

# ZH\_HANDELSGERICHT HG200001 vom 22. April 2021

Zh Handelsgericht, 2021-04-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG200001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG200001)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG200001 du 22 avril 2021

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG200001 del 22 aprile 2021

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts stützt sich unbestrittenermassen auf eine von den Parteien im "Mandate Agreement" vereinbarte Gerichtsstandsklausel (act. 3/2 Ziff. 8). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist damit

- 5 - gemäss Art. 23 Ziff. 1 LugÜ örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

#### E. 1.2

Zur Besetzung des Gerichts ist festzuhalten, dass der bisher am Verfahren beteiligte Handelsrichter Dr. Felix Graber per Ende 2020 altershalber von seinem Amt zurückgetreten ist. An seiner Stelle wirkt neu Handelsrichter Christian Zuber am vorliegenden Verfahren mit. Davon wurde den Parteien mit Verfügung vom 24. Februar 2021 Kenntnis gegeben (act. 42).

### E. 2

Materielles

#### E. 2.1

Sachverhalt; Parteidarstellung

##### E. 2.1.1

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, sie habe mit der Beklagten am 18. Juni 2010 einen Mandatsvertrag ("Mandate Agreement") abgeschlossen. Zweck des Vertrags sei die Schaffung eines geordneten Marktes für die Namenaktien der Beklagten gewesen. Sie sei beauftragt worden, in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko mit dem Stellen von Geld- und Briefkursen an der SIX Swiss Exchange einen für die Namenaktien der Beklagten geordneten Markt sicherzustellen, um den Eintritt von Handelsunterbrechungen so weit wie möglich zu verhindern. Als Entschädigung sei ein Jahreshonorar von CHF 60'000 (zzgl. 7.6% MwSt.) vereinbart worden, zahlbar im Voraus in vier Raten jeweils vor Beginn jedes Quartals. Die Laufzeit habe am 1. Juli 2010 begonnen und am 20. März 2019 infolge mündlicher Kündigung durch die Beklagte geendet. Die Klägerin habe den Auftrag erfüllt, indem sie im genannten Zeitraum insgesamt 5'663 Aufträge auf der Geld- und 4'116 Aufträge auf der Briefseite gestellt sowie 676 Abschlüsse auf der Geld- und 643 Abschlüsse auf der Briefseite durchgeführt habe (act. 1 S. 6 f.). Aufgrund eines internen Versehens habe sie während Jahren die Rechnungsstellung unterlassen und schliesslich am 21. November 2018 und am 17. Juli 2019 Rechnung

gestellt. Am 30. Dezember 2019 habe sie eine neue Rechnung für die seit dem 1. Januar 2015 fälligen Ansprüche gestellt, zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer von 7.7% (act. 1 S. 7 f.).

- 6 -

### **E. 2.1.2**

Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie das "Mandate Agreement" abgeschlossen hat. Sie macht jedoch geltend, nach Abschluss des Vertrages sei seitens der Klägerin während insgesamt acht Jahren und vier Monaten keine weitere Kommunikation erfolgt; während mehr als neun Jahren habe es keinerlei Analysen und/oder Berichte über die Tätigkeit der Klägerin gegeben, und nie habe eine Besprechung stattgefunden. Indem die Klägerin weder Rechnung für die erste und die folgenden Raten gestellt habe, noch die Beklagte je eine Vorauszahlung getätigt habe und die Klägerin auch nie über die Aufnahme ihrer Tätigkeit berichtet habe, sei der Vertrag durch übereinstimmendes konkludentes Handeln der Parteien sogleich nach seinem Inkrafttreten wieder aufgehoben worden; die Beklagte habe nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin das "Market Making" gar nie gestartet habe. Dies umso mehr, als die Klägerin keinerlei schlüssige Nachweise ihrer Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Mandatsvertrag geliefert habe (act. 13 S. 4 ff.). Eventualiter habe die Beklagte den Mandatsvertrag einseitig widerrufen, indem sie die erste Rate der vereinbarten Entschädigung (und alle anderen) nicht im Voraus bezahlt und sich weder nach der Bankverbindung noch nach den Aktivitäten der Klägerin erkundigt oder Weisungen erteilt habe (act. 13 S. 13 ff.). Verzugszinsen seien mangels Rechnungsstellung und Bekanntgabe der Kontoverbindung nicht geschuldet, und Mehrwertsteuer könne die Klägerin gemäss Art. 8 Abs. 1 MWSTG nicht verlangen (act. 13 S. 16 f.).

### **E. 2.1.3**

In der Replik hält die Klägerin an ihrem Standpunkt fest und verweist zusätzlich auf den E-Mail-Verkehr der Parteien vom 7. Juli 2010 (act. 31 S. 4; act. 33/1). Die Beklagte macht in der Duplik geltend, dass sie den Mandatsvertrag spätestens per Ende April 2012 widerrufen habe (act. 36 S. 24). Die Klägerin habe ihre vertraglichen Pflichten verletzt, indem die Spanne zwischen Angebot und Nachfrage insbesondere zwischen Mai 2011 und Januar 2013 massiv über den vereinbarten 5% resp. 2% gelegen habe. Sie habe auch die Mindestauftragsgrösse mehrfach nicht eingehalten. Zudem habe sie unzulässigerweise einen Algorithmus verwendet und die persönliche Leistungs- und Koordinationspflicht missachtet (act. 36 S. 25 ff.).

