



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Prof. Dr. Othmar Strasser, Ursula Suter und Christian Zuber sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 13. Dezember 2017

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____ **AG**,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt und Verfahren	4
A. Sachverhaltsübersicht	4
a. Parteien und ihre Stellung.....	4
b. Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf.....	5
Erwägungen	6
1. Formelles.....	6
1.1. Zuständigkeit.....	6
1.2. Weitere Prozessvoraussetzungen.....	6
1.3. Neue Adressen	7
1.4. Eingaben in Ausübung des Replikrechts / Neue Behauptungen	7
2. Klägerischer Anspruch auf Rückzahlung der Kontokorrentguthaben	9
2.1. Anerkennung der Forderung	9
2.2. Zinsanspruch.....	9
2.3. Verpfändung der Ansprüche	10
2.4. Fazit	10
3. Klägerischer Anspruch auf Rückzahlung der Vermittlerentschädigungen	10
3.1. Wesentlicher Sachverhalt.....	10
3.2. Standpunkte der Parteien.....	11
3.2.1. Klägerin.....	11
3.2.2. Beklagte	12
3.3. Rechtliches.....	13
3.4. Würdigung	14
3.4.1. Qualifikation des Anspruchs.....	14
3.4.2. Vermittlungsentschädigungen 2010-2012.....	15
3.4.2.1. Irrtümlich Zahlung einer Nichtschuld	15
3.4.2.2. Fehlende Bereicherung.....	16
3.4.2.3. Verjährung	17
3.4.3. Vermittlungsentschädigungen 2013 und 2014	20
3.4.3.1. Grundlagen	20
3.4.3.2. Anspruch für 2013.....	20
3.4.3.3. Anspruch für 2014.....	21
3.5. Zinsanspruch.....	21
3.6. Fazit	22
4. Verrechnungsforderung der Beklagten.....	22
4.1. Ausgangslage	22
4.2. Unbestrittener Sachverhalt.....	23
4.3. Standpunkte der Parteien.....	23
4.3.1. Klägerin.....	23
4.3.2. Beklagte	25
4.4. Rechtliches.....	27
4.5. Vertragsschluss und Vertragsänderungen	29

4.5.1. Dienstleistungsvertrag 2009.....	29
4.5.2. Stiftungsratssitzung vom 7. Dezember 2011.....	30
4.5.3. Schriftliche Offerte der Beklagten	33
4.5.4. Konkludentes Handeln der Beklagten	33
4.5.5. Offerte durch I.	39
4.5.6. Weiteres Verhalten der Beklagten	43
4.5.7. Kündigungen der übrigen Verträge	44
4.5.8. Fazit	45
4.6. Leistungserbringung.....	45
4.7. Höhe der Forderung.....	45
4.8. Fazit	46
5. Verrechnung der Forderungen	46
5.1. Standpunkte der Parteien.....	46
5.2. Rechtliches.....	46
5.3. Würdigung und Fazit	47
6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen	47
7. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	48
7.1. Streitwert.....	48
7.2. Gerichtskosten	48
7.3. Parteientschädigungen.....	48
Urteil:	49

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 547'287.– zu zahlen, zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 360'017 seit dem 1. Oktober 2014 sowie zu 5% auf CHF 187'270.– seit dem 31. Dezember 2015;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Anträge der Beklagten:

(act. 9 S. 2)

- "1. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Klägerin."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine im Handelsregister eingetragene Stiftung mit Sitz in C._____. Sie bezweckt die Durchführung der beruflichen Vorsorge im Rahmen des BVG für die Arbeitnehmer der der Stiftung angeschlossenen Arbeitgeber sowie deren Angehörige und Hinterlassenen. Mit Verfügung der BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel vom tt.mm.2014 wurden die bisherigen Stiftungsräte suspendiert und es wurde ein amtlicher Verwalter, Dr. D._____, eingesetzt (act. 1 Rz. 22; act. 3/2; act. 18/1).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____; bzw. neu in F._____. Sie ist als Effektenhändlerin tätig und erbringt ergänzend verschiedene Dienstleistungen (act. 3/3). Von der Klägerin war sie während mehreren Jahren mit der Kontoführung, der Vermögensverwaltung der Vorsorgevermögen, mit Marketingdienstleistungen und mit der Vermittlung neuer Anschlüsse von Vorsorgewerken betraut (act. 1 Rz. 11).

b. Prozessgegenstand

Die von der Klägerin eingeklagte Forderung setzt sich aus zwei verschiedenen Ansprüchen zusammen. Einerseits verlangt die Klägerin die Herausgabe zurückbehaltener Gelder aus zwei Kontokorrentguthaben der Klägerin bei der Beklagten. Andererseits klagt sie auf Rückzahlung zu viel verrechneter Vermittlerentschädigungen unter dem Kooperationsvertrag (act. 1 Rz. 12).

Die Beklagte bestreitet die Herausgabeansprüche der Kontokorrentguthaben nicht. Sie erklärt aber Verrechnung mit eigenen Ansprüchen aus einem zwischen den Parteien geschlossenen Dienstleistungsvertrag. Auch bestreitet die Beklagte die Falschberechnung der Vermittlungsentschädigung im Grundsatz nicht, sie macht lediglich geltend, sie schulde mangels Bereicherung keine Rückerstattung; eventualiter seien die Ansprüche verjährt. Subeventualiter erklärt sie auch mit den Rückerstattungsansprüchen die Verrechnung (act. 9 Rz. 33 ff.).

Die Klägerin bestreitet die verrechnungsweise geltend gemachten Ansprüche der Beklagten, mit der Begründung, der von der Beklagten angerufene Vertrag sei längst durch eine andere Vereinbarung ersetzt worden (act. 17 Rz. 29 ff.)

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 31. Dezember 2015 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit obgenannten Rechtsbegehren beim hiesigen Handelsgericht anhängig (act. 1). Nachdem die Klägerin den mit Verfügung vom 8. Januar 2016 einverlangten Kostenvorschuss (act. 4) rechtzeitig geleistet hatte (act. 6), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 27. Januar 2016 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 7). Am 13. April 2016 erstattete die Beklagte die Klageantwort (act. 24). In der Folge fand am 27. Oktober 2016 eine Vergleichsverhandlung statt, an welcher beide Parteien vertreten waren (Prot. S. 6 f.). Da anlässlich dieser Verhandlung keine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte, ordnete das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel an und setzte der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik (act. 15). Die Replik erging fristgerecht am 25. Januar 2017 (act. 17), worauf der Beklagten Frist zur Erstattung der Duplik

angesetzt wurde (act. 19). Nach Eingang der Duplik vom 26. April 2017 (act. 21), wurde diese am 2. Mai 2017 der Klägerin, unter Anordnung des Aktenschlusses und mit Hinweis auf das Novenrecht, zugestellt (act. 23). Mit Eingabe vom 11. Mai 2017 nahm die Klägerin zur Duplik Stellung (act. 25). Die Beklagte äusserte sich dazu in ihrer Eingabe vom 18. Mai 2017 (act. 28), welche der Klägerin am 22. Mai 2017 zugestellt wurde (Prot. S. 11).

Mit Verfügung vom 20. September 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie - unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens - auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 29). Mit Eingabe vom 29. September 2017 erklärte die Klägerin, nicht auf die mündliche Hauptverhandlung zu verzichten (act. 32). Diese fand am 13. Dezember 2017 statt. Die Parteien haben an ihren Standpunkten festgehalten und keine relevanten neuen Vorbringen gemacht bzw. keine Noven vorgebracht (Prot. S. 15 f.).

Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen sowie auf die Akten und Beweisofferten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts wird von der Beklagten nicht bestritten und ist gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 43 f. GOG).

1.2. Weitere Prozessvoraussetzungen

Die weiteren Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO sind ebenfalls gegeben, weshalb auf die Klage einzutreten ist.

1.3. Neue Adressen

Die von den Parteien mitgeteilten neuen Adressen der Parteien (Klägerin act. 17 Rz. 3; Beklagte act. 21 Rz. 2) sind im Rubrum aufzunehmen.

1.4. Eingaben in Ausübung des Replikrechts / Neue Behauptungen

a. Beide Parteien haben nach Abschluss des Schriftenwechsels und nach (angezeigtem; act. 23) Aktenschluss weitere Eingaben eingereicht. Im Rahmen des von Bundesgericht und Handelsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Replikrechts sind solche Eingaben zulässig (BGE 138 I 484 E. 2.1).

b. Die Klägerin machte in ihrer Stellungnahme vom 11. Mai 2017 erstmals geltend, die Beklagte habe die gemäss Dienstleistungsvertrag vom 29. Juni 2009 (fortan Dienstleistungsvertrag 2009) geschuldeten Marketingleistungen nie erbracht. Entsprechend sei bereits deshalb die zur Verrechnung gebrachte Forderung der Beklagten nicht ausgewiesen (act. 25 Rz. 37 f.). Sie führt aus, dass es sich dabei um eine materielle Einrede handle, die sie auch nach Aktenschluss unbeschränkt vorbringen könne (act. 25 Rz. 3 f.).

c. Soweit die Stellungnahmen neue Tatsachen und Beweismittel enthalten, ist auf Art. 229 ZPO zu verweisen. Demnach sind neue Tatsachen nach dem zweiten Schriftenwechsel nur noch zulässig, soweit es sich um Noven im Sinne dieser Bestimmung handelt. Soweit eine Partei Noven geltend machen will, hat sie darzulegen, dass die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO erfüllt sind (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 10 zu Art. 229 ZPO). Vom Novenrecht umfasst sind hauptsächlich Sachvorbringen. Demgegenüber fallen andere Vorbringen, wie etwa materielle Einreden, nur in ihrem tatsächlichen Gehalt unter das Novenrecht (DANIEL WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 13 ff. zu Art. 229 ZPO). Dies bedeutet, dass neue Einreden zwar unbeschränkt vorgebracht werden können, aber nur, wenn sämtliche diesen zugrunde-

liegenden Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bereits zuvor in den Prozess eingebracht wurden.

d. Bei der Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe den Dienstleistungsvertrag nicht erfüllt, handelt es sich grundsätzlich um eine materielle Einrede nach Art. 82 OR. Allerdings ist in Bezug auf das Novenrecht zu berücksichtigen, dass diese Einrede nur durch Tatsachenbehauptungen gestützt werden kann und es sich nicht um ein einfaches Bestreiten einer Behauptung der Gegenseite handelt. Eine solche Einrede kann nur dann vorgebracht werden, wenn sämtliche Tatsachen und Beweismittel, auf die sie sich stützt, bereits ins Verfahren eingebracht worden sind oder Noven im Sinne des Gesetzes sind. Dies ist vorliegend nicht der Fall: Die Klägerin belässt es bei einer einfachen Behauptung der Nichterfüllung des Vertrages, ohne darzulegen, auf welche früher vorgebrachten Tatsachen und Belege sie diese stützt (act. 25 Rz. 37 f.). Damit stellt sie sich in Widerspruch zu ihrer früheren Darstellung, die Beklagte habe mehr als ein Jahr auf der Grundlage des Stiftungsratsbeschlusses vom 7. Dezember 2011 - der bezüglich der geschuldeten Leistungen mit dem Dienstleistungsvertrag 2009 übereinstimmt - Leistungen erbracht (act. 17 Rz. 44). Kommt hinzu, dass die Beklagte - entgegen der Behauptung der Klägerin - in ihrer Klageantwort ausgeführt hat, sämtliche Leistungen gemäss Dienstleistungsvertrag 2009 bis zu dessen Kündigung am 20. November 2014 erbracht zu haben und zum Beweis die Befragungen von Dr. G._____ und von H._____ offeriert (act. 9 Rz. 86). Zu weiterführenden Darstellungen in der Duplik bestand kein Anlass, zumal die Klägerin dies in ihrer Replik nur in ungenügender Weise pauschal bestritten hat (act. 17 Rz. 133). Unter diesen Umständen wäre es an der Klägerin gewesen, die Darstellung der Beklagten - die Erfüllung des Vertrages - in der Replik (genügend) substantiiert zu bestreiten. Da sie dies nicht gemacht hat und insbesondere keine Tatsachen genannt hat, woraus eine fehlende Erfüllung abgeleitet werden könnte, stellt die Darstellung der Klägerin in ihrer Eingabe vom 11. Mai 2017 auch eine neue Tatsachenbehauptung dar und nicht nur eine (zulässige) Einrede. Dass es sich bei den zugrundeliegenden Tatsachen um echte Noven handeln würde, macht die Klägerin nicht geltend.

e. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das klägerische Vorbringen, die Beklagte hätte die Leistungen gemäss Dienstleistungsvertrag 2009 in den Jahren 2012-2014 nicht erbracht, verspätet erfolgt ist. Entsprechend kann diese Einrede nicht beachtet werden.

2. Klägerischer Anspruch auf Rückzahlung der Kontokorrentguthaben

2.1. Anerkennung der Forderung

Der klägerische Anspruch stützt sich auf die Restliquidität zweier Kontokorrentguthaben der Klägerin bei der Beklagten, nach der Kündigung der Vermögensverwaltungsverträge und Abwicklung des Transfers der Guthaben. Die Höhe der Forderung ergibt sich aus den Kontoauszügen vom 25. November 2014: auf dem Konto 1 haben sich damals CHF 323'852.21 und auf dem Konto 2 CHF 36'164.88 befunden (act. 1 Rz. 41; act. 3/16). Die Beklagte anerkennt einen grundsätzlichen Anspruch auf Rückerstattung der Kontokorrentguthaben der Klägerin im Umfang von CHF 360'017.09, erklärt aber die Verrechnung mit einer eigenen Forderung. Einen in der Klageantwort noch als durch Verrechnung getilgt bezeichneten Teilbetrag von CHF 3'056.20, habe die Klägerin in der Folge überwiesen (act. 9 Rz. 94 f.; act. 21 Rz. 7).

