



Geschäfts-Nr.: HG180221-O

U/dz

(vormals: HG160001)

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichterin Ruth Bantli Keller, die Handelsrichter Prof. Dr. Othmar Strasser, Ursula Suter und Christian Zuber sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Lunco-Feier

Urteil vom 19. November 2019

in Sachen

A._____ Sammelstiftung für die berufliche Vorsorge,
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
C. Gerichtsbesetzung	6
Erwägungen	7
1. Formelles	7
1.1. Folgen der Rückweisung	7
1.2. Zuständigkeit	8
1.3. Weitere Prozessvoraussetzungen	8
1.4. Eingaben in Ausübung des Replikrechts / Neue Behauptungen	8
2. Klägerischer Anspruch auf Rückzahlung der Kontokorrentguthaben	10
2.1. Anerkennung der Forderung	10
2.2. Zinsanspruch	11
2.3. Verpfändung der Ansprüche	11
2.4. Fazit	11
3. Klägerischer Anspruch auf Rückzahlung der Vermittlerentschädigungen	12
3.1. Wesentlicher Sachverhalt	12
3.2. Standpunkte der Parteien	12
3.2.1. Klägerin	12
3.2.2. Beklagte	13
3.3. Rechtliches	14
3.4. Würdigung	16
3.4.1. Qualifikation des Anspruchs	16
3.4.2. Vermittlungsentschädigungen 2010-2012	17
3.4.2.1. Irrtümlich Zahlung einer Nichtschuld	17
3.4.2.2. Fehlende Bereicherung	17
3.4.2.3. Verjährung	18
3.4.3. Vermittlungsentschädigungen 2013 und 2014	21
3.4.3.1. Grundlagen	21
3.4.3.2. Anspruch für 2013	21
3.4.3.3. Anspruch für 2014	22
3.5. Zinsanspruch	23
3.6. Fazit	23
4. Verrechnungsforderung der Beklagten	23
4.1. Ausgangslage	23
4.2. Unbestrittener Sachverhalt	24

4.3.	Standpunkte der Parteien.....	24
4.3.1.	Klägerin.....	24
4.3.2.	Beklagte.....	26
4.4.	Rechtliches.....	28
4.5.	Vertragsschluss und Vertragsänderungen.....	31
4.5.1.	Dienstleistungsvertrag 2009.....	31
4.5.2.	Stiftungsratssitzung vom 7. Dezember 2011.....	31
4.5.3.	Schriftliche Offerte der Beklagten.....	34
4.5.4.	Offerte durch H.	34
4.5.5.	Weiteres Verhalten der Beklagten.....	38
4.5.6.	Konkludentes Handeln der Beklagten.....	39
4.5.7.	Richterliche Vertragsergänzung.....	44
4.5.8.	Fazit.....	48
4.6.	Leistungserbringung.....	49
4.7.	Höhe der Forderung.....	49
5.	Verrechnung der Forderungen.....	50
5.1.	Standpunkte der Parteien.....	50
5.2.	Rechtliches.....	50
5.3.	Würdigung und Fazit.....	51
6.	Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen.....	51
7.	Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	52
7.1.	Streitwert.....	52
7.2.	Gerichtskosten.....	52
7.3.	Parteientschädigungen.....	53
	Urteilsdispositiv.....	53

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 10. Juni 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 Zürich (bis April 2017 in E.____). Sie ist als Effekthändlerin 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.).

Mit Urteil vom 13. Dezember 2017 (HG160001) wies das Handelsgericht die Klage vollumfänglich ab (act. 35). Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Beschwerde ans Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 20. August 2018 teilweise gut. Es hob die Ziffern 1, 3 und 4 des handelsgerichtlichen Urteils auf und wies die Sache zur Neuurteilung zurück (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, act. 41). Nach Eingang der Akten wurde der Prozess hierorts neu unter der Geschäfts-Nr. HG180221 weitergeführt.

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.

C. Gerichtsbesetzung

Die Gerichtsbesetzung hat sich seit dem Entscheid des Handelsgerichts vom 13. Dezember 2017 geändert. Namentlich ist sowohl der Vorsitzende, Dr. George Daetwyler, als auch der Instruktionsrichter, Prof. Dr. Alexander Brunner, altershalber aus dem Amt ausgeschieden. Neu amten Oberrichterin Dr. Claudia Bühler,

Vizepräsidentin, als Vorsitzende und Oberrichterin Ruth Bantli Keller als Instruktionsrichterin. Dies wurde den Parteien mit Delegationsverfügung vom 3. Juli 2019 mitgeteilt (act. 42).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Folgen der Rückweisung

Hebt das Bundesgericht einen Entscheid auf und weist es die Sache zur neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, so wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Die kantonale Behörde hat ihre neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheids zu stützen. Wie weit die Gerichte und Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind, ergibt sich aus der Begründung des Rückweisungsentscheides, der sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Soweit das Bundesgericht sich nicht ausgesprochen hat, fällt die kantonale Instanz ihre neue Entscheidung frei, ohne an ihren ersten Entscheid gebunden zu sein (BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1).

Die vorliegende Streitigkeit lässt sich in drei Teile gliedern, nämlich den Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung des Kontokorrentguthabens, den Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung von zu viel geleisteten Vermittlungsgebühren gemäss Kooperationsvertrag und den Anspruch der Beklagten aus Dienstleistungsvertrag. Bezüglich des ersten und zweiten Teils ist das handelsgerichtliche Urteil vom 13. Dezember 2017 unverändert zu übernehmen, da die entsprechenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen von der Klägerin nicht gerügt bzw. vom Bundesgericht bestätigt wurden (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, E. 2 und 3). Hingegen ist jener Teil des Urteils des Handelsgerichts zu überarbeiten, welcher sich mit dem Anspruch der Beklagten aus Dienstleistungsvertrag befasst (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, E. 4). Namentlich ist gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts neu davon aus-

zugehen, dass der Dienstleistungsvertrag vom 29. Juni 2009, aus welchem die Beklagte ihre Ansprüche ableitet, von den Parteien abgeändert wurde, wobei bezüglich eines untergeordneten Nebenpunktes eine richterliche Vertragsergänzung vorzunehmen ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, E. 4.5).

1.2. 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).

