

# **BGer 4A\_278/2014 vom 18. September 2014**

Bundesgericht, 2014-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_278\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_278_2014)

FR: TF 4A\_278/2014 du 18 septembre 2014

IT: TF 4A\_278/2014 del 18 settembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der Beschwerdeführerin ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Die beschwerdeführende Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Soweit die beschwerdeführende Partei den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f. ; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen).

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 138 IV 13 E. 5.1 S. 22; 134 II 124 E. 4.1 S. 133; 132 III 209 E. 2.1 S. 211 ; 131 I 57 E. 2 S. 61).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin verlangt mit ihrem Eventualantrag die Zusprechung eines Betrages von Fr. 92'712.32 und somit mehr, als ihr von der Vorinstanz zugesprochen wurde. Darauf kann nicht eingetreten werden. Das BGG kennt die Anschlussbeschwerde nicht ( Art. 90 ff. BGG ; BGE 134 III 332 E. 2.5 S. 335; Urteil 4A\_580/2011 vom 2. April 2012 E. 3.2) und die Frist gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG für eine selbstständige Beschwerde war im Zeitpunkt der Eingabe an das Bundesgericht schon längst abgelaufen.

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin hat unaufgefordert eine Replik eingereicht, ohne darzulegen, inwiefern die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin eine solche erforderlich machte. Eine Replik kann jedoch nicht dazu dienen, die Beschwerdeschrift zu ergänzen oder unzulässige Noven einzureichen (vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG ). Die Replik ist somit - abgesehen von den zulässigen Ausführungen zur Anschlussbeschwerde - nicht zu berücksichtigen. Entsprechend hat auch die Duplik unbeachtet zu bleiben.

## **E. 3**

Es ist umstritten, ob zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin bzw. D. \_\_\_\_\_ ein Vertrag zustande kam.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz bejahte dies. Gestützt auf das Vertrauensprinzip nahm sie an, aufgrund des konkludenten Verhaltens der Beschwerdeführerin habe D. \_\_\_\_\_ von einem grundsätzlich entgeltlichen Auftragsverhältnis ausgehen dürfen. Für das Vorliegen eines Auftrages sei es nicht erforderlich, dass sich die Parteien ausdrücklich über den Auftragsumfang und die Vergütung geeinigt hätten. Unbestritten habe D. \_\_\_\_\_ auch nach seinem Ausscheiden bei E. \_\_\_\_\_ Leistungen als Aktuar für die Beschwerdeführerin erbracht. Die Beschwerdeführerin habe solche nicht nur vorbehaltlos entgegengenommen, sondern D. \_\_\_\_\_ aktiv zu deren Erbringung veranlasst. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf den Ende Juni und anfangs Juli 2011 durchgeführten E-Mail-Verkehr zwischen der Beschwerdeführerin und D. \_\_\_\_\_, namentlich auf ein E-Mail des damaligen Direktors der Beschwerdeführerin vom 5. Juli 2011 an D. \_\_\_\_\_, in dem ersterer ankündigte, sie würden am 1. August (2011) in der Schweiz sein und möchten mit ihm dann die bisherige Arbeit besprechen und wie es weitergehe. D. \_\_\_\_\_ sei auch bis zum 19. Oktober 2011 als verantwortlicher Aktuar registriert geblieben. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Löschungsmeldung an die Finma sei versehentlich vergessen worden, vermöge bei einem Zeitraum von über viereinhalb Monaten nicht zu überzeugen. Mutationen müssten von Gesetzes wegen ( Art. 23 Abs. 1 und 3 VAG ) umgehend gemeldet werden. Solange der Registereintrag weiter bestanden habe, sei D. \_\_\_\_\_ gesetzlich verpflichtet gewesen, die Funktion des verantwortlichen Aktuars weiterhin wahrzunehmen, selbst wenn dies auf einem Versehen beruht hätte. Die Beschwerdeführerin habe auch nicht behauptet, sie hätte D. \_\_\_\_\_ nach seinem Ausscheiden aus E. \_\_\_\_\_ darüber informiert, dass trotz seiner weiter bestehenden Registrierung und trotz erteilter konkreter Aufträge nicht mehr er, sondern E. \_\_\_\_\_ (bzw. ein anderer Mitarbeiter) die Aufgabe des verantwortlichen Aktuars weiterführen solle. Vielmehr habe sich F. \_\_\_\_\_ (von der Beschwerdeführerin) bei D. \_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 20. Oktober 2011 für die nicht ordnungsgemässe Information entschuldigt.

