



**Fall-Nr.:** HG.2007.51  
**Stelle:** Kantonsgericht  
**Rubrik:** Handelsgericht  
**Publikationsdatum:** 08.09.2009  
**Entscheiddatum:** 08.09.2009

### **Entscheid Handelsgericht, 08.09.2009**

**Art. 394, Art. 398, Art. 403 OR (SR 220). Der Vertrag betreffend Erstellen eines Business und Investment Case ist als Auftrag zu qualifizieren. Der Beauftragte hat, wenn er die Vergütung von zwei Auftraggebern als solidarisch Haftende verlangt, nachzuweisen, dass er von ihnen gemeinsam beauftragt worden ist. Tatsachenwidrige Angaben des Beauftragten betreffend die Besteuerung von Biodiesel stellen eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, was zu einer Herabsetzung der Vergütung führt (Handelsgericht St. Gallen, 8. September 2009, HG.2007.51).**

Erwägungen

I.

1. Die A. AG (Klägerin) mit Sitz in St. Gallen wurde 1984 gegründet und bezweckt die Schulung und Beratung von Führungskräften aller Stufen in Wirtschaft und Staat, u.a. gestützt auf die Erkenntnisse der systemorientierten Management-Lehre in der Praxis (kläg.act. 2). Sie ist Inhaberin der Rechte an der Datenbasis "PIMS - Profit Impact of Market Strategy", um ihren Kunden u.a. Aussagen über deren Leistungsfähigkeit von Geschäften und Vorschläge zur Steigerung der Ertragskraft zu machen (kläg.act. 3). Die B. GmbH (Beklagte 1; H. GmbH mit Sitz in Düsseldorf) hat ein Stammkapital von EUR 25'000.- und bezweckt u.a. die Erbringung administrativer, finanzieller und technischer Dienstleistungen (Managementleistungen) für Beteiligungsgesellschaften. Ihr Geschäftsführer T. H. hat Wohnsitz in London/Grossbritannien (kläg.act. 4, 103 und 104; Ger.act. 71a). Die C.II GmbH (Beklagte 2) bezweckt die schlüsselfertige Errichtung von Anlagen zur Herstellung biogener Betriebsstoffe, insbesondere Biodiesel und Bioethanol, Betrieb solcher Anlagen und den Handel mit biogenen Treibstoffen. Ihr



## St.Galler Gerichte

Geschäftsführer ist ebenfalls T. H. Das Stammkapital beträgt ebenfalls EUR 25'000.- (kläg.act. 5 und 105; Ger.act. 71b). Unbestrittenermassen hält die Beklagte 1 eine Mehrheit an der Beklagten 2.

Die Beklagten 1 und 2 hatten ursprünglich ihre Sitze in Düsseldorf. Als sie diese nach Bitterfeld verlegten, gaben sie beim Amtsgericht Stendal an, dass sich ihr neues Domizil an der Parzivalstrasse 2 in D-06749 Bitterfeld befinde. Eine rechtshilfweise Zustellung an diese Adresse war nicht möglich. Das Amtsgericht Bitterfeld-Wolfen teilte in Beantwortung eines Zustellungsgesuchs mit, eine "Parzivalstrasse" gebe es in der Stadt Bitterfeld-Wolfen nicht, jedoch eine "Parsevalstrasse". Unter der Hausnummer 2 habe das Berufsschulzentrum Bitterfeld-Wolfen seinen Sitz, wogegen die Beklagten dort unbekannt seien (Ger.act. 82, 83; vgl. Ger.act. 90a, 90b). In der Folge konnte bei der Stadtplanung der Stadt Bitterfeld-Wolfen in Erfahrung gebracht werden, dass die Anschrift Parsevalstrasse 2 doppelt vergeben worden war. Seit 2005 hat nur noch das Berufsschulzentrum Bitterfeld die Hausnummer 2. Dem Gebäude, das die Beklagten 1 und 2 bei der Sitzverlegung als Domiziladresse angaben, war bereits 2005 die Hausnummer 2 entzogen und neu die Hausnummer 4 zugeteilt worden. Die Sachbearbeiterin der Stadtplanung Bitterfeld-Wolfen, Frau D., begab sich persönlich an die Parsevalstrasse, konnte aber unter den Hausnummern 2, 2a, 4, 4a und 6 weder an den Klingelschildern noch an den Briefkasten die Anschrift B. GmbH oder C.II GmbH finden (kläg.act. 83, 84). Eine rechtshilfweise Zustellung von Schriftstücken des Gerichts an die Beklagten 1 und 2 an die Adresse Parsevalstrasse 4, D-06749 Bitterfeld, war in der Folge nicht möglich. Das Amtsgericht Bitterfeld-Wolfen hielt am 18. Februar 2009 fest, dass die Adressaten, d.h. die Beklagten 1 und 2, unter der Anschrift Parsevalstrasse 4 in D-06749 Bitterfeld nicht hätten ermittelt werden können (Ger.act. 100, 101). Damit steht fest, dass die Beklagten 1 und 2 ihr im Handelsregister eingetragenes Domizil eingebüsst haben.

2. Gemäss den unbestrittenen Vorbringen der Klägerin trat Ende Mai 2006 J. S., Inhaber und Geschäftsführer der S. F. O. GmbH (nachfolgend SFO) mit Sitz in Bonn, an die Klägerin heran, wobei es um ein Start-up-Projekt von T. H., Geschäftsführer der Beklagten, ging. Gemäss den unbestrittenen Vorbringen der Beklagten beauftragte die Beklagte 1 Ende Juni 2006 die SFO, vertreten durch den Geschäftsführer J. S., bei der Projektierung mitzuwirken. Unbestrittenermassen ist J. S., welcher den Kontakt zwischen den Parteien vermittelte, auch Geschäftsführer der S. B. G. mbH



(nachfolgend SBG). Gemäss den unbestrittenen Angaben der Klägerin hatte T. H. Mitte 2006 bereits langfristige Rohstoffverträge für die Produktion von Biodiesel und Bioethanol abschliessen können und suchte nun um Unterstützung bei der Erstellung eines Business Case betreffend Markteintritt. J. S. sei von T. H. mit der parallelen Suche nach möglichen Investoren beauftragt worden. In der Folge hätten zwischen J. S. und Mitarbeitern der Klägerin verschiedene Gespräche stattgefunden, wobei J. S. T. H. über diese Gespräche informiert habe. R. F., Partner bei der Klägerin, verfasste mit E-Mail vom 13. Juli 2006 (kläg.act. 6) "eine kurze Zusammenstellung unseres Angebotes für das Thema Biodiesel". Dabei ging er von einem Aufwand der Klägerin von ca. 30 bis 40 Manntagen à EUR 2'500.- zuzüglich "Reisezeiten, Spesen und Nebenkosten (siehe angehängte Dateien) aus". Er erklärte sich bereit, "auch gerne ein formelles Angebot" zu erstellen, sofern er ein "positives Signal" erhalte. Als Anhang zum E-Mail sandte R. F. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, Version 2006 (kläg.act. 7), und die Aufstellung der Klägerin über "Nebenkosten und Spesen", Version 2006 (kläg.act. 8). R. F. hatte das E-Mail vom 13. Juli 2006 an T. B. gerichtet, bei welchem es sich gemäss unbestrittenen Angaben der Klägerin um den Assistenten von J. S. handelt (kläg.act. 6). J. S. bzw. die SFO war gemäss den Angaben der Beklagten von der Beklagten 1 "Ende Juni 2006 mandatiert, bei der Projektierung mitzuwirken"; J. S. war somit als Vertreter der Beklagten 1 tätig.

J. S. vermittelte den ersten direkten Kontakt zwischen den Mitarbeitern der Klägerin und T. H. Anfang August 2006 trafen sich R. F. von der Klägerin und T. H. von den Beklagten zu einem ersten Gespräch. Der erste direkte Kontakt zwischen T. H. und Mitarbeitern der Klägerin, so u.a. R. F., A. H. und M. H., war von J. S. vermittelt worden. Am 31. August 2006 fand ein "Kick-Off"-Meeting statt u.a. zwischen T. H. und R. F., wobei festgelegt wurde, dass durch die Klägerin in einer ersten Phase eine Dokumentation über die Alleinstellungsmerkmale (Unique Selling Proposition, USP) und das Geschäftsmodell von T. H. zusammengestellt werden sollte, um u.a. J. S. die Grundlage für die Erstellung seiner Dokumentation zur Suche von Investoren in die Hand zu geben. Gemäss den unbestrittenen Vorbringen der Klägerin einigten sich die Parteien am 6. September 2006 dahingehend, dass die Klägerin nicht bloss eine Dokumentation betreffend die Alleinstellungsmerkmale (USP) und das Geschäftsmodell von T. H., sondern ein umfassendes Geschäftsmodell und einen entsprechenden Geschäftsplan (sog. "Business und Investment Case") erstellen sollte.



Unbestrittenermassen präsentierte die Klägerin am 25. September 2006 einen ersten Entwurf des Business und Investment Case (nachfolgend Business Case).

3. Gemäss den unbestrittenen Vorbringen der Klägerin (Replik Rz. 70) trafen sich R. F. von der Klägerin und T. H. von der Beklagten am 2. Oktober 2006, um den Entwurf des Business Case und das weitere Vorgehen zu besprechen. Dabei hätten sich die Parteien darauf geeinigt, dass die bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen mit EUR 100'000.- zuzüglich Reisekosten und Spesen verrechnet würden. Man habe sich auch über die Konditionen des Folgeauftrags geeinigt. Mit E-Mail von 2. Oktober 2006 teilte R. F. von der Klägerin J. S. mit, er habe einzelne offene Punkte nochmals mit T. H. von den Beklagten besprochen: Betreffend des von J. S. genannten Investors, der bereits in Biodiesel engagiert sei, bestehe seitens von T. H. kein Problem, "wenn wir zunächst über ein vorsichtiges Herantasten (ohne direkt Ross und Reiter zu nennen) die Interessen dieses Investors herausarbeiten und sie mit den Interessen von Herrn T. H. in Übereinstimmung bringen"; es würden demnächst Verträge mit Agravis (Rapsöl und Weizen) und betreffend die Biodieselanlage von L. zur Verfügung stehen (bekl.act. 2).

Mit E-Mail vom 3. Oktober 2006 fasste R. F. von der Klägerin gegenüber T. H. das am Vortag geführte Gespräch zusammen und hielt fest, dass die Klägerin für die Erstellung des Business Case der "T. H. Vermögensverwaltung", d.h. der Beklagten 1, eine Rechnung über EUR 100'000.- stelle, zuzüglich Reisekosten, die sich auf ca. 15% des Honorarbetrages belaufen würden, zahlbar bis zum 15. November 2006. Die Klägerin offerierte des Weiteren im E-Mail vom 3. Oktober 2006 Unterstützung im Rahmen der Preisverhandlungen und der Preisfestsetzung der Rohstoffverträge, wobei ein Honorar von 1% auf die verhandelte Vertragssumme vereinbart wurde. Schliesslich offerierte die Klägerin im E-Mail von 3. Oktober 2006 die gemeinsame Erarbeitung eines umsetzungsreifen Geschäftskonzepts innerhalb der kommenden drei Monate, wobei die Klägerin mit einem Aufwand von ca. EUR 120'000.- bis 140'000.- zuzüglich Reisekosten je Monat rechnete (kläg.act. 9). T. H. akzeptierte namens der Beklagten 1 gleichentags per E-Mail die klägerische Offerte vom 3. Oktober 2006 (kläg.act. 10).

In der Folge erstellte die Klägerin für die Beklagten insbesondere einen "Business und Investment Case" (kläg.act. 11) und einen Geschäftsplan (kläg.act. 13), wobei der Business Case in der Folge mehrmals überarbeitet wurde (kläg.act. 12, 14).



Am 5. Oktober 2006 stellte die Klägerin der Beklagten 1 "Rechnung zu dem von uns in Ihrem Hause durchgeführten Projekt" in der Höhe von EUR 115'548.53, d.h. EUR 100'000.- für das Honorar und EUR 15'548.53 für Reisekosten und Spesen (kläg.act. 86). Im E-Mail vom 20. Oktober 2006 an T. H. hielt R. F. von der Klägerin fest, dass die bisher versandte Rechnung an die Beklagte 1 zugestellt worden sei. Nunmehr hätten die Parteien vereinbart, die Rechnungsadressatin zu ändern. Er ersuchte T. H. um Mitteilung "auf welche C. GmbH die Rechnung lauten soll" (bekl.act. 1). Mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 sandte die Klägerin die Rechnung vom 5. Oktober 2006 an die Beklagte 2 zuhanden von T. H. mit dem Hinweis, dass diese "wie besprochen die o.g. Rechnung mit der geänderten Anschrift" erhalte (kläg.act. 87). In der Folge stellte die Klägerin zwischen dem 5. Oktober 2006 und dem 31. Januar 2007 die Honorarrechnungen der Beklagten 2 zu (kläg.act. 15 - 19).