1.3. Weitere Prozessvoraussetzungen

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

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 dar-

zulegen, 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 zugrundeliegenden 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. F._____ und von G._____ 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 bestritten. 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 machte die Beklagte hinsichtlich der klägerischen Guthaben auf den beiden Kontokorrenten von ihrem Pfand- und Verrechnungsrecht Gebrauch. 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 Vermittlungsent-schädigung falsch berechnet habe. Zwar sei zutreffend, dass H._____, 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 Vermittlungsent-schädigung damit berechnet. Deshalb sei die Beklagte bösgläubig gewesen. Zudem habe die Beklagte eine Verjährungsverzichtserklärung unter-zeichnet (act. 17 Rz. 107 ff.).

3.2.2. Beklagte

Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Klägerin sei allei-ne für die Abrechnung der Vermittlungsent-schädigungen zuständig gewesen. Die Berechnungsgrundlage habe I._____ von der J._____ AG (fortan J._____) gelie-fert, der an der entscheidenden Stiftungsratssitzung anwesend gewesen sei und von der Reduktion gewusst habe. H._____ habe lediglich die Aufteilung der Ver-mittlungsent-schädigungen auf die einzelnen Kooperationspartner vorgenommen, dies als Stiftungsrat der Klägerin und nicht im Namen der Beklagten. Die Rech-nung habe H._____ für die Beklagte gestellt. Für die Jahre 2013 und 2014 habe die Klägerin keine Grundlagen geliefert, weshalb lediglich Akontorechnungen ge-stellt worden seien (act. 9 Rz. 98 ff.). Nach Begleichung der Rechnungen durch die Klägerin habe die Beklagte diese Entschädigungen jeweils vollumfänglich als Lohn an H._____ weitergeleitet (act. 9 Rz. 115 f.). Die Klägerin habe die neue Be-rechnungsbasis gekannt. Sie habe sodann spätestens im November 2014 die Falschberechnung entdeckt. Dies ergebe sich aus der genehmigten Jahresrech-nung 2013 vom 3. September 2014, in der immer noch die Risikobeiträge ver-wendet worden seien und der Tatsache, dass die Klägerin am 10. November 2014 den Kooperationspartnern - ausser der Beklagten - die Verteilungstabellen auf Grundlage der Risikoprämien zugestellt habe. 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 Anwen-

dungsfall 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 H._____ erhalten habe. H._____ habe bei der Verteilung als Vertreter der Klägerin gehandelt und sich auf die Zahlen der J._____ gestützt. Die Rolle der Beklagten habe sich auf die Entgegennahme der Zahlungen und die Weiterleitung an H._____ beschränkt. Schliesslich sei die Verjährungsverzichtserklärung ausschliesslich 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 Schuldpflicht ein Irrtum bestanden hat (Art. 63 Abs. 1 OR). Der Irrtum muss sich auf die Schuldpflicht 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 Anspruch 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 Vermittlungsentschädigungen 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 Grundlage 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 H. _____ weitergeleitet zu haben, weshalb sie nicht mehr bereichert sei (act. 9 Rz. 115 f.). Diese Zahlungen belegt sie mit den Lohnabrechnungen von H. _____ (act. 11/41). Daraus ergibt sich, dass die Leistungen an H. _____ direkt von den Vermittlerentschädigungen der Klägerin an die Beklagte abhängig waren. Diese sind explizit auf den Abrechnungen erwähnt. Auch korrelieren die Auszahlungen an H. _____ 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 Entäusserung 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 I._____, Geschäftsführer der Klägerin, erstellt hat. Gestützt auf diese Auflistung hat H._____ die Vermittlerentschädigung auf die verschiedenen Berechtigten verteilt und der Klägerin Rechnung gestellt (act. 9 Rz. 101 ff.; act. 17 Rz. 111 ff.). Inwiefern H._____ 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. F._____ und K._____ und für die Klägerin durch H._____ und G._____, also Mitarbeiter der Beklagten, unterzeichnet (act. 3/5 S. 2). Die Rechnungen der Beklagten wurden jeweils durch H._____ ausgestellt (act. 3/20), der damit zumindest im Rahmen der Rechnungsstellung für die Beklagte gehandelt hat. Es wäre für H._____ sodann ein leichtes gewesen, auf der Abrechnung von I._____ 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 Vertrauensprinzip 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 G. _____ und Dr. F. _____ 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 beklagti-schen Erklärung gilt der Verjährungsverzicht lediglich für Verantwortlichkeitsan-

sprüche. 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 I._____ und H._____. Selbst wenn H._____ 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 H._____ 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 beigelegten 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 von den Parteien am 29. Juni 2009 geschlossenen Dienstleistungsvertrag geltend. Dieser Vertragsschluss ist unbestritten. 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 Dienstleistungsvertrag 2009 sei durch eine Neuregelung abgelöst worden. An der Stiftungsratssitzung vom

7. Dezember 2011 seien 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. Allen Beteiligten sei klar gewesen, dass damit der 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 beklagtischen 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 L._____ erst unterzeichnet, dann aber H._____ 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 G._____ auf die Infrastrukturentscheidung verzichtet, was aber keinen Verzicht auf den ganzen neuen Vertrag darstellen könne. Weiter habe Dr. F._____ 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. Die Beklagte habe letztlich versucht, zusätzlich zur vereinbarten Pauschale eine Infrastrukturentscheidung in den Vertrag zu schmuggeln. 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 H._____ 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 H._____ stets Sprachrohr der Beklagten gewesen sei. Im Vorfeld habe Stiftungsrat M._____ einen ent-

sprechenden Antrag gestellt, worauf die Beklagte drei Stellungnahmen verfasst habe. Dass es sich nicht um einen Alleingang von H._____ gehandelt habe, ergebe sich auch aus der Tatsache, dass nur rund 20 Tage später eine entsprechende Rechnung 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 Vertragsschluss 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. H._____ 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 Vertragsänderung bewirken. Die Rechnung über CHF 70'200.– sei von H._____ erstellt worden, und K._____ 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.). Sie bestreitet, 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 aus dem Umstand, dass beide Grundlagen eine Entschädigung von CHF 100.– vorsähen, könne jedoch keine Einigung abgeleitet werden. Die Beklagte habe nach der Unterzeichnung durch L._____ davon ausgehen dürfen, dass auch N._____ 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 die Tatsache, dass bereits vor Zustellung des Vertragsentwurfs eine erste Rechnung mit der neuen Berechnung gestellt worden sei, könne keine Einwilligung 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 L. _____ 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 H. _____ eine Offerte im Namen der Klägerin gestellt habe. Die beiden Stellungnahmen der Beklagten zum Antrag von M. _____ hätten hingegen die Marketingschädigung 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 K. _____ 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 G. _____ und L. _____ 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 ein-

seitige 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 beiden 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). 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). 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). Ein nachträglicher konkludenter Verzicht auf eine vorbehaltene Form wird namentlich angenommen, wenn die Parteien vor der Erfüllung der Form vertragliche Leistungen vorbehaltlos erbringen und entgegennehmen (Rückweisungsurteil des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, E. 4.5.2 m.w.H.).

