



Fall-Nr.: HG.2010.12
Stelle: Kantonsgericht
Rubrik: Handelsgericht
Publikationsdatum: 29.03.2011
Entscheiddatum: 29.03.2011

Entscheid Handelsgericht, 29.03.2011

Art. 394 und Art. 404 OR (SR 220). Beim "Mandatsvertrag", mit welchem die Beklagte als "Mandatgeberin" der Klägerin als "Mandatnehmerin", vertreten durch E. F., Gefahrbeauftragter, den Auftrag erteilte, u.a. auf der Grundlage der Gefahrgutbeauftragtenverordnung als Gefahrgutbeauftragte und Gefahrgutberaterin für die Beklagte zu wirken, handelt es sich um einen Auftrag und nicht um einen Innominatvertrag oder einen Vertrag sui generis. Dieser konnte von der Beklagten widerrufen bzw. fristlos gekündigt werden (Handelsgericht, 29. März 2011, HG.2010.12).

Erwägungen

I.

1. Die M. GmbH (Klägerin) hat ihren Sitz in X. und führt als Zweck im Handelsregister insbesondere den Handel mit Maschinen sowie die Abwicklung von Finanz- und Rechtsgeschäften aller Art an. Sie bietet – wie nachfolgend auszuführen ist – unter der Marke "Y." Dienstleistungen im Bereich der Gefahrgutberatung an. Die G. AG (Beklagte) ist in W. domiziliert und hat Zweigniederlassungen in P. und A. Sie übt Geschäftstätigkeiten im Bereich der Oberflächentechnik (u.a. Korrosionsschutz) aus.

Am 29. Oktober / 27. November 2007 unterzeichneten die Klägerin als "Mandatnehmerin", vertreten durch E. F., Gefahrbeauftragter, und die Beklagte als "Mandatgeberin" einen "Mandatsvertrag", mit welchem die Beklagte der Klägerin den Auftrag erteilte, u.a. auf der Grundlage der Gefahrgutbeauftragtenverordnung als Gefahrgutbeauftragte und Gefahrgutberaterin für die Beklagte (in W., ferner in P. und A.) zu wirken (kläg.act. 2 Ziff. 1). In Ziff. 3 des Mandatsvertrags wird auf die



Honorarvereinbarung zwischen den Parteien verwiesen, welche die Beklagte ebenfalls am 27. November 2007 unterzeichnete (bekl.act. 6). Ferner wird in Ziff. 3 des Mandatsvertrags auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin verwiesen, welche Bestandteil des Mandatsvertrags bilden (kläg.act. 2 S. 2). Ab dem Jahr 2008 war E. F. als Gefahrgutbeauftragter bei der Beklagten tätig, was den Sicherheitsinspektoraten der betreffenden Kantone durch die Beklagte entsprechend Ziff. 1 Abs. 3 des Mandatsvertrags gemeldet wurde. E. F. lieferte am 23. April 2009 unter der Bezeichnung "Y., Gefahrgutbeauftragter und Gefahrgutberater" für das Jahr 2008 einen Bericht betreffend das "Gefahrgut G. AG, Werk P." ab, in welchem er seine Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter dokumentierte (bekl.act. 7).

2. Mit Schreiben vom 13. Mai 2009 teilte das Sicherheitsinspektorat des Kantons B. (nachfolgend Sicherheitsinspektorat) der Beklagten das Ergebnis der Inspektion in deren Zweigniederlassung in P. mit (bekl.act. 3). Es wies darauf hin, dass ihm die Beklagte am 4. Dezember 2007 E. F. als externen Gefahrgutbeauftragten gemeldet habe. Das Sicherheitsinspektorat kam auf Grund der Inspektion zum Schluss, dass die Pflichten der Unternehmung und die Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten nur begrenzt wahrgenommen und umgesetzt worden seien (bekl.act. 3 S. 1 Ziff. 2). Im einzelnen hielt es insbesondere fest, dass der Gefahrgutbeauftragte entgegen seinen Pflichten die Kontrollaktivität nicht protokolliert und eine Schulung der Mitarbeiter der Beklagten nicht durchgeführt habe; es sei bis heute auch nicht der Jahresbericht 2008 vorgelegt worden (bekl.act. 3 S. 2 Ziff. 2). Gemäss einer Sachverhaltsschilderung, den die Beklagte gegenüber der Klägerin in ihrer Rechnung vom 26. Oktober 2009 machte, kam es anlässlich der Inspektion vom 24. April 2009 zu Differenzen zwischen dem Sicherheitsinspektorat und E. F. Gemäss dieser Sachverhaltsschilderung verliessen zwei Behördenvertreter den Sitzungstisch, was weitere Korrespondenz und Gespräche zwischen der Beklagten und dem Sicherheitsinspektorat notwendig machte. Gemäss den Ausführungen der Beklagten folgten zwei weitere (erfolglose) Besprechungen zwischen E. F. und Vertretern der Beklagten im Mai und Juni 2009 (bekl.act. 10).

Mit Einschreibebrief vom 22. Juni 2009 (fälschlicherweise datiert 22.06.2008), adressiert an "Y. – Herr E. F., M. GmbH", mit dem Betreff "Kündigung Mandatsvertrag Gefahrgutbeauftragter" teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie "den aktuellen Mandatsvertrag zwischen Y. / M. GmbH und der G. AG per sofort" auflöse (kläg.act. 10). Die Beklagte führte aus, eine Zusammenarbeit sei leider nicht mehr möglich, da die



für G. in P. zuständigen Behörden jegliche weitere Zusammenarbeit mit E. F. ablehnen würden (kläg.act. 10 Abs. 2). E. F. machte mit Schreiben vom 1. Juli 2009 unter der Bezeichnung "Y., gepr. Gefahrgutbeauftragter und Gefahrgutberater" gegenüber der Beklagten geltend, die Kündigung sei zur Unzeit erfolgt. Der Vertrag könne zur Zeit nicht aufgelöst werden (kläg.act. 8).

3. Am 25. Juni 2009 stellte die Klägerin der Beklagten für die Infrastrukturpauschalen 2008 und 2009 à Fr. 5'000.-- eine Rechnung über Fr. 10'000.-- bzw. Fr. 10'760.-- inkl. Mehrwertsteuer zu (kläg.act. 4), welche die Beklagte der Klägerin am 25. August 2009 bezahlte (kläg.act. 5). Die von der Klägerin der Beklagten am 3. September 2009 zugestellte Rechnung betreffend die Infrastrukturpauschalen 2010 und 2011 über Fr. 10'760.-- (kläg.act. 6) blieb unbezahlt. Bereits am 20. August 2009 hatte die Klägerin der Beklagten als Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Mandatsvertrags Fr. 17'733.85 (inkl. Mehrwertsteuer) in Rechnung gestellt (kläg.act. 9); auch diese Rechnung blieb unbezahlt. Am 9. September 2009 stellte die Klägerin der Beklagten für diverse, im einzelnen aufgeführte Leistungen des Gefahrgutbeauftragten eine Rechnung über Fr. 13'125.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu (kläg.act. 7), welche ebenfalls unbezahlt blieb.

4. Am 4. Januar 2010 reichte die Klägerin die vorliegende Klage beim Kreisgericht X. mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren ein. Gestützt auf Art. 77 ZPO überwies dessen verfahrensleitender Richter die Streitsache am 19. Januar 2010 zuständigkeitsshalber an das Handelsgericht.

Zur Begründung der Klage führte die Klägerin insbesondere aus, der Vertrag zwischen den Parteien sei ein klassischer Innominatvertrag, der nicht an einen Systemvertrag gebunden sei. Er entfalte deshalb in allen Punkten die Wirkung, wie er vereinbart worden ist. Bei diesem Vertrag sui generis bestehe – anders als beim Auftrag – keine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit. Damit sei die Beklagte verpflichtet, die Abgangsentschädigung gemäss Ziff. 6.4 der AGB (kläg.act. 2) in der Höhe von Fr. 17'733.85 zu bezahlen. Ferner habe die Beklagte als Folge der vorzeitigen Beendigung des Vertrags die jährlichen Infrastrukturpauschalen bis zum Ablauf des Vertrags zu bezahlen. Vorliegend seien noch die Infrastrukturpauschalen 2010 und 2011 im Gesamtbetrag von Fr. 10'760.-- offen. Schliesslich schulde die Beklagte den im



einzelnen aufgeführten Aufwand des Gefahrgutbeauftragten in der Höhe von Fr. 13'125.--.