- 7 -

### **E. 2.1.4**

Auf diese und weitere Vorbringen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit es für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## **E. 2.2**

Mandate Agreement

### **E. 2.2.1**

Die Parteien stimmen darin überein, dass sie am 18. Juni 2010 das "Mandate Agreement" abgeschlossen (act. 3/2). Gemäss Präambel wurde die Klägerin mit diesem Vertrag beauftragt,

in ihrem eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko mit Geld- und Briefkursen einen geordneten Markt für die Namenaktien der Beklagten an der SIX Swiss Exchange sicherzustellen, um den Eintritt von Handelsunterbrechungen so weit wie möglich zu verhindern (act. 3/2 S. 1). Das "Mandate Agreement" konkretisierte den Inhalt des Mandats (Ziff. 1), dessen Koordination und die zuständigen Personen (Ziff. 2), und sah als Entschädigung eine jährliche Gebühr von CHF 60'000.– zzgl. MwSt. vor, zahlbar quartalsweise im Voraus jeweils auf den Beginn eines Quartals (Ziff. 3). Vertragsbeginn war der 1. Juli 2010 (Ziff. 4).

### **E. 2.2.2**

In Ziffer 8 des "Mandate Agreement" unterstellten die Parteien die Vereinbarung dem Schweizer Recht (act. 3/2 S. 8). Sie sind sich denn auch einig, dass auf ihre Vereinbarung Art. 394 ff. OR anwendbar sind (act. 1 S. 5, 10; act. 13 S. 7 f.).

### **E. 2.3**

Aufhebung; Widerruf

#### **E. 2.3.1**

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, das "Mandate Agreement" sei sogleich nach Inkrafttreten durch übereinstimmendes konkludentes Handeln wieder aufgehoben, eventuell einseitig durch die Beklagte widerrufen worden. Sie leitet dies aus der fehlenden Rechnungsstellung für die erste und alle folgenden Quartalsraten ab, aus der fehlenden Zahlung ihrerseits, aus der Tatsache, dass die Klägerin ihre Tätigkeit frühestens am 7. Juli 2010 begonnen und darüber nicht informiert, ja sogar überhaupt nie Bericht erstattet habe, so dass für die Beklagte die Aufnahme einer Tätigkeit auch nicht erkennbar gewesen sei. Die Beklagte habe ihrerseits auch nicht nachgefragt nach Kontodaten, nach der Aufnahme der Tätigkeit oder Weisungen erteilt (act. 13 S. 10, 13 ff.). Die Klägerin widerspricht

- 8 - dieser Darstellung und verweist auf ein E-Mail des ehemaligen Finanzchefs der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, welcher sich am 7. Juli 2010 bei der Klägerin nach der Aufnahme ihrer Tätigkeit erkundigte, worauf die Klägerin gleichentags zur Antwort gab: "We have started the Market Making on 01.07.10. We are constantly monitoring the Quotes according to the parameters mentioned in the contract. Up to now the Market Making works well and we did a few trades this week. Just contact me, if new (recte: you) need further details concerning the Market Making" (act. 31 S. 4; act. 33/1). Die Beklagte bestreitet in der Duplik nicht, dass diese E-Mail-Korrespondenz stattgefunden hat (act. 36 S. 13).

#### **E. 2.3.2**

Ein Vertrag kann durch übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung abgeschlossen werden, wobei dies ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann (Art. 1 OR). In gleicher Weise kann ein Vertrag auch wieder aufgehoben werden (vgl. BGE 4A\_193/2019 vom 23. September 2019, E. 5.2 mit Hinweisen; vgl. auch LOCKER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2020, N 4 zu Art. 115 OR). Ein Aufhebungsvertrag kann folglich durch einen konkludenten Antrag und dessen stillschweigende Annahme durch die andere Partei zustande kommen. Nach der Rechtsprechung ist von einem konkludenten Antrag auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit Forderungsverzicht auszugehen, wenn das Verhalten der Gläubigerin nach der allgemeinen Lebenserfahrung und Verkehrsanschauung den Schluss auf einen Verzichtswillen begründet erscheinen lässt, wobei auf einen solchen Willen nicht leichthin geschlossen werden darf. So genügt

weder das bloss Verjährenlassen einer Forderung noch die gelegentliche Nichtausübung eines Rechts oder die Nichtgeltendmachung einer Forderung während längerer Zeit ohne zusätzliche besondere Umstände, die zum bloss passiven Verhalten des Gläubigers hinzutreten (BGer 4C.363/2001 E. 3 (nicht publiziert in BGE 129 III 422) mit weiteren Hinweisen; vgl. auch 4C.437/2006 E. 2.3.2). Entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 36 S. 16) ist es nicht an der Klägerin, den Bestand des unbestrittenermassen abgeschlossenen "Mandate Agreement" zu beweisen, sondern es obliegt der Beklagten, dessen Nichtbestand zufolge Aufhebung oder Widerruf substantiiert zu behaupten und nachzuweisen.