Nach der Allgemeinen Regelung der 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). Ein Beweis des Fortbestands des Vertrages ist nicht erforderlich (LARDELLI, a.a.O., N 43 zu Art. 8 ZGB).

Ist in einem Vertrag ein Punkt, der vertraglicher Regelung bedurft hätte, nicht geregelt, liegt eine Lücke vor. Diese ist vom Richter durch Vertragsergänzung zu füllen. Wie der Richter dabei vorzugehen hat, ist im Einzelnen umstritten (WIEGAND, in: BSK OR I, 6. Aufl., 2015, Rz. 65 zu Art 18). Das Bundesgericht hat hierzu Folgendes festgehalten: Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter - falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen - zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Dabei habe sich der Richter am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren (BGE 115 II 484 E. 4., mit Hinweis auf BGE 111 II 262, BGE 108 II 114 und BGE 107 II 149).

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. Dieser Vertrag wurde schriftlich geschlossen und seitens der Klägerin von L._____ und O._____ sowie seitens der Beklagten von G._____ und P._____ 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). Strittig ist vorliegend das Inkrafttreten neuer Verträge und die Abänderung des bisherigen Vertrages. Für diese Sachverhalte ist die Klägerin beweispflichtig, da sie daraus eine Reduktion der Verpflichtung gegenüber der Beklagten ableitet.

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 G._____ (Verwaltungsratspräsident mit Kollektivunterschrift zu zweien, act. 3/3; gleichzeitig Stiftungsrat der Klägerin, act. 3/2). H._____ (bei der Beklagten ohne Zeichnungsberechtigung, act. 3/3; gleichzeitig Stiftungsrat der Klägerin, act. 3/2) sowie Dr. F._____ (Mitglied Geschäftsleitung der Beklagten 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 einer Vertragspartei grundsätzlich keine Vertragsänderung bewirken kann. Eine übereinstimmende Willensäußerung kann nur vorliegen, wenn sich beide Vertragsparteien zumindest konkludent äussern. Somit ist zu prüfen, ob die an der Stiftungsratssitzung anwesenden Vertreter der Beklagten dem Vorschlag auch im Namen der Beklagten zugestimmt haben und damit ein Vertrag zu Stande gekommen ist, was die Beklagte bestreitet.

c. Als Beweis für eine Zustimmung der Beklagten 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 G._____, H._____ und Dr. F._____ geschlossen werden. Immerhin haben G._____ und H._____ 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 G._____ und H._____ - 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 G._____ und H._____ auch unter diesem Aspekt nicht erbracht werden. Ebenso wenig ist im Protokoll eine Zustimmung von Dr. F._____ 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. F._____ erst recht nicht belegt werden. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Protokoll nicht darauf 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 enthält. Protokolliert wurden die Beratungen und Beschlussfassungen der Klägerin, nicht hingegen die Willensbildung der Beklagten. 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 abgeleitet werden.

Das Protokoll stellt damit keinen genügenden Beweis für die Zustimmung der Beklagten zur Vertragsänderung dar. Unter diesen Umständen kann auch offen gelassen werden, ob ein lediglich durch den Stiftungsratspräsidenten unterzeichnetes Protokoll überhaupt einen Beweis erbringen könnte, zumal die Darstellung einseitig ist.

d. Weiter werden lediglich Parteiaussagen als Beweismittel genannt (act. 17 Rz. 43). Die Klägerin müsste eine ausdrückliche Zustimmung der beteiligten Personen im Namen der Beklagten beweisen. Heute, mehr als fünf Jahre nach der Stiftungsratssitzung, wird sich indessen 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 und nicht als blosse Absichtserklärung gewertet werden kann. Zudem muss davon ausgegangen werden, dass die beidseits offerierten Personen jeweils die eigene Darstellung stützen würden. Da keiner der zu befragenden Personen eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt, zumal bei allen auch eigene Interessen betroffen sind, kann der Klägerin der erforderliche Beweis mit den offerierten Aussagen nicht gelingen. In antizipierter Vorwegnahme des Beweisergebnisses sind die Befragungen folglich nicht durchzuführen.

e. Schliesslich kann der Entscheid des Stiftungsrates auch nicht als ersatzlose Kündigung des Dienstleistungsvertrages 2009 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 H._____, G._____ und Dr. F._____ an der Stiftungsratssitzung vom 7. Dezember 2011 keine Zustimmung zu einer Abänderung des Dienstleistungsvertrages 2009 abgeleitet werden kann.

4.5.3. Schriftliche Offerte der Beklagten

Die Beklagte hat der Klägerin am 22. Mai 2012 eine Offerte für einen neuen Dienstleistungsvertrag zugestellt. Gegenstand waren dieselben Marketingaufgaben wie bisher. Als Entschädigung sah die Offerte - ähnlich wie der Beschluss des Stiftungsrates - CHF 100.- zuzüglich MWSt. pro versicherte Person und Jahr vor. Zusätzlich enthielt die Offerte allerdings eine Infrastrukturentschädigung von CHF 3'000.- zuzüglich MWSt. pro Monat (act. 11/17). Für die Beklagte wurde die Offerte von K._____ und Dr. F._____ unterzeichnet. Seitens der Klägerin unterzeichnete L._____ den Vertrag (act. 11/18). Zudem existiert ein Scan bzw. eine Kopie des Vertrages die auch von N._____ unterzeichnet wurde (act. 11/19). Wie diese Unterschrift zu Stande gekommen ist, ist umstritten. 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. Durch die Offerte der Beklagten vom 22. Mai 2012 wurde der ursprüngliche Dienstleistungsvertrag 2009 nicht abgeändert.