Die Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 19. April 2010 die kostenfällige Abweisung der Klage. Sie machte geltend, nur eine natürliche, nicht aber die Klägerin als juristische Person habe zum Gefahrgutbeauftragten ernannt werden können. Die Klägerin habe die ihr übertragenen Aufgaben nicht bzw. nur ungenügend erfüllt. Sie (Beklagte) habe sich deshalb gezwungen gesehen, das Vertragsverhältnis mit der Klägerin am 22. Juni 2009 per sofort aufzulösen. Dies sei zulässig gewesen, nachdem es sich beim vorliegenden Mandatsvertrag nicht um einen Innominatvertrag, sondern um einen Auftrag im Sinne von Art. 394ff. OR handle. Sie forderte den Betrag von Fr. 10'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer (Fr. 760.--) für die von ihr (irrtümlicherweise) bezahlten Infrastrukturauschalen 2008/2009 zurück. Sie bestritt teilweise die von der Klägerin geltend gemachten Leistungen über Fr. 13'125.-- und machte verrechnungsweise einen Betrag von Fr. 21'580.-- und weitere Forderungen geltend.

5. Am 6. Juli 2010 fand vor dem Handelsgerichtspräsidenten und Handelsrichter U. eine Vorbereitungsverhandlung statt, an welcher die Parteien einen Vergleich unter Widerrufsvorbehalt schlossen. Innert vereinbarter Frist widerrief der Rechtsvertreter der Klägerin den Vergleich.

Am 21. Juli 2010 wurde der Rechtsvertreter der Klägerin aufgefordert, eine Replik einzureichen. Nach Bewilligung verschiedener Fristerstreckungen wurde dem Rechtsvertreter der Klägerin am 25. Oktober 2010 eine Nachfrist bis zum 21. November 2010 angesetzt, und er wurde darauf hingewiesen, dass bei Nichteinhaltung dieser Nachfrist das Verfahren weitergeführt (Art. 61 ZPO) bzw. eine allenfalls nicht fristgerecht eingereichte Replik nicht berücksichtigt werde (Art. 165 Abs. 2 ZPO). Entgegen den Vorbringen der Klägerin an Schranken liegt bei der Ansetzung von Fristen im Schriftenwechsel und bei der Gewährung von Fristerstreckungen keine Ungleichbehandlung der Parteien und insbesondere auch kein Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 55 ZPO bzw. Art. 29 BV vor. Die Beklagte reichte innert rund drei Monaten, nachdem ihr zweimal die Frist erstreckt worden war, die Klageantwort ein. Nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 30. August 2010 um eine Fristerstreckung von mehr als vier Monaten ersuchte, erachtete der Handelsgerichtspräsident es als angezeigt, angesichts der langen Dauer der



Erstreckung der Beklagten Gelegenheit zur Vernehmlassung einzuräumen. Das unterschiedliche Vorgehen des Handelsgerichtspräsidenten ergab sich somit aufgrund des Umstandes, dass die Beklagte jeweils um Fristerstreckungen in der üblichen Dauer von rund einem Monat ersuchte, während die Klägerin eine einmalige Fristerstreckung von mehr als vier Monaten beantragte.

Am 22. November 2010 reichte der Rechtsvertreter der Klägerin für die Klägerin als Gesuchstellerin ein Gesuch betreffend Ablehnung des Handelsrichters U. (Gesuchsgegner) ein, wobei er folgende Anträge stellte:

1. Es sei die Frist für die Replik mittels Verfügung, welche das Hauptverfahren einstweilen aussetzt, auf unbestimmte Zeit, bzw. bis zur Erledigung eines Ablehnungsbegehrens zu erstrecken; eventualiter sei die Frist für die Einreichung der Replik bis zum 10. Januar 2011 zu erstrecken.
2. Der Gesuchsgegner (d.h. Handelsrichter U.) habe für das vorliegende Verfahren in den Ausstand zu treten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates.

Zur Begründung des Gesuchs führte die Klägerin aus, U. habe als Handelsrichter wegen fehlender Unabhängigkeit in den Ausstand zu treten, wobei es insbesondere um Vorfälle gehe, die er als Organ der C. AG, der La. AG und der Li. AG in V. zu vertreten habe. Mit Schreiben vom 24. November 2010 hielt der Handelsgerichtspräsident fest, dass das vorliegende Ausstandsgesuch gegen einen Handelsrichter in keinem Zusammenhang mit der von der Klägerin zu erstattenden Replik stehe. Nachdem die Klägerin innert der Nachfrist keine Replik eingereicht habe, werde das Verfahren weitergeführt. Die Parteien würden zu gegebener Zeit zur mündlichen Verhandlung vor dem Handelsgericht vorgeladen. Dabei werde – ohne Anerkennung der gegen Handelsrichter U. vorgebrachten Ausstandsgründe – Handelsrichter U. an dieser Verhandlung nicht als Richter mitwirken. Mit Schreiben vom 26. November 2010 teilte der Rechtsvertreter der Klägerin mit, dass sein Mandat für die Klägerin beendet und die Korrespondenz in Zukunft direkt der Klägerin zuzustellen sei.



Nachdem Handelsrichter U. an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen und am vorliegenden Entscheid nicht mitgewirkt hat, ist das Ausstandsbegehren der Klägerin vom 22. November 2010 gegenstandslos geworden (vgl. Art. 55f. GerG). Wie aus Ziff. 1 des Rechtsbegehrens gemäss Ausstandsgesuch der Klägerin und aus der Begründung hervorgeht, wurde mit der Eingabe vom 22. November 2010 keine Replik eingereicht. Es liegt damit eine Säumnis der Klägerin vor (Art. 60 ZPO), womit das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird (Art. 61 ZPO). Nachdem die Replik auch innert der Nachfrist nicht eingereicht worden war, hatte die Klägerin das Recht auf Einreichung einer Replik verwirkt, und es konnte direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 1a zu Art. 61 ZPO).

6. An der Hauptverhandlung hielt E. F. als bevollmächtigter Vertreter der Klägerin an den Anträgen gemäss Klage fest. Er trug die Seiten 1 bis 9 der an Schranken eingereichten Plädoyernotizen dem Gericht vor. Anschliessend machte er Ausführungen zu den mit der Klage geltend gemachten Forderungsbeträgen und hielt insbesondere fest, dass die Beklagte die jährlichen Infrastrukturpauschalen zunächst bezahlt und damit anerkannt habe. Nachdem es sich beim Mandatsvertrag um einen gültig abgeschlossenen Dauervertrag mit einer Laufzeit von mindestens vier Jahren handle, habe die Beklagte auch die Pauschalen 2010 und 2011 und die vereinbarte Abgangsentschädigung zu bezahlen. Die Beklagte beantragte die kostenfällige Abweisung der Klage und hielt u.a. fest, sie erteile ihre Zustimmung zu nachträglichen Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen der Klägerin im Sinne von Art. 164 Abs. 3 ZPO ausdrücklich nicht. Entsprechende neue Vorbringen der Klägerin an Schranken seien aus dem Recht zu weisen. Darüber ist, sofern für den Entscheid von Bedeutung, nachfolgend zu entscheiden.

II.

1. Die örtliche Zuständigkeit ist gestützt auf Ziff. 2 des Mandatsvertrags und Ziff. 11 der AGB (kläg.act. 2) gegeben, wonach als Gerichtsstand der Sitz der Mandatnehmerin, d.h. der Klägerin, vereinbart wird (vgl. Art. 9 GestG bzw. Art. 17 CH-ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich gestützt auf Art. 14



Abs. 1 ZPO, nachdem beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, die Streitigkeit mit der gegenseitlichen geschäftlichen Tätigkeit zusammenhängt und der Streitwert 30'000.-- übersteigt.

2. Wie erwähnt, beauftragte die Beklagte die Klägerin gemäss Ziff. 1 des Mandatsvertrags, auf der Grundlage der Verordnung über Gefahrgutbeauftragte für die Beförderung gefährlicher Güter auf Strasse, Schiene und Gewässern (SR 741.622; Gefahrgutbeauftragtenverordnung, GGBV) und der Verordnung über die Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse (SR 741.621; SDR) als Gefahrgutbeauftragte und Gefahrgutberaterin für sie tätig zu sein (kläg.act. 2). Die Beklagte wandte ein, als Gefahrgutbeauftragte könne nur eine natürliche, nicht aber eine juristische Person ernannt werden. Die Klägerin habe sich also gar nicht direkt verpflichten können, als Gefahrgutbeauftragte für die Beklagte tätig zu sein. Der Mandatsvertrag enthalte auch keine Bestimmung, wonach ein bestimmter Mitarbeiter als Gefahrgutbeauftragter einzusetzen sei (Klageantwort Rz 5).

Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GGBV hat eine Unternehmung, die gefährliche Güter auf der Strasse transportiert, einen Gefahrgutbeauftragten zu ernennen. Gefahrgutbeauftragte können Angehörige oder Inhaber der Unternehmung oder aussenstehende Personen sein (Art. 4 Abs. 2 GGBV). Die Ernennung des Gefahrgutbeauftragten ist schriftlich festzuhalten (Art. 4 Abs. 3 GGBV), und die Unternehmung hat den Namen des Gefahrgutbeauftragten und dessen Schulungsnachweis der zuständigen Behörde zu melden (Art. 7 GGBV). Daraus ist zu schliessen, dass es sich beim Gefahrgutbeauftragten um eine natürliche Person handeln muss, auch wenn in Anwendung von Art. 4 Abs. 2 GGBV eine aussenstehende Person ernannt wird (vgl. R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2002, Rz 489 und 491 Anm. 56; Monika Krautwurst, ADR [Europäisches Übereinkommen vom 30.09.1957 über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse, SR 0.741.621] 2005 Schweiz, herausgegeben vom Verband der Schweizerischen Ausbildungsveranstalter für Gefahrgutbeauftragte, Düsseldorf 2005, passim). Die Beklagte wies lediglich darauf hin, dass auch im Mandatsvertrag keine Bestimmung enthalten sei, wonach ein bestimmter Mitarbeiter als Gefahrgutbeauftragter eingesetzt werde, sie bestritt jedoch nicht ausdrücklich die Aktivlegitimation der Klägerin. Diese ist denn auch zweifellos gegeben, nachdem der Mandatsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten



abgeschlossen worden war. Sämtliche Korrespondenz wurde unter dem Namen und dem Briefkopf der Klägerin geführt, und das Honorar und die Pauschalvergütungen waren von der Beklagten an die Klägerin und nicht etwa an den Gefahrgutbeauftragten E. F. persönlich zu leisten. Indem die Beklagte entsprechend Ziff. 1 Abs. 3 des Mandatsvertrags und Art. 7 GGBV der zuständigen Behörde E. F. als Gefahrgutbeauftragten gemeldet hatte, hat sie sich auch nach Abschluss des Mandatsvertrags entsprechend der vertraglichen Vereinbarung verhalten. Es kann auch aus diesem Grund geschlossen werden, dass der Mandatsvertrag rechtsgültig zwischen den Parteien zustande gekommen war.

3. Die Parteien vereinbarten in der Honorarvereinbarung (bekl.act. 6), dass eine sogenannte **Initialisierungspauschale** von Fr. 5'000.-- zu leisten war, wobei unter dem Titel "Spezielle Vereinbarungen" umschrieben war, welche Leistungen der Klägerin die Initialisierungspauschale für das erste Jahr umfasste. Die Klägerin führte aus, die Initialisierungspauschale sei von den Parteien einvernehmlich durch die Abrechnung in normalen Stundensätzen ersetzt worden; diese sei somit nicht Gegenstand der Klage (Klage Rz 16). Die Beklagte bestritt zwar, dass sich die Parteien auf die von der Klägerin behauptete Vertragsänderung geeinigt hatten, stellte aber nicht in Abrede, dass die Initialisierungspauschale durch die Verrechnung von Stundensätzen ersetzt worden war. Sie machte dabei geltend, die durch die Initialisierungspauschale abgedeckten Tätigkeiten würden einen Aufwand von insgesamt 15.75 Stunden bzw. 1.86 Tage (anstelle dem in der Honorarvereinbarung unter "Spezielle Vereinbarungen" veranschlagten Arbeitsaufwand von 5 Tagen; vgl. Klageantwort Rz 19) ergeben, womit von den Fr. 5'000.-- lediglich Fr. 1'860.-- ausgewiesen seien (Klageantwort Rz 21). Die Beklagte legte aber trotz Bestreitung der Sachdarstellung der Klägerin (vgl. Klageantwort Rz 71) nicht substantiiert dar, weshalb die Initialisierungspauschale von Fr. 5'000.-- Gegenstand der vorliegenden Klage sei. Diese ist von der sogenannten Infrastrukturpauschale von Fr. 5'000.-- zu unterscheiden, über welche nachfolgend zu befinden ist (vgl. Klageantwort Rz 21ff.). Insgesamt steht somit fest, dass die Initialisierungspauschale von Fr. 5'000.-- gemäss Honorarvereinbarung nicht Gegenstand der Klage ist, womit über diese im vorliegenden Verfahren nicht zu befinden ist. Im Übrigen hat die Klägerin die in der Initialisierungspauschale enthaltenen Arbeiten am 8. Mai 2009 in Rechnung gestellt (bekl.act. 9). Die Rechnung wurde von



der Beklagten auch bezahlt, womit sie diese Positionen konkludent akzeptiert hatte (vgl. nachfolgend Erw. II.9.b).

4. In der Honorarvereinbarung hielten die Parteien fest, dass die Beklagte für die Folgejahre eine sogenannte Infrastrukturpauschale "nach Vereinbarung" zu leisten hatte (bekl.act. 6). Die Klägerin stellte der Beklagten am 25. Juni 2009 die **Infrastrukturpauschalen 2008 und 2009** mit je Fr. 5'000.-- (exkl. Mehrwertsteuer) in Rechnung (kläg.act. 4). Der Rechnungsbetrag von insgesamt Fr. 10'760.-- wurde von der Beklagten am 25. August 2009 bezahlt. Die Beklagte machte geltend, für das Jahr 2008 sei lediglich eine Initialisierungspauschale und nicht zusätzlich noch eine Infrastrukturpauschale geschuldet gewesen. Sie fordert den Betrag zurück, da sie irrtümlich angenommen habe, der Betrag sei geschuldet, und deshalb die Rechnung bezahlt habe (Klageantwort Rz 22f.). Nachdem, wie erwähnt (vorne Ziff. II.3.), die Beklagte an Stelle der Initialisierungspauschale einen Betrag nach Aufwand von Fr. 1'860.-- bezahlt und diesen Betrag auch anerkannt hat, ist dieser Betrag beim Rückforderungsanspruch der Beklagten für die bezahlte Infrastrukturpauschale 2008 von Fr. 5'000.-- in jedem Fall nicht zu berücksichtigen, sondern dieser beträgt grundsätzlich Fr. 5'000.-- (exkl. Mehrwertsteuer).

a) Wie erwähnt, sollte die Infrastrukturpauschale gemäss Honorarvereinbarung (bekl.act. 6) für die "Folgejahre" noch vereinbart werden. In der Honorarvereinbarung wurde unter "Spezielle Vereinbarungen" entsprechend ausdrücklich folgendes festgehalten: "Die Infrastrukturpauschale für die Folgejahre wird (...) vereinbart". Damit ist auf Grund des Wortlauts und der Auslegung der entsprechenden Passagen der Honorarvereinbarung klar, dass die Infrastrukturpauschale für die Folgejahre nach der für das Jahr 2008 zu leistenden Initialisierungspauschale, d.h. ab dem Jahr 2009, geschuldet war (Klageantwort Rz 22f.). In der Honorarvereinbarung wird – im Gegensatz zur Initialisierungspauschale – nicht im einzelnen umschrieben, welche Leistungen der Klägerin in der Infrastrukturpauschale enthalten sind. Die Klägerin führte dazu – in sehr allgemeiner Weise – aus, die Infrastrukturpauschale decke "u.a. die Kosten der Bereithaltung einer dauernden Leistung, welche alle rechtlichen Aspekten der Umweltgesetzgebung und der Chemikaliengesetzgebung in der ganzen Dimension sowie des Verwaltungsrechtes umfasse" (Klage Rz 17).



Die Beklagte wandte nun ein, es sei gänzlich unklar, wofür überhaupt eine zusätzliche Entschädigung geschuldet sein solle, und sie bestritt, dass eine solche Pauschale überhaupt geschuldet werde (Klageantwort Rz 25). Es trifft zwar zu, dass in der Honorarvereinbarung (bekl.act. 6) – im Gegensatz zur Initialisierungspauschale – in keiner Weise umschrieben wird, welche Leistungen der Klägerin von dieser Pauschale erfasst werden. Dies ändert indessen nichts daran, dass die Parteien für die "Folgejahren" gültig eine Infrastrukturpauschale vereinbart hatten, wobei deren Höhe nach Vertragsschluss noch vereinbart werden sollte. Die Beklagte hatte somit bei Vertragsschluss der Leistung einer Infrastrukturpauschale im Grundsatz zugestimmt, wobei jedoch deren Höhe zwischen den Parteien bestritten ist. Eine diesbezügliche schriftliche Vereinbarung liegt nicht vor. Die Klägerin machte geltend, die Beklagte habe Infrastrukturpauschalen in der Höhe von jährlich Fr. 5'000.-- konkludent akzeptiert, nachdem sie die am 25. Juni 2009 in Rechnung gestellten "Infrastrukturpauschalen 2008 und 2009" von je Fr. 5'000.-- (exkl. Mehrwertsteuer), ohne irgendwelche Einwendungen dagegen zu erheben, bezahlt habe (kläg.act. 4, 5). Die Beklagte bestritt dies und machte geltend, sie habe die Rechnung irrtümlicherweise bezahlt (Klageantwort Rz 17). Diesen Einwand erhob die Beklagte in Bezug auf die für 2008 und 2009 bezahlten Beträge von je Fr. 5'000.-- (exkl. Mehrwertsteuer), wogegen sie nicht eventualiter vorbrachte, der Irrtum habe sich nur in Bezug auf die Leistung von Teilbeträgen erstreckt.

b) Die Bezahlung einer Nichtschuld kann gemäss Art. 63 OR dann zurückgefordert werden, wenn derjenige, der sie bereits bezahlt hat, darzulegen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat. Der Irrtum des Leistenden muss sich auf die Schuldspflicht beziehen, d.h. auf den Rechtsgrund der Leistung, wobei es auf die Wesentlichkeit des Irrtums (Art. 23ff. OR) nicht ankommt. Ein Irrtum im Sinne von Art. 63 OR liegt auch dann vor, wenn der Leistende den Irrtum hätte erkennen müssen (BSK OR I-Schulin, Art. 63 N 4 m.w.H.). Damit werden die Hürden für den Beweis des Irrtums tief angesetzt, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Es genügt deshalb auch der Rechtsirrtum als Irrtum im Sinne von Art. 63 OR, so etwa wenn jemand Prämien zurückerstattet, weil er sich auf Grund der Statuten hierzu verpflichtet glaubte (BGE 64 II 126f.; BSK OR I-Schulin, Art. 63 N 4).