Damit ist diese Teilforderung der Klägerin grundsätzlich anerkannt und es ist lediglich zu prüfen, inwiefern der Beklagten eine Forderung zusteht, die sie zur Verrechnung bringen kann (dazu hinten E. 4).

2.2. Zinsanspruch

Neben der Forderung an sich macht die Klägerin einen Zins von 5% seit dem 1. Oktober 2014 geltend. Sie stützt sich dabei auf ein Schreiben ihrerseits vom 1. Oktober 2014, spätestens seit diesem Zeitpunkt sei die Beklagte in Verzug (act. 1 Rz. 30). Dies wird von der Beklagten lediglich pauschal bestritten (act. 9 Rz. 182); sie macht ihrerseits auch keine Ausführungen, ab welchem Zeitpunkt ein Zins geschuldet wäre.

Damit wurde nicht genügend bestritten, dass die Beklagte ab dem 1. Oktober 2014 in Verzug war, womit der Zinsanspruch - unter Vorbehalt einer früheren Verrechnung (dazu hinten E. 5.3) - ebenfalls ausgewiesen ist.

2.3. Verpfändung der Ansprüche

Mit Schreiben vom 24. November 2014 hat die Beklagte das klägerische Guthaben auf den beiden Kontokorrenten gepfändet. Dies gestützt auf Ziff. 8 ihrer Allgemeinen Geschäftsbestimmungen (act. 1 Rz. 34 f.; act. 3/15). Die Klägerin bestreitet, dass die Beklagte dazu berechtigt gewesen wäre (act. 1 Rz. 35 ff.). Sie leitet aber aus der unberechtigten Verpfändung keine weiteren Ansprüche ab. Die Berechtigung kann entsprechend offen gelassen werden, zumal die Beklagte im vorliegenden Verfahren die Verrechnung mit einer eigenen Forderung erklärt und soweit diese nicht besteht, keine weiteren Gründe für eine Pfandhaftung geltend gemacht werden (act. 9 Rz. 35 f. und Rz. 96). Damit fällt die Verpfändung nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens so oder anders dahin.

2.4. Fazit

Aus dem Gesagten erhellt, dass der Klägerin unter Vorbehalt der Verrechnung ein Anspruch auf Rückerstattung ihrer Kontokorrentguthaben im Umfang von CHF 360'017.09 nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2014 zusteht.

3. Klägerischer Anspruch auf Rückzahlung der Vermittlerentschädigungen

3.1. Wesentlicher Sachverhalt

Unbestritten ist, dass mit Abschluss des Kooperationsvertrags vom 19. Dezember 2009 (act. 3/5; fortan Kooperationsvertrag 2009) die Berechnung der Entschädigungen an die Beklagte und die weiteren Vermittler auf eine neue Basis gestellt wurde. Während im Vorgängervertrag vom 27. November 2007 (act. 3/18; fortan Kooperationsvertrag 2007) die Risikobeiträge der angeschlossenen Arbeitgeber für die Berechnung der Entschädigung massgebend waren, stützte sich die Berechnung ab dem 1. Januar 2010 auf die Risikoprämien, die an die Rückversicherung zu leisten waren (act. 1 Rz. 42 ff.; act. 9 Rz. 184). Ebenso

unbestritten ist, dass die von der Klägerin an die Beklagte ausgerichtete Vermittlungsentschädigung für die Jahre 2010 bis 2012 auf der falschen, alten Grundlage berechnet worden ist (act. 1 Rz. 55 ff.; act. 9 Rz. 113 f.). Schliesslich ist auch unbestritten, dass der Vertrag durch die Kündigung der Klägerin vom 23. Juni 2014 fristlos aufgelöst worden ist (act. 1 Rz. 43; act. 9 Rz. 98; act. 3/17).

Strittig ist hingegen der Umfang der Rückforderung und die Rechtsnatur der Forderung.

3.2. Standpunkte der Parteien

3.2.1. Klägerin

Die Klägerin führt aus, es handle sich um einen vertraglichen Rückforderungsanspruch. Dieser unterliege einer Verjährungsfrist von 10 Jahren, welche entsprechend noch nicht abgelaufen sei. Ohnehin sei der Beklagten bekannt gewesen, dass neu eine tiefere Berechnungsbasis vereinbart worden sei. Trotzdem habe sie weiterhin auf Basis des alten Vertrages abgerechnet (act. 1 Rz. 52 ff.). Die Differenz betrage für das Jahr 2010 CHF 39'912.–, für das Jahr 2011 CHF 60'902.–, für das Jahr 2012 CHF 56'533.– und für das Jahr 2013 CHF 54'923.–. Aufgrund der geleisteten Akontozahlungen und des pauschalen Anspruchs der Beklagten von CHF 65'000.– für den Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis zur Kündigung am 24. Juni 2014 ergebe sich für dieses Jahr ein Restanspruch der Beklagten von CHF 25'000.– (act. 1 Rz. 59 ff.).

In ihrer Replik hält die Klägerin daran fest, dass die Beklagte die Vermittlungsentschädigung falsch berechnet habe. Zwar sei zutreffend, dass I._____, Mitarbeiter der Beklagten, von der Geschäftsführung der Klägerin untaugliche Grundlagen für die Berechnung erhalten habe; allerdings habe er die erforderlichen Zahlen nie nachgefordert. Vielmehr habe er das untaugliche Material verwendet und die Vermittlungsentschädigung damit berechnet. Deshalb sei die Beklagte bösgläubig gewesen. Zudem habe die Beklagte eine Verjährungsverzichtserklärung unterzeichnet (act. 17 Rz. 107 ff.).

3.2.2. Beklagte

Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Klägerin sei alleine für die Abrechnung der Vermittlungsentschädigungen zuständig gewesen. Die Berechnungsgrundlage habe J._____ von der K._____ AG (fortan ...) geliefert, der an der entscheidenden Stiftungsratssitzung anwesend gewesen sei und von der Reduktion gewusst habe. I._____ habe lediglich die Aufteilung der Vermittlungsentschädigungen auf die einzelnen Kooperationspartner vorgenommen, dies als Stiftungsrat der Klägerin und nicht im Namen der Beklagten. Die Rechnung habe I._____ für die Beklagte gestellt. Für die Jahre 2013 und 2014 habe die Klägerin keine Grundlagen geliefert, weshalb lediglich Akontorechnungen gestellt worden seien (act. 9 Rz. 98 ff.). Nach Begleichung der Rechnungen durch die Klägerin habe die Beklagte diese Entschädigungen jeweils vollumfänglich als Lohn an I._____ weitergeleitet (act. 9 Rz. 115 f.). Die Klägerin habe die neue Berechnungsbasis gekannt. Sie habe sodann spätestens im November 2014 die Falschberechnung entdeckt. Dies ergebe sich aus der genehmigten Jahresrechnung 2013 vom 3. September 2014, in der immer noch die Risikobeiträge verwendet worden seien und der Tatsache, dass die Klägerin am 10. November 2013 den Kooperationspartnern - ausser der Beklagten - die Verteilungstabellen auf Grundlage der Risikoprämien zu. Zwischen diesen Vorgängen habe die Klägerin realisiert, dass sie bisher fälschlicherweise auf Grundlage der Risikobeiträge gerechnet habe (act. 9 Rz. 117 ff.). Da es sich um einen Anwendungsfall der ungerechtfertigten Bereicherung handle und die Beklagte gutgläubig entreichert sei, habe die Klägerin keinen Rückerstattungsanspruch. Eventualiter sei der Anspruch verjährt, da die Klage mehr als ein Jahr nach Entdeckung des Irrtums eingereicht worden sei (act. 9 Rz. 145 ff.). Subeventualiter macht die Beklagte wiederum Verrechnung mit ihren eigenen Ansprüchen geltend (act. 9 Rz. 128).

In der Duplik hält die Beklagte an ihren Standpunkten fest. Weiter sei unerheblich, welche Grundlage I._____ erhalten habe. I._____ habe bei der Verteilung als Vertreter der Klägerin gehandelt und sich auf die Zahlen der K._____ gestützt. Ihre Rolle habe sich auf die Entgegennahme der Zahlungen und die Weiterleitung an I._____ beschränkt. Schliesslich sei die Verjährungsverzichtserklärung aus-

schliesslich für Verantwortlichkeitsansprüche aus Art. 52 Abs. 1 und 2 BVG vorgesehen und komme hier nicht zur Anwendung (act. 21 Rz. 103 ff.).

3.3. Rechtliches

Gestützt auf Art. 62 ff. OR steht dem Entreicherten gegen den Bereicherten ein Ausgleichsanspruch zu. Vorausgesetzt wird eine Vermögensvermehrung zu Lasten eines anderen, ohne dass dafür ein Rechtsgrund bestehen würde. Diese kann sowohl durch Zuwendung des Entreicherten als auch durch Eingriff des Bereicherten erfolgen (HERMANN SCHULIN, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 1 und N 5 ff. zu Art. 62 OR).

Ein vertraglicher Anspruch schliesst einen Bereicherungsanspruch aus (SCHULIN, a.a.O., N 38 zu Art. 62 OR). Allerdings stellen nicht sämtliche Zahlungen im Rahmen eines Vertragsverhältnisses, die sich nachträglich als irrtümlich und damit grundlos erweisen, vertragliche Leistungen dar. Vielmehr können Rückerstattungsansprüche aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen. In erster Linie ist zu prüfen, ob die zurückverlangte Forderung eine vertragliche Grundlage hat und wenn ja, ob sie auch gestützt auf den Vertrag zurückgefordert werden kann. Wird eine Zahlung ohne jeglichen Vorbehalt geleistet und stellt sich diese nachträglich als ungerechtfertigt heraus, kann die Differenz nur auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückgefordert werden (BGE 133 III 356 E. 3.2.1.). Demgegenüber besteht etwa ein vertraglicher Rückforderungsanspruch, wenn die Leistung von Akontozahlungen mit späterer Abrechnung vereinbart worden ist. Bei einer solchen Vereinbarung wird vermutet, dass eine Verpflichtung zur Rückleistung zu viel bezahlter Akontozahlungen besteht (BGE126 III 119 E. 3.d; BGE133 III 356 E. 3.2.2).

Basiert der geltend gemachte Rückforderungsanspruch auf der freiwilligen Zahlung einer Nichtschuld, so besteht dieser nur, wenn nachgewiesen wird, dass über die Schuldspflicht ein Irrtum bestanden hat (Art. 63 Abs. 1 OR). Der Irrtum muss sich auf die Schuldspflicht beziehen, wobei die Wesentlichkeit nicht relevant ist. Selbst wenn der Leistende den Irrtum hätte erkennen müssen, liegt eine irrtümliche Leistung im Sinne von Art. 63 OR vor (SCHULIN, a.a.O., N 4 zu Art. 63

OR). Sodann statuiert Art. 64 OR eine Einschränkung bezüglich der Rückerstattungspflicht des Empfängers der Leistung. Ist dieser nachweislich nicht mehr bereichert, ist die Rückforderung ausgeschlossen, ausser er hat sich der Bereicherung entäussert ohne im guten Glauben zu sein. Nicht mehr vorhandene Mittel werden insbesondere dann angenommen, wenn der Bereicherte die grundlos erhaltene Leistung für eine Ausgabe verwendet, die er ohne das Erhaltene nicht getätigt hätte (SCHULIN, a.a.O., N 5 zu Art. 64 OR). Bösgläubig ist der Bereicherte, der beim Empfang der Leistung um die Grundlosigkeit weiss oder diese hätte kennen müssen. Ausserdem ist er bösgläubig wenn er mit der Rückerstattung hätte rechnen müssen. Dabei wird Gutgläubigkeit vermutet (SCHULIN, a.a.O., N 20 ff. und N 9 zu Art. 64 OR).

Der Rückforderungsanspruch unterliegt sowohl einer absoluten als auch einer relativen Verjährungsfrist. Zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs, also dem Vollzug der Leistung, ist die absolute Frist abgelaufen. Die einjährige relative Frist beginnt, sobald der Berechtigte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat. Kenntnis hat der Berechtigte, wenn er alle tatsächlichen Umstände wahrgenommen hat, die ihn zur Geltendmachung des Anspruchs veranlassen (BRUNO HUWILER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 3 und N 9 zu Art. 67 OR).

3.4. Würdigung

3.4.1. Qualifikation des Anspruchs

Unbestritten ist, dass die Klägerin der Beklagten zu hohe Vermittlungsschädigungen überwiesen hat. Diese Leistungen erfolgten aufgrund des Kooperationsvertrages vom 19. Dezember 2009, weshalb zu prüfen ist, ob auch ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch besteht. Im Vertrag ist die Auszahlung nach Vorliegen des Abschlusses im ersten Halbjahr des Folgejahres vorgesehen (act. 3/5 S. 2). Dasselbe Vorgehen war auch im früher geltenden Kooperationsvertrag 2007 enthalten (act. 3/18 S. 29). Entgegen der klaren Vereinbarung hat die Klägerin der Beklagten Akontozahlungen geleistet, wobei im vereinbarten Zeitraum eine Schlussrechnung gestellt wurde, die die Klägerin dann beglichen hat.

Solche Akonto- und Schlussrechnungen, die unter anderem eine Abrechnung der Entschädigung für das ganze jeweilige Jahr enthalten, liegen für die Jahre 2010 bis 2012 vor (act. 3/20). Damit haben die Parteien das jeweilige Kalenderjahr abgerechnet und die Ansprüche saldiert. Die Schlusszahlungen der Klägerin stützten sich jeweils auf diese Berechnungen und erfolgten ohne Vorbehalt. Insbesondere war auch die Klägerin der Meinung, damit die Vermittlungsentschädigung für das Vorjahr endgültig abzugelten (act. 3/20 S. 1-78). Entsprechend handelt es sich bei den auf der falschen Grundlage geleisteten Schlusszahlungen für die Jahre 2010 bis 2012 um freiwillige Zahlungen einer Nichtschuld. Diese Zahlungen bzw. Teile davon können einzig gestützt auf eine ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.