Die Beschwerdeführerin habe auch nicht annehmen dürfen, so die Vorinstanz weiter, dass D.\_\_\_\_\_ die Dienstleistungen in Vertretung und auf Rechnung von E.\_\_\_\_\_ erbracht habe. Ihr Einwand, G.\_\_\_\_\_, Partner bei E.\_\_\_\_\_, habe dies ihr gegenüber ausdrücklich so bestätigt, sei unbehelflich. Der Arbeitsvertrag zwischen E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sei damals bereits über einen Monat beendet gewesen, was die Beschwerdeführerin gewusst habe. Sie habe daher nicht annehmen dürfen, G.\_\_\_\_\_ könne verbindlich darüber Auskunft erteilen, ob und wenn ja, welche zwischenzeitlich von D.\_\_\_\_\_ erbrachten Leistungen durch Zahlung an E.\_\_\_\_\_ bereits abgegolten seien, zumal Mitarbeiter von E.\_\_\_\_\_ nicht in den E-Mail-Verkehr zwischen der Beschwerdeführerin und D.\_\_\_\_\_ eingebunden gewesen seien. Nicht entscheidend sei daher auch, ob die Beschwerdeführerin E.\_\_\_\_\_ für den Zeitraum vom 12. Januar 2011 bis 24. Januar 2012 aufgrund des weiterhin mit E.\_\_\_\_\_ bestehenden Mandats Honorarrechnungen im Betrag von insgesamt Fr. 339'242.04 bezahlt habe, wie die Beschwerdeführerin geltend mache.

### **E. 3.2**

Die Einwände der Beschwerdeführerin - soweit überhaupt genügende Rügen vorliegen - sind nicht geeignet, diese Beurteilung als rechtsfehlerhaft erscheinen zu lassen.

Sie wiederholt erneut, dass das Mandatsverhältnis mit E.\_\_\_\_\_ weiter bestanden habe und ihr G.\_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 14. Juni 2011 bestätigt habe, sie schulde D.\_\_\_\_\_ für die von diesem erbrachten Leistungen privat nichts. Mit der Begründung der Vorinstanz zu diesem bereits dort vorgebrachten Einwand, setzt sie sich nicht auseinander. Eine genügende Rüge liegt nicht vor (vgl. E. 1.1), sodass darauf nicht einzutreten ist.

Sie behauptet sodann, ab dem 1. Juni 2011 habe H.\_\_\_\_\_, ein weiterer Mitarbeiter bei E.\_\_\_\_\_, das Amt des verantwortlichen Aktuars wahrgenommen. Die Vorinstanz hat nichts solches festgestellt. Die Beschwerdeführerin erweitert somit den für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt, ohne dass jedoch eine genügende Sachverhaltsrüge (vgl. E. 1.2) vorliegt. Auch darauf ist daher nicht einzutreten.

Die Vorinstanz ging somit zu Recht davon aus, dass D.\_\_\_\_\_ im Auftrag der Beschwerdeführerin bis zum 19. Oktober 2011 grundsätzlich entgeltliche Leistungen als Aktuar erbrachte.

### **E. 4**

Für den Fall, dass grundsätzlich von einem Auftrag zwischen ihr und D.\_\_\_\_\_ ausgegangen wird, bestreitet die Beschwerdeführerin die Höhe des geschuldeten Honorars. Mit ihrem Eventualantrag verlangt sie, dass höchstens ein Betrag von Fr. 16'000.40 zugesprochen wird, entsprechend der Summe der beiden Rechnungen vom 30. September 2011 und 31. Oktober 2011 (inkl. MWST).

#### **E. 4.1**

Geschuldet ist das vereinbarte Honorar. Wurde dieses nicht konkret bestimmt, ist eine übliche und angemessene Vergütung geschuldet ( Art. 394 Abs. 3 OR ). Der Beauftragte ist beweispflichtig hinsichtlich der Existenz der Honorarabsprache sowie der Art der Honorierung (Urteil 4A\_100/2008 vom 29. Mai 2008 E. 4.1).

Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR ). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG

der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (vgl. BGE 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274, 626 E. 3.1 S. 632; 131 III 606 E. 4.1 S. 611; 130 III 66 E. 3.2 S. 71; 417 E. 3.2 S. 424 f.; 129 III 118 E. 2.5 S. 122; je mit Hinweisen). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; 132 III 24 E. 4 S. 28, 268 E. 2.3.2 S. 274 f., 626 E. 3.1 S. 632; 131 III 606 E. 4.1 S. 611; 130 III 66 E. 3.2 S. 71, 417 E. 3.2 S. 424 f.; je mit Hinweisen). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen ( BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 129 III 675 E. 2.3 S. 680; 118 II 365 E. 1 S. 366). Darauf, dass der Vertragspartner eine Vereinbarung nach Treu und Glauben in einem gewissen Sinne hätte verstehen müssen, darf sich die Gegenpartei nur berufen, soweit sie selbst die Bestimmung tatsächlich so verstanden hat. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner der Parteien gewollt ist (Urteil 4A\_538/2011 vom 9. März 2012 E. 2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz sandte D. \_\_\_\_\_ am 1. März 2011 I. \_\_\_\_\_, einem damaligen Direktor der Beschwerdeführerin, einen Vertragsentwurf zu, der dem Mandatsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und E. \_\_\_\_\_ nachempfunden war und in nur wenigen Punkten davon abwich. Mit E-Mail vom 29. April 2011 habe I. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ mitgeteilt, dass er den Vertragsentwurf der Rechtsabteilung zur Genehmigung weiterleiten werde. In der Folge sei aber nie ein Vertrag unterzeichnet worden, wobei der Entwurf weder ausdrücklich abgelehnt, noch ausdrücklich angenommen worden sei. Entsprechend verneinte die Vorinstanz das Vorliegen einer ausdrücklichen Abrede.

Sie nahm aber weiter an, es sei eine konkludente Einigung zwischen den Parteien zustande gekommen. Durch den Vertragsentwurf habe D. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin mitgeteilt, welches Honorar er für seine Arbeit als Aktuar verlange, nämlich eine Jahrespauschale von Fr. 240'000.--, welche in vierteljährlichen Raten zu vergüten sei. Mit E-Mail vom 16. März 2011 habe I. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ darüber informiert, dass die Beschwerdeführerin zuerst die Kündigungsbestätigung betreffend dessen Ausscheiden bei E. \_\_\_\_\_ benötige, dann könne sie ihrerseits das Mandat bei E. \_\_\_\_\_ kündigen und darauf den Vertrag mit ihm selber abschliessen. Der Umstand, dass I. \_\_\_\_\_ den Vertragsentwurf nicht zurückgewiesen, sondern zur Genehmigung an die Rechtsabteilung weiter geleitet habe, spreche dafür, dass er selber damit einverstanden gewesen sei. D. \_\_\_\_\_ habe daher nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen dürfen, dass er seine Arbeiten als Aktuar aufgrund der Konditionen im Vertragsentwurf erbringen könne. Dass I. \_\_\_\_\_ keine Einzelzeichnungsberechtigung besass, stehe dem nicht entgegen, denn in den E-Mail-Verkehr mit D. \_\_\_\_\_ seien stets auch weitere Verantwortliche der Beschwerdeführerin einbezogen worden, namentlich auch zwei weitere Direktoren.

D.\_\_\_\_\_ sei daher auf der Basis einer Jahrespauschale von Fr. 240'000.-- zu entschädigen.

Die Entschädigung sei quartalsweise pro rata temporis geschuldet. Die Jahrespauschale von Fr. 240'000.-- sei daher für die Zeitspanne zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 (141 Tage) - welche ohnehin in etwa der Zeitspanne eines Quartals entspreche - pro rata temporis zu reduzieren, was einen Betrag von Fr. 92'712.30 ergebe (Fr. 240'000.-- : 365 x 141). Bei der Berechnung der eingeklagten pro-rata-Summe von Fr. 100'759.57 (inkl. MWST) gemäss "Final Invoice" vom 27. Januar 2012, habe die Beschwerdegegnerin die mit den Rechnungen vom 30. September 2011 und 31. Oktober 2011 bereits fakturierten Beträge von Fr. 13'615.20 und Fr. 1'200.-- (je exkl. MWST) abgezogen. Diese Beträge seien somit nicht eingeklagt und daher auch von dem nun errechneten pro rata Betrag von Fr. 92'712.30 zu subtrahieren. Es verbleibe somit ein geschuldeter Betrag von Fr. 77'897.10 bzw. Fr. 84'128.90 (inkl. MWST).

### **E. 4.3**

Die Verneinung einer tatsächlichen Einigung über die Höhe des Honorars ist nicht zu beanstanden. Dafür gibt es in der Tat keine Anhaltspunkte und eine solche wird von den Parteien auch nicht behauptet.

