



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Jean-Gaspard Comtesse, Thomas Klein und Patrick Lerch sowie der Gerichtsschreiber Dr. Thomas Steininger

Urteil vom 13. März 2014

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 100'759.57 zuzüglich Zins von 5% seit dem 02. März 2012 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei weiter zu verpflichten, der Klägerin die Betreuungskosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 in der Höhe von CHF 203.-- zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in C._____, ZG. Ihr statutarischer Zweck umfasst die Erbringung von Dienstleistungen aller Art für die Versicherungsindustrie (act. 4/1). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt den Betrieb des Rückversicherungsgeschäfts für ihre Muttergesellschaft, die D._____ mit Sitz in E._____, Mexiko (act. 4/2).

b. Prozessgegenstand

Als Versicherungsgesellschaft hat die Beklagte nach Massgabe von Art. 23 des Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 [VAG, SR 961.01] einen verantwortlichen Aktuar zu bestellen. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2010 genehmigte die hierfür zuständige eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMA] die Ernennung von G._____ zum verantwortlichen Aktuar (act. 3/2). G._____ stand zu dieser Zeit in einem Arbeitsverhältnis zur H._____ AG [H._____], ... [Adresse] (act. 3/6). Die Übernahme der Funktion des verantwortlichen Aktuars erfolgte auf Basis eines Mandatsverhältnis zwischen der Beklagten und H._____ (act. 3/3).

G._____ kündigte das Arbeitsverhältnis mit H._____ auf den 31. Mai 2011 (act. 1, Ziff. 1.4; 11 Ziff. 13, 20), blieb danach jedoch weiter als verantwortlicher Aktuar der Beklagten bis zum 19. Oktober 2011 eingetragen (act. 3/8). Über die Weiterführung des Amtes kam zwischen G._____ und der Beklagten trotz Verhandlungen kein schriftlicher Vertrag zustande. Gleichwohl verlangt G._____ für die Zeitspanne vom 1. Juni 2011 bis zum 19. Oktober 2011 die Bezahlung eines angemessenen Honorars. Dieses soll sich nach dem noch mit H._____ vereinbarten Honorar richten (act. 1 Ziff. 2.4 f.; 11 Ziff. 30).

Die Klägerin stellte der Beklagten erstmals am 30. September 2011 eine Rechnung über CHF 14'704.40 (Nr. 938), am 31. Oktober 2011 eine weitere über Fr. 1'296.00 (Nr. 962) (act. 3/16, 17; 1 Ziff. 1.11 f.). Die Rechnungen wurden von der Beklagten zurückgewiesen (act. 3/19; 11 Ziff. 53). Mit Datum vom 27. Januar 2012 stellte die Klägerin unter dem Titel "Final Invoice" eine letzte Rechnung, welche ebenfalls unbezahlt blieb (act. 3/21, 22; 1 Ziff. 1.13; 11 Ziff. 61 ff.). Am 4. April 2012 stellte die Klägerin ein Betreibungsbegehren über den Betrag von CHF 100'759.57 zuzüglich Zins von 5% seit dem 2. März 2012 (act. 3/24). Gegen den darauf ausgestellten Zahlungsbefehl erhob die Beklagte am 23. April 2012 Rechtsvorschlag (act. 3/25; 1 Ziff. 1.14). Sämtliche behaupteten Forderungen gegen die Beklagte trat G._____ vor Prozessanhebung mit Wirkung zum 30. September 2011 an die Klägerin ab (act. 3/11).

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Leistung eines Honorars in Höhe von CHF 100'759.57 (zuzüglich Zins von 5% seit dem 2. März 2012) für die Tätigkeiten G._____ als verantwortlicher Aktuar in der Zeit zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 (act. 1 S. 2, Ziff. 2.4). Zudem verlangt sie den Ersatz der bisherigen Betreibungskosten in Höhe von CHF 203.- (act. 1, S. 2). Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage mangels Zustandekommens eines entsprechenden Vertrags (act. 11, S. 2).

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Am 19. Juli 2012 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klageschrift ein (act. 1, S. 1). Nachdem die Klägerin der ihr auferlegten Pflicht zur Leistung von Sicherheiten nachgekommen war (Prot. S. 4), erstattete die Beklagte mit Eingabe vom 18. Oktober 2012 die Klageantwort (act. 11, S. 2).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Nachdem im Rahmen der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 26. Februar 2013 keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 7), wurde das Verfahren mit Verfügung vom 27. Februar 2013 schriftlich fortgesetzt und der Klägerin Frist zur Replik angesetzt (Prot. S. 9). Mit Eingabe vom 17. Mai 2013 reichte die Klägerin die Replik (act. 21, S. 1), die Beklagte mit Eingabe vom 29. August 2013 die Duplik ein (act. 25, S. 1). Am 13. März 2014 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. S. 14 f.). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Da kein besonderer Gerichtsstand gegeben ist, findet der allgemeine Gerichtsstand von Art. 10 der eidgenössischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO, SR 272] Anwendung. Für Klagen gegen juristische Personen ist danach das Gericht an deren Sitz zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beklagte hat ihren statutarischen Sitz in der Stadt Zürich (act. 4/2), weshalb zürcherische Gerichte örtlich zuständig sind.

1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

1.1.2.1. Das Handelsgericht ist für die Beurteilung von handelsrechtlichen Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO). Eine Streitigkeit gilt nach Art. 6 Abs. 2 ZPO dann als handelsrechtlich, wenn (kumulativ) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (lit. b) und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (lit. c). Eine Beschwerde in Zivilsachen ist gemäss Art. 75 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110] gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen zulässig. Handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, muss zudem ein Streitwert von CHF 30'000.-- erreicht werden (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Das Handelsgericht entscheidet als einzige Instanz Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO, deren Streitwert mindestens CHF 30'000.-- beträgt (§ 44 lit. b des Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 [GOG, SR 211.1]).

1.1.2.2. Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien. Beide sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen. Der behauptete Anspruch ist vermögensrechtlicher Natur und übersteigt die Streitwertgrenze von CHF 30'000.--. Entscheide des Handelsgerichts können als Entscheide letzter kantonalen Instanz mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden. Das Handelsgericht ist sachlich zuständig. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist unbestritten (act. 1 Ziff. I.2; 11 Rz. 1 ff.).

2. Legitimation

2.1. Aktivlegitimation

2.1.1. Die Aktivlegitimation ergibt sich aus der materiell-rechtlichen Begründetheit des eingeklagten Anspruchs (DANIEL STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013,

N. 11 zu Art. 236). Werden Ansprüche rechtsgültig zediert, so ist nach erfolgreicher Zession der Zessionar anspruchsberechtigt und damit aktivlegitimiert.

