



Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Roland Schmid, die Handelsrichter Michael Küttel, Diego Brüesch und Thomas Huonder sowie der Gerichtsschreiber Zeno Schönmann

Urteil vom 8. Juli 2014

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Fürsprecher Y._____

sowie

C._____,
Streitberufener

betreffend **Forderung**

Inhaltsübersicht

Sachverhalt und Verfahren.....	4
A. Sachverhaltsübersicht	4
a. Parteien	4
b. Prozessgegenstand	4
B. Prozessverlauf.....	5
a. Klageeinleitung.....	5
b. Wesentliche Verfahrensschritte.....	5
Erwägungen	6
1. Formelles.....	6
1.1. Örtliche Zuständigkeit	6
1.2. Sachliche Zuständigkeit	6
1.3. Übrige Prozessvoraussetzungen.....	6
2. Bedingter Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus Vertrag.....	6
2.1. Unbestrittener Sachverhalt	6
2.2. Streitpunkte	7
2.3. Rechtliches.....	8
2.3.1. Bedingte Obligation.....	8
2.3.2. Tatsächlicher Konsens und Auslegung eines Vertrags nach dem Vertrauensprinzip.....	8
2.3.3. Beweislastverteilung	11
2.3.4. Behauptungs- und Substantiierungslast sowie Verknüpfung von Behauptungen und Beweismitteln	11
2.4. Subsumtion	12
2.4.1. Ausgangslage	12
2.4.2. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (normativer Konsens)	13
2.4.2.1. Schriftliche Vereinbarungen	13
2.4.2.2. Grammatikalische Auslegung	16
2.4.2.3. Berücksichtigung des Zwecks und der Vertragsumstände	24
2.4.2.4. Ergebnis der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip	29
2.4.3. Tatsächlicher Konsens.....	29
2.5. Fazit.....	31
3. Gültigkeit des Vertrags hinsichtlich der Unterzeichnung des Subunternehmervertrags	31
3.1. Unbestrittener Sachverhalt	31
3.2. Streitpunkte	31
3.3. Rechtliches.....	32
3.4. Subsumtion	33
3.5. Fazit.....	34
4. Teilweiser Eintritt der Bedingung für das Entstehen von klägerischen Forderungen gegenüber der Beklagten.....	34
5. Untergang der klägerischen Forderungen durch Erfüllung.....	35
6. Zusammenfassung.....	35
7. Prozesskosten	35

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 111'598.75 zuzüglich 5 % Verzugszins ab dem 31. Oktober 2011 zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr statutarischer Zweck besteht neben der Beratungstätigkeit in diversen Bereichen in der Übernahme und Ausführung von Aufträgen zur Planung, Projektierung, Bauleitung, Erstellung, Lieferung, Betriebsführung und Überwachung von Anlagen und Bauten aller Art (act. 3/3).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern, welche gemäss Handelsregistereintrag u.a. die Durchführung von Planungs- und Kontrollaufträgen für Sanitär- und Erschliessungsanlagen bezweckt (act. 3/4). Sie ist heute inaktiv (act. 1 Rz. 19; act. 9 Rz. 60).

b. Prozessgegenstand

C._____, der ehemalige Geschäftsführer der Beklagten, sowie drei weitere Mitarbeiter wechselten per 1. Mai 2009 von der Beklagten zur D._____ AG, welche zu 100 % der Klägerin gehörte und in der Folge in letzterer aufging. Die Beklagte – nunmehr praktisch mitarbeiterlos – übertrug diverse Projekte betreffend Ingenieurleistungen an die Klägerin als Subunternehmerin (act. 1 Rz. 12 ff.; act. 9 Rz. 49 ff.). Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Bezahlung der nach ihrem Verständnis geschuldeten (Teil-)Vergütung für eines dieser Projekte ("Überbauung Z._____").

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Am 9. Februar 2012 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klageschrift beim Handelsgericht Zürich ein (act. 1).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Den ihr mit Verfügung vom 13. Februar 2012 (Prot. S. 2 f.) auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete die Klägerin fristgemäss (act. 6), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 23. März 2012 Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt wurde (Prot. S. 4). Mit der Klageantwort vom 12. Juni 2012 erhob die Beklagte Streitverkündungsklage gegen C._____ (act. 9). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 14. Juni 2012 (Prot. S. 5 ff.) Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses für die Streitverkündungsklage angesetzt. Gleichzeitig wurde sie aufgefordert, sich zur sachlichen Zuständigkeit des hiesigen Gerichts für die Streitverkündungsklage zu äussern. Noch innert laufender Frist für die Leistung des Kostenvorschusses teilte die Beklagte mit Eingabe vom 17. August 2012 mit, auf die Streitverkündungsklage zu verzichten. Stattdessen erklärte sie C._____ den Streit im Sinne von Art. 78 ff. ZPO (act. 12, act. 13 S. 12 f., act. 14/7). Daraufhin wurde das Streitverkündungsverfahren als erledigt abgeschrieben und von der erwähnten Streitverkündung Vormerk genommen (Prot. S. 8 f.; act. 15).

Eine am 28. November 2012 durchgeführte Vergleichsverhandlung führte zu keiner Einigung (Prot. S. 11). Während laufender Frist zur Einreichung der Replik (Prot. S. 12; act. 20) stellte die Klägerin mit Eingabe vom 22. Mai 2013 einen Sistierungsantrag (act. 25), welcher nach Anhörung der Beklagten (Prot. S. 14; act. 26; act. 28) abgewiesen wurde (Prot. S. 15; act. 29). Auf entsprechende gerichtliche Aufforderungen hin (Prot. S. 15 f.; act. 29; act. 33) reichten die Klägerin mit Eingabe vom 12. Juli 2013 die Replik (act. 31) und die Beklagte mit Eingabe vom 16. Oktober 2013 die Duplik (act. 35) ein. Letztere wurde der Klägerin mit Verfügung vom 18. Oktober 2013 zugestellt (Prot. S. 17; act. 36). Auf die Durch-

führung einer Hauptverhandlung haben die Parteien verzichtet (Prot. S. 18 f.; act. 38).

Gleichzeitig mit der Replik reichte die Klägerin ein aktualisiertes Beweismittelverzeichnis ein (act. 31 S. 27 f.). Die Beklagte nannte ihre Beweismittel in der Klageantwort (act. 9 S. 9). Abgesehen von zwei Editionsanträgen in Bezug auf die Akten des Verfahrens mit der Prozess Nr. HG130045 nannte die Beklagte in der Duplik keine neuen Beweismittel (act. 35 S. 7 und 12).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit von Zürich ergibt sich aus einer zwischen den Parteien geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung (act. 3/2 S. 4; act. 10/3 S. 3; Art. 406 ZPO i.V.m. Art. 9 Abs. 1 GestG). Sie ist im Übrigen unbestritten (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 9 Rz. 1; vgl. Art. 18 ZPO).

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht Zürich ist auch sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.3. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, weshalb auf die Klage einzutreten ist (vgl. Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO).

2. Bedingter Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus Vertrag

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Aufgrund des Mitarbeiterabgangs bei der Beklagten kamen die Parteien überein, dass die Klägerin als Subunternehmerin der Beklagten deren vertraglich geschul-

deten Leistungen aus verschiedenen laufenden Projekten erbringen würde (act. 1 Rz. 14; act. 9 Rz. 52 f.; act. 31 Rz. 9; act. 35 Rz. 78). Die Rechnungstellung an die Kunden erfolgte namens der Beklagten durch die Klägerin bzw. den Streitberufenen (act. 9 Rz. 22; act. 35 Rz. 32; vgl. auch Vertragsziffer 9 der Vereinbarung vom 22. April 2009; act. 10/3 S. 3).

Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang u.a. das Projekt "*Überbauung Z._____*" übernommen und zu Ende geführt; es wurde am 30. Mai 2011 durch die Bauherrschaft abgenommen (act. 1 Rz. 31; act. 9 Rz. 73).

2.2. Streitpunkte

Unter den Parteien ist im vorliegenden Verfahren die Vergütung der Klägerin für die Übernahme und Weiterführung des Projekts "*Überbauung Z._____*" bestritten.

Die Klägerin macht geltend, es sei ein Pauschalhonorar von CHF 248'000.– (exkl. MWST), im Weiteren eine Vergütung nach Zeittarif für im vertraglichen Leistungsumfang nicht enthaltene Zusatzleistungen und schliesslich eine Vergütung für Nebenkosten vereinbart worden (act. 1 Rz. 20). Nach ihrer Sachdarstellung seien insgesamt 9 Akontozahlungen sowie eine am 15. Juni 2011 fällige Schlusszahlung vereinbart worden (act. 1 Rz. 21). Betreffend die Fälligkeit der Zahlungen hätten die Parteien vereinbart, dass die Beklagte das klägerische Honorar umgehend nach Eingang der entsprechenden Zahlungen des Endkunden, der F._____ AG, bei der Beklagten hätte bezahlen sollen (act. 1 Rz. 22).

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Klägerin stehe 90 % bzw. (für Nachträge) 95 % der ab dem 1. Mai 2009 von der F._____ AG an die Beklagte bezahlten (Rest-)Honorare aus dem Projekt "*Überbauung Z._____*" zu. Das Honorar für Leistungen, welche bis zum 30. April 2009 erbracht worden seien, verbleibe hingegen bei der Beklagten (act. 9 Rz. 10 und 30; act. 35 Rz. 25 und Rz. 32).

