

C1 21 1

URTEIL VOM 25. JANUAR 2022

**Kantonsgericht Wallis
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Lionel Seeberger, Präsident; Jérôme Emonet und Camille Rey-Mermet, Kantonsrichter; Dr. Milan Kryka, Gerichtsschreiber

in Sachen

X _____ **AG**, Klägerin und Berufungsklägerin sowie Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Emil Inderkummen,

gegen

Y _____ **AG**, Beklagte und Berufungsbeklagte sowie Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Marco Eyer,

(Andere Obligationen)

A _____ en gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Brig, Östlich-Raron und Goms vom 23. November 2020 [BRI Z1 18 48]

Verfahren

A. In dem von der Klägerin beim Bezirksgericht in Brig mit Klage vom 25. Mai 2018 eingeleiteten Verfahren, in welchem die Beklagte in ihrer Klageantwort am 31. Oktober 2018 (Postaufgabe) Widerklage erhob, stellten die Prozessparteien nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels sowie des Beweisverfahrens in ihren schriftlichen Schlussvorträgen nachfolgende Begehren:

Klägerin und Widerbeklagte am 13. Juli 2020 (S. 363 f.):

1. Die Y _____ AG mit Sitz in B _____ wird verpflichtet, der X _____ AG mit Sitz in C _____ einen Betrag von CHF 132'558.50 nebst 5 % Zins ab Fälligkeit zu bezahlen für folgende Rechnungen:

- 01. 06. - 31. 12. 2015	CHF	28'123.20 (7x.4'017.60)
- 01. 01. - 31. 12. 2016	CHF	48'211.20 (12 x 4'017.60)
- 01. 01. - 31. 05. 2017	CHF	20'088.00 (5 x 4'017.60)
Zwischentotal	CHF	96'422.40
- 01. 06. - 31. 12. 2017	CHF	28'123.20 (7 x 4'017.60)
- 01. 01. - 28. 02. 2018	CHF	4'0006.45 (2 x 4'006.45)
Total	CHF	132'558.50

2. Die in Ziffer 1 erwähnten Beträge sind mit einem Zins von 5 % ab Fälligkeit zu verzinsen, nämlich Rechnung

- Nr. 408559 ab 15. 06. 2017	(CHF	96'422.40)
- Nr. 409484 ab 03. 08. 2017	(CHF	4'017.60)
- Nr. 409893 ab 03. 09. 2017	(CHF	4'017.60)
- Nr. 410437 ab 04.10. 2017	(CHF	4'017.60)
- Nr. 410945 ab 02. 11. 2017	(CHF	4'017.60)
- Nr. 411469 ab 06. 12. 2017	(CHF	4'017.60)
- Nr. 412340 ab 05. 01. 2018	(CHF	4'017.60)
- Nr. 413136 ab 30. 01. 2018	(CHF	4'017.60)
- Nr. 414220 am 31. 03. 2018	(CHF	4'006.45)
- Nr. 414221 ab 31. 03. 2018	(CHF	4'006.45)

3. Eventualiter sei die Y _____ AG mit Sitz in B _____ zu verpflichten, der X _____ AG mit Sitz in C _____ einen Betrag von CHF 132'558.50 nebst 5 % Zins ab mittlerer Fälligkeit am 25.10.2016 zu bezahlen.

4. Die Widerklage sei vollumfänglich abzuweisen.

5. Die Y _____ AG bezahlt der X _____ AG eine angemessene Parteientschädigung für das Klage- und das Widerklageverfahren gemäss GTar (plus MwSt 7.7%).
6. Die Kosten von Verfahren/Widerklageverfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Y _____ AG.

Beklagte und Widerklägerin am 12. Juni 2020 (S. 373):

1. Die Klage sei abzuweisen.
Widerklageweise:
 2. Die Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Widerklägerin den Betrag von Fr. 31'735.20 nebst Zins zu 5% ab Fälligkeit zu bezahlen.
auf jeden Fall:
 3. Dies unter voller gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 7.7% MwSt.) zulasten der Klägerin und Widerbeklagten.

B. Das Bezirksgericht fällt am 23. November 2020 folgenden Entscheid (S. 409):

1. Die Beklagte wird verpflichtet der Klägerin Fr. 132'558.50 zu bezahlen. Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten von Fr. 21'000.-- werden der Beklagten auferlegt. Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen werden der Klägerin Fr. 2700.-- durch das Bezirksgericht zurückerstattet.
4. Die Beklagte bezahlt der Klägerin
 - a) Fr. 11'250.-- für geleisteten Kostenvorschuss;
 - b) Fr. 15'000.-- als Parteientschädigung.

C. Gegen dieses am gleichen Tag versandte Urteil erklärten die Klägerin am 7. Januar 2021 und die Beklagte am 8. Januar 2021 beim Kantonsgericht Berufung mit den nachstehenden Begehren, welche Letztere am 13. Januar 2021 mit der fehlenden Seite 2 ihrer Berufungsschrift nachreichte:

Klägerin (S. 415):

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichtes Brig Östlich Raron, Goms vom 23. November 2020 wird in Ziffer 1, Satz 2 aufgehoben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin 5% Zins ab Fälligkeit zu bezahlen
 - 1.1. nämlich Rechnung
 - Nr. 408559 ab Fälligkeit 15. 06. 2017 (CHF 96'422.40)
 - Nr. 409484 ab Fälligkeit 03. 08. 2017 (CHF 4'017.60)
 - Nr. 409893 ab Fälligkeit 03. 09. 2017 (CHF 4'017.60)

- Nr. 410437 ab Fälligkeit 04. 10. 2017 (CHF 4'017.60)
- Nr. 410945 ab Fälligkeit 02. 11. 2017 (CHF 4'017.60)
- Nr. 411469 ab Fälligkeit 06. 12. 2017 (CHF 4'017.60)
- Nr. 412340 ab Fälligkeit 05. 01. 2018 (CHF 4'017.60)
- Nr. 413136 ab Fälligkeit 30. 01. 2018 (CHF 4'017.60)
- Nr. 414220 ab Fälligkeit 31. 03. 2018 (CHF 4'006.45)
- Nr. 414221 ab Fälligkeit 31. 03. 2018 (CHF 4'006.45)

1.2 Eventualiter sei die Y _____ AG mit Sitz in B _____ zu verpflichten, der X _____ AG mit Sitz in C _____ auf den Betrag von CHF 132'558.50 einen Verzugszins von 5% ab mittlerer Fälligkeit am 25. 10. 2016 zu bezahlen

2. Die Berufungsbeklagte bezahlt die Kosten vom erstinstanzlichen und vom Berufungsverfahren.
3. Der Berufungsklägerin sei für das erstinstanzliche und das Berufungsverfahren gestützt auf den GTar eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Beklagte (S. 506):

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts Brig, Östlich-Raron und Goms vom 23. November 2020 (Z1 18 48) wird aufgehoben.
2. In Gutheissung der Berufung sei die Klage der Klägerin abzuweisen und die Klägerin widerklagerweise zu verpflichten, der Widerklägerin den Betrag von Fr. 31'735.20 nebst Zins zu 5 % ab Fälligkeit zu bezahlen.
3. Die Berufungsbeklagte trägt die Kosten von Verfahren und Entscheid sowohl für das erstinstanzliche Verfahren als auch für das Berufungsverfahren.
4. Die Berufungsbeklagte bezahlt der Berufungsklägerin sowohl für das erstinstanzliche Verfahren als auch für das Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung gemäss beizubringender Honorarnote zzgl. MwSt. von 7.7%.

Sachverhalt und Erwägungen

1.

1.1 Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Beschwerden und Berufungen, die im neunten Titel des zweiten Teils der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen sind (Art. 308 ff. ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZPO sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide mit Berufung anfechtbar, in vermögensrechtlichen Angelegenheiten indes nur wenn der Streitwert entsprechend den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren (vgl. Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO) über Fr. 10'000.-- beträgt. Für die Anschlussberufung gilt keine Streitwertgrenze (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 32 zu Art. 313 ZPO).

Das angefochtene Urteil bringt das Verfahren vor Bezirksgericht zu Ende, weshalb es sich hierbei um einen Endentscheid handelt. In ihrer Berufung macht die erstinstanzliche Klägerin Zinsen auf der ihr vom Bezirksgericht zuerkannten Forderung von Fr. 132'558.50 geltend, welche sich auf über Fr. 10'000.-- summieren. Die klägerische Forderung wird von der erstinstanzlich Beklagten in ihrer Berufung in Abrede gestellt; gleichzeitig beansprucht sie die von ihr mittels Widerklage geforderten Fr. 31'735.20 zuzüglich Zins. Da die Hauptforderung das höhere Rechtsbegehren beinhaltet, richtet sich der Streitwert nach dieser (Art. 94 Abs. 1 ZPO); zur Bestimmung der Prozesskosten sind die Streitwerte, da sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen, hingegen zusammenzurechnen, womit sie sich auf insgesamt Fr. 164'293.70 belaufen. Die Zinsen bleiben bei der Streitwertberechnung grundsätzlich unberücksichtigt (Art. 91 Abs. 1 ZPO), auch wenn diese bezüglich der Hauptforderung Gegenstand der klägerischen Berufung bilden.

Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Bezirksgericht hat sein Urteil am 23. November 2020 versandt, womit es von den Prozessparteien frühestens am Tag darauf in Empfang genommen werden konnte. Mit ihren Eingaben vom 7. bzw. 8. Januar 2021 haben die Klägerin und die Beklagte unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) fristgerecht Berufung erhoben. Da beide Seiten Berufung erklärt haben, sind nachstehend zwecks besseren Verständnisses die erstinstanzlichen Parteibezeichnungen zu verwenden.

1.2 Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Zwar nennt dieser Artikel einzig die Begründung der Berufung, die aber auch der Erläuterung der Begehren dient und solche damit voraussetzt. Aus einer Rechtsschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfechtet und inwieweit dieser abgeändert oder aufgehoben werden soll (BGE 137 III 617 E. 4.2.2 und 134 II 244 E. 2.4.2). In der Berufungseingabe sind somit Rechtsbegehren zu stellen, welchem letzteren Erfordernis die Berufungsschriften genügen. Zwar hatte die Beklagte ihre Berufung mit doppeltem Deckblatt und ohne Seite 2, welche ihre Rechtsbegehren enthält, eingereicht. Diese Nachlässigkeit gereicht ihr indes nicht zum Nachteil, weil sich aus der Begründung, in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ohne weiteres ergibt, was sie mit ihrer Berufung in der Sache verlangt (vgl. BGE 137 III 617 E. 6.2; Bundesgerichtsurteil 5A_775/2018 vom 15. April 2019 E. 4.1).

1.2.1 Die Begründungspflicht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Art. 311 Abs. 1 in fine i.V.m. Art. 310 ZPO) verlangt vom Berufungskläger, dass er jeweils in den Schranken von Art. 317 ZPO der Rechtsmittelinstanz im Einzelnen darlegt, aus welchen Gründen der angefochtene vorinstanzliche Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll (Begründungslast). Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er in seiner Berufungsschrift lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist oder diese wiederholt, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1; Bundesgerichtsurteile 5D_148/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2.1 und 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2, in: SZP 2013 S. 29 f.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO).

So ist in der Begründung nicht nur darzutun, weshalb das Verfahren so ausgehen sollte, wie der Rechtsmittelkläger dies will. Es ist auch aufzuzeigen, weshalb der Entscheid fehlerhaft ist bzw. weshalb Noven oder neue Beweismittel zulässig sind (vgl. dazu nachstehende E. 1.2.2) und einen anderen Schluss aufdrängen. Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren, möglichen Fehlern eigenständig forschen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. A.,

2016, N. 30 ff. zu Art. 311 ZPO). Vielmehr hat der Berufungskläger diese aufzuzeigen, indem er sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in seiner Berufungsschrift mit jeder einzelnen von ihnen auseinandersetzen; ansonsten hat der angefochtene Entscheid aufgrund der nicht beanstandeten Begründung Bestand (Bundesgerichtsurteil 4A_525/2014 vom 5. Mai 2015 E. 3; Hungerbühler/Bucher, a.a.O., N. 42 f. zu Art. 311 ZPO). Vermag die Berufung den Anforderungen an die Begründung nicht zu genügen, ist auf die Berufung nicht einzutreten (Bundesgerichtsurteile 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und 4A_97/2014 vom 26. Juni 2014 E. 3.3; vgl. auch BGE 138 III 374 E. 4.3.2). Ob die Berufungsschriften den gesetzlichen Vorgaben genügen, ist nachfolgend bei deren Behandlung zu prüfen.

1.2.2 Neue Tatsachen und Beweismittel können nach Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch beschränkt berücksichtigt werden. Echte Noven sind Tatsachen oder Beweismittel, welche (erst) nach dem Zeitpunkt entstanden sind, in welchem die jeweilige Partei sich vor der Urteilsfällung letztmals äussern konnte. Sie sind im Berufungsverfahren zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Demgegenüber sind unechte Noven Tatsachen und Beweismittel, welche bereits im Zeitpunkt der letztmaligen Äusserungsmöglichkeit bestanden, die jedoch aus irgendwelchen Gründen damals nicht geltend gemacht worden sind. Die Zulassung unechter Noven wird im Berufungsverfahren beschränkt. Sie sind ausgeschlossen, wenn sie nicht ohne Verzug vorgebracht werden oder bei zumutbarer Sorgfalt schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dabei hat der Berufungskläger und gegebenenfalls der Anschlussberufungskläger darzulegen, weshalb er diese erst jetzt und nicht schon früher im Verfahren vorbringt.

1.2.3 Laut Art. 310 ZPO können mit der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt mithin über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache ("plein pouvoir d'examen de la cause") und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Sie hat denn auch als Vorinstanz des Bundesgerichts gemäss Art. 112 Abs. 1 BGG den Lebenssachverhalt, welcher der Streitigkeit zugrunde liegt, sowie den Prozesssachverhalt des kantonalen Verfahrens so vollständig und verständlich darzustellen, dass den Parteien eine sachbezogene Anfechtung und dem Bundesgericht eine Überprüfung im Lichte der nach Art. 95 ff. BGG zulässigen Rügen möglich ist (vgl. dazu Art. 105 BGG; BGE 140 III 16 E. 1.3.1). Dies bedeutet aber nicht, dass die

Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie darf sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (vgl. auch Bundesgerichtsurteile 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 5 sowie 4A_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2, wonach das Berufungsgericht nicht von Grund auf eine eigene Prüfung sich stellender Rechts- und Tatfragen vornimmt, sondern den erstinstanzlichen Entscheid aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft; zum Ganzen BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

Inhaltlich ist das Berufungsgericht hingegen weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb es die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (Bundesgerichtsurteile 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1 und 4A_376/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 3.2.1 und 3.2.2).

1.2.4 Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1 Der Gesellschaftszweck der Klägerin beinhaltet u.a. die Beratung und Planung im Bereich der gesamten (mechanischen und elektronischen) Informationsverarbeitung sowie den Vertrieb aller diesem Zweck dienenden Hardware, Software, Peripheriegeräte und des hierzu erforderlichen Zubehörs (Beleg 25, S. 95). Die Beklagte bezweckt den Bau und den Betrieb sowie die Verwaltung von elektronischen Kommunikationsanlagen aller Art inkl. der damit verbundenen Installationen und Einrichtungen sowie die Erbringung und den Vertrieb von sämtlichen damit verbundenen Dienstleistungen (Beleg 24, S. 93). Über Jahre pflegten die Parteien kollegiale Geschäftsbeziehungen, wobei vertragliche Abmachungen formlos, etwa per Handschlag, getätigt wurden. U.a. leistete die Klägerin während einiger Zeit für die Beklagten das GIS (Geo-Informationssystem) - Hosting, welches später von der D _____ AG übernommen wurde.

2.2 Nach vorgängiger Bedürfnisabklärung unterbreitet die Klägerin der Beklagten im Dezember 2014 für die Fernsehübertragung via Internet (Internet Protocol Television; IPTV) zwei Offerten:

- «TV Multiscreen v2» für den TV-Empfang auf unterschiedlichen Anzeigegeräten über ein IP-Netzwerk;
- «TV Sender v3» beinhaltend TV-Sender in Form von [linearen] Multicast IPTV-Streams.

In der Folge führte die Klägerin Setups und Tests durch, wofür sie der E _____ AG am 29. Januar 2015 Fr. 27'000.-- (TV Sender Stream Setup inkl. Headend F _____ Fr. 13'000.--; Test-Betrieb TV Sender Fr. 2'000.--; IPTV Setup 1. Teil bis Testbetrieb Fr. 10'000.--; MWST Fr. 2'000.--) in Rechnung stellte, welche durch die Adressatin am 5. März 2015 beglichen wurde (Belege 5 und 6, S. 34 f.).

Die Parteien streiten sich, ob es aufgrund der obgenannten Offerten zu einem Vertragsabschluss gekommen ist. Dabei macht die Klägerin im vorliegenden Verfahren ausschliesslich Forderungen betreffend der «TV Sender v3» geltend, worauf näher einzugehen ist.