Anders sieht es bei den Zahlungen für die Jahre 2013 und 2014 aus: Für diese Perioden hat die Klägerin lediglich Akontozahlungen geleistet (act. 3/20 S. 79 ff.; vgl. auch act. 9 Rz. 112). Eine Abrechnung über die definitiven Beträge des Jahres 2013 ist zwar in der Zwischenzeit erfolgt (act. 3/22); Saldozahlungen gab es aber keine. Da die Beklagte bisher einzig Akontozahlungen in Rechnung gestellt und entgegen genommen hat und sie damit eine Abrechnungs- und potentielle Rückzahlungspflicht anerkannt hat, kann sich die Klägerin diesbezüglich auf einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch stützen.

Inwiefern der klägerische Anspruch auf einer Vertragsverletzung basieren soll (act. 1 Rz. 70), ist nicht ersichtlich und wird lediglich pauschal begründet. Insbesondere bringt die Beklagte zu Recht vor, dass die Berechnung der Vermittlungsentschädigungen weder unter dem Kooperationsvertrag 2009 noch unter dem Dienstleistungsvertrag 2009 zu ihren Aufgaben zählte (act. 9 Rz. 151), weshalb eine Falschberechnung keine Vertragsverletzung darstellen kann.

3.4.2. Vermittlungsentschädigungen 2010-2012

3.4.2.1. Irrtümlich Zahlung einer Nichtschuld

Unbestritten ist, dass die Schuld nicht in der beglichenen Höhe bestanden hat. Vielmehr wurde im Rahmen der Berechnung die falsche vertragliche Grund-

lage verwendet (act. 1 Rz. 55; act. 9 Rz. 98). Dabei handelt es sich um einen Irrtum im Sinne von Art. 63 OR. Es ist gerade nicht erforderlich, dass es sich um einen wesentlichen Irrtum handelt. Auch ist nicht entscheidend, ob die Klägerin den Irrtum hätte bemerken müssen und wer in welchem Namen die Entschädigung berechnet hat. Letztlich ist einzig relevant, dass die Berechnung der Entschädigung auf der falschen Grundlage erfolgt ist und die Klägerin damals der irrigen Meinung war, diese bezahlen zu müssen. Dies ist vorliegend klar der Fall. Damit steht der Klägerin ein Rückforderungsanspruch zu.

3.4.2.2. Fehlende Bereicherung

Die Beklagte macht geltend, die erhaltenen Zahlungen jeweils direkt an I._____ weitergeleitet zu haben, weshalb sie nicht mehr bereichert sei (act. 9 Rz. 115 f.). Diese Zahlungen belegt sie mit den Lohnabrechnungen von I._____ (act. 11/41). Daraus ergibt sich, dass die Leistungen an I._____ direkt von den Vermittlerentschädigungen der Klägerin an die Beklagte abhängig waren. Diese sind explizit auf den Abrechnungen erwähnt. Auch korrelieren die Auszahlungen an I._____ mit den Zahlungen der Klägerin (act. 9 Rz. 115; act. 3/20; act. 11/41). Damit ist belegt, dass die Leistungen der Beklagten an die Zahlungen der Klägerin geknüpft waren. Dies wird von der Klägerin auch nur pauschal bestritten (act. 17 Rz. 134).

Die Rückforderung ist allerdings nur ausgeschlossen, wenn die Enttäusung gutgläubig erfolgt ist. Der Bereicherte ist unter anderem dann bösgläubig, wenn er bei Empfang der Leistungen wusste oder hätte wissen müssen, dass die Leistung ohne Grund erfolgt. Die Berechnung der Vermittlerentschädigung basierte gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien auf einer Tabelle, die J._____, Geschäftsführer der Klägerin, erstellt hat. Gestützt auf diese Auflistung hat I._____ die Vermittlerentschädigung auf die verschiedenen Berechtigten verteilt und der Klägerin Rechnung gestellt (act. 9 Rz. 101 ff.; act. 17 Rz. 111 ff.). Inwiefern I._____ bei dieser Arbeit für die Beklagte oder für die Klägerin gehandelt hat, kann offen bleiben. Entscheidend ist, dass der Beklagten die vertragliche Vereinbarung bekannt war. Diese wurde seitens der Beklagten von Dr. G._____ und L._____ und für die Klägerin durch I._____ und H._____, also Mitarbeiter der

Beklagten, unterzeichnet (act. 3/5 S. 2). Die Rechnungen der Beklagten wurden jeweils durch I._____ ausgestellt (act. 3/20), der damit zumindest im Rahmen der Rechnungsstellung für die Beklagte gehandelt hat. Es wäre für I._____ sodann ein Leichtes gewesen, auf der Abrechnung von J._____ zu erkennen, dass an Stelle der Risikoprämie die Risikobeiträge aufgelistet wurden. Ebenso hätte die Beklagte - auch in Person ihrer Organe - erkennen müssen, dass die mit dem Kooperationsvertrag 2009 angestrebte deutliche Senkung dieser Entschädigungen nicht eingetreten ist. Dementsprechend hätte die Beklagte zumindest wissen müssen, dass die von ihr in Rechnung gestellten Beträge nicht dem Vertrag entsprechen und geleistete Zahlungen von der Klägerin zurückgefordert werden könnten. Folglich fehlte es ihr bei der Entäusserung der Bereicherung am guten Glauben und sie kann diese dem Rückforderungsanspruch der Klägerin nicht entgegen halten.

3.4.2.3. Verjährung

Für die Frage der Verjährung ist vorliegend einzig die relative Verjährungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis des Bereicherungsanspruchs entscheidend; die absolute zehnjährige Frist ab Entstehen der Forderung ist unbestrittenermassen noch nicht abgelaufen. Die Beklagte bringt diesbezüglich zu Recht vor, die Klägerin habe den übrigen Vermittlern bereits am 10. November 2014 die Abrechnung für das Jahr 2013 unter Berücksichtigung der korrekten Berechnungsgrundlage gestellt (act. 9 Rz. 123). Dies stimmt mit den eingereichten Unterlagen überein (act. 11/45). Damit sie diese Rechnungen stellen konnte, musste der Klägerin der Fehler in der ursprünglichen Berechnung der Vermittlungsentschädigungen bekannt sein. Da sämtliche Entschädigungen auf denselben Zahlen basierten, musste ihr damit auch die potentielle Forderung gegenüber der Beklagten bekannt sein. Etwas anderes bringt die Klägerin nicht vor. Entsprechend ist belegt, dass ihr der Fehler spätestens am 10. November 2014 bekannt war. Ihre Klage datiert vom 31. Dezember 2015. Zu diesem Zeitpunkt war die einjährige Verjährungsfrist bereits abgelaufen.

Gegen den Ablauf der Verjährungsfrist bringt die Klägerin einzig vor, die Beklagte habe eine Verjährungsverzichtserklärung unterzeichnet, die nach dem Ver-

trauensprinzip auch den Rückzahlungsanspruch umfasst (act. 17 Rz. 118). Die Beklagte macht dazu geltend, die vorliegende Forderung werde vom Verjährungsverzicht nicht umfasst (act. 21 Rz. 111). Die angerufene Erklärung stammt vom 27. Januar 2014 und wurde von H._____ und Dr. G._____ unterzeichnet. Sie bezieht sich auf die Jahre 2008 bis 2011 und auf verschiedene Funktionen, wobei in der Absenderzeile die Funktion der Beklagten als Vermögensverwalterin festgehalten wird. Die Erklärung umfasst dabei einzig und ausdrücklich die Rechtsverfolgung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 52 Abs. 1 und 2 BVG (act. 18/30).

Ein Verjährungsverzicht für das Jahr 2012 liegt bereits aufgrund der Befristung der Erklärung nicht vor. Inhaltlich ist in erster Linie vom Wortlaut auszugehen. Ein Abweichen von demselben hätte die Klägerin, die daraus etwas zu ihren Gunsten herleitet, zu beweisen (dazu ausführlich Urteil des Handelsgerichts vom 26. Mai 2017, HG150107, E. 2.3.1.1; vgl. auch BGE 121 III 118, E. 4b. aa.; PETER JÄGGI/PETER GAUCH/STEPHAN HARTMANN, Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich 2014, N 36 und 45; ERNST A. KRAMER, in: KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, Bern 1986, N 13 zu Art. 18 OR). Aufgrund des klaren Wortlauts der beklagten Erklärung gilt der Verjährungsverzicht lediglich für Verantwortlichkeitsansprüche. Es kann daraus nicht hergeleitet werden, dass die Beklagte für sämtliche denkbaren Forderungen der Klägerin auf die Einrede der Verjährung verzichtet hat; die Klägerin durfte dies auch nicht so verstehen. Mit ihren pauschalen Ausführungen (act. 17 Rz. 118) kann die Klägerin keinen vom Wortlaut abweichenden weiterführenden Vertragsinhalt belegen. Immerhin ist der Verzicht nicht auf die Funktion als Vermögensverwalterin beschränkt, zumal in der eigentlichen Erklärung verschiedene Funktionen aufgeführt sind, in denen die Beklagte bei der Klägerin tätig war. Insbesondere kann ihre Rolle als Vermittlerin von Anschlüssen als besonders beauftragte Beraterin interpretiert werden. Somit ist zu prüfen, ob die zur Frage stehende Rückforderung auf einem Verantwortlichkeitsanspruch basiert.

In Art. 52 BVG wird die Haftung von Organen von Vorsorgeeinrichtungen geregelt. Von der Norm sind neben den formellen auch die faktischen Organe umfasst (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG FZG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2013, N 4 zu Art. 52 BVG). Wie bei der Organhaftung nach Art. 752 ff. OR wird dabei vorausgesetzt, dass ein Schaden entstanden ist, der widerrechtlich ist und vom Organ verschuldet wird, wobei ein Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden bestehen muss (VETTER-SCHREIBER, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 52 BVG). Die von der Klägerin behaupteten Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Berechnung der Vermittlerentschädigungen betreffen in erster Linie J._____ und I._____. Selbst wenn I._____ als Mitarbeiter der Beklagten gehandelt haben sollte, kann dieser daraus keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Wie ausgeführt, zählte die Berechnung der Entschädigung nicht zu den Pflichten der Beklagten aus dem Kooperationsvertrag 2009 (vorne E. 3.4.1). In Bezug auf die Rechnungsstellung ist weiter zu berücksichtigen, dass die Beklagte hier für sich selbst und nicht für die Klägerin gehandelt hat. Die Rechnungen hat sie als Dienstleister der Klägerin für erbrachte Leistungen gestellt. Sie hat aber damit keine Aufgabe für die Klägerin wahrgenommen. Die Klägerin führt denn auch nicht auf, inwiefern es sich bei der Beklagten in diesem Zusammenhang um ein Organ der Klägerin gehandelt haben soll. Ebenso wenig legt die Klägerin schlüssig dar, welche Pflichten die Beklagte bei diesem Handeln verletzt haben soll. Fest steht, dass eine Pflichtverletzung von I._____ als Stiftungsrat lediglich eine persönliche Haftung seinerseits bewirken kann, nicht aber eine Haftung der Beklagten als dessen Arbeitgeberin. Insgesamt liegt damit kein Verantwortlichkeitstatbestand, der die Beklagte betreffen würde, vor.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Klägerin geltend gemachten Rückforderungen für die Jahre 2010 bis 2012 aufgrund eingetretener Verjährung nicht mehr durchgesetzt werden können. Die Klägerin könnte diese der Beklagten lediglich verrechnungsweise entgegenhalten (act. 120 Abs. 3 OR).

3.4.3. Vermittlungsentschädigungen 2013 und 2014

3.4.3.1. Grundlagen

Wie ausgeführt, basieren die bisherigen Zahlungen der Vermittlungsentschädigungen für die Jahre 2013 und 2014 auf Akontorechnungen. Eine Schlusszahlung, mit der das Verhältnis saldiert worden wäre, erfolgte bis anhin nicht, weshalb es sich beim geltend gemachten Anspruch um eine vertragliche Rückforderung handelt (vorne E. 3.4.1). Dementsprechend unterliegt der Anspruch entgegen der Beklagten einer längeren Verjährungsfrist, die unbestrittenermassen noch nicht abgelaufen ist.

Die Beweislast für die Höhe des Rückforderungsanspruchs obliegt der Klägerin. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass diese Forderung vom Anspruch der Beklagten auf die Vermittlungsentschädigung abhängt, für deren Höhe wiederum die Beklagte beweispflichtig wäre. Der Anspruch der Beklagten und damit der für die Saldoberechnung und den Rückforderungsanspruch der Klägerin relevante Betrag ergibt sich aus dem Kooperationsvertrag 2009 und basiert auf den Risikoprämien und dem verwalteten Vermögen.

3.4.3.2. Anspruch für 2013

Für das Jahr 2013 hat die Klägerin Akontozahlungen von insgesamt CHF 185'000.– geleistet (act. 1 Rz. 61; act. 9 Rz. 112; act. 3/20 S. 80 ff.). Diesen unbestrittenen Zahlungen der Klägerin steht ein von der Klägerin anerkannter Anspruch der Beklagten von CHF 130'077.– gegenüber (act. 1 Rz. 61). Die Klägerin legt sodann für den Vermögenspool 1 eine detaillierte Abrechnung vor, aus der eine Vermittlungsentschädigung von CHF 116'217.05 resultiert (act. 3/22). Die Beklagte beschränkt sich darauf, die Richtigkeit der Berechnungen mit einer Verweisung auf einen Fehler in der Tabelle für das Jahr 2010 pauschal zu bestreiten (act. 9 Rz. 177); dies genügt den Anforderungen des Zivilprozesses nicht. Weiter ist dazu festzuhalten, dass die beigefügten Beweismittel der Klägerin grundsätzlich nicht genügen würden, den vollen Beweis über den Saldo zu erbringen. Allerdings handelt es sich bei den bestrittenen Beträgen um Ansprüche der Beklagten.