Nach dem 3. Oktober 2006 fanden zwischen den Parteien und Dritten verschiedene Projektbesprechungen in der Zeit zwischen dem 18. Oktober 2006 und 16. Januar 2007 statt, deren Inhalt in verschiedenen Sitzungsprotokollen festgehalten wurde (kläg.act. 89 - 102). Nach den Ausführungen der Beklagten kam es im Dezember 2006 zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien. T. H. von den Beklagten habe die Rechnungen der Klägerin vom 7. November, 6. und 21. Dezember 2006 (kläg.act. 16 - 18) mündlich zurückgewiesen. Mit Schreiben von 4. Januar 2007 teilte Dr. M. S. als Geschäftsführer der B. D. Consulting GmbH, Düsseldorf, der Klägerin mit, sie habe im Rahmen des Projektes "Bio-Diesel" die Mittelverwendungskontrolle übernommen. Die der Beklagten am 5. Oktober, 7. November und 6. Dezember 2006 zugestellten Rechnungen würden betreffend Spezifizierung der abgerechneten Leistungen nicht den Anforderungen genügen, die an ordnungsgemäss gestellte Rechnungen zu stellen seien (kläg.act. 107). Mit E-Mail vom 12. Januar 2007 hielt Dr. M. S. als Rechtsvertreter der Beklagten in Deutschland gegenüber R. F. von der Klägerin fest, dass ihm "bislang keinerlei Beratungsverträge zwischen der A. AG (d.h. der Klägerin) und der Gruppe von T. H. vorliegen" würden (bekl.act. 4). Mit E-Mail vom 14. Januar 2007 hielt R. F. gegenüber dem Rechtsvertreter der Beklagten fest, die Klägerin habe "unser Vertragsverhältnis mit Herrn T. H. bisher auf Basis eines sehr starken Vertrauensverhältnisses verstanden und dementsprechend ohne grossartigen Vertrag arbeiten können (siehe hierzu auch angehängte E-Mail, die aus unserer Sicht unser Vertragsverhältnis mit Herrn T. H. begründet)" (bekl.act. 5). Die als Anhang beigefügte



Vertragsregelung war auf den 2. August 2006 datiert (bekl.act. 6). Gemäss Vorbringen der Beklagten hätten sie diesen zurückdatierten Vertragsentwurf nicht unterzeichnet.

4. Mit Klage vom 27. Juli 2007 verlangt die Klägerin, die Beklagten hätten unter solidarischer Haftung die nach ihrer Darstellung geschuldeten Honoraren sowie Spesen und Reisekosten von insgesamt EUR 648'055.12 nebst Zins zu 5% seit 14. Mai 2007 zu bezahlen. Dabei geht die Klägerin davon aus, dass zwischen ihr und den Beklagten am 2./3. Oktober 2006 ein Auftrag im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR über Beratungsdienstleistungen im Rahmen eines Start-ups im Bereiche von biogenen Treibstoffen zustanden gekommen war. Dieser Auftrag sei in den Folgemonaten durch die Parteien gelebt und auch vollzogen worden. Die Klägerin habe sämtliche ihrer vertraglichen Verpflichtungen mit der notwendigen Sorgfalt ausgeführt und sei ihrer Rechenschaftspflicht nachgekommen. Zu Unrecht weigerten sich die Beklagten, welche solidarisch haften würden, die vertraglich vereinbarten und begründeten Honorare der Klägerin zu begleichen.

5. Die Beklagten beantragten mit Klageantwort vom 25. September 2007 die kostenfällige Abweisung der Klage. Gleichzeitig erhoben sie die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des angerufenen Schweizer Gerichts, nachdem die Beklagten ihren Sitz in Düsseldorf hätten. Mit Entscheid vom 7. April 2008 trat das Handelsgericht auf die Klage ein. Der Entscheid wurde am 16. April 2008 der damaligen Rechtsvertreterin der Beklagten mit Gerichtsurkunde zugestellt und von ihr am 17. April 2008 in Empfang genommen. Der Entscheid ist rechtskräftig. Mit Schreiben vom 2. Juni 2008 teilte die Rechtsvertreterin der Beklagten mit, dass sie das Mandat niedergelegt habe und die Beklagten nicht mehr vertrete.

In der Folge wurde dem Gericht mitgeteilt, dass die Beklagten ihren Sitz von Düsseldorf nach Bitterfeld verlegt hätten. Weder an die im Handelsregister eingetragene Adresse der Beklagten an der Parzivalstrasse 2 in D-06749 Bitterfeld noch an die von der Klägerin auf Grund von Abklärungen u.a. beim Amtsgericht Bitterfeld-Wolfen genannte Adresse an der Parsevalstrasse 4 konnte eine rechtshilfeweise Zustellung an die Beklagten 1 und 2 erfolgen. Entsprechend kamen die Beklagten 1 und 2 auch nicht der Aufforderung nach, innert angesetzter Frist gemäss Art. 74 GerG eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen oder sich durch einen Rechtsanwalt mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten zu lassen. Nachdem



die Beklagten 1 und 2 der richterlichen Aufforderung innert angesetzter Frist nicht nachgekommen sind, können sie als Personen mit unbekanntem Aufenthalt bzw. unbekanntem Domizil behandelt werden, nachdem ihnen diese Folge rechtsgültig angedroht worden ist (Art. 74 Abs. 2 GerG). Die Beklagten wurden deshalb am 27. Februar 2009 durch Publikation im Amtsblatt (Nr. 11 vom 09.03.2009, S. 795) aufgefordert, die Duplik einzureichen. Ferner wurde den Beklagten 1 und 2 mitgeteilt, dass nach Ablauf dieser Frist davon ausgegangen werde, dass sie auf eine Duplik verzichten würden. Innert der angesetzten Frist haben die Beklagten 1 und 2 keine Duplik eingereicht und damit auf diese verzichtet. Ferner wurde den Beklagten 1 und 2 durch Veröffentlichung im Amtsblatt mitgeteilt, dass davon ausgegangen werde, sofern sie nicht innert angesetzter Frist die Durchführung einer Hauptverhandlung verlangen, dass sie auf diese und auf die Einreichung einer rechtlichen Würdigung verzichten würden. Nachdem die Beklagten 1 und 2 keine entsprechenden Anträge gestellt haben, haben sie auf die Teilnahme an der Hauptverhandlung bzw. auf die Einreichung einer schriftlichen Eingabe anstelle der Parteivorträge verzichtet.

6. In materieller Hinsicht wandten die Beklagten in der Klageantwort vom 25. September 2007 ein, ein Vertragsverhältnis der Klägerin zur Beklagten 2 bestehe nicht. Die Klägerin sei weder von T. H. noch von Rechtsanwalt Dr. M. S. aufgefordert worden, an die Beklagte 2 als Rechnungsadressatin für ihre vermeintliche Honorarforderung gegenüber der Beklagten 1, etwa aus steuerlichen Gründen, heranzutreten. In Bezug auf die Honorarforderung der Klägerin machten die Beklagten gelten, der Klägerin stehe für die Erstellung eines Business Case ein vertraglicher Honoraranspruch von pauschal EUR 100'000.- zuzüglich Reisekosten von ca. 15% des Honorarbetrages gegenüber der Beklagten 1 zu. Die Beklagte 1 erhebe aber die Einrede mangelhafter Leistung. Die Klägerin habe sich bei der Suche nach Investoren beteiligt. Von Dr. St. von S. B. Industries AG & Co. KG, welche zur R.-Gruppe gehöre, sei darauf hingewiesen worden, dass der Biodieselmärkte bereits im Dezember 2006 deutliche Überkapazitäten aufgewiesen habe. Damit sei das unbedingte Vertrauen in die fachlichen Qualitäten von R. F. von der Klägerin erschüttert worden, und es sei offensichtlich geworden, dass die seitens der R.-Gruppe vorgebrachte Kritik am Business Case der Klägerin berechtigt gewesen sei. Nachdem sich die R.-Gruppe als mögliche Investorin im Januar 2007 verabschiedet habe, hätten sich im Sinne eines Dominoeffektes weitere potentielle Investoren vom Projekt abgewendet. Die Klägerin



habe somit die im Vertrag vorgesehenen zwei Phasen, d.h. die Erstellung des Business Case und die Vorbereitung, Begleitung und Unterstützung der Investorensuche, mangelhaft erfüllt. Diese Leistungen seien mit dem vereinbarten Pauschalbetrag von EUR 100'000.- zuzüglich Spesen und Reisekosten zu entschädigen gewesen, wogegen für eine Abrechnung nach Zeitaufwand eine vertragliche Grundlage fehle. Nachdem die Klägerin einen Business Case erstellt habe, der zu sachlich falschen Ergebnissen komme, habe sie ein qualitativ mangelhaftes Produkt geliefert und damit ihren Zahlungsanspruch aus Werkvertrag verloren. Über den vereinbarten Pauschalbetrag von EUR 100'000.- zuzüglich Spesen und Reisekosten hinaus bestehe kein faktischer Vertrag, nur weil die Klägerin bei der Investorensuche tätig geworden sei und die Beklagte 1 sie habe gewähren lassen.

7. In der Replik vom 13. Januar 2009 bestritt die Klägerin die Einrede der mangelnden Passivlegitimationen der Beklagten 2 und hielt fest, es bestehe zwischen der Klägerin und den beiden Beklagten und damit auch zur Beklagten 2 sehr wohl eine Vereinbarung über die Erbringung von Beratungsdienstleistungen. Dabei würden die beiden Beklagten solidarisch für die Honoraransprüche haften. Aufgabe der Klägerin sei nur die Erarbeitung des Business Case und dessen Vertiefung gewesen, nicht die Suche nach Investoren. Dies sei Aufgabe von J. S. gewesen, der allerdings seine Aufgabe nicht erfüllt habe, weshalb der ganze Business Case in Verzug geraten sei. Entgegen den Behauptungen der Beklagten gehe es nicht um zwei "von einander zu unterscheidende" Honoraransprüche (Business Case und Investorensuche), sondern um ein Honorar der Klägerin für ein Projekt, das in zwei Teilen abgewickelt worden sei. Der erste Teil mit der Vorbereitungsphase (Business Case) sei mit einem Honorar von EUR 100'000.- zuzüglich Spesen abgerechnet worden. Für den zweiten Teil des Auftrags seien die von R. F. in seinem E-Mail vom 3. Oktober 2006 (kläg.act. 9) formulierten Konditionen massgebend gewesen, wobei es um die Weiterführung des Projekts, d.h. die Vertragsfinalisierung, Gespräche mit potentiellen Kunden usw., gegangen sei. Bei der Investorensuche sei die Klägerin lediglich unterstützend zur Seite gestanden. Der Vorwurf der Beklagten, der Business Case sei ein qualitativ mangelhaftes Produkt und wertlos, sei unsubstantiiert und pauschal und im Übrigen haltlos. Damit sei das volle Honorar geschuldet.



Die Klägerin verzichtete am 6. Mai 2009 auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung und reichte am 12. Juni 2009 eine schriftliche Eingabe ein (Art. 174 ZPO).

II.

1. Beide Parteien gehen davon aus, dass die Klägerin und die Beklagte 1 am 2. Oktober 2006 an einer mündlichen Besprechung eine Vereinbarung über die Erbringung von Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit einem Business Case und Vertragsverhandlungen trafen. Diese Vereinbarung bestätigte die Klägerin mit E-Mail vom 3. Oktober 2006 (kläg.act. 9), mit welcher sich die Beklagte 1 gleichentags per E-Mail einverstanden erklärte (kläg.act. 10; vgl. Entscheid vom Handelsgericht vom 07.04.2008 S. 5 E. II.2.). Im (rechtskräftigen) Entscheid vom 7. April 2008 kam das Handelsgericht zum Schluss, dass die Klägerin eine den Anforderungen an Art. 17 LugÜ entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung, insbesondere durch Vereinbarung der klägerischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (kläg.act. 7) und der darin enthaltenen Gerichtsstandsklausel, nicht nachgewiesen habe. An diesen Ausführungen, auf die verwiesen werden kann, ist entgegen den Vorbringen der Klägerin (Replik Rz. 88; Eingabe vom 12.06.2009 S. 4 Ziff. 4 Abs. 3) festzuhalten. In Ziff. 7.1 der AGB der Klägerin (kläg.act. 7) wurde schweizerisches Recht auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als anwendbar erklärt. Entgegen den Behauptungen der Klägerin hat sie eine Zustimmung der Beklagten zu den J. S. bzw. dessen Assistenten T. B. zugestellten AGB (kläg.act. 6) nicht nachgewiesen. Ein Nachweis für eine solche Vereinbarung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass Rechtsanwalt Dr. M. S. eine Rückdatierung des Vertrags verlangt hatte (Replik Rz. 88). Damit kam nicht nachträglich - was auch die Klägerin nicht behauptet - eine Vereinbarung betreffend die Anwendbarkeit der AGB zustande. Auf die in diesem Zusammenhang beantragte Einvernahme von R. F. als Zeuge ist zu verzichten, nachdem die Klägerin nicht substantiiert darlegt, in welchem Zeitpunkt und unter welchen Umständen die Parteien entgegen der erwähnten E-Mail-Korrespondenz eine Vereinbarung betreffend die Anwendung der AGB hätten geschlossen haben sollen. Damit hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass die Parteien eine Rechtswahl zu Gunsten des schweizerischen Rechts getroffen haben (Art. 116 IPRG). Dass sich die Parteien auf eine solche



Rechtswahl geeinigt hätten, wird von der Klägerin denn auch in der Replik (Rz. 135) nicht mehr geltend gemacht (vgl. Klage Rz. 38).