- 9 -

### **E. 2.3.3**

Die gemäss unbestrittener Parteidarstellung gegebene Konstellation lässt nicht auf eine unmittelbar nach Abschluss des Vertrags erfolgte Aufhebung schliessen. Dem steht bereits der E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien vom 7. Juli 2010 entgegen. Weder die Klägerin noch die Beklagte äusserten darin den Willen, den Mandatsvertrag aufzuheben. Im Gegenteil. Die Beklagte wollte sich versichern, dass die Klägerin ihre Tätigkeit aufgenommen hatte, und die Klägerin bestätigte den erfolgreichen Start (act. 33/1). Von einer umgehenden stillschweigenden Aufhebung des "Mandate Agreement" kann damit keine Rede sein. Die Klägerin setzte in der Folge ihre Aktivitäten fort (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.4). Zwar trifft es zu, dass die Klägerin die vertraglich vereinbarte Entschädigung erst nach mehr als acht Jahren, am 21. November 2018, in Rechnung stellte (act. 3/12) und der Beklagten auch keinen Bericht erstattete oder anderweitige Informationen zukommen liess; auch leistete die Beklagte weder eine Zahlung noch erkundigte sie sich nach dem Gang des "Market Making". Angesichts der gegenüber der Beklagten bestätigten Aufnahme ihrer Tätigkeit durfte die Beklagte aus der fehlenden Rechnungsstellung jedoch weder auf einen Willen der Klägerin, das Mandat aufzuheben, schliessen, noch bestand für die Klägerin Anlass, aus dem Stillschweigen der Beklagten einen Aufhebungswillen abzuleiten. Vielmehr durfte sie sich aufgrund der am 7. Juli 2010 ausgetauschten E-Mail-Nachrichten darauf verlassen, dass sich die Beklagte aufforderungsgemäss melden würde, wenn sie weitere Details hätte in Erfahrung bringen wollen.

### **E. 2.3.4**

Was die Beklagte zusätzlich für ihren Standpunkt ins Feld führt, vermag daran nichts zu ändern.

#### **E. 2.3.4.1**

Sie macht geltend, sie habe ohne Informationen seitens der Klägerin keine Kenntnis davon haben können, ob und wie lange die Klägerin nach dem 7. Juli 2010 als Market Maker tätig war, zumal sie die Zusammenstellung gemäss act. 3/11 erst nach Zustellung der Klage vom 31. Dezember 2019 erhalten habe (act. 36 S. 12, 22). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte angesichts der einer börsenkotierten Gesellschaft notorisch bekannten Kursentwicklung ihrer Aktien und aufgrund der von ihr selbst dargestellten Möglichkeit, die Aktivitäten an der SIX abzufragen (vgl. act. 36 S. 12, 45), nicht bereits Anlass hatte, auf ein Tätig-

- 10 - sein der Klägerin zu schliessen. Denn allein die vertraglich geregelte Informationspflicht der Klägerin "as required" (vgl. nachfolgend Ziff. 2.4.3.3) und der bereits

erwähnte E-Mail-Verkehr vom 7. Juli 2010 schliessen aus, dass die Beklagte ohne jegliche Erkundigung bei der Klägerin nach Treu und Glauben hätte davon ausgehen können, die Klägerin stelle ihr stillschweigend einen Antrag auf Aufhebung des "Mandate Agreement".

#### **E. 2.3.4.2**

Weiter argumentiert die Beklagte, die Klägerin sei eine börsenkotierte Gesellschaft und habe sowohl die Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung wie auch zur Publikation der Jahresrechnung. Sie hätte die Leistungen für die Beklagte mit entsprechenden Buchungen erfassen müssen, was offensichtlich unterblieben sei. Analogen Pflichten unterliege auch die Beklagte; die Klägerin hätte ihr mithin die erwähnten Belege rechtzeitig zur Verfügung stellen müssen. Die Beklagte habe unter diesen Umständen die fehlende Rechnungsstellung und Nichtgeltendmachung der Forderung nur als Offerte zur Vertragsaufhebung verstehen können und müssen, und zwar spätestens nach der Publikation der 2. Jahresrechnung der Beklagten im März 2012 resp. der Klägerin im April 2012. Spätestens per Ende April sei von der Vertragsaufhebung auszugehen (act. 36 S. 19 ff.). Die Klägerin führt aus, sie habe aufgrund eines internen Versehens während Jahren die Rechnungsstellung unterlassen. Dass die Forderung gegen die Beklagte unter diesen Umständen auch keinen Eingang in die Buchführung und Jahresrechnung der Klägerin gefunden hat, wäre folgerichtig. Die Beklagte könnte aus diesem Umstand indessen nicht mehr ableiten als aus der unterlassenen Rechnungsstellung an sich. Sie behauptet selbst nicht, dass sie das Fehlen entsprechender Buchungen resp. Positionen in der Jahresrechnung der Klägerin tatsächlich zur Kenntnis nahm und als konkludenten Antrag verstand. Das allfällige Fehlen entsprechender Buchungen sowohl auf Seiten der Klägerin als auch auf Seiten der Beklagten trüge deshalb nichts Zusätzliches zu der bereits festgestellten Konstellation bei, dass die Klägerin ihre Tätigkeit aufnahm, ohne den Eingang der Vergütung für das erste Quartal (Juli - September 2010) abzuwarten (vgl. oben - 11 - Ziff. 2.3.3). Auf die Frage, was daraus für die vertraglich vereinbarte Vorleistungspflicht abzuleiten ist, wird noch einzugehen sein (Ziff. 2.7.3).

#### **E. 2.3.4.3**

Die Beklagte verweist unter Bezugnahme auf den Zürcher Kommentar (AEPLI, N 37 zu Art. 115 OR) darauf, dass gemäss Rechtsprechung und Lehre das Zuwarten von 5 Jahren mit der Geltendmachung eines Anspruchs unter Kaufleuten an sich als ein besonderer Umstand anzusehen sei, der als ein konkludenter Antrag qualifiziert werde (act. 36 S. 23). In dieser allgemeinen Form ist dem nicht zuzustimmen. Wie bereits eingangs dargelegt, ist erforderlich, dass zum bloss passiven Verhalten des Gläubigers während längerer Zeit zusätzliche besondere Umstände hinzutreten. Es trifft nicht zu, dass unter Kaufleuten bzw. im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich anderes gilt, denn auch dort leitet das Gesetz aus der Nichtgeltendmachung eines Anspruches während längerer Zeit nur die Verjährung ab. Selbst wenn im Einzelfall gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben als Verzicht gewertet wurde, dass eine Partei einen von der Gegenpartei bestrittenen Anspruch während weiteren fünf Jahren in der Schwebe gelassen hatte (ZR 27 [1928] Nr. 191 und dort wiedergegebener Entscheid des Bundesgerichts), so liegen die Verhältnisse vorliegend insofern anders, als die Klägerin weiterhin ihre vertraglichen Dienste erbrachte (nachfolgend Ziff. 2.4) und damit gerade nicht passiv blieb. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht dargelegt, woraus sie einen Anspruch auf unentgeltliche