4.5.4. Offerte durch H._____

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 keine Vertragsänderung bewirken. Eine Zustimmung der Beklagten kann auch hier nicht aus dem entsprechenden Sitzungsprotokoll abgeleitet werden (vgl. dazu vorne E. 4.5.2.b). Dies wird von der Klägerin auch nicht geltend gemacht. Vielmehr sieht sie den Stiftungsratsbeschluss als Annahme einer Offerte der Beklagten (act. 17 Rz. 88 ff.).

b. Die Klägerin beruft sich dabei auf ein Schreiben von H._____ vom 17. Januar 2014 an L._____ (act. 11/10). Das Schreiben wird als "Stellungnahme" bezeichnet und bezieht sich auf einen Antrag von M._____ an den Stiftungsrat. Dieser bemängelte unter anderem zu hohe Marketing- und Werbekosten (act. 18/24 Ziff. 3). In seiner Stellungnahme hielt H._____ diesbezüglich fest, dass die Entschädigung in Abweichung zum Vertrag für 2013 und 2014 auf pauschal je CHF 65'000.– reduziert werde. 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 H._____ 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 H._____ die Absicht gehabt hätte, eine Offerte zu stellen, weshalb dessen diesbezüglich offerierte Befragung (act. 1 Rz. 39) unterbleiben kann.

c. Die Klägerin macht geltend, H._____ 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 H._____ 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 H._____ 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 H._____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 H._____ bei der Beklagten nicht zeichnungsberechtigt war (act. 3/3). Daran kann das behauptete Auftreten H._____s gegenüber der Klägerin nichts ändern. Zwar ist belegt, dass H._____ teilweise als Mitarbeiter der Beklagten mit der Klägerin kommunizierte, so etwa im Rahmen der Rechnungsstellung. Es gelingt der Klägerin aber nicht, H._____s Handeln für die Beklagte im Zusammenhang mit rechtsverbindlichen Vereinbarungen mit der Klägerin aufzuzeigen. Die Unterschrift H._____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 H._____ 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 H._____ 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 H._____ (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 G._____ und K._____ 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 H._____ ihr gegenüber vertreten lassen zu wollen. Die Klägerin durfte dies auch nicht aufgrund der Umstände annehmen. Wie die Exponenten der Beklagten das Auftreten von H._____ 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 H._____ und G._____ unterzeichnet worden ist (act. 1 Rz. 52; act. 3/5), ändert nichts daran. In diesem Fall hat H._____ 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 ab - namentlich keine Ungültigkeit. Jener 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).

Die Klägerin führt auch nicht näher aus, welche Art von Vereinbarungen formlos getroffen sein sollen (act. 17 Rz. 11). Die offerierte Einvernahme von L._____ kann nicht dazu dienen, die diesbezügliche fehlende Substantiierung zu ersetzen und ist demnach nicht erforderlich. Daraus kann sie 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 M._____ ablieferte, kann in Bezug auf den Marketingvertrag nichts abgeleitet werden. Die Stellungnahmen betrafen die Vermögensverwaltung (B._____ ... 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. F._____ und K._____) unterzeichnet. Die Beklagte hat aber die von H._____ 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 L._____ in einer E-Mail vom 24. Januar 2014 bei Dr. F._____ ausdrücklich für zwei Stellungnahmen bedankt (act. 22/56). Auch inhaltlich befasst sich die Klägerin dabei lediglich mit den beiden Stellungnahmen, die unbestrittenermaßen von der Beklagten stammen. Es wäre der Klägerin aber ohne Weiteres möglich gewesen, bei der Beklagten vor der Stiftungsratssitzung nachzufragen, ob der Vorschlag H._____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 G._____ 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 mit entsprechendem Inhalt abgeschlossen worden ist. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass G._____ 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 abgeleitet 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 H._____ vom 17. Januar 2014 um dessen persönliche Meinung handelte. Eine Offerte für eine Vertragsänderung kann daraus nicht abgeleitet werden. Die Klägerin konnte folglich durch einseitige Erklärung der Annahme der "Offerte" keinen neuen Vertrag mit der Beklagten abschliessen.

4.5.5. Weiteres Verhalten der Beklagten

Mit Datum vom 31. Dezember 2013 - also vor der Stellungnahme von H._____ - 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 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 J._____ am 18. Februar 2014 zugegangen ist, dass also die Datierung falsch ist. Für sich alleine deutet dies auf ein Ein-

verständnis der Beklagten mit der Stellungnahme von H._____ 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 H._____ mitunterzeichnete erste Rechnung. Damit hat die Beklagte deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie sich nicht an die Berechnungsweise mit CHF 65'000.– pro Jahr gebunden sieht.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Klägerin die neue Rechnung nie erhalten haben will (act. 17 Rz. 96). Eine übereinstimmende Willenserklärung 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 nicht an den Stiftungsratsbeschluss vom 28. Januar 2014 gebunden sieht - unabhängig davon, ob die Klägerin die korrigierte Rechnung erhalten hat oder nicht. Sie kann sich also nicht auf die tiefere Rechnungsstellung mit CHF 65'000.– pro Jahr berufen.

4.5.6. Konkludentes Handeln der Beklagten

a. 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). Immerhin kann daraus geschlossen werden, dass die Beklagte die Vorstellungen der Klägerin zur Höhe der 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.

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 nicht, da es an den Essentialia eines Vertrages fehlt. So sind darin - abgesehen von einem pauschalen Hinweis auf das Marketing - weder die zu erbringenden Leistungen noch die geschuldete Entschädigung, unter Vorbehalt des pauschal genannten (Akonto-)Betrags für das erste Quartal 2012, enthalten. Zudem ist die Rechnung weder von der Klägerin noch von der Beklagten unterzeichnet worden.

Eine Bestätigung des Stiftungsratsbeschlusses ist darin ebenfalls nicht zu erkennen. Weder der Beschluss noch dessen Inhalt werden darin erwähnt. Aus den Ausführungen der Parteien ergibt sich lediglich, dass die Berechnung der Entschädigung auf der neuen Grundlage erfolgte. Hinzu kommt, dass es sich ausdrücklich um eine Akontorechnung handelt, die eine spätere Abrechnung über den Gesamtbetrag bedarf. 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.

