

ZH_HANDELSGERICHT HG110174 vom 29. Januar 2014

Zh Handelsgericht, 2014-01-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110174

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG110174 du 29 janvier 2014

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG110174 del 29 gennaio 2014

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit

- 11 -

E. 1.1.1

Eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung geht dem in Art. 83 Abs. 2 SchKG vorgesehenen, nicht zwingenden Gerichtsstand am Ort der Betreuung vor (STAEHELIN, in: Basler Kommentar zum SchKG I, 2. Aufl. 2010, N 35 zu Art. 83 SchKG m.w.H.; VOCK, in: HUNKELER [Hrsg.], Kurzkomentar SchKG, 2009, N 7 zu Art. 83 SchKG). Es ist unbestritten, dass die Parteien in Ziffer IV. des Zusammenarbeitsvertrages vom 14. Juli 2010 (act. 3/2 S. 2) Zürich als ausschliesslichen Gerichtsstand vereinbart haben (Klägerin: act. 1 Rz. 2; Beklagte: act. 13 Rz. 168 f.). Die örtliche Zuständigkeit in Zürich ist aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 17 ZPO gegeben.

E. 1.1.2

Soweit nicht kantonalrechtliche Spezialvorschriften bestehen, ist dasjenige Gericht zur Behandlung der Aberkennungsklage sachlich zuständig, welches auch für eine entsprechende normale materielle Klage zuständig wäre (STAEHELIN, a.a.O., N 39 zu Art. 83 SchKG; VOCK, a.a.O., N 8 zu Art. 83 SchKG). Das Handelsgericht ist sachlich zuständig, da es bei der vorliegenden Klage um die geschäftliche Tätigkeit der Parteien geht, der Streitwert CHF 30'000 übersteigt und beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

E. 1.1.3

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist somit gegeben und blieb auch unbestritten (Klägerin: act. 1 Rz. 2 ff.; Beklagte: act. 13 Rz. 168 f.).

E. 1.2

Weitere Prozessvoraussetzungen

E. 1.2.1

Prozessvoraussetzung für die Aberkennungsklage ist eine im Zeitpunkt der Klageeinreichung gültige Betreuung. Weitere Voraussetzung ist, dass der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben und der Gläubiger provisorische Rechtsöffnung erhalten hat (STAEHELIN, a.a.O., N 17 f. zu Art. 83 SchKG m.w.H.). Die Klagefrist von 20 Tagen gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG beginnt von der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides

gemäss Art. 239 Abs. 1 ZPO, d.h. des Rechtsöffnungsentscheides im Dispositiv, an zu laufen (STAEHELIN, a.a.O., N 23 zu Art. 83 SchKG; VOCK, a.a.O., N 11 zu Art. 83 SchKG).

- 12 -

E. 1.2.2

Am 30. März 2011 liess die Beklagte der Klägerin durch das Betreibungsamt Nyon einen Zahlungsbefehl in Höhe von CHF 195'862.85 zuzüglich Zins zu stellen. Dagegen erhob die Klägerin gleichentags Rechtsvorschlag (act. 3/4). Am 12. April 2011 stellte die Beklagte beim Juge de Paix du district de Nyon das Begehren um provisorische Rechtsöffnung (act. 3/5). Mit Entscheid vom 15. Juli 2011, der Klägerin zugestellt am 20. Juli 2011, gewährte die Rechtsöffnungsrichterin die Rechtsöffnung im Umfang von CHF 195'862.85 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. ab 10. Dezember 2010 (unbegründeter Entscheid vom 15. Juli 2011: act. 3/6; begründeter Entscheid mit Datum vom 18. August 2011: act. 9). Der Rechtsöffnungsentscheid wurde von der Klägerin nicht angefochten (act. 11). Die Aberkennungsklage wurde am 9. August 2011 erhoben (act. 1).

E. 1.2.3

Die genannten Prozessvoraussetzungen sind erfüllt.

E. 1.3

Antrag der Beklagten auf Nichteintreten

E. 1.3.1

Rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 52 ZPO ist unter anderem das widersprüchliche Verhalten einer Partei im Prozess. Die Parteien und das Gericht haben sich im Prozessverlauf kohärent zu verhalten. Namentlich gelten eine Klage oder eine Einwendung, welche unvereinbar mit der bisherigen Prozessführung derselben Partei mit demselben Gegner sind und die auf Erlangung eines ungerichtfertigten Vorteils abzielen, als rechtsmissbräuchlich (HURNI, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N 59 und N 65 zu Art. 52 ZPO; GEHRI, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 10 zu Art. 52 ZPO). Auf eine rechtsmissbräuchlich eingeleitete Klage ist mangels Rechtsschutzinteresse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) nicht einzutreten (SUTTER-SOMM/CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 31 zu Art. 52 ZPO m.w.H.; GEHRI, a.a.O., N 16 zu Art. 52 ZPO).

E. 1.3.2

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin verhalte sich widersprüchlich und verstosse gegen Treu und Glauben, wenn sie sich - trotz gegenteiliger Vorankündigung - dem Entscheid des Rechtsöffnungsrichters unterziehe und im Aberkennungsprozess an den von ihr im Rechtsöffnungsverfahren nicht angefochtenen

- 13 - Argumenten weiterhin uneingeschränkt festhalte (act. 13 Rz. 27). Dieser Umstand sei im vorliegenden Verfahren zu würdigen (act. 31 Rz. 150). Für die Erhebung der Aberkennungsklage ist nicht erforderlich, dass sich der Schuldner dem Rechtsöffnungsbegehren widersetzt hat. Er kann selbst dann Aberkennungsklage erheben, wenn er das Rechtsöffnungsbegehren unter Vorbehalt der Aberkennungsklage anerkennt

hat (STAEHELIN, a.a.O., N 18 zu Art. 83 SchKG; BGE 123 III 220 E. 4d). Der Klägerin stand es somit frei, einerseits den Rechtsöffnungsentscheid vom 15. Juli 2011 zu akzeptieren und andererseits Aberkennungsklage zu erheben. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann darin nicht erblickt werden.

E. 1.3.3

Die Beklagte hält weiter dafür, die Klägerin verhalte sich widersprüchlich, wenn sie sich an die Gerichtsstandsvereinbarung im Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 gebunden sehe und in anderem Zusammenhang geltend mache, die Zusammenarbeitsvereinbarung sei gar nicht gültig, da L._____ und M._____ die Klägerin gegenüber der Beklagten zivilrechtlich nicht gültig hätten verpflichten können. Dieses widersprüchliche Verhalten sei rechtsmissbräuchlich, weshalb auf die Aberkennungsklage nicht einzutreten sei (act. 13 Rz. 168; vgl. auch act. 31 Rz. 36, Rz. 325). Unabhängig davon, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung Bestandteil eines Hauptvertrages bildet (Gerichtsstandsklausel) oder ob es sich dabei um eine selbständige Abrede handelt (Gerichtsstandsvertrag), stellt sie eine vom Hauptvertrag unabhängige Übereinkunft dar (Autonomie der Prorogation). Ausser bei Fehleridentität - beispielsweise im Falle der Handlungsunfähigkeit einer Vertragspartei - muss die Gültigkeit der Prorogation daher unabhängig und ohne Rücksicht auf die Gültigkeit des Hauptvertrages geprüft werden (BERGER, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N 43 ff. zu Art. 17 ZPO m.w.H.; INFANGER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 29 zu Art. 17 ZPO).

- 14 - Zwar wäre es als konsequent zu bezeichnen, hätte sich die Klägerin mit der identischen Argumentation sowohl gegen die Gültigkeit des Zusammenarbeitsvertrages als auch gegen die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung gewandt und dementsprechend die vorliegende Klage am Betreibungsort in Nyon erhoben. Da Hauptvertrag und Gerichtsstandsvereinbarung zwei voneinander unabhängige Verträge darstellen, kann im Vorgehen der Klägerin indessen kein geradezu rechtsmissbräuchliches Verhalten erblickt werden.

E. 1.3.4

Es liegen keine Gründe für ein Nichteintreten auf die Klage vor. Nachdem sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

E. 2

Aberkennungsklage

E. 2.1

Rechtliches Bei der Aberkennungsklage im Sinne von Art. 83 Abs. 2 SchKG handelt es sich um eine materiellrechtliche negative Feststellungsklage, die auf die Feststellung des Nichtbestehens oder der Nichtvollstreckbarkeit der vom Betreibenden geltend gemachten Forderung gerichtet ist (BGE 130 III 285 = Pra 94 [2005] Nr. 31 E. 5.3.1; BGE 134 III 656 E. 5.3.1). Das Feststellungsinteresse ist durch die Schuldbetreibung begründet (VOCK, a.a.O., N 6 zu Art. 83 SchKG). Die Aberkennungsklage erscheint als das Spiegelbild der Anerkennungsklage gemäss Art. 79 SchKG, von welcher sie sich allein durch die Umkehr der prozessualen Rolle der Parteien - Klägerin ist die betriebene Schuldnerin, Beklagte die betreibende Gläubigerin - unterscheidet. Eine Umkehr der Beweislastverteilung findet bei der Aberkennungsklage hingegen nicht statt. Gemäss Art. 8 ZGB hat derjenige das Vor-

handensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Es obliegt somit der Beklagten, den Bestand der strittigen Forderung zu beweisen, zum Beispiel, indem sie eine Schuldanerkennung vorlegt. Die Klägerin ihrerseits muss das Nichtbestehen oder die Nichtvollstreckbarkeit der vom Rechtsöf- fentlichkeit festgestellten Schuld beweisen (BGE 130 III 285 = Pra 94 [2005] Nr. 31 E. 5.3.1; BGE 131 III 268 = Pra 95 [2006] Nr. 19 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4D_4/2011 vom 1. April 2011 E. 2.1).

- 15 -

E. 2.2

Würdigung Die Klägerin führt aus, dass die Beklagte den Bestand der von ihr geltend gemachten Forderungen zu beweisen habe, da im Aberkennungsprozess trotz Parteirollentausch keine Beweislastumkehr stattfindet (act. 1 Rz. 32, act. 24 Rz. 132). Dies trifft im Grundsatz zu. Die Beklagte weist indessen zu Recht darauf hin, dass die Schuldanerkennung vom 3. September 2010 (act. 3/18) zu einer Änderung der Beweislastverteilung führen könnte (act. 31 Rz. 6 ff., Rz. 135, Rz. 144). Darauf ist nachfolgend einzugehen.

E. 3

Schuldanerkennung vom 3. September 2010

E. 3.1

Wortlaut der Schuldanerkennung Es ist unbestritten, dass L. _____ und M. _____ am 3. September 2010 eine Erklärung mit folgendem Wortlaut unterzeichneten (act. 3/18): "Schuldanerkennung B. _____ AG, ... [Adresse], hat, basierend auf dem Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010, Leistungen in der Höhe von insgesamt CHF 195'862.85 für C. _____ SA in ... erbracht. C. _____ anerkennt, die Rechnung vom 2. August 2010 im Betrag von Fr. 90'046.25, vom 31. August 2010 im Betrag von Fr. 97'746.60 und vom 3. September 2010 von Fr. 8'070.-- vorbehaltlos zu schulden."

- 16 -

E. 3.2

Art der Schuldanerkennung

E. 3.2.1

Die Schuldanerkennung bzw. das Schuldbekenntnis ist die Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld bestehe (SCHWENZER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 2 zu Art. 17 OR; GAUCH UND ANDERE, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl. 2008, N 1177; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, in: Zürcher Kommentar zu den Art. 1-17 OR, 3. Aufl. 1973, N 5 zu Art. 17 OR; Urteile des Bundesgerichts 4A_17/2009 vom 14. April 2009 E. 3.2, 4C.69/2007 vom 21. Juni 2007 E. 6.3 sowie 4C.30/2006 vom 18. Mai 2006 E. 3.2).

E. 3.2.2

Die Klägerin bringt unter Hinweis auf KRAUSKOPF vor, bei der abgegebenen Schuldanerkennung vom 3. September 2010 handle es sich - würde deren Gültigkeit angenommen - bezüglich der Anerkennung der Honorarforderungen der Beklagten um eine rein deklaratorische Schuldanerkennung, d.h. um eine reine Wissensklärung, wonach

bestätigt werde, dass offene Rechnungen in der vermerkten Höhe bestünden (act. 24 Rz. 133).

E. 3.2.3

Im Zusammenhang mit einer Schuldanerkennung wird der Begriff der Wissenserklärung in der Lehre nicht einheitlich definiert.

E. 3.2.4

Eine Wissensmitteilung oder -erklärung liegt nach Auffassung von SCHMIDLIN sowie von KUT dann vor, wenn in einem nicht rechtsgeschäftlichen Schuldeingeständnis Vorstellungen über das Bestehen oder Nichtbestehen bestimmter Tatsachen geäußert werden, beispielsweise nach Verkehrsunfällen, Ladendiebstählen oder anderen plötzlichen Schadensfällen. Beschreibt der Erklärende lediglich einen Vorgang, stellt er Tatsachen fest oder enthält seine Äusserung ein Schuldeingeständnis, das keine konkreten Leistungspflichten aufführt, so liegt im Zweifel kein Schuldbekennnis vor (SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar zu Art. 1-18 OR, 1986, N 40 ff. zu Art. 17 OR; KUT, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, N 3 zu Art. 17 OR; vgl. auch HURNI, in: HONSELL [HRSG.], Kurzkomentar zu Art. 1-529 OR, 2008, N 6 zu Art. 17 OR). Demgegenüber darf die Erklärung des Schuldners, dass eine bestimmte Schuld - 17 - bestehe und er diese anerkenne, nicht als blosser Wissensmitteilung verstanden werden (SCHMIDLIN, a.a.O., N 18 zu Art. 17 OR). Zwar ist das Schuldbekennnis für sich genommen nur die Äusserung einer Rechtsansicht; doch enthält es immer auch den Sinn eines Versprechens, die anerkannte Schuld zu erfüllen, auch wenn es sich einzig auf eine schon bestehende Schuld bezieht (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, a.a.O., N 6 zu Art. 17 OR; SCHMIDLIN, a.a.O., N 18 und N 34 zu Art. 17 OR; KUT, a.a.O., N 2 zu Art. 17 OR). Im Sinne der vorstehenden Abgrenzung stellt die vorliegende Erklärung, wonach die Klägerin CHF 195'862.85 vorbehaltlos schulde, keine Wissenserklärung, sondern eine Schuldanerkennung dar.