Leistungen der Klägerin ableiten könnte. Der Beklagten ist zwar beizupflichten, dass es angesichts der klaren vertraglichen Regelung ungewöhnlich ist, wenn eine Bank die ihr zustehenden Quartalszahlungen über mehrere Jahre nicht in Rechnung stellt. Laut der Klägerin geschah dies aufgrund eines internen Versehens. Ungeachtet der Gründe vermag die unterlassene Rechnungsstellung jedoch die Leistungspflicht der Beklagten nicht zum Erlöschen zu bringen; die Klägerin musste auf der vertraglichen Vorleistungspflicht der Beklagten nicht bestehen und ihre Forderung auch nicht sofort geltend machen. Unter Vorbehalt des Eintritts der Verjährung und der Erhebung einer entsprechenden Einrede bleibt die Forderung durchsetzbar.

- 12 -

### **E. 2.3.5**

Eventualiter beruft sich die Beklagte auf Art. 404 Abs. 1 OR und Ziff. 5 des "Mandate Agreement" und auf ihren konkludent per 1. Juli 2010 (spätestens per Ende April 2012) zum Ausdruck gebrachten Widerruf des Auftrags (act. 13 S. 13; act. 36 S. 24 f.). Die Parteien sahen im "Mandate Agreement" unter Ziff. 5 ein je- derzeitiges Kündigungsrecht vor, wobei eine mündliche Mitteilung, gefolgt innert zwei Tagen von einer schriftlichen Bestätigung, genügen sollte. Widerruf und Kündigung sind einseitig ausübbar, auflösende Gestaltungsrechte, die grund- sätzlich nicht an eine bestimmte Form gebunden sind. Die Erklärung ist emp- fangsbedürftig (OSER/WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2020, N 5 f. zu Art. 404 OR). Die Beklagte behauptet nicht, dass sie den Widerruf gegenüber der Klägerin erklärt hat. Sie beruft sich einzig auf unterlassene Hand- lungen ihrerseits, nämlich Nichtzahlung der ersten und von 33 weiteren Raten, Nichtverlangen von Bankkontodaten oder Informationen und Nichterteilen von Weisungen. Aus der blossen Passivität der Beklagten konnte und musste die Klä- gerin jedoch nicht auf einen Willen der Beklagten zum Widerruf des Mandats schliessen.

### **E. 2.3.6**

Es ist deshalb zusammengefasst vom Bestand der Vereinbarung bis zur klägerischerseits akzeptierten Kündigung durch die Beklagte am 20. März 2019 auszugehen.

## **E. 2.4**

Mandatsführung

### **E. 2.4.1**

Die Klägerin behauptet, sie habe ab 1. Juli 2010 den Börsenhandel der SHLTN-Valoren überwacht, zahlreiche Kaufs- und Verkaufsaufträge wie auch Kaufs- und Verkaufsabschlüsse auf eigene Rechnung und Risiko getätigt, nämlich 5'663 Aufträge auf der Geldseite und 4'116 auf der Briefseite sowie 676 resp. 643 Abschlüsse. Das Handelsvolumen habe insgesamt 131'887 resp. 132'851 Trans- aktionen umfasst (act. 1 S. 7 unter Hinweis auf act. 3/11). Die Nummer JVCZHF3 in act. 3/11 bezeichne die Klägerin (act. 31 S. 8; act. 33/2). Die Beklagte stellt sich zunächst auf den Standpunkt, aus der Aufstellung act. 3/11 lasse sich einzig ent- nehmen, dass zwischen dem 7. Juli 2010 (statt 1. Juli 2010) und dem 29. März 2019 zahlreiche Kaufs- und Verkaufsaufträge sowie Abschlüsse für die Namenak- tien der Beklagten stattgefunden hätten. Aus der Aufstellung ergebe sich nicht,

- 13 - dass die Klägerin tätig geworden sei (act. 13 S. 19 f.). In der Duplik bestreitet die Beklagte nicht mehr, dass die Klägerin unter dem Kürzel JVCZHF3 die in act. 3/11

aufgeführten Aktivitäten entfaltet hat (act. 36 S. 28, 40). Entsprechend ist da- von auszugehen, dass die Klägerin die von ihr behaupteten Kaufs- und Ver- kaufsaufträge sowie -abschlüsse betreffend Namenaktien der Beklagten aus- führt hat.