2.3. Rechtliches

2.3.1. Bedingte Obligation

Obligationen entstehen unter anderem aus Verträgen, welche durch Erzielung eines Konsenses zustande kommen (Art. 1 ff. OR). Ein tatsächlicher Konsens kann darin bestehen bzw. eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann ergeben (vgl. Ziff. 2.3.2. hiernach), dass eine Leistung bedingt geschuldet ist. Das Gesetz unterscheidet die aufschiebende von der auflösenden Bedingung. Ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, ist als aufschiebend bzw. suspensiv bedingt anzusehen (Art. 151 Abs. 1 OR). Eine auflösende bzw. resolutive Bedingung liegt bei einem Vertrag vor, dessen Auflösung vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht worden ist (Art. 154 Abs. 1 OR).

Nicht nur Verträge und einzelne Forderungen, sondern – von wenigen Ausnahmen abgesehen – sämtliche Rechtsgeschäfte können mit Bedingungen verknüpft werden. Die Parteien können eine Bedingung ausdrücklich oder konkludent verabreden. Neben der Willenseinigung muss der Eintritt des entsprechenden Ereignisses ungewiss sein und in der Zukunft liegen (HUEGENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, N. 1278 ff.).

Eine Willensbedingung (potestative oder willkürliche Bedingung) liegt vor, wenn die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts vom Willen und einer entsprechenden Handlung einer Vertragspartei abhängt. Kasuelle Bedingungen oder Zufallsbedingungen verknüpfen hingegen die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts mit Ereignissen, die von den Parteien nicht beeinflusst werden können. Schliesslich gibt es gemischte Bedingungen, die sowohl vom Willen einer Vertragspartei als auch von einem nicht beeinflussbaren Ereignis abhängen (HUEGENIN, a.a.O., N. 1292 ff.).

2.3.2. Tatsächlicher Konsens und Auslegung eines Vertrags nach dem Vertrauensprinzip

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor

dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Um darüber befinden zu können, ob tatsächlich eine Vereinbarung zwischen Parteien zustande gekommen ist, muss demnach zunächst nach ihrem übereinstimmenden wirklichen Willen gesucht werden (Art. 18 Abs. 1 OR). Es obliegt folglich dem Gericht, zunächst den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, gegebenenfalls empirisch auf Grund von Indizien (z.B. Partieverhalten nach Vertragsschluss). Dabei handelt es sich um eine Tatfrage. Wenn es dem Gericht nicht gelingt, diesen wirklichen Willen zu ermitteln, oder wenn es feststellt, dass eine Partei den von der andern geäußerten wirklichen Willen nicht verstanden hat, muss das Gericht eruieren, welche Bedeutung die Parteien nach den Regeln von Treu und Glauben ihren gegenseitigen Willenserklärungen geben konnten und mussten. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt somit das Vertrauensprinzip zur Anwendung, wobei die Ermittlung der Bedeutung, die den Willenserklärungen der Parteien beim Abschluss eines Vertrags nach Treu und Glauben zukommt, eine Rechtsfrage ist (BGer. 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1).

Bei der Vertrauensauslegung hat das Gericht das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben. Umstände, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren, sind dabei mit zu berücksichtigen. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb nachträgliches Partieverhalten bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip – im Gegensatz zur Situation bei der Ermittlung des natürlichen Konsenses – nicht von Bedeutung ist.

Im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung den Grundsatz differenziert, wonach nur auf Interpretationsmethoden zurückgegriffen werden sollte, wenn der Wortlaut des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages Zweifel aufkommen lässt oder unklar ist. Es kann demnach nicht (mehr) zum Grundsatz erhoben werden, dass andere Auslegungsmethoden bei klarem Wortlaut zum

Vornherein auszuschliessen sind. Vielmehr geht aus Art. 18 Abs. 1 OR hervor, dass selbst der Sinn eines klaren Wortlautes nicht zwangsläufig massgebend sein muss und dass die reine Auslegung nach dem Wortlaut im Gegenteil gesetzeswidrig ist. Selbst wenn der Wortlaut einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus anderen Vertragsbedingungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck bzw. der Interessenlage oder anderen Umständen ergeben, dass der Wortlaut der genannten Klausel den Sinn des geschlossenen Vertrages nicht genau wiedergibt. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Das Gericht orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss.

Auch wenn der Wortlaut nach dem soeben Gesagten für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zumisst, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben. Abzustellen ist demnach auf den gebräuchlichen Wortsinn, der sich auch aus üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann. Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist aber auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinngehalt wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt (vgl. dazu BGer. 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.; BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.2 = Pra. 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a; BGE 127 III 444 ff. = Pra 2002 Nr. 22 E. 1.b; BGE 131 III 469 E. 1.1; BGer. 4A_105/2011 E. 3.2; BGer. 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2-4).

2.3.3. Beweislastverteilung

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Grundsätzlich ist das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend. Dieses bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2aa).

Behaupten die Parteien einen voneinander abweichenden tatsächlichen Konsens, ist zunächst zu prüfen, ob ein normativer Konsens besteht, da die Beweislast für den Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens jene Partei trägt, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa).

2.3.4. Behauptungs- und Substantiierungslast sowie Verknüpfung von Behauptungen und Beweismitteln

Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Die beweisfreie Partei trifft hingegen die Bestreitungslast. Ein Aspekt der Behauptungs- ist die Substantiierungslast: Tatsachenbehauptungen sind so konkret zu formulieren, dass substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (SCHMID, in: BSK ZGB I, Art. 8 N. 29 und 33).

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO enthält die Klage die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen (Prinzip der Beweisverbindung). Dabei ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweis-

offerten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Mangels solcher Beweisofferten der beweisbelasteten Partei unterbleibt eine Beweisabnahme (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4). Die Beweismittel sind vor Aktenschluss zu nennen, und ein späteres Nachreichen ist nur möglich, soweit noch neue Tatsachen und Beweismittel in den Prozess eingeführt werden können (LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 221 N. 51 f.).

2.4. Subsumtion

2.4.1. Ausgangslage

Beide Parteien behaupten hinsichtlich der Regelung der klägerischen Vergütung nach dem Gesagten einen voneinander abweichenden tatsächlichen Konsens (vgl. Ziff. 2.2. hiervor). Zunächst ist somit – trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens – zu prüfen, ob ein übereinstimmender, mutmasslicher Vertragswille besteht. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und bleibt es für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis.

Das Bundesgericht hat diese Art der Vorgehensweise geschützt. Es führte dazu aus: *"E. 5.1: [...] Ziel der Vertragsauslegung ist es demnach, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. E. 5.2: Die Vorinstanz ging umgekehrt vor, indem sie zuerst eine normative Auslegung vornahm und hernach prüfte, ob die Beschwerdeführerin ihre davon abweichende Behauptung eines übereinstimmenden Parteiwillens bewiesen habe. Im Ergebnis schadet dieses Vorgehen nicht, da die Vorinstanz so oder anders*

prüfte, ob ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille, wie ihn die Beschwerdeführerin behauptete, bewiesen sei. [...]" (Urteil des Bundesgerichts 4A_683/2011 vom 6. März 2012, E. 5.1, 5.2).

2.4.2. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (normativer Konsens)

2.4.2.1. Schriftliche Vereinbarungen

2.4.2.1.1. Vereinbarung vom 22. April 2009 (act. 10/3)

Mit dieser Vereinbarung vom 22. April 2009 regeln die Parteien einerseits den Wechsel von vier ehemals beklaglichen Mitarbeitern – C.____ (Streitberufener), G.____, H.____ und I.____ – per 1. Mai 2009 zur Klägerin (Vertragsziffer 1-6).

Die Vereinbarung vom 22. April 2009 enthält andererseits Bestimmungen über die Weiterführung der beklaglichen Projekte durch die Klägerin. Für die vorliegende Klage erweisen sich insbesondere die Vertragsziffern 8-10 als relevant.

Vertragsziffer 8 hat folgenden Wortlaut:

"Die 10 laufenden Projekte gemäss beiliegender Aufstellung mit einem Resthonorar von CHF 400'000.– werden von B.____ an A.____ global zu total CHF 360'000.– subvergeben. Dazu werden für jedes der 10 Projekte je ein Subunternehmervertrag erstellt; zu einem Total Honorar von CHF 360'000.–. Jede Untervergabe setzt den Abschluss eines separaten, schriftlichen Subunternehmervertrags voraus. B.____, Herr E.____, stellt sicher, dass die Kunden mit dieser Lösung einverstanden sind."

Vertragsziffer 9 lautet sodann:

"A.____ bereitet sämtliche Rechnungen z.Hd. des Kunden aus den Projektverträgen für B.____ vor. Gleichzeitig stellt A.____ B.____ eine Rechnung in der angepassten Höhe (im Verhältnis des Gesamthonorars von CHF 400'000.– zu CHF 360'000.–), zahlbar unmittelbar nach Zahlungseingang bei B.____ AG."

In Vertragsziffer 10 sehen die Parteien vor, dass die Klägerin im Namen der Beklagten über allfällige Nachträge zu den laufenden Projekten mit den Kunden verhandelt, wobei die Beklagte 95 % der eingegangenen Nachtragshonorare an die Klägerin weiterzuleiten hat.