2. Fehlt eine Rechtswahl, wie dies vorliegend der Fall ist, so untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt (Art. 117 Abs. 1 IPRG). Gemäss Art. 117 Abs. 2 IPRG wird vermutet, der engste Zusammenhang bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat bzw. wo sich ihre Niederlassung befindet. Bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen gilt die Dienstleistung in der Regel als charakteristische Leistung (Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG). Die Klägerin macht geltend, auf das zwischen den Parteien vereinbarte Vertragsverhältnis komme ausschliesslich Auftragsrecht zur Anwendung, womit gemäss Art. 117 Abs. 2 und Abs. 3 lit. c IPRG Schweizer Recht anwendbar sei (Klage Rz. 38; Replik Rz. 135). Die Beklagten machten geltend, das Vertragsverhältnis der Parteien weise die engsten Verbindungen mit Deutschland auf, womit deutsches Recht anzuwenden sei (Klageantwort S. 5 Ziff. 2 Abs. 13 f.). Nach deren Auffassung liegt ein Werkvertrag vor (Klageantwort S. 10 Ziff. 2 Abs. 7).

a) Im (rechtskräftigen) Entscheid vom 7. April 2008 hielt das Handelsgericht fest, beim vorliegenden Beratungsvertrag erbringe die Klägerin als Beauftragte bzw. Unternehmerin die charakteristische Leistung. Nachdem sie ihren Sitz in der Schweiz habe, sei grundsätzlich schweizerisches Recht anzuwenden (Entscheid S. 11 E. II.3.c.aa). Es lägen keine hinreichenden Gründe vor, die ein Festhalten an der durch die Regelanknüpfung festgestellten Rechtsordnung der Schweiz als unverhältnismässig erscheinen lassen würden, womit nach Art. 117 Abs. 1 i.V.m. Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG schweizerisches Recht anzuwenden sei (Entscheid S. 14 f. E. II.3.c.bb und II.3.d). Bei der Beurteilung der klägerischen Honoraransprüche ist somit ausschliesslich schweizerisches Recht anzuwenden.

b) Im Entscheid vom 7. April 2008 liess das Handelsgericht die Frage offen, ob es sich vorliegend um einen Auftrag oder Werkvertrag handelt (Entscheid S. 10 E. II.3.c). Vorliegend hat sich die Klägerin weder zur Erbringung eines Arbeitsergebnisses, welches eine "gewisse Körperlichkeit" aufweist, verpflichtet, noch einen bestimmten Arbeitserfolg versprochen (BSK OR I-Zindel/Pulver, Vor Art. 363 - 379 N 4 f.). Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Vertragsverhältnis der Parteien im Sinne eines



einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR) "nur" ein Tätigwerden im Interesse der Beklagten als Auftragsgeber (ohne Leistungserfolg) zum Gegenstand hatte (BGE 127 III 329; BSK OR I-Zindel/Pulver, Vor Art. 363 - 379 N 8). Die Beklagten haben in keiner Weise dargelegt, dass die Klägerin eine "werkvertragliche" Pflicht zur Erstellung eines Business Case hatte (Klageantwort S. 9 Ziff. 2 Abs. 2; Replik Rz. 97). Die Klägerin handelte – wie nachfolgend auszuführen ist – vielmehr als Beraterin insbesondere betreffend die Erstellung eines Business Case für den Marktbereich Biodiesel und hatte nicht für einen bestimmten Erfolg einzustehen (Replik Rz. 132). Soweit die Parteien in Bezug auf ihr Vertragsverhältnis keine ausdrücklichen Regelungen getroffen haben, ist somit Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR anzuwenden (vgl. Eingabe vom 12.06.2009 S. 4 Ziff. 4). Wie erwähnt, ist nicht nachgewiesen, dass die Parteien die Anwendung der AGB der Klägerin (kläg.act. 7) auf das vorliegende Vertragsverhältnis vereinbart hatten.

3. Die Beklagten erheben die Einrede der fehlenden Passivlegitimation der Beklagten 2, indem sie geltend machen, zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 bestehe kein Vertragsverhältnis. Die Klägerin hatte in der Klage die Auffassung vertreten, die Beklagten 1 und 2 würden für die Honoraransprüche und Spesen der Klägerin solidarisch haften (Klage Rz. 39). Nachdem die Klägerin die Bezahlung der in Rechnung gestellten Honorare für die Periode August bis Dezember 2006 verlangt habe, hätten T. H. bzw. Rechtsanwalt Dr. M. S. "namens der Beklagten aus steuerlichen Gründen die Rechnungsstellung an die, ebenfalls durch T. H., beherrschte Beklagte 2" gewünscht (Klage Rz. 25).

Diese Vorbringen werden von den Beklagten bestritten u.a. mit der Begründung, eine solche Aufforderung seitens von T. H. oder Rechtsanwalt Dr. M. S. betreffend Rechnungsstellung an die Beklagte 2 wäre steuerlich auch nicht sinnvoll gewesen. Die Beklagten hätten kein Interesse gehabt, die Beklagte 2 "mit den gesamten Kosten belastet zu sehen". Die Beklagte 1 sei im übergeordneten Interesse der Beklagten 2, der C.II GmbH, und ihrer zwei Schwestern, der C.III GmbH und der C.IV GmbH, tätig geworden. Die Geschäftsbeziehungen der Klägerin und der Beklagten 1 würden diese drei Gesellschaften betreffen. Mit den Kosten, die der Beklagten 1 "dabei entstehen, werden die drei C.-Schwestern entsprechend dem tatsächlichen Aufwand, der auf eine jeden von ihnen entfällt, rückbelastet" (Klageantwort S. 2 f. lit. A.1.a Abs. 4 f.). T. H. habe R. F. von der Klägerin gebeten, die Rechnung vom 5. Oktober 2006 (kläg.act. 15) nicht der Beklagten 2 sondern der Beklagten 1 zu stellen. Dabei sei von einem



Missverständnis von R. F. von der Klägerin auszugehen, wie seinem E-Mail vom 20. Oktober 2006 an T. H. (bekl.act. 1) zu entnehmen sei (Klageantwort S. 3 lit. A.1.a letzter Absatz). Gemäss den weiteren Vorbringen der Beklagten wollte T. H. als Geschäftsführer der Beklagten 1 "im übergeordneten Interesse der Beklagten 2, der C.II GmbH, und ihrer zwei Schwestern, der C.III GmbH und der C.IV GmbH, die Marktsituation in Sachen Biodiesel und Bioethanol abklären" (Klageantwort S. 6 lit. B.a Abs. 4, vgl. S. 9 lit. B.b.1.).

- a) Haben mehrere Personen gemeinsam einen Auftrag gegeben, so haften sie gemäss Art. 403 Abs. 1 OR dem Beauftragten solidarisch. Grundsätzlich besteht eine Vermutung für Teilverpflichtungen, d.h. Solidarität wird nicht vermutet. Eine Solidarität kommt also nur zustande, wenn die Auftraggeber bewusst den Auftrag gemeinsam eingehen (Fellmann, Berner Kommentar, N 16 zu Art. 403 OR; BSK OR I-Weber, Art. 403 N 3). Beweispflichtig für das Bestehen von Solidarität ist nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB der Gläubiger (BSK OR I-Schnyder, Art. 143 N 7; vgl. Fellmann, N 107 zu Art. 403 OR e contrario).
- b) Wie erwähnt, ist T. H. Geschäftsführer und Gesellschafter der Beklagten 1 und 2, womit davon auszugehen ist, dass bei den Gesprächen, die ab August 2006 zwischen R. F. von der Klägerin und T. H. stattgefunden hatten, nicht unterschieden wurde, ob T. H. als Vertreter der Beklagten 1 oder 2 bzw. auch allenfalls der C.III GmbH oder der C.IV GmbH verhandelt hatte (vgl. kläg. act. 6; bekl. act. 2). Im E-Mail vom 3. Oktober 2006 hielt R. F. von der Klägerin gegenüber T. H. ausdrücklich fest, dass für die Erstellung des Business Case Rechnung über EUR 100'000.-- zuzüglich Reisekosten an die Beklagte 1 ("T. H. Vermögensverwaltung") gestellt werde (kläg.act. 9). T. H. bestätigte in seinem E-Mail vom 3. Oktober 2006 an R. F. von der Klägerin entsprechend die Vereinbarung als "Geschäftsführer der T. H. Vermögensverwaltung und Beteiligungsgesellschaft mbH", d.h. der Beklagten 1 (kläg.act. 10). Nachdem es sich bei diesen beiden E-Mail um eine Bestätigung der mündlichen Vereinbarung vom 2. Oktober 2006 handelt, ist davon auszugehen, dass R. F. und T. H. eine Vereinbarung zwischen der Klägerin und ausschliesslich der Beklagten 1 betreffend Erstellung eines Business Case und weiteren Tätigkeiten der Klägerin abgeschlossen hatten. Nicht belegt und damit nicht nachgewiesen ist die von der Klägerin vorgebrachte Behauptung, sie habe zu jenem Zeitpunkt auch mit der Beklagten 2 eine Vereinbarung betreffend ihre Dienstleistungen geschlossen (vgl. Replik Rz. 55, 58 und 96; Eingabe



der Klägerin vom 12.06.2009 S. 4). Die Klägerin sandte entsprechend der Vereinbarung vom 2./3. Oktober 2006 die Rechnung vom 5. Oktober 2006, welche das Honorar für die bereits erbrachten Leistungen in der Höhe von EUR 100'000.- und Reisekosten und Spesen von EUR 15'548.53 erfasste, an die Beklagte 1 zuhanden von T. H. (kläg.act. 86). Insgesamt ging somit auch die Klägerin selber entsprechend der Vereinbarung vom 2./3. Oktober 2006 davon aus, dass ausschliesslich die Beklagte 1 Vertragspartei betreffend die Erstellung des Business Case und weiterer Leistung war.

c) Die Klägerin bringt vor, dass die Beklagte 2 sei Vertragspartnerin gewesen sei, sei auch daraus zu schliessen, dass T. H. in der Folge von der Klägerin verlangt habe, dass sie die projektbezogenen Aufwände der Beklagten 2 und nicht der Beklagten 1 in Rechnung stellen solle (vgl. Replik Rz. 55 ff., 96). Im E-Mail vom 20. Oktober 2006 an T. H. hielt R. F. von der Klägerin fest, dass R. F. und T. H. beziehungsweise auf die an die Beklagte 1 versandte Rechnung (kläg.act. 86) "letzte Woche vereinbart" hätten, "die Firma zu ändern (bisher läuft die Rechnung auf die Vermögensverwaltung [d.h. die Beklagte 1])". Er ersuchte T. H. um Mitteilung, "auf welche C. GmbH die Rechnung lauten soll" (bekl.act. 1). Mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 sandte die Klägerin die Rechnung vom 5. Oktober 2006 (kläg.act. 15) an die Beklagte 2 zuhanden an T. H. mit dem Hinweis, dass diese "wie besprochen die o.g. Rechnung mit der geänderten Anschrift" erhalte (kläg.act. 87). In der Folge stellte die Klägerin zwischen dem 5. Oktober 2006 und dem 31. Januar 2007 die Honorarrechnungen der Beklagten 2 zu (kläg.act. 15 – 19). Der Umstand, dass die Rechnung ab dem 26. Oktober 2006 der Beklagten 2 und nicht mehr der Beklagten 1 zugestellt worden waren, stellt weder einen Nachweis und auch für sich allein kein Indiz dafür dar, dass nach dem 2./3. Oktober 2006 eine Vereinbarung auch zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 abgeschlossen worden war. Im E-Mail von R. F. vom 20. Oktober 2006 (bekl. act. 1) wird denn auch nur darauf hingewiesen, dass die Klägerin mit der Beklagten 1 "vereinbart" habe, "die Firma zu ändern". Im E-Mail findet sich kein Hinweis, dass eine Änderung der Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 vom 2./3. Oktober 2006 zustande gekommen wäre, indem zusätzlich die Beklagte 2 Vertragspartei geworden wäre. R. F. führte im erwähnten E-Mail denn auch nicht aus, dass die Rechnung vom 5. Oktober 2006 (kläg. act. 86) zu Unrecht an die Beklagte 1 gesandt worden war. Im erwähnten E-Mail vom 20. Oktober 2006 wird die Beklagte 1 von R. F. angefragt, "auf welche C. GmbH [d.h. die Beklagte 2, die C.III GmbH oder die



C.IV GmbH] die Rechnung lauten soll". Aus diesem Umstand ist zu schliessen, dass es für R. F. von der Klägerin ausschliesslich um die Frage der Zustelladresse für die Rechnungen ging, wobei offen war, an welche der drei C.-Gesellschaften die Rechnung zu senden war. Die Beklagte 2 war damit auch nicht gehalten, gegen eine Rechnungsstellung an sie zu protestieren, da die Klägerin nicht nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, mit der entsprechenden Rechnungsstellung habe sich die Beklagte 2 ausdrücklich oder stillschweigend damit einverstanden erklärt, für von der Klägerin entsprechend der Vereinbarung vom 2./3. Oktober 2006 erbrachten Leistungen solidarisch mit der Beklagten 1 zu haften. Eine solches Versprechen der Beklagten 2, zusätzlich neben der Beklagten 1 für die Rechnungen der Klägerin zu haften, die sie gestützt auf die Vereinbarung vom 2./3. Oktober 2006 stellte, kann auch nicht aus dem Schreiben der Klägerin an die Beklagte 2 vom 26. Oktober 2006 (Zustellung der Rechnung vom 05.10.2006 "mit der geänderten Anschrift"; kläg. act. 87) abgeleitet werden. Insgesamt ist insbesondere aus dem E-Mail von R. F. vom 20. Oktober 2006 (bekl. act. 1) zu schliessen, dass auch die Klägerin zu jenem Zeitpunkt nicht der Auffassung war, es sei nach Abschluss der Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 vom 2./3. Oktober 2006 auch eine entsprechende Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 zustande gekommen.

d) Auch die weiteren, von der Klägerin in der Replik aufgeführten Umstände führen nicht zum Schluss, dass die Beklagte 2 neben der Beklagten 1 Auftraggeberin geworden war. Keinerlei indizielle Bedeutung kommt dem Schreiben von Rechtsanwalt Dr. M. S. an Rechtsanwältin Dr. E. R., Mitglied der Verwaltungsrats der Klägerin, vom 21. März 2007 betreffend "T. H. ./ A. AG wegen Rechnungsstellung" (kläg. act. 85) zu, indem es in diesem Schreiben ausschliesslich darum ging, ob die von der Klägerin in Rechnung gestellten Beträge ausgewiesen sind. Kein Hinweis auf das behauptete Vertragsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten 2 stellt der Umstand dar, dass der Business Case mit dem nicht spezifisch auf eine bestimmte Gesellschaft bezogenen Titel "C." bezeichnet wurde (kläg.act. 11, 12 und 14). Die "Geschäftsplanung" (Version 04.11.2006) wiederum erfolgte nicht nur für die Beklagte 2, sondern für die "C. Holding AG (Arbeitstitel)", die C.II GmbH, d.h. Beklagte 2, die C.III GmbH und die C.IV GmbH (kläg. act. 13), womit nicht nachvollziehbar ist, weshalb ausschliesslich die Beklagte 2 neben der Beklagten 1 Auftraggeberin hätte sein sollen. In keiner Weise hinreichend substantiiert und damit nachgewiesen ist schliesslich die Behauptung der Klägerin, das



Projekt sei über die Beklagte 2 operativ abgewickelt worden, und auch dadurch sei die Beklagte 2 als Solidarschuldnerin in das Vertragsverhältnis eingetreten (Art. 175 i.V.m. Art. 143 OR; vgl. Eingabe der Klägerin vom 12.06.2009 S. 4).

e) Insgesamt hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass die Beklagte 2 Vertragspartei der zwischen ihr und der Beklagten 1 am 2./3. Oktober 2006 abgeschlossenen Vereinbarung war oder dem Vertragsverhältnis nachträglich als mit der Beklagten 1 solidarisch haftende Schuldnerin beigetreten war. Die Klage der Klägerin gegen die Beklagte 2 ist deshalb wegen fehlender Passivlegitimation der Beklagten 2 abzuweisen.