#### **E. 2.4.2**

Die Beklagte ist der Meinung, die Klägerin habe das "Market Making" ent- gegen der vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtung nicht persönlich vorge- nommen, sondern durch algorithmisches Handeln im Sinne von Ziff. 11.1.4 des Handelsreglements und Art. 31 Abs. 1 FinfraV. Das sei mit dem Einsatz eines Roboters gleichzusetzen und stelle eine Pflichtverletzung dar (act. 36 S. 14 ff.). In ihrer Stellungnahme bestreitet die Klägerin eine vertragliche Beschränkung auf persönliche Ausführung des Mandats durch die Mitarbeiter E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ und eine Vertragsverletzung durch die allfällige Verwendung von Algorithmen (act. 40 S. 5). Gemäss Art. 398 Abs. 3 OR hat der Beauftragte das Geschäft persönlich zu be- sorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt o- der durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. Die Beklagte legt nicht dar, dass die Klägerin die Ausführung des Mandats an eine andere Person oder Gesellschaft übertragen hat, und wirft der Klägerin mithin nicht die unzulässige Substituierung vor. Sie stützt sich vielmehr auf die vertragliche Vereinbarung. In Ziffer 2.1 (Coordination) des "Mandate Agreement" haben die Parteien Kontaktpersonen auf Seiten der Klägerin bezeichnet, nämlich E.\_\_\_\_\_, Head of Risk, und F.\_\_\_\_\_, Deputy Head of Risk (act. 3/2 S. 2). Eine Pflicht zur persönlichen Ausführung des Mandats durch diese beiden Personen kann aus dieser Bestimmung indessen nicht abge- leitet werden. E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ werden ausdrücklich als "Contact persons at Bank A.\_\_\_\_\_" bezeichnet, als Ansprechpersonen für die Beklagte. Im "Mandate Agreement" werden keine Personen genannt, die innerhalb der Klägerin das "Market Making" durchführen sollten. Es versteht sich denn auch von selbst, dass es in einer arbeitsteilig organisierten Unternehmung die auf den Börsenhandel

- 14 - spezialisierten Mitarbeiter sind, die den Börsenhandel überwachen, Kauf- und Verkaufsaufträge erteilen oder Kaufs- und Verkaufsabschlüsse ausführen. Inwie- fern sie sich dabei technischer Hilfsmittel bedienen, kann offenbleiben, soweit die Mandatsführung mit der vorauszusetzenden Sorgfalt erfolgt.

#### **E. 2.4.3**

Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin sorgfältig und vertragskonform tä- tig geworden sei (act. 13 S. 7, 15, 21, 25; act. 36 S. 17, 27 ff., 41). Sie führt aus, in einem korrekt ausgeführten Market Maker Mandat würde die Bank regelmässig darlegen, dass sie dieses vertragsgemäss ausführe und im Börsenhandel inter- veniere, sie würde Auszüge aus dem Auftragsbuch vorlegen und informieren, wie sich die Spanne zwischen Angebot und Nachfrage verhalte, etc. (act. 13 S. 11 f.). Die Klägerin sei nach Ziff. 2 des Mandatsvertrags zu periodischer Berichterstat- tung verpflichtet gewesen. Sie habe die vorgelegten Informationen act. 3/15 und 3/11 extern besorgen müssen (unter Hinweis auf act. 3/13 S. 2), woraus sich er- gebe, dass die Klägerin gar nicht in der Lage gewesen sei, ihrer Informations- pflicht regelmässig nachzukommen (act. 13 S. 15). Mangels gelieferter Daten sei es der Beklagten nicht möglich nachzuvollziehen, inwiefern das "Market Making" vertragsgemäss ausgeführt worden sei (act. 36 S. 9, 27). Der Darstellung in act. 3/15 sei immerhin zu entnehmen, dass die Spanne zwischen Angebot und Nach- frage der Namenaktien der Beklagten insbesondere zwischen Mai 2011 und etwa Januar 2013 massiv

über den vereinbarten 5% bzw. 2% lag. Act. 3/11 könne entnommen werden, dass die Klägerin die Mindestauftragsgrösse mehrfach nicht eingehalten habe (act. 36 S. 27 ff.).

#### **E. 2.4.3.1**

Der Beauftragte schuldet dem Auftraggeber getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts und haftet bei nicht gehöriger Erfüllung für entstandenen Schaden (Art. 398 OR). Die Beklagte macht nicht geltend, dass ihr aufgrund der Mandatsführung der Klägerin Schaden entstanden ist. Sie will die behauptete mangelhafte Auftragsausführung vielmehr der Vergütungsforderung entgegensetzen. Die Rechtsprechung geht mehrheitlich davon aus, dass ein Honorar nur bei korrekter und sorgfältiger Auftragsausführung geschuldet ist; eine relevante Unsorgfalt führt zum Wegfall der Honorarforderung bzw. berechtigt zu einer Honorarreduktion (vgl. OSER/WEBER, a.a.O, N 43 zu Art. 394 OR mit zahlrei-

- 15 - chen Hinweisen). Verwiesen wird auf das Kriterium der Brauchbarkeit; eine Kürzung des Honorars sei gemäss dem Äquivalenzgedanken angebracht.