E. 3.2.5

KOLLER und KRAUSKOPF grenzen die deklaratorische von der konstitutiven Schuldanerkennung ab. Demgemäss besteht und erschöpft sich die deklaratorische Schuldanerkennung in der Mitteilung des Erklärenden, er halte sich im dargelegten Umfang für verpflichtet. Damit gibt der Erklärende kund, dass die anerkannte Schuld nach seinem Wissen besteht, ohne aber zu erklären, sich rechtlich verpflichten zu wollen, so dass es sich bei der deklaratorischen Schuldanerkennung um eine blosser Wissenserklärung handelt. Eine konstitutive Schuldanerkennung ist demgegenüber auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet und liegt nur dann vor, wenn sie zusätzlich zur Wissenserklärung eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Anerkennenden umfasst, sich nach Massgabe der Schuldanerkennung zu verpflichten. Dadurch entsteht eine zusätzliche, neue Schuld. Im Zweifelsfall ist die Schuldanerkennung deklaratorisch (KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 2006, § 24 N 10, N 18 ff., N 37 f.; KRAUSKOPF, Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht in; recht 2005, S. 171 ff. [nachfolgend zit. KRAUSKOPF, in: recht 2005] sowie KRAUSKOPF, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. 2003, N 26 f., N 127 ff., N 269, N 451 f. [nachfolgend zit. KRAUSKOPF, Schuldanerkennung]). Im Sinne der Abgrenzung, wie sie von KOLLER und KRAUSKOPF vorgenommen wird, liegt vorliegend eine deklaratorische

Schuldanerkenntnis vor, welche nach Auffassung dieser Autoren eine blosser Wissenserklärung darstellt. Wie nachfol-

- 18 - gend zu zeigen sein wird, erweist sich diese Feststellung im Ergebnis als irrelevant.

E. 3.2.6

Bei einem abstrakten Schuldbekenntnis (Art. 17 OR) erfolgt die Anerkennung der Schuld ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes. Demgegenüber liegt ein kausales Schuldbekenntnis vor, wenn es den Verpflichtungsgrund selbst nennt oder dieser jedenfalls aus den Umständen ersichtlich ist (KUT, a.a.O., N 4 zu Art. 17 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 5 zu Art. 17 OR; HUGUENIN, Obligationenrecht, 2012, § 1 N 70; SCHMIDLIN, a.a.O., N 47 zu Art. 17 OR; Urteile des Bundesgerichts 4A_17/2009 vom 14. April 2009 E. 3.2 sowie 4C.30/2006 vom 18. Mai 2006 E. 3.2). Vorliegend wird mit der Formulierung, wonach die Beklagte für die Klägerin basierend auf dem Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 Leistungen in der Höhe von insgesamt CHF 195'862.85 erbracht habe, welcher Betrag der Gesamtforderung gemäss den als vorbehaltlos geschuldet bezeichneten drei Rechnungen entspreche, der Verpflichtungsgrund in der Schuldanerkenntnis vom 3. September 2010 explizit genannt. Der Beklagten ist darin beizupflichten (act. 31 Rz. 10), dass es sich um eine kausale Schuldanerkenntnis handelt.

E. 3.3

Wirkungen der Schuldanerkenntnis

E. 3.3.1

Gemäss herrschender Lehre begründet das Schuldbekenntnis in materiel-ler Hinsicht eine mit der anerkannten Schuld inhaltlich gleiche Verpflichtung, die Anerkennungsschuld (KUT, a.a.O., N 6 zu Art. 17 OR; GAUCH UND ANDERE, a.a.O., N 1181; HURNI, a.a.O., N 7 zu Art. 17 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, a.a.O., N 13 zu Art. 17 OR; a.M. KOLLER, a.a.O., § 24 N 37 sowie KRAUSKOPF, in: recht 2005, S. 174, sowie Schuldanerkenntnis, N 27 und N 215, für welche Autoren dies nur auf die konstitutive, nicht aber auch auf die deklaratorische Schuldanerkenntnis zutrifft). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und herrschender Lehre entsteht die Anerkennungsschuld allerdings nur, wenn sie im Zeitpunkt der Schuldanerkenntnis tatsächlich bestanden hat (KUT, a.a.O., N 6 zu Art. 17 OR ; HUGUENIN, a.a.O., § 1 N 70; SCHWENZER, a.a.O., N 13 zu Art. 17 OR; GAUCH UND ANDERE, a.a.O., N 1181; BGE 105 II 183 = Pra 69 [1980] Nr. 30 E. 4a; Urteile des

- 19 - Bundesgerichts 4C.30/2006 vom 18. Mai 2006 E. 3.2 sowie 4A_17/2009 vom 14. April 2009 E. 3.2; a.M. KRAUSKOPF, in: recht 2005, S. 173, S. 179 sowie Schuldanerkenntnis, N 347 f., wonach dies bei der konstitutiven Schuldanerkenntnis grundsätzlich keine Voraussetzung bildet). Der Gläubiger, der sich auf ein kausales oder abstraktes Schuldbekenntnis berufen kann, darf sich ausschliesslich auf dieses verlassen. Demnach braucht sich der Gläubiger fortan nicht mehr auf den ursprünglichen Verpflichtungsgrund zu berufen, sondern kann das Schuldbekenntnis als Klagegrund benutzen, genügt also seiner Behauptungslast, indem er die Anerkennung behauptet (Urteil des Bundesgerichts 4C.214/2006 vom 19. Dezember 2006 E. 4.3.1.; GAUCH UND ANDERE, a.a.O., N 1181; KOLLER, a.a.O., § 24 N 23; SCHMIDLIN, a.a.O., N 50 zu Art. 17 OR; SCHÖNENBERGER/ JÄGGI, a.a.O., N 13 zu Art. 17 OR; KRAUSKOPF, Schuldanerkenntnis, N 108 und N 124, ist in Bezug auf die diskrete - d.h. die kausale -

Schuldanerkenntnis der- selben Meinung).

E. 3.3.2

Von der materiellrechtlichen Lage zu unterscheiden ist die Beweislage. Sie besteht darin, dass die Tatsache der Schuldanerkenntnis für sich allein den Schluss auf den Bestand und den Inhalt der anerkannten Schuld zur Zeit der An- erkennung rechtfertigt. Wird eine Schuldurkunde von dem in ihr genannten Gläu- biger vorgelegt, so erbringt sie in Verbindung mit der Tatsache, dass sie sich im Besitz des Gläubigers befindet, für sich allein den genügenden Beweis dafür, dass der in der Urkunde genannte Schuldner die verurkundete Schuld anerkannt hat. Damit hat der Gläubiger einen hinreichenden Nachweis zur Durchsetzung seines Anspruchs geleistet und braucht nichts weiteres zu beweisen (GAUCH UND ANDERE, a.a.O., N 1183; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, a.a.O., N 17 ff. zu Art. 17 OR; Ur- teil des Bundesgerichts 4C.30/2006 vom 18. Mai 2006 E. 3.2, a.M. KRAUSKOPF, Schuldanerkenntnis, N 76, N 124). Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung und beinahe einhelliger Lehre bewirkt eine abstrakte oder eine kausale Schuldanerkenntnis somit eine Umkehr der Beweislast (BGE 131 III 268 = Pra 95 [2006] Nr. 19 E. 3.2; BGE 105 II 183 = Pra 69 [1980] Nr. 30 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 4A_119/2010 vom 29. April 2010 E. 2.1, 4A_17/2009 vom 14. April 2009 E. 3.2 sowie 4C.30/2006 vom 18. Mai 2006 E. 3.2; KUT, a.a.O., N 7 zu Art. 17 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 8 zu Art. 17 OR; KOLLER, a.a.O., § 24

- 20 - N 24 ff.). Demzufolge erbringt der Gläubiger mit dem Nachweis der Schuldaner- kennung den ihm obliegenden Hauptbeweis für die Existenz der Forderung (Urteil des Bundesgerichts 4C.214/2006 vom 19. Dezember 2006 E. 4.3.1.), und es ob- liegt nunmehr dem Schuldner, die fehlenden rechtsbegründenden oder verwirk- lichten rechtsaufhebenden Tatsachen zum Anspruch zu beweisen (Urteil des Bundesgerichts 4C. 433/1999 vom 22. Februar 2000 E. 3). Einzig KRAUSKOPF ver- tritt den Standpunkt, dass sich sowohl die deklaratorische als auch die konstitutive Schuldanerkenntnis lediglich auf die Beweiswürdigung, nicht aber auf die Beweis- lastverteilung auswirken. Diese Auffassung wird damit begründet, dass eine Schuldanerkenntnis lediglich eine tatsächliche, natürliche Vermutung dafür bewir- ke, dass die anerkannten Schuld im Zeitpunkt der Schuldanerkenntnis wahr- scheinlich bestanden habe, weshalb der Schuldner zur Entkräftung der tatsächli- chen Vermutung den Gegenbeweis anzutreten habe (KRAUSKOPF, in: recht 2005, S. 176 sowie Schuldanerkenntnis, N 58 ff., N 84, N 107, N 120 ff., N 447 ff.). Zu berücksichtigen ist indessen, dass natürliche Vermutungen aufgrund ihrer Wir- kung als Beweislastumkehr empfunden werden (LEU, in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2011, N 122 zu Art. 154 ZPO).

E. 3.3.3

Die Ausstellung einer Schuldanerkenntnis bedeutet grundsätzlich keine Novation der Schuld im Sinne von Art. 116 OR (KOLLER, a.a.O., § 24 N 29 ff.; KRAUSKOPF, in: recht 2005, S. 173 sowie Schuldanerkenntnis, N 204, N 215). Der Schuldner kann sich gegenüber dem Gläubiger grundsätzlich auf sämtliche Ein- reden und Einwendungen berufen, die sich gegen die anerkannte Schuld richten (BGE 131 III 268 = Pra 95 [2006] Nr. 19 E. 3.2; BGE 127 III 559 E. 4a; BGE 105 II 183 = Pra 69 [1980] Nr. 30 E. 4a). Aufgrund der Beweislastumkehr obliegt ihm da- für der Hauptbeweis, weshalb er sich in der Regel nicht mit dem blossen Bestrei- ten begnügen kann (Urteil des Bundesgerichts 4C.214/2006 vom

19. Dezember 2006 E. 4.3.1; HURNI, a.a.O., N 8 zu Art. 17 OR). Während der Schuldner bei einem abstrakten Schuldbekenntnis vorgängig darzutun hat, auf welchen Verpflichtungsgrund es sich bezieht, kann er sich bei einem kausalen Schuldbekenntnis in erster Linie darauf beschränken, den angegebenen Verpflichtungsgrund zu entkräften, indem er nachweist, dass der genannte Grund nicht zutrifft und das

- 21 - Schuldversprechen ungültig ist (Urteil des Bundesgerichts 4C. 433/1999 vom 22. Februar 2000 E. 3; SCHMIDLIN, a.a.O., N 47, vgl. auch N 23 zu Art. 17 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 6 zu Art. 17 OR). Als mögliche Gegenrechte aus dem Grundverhältnis kommen etwa Nichtigkeit wegen Rechts- oder Sittenwidrigkeit, Formnichtigkeit, Stundung, die Einreden des nicht oder nicht richtig erfüllten Vertrages, der Simulation, der bereits erfolgten Erfüllung oder der Verjährung in Betracht. Ausserdem kann sich der Schuldner auch auf Mängel bei der Abgabe des Schuldbekenntnisses stützen, wie etwa fehlende Urteils- oder Handlungsfähigkeit oder Willensmängel (SCHWENZER, a.a.O., N 8 f. zu Art. 17 OR m.w.H.; SCHMIDLIN, a.a.O., N 51 f. zu Art. 17 OR; KUT, a.a.O., N 6 zu Art. 17 OR m.w.H.; KOLLER, a.a.O., § 24 N 30 m.w.H.; BGE 131 III 268 = Pra 95 [2006] Nr. 19 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4C. 433/1999 vom 22. Februar 2000 E. 3).

E. 3.3.4

Ausnahmsweise kann der Schuldanererkennung die Wirkung eines Verzichts auf bestimmte oder auf sämtliche aus dem Grundverhältnis entspringenden Einwendungen und Einreden zukommen. Ein solches einredeabstraktes Schuldbekenntnis ist gemäss Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht leichthin anzunehmen und hat eindeutig zu sein, da es für den Schuldner von grosser Tragweite ist. Der Verzicht auf einzelne oder auf alle Einreden bzw. Einwendungen muss daher ausdrücklich erfolgen oder sich aus den Umständen unzweifelhaft ergeben. Beruft sich der Gläubiger auf einen Einredeverzicht, ist er insoweit beweispflichtig (SCHWENZER, a.a.O., N 10 ff. zu Art. 17 OR; KUT, a.a.O., N 8 zu Art. 17 OR; KRAUSKOPF, Schuldanererkennung, N 244 f., N 274, N 461; SCHMIDLIN, a.a.O., N 26 und N 53 ff. zu Art. 17 OR; BGE 65 II 66 E. 8b; BGE 127 III 559 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 4C.214/2006 vom 19. Dezember 2006 E. 4.3.2 sowie 4C.69/2007 vom 21. Juni 2007 E. 6.3). Durch Auslegung des Parteiwillens ist die Frage zu entscheiden, ob der Anerkennende auf sämtliche Einreden oder bloss einen Teil derselben verzichtet hat. Dabei ist die Frage des Einredeverzichts bezogen auf die im konkreten Streitfall erhobenen Einreden zu stellen (BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 58, S. 61; vgl. auch KRAUSKOPF, Schuldanererkennung, N 249, N 274).