Die weiteren Vertragsziffern haben keine streitgegenständliche Bedeutung: Vertragsziffer 7 sieht die klägerische Übernahme (ohne Eigentumsübergang) sämtlicher notwendiger projektbezogener Unterlagen (Hard Copies und EDV Dateien) vor. Vertragsziffer 11 betrifft sogenannte "*Projekte in Lauerstellung*", welche wie Nachträge abgewickelt werden sollen. Vertragsziffer 12 bezieht sich auf "*zukünftige projektbezogene Folgeaufträge*", und Vertragsziffer 13 bestimmt schliesslich das anwendbare Recht und den Gerichtsstand.

Neben einem hier nicht weiter interessierenden "*Appendix 2*" ("*Aufstellung der Projekte in Lauerstellung*") ist in der Vereinbarung vom 22. April 2009 ein "*Appendix 1: Aufstellung der laufenden B. _____ Projekte, unterzuvergeben an A. _____*" erwähnt. Dieses Dokument mit der Überschrift "*Laufende Projekte / Arbeitsvorrat / Honorarübersicht*" und der Datierung "*11.03.2009/E. _____ / rev. 12.03.2009/E. _____*" listet zehn Projekte auf und unterscheidet dabei die Kategorien "*Kunde*", "*Gesamthonorar*", "*Akontorechnungen + geleisteter Aufwand*", "*Restthonorar*", "*Geschätzter Aufwand bis Vertragsende*", "*Gewinnerwartung*" sowie "*Bemerkungen*". Für sämtliche Projekte zusammen wird das Restthonorar auf CHF 400'153.–, der geschätzte Aufwand bis Vertragsende auf CHF 337'000.– und die Gewinnerwartung auf CHF 63'153.– beziffert. Betreffend das streitgegenständliche Projekt mit der Bezeichnung "*Z. _____ Etappe II*" wird von einem Gesamthonorar von CHF 385'625.– sowie noch nicht bewilligten Nachträgen von CHF 36'000.– ausgegangen. Unter "*Akontorechnungen + geleisteter Aufwand*" ist CHF 158'925.– verbucht und das Restthonorar (ohne Nachträge) beträgt entsprechend CHF 226'700.–. Der Restaufwand bis Vertragsende wird auf CHF 200'000.– bzw. (inklusive Nachträge) CHF 233'000.– geschätzt, und es wird mit einem Gewinn von CHF 26'700.– bzw. (inklusive Nachträge) CHF 29'700.– kalkuliert (act. 10/4).

2.4.2.1.2. Dienstleistungsvertrag für Subunternehmer vom 30. April 2009 (act. 3/2)

Mit diesem Vertrag überträgt die Beklagte der Klägerin gemäss Vertragsziffer 1 die *"Ausführungsplanung Haustechnik Sanitär"* sowie die *"Fachbauleitung mit Baukontrollen"* im Zusammenhang mit dem Projekt *"Überbauung Z._____"*. Gemäss Vertragsziffer 2 sind – in dieser Rangfolge bei allfälligen Widersprüchen – erstens die Vertragsurkunde (act. 3/2), zweitens die Anhänge gemäss Verzeichnis auf der letzten Seite der Vertragsurkunde (Leistungsbeschreibung und Honorarkalkulation, Terminprogramm, Zusammenstellung der Nebenkosten sowie Zahlungsplan), drittens die AGB der Klägerin, viertens das bereinigte Angebot der Klägerin vom 30. April 2009 sowie fünftens (noch einmal) der Zahlungsplan Bestandteile des Vertrags (act. 3/2 S. 1). Vertragsziffer 3 befasst sich mit den durch die Klägerin zu erbringenden Leistungen, wobei auf den Leistungsbeschreibung im Anhang 1 verwiesen wird. Dort sind in der Kolonne *"Leistungsbeschreibung"* die Punkte *"Ausführungsprojekt"* (zu einem Honorar von CHF 210'000.–) sowie *"Inbetriebnahme, Abschluss"* (zu einem Honorar von CHF 38'000.–) aufgeführt (act. 3/2 S. 2 und S. 5). Die Aufgaben der Beklagten werden in Vertragsziffer 4 umschrieben. Demnach hat die Beklagte alle erforderlichen Daten und Grundlagen kostenlos zur Verfügung zu stellen (act. 3/2 S. 2). Betreffend von der Klägerin einzuhaltende Termine wird in Vertragsziffer 5 auf das Terminprogramm im Anhang 2 verwiesen. Dieses gibt als Zeitpunkt für den Baubeginn den Monat November 2008 an. Weiter soll der Baumeister zwischen April 2009 bis Juli 2010 zum Zuge kommen. In Bezug auf die Gebäudehülle ist *"bis Oktober 2010"* festgehalten, und der Innenausbau soll zwischen Oktober 2010 bis März 2011 erfolgen. Als Datum für die Gesamtübergabe ist schliesslich der Monat Mai 2011 angegeben (act. 3/2 S. 2 und 6).

Relevant für die vorliegende Klage ist insbesondere Vertragsziffer 6, welche die Vergütung der Klägerin regelt. Gemäss Ziffer 6.1 werden die in Ziffer 3 vereinbarten Leistungen und Ergebnisse wie folgt vergütet: *"Als Festhonorar pauschal CHF 248'000.– exkl. MWST"*. Ziffer 6.2 sieht vor, dass Zusatzleistungen, die bei Vertragsschluss noch nicht abschliessend definiert werden können, nur nach vorgängiger schriftlicher Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien und zu einem

Stundenansatz von CHF 125.– (exkl. MWST) vergütet werden sollen. Ferner wird festgehalten, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mit Zusatzleistungen zu rechnen sei. Hinsichtlich der Vergütung von Nebenkosten (z.B. Kosten für Kopien) wird in Ziffer 6.3 auf die *"Zusammenstellung Nebenkosten im Anhang 3"* verwiesen, und Ziffer 6.4 hält fest, dass die Vergütungen ohne Berücksichtigung der Teuerung erfolgen sollen. Nach Ziffer 6.5 (*"Zahlungsbedingungen"*) erfolgen Zahlungen gemäss *"Zahlungsplan in Anhang 4. Die Zahlungen erfolgen umgehend nach Eingang beim AG."* Der erwähnte Zahlungsplan sieht am 15. Juni 2009, am 15. August 2009 sowie am 15. November 2009 eine Akontozahlung von je CHF 40'000.–, am 15. Februar 2010, am 15. April 2010, am 15. Juni 2010, am 15. September 2010 sowie am 15. Dezember 2010 eine Akontozahlung von je CHF 20'000.–, am 15. März 2011 eine Akontozahlung von CHF 10'000.– sowie am 15. Juni 2011 eine Schlusszahlung von CHF 18'000.– vor (act. 3/2 S. 3 f. und 7 f.).

Die weiteren Vertragsziffern haben wiederum keine streitgegenständliche Bedeutung: Vertragsziffer 7 regelt die Haftung, Vertragsziffer 8 die Vertretungsbefugnis (vgl. Ziff. 3 hiernach), Vertragsziffer 9 Eigentum und Urheberrechte und Vertragsziffer 10 schliesslich das anwendbare Recht und den Gerichtsstand (act. 3/2 S. 3 f.).

2.4.2.2. Grammatikalische Auslegung

2.4.2.2.1. Anwendbarkeit beider Vereinbarungen

Der Dienstleistungsvertrag für Subunternehmer vom 30. April 2009 (fortan "Subunternehmervertrag") nennt die Vereinbarung vom 22. April 2009 nicht als Vertragsbestandteil. Dafür soll ein bereinigtes Angebot der Klägerin vom 30. April 2009 Vertragsbestandteil bilden. Dieses wurde von den Parteien nicht eingereicht und kann, weil nicht prozessrelevant, auch keiner Beurteilung unterzogen werden. Ob darin die zu erbringenden klägerischen Leistungen konkretisiert werden, welche in Vertragsziffer 3 bzw. Anhang 1 des Subunternehmervertrags nur sehr summarisch wiedergegeben werden (act. 3/2 S. 2 und 5), kann demnach offen gelassen werden.

Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die beiden abgeschlossenen Verträge zueinander stehen.

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, auch abgesehen von der fehlenden rechtsgültigen Unterschrift (vgl. Ziff. 3 hiernach) komme dem Subunternehmervertrag keine rechtliche Relevanz zu. Dieser Vertrag sei nicht ausgehandelt worden, sondern sei vom Streitberufenen verfasst, als bloße Formalität präsentiert und zur raschen Unterschrift unterbreitet worden (act. 9 Rz. 56). Die Klägerin entgegnet hierzu, dass es sich beim Subunternehmervertrag nicht um eine bloße Formalität handeln können, ergebe sich schon aus der Tatsache, dass die Vereinbarung vom 22. April 2009 in Ziffer 8 explizit festhalte, dass die Untervergabe immer den Abschluss eines entsprechenden Subunternehmervertrags voraussetze. Ohne Abschluss eines solchen wäre die Klägerin für die Beklagte nicht tätig geworden. Das habe nach Unterzeichnung der Vereinbarung vom 22. April 2009 auch dem Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten klar sein müssen (act. 31 Rz. 20).