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 zwar nicht 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. Auch diese Offerte zeigt, 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 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 Infrastrukturentscheidung verlangt hat.

Zutreffend ist, dass L._____ gegenüber H._____ erklärt hat, dass der neu vorgelegte Dienstleistungsvertrag nicht unterzeichnet werden könne (act. 18/13a; act. 17 Rz. 63), wobei offen gelassen werden kann, ob dieser überhaupt der richtige 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.). Wie schon bei der Rechnung vom 30. März 2012 lässt sich auch aus den übrigen Rechnungen keine Zustimmung zum Stiftungsratsbeschluss ableiten. Daraus kann geschlossen werden, dass die Beklagte grundsätzlich einer Kürzung ihres Honorars zustimmen würde. 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.

e. Die Klägerin führt verschiedene Korrespondenz an, welche die konkludente Zustimmung beweisen soll. 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 L._____, ob diese Entwürfe noch von Bedeutung seien, ist diesbezüglich nicht aussagekräftig. Auch die E-Mail von L._____ an H._____ vom 16. Mai 2013 als Reaktion auf die Rechnung für die Infrastrukturkosten im 1. Quartal 2013 ist kein Beweis (act. 18/15). Einerseits finden sich darin lediglich Ausführungen von L._____, der keine Aussage für die Beklagte machen kann. Andererseits verweist L._____ 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. Auch die Antwort von H._____, er habe die Rechnung storniert (act. 18/16), ist keine Zustimmung zum Beschluss, lediglich ein vorübergehender Verzicht auf eine Zahlung. Es findet sich keine Aussage dazu, wie der neue Vertrag aussehen soll, zudem stammte die E-Mail von H._____, 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 Hinweis darauf ist, dass sich die Beklagte nicht an den Beschluss gebunden sieht.

f. Nach den Feststellungen des Bundesgerichts ergibt sich aus dem Verhalten der Beklagten zweifelsfrei, dass sie davon ausgegangen ist, man habe sich geeinigt, dass der Dienstleistungsvertrag 2009 nicht mehr gelte. Aufgrund der Tatsache, dass der Stiftungsratsbeschluss getroffen worden sei vor dem Hintergrund einer gemäss Verfügung der Stiftungsaufsicht vom 28. September 2011 verlangten Erweiterung des Sanierungskonzepts, und sich auch die Vertreter der Beklagten deshalb der Notwendigkeit einer Änderung bewusst gewesen seien, liege dies auf der Hand (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, E. 4.5.1). Es ist demzufolge davon auszugehen, dass sich die Parteien bezüglich einer Vertragsänderung mit Wirkung ab 1. Januar 2012 einig gewesen sind. Bezüglich deren Einzelheiten hielt das Bundesgericht fest, es könne aus dem nachträglichen Verhalten der Beklagten nicht geschlossen werden, dass sie mit der an der Stiftungsratssitzung besprochenen Vertragsänderung *tel quel* einverstanden gewesen sei. Immerhin bestehe aber eine Einigung der Parteien hinsichtlich der Be-

rechnung der Marketingentschädigung anhand der Anzahl der versicherten Personen. Unklar sei lediglich, wie der Kreis der versicherten Personen definiert werde. Sodann erblickte das Bundesgericht auch in der Frage, ob eine zusätzliche Infrastrukturentschädigung geschuldet ist, eine Einigung. Besonderes Gewicht legte das Bundesgericht dabei auf die E-Mails des CEO der Beklagten vom 20. Februar 2014 und 4. April 2014 (act. 11/23 und act. 18/28), welche im Gefolge der Diskussion über die Gültigkeit der Unterschriften auf dem Vertragsentwurf vom 22. Mai 2012 entstanden waren. Mit der E-Mail vom 20. Februar 2014 antwortete der CEO der Beklagten, G._____, auf eine E-Mail gleichen Datums des Stiftungsratspräsidenten der Klägerin, L._____, in welcher dieser den Vertrag gemäss Offerte vom 22. Mai 2012 als "verfälschte Urkunde" bezeichnete und die zugestellten Rechnungen zu Infrastrukturkosten der Jahre 2012 und 2013 in Höhe von Total Fr. 77'760.–, die sich auf diesen Vertrag stützten, zurückwies. G._____ antwortete: "Ich bin grundsätzlich mit Deinen sämtlichen Aussagen einverstanden und selbstverständlich verzichten wir auf die betreffenden Beträge". Das Bundesgericht wertete diese Erklärung als offensichtlichen Verzicht auf die geltend gemachten Infrastrukturentschädigungen (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, E. 4.4, S. 12). Diese Einigung ergebe sich nicht nur aus der E-Mail vom 20. Februar 2014, sondern auch aus dem Buchhaltungsauszug "Marketingkosten 2012" als Beilage zur E-Mail des CEO vom 4. April 2014, welcher ein Guthaben der Beklagten ohne Berücksichtigung einer Infrastrukturentschädigung und auf der Basis eines Ansatzes von Fr. 100.– pro Person berechnet habe. Bestätigt werde dies durch die zweite Rechnung vom 31. Dezember 2013, mit welcher die Beklagte eine zuvor gestellte erste Rechnung für die Marketingentschädigung 2013 über Fr. 65'000.– habe korrigieren wollen. Diese habe ebenfalls auf der Basis von Fr. 100.– pro Person und ohne Infrastrukturentschädigung abgerechnet (act. 11/25); sie sei von zwei zeichnungsberechtigten Personen der Beklagten unterschrieben worden. Damit seien sich die Parteien in den wesentlichen Punkten einig gewesen.

Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass sich allein hinsichtlich des erfassten Personenkreises aus den genannten Dokumenten keine Übereinstimmung ableiten lasse, da sich daraus nicht ergebe, wie die abgerechneten Personen definiert

sein. Es sei nicht klar, ob der von der Beklagten verwendete Begriff "Versicherte" und der Begriff "aktiv Versicherte" (vgl. Protokoll vom 7. Dezember 2011) das Gleiche meinten. Diese Frage (und allenfalls der Abrechnungsmodus) sei aber ein untergeordneter Nebenpunkt. Dieser sei einer richterlichen Vertragsergänzung gemäss Art. 2 Abs. 2 OR zugänglich (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, E. 4.5.1). Diesem Schluss stehe auch der Formvorbehalt nicht entgegen. Ein nachträglicher konkludenter Verzicht auf eine vorbehaltene Form werde namentlich angenommen, wenn die Parteien vor der Erfüllung der Form vertragliche Leistungen vorbehaltlos erbringen und entgegennehmen würden (BGE 105 II 75 E. 1 S. 78; Urteil 4A_416/2012 vom 21. November 2012 E. 3.3). Dies ist vorliegend der Fall.