2.3 Am 3. Dezember 2014 unterbreitete die Klägerin durch ihren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat G _____ (s. Beleg 25, S. 95) [nachstehend: Verwaltungsrat] der Beklagten die «*Offerte TV Sender v3*», nämlich TV Sender in Form von Multicast IPTV Streams mit dem Vermerk, in dieser Version seien die Termine für den Test- sowie Regulär-Betrieb angepasst worden. Das Angebot war an die Beklagte bzw. H _____ adressiert, während im einleitenden Schreiben I _____ angesprochen wurde (S. 28 ff.). Bei H _____ [nachstehend: Geschäftsführer] handelte es sich um den Geschäftsführer der Beklagten, der sein Amt im Juni 2014 angetreten hatte, indes erst am 5. September 2016 in dieser Funktion und mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien im Handelsregister eingetragen wurde (Beleg 24, S. 93 f.). I _____ [nachstehend: technischer Angestellter] war zwischen 1996 und 2016 bei der Beklagten als deren Angestellter in technischen Belangen für das Kommunikationsnetz zuständig.

Das Bezirksgericht hat diese Offerte in seiner E. 3.3.4.1 über weite Teile wörtlich wiedergegeben. In dieser wurden unter '*1.1 Zusammenfassung*' als Vorhaben die Lieferung von TV Kanälen in Form von Multicast IPTV Streams angegeben, die einmaligen Kosten ab ColoJ _____ auf Fr. 9'000.-- bzw. inkl. Switch Headend F _____ auf Fr. 13'000.-- sowie die monatlich wiederkehrenden Kosten auf Fr. 3'720.-- beziffert und

als voraussichtlicher Realisierungstermin bei einer gesamten Umsetzungsdauer von ca. vier Wochen Dezember-Februar 2015 genannt.

Die Offerte umfasste als '2. Leistungen' der Klägerin als Signallieferantin die Lieferung von IP-TV Signalen für den genannten Zweck (Feed's) mit Signalübergabestelle (SÜS) im Headend SCB ColoJ _____, wo die Beklagte als Signalbezügerin das Signal als MPTS (Multiple Programm Transport Stream) beziehen sollte und von wo aus diese für dessen Transport zu ihren Systemen an ihrem Standort oder in ihrer Colocation zuständig sein sollte. Für die Kosten und die Mindestabnahmemenge (Abnahmeverpflichtung) für den Bezug der Leistungen wurde auf Kapitel 4 (recte: 5) verwiesen. In '3. Service Spezifikationen' wurde wiederholt, dass sich die SÜS im Rack der Signallieferantin im ColoJ _____ befinde und dass sich der Kunde für den Transport der Services ab ColoJ _____ selber verantwortlich zeichne.

Auf S. 5 der Offerte war unter '5. Kosten' vorgesehen, dass die Beklagte als Signalbezügerin der Klägerin als Signallieferantin die Anzahl der Kunden bzw. Abonnenten zwecks Abrechnung bis spätestens zum 5. eines jeden Monats meldet. Die Verrechnung der Signalkosten (monatlichen Kosten) sollten mit der ersten Auslieferung der Signale an die Kunden der Beklagten als Signalbezügerin fällig werden. Die Kosten wurden – immer noch auf S. 5 der Offerte – wie folgt spezifiziert:

5.1 Einmalige Kosten

Setup

Inbetriebnahme

- Inbetriebnahme TV Sender Stream, Leitung und Switch, Arbeiten ab ColoJ _____
9000.-
- Zusätzlicher Multicast Cisco Switch Headend F _____
4000.-
- Optional Erstellung Home Channel gemäss aktuellen Kanaldaten Schätzwert 1500.--
- Optional Erstellung Scripts für Abrechnung Schätzwert 1'000.-

TOTAL einmalige Kosten

13'000.-

5.2 Wiederkehrende Kosten

TV Sender Stream und Leitung

- Betrieb min. 1200 Kunden ab 1.3.2015 3.10/Kunde
- Test-Betrieb TV Sender Stream bis ca. 28.2.2015 Pauschal 2000.-

TOTAL min. wiederkehrende Kosten

3'720.-

Unter '6. Vertrags- und Geschäftskonditionen' wurde erklärt, dieser Vertrag zwischen den Parteien komme durch beidseitige Unterzeichnung zustande, womit gleichzeitig der

Zeitpunkt für den Beginn der Vertragsmindestdauer festgelegt werde. Die feste Mindestvertragsdauer wurde auf 60 Monate festgesetzt und das Vertragsverhältnis sollte sich anschliessend vorbehaltlich einer Kündigung unter Einhaltung einer Frist von 6 Monaten in ein unbefristetes wandeln. Die Gültigkeit der Offerte wurde mit 30 Tagen und die Preisgarantie für die Signallieferung mit 12 Monaten angegeben. Die Preise wurden 10 Tage nach Lieferung fällig. Die Vertragslaufzeit sollte sich auf 60 Monate ab '1.3.2015' belaufen.

2.4 Der Geschäftsführer der Beklagten brachte am '4.12.2014' zwei handschriftliche Änderungen an der vorstehenden Offerte an. Unter '*5. Wiederkehrende Leistungen*' strich er bei der Dauer des Testbetriebes das Enddatum '28.2.2015' und fügte von Hand '31. Mai 2015' an. Sodann setzte er seine Unterschrift an das untere Ende der Seite 5 der Offerte, welche die gesamte Kostenregelung umfasste. Unter '*6. Vertrags- und Geschäfts-Konditionen*' korrigierte der Geschäftsführer der Beklagten den Beginn der 60monatigen Vertragslaufzeit von '1.3.2015' auf '31. Mai 2015', ohne diese Seite zu unterzeichnen.

Mit E-Mail vom 4. Dezember 2014, 10:59 Uhr, «Betreff: IPTV und TV Streams - Auftragsbestätigung», bedankte sich der vorgenannte Verwaltungsrat der Klägerin beim Geschäftsführer der Beklagten über dessen E-Mailadresse@E _____ch für das konstruktive Gespräch und die Bestellung. Gerne sende er ihm dies als Auftragsbestätigung gemäss beiliegenden Dokumenten. Er habe die besprochenen Änderungen darin als Nachtrag eingefügt (Beilage 43, S. 146 f.):

Nachtrag TV Sender

- Inbetriebnahme ab Januar aber regulärer Betrieb ab 31.5.2014
- Vertragslaufzeit ab 31.5.2014

Der Geschäftsführer der Beklagten bedankte sich gleichentags um 14:58 Uhr über seine Mail@E _____ch beim Verwaltungsrat der Klägerin für die erhaltene E-Mail und das konstruktive Meeting, ohne sich dazu inhaltlich zu äussern (Beleg 43, S. 146).

3. Zentraler Streitpunkt ist, ob und inwieweit zwischen den Parteien ein gültiger Vertrag betreffend die Lieferung der «TV Sender v3» und den damit einhergehenden Serviceleistungen zustande gekommen ist und gegebenenfalls die sich daraus ergebenden Ansprüche. Weiter streiten sich die Parteien darüber, ob die Beklagte der Klägerin für das GIS-Hosting noch Zahlungen geleistet hat, als jenes bereits durch einen anderen Anbieter übernommen worden war und ob sie dafür eine Rückforderung geltend machen bzw.

diese allenfalls zur Verrechnung bringen kann. Schliesslich ist strittig, ob die Expertise von K _____ aufgrund von Verfahrensfehlern verwertbar ist.

3.1 Die Vorinstanz hat in *E. 3.3.1* mit Hinweis auf Rechtsprechung und Lehre ausgeführt, dass für den Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung der Parteien erforderlich ist (Art. 1 Abs. 1 OR), wobei grundsätzlich auf den tatsächlichen und subsidiär auf den normativen Konsens abzustellen sei. Weiter hat sie die Grundsätze der Art. 3 ff. OR zu Antrag und Annahme dargetan mit der Präzisierung, dass die Annahmeerklärung sich inhaltlich mit den objektiven und für den Antragsteller subjektiv wesentlichen Vertragspunkten decken müsse. Die Übereinstimmung in den wesentlichen Punkten führe zum Vertragsabschluss, selbst wenn in Nebenpunkten ein demnach unwesentlicher Dissens bestehe, welche Vertragslücke nach den allgemeinen Grundsätzen zu füllen sei. Beschlage der Dissens hingegen wesentliche Vertragspunkte, beinhalte die entsprechende Erklärung des Antragsempfängers allenfalls ein neues Angebot, das seinerseits vom ursprünglichen Antragsteller angenommen oder abgelehnt werden könne. In *E. 3.3.3* und den entsprechenden Untererwägungen hat das Bezirksgericht sodann die Grundsätze der Vertragsauslegung – primär subjektive und subsidiär objektivierende – einlässlich erläutert.