- 22 - Bei einem Einredeverzicht hat die Schuldanererkennung materiellrechtliche Wirkungen. Durch die Schuldanererkennung wird die Forderung gleichzeitig auf eine neue rechtliche Basis gestellt, welcher Vorgang vom Begriff der Novation erfasst wird. Ein totaler Einredeverzicht scheidet aber zumindest an den allgemeinen Vertragsgrenzen der Rechts- und Sittenwidrigkeit, der Übervorteilung und der Willensmängel. Im Übrigen aber ist dem Schuldner die Berufung auf die vom Verzicht erfassten Einreden und Einwendungen verwehrt (SCHWENZER, a.a.O., N 10 zu Art. 17 OR; BUCHER, a.a.O., S. 58, S. 61 f.; SCHMIDLIN, a.a.O., N 56 f. zu Art. 17 OR). Das Bestehen von Einredeabstraktheit entbindet die fordernde Partei somit weitgehend davon, sich mit Gegenargumenten, welche die (richtige) Erfüllung oder Gültigkeit des Grundgeschäftes anzweifeln, auseinandersetzen zu müssen (ZR 100 [2001] Nr. 50 E. 4).

E. 3.4

Beweislastverteilung im vorliegenden Verfahren

E. 3.4.1

Nach einhelliger Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Gläubiger eine kausale Schuldanerkennung als Klagegrund benutzen und genügt seiner Behauptungslast, indem er die Anerkennung behauptet. Im Rahmen der vorliegenden Aberkennungsklage beruft sich die Beklagte denn auch primär auf die kausale Schuldanerkennung vom 3. September 2010 und bloss im Eventualstandpunkt auf den ursprünglichen Verpflichtungsgrund, d.h. den Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 und die gestützt darauf erbrachten Leistungen (act. 31 Rz. 135 ff.).

E. 3.4.2

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass die Schuldanerkennung keine Beweislastumkehr bewirke. Sie führt aus, durch die Unterzeichnung der Schuldanerkennung vom 3. September 2010 sei keine neue Schuld entstanden (keine Novation), sondern es sei mit einer reinen Wissenserklärung die Höhe der Honorarnoten der Beklagten bestätigt worden, was dieser im Hinblick auf ein künftiges Inkasso durch einen provisorischen Rechtsöffnungstitel einen Vorteil bringen sollte (act. 24 Rz. 130, Rz. 133).

- 23 - Die in der Literatur umstrittene Frage, ob auch eine deklaratorische Schuldanerkennung in materieller Hinsicht eine mit der anerkannten Schuld inhaltlich gleiche Verpflichtung begründet, erweist sich vorliegend als irrelevant, nachdem gemäss KOLLER und KRAUSKOPF eine deklaratorische Schuldanerkennung in prozessualer Hinsicht dieselben Wirkungen entfaltet wie eine konstitutive Schuldanerkennung (vgl. KOLLER, a.a.O., § 24 N 22 ff.; KRAUSKOPF, Schuldanerkennung, N 27, N 58 ff.). Dementsprechend kann die Klägerin aus der Feststellung, dass es sich bei der Schuldanerkennung vom 3. September 2010 gemäss der Definition von KOLLER und KRAUSKOPF um eine reine Wissenserklärung handelt, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dass die Ausstellung einer Schuldanerkennung grundsätzlich keine Novation bedeutet, ändert nichts daran, dass eine Schuldanerkennung gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung und fast einhelliger Lehre zu einer Beweislastumkehr führt. Die Beklagte hat mit dem Nachweis der Schuldanerkennung den Hauptbeweis für die Existenz der Forderung erbracht. Sie weist zutreffend darauf hin, dass die Beweislast bezüglich der gegen die Schuldanerkennung vorgebrachten Einreden bei der Klägerin liegt (act. 31 Rz. 11 f., Rz. 135, Rz. 137, Rz. 144, Rz. 153).

E. 3.4.3

Die Beklagte macht geltend, mit der Verwendung des Wortes "vorbehaltlos" in der Schuldanerkennung habe die Klägerin auf sämtliche Einwendungen und Einreden aus dem Grundverhältnis verzichtet (act. 13 Rz. 48; act. 31 Rz. 12, Rz. 137). Die Klägerin bestreitet sinngemäss die Einredeabstraktheit der Schuldanerkennung, indem sie ausführt, die Unterzeichnung der Schuldanerkennung vom 3. September 2010 habe keine Novation zur Folge gehabt (act. 24 Rz. 133). Für die Behauptung der Beklagten, aufgrund der Verwendung des Wortes "vorbehaltlos" liege eine einredeabstrakte Schuldanerkennung vor, liegt die Beweislast bei ihr als Gläubigerin. Da der Verzicht auf einzelne oder auf alle Einreden bzw. Einwendungen gegen eine Schuldanerkennung ausdrücklich zu erfolgen hat oder sich aus den Umständen unzweifelhaft ergeben muss, kann vorliegend aufgrund der Formulierung "vorbehaltlos zu schulden" allein kein genereller Verzicht der Klägerin auf

sämtliche Einreden und Einwendungen abgeleitet werden, namentlich soweit es um - 24 - Einreden gegen die Schuldanererkennung selber geht. Nachfolgend ist auf die einzelnen Einreden der Klägerin einzugehen und in Bezug auf jede Einrede gesondert zu prüfen, ob hinsichtlich dieser konkreten Einrede von einem Einredeverzicht auszugehen ist, so dass der Klägerin die Berufung darauf verwehrt wäre.

E. 4

Aufl. 2012, N 17 ff. zu Art. 718 OR sowie N 6 ff. zu Art. 718a OR).

E. 4.1

Parteistandpunkte

E. 4.1.1

Aus der Tatsache, dass der Verwaltungsrat der Klägerin vom 15. Juni 2010 bis zum 6. September 2010 nicht statuten- und organisationsreglementsconform bestellt war, leitet die Klägerin ab, ihr Verwaltungsrat sei in jenem Zeitraum nicht beschlussfähig gewesen, weshalb der Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 sowie die Schuldanererkennung vom 3. September 2010 nicht gültig zustande gekommen seien und die Klägerin daher nicht binden würden (act. 1 Rz. 18 ff., Rz. 30, Rz. 33 f.; act. 24 Rz. 25, Rz. 125 f.).

E. 4.1.2

Die Beklagte vertritt den Standpunkt, mit L._____ und M._____ seien im relevanten Zeitraum zwei vertretungsbefugte Personen gültig als Mitglieder des Verwaltungsrates der Klägerin bestellt gewesen. Durch das ihnen eingeräumte Kollektivzeichnungsrecht zu zweien seien sie zivilrechtlich jederzeit befugt gewesen, die Klägerin rechtsgültig zu verpflichten. Aufgrund ihrer kollektiven Vertretungsmacht stehe der zivilrechtlichen Gültigkeit dieser beiden Rechtsgeschäfte im Aussenverhältnis nichts entgegen (act. 13 Rz. 29, Rz. 37 ff., Rz. 179 ff., Rz. 196 f.; act. 31 Rz. 36, Rz. 119 f.). Abgesehen davon habe es zum Abschluss dieser Rechtsgeschäfte keines Verwaltungsratsbeschlusses bedurft, sondern sei die (interne) Kompetenz u.a. dafür gültig an die Geschäftsleitung delegiert worden. M._____ sei am 15. Juni 2010 noch vor dem Rücktritt von K._____ zum Delegierten des Verwaltungsrates und damit gleichzeitig zum geschäftsführenden Direktor der Klägerin bestellt worden, weshalb primär ihm und weiteren Personen mit Kollektivzeichnungsrecht zu zweien die Kompetenz zum Beschluss über die betreffenden Rechtsgeschäfte zugekommen sei (act. 13 Rz. 31 ff., Rz. 44, Rz. 182).

- 25 -

E. 4.2

Keine Einredeabstraktheit In Bezug auf die Einrede, der Zusammenarbeitsvertrag und die Schuldanererkennung seien mangels Beschlussfähigkeit der unterzeichnenden Verwaltungsräte nicht gültig zustande gekommen, kann keine Einredeabstraktheit vorliegen. Wäre die Ungültigkeit aus dem von der Klägerin geltend gemachten Grund zu bejahen, so würde die Schuldanererkennung keine Wirkungen entfalten und entfielen von vornherein die Möglichkeit, dass es sich um eine einredeabstrakte Schuldanererkennung handelt.

E. 4.3

Rechtliches

E. 4.3.1

Juristische Personen handeln durch ihre Organe (vgl. Art. 55 ZGB). Beim ordnungsgemäss im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft (AG) besteht unabhängig von den Aufgaben, welche er tatsächlich erfüllt, eine formelle Organstellung (MÜLLER / LIPP / PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 3. Aufl. 2007, S. 31). Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat, was abgesehen in Bezug auf die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben zulässig ist (Art. 716 Abs. 2 i.V.m. Art. 716a und Art. 716b OR). Grundsätzlich vertritt er die Gesellschaft nach aussen, d.h. gegenüber Dritten, doch kann er die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierten) oder Dritten (Direktoren) übertragen (Art. 718 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates muss zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein (Art. 718 Abs. 3 OR).

E. 4.3.2

Im Zusammenhang mit der Vertretung der AG nach aussen ist es wesentlich, die Begriffe Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht voneinander abzugrenzen. Bei der Frage der Vertretungsbefugnis geht es um die interne Erlaubnis, die Gesellschaft gegenüber Dritten zu verpflichten bzw. darum, inwieweit jemand berechtigt ist, für die AG Rechtsgeschäfte abzuschliessen. Demgegenüber ist es eine Frage der Vertretungsmacht, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen das rechtsgeschäftliche Handeln im Namen der AG dieser anzurechnen ist. Vertretungsmacht bezeichnet also den Bereich des rechtlichen Könnens, der Möglichkeit, unmittelbar für die Gesellschaft Rechtswirkungen zu erzeugen; Vertretungs-

- 26 - befugnis gegenüber den Bereich des rechtlichen Dürfens des Vertreters (FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 30 N 79 ff.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N 496a ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 4A_357/2007 vom 8. April 2008 E. 4.2 f.; WATTER verwendet in diesem Zusammenhang die Begriffe Vertretungsrecht bzw. Organvollmacht und Vertretungswirkung, vgl. WATTER in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II,

E. 4.3.3

In Bezug auf den Aspekt der Vertretungsmacht ergibt sich aus Art. 718a Abs. 1 OR, dass die zur Vertretung befugten Personen im Namen der AG alle Rechtshandlungen vornehmen können, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Das Bundesgericht fasst die Zweckgrenze in seiner Rechtsprechung seit jeher weit auf. Erfasst werden auch ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind. Jenseits der Zweckgrenze liegen demgemäss nur Geschäfte, die der Zweck nicht mit sich bringen kann, d.h. die durch diesen geradezu ausgeschlossen sind (BGE 111 II 284 E. 3b; BGE 116 II 320 E. 3a; WATTER, a.a.O., N 3 zu Art. 718a OR m.w.H.; BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 497 m.w.H.). Die AG darf die Vertretungsbefugnis der Vertretungsorgane zu zweckmässigen Geschäften intern beliebig begrenzen, etwa indem einzelne Rechtshandlungen von der Organvollmacht ausgenommen werden oder summenmässige Kompetenzlimiten aufgestellt werden (WATTER, a.a.O., N 6 zu Art. 718a OR; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, a.a.O., § 30 N 99 f.). Gemäss Art. 718 Abs. 1 Satz 2 ist ohne statutarische oder reglementarische Abänderung jedes Verwaltungsratsmitglied einzelzeichnungsberechtigt. Als im Handelsregister eintragbaren Beschränkungen der Organvollmacht bzw. der Vertretungsbefugnis erlaubt das OR das Kollektivzeichnungsrecht und die Begrenzung des Zeichnungsrechts auf den Hauptsitz oder

die Filiale (WATTER, a.a.O., N 15 zu Art. 718a OR; BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 498, N 505 f.). Analog zu einem (intern ge- sehen) zweckwidrigen Geschäft macht sich das Vertretungsorgan intern verant- wortlich bzw. haftet im Rahmen von Art. 754 OR, wenn es schädigende Geschäf- te abschliesst, die ausserhalb seiner Kompetenzen liegen (WATTER, a.a.O., N 7 zu Art. 718a OR; BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 600). Gegenüber gutgläubigen Dritten haben interne Beschränkungen der Vertretungsbefugnis indessen keine Wirkung;

- 27 - davon ausgenommen sind lediglich die genannten, im Handelsregister eingetra- genen Ausnahmefälle (Art. 718a Abs. 2 OR). Bei einem Überschreiten der Vertre- tungsbefugnis kommt eine Vertretungswirkung daher in aller Regel zustande (WATTER, a.a.O., N 19 zu Art. 718 OR; BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 498, N 509; FORST- MOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, a.a.O., § 30 N 101; BGE 120 II 5 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts 4A_357/2007 vom 8. April 2008 E. 4.2 f.).