Diesbezüglich kann deren pauschales vorsorgliches Bestreiten ohne Nennung allfälliger (Gegen-)Beweismittel die Darstellung der Klägerin nicht erschüttern. Dementsprechend sind die von der Klägerin anerkannten Beträge als ausgewiesen anzusehen. Daraus resultiert für das Jahr 2013 ein Rückforderungsanspruch der Klägerin von CHF 54'923.– (Akontozahlungen: CHF 185'000.–; Vermittlungsentschädigung: CHF 130'077.–).

3.4.3.3. Anspruch für 2014

Die Akontozahlungen für das Jahr 2014 belaufen sich nach übereinstimmender Darstellung auf CHF 40'000.– (act. 1 Rz. 62; act. 9 Rz. 115). Der von der Klägerin anerkannte Anspruch der Beklagten auf Vermittlungsentschädigung beläuft sich auf CHF 65'000.– (act. 1 Rz. 62). Dies hat die Beklagte wiederum zu Recht als pauschalisierte Darstellung bestritten, die keinen genügenden Beweis darstellen könne (act. 9 Rz. 178). Allerdings verkennt die Beklagte, dass es sich auch hierbei um einen Anspruch ihrerseits handelt, der auch von ihr bewiesen werden müsste. Sie kann sich folglich - selbst bei lediglich pauschaler Darstellung der Klägerin - nicht mit einer pauschalen Bestreitung begnügen. Vielmehr wäre es an ihr gewesen, die erforderlichen Beweismittel für den Anspruch beizubringen oder zumindest deren Edition zu beantragen. Auch für das Jahr 2014 ist damit der von der Klägerin anerkannte Betrag ausgewiesen. Gestützt auf diese Ausführungen steht der Beklagten für das Jahr 2014 ein Restanspruch auf Vermittlungsentschädigung von CHF 25'000.– zu (Vermittlungsentschädigung: CHF 65'000.–; Akontozahlung: CHF 40'000.–).

3.5. Zinsanspruch

Neben der Forderung an sich macht die Klägerin einen Zins von 5% seit dem 31. Dezember 2015 geltend. Sie stützt sich dabei auf das Einreichen der Klage (act. 1 Rz. 63). Dies wird von der Beklagten lediglich pauschal bestritten (act. 9 Rz. 177); sie macht ihrerseits auch keine Ausführungen, ab welchem Zeitpunkt ein Zins geschuldet wäre.

Damit ist der Zinsanspruch - unter Vorbehalt einer früheren Verrechnung (dazu hinten E. 5.3) - ebenfalls ausgewiesen.

3.6. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der geltend gemachte Rückforderungsanspruch der Klägerin für die geleisteten Vermittlungsentschädigungen teilweise auf ungerechtfertigter Bereicherung und teilweise auf einer vertraglichen Grundlage beruht. Die Rückforderungsansprüche für die Jahre 2010 bis 2012 sind aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung geschuldet. Da die Klägerin die in Art. 67 OR vorgesehene Verjährungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis des Sachverhalts verpasst hat, ist die Klage in diesem Umfang abzuweisen. Für die Jahre 2013 und 2014 ist der Saldo durch die Klägerin ausgewiesen und durch die Beklagte nicht in genügender Weise bestritten worden.

Insgesamt steht der Klägerin unter dem Titel Rückforderung von Vermittlerentschädigungen - unter Vorbehalt der von der Beklagten subeventualiter erklärten Verrechnung - ein Betrag von CHF 29'923.- (CHF 54'923.- für 2013 abzüglich CHF 25'000.- für 2014) nebst Zins zu 5% seit 31. Dezember 2015 zu. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

4. Verrechnungsforderung der Beklagten

4.1. Ausgangslage

Die Beklagte erklärte in ihrer Klageantwort die Verrechnung des von ihr anerkannten Anspruchs auf Auszahlung der Kontorestbeträge mit einem eigenen Anspruch aus dem Dienstleistungsvertrag 2009. Ebenso erklärte sie subeventualiter die Verrechnung dieser Ansprüche mit den bestrittenen Rückforderungsansprüchen von Vermittlungsentschädigungen der Klägerin. Wie gezeigt steht der Klägerin unter dem Titel Kontoführung ein Anspruch von CHF 360'017.09 nebst Zins (vorne E. 2) und unter dem Titel Vermittlungsentschädigung ein Anspruch von CHF 29'923.- nebst Zins (vorne E. 3) zu. Es ist folglich zu prüfen, ob und in welcher Höhe die behauptete, zur Verrechnung gestellte Forderung der Beklagten besteht.

4.2. Unbestrittener Sachverhalt

Verrechnungsweise macht die Beklagte einen Anspruch aus einem zwischen den Parteien geschlossenen Dienstleistungsvertrag geltend. Unbestritten ist dabei, dass ein erster Dienstleistungsvertrag, welcher Marketingleistungen umfasst hat, am 29. Juni 2009 abgeschlossen worden ist (Dienstleistungsvertrag 2009). Darin wurden der Beklagten die Marketingaufgaben der Klägerin umfassend übertragen. Als Entschädigung wurde eine Pauschale von 0.4% des durchschnittlich verwalteten Anlagevermögens vereinbart (act. 11/8; act. 9 Rz. 39 ff.; act. 17 Rz. 33 ff.). Weiter ist anerkannt, dass die Klägerin am 20. November 2014 diesen Vertrag mittels schriftlicher Kündigung aufgelöst hat, wobei es sich aus Sicht der Klägerin lediglich um eine pro forma Kündigung ohne Anerkennung einer bis dahin laufenden Gültigkeit des Vertrages handelt (act. 3/14; act. 9 Rz. 84 ff.). Damit stimmen die Parteien dahingehend überein, dass der Vertrag spätestens mit diesem Schreiben aufgelöst worden ist. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Erbringung der unter diesem Vertrag geschuldeten Leistungen durch die Beklagte mangels rechtsgenügender Geltendmachung des Gegenteils ebenfalls als anerkannt gilt (vgl. vorne E. 1.4).

4.3. Standpunkte der Parteien

Strittig ist zwischen den Parteien, ob bereits vor der anerkannten Kündigung am 20. November 2014 eine Abänderung der Konditionen und damit eine Aufhebung des ursprünglich geschlossenen Vertrages erfolgt ist.

4.3.1. Klägerin

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, der Vertrag von 2009 sei durch eine Neuregelung abgelöst worden. An der Stiftungsratssitzung der Klägerin vom 7. Dezember 2011 seien die erforderlichen Sanierungsmassnahmen diskutiert und beschlossen worden, dass der Ansatz für die Marketingkosten ab dem 1. Februar 2012 auf CHF 100.– pro aktiven Versicherten festgelegt werde. Dies sei kein rein interner Beschluss gewesen, vielmehr hätten H._____ und I._____ von der Beklagten dem zugestimmt. Zudem sei auch Dr. G._____ anwesend und

einverstanden gewesen. Allen Beteiligten sei klar gewesen, dass damit der alte Dienstleistungsvertrag 2009 aufgehoben worden sei; dagegen habe auch die Beklagte keine Einwände erhoben (act. 17 Rz. 31 ff.). Auch wenn die Parteien einen Formvorbehalt vorgesehen hätten, sei vorliegend von einem Verzicht auf die vorliegende Schriftform auszugehen. Das ergebe sich auch aus der Rechnungsstellung der Beklagten. Diese habe bereits per 30. März 2012 erstmals nach der neuen Methode abgerechnet. Entgegen der beklaglichen Darstellung, sei diese Rechnung am 10. Mai 2012 bei der Klägerin eingegangen und damit vor der Offerte der Beklagten (act. 17 Rz. 54 ff.). Am 22. Mai 2012 habe die Beklagte der Klägerin eine neue Offerte vorgelegt. Diese habe M._____ erst unterzeichnet, dann aber I._____ mitgeteilt, dass der Vertrag so nicht geschlossen werden könne, da er nicht dem Stiftungsratsbeschluss entspreche (act. 17 Rz. 61 ff.). Weiter hält die Klägerin fest, im Rahmen der Korrespondenz über die Gültigkeit des Vertrages habe die Beklagte in der Person von H._____ auf die Infrastrukturentscheidung verzichtet, was aber keinen Verzicht auf den ganzen neuen Vertrag darstellen könne. Weiter habe Dr. G._____ in einer E-Mail an eine Mitarbeiterin des amtlichen Verwalters festgehalten, dass es sich bei der strittigen Frage um einen Auslegungstreit bezüglich des Stiftungsratsbeschlusses handle. Zusammengefasst habe die Beklagte versucht, zusätzlich zur vereinbarten Pauschale eine Infrastrukturentscheidung in den Vertrag zu schmuggeln, und als dies aufgefliegen sei, habe sie behauptet, der ursprüngliche Vertrag lebe wieder auf. Dieses Verhalten könne keinen Rechtsschutz finden (act. 17 Rz. 72 ff.).

Sodann sei an der Stiftungsratssitzung vom 28. Januar 2014 eine Offerte der Beklagten, die zuvor durch I._____ übermittelt worden sei, angenommen worden, die die Marketingkosten für 2013 und 2014 auf pauschal je CHF 65'000.– reduziert habe. Auch diesem Angebot sei eine Aufforderung der Aufsichtsbehörde vorgegangen, die Kosten weiter zu reduzieren. Niemand im Stiftungsrat habe die Stellungnahme anders als als Offerte verstanden, zumal I._____ stets Sprachrohr der Beklagten gewesen sei. Im Vorfeld habe Stiftungsrat N._____ einen entsprechenden Antrag gestellt, worauf die Beklagte drei Stellungnahmen verfasst habe. Dass es sich nicht um einen Alleingang von I._____ gehandelt habe, ergebe sich auch aus der Tatsache, dass nur rund 20 Tage später eine entsprechende Rech-

nung gestellt worden sei. Von der angeblichen korrigierten Rechnung habe die Klägerin keine Kenntnis (act. 17 Rz. 88 ff.). Auch im Rahmen einer erneuten Korrespondenz zur Entschädigung für das Jahr 2012, habe sich die Beklagte dem neuen Vertrag für die Jahre 2013 und 2014 angeschlossen. Diesen Vertragschluss habe sie in der E-Mail vom 4. April 2014 bestätigt (act. 17 Rz. 98 ff.). Schliesslich stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, die der Beklagten für die Jahre 2012 bis 2014 zustehende Marketingentschädigung vollständig abgegolten zu haben (act. 17 Rz. 55, 95 und 105).

Im Rahmen ihrer Stellungnahme zur Duplik machte die Klägerin verschiedentlich Ausführungen zu Darstellungen der Beklagten. Dabei stellte sie keine wesentlichen neuen Behauptungen auf. Die Bestreitung der Leistungserbringung (act. 25 Rz. 37 f.) ist - wie bereits ausgeführt (vorne E. 1.4) - verspätet erfolgt und folglich nicht beachtlich.

4.3.2. Beklagte

Nach der Darstellung der Beklagten ist der Dienstleistungsvertrag 2009 bis zur schriftlichen Kündigung durch die Klägerin vom 20. November 2014 in Kraft geblieben (act. 9 Rz. 84 ff.). Die Klägerin habe ab Dezember 2011 ihr Sanierungskonzept erweitern müssen. In Nachachtung zur Diskussion im Stiftungsrat habe die Beklagte am 22. Mai 2012 eine Offerte gestellt, die rückwirkend per 1. Januar 2012 hätte in Kraft treten sollen. Die Beklagte sei in der Folge davon ausgegangen, dass dieser Entwurf gelte und habe gestützt darauf Rechnung für ihre Leistungen gestellt. Nach verschiedener Korrespondenz sei klar geworden, dass bezüglich des neuen Vertrags kein Konsens bestanden habe, weshalb es nicht zu einer rechtsgültigen Änderung des Dienstleistungsvertrages 2009 gekommen sei (act. 9 Rz. 46 ff.). Weiter bestreitet die Beklagte, der Klägerin eine Offerte über eine pauschale Entschädigung von je CHF 65'000.- für die Jahre 2013 und 2014 gestellt zu haben. Dies ergebe sich lediglich aus einem internen Protokoll der Klägerin. I. _____ habe eine diesbezügliche Anregung vorgebracht, er habe aber nur als Stiftungsrat der Klägerin agiert und keine Offerte der Beklagten abgeben können. Ohnehin habe er keine Zeichnungsberechtigung gehabt. Dieser Beschluss sei damit einseitig und intern erfolgt und könne keine Vertrags-

änderung bewirken. Die Rechnung über CHF 70'200.– sei von I._____ erstellt worden und L._____ sei von einer Akontorechnung ausgegangen. Dieser Irrtum sei am nächsten Tag korrigiert worden (act. 9 Rz. 60 ff.). Mit einem Schreiben der Geschäftsstelle habe die Klägerin den Vertrag sodann am 8. März 2014 abändern wollen, indem sie wiederum eine neue Berechnungsmethode gewählt habe. Auch dies sei so nie vereinbart worden (act. 9 Rz. 71 ff.). Erst mit Schreiben vom 23. Juni 2014 habe der amtliche Verwalter den Kooperationsvertrag 2009 gekündigt und später am 20. November 2014 auch den Dienstleistungsvertrag 2009 (act. 9 Rz. 78 ff.). Gestützt auf den Dienstleistungsvertrag 2009 und unter Anrechnung der von der Klägerin geleisteten Zahlungen, stehe der Beklagten eine Entschädigung von CHF 1'192'415.26 nebst Zinsen zu (act. 9 Rz. 87 ff.).