#### **E. 2.4.3.2**

Die Beklagte beanstandet die Ausführung des "Market Making" konkret einzig insoweit, als der Spread zwischen Angebot und Nachfrage die vertraglich vereinbarte Spanne teilweise überschritten habe, die Mindestauftragsgrösse teilweise nicht eingehalten worden und die Tätigkeit überhaupt erst am 7. Juli 2010 aufgenommen worden sei. In Ziff. 1 (Mandate) des "Mandate Agreement" wird die Aufgabe der Klägerin wie folgt umschrieben (act. 3/2 S. 2): Bank A. \_\_\_\_\_ shall seek by the purchase or sales of the Registered Shares to keep the bid-ask spread in the Registered Shares below 5%. Bank A. \_\_\_\_\_ is however not obligated to quote prices at all times to entirely rule out such trade stoppages. In the case that Bank A. \_\_\_\_\_ sets a bid or ask price, the minimum order size will be of 300 Registered Shares. Third-party orders will be taken into account in reaching the minimum order size, provided they are entered at the same price. If the stock price will be above CHF 10.-, the maximum spread is going to be reduced to 2% and the minimum order size will be cut to 200 Registered Shares. Bereits aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergibt sich somit, dass die Klägerin zwar einen "bid-ask spread" von weniger als 5% anstreben sollte ("shall seek"), jedoch nicht verpflichtet war, diese Spanne jederzeit zu garantieren. Selbst wenn somit in der Zeit zwischen 1. Mai 2011 und Januar 2013 grössere Spannen zu verzeichnen waren (vgl. act. 3/15), kann dies der Klägerin nicht ohne weiteres als pflichtwidrige Vertragsausführung angelastet werden. Hinzu kommt, dass die Beklagte in der Vertragsausführung ab 1. Januar 2015, für welche die Klägerin vorliegend entschädigt werden will, keine Überschreitungen des Spreads geltend macht. Mangels relevanter Unsorgfalt im massgeblichen Zeitraum wäre eine Honorarreduktion deshalb bereits mit Blick auf den Äquivalenzgedanken nicht angebracht. Letzteres gilt auch, soweit die Beklagte die (um sechs Tage) verspätete Aufnahme der Mandatsausführung beanstandet. Die Beklagte substantiiert sodann "beispielhaft" fünf Daten, an welchen die Klägerin die Mindestauftragsgrösse nicht eingehalten habe (act. 36 S. 28 f.), wovon drei in der vorliegend relevanten Zeitspanne liegen (9. Januar 2015: Offerte 237 Na-

- 16 - menaktien Brief; 20. Januar 2015: Offerte 206 Namenaktien Brief; 5. Februar 2015: zwei Offerten 100 Namenaktien Brief; act. 3/11 S. 240 f.). Die Beklagte konkretisiert allerdings nicht, inwiefern diese Transaktionen unter den gegebenen Umständen den vertraglichen Vorgaben widersprochen haben. Ziff. 1 Abs. 2 und

### **E. 2.4.3.3**

Die Beklagte beanstandet vorab eine Verletzung der Informations- und Auskunftspflicht. Das "Mandate Agreement" bestimmt in Ziff. 2 ("Coordination"): "Bank A. \_\_\_\_\_ shall inform the Company as required on market events as well as activities related to the scope of the present Agreement" (act. 3/2 S. 2). Daran anschliessend sind die Kontaktpersonen der Klägerin und der Beklagten aufgeführt. Die Klägerin sollte die Beklagte demnach "as required" (also "nach Bedarf" oder "wie erforderlich") über Geschehnisse am Markt und über Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Gegenstand des "Mandate Agreement" informieren. Entgegen der Meinung der Beklagten ergibt sich aus der vertraglichen Vereinbarung keine Pflicht der Klägerin zur regelmässigen Berichterstattung, und zwar weder jährlich noch in anderweitig geregelten Abständen. Vielmehr wurde die Auskunftserteilung von Marktereignissen resp. den vertraglichen Aktivitäten und einer entsprechenden Erforderlichkeit abhängig gemacht. Es kann der Klägerin mithin nicht als Ver-

- 17 - tragsverletzung angelastet werden, dass sie die Beklagte nicht regelmässig mit Informationen bediente. Unbestrittenermassen liess die Klägerin der Beklagten abgesehen von der Mitteilung vom 7. Juli 2010 (act. 33/1) während der ganzen Vertragsdauer keine Informationen zukommen. Die Beklagte legt indessen nicht dar, dass und inwiefern konkrete Geschehnisse am Markt oder Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Mandat eine Informationspflicht der Klägerin ausgelöst hätten; sie behauptet auch nicht, dass sie im Verlauf des Mandatsverhältnisses ihrerseits einen Bedarf zum Ausdruck gebracht oder sich nach den vertraglichen Aktivitäten erkundigt hätte. Weder aufgrund der Rechtsnatur des Vertrags noch der konkreten vertraglichen Vereinbarung ist unter diesen Umständen eine Verletzung der Auskunfts- oder Informationspflichten dargetan. Hinzu kommt, dass die Beklagte auch nicht näher darlegt, inwiefern die Mandatsausführung der Klägerin aufgrund der unterlassenen Informationen insgesamt als unkorrekt und unbrauchbar zu qualifizieren wäre und entsprechend ihr Honorar gänzlich entfallen sollte. Die Beklagte behauptet zwar, dass die Informationspflicht neben der Pflicht zum "Market Making" als zweite Hauptpflicht der Klägerin zu verstehen sei (act. 36 S. 7 f.). Selbst wenn ihr darin zu folgen wäre und die Informationspflicht ebenso wie die Pflicht zum "Market Making" in einem Austauschverhältnis mit der Vergütungspflicht stünde (vgl. noch nachfolgend Ziff. 2.6), so weist die Beklagte mit ihren Vorbringen nicht nach, dass das Stillschweigen der Klägerin ihre jahrelange Mandatsführung mit zahlreichen Kaufs- und Verkaufsaufträgen sowie Kaufs- und Verkaufsabschlüssen auf eigene Rechnung und Risiko derart disqualifiziert, dass die Vergütung aufgrund des Äquivalenzgedankens entfällt bzw. zu kürzen wäre. Eine relevante, sich auf die Vergütung auswirkende Unvorsorgfalt in der Auftragsausführung ist demnach auch hinsichtlich der Informationspflicht nicht dargetan.

### **E. 2.4.4**

Insgesamt vermag die Beklagte keine Verletzung des Mandatsvertrags nachzuweisen, die dem Vergütungsanspruch der Klägerin entgegensteht.