2.1.2. Die Korrespondenz fand zwischen G._____ und der Beklagten statt (act.3/9). Auch den Vertragsentwurf liess G._____ der Beklagten im eigenen Namen und nicht im Namen der Klägerin zukommen. Diese wird im Entwurf gar nicht erwähnt (act. 3/12). Damit dürfte die Beklagte G._____ und nicht die Klägerin als Vertragspartner angesehen haben. Die Frage kann jedoch offen gelassen werden, da G._____ in der Zwischenzeit seine allfälligen Ansprüche rechtsgültig an die Klägerin abgetreten hat (act. 3/11), was seitens der Beklagten unbestritten blieb (vgl. act. 11 Rz. 18, 48). Die Aktivlegitimation der Klägerin wird durch die Beklagte denn auch nicht bestritten.

2.2. Passivlegitimation

2.2.1. Passivlegitimiert ist diejenige Person, die aus einem umstrittenen Anspruch verpflichtet erscheint. (ALEXANDER ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, N. 67 zu Art. 59). Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers beim entgeltlichen Auftrag richtet sich gegen den Auftraggeber (Art. 394 OR).

2.2.2. Als Auftraggeberin kommt primär die Beklagte in Frage. Diese behauptet jedoch, die Arbeiten, welche G._____ ausgeführt habe, seien reine Abschlussarbeiten, die im Rahmen der Übergabe an I._____ notwendig gewesen seien. Die fraglichen Arbeiten seien daher im Auftrag und auf Rechnung von H._____ verrichtet worden (act. 25 Rz. 32 ff.). Die Frage der Identität des Vertragspartners ist nachfolgend im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss zu prüfen.

3. Zustandekommen eines Vertrags

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

3.1.1. Im Rahmen eines Engagement Letters zwischen der Beklagten und H._____, datiert vom 1. Februar 2010 und am 12. Januar 2012 von den Parteien unterzeichnet, verpflichtete sich H._____, das Amt des verantwortlichen Aktuars

der Beklagten im Sinne von Art. 2 ff. des VAG zu übernehmen (act. 3/3, S. 1). G._____, ein damaliger Arbeitnehmer von H._____, wurde seitens H._____ als verantwortlicher Aktuar benannt und eingetragen (act. 1, Ziff. 1.2; 3/3 Ziff. 5). Seine Löschung als verantwortlicher Aktuar erfolgte erst per 19. Oktober 2012 (act. 3/8).

3.1.2. G._____ kündigte auf Ende Mai 2011 sein Anstellungsverhältnis mit H._____ und ging per 1. Juli 2011 ein neues mit der Klägerin ein (act. 1 Ziff. 1.4). Er blieb dennoch als verantwortlicher Aktuar der Beklagten bis zum 19. Oktober 2011 im Register der FINMA eingetragen (act. 1 Ziff. 1.7; 3/8; 11 Rz. 59). In der Zeit zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 erbrachte G._____ unbestrittenermassen Leistungen zugunsten der Beklagten (act. 1, Ziff. 1.7, act. 11 Rz. 14 ff.). Vorgängig, am 1. März 2011, sandte er der Beklagten einen Vertragsentwurf, der dem Mandatsvertrag zwischen der Beklagten und H._____ nachempfunden war und nur in wenigen Punkten davon abwich (act. 1 Ziff. 1.9; 3/12; 11 Rz. 24). Es fanden in diesem Zusammenhang auch Vertragsgespräche statt, welche seitens der Beklagten von J._____, dem damaligen Direktor der Beklagten, geführt wurden (act. 1 Ziff. 1.9; act. 3/12, 13). Mit E-Mail vom 29. April 2011 teilte J._____ G._____ mit, dass er den Vertragsentwurf der Rechtsabteilung zur Genehmigung weitergeleitet habe. (act. 3/15; act. 11 Rz. 51). Eine Vertragsunterzeichnung seitens der Beklagten fand nie statt (act. 1, Ziff. 1.9; 11 Rz. 50 f.).

3.2. Streitpunkte

Es ist streitig, ob ein gültiger Vertrag zwischen der Beklagten einerseits und G._____ bzw. der Klägerin andererseits zustande gekommen ist (act. 1 Ziff. 1.9; act. 11 Rz. 12). Gemäss den Ausführungen der Klägerin liegt zumindest ein konkludenter Vertragsschluss zwischen der Beklagten und G._____ vor (act. 21, Ziff. 14). Die Beklagte bestreitet jedwelchen Vertragsschluss (act. 11 Rz. 12).

3.3. Rechtliches

3.3.1. Ein Vertragsschluss bedarf der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR). Die Willensäusserung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Zu den stillschweigenden zählt die konkludente Willensäusserung. Sie resultiert aus einem schlüssigen, tatsächlichen Verhalten. Schlüssig ist ein Verhalten stets dann, wenn genügend sichere Anhaltspunkte für einen hinter dem Verhalten stehenden Willen vorliegen (WOLFGANG WIEGAND, in: Kurzkomentar Obligationenrecht, 1. Aufl. 2008; N. 5 zu Art. 1 OR), und nach Treu und Glauben die Umstände keinen anderen Schluss als eine Willensäusserung zulassen (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, § 27 Rz. 27.10). Ob nach Vertrauensprinzip ein solches schlüssiges Verhalten vorliegt, ist damit eine Rechtsfrage (vgl. REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, N. 7, 9 zu Art. 310). Zu schlüssigem Verhalten zählen insbesondere Handlungen, die den intendierten Vertrag bereits in Vollzug setzen, wie beispielsweise das Beanspruchen der Gegenleistung des Vertragspartners (EUGEN BUCHER in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 18 f. zu Art. 1 OR).

3.3.2. Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besonderen Vertragsart des Gesetzes unterstellt sind, unterstehen den Vorschriften über den Auftrag (Art. 394 Abs. 2 OR). Grundsätzlich bestehen keine besonderen Formvorschriften für das Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses. Gemäss Art. 394 OR verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrags, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Abs. 1). Hauptgegenstand eines Auftrags ist daher stets ein Tätigwerden, kein konkreter Erfolg. Es sind Rechts- oder Tathandlungen geschuldet (vgl. Rolf H. Weber, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage 2011, N. 6 zu Art. 394 OR), ein Entgelt dagegen nur dort, wo es vereinbart oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR).

3.3.3. Ein Auftragsverhältnis entsteht insbesondere durch die Entgegennahme tatsächlicher Dienstleistungen. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich die Parteien ausdrücklich über den Auftragsumfang geeinigt haben. So sieht Art. 396 Abs. 1

OR vor, dass sich der Umfang des Auftrages bei fehlender ausdrücklicher Absprache über den Umfang nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts bestimmt.