3.2 In *E. 3.3.2* hielt die Vorinstanz unter Bezugnahme auf die Offerte der Klägerin sowie auf die Aussage des Geschäftsführers der Beklagten fest, dieser habe dieses Dokument am 4. Dezember 2014 unterzeichnet sowie an die Klägerin retourniert und damit grundsätzlich die Annahme erklärt. Ob die von ihm auf der Offerte vorgenommenen handschriftlichen Änderungen betreffend Dauer des Testbetriebs sowie Beginn der Vertragslaufzeit wesentliche Vertragspunkte oder lediglich Nebenpunkte beschlagen hätten, könne offen bleiben, da sich der Verwaltungsrat der Klägerin mit E-Mail vom 4. Dezember 2014 mit dem Betreff «IPTV und TV Streams» - Auftragsbestätigung» beim Geschäftsführer der Beklagten für das konstruktive Gespräch und die Bestellung bedankt und «die besprochenen Änderungen» – Inbetriebnahme ab Januar, aber regulärer Betrieb bzw. Vertragslaufzeit ab 31. Mai 2015 – als Nachtrag eingefügt habe (s. vorne *E. 2.4*). Die Jahreszahl 2014 in der Bestätigungsmail qualifizierte das Bezirksgericht aufgrund der konkreten Umstände als unbeachtlichen Schreibfehler. Die Klägerin habe die seitens der Beklagten vorgenommenen handschriftlichen Änderungen zur Dauer des Testbetriebs bzw. zum Beginn der Vertragslaufzeit ihrerseits akzeptiert. Mithin sei erwiesen, dass die Beklagte durch ihren Geschäftsführer als Antragsempfänger ihr grundsätzliches Einverständnis mit der Offerte kundgetan habe und sich die Parteien im Nachgang dazu über die Dauer des Testbetriebs sowie den Beginn der Vertragslaufzeit für das hier

infrage stehende Projekt (TV-Sender v3) geeinigt hätten. Insgesamt gelangte es so zum Ergebnis, dass grundsätzlich im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR auf den Abschluss eines Vertrages zu schliessen sei.

In *E. 3.3.4.1* gab die Vorinstanz den Wortlaut der Offerte «TV Sender v3» in weiten Teilen wörtlich wieder. Ausgehend vom klaren Wortlaut des Vertragstextes bezüglich des Inhalts (Lieferung von TV-Kanälen in Form von Multicast IPTV Streams) und Umfangs der Leistung (Betrieb TV Sender Stream für mindestens 1200 Kunden) sowie der damit verbundenen einmaligen sowie monatlich wiederkehrenden Kosten hielt sie fest, dass sich die Parteien über die objektiv wesentlichen Punkte des infrage stehenden Vertragstyps bzw. des dazu gehörenden Geschäftskerns schriftlich geeinigt hätten. In *E. 3.3.4.3* legte das Bezirksgericht die Umstände der Vertragsunterzeichnung und der vorausgegangenen Verhandlungen dar – Bedürfnisabklärung; 2014 Absicht, IPTV einzuführen und das bisherige Produkt der L _____ abzulösen; in diesem Zusammenhang von beiden Seiten als konstruktiv bezeichnete Gespräche mit der Klägerin; Danke seitens der Klägerin an den Geschäftsführer der Beklagten per E-Mail für die Bestellung und deren Verdankung durch den Geschäftsführer der Beklagten ebenfalls per E-Mail (s. vorne *E. 2.4*); keine inhaltlichen Änderungen der ihm unterbreiteten Offerte und keinerlei Vorbehalt durch den Geschäftsführer der Beklagten –, die für den vorliegend strittigen Vertragsinhalt sprechen würden. Zum gleichen Ergebnis gelangte die Vorinstanz in *E. 3.3.4.4* mit Blick auf das nachträgliche Parteiverhalten der Parteien, namentlich durch die von der Klägerin durchgeführten Tests sowie Setups sowie durch Bezahlung der dafür insgesamt in Rechnung gestellten Fr. 27'000.-- durch die Rechnungsadressatin E _____ AG am 5. März 2015, aber auch aufgrund des Umstands, dass die Klägerin am 6./7. Mai 2015 mit einer Drittfirma für die Dauer von 60 Monaten einen Signalliefervertrag für IPTV Programme abschloss und die Leistungskapazität von bisher 3 auf 10 Gbit/s erhöhte.

In *E. 3.3.5* verwarf die Vorinstanz den Einwand der Beklagten, dass lediglich eine Testphase bis zum 31. Mai 2015 vereinbart worden sei, die nicht zum gewünschten Resultat geführt habe und dass in der Folge kein Vertrag abgeschlossen worden sei. Sie erwog dazu, dass sich aus den handschriftlichen Änderungen durch den Geschäftsführer der Beklagten unzweifelhaft ergebe, dass dem Testbetrieb die eigentliche Vertragslaufzeit von 60 Monaten folge, was den Abschluss eines Vertrages bedinge, was jener nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB zur Kenntnis genommen habe. Auch anhand des Wortlauts des Vertrages sei von einer an die Testphase anschliessende Betriebsphase von mindestens 60 Monaten auszugehen (*E. 3.3.5.1*). Im Vertragstext fehle jegli-

cher Vorbehalt, dass erst nach Ende der Testphase über einen allfälligen Vertragschluss entschieden werden solle (*E. 3.3.5.2*). Solches ergebe sich auch nicht aus den Aussagen der befragten Personen (*E. 3.3.5.3*). Gegen den alleinigen Abschluss einer Testphase spreche überdies der Vertragszweck und die der Klägerin mit der Umsetzung des Projekts entstandenen Initialkosten, namentlich aus dem Abschluss des Signallieferungsvertrages mit dem Drittunternehmen (*E. 3.3.5.4*). Nicht folgen mochte die Vorinstanz ausgehend vom Wortlaut der beiden Offerten und gestützt auf die Zeugenaussage deren vormaligen technischen Angestellten, dem seitens der Beklagten vorgebrachten Argument, wonach die beiden Offerten v2 und v3 nur als Gesamtpaket hätten realisiert werden können (*E. 3.3.5.5*).

Zusammenfassend hielt die Vorinstanz in *E. 3.3.5.6* fest, dass der Vertrag, ein Innominatkontrakt, zwischen den Parteien zustande gekommen sei. In *E. 3.4* prüfte sie, ob das Zustandekommen gültig gewesen sei. Für Innominatverträge sei von Gesetzes wegen keine besondere Form vorgesehen. Ziff. 6 Vertrags- und Geschäftskonditionen statuierten, dass der Vertrag zwischen den Parteien durch beidseitige Unterzeichnung zustande komme. Diese Formabrede sei durch Unterzeichnung des Vertrags durch den Verwaltungsrat für die Klägerin und durch den Geschäftsführer für die Beklagte eingehalten (*E. 3.4.1*). Anschliessend prüfte die Vorinstanz, ob Letzterer für die Beklagte den Vertrag abschliessen durfte (*E. 3.4.2*). Dieser habe sein Amt als Geschäftsführer (Direktor) der Beklagten im Juni 2014 angetreten, somit vor Abschluss des strittigen Vertrages. Seine Eintragung im Handelsregister mit Funktionsbezeichnung (Geschäftsführer) und Zeichnungsart (Kollektivunterschrift zu zweien) sei jedoch erst mehr als zwei Jahre nach Stellenantritt am 5. September 2016 erfolgt. Vertretungsbefugte Organe seien die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Delegierte des Verwaltungsrats und Direktoren (Art. 718 Abs. 1 und 2 OR; Bernet/von der Crone, Rechtsgeschäftliche Vertretung der Aktiengesellschaft, Urteilsbesprechung des Urteils 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, in: SZW 2020 S. 93). Die Vertretungsbefugnis des Direktors hänge nicht von der laut Art. 720 OR an sich vorgegebenen Eintragung im Handelsregister ab (Bundesgerichtsurteil 4C.136/2004 E. 2.2.2; BGE 96 II 439 E. 2; vorinstanzliches Urteil *E. 3.4.2.1*); die Eintragung einer Vertretungsbeschränkung müsse sich ein Dritter jedoch entgegenhalten lassen (Art. 933 Abs. 1 OR), während er im Falle der Nichteintragung bei Gutgläubigkeit davon ausgehen dürfe, dass keine solche Beschränkung bestehe (Art. 933 Abs. 2 OR). Juristische Personen übten ihre Rechte durch ihre Organe aus, die berufen seien, ihrem Willen Ausdruck zu geben (Art. 55 Abs. 1 ZGB), konkret durch die Exekutivorgane, die zur Geschäftsführung berufen seien sowie dazu, nach aussen für die Gesellschaft handelnd aufzutreten (BGE 141 III 80 E. 1.3). Diese Exekutivorgane und alle weiteren

Personen, die eine juristische Person nach den Regeln des Zivilrechts nach aussen zu vertreten befugt seien, könnten in deren Namen Rechtsgeschäfte eingehen. Die Vertretungshandlung müsse im Namen der Gesellschaft vorgenommen werden und könne auch nachträglich genehmigt werden (BGE 122 III 176, 127 III 332). Die Aktiengesellschaft müsse sich das Wissen ihrer bei einem Geschäft mitwirkenden Organe anrechnen lassen (Bundesgerichtsurteil 4C.335/1999 vom 25. August 2000 E. 5a). Die Vertretungswirkung von Verwaltungsratsmitgliedern und Direktoren umfasse nach Art. 718a OR alle Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen könne, wobei der Gesellschaftszweck weit auszulegen sei und nur jene Rechtsgeschäfte durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt seien, die durch den Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen würden (BGE 126 III 361 E. 2a, 116 II 320 E. 3a). Gemäss der Ordnungsvorschrift von Art. 719 OR erfolge die Zeichnung, indem die vertretungsbefugten Personen der Firma der Gesellschaft ihre Unterschrift beifügten, wobei sich die Vertretung auch aus den Umständen ergeben könne