Vorliegend wurde die Rechnung für die Positionen "Infrastrukturpauschalen 2008 und 2009" gestellt (kläg.act. 4). Die Infrastrukturpauschale für das Jahr 2008 ist gesondert



von derjenigen für das Jahr 2009 (vgl. dazu nachfolgend lit. c) zu behandeln. Wie bereits ausgeführt, war in der Honorarvereinbarung für das Jahr 2008 zwar eine Initialisierungspauschale vereinbart worden, wogegen die Infrastrukturpauschale erst für die "Folgejahre" geschuldet war. Obwohl die Beklagte der Klägerin für das Jahr 2008 keine Infrastrukturpauschale geschuldet hatte, überwies sie auf Grund der Rechnung vom 25. Juni 2009 (kläg.act. 4) den entsprechenden Betrag (kläg.act. 5). Damit wurde offensichtlich ein nicht geschuldeter Betrag bezahlt. Angesichts der Tatsache, dass zu jenem Zeitpunkt keine schriftliche Vereinbarung über die Höhe der Infrastrukturpauschale vorlag, und dass die Rechnungsstellung entgegen dem Wortlaut der Honorarvereinbarung erfolgte, ist davon auszugehen, dass die Beklagte irrtümlich ihre Leistungspflicht annahm. Es ist von einem Rechtsirrtum der Beklagten auszugehen. Der Mandatsvertrag, die AGB und die Honorarvereinbarung, welche alle von der Klägerin formuliert worden sind, weisen eine Vielzahl von Bestimmungen auf, die nicht einfach formuliert sind und teilweise einen erheblichen Beurteilungsspielraum zulassen. Insgesamt ist deshalb erstellt, dass die Beklagte im Bezug auf die Infrastrukturpauschale 2008 irrtümlicherweise annahm, sie sei zur Bezahlung des in Rechnung gestellten Betrages von Fr. 5'000.-- (exkl. Mehrwertsteuer) verpflichtet. Sie hat deshalb mit der Bezahlung der Infrastrukturpauschale 2008 diese nicht akzeptiert und ist damit berechtigt, den Betrag von Fr. 5'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer für die Infrastrukturpauschale 2008 zurück zu fordern. Die Beklagte macht eine solche Rückforderung denn auch verrechnungsweise geltend (Klageantwort Rz 23).

c) Die Beklagte machte geltend, sie habe auch den Betrag für die Infrastrukturpauschale 2009 irrtümlicherweise überwiesen, und fordert diese zurück bzw. macht entsprechende Verrechnung geltend. Im Gegensatz zur Infrastrukturpauschale 2008 bestand diese Schuld aber – wie bereits ausgeführt – im Grundsatz. Die Beklagte vermag deshalb mit ihrer Behauptung, überhaupt keine Infrastrukturpauschale sei geschuldet (Klageantwort Rz 24ff.), nicht durchzudringen. Die Rückforderung des entsprechend der Honorarvereinbarung geschuldeten Betrages für die Infrastrukturpauschale 2009 gestützt auf Art. 63 OR ist daher ausgeschlossen.

Wie erwähnt, sollte die Höhe der Infrastrukturpauschale für die "Folgejahre" von den Parteien noch vereinbart werden (bekl.act. 6). Die Beklagte hat nun aber für die Infrastrukturpauschale 2009 einen Betrag von Fr. 5'000.-- bezahlt ohne den Einwand zu erheben, dieser Betrag sei nicht vereinbart worden bzw. zu hoch. Auch im vorliegenden



Verfahren machte die Beklagte, wie erwähnt, keine substantiierten Behauptungen, welcher Betrag für die Infrastrukturpauschale vereinbart worden sei. Die von der Beklagten vorgenommene Zahlung kann deshalb in Übereinstimmung mit der klägerischen Behauptung (Klage Rz 17) dahingehend gewertet werden, dass die Pauschale für das Jahr 2009 in der Höhe entsprechend der gestellten Rechnung stillschweigend akzeptiert wurde. Im Sinne der klägerischen Behauptung ist somit davon auszugehen, dass die Parteien stillschweigend einen Betrag von Fr. 5'000.-- jährlich für die Infrastrukturpauschale vereinbart hatten. Die Beklagte machte eventualiter die Rückforderung des pro rata berechneten Anteils der Pauschale für das Jahr 2009 von Fr. 2'690.-- geltend (Klageantwort Rz 27); darauf ist nachfolgend (Erw. II.6 a.E.) einzugehen.

5. Zwischen den Parteien sind die Rechtsfolgen der **fristlosen Kündigung des Mandatsvertrags** vom 22. Juni 2009 durch die Beklagte (kläg.act. 10) umstritten. Die Klägerin stellt sich dabei auf den Standpunkt, es handle sich beim Mandatsvertrag um einen "klassischen Innominatvertrag" bzw. einen Vertrag sui generis (Klage Rz 20; Plädoyernotizen Klägerin S. 6ff.). Die Beklagte hingegen geht von einem Auftrag gemäss Art. 394ff. OR aus (Klageantwort Rz 7ff.; Plädoyernotizen Beklagte S. 2ff.).

a) Durch den Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste im Interesse der Auftraggeberin vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 OR). Die dem Beauftragten übertragenen Geschäfte können sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein (C. Huguenin, Obligationenrecht BT, 3. Aufl., Zürich 2008, Rz 744; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 394 OR N 31). Typischerweise ist beim Auftrag ein sogenanntes sorgfältiges Tätigwerden des Auftragnehmers für den Auftraggeber geschuldet. Der Auftrag ist im Regelfall entgeltlich, der Beauftragte handelt auf fremde Gefahr und verfügt über eine gewisse organisatorische Selbstständigkeit. Zudem besteht in der Regel ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien (vgl. zum ganzen BK-Fellmann Art. 394 OR N 91ff.; BSK OR-Weber, Art. 394 N 2f.).

aa) Gefahrgutbeauftragte müssen von Unternehmen ernannt werden, die gefährliche Güter auf der Strasse befördern (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GGBV). Die Gefahrgutbeauftragten haben im allgemeinen über die Einhaltung der Vorschriften über die Beförderung gefährlicher Güter gemäss SDR zu wachen, die Unternehmung bei



deren Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Beförderung gefährlicher Güter zu beraten und jährliche Berichte für die Unternehmensleitung über die Tätigkeit der Unternehmung bezüglich der Beförderung dieser Güter zu erstellen (Art. 11 GGBV). Der Gefahrgutbeauftragte ist mithin im Interesse seines Auftraggebers (bzw. Mandatgebers) tätig. Er berät diesen in Fragen des Umgangs mit Gefahrgut. Die Unternehmung muss dem Gefahrgutbeauftragten die nötige Unabhängigkeit einräumen, damit er seine Aufgaben erfüllen kann (Art. 8 Abs. 2 GGBV). Beim vorliegenden Mandatsvertrag ergeben sich die Pflichten des Gefahrgutbeauftragten aus der GGBV und der SDR (kläg.act. 2 Ziff. 1) und werden zusätzlich im Mandatsvertrag, insbesondere in den AGB, konkretisiert. Vorliegend umschliessen die vereinbarten Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten die Sicherheitsvorsorge im Betrieb, Zugangskonzepte, Sicherheitspläne, Wareneingangs- und Ausgangskontrolle sowie deren Organisation, Warenumschlagslösungen, das Erstellen von diversen Dokumentationen und Informationsmitteln usw. Zentral sind ferner die Unterweisung der an den Arbeitsprozessen (Haupt-)Beteiligten sowie die Festlegung von Verfahren für Unfälle (kläg.act. 2).