E. 4.3.4

Die Statuten müssen unter anderem Bestimmungen über die Organe für die Verwaltung enthalten (Art. 626 Ziff. 6 OR). Häufig werden konkrete Anga- ben zur Anzahl der Verwaltungsräte gemacht. Ist demgemäss mehr als ein Ver- waltungsrat vorgeschrieben und wird die entsprechende Anzahl zufolge Rücktritts bzw. Löschung eines Verwaltungsrates nicht mehr erreicht, so entsteht die Pflicht des Verwaltungsrates, mit tunlicher Beschleunigung durch Statutenänderungs- oder Wahanträge den Verstoss zu beenden. Kommt der Verwaltungsrat seinen organisatorischen Verpflichtungen nicht nach, setzt er sich in erster Linie der ak- tienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR aus. Dies ändert nichts daran, dass die Handlungen des "zu kleinen" Verwaltungsrates in der Zwischenzeit rechtmässig bleiben. Die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft ist dann formell gewahrt, wenn der einzige im Handelsregister eingetragene Verwaltungsrat den gesetzlichen Vorschriften genügt (MÜLLER / LIPP / PLÜSS, a.a.O., S. 3 ff.; BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 50 f.; ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Diss. 2007, N 200, N 437). Selbst wenn der Verwaltungsrat nur aus einer einzigen Per- son besteht, ist diese gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung notwendig und von Gesetzes wegen bevollmächtigt, die Gesellschaft zu vertreten. Dies gilt ungeachtet eines eventuell abweichenden Eintrags im Handelsregister, nament- lich des Eintrags einer Kollektivzeichnungs berechtigung zu zweien (BGE 133 III 77 = Pra 96 [2007] Nr. 92 E. 6).

E. 4.4

Würdigung

E. 4.4.1

Delegation der Kompetenzen an die Geschäftsleitung Es trifft zu, dass gemäss Art. 18 ff. der Statuten vom 10. Juni 2009 (act. 3/12 S. 9 f.) sowie Art. 3 ff. des Organisationsreglements vom 17. September 2009

- 28 - (act. 3/13 S. 1 ff.) die Delegation der Geschäftsführung sowie die Vertretung der Klägerin durch Delegierte und Direktoren - unter Vorbehalt der unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates - vorgesehen und auch erfolgt war. Der Beklag- ten ist weiter darin beizupflichten (act. 13 Rz. 33), dass es sich beim Abschluss des Zusammenarbeitsvertrages sowie der Ausstellung der Schuldanerkennung nicht um ausschliesslich dem Verwaltungsrat vorbehaltene Kompetenzen handel- te. Die Beklagte führt einerseits aus, die Klägerin sei in der Zeit vom 16. Juni bis zum 6. September 2010 durch L._____ und

M._____ geleitet worden. Diese seien von O._____ unterstützt worden, der anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 15. Juni 2010 zum CEO ernannt und als Direktor im Handelsregister eingetragen worden sei (act. 31 Rz. 46, Rz. 59). Andererseits macht die Beklagte geltend, M._____ sei anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 15. Juni 2010 noch vor dem Rücktritt von K._____ gültig zum Delegierten des Verwaltungsrates der Klägerin und damit gleichzeitig zum geschäftsführenden Direktor der Klägerin bestellt worden (act. 13 Rz. 36). Dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 15. Juni 2010 ist indessen zu entnehmen, dass M._____ zwar zunächst in seiner Funktion als Delegierter des Verwaltungsrates bestätigt wurde ("[...] M._____ est confirmé dans sa fonction d'administrateur délégué [...] [act. 3/11 S. 3]), indessen kurz darauf auf das Amt des Delegierten verzichtete, da dieses mit seiner im Verlauf der Sitzung übernommenen Funktion als Verwaltungsratspräsident unvereinbar war ("Le Conseil décide de nommer M._____ Président exécutif du Conseil d'administration de la société. M._____ renonce à être délégué du Conseil d'administration." [act. 3/11 S. 9]). Dass L._____ Mitglied der Geschäftsleitung geworden wäre, wird von der Beklagten nicht geltend gemacht. Somit wurden weder der Zusammenarbeitsvertrag noch die Schuldanerkennung von Personen unterzeichnet, welche im relevanten Zeitraum Mitglieder der Geschäftsleitung waren. Gemäss Art. 718 Abs. 3 OR muss auch bei einer Delegation mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_357/2007 vom 8. April 2008 E. 4.3). Vorliegend waren es sogar deren zwei: Es ist unbestritten, dass L._____ und M._____ im relevanten Zeitraum im Handelsregister mit Kollektivzeichnungsrecht zu zweien eingetragen waren und sowohl den Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 als auch die

- 29 - Schuldanerkennung vom 3. September 2010 unterzeichneten (Klägerin: act. 1 Rz. 21 f., act. 24 Rz. 143 ff.; Beklagte: act. 13 Rz. 15, Rz. 22 f., Rz. 29). Im Ergebnis erweist sich die Frage der Delegation der Kompetenz zum Abschluss dieser Rechtsgeschäfte an die Geschäftsleitung als irrelevant.

E. 4.4.2

Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrates Die Beklagte weist zutreffend darauf hin (act. 13 Rz. 40, Rz. 179), dass die von der Klägerin angeführten Belegstellen aus BÖCKLI nicht die vorliegende Konstellation betreffen (act. 1 Rz. 19 mit Verweis auf BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 94 und N 491). Dort geht es um Fälle von Mängeln in der Organisation der Gesellschaft im Sinne von Art. 731b OR, bei welchen die Handelsregisterbehörde aktiv wird. Ein Organisationsmangel ist u.a. dann gegeben, wenn eine Aktiengesellschaft über keinen im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsrat mehr verfügt (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 94, N 96, N 491; MÜLLER / LIPP / PLÜSS, a.a.O., S. 4 f.). BÖCKLI führt an anderer Stelle explizit aus, dass die Handlungen eines - mit Blick auf eine in den Statuten vorgesehene Mindestzahl - zu kleinen Verwaltungsrates in der Zeit bis zu den erforderlichen Neuwahlen rechtmässig sind (BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 50 f.). Auch schliesst sich BÖCKLI der Auffassung des Bundesgerichts im oben zitierten BGE 133 III 77 an (BÖCKLI, a.a.O., N 511b). Die Beklagte weist sodann zu Recht darauf hin (act. 13 Rz. 179, Rz. 182; act. 31 Rz. 325 f.), dass sich die Argumentation der Klägerin als inkonsequent erweist. Hätten die nach dem Rücktritt von K._____ verbleibenden zwei Verwaltungsräte keine gültigen Beschlüsse mehr fassen können, so wäre ihnen u.a. die Einberufung zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 6. September 2010 verunmöglicht gewesen. Dies wird von der Klägerin zu Recht nicht geltend gemacht. Dass der Verwaltungsrat auf-

grund des Ausfalls eines seiner Mitglieder (zum Beispiel wegen eines Todesfalls) absolut beschlussunfähig würde, fällt schon deshalb ausser Betracht, weil in diesem Fall für die Gesellschaft keine Möglichkeit bestünde, den statuten- und reglementskonformen Zustand aus eigener Kraft wieder herzustellen. Zusammenfassend war es L._____ und M._____ im relevanten Zeitraum möglich, gültige Verwaltungsratsbeschlüsse zu fassen.

- 30 -

E. 4.4.3

Vertretungsbefugnis Dass die Unterschreitung der Mindestzahl an Verwaltungsräten gemäss Statuten und Organisationsreglement zu keiner Beschränkung der Vertretungsbefugnis im Sinne von Art. 718a Abs. 2 OR führen kann, ergibt sich schon aus Art. 718 Abs. 3 i.V.m. Art. 720 OR, wonach mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein muss und dementsprechend im Handelsregister einzutragen ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre sogar beim Verbleib lediglich einer Person im Verwaltungsrat trotz Eintrags eines Kollektivzeichnungsrechts im Handelsregister diese notwendig und von Gesetzes wegen bevollmächtigt gewesen, die Gesellschaft zu vertreten, so dass die Gesellschaft selbst in diesem Fall handlungsfähig geblieben wäre (BGE 133 III 77 = Pra 96 [2007] Nr. 92 E. 6). Aus Art. 21 Ziff. 1 der Statuten der Klägerin geht denn auch indirekt die Möglichkeit hervor, dass der Verwaltungsrat nur aus einer Person besteht: "Si le conseil d'administration se compose de plusieurs membres [...] (Statuten act. 3/12 Art. 21 Ziff. 1). Der Einwand der Klägerin, die Beklagte habe um die mangelhafte Zusammensetzung des Verwaltungsrates gewusst und könne sich daher nicht darauf berufen, gutgläubig auf die im Handelsregister eingetragene Kollektivunterschrift von L._____ und M._____ vertraut zu haben (act. 1 Rz. 22, Rz. 33; act. 24 Rz. 15), geht ins Leere. Nachdem die Unterschreitung der Mindestzahl an Verwaltungsräten keine Beschränkung der Vertretungsbefugnis im Sinne von Art. 718a Abs. 2 OR zur Folge haben konnte, spielt die diesbezügliche Gut- oder Bösgläubigkeit der Beklagten keine Rolle.

E. 4.4.4

Vertretungsmacht Der Abschluss des Zusammenarbeitsvertrages vom 14. Juli 2010 sowie die Ausstellung der Schuldanerkennung vom 3. September 2010 gehören ohne Weiteres zu den Rechtshandlungen, welche der Gesellschaftszweck der Klägerin mit sich bringen kann (Art. 718a Abs. 1 OR). Die Unterschreitung der Mindestzahl an Verwaltungsräten gemäss Statuten und Organisationsreglement konnte in Bezug auf diese Rechtsgeschäfte keine Einschränkung der Vertretungsmacht von L._____

- 31 - und M._____ bewirken. Entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 1 Rz. 21, Rz. 30, Rz. 33 f.) bedurfte es auch keiner nachträglichen Genehmigung bzw. Anerkennung durch den ab dem 6. September 2010 wieder statuten- und organisationsreglementsgemäss konstituierten Verwaltungsrat, dem L._____ und M._____ noch bis zum 9. März 2011 angehörten (vgl. Handelsregisterauszug der Klägerin: act. 3/8).

E. 4.4.5

Zwischenfazit Dass der Verwaltungsrat der Klägerin in der Zeit vom 15. Juni 2010 bis zum

E. 6

September 2010 lediglich aus zwei anstatt der gemäss Statuten und Organisationsreglement vorgeschriebenen drei Mitglieder bestand, ändert nichts daran, dass L._____

und M._____ im relevanten Zeitraum gültige Verwaltungsratsbeschlüsse fassen konnten. Des Weiteren führte dieser Umstand in Bezug auf den Abschluss des Zusammenarbeitsvertrages vom 14. Juli 2010 sowie die Ausstellung der Schuldanererkennung vom 3. September 2010 weder zu einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis noch der Vertretungsmacht dieser beiden im Handelsregister mit Kollektivzeichnungsrecht zu zwei eingetragenen Verwaltungsräte. Der Einwand der Klägerin, wonach der Abschluss dieser beiden Rechtsgeschäfte sowie die Leistungserbringung durch die Beklagte entgegen den Gesellschaftsinteressen der Klägerin erfolgt seien, betrifft ebenfalls die Fragen der Vertretungsbefugnis sowie der Vertretungsmacht von L._____ und M._____. Darauf ist nachfolgend einzugehen. 5. Handeln entgegen den Gesellschaftsinteressen der Klägerin 5.1. Parteistandpunkte 5.1.1. Die Klägerin macht in der Klageschrift geltend, L._____ und M._____ sowie der von ihnen als Direktor eingesetzte O._____ hätten nach der Machtübernahme am 9. Juni 2010 umfangreiche, in ihrem persönlichen Interesse und nicht im Interesse der Gesellschaft stehende Massnahmen eingeleitet mit dem

- 32 - einzigen Ziel, eine Abwahl bzw. einen erneuten Machtwechsel zu verhindern. Im Rahmen dieser Abwehrhandlungen hätten sie im Namen der Klägerin verschiedene Aufträge an Dritte, unter anderem an die Beklagte, erteilt, was innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten zu Honorarnoten von mehr als CHF 3.8 Mio. geführt habe. Die Beklagte habe L._____ und M._____ bei ihren Bemühungen zum Machterhalt unterstützt und ihre Leistungen auch entsprechend den persönlichen Interessen der genannten Personen erbracht, nicht im allgemeinen Interesse der Gesellschaft (act. 1 Rz. 24, Rz. 31, Rz. 36). In der Replik führt die Klägerin demgegenüber aus, während der Zeit des "Put-sches" sei die Geschäftsführung der Klägerin über das sogenannte "Kleine Komitee" erfolgt, dem L._____, M._____, P._____, O._____ und Rechtsanwältin Q._____ angehört hätten. Die Mitglieder des Kleinen Komitees hätten keinen Aufwand und keine Kosten gescheut, um ihr Ziel zu erreichen, nämlich die anlässlich der Generalversammlung vom 9. Juni 2010 erhaltene Machtposition zu sichern und die Rückkehr der Aktionärsgruppe um I._____ in den Verwaltungsrat zu verhindern. Unter anderem habe das Kleine Komitee eine Vielzahl von externen Beratern engagiert, darunter die Beklagte, wodurch der Klägerin ein Schaden von rund CHF 3.8 Mio entstanden sei. Da die Unterzeichnung des Zusammenarbeitsvertrages vom 14. Juli 2010 sowie der Schuldanererkennung vom 3. September 2010 Pflichtverletzungen der damaligen Organe gewesen seien, würden sie die Klägerin nicht binden. Zudem seien die von der Beklagten verfassten Ad-hoc-Mitteilungen nicht im Interesse der Gesellschaft erfolgt, weshalb die Klägerin die Honorare der Beklagten als nicht geschuldet erachtet (act. 24 Rz. 35-130, insbesondere Rz. 35, Rz. 41 f., Rz. 122 ff., Rz. 127 ff.). 5.1.2. Die Beklagte bestreitet, dass L._____, M._____ und O._____ nach dem

E. 6.1

Parteistandpunkte

E. 6.1.1

Die Beklagte legt dar, sie habe gestützt auf einen Zusammenarbeitsvertrag seit dem 9. Juni 2010 verschiedene Kommunikationsdienstleistungen für die Klägerin erbracht. Für die im Zeitraum vom 9. bis zum 30. Juni 2010 erbrachten Kommunikationsdienstleistungen habe die Beklagte der Klägerin am 30. Juni 2010 CHF 43'211.95 in Rechnung gestellt (act. 14/9), welchen Betrag die Klägerin anstandslos überwiesen habe. Gestützt auf den zusätzlich

geschlossenen schriftlichen Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 habe die Beklagte der Klägerin für Leistungen in der Höhe von insgesamt CHF 195'862.85, welche sie im Zeitraum vom 1. Juli 2010 bis zum 6. September 2010 erbracht habe, die Honorarrechnungen vom 2. und vom 31. August sowie vom 3. September 2010 zugestellt (act. 13 Rz. 13 ff., Rz. 50 ff.; act. 31 Rz. 155 ff.; Honorarrechnungen der Beklagten vom 2. und vom 31. August 2010 sowie vom 3. September 2010: act. 3/15-17 = act. 14/10-12). In der Schuldanererkennung vom 3. September 2010 seien unter ausdrücklichem Hinweis auf die fraglichen Rechnungen die jeweils resultierenden Beträge bestätigt und damit implizit auch die den Rechnungen zugrunde liegenden Leistungen zeitnah anerkannt worden (act. 13 Rz. 45).