Auf den konkreten Fall bezogen erkannte die Vorinstanz in E. 3.4.2.3, dass der vorgenannte Geschäftsführer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zur Geschäftsführung berufen gewesen sei und damit nach aussen für die Beklagte habe auftreten können und auch aufgetreten sei, indem er die fragliche Offerte entgegengenommen und unterzeichnet habe. Laut seiner eigenen Aussage seien die kommerziellen Sachen «sicher über seinen Tisch gelaufen» (S. 233 F/A 14). Habe jener aber nach den Regeln des Zivilrechts gültig nach aussen bei der Eingehung eines Rechtsgeschäfts mitgewirkt, so habe er im Namen der Beklagten ein Rechtsgeschäft gültig eingehen können. Die Beklagte müsse sich das Wissen ihres am betreffenden Geschäft unmittelbar selber mitwirkenden Geschäftsführers anrechnen lassen. Zudem sei der beklagte (Gesamt-)Verwaltungsrat laut glaubwürdiger Aussage des Zeugen M _____ (S. 227 F/A 1, 2 und 4), Verwaltungsart der Beklagten und vormals deren Geschäftsführer, über das Projekt des hier strittigen Vertrages vom Geschäftsführer informiert worden. Sodann liege der Abschluss eines IT-Vertrages zweifellos im Gesellschaftszweck der Beklagten und sei damit durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers abgedeckt. Die Beklagte habe insoweit denn auch nie eine Kompetenzüberschreitung ihres Geschäftsführers geltend gemacht. Gemäss Organisation der vormaligen N _____ AG habe der Abschluss von Verträgen im Vollzug des vom VR genehmigten Budgets denn auch zu den Aufgaben der Geschäftsleitung gehört (Beleg 45, S. 158 ff.) und gemäss glaubwürdiger Aussage von M _____ sei die Einführung von IPTV vom Verwaltungsrat vorgängig budgetiert worden (S. 227 f. F/A 5).

In *E. 3.4.2.4* dokumentierte die Vorinstanz mit Hinweis auf Zeugen- und Parteibefragungen die gängige, jahrelange Praxis der Parteien, Verträge vorwiegend mündlich abzuschliessen; die Verwaltungsräte beider Gesellschaften hätten jeweils Kenntnis über die vereinbarten Geschäftstätigkeiten gehabt. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der Kenntnis der Beklagten des infrage stehenden Projekts folgte die Vorinstanz, die Beklagte habe dadurch den Anschein geschaffen, dass sie ihrem Geschäftsführer eine Vollmacht zum Abschluss des Vertrages vom 4. Dezember 2014 erteilt habe. Bezüglich der Testphase sei die Vereinbarung nicht infrage gestellt, die Rechnung bezahlt und dadurch die Vereinbarung als verbindlich erachtet worden, obwohl sie nur vom Geschäftsführer unterzeichnet worden sei. Dass für das vorliegend strittige Vertragsverhältnis, dessen Grundlage im selben Dokument fusse, nun plötzlich die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers für die Beklagte nicht gegeben sein solle, mute rechtsmissbräuchlich an und verdiene keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

In *E. 3.5* erinnerte die Vorinstanz an den Grundsatz «pacta sunt servanda» und in *E. 3.6* verneinte sie einen Grundlagenirrtum. In *E. 4* gelangte sie zum Schluss, dass die Klägerin den Vertrag erfüllt und vereinbarungsgemäss Anspruch auf Fr. 132'558.50 habe. Den von der Beklagten gestützt auf den Vertragswortlaut erhobenen Einwand der fehlenden Fälligkeit der Forderung verwarf sie (*E. 4.3*) ebenso wie umgekehrt einen Anspruch der Klägerin auf Verzugszins, weil der Zugang der Rechnungen nicht bewiesen und diese auf die E _____ AG und damit nicht auf die Beklagte gelautet hätten (*E. 4.4*).

3.3 Zu dem von der Beklagten in formeller Hinsicht gerügten Gutachten von K _____ erwog die Vorinstanz, es sei fraglich, ob die Mitwirkungs- und Anhörungsrechte der Parteien auch eine Teilnahme an der Durchführung der notwendigen Untersuchungen durch den Gutachter beinhalte. Der Gutachterauftrag habe bedingt, dass sich der Experte in Räumlichkeiten der Klägerin aufhalte. Dass die Erhebungen des Gutachters vor Ort ohne Teilnahmemöglichkeit der Beklagten durchgeführt worden seien, sei zwar problematisch. Danach habe die Beklagte indes kein Ausstandsgesuch gestellt, keine Erläuterung des Gutachtens verlangt und keine Ergänzungsfragen beantragt. Mit grösster Wahrscheinlichkeit hätte eine Teilnahme der Beklagten zum gleichen Gutachterschluss geführt. Ausserdem habe das Gutachten für die Urteilsfindung, namentlich bei der Frage des Zustandekommens und der Auslegung der Vereinbarung, keinen massgeblichen Einfluss. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sei nicht ersichtlich (*E. 4.1.2*).

3.4 In *E. 5* befasste sich die Vorinstanz mit der von der Beklagten widerklageweise geltend gemachten Forderung über Fr. 31'735.20 aus ungerechtfertigter Bereicherung aus der Bezahlung des von der Klägerin der damaligen N _____ AG in Rechnung gestellte Hosting des Geo-Informations-Systems (GIS) für elektrische Versorgungsnetze für die Jahre 2010 bis 2013 sowie 2015 bis 2017, welche Leistungen jene gar nicht erbracht habe. Sie erachtete es als erstellt, dass die entsprechenden Dienste ab 2010 von einer Drittfirma erbracht wurden (*E. 5.2*), beurteilte den Bereicherungsanspruch aber als verjährt (*E. 5.3*). Die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe gestützt auf die E-Mail von O _____, Mitarbeiter der D _____ AG, vom 10. Januar 2017 (Beleg 29, S. 101) an diesem Datum tatsächliche Kenntnis über die Grundlosigkeit der Zahlungen (ab 2010) erlangt und das ungefähre Ausmass ihres Bereicherungsanspruchs gekannt. Damit habe die altrechtliche relative Verjährungsfrist von einem Jahr (aArt. 67 Abs. 1 OR) an diesem Tag zu laufen begonnen und am 10. Januar 2018 geendet (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Die Verjährung sei demnach bei Einreichung der Widerklage am 30. Oktober 2018 bereits eingetreten gewesen.

4. Gemäss den vorstehend wiedergegebenen Erwägungen hat das Bezirksgericht im Ergebnis die (Haupt-)Klage – mit Ausnahme der eingeklagten Verzugszinsen – gutgeheissen und die Widerklage abgewiesen. Aufgrund der Berufung der Beklagten sind im Rechtsmittelverfahren in Bezug auf die (Haupt-)Klage das Zustandekommen des Vertrages, dessen Inhalt und die sich daraus allenfalls ergebenden Ansprüche der Klägerin zu überprüfen. Dabei verneint die Beklagte die Verwertbarkeit des Gutachtens von K _____. Die Klägerin macht in ihrer Berufung Verzugszinsen auf der von ihr eingeklagten Forderung geltend. Die Beklagte verlangt mit ihrer Berufung zudem die Zurechnung des von ihr widerklageweise angemeldeten Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung.

4.1 Die allgemeinen materiell-rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz in ihren *E. 3.3.1* und *3.3.3* zu den Voraussetzungen des Vertragsabschlusses, der Bedeutung von Antrag und Annahme sowie zur Auslegung von Verträgen und in ihrer *E. 3.4* zur Form von Verträgen sowie zur Vertretung von Aktiengesellschaften (s. vorne *E. 3.1*) sind zutreffend, weshalb an dieser Stelle darauf sowie auf die dortigen Hinweise auf Rechtsprechung und Lehre, welche nachstehend punktuell ergänzt werden, verwiesen werden darf.