3.3.4. Auch eine Abrede über die Vergütung ist für das Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses nicht zwingend erforderlich. Eine Vergütung ist stets dann zu leisten, wenn sie üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Dabei gilt es, den entgeltlichen Auftrag von Gefälligkeitsverhältnissen abzugrenzen. Im heutigen Wirtschaftsleben werden Dienstleistungen grundsätzlich nur gegen Entgelt angeboten, weshalb insbesondere bei professionellen Dienstleistungen die Entgeltlichkeit den Normalfall bildet. Unverbindliche Gefälligkeitsleistungen, welche eine Vertragsbindung nicht entstehen lassen, kommen dagegen im freundschaftlichen Verhältnis vor. Diese führen zu keiner Vertragshaftung des Leistenden bei Nicht- oder Schlechterfüllung (vgl. zum Gesamten KRAMER, a.a.O., N 61 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK-OR, N 121 ff. zu Art. 1 OR; HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 14 f.; BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., S. 226/7).

3.3.5. Ob ein Vertrag oder eine Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird und der bestehenden Interessenlage der Parteien. Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten oder unterstützt zu werden.

3.4. Würdigung

3.4.1. Die Klägerin ist in Bezug auf das Zustandekommen des Vertrages behauptungs- und beweisbelastet, da sie hieraus ihren Vergütungsanspruch ableitet. G._____ hat zugunsten der Beklagten Leistungen erbracht, was grundsätzlich von beiden Parteien anerkannt wird (act. 1 Ziff. 1.7 f.; act. 11 Rz. 13 ff). Diese Leistungen hat die Beklagte nicht nur vorbehaltlos entgegengenommen, vielmehr hat sie G._____ aktiv dazu veranlasst, weitere Leistungen zu erbringen, wie aus der

ins Recht gelegten E-Mail-Korrespondenz ersichtlich ist. So schrieb K._____, damaliger Direktor der Beklagten, an G._____ mit E-Mail vom 5. Juli 2011:

"We plan to be in Zurich on Aug 1st and need to meet with you to discuss work done so far and the way going fwd. (...)" (act. 3/9.3).

Am 30. Juni 2011 schickte G._____ eine E-Mail mit folgendem Inhalt an L._____, Mitarbeiter des D._____-Konzerns und setzte sowohl K._____ sowie M._____, Direktor der Beklagten, in Kopie:

"Please find attached the Solva I template filled with the figures

- taken from the P&L statements and the balance sheets
- approximated from the previous Solva I reports, P&L statements and balance sheets (act. 3/9.4).

(...) I also attach a file summarizing the sources and approximations of the inputs" (act. 3/9.4).

Weiter antwortete G._____ mit E-Mail vom 24. Juni 2011 N._____, Mitarbeiterin des D._____-Konzerns, auf deren Anfrage vom 22. Juni 2011 betreffend Solvabilitätsspanne zuhanden der FINMA, wie folgt:

"Please find attached the short memo summarising B._____'s solvency situation for the year 2011. To ensure I correctly understand what FINMA wishes, would you please forward me a copy of their request? (...)"

In die E-Mail-Konversation waren erneut sowohl K._____ als auch M._____ einkopiert. Als Antwort erhält G._____ von O._____, Mitarbeiter des D._____-Konzerns, folgende E-Mail datiert vom 27. Juni 2011:

"Enclosed find the file that needs to be updated. Remittance delay to FINMA, June 30th. Many thanks updating the file and return to M._____, K._____, N._____ and myself" (act. 3/9.6).

3.4.2. Die Beklagte behauptet, es habe sich beim Tätigwerden von G._____ um reine Abschlussarbeiten gehandelt. Diese seien im Anschluss an seine Kündigung und im Zuge der Geschäftsübergabe an I._____ für eine reibungslose Fortführung des Mandats notwendig gewesen (act. 11 Rz. 13). Soweit damit sinngemäss geltend gemacht werden soll, es habe sich bei diesen Arbeiten um unent-

geltliche Gefälligkeitsleistungen gehandelt, vermag dies mit Blick auf einen derartigen E-Mail-Verkehr nicht zu überzeugen. Für einen Arbeitnehmer bestehen nach seinem Ausscheiden weder Verpflichtungen noch Anreize, während Monaten einzelne Klienten seines ehemaligen Arbeitgebers unentgeltlich weiter zu betreuen. Die Umstände, unter denen die Leistungen erbracht wurden, und die bestehende Interessenlage G.____s und der Beklagten sprechen klar gegen Gefälligkeitsleistungen.

3.4.3. Ebenso wenig durfte die Beklagte in guten Treuen annehmen, G.____ habe die Dienstleistungen, zu denen er von der Beklagten aufgefordert wurde, in Vertretung und auf Rechnung der H.____ geleistet. Das Argument, P.____, Partner bei H.____, hätte dies gegenüber der Beklagten ausdrücklich so bestätigt (act. 12 Rz. 14), kann ihren Einwand nicht stärken. Die vertraglichen Beziehungen zwischen H.____ und G.____ waren bereits über einen Monat beendet; ein Umstand, welcher der Beklagten bekannt war. Sie konnte daher nicht mehr davon ausgehen, dass P.____ berechtigt war, verbindlich darüber Auskunft zu erteilen, ob und wenn ja, welche der zwischenzeitlich von G.____ erbrachten Leistungen durch Zahlung an H.____ abgegolten werden bzw. bereits abgegolten wurden. Bezeichnenderweise behauptet die Beklagte denn auch nirgends, dass H.____ G.____ in irgendeiner Weise weiterhin angestellt oder beauftragt und ihrerseits dafür entschädigt habe. Die Korrespondenz fand zudem ausschliesslich zwischen G.____ und der Beklagten statt. Bei keiner der einschlägigen E-Mail-Korrespondenzen wurde ein Mitarbeiter der H.____ in Kopie gesetzt (act. 3/9.1-4,6).

3.4.4. G.____ hat den Vertragsentwurf (act. 3/12) in eigenem Namen und nicht etwa im Namen der H.____ an J.____, einem damaligen Direktor der Beklagten zugesandt. Zuvor führte G.____ mit J.____ Gespräche darüber, dass er selber das Mandat anstelle der H.____ weiterführen wolle. Auch daraus war für die Beklagte klar erkennbar, dass G.____ nach der Kündigung seiner Anstellung bei H.____ nicht mehr für diese tätig war, sondern beabsichtigte, inskünftig die Arbeiten als verantwortlicher Aktuar im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu erbringen. Unter diesen Umständen konnte die Beklagte nicht gutgläubig an-

nehmen, G._____ habe seine Leistungen im Namen und auf Rechnung der H._____ erbracht.