Die Beklagte bleibt auch in der Duplik bei ihrer Auffassung, der Dienstleistungsvertrag 2009 habe bis zum 20. November 2014 unverändert bestanden (act. 21 Rz. 26 ff.). Bestritten werde, dass anlässlich der Stiftungsratssitzung vom 7. Dezember 2011 eine neue Vereinbarung getroffen worden sei, dabei habe es sich um einen rein internen Entscheid im Zusammenhang mit dem Sanierungskonzept der Klägerin gehandelt. Die Beklagte habe diesbezüglich weder eine Offerte abgegeben noch der Abänderung zugestimmt. Eine Willenserklärung der Beklagten oder ein Konsens über die Abänderung könne in der Anwesenheit von Vertretern der Beklagten nicht erkannt werden (act. 21 Rz. 35 ff.). Die Rechnungsstellung der Beklagten für das Jahr 2012 habe sodann nie auf dem Stiftungsratsbeschluss basiert. Vielmehr habe sie auf dem Vertragsentwurf vom 22. Mai 2012 beruht. Alleine weil beide Grundlagen eine Entschädigung von CHF 100.– vorsähen, könne jedoch keine Einigung angenommen werden. Die Beklagte habe nach der Unterzeichnung durch M._____ davon ausgehen dürfen, dass auch O._____ den Entwurf unterzeichnen werde und sei gutgläubig von der Gültigkeit ausgegangen. Entsprechend habe sie auch für die Jahre 2012 und 2013 auf dieser Grundlage Rechnung gestellt. Dass diese Rechnungsstellung nicht dem Inhalt des Beschlusses entsprochen habe, ergebe sich daraus, dass die Beklagte sämtliche Versicherten und nicht nur die aktiven Versicherten berücksichtigt habe. Auch dass bereits vor Zustellung des Vertragsentwurfs eine erste Rechnung mit der neuen Berechnung gestellt worden sei, könne keine Ein-

willigung darstellen, zumal intern der Entwurf bereits vorgelegen habe. Die Verrechnung der Infrastrukturkosten basiere ebenfalls auf der irrtümlichen Annahme, der Vertrag sei in Kraft getreten (act. 21 Rz. 52 ff.). Die Beklagte habe erst anlässlich des Telefonats von M._____ vom 17. Mai 2014 erfahren, dass die Klägerin den Vertrag nicht als verbindlich ansehe. Der erklärte Verzicht auf die Ansprüche sei erfolgt, weil die Beklagte weiterhin bereit gewesen sei, eine beidseits akzeptable Lösung zur Änderung des Dienstleistungsvertrages 2009 zu finden, könne aber nichts daran ändern, dass der ursprüngliche Vertrag weiterhin in Kraft gewesen sei (act. 21 Rz. 70 ff.). Weiter hält die Beklagte daran fest, dass es sich auch beim Stiftungsratsbeschluss vom 28. Januar 2014 um eine rein interne Beschlussfassung der Klägerin handle. Bestritten werde, dass I._____ eine Offerte im Namen der Klägerin gestellt habe. Die beiden Stellungnahmen der Beklagten zum Antrag von N._____ hätten hingegen die Marketingentschädigung nicht betroffen (act. 21 Rz. 76 ff.). Eine stillschweigende Annahme durch die Beklagte liege ebenfalls nicht vor. Die Rechnung in der Höhe von CHF 70'200.– sei durch L._____ in der Annahme unterzeichnet worden, es handle sich um eine der üblichen Akontorechnungen. Als die Beklagte den Irrtum erkannt habe, habe sie die Rechnung sofort korrigiert. Dass der Klägerin diese neue Rechnung nicht bekannt sei, sei nicht glaubwürdig (act. 21 Rz. 84 ff.). Weitere Versuche der Klägerin, den Vertrag einseitig abzuändern seien am 8. März 2014 für das Jahr 2012 und in der Korrespondenz zwischen H._____ und M._____ erfolgt, die aber ebenfalls nicht zu einer Einigung geführt hätten. Insbesondere könne aus dem E-Mail Verkehr vom 4. April 2014 nichts zu Gunsten der Klägerin hergeleitet werden (act. 21 Rz. 88 ff.). Eine Kündigung sei erst am 20. November 2014 erfolgt (act. 21 Rz. 99 ff.).

4.4. Rechtliches

Die Auflösung eines Vertrages kann sowohl durch Kündigung als auch durch gegenseitige Übereinkunft erfolgen. Bei der Kündigung handelt es sich um eine einseitige Erklärung derjenigen Partei, die den Vertrag nicht mehr gegen sich gelten lassen will. Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht, welches gesetzlich nicht normiert ist. Entsprechend sind für die Erklärung die Allgemeinen Bestimmungen

über die Willenserklärungen anwendbar. Demgegenüber stellt die einvernehmliche Vertragsauflösung eine übereinstimmende Willenserklärung und damit ein Vertrag im Sinne von Art. 1 ff. OR dar (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 82.02 ff.). Dasselbe gilt für Vertragsänderungen: Vorab wird ein übereinstimmender Wille verlangt. Eine einseitige Anpassung ist nur möglich, wenn dies gesetzlich oder vertraglich vorgesehen wird (SCHWENZER, OR AT, a.a.O., N 26.28 f.).

Gestützt auf Art. 1 Abs. 1 OR kommt ein Vertrag durch die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien zu Stande. Ohne anderweitige Vereinbarung kann diese Willensäusserung sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Eine stillschweigende Willensäusserung stellt das konkludente Handeln einer oder beider Parteien dar. Damit dieses zu einem Vertragsschluss führen kann, muss die "Erklärung" der Partei den notwendigen Inhalt umfassen. Zu berücksichtigen ist dabei sämtliches Handeln, das von der Partei selbst gesetzt worden ist (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT/EUGEN BUCHER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 17 ff. zu Art. 1 OR). Damit ein Vertrag zu Stande kommt, ist eine Einigung über die objektiv notwendigen Punkte erforderlich. Ist dies der Fall, wird vermutet, dass die Parteien auch ohne Übereinstimmung in Nebenpunkten den Vertrag schliessen wollten (ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, a.a.O., N 23 ff. zu Art. 1 OR).

Im Allgemeinen kennt das Gesetz keine bestimmten Formvorschriften für den Abschluss eines Vertrages; solche bestehen einzig in einzelnen Bereichen. Es steht den Parteien aber offen, einen Formvorbehalt - sowohl für den Vertragsschluss als auch für dessen Änderung - zu vereinbaren (Art. 16 Abs. 1 OR). Soweit sie einen solchen vereinbaren, ist zu vermuten, dass dies als Gültigkeitserfordernis und nicht bloss zu Beweis Zwecken vorgesehen wird (INGEBORG SCHWENZER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 6 zu Art. 16 OR). Der vertragliche Formvorbehalt kann jederzeit, auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln, aufgehoben werden. Soweit die Parteien auch die Vertragsänderung einer Form unterstellen, kann eine formfreie Aufhebung nicht leichthin angenommen werden (SCHWENZER, BSK, a.a.O., N 10 f. zu Art. 16 OR).

Vom Schriftlichkeitsvorbehalt sind die objektiv wesentlichen Punkte erfasst (SCHWENZER, BSK, a.a.O., N 13 zu Art. 11 OR). Einen Formvorbehalt hat diejenige Partei zu beweisen, die sich auf die Unwirksamkeit des formfrei Vereinbarten beruft. Hingegen liegt die Beweislast bei feststehendem Vorbehalt bei derjenigen Partei, die einen formfrei zustande gekommenen Vertrag behauptet (SCHWENZER, BSK, a.a.O., N 12 zu Art. 16 OR).

Nach der Allgemeinen Regelung des Beweislast hat derjenige der aus einem Vertrag ein Recht ableitet auch das Entstehen des entsprechenden Vertrages zu beweisen (FLAVIO LARDELLI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2015, N 42 ff. zu Art. 8 ZGB). Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass der Dienstleistungsvertrag 2009 ursprünglich Geltung erlangt hat. Ein Beweis des Fortbestands ist nicht erforderlich (LARDELLI, a.a.O., N 43 zu Art. 8 ZGB). Strittig ist vielmehr das Inkrafttreten der neuen Verträge und die Abänderung des bisherigen Vertrages. Für diese Sachverhalte ist die Klägerin beweispflichtig, die daraus eine Reduktion der Verpflichtung gegenüber der Beklagten ableitet.

4.5. Vertragsschluss und Vertragsänderungen

4.5.1. Dienstleistungsvertrag 2009

Unbestrittenermassen haben die Parteien am 29. Juni 2009 einen als Dienstleistungsvertrag betitelten Vertrag abgeschlossen, mit welchem die Klägerin der Beklagten verschiedene Aufgaben im Bereich Marketing und Vertrieb übertragen hat (Dienstleistungsvertrag 2009). Dieser Vertrag wurde schriftlich geschlossen und seitens der Klägerin von M._____ und P._____ sowie seitens der Beklagten von H._____ und Q._____ unterzeichnet (act. 11/8). Der Vertragsbeginn wurde auf den 1. Juli 2009 festgelegt, wobei eine Kündigungsmöglichkeit auf Ende eines Geschäftsjahres mit sechsmonatiger Kündigungsfrist vereinbart wurde (act. 11/8 Ziff. 6). Weiter haben die Parteien einen Schriftlichkeitsvorbehalt für Nebenabreden, Änderungen und Ergänzungen sowie rechtserhebliche Erklärungen vorgesehen (act. 11/8 Ziff. 9).

Damit ist eine Abänderung des Dienstleistungsvertrages 2009 grundsätzlich nur schriftlich möglich. Eine andere Form ist durch den vertraglichen Formvorbehalt ausgeschlossen, was zulässig ist. Dies ändert nichts daran, dass die Parteien den vereinbarten Passus im gegenseitigen Einvernehmen auch streichen können. Eine schriftliche Aufhebung des Vorbehalts wird weder behauptet noch ist eine solche ersichtlich. Demnach kann eine nicht schriftlich erfolgte Vertragsänderung nur zurückhaltend angenommen werden. Diese ist durch die Klägerin, die eine formfreie Abänderung behauptet, zu beweisen.

4.5.2. Stiftungsratssitzung vom 7. Dezember 2011

a. Eine erste Abänderung des schriftlichen Vertrages ist nach der Meinung der Klägerin im Rahmen der Stiftungsratssitzung vom 7. Dezember 2011 erfolgt. An dieser waren von der Beklagten H._____ (Verwaltungsratspräsident mit Kollektivunterschrift zu zweien, act. 3/3; gleichzeitig Stiftungsrat der Klägerin, act. 3/2). I._____ (bei der Beklagten ohne Zeichnungsberechtigung, act. 3/3; gleichzeitig Stiftungsrat der Klägerin, act. 3/2) sowie Dr. G._____ (Mitglied Geschäftsleitung mit Kollektivunterschrift zu zweien, act. 3/3) anwesend (act. 11/16 S. 1). Gemäss Protokoll wurden im Rahmen dieser Sitzung verschiedene Sanierungsmassnahmen besprochen und verabschiedet. Unter anderem wurde festgehalten, dass die Marketingkosten ab dem 1. Januar 2012 auf CHF 100.– pro aktiven Versicherten festgelegt würden. Dabei handelt es sich gemäss Protokoll um einen Beschluss des Stiftungsrats (act. 11/16 S. 4).

b. Vorab ist festzuhalten, dass ein einseitiger Beschluss der einen Vertragspartei für sich keine Vertragsänderung bewirken kann. Dies wird im vorliegenden Fall weder im Vertrag noch im Gesetz ermöglicht. Eine übereinstimmende Willensäusserung kann stets nur erreicht werden, wenn sich beide Vertragsparteien zumindest konkludent äussern. So ist denkbar, dass die an der Stiftungsratssitzung anwesenden Vertreter der Beklagten dem diskutierten Vorschlag auch im Namen der Beklagten zustimmen und damit ein Vertrag zu Stande kommt. Allerdings wird dies von der Beklagten bestritten.

c. Als Beweis für eine Zustimmung der Beklagte nennt die Klägerin das Protokoll der besagten Sitzung (act. 11/16; act. 17 Rz. 38 ff.). Dieses vermag aber keinen diesbezüglichen Beweis zu erbringen. Eine ausdrückliche Zustimmung der Vertreter der Beklagten in deren Namen ist darin nicht vermerkt. Eine solche kann nicht alleine aus der Anwesenheit von H._____, I._____ und Dr. G._____ geschlossen werden. Immerhin haben H._____ und I._____ in ihrem Amt als Stiftungsräte die Interessen der Klägerin zu vertreten. Soweit diese den Interessen der Beklagten zuwider laufen - wie hier mit einer tieferen Entschädigung für dieselben Leistungen - müssten sie in den Ausstand treten. Dies wird im Organisations- und Verwaltungsreglement der Klägerin auch ausdrücklich vorgesehen (act. 22/49 Ziff. 4). Ob sie dies gemacht haben, ist aus dem eingereichten Protokoll nicht ersichtlich. Anzumerken ist immerhin, dass ein rechtskonformes Vorgehen zu vermuten wäre und damit - aufgrund des erforderlichen Ausstandes von H._____ und I._____ - das Protokoll keine Aussage über deren Zustimmung zur Reduktion der Entschädigung machen kann. Es ist aber auch in keiner Form dokumentiert, welche Stiftungsräte den einzelnen Massnahmen zugestimmt hätten. Da ein Mehrheitsentscheid genügend wäre (act. 22/49 Ziff. 4) und das Protokoll keinen einstimmigen Entscheid dokumentiert, kann der Beweis der Zustimmung von H._____ und I._____ auch aus diesem Aspekt nicht erbracht werden. Ebenso wenig ist im Protokoll eine Zustimmung von Dr. G._____ festgehalten. Seine Beteiligung im Rahmen der Sitzung ist lediglich zu "Traktandum 3: Überblick Anlagen" protokolliert (act. 11/16 S. 2). Damit kann die Zustimmung von Dr. G._____ erst recht nicht belegt werden. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Protokoll nicht schliessen lässt, die Vertreter der Beklagten hätten einer Änderung des Vertrages ausdrücklich zugestimmt.

Beim Protokoll des Stiftungsrates handelt es sich zudem nicht um ein Wortprotokoll, das sämtliche Wortmeldungen aller Anwesenden enthalten würde. Protokolliert wurden die Beratungen und Beschlussfassungen der Klägerin, hingegen nicht eine Willensbildung der Beklagten. Solche Ausführungen wären im Protokoll der Stiftungsratssitzung der Klägerin fehl am Platz. Deshalb kann auch aus der Tatsache, dass nicht erwähnt wird, dass sich einer der anwesenden Vertreter der

Beklagten gegen die Vertragsänderung gestellt haben soll, nichts zu Gunsten der Klägerin hergeleitet werden.