Der Wortlaut des Subunternehmervertrags enthält keinen Anhaltspunkt, wonach mit dessen Abschluss die frühere Vereinbarung vom 22. April 2009 hätte aufgehoben werden sollen. Der Umstand, dass der Subunternehmervertrag vom 30. April 2009 die Vereinbarung vom 22. April 2009 nicht als Vertragsbestandteil erwähnt, bedeutet aber nicht, dass nach dessen Abschluss die Vereinbarung vom 22. April 2009 für die Parteien keine Geltung mehr gehabt hätte. So regelte diese erstere Vereinbarung erwähntermassen auch den Wechsel von vier beklagtischen Mitarbeitern zur Klägerin. Diese Thematik hat im Subunternehmervertrag keinen Eingang gefunden, und diesbezüglich ist auch unbestrittenermassen weiterhin von der Gültigkeit der Vereinbarung vom 22. April 2009 auszugehen. Andererseits werden allein im Subunternehmervertrag gewisse Bereiche, wie beispielsweise der konkrete Leistungsgegenstand der Klägerin, Termine sowie die klägerische Haftung, geregelt.

Die Vereinbarung vom 22. April 2009 sah zwar (u.a. zwecks Regelung der soeben genannten Punkte) den Abschluss eines separaten und schriftlichen Vertrags für jedes Projekt vor, was mit dem Subunternehmervertrag umgesetzt wurde. Der

Klägerin ist somit darin beizupflichten, dass die Vereinbarung vom 22. April 2009 allein nicht genügende Grundlage für die Untervergabe war (vgl. act. 31 Rz. 20). Daraus lässt sich indessen nicht der umgekehrte Schluss ableiten, dass fortan der Subunternehmervertrag allein die Beziehungen zwischen den Parteien geregelt bzw. als jüngerer und/oder speziellerer Vertrag die Vereinbarung vom 22. April 2009 ersetzt hätte. Ebenfalls unzutreffend ist die klägerische Annahme, aufgrund der Tatsache, dass die Vereinbarung vom 22. April 2009 (als Rahmenvertrag) die Notwendigkeit eines Subunternehmervertrags vorsehe, liege das Schwergewicht auf Stufe des Subunternehmervertrags, weshalb letzterer vorgehen würde (act. 31 Rz. 33, 52 und 63). Im Falle eines Widerspruchs zwischen den Vereinbarungen ist daher nicht zum Vornherein von der Massgeblichkeit des jüngeren oder spezielleren Vertrags auszugehen. Betreffend die mit beiden Vereinbarungen (teilweise) geregelten Fragen der durch die Klägerin von der Beklagten zu übernehmenden Projekte und insbesondere der klägerischen Vergütung drängt sich in systematischer Hinsicht vielmehr eine gesamthafte Betrachtungsweise auf.

2.4.2.2. Resthonorar als Ausgangspunkt der Berechnung des klägerischen Honorars

Die Klägerin führt aus, die Parteien seien bei der Festlegung der Pauschalhonorare grundsätzlich vom gemäss der Übersicht ("*Appendix 1*"; act. 10/4) per 1. April 2009 noch zu leistenden, geschätzten Aufwand bis Vertragsende ausgegangen. Zur geschätzten Gesamtsumme von CHF 337'000.– sei ein Gewinnbeitrag für die Klägerin von 6.82 % hinzugeschlagen worden, was die Gesamtsumme von CHF 360'000.– ergeben habe. Dieser Betrag sei wiederum den einzelnen Projekten zugeteilt und gerundet worden. Für das streitgegenständliche Projekt habe so das pauschale Festhonorar von CHF 248'000.– resultiert (act. 31 Rz. 26).

Diese Ausführungen überzeugen nicht. So ergibt die Multiplikation des für das streitgegenständliche Projekt geschätzten Aufwands bis Vertragsende von CHF 233'000.– (inklusive noch nicht bewilligter Nachträge, obwohl gemäss Vertragsziffer 2 des Subunternehmervertrags zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit Zusatzleistungen zu rechnen war; act. 3/2 S. 2; act. 10/4) mit dem besagten Gewinnbeitrag von 6.82 % ein Total von CHF 248'890.60. Weshalb dieser

Betrag auf CHF 248'000.– ab- und nicht auf CHF 249'000.– hätte aufgerundet werden sollen, ist nicht nachvollziehbar. Auch das Vertragshonorar für andere Projekte entspricht nicht dem geschätzten Aufwand bis Vertragsende zuzüglich eines Gewinnbeitrags von 6.82 %. So belaufen sich zum Beispiel sowohl der geschätzte Aufwand bis Vertragsende gemäss dem "*Appendix 1*" als auch das Pauschalhonorar im entsprechenden Subunternehmervertrag für das Projekt "...*Er-schliessung*" auf CHF 3'000.–; ein Gewinnbeitrag scheint hier somit nicht vorgesehen worden zu sein. Auch bei den anderen Projekten stimmt die Rechnung nicht oder dann nur ungefähr (vgl. act. 32/45). Es ist deshalb davon auszugehen, dass Ausgangspunkt der Überlegungen der Parteien nicht der geschätzte Aufwand bis Vertragsende, sondern das erwartete Resthonorar war, welches im Umfang von 90 % an die Klägerin weitergeleitet werden sollte.

2.4.2.2.3. Vereinbarkeit des Pauschalhonorars von CHF 248'000.– gemäss Subunternehmervertrag mit dem Gesamthonorar von CHF 360'000.–

Das revidierte "*Appendix 1*" war bereits am 12. März 2009 erstellt worden, mithin über einen Monat vor Abschluss der Vereinbarung vom 22. April 2009 und über eineinhalb Monate vor Abschluss des Subunternehmervertrags. Die im "*Appendix 1*" aufgeführten CHF 226'700.– bzw. (inklusive nicht bewilligter Nachträge) CHF 262'700.– bezüglich des Resthonorars aus dem streitgegenständlichen Projekt per 31. März 2009 weisen keinen ersichtlichen Zusammenhang mit dem Pauschalhonorar von CHF 248'000.– des Subunternehmervertrags auf. Erklärt werden könnte eine Diskrepanz damit, dass im Monat April 2009 weitere Arbeiten verrichtet und Honorare von der F. _____ AG an die Beklagte bezahlt worden wären, was sich senkend auf den Pauschalpreis hätte auswirken können. Letzterer ist aber nicht tiefer als das im "*Appendix 1*" ausgewiesene Resthonorar per 31. März 2009 abzüglich 10 %, sondern höher.

Weiterungen dazu erübrigen sich indessen, weil das "*Appendix 1*" bloss eine Grundlage der eigentlichen Vereinbarung vom 22. April 2009, insbesondere von Vertragsziffer 8, bildete. Aus letzterer folgt sodann nicht zwingend, dass für jedes Projekt 90 % des Resthonorars als Subunternehmerhonorar abgemacht werden musste, sondern nur, dass die Totalsumme der einzelnen Subunternehmerverträ-

ge CHF 360'000 ausmachen sollte, was unbestrittenermassen auch der Fall war (act. 31 Rz. 28; act. 35 Rz. 113). Demnach ist das im Subunternehmervertrag vorgesehene Pauschalhonorar von CHF 248'000.– für das streitgegenständliche Projekt grundsätzlich vereinbar mit dem Gesamthonorar von CHF 360'000.–, von welchem in Vertragsziffer 8 der Vereinbarung vom 22. April 2009 ausgegangen wird (vgl. aber Ziff. 2.4.2.2.4. hiernach).

2.4.2.2.4. Korrelation der Zahlungen an und durch die Beklagte bzw. Bedingtheit der beklagischen Zahlungsverpflichtung gegenüber der Klägerin

Im Subunternehmervertrag wird entgegen der Ansicht der Klägerin nicht primär durch die Abrede, wonach die Zahlungen umgehend nach Eingang bei der Beklagten erfolgen sollen (act. 3/2 S. 3), eine Regelung betreffend die Fälligkeit der Zahlungen getroffen (vgl. act. 1 Rz. 22), sondern durch den Zahlungsplan. So sieht dieser die genauen Daten für die einzelnen Akontozahlungen durch die Beklagte an die Klägerin vor, und die Kolonne mit den Zahlungsdaten enthält ausdrücklich die Überschrift "*Fälligkeit*" (im grau schraffierten Feld der obersten Reihe; act. 3/2 S. 8). Auch die Klägerin spricht im Übrigen von einer am 15. Juni 2011 fälligen Schlusszahlung (act. 1 Rz. 21). Somit stellt sich die Frage nach der Bedeutung der Abrede, wonach die Zahlungen umgehend nach Eingang bei der Beklagten erfolgen sollen (act. 3/2 S. 3).