E. 6.1.2

Die Klägerin bestreitet, dass die in den Rechnungen aufgeführten Leistungen im Gesamtbetrag von CHF 195'862.85 erbracht worden seien (act. 1 Rz. 24; act. 24 Rz. 143, Rz. 150 ff.). Zur Begründung führt sie aus, bislang seien

- 41 - zu den Rechnungen keine nachvollziehbaren Leistungsdetails vorgelegt worden (act. 1 Rz. 24, Rz. 35; act. 24 Rz. 308). Sodann macht sie in der Replik geltend, L._____ und M._____ hätten im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanererkennung nur - wenn überhaupt - über die pauschalen Rechnungen verfügt. Eine detaillierte Abrechnung habe die Beklagte erst mit der Klageantwort vorgelegt. Mit der Unterzeichnung der Schuldanererkennung seien die einzelnen geltend gemachten Leistungen entsprechend nicht anerkannt worden (act. 24 Rz. 134).

E. 6.1.3

Die Beklagte betont, mit den Rechnungen vom 2. und vom 31. August 2010 seien der Klägerin, vertreten durch ihren damaligen CEO und Direktor O._____, auch die Leistungsdetails (act. 14/10.a-h sowie act. 14/11.a-o) überlassen worden; für die Pauschalrechnung vom 3. September 2010 seien naturgemäss keine Leistungsdetails vorzulegen. Die Klägerin müsse sich den bei O._____ erfolgten Zugang der Leistungsdetails selbstverständlich anrechnen lassen. Im Übrigen hätten L._____ und M._____ aufgrund ihres regelmässigen Kontaktes mit der Beklagten gewusst, dass die Beklagte für die Klägerin in den fraglichen Abrechnungsperioden substantielle Leistungen, die den mit der Schuldanererkennung vom 3. September 2010 anerkannten Forderungsbeträgen entsprochen hätten, erbracht habe (act. 31 Rz. 138 f., Rz. 142; vgl. auch act. 13 Rz. 184). Die Klägerin habe die Schuldanererkennung in Kenntnis der zur Abrechnung gebrachten Stunden und der Leistungsdetails unterzeichnet. Mit der Unterzeichnung der Schuldanererkennung habe sie gleichzeitig auch auf eine weitergehende Detaillierung der erbrachten Tätigkeit verzichtet (act. 31 Rz. Rz. 327, vgl. auch Rz. 144). Einzig für den Fall, dass es der Klägerin gelingen sollte, die Schuldanererkennung zu entkräften, wäre allenfalls zu prüfen, ob die von der Beklagten dargelegten Leistungen ausgewiesen seien; allerdings sei diesbezüglich zu berücksichtigen, dass die Klägerin durch die Abgabe einer vorbehaltlosen Schuldanererkennung auf sämtliche Einreden und Einwendungen verzichtet habe (act. 31 Rz. 137). Es liege an der Klägerin, im Detail darzulegen bzw. substantiiert zu behaupten, warum sie sich nicht mehr auf der Schuldanererkennung behaften lassen wolle und warum sie der Meinung sei, dass für die von der Beklagten erbrachten Leistungen - trotz Anerkennung - nicht CHF 195'862.85 geschuldet sein sollten. Mit den bisher vorge-

- 42 - tragenden Behauptungen vermöge die Klägerin ihren aus der Schuldanerkennung fließenden Obliegenheiten in keiner Weise zu genügen (act. 31 Rz. 135, Rz. 137, vgl. auch Rz. 157, Rz. 166 ff., Rz. 321 f.; act. 13 Rz. 45). Selbst wenn die in Be- treibung gesetzte Forderung nicht auf die Schuldanerkennung abgestützt werden könnte, schuldete die Klägerin der Beklagten zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls insgesamt CHF 195'682.95 nebst Zins zu 5 % seit 10. Dezember 2010 (act. 13 Rz. 49).

E. 6.2

Einredeabstraktheit

E. 6.2.1

Vertragliche Vereinbarungen sind, wenn ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille nicht ermittelt werden kann (Art. 18 Abs. 1 OR), aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang so- wie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten. Zu berücksich- tigen ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 132 III 24 E. 4; vgl. auch BGE 131 III 467 E. 1.1; BGE 121 III 118 E. 4b/aa, je m.w.H.). Für die Auslegung von Schuldanerkennungen sind die üblichen Auslegungsmittel und -regeln heranzuziehen. Dabei sind abgesehen vom Wortlaut vor allem der mit dem Erklärungsverhalten verfolgte Zweck massgeblich, ferner die Interessenlage der Parteien, die allgemeine Verkehrsauffassung über die Bedeutung des in Fra- ge stehenden Erklärungsverhaltens, das Verhalten der Parteien vor, während und nach dem auszulegenden Verhalten, sowie weitere Begleitumstände wie Ort, Zeit und Form des Erklärungsverhaltens (KRAUSKOPF, Schuldanerkennung, a.a.O., N 48 ff.).

E. 6.2.2

Die umstrittene Frage, ob der Klägerin die Leistungsdetails zu den Hono- rarrechnungen vom 2. und vom 31. August 2010 vorlagen, als L._____ und M._____ am 3. September 2010 die Schuldanerkennung unterzeichneten, kann offen bleiben. Die beiden geschäftserfahrenen Verwaltungsräte konnten die Leis- tungen im Umfang von CHF 195'862.85 ohne Weiteres auch dann gültig geneh-

- 43 - migen und die entsprechende Forderung anerkennen, wenn ihnen die Leistungs- details zu den in der Schuldanerkennung genannten Rechnungen nicht bekannt gewesen sein sollten.

E. 6.2.3

Während die Beklagte pauschal geltend macht, mit der Verwendung des Wortes "vorbehaltlos" in der Schuldanerkennung habe die Klägerin auf sämtliche Einwendungen und Einreden aus dem Grundverhältnis verzichtet (act. 13 Rz. 48; act. 31 Rz. 12, Rz. 137), bestreitet die Klägerin sinngemäss die Einredeabstrakt- heit der Schuldanerkennung (act. 24 Rz. 133). Substantiierte Ausführungen dazu, welches der wirkliche Parteiwille in Bezug auf die Verwendung des Wortes "vor- behaltlos" in der Schuldanerkennung war, sind den Ausführungen der Parteien nicht zu entnehmen. Dementsprechend ist die Schuldanerkennung nach dem Ver- trauensprinzip auszulegen.

E. 6.2.4

Der Schuldanerkennung vom 3. September 2010 ist zu entnehmen, dass die Beklagte für die Klägerin basierend auf dem Zusammenarbeitsvertrag vom

E. 6.2.5

Zu den Umständen der Ausstellung der Schuldanerkennung führt die Klägerin aus, nachdem sich abgezeichnet habe, dass an der bevorstehenden Gene-

- 44 - ralversammlung vom 6. September 2010 L._____ und M._____ die Kontrolle über die Klägerin wieder verlieren könnten, habe die Beklagte von den genannten Herren am 3. September 2010 kurzerhand die als "Schuldanerkennung" bezeichnete Erklärung unterzeichnen lassen (act. 1 Rz. 25). Die Beklagte wendet ein, die Schuldanerkennung sei vielmehr unterzeichnet worden, weil bei der Klägerin Liquiditätsprobleme bestanden hätten und insbesondere die Honorarrechnung vom 2. August 2010 trotz Fälligkeit noch nicht bezahlt worden sei (act. 13 Rz. 185, vgl. auch Rz. 20). Ob die beiden Verwaltungsräte die Schuldanerkennung abgaben, weil sie am 6. September 2010 mit einem Machtwechsel an der Spitze der Klägerin rechneten, oder ob sie dies taten, weil die Klägerin Liquiditätsprobleme hatte, spielt im Ergebnis keine Rolle. Unbestritten ist, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung durch L._____ und M._____ insbesondere im Hinblick auf die ausserordentliche Generalversammlung vom 6. September 2010 nach wie vor auf die Kommunikationsdienstleistungen der Beklagten angewiesen war (Klägerin: act. 24 Rz. 141; Beklagte: act. 13 Rz. 7, Rz. 10). Auch dieser Umstand spricht dafür, dass die Klägerin mit Abgabe der Schuldanerkennung auf die Einrede, die Beklagte habe die Leistungen nicht oder zumindest nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang erbracht, verzichtete.

E. 6.2.6

Zusammenfassend ist der Klägerin die Einrede, die Beklagte habe die in Rechnung gestellten Leistungen nicht bzw. nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang erbracht, verwehrt. In dieser Hinsicht ist die Einredeabstraktheit der Schuldanerkennung vom 3. September 2010 zu bejahen. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Beklagte für die Klägerin in der Zeit vom 1. Juli 2010 bis zum 6. September 2010 - einschliesslich Mehrwertsteuer - Leistungen in der Höhe von insgesamt CHF 195'862.85 erbrachte.

- 45 -

E. 6.3

Vorbemerkungen zur Leistungserbringung

E. 6.3.1

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, gelangt man zum selben Ergebnis, wenn die Einredeabstraktheit der Schuldanerkennung in Bezug auf die Leistungserbringung durch die Beklagte verneint würde. In diesem Fall hätte die Klägerin aufgrund der Beweislastumkehr gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowie beinahe einhelliger Lehre den Hauptbeweis dafür zu erbringen, dass die Leistungen von der Beklagten nicht bzw. nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang erbracht wurden (vgl. vorstehend 3.3.2. f., 3.4.2.).

E. 6.3.2

Als Beweismittel hat die Klägerin vorliegend ausschliesslich die bereits eingereichten Urkunden gemäss den Beilagenverzeichnissen zur Klageschrift und zur Replik angeboten

(act. 3/2-22 und act. 25/1-32).

E. 6.3.3

Zweck des Zusammenarbeitsvertrages vom 14. Juli 2010 war die Unterstützung der Klägerin durch die Beklagte in sämtlichen Belangen der externen und der internen Kommunikation (act. 3/2 S. 1). Es ist davon auszugehen, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien im Wesentlichen dem Recht des einfachen Auftrages gemäss Art. 394 ff. OR untersteht (vgl. dazu WEBER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 2 vor Art. 394-406 OR sowie N 28 ff. zu Art. 394 OR je m.w.H.). Nach Art. 394 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen, während der Auftraggeber gemäss Abs. 3 eine Vergütung zu leisten hat, wenn sie vereinbart oder üblich ist. Die Vereinbarung einer Vergütung ergibt sich vorliegend aus Ziff. III. des Zusammenarbeitsvertrages (act. 3/2 S. 2 unter "III. Abgeltung"). Der Honoraranspruch setzt grundsätzlich die richtige Erfüllung des Vertrags voraus, nicht aber den Eintritt des beabsichtigten Erfolgs. Bei Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung, also insbesondere wenn der Beauftragte den Auftrag nicht, nur teilweise, schlecht oder unwirtschaftlich erfüllt, ist die Vergütung gemäss der Lehre nach dem Äquivalenzgedanken zu kürzen. Im Falle der Verletzung oder Schlechterfüllung des Auftrags besteht somit nur für diejenigen Tätigkeiten ein Honoraranspruch, welche vertragskonform ausgeführt worden sind

- 46 - (FELLMANN, in: Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, 1992, N 496 ff. und N 528 ff. zu Art. 394 OR; WEBER, a.a.O, N 43 zu Art. 394 OR m.w.H.).