Das Protokoll kann entsprechend kein genügendes Beweismittel für den Beweis einer Zustimmung der Beklagten zur Vertragsänderung darstellen. Unter diesen Umständen kann offen gelassen werden, ob ein lediglich durch den Stiftungsratspräsidenten unterzeichnetes Protokoll den Beweis zu Gunsten der Klägerin überhaupt erbringen könnte. Immerhin stellt sich die Frage, ob diese einseitige Darstellung allfällige Aussagen einzelner Sitzungsteilnehmer überhaupt beweisen könnte.

d. Weiter werden lediglich Parteiaussagen als Beweismittel genannt (act. 17 Rz. 43). Da die Klägerin eine ausdrückliche Zustimmung der beteiligten Personen im Namen der Beklagten zu beweisen hätte, kann ihr mit diesen Aussagen der Beweis nicht gelingen. Heute, mehr als fünf Jahre nach der Stiftungsratssitzung, wird sich keine der beteiligten Personen in rechtsgenügender Weise an den Wortlaut der einzelnen Aussagen erinnern können. Dies wäre aber für den Beweis zwingend, da nur mit dem exakten Wortlaut des Gesprächsverlaufs sämtlicher Anwesender geklärt werden könnte, ob eine behauptete Aussage als Willensäusserung der Beklagten und nicht als blosser Absichtserklärung gewertet werden kann. Zudem muss davon ausgegangen werden, dass die offerierten Personen auf der Klägerseite und die von der Beklagten offerierten Personen jeweils die eigene Darstellung stützen werden. Da keiner der zu befragenden Personen eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommen kann, zumal bei allen auch eigene Interessen betroffen sind, ist unter diesen Umständen der Beweis nicht erbracht. In antizipierter Vorwegnahme des Beweisergebnisses sind die Befragungen folglich nicht durchzuführen.

e. Schliesslich kann der Entscheid des Stiftungsrates auch nicht als Kündigung des bisherigen Vertrages durch die Klägerin, ohne Ersatz desselben, aufgefasst werden. Es wurde von der Klägerin nie in Frage gestellt, dass die Marketingaufgaben weiterhin der Beklagten obliegen sollen. Auch gab es nie eine Mitteilung einer Vertragsaufhebung durch die Klägerin.

f. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass aus der Teilnahme von I._____, H.____ und Dr. G.____ an der Stiftungsratssitzung vom 7. Dezember 2011 keine Zustimmung zu einer Abänderung des Dienstleistungsvertrages 2009 hergeleitet werden kann.

4.5.3. Schriftliche Offerte der Beklagten

Weiter hat die Beklagte der Klägerin am 22. Mai 2012 eine Offerte für einen neuen Dienstleistungsvertrag zugestellt. Darin waren dieselben Aufgaben im Bereich des Marketings vorgesehen wie bisher. Als Entschädigung sah die Offerte - ähnlich wie der Beschluss des Stiftungsrates - CHF 100.- zuzüglich MWSt. pro versicherte Person und Jahr vor. Zudem verlangte die Beklagte eine Infrastrukturentschädigung von CHF 3'000.- zuzüglich MWSt. pro Monat (act. 11/17). Für die Beklagte wurde die Offerte von L.____ und Dr. G.____ unterzeichnet. Seitens der Klägerin unterzeichnete erst M.____ den Vertrag (act. 11/18). Zudem existiert ein Scan bzw. eine Kopie des Vertrages die auch von O.____ unterzeichnet wurde (act. 11/19). Dabei ist zwischen den Parteien umstritten, wie diese Unterschrift zu Stande gekommen ist. Unbestritten ist, dass sich diese Unterschrift nicht auf einem Originalexemplar der Urkunde befindet. Da keine der Parteien daraus weitere Rechte ableitet und weil sich die Parteien mittlerweile einig sind, dass der Vertrag in dieser Form nie zustande gekommen ist (act. 9 Rz. 59; act. 17 Rz. 56 ff.), erübrigt sich eine Prüfung der Umstände der Entstehung der Unterschrift.

Dementsprechend wurde durch die Offerte der Beklagten der ursprüngliche Dienstleistungsvertrag 2009 nie abgeändert.

4.5.4. Konkludentes Handeln der Beklagten

a. Nachdem im Rahmen der Sitzung des Stiftungsrates nicht von einer eigentlichen Einigung der Parteien auszugehen ist und kein schriftlicher Vertrag zu Stande gekommen ist, ist weiter zu prüfen, ob die Beklagte mit ihrem weiteren Verhalten einer Vertragsänderung im Sinne der Klägerin konkludent zugestimmt hat. Neben der Anwesenheit ihrer Vertreter an der Stiftungsratssitzung vom

7. Dezember 2011 ist auch das darauf folgende Verhalten der Beklagten in diese Beurteilung mit einzubeziehen. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass die Parteien im ursprünglichen Dienstleistungsvertrag 2009 einen Schriftlichkeitsvorbehalt für Vertragsänderungen vorgesehen haben (act. 11/8 Ziff. 9).

Wie gezeigt genügt die reine Anwesenheit der Vertreter der Beklagten in der Stiftungsratssitzung nicht um eine ausdrückliche Zustimmung zum Beschluss des Stiftungsrates anzunehmen (vorne E. 4.5.2). Allerdings kann daraus immerhin geschlossen werden, dass die Beklagte die Vorstellungen der Klägerin zur Marketingentschädigung kannte, was diese auch nicht bestreitet. Dies hat die Beklagte auch mit ihrem weiteren Verhalten deutlich gezeigt und gleichzeitig signalisiert, einer Vertragsänderung mit einer tieferen Entschädigung offen gegenüber zu stehen. Dies kann aus der Rechnungsstellung für das Jahr 2012 abgeleitet werden: Die von der Beklagten erstellten Akontorechnungen enthalten zwar keine detaillierte Berechnung der Beträge, doch ergibt sich aus der Höhe der Rechnungen und dem Vergleich mit dem Vorjahr, dass die Entschädigung bedeutend tiefer ausgefallen ist (act. 18/12 S. 1). Dies ist klar als Bereitschaft zur Vertragsänderung zu werten.

b. Zu berücksichtigen ist insbesondere die erste Rechnung vom 30. März 2012 für die Monate Januar bis März 2012 (act. 11/20 S. 1). Als Vertragsdokument taugt diese Rechnung für sich alleine nicht. So sind darin weder die zu erbringenden Leistungen - abgesehen von einem pauschalen Hinweis auf das Marketing - noch die geschuldete Entschädigung - unter Vorbehalt des pauschal genannten (Akonto-)Betrags für das erste Quartal 2012 - enthalten. Es fehlt damit gänzlich an den Essentialia eines Vertrages. Zudem ist die Rechnung weder von der Klägerin noch von der Beklagten unterzeichnet worden.

Eine eigentliche Bestätigung des Stiftungsratsbeschlusses ist darin ebenfalls nicht zu erkennen. Dieser ist mit keinem Wort erwähnt, weder der Beschluss noch dessen Inhalt. Aus den Ausführungen der Parteien ergibt sich lediglich, dass die Berechnung der Entschädigung auf der neuen Grundlage erfolgte. Die fehlende explizite Bezugnahme auf den Beschluss spricht bereits gegen eine Bestätigung desselben. Hinzu kommt dass es sich ausdrücklich um eine Akontorechnung

handelt, die eine spätere Abrechnung über den Gesamtbetrag bedarf. Dieser Vorbehalt ist vorliegend entscheidend. Die Beklagte hat damit gerade nicht die definitive Entschädigung eingefordert. Entsprechend kann aber auch nicht auf eine Zustimmung zu einer diesbezüglichen Vertragsänderung und ein Verzicht auf eine höhere Entschädigung daraus abgeleitet werden. Sodann kann alleine aus der Tatsache, dass die Rechnung vor der Offertstellung erfolgt ist, nichts zu Gunsten der Klägerin abgeleitet werden. Dass die angestrebte Reduktion intern bereits bekannt war, ist nachvollziehbar, ebenso dass unter diesen Umständen keine höhere Rechnung gestellt wird.

c. Hinzu kommt, dass die Beklagte am 22. Mai 2012 der Klägerin eine Offerte für die Neuregelung des Dienstleistungsvertrages hat zukommen lassen. Dieser Vertrag ist nie zustande gekommen (dazu vorne E. 4.5.3). Die gestellte Offerte ist aber im Rahmen der Beurteilung eines allfällig konkludenten Verhaltens der Beklagten zu berücksichtigen. So zeigt auch die Offerte, dass die Beklagte ihre Zustimmung zu einer geringeren Entschädigung unter bestimmten Umständen gegeben hätte. Mit der Offerte hat die Beklagte aber auch klargestellt, dass sie sich nicht an den Stiftungsratsbeschluss vom 7. Dezember 2011 gebunden sieht. Da zuvor keine ausdrückliche Willensäußerung des Gegenteils erfolgt ist, stellt dies keinen Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten dar. Auch bringt die Beklagte damit deutlich zum Ausdruck, dass sie nicht von der vertraglich vorbehaltenen Schriftform abweichen will. Auch wenn die Beklagte in erster Linie die Vorschläge bzw. den Beschluss des Stiftungsrates der Klägerin übernommen hat, kann dies nicht als bedingungslose Zustimmung gewertet werden. Neben der fehlenden Schriftlichkeit ist die Beklagte auch von der Beschlussfassung abgewichen, indem sie zusätzlich eine Infrastrukturentschädigung verlangt hat. Zudem sind sich die Parteien bis heute nicht darüber einig, welcher Personenkreis für die Berechnung der Entschädigung massgebend wäre. Damit fehlt es auch inhaltlich an einer übereinstimmenden Willenserklärung.

Zutreffend ist, dass M._____ gegenüber I._____ erklärt hat, das der neu vorgelegte Dienstleistungsvertrag nicht unterzeichnet werden könne (act. 18/13a; act. 17 Rz. 63), wobei offen gelassen werden kann, ob dieser überhaupt der rich-

tige Adressat für eine solche Erklärung gewesen ist. Alleine mit ihrer Weigerung einen neuen Vertrag zu unterschreiben, kann die Klägerin von der Beklagten keine Zustimmung zu ihren eigenen Vertragsvorstellungen erzwingen. Solange eine solche nicht erfolgt, ist kein neuer Vertrag zu Stande gekommen und mangels Kündigung der alte weiterhin in Kraft.

d. Schliesslich hat die Beklagte der Klägerin trotz fehlender Unterzeichnung ihrer Offerte auch für den Rest des Jahres 2012 und das Jahr 2013 gestützt auf die offerierten Grundlagen Rechnung gestellt (act. 11/20 S. 2 ff.). Auch daraus lässt sich aber kein Vertragsschluss ableiten. Wie schon bei der Rechnung vom 30. März 2012 lässt sich auch aus den übrigen Rechnungen keine Zustimmung zum Stiftungsratsbeschluss ableiten. Weiterhin kann daraus nur geschlossen werden, dass die Beklagte grundsätzlich einer Kürzung ihres Honorars zustimmen würde. Wenn sie der Klägerin im Rahmen laufender Vertragsverhandlungen keine höheren Rechnungen stellt - welche allenfalls nach Vertragsschluss wieder zurückerstattet werden müssten - kann ihr dies nicht zum Nachteil ausgelegt werden. Zudem ergibt sich aus den Rechnungen für die Infrastrukturkosten 2012 und 2013 (act. 11/20 S. 5 und 7), dass die Beklagte weiterhin an ihrer diesbezüglichen Entschädigung und an der schriftlichen Offerte festgehalten hat. Selbst wenn der Beklagten hätte bewusst sein müssen, dass der Vertrag in dieser Form nicht zustande kommen wird, kann daraus keine Zustimmung zum Beschluss der Klägerin hergeleitet werden. Immerhin ergibt sich aus der eingereichten Korrespondenz (dazu sogleich), dass die Parteien noch bis ins Jahr 2014 über den Bestand und den Inhalt des Vertrages uneinig waren.