Die Abrede steht im Widerspruch zum Zahlungsplan bzw. lässt sich mit diesem nicht vereinbaren, soweit die Leistungen der F. _____ AG an die Beklagte nicht jeweils kurz vor den Daten der einzelnen Akontozahlungen gemäss Zahlungsplan zu erfolgen hatten. Vertragsziffer 9 der Vereinbarung vom 22. April 2009 sieht denn auch – den soeben genannten Widerspruch theoretisch auflösend – die Obliegenheiten der Klägerin vor, einerseits sämtliche Rechnungen zuhanden des Kunden aus den Projektverträgen für die Beklagte vorzubereiten, und andererseits gleichzeitig der Beklagten eine Rechnung in der angepassten Höhe (im Verhältnis des Gesamthonorars von CHF 400'000.– zu CHF 360'000.–) zu stellen. Diese Regelung erhält mit dem Subunternehmervertrag keine Ergänzung oder Änderung. Vielmehr wird im Subunternehmervertrag durch die Formulierung "*Die Zahlungen erfolgen umgehend nach Eingang beim AG*", wobei mit "AG" (Abkür-

zung für Auftraggeber) die Beklagte gemeint ist, auf die Abmachung gemäss Ziffer 9 des Vertrags vom 22. April 2009 Bezug genommen. Es ist somit nicht ersichtlich, weshalb diese Vertragsziffer nach Abschluss des Subunternehmervertrags nicht mehr hätte gültig sein sollen, sondern der Subunternehmervertrag bzw. die Formulierung *"Die Zahlungen erfolgen umgehend nach Eingang beim AG"* wird sogar erst durch die Berücksichtigung dieser Klausel verständlich. Damit wird nämlich zum Ausdruck gebracht, dass die Zahlungen der Kundin bzw. der F._____ AG an die Beklagte mit jenen der Beklagten an die Klägerin korrelieren sollten.

Letzteres räumt auch die Klägerin ein, wenn sie ausführt, betreffend die Fälligkeit der Zahlungen sei vereinbart worden, dass die Beklagte das klägerische Honorar umgehend nach Eingang der entsprechenden Zahlungen des Endkunden bei der Beklagten hätte bezahlen sollen (act. 1 Rz. 22), bzw. die Beklagte sei verpflichtet gewesen, sie, die Klägerin, spätestens dann zu bezahlen, wenn sie, die Beklagte, selbst Zahlungen von der F._____ AG erhalten habe (act. 1 Rz. 43). Wie die Beklagte zurecht ausführt (act. 35 Rz. 166 und 203), kann damit indessen nicht irgendeine Zahlung gemeint sein (die Klägerin unterlässt es, hierzu genauere Angaben zu machen bzw. scheint dafür zu halten, dass unabhängig von der Höhe der Rechnungen an die Endkunden ausreichend sei, dass diese die Rechnungen bezahlt hätten; vgl. auch act. 31 Rz. 53 und 75), sondern eine Zahlung im abgemachten Verhältnis CHF 400'000.– zu CHF 360'000.–, mithin im Verhältnis 10 zu 9. Vertragsziffer 9 der Vereinbarung vom 22. April 2009 besagt somit nicht nur, dass die Zahlungen an und durch die Beklagte korrelieren sollen, sondern auch, inwiefern dies der Fall sein soll.

Demnach wurde im Verantwortungsbereich der Klägerin die Berücksichtigung eines Konnexes zwischen den Rechnungen, welche die Klägerin im Namen der Beklagten an die Endkunden stellte, und jenen, welche die Klägerin an die Beklagte richtete, vorgesehen.

Auch wenn unterschiedliche Zahlungspläne bestanden (die Akontorechnungen an die F._____ AG beziehen sich auf einen nicht im Recht liegenden Zahlungsplan vom Januar 2009 [act. 3/20-31] bzw. vom 6. Februar 2009 [act. 32/47 S. 2]), was

die Einhaltung dieser klägerischen Obliegenheit (im Hinblick auf die zeitliche Abstimmung der Rechnungen) verunmöglicht haben mag für das streitgegenständliche Projekt, geht aus Vertragsziffer 9 der Vereinbarung vom 22. April 2009 doch hervor, dass die Beklagte lediglich verpflichtet war, Gelder an die Klägerin weiterzuleiten, welche sie zuvor von der Endkundin, vorliegend der F. _____ AG, erhalten hatte, wobei eine Weiterleitungspflicht im Umfang von 90 % vorgesehen war.

Die Vereinbarung, wonach die Zahlungen der Beklagten an die Klägerin umgehend nach Eingang der Zahlungen der Endkundin bzw. der F. _____ AG bei der Beklagten erfolgen sollen, ist mithin nicht bloss als eine Abmachung betreffend die Fälligkeit der Forderung, sondern darüber hinaus als eine Bedingung für die Entstehung der Forderung zu qualifizieren. Bezeichnenderweise hat Ziff. 6.5 des Subunternehmervertrags denn auch die Überschrift *Zahlungsbedingungen*. Die Forderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten auf Teilleistungen des Gesamtbetrags von CHF 248'000.– waren demnach insofern suspensiv bedingt, als bei der Beklagten zuerst jeweils eine entsprechend höhere Zahlung durch die F. _____ AG an die Beklagte einzugehen hatte. Der Bedingungseintritt war somit einerseits vom Willen der Klägerin abhängig, welche in einem ersten Schritt namens der Beklagten Rechnung an die F. _____ AG zu stellen hatte, andererseits war sie aber auch von einem Ereignis abhängig, auf welches die Parteien keinen Einfluss hatten, nämlich die Zahlung durch die F. _____ AG an die Beklagte. Nach dem Gesagten ist demnach von einer gemischten Bedingung mit sowohl einem postestativen als auch einem kasuellen Element auszugehen.

2.4.2.2.5. Weiterleitungspflicht für Zahlungen an die Beklagte ab Vertragsschluss

Es finden sich weder in der Vereinbarung vom 22. April 2009 noch im Subunternehmervertrag Hinweise darauf, wonach eine beklagtische Weiterleitungspflicht rückwirkend auch für bereits erhaltene Zahlungen hätte gelten sollen. Vielmehr bezieht sich die Vereinbarung entgegen der klägerischen Ansicht lediglich auf Zahlungen der Kunden ab Vertragsschluss. Hätte die Klägerin das Risiko, dass ihre Leistungen die nach Vertragsabschluss eingehenden Endkundenzahlungen übersteigen könnten (vgl. act. 31 Rz. 30 ff.), nicht tragen wollen, hätte sie dies vertraglich so regeln müssen. Die Klägerin scheint in diesem Zusammenhang zu

übersehen, dass der Wortlaut der Vereinbarung vom 22. April 2009, insbesondere Vertragsziffer 9, zukunftsgerichtet ist und eine Zahlungspflicht der Beklagten erst nach entsprechendem Zahlungseingang bei ihr vorsieht. Der Auffassung, wonach das gesamte Pauschalhonorar geschuldet war, soweit die Endkunden schlicht die nach dem 30. April 2009 durch die Klägerin namens der Beklagten gestellten Rechnungen effektiv bezahlen würden (damit räumt die Klägerin im Übrigen ein, dass auch sie vom 30. April 2009 als Stichtag ausging; vgl. act. 31 Rz. 75), ohne zu differenzieren, wie hoch diese Zahlungen bzw. Rechnungen ausgefallen sind, ist nicht zu folgen (vgl. dazu insb. Ziff. 2.4.2.3.1. und 2.4.2.3.2. hiernach). Das Risiko der Nichtzahlung des Endkunden, aber auch jenes, dass die vor Vertragschluss geleisteten Akontozahlungen die vorher (durch die Beklagte) erbrachten Leistungen übersteigen könnten, trug nach dem Wortlaut somit die Klägerin.

2.4.2.2.6. Nachträge

Mit der Vertragsziffer 10 der Vereinbarung vom 22. April 2009 sahen die Parteien erwähntermassen vor, dass die Klägerin namens der Beklagten mit der Kundin über Nachträge verhandeln würde, wobei die Beklagte der Klägerin 95 % der Nachtragshonorare weiterzuleiten hatte (act. 10/3 S. 3). Ziffer 6.2 des Subunternehmervertrags regelt die Vergütung von Zusatzleistungen (act. 3/2 S. 2). Mangels anderer Anhaltspunkte ist unter Zusatzleistungen und Nachträgen dasselbe zu verstehen. Die beiden Bestimmungen lassen sich in Einklang bringen, indem die Klägerin bei Nachträgen namens der Beklagten an die F._____ AG die Ansätze gemäss Ziffer 6.2 des Subunternehmervertrags berücksichtigt bzw. diese entsprechend dem in Vertragsziffer 10 der Vereinbarung vom 22. April 2009 vorgesehenen Verhältnis erhöht.

2.4.2.2.7. Nebenkosten

Nebenkosten werden lediglich durch den Subunternehmervertrag ausdrücklich geregelt (Vertragsziffer 6.3). Auch bezüglich Nebenkosten greift indessen die Regel nach Vertragsziffer 9 der Vereinbarung vom 22. April 2009, wonach die Klägerin gleichzeitig namens der Beklagten eine Rechnung an die Endkundin bzw. die F._____ AG und an die Beklagte (in angepasster Höhe) zu stellen hat (act. 10/3

S. 3). Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Umstand, dass es sich bei den Nebenkosten um rein "*interne Aufwendungen der Klägerin handelte*", eine Weiterverrechnung an die F._____ AG hätte verunmöglichen sollen (act. 31 Rz. 72).

2.4.2.2.8. Zwischenfazit

Die grammatikalische Auslegung spricht somit für das Vertragsverständnis, welches im vorliegenden Verfahren von der Beklagten vertreten wird.