3.4.5. Sodann war G._____ unbestrittenermassen während der gesamten Zeit zwischen dem 1. Juni 2012 und dem 19. Oktober 2012 als verantwortlicher Aktuar registriert. Der Einwand der Beklagten, die Löschungsmeldung zuhanden der FINMA sei versehentlich vergessen gegangen (act. 12 Rz. 42), vermag bei einem Zeitraum von über viereinhalb Monaten nicht zu überzeugen. Der Umstand der fortdauernden Eintragung G._____s konnte der Beklagten nicht entgangen sein. Jede Versicherungsgesellschaft muss zwingend über einen verantwortlichen Aktuar verfügen und ist gesetzlich verpflichtet, Mutationen umgehend zu melden (Art. 23 Abs. 1 und 3 VAG). Solange der Registereintrag weiterbestand, war G._____ gesetzlich verpflichtet, die Funktion des verantwortlichen Aktuars weiterhin wahrzunehmen, selbst wenn diese auf einem Versehen beruht hätte. Die Beklagte hätte es sich selber zuzuschreiben, wenn sie eine der wichtigsten und gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen, die Meldung der Mutation an die FINMA, vergessen haben sollte. Vorliegend kann offen gelassen werden, ob die Beklagte vergessen hat, den Registereintrag zu löschen oder ob dies mit Absicht erfolgte, da dies am Bestehen eines Auftragsverhältnisses nichts ändern würde.

3.4.6. Der Eintragung folgt die entsprechende Verantwortung, die dieses Amt mit sich bringt. Die Übernahme der Verantwortung ist eine zentrale Aufgabe des Amtes des verantwortlichen Aktuars. Sie verblieb mit dem Fortdauern der Eintragung gänzlich bei G._____.

3.4.7. Die Beklagte behauptet schliesslich, H._____ habe für den Zeitraum vom 12. Januar 2011 bis 24. Januar 2012 Honorarrechnungen im Betrag von insgesamt CHF 339'242.04 gestellt (act. 26/1), welche sie, die Beklagte, vollumfänglich bezahlt habe. Die Beklagte habe deswegen schon aus rein finanziellen Gründen kein Interesse daran gehabt, im Kalenderjahr 2011 parallel zu dem mit H._____ bestehenden Mandat zusätzlich auch noch G._____ als verantwortlichen Aktuar zu mandatieren und sich dadurch doppelte Honorarkosten aufzubürden. Selbst wenn die Beklagte H._____ für das Amt des verantwortlichen Aktuars aufgrund des Mandatsvertrages vom 12. Januar 2011 für das gesamte Jahr 2011 vollum-

fänglich bezahlt hat, so kann daraus nicht abgeleitet werden, die Beklagte hätte G._____ *nicht* mit dem Amt des verantwortlichen Aktuars und der Wahrnehmung der daraus resultierenden, notwendigen Arbeiten beauftragt.

3.5. Verletzung des Abwerbverbotes

3.5.1. Die Beklagte weist darauf hin, dass im Arbeitsvertrag mit H._____ ein "Konkurrenzverbot" zulasten von G._____ vereinbart worden sei. Gemäss dieser Klausel dürfe G._____ bis zwei Jahre nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne schriftliche Zustimmung von H._____ keine Aufträge von Kunden, die er betreut habe, vermitteln oder weiterführen (act. 11 Rz. 36 ff.).

3.5.2. Inwieweit diese Bestimmung allenfalls verletzt wurde, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens und für das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien irrelevant. Dies betrifft das Verhältnis zwischen G._____ und H._____, welches nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Im Übrigen behauptet die Beklagte nicht, damals Kenntnis von diesem "Konkurrenzverbot" gehabt zu haben. Ihr Handeln konnte es somit nicht beeinflussen.

3.6. Kündigung des Mandatsvertrages mit H._____

3.6.1. Es ist unbestritten, dass J._____ mit Datum vom 29. April 2011 ein Schreiben an den verantwortlichen Partner seitens H._____, P._____, sandte, welches die Kündigung des Mandatsverhältnisses auf den 30. Juni 2011 zum Inhalt hatte (act. 1 Ziff. 1.3; 3/4; 11 Rz. 27). Streitig ist jedoch, ob es sich um eine rechtsgültige Kündigung handelte, da J._____ gemäss Handelsregistereintrag nur über eine Zeichnungsberechtigung zu zweien verfügte (act. 4/2; 11 Rz. 27).

3.6.2. Die Frage der rechtsgültigen Kündigung kann vorliegend offen gelassen werden, da sie keinen Einfluss auf die Frage des Zustandekommens eines Vertrags zwischen den Parteien bzw. zwischen der Beklagten und G._____ sowie dessen Inhalt hat.

3.7. Fazit

Zwischen G._____ und der Beklagten ist ein Auftragsverhältnis zustande gekommen. Die Beklagte hat G._____ ausdrücklich aufgefordert, zu ihren Gunsten Dienstleistungen zu erbringen und dieser hat in der fraglichen Zeitspanne Leistungen zugunsten der Beklagten erbracht, welche letztere vorbehaltlos angenommen hat. Zudem war G._____ bei der FINMA als verantwortlicher Aktuar der Beklagten registriert. Die Beklagte ist mithin als passivlegitimiert zu betrachten.

4. Auftragsumfang

4.1. Parteistandpunkte

4.1.1. Gemäss der Auffassung der Klägerin ergibt sich der Auftragsumfang und die Honorierung aus (i) den geführten Verhandlungen, insbesondere dem zugestellten Vertragsentwurf (act. 1, Ziff. 1.9, 2.4), (ii) G._____ Stellung als eingetragener, verantwortlicher Aktuar und den damit verbundenen rechtlichen Pflichten des VAG sowie (iii) den individuellen Anweisungen seitens der Beklagten (act. 1, Ziff. 2.4). G._____ habe denn auch in der fraglichen Zeitspanne zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 die Funktion des verantwortlichen Actuars nach Massgabe von Art. 23 f. VAG wahrgenommen und alle in dieser Funktion notwendigen Arbeiten zugunsten der Beklagten erbracht (act. 1 Ziff. 1.7).

4.1.2. Die Beklagte bestreitet dies. G._____ habe lediglich Abschlussarbeiten ausgeführt, die für eine Übergabe an I._____ notwendig gewesen seien (act. 11, Rz. 13 ff.). I._____ sei nach dem Ausstieg von G._____ bei H._____ verantwortlicher Aktuar der Beklagten geworden (act. 11 Rz. 41 f.) und habe auch alle notwendigen aktuarischen Arbeiten in der fraglichen Zeitspanne erledigt (act. 25 Rz. 9).