4.5.7. Richterliche Vertragsergänzung

a. Demgemäss ist davon auszugehen, dass die Parteien den Dienstleistungsvertrag vom 29. Juni 2009 unter Verzicht auf den damals vereinbarten Formvorbehalt dahingehend abgeändert haben, dass die Entschädigung neu Fr. 100.– pro Person beträgt. Die Unklarheit bezüglich des Begriffs "Person" bzw. wie der Kreis der versicherten Personen zu definieren ist sowie der Abrechnungsmodus sind durch richterliche Vertragsergänzung zu klären. Da hinsichtlich dieser Frage nicht auf dispositives Gesetzesrecht zurückgegriffen werden kann, stellt sich die Frage nach dem hypothetischen Parteiwillen, wobei eine Orientierung am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu erfolgen hat (BGE 115 II 484 E. 4.).

Um zu eruieren, wie vernünftige Parteien nach Treu und Glauben die Höhe der Marketingentschädigung festgelegt hätten, sind Hintergrund und Zweck der Anpassung des Dienstleistungsvertrages zu beleuchten:

Die Klägerin befand sich seit 2008 in einer misslichen Lage. Zuzufolge hoher Anlageverluste im Zuge der Finanzkrise betrug der Deckungsgrad der Klägerin Ende 2008 nur noch 69.2%. Auch in den Folgejahren wies die Klägerin eine Unterdeckung auf. Ende 2013 betrug der Deckungsgrad 85 % (act. 17 Rz. 26). Es erfolgten in den Jahren 2010 bis 2013 zahlreiche Sanierungsbeschlüsse, wiederholte

Bestätigungen dieser Beschlüsse, wie auch eine konstante Behaftung des Stiftungsrates durch die Stiftungsaufsichtsbehörde (act. 17 Rz. 26 f.). Nachdem die Aufsichtsbehörde am 28. September 2011 verfügt hatte, dass die Stiftung ihr bisheriges Sanierungskonzept erweitern müsse, damit die Unterdeckung innerhalb der vom Gesetzgeber vorgesehenen Zeitspanne behoben werden könne, beschloss der Stiftungsrat in der bereits vielfach zitierten Sitzung vom 7. Dezember 2011, dass der Ansatz für die Marketingkosten ab 1. Januar 2012 auf CHF 100.– pro aktiven Versicherten festgelegt würde und Nebenkosten im Bereich Marketing dem Stiftungsrat vorgängig zur Genehmigung unterbreitet werden müssten (act. 18/10).

Die Klägerin erachtete insbesondere die Marketingkosten in der Höhe von 0.4% des Anlagevermögens als zu hoch (act. 9 Rz. 46, act. 11/16). Die Stiftungsaufsicht hielt diesbezüglich mit Verfügung vom 27. Dezember 2012 fest, dass die Kosten für Marketing und Werbeaufwand der Klägerin gemäss versicherungstechnischer Expertise im Vergleich mit anderen Stiftungen sehr hoch seien und sich im Konkurrenzvergleich nicht rechtfertigen würden (act. 18/9). Der Marketing- und Werbeaufwand habe gegenüber dem Vorjahr um 6.5% zugenommen. Im versicherungstechnischen Bericht per 31. Dezember 2010 sei die Reduktion der Marketingkosten um jährlich CHF 100'000.– als Sanierungsmassnahme ab 1. Januar 2011 in Aussicht gestellt worden. Die Jahresrechnung 2011 zeige, dass der Stiftungsrat diese Kostenreduktion weder aktiv verfolgt noch überwacht habe und somit seiner Führungsaufgabe in diesem Bereich nicht nachgekommen sei. Die Stiftungsaufsicht hielt weiter fest, dass sie dem Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 7. Dezember 2011 entnommen habe, dass die Marketingkosten ab 1. Januar 2012 auf CHF 100.– pro aktiven Versicherten festgelegt würden; Nebenkosten im Bereich Marketing müssten dem Stiftungsrat vorgängig zur Genehmigung unterbreitet werden. Dadurch sollten im Bereich Marketing ab 2012 insgesamt Kosten von CHF 410'000.– eingespart werden. Auf dieser Aussage würde die Stiftungsaufsicht den Stiftungsrat behaften und den Sachverhalt in der Jahresrechnung 2012 entsprechend überprüfen (act. 18/9).

Somit steht fest, dass die von den Parteien vorgenommene Vertragsänderung einzig zum Zweck der Minimierung der Marketingkosten im Rahmen der Sanierung der Klägerin erfolgte. Nach dem vorstehend Gesagten ist auch klar, dass die Klägerin kaum Spielraum hatte in ihren Vertragsverhandlungen, da sie unter strenger Beobachtung der Stiftungsaufsicht stand, welche ihr sehr klare Ziele und Fristen vorgegeben hatte. Namentlich war der Klägerin auch ein Zurückkommen auf ihren Stiftungsratsbeschluss vom 7. Dezember 2011 nur schwer möglich, nachdem die Stiftungsaufsicht genau die Umsetzung der darin enthaltenen Massnahmen mit Verfügung vom 27. Dezember 2012 verlangt hatte, insbesondere also auch die Berechnung der Marketingkosten anhand der Anzahl der *aktiven* Versicherten. Bereits vor diesem Hintergrund erscheint es höchst unwahrscheinlich, dass eine vernünftig handelnde Vertragspartei in der Situation der Klägerin in Bezug auf die Marketingkosten einer vom Stiftungsratsbeschluss abweichenden vertraglichen Regelung zugestimmt hätte.