bb) Wie soeben ausgeführt, beinhaltet der Mandatsvertrag (kläg.act. 2) das Erbringen von diversen Arbeitsleistungen, die ein aktives Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers (bzw. Mandatgebers) verlangen. Die gemäss Mandatsvertrag zu erbringenden Arbeitsleistungen sind entgeltlich, wobei sich die Ansätze im Einzelnen aus der getroffenen Honorarvereinbarung (bekl.act. 6) ergeben. Der Gefahrgutbeauftragte (bzw. Mandatnehmer) verfügt über eine organisatorische Selbstständigkeit. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass er die einzelnen Aktivitäten als Gefahrgutbeauftragter selber zu planen, zu koordinieren und auszuführen hat, wobei die Parteien für die Entschädigung des Gefahrgutbeauftragten entsprechende Stundensätze vereinbart haben (bekl.act. 6; vgl. Ziff. 6 AGB). Wie in der Zweckbestimmung gemäss Ziff. 1.2 und 1.3 der AGB festgehalten wird, sollen durch die Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten für die Unternehmung und für Dritte unerfreuliche Ereignisse vermieden und das Ansehen der Beklagten gefördert werden. Dies ist ein klarer Hinweis dafür, dass die Parteien vom Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen ihnen als notwendige Grundlage für den Mandatsvertrag ausgingen. Entgegen den Vorbringen der Klägerin liegt kein Werkvertrag vor, indem der Gefahrgutbeauftragte nicht einen Erfolg sondern ein



Tätigwerden schuldet, mit dem der Eintritt von Schaden als Folge des Transports gefährlicher Güter vermieden werden soll. Die Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten werden zwar teilweise in öffentlich-rechtlichen Erlassen festgelegt, was indessen nichts daran ändert, dass die Klägerin bzw. ihr Gefahrgutbeauftragter ausschliesslich aufgrund eines (privatrechtlichen) Vertrags für die Beklagte tätig war. Insbesondere schliesst Art. 8 GGBV entgegen der Ansicht der Klägerin nicht das Bestehen eines (privatrechtlichen) Auftragsverhältnisses aus. Diese Bestimmung verlangt lediglich, dass die Unternehmung die Voraussetzungen dafür schaffen muss, dass die Gefahrgutbeauftragten ihre Aufgaben erfüllen können, und sicherzustellen ist, dass dem Gefahrgutbeauftragten die notwendige Unabhängigkeit eingeräumt wird und dass ihm aus der Erfüllung seiner Aufgaben keine Nachteile erwachsen. Diese notwendige Unabhängigkeit schliesst nun aber in keiner Weise ein Auftragsverhältnis mit jederzeitigem Widerrufs- und Kündigungsrecht nach Art. 404 OR aus. Der Gefahrgutbeauftragte ist ausschliesslich der Unternehmung verpflichtet, von der er als Gefahrgutbeauftragter ernannt worden ist. Ihm kommt dabei kein Weisungsrecht gegenüber der Unternehmung zu. Ausschliesslich die Unternehmung bleibt gesetzlich verpflichtet, die Vorschriften beim Transport gefährlicher Güter einzuhalten, wobei sie einen Gefahrgutbeauftragten beizuziehen hat. Damit ist aber offensichtlich, dass ein Vertrauensverhältnis, wie es beim Auftrag typisch ist, zwischen der Unternehmung und dem Gefahrgutbeauftragten bestehen muss, da sie nur so sicher sein kann, dass in ihrem Betrieb die gesetzlichen Vorschriften über die Beförderung gefährlicher Güter eingehalten werden. Wenn dieses Vertrauensverhältnis nicht mehr besteht, muss sie jederzeit die Möglichkeit haben, einen Gefahrgutbeauftragten seiner Funktionen zu entheben.

cc) Alle diese soeben erwähnten Elemente, insbesondere das entscheidende Element des Vertrauensverhältnisses, und der Umstand, dass die Parteien selber ihr Vertragsverhältnis als "Mandat" bzw. "Mandatsvertrag" bezeichneten, führen zum Schluss, dass es sich beim vorliegenden Vertragsverhältnis klar um einen Auftrag gemäss Art. 394ff. OR und nicht als Innominatvertrag handelt. Nur als Eventualüberlegung für den Fall, dass nicht von einem Auftragsverhältnis mit dem Recht zur jederzeitigen Auflösung (Art. 404 OR) auszugehen wäre, sind die folgenden Ausführungen zu machen.



b) Die ältere Lehre und Rechtsprechung (BK-Fellmann Art. 394 OR N 284ff.; BGE 106 II 157ff.; 104 II 108ff.) gingen davon aus, dass gemäss Art. 394 Abs. 2 OR alle Verträge über Arbeitsleistungen, die keinem anderem Vertragstypus zugeordnet werden können, unter das Auftragsrecht fallen. Die heute herrschende Lehre (BK-Fellmann Art. 394 OR N 292 m.w.H.) und auch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 112 II 46; 109 II 466) vertreten nun die Meinung, dass Innominatverträge auf Arbeitsleistungen Bestand haben. Verträge, die jedoch keinem anderen Arbeitsvertragstypus zuzuordnen sind, werden gemäss Art. 394 Abs. 2 OR nach Auftragsrecht beurteilt. Diese Bestimmung wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als Auffangtatbestand für Arbeitsleistungsverträge verstanden (BSK OR I-Weber, Art. 394 N 22f.; BK-Fellmann, Art. 394 OR N 10, N 297). Allerdings ist Auftragsrecht nur dann anzuwenden, wenn es sich nicht als sachfremd erweist und zu angemessenen Lösungen führt (BSK OR I-Weber, Art. 394 N 23f.; Huguenin, a.a.O., Rz 748; H. Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht BT, 9. Aufl., Bern 2010, S. 324f. und 337ff.). Es ist, wie dargelegt, davon auszugehen, dass es sich beim vorliegenden Mandatsvertrag um einen Vertrag auf Arbeitsleistung handelt. Nachdem der Gefahrgutbeauftragte weder in einem Subordinationsverhältnis zur Unternehmung steht, noch einen bestimmt umschriebenen Erfolg schuldet, ist nicht anzunehmen, dass der Mandatsvertrag einem anderen gesetzlich geregelten Vertragstypus, d.h. insbesondere dem Werk- bzw. Arbeitsvertrag, zugeordnet werden könnte. Somit rechtfertigt sich die Anwendung von Auftragsrecht, falls dieses sich als sachgerecht erweist. Wie erwähnt, hatte die Beklagte am 22. Juni 2008 den Mandatsvertrag per sofort aufgelöst (kläg.act. 10), womit die Vertragsauflösung in Anwendung von Art. 404 OR zu beurteilen ist. Dieser sieht bei Aufträgen für beide Vertragsparteien eine jederzeitige Widerrufs- bzw. Kündigungsmöglichkeit vor. Dieses Recht ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zwingend (BGE 115 II 466; 106 II 59; 104 II 115; Huguenin, a.a.O., Rz 832; Honsell, a.a.O., S. 337).

aa) Die fristlose Kündigung vom 22. Juni 2009 ist, nachdem vorliegend auch bei Annahme eines Innominatvertrags die zwingende Bestimmung von Art. 404 OR anzuwenden ist, grundsätzlich zulässig. Aber auch wenn davon auszugehen wäre, dass es sich beim Mandatsvertrag um einen gemischten Vertrag handelt, ist die Kündigung – unabhängig von der Frage der Vorwerfbarkeit des Verhaltens der Gegenseite – gerechtfertigt, wenn ein sachlich vertretbarer Grund, der jedoch nicht unbedingt



objektiv oder gar wichtig zu sein braucht, vorliegt (BSK OR I-Weber, Art. 404 N 14). Vorliegend machte die Beklagte einen solchen Grund geltend. Sie wies, wie das Sicherheitsinspektorat der Bau- und Umweltschutzdirektion des Kantons B. im Schreiben vom 13. Mai 2009 festgehalten hatte (bekl.act. 3), darauf hin, dass an der von diesem am 24. April 2009 durchgeführten Kontrolle in der Zweigniederlassung der Beklagten in P. festgestellt wurde, dass die Pflichten der Unternehmung und die Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten der Klägerin, E. F., nur begrenzt wahrgenommen und umgesetzt worden waren. Gemäss den hinreichend begründeten und belegten Ausführungen der Beklagten waren das Sicherheitsinspektorat auf Grund des unannehmbaren Verhaltens von E. F. von der Klägerin in der Folge nicht mehr bereit, mit diesem zusammenzuarbeiten. Zudem geht aus den eingereichten Akten hervor, dass die Geschäftsbeziehungen zwischen der Beklagten und E. F. von der Klägerin angespannt waren. Im Rahmen der Beurteilung der Frage, ob die fristlose Kündigung sachgerecht war, ist zu prüfen, ob es im vorliegenden Fall für die Beklagte notwendig war, sofort kündigen zu können. Die Notwendigkeit einer fristlosen Kündigung kann bejaht werden, wenn ein Vertrauensverhältnis für den Vertrag nötig ist, aber zerstört wurde, da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Weiterführung des Vertragsverhältnisses dann als sinnlos erscheint (BGE 115 II 466; 104 II 115). Die Möglichkeit einer sofortigen Auflösung kann aber auch durch andere Gründe, insbesondere objektive Sachzwänge, begründet werden (BSK OR I-Weber, Art. 404 N 14, welcher von "sachlich vertretbaren" Gründen spricht). Für die Zulässigkeit der Kündigung genügt auch eine geringe Nachlässigkeit des Beauftragten (BK-Fellmann, Art. 404 OR N 91; BGE 109 II 469; 104 II 320f.).