e. Die Klägerin führt verschiedene weitere Korrespondenz an, welche die konkludente Zustimmung beweisen soll. Dazu folgendes: Die E-Mail Korrespondenz vom 30. Oktober 2012 (act. 18/14) befasst sich entgegen der Ausführung der Klägerin (act. 17 Rz. 64) nicht mit der Frage, ob der Stiftungsratsbeschluss für die Beklagte verbindlich ist. Die pauschale Frage in der E-Mail von M._____, ob diese Entwürfe noch von Bedeutung seien, kann diesbezüglich keine Aussage machen. Auch die E-Mail von M._____ an I._____ vom 16. Mai 2013 als Reaktion auf die Rechnung für die Infrastrukturkosten im 1. Quartal 2013 stellt keinen entspre-

chenden Beweis dar (act. 18/15). Einerseits finden sich darin lediglich Ausführungen von M._____, der keine Aussage für die Beklagte machen kann. Andererseits verweist M._____ auf den Beschluss der Aufsichtsbehörde. Dieser gilt allerdings nur für die Klägerin, diese kann daraus keine Rechte gegenüber der Beklagten herleiten. Es wäre an der Klägerin sicherzustellen, dass ihr lediglich die darin genehmigten Kosten entstehen. Soweit dies mit der Beklagten nicht vereinbart werden kann, hätte sie sich einen anderen Vertragspartner suchen müssen. Auch die Antwort von I._____, er habe die Rechnung storniert (act. 18/16), ist keine Zustimmung zum Beschluss, lediglich ein vorübergehender Verzicht auf eine Zahlung. Es findet sich keinerlei Aussage dazu, wie der neue Vertrag aussehen soll, zudem stammte die E-Mail von I._____, der ohnehin keine Entscheidungen für die Beklagten treffen konnte. Sodann wurden der Klägerin die Rechnungen erneut mit der Bitte um Bezahlung zugestellt (act. 18/17), was wiederum ein klarer Hinweis darauf ist, dass sich die Beklagte nicht an den Beschluss gebunden sieht und weiterhin zumindest die in ihrer Offerte vorgesehene Entschädigung beansprucht. Schliesslich hat am 20. Februar 2014 H._____ in einer E-Mail an M._____ festgehalten, dass er mit den Ausführungen M._____'s einverstanden sei und auf die betreffenden Beträge verzichtet werde (act. 18/20). Entgegen der Klägerin kann auch daraus keine Zustimmung der Beklagten zum Stiftungsratsbeschluss hergeleitet werden. Vielmehr ist die Aussage in den Gesamtzusammenhang zu stellen. Die Ausführungen von M._____ in seiner E-Mail vom 20. Februar 2014 betreffen alleine die Offerte vom 22. Mai 2012. Der Beschluss ist lediglich am Rande als Begründung der fehlenden Unterzeichnung der Offerte erwähnt (act. 18/19). Nach Treu und Glauben kann die Aussage von H._____ nur so verstanden werden, dass die Beklagte auf ihre Ansprüche aus der Offerte vom 22. Mai 2012 verzichtet, nicht aber isoliert auf die Infrastrukturentschädigung. Dies hat aber nicht zur Folge, dass ein Einverständnis der Beklagten zu einer Vertragsänderung angenommen werden darf. Eine solche Erklärung findet sich in der besagten E-Mail nicht. Immerhin ergibt sich aber aus der E-Mail, dass die Beklagte noch im Februar 2014 von der Gültigkeit eines Vertrages gestützt auf ihre Offerte ausgegangen ist. Dies belegt zweierlei: Einerseits, dass die Beklagte die Rechnungsstellung nicht grundlos auf die tiefere Entschädigung gestützt hat und andererseits, dass

sie auch zum damaligen Zeitpunkt nicht auf einen schriftlichen Vertrag verzichtet hat. Die E-Mail von Dr. G. _____ vom 22. August 2014 (act. 18/21) enthält in Bezug auf eine Zustimmung der Beklagten zum Stiftungsratsbeschluss keine weitergehenden Ausführungen.

Sinngemäss ruft die Klägerin sodann die E-Mail von H. _____ an M. _____ vom 4. April 2014 als Beweismittel an (act. 17 Rz. 101 ff.). Auch dem kann jedoch nicht gefolgt werden. In der E-Mail selbst schreibt H. _____ deutlich, das Thema Marketingkosten 2012 sei durchzusprechen, was nicht der Fall wäre, wenn bereits eine definitive Vereinbarung erfolgt wäre. Auch die Beilagen können keine Zustimmung der Beklagten belegen. Neben dem Stiftungsratsprotokoll ergibt sich die neue Regelung einzig aus einer von der Klägerin angefertigten Tabelle (act. 18/28 S. 2). Darin wird apodiktisch festgelegt, wie sich die Entschädigung berechne. Auch dies ist eine einseitige Erklärung, wobei aus der Tatsache, dass sie von H. _____ der E-Mail beigelegt wurde, nichts hergeleitet werden kann, gerade auch weil er eine Aussprache anbegehrte.

f. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte dem Stiftungsratsbeschluss der Klägerin vom 7. Dezember 2011 auch nicht konkludent zugestimmt hat. Zwar hat sie auf der neu angedachten Grundlage Akontorechnungen gestellt, sie hat sich aber nie zustimmend zu den Vorstellungen der Klägerin geäussert. Auch hat sie nie auf den im Dienstleistungsvertrag 2009 enthaltenen Schriftlichkeitsvorbehalt verzichtet. In ihrem Verhalten bestehen tatsächlich gewisse Widersprüche. Insbesondere hat sie der Klägerin über mehrere Jahre Rechnungen gestützt auf die neue Grundlage gestellt. Allerdings ist in Betracht zu ziehen, dass die Beklagte nach dem Beschluss des Stiftungsrates jährlich auf mehrere CHF 100'000.– für gleichbleibende Leistungen verzichten sollte. Es ist ihr zugute zu halten, dass sie auf das Anliegen der Klägerin eingegangen ist und sich mit einer tieferen Entschädigung einverstanden erklärt hätte. Dass es letztlich nicht zu einem Vertragsschluss gekommen ist, kann nicht alleine der Beklagten angelastet werden, zumal aus der eingereichten Korrespondenz deutlich ersichtlich ist, dass die Klägerin keinerlei Gesprächsbereitschaft gezeigt und jegliches Abweichen von ihrem internen Beschluss nicht toleriert hat. Mit der Rechnungsstellung nach dem

neuen Tarif ist die Beklagte der Klägerin ebenfalls entgegengekommen. Daraus kann jedoch kein Vertragsschluss abgeleitet werden, insbesondere weil die Beklagte eine schriftliche Offerte gestellt hat. Damit kann die Klägerin aus dem Verhalten der Beklagten keinen konkludenten Vertragsschluss ableiten.

4.5.5. Offerte durch I. _____

a. Eine weitere Abänderung sieht die Klägerin im Stiftungsratsbeschluss vom 28. Januar 2014, der für die Jahre 2013 und 2014 eine Marketingentschädigung von pauschal CHF 65'000.– pro Jahr vorsieht (act. 3/6 S. 7). Wie bereits ausgeführt, kann ein einseitiger Beschluss der Klägerin für sich keine Vertragsänderung bewirken. Eine Zustimmung der Beklagten kann auch aus diesem Protokoll nicht hergeleitet werden (vgl. dazu vorne E. 4.5.2.b). Dies wird von der Klägerin hier auch nicht geltend gemacht. Vielmehr sieht sie den Stiftungsratsbeschluss als Annahme einer Offerte der Beklagten (act. 17 Rz. 88 ff.).

b. Die Klägerin bezieht sich dabei auf ein Schreiben von I. _____ vom 17. Januar 2014 an M. _____ (act. 11/10). Es handelt sich um ein als "Stellungnahme" bezeichnetes Schreiben, das sich auf einen Antrag an den Stiftungsrat der Klägerin von N. _____ bezieht. Dieser bemängelte unter anderem die zu hohen Marketing- und Werbekosten (act. 18/24 Ziff. 3). Das Thema wurde von I. _____ insofern aufgegriffen, dass dieser in seiner Stellungnahme pauschal festgehalten hat, die Entschädigung würde in Abweichung zum Vertrag für 2013 und 2014 auf pauschal je CHF 65'000.– reduziert. Weitere Ausführungen finden sich im Schreiben nicht (act. 11/10 S. 1).

Inhaltlich genügt das Schreiben knapp den Anforderungen an eine Offerte. Zwar wird darin nur die Entschädigung ausdrücklich genannt, doch sind die Leistungen aufgrund der klaren Bezugnahme auf den gültigen Vertrag umschrieben. Demgegenüber entspricht die vorliegende Form nicht dem vereinbarten Vorbehalt. Wie bereits ausgeführt haben die Parteien für die Vertragsänderung einen Schriftlichkeitsvorbehalt vorgesehen (vorne E. 4.5.1). Dem genügt das Schreiben von I. _____ nicht, zumal er bei der Beklagten über keine Unterschriftenberechtigung verfügte und das Schreiben von der Klägerin ebenfalls nicht unterzeichnet

worden ist. Dies gilt selbst dann, wenn I._____ die Absicht hatte, eine Offerte zu stellen, weshalb dessen diesbezüglich offerierte Befragung (act. 1 Rz. 39) unterbleiben kann.

c. Die Klägerin macht sodann geltend, I._____ habe ihr gegenüber den Anschein erweckt, die Beklagte vertreten zu dürfen (act. 17 Rz 91). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Vorab ist festzuhalten, dass das Schreiben vom 17. Januar 2014 von I._____ ausdrücklich in seiner Rolle als Stiftungsrat der Klägerin verfasst worden ist. Er hat das Schreiben auf dem Briefpapier der Klägerin verfasst und im Namen der Klägerin unterzeichnet (act. 11/10). Bereits in formeller Hinsicht liegt damit keine Offerte der Beklagten vor. Die Stellungnahme befasst sich hauptsächlich mit den Vermittlerentschädigungen. Dabei legt I._____ die Grundlagen aus seiner persönlichen Sicht und als Vertreter der Klägerin dar. Die Beklagte wird lediglich im Zusammenhang mit der Vorfinanzierung der Bemühungen und dem Zurverfügungstellen der Infrastruktur erwähnt. Es ergibt sich aus dem Schreiben aber nicht, dass I._____s Stellungnahme zur Vertriebsorganisation im Namen der Beklagten erfolgt wäre. Umso weniger kann daraus ein konkretes Angebot für die Reduktion hergeleitet werden.

Hinzu kommt, dass I._____ bei der Beklagten nicht zeichnungsberechtigt war (act. 3/3). Daran kann das behauptete Auftreten I._____s gegenüber der Klägerin nichts ändern. Zwar ist belegt, dass I._____ teilweise als Mitarbeiter der Beklagten mit der Klägerin kommunizierte, so etwa im Rahmen der Rechnungsstellung. Es gelingt der Klägerin aber nicht, I._____s Handeln für die Beklagte im Zusammenhang mit rechtsverbindlichen Vereinbarungen mit der Klägerin aufzuzeigen. Die Unterschrift I._____s für die Beklagte findet sich lediglich auf den Rechnungen, die der Klägerin ausgestellt wurden (etwa act. 3/20). Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein verpflichtendes Rechtsgeschäft, weshalb Rechnungen auch von nicht zeichnungsberechtigten Personen ausgestellt werden können (vgl. dazu HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 212 ff.). Selbst die Rechnungen wurden vorliegend jedoch nicht immer alleine von I._____ unterzeichnet; meist hat auch ein Vertreter der Beklagten mit Kollektivunterschrift die Rechnungen visiert (wiederum act. 3/20).

d. Die Klägerin kann sich ohnehin nicht alleine auf das Verhalten von I._____ und die unterzeichneten Rechnungen stützen. Sie hat mit der Beklagten verschiedentlich Verträge abgeschlossen, die ins Recht gelegt wurden. Sämtliche dieser Verträge sind von zwei zeichnungsberechtigten Personen unterschrieben worden und keiner von I._____ (act. 3/4, act. 3/5, act. 3/18, act. 11/6, act. 11/7 und act. 11/8). Dasselbe gilt für die Offerte vom 22. Mai 2012, die seitens der Beklagten H._____ und L._____ unterzeichnet haben (act. 11/8). Dies war der Beklagten bekannt, weshalb sie nicht ohne Weiteres von einem Abweichen von der bisherigen Praxis ausgehen durfte. Auch daraus ergibt sich, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin nie zum Ausdruck gebracht hat, sich von I._____ ihr gegenüber vertreten lassen zu wollen. Die Klägerin durfte dies auch nicht aufgrund der Umstände annehmen. Wie die Exponenten der Beklagten das Auftreten von I._____ aufgefasst haben, ist dabei nicht relevant. Die offerierten Befragungen können folglich unterbleiben (act. 17 Rz. 91).

Dass der Kooperationsvertrag 2009 zwischen der Klägerin und der Beklagten auf Seiten der Klägerin durch I._____ und H._____ unterzeichnet worden ist (act. 1 Rz. 52; act. 3/5), vermag daran nichts zu ändern. In diesem Fall hat I._____ gerade nicht die Beklagte sondern die Klägerin vertreten. Auch sonst lässt sich daraus nichts zu Gunsten der Klägerin ableiten. Insbesondere leitet sie aus dem behaupteten Interessenskonflikt nichts - vorab keine Ungültigkeit - ab. Dieser erscheint aber im konkreten Fall ohnehin zweitrangig, da mit dem Vertrag zu Gunsten der Klägerin von einem früheren - und unbestrittenen - Vertrag abgewichen wurde (dazu vorne E. 3.1).

Zudem führt die Klägerin auch nicht näher aus, welche Art von Vereinbarungen formlos getroffen sein sollen (act. 17 Rz. 11). Die dazu offerierte Einvernahme von M._____ kann nicht dazu dienen, die diesbezügliche fehlende Substantiierung zu ersetzen und ist demnach nicht erforderlich. Daraus kann sie entsprechend ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten.

e. Auch aus dem Umstand, dass die Beklagte mit gleichem Datum zwei weitere Stellungnahmen zu Themen des Antrags von N._____ ablieferte, kann in Bezug auf den Marketingvertrag nichts abgeleitet werden. Die Stellungnahmen be-

trafen die Vermögensverwaltung (R.____ sowie Vermögensverwaltungskosten und Retrozessionen; act. 18/25 S. 4 ff.), von den Marketingaktivitäten war darin nicht die Rede. Zudem wurden diese Stellungnahmen von zeichnungsberechtigten Personen (Dr. G.____ und L.____) unterzeichnet. Die Beklagte hat aber die von I.____ aufgeworfene neue Entschädigung gerade nicht in diese Schreiben integriert, so dass aus der Gleichzeitigkeit ebenfalls nichts abgeleitet werden kann. Sodann ist selbst die Klägerin ursprünglich nicht davon ausgegangen, dass es sich um eine Stellungnahme der Beklagten handelt. So hat sich Stiftungsratspräsident M.____ in einer E-Mail vom 24. Januar 2014 bei Dr. G.____ ausdrücklich für zwei Stellungnahmen bedankt (act. 22/56). Auch inhaltlich befasst sich die Klägerin dabei lediglich mit den beiden Stellungnahmen, die unbestrittenmassen von der Beklagten stammen. Es wäre der Klägerin aber ohne Weiteres möglich gewesen, bei der Beklagten vor der Stiftungsratssitzung nachzufragen, ob der Vorschlag I.____s als Offerte ihrerseits angesehen werden könne. Immerhin ist sie auch hinsichtlich der beiden Stellungnahmen, die zweifelsohne der Beklagten zugeordnet werden konnten, mit zahlreichen Rückfragen an diese gelangt.

f. Schliesslich lässt sich auch in Bezug auf die Jahre 2013 und 2014 der E-Mail von H.____ vom 4. April 2014 nichts entnehmen, was auf eine einvernehmliche Vertragsänderung hinweist. Vielmehr ist in der der E-Mail angehängten Notiz der Klägerin ein Vertragsschluss für die Jahre 2013 und 2014 mit einem Pauschalpreis von CHF 65'000.– pro Jahr als "Follow up" vorgesehen (act. 18/28 S. 2). Dies kann nur so verstanden werden, dass bisher kein Vertrag abgeschlossen worden ist. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass H.____ diese Notiz als Beilage seiner E-Mail angefügt hat. Er führt lediglich aus, dass die Datei die relevanten Aspekte für die Besprechung der Entschädigung 2012 enthalten soll (act. 18/28 S. 1), was auch der Fall war. Eine Zustimmung zu einem gänzlich anderen Thema kann daraus nicht hergeleitet werden. Die Notiz an sich stellt ebenfalls ein internes Dokument der Klägerin dar, welches keine Zustimmung der Beklagten enthalten kann.

g. Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass es sich bei der Stellungnahme von I. _____ vom 17. Januar 2014 um dessen persönliche Meinung handelte. Eine konkrete Offerte für eine Vertragsänderung konnte daraus hingegen nicht hergeleitet werden. Die Klägerin konnte folglich durch einseitige Erklärung der Annahme der Offerte keinen neuen Vertrag mit der Beklagten abschliessen.