Sodann ist davon auszugehen, dass vernünftig handelnde Parteien in der vorliegenden Situation die Berechnung der Marketingentschädigung an Parameter knüpfen würden, die einen Konnex zu den in diesem Zusammenhang erbrachten Leistungen aufweisen, den Erfolg der Marketing-Bemühungen also gewissermassen messbar machen. Die Leistungen der Beklagten gemäss Dienstleistungsvertrag vom 29. Juni 2009 umfassen die Erarbeitung eines Marketingkonzepts, die Etablierung und Umsetzung einer Corporate Identity, die Initialisierung und Koordination sämtlicher Kontakte mit Medien, die Koordination sämtlicher Werbekampagnen sowie die Etablierung und Pflege eines Vertriebsnetzes in der Schweiz (act. 11/8). Bei diesen Aufgaben geht es im Wesentlichen darum zu erreichen, dass sich eine möglichst grosse Zahl von Personen bzw. Unternehmen im Rahmen der beruflichen Vorsorge gemäss BVG der Klägerin anschliesst. Auf die Gruppe der Altersrentner zielen die Marketing-Bemühungen naturgemäss nicht ab. Will man den Erfolg des Marketingaufwandes an eine Personengruppe binden (und nicht mehr an das durchschnittlich verwaltete Anlagevermögen wie bisher) erscheint somit das Abstellen auf die Zahl der aktiven und somit beitragsleistenden Versicherten als vernünftig und sachgerecht.

Überdies differenziert auch das BVG stets zwischen Versicherten und Rentnern, wobei letztere nie als Versicherte bezeichnet werden (vgl. Art. 65 Abs. 2 BVG, Art. 53d Abs. 5 und 6 BVG u.a.). Auch in den Jahresberichten der Klägerin (vgl. act. 11/36 und 11/44) wurde diese Terminologie übernommen, so dass immer nur (aktive) Versicherte und Altersrentner unterschieden werden. Letztere werden an keiner Stelle als Versicherte bezeichnet. Es ist davon auszugehen, dass sich auch vernünftig handelnde Parteien zur Vermeidung von Unklarheiten an diese vorgegebene Terminologie gehalten hätten und Altersrentner nicht in die Gruppe der "Versicherten" eingeordnet hätten.

b. Die Parteien haben vereinbart, dass die Entschädigung neu CHF 100.– pro versicherter Person und pro Jahr beträgt. Bezüglich des Abrechnungsmodus macht die Beklagte geltend, man habe die quartalsweise Abrechnung gemäss Dienstleistungsvertrag vom 29. Juni 2009 beibehalten, da der Bestand der Versicherten naturgemäss starken Schwankungen unterworfen sei (act. 21 Rz. 91). Die Position der Klägerin zu dieser Frage ist nicht ganz klar, immerhin hat sie aber eine Email eingereicht, worin (zumindest für das Jahr 2012) eine Berechnung der Marketingentschädigung gemäss den Zahlen per Jahresende vorgenommen wurde (act. 18/28 S. 4). Da es sich beim Abrechnungsmodus ebenfalls um einen vertraglichen Nebenpunkt handelt, ist dieser der richterlichen Vertragsergänzung zugänglich (vgl. den Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts 4A_70/2018 vom 20. August 2018, E. 4.5.1). Die Zahl der relevanten aktiven Versicherten bei einer Pensionskasse bleibt erfahrungsgemäss aufgrund von Ein- und Austritten und Vorsorgefällen im Verlaufe eines Jahres tatsächlich nicht konstant. Das Bestreben, solchen Schwankungen Rechnung zu tragen, erscheint grundsätzlich vernünftig und nachvollziehbar. Die grösste Genauigkeit würde erzielt, wenn für jeden einzelnen Versicherten berechnet würde, an wie vielen Tagen pro Jahr er der Klägerin angeschlossen war. Eine solche Methode wäre kaum praktikabel. Bestandesänderungen könnten in gewissem Masse auch mit anderen Abrechnungsmodi berücksichtigt werden, etwa mit einer monatlichen, quartalsweisen oder halbjährlichen Abrechnung. Gänzlich unberücksichtigt blieben die Bestandesschwankungen indessen mit der von der Klägerin implizierten Methode, wo-

nach jeweils allein auf die Höhe des Versichertenbestandes per Ende Jahr abgestellt würde. Ein Mittelweg, der den Bestandesschwankungen zwar nicht vollumfänglich, aber adäquat und hinreichend Rechnung tragen würde, wäre das Abstellen auf die durchschnittliche Anzahl aktiver Versicherter pro Jahr anhand der Zahlen in zwei aufeinanderfolgenden Jahresabschlüssen. Diese Berechnungsart wäre auch viel praktikabler als monatliche, vierteljährliche oder halbjährliche Abrechnungen. Es könnte nämlich auf Zahlen abgestellt werden, welche von der Klägerin ohnehin ermittelt werden müssen; das monatliche, viertel- oder halbjährliche Anfordern und Ermitteln der Bestandeszahlen wäre nicht nötig. Damit entstünden der Klägerin keine zusätzlichen Aufwände und Kosten, was ihren Sanierungsbestrebungen zugute kommen würde. Überdies wäre das Abstellen auf die Zahlen in den Jahresabschlüssen weniger fehleranfällig und es könnten Differenzen zwischen den Parteien bei den Zahlen vermieden werden, sind doch diesbezüglich bereits Unstimmigkeiten entstanden (vgl. act. 21 Rz. 66 mit Hinweis auf act. 18/13 und 22/53, wo sich entgegen der Argumentation der Beklagten für den Stichtag 31.12.2011 auch bei Berücksichtigung der Altersrentner keine übereinstimmenden Zahlen ergeben).

Insgesamt ist demnach davon auszugehen, dass vernünftige Parteien eine jährliche Abrechnung gestützt auf den Durchschnittswert aus jeweils zwei Jahresendwerten vereinbart hätten. Die Leistung quartalsweiser Akontozahlungen, wie sie vorliegend gehandhabt wurden, steht dem nicht entgegen. Eine Festlegung der Höhe solcher Akontozahlungen ist für den vorliegenden Fall nicht erforderlich.