2.4.2.3. Berücksichtigung des Zwecks und der Vertragsumstände

2.4.2.3.1. Zweck

Anlass für die Vereinbarungen zwischen den Parteien vom 22. April 2009 und 30. April 2009 gab der Wechsel von vier beklagtischen Mitarbeitern zur Klägerin per 1. Mai 2009. Diese unbestrittene Tatsache lässt sich auch dem Inhalt einer E-Mail vom 9. April 2009 entnehmen, welche K._____ als kollektivzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Klägerin – in der Folge wurde er ihr Verwaltungsratspräsident (act. 3/3) – verfasst hatte und mit welcher die Grundzüge der Vereinbarung vom 22. April 2009 vorskizziert wurden (act. 10/2).

Vertragszweck war mithin (neben der Regelung des Mitarbeiterwechsels) die Fortführung der beklagtischen Projekte durch die Klägerin, aber im internen Verhältnis. Auch wenn die Klägerin nach ihrer Darstellung nicht auf die Projekte angewiesen gewesen sei (act. 31 Rz. 62), dürfte für sie deren Übernahme von Vorteil gewesen sein (Ausweitung bzw. Konsolidierung von Geschäftsbeziehungen, Arbeitsbeschaffung, Verzicht auf das Konkurrenzverbot des Streitberufenen durch die Beklagte [Vertragsziffer 4 der Vereinbarung vom 22. April 2009; act. 10/3 S. 2] etc.); andernfalls wäre sie das Vertragsverhältnis wohl nicht eingegangen. Auch die Beklagte war nicht gezwungen, der Klägerin die Weiterführung ihrer Projekte (zu einem ungünstigen Pauschalpreis) zu übertragen, sondern es wurden auch Alternativen diskutiert (act. 31 Rz. 7; act. 35 Rz. 77 f.).

Vernünftig und redlich handelnde Parteien hätten unter diesen Umständen den von der Beklagten skizzierten Weg beschritten und eine Weiterleitungspflicht der

bei der Beklagten eingegangenen Zahlungen an die Klägerin lediglich für den Fall vorgesehen, dass die Beklagte auch entsprechende Zahlungseingänge der Endkunden erhalten würde. Mit anderen Worten erscheint es als mit dem Zweckgedanken am besten vereinbar, dass die Klägerin einen Prozentsatz der bei der Beklagten eingehenden Honorare der Endkunden erhält. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Klägerin namens der inaktiven Beklagten Rechnung an die F._____ AG stellte bzw. die Beklagte gar keinen Einfluss mehr auf die Rechnungsstellung nehmen konnte. Der Verzicht auf eine Korrelation der Zahlungen an und durch die Beklagte hätte der Klägerin die sicherlich nicht beabsichtigte Möglichkeit eingeräumt, einerseits der F._____ AG namens der Beklagten einen sehr tiefen Betrag in Rechnung zu stellen und andererseits dennoch das gesamte Pauschalhonorar von der Beklagten zu verlangen (vgl. zur Angemessenheit bzw. Sachgerechtigkeit Ziff. 2.4.2.3.2. hiernach).

Die Berücksichtigung des Vertragszwecks führt nach Treu und Glauben zudem ebenfalls zum Schluss, dass sich die Vereinbarung betreffend die beklagte Weiterleitungspflicht an die Klägerin im Umfang von 90 % lediglich auf zukünftige Zahlungen der F._____ AG beschränkte. So ging es unbestrittenermassen um die Fortführung der Projekte. Die zu deren Beginn anfallenden Arbeiten waren noch durch die Beklagte vorgenommen worden. Diese hatte entsprechend auch ihre Mitarbeiter bis Ende April 2009 zu bezahlen, worauf sie zurecht hinweist (act. 35 Rz. 61). Auch gemäss dem "Appendix 1" der Vereinbarung vom 22. April 2009 war per 31. März 2009 bereits Aufwand betrieben worden, auch wenn dieser – angesichts der insgesamt durch die F._____ AG geleisteten Zahlungen – mit CHF 158'925.– zu hoch beziffert wurde (act. 10/4). Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin aber jedenfalls noch nicht mit dem Projekt betraut, weshalb das Entgelt für diesen Aufwand (die ersten beiden Akontozahlungen im Umfang von insgesamt CHF 113'350.–; act. 3/20-21) der Beklagten zusteht. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist es indessen nicht branchenüblich, dass Akontorechnungen für noch zu leistende Arbeiten nicht akzeptiert würden (vgl. act. 9 Rz. 21); Akontorechnungen werden im Gegenteil für "nichtfertige" Leistungen erstellt. Die Zahlung der dritten Akontorechnung vom 30. April 2009 durch die F._____ AG an die Beklagte ist somit bereits vertragswirksam (auch wenn im fehlerhaften "Appendix

1" nicht zwischen Akontorechnungen und geleistetem Aufwand unterschieden wird).

Teleologische Überlegungen sprechen somit ebenfalls für das Vertragsverständnis, welches im vorliegenden Verfahren von der Beklagten vertreten wird.

2.4.2.3.2. Angemessenheit bzw. Sachgerechtigkeit der Regelung

Mangels anderer Hinweise ist davon auszugehen, dass die Arbeiten, welche die Klägerin für die F. _____ AG ausführte, aufwandmässig und zuzüglich eines Gewinnanteils ungefähr dem Wert entsprachen, welcher letzterer (durch die Klägerin namens der Beklagten) in Rechnung gestellt und von dieser (an die Beklagte) bezahlt wurde. Wenn die Klägerin nun einen, ihre Arbeiten und Aufwände erheblich übersteigenden Betrag von der Beklagten verlangen könnte, wäre dies nicht sachgerecht. Angemessen erscheint vielmehr, dass die effektiven Zahlungen der F. _____ AG ab dem Zeitpunkt, ab welchem die Klägerin das Projekt übernimmt, zum grössten Teil an sie weiterzuleiten sind, während ein kleiner Teil bei der Beklagten verbleibt, welche damit eine Art Vermittlungsprovision erhält bzw. für ihre Akquise entschädigt wird.

Auch die Berücksichtigung dieser Kriterien lassen demnach auf das beklagliche Vertragsverständnis schliessen.

2.4.2.3.3. Gemeinsames Schreiben vom 29. April 2009 an "*Kunden und Mitbewerber*" (act. 10/5)

Die Klägerin hatte die "*Kunden und Mitbewerber*" in einer gemeinsamen Erklärung mit der Beklagten vom 29. April 2009 schon vor Abschluss des Subunternehmervertrags dahingehend informiert, dass die Klägerin die Projekte intern übernehmen werde (act. 9 Rz. 17; act. 10/5). Das im Subunternehmervertrag vorgesehene Pauschalhonorar von CHF 248'000.– stellte mithin keine Voraussetzung für die interne Projektübernahme dar, und die definitive Untervergabe des streitgegenständlichen Projekts erfolgte – entgegen dem Wortlaut von Vertragsziffer 8 der Vereinbarung vom 22. April 2009 – bereits vor Abschluss des Subunternehmervertrags.

2.4.2.3.4. Keine rechtsgültige Unterzeichnung des Subunternehmervertrags

Auch der Umstand, dass der Subunternehmervertrag nicht rechtsgültig unterzeichnet wurde (vgl. Ziff. 3 hiernach), spricht dafür, dass aus Sicht der Parteien die Vereinbarung vom 22. April 2009 (mit deren Vertragsziffer 9 betreffend die Korrelation der Zahlungen an und durch die Beklagte) das Kernstück der Abmachung zwischen den Parteien bildete.

2.4.2.3.5. Der Streitberufene als ehemaliger Geschäftsführer der Beklagten und neuer Mitarbeiter der Klägerin

Dem klägerischen Einwand, wonach bei einer stichtagsbezogenen Abrechnung die Klägerin das Risiko getragen hätte, noch Leistungen erbringen zu müssen, über welche die Beklagte bereits abgerechnet hatte (act. 31 Rz. 32), ist zu entgegen, dass der ehemalige Geschäftsführer der Beklagten und neue Mitarbeiter der Klägerin, der streitberufene C._____, den Überblick über die bereits erfolgten Zahlungen hatte bzw. haben musste. Es ist deshalb davon auszugehen, dass bei einem Missverhältnis zwischen bereits eingegangenen Zahlungen und erbrachtem Aufwand der Beklagten dieser Umstand besondere Berücksichtigung gefunden hätte, was jedoch nicht der Fall war.

Das durch den Streitberufenen (zumindest) mitverfasste "*Appendix 1*" fasst im Übrigen "*Akontorechnungen + geleisteter Aufwand*" in einer Kategorie zusammen und scheint diese damit gleich hoch anzusetzen, wobei fälschlicherweise von einem Betrag von CHF 158'925.– ausgegangen wird (act. 10/4). Bis zum 30. April 2009 hatte die F.____ AG indessen erst zwei Akontozahlungen im Umfang von insgesamt CHF 113'350.– geleistet (act. 3/40 S. 2; act. 3/43 S. 2).