E. 6.4

Honorarrechnungen vom 2. und vom 31. August 2010

E. 6.4.1

Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Klägerin am 9. Juni 2010 als externe Kommunikationsberaterin beizog (Klägerin: act. 24 Rz. 147 f.; Beklagte: act. 13 Rz. 50 f., Rz. 191; act. 31 Rz. 154). Im Zusammenarbeitsvertrag vom

E. 6.4.2

Zu den Honorarrechnungen vom 2. und vom 31. August 2010 legt die Beklagte im Einzelnen dar, welche Leistungen sie im Juli bzw. im August 2010 für die Klägerin erbracht habe. Die einzelnen Leistungen schlüsselt die Beklagte nach Datum und zudem nach dem jeweiligen Mitarbeiter, welcher nach Darstellung der Beklagten am betreffenden Tag die Leistungen erbrachte, sowie dem jeweils angewandten Stundenansatz auf. Desgleichen beschreibt sie detailliert die einzelnen in Rechnung gestellten Spesen bzw. Auslagen. Zu jedem Leistungsbeschrieb führt die Beklagte aus, dieser Aufwand sei angemessen und für die Erbringung der mit der Klägerin im Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 verabredeten Kommunikations-Dienstleistungen erforderlich gewesen. In Bezug auf die Dienstleistungen der Mitarbeitenden der Beklagten fügt sie zudem an, diese seien gegenüber der Klägerin vertrags- und sorgfaltsgemäss erfolgt (act. 13 Rz. 16 f., Rz. 55-164; ergänzend act. 31 Rz. 157-318). Zu den mit den Honorarrechnungen vom 2. und vom 31. August 2010 in Rechnung gestellten Leistungen bezeichnet die Beklagte - neben der Nennung weiterer Beweismittel - als Urkundenbeweise bezüglich der von ihren Mitarbeitenden erbrachten Dienstleistungen

- 47 - die Leistungsdetails der einzelnen für die Klägerin tätigen Mitarbeitenden für die Monate Juli und August 2010 sowie Belege für die von der Beklagten erbrachten Leistungen (Ad-hoc-Publikationen, Medienmitteilungen, Interviews, Aktionärsbriefe, E-Mails, Konzepte etc.). Bezüglich der Spesen bzw. Auslagen nennt die Beklagte - neben weiteren Beweismitteln - als Urkundenbeweise in erster Linie die betreffenden Rechnungen von Dritten (Honorarrechnung der Beklagten vom 2. August 2010: act. 3/15 = act. 14/10; Leistungsdetails der Mitarbeitenden der Beklagten zur Honorarrechnung vom 2. August 2010: act. 14/10.a-e; Belege für die von der Beklagten im Juli 2010 erbrachten Dienstleistungen: act. 14/13a ff., act. 32/8, act. 32/11, act. 32/13 ff.; Belege betreffend Spesen und Auslagen, welche mit der Rechnung vom 2. August 2010 abgerechnet wurden: act. 14/10.f-h, act. 14/32 f.; Honorarrechnung der Beklagten vom 31. August 2010: act. 3/16 = act. 14/11; Leistungsdetails der Mitarbeitenden der Beklagten zur Honorarrechnung vom 31. August 2010: act. 14/11.a-g; Belege für die von der Beklagten im August 2010 erbrachten Dienstleistungen: act. 14/34 ff., act. 32/17 ff., act. 32/21; Belege betreffend Spesen und Auslagen, welche mit der Rechnung vom 31. August 2010 abgerechnet wurden: act. 14/11.h-o, act. 14/52). Nachfolgend ist auf die Einwendungen der Klägerin zu den einzelnen von der Beklagten geltend gemachten Positionen, aus welchen sich die Rechnungsbeträge zusammensetzen, näher einzugehen.

E. 6.4.3

Unbestritten ist, dass die Parteien im Zusammenarbeitsvertrag vom

E. 6.4.4

Unbestritten ist sodann die Vereinbarung gemäss Zusammenarbeitsvertrag (act. 3/2 S. 2 unter "III. Abgeltung"), wonach die Beklagte der Klägerin Barauslagen und Spesen wie Porti, Kuriere, Spesen usw. separat nach effektivem Aufwand in Rechnung stellen darf (Klägerin: act. 24 Rz. 147 ff.; Beklagte: act. 13 Rz. 54). Zu den einzelnen Positionen betreffend Spesen und Auslagen führt die Klägerin denn auch "keine Bemerkungen" an, so dass von der Anerkennung dieser Positionen auszugehen ist (act. 24 Rz. 221, Rz. 301).

E. 6.4.5

Auch bezüglich der weiteren Positionen, zu welchen die Klägerin "keine Bemerkungen" anführt, ist von deren Anerkennung auszugehen (act. 24 Rz. 151 f., Rz. 195 f., Rz. 198, Rz. 202-204, Rz. 225 f., Rz. 280, Rz. 284 f.).

E. 6.4.6

Da der Klägerin der Hauptbeweis dafür obliegt, dass die Leistungen nicht erbracht wurden, kann sie sich nicht mit unbegründeten Bestreitungen begnügen in der Annahme, die Beklagte werde ihre Ausführungen voraussichtlich nicht strikte beweisen können. Bezüglich derjenigen Positionen, zu welchen die Klägerin einzig "bestritten" anführt (act. 24 Rz. 155 f., Rz. 159, Rz. 162, Rz. 169, Rz. 189 f., Rz. 209, Rz. 220, Rz. 249, Rz. 300), ist dementsprechend davon auszugehen, dass die Beklagte die betreffenden Leistungen wie von ihr dargelegt erbracht hat.

E. 6.4.7

Die Klägerin moniert, dass die Beklagte oftmals mehrere Leistungen unter einer Position zusammengefasst habe, wodurch nicht ersichtlich sei, für welche der einzelnen Leistungen wieviel Zeit aufgewendet worden sei. Dies verunmögliche es der Klägerin, die Abrechnungen der Beklagten im Einzelnen nachzuvollziehen, weshalb sie sich auf eine

generelle Bestreitung beschränken müsse (act. 24 Rz. 139). Sie bestreitet daher etliche Positionen mit dem sinngemässen Hinweis, dass nicht ersichtlich sei, welche Leistungen im Detail erbracht worden seien bzw. wie viel Zeit dafür im Einzelnen aufgewendet worden sei (act. 24 Rz. 153, Rz. 157, Rz. 160, Rz. 166 f., Rz. 172, Rz. 181, Rz. 183 f., Rz. 187, Rz. 193, Rz. 205, Rz. 207, Rz. 210, Rz. 212, Rz. 214, Rz. 216, Rz. 218, Rz. 227,

- 49 - Rz. 233, Rz. 236, Rz. 238, Rz. 240, Rz. 242 f., Rz. 245, Rz. 247, Rz. 250, Rz. 252, Rz. 254, Rz. 257, Rz. 260, Rz. 264, Rz. 266, Rz. 268, Rz. 270, Rz. 272, Rz. 275, Rz. 277, Rz. 281, Rz. 286, Rz. 288, Rz. 290, Rz. 292, Rz. 294, Rz. 296, Rz. 298). Es ist unbestritten, dass die Beklagte an der Erstellung der in Bezug auf die Dienstleistungserbringung eingereichten Belege - namentlich den Ad-hoc-Publikationen, Medienmitteilungen, Interviews, Aktionärsbriefen, E-Mails, Konzepten - mitbeteiligt war. Zu den Ad-hoc-Mitteilungen führt die Klägerin sogar explizit aus, diese seien von der Beklagten (mit-)verfasst worden (act. 24 Rz. 15, Rz. 40, Rz. 81, Rz. 84, Rz. 94, Rz. 130). Anhand dieser Belege lagen der Klägerin Anhaltspunkte zur Beurteilung der Leistungserbringung durch die Beklagten vor. Hätte sie diese oder die Honorarrechnungen in Zweifel ziehen wollen, wäre sie nach Treu und Glauben gehalten gewesen, die Beklagte zur genaueren Substantiierung und zur Belegung aufzufordern. Anstatt dies zu tun, unterzeichneten L._____ und M._____ für die Klägerin am 3. September 2010 die Schuldanererkennung. Die Beklagte hält zutreffend fest, dass sich die Klägerin durch die Unterzeichnung der Schuldanererkennung mit der damals präsentierten Spezifizierung der Leistungen einverstanden erklärt hatte (act. 31 Rz. 144). Ihr nachträglich vorgebrachter Einwand der ungenügenden Detaillierung der Leistungen ist rechtsmissbräuchlich und geht ins Leere.

E. 6.4.8

Die Klägerin macht weiter geltend, bei der Durchsicht der Leistungsdetails falle auf, dass insbesondere S._____ mit wenigen Ausnahmen jeweils in ganzen Stunden abgerechnet habe. Dass der nötige Aufwand effektiv eine (oder mehrere) volle Stunde(n) betragen habe, sei nach allgemeiner Lebenserfahrung unwahrscheinlich und werde bestritten. Die Abrechnung hätte in einem ersten Schritt nach den effektiven Leistungen zu erfolgen. Erst die Kenntnis der effektiv aufgewendeten Zeit würde es der Klägerin erlauben, in einem zweiten Schritt auch die Notwendigkeit und Angemessenheit des geltend gemachten Aufwands zu überprüfen (act. 24 Rz. 135 ff., Rz. 148). Entsprechend bestreitet die Klägerin etliche Positionen mit der Begründung, dass nicht ersichtlich sei, dass der behauptete Aufwand von angeblich genau dieser Anzahl Stunden effektiv erbracht

- 50 - worden und notwendig sowie angemessen gewesen sei (act. 24 Rz. 158, Rz. 161, Rz. 163-166, Rz. 168, Rz. 170-176, Rz. 179 f., Rz. 182, Rz. 185 f., Rz. 188, Rz. 192, Rz. 194, Rz. 197, Rz. 200 f., Rz. 206, Rz. 208, Rz. 211, Rz. 213, Rz. 215, Rz. 217, Rz. 219, Rz. 222-224, Rz. 228-232, Rz. 234, Rz. 237, Rz. 239, Rz. 241, Rz. 244, Rz. 246, Rz. 248, Rz. 251, Rz. 253, Rz. 255 f., Rz. 258 f., Rz. 261-263, Rz. 265, Rz. 267, Rz. 269, Rz. 271, Rz. 273 f., Rz. 276, Rz. 278 f., Rz. 282 f., Rz. 286 f., Rz. 289, Rz. 291, Rz. 293, Rz. 295, Rz. 297, Rz. 299). Zur Kritik an der Abrechnungspraxis in oft ganzen Stunden wendet die Beklagte ein, die Klägerin verkenne die Arbeit eines Kommunikationsberaters. Dessen Arbeitszeit lasse sich nicht auf die Minute genau erfassen, da die Arbeit nicht an einen bestimmten Arbeitsplatz gebunden sei und auch zu ungewöhnlichen Tageszeiten erfolge. Es widerspreche keineswegs der allgemeinen Lebenserfahrung, wenn angesichts des geleisteten Arbeitspensums und der Natur der geleisteten Arbeit oft volle Stunden resultierten. Zudem habe S._____ gemäss den Leistungsblättern auch viertel, halbe und

dreiviertel Stunden verrechnet (act. 31 Rz. 140 ff.). Zum Einwand der Abrechnungspraxis fällt zunächst auf, dass die Klägerin ihre standardisierte Bestreitung auch dann vorbringt, wenn gar nicht volle Stunden in Rechnung gestellt wurden (act. 24 Rz. 174, Rz. 180, Rz. 186, Rz. 228, Rz. 230, Rz. 256, Rz. 261-263). Überdies nennt die Klägerin für ihre Behauptung keine Beweismittel. Die von der Klägerin vorgebrachte Vermutung der unzutreffenden Leistungsabrechnung reicht nicht aus, um den ihr obliegenden Hauptbeweis dafür zu erbringen, dass die Beklagte nicht bzw. nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang leistete. Sodann erweist sich der grösstenteils pauschale Einwand, die Leistungen der Beklagten seien nicht notwendig bzw. nicht angemessen gewesen, angesichts der bei der Klägerin liegenden Beweislast als unsubstantiiert. Abgesehen davon ist davon auszugehen, dass die Klägerin mit Unterzeichnung der Schuldanerkenntnis anerkannt hat, dass die von der Beklagten erbrachten Leistungen notwendig und angemessen waren.

E. 6.4.9

Bezüglich der im Zusammenhang mit den Telefonkonferenzen vom 2. und vom 9. August 2010 in Rechnung gestellten Leistungen moniert die Klägerin,

- 51 - dass andere Mitarbeitende der Beklagten für die Teilnahme an derselben Telefonkonferenz jeweils einen geringeren Aufwand als S._____ verrechnet hätten (act. 24 Rz. 223, Rz. 235). Die Erklärung der Beklagten, wonach die betreffenden Mitarbeitenden im Gegensatz zu S._____ jeweils keinen Vor- und Nachbereitungsaufwand in Rechnung gestellt und auch nicht während der ganzen Telefonkonferenz vom 2. und vom 9. August 2010 aktiv teilgenommen hätten (act. 31 Rz. 235, Rz. 248), erscheint nachvollziehbar und plausibel. Das Anbringen von blossen Zweifeln an der Richtigkeit der in Rechnung gestellten Leistungen seitens der Klägerin reicht nicht aus, um damit den ihr obliegenden Hauptbeweis dafür zu erbringen, dass die Mitarbeitenden der Beklagten nicht bzw. nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang leisteten.

E. 6.4.10

In Bezug auf drei Positionen macht die Klägerin geltend, dass die Leistungsdetails der Beklagten von den entsprechenden Honorarrechnungen der T._____ AG abweichen würden. Bei den auf den Leistungsdetails aufgeführten telefonischen Kontakten von S._____ von der Beklagten u.a. mit Q._____ von der T._____ AG vom 2. Juli, vom 13. Juli sowie vom 18. Juli 2010 sei in der Honorarabrechnung der T._____ AG am betreffenden Datum kein entsprechendes Telefonat verzeichnet worden (act. 24 Rz. 140, Rz. 154, Rz. 177 f., Rz. 191; Auszug aus der Honorarnote der T._____ AG vom 24. August 2010: act. 25/32). Die Beklagte führt dazu aus, sie sei für die Führung der Leistungsdetails von T._____ weder zuständig noch verantwortlich. Sie vermutet, dass bei den zahlreichen Telefonaten, welche Rechtsanwältin Q._____ in der Angelegenheit "C._____" geführt habe, das eine oder andere Gespräch bei der Erfassung vergessen gegangen sein könnte, zumal Rechtsanwältin Q._____ bei mehreren Telefongesprächen unterwegs gewesen sei. Sodann weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass die Klägerin die Leistungsdetails der T._____ AG nur auszugsweise eingereicht hat und dass entgegen der Behauptung der Klägerin in den Leistungsdetails der T._____ AG sowohl am 2. als auch am 13. Juli 2010 Positionen aufgeführt sind, welche u.a. die Telefonate zwischen S._____ und Rechtsanwältin Q._____ betreffen könnten (act. 31 Rz. 145, Rz. 161, Rz. 190, Rz. 205; Auszug aus der Honorarnote der T._____ AG vom 24. August 2010: act. 25/32 S. 2 und S. 7). Abgesehen davon reicht das Anbringen von blossen Zweifeln an der Rich-

- 52 - tigkeit der von der Beklagten in Rechnung gestellten Leistungen nicht aus, um damit den der Klägerin obliegenden Hauptbeweis dafür zu erbringen, dass die Mitarbeitenden der Beklagten nicht bzw. nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang leisteten.