bb) Vorliegend hielt die Beklagte im Kündigungsschreiben ausdrücklich fest, dass eine Zusammenarbeit mit der Klägerin nicht mehr möglich sei, da die für die G. AG in P. zuständigen Behörden jegliche weitere Zusammenarbeit mit dem Gefahrgutbeauftragten E. F. von der Klägerin ablehnen würden. Da die Klägerin nicht mehr im Stande sei, die von der Beklagten benötigten Leistungen im Sinne des Mandatsvertrags zu erfüllen, sei die fristlose Kündigung unumgänglich (kläg.act. 10). Im Schreiben vom 1. Juli 2009 bestritt die Klägerin nicht im Einzelnen die von der Beklagten genannten Kündigungsgründe, sondern brachte im Wesentlichen vor, die Kündigung sei zur Unzeit erfolgt (kläg.act. 8). Darauf ist nachfolgend (lit. c) einzugehen. Die Klägerin wies darauf hin, dass sie am 13. Juli 2009 mit dem zuständigen



Regierungsrat in B. über eine Lösung verhandeln werde, womit sie implizit einräumte, dass eine Zusammenarbeit mit dem Sicherheitsinspektorat des Kantons B. (zumindest vorläufig) nicht mehr möglich war. Ob die Klägerin in der Folge eine Lösung mit dem zuständigen Regierungsrat erzielen konnte, ist nicht von Bedeutung, da allein die Verhältnisse vor dem 22. Juni 2009 massgebend dafür sind, ob die Beklagte aus sachlich vertretbaren Gründen die fristlose Kündigung aussprechen durfte. Dies ist, nachdem jegliche Zusammenarbeit zwischen dem Gefahrgutbeauftragten E. F. und dem Sicherheitsinspektorat unmöglich geworden war, zu bejahen. Im Übrigen konnte auch, wie aus dem Schreiben des Sicherheitsinspektorat vom 14. Juli 2009 hervorgeht, an der Besprechung vom 13. Juli 2009 mit dem zuständigen Regierungsrat keine Lösung zwischen dem Gefahrgutbeauftragten E. F. und dem Sicherheitsinspektorat gefunden werden. Im erwähnten Schreiben wurde ausdrücklich auf den Inspektionsbericht vom 13. Mai 2009 (bekl.act. 3) verwiesen und lediglich festgehalten, dass das Sicherheitsinspektorat zu den von der Klägerin übergebenen Unterlagen Stellung nehmen werde (kläg.act. 11). Im Inspektionsbericht vom 13. Mai 2009 wurde u.a. festgehalten, dass zu Unrecht der Gefahrgutbeauftragte E. F. die Meinung vertreten habe, eine Schulung aller Personen, die an der Beförderung gefährlicher Güter beteiligt sind, sei nicht nötig (bekl.act. 3 S. 2). Offensichtlich hatte der Gefahrgutbeauftragte in diesem Punkt den Mandatsvertrag schlecht erfüllt, was daraus zu schliessen ist, dass die Beklagte mit Schreiben vom 24. Juli 2009 dem Sicherheitsinspektorat mitteilte, sie werde zwei Vertreter der G.-Gruppe zur Ausbildung zum Gefahrgutverantwortlichen entsenden (kläg.act. 12). Die Klägerin hatte sich in der Klage (Rz 19) darauf beschränkt, in allgemeiner Weise die Ausführungen der Beklagten in Abrede zu stellen, wonach die fristlose Kündigung aus hinreichenden Gründen erfolgt war. Damit kann sie aber nicht in Zweifel ziehen, dass die vom Sicherheitsinspektorat im Inspektionsbericht aufgeführten Mängel zutreffend waren (kläg.act. 3). Schliesslich sind auch die nicht belegten Ausführungen der Klägerin gegenüber dem Sicherheitsinspektorat vom 20. Juni 2009 (bekl.act. 4), mit welchen die Behörde teilweise in nicht akzeptabler, aggressiver Wortwahl angegriffen wird (vgl. z.B. bekl.act. 4 S. 2, 3 und 6), nicht geeignet, die Feststellungen des Inspektionsberichts in Frage zu stellen.

cc) Insgesamt hat die Beklagte nachgewiesen, dass die Behörden nicht mehr zur Zusammenarbeit mit der Klägerin bzw. dem Gefahrgutbeauftragten E. F. bereit waren, womit die Beklagte hinreichende, sachlich vertretbare Gründe hatte, den



Mandatsvertrag per 22. Juni 2009 fristlos zu kündigen. Aus diesem Grund (und weil es sich vorliegend um eine Eventualbegründung handelt) kann auf die beantragten Einvernahmen von Zeugen, insbesondere von H. D. von der Beklagten und Dr. R. K., Leiter des Sicherheitsinspektorats, verzichtet werden. Im Übrigen ist ein sachlicher Kündigungsgrund auch deshalb gegeben, da das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bereits erheblich gestört war. Die Kündigung war denn auch insbesondere aus einer (begründeten) Frustration über das aggressive Auftreten von E. F. den Behörden gegenüber (Klageantwort Rz 11ff., insbesondere Rz 15) sowie über die erfolglosen Besprechungen und die offenbar schleppende Erfüllung der Aufgaben als Gefahrgutbeauftragter (bekl.act. 10) heraus ausgesprochen worden. In Ziff. 10.2 der AGB anerkennt denn auch die Klägerin die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung namentlich für den Fall, dass die Gefahrgutbeauftragte (bzw. Mandatnehmerin) nicht mehr in der Lage ist, das Mandat vertragsgemäss auszuführen. Genau dies war hier der Fall. Damit war vorliegend – auch im Sinne der vereinbarten AGB – die Zulässigkeit der sofortigen Kündigung gegeben.

c) Die Klägerin machte des weitern geltend, die Kündigung sei zur Unzeit erfolgt (Klage Rz 20). Sie trägt hierfür die Beweislast (BK-Fellmann, Art. 404 OR N 65). Sie hat jedoch ihre Behauptungen nicht begründet und damit nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Die Klägerin kann deshalb mit dem Einwand der Kündigung zur Unzeit nicht gehört werden.

6. Die Klägerin machte geltend, durch die sofortige Kündigung erleide sie eine Einkommenseinbusse. Entsprechend der Rechnung vom 3. September 2009 (kläg.act. 6) verlangt sie unter dem Titel "**Infrastrukturpauschalen 2010 und 2011** gemäss Vertrag" die Zahlung von Fr. 10'760.-- (2x Fr. 5'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer) nebst 5% Verzugszins seit dem 6. Juli 2009 als Entschädigung. Sie stützt sich dabei auf Ziff. 10.2 der AGB, wonach eine sofortige Beendigung des Mandatsverhältnisses erfolgen kann, wenn die Gefahrgutbeauftragte (bzw. Mandatnehmerin) nicht mehr in der Lage ist, das Mandat vertragsgemäss auszuüben. In diesem Fall gilt Ziff. 6.3 der AGB, wonach die Infrastrukturpauschalen auch bei vorzeitiger Beendigung für die ganze Laufdauer des Vertrages geschuldet sind. Vorliegend ist der Beendigungsgrund gemäss Ziff. 10.2 der AGB gegeben, nachdem, wie erwähnt, die zuständigen Behörden



des Kantons B. im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung nicht mehr bereit waren, mit dem Gefahrgutbeauftragten E. F. zusammenzuarbeiten.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung darf das jederzeitige freie Widerrufsrecht des Auftraggebers nach Art. 404 OR nicht indirekt, z.B. durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, erschwert werden (BSK OR I-Weber, Art. 404 N 13; BGE 109 II 467; 104 II 116; 103 II 130), wobei der Strafcharakter einer solchen Pauschale dann anzunehmen ist, wenn trotz vorzeitiger Auftragsbeendigung das ganze Honorar geschuldet ist (BSK OR I-Weber, Art. 404 N 13). Vorliegend ist, wie erwähnt, gemäss Ziff. 6.3 der AGB die Infrastrukturpauschale von Fr. 5'000.-- (exklusive Mehrwertsteuer) bis zum Ablauf der vollen minimalen Vertragsdauer von 4 Jahren geschuldet. Bei einer solchen pauschalen Entschädigung, die zusätzlich geschuldet ist zum Zeitaufwand des Gefahrgutbeauftragten, welcher entsprechend den Stundensätzen von Fr. 192.-- bzw. Fr. 264.-- bzw. Fr. 350.-- zu entschädigen ist (bekl.act. 6), ist ein Strafcharakter klar gegeben. Nachdem die Klägerin nicht nachgewiesen hat, dass die Beklagte den Mandatsvertrag zur Unzeit aufgelöst hat (vgl. BSK OR I-Weber, Art. 404 N 16ff.), entfällt ein Anspruch der Klägerin auf eine Infrastrukturpauschale nach der Kündigung des Mandatsvertrags vom 22. Juni 2009. Der unter dem Titel Entschädigung für Infrastrukturpauschalen 2010/2011 geltend gemachte Betrag von Fr. 10'760.-- nebst 5% Verzugszins seit dem 6. Juli 2009 ist deshalb abzuweisen. Die Beklagte hat ferner Anspruch auf Rückerstattung des pro rata temporis berechneten Anteils der Pauschale für das Jahr 2009 von Fr. 2'690.-- (vgl. vorne Ziff. II.4.c). Die Klägerin hat den geltend gemachten Betrag von Fr. 2'690.-- nicht substantiiert bestritten, indem sie insbesondere vorgebracht hätte, dieser sei falsch berechnet. Die Beklagte ist somit berechtigt, den Betrag von Fr. 2'690.-- verrechnungsweise geltend zu machen.