4.5.6. Weiteres Verhalten der Beklagten

Mit Datum vom 31. Dezember 2013 - also weit vor der Stellungnahme von I. _____ - hat die Beklagte der Klägerin eine Rechnung für die Marketingkosten 2013 von CHF 65'000.- zuzüglich MWSt. gestellt (act. 11/24). Mit gleichem Datum, aber später - nach der Beklagten am Folgetag - zugestellt korrigierte die Beklagte diese Rechnung und berechnete die Marketingkosten für 2013 wieder mit CHF 100.- pro versicherte Person (act. 11/25). Zugegebenermassen wirft die Datierung der beiden Rechnungen Fragen auf. Unbestritten ist jedoch, dass die erste Rechnung über CHF 65'000.- der Klägerin bzw. der K. _____ am 18. Februar 2014 zugegangen ist, dass also die Datierung falsch ist. Für sich alleine deutet dies auf ein Einverständnis der Beklagten mit der Stellungnahme von I. _____ und der Beschlussfassung der Klägerin hin. Allerdings ist auch der Widerruf der Rechnung vom Folgetag zu berücksichtigen. Die Beklagte hat damit zeitnah festgehalten, dass es sich bei der ersten Rechnung um eine irrtümliche Rechnungsstellung handelt. Soweit sie mit der ersten Rechnung bei der Klägerin den Eindruck erweckt hat, die neue Grundlage zu akzeptieren, hat sie dies rechtzeitig korrigiert. Dabei wurde die zweite Rechnung von zwei zeichnungsberechtigten Personen unterschrieben, weshalb diese mehr Gewicht erhält als die von I. _____ mitunterzeichnete erste Rechnung. Damit hat die Beklagte wiederum deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie sich (noch) nicht an die neue Berechnungsweise gebunden sieht. Wie bereits in Bezug auf die erste Reduktion der Marketingkosten kann aus der Rechnungsstellung damit höchstens abgeleitet werden, dass die Beklagte zu Zugeständnissen bereit war, nicht aber, dass sie bereits einen neuen Vertrag für abgeschlossen erachtet. Wiederum wird nämlich in keiner Weise auf die Beschlussfassung Bezug genommen.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Klägerin die neue Rechnung nie erhalten haben will (act. 17 Rz. 96). Eine übereinstimmende Willenserklärung, die der vereinbarten Schriftlichkeit entsprechen würde, kann die Klägerin nicht belegen. Aus ihrer eigenen Aktennotiz vom 4. April 2014 (act. 18/28) - und damit rund zwei Monate nach der Zustellung besagter Rechnung - geht vielmehr hervor, dass sie selbst noch nicht von einem abgeschlossenen Vertrag ausgegangen ist. So hat sie darin unter "Follow up" vermerkt, dass ein Vertrag für die Jahre 2013 und 2014 abzuschliessen sei. Daraus kann aber nur geschlossen werden, dass der Klägerin bewusst war, dass sich die Beklagte durch den Beschluss nicht gebunden sieht - unabhängig davon, ob die Klägerin die korrigierte Rechnung erhalten hat oder nicht. Sie kann sich also nicht auf die tiefere Rechnungsstellung berufen.

Dass die Beklagte Kenntnis von den Vorstellungen der Klägerin über die Marketingentschädigung hatte, kann nicht bestritten werden. Dies belegt auch die E-Mail von H._____ an M._____ vom 4. April 2014. Allerdings kann diese Kenntnis nicht mit einer Zustimmung gleichgestellt werden. Diesbezügliche Parteibefragungen (act. 17 Rz. 106) vermögen daran nichts zu ändern.

Daraus ergibt sich, dass auch aus dem weiteren Verhalten der Beklagten keine Abänderung des Dienstleistungsvertrags 2009 hergeleitet werden kann.

4.5.7. Kündigungen der übrigen Verträge

Die Klägerin hob die Vermögensverwaltungsverträge mit der Beklagten per 30. Juni 2014 auf (act. 3/7). Gleichzeitig kündigte sie den Kooperationsvertrag 2009 mit Schreiben vom 23. Juni 2014 (act. 3/17). Ob die Klägerin damit zum Ausdruck gebracht hat, die gesamte Zusammenarbeit mit der Beklagten beenden zu wollen, wie dies aus dem Schreiben vom 20. November 2014 hervorgeht (act. 3/14), kann offen gelassen werden. Die von der Beklagten zur Verrechnung gebrachte Forderung übersteigt die klägerischen Forderungen auch bei einer Kündigung per Mitte 2014 bei weitem (hinten E. 5.3).

4.5.8. Fazit

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass zwischen den Parteien am 29. Juni 2009 ein Dienstleistungsvertrag abgeschlossen worden ist, mit welchem der Beklagten diverse Marketingleistungen zu Gunsten der Klägerin übertragen worden sind. In der Folge wurde eine Abänderung dieses Vertrages zwar diskutiert, eine solche ist jedoch nie zustande gekommen. Insbesondere waren die einseitigen Beschlüsse der Klägerin nicht dazu geeignet, die Entschädigung der Beklagten zu kürzen. Die Beklagte hat ihrerseits zwar stets ein Entgegenkommen signalisiert, eine Einigung kann daraus aber nicht abgeleitet werden. Frühestens Mitte 2014, spätestens mit Schreiben vom 20. November 2014, hat die Klägerin das Vertragsverhältnis per sofort gekündigt. Da die Beklagte das fehlende Einhalten der Kündigungsfrist nicht rügt, ist die Einhaltung einer Kündigungsfrist nicht zu prüfen. Demzufolge war der Vertrag vom 29. Juni 2009 bis zu einem dieser Zeitpunkte gültig und die darin vereinbarte Entschädigung kommt zur Anwendung.

4.6. Leistungserbringung

Nachdem die Klägerin erst in ihrer Stellungnahme zur Duplik bestritten hat, dass die Beklagte die unter dem Vertrag geschuldeten Leistungen erbracht hat, und dies - wie gezeigt (vorne E. 1.4) - verspätet ist, gilt die Leistungserbringung durch die Beklagte als unbestritten.

4.7. Höhe der Forderung

Die Beklagte beziffert ihre Forderung mit CHF 1'264'415.23 nebst Zinsen, unter Anrechnungen von Teilzahlungen der Klägerin im Umfang von CHF 272'754.-. Dabei entfallen CHF 305'490.65 auf das Jahr 2012, CHF 550'652.66 auf das Jahr 2013 und - soweit von einer Vertragsbeendigung per 20. November 2014 ausgegangen wird - CHF 408'271.92 für das Jahr 2014, wobei CHF 201'600.- auf den Zeitraum zwischen dem 1. Juli und dem 20. November 2014 entfallen (act. 9 Rz. 92). Die Klägerin äussert sich zum beklagten Anspruch nicht konkret, womit dieser als ausgewiesen gilt. Sie macht

einzig einzelne Ausführungen zu ihren Zahlungen. Eine Abweichung ist dabei einzig hinsichtlich einer Zahlung für das Jahr 2014 über CHF 40'000.– ersichtlich (act. 17 Rz. 105). Diese wird zwar nicht weiter belegt, aber auch nicht substantiiert bestritten. Da der zur Verrechnung gebrachte Betrag die Ansprüche der Klägerin ohnehin bei weitem übersteigt (hinten E. 5.3), kann offen gelassen werden, ob diese Zahlung geleistet worden ist. Ebenfalls offen gelassen werden kann unter diesen Umständen der von der Beklagten behauptete Zinsanspruch.

4.8. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagten gegenüber der Klägerin ein Anspruch auf Entschädigung für geleistete Marketingleistungen zusteht. Nachdem es der Klägerin nicht gelingt, eine Abänderung des Dienstleistungsvertrages vom 29. Juni 2009 zu beweisen, kommt dieser für die Berechnung des Entschädigungsanspruchs zur Anwendung. Gestützt auf die Ausführungen der Beklagten und die Zahlungen und Einwände der Klägerin besteht ein Restanspruch der Beklagten von mindestens CHF 1'022'815.23 (unter Abzug der offenen Beträge), hinsichtlich dem - wie vorne dargelegt (E. 2.1 und E. 3.2.2) - die Beklagte die Verrechnung mit den klägerischen Forderungen erklärt hat.

5. Verrechnung der Forderungen

5.1. Standpunkte der Parteien

Die Beklagte erklärte in ihrer Klageantwort die Verrechnung ihrer Forderung mit den ausgewiesenen Forderungen der Klägerin (act. 9 Rz. 94 ff., 128 f., 143 f. und 164 ff.). Die Klägerin äussert sich nicht zur Zulässigkeit der Verrechnung.

5.2. Rechtliches

Die Verrechnung setzt voraus, dass gegenseitige Forderungen bestehen, die fällig und gleichartig sind (WOLFGANG PETER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 10 ff. zu Art. 120 OR). Damit die Verrechnung Wirkung entfalten kann, muss der Schuldner eine ausdrückliche Erklärung abgeben (PETER, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 124 OR). Die Verrechnung führt zum Erlöschen der Verrechnungs-

und der Hauptforderung. Dabei wird die Verrechnung auf denjenigen Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem dem Verrechnenden die fällige Verrechnungsforderung und dem Verrechnungsgegner die erfüllbare Hauptforderung zugestanden ist (PETER, a.a.O. N 5 zu Art. 124 OR).

5.3. Würdigung und Fazit

Vorliegend ist eine Verrechnung zulässig. Die bestehenden Forderungen sind gegenseitig und die Beklagte hat die Verrechnungserklärung abgegeben. Die Marketingentschädigungen der Beklagten sind gestützt auf den Vertrag vierteljährlich fällig geworden (act. 11/8 Ziff. 5 i.V.m. act. 11/7 Ziff. 3). Im Laufe der Jahre 2012 und 2013 sind damit Forderungen im Umfang von CHF 856'143.31 fällig geworden, was die Ansprüche der Klägerin von Total CHF 389'940.09 (CHF 360'017.09 Kontoguthaben + CHF 29'923.– Rückforderung) übersteigt (vgl. E. 4.7). Die klägerische Forderung war damit getilgt, bevor die Beklagte in Verzug geraten ist (vorne E. 2.2 und E. 3.5), sodass kein Verzugszins anzurechnen ist.

6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Unbestrittenermassen stehen der Klägerin gegenüber der Beklagten CHF 360'017.09 aus verschiedenen Kontoguthaben zu (E. 2). Weiter steht der Klägerin aus den zu viel bezahlten Vermittlungsentschädigungen ein Rückforderungsanspruch von CHF 29'923.– zu. Im darüber hinaus gehenden Umfang ist die Forderung, die auf einem Bereicherungsanspruch basiert, bereits verjährt und aus diesem Grund abzuweisen (E. 3).

Die Beklagte hat die Verrechnung dieser Forderungen mit einem eigenen Anspruch auf Marketingentschädigungen erklärt. Diesbezüglich ist unbestritten, dass am 29. Juni 2009 ein Dienstleistungsvertrag abgeschlossen worden ist. Der Klägerin gelingt es nicht zu beweisen, dass dieser Vertrag für die Jahre 2012 und 2013 abgeändert worden ist (E. 4). Daraus resultiert eine Verrechnungsforderung, die die Ansprüche der Klägerin um ein Mehrfaches übersteigt. Entsprechend sind die Forderungen der Klägerin vollumfänglich getilgt und die Klage ist abzuweisen (E. 5)

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Streitwert

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Dieser beträgt vorliegend CHF 547'287.–.

7.2. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren sind gestützt auf die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) festzulegen. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, des Umfangs der Akten (und der Anzahl der Rechtsschriften und Eingaben; siehe vorne B.), der gerichtlichen Verfügungen, vorab auch der Durchführung einer Vergleichsverhandlung mit entsprechender Vorbereitung (Prot. S. 6 f.) und schliesslich der Komplexität der Rechtsfragen und der Anzahl der Prozessthemen, rechtfertigt es sich, die Grundgebühr um 1/3 auf 4/3 zu erhöhen, was gerundet CHF 29'000.– ergibt.. Die Kosten sind nach Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Die Klägerin unterliegt vorliegend vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten aufzuerlegen sind.

7.3. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt. Entsprechend der vollumfänglichen Abweisung der Klage ist der Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 35'000.– festzulegen

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 29'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und teilweise aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen; im nicht gedeckten Betrag werden die Kosten nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 35'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 547'287.–.

Zürich, 13. Dezember 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Dr. Benjamin Büchler