterliche Ermessen überschritten noch sonstwie gegen Bundesrecht verstossen. Sein Vorgehen ist um so weniger zu beanstanden, als der dem Handelsgericht angehörende Leiter eines bedeutenden Verlages das Gutachten mit Sachkunde zu würdigen vermochte.

9. .....

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 1958 wird bestätigt.