4.2. Rechtliches

4.2.1. Ein Auftragsverhältnis kann - wie erwähnt - auch zustande kommen, ohne dass sich die Parteien ausdrücklich über den *Auftragsumfang* einigen. Der Umfang der tatsächlich zu erbringenden Dienstleistungen beurteilt sich aufgrund des Konsenses der Parteien (Art. 395 OR). Oft wird der Umfang des Auftrages vertraglich nicht näher konkretisiert. Gemäss Art. 396 OR bestimmt sich der Umfang des Auftrages nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts, wenn er nicht ausdrücklich bestimmt wird. Der Beauftragte hat die Interessen des Auftraggebers getreu und sorgfältig im Hinblick auf die Zweckerreichung wahrzunehmen. Verfügt der Beauftragte über besondere Fachkenntnisse, so steht ihm ein grösseres Ermessen hinsichtlich der Bestimmung des Auftragsumfanges zu (Rolf H. Weber, a.a.O, N 3 zu Art. 396 OR; BGE 105 II 285=Pra 1980, 363 f.).

4.2.2. Findet ein konkludenter Vertragsschluss statt, ist der Vertragsinhalt mittels Vertrauensprinzip aus den entsprechenden Handlungen zu ermitteln. Die Handlungen sind so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 129 III 118 S. 122 E. 2.5; 128 III 419 S. 422 E. 2.2; 126 III 375 S. 380 E. 2e).

4.3. Würdigung

4.3.1. G._____ war während der gesamten fraglichen Zeitspanne im Register der FINMA als verantwortlicher Aktuar eingetragen. Er trug die entsprechende Verantwortung und hat damit einen wichtigen Teil der Funktion des verantwortlichen Actuars für die Beklagte wahrgenommen. Wäre die Beklagte damit nicht einverstanden gewesen, hätte sie G._____ zugunsten des neuen verantwortlichen Actuars austragen lassen müssen; hat sie doch die gesetzliche Pflicht, Mutationen umgehend zu melden (Art. 23 Abs. 3 VAG). Der Einwand der Beklagten, man habe lediglich vergessen den Wechsel der FINMA zu melden, vermag - wie erwähnt (Erw. 3.4.5.) - nicht zu überzeugen. Solange der Registereintrag weiterbestand, war G._____ gesetzlich verpflichtet, die Aufgaben des verantwortlichen Actuars weiterhin wahrzunehmen, selbst wenn seine Eintragung auf einem Versehen be-

ruhte. Die Beklagte hätte es sich selber zuzuschreiben, wenn sie eine der wichtigsten und gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen, die Meldung der Mutation an die FINMA, vergessen haben sollte.

4.3.2. Aufgrund des Registereintrags ist mithin davon auszugehen, dass G._____ zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 rechtsgültig als verantwortlicher Aktuar der Beklagten eingetragen war und demzufolge verpflichtet war, dieses Amt auszuüben.

4.3.3. Die Aufgaben des verantwortlichen Actuars werden durch die gesetzlichen Bestimmungen festgelegt (Art. 24 Abs. 1, 2 und 3 VAG). Der verantwortliche Aktuar trägt die Verantwortung dafür, dass

- die Solvabilitätsspanne richtig berechnet wird und das gebundene Vermögen den aufsichtsrechtlichen Vorschriften entspricht,
- sachgemässe Rechnungsgrundlagen verwendet werden und
- ausreichende technische Rückstellungen gebildet werden.
- Stellt er Unzulänglichkeiten fest, so hat er unverzüglich die Geschäftsleitung des Versicherungsunternehmens zu informieren.
- Ausserdem erstellt er regelmässig zuhanden der Geschäftsleitung einen Bericht.

Aufgrund seiner Fachkenntnisse stand G._____ ein Ermessensspielraum zu, welche einzelne Aufgaben er wann erledigen musste.

4.3.4. Die Art der Arbeiten, die G._____ zugunsten der Beklagten erbrachte, ergibt sich insbesondere auch aus der E-Mail-Korrespondenz, die er mit der Beklagten führte. So bezieht sich G._____ in einer E-Mail-Korrespondenz mit dem Betreff "Solvency Margin" auf eine Vorgabe der FINMA. Um besser abschätzen zu können, was diese möchte, ersucht er um eine Kopie der entsprechenden Anfrage. Er erhält darauf von der Beklagten ein Dokument, welches in diesem Zusammenhang von ihm zu aktualisieren sei (act. 3/9.6). G._____ erbrachte somit Leistungen für die Beklagte zuhanden der FINMA. Die Berechnung der Solvabili-

tätsspanne sowie die Kommunikation mit der FINMA zählen zu den Aufgaben eines verantwortlichen Aktuars (vgl. Art. 24 VAG). Es ist daher erstellt, dass G._____, trotz seines Ausscheidens bei H._____ auf Ende Mai 2011, weiterhin Aufgaben des verantwortlichen Aktuars zugunsten der Beklagten erbrachte und diese aufgrund des Registereintrages auch erbringen musste.

4.3.5. Die Beklagte behauptet zudem nicht, dass sie G._____ nach dessen Ausscheiden bei H._____ mitgeteilt habe, dass trotz seiner beibehaltenen Registrierung als verantwortlicher Aktuar und trotz Erteilung konkreter Aufträge nicht er, sondern H._____ die Aufgabe des verantwortlichen Aktuars weiterführen solle. Im Gegenteil, Y1._____ selbst entschuldigte sich mit E-Mail vom 20. Oktober bei G._____ für die nicht ordnungsgemässe Information. Y1._____ schrieb darin wörtlich: "I am very sorry to hear that you were not properly informed about the discontinuance of your mandate. (...) Needless to say that B._____s decision had nothing to do with your person and the excellent services you provided while you were in charge. I would like to apologize for the unprofessional way this matter was handled (...)" (act. 3/9.5). G._____ wurde somit nach der Ansicht Y1._____s nicht in geeigneter Weise unterrichtet. Auch aus diesem Grund durfte G._____ in guten Treuen davon ausgehen, dass er das Mandat weiterführen sollte, dass er aufgrund des Registereintrages zudem dazu verpflichtet war und dass er weiterhin die volle Verantwortung für die korrekte Amtsführung trug.

5. Vergütung

5.1. Streitpunkte

5.1.1. Nach Ansicht der Klägerin sei für die Ermittlung der Vergütungshöhe die Vereinbarung mit H._____ als Berechnungsgrundlage analog beizuziehen. Die dort vereinbarte Höhe sei branchenüblich (act. 1 Ziff. 2.6, act. 21 Ziff. 47.). Sie entspreche zudem in etwa dem Bruttojahreslohn G._____ bei H._____, was ihre Marktüblichkeit zusätzlich belege. Die Offerten der Konkurrenten Q._____AG und R._____ AG seien sogar leicht höher gewesen als diejenige von H._____. Schliesslich sei die Vergütungshöhe zu keiner Zeit von der Beklagten beanstandet worden. Es sei deshalb davon auszugehen, dass hierüber Konsens be-

standen habe (act. 1 Ziff. 2.5). *Pro rata temporis* auf die fragliche Periode von 139 Tage umgerechnet geht die Klägerin von einer Vergütung in Höhe von CHF 108'111.10 aus. Davon bringt sie die bereits früher fakturierten Beträge von CHF 14'815.20 in Abzug und rechnet den Mehrwertsteuerbetrag von CHF 7'463.67 hinzu, was den eingeklagten Betrag von CHF 100'759.57 ergibt und ihrer Schlussrechnung vom 27. Januar 2012 entspricht (act. 3/21).