In prozessualer Hinsicht macht die Beklagte eine Verletzung von Art. 155 Abs. 3 ZPO, des rechtlichen Gehörs nach Art. 53 Abs. 1 ZPO sowie des Gleichbehandlungsgebots geltend, weil sich der Gutachter während vier Stunden in den Räumlichkeiten der Klägerin aufgehalten habe, ohne dass sie dabei habe mitwirken können oder angehört worden

sei. Der Experte begab sich an die SÜS im ColoJ _____, welche Örtlichkeit sich in einem mit einer Drittfirma gemeinsam betriebenen Rechenzentrum in einem Gebäude derselben (S. 281) und nicht am Sitz der Klägerin befindet, um dort Messungen bezüglich der vertraglich zugesicherten Signale durchzuführen. Dazu musste ihm durch die Klägerin der Zutritt ermöglicht werden; dass diese bei den Messungen in irgendeiner Weise mit- oder auf diese eingewirkt hätte, wurde weder geltend gemacht noch ergibt sich solches aus dem Gutachten. Nach Lehre und Rechtsprechung geniessen die Parteien keinen Anspruch auf Teilnahme an den von der sachverständigen Person vorzunehmenden Erhebungen bzw. an der eigentlichen Gutachtertätigkeit; die Expertenarbeit ist nicht parteiöffentlich (BGE 132 V 43 E. 3.4, 119 Ia 262 E. 6c, 99 Ia 47 E. 3; Rüetschi, Basler Kommentar, 3. A., 2017, N. 2 zu Art. 186 ZPO). Insoweit ist im Umstand, dass der Gutachter die für die Erstellung seines Gutachtens massgeblichen Messungen ohne die Parteien und deren Rechtsvertreter vorgenommen hat, kein Mangel zu sehen. Ebenso wenig ist im blossen Umstand, dass er anschliessend sein Gutachten erstellt hat, ohne vorgängig die Klägerin und die Beklagte anzuhören, bereits ein Verfahrensmangel zu erkennen, weil es ausgesprochen technische Fragen abhandelte, zu deren Beantwortung die Parteien nichts beitragen konnten. Wesentlich erscheint dagegen, dass den beiden Parteien in der Folge das rechtliche Gehör gewährt wurde, indem sie Gelegenheit erhielten, sich zum Gutachten zu äussern (vgl. dazu BGE 129 II 497 E. 2.2 und 127 I 54 E. 2b) oder auch dem Gutachter Ergänzungsfragen zu stellen. Im Übrigen hat sie keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Person des Gutachters geäussert; weder hat sie seine Kompetenz oder seine Objektivität in Frage gestellt, namentlich nicht seinen Ausstand verlangt, noch die Verlässlichkeit der erhobenen Resultate in begründeter, nachvollziehbarer Weise oder auch durch blosse Ergänzungsfragen angezweifelt. Demzufolge bleibt das Gutachten formell und inhaltlich verwertbar.

4.2 Nach vorgängiger Bedürfnisabklärung unterbreitete die Klägerin der Beklagten am 3. Dezember 2004 die hier strittige Offerte «TV Sender v3». Für die Klägerin handelte deren Verwaltungsrat, auf Seiten der Beklagten deren Geschäftsführer. Vorbehältlich zu beachtender Formvorschriften sowie der Vertretungsmacht der genannten Personen ist für einen Vertragsabschluss relevant, ob die beiden einen Konsens gefunden haben.

4.2.1 Die klägerische Offerte umschrieb deren Angebot und beinhaltete die Lieferung von TV-Signalen mit 60monatiger Vertragslaufzeit und vorgängiger Setup-/Testphase sowie den diesbezüglichen einmaligen und wiederkehrenden Kosten. Der Geschäftsführer der Beklagten brachte Änderungswünsche an hinsichtlich der Dauer der Testphase

und des Beginns der ordentlichen Vertragsdauer von 60 Monaten. Diese wurden klägerischerseits durch deren Verwaltungsrat umgehend akzeptiert. Mithin haben sich die beiden für die Parteien (ver)handelnden Personen im dargelegten Sinne geeinigt. Es bestand insoweit ein natürlicher Konsens.

Objektiv wesentliche Punkte des Innominatvertrages waren die Leistung der Klägerin (Lieferung von definierten TV-Signalen), dessen Dauer (60 Monate) und die Gegenleistung der Beklagten (Vergütung). Als objektiv wesentlich kann man überdies das Setup und die Testphase qualifizieren, nicht aber deren Dauer und wohl auch nicht das exakte Datum des ordentlichen Vertragsbeginns. Erachtet man diese jedoch als für die Beklagte subjektiv wesentlich, so ist der Konsens und damit der Vertrag spätestens mit deren Akzeptierung durch die Klägerin zustande gekommen (zum Konsens sowie zur Abgrenzung objektiv und subjektiv wesentlicher Vertragspunkte vgl. Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. A., 2020, N. 30 ff.). Nichts anderes ergibt sich aus den Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufung zu Antrag und Annahme. Grundsätzlich hat der Geschäftsführer der Beklagten mit der blossen Änderung von Nebenpunkten die klägerische Offerte angenommen. Folgt man dem Standpunkt der Beklagten, wonach deren Geschäftsführer die Erstofferte mit seinen handschriftlichen Abänderungen zu objektiv wesentlichen Punkten bzw. subjektiv wesentlichen Nebenpunkten abgelehnt und seinerseits der Klägerin eine Gegenofferte unterbreitet habe, so wurde diese Letztere mit der Zustimmung des klägerischen Verwaltungsrats angenommen (s. Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N. 441 f. und 460).

Lag demnach ein übereinstimmender wirklicher Wille beim Verwaltungsrat der Klägerin und beim Geschäftsführer der Beklagten im Sinne der Erstofferte unter Berücksichtigung der handschriftlichen Abänderungen des Zweiten – Lieferung von TV-Signalen während 60 Monaten gegen fixierte Vergütung mit verlängerter Testphase und späterem Beginn des ordentlichen Vertrages – vor, so erübrigt sich eine weiter gehende Auslegung. Der Vorinstanz ist dahingehend zu folgen, dass sich der selbige Inhalt ebenfalls aus dem Wortlaut des Vertrages und den gesamten Umständen ergibt. So wird im Vertragstext der Vertragsabschluss in keinsten Weise auf die Testphase beschränkt und/oder der Abschluss des Dauervertrages auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Der Abschluss und die Gültigkeit des Vertrages werden sodann weder an zusätzliche Voraussetzungen noch an Bedingungen geknüpft. Insbesondere hat auch der Geschäftsführer der Beklagten mit den von ihm angebrachten Änderungen und im E-Mail-Verkehr keinerlei Vorbehalte formuliert. Im Gegenteil, mit dem von ihm per Hand als Beginn für die Vertragslaufzeit von 60 Monaten hingeschriebenen 31. Mai 2015 (auf S. 6 der Offerte, s. vorne

E. 2.4) hat er selbst klar und unmissverständlich den Anfangstermin für die fünfjährige Vertragsdauer gesetzt.

4.2.2 Die Vertrags- und Geschäfts-Konditionen sahen für das Zustandekommen des Vertrages dessen beidseitige Unterzeichnung durch die Parteien vor, womit einfache Schriftlichkeit gemeint sein muss; offen erscheint, ob es sich hierbei lediglich um einen einseitigen Formvorbehalt der Klägerin handelt (vgl. dazu Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., N. 585a) oder ob sich auch die Beklagte darauf berufen darf.

Der Geschäftsführer der Beklagten hat S. 5 der Offerte, auf welcher sowohl der Test- als auch der ordentliche Betrieb mit den damit verbundenen Kosten unter Korrektur des Enddatums der Testphase bzw. des Beginns des ordentlichen Betriebs aufgeführt sind, unterschrieben und danach per Mail zurückgesandt. Dies genügt grundsätzlich für die einfache Schriftlichkeit, weil der Geschäftsführer als Erster seine Unterschrift unter das fragliche Dokument mit den von ihm geforderten Änderungen gesetzt hat und deren Echtheit nicht bestreitet (vgl. Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., N. 518 und 595). Der Verwaltungsrat der Klägerin hat seinerseits danach als Zweiter seine Unterschrift auf das zurückgesandte Dokument gesetzt. Dass der Geschäftsführer der Beklagten S. 5, nicht aber S. 6, unterschrieb, ist entgegen der Berufung der Beklagten nicht weiter von Belang, weil die erstgenannte Seite mit Ausnahme der Dauer des ordentlichen Betriebs, welche jedoch als solche nie zu Diskussionen Anlass gab, durch den Geschäftsführer mit dem handschriftlichen Hinzusetzen eines späteren Startdatums auf S. 6 sehr wohl zur Kenntnis genommen und gerade nicht abgeändert wurde, den massgeblichen Vertragsinhalt enthält und es hier deshalb nicht von Belang ist, wo die Unterschrift steht.