## **E. 2.5**

Entschädigung

- 18 -

### **E. 2.5.1**

Für ihre Tätigkeit steht der Klägerin gemäss Ziff. 3 des "Mandate Agreement" eine jährliche Gebühr von CHF 60'000.– zzgl. 7.6% MwSt. zu, zahlbar quartalsweise im Voraus jeweils auf den Beginn eines Quartals (act. 3/2).

#### **E. 2.5.2**

Die Beklagte beruft sich auf Art. 128 Ziff. 1 OR und erhebt für den Fall des Bestehens des Vertrags die Einrede der Verjährung (act. 13 S. 25). Ihre Ausführungen beziehen sich soweit ersichtlich jedoch nicht auf die von der Klägerin geltend gemachten Vergütungen für die Zeit ab 1. Januar 2015; dies zu Recht, verjähren doch gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR u.a. periodische Leistungen mit Ablauf von fünf Jahren, womit die von der Klägerin bei Klageerhebung am 31. Dezember 2019 geforderten Vergütungsraten für die Zeit ab 1. Januar 2015 bis 20. März 2019 nicht verjährt sind.

#### **E. 2.5.3**

Die Beklagte bestreitet die Höhe der Forderung und namentlich die Berechnung der per 1. Januar 2019 fälligen und pro rata verlangten letzten Rate nicht. Die Forderung in der Höhe von CHF 252'821.92 ist damit grundsätzlich ausgewiesen.

#### **E. 2.6**

Leistungsverweigerungsrecht

##### **E. 2.6.1**

Die Beklagte wendet ein, die rechtzeitige Erfüllung der Informationspflicht sei eine Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung aus dem Mandatsverhältnis. Die Klägerin könne diese im Nachhinein gar nicht mehr erfüllen, so dass sich die Beklagte selbst bei ursprünglicher Vorleistungspflicht auf Art. 82 OR berufen könne (act. 13 S. 21). Die Klägerin bestreitet, dass Art. 82 OR anwendbar sei, da die Beklagte vorleistungspflichtig sei und es an einem Austauschverhältnis fehle, denn bei der Informationspflicht handle es sich um eine Nebenpflicht (act. 31 S. 10).

##### **E. 2.6.2**

Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss gemäss Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen hat. Die Anwendung der Bestimmung setzt grundsätzlich einen vollkommen zweiseitigen Vertrag voraus, in dem die Leistungspflichten in einem Aus-

- 19 -  
tauschverhältnis stehen und ihre Grundlage in einem einheitlichen Rechtsverhältnis haben (SCHROETER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2020, N 9 ff. zu Art. 82 OR). Art. 82 OR setzt zudem voraus, dass keine Vorleistungspflicht besteht (SCHROETER, a.a.O., N 35 f.).

##### **E. 2.6.3**

Die Parteien vereinbarten in Ziff. 3 des "Mandate Agreement" eine Vorleistungspflicht der Beklagten. Diese würde einer Berufung auf Art. 82 OR grundsätzlich entgegenstehen (vgl. aber Ziff. 2.7.3).

##### **E. 2.6.4**

Beim entgeltlichen Auftrag handelt es sich um einen vollkommen zweiseitigen Vertrag, bei dem die Pflicht des Beauftragten, tätig zu werden, und die Pflicht des Auftraggebers zur

Leistung der Vergütung in einem Austauschverhältnis stehen (vgl. FELLMANN, in: Berner Kommentar, Art. 394-406 OR, Bern 1992, N 194 zu Art. 394). Die Klägerin übernahm im "Mandate Agreement" wie gesehen die Aufgabe, für einen geordneten Markt für die Namenaktien der Beklagten an der SIX zu sorgen, wobei ihre Pflichten in der Präambel und in Ziff. 1 des Vertrags näher umschrieben wurden. Die vertragliche Hauptpflicht der Klägerin bestand somit klarerweise im "Market Making". Dieses stand in einem Austauschverhältnis mit der in Ziff. 3 vereinbarten Vergütung. Bei der in Ziff. 2 des "Mandate Agreement" geregelten Informations- und Koordinationspflicht handelt es sich um eine Konkretisierung der sich auch aus Art. 400 Abs. 1 OR ergebenden Pflicht zur Rechenschaftsablage. Es handelt sich vorliegend um eine Nebenpflicht, was bereits aus der vertraglichen Regelung hervor geht: Auskunft hatte die Klägerin nach Bedarf zu erteilen über ihre Tätigkeiten in Ausführung des "Market Making", nämlich über "market events as well as activities related to the scope of the present Agreement". Auch aus der vertraglich vereinbarten Vorleistungspflicht der Vergütung ergibt sich, dass die Beklagte die Entschädigung unabhängig von der Erteilung von Auskünften über die (erst danach erfolgenden) Aktivitäten der Klägerin zu leisten hatte. Der Umstand, dass die Klägerin während der Laufzeit des Vertrags von sich aus keine Auskünfte erteilte und solche von der Beklagten auch nicht verlangt wurden, kann der Beklagten demnach kein Recht verschaffen, ihre Leistungen nachträglich zu verweigern (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_298/2019 vom 31. März 2020, E. 8.2).

- 20 -

## **E. 2.7**

Zins

### **E. 2.7.1**

Die Klägerin verlangt Verzugszins zu 5% und macht geltend, es sei mit dem Beginn jedes Quartals ein bestimmter Erfüllungstermin vereinbart worden, so dass keine Mahnung erforderlich gewesen sei. Die Beklagte anerkennt, dass es sich um Verfalltage handelt, wendet jedoch ein, es sei weder eine Zahlungsverbindung bekannt gegeben noch (vor dem 21. November 2018) Rechnung gestellt worden; frühestens sei ein Zins ab 30. Dezember 2019 geschuldet, als die korrigierte Schlussrechnung gestellt worden sei (act. 13 S. 16 f.).