E. 6.4.11

Selbst wenn man davon ausginge, die Schuldanerkennung sei in Bezug auf die Leistungserbringung nicht einredeabstrakt, erwiesen sich die Behauptungen der beweisbelasteten Klägerin zum Teil als unsubstantiiert und stünde im Übrigen bereits fest, dass ihr der Hauptbeweis misslingen würde, dass die in den Honorarrechnungen vom 2. und vom 31. August 2013 in Rechnung gestellten Leistungen von der Beklagten nicht bzw. nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang erbracht wurden.

E. 6.5

Honorarrechnung vom 3. September 2010

E. 6.5.1

Zur Honorarrechnung vom 3. September 2010 (act. 3/17 = act. 14/12) macht die Beklagte geltend, S._____ für die Beklagte und M._____ für die Klägerin hätten am 3. September 2010 eine Honorarpauschale von CHF 7'500.00 zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer vereinbart. Diese Honorarpauschale habe die Sicherstellung der Kommunikation der Klägerin bis zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 6. September 2010 beinhaltet, was angesichts der Börsenkotierung der Klägerin und den damit einhergehenden Informationspflichten unabdingbar gewesen sei. Die Beklagte habe daher weiterhin die Medienanfragen aufgrund der Medienmitteilung vom 31. August 2010 sowie die Anfragen von Journalisten behandelt, laufend an M._____ über die Entwicklungen an der Kommunikationsfront berichtet sowie anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 6. September 2010 die Betreuung der anwesenden Journalisten sichergestellt. In der Zeit vom 1. bis zum 6. September 2010 hätten verschiedene Mitarbeitende der Beklagten insgesamt während 29.5 Stunden Kommunikationsdienstleistungen für die Klägerin erbracht, was bei Abrechnung zu den im Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 vereinbarten Stundensätzen einem Honorar von CHF 16'625.00 entsprochen hätte. Bereits für die bis am 6. September 2010 geleisteten Bemühungen wäre daher mehr als die in Rechnung gestellte Honorar-

- 53 - pauschale geschuldet gewesen, weshalb diese angemessen sei. Die der Honorarpauschale zugrunde liegenden Leistungen seien für die Erfüllung der gegenüber der Klägerin zu erbringenden Kommunikationsdienstleistungen erforderlich gewesen sowie vertrags- und sorgfaltsgemäss erfolgt (act. 13 Rz. 18 f., Rz. 165; act. 31 Rz. 155, Rz. 319 f.). Neben weiteren Beweismitteln nennt die Beklagte als Urkundenbeweise die Leistungsdetails der im September 2010 für die Klägerin tätigen Mitarbeitenden der Beklagten (act. 14/12.a-c). Die Klägerin bestreitet, dass eine Honorarpauschale vereinbart worden sei. Es sei zudem unsubstantiiert und bestritten, dass Tätigkeiten im Umfang der geltend gemachten insgesamt 29.5 Stunden effektiv erbracht worden seien und dieser Aufwand notwendig und angemessen gewesen sei (act. 24 Rz. 143, Rz. 302 f.).

E. 6.5.2

Zu ihren pauschalen Bestreitungen hat die Klägerin keine Beweismittel angeboten. Dies genügt von vornherein nicht, um den ihr obliegenden Hauptbeweis dafür zu erbringen, dass zwischen den Parteien am 3. September 2010 keine Honorarpauschale vereinbart

wurde. Zudem kann sich die Klägerin nicht mit der unbegründeten Bestreitung der Leistungserbringung begnügen. Auch der Einwand, dass der von der Beklagten geleistete Aufwand nicht notwendig bzw. nicht angemessen gewesen sei, erweist sich angesichts der bei der Klägerin liegenden Beweislast als unsubstantiiert. Abgesehen davon ist anzunehmen, dass die Klägerin mit Unterzeichnung der Schuldanerkennung anerkannte, dass die von der Beklagten erbrachten Leistungen notwendig und angemessen waren.

E. 6.5.3

Selbst wenn man davon ausginge, die Schuldanerkennung sei in Bezug auf die Leistungserbringung nicht einredeabstrakt, erwiesen sich die Behauptungen der beweisbelasteten Klägerin zum Teil als unsubstantiiert und stünde im Übrigen bereits fest, dass ihr der Hauptbeweis misslingen würde, dass die Parteien am 3. September 2010 keine Honorarpauschale von CHF 7'500.00 zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer vereinbart haben bzw. dass die in der Honorarrechnung vom 3. September 2010 in Rechnung gestellten Leistungen von der Beklagten nicht bzw. nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang erbracht wurden.

E. 6.6

Zusammenfassung

- 54 - Die Auslegung der Schuldanerkennung vom 3. September 2010 führt zum Ergebnis, dass diese in Bezug auf die Leistungserbringung durch die Beklagte einredeabstrakt ist. Die Einrede, die Beklagte habe die in Rechnung gestellten Leistungen nicht bzw. nicht in dem in Rechnung gestellten Umfang erbracht, ist der Klägerin daher verwehrt. Selbst wenn man in dieser Hinsicht aber nicht von der Einredeabstraktheit der Schuldanerkennung ausginge, erwiesen sich die Behauptungen der beweisbelasteten Klägerin zum Teil als unsubstantiiert und stünde im Übrigen bereits fest, dass ihr der Hauptbeweis misslingen würde, dass die Beklagte die Leistungen, welche in den drei in der Schuldanerkennung genannten Honorarrechnungen in Rechnung gestellt wurden, nicht bzw. nicht im verrechneten Umfang erbrachte. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Beklagte für die Klägerin in der Zeit vom 1. Juli 2010 bis zum 6. September 2010 - einschliesslich Mehrwertsteuer - Leistungen in der Höhe von insgesamt CHF 195'862.85 erbrachte. Eine Kürzung des der Beklagten gestützt auf Art. 394 Abs. 3 OR zustehenden Honoraranspruchs fällt ausser Betracht. 7. Bestand und Fälligkeit der Forderung 7.1. Das Urteil im Aberkennungsprozess stellt mit materieller Rechtskraft Bestand und Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fest (STAEHELIN, a.a.O., N 59 zu Art. 83 SchKG; VOCK, a.a.O., N 13 zu Art. 83 SchKG; BGE 95 II 617 E. 1; BGE 128 III 44 E. 4b). 7.2. Die Beklagte führt aus, die anerkannte Schuld habe am 3. September 2010 bestanden, ebenso im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls an die Klägerin. Sie habe zu diesem Zeitpunkt weiterhin der Beklagten zugestanden und sei auch fällig gewesen (act. 13 Rz. 48). Abgesehen von den bereits vorstehend abgehandelten Einreden äussert sich die Klägerin nicht dazu (act. 24 Rz. 145 f.). 7.3. Die Forderung in der Höhe von CHF 195'862.85 hat bereits im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls am 30. März 2011 (act. 3/4) bestanden. Nachdem die Zahlungsfrist gemäss Zusammenarbeitsvertrag vom 14. Juli 2010 10 Tage beträgt (act. 3/2 S. 2 unter "III. Abgeltung"), war sie in jenem Zeitpunkt auch schon fällig.

- 55 - 8. Zinsanspruch 8.1. Die Beklagte legt dar, sie habe der Klägerin bereits am 9. Dezember 2010 einen ersten Zahlungsbefehl für die der Betreuung zugrunde liegenden drei

Ho- norarrechnungen zustellen lassen. Damit sei spätestens am 10. Dezember 2010 der Zinsenlauf für die beanspruchten Verzugszinsen von 5 % ausgelöst worden (act. 13 Rz. 166; act. 31 Rz. 323). Die Klägerin führt dazu lediglich aus, mit der Bestreitung der Hauptforderung bestreite sie auch die davon abgeleitete Zinsfor- derung (act. 24 Rz. 304). 8.2. Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers, d.h. beispielsweise durch Zustellung eines Zahlungsbefehls, in Ver- zug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR; vgl. WIEGAND, in: Basler Kommentar zum Obliga- tionenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 9 zu Art. 102 OR). Der erste Zahlungsbefehl vom 6. Dezember 2010 wurde der Klägerin am 9. Dezember 2010 zugestellt (act. 14/53), so dass sie sich ab diesem Zeitpunkt in Verzug befand. In Anwen- dung von Art. 104 Abs. 1 OR beträgt der Verzugszins 5 %. 8.3. Die Klägerin schuldet der Beklagten CHF 195'862.85 zuzüglich 5 % Zins seit dem 10. Dezember 2010. 9. Fazit Die Klage ist abzuweisen. Die mit Verfügung der Juge de paix du district de Nyon vom 15. Juli 2011 in der Betreuung Nr. ... des Office des poursuites du district de Nyon (Zahlungsbefehl vom 28. März 2011) erteilte provisorische Rechtsöffnung für CHF 195'862.85 nebst Zins zu 5 % seit 10. Dezember 2010 ist definitiv zu erklären. 10. Kosten- und Entschädigungsfolgen 10.1. Prozesskosten sind die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Ge- bührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m.

- 56 - § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Ver- ordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom

E. 9

September 2010 über keine genügenden internen Ressourcen verfügte, womit sie die Öffentlichkeitsarbeit selbständig hätte wahrnehmen können. Sie war da- her, nur schon um den Informationspflichten und dem Kommunikationsbedarf, den eine börsenkotierte Gesellschaft zu erfüllen hat, darauf angewiesen, zur Un- terstützung der Unternehmenskommunikation einen professionellen, externen Kommunikationsdienstleister beizuziehen (Klägerin: act. 24 Rz. 141; Beklagte: act. 13 Rz. 7, Rz. 10, vgl. auch Rz. 47, Rz. 192; act. 31 Rz. 53, Rz. 147). Gerade

- 38 - die Unterstützung der Klägerin durch die Beklagte in sämtlichen Belangen der in- ternen und externen Kommunikation bildete den Zweck des Zusammenarbeits- vertrages (vgl. act. 3/2 S. 1 unter "I. Grundsätzliches"). Unbestritten ist weiter, dass verschiedene Mitarbeitende der Beklagten in den zahlreichen Ad-hoc- und Medienmitteilungen ausdrücklich als Kontaktpersonen für Rückfragen bei der Klä- gerin angegeben wurden (Klägerin: act. 24 Rz. 318; Beklagte: act. 13 Rz. 199). Selbst wenn einzelne von der Klägerin aufgezählte Handlungen der Organe im betreffenden Zeitraum als nicht dem Gesellschaftsinteresse dienend einzustufen wären, bedeutete dies nicht, dass dies auch auf die von der Beklagten im Zu- sammenhang mit den betreffenden Handlungen geleistete externe Kommunikati- on, namentlich die für die Klägerin verfassten Ad-hoc- und Medienmitteilungen, zuträfe. Es leuchtet ohne Weiteres ein, dass die Information von Dritten bzw. der Öffentlichkeit gerade in der Situation eines Machtkampfes zwischen Aktionärs- gruppen geboten sein kann, und zwar selbst wenn sich die veröffentlichten Infor- mationen auf von den geschäftsführenden Organen veranlasste Vorgänge bezie- hen, welche den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufen. Zudem ist davon auszu- gehen, dass die Klägerin als börsenkotiertes Unternehmen im Rahmen der Ad- hoc-Publizität im

betreffenden Zeitraum in verschiedenen Fällen von Gesetzes wegen zur externen Kommunikation verpflichtet war. Im Ergebnis erweist sich die Behauptung der Klägerin, wonach die Unterzeichnung des Zusammenarbeitsvertrages und der Schuldanererkennung sowie die gestützt auf den Zusammenarbeitsvertrag verfassten Ad-hoc- und Medienmitteilungen der Beklagten nicht im Interesse der Klägerin erfolgt seien, als unsubstantiiert und nicht nachvollziehbar. 5.4.4. Die Klägerin führt aus, die Mitglieder des Kleinen Komitees, nämlich L._____, M._____, P._____, O._____ und Rechtsanwältin Q._____, seien sich bewusst gewesen, nicht die Gesellschaftsinteressen der Klägerin zu verfolgen, sondern eigene bzw. diejenigen der Gruppe, welche die Kontrolle über die Klägerin habe behalten wollen (act. 24 Rz. 61, vgl. auch Rz. 35, Rz. 75, Rz. 91). Dass die Beklagte wusste oder bei gebührender Sorgfalt hätte wissen müssen, dass die genannten Personen nicht im Interesse der Klägerin handelten, wird von der Klä-