4.5.8. Fazit

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass zwischen den Parteien am 29. Juni 2009 ein Dienstleistungsvertrag abgeschlossen wurde, mit welchem der Beklagten diverse Marketingleistungen zu Gunsten der Klägerin übertragen wurden. Im Zuge von Sanierungsbestrebungen bei der Klägerin wurde eine Abänderung dieses Vertrages wiederholt zum Thema zwischen den Parteien. Eine solche ist insofern zustande gekommen, als sich die Parteien – so hat es das Bundesgericht in seiner Rückweisungsentscheid festgehalten – im Grundsatz einig waren, dass eine Entschädigung von CHF 100.– pro versicherte Person geschuldet war

und auf eine zusätzliche Infrastrukturentscheidung verzichtet wurde (Urteil des Bundesgerichts 4_70/2018 vom 20. August 2018, E. 4.5.1). Aufgrund richterlicher Vertragsergänzung ist davon auszugehen, dass der zur Berechnung der Marketingentscheidung relevante Personenkreis ab dem Jahre 2012 nur die aktiven Versicherten umfasst. Betreffend des Abrechnungsmodus ist von einer Abrechnung per Jahresende auszugehen und auf den Durchschnittswert aus jeweils zwei Jahresendwerten abzustellen. 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.

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

Wie dargelegt ist davon auszugehen, dass die Parteien die neue Berechnungsweise der Marketingentscheidung rückwirkend per 1. Januar 2012 zur Anwendung bringen wollten. Die Durchschnittswerte des Bestandes der aktiven Versicherten sind demnach wie folgt zu berechnen:

	Bestand aktive Versicherte		Durchschnittswert
2012 (act. 11/36)	31.12.2011	2'240	2'102.5
	31.12.2012	1'965	
2013 (act. 11/44)	31.12.2012	1'965	1'838.5
	31.12.2013	1'712	
2014 (act. 1 Rz. 15)	31.12.2013	1'712	1'634
	31.12.2014	1'556	

Daraus lassen sich folgende Entschädigungsansprüche der Beklagten berechnen:

	Durchschnittswert aktive Versicherte	Entschädigung CHF 100.– p.a.	Entschädigung inkl. 8% MwSt
2012	2'102.5	CHF 210'250	CHF 227'070.–
2013	1'838.5	CHF 183'850	CHF 198'558
2014	1'634	CHF 163'400	CHF 176'472

Für das Jahr 2014 ist sodann zu berücksichtigen, dass das Vertragsverhältnis am 20. November 2014 gekündigt wurde. Der bis dahin angefallene Anteil an Marketingentschädigungen beträgt CHF 156'649.10. Dies ergibt gesamthaft einen Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin für die Jahre 2012, 2013 und 2014 von CHF 582'277.10. Davon in Abzug zu bringen sind die Akontozahlungen der Klägerin. Die Klägerin hat unbestrittenermassen mindestens CHF 272'754.– für die Marketingdienstleistungen akonto bezahlt. Darüber hinaus behauptet die Klägerin eine Leistung von weiteren CHF 40'000.– für die restliche Laufzeit im Jahr 2014 (act. 17 Rz. 105). Diese Behauptung wurde von der Beklagten nicht substantiiert bestritten (act. 28 Rz. 142), weshalb davon auszugehen ist, dass die Zahlung von CHF 40'000.– geleistet wurde. Dies ergibt einen verbleibenden Anspruch der Beklagten aus Dienstleistungsvertrag von CHF 269'523.10.

5. Verrechnung der Forderungen

5.1. Standpunkte der Parteien

Die Beklagte erklärte in ihrer Klageantwort die Verrechnung ihrer Forderung mit den 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. Das Erlöschen der Forderungen findet rückwirkend statt. Ebenso entfallen nachträglich die gesetzlichen und vertraglichen Verzugsfolgen (PETER, a.a.O. N 5 f. 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 zur Verrechnung gelangende Forderung der Beklagten beläuft sich auf CHF 269'523.10. Verzugszinsen sind im Rahmen der Verrechnung aufgrund der Rückwirkung nicht zu berücksichtigen. Nach erfolgter Verrechnung ergibt sich somit eine Restforderung der Klägerin im Umfang von CHF 90'493.99 nebst Zinsen aus Kontokorrentguthaben sowie im Umfang von CHF 29'923.– nebst Zinsen aus Rückforderung von Vermittlerentschädigung.

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 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 aus Dienstleistungsvertrag erklärt. Aufgrund des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides steht fest, dass der Dienstleistungsvertrag hinsichtlich der Berechnung der Entschädigung rückwirkend geändert wurde. Namentlich wurde die Entschädigung neu anhand der An-

zahl der versicherten Personen berechnet, wobei eine vertragliche Regelung bezüglich der Definition des Kreises der versicherten Personen fehlte. Eine aufgrund des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides vorgenommene richterliche Vertragsergänzung führt zum Ergebnis, dass davon auszugehen ist, dass nur die aktiven Versicherten für die Berechnung der Entschädigung massgebend sind (E. 4.5.7). Auf dieser Berechnungsgrundlage und unter Berücksichtigung der Bestandeszahlen aus den Jahresabschlüssen resultiert ein Anspruch der Beklagten aus Dienstleistungsvertrag für die Jahre 2012, 2013 und 2014 von gesamthaft CHF 582'277.10 (E. 4.7). Nach Abzug bereits geleisteter Akontozahlungen und nach Verrechnung mit den klägerischen Ansprüchen ergibt sich eine Restforderung der Klägerin im Umfang von CHF 90'493.99 nebst Zinsen aus Kontokorrentguthaben sowie im Umfang von CHF 29'923.– nebst Zinsen aus Rückforderung von Vermittlerentschädigung.

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. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Vorliegend wird die Klage im Umfang von

etwa einem Fünftel gutgeheissen und im darüber hinausgehenden Umfang abgewiesen. Die Gerichtskosten sind entsprechend auf die Parteien aufzuteilen.

7.3. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 35'000.– festzulegen. Entsprechend der teilweisen Gutheissung der Klage ist der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von 3/5 einer vollen Entschädigung zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 90'493.99 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Oktober 2014 sowie CHF 29'923.– zuzüglich Zins zu 5% seit 31. Dezember 2015 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 29'000.–.
3. Die Kosten werden zu 4/5 der Klägerin und zu 1/5 der Beklagten auferlegt.

Der der Klägerin auferlegte Kostenanteil wird aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen; im nicht gedeckten Betrag werden die Kosten nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 21'000.– 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, 19. November 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Claudia Iunco-Feier