Weiter hat der beklagtische Geschäftsführer weder bei Rücksendung der Offerte mit seinen handschriftlichen Änderungen am 4. Dezember 2004 noch in seiner E-Mail-Antwort auf die Bestellungsbestätigung der Klägerin vom selben Tag eine weiter gehende Schriftlichkeit vorbehalten (s. vorne E. 2.4). Offenbar war dieser Punkt für ihn ohne Bedeutung, was insoweit für einen einseitigen Formvorbehalt der Klägerin spricht. Im Übrigen hat die Beklagte in der Folge die von ihrem Geschäftsführer mit der Klägerin geschlossene Vereinbarung in der vorliegenden Form genehmigt, einerseits durch Verzicht auf einen (zusätzlichen) Vertrag mit Unterzeichnung der laut Handelsregister unterschriftsberechtigten Organe (s. nachstehende E. 4.2.3.3), andererseits durch Umsetzung des Vertrages (s. nachstehende E. 4.2.3.4).

4.2.3 Eine Aktiengesellschaft kann sich bei Rechtsgeschäften mit Dritten auf unterschiedliche Weise vertreten lassen. Im Vordergrund steht die Vertretung durch ihre Organe im Sinne von Art. 718 OR, deren Handlungen unmittelbar der Gesellschaft als ihre eigenen angerechnet werden (sog. rechtsgeschäftliche Zurechnung). Der Verwaltungsrat kann die Vertretung u.a. Dritten (Direktoren) übertragen (Art. 718 Abs. 2 OR), die – vorbehaltlich einer Beschränkung dieser Vertretungsbefugnis mit Wissen des Dritten oder durch Eintragung im Handelsregister – im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen können, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 718a Abs. 1 und 2 [e contrario] OR; BGE 146 III 37 E. 5.1 und 6.2.1). Sodann kann der Verwaltungsrat gemäss Art. 721 OR – in irgendeiner Form, auch stillschweigend (BGE 94 II 117) – Prokuristen und andere Bevollmächtigte ohne Organstellung ernennen, deren Vertretungsbefugnisse sich nach Art. 458 f. OR bzw. Art. 462 OR richten (BGE 146 III 37 E. 5.2). Der Prokurist gilt gutgläubigen Dritten gegenüber schon vor Eintragung der Prokura im Handelsregister als ermächtigt, im Namen der Gesellschaft alle Arten von Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Gewerbe- oder Geschäftszweck mit sich bringen kann (Art. 459 Abs. 1 i.V.m. Art. 458 Abs. 2 OR), während sich die Vollmacht des Bevollmächtigten auf alle Rechtshandlungen erstreckt, die der Betrieb des Gewerbes oder die Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (Art. 462 Abs. 1 OR). Schliesslich kann die Aktiengesellschaft gestützt auf Art. 32 ff. OR einen Vertreter bestimmen (BGE 146 III 37 E. 5.3). Eine derartige (interne) Bevollmächtigung bedarf in aller Regel keiner besonderen Form; sie kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere durch konkludentes Verhalten, erklärt werden (Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., N. 1347). Laut Bundesgericht kann sich eine stillschweigende (interne) Bevollmächtigung namentlich aus Duldung (Duldungsbevollmächtigung) oder Anschein (Anscheinsbevollmächtigung) ergeben (BGE 146 III 37 E. 7.1.1, 141 III 289 E. 4.1). Handelt der Vertretene im Namen der Gesellschaft, jedoch ohne (interne) Bevollmächtigung, so steht die Aktiengesellschaft bei einer nach Aussen kundgegebenen (externen) Vollmacht gestützt auf Art. 33 Abs. 3 OR in der Pflicht, wenn der Dritte im Vertrauen darauf gutgläubig ist (Rechtsscheinvollmacht), sie Kenntnis vom Auftreten einer Person als ihr Vertreter hat und nicht einschreitet (Duldungsvollmacht) oder bei pflichtgemässer Sorgfalt ein solches Auftreten hätte erkennen müssen und verhindern können (Anscheinsvollmacht; BGE 146 III 37 E. 7.1.2 und 7.1.2.1). Die Grenze zwischen Duldungs- und Anscheinsbevollmächtigung einerseits und Anscheins- und Duldungsvollmacht andererseits ist dabei fließend und wird nicht einheitlich gezogen (vgl. Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., N. 1348, N. 1395 ff., insbesondere N. 1411 f.). Stets kann der Vertretene einen Vertrag, welcher durch einen von ihm nicht

bevollmächtigen Stellvertreter abgeschlossen wurde, genehmigen (Art. 38 Abs. 1 OR; BGE 146 III E. 7.1.2.2).

4.2.3.1 Der Geschäftsführer hat in dieser Funktion bzw. mit dieser Stellenbezeichnung für die Beklagte gehandelt und für diese die Offerte unterschrieben, ohne dass er zu jenem Zeitpunkt im Handelsregister als zeichnungsberechtigt eingetragen gewesen wäre. Ohne einen solchen Eintrag und ohne sich daraus ergebende Einschränkung der Zeichnungsberechtigung ergibt sich seine Berechtigung, die Beklagte alleine zu vertreten, aus Art. 718 und 718a OR, da der Geschäftsführer bei seinem Handeln für die Beklagte im Rahmen deren Gesellschaftszwecks gehandelt hat. Indem der Verwaltungsrat H _____ zum Geschäftsführer ernannte, räumte er ihm zumindest gegen aussen auch die notwendigen Vollmachten ein, die Geschäfte auch tatsächlich zu führen. Die Vorinstanz zitiert in diesem Zusammenhang in ihrer *E. 3.4.2.3* treffend dessen eigene Aussage, wonach in seiner Zeit die kommerziellen Angelegenheiten sicher über seinen Tisch gelaufen seien. Mit dieser Argumentation im angefochtenen Urteil setzt sich die Beklagte nicht näher auseinander. Aber selbst wenn man dem Geschäftsführer die Organstellung absprechen wollte, hätte er die Beklagte als deren Bevollmächtigter im Sinne von Art. 721 OR gültig vertreten, weil er in seinem Zuständigkeitsbereich handelte.

Bereits mit Blick auf die klare gesetzliche Regelung musste die Klägerin aus dem Fakt, dass die bei Vertragsschluss im Handelsregister eingetragenen Personen allesamt bloss über Kollektivunterschrift zu zweien verfügten, nicht auf eine ebensolche Beschränkung beim Geschäftsführer schliessen. Zudem liess sich die Beklagte gegenüber der Klägerin schon zuvor in den Jahren der unbelasteten Zusammenarbeit durch ihren früheren Geschäftsführer vertreten. Die Beklagte räumt in ihrer Berufung denn auch selber ein, was überdies aktenkundig ist, dass ihr vormaliger Geschäftsführer, welcher laut Handelsregister lediglich über Kollektivunterschrift zu zweien verfügte, und selbst ihr früherer technischer Angestellter, welcher dort nicht eingetragen war, für sie Verträge mit der Klägerin abgeschlossen haben. Auch wenn die Beklagte diesbezüglich niedrigere Vertragssummen einwendet, haben der vormalige Geschäftsführer und der technische Angestellte damit mit Wissen und Willen für ihre Arbeitgeberin gehandelt. Dadurch hat Letztere ihren beiden Arbeitnehmern, unabhängig vom Eintrag im Handelsregister, für ihren jeweiligen Tätigkeitsbereich stillschweigend eine Bevollmächtigung erteilt (Gauch/Schluop/Schmid, a.a.O., N. 1347). Indem die Beklagte diese Praxis nach Stellenantritt des neuen Geschäftsführers unverändert fortgeführt hat, hat sie diesen ebenfalls stillschweigend bevollmächtigt. Zwar bringt sie in ihrer Berufung vor, unter dem neuen Geschäftsführer hätten die von diesem in ihrem Namen bis zum 4. Dezember 2014 abgeschlossenen

Verträge jeweils der nachträglichen Genehmigung bedurft, wo nicht ausdrücklich erfolgt, in erster Linie durch Bezahlung der entsprechenden Rechnungen. Eine Begründung und insbesondere einen Beweis für ihre so erstmals in der Berufung und damit verspätet aufgestellte Behauptung bleibt sie indes schuldig, weshalb ihr Einwand unbeachtlich ist. Die stillschweigende Bevollmächtigung des Geschäftsführers durch die Beklagte beinhaltet primär die Vertretung als Organ nach Art. 718 f. OR, subsidiär eine solche nach Art. 721 OR. Bei Verneinung einer gesellschaftsrechtlichen Vertretung wäre dadurch jedenfalls eine bürgerliche Stellvertretung nach Art. 32 Abs. 1 OR mit Vertretungsmacht des Geschäftsführers und Vertretungswirkung für die Beklagte begründet worden.