7. Die Klägerin fordert im Weiteren eine **Abgangsentschädigung** in der Höhe von Fr. 17'733.85 nebst 5% Verzugszins seit dem 6. Juli 2009. Sie hatte der Beklagten diesen Betrag am 20. August 2009 in Rechnung gestellt, wobei sie sich auf Ziff. 6.4 der AGB berief (kläg.act. 9). Gemäss Ziff. 6.4 der AGB beträgt die Abgangsentschädigung im Fall einer Trennung, die durch ein Verfahren oder ein Unglück oder durch Meinungsverschiedenheiten über die Ausübung des Mandates bestimmt ist, 5 x die fakturierten Stunden des Vorjahres.



Die Voraussetzungen für eine Abgangsentschädigung im Fall einer Trennung gemäss Ziff. 6.4 der AGB sind in Ziff. 10.2 der AGB geregelt. Gemäss Ziff. 10.2 der AGB besteht ein Anspruch auf die Entschädigung nach Ziff. 6.4 der AGB – wie die Beklagte (Klageantwort Rz 35 und Rz 50) zu Recht ausführt – schon dem Vertragswortlaut nach nur alternativ zur Folge nach Ziff. 6.3 der AGB. Wie oben unter Ziff. II.5.b.bb ausgeführt wurde, war die Klägerin nicht mehr in der Lage, das Mandat vertragsgemäss auszuführen. Dies löst grundsätzlich die Folge von Ziff. 6.3 der AGB aus. Ziff. 10.2 der AGB schliesst eine Abgangsentschädigung gemäss Ziff. 6.4 der AGB damit gänzlich aus.

Im Übrigen wäre aber eine Abgangsentschädigung gemäss Ziff. 6.4. der AGB auch deshalb nicht geschuldet, weil damit gegen die Bestimmung von Art. 404 OR verstossen würde. Die Abgangsentschädigung gemäss Ziff. 6.4 der AGB sichert der Klägerin das Honorar für weitere 5 Jahre. Dies würde mehr als dem Honorar für die gesamte Mindestlaufzeit von 4 Jahren entsprechen. Wie bereits in Bezug auf die Infrastrukturpauschalen 2010 und 2011 ausgeführt wurde, kommt dieser Abgangsentschädigung Strafcharakter zu. Sie schränkt demnach das freie Widerrufsrecht des Auftraggebers ein und ist deshalb von diesem nicht geschuldet.

8. Am 9. September 2009 stellte die Klägerin der Beklagten eine Rechnung über Fr. 13'125.-- zu für diverse **Arbeitsaufwände** (kläg.act. 7). Diesen Betrag machte die Klägerin nebst 5% Verzugszins seit dem 4. September 2009 geltend. Sie machte in der Klage (Rz 18) keinerlei Ausführungen über die einzelnen in Rechnung gestellten Positionen und stellte keinerlei Beweisanträge. Nachdem die Klägerin die Beweislast trifft (Art. 8 ZGB), sind die einzelnen Rechnungspositionen nur nachgewiesen, wenn sie nicht von der Beklagten hinreichend substantiiert bestritten werden. Die Beklagte machte geltend, der in Rechnung gestellte Betrag von Fr. 12'197.95 (bzw. Fr. 13'125.-- inkl. Mehrwertsteuer) sei um Fr. 8'272.10 zu reduzieren, sodass ein Betrag von Fr. 3'924.90 (bzw. Fr. 4'223.20 inkl. Mehrwertsteuer) übrig bleibe (Klageantwort Rz 33). Im Einzelnen bestreitet die Beklagte folgende Positionen:

a) Gemäss den Vorbringen der Beklagten begründete die Klägerin in keiner Weise, weshalb sie für das Jahr 2008 nachträglich Leistungen in der Gesamthöhe von Fr. 1'796.10 (zweimal Position 1 sowie Position 2) verlangt, nachdem sie die Leistungen für diesen Zeitraum bereits am 8. Mai 2009 in Rechnung gestellt hatte (bekl.act. 9). In



der späteren Rechnung vom 13. Mai 2009 seien entsprechend keine Leistungen mehr aus dem Jahr 2008 aufgeführt worden (kläg.act. 8). Bei den ersten beiden Positionen (zweimal Position 1) handle es sich zudem um Leistungen, die in der Initialisierungspauschale (vorne Ziff. II.3.) enthalten gewesen wären und damit nicht nochmals in Rechnung gestellt werden könnten. Die Klägerin hat die bestrittenen Positionen 1, 1 und 2 weder begründet noch belegt, womit der Rechnungsbetrag von Fr. 13'125.-- um Fr. 1'796.10 zu reduzieren ist.

b) Die Beklagte wandte in Bezug auf die Position 3 ein, es sei nicht ersichtlich, welche Leistung die Klägerin unter dem Titel "Edition Verfügung Sicherheitsinspektorat B." mit einem Aufwand von 2 Stunden erbracht habe. Nachdem die Klägerin diese Position nicht begründet und damit nicht nachgewiesen hat, ist der Rechnungsbetrag von Fr. 13'125.-- um Fr. 528.-- zu reduzieren.

c) Unter der Position 19 machte die Klägerin für das "Verfassen Entwurf Stellungnahme zur Verfügung Sicherheitsinspektorat B." einen Aufwand von 14 Stunden geltend, was beim Ansatz von Fr. 264.-- einen Betrag von Fr. 3'696.-- ergibt. Die Beklagte machte geltend, die Klägerin habe mit dieser Stellungnahme vom 20. Juni 2009 (bekl.act. 4) nicht im Interesse der Beklagten und auch nicht im Rahmen des Auftragsverhältnisses gehandelt, weshalb sie dafür keine Entschädigung fordern könne. Zudem sei der behauptete Aufwand massiv übersetzt. Wie bereits ausgeführt worden ist, waren die Differenzen mit dem Sicherheitsinspektorat teilweise auch durch das Verhalten bzw. durch Unterlassungen von E. F. von der Klägerin verursacht worden, mithin ist davon auszugehen, dass die Klägerin den Auftrag in diesem Punkt mangelhaft erfüllt hat (Art. 398 OR). Der Aufwand, den sie für die Ausarbeitung einer Stellungnahme an das Sicherheitsinspektorat hatte, braucht deshalb von der Beklagten nicht entschädigt zu werden. Die Rechnung ist somit um Fr. 3'696.-- zu kürzen.

d) In Bezug auf die Positionen 23 - 27 brachte die Beklagte vor, es handle sich um behauptete Tätigkeiten, die alle nach dem 22. Juni 2009 und somit nach der Auflösung des Mandatsvertrages ausgeführt worden seien. Wie bereits ausgeführt wurde (vorne Ziff. II.5.c), hat die Klägerin weder hinreichend behauptet noch nachgewiesen, dass der Auftrag zur Unzeit aufgelöst worden war. Damit kann sie für Leistungen, die sie nach dem 22. Juni 2009 erbracht hat, von der Beklagten nicht Ersatz fordern. Im Übrigen wäre aber auch etwa die Position 23 (reservierte Zeit für Herr H. H.) in der Höhe von Fr.



960.-- nicht nachgewiesen. Die Klägerin führte die Besprechung mit Regierungsrat M. A. und Dr. R. K. in B. (Positionen 24 - 26), ohne von der Beklagten dafür beauftragt worden zu sein, und die Klägerin hat nicht nachgewiesen, dass diese Besprechungen im Interesse der Beklagten und nicht im eigenen Interesse erfolgt waren. Die Rechnung ist deshalb um den Betrag von Fr. 2'252.-- zu reduzieren.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass der in Rechnung gestellte Betrag von Fr. 12'197.-- (ohne Mehrwertsteuer) um Fr. 8'272.10 zu reduzieren ist, womit die Beklagte der Klägerin aus der Rechnung vom 9. September 2009 noch einen Betrag von Fr. 3'924.90 bzw. Fr. 4'223.20 (inkl. Mehrwertsteuer) schuldet.