2.4.2.3.6. Falsche Annahmen in Bezug auf die Höhe der ausstehenden Honorare der Endkunden zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen den Parteien

Wie erwähnt liegt der Zahlungsplan vom Januar 2009 (act. 3/20-31) bzw. vom 6. Februar 2009 (act. 32/47 S. 2), gemäss welchem die F. _____ AG ihre Leistungen an die Beklagte zu erbringen hatte, nicht im Recht. Es handelte sich aber um zwölf (wohl) zum voraus feststehende Akontozahlungen (vgl. act. 3/20-31), was den Schluss nahe legt, dass der von der F. _____ AG an die Beklagte ab 1. Mai 2009 noch zu leistende Gesamtbetrag von CHF 170'024.99 (vgl. act. 3/40 S. 2) grundsätzlich bereits zum Vertragszeitpunkt bestimmbar gewesen wäre. Nichtsdestotrotz wurde in Vertragsziffer 8 der Vereinbarung vom 22. April 2009 aber von einem ausstehenden Gesamthonorar von CHF 400'000.– (bzw. im Subunternehmervertrag von einem Pauschalhonorar von CHF 248'000.– für das streitgegenständliche Projekt) ausgegangen, und entsprechend wurde eine Untervergabe für sämtliche Projekte an die Klägerin zu total CHF 360'000.– vorgesehen. Die effektiv ausstehenden Resthonorare wurden von den Parteien im Vertragszeitpunkt indessen nicht bedacht, sondern es wurde auf die falschen Angaben in der Aufstellung im "Appendix 1" abgestützt, was sich erwähntermassen dem Wortlaut von Vertragsziffer 8 der Vereinbarung vom 22. April 2009 entnehmen lässt.

Die dadurch entstandene, sich auf den Subunternehmervertrag übertragene Unverhältnismässigkeit, wonach bei einem ausstehenden beklagtischen Resthonorar von CHF 170'024.99 ein klägerisches Pauschalhonorar von CHF 248'000.– vorgesehen wurde, bedeutet aber nicht, dass die gewollte Korrelation zwischen den Zahlungen an und durch die Beklagte hätte aufgehoben werden sollen. Vielmehr sind Vertragsziffer 8 der Vereinbarung vom 22. April 2009 und der Subunternehmervertrag in diesem Punkt fehlerhaft; Vertragsziffer 9 der Vereinbarung vom 22. April 2009 ist insofern der Vorrang zu gewähren. Mit der Beklagten ist deshalb davon auszugehen, dass sich nach Treu und Glauben der Vertragsinhalt nach Massgabe der vereinbarten Rechnungsregel bzw. Korrelation der Zahlungen an und durch die Beklagte und nicht nach Massgabe des fehlerhaften Kalkulationsergebnisses von CHF 248'000.– als Pauschalpreis bestimmt (act. 9 Rz. 37).

Oder zur Klarstellung und mit anderen Worten: das Pauschalhonorar von CHF 248'000.– stand unter der oben genannten Bedingung vorgängiger Zahlungen der F._____ AG an die Beklagte in entsprechender Höhe (im Verhältnis 10 zu 9).

2.4.2.3.7. Zwischenfazit

Die Berücksichtigung des Zwecks und der weiteren Vertragsumstände ändern am bisherigen Auslegungsergebnis nichts.

2.4.2.4. Ergebnis der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip

Mit der Klageschrift räumt die Klägerin ein, dass sie dem Grundsatz nach 90 % der Vergütung habe erhalten sollen, welche die Beklagte selbst den Endkunden in Rechnung gestellt habe (act. 1 Rz. 14). Von dieser Grundsatzregelung wurde mit dem Subunternehmervertrag nicht abgewichen. So sah die Vereinbarung vom 22. April 2009 eine verbindliche Regelung betreffend die Korrelation zwischen den Zahlungen der Endkunden an die Beklagte und deren Weiterleitungen im Umfang von 90 % bzw. 95 % (für Nachträge) an die Klägerin vor, welche auch im Subunternehmervertrag angedeutet wird (vgl. Vertragsziffer 6.5). Der zwischen den Parteien vereinbarte Pauschalpreis von CHF 248'000.– wäre nur unter der Bedingung (volumfänglich) geschuldet, dass die Beklagte ab Vertragsschluss von der F._____ AG insgesamt Zahlungen im Verhältnis von 10 zu 9 dieses Betrags erhalten würde.

Die normative Auslegung ergibt somit das von der Beklagten vertretene Vertragsverständnis.

2.4.3. Tatsächlicher Konsens

Nach dem Gesagten trägt die Klägerin die Beweislast für ihre vom Auslegungsergebnis nach Treu und Glauben abweichende Sachverhaltsdarstellung betreffend den tatsächlichen Konsens (vgl. Ziff. 2.2. hiervor). Mangels entsprechender Beweisofferten erübrigen sich indessen Weiterungen hierzu, und es bleibt bei der

Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4).

Weil das Parteiverhalten nach Vertragsschluss Rückschlüsse auf den tatsächlichen Konsens erlauben kann, ist im Folgenden der Vollständigkeit halber aufzuzeigen, dass sich vorliegend auch aus dem unbestrittenen Parteiverhalten nach Vertragsschluss kein vom Auslegungsergebnis abweichender tatsächlicher Konsens der Parteien ableiten lässt.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass die Klägerin der Beklagten drei Rechnungen für Nachträge stellte, in welchen sie ausdrücklich Bezug auf die Vereinbarung vom 22. April 2009 nahm, indem jeweils "5 % gem. Vereinbarung vom 22.04.2009" vom Rechnungsbetrag in Abzug gebracht wurden (act. 3/16-18). Demnach ging die Klägerin zumindest teilweise von der Anwendbarkeit dieser Vereinbarung aus. In Bezug auf die Höhe der Raten hielt sich die Klägerin zwar an das Pauschalhonorar bzw. den Zahlungsplan gemäss Subunternehmervertrag. Die darin vorgesehenen Zahlungstermine hielt sie jedoch nicht ein. So stellte sie bereits für die dritte Akontozahlung, welche gemäss Zahlungsplan am 15. November 2009 fällig gewesen wäre, verspätet, nämlich erst am 19. November 2009, Rechnung. Die vierte Akontozahlung wäre gemäss Zahlungsplan sodann am 15. Februar 2010 zur Zahlung fällig gewesen, wobei die Klägerin erst am 25. November 2010 und somit über ein halbes Jahr später Rechnung stellte. Die fünfte Akontozahlung mit Fälligkeitsdatum gemäss Zahlungsplan vom 15. April 2010 wurde weiter erst am 31. Januar 2011 in Rechnung gestellt. Am selben Tag erfolgten auch die Rechnungen für die Akontozahlungen sechs und sieben, obwohl diese gemäss Zahlungsplan bereits am 15. Juni 2010 bzw. 15. September 2010 zur Zahlung fällig gewesen wären. Für die Akontozahlungen acht und neun sowie die Schlusszahlung stellte die Klägerin schliesslich am 14. Juli 2011 Rechnung, während die Fälligkeitszeitpunkte gemäss dem Zahlungsplan am 15. Dezember 2010, 15. März 2011 bzw. 15. Juni 2011 hätten eintreten sollen (act. 3/2 S. 8; act. 3/8-15).

Unabhängig von der erwähnten klägerischen Bezugnahme auf die Vereinbarung vom 22. April 2009 in gewissen Rechnungen sowie der Missachtung des im Subunternehmervertrag vorgesehenen Terminplans lassen sich allein aus dem Ver-

halten der Klägerin ohnehin keine Schlüsse auf einen gemeinsamen Vertragswillen ableiten; Hinweise auf das tatsächliche Verständnis der Beklagten ergeben sich daraus nicht. Letztere bezahlte zwar einerseits die ersten paar Raten des Subunternehmervertrags. Andererseits stellte sie ihre Zahlungen ein, nachdem bei ihr keine Zahlungen von der Endkundin mehr eingingen (vgl. u.a. act. 32/47 S. 2). Dies deutet auf das Vertragsverständnis hin, welches die Auslegung nach Treu und Glauben ergeben hat.

2.5. Fazit

Die Klägerin hat insofern einen bedingten Anspruch gegen die Beklagte aus Vertrag, als ihr ab 1. Mai 2009 die Weiterleitung von 90 % bzw. für Nachträge 95 % der durch die Endkundin, die F._____ AG, an die Beklagte geleisteten Zahlungen aus dem streitgegenständlichen Projekt zustehen.

3. Gültigkeit des Vertrags hinsichtlich der Unterzeichnung des Subunternehmervertrags

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Der Subunternehmervertrag ist namens der Beklagten von J._____ und namens der Klägerin von K._____ und dem Streitberufenen, C._____, unterzeichnet worden. J._____ ist kollektivzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident der Beklagten. K._____ war zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – wie bereits erwähnt – kollektivzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Klägerin. C._____ war ab dem 7. Juli 2009 Leiter der klägerischen Zweigniederlassung in Bern mit auf die Zweigniederlassung beschränkter Kollektivunterschrift zu zweien. Bis zum 10. Januar 2012 war er gemäss Auszug aus dem Handelsregister auch noch für die Beklagte kollektiv zeichnungsberechtigt (act. 3/2-4).