- 39 - gerin hingegen nirgends auch nur angedeutet, geschweige denn substantiiert behauptet. Sodann ist davon auszugehen, dass im relevanten Zeitraum zwischen den um die Macht innerhalb der Klägerin kämpfenden Aktionärsgruppen keine Eignigkeit darüber bestand, was im Interesse der Klägerin lag und was nicht, weshalb umso weniger angenommen werden kann, die nicht in die Geschäftsführung der Klägerin involvierte Beklagte hätte dies wissen müssen. Zudem führt die Klägerin in der Klageschrift selber aus, es sei nicht erkennbar, ob es sich bei den von der Beklagten gelten gemachten Leistungen effektiv um solche zugunsten der Klägerin gehandelt habe oder nicht vielmehr um Leistungen, welche zugunsten einzelner Aktionäre der Klägerin erbracht worden seien (act. 1 Rz. 36). Wenn es die Klägerin selber als nicht erkennbar erachtet, ob die betreffenden Leistungen in ihrem Interesse erbracht wurden oder nicht, wäre es für die Beklagte erst recht nicht erkennbar gewesen, ob ihre Leistungserbringung im Interesse der Klägerin erfolgte. Dies gilt umso mehr, als unbestritten ist, dass die Klägerin im betreffenden Zeitpunkt zur Unterstützung der Unternehmenskommunikation darauf angewiesen war, eine professionelle Kommunikationsdienstleisterin wie die Beklagte beizuziehen. Somit ist in Bezug auf einen allfälligen Interessenskonflikt der Organe der Klägerin davon auszugehen, dass der Beklagten dieser weder bekannt war noch dass sie einen solchen bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen. Sie durfte dementsprechend davon ausgehen, dass L._____ und M._____ bezüglich der Vertragsbeziehung mit ihr im Interesse der Klägerin handelten. Selbst wenn der Abschluss des Zusammenarbeitsvertrages vom 14. Juli 2010 sowie die im Auftrag der Organe der Klägerin erfolgte Leistungserbringung nicht im Interesse der Gesellschaft erfolgt wäre, änderte dies somit nichts daran, dass in dieser Hinsicht die Vertretungsmacht von L._____ und M._____ gegeben war. Nichts anderes gilt in Bezug auf die Ausstellung der Schuldanererkennung vom 3. September 2010. 5.4.5. Der Abschluss des Zusammenarbeitsvertrages vom 14. Juli 2010 (act. 3/2) sowie die Ausstellung der Schuldanererkennung vom 3. September 2010 (act. 3/18) erfolgten formell korrekt durch die für die Klägerin im massgeblichen Zeitpunkt handlungsfähigen Personen. Selbst wenn L._____ und M._____ in Be-

- 40 - zug auf den Abschluss dieser Rechtsgeschäfte entgegen den Interessen der Klägerin gehandelt haben sollten, wäre in dieser Hinsicht von der Gutgläubigkeit der Beklagten auszugehen, weshalb die entsprechende Beschränkung der Vertretungsbefugnis ihr gegenüber keine Wirkung hätte (Art. 718a Abs. 2 OR). Ein Handeln der beiden Verwaltungsräte entgegen den Gesellschaftsinteressen würde somit nicht zu einer Beschränkung der Vertretungsmacht von L._____ und M._____ führen, so dass die

Klägerin aus diesen beiden Rechtsgeschäften in je- dem Fall gültig berechtigt und verpflichtet wurde. 6. Bestreitung der Leistungserbringung

E. 14

Juli 2010 in Bezug auf die Abgeltung der zu erbringenden Dienstleistungen unterschiedliche Stundenansätze für die einzelnen Mitarbeitenden der Beklagten bzw. für bestimmte Dienstleistungen verabredet haben (act. 3/2 S. 2 unter "III. Abgeltung"). Die Klägerin bestreitet indessen, dass die vereinbarten Stundenansätze branchenüblich seien (Klägerin: act. 24 Rz. 148 f.; Beklagte: act. 13 Rz. 52 f.; act. 31 Rz. 156). Es ist nicht ersichtlich, was die Klägerin aus der Behauptung ableiten will, dass die mit der Beklagten vereinbarten Stundenansätze nicht branchenüblich seien. Abgesehen davon hat die Klägerin zu dieser Behauptung keine Beweismittel an- geboten. Ihre blossе Bestreitung genügt von vornherein nicht, um den ihr oblie-

- 48 - genden Hauptbeweis für die Branchenunüblichkeit der Stundenansätze zu erbrin- gen.

E. 17

November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädi- gung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteres- se (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). 10.2. Bei der Aberkennungsklage richtet sich der Streitwert gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO bei Bestreitung des Bestandes der Forderung nach dem Betrag der Forderung (STAEHELIN, a.a.O., N 48 zu Art. 83 SchKG). Dieser beträgt vorliegend CHF 195'862.85 (act. 1 Rz. 11; act. 13 Rz. 171). 10.3. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Abweichend von diesem Grundsatz sind Kosten, die sich als unnötig erweisen, demjenigen aufzuerlegen, der sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Ein vorwerfbares Verhalten des Verursachers bildet gemäss Botschaft keine Voraus- setzung für die Kostenaufgabe (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessord- nung vom 28. Juni 2006, BBI 2006 S. 7298). Hingegen ist erforderlich, dass die verursachten Kosten "unnötig" sind. Dies setzt in der Regel nichts anderes als den Nachweis voraus, dass das die Prozesskosten kausal verursachende Verhal- ten des Verursachers im Sinne einer Pflichtverletzung oder wenigstens einer Ord- nungswidrigkeit verstanden werden kann. Dementsprechend sind unter unnötigen Prozesskosten grundsätzlich diejenigen zu verstehen, die nicht durch den Pro- zess als solchen, sondern durch ein bestimmtes Verhalten bzw. eine Unterlassung einer Partei bzw. eines Dritten ohne sachlichen Grund verursacht werden. Dazu gehören namentlich Prozesskosten, die durch versäumte, verspätete oder fehler- hafte Prozesshandlungen entstanden sind (FISCHER, in: BAKER & MCKENZIE [HRSG.], Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 1, N 5, N 7 zu Art. 108 ZPO; vgl. auch STERCHI, in: Berner Kommentar zur Schwei- zerischen Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N 1 ff. zu Art. 108 ZPO; RÜEGG, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 1 zu Art. 108 ZPO).

- 57 - 10.4. Zu ihrem Sistierungsantrag führte die Klägerin in der Klageschrift vom 9. August 2011 aus, sie habe am 2. August 2011 die Begründung des Rechtsöff- nungsentscheidendes vom 15. Juli 2011 verlangt und werde - abhängig von der Be- gründung - allenfalls ein Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid einrei- chen. Da je nach Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens das vorliegende Ver- fahren hinfällig werde, beantrage sie gestützt auf Art. 126 ZPO die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorgenannten Rechtsöffnungsverfahrens (act. 1 Rz. 9, Rz.

12). In der Präsidialverfügung vom 11. August 2011 wurde erwogen, dass nach bisheriger Praxis des Handelsgerichts ein noch nicht rechtskräftig erledigtes Rechtsöffnungsverfahren keinen zu reichenden Grund für eine Sistierung eines Aberkennungsverfahrens darstelle und die dafür angestellten Überlegungen (vgl. ZR 87 Nr. 47) auch in Anwendung von Art. 126 ZPO zum Tragen kommen dürften, weshalb nicht vor Leistung des Barvorschusses und einer Stellungnahme der Beklagten formell über den Sistierungsantrag zu entscheiden sei. Der Klägerin wurde sodann Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten und der Beklagten zur Stellungnahme zum Sistierungsantrag angesetzt und der Entscheid darüber nach Eingang des Kostenvorschusses und der Stellungnahme der Beklagten bzw. eines allfälligen Verzichts darauf in Aussicht gestellt (Prot. S. 2 f.). Der Kostenvorschuss wurde von der Klägerin am 9. September 2011 geleistet (act. 7). Mit Eingabe vom 16. September 2011 beantragte die Beklagte die Abweisung des Sistierungsantrages und wies darauf hin, dass die Klägerin nach ihrer Information gegen den begründeten Rechtsöffnungsentscheid innert der zehntägigen Frist kein Rechtsmittel ergriffen habe (act. 8). Mit Eingabe vom 22. September 2011 (Datum Poststempel), eingegangen am 26. September 2011, zog die Klägerin den Sistierungsantrag zurück und führte dazu aus, sie habe sich in der Zwischenzeit entschieden, den Rechtsöffnungsentscheid nicht anzufechten (act. 11). Gemäss Präsidialverfügung vom 26. September 2011 lag im Zeitpunkt des Eingangs des Rückzugs des Sistierungsantrages der Klägerin bereits ein ausformulierter Beschlussantrag (auf Abweisung) vor und zirkulierte. Diesbezüglich wurde die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Entscheid vorbehalten (Prot. S. 5).

- 58 - Der begründete Rechtsöffnungsentscheid datiert vom 18. August 2011 (act. 9). Gemäss Ausführungen der Beklagten wurde ihr dieser Entscheid bereits am

E. 19

August 2011 zugestellt (act. 8 Rz. 7), was unbestritten ist. Daraus kann geschlossen werden, dass der Klägerin der begründete Rechtsöffnungsentscheid höchstens wenige Tage später zuging. Die Klägerin liess sich somit rund einen Monat Zeit, um dem Gericht den Rückzug ihres Sistierungsantrages mitzuteilen, obgleich die zehntägige Rechtsmittelfrist in Bezug auf den Rechtsöffnungsentscheid bereits spätestens Anfang September endete und dementsprechend das Rechtsöffnungsverfahren, bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung die Klägerin die Sistierung des vorliegenden Verfahrens beantragt hatte, abgeschlossen war. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin aufgrund der Erwägungen in der Präsidialverfügung vom 11. August 2011 mit einer Abweisung des Sistierungsantrages zu rechnen hatte, weshalb eine raschere Mitteilung des Rückzugs des Sistierungsantrages zur Vermeidung unnötigen Aufwandes umso mehr angezeigt gewesen wäre. Die in diesem Zusammenhang entstandenen unnötigen Prozesskosten hat die Klägerin aufgrund des späten Rückzuges des Sistierungsantrages verursacht. 10.5. Nach Eingang der Klageantwort vom 29. November 2011 (act. 13) wurden die Parteien auf den 15. Mai 2012 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 16/1). Den Erhalt der Klageantwort bescheinigte die Klägerin am 15. Dezember 2011 (act. 15/1), denjenigen der Vorladung am 1. Februar 2012 (act. 16/3). Mit Eingabe vom 7. Mai 2012 (Datum Poststempel), eingegangen am 8. Mai 2012, teilte die Klägerin mit, sie sei nach detailliertem Studium der Klageantwort zur Auffassung gelangt, dass eine Vergleichsverhandlung zum heutigen Zeitpunkt nicht zielführend sei. Vor einer Stellungnahme der Klägerin zu den Ausführungen der Beklagten mache eine

Vergleichsverhandlung keinen Sinn. Seitens der Klägerin bestehe im heutigen Zeitpunkt auch keine Vergleichsbereitschaft (act. 19). Mit Verfügung der damals zuständigen Instruktionsrichterin vom 8. Mai 2012 wurden die Vorladungen zur Vergleichsverhandlung abgenommen (Prot. S. 8).

- 59 - Festzuhalten ist, dass die Gerichtsdelegation im Hinblick auf die auf den 15. Mai 2012 angesetzte Vergleichsverhandlung bereits mit den entsprechenden Vorbereitungen begonnen hatte, als am 8. Mai 2012 die Mitteilung der Klägerin einging. Mit Eingabe vom 14. Mai 2012 stellte die Beklagte den Antrag, die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten für die unnötigen Kosten der berufsmässigen Vertretung im Hinblick auf die Vergleichsverhandlung eine ausserordentliche Parteientschädigung von CHF 1'000.00 zu bezahlen. Mit ihrer (zu) späten Mitteilung habe die Klägerin in Kauf genommen, dass bei der Beklagten im Hinblick auf die Vorbereitung der Vergleichsverhandlung Kosten für die berufsmässige Vertretung angefallen seien. In diesem Zusammenhang habe der Rechtsvertreter der Beklagten am 27. April 2012 sowie am 7. und am 8. Mai 2012 insgesamt 3.2 Stunden aufgewendet. Die dadurch entstandenen Kosten erwiesen sich heute als unnötig. Angesichts des Streitwerts der vorliegenden Auseinandersetzung erscheine hierfür eine ausserordentliche Parteientschädigung von CHF 1'000.00 als angemessen (act. 21 sowie act. 22/1-3; vgl. auch act. 31 Rz. 324, Rz. 338). In der Replik bestreitet die Klägerin, sich pflicht- oder ordnungswidrig verhalten zu haben, weshalb sie die Abweisung des Antrages der Beklagten beantragt (act. 24 Rz. 322 f.). Gemäss Verfügung der damals zuständigen Instruktionsrichterin vom 15. Mai 2012 ist darüber im Endentscheid zu befinden (Prot. S. 9). Im Zeitpunkt, in welchem die Klägerin dem Handelsgericht ihre fehlende Vergleichsbereitschaft mitteilte, lag ihr die Klageantwort bereits seit beinahe fünf Monaten vor und wusste sie bereits seit über drei Monaten von der auf den 15. Mai 2012 anberaumten Vergleichsverhandlung. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist in ihrer späten Mitteilung zumindest ein ordnungswidriges Verhalten zu erblicken, welches unter Missachtung der zumutbaren Sorgfalt entstanden ist. Entsprechend hat sie die im Hinblick auf die Vergleichsverhandlung unnötig entstandenen Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO verursacht. 10.6. Ebenfalls zu berücksichtigen ist der Aufwand des Gerichts im Zusammenhang mit dem abgewiesenen Ausstandsbegehren der Klägerin (act. 44 ff.; Prot. S. 22 ff.).

- 60 - 10.7. Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr ist gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG insbesondere unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts - darunter des unnötigen Aufwandes im Zusammenhang mit dem Sistierungsantrag der Klägerin und im Hinblick auf die auf den 15. Mai 2012 anberaumte Vergleichsverhandlung einerseits sowie des im Zusammenhang mit dem Ausstandsbegehren verursachten Aufwandes andererseits - um rund die Hälfte zu erhöhen. Da die Klägerin im vorliegenden Verfahren unterliegt und sie zudem die unnötigen Prozesskosten verursacht hat, ist ihr die Gerichtsgebühr aufzuerlegen und bis zur Höhe des von ihr geleisteten Kostenvorschusses aus diesem zu decken. 10.8. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF 15'755.00 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Diese ist in Anwendung von § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV um rund die Hälfte zu erhöhen. Der Aufwand im Zusammenhang mit dem Sistierungsantrag, die Entschädigung für die unnötige Vorbereitung im Hinblick auf die auf den 15. Mai 2012 anberaumte Vergleichsverhandlung sowie der Mehraufwand im Zusammenhang mit dem Ausstandsbegehren der Klägerin sind mit CHF 3'000.00 zu honorieren. Dementsprechend

ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 27'000.00 zu be- zahlen.

- 61 - Das Gericht erkennt:

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