9. Die Beklagte macht verschiedene Forderungen im Betrag von **Fr. 21'580.-- verrechnungsweise** geltend und verlangt die Rückerstattung bezahlter Rechnungen (Klageantwort Rz 17 und Rz 40). Wie erwähnt, hat die Klägerin keine Replik eingereicht und damit im Schriftenwechsel zu diesen Verrechnungsforderungen auch nicht Stellung genommen. Indessen kann allein aus dem Umstand, dass der Kläger keine Replik eingereicht hat, nicht geschlossen werden, eine von der Gegenpartei behauptete Tatsache sei nicht streitig. Vielmehr hat der Beklagte die notwendigen Behauptungen zu substantiieren und dafür Beweise vorzulegen. Hingegen wird seine Position nicht durch gegenteilige Behauptungen und Gegenbeweise geschwächt (GVP 1993 Nr. 63).

a) In Bezug auf die Rechnung vom 8. Mai 2009 (bekl.act. 9) im Gesamtbetrag von Fr. 3'546.80 führte die Beklagte aus, sie habe irrtümlich auf das Konto der Klägerin einen Betrag von Fr. 2'500.-- überwiesen, der auf der Rechnung in Abzug gebracht worden sei. Sie habe erst nachträglich festgestellt, dass die Rechnung nur im Umfang von Fr. 272.25 gerechtfertigt sei. Die Position 1 sei nicht geschuldet, weil sie sich auf eine Leistung vom 20. Dezember 2007 beziehe, wogegen der Vertrag erst ab 1. Januar 2008 Gültigkeit gehabt habe. Sämtliche Arbeiten in den Positionen 1 - 11 (ausgenommen die Fahrspesen in Positionen 3, 7 und 10) würden sich auf Tätigkeiten beziehen, welche durch die Initialisierungspauschale abgegolten worden seien (Klageantwort Rz 30f. und Rz 19f.). Wie bereits ausgeführt worden ist (vorne Ziff. II.3), ist die Initialisierungspauschale von Fr. 5'000.-- nicht Gegenstand der vorliegenden Klage. Die Beklagte hat weder hinreichend substantiiert dargelegt noch nachgewiesen, weshalb sie sich im Irrtum befunden habe, als sie die Rechnung vom 8. Mai 2009



bezahlt hatte. Ein solcher ist auch nicht anzunehmen, nachdem es sich um Arbeiten handelt, die von der Initialisierungspauschale umfasst waren. Es ist somit davon auszugehen, dass die Beklagte, welche zunächst einen Betrag von Fr. 2'500.-- und danach den in Rechnung gestellten Restbetrag von Fr. 1'046.80 bezahlt hatte, diese Positionen konkludent anerkannt hatte. Der verrechnungsweise geltend gemachte Rückforderungsanspruch der Beklagten von Fr. 3'253.85 ist damit nicht ausgewiesen.

b) In Bezug auf die Rechnung der Klägerin vom 13. Mai 2009 über Fr. 9'854.45 (bekl.act. 8) machte die Beklagte geltend, sie habe irrtümlicherweise angenommen, sie sei zur Zahlung verpflichtet. Dabei fehlen nach ihrer Ansicht für die in Position 6 geltend gemachten 30.6 Arbeitsstunden in der Höhe von Fr. 5'875.20 (exkl. Mehrwertsteuer) ausreichende Angaben, wer wann welche Arbeiten ausgeführt habe (Klageantwort Rz 32). Soweit die Beklagte geltend macht, die unter Position 6 verlangten Aufwendungen seien Teil der Initialisierungspauschale, kann sie, wie soeben ausgeführt worden ist (oben lit. a), nicht gehört werden. Die Beklagte legt in keiner Weise dar, weshalb sie die Rechnung irrtümlich bezahlt habe. Dies ist auch nicht anzunehmen, nachdem sie lediglich eine Position bestreitet, womit davon auszugehen ist, dass die übrigen Positionen (Positionen 1 - 5, 7 - 9) zu Recht in Rechnung gestellt worden waren. Nachdem ein Irrtum zu verneinen ist, besteht kein Rückforderungsanspruch der Beklagten in der geltend gemachten Höhe von Fr. 5'875.20 bzw. Fr. 6'321.70 (inkl. Mehrwertsteuer).

c) Zur Rechnung vom 25. Juni 2009 betreffend Infrastrukturpauschalen 2008 und 2009 im Betrag von Fr. 10'760.-- (kläg.act. 4) sind bereits Ausführungen gemacht worden (vgl. oben Ziff. II.4).

d) In Bezug auf die Rechnung vom 9. September 2009 über Fr. 13'125.-- (kläg.act. 7) wurde bereits festgehalten (vorne Ziff. II.8), dass der Klägerin ein Teilbetrag von Fr. 4'223.20 zusteht.

e) Die Beklagte macht unter Hinweis ihrer Rechnung an die Beklagte vom 26. Oktober 2009 über Fr. 28'709.80 eine Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 21'580.-- verrechnungsweise geltend (Klageantwort Rz 40). Im vorliegenden Verfahren macht sie die letzte Position gemäss Rechnung vom 26. Oktober 2009 (bekl.act. 10) in der Höhe von Fr. 7'129.80 für die "Rückforderung gemäss Schreiben vom 28.



September 2009" nicht mehr geltend, womit darüber nicht zu befinden ist. Die Beklagte führte zur Begründung der Schadenersatzforderung in allgemeiner Weise aus, sie habe mit grossem zeitlichen Aufwand die Beziehungen zu den Behörden wieder neu aufbauen müssen, und es sei, da die von der Klägerin geleistete Arbeit ungenügend gewesen sei, zusätzlicher Aufwand entstanden. Diese Ausführungen stellen keine hinreichend substantiierten Behauptungen dar, und es fehlen auch jegliche Beweise bzw. Beweisanträge. Bei den in der Rechnung vom 26. Oktober 2009 von der Beklagten gemachten Angaben handelt es sich um reine Parteibehauptungen, denen kein Beweiswert zukommt. Nicht ausgewiesen ist der von der Beklagten von der Klägerin geforderte pauschale Betrag von Fr. 15'000.-- für einen erlittenen Imageschaden. Des Weiteren fordert die Beklagte Aufwendungsersatz für diverse Schreiben und Gespräche "auf Grund der Vorfälle" in der Höhe von Fr. 1'120.--. Zumindest teilweise sind diese Aufwendungen der Beklagten selbst zuzurechnen. Da sie überdies nicht substantiiert sind, sind sie von der Klägerin nicht verrechnungsweise geschuldet. Des Weiteren fordert die Beklagte auch für die Besprechung vom Mai 2009 in A. und vom Juni 2009 im Werk W. einen Schadenersatz in der Gesamthöhe von Fr. 5'460.--, da die Leistungen des Gefahrgutbeauftragten unbefriedigend gewesen seien. Der geltend gemachte Aufwand wurde jedoch in keiner Weise nachgewiesen, womit auch der Betrag von Fr. 5'460.-- nicht verrechnungsweise geltend gemacht werden kann.

f) Insgesamt steht der Beklagten kein Anspruch auf Rückforderung von bezahlten Rechnungen zu, und der verrechnungsweise unter dem Titel Schadenersatz geltend gemachte Betrag von Fr. 21'580.-- ist nicht nachgewiesen.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Initialisierungspauschale von Fr. 5'000.--, welche von der Infrastrukturpauschale zu unterscheiden ist, nicht Gegenstand der vorliegenden Klage ist (Erw. II.3.). Die Beklagte hat die Infrastrukturpauschalen 2008 von Fr. 5'000.-- bzw. 5'380.-- (inkl. Mehrwertsteuer) irrtümlicherweise geleistet und kann diese verrechnungsweise geltend machen (Erw. II.4.b). Hingegen kann sie die Infrastrukturpauschale 2009 von Fr. 5'000.--, die sie bezahlt hat, grundsätzlich nicht zurückfordern (Erw. II.4.c). Hingegen kommt ihr ein Rückforderungsanspruch pro rata temporis für die Infrastrukturpauschale 2009 von Fr. 2'690.-- zu (Erw. II.6 a.E.). Der Widerruf des Mandatsvertrags durch die Beklagte war am 22. Juni 2009 per sofort zulässig (Erw. II.5). Damit sind die Infrastrukturpauschalen



für die Jahre 2010 und 2011 nicht geschuldet, und die Forderung von Fr. 10'760.-- nebst 5% Verzugszins seit dem 6. Juli 2009 ist abzuweisen (Erw. II.6). Abzuweisen ist auch die Abgangsentschädigung von Fr. 17'733.85 nebst 5% Verzugszins seit dem 6. Juli 2009 (Erw. II.7). Der von der Klägerin geltend gemachte Betrag von Fr. 13'125.-- nebst 5% Verzugszins seit dem 4. September 2009 ist in der Höhe von Fr. 4'223.20 nebst Verzugszins grundsätzlich zu schützen (Erw. II.8). Nachdem der Beklagten eine den Betrag von Fr. 4'223.20 übersteigende Verrechnungsforderung von Fr. 8'070.-- (Fr. 5'380.-- + Fr. 2'690.--) zusteht, ist die Klage abzuweisen.