5.1.2. Die Beklagte bringt vor, dass über die Berechnungsgrundlagen kein Konsens erzielt worden sei (act. 11 Rz. 31 f.). Zudem sei es H._____ gewesen, die im ganzen Jahr 2011 sämtliche Arbeiten des verantwortlichen Aktuars zugunsten der Beklagten erbracht habe (act. 25 Rz. 9).

5.2. Rechtliches

5.2.1. Wie erwähnt (Erw. 3.4.2.), ist davon auszugehen, dass vorliegend für die Tätigkeit des verantwortlichen Aktuars ein Honorar geschuldet ist und es sich nicht um Gefälligkeitsarbeiten handelt.

5.2.2. Werden die Kriterien für die Berechnung der Vergütung durch die Parteien nicht festgelegt, so ist eine übliche und angemessene Vergütung geschuldet. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass sich nach Lehre und Rechtsprechung die in Abs. 3 von Art. 394 OR statuierte "Üblichkeit" nicht nur auf den Grundsatz, sondern auch auf die Höhe der Vergütung bezieht (BGE 101 II 109 S. 111 E. 2; 82 IV 145 S. 147 f. E. 2a; ROLF H. WEBER, a.a.O., N. 39 zu Art. 394). Existieren Berufstarife, so ist auf diese Bezug zu nehmen (ROLF H. WEBER, a.a.O., N. 38 zu Art. 394). Der Beauftragte ist beweispflichtig hinsichtlich der Existenz der Honorarabsprache sowie der Art der Honorierung (Entscheid 4A_100/2008 des BGer vom 29. Mai 2008, E. 4).

5.3. Würdigung

5.3.1. Eine ausdrückliche Vereinbarung über das Honorar kam vorliegend nicht zustande, da der Vertragsentwurf, den G._____ am 1. März 2011 J._____, einem damaligen Direktor der Beklagten zusandte (act. 1 Ziff. 1.9; act. 3/12, 13), seitens der Beklagten nicht unterzeichnet wurde. Dieser Entwurf war dem Mandatsvertrag

zwischen der Beklagten und H._____ nachempfunden und wich nur in wenigen Punkten davon ab (act. 1 Ziff. 1.9; 3/12; 11 Rz. 24). Mit E-Mail vom 29. April 2011 teilte J._____ G._____ mit, dass er den Vertragsentwurf der Rechtsabteilung sogleich zur Genehmigung weiterleiten werde (act. 3/15; 11 Rz. 51). Es ist unbestritten, dass dieser Vertragsentwurf in der Folge weder ausdrücklich abgelehnt, noch ausdrücklich angenommen wurde.

5.3.2. Es stellt sich jedoch die Frage, ob in Bezug auf die Höhe des Honorars eine konkludente Einigung der Parteien zustande gekommen ist. Durch die Zusendung des Vertragsentwurfs hat G._____ gegenüber der Beklagten noch vor Beginn der fraglichen Zeitspanne kundgetan, welchen Preis er für die Wahrnehmung des Amts als verantwortlicher Aktuar verrechnen will (act. 3/12). Mit E-Mail vom 16. März 2011 informierte J._____ G._____ darüber, dass die Beklagte zuerst die Kündigungsbestätigung betreffend G._____s Ausscheiden bei H._____ benötige, dann könne sie ihrerseits das Mandat mit H._____ kündigen und darauf den Vertrag mit G._____ abschliessen (act. 3/13). Der Umstand, dass J._____ den Vertragsentwurf nicht zurückwies, sondern ihn vielmehr anschliessend zur Genehmigung bzw. Zustimmung an den Rechtsdienst schickte, wie er mit E-Mail vom 29. April 2011 mitteilte, spricht dafür, dass er selber dem Entwurf zustimmte. J._____ schrieb in seiner E-Mail wörtlich: "Estoy enviando tu contrato al area juridica para su aprobación (...)" [Ich schicke deinen Vertrag zur Genehmigung sogleich an die Rechtsabteilung] (act. 3/15).

5.3.3. Wenn die Beklagte in der Folge auch nach dem 1. Juni 2011 die Dienste von G._____ in Anspruch nahm und diesen weiterhin als verantwortlichen Aktuar eingetragen liess, so durfte G._____ dies nach dem Vertrauensprinzip so verstehen, dass J._____ mit den ihm bekannt gegebenen Konditionen hinsichtlich der Honorierung einverstanden war, zumal nicht behauptet wird, dieser habe G._____ zu verstehen gegeben, dass er mit einer solchen Honorierung nicht einverstanden sei.

5.3.4. Dass J._____ keine Einzelzeichnungsberechtigung hatte (vgl. act. 3/5), steht dem nicht entgegen. In den E-Mail-Verkehr mit G._____ wurden stets weitere Verantwortliche der Beklagten einbezogen, nicht nur J._____. So gingen die

oben zitierten E-Mails u.a. auch an K._____, ehem. Direktor der Beklagten, und an M._____, Direktor der Beklagten (act. 3/5; 3/9.1-4,5-6). Die Zusammenarbeit mit G._____ wurde folglich mit Wissen der Verantwortlichen der Beklagten fortgesetzt. Eine konkludente Genehmigung oder zumindest eine Duldungsvollmacht liegt somit vor. Auch der Umstand, dass eine formelle Genehmigung seitens der Rechtsabteilung noch ausstand, ändert an der konkludenten Einigung über das Honorar nichts. Die Beklagte behauptet zudem nicht, dass sie G._____ nach dessen Ausscheiden bei H._____ mitgeteilt habe, dass trotz seiner beibehaltenen Registrierung als verantwortlicher Aktuar und trotz Erteilung konkreter Aufträge nicht er, sondern H._____ die Aufgabe des verantwortlichen Aktuars weiterführen solle. Im Gegenteil, Y1._____ selbst entschuldigte sich mit E-Mail vom 20. Oktober bei G._____ für die nicht ordnungsgemässe Information (act. 3/9.5; vgl. vorne Erw. 4.3.4.).