III.

1. Am 5. Oktober 2006 stellte die Klägerin der Beklagten 1 eine Rechnung für einen Honoraraufwand von EUR 100'000.-- zuzüglich Reisekosten und Spesen von EUR 15'548.53, mithin im Gesamtbetrag von EUR 115'548.53, mit Zahlungsfrist bis zum 15. November 2006 zu (kläg.act. 86). Gemäss den Vorbringen der Klägerin umfasst diese Honorarrechnung eine erste Abschlagszahlung für die durch sie seit August 2006 erbrachten Beratungsdienstleistungen. Hierzu seien insbesondere zu zählen die Evaluierung und Dokumentation der Alleinstellungsmerkmale der durch T. H. resp. der Beklagten 1 generierten Rohstofflieferungsverträge und die Entwicklung eines ersten Business Case. Dabei sei es um die Markt- und Wettbewerbsbewertung sowie um die Erstellung einer ersten Geschäftsplanung (Gewinn-/Verlustrechnung und Startbilanz) für die "C."-Geschäfte gegangen (Klage Rz. 26).

Die Beklagten anerkannten (mit dem Vorbehalt der fehlenden Passivlegitimation der Beklagten 2), dass die Klägerin für die Erstellung eines Business Case einen vertraglichen Honoraranspruch von pauschal EUR 100'000.-- zuzüglich Reisekosten von ca. 15% des Honorarbetrages habe, wobei sie jedoch die Einrede mangelhafter Leistung erhoben (Klageantwort S. 2 lit. B.2.). Gemäss ihren Vorbringen sollte die Marktsituation in zwei Schritten geklärt werden. R. F. hätte vorab eine fachlich verlässliche Einschätzung darüber abgeben sollen, ob das Projekt wirtschaftlich überhaupt sinnvoll ist. Bei einem positiven Ergebnis hätte er im zweiten Schritt eine



aussagekräftige Projektpräsentation (Business Case) erstellen sollen (Klageantwort S. 6 lit. B.a, S. 9 lit. B.b.2. Abs. 1). Für die Erstellung des Business Case sei eine pauschale Honorierung von EUR 100'000.-- vereinbart worden; dies gelte auch hinsichtlich der Spesen, die mithin pauschaliert gewesen seien (Klageantwort S. 10 lit. B.b.2. Abs. 4 ff.).

Unbestritten ist, dass die Klägerin und die Beklagte 1 mit Vertrag vom 2./3. Oktober 2006 ein Honorar von EUR 100'000.-- zuzüglich Reisekosten und Spesen vereinbart haben. Umstritten ist zwischen den Parteien, welche Leistungen mit diesem Betrag abgegolten werden sollten und ob die Klägerin diese mangelhaft erbracht hatte.

a) Die Klägerin machte in der Rechnung vom 5. Oktober 2006 (kläg.act. 86) für erbrachte "Leistungen" einen "Honoraraufwand" von EUR 100'000.-- und für "Reisekosten und Spesen" EUR 15'548.53 geltend, wobei sie die einzelnen Rechnungspositionen in keiner Weise spezifizierte. Im E-Mail vom 3. Oktober 2006 hatte R. F. von der Klägerin die von den Parteien getroffene Vereinbarung, welche von T. H. von der Beklagten 1 gleichentags akzeptiert wurde (kläg.act.10), wie folgt zusammengefasst (kläg.act. 9): "Für die Erstellung des Business Cases stellen wir Ihnen (der T. H. Vermögensverwaltung [d.h. der Beklagten 1]) eine Rechnung in Höhe von 100'000.-- EUR zzgl. Reisekosten, die sich auf ca. 15% des Honorarbetrages belaufen. Fälligkeit der Rechnung ist der 15. November 2006".

Die Klägerin als Beauftragte, die gegenüber der Beklagten 1 als Mandantin den vorliegenden Honoraranspruch geltend macht, muss Bestand und Inhalt des Auftragsverhältnisses sowie dessen einwandfreie Besorgung nachweisen (Art. 8 ZGB; Weber, Basler Kommentar [BSK OR I], 4. Aufl., Art. 394 N 41).

b) aa) Im E-Mail vom 3. Oktober 2006 fasste R. F. von der Klägerin die Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 in dem Sinne zusammen, dass die Klägerin "für die Erstellung des Business Cases ... eine Rechnung in Höhe von 100'000.-- EUR zzgl. Reisekosten" in Rechnung stelle (kläg.act. 9). Die Auftragsparteien können die Höhe der Vergütung im Voraus vertraglich bestimmen; sofern sie diese im Voraus abschliessend festlegen, liegt ein Pauschalhonorar vor (Fellmann, Berner Kommentar, N 427 und 430 zu Art. 394 OR). In Übereinstimmung mit den Vorbringen der Beklagten ist die erwähnte Passage im E-Mail vom 3. Oktober 2006 insbesondere aufgrund des Wortlauts und der im E-Mail sonst noch genannten Entschädigungsvereinbarungen im



dem Sinne auszulegen, dass es sich beim vereinbarten Betrag von EUR 100'000.-- um ein Pauschalhonorar handelt. Die Klägerin verpflichtete sich somit, den Business Case zum pauschalen Betrag von EUR 100'000.-- zu erstellen, wobei die Parteien die Fälligkeit des Rechnungsbetrages auf den 15. November 2006 festgelegt hatten.

bb) Die Klägerin brachte in der Replik unter Verweis auf die Ausführungen in der Klage (Rz. 12-22) vor, bereits im August 2006 habe die T. H.-Gruppe, d.h. insbesondere die Beklagte 1, der Klägerin den Auftrag erteilt, eine Plan-, Gewinn- und Verlustrechnung zu erstellen sowie eine Plan-Bilanz, basierend auf einer Abschätzung des Markts, der Eintrittsstrategie im betreffenden Markt, der Wettbewerbsposition und einigen wesentlichen Kosten- und Kapitalgrössen. Die Klägerin verwies in Bezug auf die angeblich vereinbarte Entschädigung zwischen den Parteien auf das E-Mail von R. F. vom 13. Juli 2006 an den Assistenten von J. S., T. B., in welchem ausgeführt worden sei, das Honorar würde schätzungsweise rund "30-40 Manntage à 2'500.-- EUR zzgl. Reisezeiten, Spesen und Nebenkosten (siehe angehängte Dateien)" betragen (kläg.act. 6). Die Klägerin macht geltend, "diesen Auftragsteil", der im August 2006 erteilt worden sei, hätten die Parteien "fortan als die Erstellung des Business Case" bezeichnet; gemäss Klägerin handelt es sich dabei um die erste Phase. In einer zweiten Phase sei nach der Präsentation des Business Case durch die Klägerin am 10. Oktober 2006 auf Wunsch von T. H. der Auftrag erweitert worden, wobei sich die Parteien "bezüglich der Konditionen über diesen Folgeauftrag" per E-Mail bereits am 3. Oktober 2006 (kläg.act. 9) geeinigt hätten (Replik Rz. 68).

Es wurde bereits unter Hinweis auf den Entscheid des Handelsgerichts vom 7. April 2008 festgehalten, dass zwischen den Parteien keine Einigung über die AGB der Klägerin und das Formular "Nebenkosten und Spesen A. AG", welche Dokumente R. F. von der Klägerin mit E-Mail vom 13. Juli 2006 dem Assistenten von J. S. zugestellt hatte (kläg.act. 6), zustande gekommen war. Damit kam im Rahmen dieses E-Mails auch keine Einigung der Parteien über eine Entschädigung für rund 30 bis 40 Manntage à EUR 2'500.-- zuzüglich Reisekosten und Spesen (kläg.act. 6 Abs. 2) zustande. Dass eine solche Einigung zwischen den Parteien im August 2006 zustande gekommen wäre, wird von der Klägerin weder hinreichend substantiiert behauptet noch mit entsprechenden Unterlagen und Beweisanträgen belegt. Nicht nachgewiesen ist auch die weitere Behauptung der Klägerin, die Auftragserteilung an sie habe zwei Phasen umfasst, wobei die Vereinbarung der Klägerin mit der Beklagten 1 vom 2./3. Oktober



2006 betreffend eine pauschale Entschädigung von EUR 100'000.-- für die Erstellung des Business Case (kläg.act. 9) ausschliesslich die behauptete zweite Phase betroffen habe. Damit ist davon auszugehen, dass eine Einigung zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 betreffend das Honorar der Klägerin für die Erstellung eines Business Case erst und ausschliesslich an der Besprechung vom 2. Oktober 2006 zustande gekommen und von der Klägerin und der Beklagten 1 mit E-Mail vom 3. Oktober 2006 bestätigt worden war (kläg.act. 9, 10).

Nachdem es sich – wie erwähnt – beim Honorar für die Erstellung eines Business Case um eine pauschale Vergütung von EUR 100'000.-- zuzüglich Reisekosten handelt, steht der Klägerin kein den Betrag von EUR 100'000.-- übersteigendes Honorar zu, soweit dieses die Erstellung des Business Case betrifft. Die Behauptung der Klägerin, der Betrag von EUR 100'000.-- zuzüglich Spesen habe lediglich "die bis zu diesem Zeitpunkt [d.h. 02./03.10.2006] erbrachten Leistungen" umfasst (Replik Rz. 70), steht damit im Widerspruch zum klaren Wortlaut des E-Mail von R. F. von der Klägerin vom 3. Oktober 2006 (kläg.act. 9 Abs. 3). Eine solche Einschränkung findet sich im erwähnten E-Mail nicht. Dies ist auch daraus zu schliessen, dass das E-Mail vom 3. Oktober 2006 ausdrücklich die in Zukunft zu erbringenden Leistungen der Klägerin umschreibt, indem festgehalten wird, dass "für unsere Aktivitäten im Laufe der nächsten drei Monate, in der wir ein umsetzungsreifes Konzept gemeinsam mit Ihnen erarbeiten möchten und natürlich die anstehenden Aktivitäten weitertreiben (Vertragsfinalisierung, Gespräche mit potentiellen Kunden, ...)" mit einem Aufwand der Klägerin von ca. EUR 120'000.-- bis 140'000.-- zuzüglich Reisekosten je Monat gerechnet werde (kläg.act. 9 Abs. 5).

c) Wie bereits erwähnt, stehen die Vorbringen der Klägerin, wonach die bis zum 3. Oktober 2006 erbrachten, nicht aber die danach noch zu erbringenden Leistungen betreffend Business Case mit einem Honorar von EUR 100'000.-- zuzüglich ca. 15% Spesen verrechnet worden seien (Replik Rz. 79), im Widerspruch zum Wortlaut des E-Mail von R. F. von der Klägerin vom 3. Oktober 2006, mit welchem der Inhalt der am Vortag getroffenen Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 bestätigt worden war. Die Klägerin und die Beklagte 1 vereinbarten ein Honorar für die Erstellung des Business Case in der Höhe von EUR 100'000.-- zuzüglich Reisekosten ohne Einschränkung, dass dieser Betrag ausschliesslich die Leistungen, welche von der Klägerin im Rahmen der Erstellung des Business Case erbracht worden sind, vor dem



3. Oktober 2006 betreffen (vgl. Replik Rz. 94). Nicht abgestützt werden kann auf den Wortlaut des E-Mail von R. F. vom 3. Oktober 2006 (kläg.act. 9 Abs. 5) auch die weitere Behauptung der Klägerin, wonach der Business Case einen zweiten Teil (ab Oktober 2006 bis Dezember 2006) umfasst habe, wobei für die Erarbeitung eines umsetzungsreifen Konzepts ein Honorar von mindestens EUR 120'000.-- bis EUR 140'000.-- pro Monat vereinbart worden sei (Replik Rz. 98). Der Begriff des "Business Case" wird ausschliesslich im E-Mail vom 3. Oktober 2006 im Zusammenhang mit der Entschädigung von EUR 100'000.-- zuzüglich Reisekosten erwähnt (kläg.act. 9 Abs. 3), nicht dagegen im Zusammenhang mit den von der Klägerin "im Laufe der nächsten drei Monate" zu erbringenden Leistungen (kläg.act. 9 Abs. 5). Die Klägerin hielt im erwähnten E-Mail (kläg.act. 9 Abs. 5) fest, dass es nach dem 3. Oktober 2006 darum gehe, "ein umsetzungsreifes Konzept gemeinsam" mit den Beklagten zu erarbeiten und "die anstehenden Aktivitäten", d.h. Vertragsfinalisierung, Gespräche mit potentiellen Kunden, ..." weiterzutreiben, wobei die Klägerin mit einem Aufwand von ca. EUR 120'000.-- bis EUR 140'000.-- zuzüglich Reisekosten je Monat rechnete. Die Klägerin hat nachzuweisen, welche Leistungen sie ab dem 3. Oktober 2006, welche nicht "die Erstellung des Business Case" betrafen, erbracht hatte, womit ihr – und nur dann – ein Anspruch auf eine zusätzliche Entschädigung zusteht (Art. 8 ZGB).

d) Der vereinbarte Betrag von EUR 100'000.-- zuzüglich Reisekosten und Spesen gemäss Rechnung vom 5. Oktober 2006 (kläg.act. 86) umfasst damit die Entschädigung für den Aufwand der Klägerin für die Erstellung des Business Case vom 10. Oktober 2006 (kläg.act. 11), des Business Case vom 6. November 2006 (kläg.act. 12) und des Business Case vom 11. Dezember 2006 (kläg.act. 14). In Bezug auf die in der Rechnung vom 5. Oktober 2006 geltend gemachten Reisekosten und Spesen von EUR 15'548.53 hielten die Beklagten fest, neben der pauschalen Honorierung für die Erstellung des Business Case sei auch eine pauschale Entschädigung für die Spesen, "die sich auf ca. 15% des Honorarbetrages belaufen" (kläg.act. 9 Abs. 3), vereinbart worden (Klageantwort S. 10 lit. B.b.2. Abs. 4 ff.). Die Beklagten haben den geltend gemachten Betrag für Reisekosten und Spesen von EUR 15'548.53 ausdrücklich nicht bestritten.