### **E. 2.7.2**

Ziff. 3 des "Mandate Agreement" sieht wie erwähnt eine Vorleistungspflicht der Beklagten vor. Zudem vereinbarten die Parteien mit der vertraglichen Bestimmung der Zahlung im Voraus in vier Raten auf den Beginn jedes Quartals einen Verfalltag (vgl. etwa LÜCHINGER/WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2020, N 10 zu Art. 102 OR). Geldschulden sind Bringschulden (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Die Beklagte kann demnach aus der Tatsache, dass die Klägerin keine Zahlungsverbindungen bekannt gab oder keine Rechnung stellte, nichts für sich ableiten.

### **E. 2.7.3**

Unbestrittenermassen erbrachte die Klägerin ihre vertragliche Hauptpflicht, das "Market Making", während der gesamten Laufzeit des Vertrages, ohne die Vorleistungspflicht der Beklagten einzufordern. Die Klägerin legte damit ein Verhalten zu Tage, das nach der allgemeinen Lebenserfahrung und Verkehrsanschauung den Schluss auf einen Willen zum Verzicht auf ihr Recht auf Vorausvergütung als begründet erscheinen lässt. Insoweit ist

von einem stillschweigend vereinbarten Verzicht auszugehen und ist der Klägerin eine Berufung auf die Vorleistungs- und Verfalltagsabrede verwehrt. Die Beklagte ist mithin erst nach erfolgter Rechnungsstellung und Ablauf der gewährten Zahlungsfrist in Verzug geraten. Die Klägerin hat die Vergütung (u.a.) für die Jahre 2015 - 2018 am 21. November 2018 in Rechnung gestellt unter Gewährung einer Zahlungsfrist von 30 Tagen (act. 3/12). Am 17. Juli 2019 stellte sie zudem Rechnung für die Zeit ab 1. Januar 2019 bis 20. März 2019, zahlbar bis 16. August 2019 (act. 3/13 S. 3). Verzugszins zu 5% ist demnach zuzusprechen auf CHF 240'000.– ab 22. Dezember 2018 sowie auf CHF 12'821.92 ab 17. August 2019.

- 21 -

## **E. 2.8**

Mehrwertsteuer

### **E. 2.8.1**

Die Beklagte bestreitet eine Mehrwertsteuerpflicht. Sie habe ihren Sitz im Ausland; gemäss Art. 8 Abs. 1 MWSTG sei der Ort des Leistungsempfängers massgebend. Auf den Mandatsvertrag könne sich die Klägerin nicht stützen, zumal dort ein falscher Satz angegeben sei (act. 13 S. 17 f.). Die Klägerin hält in der Replik daran fest, dass die gesetzliche Mehrwertsteuer geschuldet sei (act. 31 S. 8).

### **E. 2.8.2**

Ziff. 3 des "Mandate Agreement" bestimmt ausdrücklich, dass die Klägerin für das Mandat eine "annual fee of CHF 60'000.00, (plus 7.6% VAT)" erhalten sollte. Die ausdrückliche Erwähnung, dass es sich um den Zuschlag für die Mehrwertsteuer handelt, lässt darauf schliessen, dass es in der Meinung der Parteien um die zusätzliche Vergütung der von der Klägerin zu bezahlenden gesetzlichen Mehrwertsteuer ging. Dies entspricht offensichtlich auch dem Verständnis der Klägerin, die mit der vorliegenden Klage einen Zuschlag von 7.7% entsprechend dem seit 1. Januar 2018 gültigen Normalsteuersatz verlangt und nicht die vertraglich vereinbarten 7.6%. Die Klägerin legt allerdings nicht dar, dass sie für die Vergütung der erbrachten Leistungen selbst mehrwertsteuerpflichtig ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 und 2 lit. a MWSTG erhebt der Bund eine Mehrwertsteuer namentlich auf den im Inland von steuerpflichtigen Personen gegen Entgelt erbrachten Leistungen. Als Ort der Dienstleistung gilt gemäss Art. 8 Abs. 1 MWSTG der Ort, an dem die Empfängerin der Dienstleistung den Sitz ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit hat, für welche die Dienstleistung erbracht wird. Dem Empfängerortprinzip unterliegen namentlich auch Umsätze aus Bankdienstleistungen (vgl. GEIGER, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), MWSTG Kommentar, 2. Aufl. 2019, N 22 zu Art. 8). Da die Klägerin das "Market Making" für die in C.\_\_\_\_\_ domizilierte Beklagte ausübte, wird sie für eine im Ausland erbrachte Dienstleistung entschädigt und ist insoweit selbst nicht mehrwertsteuerpflichtig. Entsprechend besteht kein Anspruch auf den gesetzlichen Mehrwertsteuerzuschlag.

## **E. 2.9**

Fazit

- 22 - Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin CHF 252'821.92 zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 240'000.– ab 22. Dezember 2018 sowie auf CHF 12'821.92 ab 17. August 2019 zu bezahlen. Im Mehrbetrag (Zins; Mehrwertsteuerzuschlag) ist die Klage abzuweisen.

### **E. 3**

#### Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 3.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt CHF 252'821.92. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 15'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da die Klage lediglich hinsichtlich Nebenforderungen (Zins im Mehrumfang; Mehrwertsteuerzuschlag) abzuweisen ist, rechtfertigt sich keine Kostenausscheidung. Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO); der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

##### **E. 3.2**

Ausserdem hat die Beklagte als unterliegende Partei der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzusetzen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). In Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf rund 140% der Grundgebühr, entsprechend CHF 25'000.–, festzusetzen. Das Handelsgericht erkennt:

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