5.3.5. Nachdem G._____ bis Oktober 2011 offenbar nicht in geeigneter Weise darüber unterrichtet wurde, dass der von ihm unterbreitete Vertrag nicht unterzeichnet werden sollte, durfte er angesichts des Registereintrages und der ihm ausdrücklich erteilten Aufträge in guten Treuen davon ausgehen, dass die Beklagte mit den von ihm bekannt gegebenen Konditionen einverstanden sei und seine Tätigkeit in der Zeit zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 aufgrund dieser Konditionen entschädigt werde.

5.3.6. Hinsichtlich der Honorierung sieht der Vertragsentwurf vor, dass G._____ gegen eine entsprechende Jahrespauschale von CHF 240'000.- das Amt des verantwortlichen Aktuars zugunsten der Beklagten versehen sollte. Diese Pauschalentschädigung war in vierteljährlichen Raten zu vergüten (vgl. act. 3/12 Ziff. 7). Die Form der Pauschalvergütung findet sich bereits im Vertrag vom 1. Februar 2010, den die Beklagte mit H._____ abschloss (act. 3/3). Die dort vereinbarte Vergütungsform wird von der Beklagten auch als Jahrespauschale qualifiziert (act. 11 Rz. 63).

5.4. Fazit

Nach Würdigung aller Umstände ist davon auszugehen, dass hinsichtlich der Honorierung von G._____ für das Amt des verantwortlichen Aktuars eine konkludente Einigung über eine Jahrespauschale von CHF 240'000.- zustande gekommen ist und G._____ für seine Tätigkeit auf der Basis die Pauschalvergütung zu entschädigen ist.

6. Einreden der Beklagten

6.1. Parteistandpunkte

6.1.1. Die Beklagte wendet ein, sämtliche Arbeiten eines verantwortlichen Aktuars während des Jahres 2011 seien durch H._____ erbracht worden. H._____ intern habe ihr Mitarbeiter I._____ das Amt des verantwortlichen Aktuars der Beklagten bereits vor der Registerraustragung G._____s von diesem übernommen (act. 11 Rz.63). I._____ habe für die Beklagte ab 1. Juni 2011 alle im Mandatsvertrag mit der H._____ aufgeführten aktuariellen Dienstleistungen erbracht. G._____ habe nach seinem Ausscheiden bei H._____ lediglich Abschlussarbeiten erbracht (act. 25 Rz. 14).

6.1.2. Die Klägerin bestreitet dies und macht geltend, sie habe im fraglichen Zeitraum sämtliche notwendigen und angefallenen Arbeiten ausgeführt, die zum Amt des verantwortlichen Aktuars gehörten und im massgebenden Gesetz (VAG) umschrieben seien.

6.2. Würdigung

6.2.1. Der Argumentation der Beklagten kann nicht gefolgt werden. G._____ war die ganze Zeit rechtsgültig als verantwortlicher Aktuar eingetragen und hatte damit dieses Amt effektiv inne. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, dass H._____intern für die fragliche Zeitspanne I._____ zuständig gewesen wäre, selbst wenn dieser ab dem 1. Juni 2011 aktuarielle Dienstleistungen gemäss Mandatsvertrag mit der H._____ erbracht haben sollte. Die Beklagte behauptet nicht konkret, dass G._____ Arbeiten, die er in der fraglichen Zeit als verantwortli-

cher Aktuar hätte vornehmen sollen, nicht ausgeführt habe oder dass er die ihm als eingetragenen verantwortlichen Aktuar obliegenden oder ihm konkret erteilten Aufgaben unsorgfältig oder weisungswidrig erfüllt habe. Sie hat ihn auch nie dahingehend abgemahnt. Sie begnügt sich mit der Behauptung, H._____ habe alle Aufgaben des verantwortlichen Aktuars erfüllt und sei dafür auch bezahlt worden. Sie unterlässt es auch, in zeitlicher Hinsicht darzutun, wann I._____ welche konkreten Arbeiten ausgeführt hat. Wie erwähnt, ist vorliegend für die Ausübung des Amtes als verantwortlicher Aktuar der Registereintrag massgebend. Solange I._____ nicht im Register der FINMA eingetragen war, konnte er das Amt des verantwortlichen Aktuars nicht rechtsgültig ausüben.

6.2.2. Die Beklagte legt auch nicht in rechtsgenügender Weise dar, dass G._____ sein Amt in der fraglichen Zeitspanne mangelhaft wahrgenommen hat. Dieser hatte ein gewisses Ermessen zu entscheiden, welche einzelnen Arbeiten in dieser Zeit erforderlich waren. Anhand des E-Mail-Verkehrs mit der Beklagten lässt sich feststellen, dass sich G._____ in dieser Zeit mit der Berechnung der Solvabilitäts-spanne sowie deren Berechnungsgrundlagen - einer Kernaufgabe des verantwortlichen Aktuars (vgl. Art. 24 Abs. 1 VAG) - beschäftigte (act. 3/9.4, 6). Der Appointed Actuary Report 2010, welches von H._____ abgeliefert wurde, führt G._____ im Anschluss an einen Zusammenzug der geforderten Solvabilitäts-spanne noch per 30. Juni 2011 als den verantwortlichen Aktuar auf. Die darunter angeführte E-Mail-Adresse ist jedoch bereits eine E-Mail-Adresse der Klägerin und nicht mehr von H._____ (act. 12/2, S. 32). Da eine Pauschalvergütung vereinbart war, ist es für die Bemessung der Vergütung nicht entscheidend, wann G._____ welche einzelnen Aufgaben im Rahmen seines Amtes ausübte. Auch H._____ wurde das Honorar offenbar unabhängig von den einzelnen Bemühungen pauschal vierteljährlich vergütet. Es kann daher dahingestellt bleiben, inwiefern sich G._____ in der fraglichen Zeitspanne mit der Berichterstattungspflicht beschäftigte, zumal die Beklagte nicht behauptet, G._____ habe diese Pflicht in sorgfaltswidriger Weise vernachlässigt. Auch wenn der definitive Jahresbericht zuhanden der Beklagten erst nach der Amtszeit G._____s von I._____ abgeliefert wurde, ist dies keineswegs als Indiz dafür zu werten, dass G._____ seine Amtspflichten verletzt hat. Die Berichterstattung erfolgte offenbar auch in anderen Jah-

ren jeweils erst im Folgejahr, in einem Zeitpunkt also, als G._____ nicht mehr das Amt des verantwortlichen Aktuars innehatte. Und selbst wenn es zutrifft, dass H._____ in der Zeit zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 Arbeiten, die in das Pflichtenheft des verantwortlichen Aktuars fallen, ausgeführt und dafür auch bezahlt wurde, so bedeutet dies umgekehrt nicht, dass die Beklagte G._____ für das Innehaben des Amtes sowie für sein Tätigwerden als verantwortlicher Aktuar nicht gemäss Mandatsvertrag zu entlönnen hätte.