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, ist die Beurteilung der Vorinstanz im Hinblick auf ihre Auslegung nach Vertrauensprinzip aber bundesrechtswidrig. Sie weist zutreffend darauf hin, dass die Vorinstanz die Art der Rechnungsstellung vollständig ausser Acht liess. Die Beschwerdegegnerin hat die Arbeit von D.\_\_\_\_\_ in ihren Rechnungen vom 30. September 2011 und 31. Oktober 2011 aufgrund der geleisteten Arbeitsstunden und mit einem Stundenansatz von Fr. 400.-- abgerechnet. Sie ging somit unmissverständlich selber davon aus, dass kein Pauschalhonorar vereinbart worden ist. In ihrer Schlussrechnung ("Final Invoice") vom 27. Januar 2012 rechnete sie sodann zwar aufgrund einer Jahrespauschale ab, jedoch aufgrund einer solchen von Fr. 280'000.-- und nicht einer solchen von Fr. 240'000.--. Entsprechend kam sie auf den eingeklagten Betrag von Fr. 100'759.57. Die Vorinstanz bezog sich zwar auf den "Final Invoice", um den Abzug der beiden Teilrechnungen vom 30. September 2011 und 31. Oktober 2011 vom pro-rata-Pauschalbetrag zu rechtfertigen, setzt sich aber mit keinem Wort damit auseinander, dass die Beschwerdegegnerin selber mit dieser Art der Abrechnung nicht von einem Pauschalhonorar von Fr. 240'000.-- gemäss Vertragsentwurf ausging. Im Rahmen der Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip ist zwar das nachträgliche Verhalten als solches nicht von Bedeutung, denn für das Vertrauen der Gegenpartei in ein bestimmtes Vertragsverständnis können nur die bei Vertragsabschluss bestehenden Umstände massgeblich sein: Nachträgliches Verhalten kann aber im Rahmen der Beweiswürdigung auf einen tatsächlichen Willen der betreffenden Partei schliessen lassen (vgl. E. 4.1). Aus der Rechnungsstellung ergibt sich unmissverständlich, dass die Beschwerdegegnerin selber nicht davon ausging, es sei gemäss dem am 1. März 2011 zugestellten Vertragsentwurf ein Pauschalhonorar von jährlich Fr. 240'000.--, das quartalsweise abzurechnen sei, konkludent vereinbart worden. Wie erwähnt (vgl. E. 4.1 a.E.), kann die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht zu einem Konsens führen, der so von keiner Partei gewollt ist. Nachdem die Beschwerdegegnerin aber selber nicht davon ausging, sie habe ein Pauschalhonorar von Fr. 240'000.-- vereinbart und die Beschwerdeführerin ihrerseits ohnehin stets behauptete, es sei überhaupt nichts geschuldet, verletzte die Vorinstanz Art. 18 OR, wenn sie nach dem Vertrauensprinzip gestützt auf den zugestellten Vertragsentwurf

einen Konsens über ein Pauschalhonorar von Fr. 240'000.-- unterstellte.

#### **E. 4.4**

Hat die Beschwerdegegnerin weder eine konkrete Honorarabsprache noch eine Vereinbarung über die Art der Honorierung nachgewiesen (vgl. E. 4.1 a.A.), ist eine übliche Vergütung geschuldet. Da die Beschwerdegegnerin selber in ihren Rechnungen vom 30. September 2011 und 31. Oktober 2011 einen Stundenansatz von Fr. 400.-- in Rechnung stellte und die Beschwerdeführerin ihrerseits in ihrem Eventualantrag auf diese Rechnungen abstellt, kann davon ausgegangen werden, dass dieser Ansatz einem üblichen Honorar entspricht. Die Beschwerdegegnerin ist an sich für den von ihr bzw. D.\_\_\_\_\_ getätigten Aufwand beweispflichtig. Nachdem die Beschwerdeführerin mit ihrem Eventualantrag die in den beiden Rechnungen aufgeführten Stunden akzeptiert, kann hier ebenfalls davon ausgegangen werden. Demzufolge ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Klage gemäss Ziffer 1 der Rechtsbegehren im eventualiter geltend gemachten Betrag von Fr. 16'000.40 zu schützen.

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz hat auf dem von ihr geschützten Betrag einen Verzugszins von 5 % seit 6. März 2012 zugesprochen. Die Beschwerdeführerin äussert sich in ihrer Beschwerde nicht zum Zinsbetreffnis. Ebenso wenig äussert sie sich zu den von der Vorinstanz geschützten Betreuungskosten gemäss Ziffer 2 des Urteilsdispositivs. Diesbezüglich ist somit der angefochtene Entscheid nicht zu ändern.

#### **E. 5**

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin einen Fünftel und die Beschwerdegegnerin vier Fünftel der Gerichtskosten zu bezahlen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren entsprechend mit einem reduzierten Betrag von Fr. 3'000.-- zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.