Der Betrag von EUR 115'548.53 gemäss Rechnung vom 5. Oktober 2006 (kläg.act. 86) ist damit ausgewiesen, sofern nicht der Einwand der Beklagten zutrifft, die Klägerin



habe mit dem Business Case "ein qualitativ mangelhaftes Produkt geliefert"  
(Klageantwort S. 10 lit. B.b.2. Abs. 7 ff.).

2. Die Beklagten machen geltend, die Mängel am Business Case seien derart gravierend, dass dieser für die Beklagte 1 wertlos sei und die Klägerin ihren Zahlungsanspruch verloren habe. Der Business Case komme insbesondere betreffend Absatzmöglichkeiten zu sachlich falschen Ergebnissen. Die Klägerin hätte bei professioneller Analyse feststellen müssen, wie gewaltig der deutsche Markt mit Biodiesel bereits damals übersättigt gewesen sei und dass der Übersättigungsgrad in naher Zukunft noch weiter ausgebaut werde. Die Klägerin hielt insbesondere fest, dass die von ihr erbrachte Arbeit in qualitativer Hinsicht einwandfrei sei, und es die Beklagten unterlassen hätten, zu substantiieren, weshalb die Arbeit der Klägerin konkret für ihre Zwecke unbrauchbar gewesen sein soll.

a) Gemäss der Rechtsprechung ist ein Honorar nur bei korrekter und sorgfaltsgemässer Auftragsausführung geschuldet. Im Falle der Verletzung oder Schlechterfüllung des Auftrags besteht nur für diejenigen Tätigkeiten ein Honoraranspruch, welche vertragskonform ausgeführt worden sind (BGE 108 II 198f.; 124 III 425f. = Pra 1999 Nr. 22; BSK OR I-Weber, Art. 394 N 43; Fellmann, N 499f. und N 528 ff. zu Art. 394 OR). Haben die Parteien über die Höhe der Vergütung eine Vereinbarung abgeschlossen, muss diese auch bei der Frage nach dem Mass einer allfälligen Herabsetzung bei der Festsetzung des objektiven Minderwerts der erbrachten Leistung berücksichtigt werden (Fellmann, N 537f. zu Art. 394 OR).

Da die Ausführung des Auftrages auf Gefahr des Auftraggebers erfolgt, trägt er grundsätzlich das Risiko, dass der beabsichtigte Erfolg ausbleibt. Die Beweislast, dass der Beauftragte den Misserfolg zu vertreten hat, trägt der Auftraggeber. Will er also kein Honorar zahlen, hat er nachzuweisen, dass der Beauftragte unsorgfältig gehandelt hat und diese Unsorgfalt für den Misserfolg kausal war (Fellmann, N 541 zu Art. 394 OR).

b) aa) Die Beklagten brachten vor, zur Holding der R.-Gruppe gehöre die S. B. Industries AG & Co. KG, deren Tochter E. M. GmbH auf dem deutschen Markt für Biodiesel tätig sei. Anlässlich eines Termins von Dr. St. von S. B. Industries AG & Co. KG habe dieser die Kapazitätenaufstellung für Biodiesel im Business Case in Frage



gestellt. Nach seiner Einschätzung habe der Biodieselmärkte bereits schon im Dezember 2006 deutliche Überkapazitäten aufgewiesen. Ferner habe Dr. St. darauf hingewiesen, dass die E. M. GmbH mit einer Kapazität von 212'000 Tonnen Biodiesel pro Jahr nicht in der Aufstellung der Klägerin betreffend "Wettbewerbsstruktur für Biodiesel" aufgeführt gewesen sei. In der Tat sei im Business Case der Klägerin vom 6. November 2006 (kläg.act. 12 S. 27) die E. M. GmbH mit einer Kapazität von 0.212 Mio. Tonnen nicht aufgeführt. Dadurch sei "das unbedingte Vertrauen in die fachlichen Qualitäten" von R. F. von der Klägerin "erschüttert" worden, und die Beklagte 1 habe erkannt, dass die Kritik am Business Case von Seiten der R.-Gruppe bzw. Dr. St. berechtigt gewesen sei (Klageantwort S. 7 lit. B.a. Abs. 14f.).

Die Klägerin hielt fest, Herr R. sei der einzige potentielle Investor gewesen, den J. S. beigebracht habe. Es sei geradezu naheliegend, dass ein potentieller Investor den Business Case der Gegenseite kritisch hinterfrage, um damit das Verhandlungsergebnis zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Die Klägerin bestritt die Einschätzung von Dr. St. betreffend Überkapazitäten auf dem Markt für Biodiesel und hielt fest, zu jenem Zeitpunkt habe eine sehr hohe Unsicherheit im Markt bezüglich geplanter, im Bau befindlicher und installierter Anlagen und tatsächlichem Output dieser im Betrieb befindlichen Anlagen bestanden. Der Business Case habe – was von den Beklagten in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werde – auf dem kombinierten Ansatz von Biodiesel und Ethanol basiert, was für die Einschätzung des Markts erhebliche Konsequenzen gehabt habe (Replik Rz. 82f.).

bb) Auf Seite 27 des Business Case vom 6. November 2006 (kläg.act. 12) wird die "Wettbewerbsstruktur für Biodiesel" mit einer Auflistung der in Deutschland tätigen Anbieter dargestellt, wobei angenommen wird, dass die "C." pro Jahr 0.300 Mio. Tonnen Biodiesel produzieren und damit einen Marktanteil von 9.50% in Deutschland haben werde, womit "C." zum "viertgrössten Player im bereits sehr stark etablierten deutschen Markt werden" würde. Auf Basis der getroffenen Annahmen zu Qualität, Verfügbarkeit von Rohstoffen, Produktions- und Liefersicherheit ging die Klägerin davon aus, dass die gesamte produzierte Menge von "C." auch abgesetzt werde. Auf der Liste wird von der Klägerin die E. M. GmbH nicht aufgeführt. Die von den Beklagten behauptete Kapazität der E. M. GmbH von 0.212 Mio. Tonnen Biodiesel pro Jahr wird von diesen nicht belegt und wird von der Klägerin bestritten; sie ist damit nicht nachgewiesen. Aber auch wenn die Behauptungen der Beklagten zutreffen würden,



hätten die Kapazitäten der E. M. GmbH ca. 6.71% des damaligen Gesamtmarkts in Deutschland ausgemacht. Die Beklagten haben aber keinerlei Ausführungen über die Relevanz des Umstandes gemacht, dass die E. M. GmbH auf der erwähnten Liste nicht aufgeführt ist. Sie legen also nicht dar, welche Konsequenzen sich aus diesem Umstand insgesamt für die Schlussfolgerungen des Business Case ergeben. Nachdem die Beklagten auch ihre Behauptungen nicht nachgewiesen haben, wonach der Biodieselmart bereits im Dezember 2006 deutliche Überkapazitäten aufgewiesen habe, und auch nicht substantiiert dargelegt haben, welche Passagen des Business Case der Klägerin im Einzelnen unzutreffend sind, haben sie diesbezüglich eine unsorgfältige Auftragsausführung der Klägerin bei der Erstellung des Business Case nicht nachgewiesen.

c) aa) Gemäss den Vorbringen der Beklagten ist die Cy. AG, Hamburg, ein Marktplayer für regenerierbare Energie, den die Beklagte 1 bereits gekannt habe, als sie noch keine Geschäftsbeziehungen zur Klägerin gehabt habe. O. H. sei Manager Business Development Bio Energy bei diesem Unternehmen. Die Beklagten reichten ein E-Mail von O. H. vom 14. Dezember 2006 an Mitarbeiter der Klägerin und weitere Personen betreffend das "Projekt T. H." ein (bekl.act. 3) und hielten fest, entscheidend sei, dass sich die Cy. AG betreffend Kapazitäten auf dem Biodieselmart ähnlich kritisch geäussert habe wie Vertreter der R.-Gruppe. So werde im E-Mail insbesondere Folgendes festgehalten: "Anlässlich unseres ersten Treffens tauchte die Frage nach den Absatzmärkten für Biodiesel, welchen wir aufgrund der aufgebauten Überkapazitäten als sehr kritisch ansehen, auf" (bekl.act. 3 S. 1 Abs. 2). Kritisch würden auch die bei der Wirtschaftlichkeitsrechnung als wesentliche Treiber gesehenen, um 20% niedrigeren Einkaufspreise für die Rohstoffe angesprochen, und es sei die Einreichung von weiteren Unterlagen verlangt worden. Damit sei die Grundlage für die Erkenntnis gelegt worden, "dass die Klägerin die Beklagten mit viel beschriebenem Papier auf 165 Mio. EUR reich rechnete, ohne dass seit ihrer Mitwirkung rein realwirtschaftlich das Projekt voran bewegt worden war" (Klageantwort S. 7f. lit. B.a. Abs. 16).

Die Klägerin hielt insbesondere fest, die Berechnungen der Marktdaten seien zusammen mit T. H. von der Beklagten 1 auf der Basis seiner Prämissen und nach seinen Vorgaben erfolgt. Es sei Sache der Beklagten 1 und nicht der Klägerin gewesen, die "Bankability" zu erstellen. Es sei nicht Aufgabe der Klägerin gewesen, Investoren zu



suchen, und die Klägerin habe nicht für einen bestimmten Erfolg einstehen und das Projekt auch nicht vorwärts bringen müssen (Replik Rz. 84-86).

bb) Der Umstand, dass O. H. von der Cy. AG, welche als potentielle Investorin auftrat, kritische Fragen in Bezug auf Überkapazitäten des Biodieselmärktes aufwarf, stellt keinen hinreichenden Hinweis dafür dar, dass die im Business Case der Klägerin getroffenen Schlussfolgerungen unzutreffend waren. Die Beklagten haben diesbezüglich keine entsprechenden substantiierten Ausführungen gemacht. Damit haben sie im Zusammenhang mit dem E-Mail von O. H. nicht den Nachweis erbracht, dass der Business Case mangelhaft war. Im Übrigen wies O. H. im E-Mail vom 14. Dezember 2006 darauf hin, dass T. H. von der Beklagten 1 betreffend die kritischen Fragen nach Überkapazitäten auf dem Biodieselmärkte deswegen keine Probleme gesehen habe, weil er beabsichtigt habe, in den Produktionsstätten in W. und F. ein hochwertiges, den Wettbewerbern überlegenes Produkt aus reinem Rapsöl herzustellen. In diesem Zusammenhang wies O. H. darauf hin, dass in einem früher vorgelegten Business-Plan mit einer Sojaöl-Beimischung von 25% gerechnet worden sei, und es wurde die Frage gestellt, woher "diese Diskrepanz zu den Aussagen im Business-Plan und den Angaben von Herrn T. H." kommen würden (bekl.act. 3 Abs. 2). Diese Passage im E-Mail deutet eher darauf hin, dass von der Klägerin im Business-Plan entgegen den Angaben von T. H. kritische Aussagen über die Kapazitäten auf dem Biodieselmärkte gemacht worden waren. Damit sind auch in diesem Zusammenhang mangelhafte Leistungen durch die Klägerin nicht nachgewiesen. Schliesslich haben die Beklagten in diesem Zusammenhang nicht nachgewiesen, dass die Klägerin Investoren zu suchen und das Projekt voranzubringen hatte. Vielmehr ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Klägerin (Replik Rz. 86) davon auszugehen, dass die Klägerin die Aufgabe hatte, einen Business Case zu erarbeiten und die Beklagte 1 im weiteren Projektverlauf zu beraten.

d) aa) Die Beklagten führten aus, Mitte Januar 2007 sei T. H. von der Beklagten 1 klar gewesen "dass sein Projekt in den allerersten Kinderstiefeln steckte". Dieses "klare Erkennen" sei durch das E-Mail von O. H. von der Cy. AG vom 16. Januar 2007 an die Klägerin gekommen, in welchem dieser festgehalten habe, die Beklagten müssten eine "Bankability des Projekts" erreichen, um seitens der Cy. AG eine Finanzierung zu erhalten. Gemäss dem erwähnten E-Mail kam die Cy. AG in ihren Kalkulationen und Markteinschätzungen nicht auf die Gewinne, "die ein Upfront payment" in hoher



zweistelliger Millionenhöhe und eine Beteiligung in Höhe von 50% rechtfertigen würden (bekl.act. 7). Gemäss den Vorbringen der Beklagten sei der Bereich Biodiesel "komplett erledigt" gewesen und das "Geschäft" habe nunmehr Bioethanol geheissen. Indem sich die R.-Gruppe im Januar endgültig als Investor verabschiedet habe, sei ein Dominoeffekt eingetreten, und es hätten sich weitere potentielle Investoren vom Projekt abgewendet. Die Beklagte 1 sei mit ihrem Projekt in der zahlenmässig kleinen Gruppe von deutschen potenten Investoren bekannt geworden und hätten "wegen greifbarer sachlicher gravierender Fehler ihres Business Case das Marktvertrauen nicht gewinnen können". Die Beklagte 1 habe erkannt, dass sie sich mit R. F. bzw. der Klägerin "der falschen Person anvertraut" habe (Klageantwort S. 8f. lit. B.a. Abs. 23 ff.).