7. Bemessung der Vergütung

7.1. Zwischen den Parteien wurde eine Pauschalvergütung vereinbart, unabhängig davon, wann welche Arbeiten anfielen. Eine Abrechnungspflicht über die Anzahl und den genauen Zeitpunkt der einzelnen vorgenommenen Arbeiten seitens der Klägerin bestand somit nicht. Dies trägt dem Charakter des Amtes eines verantwortlichen Aktuars Rechnung, welches als Auftrag ausgestaltet auf ein Tätigwerden in den entsprechenden Situationen verpflichtet und nicht auf einen konkreten Erfolg.

7.2. Die Entschädigung wurde bereits unter dem Vertrag mit H._____ jeweils quartalsweise *pro rata temporis* ausbezahlt. Es war offenkundig die Absicht der Parteien, diese gelebte quartalsweise Überweisung jeweils eines Viertels der Jahrespauschalsumme beizubehalten. Im Vertragsentwurf von G._____ findet sich denn auch keine Bestimmung, die für eine vorzeitige Vertragsauflösung einen anderen Vergütungsmodus statuieren würde. Die Jahrespauschale von CHF 240'000.- ist daher auch für die Zeitspanne zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 (141 Tage) - welche ohnehin zeitlich in etwa der Zeitspanne eines Quartals entspricht - *pro rata temporis* zu reduzieren (CHF 240'000.- / 365 * 141 = CHF 92'712.30). Bei der Berechnung der eingeklagten Summe zieht die Klägerin vom errechneten *pro rata* Betrag die bereits mit Rechnung vom 30. September 2011 und 31. Oktober 2011 (act. 3/16 und 3/17) separat fakturierten Beträge in der Höhe von CHF 13'615.20 (exkl. MwSt.) und CHF 1'200.-- (exkl. MwSt.) ab (act. 21 Rz. 47). Dieser Betrag ist mithin nicht eingeklagt und daher vom vorliegend errechneten *pro rata* Betrag ebenfalls zu subtrahieren. Es verblei-

ben damit noch CHF 77'897.10. Zuzüglich 8% Mehrwertsteuer resultiert hieraus eine geschuldete Entschädigung von insgesamt CHF 84'128.90.

7.3. G._____ war erwiesener Massen zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 als verantwortlicher Aktuar der Beklagten im entsprechenden Register der FINMA eingetragen und hat nachweislich diverse Arbeiten des verantwortlichen Aktuars ausgeführt. Der Klägerin ist daher eine entsprechende Vergütung für den Zeitraum zwischen dem 1. Juni 2011 und dem 19. Oktober 2011 im Betrag von CHF 84'128.90 (inkl. Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

8. Verzugszin

8.1. Die Klägerin verlangt auf ihren Forderungsbetrag einen Verzugszins von 5% seit 2. März 2012 (act. 1 S. 2).

8.2. Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Wurde jedoch für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug ohne zusätzliche Mahnung (Art. 102 Abs. 2 OR).

8.3. Die Höhe des verlangten Verzugszinses entspricht dem gesetzlich vorgeschriebenen Zins von fünf Prozent und blieb unbestritten. Gemäss Vertragsentwurf ist die Jahrespauschale quartalsweise fällig (act.3/21 Ziff. 7). Die vier Rechnungen pro Jahr sind sodann innert 30 Tagen ab Rechnungsstellung zu begleichen (act. 3/21). Erst die Rechnung vom 27. Januar 2012 ist als vertragsgemässe Rechnungsstellung zu qualifizieren. Sie gewährt im Einklang mit dem Vertragsentwurf von G._____ eine übliche Zahlungsfrist von 30 Tagen ab Rechnungseingang (act. 3/21). Die Ansetzung einer üblichen Zahlungsfrist genügt für die Annahme eines Verfalltages nicht. Massgebend ist somit der Zeitpunkt der Mahnung. Nachdem die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 6. März 2012 gemahnt hat (act. 3/23), ist der Verzugszins ab diesem Zeitpunkt geschuldet.

8.4. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin auf den ihr zustehenden Forderungsbetrag einen Verzugszins von 5% seit 6. März 2012 zu bezahlen.

9. Ersatz der Betreibungskosten

9.1. Die Klägerin fordert in Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren den Ersatz der bisherigen Betreibungskosten in der Höhe von CHF 203.- (act. 1 S. 2).

9.2. Der Schuldner trägt die Betreibungskosten. Sie sind jedoch vom Gläubiger vorzuschliessen (Art. 68 Abs. 1 des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 [SchKG, SR. 281.1]). Der Schuldner hat daher dem Gläubiger die vorgeschossenen Kosten im Umfang seiner Kostentragung zu ersetzen (FRANK EMMEL, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), 1. Aufl. 1998, N. 16 zu Art. 68).

9.3. Die bisherigen Betreibungskosten sind der Klägerin somit durch die Beklagte zu ersetzen.

10. Kosten- und Entschädigungsfolgen

10.1. Gerichtskosten

10.1.1. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 [GebV OG] (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 100'962.57 ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 GebV OG auf CHF 9'000.-- (exkl. MwSt.) festzusetzen. Obsiegt keine der Parteien vollständig, so wird die Gerichtsgebühr als Teil der Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

10.1.2. Vorliegend obsiegt die Klägerin zu $\frac{5}{6}$ und unterliegt zu $\frac{1}{6}$. Der Klägerin sind daher die Gerichtskosten im Umfang von $\frac{1}{6}$ aufzuerlegen. Die Beklagte unterliegt zu $\frac{5}{6}$ und obsiegt zu $\frac{1}{6}$. Ihr sind demzufolge $\frac{5}{6}$ der Gerichtskosten aufzuerlegen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

10.2. Parteientschädigungen

Der Klägerin ist im Umfang ihres Obsiegens/Unterliegens eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV] zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist für die Begründung bzw. die Beantwortung einer Klage sowie die Teilnahme an der Hauptverhandlung geschuldet; für jede weitere Rechtschrift sowie die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 u. 2 AnwGebV). Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin eine auf $\frac{2}{3}$ reduzierte Parteientschädigung von CHF 10'000.-- (exkl. MwSt.) zu bezahlen (§ 4 i.V.m. § 11 Abs. 2 sowie Art. 106 Abs. 2 ZPO).

10.3. Hinweis Mehrwertsteuer

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 84'128.90 (inkl. Mehrwertsteuer) zuzüglich Zins von 5% seit dem 06. März 2012 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird das Rechtsbegehren gemäss Ziff. 1 abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Betreuungskosten im Umfang von CHF 203.– zu bezahlen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 9'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Beklagten zu $\frac{5}{6}$ und der Klägerin zu $\frac{1}{6}$ auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 10'000.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 100'962.57.

Zürich, 13. März 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Peter Helm

Dr. Thomas Steininger