3.2. Streitpunkte

Die Beklagte bestreitet die rechtsgültige Unterzeichnung des Subunternehmervertrags und weist im Wesentlichen darauf hin, dass der Streitberufene den Subunternehmervertrag nicht mehr für sie, die Beklagte, sondern bereits für die Klägerin unterzeichnet habe. Auch die anderen Unterzeichnenden hätten lediglich über ei-

ne Kollektivzeichnungsberechtigung verfügt (act. 9 Rz. 18 und 55). Die Beklagte sei nicht bereit, den Subunternehmervertrag nachträglich zu genehmigen (act. 35 Rz. 97). Das Argument, wonach J._____ durch Ziffer 8 des Subunternehmervertrags ermächtigt worden sei, die Beklagte alleine zu vertreten, sei selbstbezüglich (act. 35 Rz. 98). J._____ habe L._____ auch nicht über den Inhalt der Subunternehmerverträge orientiert und eine interne Vollmacht eingeholt (act. 35 Rz. 99).

Die Klägerin verweist u.a. auf Ziffer 8 des Subunternehmervertrags, wonach als beklagtischer Vertreter J._____ handle (act. 31 Rz. 23). Im Übrigen sei aufgrund der engen verwandtschaftlichen und beruflichen Verbindung der beiden Herren J._____ & L._____ ohne Weiteres davon auszugehen, dass diese je gegenseitig über das Tun des anderen informiert gewesen seien und J._____ die Subunternehmerverträge mit Wissen, Zustimmung und interner Vollmacht von L._____ unterzeichnet habe. Ein nachträgliches Berufen auf die mangelnde Einzelzeichnungsberechtigung erscheine bei dieser Konstellation geradezu als rechtsmissbräuchlich (act. 31 Rz. 24).

3.3. Rechtliches

Im Handelsregister eingetragene Bestimmungen über die gemeinsame Vertretung der Gesellschaft haben (auch gegenüber gutgläubigen Dritten) eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis zur Folge (Art. 718a Abs. 2 OR e contrario). Ohne Zweitunterschrift ist demnach die Unterschrift eines gemäss Handelsregisterauszug lediglich Kollektivzeichnungsberechtigten nicht verbindlich (WATTER, in: BSK OR II, Art. 718a N. 19).

Eine Vertretungswirkung kann dennoch eintreten, falls das Kollektivzeichnungsrecht in eine Einzelzeichnungsberechtigung umgewandelt wurde, der Kollektivvertreter eine bürgerliche Einzelvollmacht erhalten hat, ein anderer Kollektivvertreter einer Einzelzeichnung vorgängig zugestimmt hat oder diese Einzelhandlung nachträglich genehmigt (WATTER, a.a.O., Art. 718a N. 21). Wird der Vertrag erfüllt, ist u.U. von einer konkludent erteilten Genehmigung auszugehen. Liegt keiner dieser Fälle vor, kann ausnahmsweise wegen Gutglaubensschutzes eine Vertretungs-

wirkung eintreten (namentlich bei einer fahrlässigen Kundgabe einer nicht bestehenden Vollmacht durch eine AG; WATTER, a.a.O., Art. 718a N. 22).

Das Bestehen solcher Umstände hat nach der allgemeinen Beweislastverteilungsregel (vgl. Ziff. 2.3.3. hiervor) jene Partei zu behaupten und zu beweisen, welche daraus Rechte ableitet.

3.4. Subsumtion

Nachdem sich die Klägerin gerade auf den Subunternehmervertrag stützt, ist ohne Weiteres von ihrer Zustimmung oder nachträglichen Genehmigung auszugehen.

Auf Seiten der Beklagten fehlt indessen eine Zweitunterschrift; die Unterschrift des Streitberufenen, C._____, der noch längere Zeit als zeichnungsberechtigt eingetragen war, genügt nicht, weil er auf Seiten der Klägerin unterzeichnete. Es gibt nach dem Gesagten beim Vorliegen entsprechender Umstände zwar verschiedene Möglichkeiten, weshalb die Vertretungswirkung dennoch eingetreten sein könnte. Nachdem sich die Klägerin auf den Subunternehmervertrag beruft, hätte es indessen ihr obliegen, das Vorliegen solcher Umstände (unter Nennung entsprechender Beweismittel) substantiiert zu behaupten. Dieser Obliegenheit ist die Klägerin nicht nachgekommen.

So ist mit der Beklagten davon auszugehen, dass die Klägerin aus Vertragsziffer 8 des Subunternehmervertrags offensichtlich keine Einzelzeichnungsbefugnis von J._____ für den Abschluss eben dieses Vertrags ableiten kann.

Auch der Hinweis auf die enge verwandtschaftliche und berufliche Verbindung von J._____ und L._____ genügt nicht. Weshalb allein deshalb davon auszugehen sein sollte, dass diese je gegenseitig über das Tun des anderen informiert waren oder sind, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin unterlässt es, ihre (bestrittene) Behauptung, dass J._____ die Subunternehmerverträge mit Wissen, Zustimmung und interner Vollmacht von L._____ unterzeichnet hat, zu substantiieren oder gar zu belegen.

Im Sinne der oben erwähnten gesamthaften Betrachtungsweise der Vereinbarung vom 22. April 2009 sowie des Subunternehmervertrags ist zwar von einer konkludenten Genehmigung durch Erfüllung auszugehen. Es ist aber daran zu erinnern, dass die Beklagte damit jenen Vertrag konkludent genehmigt hat, welcher die Korrelation der Zahlungen an und durch die Beklagte vorsieht, was auch in Vertragsziffer 6.5 des Subunternehmervertrags angedeutet ist. Würde man besagte Korrelation – fälschlicherweise – verneinen bzw. allein auf Vertragsziffer 6.1 des Subunternehmervertrags und das Pauschalhonorar von CHF 248'000.– abstellen, wäre nicht von einer konkludenten Genehmigung durch Erfüllung auszugehen, weil die Beklagte durch ihr Verhalten nach Vertragsschluss nie ein bedingungslos geschuldetes Pauschalhonorar von CHF 248'000.– akzeptiert hat.

Schliesslich ist auch nicht nachvollziehbar bzw. wurde nicht weiter begründet, weshalb ein nachträgliches Berufen auf die mangelnde Einzelzeichnungsberechtigung rechtsmissbräuchlich sein sollte.

3.5. Fazit

Wäre (unter Ausblendung der Vereinbarung vom 22. April 2009 sowie Vertragsziffer 6.5 des Subunternehmervertrags) einzig Vertragsziffer 6.1 des Subunternehmervertrags mit einem Pauschalhonorar von CHF 248'000.– als klägerische Vergütung massgebend, wäre der Vertrag mangels Vertretungswirkung für die Beklagte nicht verbindlich.

4. Teilweiser Eintritt der Bedingung für das Entstehen von klägerischen Forderungen gegenüber der Beklagten

Gestützt auf einen nicht im Recht liegenden Zahlungsplan vom Januar 2009 (act. 3/20-31) bzw. vom 6. Februar 2009 (act. 32/47 S. 2) bezahlte die F. _____ AG ab 1. Mai 2009 zehn Akontozahlungen im Umfang von insgesamt CHF 170'024.99 (ohne MWST; act. 3/22-31). Weiter wurden ihr Nachtragsrechnungen im Umfang von CHF 23'930.60 in Rechnung gestellt (act. 3/32-36), welche sie im Umfang von CHF 14'380.60 bewilligte bzw. bezahlte (act. 3/40; vgl. auch act. 1 Rz. 16).

In diesem Umfang ist somit die, eine Zahlungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin auslösende Bedingung eingetreten. Der Klägerin stehen somit 90 % der Akontozahlungen nach dem 1. Mai 2009 (CHF 153'022.49) sowie 95 % der bezahlten Nachträge (CHF 13'661.57), mithin insgesamt CHF 166'684.06, zu.

5. Untergang der klägerischen Forderungen durch Erfüllung

Unbestrittenermassen bezahlte die Beklagte im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Projekt aber CHF 167'906.52 (ohne MWST) an die Klägerin (act. 1 Rz. 25 und 27; act. 9 Rz. 26 ff.; act. 3/37).

Damit sind die Ansprüche aus den zu 90 % bzw. 95 % weiterzuleitenden Akontozahlungen bzw. Nachträgen im Umfang von CHF 166'684.06 abgegolten. Sogar die geltend gemachten Nebenkosten von CHF 727.55 (act. 3/19), welche die Klägerin indessen der F. _____ AG nicht namens der Beklagten weiterverrechnet hat und für welche sie somit mangels Eingangs bei der Beklagten auch keine (beschränkte) Weiterleitung verlangen könnte, wären bereits vollumfänglich gedeckt.

Die klägerischen Forderungen sind demnach durch Erfüllung untergegangen.

6. Zusammenfassung

In materieller Hinsicht ist von einem bedingten Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus einem (gültigen) Vertrag auszugehen. Im Umfang des nach Vertragsabschluss erfolgten Bedingungseintritts entstand zwar eine klägerische Forderung gegenüber der Beklagten, welche jedoch durch Erfüllung untergegangen ist. Die Klage ist demnach abzuweisen.

7. Prozesskosten

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der obergerichtlichen Gebührenverordnung (GebV OG) und jene der Parteientschädigung nach der obergerichtlichen Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG bzw. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des zürcherischen Anwaltsgesetzes) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw.

nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG bzw. Anw-GebV). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 111'598.75 auszugehen (Art. 91 Abs. 1 ZPO; act. 1 S. 2), wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 13'000.– festzusetzen ist. Die Klägerin ist zudem zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf CHF 17'000.– (netto) festzusetzen ist.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 13'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 17'000.– (netto) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 111'598.75.

Zürich, 8. Juli 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Zeno Schönmann