Die Klägerin hielt fest, die von der Cy. AG angesprochene "Bankability" sei zu 95% gegeben gewesen, einziger offener Punkt sei noch gewesen, dass die Beklagten die durch einen anderen Kanal geöffneten Absatzverträge bekommen hätten, indem sie entsprechende Kauf- und Lieferverträge abgeschlossen hätten. Die "Bankability" zu bewerkstelligen sei nicht Aufgabe der Klägerin gewesen. Sie bestritt, dass es zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 wegen des Business Case zu Unstimmigkeiten gekommen sei und sich die R.-Gruppe wegen gravierender Fehler im Business Case aus dem Projekt verabschiedet habe (Replik Rz. 90-92).

bb) Im E-Mail von O. H. von der Cy. AG an die Klägerin und weitere Beteiligte vom 16. Januar 2007 werden die Voraussetzungen genannt, damit sich die Cy. AG an der Finanzierung des Projekts beteiligt. Dabei wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die Beklagte 1 (bzw. die weiteren Unternehmen von T. H.) "eine Bankability des Projekts erreichen" müsse. Diese liege vor, sobald für das Projekt der Standort gesichert (Pacht-, Erbpacht- oder Kaufvertrag) sei, die Rohstoffe kontraktiert seien, die notwendigen Baugenehmigungen erwirkt seien und der Verkauf der Produkte über einen Letter of Intent abgesichert sei (bekl.act. 7 Ziff. 2). Ferner wies O. H. im E-Mail darauf hin, dass Cy. ausschliesslich Interesse an der Bioethanol-Anlage in W. habe (bekl.act. 7 Ziff. 1). Entgegen den Ausführungen der Beklagten werden im erwähnten E-Mail keine Ausführungen gemacht, wonach der Business Case der Klägerin mangelhaft sei. Im erwähnten E-Mail hielt die Cy. AG fest, dass sie ausschliesslich an einer Bioethanol-Anlage Interesse habe, indessen finden sich keine Ausführungen, wonach der Business Case betreffend den Bereich Biodiesel mangelhaft gewesen sei. Am Schluss des erwähnten E-Mails hielt O. H. von der Cy. AG fest, dass die Bioethanol-



Anlage in W. strategisch in das Biofuel-Konzept der Cy. passe und diese deshalb bereit sei, unter Gewährung der entsprechenden Finanzierung das Projekt gemeinsam zu realisieren (bekl.act. 7 Ziff. 3). Insgesamt haben damit die Beklagten weder aufgrund des erwähnten E-Mails von O. H. noch aufgrund weiterer Unterlagen ihre Behauptungen belegt, wonach die Beklagte 1 mit dem Business Case wegen gravierender Fehler das Marktvertrauen nicht habe gewinnen können. In keiner Weise substantiiert dargelegt und mit entsprechenden Unterlagen belegt ist die weitere Behauptung der Beklagten, wonach sich die R.-Gruppe wegen gravierender Fehler im Business Case aus dem Projekt verabschiedet habe.

e) aa) Gemäss den Vorbringen der Beklagten hätte der Business Case bei richtiger Recherche für das Jahr 2006 eine Gesamtkapazität des deutschen Marktes für Biodiesel von mindestens 3'840'500 Tonnen feststellen müssen. Dies könne der Aufstellung des "Internationalen Wirtschaftsforum Regenerative Energien (IWR)" betreffend Biodiesel-Produktionskapazitäten in Deutschland über den Zeitraum 2000 bis 2007 (bekl.act. 8) entnommen werden. Die vom IWR festgestellte Kapazität für 2006 sei eher zu tief angesetzt. Der Verband der Deutschen Biokraftindustrie e.V. (VDB) vertrete bundesweit 32 Mitglieder, wobei darunter 30 Biodiesel-Produzenten, die über nahezu die gesamten nationalen Produktionskapazitäten in Deutschland, d.h. ca. 4,4 Mio. Tonnen im Jahr 2006, verfügen würden (bekl.act. 9). Der von der Klägerin ausgewiesene Wert von 3'158'000 Tonnen weiche von dieser, vom IWR und vom VDB festgestellten Gesamtkapazität des deutschen Biodieselmektes per Ende 2006 erheblich ab, womit von einer entsprechenden Fehlleistung der Klägerin auszugehen sei. J. C. N. sei von der Klägerin zu hoch ausgewiesen worden und A.-Biodiesel zu niedrig. Die R.-Gruppe sei gar nicht ausgewiesen worden, ebenso nicht – wie erwähnt – die E. M. GmbH mit einer Kapazität von 212'000 Tonnen Biodiesel (bekl.act. 11). Zur R.-Gruppe gehöre die S. B. Industries AG & Co. KG (bekl.act. 10); gemäss Pressemitteilung der S. B. Industries AG & Co. KG vom 22. September 2007 habe die E. M. GmbH die Gesamt-Biodieselproduktion um weitere 100'000 Tonnen auf 212'000 Tonnen erhöht (bekl.act. 11). Nachdem insbesondere die R.-Gruppe nicht berücksichtigt worden sei, und die Kapazitäten weiterer Anbieter nicht richtig ausgewiesen worden seien, sei die Ermittlung der deutschen Biodiesel-Kapazitäten im Business Case auf breiter Basis "auf der Grundlage falschen Zahlenmaterials" erfolgt (Klageantwort S. 10f. lit. B.b.2. Abs. 9 ff.).



Die Klägerin bestritt, dass die von ihr im Business Case angenommenen Fakten im Marktbereich Biodiesel falsch gewesen seien. Sie hielt – was von den Beklagten nicht bestritten worden war – fest, die Arbeit der Klägerin sei am 14. September 2007 mit den Beklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M. S., eingehend besprochen worden, wobei mit der Klägerin, damals vertreten durch Rechtsanwältin Dr. E. R., vereinbart worden sei, den Stand der Arbeiten als Datei zu sichern und bei Rechtsanwältin Dr. E. R. zu hinterlegen (kläg.act. 108, 109). Im Übrigen sei zu beachten, dass es im Business Case nicht nur um den Biodieselmart, sondern um den kombinierten Markt mit Ethanol gehe. Der Business Case halte jeder Überprüfung statt. Als die Klägerin den Business Case im Herbst 2006 erarbeitet habe, seien lediglich Werte für das Jahr 2005 zur Verfügung gestanden, weshalb sie ex ante die Biodiesel-Kapazität in Deutschland für das Jahr 2006 habe abschätzen müssen. Die Recherche der Beklagten betreffend die R.-Gruppe werde bestritten, insbesondere aufgrund des Umstandes, dass der Markt insgesamt unübersichtlich gewesen sei, da nicht genau unterschieden worden sei zwischen installierten und genutzten Kapazitäten (Replik Rz. 105-110).

bb) Die Beklagten genügen ihrer Substantiierungspflicht betreffend unzutreffende Angaben über die Gesamtkapazität des deutschen Marktes für Biodiesel schon deshalb nicht, da der Vorwurf unsubstantiiert und pauschal erfolgt und insbesondere nicht ausgeführt wird, welcher der von der Klägerin verfassten Business Case gemeint ist (vgl. z.B. kläg.act. 11, 12 oder 14). Nicht dargelegt wird von den Beklagten ferner, welche Passagen des Business Case mangelhaft sein sollen. Auf die von den Beklagten in diesem Zusammenhang beantragte Einholung einer Expertise ist deshalb zu verzichten.

Aufgrund der unbestrittenen Angaben der Klägerin ist davon auszugehen, dass das IWR, als die Klägerin im Herbst 2006 den Business Case erarbeitete, lediglich die von ihr errechneten Biodiesel-Produktionskapazitäten in Deutschland für das Jahr 2005 ausgewiesen hatte. Mithin waren im Herbst 2006 die Zahlen für das Jahr 2006 noch nicht verfügbar, weshalb die Klägerin als Grundlage für den Business Case ex ante die Biodiesel-Produktionskapazitäten in Deutschland für das Jahr 2006 abschätzen musste. Wie aus dem von den Beklagten eingereichten Internetausdruck betreffend die vom IWR berechneten Biodiesel-Produktionskapazitäten in Deutschland vom 22. September 2007 hervorgeht, konnte dieses die Gesamtkapazität per Ende 2006



verbindlich festlegen, während es für das Jahr 2007 einen voraussichtlichen Zubau von 1'537'000 Tonnen annahm und entsprechend die "voraussichtliche Gesamtkapazität Ende 2007" festsetzte (bekl.act. 8 S. 4). Gemäss der Aufstellung des IWR stieg die Gesamtkapazität Ende 2005 von 2'149'000 Tonnen auf eine solche Ende 2006 von 3'840'500 Tonnen, womit ein "Zubau 2006" von 1'691'500 Tonnen bzw. 78% erfolgte (bekl.act. 7 S. 3f.). Nachdem es Aufgabe der Klägerin war, auf der Basis von Annahmen im Voraus die Biodiesel-Produktionskapazitäten in Deutschland für das Jahr 2006 abzuschätzen und insbesondere, wie hoch der Anstieg sein würde, ergibt sich aus der Natur der Sache, dass eine präzise Vorausberechnung der Produktionskapazitäten nicht möglich war. Nachdem die Klägerin unbestrittenermassen eine voraussichtliche Kapazität von 3'158'000 Tonnen errechnet hatte, ist angesichts der vom IWR ex post berechneten Menge von 3'840'500 Tonnen von einer hinreichenden Annäherung an die Verhältnisse auszugehen. Eine diesbezügliche Sorgfaltspflichtverletzung der Klägerin wird damit von den Beklagten nicht nachgewiesen. Im Übrigen führen die Beklagten weder substantiiert aus noch haben sie entsprechende Belege eingereicht, weshalb nach ihrer Ansicht J. C. N. zu hoch und A.-Biodiesel zu niedrig ausgewiesen sein sollen. Es wurde bereits ausgeführt, dass auch eine Sorgfaltspflichtverletzung in Bezug auf die von der Klägerin nicht berücksichtigten Kapazität von 212'000 Tonnen (E. M. GmbH) zu verneinen ist. Schliesslich sind die Ausführungen der Beklagten auch in dem Sinne nicht hinreichend substantiiert worden, als nicht im Einzelnen zwischen dem Biodieselmart und dem kombinierten Markt von Biodiesel und Ethanol unterschieden wird.

f) Gemäss den Vorbringen der Beklagten zeigen "folgende Stichproben", mit welcher Unsorgfalt die Klägerin gearbeitet habe. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

aa) Die Beklagten hielten fest, J. C. N. (G.) habe bis 2006 60'000 Tonnen und ab 2007 360'000 Tonnen produziert. Diese u.a. im Internet publizierte Nachricht (bekl.act. 13) stamme vom 9. Juni 2006 und hätte somit von der Klägerin berücksichtigt werden können. Im Business Case werde von einer Kapazität von 708'000 Tonnen (kläg.act. 12 S. 27) ausgegangen (Klageantwort S. 11 lit. B.b.2. Abs. 18).

Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin sind für den Business Case die installierten Kapazitäten entscheidend, da diese die "Marktattraktivitäten" widerspiegeln würden, und nicht die Produktion. Zu unterscheiden sei somit zwischen



Kapazitäts- und Produktionsmengen. Auf diesen Umstand wies A. H. von der Klägerin in seiner "Stellungnahme zu den offenen Punkten von Herrn J. S. aus dem Investorengespräch mit S. B. Industries AG & Co. KG (R.-Gruppe) vom 09.01.2007" hin und hielt insbesondere fest, dass die Recherchen bezüglich der Wettbewerber innerhalb des Business Case schwerpunktmässig im September und Oktober 2006 durchgeführt worden seien, jedoch eine Aktualisierung der Wettbewerber-Kapazitäten seitens der Klägerin nur auf Basis einer klaren Auftragserteilung durch den Auftraggeber vorgenommen werden könne (kläg.act. 111). Damit steht fest, dass die in Bezug auf J. C. N. (G.) von den Beklagten genannten Produktionsmengen für den vorliegenden Business Case nicht relevant sind, nachdem es in diesem um die Kapazitätsmengen geht. Auf die von den Beklagten beantragte Einholung einer Expertise ist deshalb zu verzichten. Auf die von den Beklagten genannten Zahlen kann aber auch deshalb nicht ohne weiteres abgestellt werden, nachdem J. C. N. (G.) in der Aufstellung des IWR (bekl.act. 8) nicht aufgeführt ist, womit deren Richtigkeit bestätigt würde. Aber auch wenn von deren Richtigkeit auszugehen wäre, durfte die Klägerin aufgrund von entsprechenden Abklärungen von Kapazitätsmengen ausgehen, die in einem gewissen Umfang über den damaligen Produktionsmengen lagen (vgl. Replik Rz. 110f.).

bb) Die Beklagten hielten unter Hinweis auf eine Mitteilung der B. I. AG auf ihrer Homepage (bekl.act. 14) fest, gemäss diesen Mitteilungen habe die Zielkapazität von B. I. AG ab Ende 2007 bei rund 750'000 Tonnen Biodiesel gelegen, wobei zwei Anlagen in Rostock und Rotterdam im Bau gewesen seien. Dies entspreche auch den ausgewiesenen Werten des IWR (bekl.act. 8). Im Business Case werde dagegen von einer Kapazität von 664'000 Tonnen (kläg.act. 12 S. 27) ausgegangen (Klageantwort S. 11 lit. B.b.2. Abs. 19).

Aufgrund der unbestrittenen Ausführungen der Klägerin und den von den Beklagten eingereichten Unterlagen ist davon auszugehen, dass die von ihnen genannten Produktionsmengen von der B. I. AG erst am 21. August 2007 publiziert worden waren (bekl.act. 14), mithin im Zeitpunkt der Erstellung des Business Case nicht zur Verfügung standen und deshalb – in gleicher Weise wie die vom IWR veröffentlichten Zahlen für das Jahr 2006 (bekl.act. 8) – von der Klägerin sachgerecht abgeschätzt werden mussten. Eine entsprechende Sorgfaltspflichtverletzung wurde durch die Beklagten damit nicht nachgewiesen.



cc) Die Beklagten reichten eine Presseinformation der E. Biodiesel AG vom 13. Dezember 2005 ein, wonach diese eine Produktion von 32'000 Tonnen hatte und diese auf Anfang 2007 auf 132'000 Tonnen vervierfacht habe (bekl.act. 15). Dies entspreche auch den ausgewiesenen Werten des IWR (bekl.act. 8). Im Business Case (kläg.act. 12 S. 27) werde von einer Kapazität von 111'000 Tonnen ausgegangen (Klageantwort S. 11 lit. B.b.2. Abs. 20).

Das IWR wies in seinem Bericht für die E. Biodiesel AG für das Jahr 2003 eine Produktionskapazität von 30'000 Tonnen aus (bekl.act. 8). Gemäss den unbestrittenen Angaben der Klägerin kündigte die E. Biodiesel AG im Dezember 2005 an, Anfang 2007 eine neue Anlage in Betrieb zu nehmen und dadurch die Kapazität auf 132'000 Tonnen zu erweitern. Indem im Business Case eine Kapazitätsmenge von 111'000 Tonnen eingesetzt wurde, hat die Klägerin keine Pflichtverletzung begangen, da sie in sachgemässen Ermessen im Herbst 2006 nicht die gesamte Kapazität im Voraus bereits einstellen konnte, sondern es im Business Case darum ging, die damals bestehende "Wettbewerbsstruktur für Biodiesel" in Deutschland aufzuzeigen (vgl. Replik Rz. 113).

dd) Die Beklagten reichten einen Ausdruck der Homepage der N. E. W. GmbH (NEW) vom 22. September 2007 (bekl.act. 16) ein und hielten fest, die Produktionskapazitäten von NEW hätten 250'000 Tonnen betragen. Die D. Industrie International und Bu. in M. würden zusammen mit NEW produzieren. Die Produktion in Marl in Deutschland sei damit nur einmal mit 250'000 Tonnen zu berechnen (bekl.act. 17). Im Business Case werde dagegen von folgenden Kapazitäten ausgegangen: NEW 88'000 Tonnen und D./Bu. 354'000 Tonnen (Klageantwort S. 11 lit. B.b.2. Abs. 21).

Wie bereits festgehalten, werfen die Beklagten der Klägerin zu Unrecht vor, Unterlagen nicht berücksichtigt zu haben, sofern diese erst nach Erstellung des Business Case vorgelegen hatten. Vorliegend berufen sich die Beklagten auf eine Publikation vom 22. September 2007 (bekl.act. 16); mithin waren diese Daten zum Zeitpunkt der Erstellung des Business Case nicht verfügbar (Replik Rz. 114). Nicht nachgewiesen ist die Behauptung der Beklagten, NEW und D./Bu. hätten zusammen in Marl produziert.

ee) Nicht nachgewiesen sind auch die behaupteten Fehleinschätzungen betreffend C.-Biodiesel (kläg.act. 12 S. 27: 88'000 Tonnen) und A.-Biodiesel (kläg.act. 12 S. 27:



195'000 Tonnen), nachdem zukünftige Kapazitäten abzuschätzen waren. Auf die von den Beklagten beantragte Einholung einer Expertise ist deshalb zu verzichten. Gemäss Pressemitteilung vom 3. Juli 2006 (bekl.act. 18) produzierte C.-Biodiesel im Juli 2006 130'000 Tonnen, wogegen im Business Case von einer Kapazität von lediglich 88'000 Tonnen ausgegangen worden war. Die Beklagten legen indessen nicht dar, in welcher Weise diese – geringfügige – Fehleinschätzung in Bezug auf die Produktionskapazitäten von C.-Biodiesel zu Fehleinschätzungen im Business Case geführt hatten, nachdem es um Produktionskapazitäten von Biodiesel in Deutschland von insgesamt 3'158'000 Tonnen gegangen war (kläg.act. 12 S. 27; vgl. Klageantwort S. 12 lit. B.b.2. Abs. 22f.).

g) Die Beklagten machten geltend, der Business Case sei mangelhaft, indem bei der Bewertung des prognostischen Markterfolges nicht berücksichtigt worden sei, welche Kapazitäten für Biodiesel in Deutschland die Beklagte 1 bei Markteintritt vorgefunden habe. Der Business Case berücksichtige die bereits Mitte 2006 bekannte Tatsache nicht, dass die Player auf dem Markt ihre Kapazitäten bis 2007 um 1'537'000 Tonnen auf 5'377'500 Tonnen erhöht hätten. Entsprechende Anlagen hätten sich seit Mitte 2006 im Bau befunden. Bei professioneller Analyse hätte im Business Case festgestellt werden müssen, wie gewaltig der deutsche Markt mit Biodiesel bereits damals übersättigt gewesen sei und dass der Übersättigungsgrad in naher Zukunft noch weiter ausgebaut werde (Klageantwort S. 12 lit. B.b.2. Abs. 24 ff.).

Die Beklagten können mit diesem Vorbringen schon deshalb nicht gehört werden, da sie nicht hinreichend substantiiert sind und insbesondere nicht festhalten, welche Passagen des Business Case sachlich unzutreffend sind. Auf die von den Beklagten beantragte Einholung einer Expertise ist deshalb zu verzichten. Im Übrigen wird im Business Case darauf hingewiesen, dass die "Wettbewerbsstruktur für Biodiesel ... in Deutschland heute schon stark ausgeprägt" sei (kläg.act. 12 S. 27). Unbestritten geblieben sind die Ausführungen der Klägerin, wonach nicht nur die Erhöhung der Kapazitäten sondern auch die Steigerung der Absatzmöglichkeiten aufgrund einer erhöhten Nachfrage zu berücksichtigen ist. Gemäss Vorbringen der Klägerin habe sie eine stark steigende Nachfrage in Europa erkannt, wodurch sich neue Absatzmöglichkeiten auch für die Beklagte 1 ergeben hätten. Zudem hätte die Beklagte 1 (bzw. die C.-Gesellschaften) dank ihres Wettbewerbsvorteils bestehende Konkurrenten im deutschen Markt verdrängen und damit substituieren können. Die



Klägerin habe insbesondere die Kombination mit Ethanol als guten Ansatz erachtet, wobei eine schnelle Umsetzung hätte erfolgen müssen. Dies sei jedoch in der Folge aufgrund der schleppenden Investorensuche durch J. S. nicht möglich gewesen (Replik Rz. 117f.).

h) Die Beklagten werfen der Klägerin vor, der Business Case gehe von bestehenden Absatzmöglichkeiten im europäischen Ausland aus, gebe jedoch keine Analyse, wie hoch die Produktionskapazitäten von Biodiesel bei Markteintritt der Beklagten 1 im europäischen Ausland gewesen seien (Klageantwort S. 12 lit. B.b.2. Abs. 30).

Im Business Case wird, ohne dass entsprechende Zahlen genannt werden, festgehalten, dass in Europa der Gesamtbedarf aufgrund der Beimischungsquoten stark ansteigen werde, womit die installierten Kapazitäten nicht ausreichend seien, um den Gesamtbedarf zu decken (kläg.act. 12 S. 33; vgl. Replik Rz. 119). Nachdem die Beklagten weder substantiiert ausführen noch belegen, dass sie der Klägerin einen Auftrag zur Feststellung der Produktionskapazitäten von Biodiesel im europäischen Ausland erteilt hatten, kann der Klägerin bei der Erstellung des Business Case keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden. Die Klägerin war somit auch nicht gehalten, im Business Case die Frage, welcher Konkurrenzdruck deutschen Biodieselherstellern im europäischen Ausland angesichts enormer Überkapazitäten entstehen könnte, zu behandeln (vgl. Klageantwort lit. B.b.2. Abs. 31; Replik Rz. 120).

i) aa) Die Beklagten machen geltend, die Klägerin gehe im Business Case (kläg.act. 12 S. 9) tatsachenwidrig davon aus, dass in Deutschland "Biokraftstoffe vorerst bis 2009 von der Mineralölsteuer befreit" seien. Sie wiesen unter Hinweis auf den Artikel von Dr. Karin Retzlaff, stellvertretende Geschäftsführerin des Verbandes der Deutschen Biokraftstoffindustrie e.V. (VDB), Berlin, "Biodieselmärkte gehen schweren Zeiten entgegen" vom 26. Oktober 2006 (bekl.act. 19) darauf hin, dass die Besteuerung von Biodiesel in Deutschland seit 1. August 2006 9 Cent pro Liter betragen habe. Die Steuer erhöhe sich seit 2007 gestaffelt bis zum Jahre 2012 und falle dann unter die normale Benzinsteuern (vgl. bekl.act. 20). Dieser falsche Steueransatz im Business Case habe weitreichende wirtschaftliche Konsequenzen. Wenn sich der Liter (der Liter Öl wiege 0,8 kg) um 9 Cent verteuere, so seien dies bei einer Kapazität von 30'000 Tonnen eine nicht unbeachtliche Summe von 33'750'000 € (3'000'000 kg : 0,8 kg x 9 Cent). Für die folgenden Jahre seien weitere 30'000'000 € als Steuerzuwachs aufzuzaddieren, d.h.



## St.Galler Gerichte

im 1. Jahr 30'000'000 €, im 2. Jahr 60'000'000 €, im 3. Jahr 90'000'000 €. Angesichts dieser vom Business Case der Klägerin nicht berücksichtigten Kosten könne die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Projekts sachlich nicht korrekt sein (Klageantwort S. 12f. lit. B.b.2. Abs. 32 ff.).

Die Klägerin bestritt, dass der Steueransatz falsch gewesen sei. Das Projekt und dessen Ausrichtung seien aktiv von den Beklagten gesteuert und mitbestimmt worden, so dass, auch wenn der Steueransatz falsch gewesen wäre, dies von den Beklagten zu vertreten sei (Replik Rz. 121-123).

bb) Die Klägerin bestritt mit ihren pauschalen und nicht begründeten Vorbringen, wonach "der Steueransatz falsch gewesen sei", nicht hinreichend substantiiert, dass die von den Beklagten eingereichten Unterlagen zutreffende Angaben über die Besteuerung von Biodiesel machen. Im erwähnten Artikel "Biodieselmärkte gehen schweren Zeiten entgegen. Reiner Biodiesel bereits heute nicht mehr konkurrenzfähig" (bekl. act. 19) vom 26. Oktober 2006 wies Dr. K. Retzlaff darauf hin, dass der deutsche Bundestag ein Biokraftstoffquotengesetz verabschiedet habe mit energiesteuerrechtlichen Änderungen, wonach ab 2008 die Steuer auf reinen Biodiesel (B100) um jährlich 6,3 Cent angehoben werde, unabhängig von der Marktentwicklung. Ab 2012 werde der Biodiesel dem vollen Mineralölsteuersatz unterliegen. Gemäss den Aussagen von Petra Sprick, Geschäftsführerin des VDB, werde der Markt für reinen Biodiesel wegen mangelnder Konkurrenzfähigkeit von B100 im kommenden Jahr zusammenbrechen. Als Ursache gelte vor allem der Preisverfall beim mineralischen Diesel und die Besteuerung von Biodiesel in Höhe von 9 Cent pro Liter seit 1. August 2006. Auf der Website [www.biodiesel.de](http://www.biodiesel.de) [neues Fenster](#) (bekl. act. 20; Ausdruck vom 25.09.2007) werden die ermässigten Steuersätze für Biodiesel (B100) von 2007 bis 2011 und der volle Mineralölsteuersatz ab 2012 aufgeführt. Gemäss [www.biodiesel.de](http://www.biodiesel.de) [neues Fenster](#) löste diese Energiesteuer am 1. August 2006 das frühere Mineralölsteuergesetz ab. Diese Gesetzesänderung war somit vor den am 10. Oktober, 6. November und 11. Dezember 2006 ausgefertigten Business Case (kläg. act. 11, 12, 14) in Kraft getreten. Aufgrund der Ausführungen der Geschäftsführerin und der stellvertretenden Geschäftsführerin des VDB steht fest, dass der Entscheid des Gesetzgebers, ob Biodiesel steuerlich begünstigt wurde oder nicht, einen massgeblichen Einfluss auf die Konkurrenzfähigkeit von Biodiesel hatte und hat und allenfalls dazu führen konnte, dass der Biodiesel nicht konkurrenzfähig war und ist, was



zum Zusammenbrechen des Biodieselmärkte führen konnte. Die Frage der Besteuerung hatte und hat damit entgegen den Behauptungen der Klägerin erhebliche Auswirkungen auf die im Business Case zu ziehenden Schlussfolgerungen (vgl. kläg. act. 12 S. 34: "Bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung und im Markterfolg steht Biodiesel im Wettbewerb zu Rohöl"). Indem die Zielsetzung des Business Case für Bioethanol und Biodiesel in der "Plausibilisierung von der Marktseite und Planung auf der Kosten- und Finanzseite" besteht (kläg. act. 12 S. 4), musste er zwingend die Frage der Besteuerung von Biodiesel einbeziehen. Auf Seite 9 des Business Case (kläg. act. 12) wird tatsachenwidrig ausgeführt, dass "in Deutschland (...) Biokraftstoffe [d.h. insbesondere Biodiesel] vorerst bis 2009 von der Mineralölsteuer befreit" seien. Wie erwähnt, handelt sich um einen erheblichen Faktor für die Beurteilung der Marktchancen von Biodiesel, und es ist damit davon auszugehen, dass die im Business Case (kläg. act. 12 S. 10 ff.) gezogenen Bewertungen für Biodiesel unzutreffend waren. Auf Seite 11 des Business Case (kläg. act. 12) wird festgehalten, dass reiner Biodiesel (B100) nur durch die Steuerbegünstigung wettbewerbsfähig sei. Der derzeit günstigere Preis gegenüber dem herkömmlichen Diesel sei ein wichtiges Kaufargument. Mit dem Wegfall der Subvention 2009 werde sich der Absatz auf die Beimischung konzentrieren. Herkömmliche Dieselmotoren könnten mit reinem Biodiesel (B100) betrieben werden, sofern eine Freigabe seitens des Fahrzeugherstellers vorliege. Die Freigabeerteilungen seien allerdings rückläufig. Der B100-Markt werde langfristig abnehmen aufgrund der derzeit niedrigen Qualität am Markt und der wegfallenden Preisvorteile (vgl. kläg. act. 12 S. 29). Auf Seite 27 des Business Case (kläg. act. 12) wird festgehalten, dass "die Wettbewerbsstruktur für Biodiesel (...) in Deutschland heute schon stark ausgeprägt" sei.

Nicht zu hören ist die Klägerin mit dem in keiner Weise substantiierten und belegten Einwand, wenn der Steueransatz falsch gewesen wäre, so wäre dies von T. H. von der Beklagten 1 zu vertreten gewesen. Vielmehr war es an der Klägerin, nachdem sie im Bericht Aussagen über die Besteuerung von Biodiesel machte, diesbezüglich entsprechende Abklärungen zu tätigen bzw. allenfalls von T. H. erhaltene Angaben zu überprüfen. Indem sie die entsprechenden Abklärungen unterlassen hatte, handelte die Klägerin nicht mit der hinreichenden Sorgfalt, wobei von einer erheblichen Sorgfaltsverletzung auszugehen ist, die einen massgeblichen Einfluss auf die Schlussfolgerungen des Business Case hatten. Angesichts dieser erheblichen



Sorgfaltsverletzungen der Klägerin erscheint es angemessen, das Pauschalhonorar für den Business Case auf EUR 70'000.-- zu kürzen (vgl. BSK OR I-Weber, Art. 394 N 43, Fellmann, N 496 ff. zu Art. 394 OR).

j) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagten den Nachweis erbracht haben, dass die Ausführungen der Klägerin im Business Case in Bezug auf die Steuerbefreiung von Biodiesel unsorgfältig abgeklärt und damit unzutreffend waren und dass diese kausal dafür waren für die im Business Case gezogenen Schlussfolgerungen. Nachdem der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe mit dem Business Case ein qualitativ mangelhaftes Produkt geliefert, teilweise zu hören ist, und das Pauschalhonorar auf EUR 70'000.-- zu reduzieren ist, ist die Beklagte 1 zu verpflichten, den Betrag von EUR 85'548.53 (EUR 70'000.-- + Reisekosten etc. von EUR 15'548.53) zu bezahlen.

3. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Investorensuche Gegenstand des Auftrags der Beklagten an die Klägerin darstellte, ob für eine allfällige solche Tätigkeit ein Honorar vereinbart worden war und ob allenfalls die Klägerin von den Beklagten angehalten wurde, J. S. bei der Suche nach Investoren zu unterstützen.

a) Die Klägerin führte aus, sie habe eine Dokumentation über die Alleinstellungsmerkmale und das Geschäftsmodell von T. H. zusammenstellen sollen, um diese J. S. als Grundlage zur Suche von Investoren in die Hand zu geben. Die Investorensuche sei nie Gegenstand des Auftrages an die Klägerin gewesen (Klage Rz. 13). Gemäss den weiteren Ausführungen der Klägerin wurde am 6. November 2006 beschlossen, dass J. S. die Investorensuche auf Basis des durch die Klägerin erstellten und von den Beklagten für gut befundenen Business Case aufnehmen solle. Die Klägerin sei durch die Beklagte 1 damit beauftragt worden, J. S. bei dessen Bemühungen um Investoren bei Bedarf zu unterstützen, wobei insbesondere J. S. bei Investorengesprächen durch das klägerische Projektteam habe begleitet werden sollen (Klage Rz. 21). Obwohl die Klägerin mit der Suche nach Investoren nicht beauftragt gewesen sei, habe sie einen ernsthaften Kontakt zur Cy. AG, Hamburg, herstellen können (Klage Rz. 23). Im Zusammenhang mit den zwischen dem 7. November und dem 21. Dezember 2006 gestellten Rechnungen (kläg.act. 16-18) führte die Klägerin aus, diese enthielten insbesondere neben Beratungsdienstleistungen auch den Aufwand für Gespräche mit potentiellen Investoren (Klage Rz. 27-29). Dabei wies sie



jedoch darauf hin, dass die eigentliche Investorensuche und der Abschluss der entsprechenden Vereinbarungen Aufgabe von J. S. gewesen sei (Klage Rz. 17).

Die Beklagten machten geltend, die Klägerin habe sich an der Suche nach Investoren beteiligt. Sie haben den Investorenflyer erstellt und den von ihr erstellten Business Case präsentiert (Klageantwort S. 7 lit. B.a. Abs. 10). Die Beklagten hielten dann aber an anderer Stelle in der Klageantwort fest, eine Vereinbarung betreffend Vorbereitung, Begleitung und Unterstützung der Investorensuche sei zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 nicht zustande gekommen, nachdem der von der Klägerin zurückdatierte Vertragsentwurf (bekl.act. 6) von der Beklagten 1 nicht unterzeichnet worden sei. Die Klägerin trage somit in der Klage (Rz. 13) "richtig vor, dass die Investorensuche nie Gegenstand des Auftrages an die Klägerin darstellte". Die Beklagten hielten in Übereinstimmung mit der Klage (Rz. 17) fest, dass in Abs. 5 des E-Mails von R. F. an T. H. vom 3. Oktober 2006 (kläg.act. 9: "Gespräche mit potentiellen Kunden") "keine Tätigkeit der Klägerin auf der Ebene Investorensuche gemeint war". Es sei somit vollkommen richtig, dass die eigentliche Investorensuche und der Abschluss der entsprechenden Vereinbarungen Aufgabe von J. S. gewesen sei (Klageantwort S. 9 lit. B.b. Abs. 2f.; S. 13 Ziff. 3 Abs. 2). Die Beklagten hätten den "Einsatz der Klägerin bei der Investorensuche gesehen und geschätzt", wobei jedoch ein diesbezügliches Honorar für die Klägerin nie vereinbart worden sei. Die Klägerin sei in ihrem eigenen Interesse tätig gewesen und nicht für die Beklagten (Klageantwort S. 14 Ziff. 3 Abs. 4).

b) Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Suche von Investoren nicht Aufgabe der Klägerin war, womit die Beklagte 1 ihr unter diesem Titel auch kein Honorar schulden. Im E-Mail von R. F. an T. H. vom 3. Oktober 2006 wird in Bezug auf die "Aktivitäten im Laufe der nächsten 3 Monate" festgehalten, dass es um die Erarbeitung eines umsetzungsreifen Konzepts und insbesondere um die "Vertragsfinalisierung, Gespräche mit potentiellen Kunden, ..." geht, wogegen eine Investorensuche nicht erwähnt ist (kläg.act. 9 Abs. 5). Soweit die Klägerin geltend macht, sie habe den Beklagten bzw. J. S. unterstützend zur Seite gestanden (Replik Rz. 94; kläg.act. 106), hat sie nachzuweisen, dass sie mit ihnen in Bezug auf diese Tätigkeit eine Entschädigung vereinbart und die entsprechenden Leistungen tatsächlich erbracht hat (vgl. Replik Rz. 125f.).



4. Gemäss den Ausführungen der Klägerin basieren die zwischen dem 7. November 2006 und 31. Januar 2007 (kläg.act. 16-19) gestellten Rechnungen auf der Vereinbarung der Parteien vom 2./3. Oktober 2006 entsprechend der Zusammenfassung im E-Mail von R. F. an T. H. vom 3. Oktober 2006 (kläg.act. 9 Abs. 5). Wie erwähnt, wurde für die Erstellung des Business Case ein Pauschalhonorar von EUR 100'000.-- zzgl. Reisekosten und Spesen vereinbart. In Bezug auf die Entschädigung der Klägerin für ihre Bemühungen nach dem 3. Oktober 2006 vereinbarten die Parteien was folgt (kläg.act. 9 Abs. 5):

"Für unsere Aktivitäten im Laufe der nächsten 3 Monate, in der wir ein umsetzungsreifes Konzept gemeinsam mit Ihnen erarbeiten möchten und natürlich die anstehenden Aktivitäten weitertreiben (Vertragsfinalisierung, Gespräche mit potentiellen Kunden, ...), rechnen wir unsererseits mit einem Aufwand von ca. 120'000.- bis 140'000.- Euro zzgl. Reisekosten je Monat".

Die Beklagten hielten fest, die im E-Mail vom 3. Oktober 2006 in den Absätzen 4 und 5 (kläg.act. 9) festgehaltenen Regelungen seien nie praktiziert worden, mithin seien seitens der Klägerin nach dem 3. Oktober 2006 diesbezüglich keine Leistungen erbracht worden (Klageantwort S. 9 lit. B.b. Abs. 3). Sie wiesen deshalb die von der Klägerin gestellten Rechnungen (kläg.act. 16-19) zurück und hielten fest, für eine Abrechnung nach Zeitaufwand fehle eine vertragliche Grundlage (Klageantwort S. 10 lit. B.b.2. Abs. 4).

a) In den Rechnungen vom 7. November, 6. Dezember und 21. Dezember 2006 werden entgegen den Behauptungen der Klägerin (Eingabe vom 12.06.2009 S. 3 Ziff. 1, S. 5 Ziff. 5) weder der Honoraraufwand noch die Reisekosten und Spesen detailliert dargelegt, sondern es wird lediglich der geltend gemachte Gesamtbetrag genannt (kläg.act. 16-18). In der Rechnung vom 31. Januar 2007 wird festgehalten, dass als Honorar 28,375 Manntage à EUR 2'500.--, was EUR 70'938.15 ergibt (kläg.act. 19), in Rechnung gestellt werde. Die Klägerin führt in Bezug auf die Rechnungen (kläg.act. 16-18) aus, es seien 37 bzw. 54 bzw. 61 Beratertage à EUR 2'500.-- geleistet worden. Die Beklagten bestreiten, dass eine Abrechnung nach Zeitaufwand vereinbart worden sei, womit implizit auch der von der Klägerin berechnete Ansatz von EUR 2'500.-- für einen Manntag bestritten wird. Im E-Mail von R. F. an T. H. vom 3. Oktober 2006 (kläg.act. 9 Abs. 5) wird kein Ansatz für einen Manntag genannt. Von der Klägerin wird



in keiner Weise substantiiert vorgebracht, dass und in welchem Zeitpunkt ein solcher vereinbart worden sei (vgl. Replik Rz. 101f.). Sie hat damit den Nachweis, dass für ihre Tätigkeit nach dem 3. Oktober 2006 ein Honorar von EUR 2'500.-- pro Manntag vereinbart worden sei, nicht erbracht.

b) Wie erwähnt, werden auf drei Rechnungen die von der Klägerin genannten Berater- bzw. Manntage nicht genannt; in der Rechnung vom 31. Januar 2007 (kläg.act. 19) werden 28,375 Manntage aufgeführt. Es fehlen indessen auf den Rechnungen jegliche Hinweise, wann, von wem und welche Leistungen erbracht worden sind. Die Klägerin hat Aufschriebe über erbrachte Leistungen ("Arbeitszeitnachweis") von L. A., R. F., A. H., M. H., B. B. und M. F. (kläg.act. 21-26) eingereicht. Diese sind in keiner Weise belegt und stellen damit Parteibehauptungen der Klägerin dar, welche von den Beklagten bestritten worden sind. Die Klägerin hat nicht dargelegt, welche Leistungen für die Erstellung des Business Case erbracht worden sind und inwiefern ihre Mitarbeiter nach dem 3. Oktober 2006 entsprechend der Vereinbarung gemäss kläg.act. 9 Abs. 5 für die Beklagten tätig gewesen waren. Nachdem der Business Case pauschal entschädigt wird und eine Abgrenzung von der Klägerin für die Leistungen des Business Case und die weiteren Leistungen nicht gemacht worden ist, kann den eingereichten Stundenaufschrieben nicht entnommen werden, welchen Umfang die von der Klägerin nach dem 3. Oktober 2006 erbrachten Leistungen haben. Die Klägerin legt aber auch nicht dar, welche Mitarbeiter in welchem Monat welche Leistungen erbracht haben, womit der in den einzelnen Rechnungen genannte Honoraraufwand nicht nachvollziehbar und damit nicht nachgewiesen ist.

Die Klägerin hat Spesen und Reisekostenbelege (kläg.act. 27-82) eingereicht, jedoch in keiner Weise ausgeführt, welche Spesen in Bezug auf welchen Mitarbeiter der Klägerin für die Erbringung welcher Leistung entstanden sind. In gleicher Weise wie beim Honoraraufwand fehlt jegliche Zuordnung der angeblich entstandenen Reisekosten und Spesen zu den einzelnen Rechnungen. Damit ist nicht nachvollziehbar, welche Reisekosten und Spesen im Rahmen der Erstellung des Business Case entstanden und welche erst nach dem 3. Oktober 2006 angefallen sind.

Insgesamt hat die Klägerin entgegen ihren Behauptungen (Eingabe vom 12.06.2009 S.5 Ziff. 5) nicht nachgewiesen (Art. 8 ZGB), dass und welche Leistungen sie nach dem 3. Oktober 2006 entsprechend dem E-Mail von R. F. an T. H. vom 3. Oktober (kläg.act.



9 Abs. 5) erbracht hat. Die geltend gemachten Rechnungsbeträge von EUR 131'148.62 (kläg.act. 16), EUR 144'516.21 (kläg.act. 17), EUR 173'210.24 (kläg.act. 18) und EUR 83'6231.52 (kläg.act. 19) sind deshalb nicht ausgewiesen.

5. Zusammenfassend ist die Klage gegen die Beklagte 1 im Betrag von EUR 85'548.53 zu schützen. Im Mehrbetrag ist die Klage gegen die Beklagte 1 abzuweisen.

Die Beklagten haben gegen den geltend gemachten Zins zu 5% seit 14. Mai 2007 (Einreichung des klägerischen Vermittlungsbegehrens; Art. 104 Abs. 1 OR; Klage Rz. 41) keine Einwendungen erhoben, womit die Beklagten 1 zu verpflichten sind, der Klägerin den Betrag von EUR 85'548.53 nebst Zins zu 5% seit 14. Mai 2007 zu bezahlen.