4.2.3.2 Letzten Endes zu keinem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man der Argumentation der Beklagten folgen wollte, wonach die (interne) Vollmacht des Geschäftsführers aufgrund von (internen) Reglementen bzw. Weisungen beschränkt gewesen wäre oder sogar gefehlt hätte. Wie ausgeführt, liess die Beklagte schon in der Vergangenheit ihren früheren Geschäftsführer und ebenso ihren technischen Angestellten im Rahmen der Geschäftsbeziehungen zur Klägerin frei gewähren und Verträge abschliessen. Sie hat nun nie behauptet, dass sie oder der neue Geschäftsführer der Klägerin ihre angebliche Praxisänderung in irgendeiner Form mitgeteilt hätten. Die Klägerin durfte deshalb auf eine entsprechende Vollmacht des neuen Geschäftsführers vertrauen. Es läge daher zumindest eine Rechtsscheinvollmacht vor. Blendet man die frühere Praxis aus, müsste das Gewährenlassen des neuen Geschäftsführers durch die Beklagte mit der Vorinstanz in ihrer *E. 3.4.2.4* als Anscheinsvollmacht qualifiziert werden. Da der Verwaltungsrat laut insoweit nicht beanstandeten Ausführungen des Bezirksgerichts durch den Direktor über den vorliegend interessierenden Vertrag informiert war, liegt zusätzlich – sofern man nicht auf eine stillschweigende direkte Vollmacht erkennt –, eine Duldungsvollmacht vor. Mithin wäre die Vertretungswirkung selbst dann eingetreten, wenn der Vertragsabschluss durch den Geschäftsführer der Beklagten durch dessen interne Vollmacht nicht gedeckt gewesen wäre.

4.2.3.3 Bezeichnenderweise haben zu einem späteren Zeitpunkt zwischen den Parteien unter Einbezug des Verwaltungsrats der Beklagten Verhandlungen darüber stattgefunden. So bestätigte deren Verwaltungsratspräsident auf die Frage hin, ob mit der Klägerin Gespräche über die Aufhebung der TV-Sender- bzw. Multiscreen-Verträge stattgefunden hätten und mit welchem Inhalt, es habe Ende 2016 eine Sitzung gegeben, an welcher die Problematik diskutiert und nach Lösungen gesucht worden sei (P _____, S. 245 F/A). Und der frühere technische Angestellte der Beklagten beantwortete die Frage, ob seitens der Beklagten versucht worden sei, mit der Klägerin die fraglichen

Vereinbarungen aufzuheben, er sei an solchen Gesprächen dabei gewesen. Wie diese schlussendlich ausgegangen seien, wisse er nicht, da er auch nicht mehr involviert gewesen sei (S. 226 F/A 15). Die Durchführung solcher Verhandlungen und die wiedergegebenen Aussagen bestätigen letztlich ebenfalls, dass die Beklagte sich hinsichtlich des hier strittigen Vertrages durch ihren Geschäftsführer gegenüber der Klägerin hat vertreten lassen und sich an diesen gebunden fühlte, sei es aufgrund einer stillschweigenden Bevollmächtigung oder im Sinne einer Rechtsschein- bzw. Duldungsvollmacht. Dabei war für den Verwaltungsrat eine weiter gehende Schriftlichkeit über die Offertenunterzeichnung hinaus offensichtlich kein Thema.

4.2.3.4 Schliesslich wurde der Vertrag im Einverständnis mit der Beklagten umgesetzt, indem Setups vorgenommen sowie die Testphase durchgeführt und die vereinbarten TV-Signale der Beklagten durch die Klägerin zur Verfügung gestellt wurden. Diese einverständliche Vertragsumsetzung beinhaltet die Annahme des Vertrages, also dessen Genehmigung, und einen Verzicht der Beklagten auf einen (über die Unterzeichnung der Offerte und deren Austausch per Mail hinausgehenden) schriftlichen Vertragsabschluss. Auch nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) kann sich die Beklagte nicht mehr auf formelle Mängel, die fehlende Schriftlichkeit oder die fehlende Vertretungsbefugnis ihres Geschäftsführers berufen, nachdem der Vertrag umgesetzt bzw. von der Klägerin erfüllt wurde (vgl. Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N. 554, 556 f.).

Dass die Klägerin den Vertrag erfüllt hat, wird durch die Beklagte in Bezug auf das Setup und die Testphase nicht in Abrede gestellt. Setup und Testphase wurden nun aber nicht separat vereinbart, sondern sie bildeten Teil des Gesamtvertrages, welcher den ordentlichen TV-Betrieb während 60 Monaten mitumfasste. Dafür musste die Klägerin der Beklagten die vereinbarten TV-Signale zum Bezug an die SÜS liefern (s. vorne E. 2.3). Dass die Klägerin insoweit ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen ist, ergibt sich bereits aus der Zeugenaussage des früheren technischen Angestellten der Beklagten, welcher bestätigte, er wisse, dass die Signale gemäss dem hier relevanten Vertrag geliefert worden seien. Er habe sie ja selber implentiert im Head-End, d.h. beim beklag-tischen Verteiler (S. 225 F/A 10). Mithin hat die Klägerin den Vertrag erfüllt und die Beklagte hierbei mitgewirkt. Im gleichen Sinne beweist das Gutachten von K _____ (S. 271 ff.), dass die Klägerin den Vertrag korrekt erfüllt hat; die TV-Signale stehen bzw. standen der Beklagten am SÜS in vereinbarter Quantität und Qualität zur Verfügung. Die Beklagte hat überdies ihrerseits mit der vorbehaltlosen Bezahlung der Kosten des Setups und der Testphase, welche Bestandteil des umfassenderen Gesamtvertrages auf Lieferung der TV-Signale bildeten, den Vertrag als Ganzes genehmigt. Auch deshalb

kann sie sich ihrer vertraglichen Vergütungspflichten nicht unter Berufung auf die fehlende Zeichnungsberechtigung ihres Geschäftsführers oder auf mangelnde Schriftlichkeit entziehen. Vielmehr implizieren die beidseitigen Erfüllungshandlungen der Parteien, dass der Vertragsabschluss vollzogen und auf jeglichen weiter gehenden Formvorbehalt verzichtet wurde (Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N. 593).

Soweit die Beklagte jegliche Zahlung verweigert mit Hinweis auf '5. Kosten / Abrechnung', wonach die monatlichen Signalkosten mit der ersten Auslieferung der Signale an die – bis spätestens zum 5. eines jeden Monats zu meldenden – Kunden der Signalbezügerin fällig würden, und mit der Begründung, sie habe keine Signale an Kunden ausgeliefert, womit auch keine Kosten fällig geworden seien, argumentiert sie rabulistisch. Die vertraglich vereinbarten Signale wurden ihr durch die Klägerin wie abgemacht an die SÜS der Signallieferantin geliefert bzw. standen ihr dort abholbereit zur Verfügung. Laut Vertrag oblag deren Weitertransport der Beklagten als Signalbezügerin. Es geht nun nicht an, dass die Beklagte durch die Nichtabholung der Signale, womit sie sich letztlich in Annahmeverzug befindet (vgl. Art. 91 OR), ihrer vertraglichen Verpflichtungen entziehen kann. Ein solches Verhalten wäre höchst treuwidrig und verdiente keinen Rechtsschutz (Art. 2 ZGB).

4.2.3.5 Mithin schuldet die Beklagte der Klägerin die vertraglich vereinbarte Vergütung für die fixe Vertragsdauer von 60 Monaten von insgesamt Fr. 132'558.50.

4.3 Entgegen der Berufung der Klägerin hat die Beklagte, wie sie dies in ihrer Berufungsantwort aufzeigt, den Eingang der Rechnungen bestritten (S. 83, Klageantwort ad TB 29 [allgemeine Bestreitung der allgemein gehaltenen TB 29]). Die Klägerin weist nun in ihrer Rechtsmitteleingabe nicht nach, wann die Beklagte die jeweiligen Rechnungen erhalten hat. Ohne Nachweis der Zustellung der Rechnungen kann für die Fälligkeit nicht auf die darin erwähnte Zahlungsfrist von jeweils 30 Tage netto abgestellt werden, wie dies die Berufungsklägerin primär verlangt. Ebenso wenig erscheint vorliegend ein Zurückkommen auf die 10-tägige vertragliche Fälligkeit statthaft, weil die Klägerin diese offensichtlich selber – möglicherweise aufgrund der Vergleichsgespräche – als nicht mehr massgeblich erachtete und der Beklagten nach eigener Darstellung neue Zahlungsfristen setzte. Eine Mahnung liegt allenfalls in der Zustellung des Doppels des Schlichtungsgesuches oder der Klage an die beklagte Partei (Emmenegger, Berner Kommentar, 2. A., 2020, N. 68 zu Art. 102 OR mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Die Klägerin hat die Vergütung von Fr. 132'558.50 plus Zinsen in ihrer Eingabe beim Gemeinderichter vom 2. März 2018 gegenüber der Beklagten geltend gemacht (S. 14 f.). Die Zustellung dieser Rechtschrift an die Beklagte ist nicht aktenkundig.

Die Klägerin nennt in ihrer Berufung die Vorladung vor den Friedensrichter am 12. September 2017 als massgebliches Datum, ohne dieses indes mit Verweis auf die Akten zu belegen. In ihrer Klage hatte sie unwidersprochen ausgeführt, die Beklagte habe auf eine Schlichtungssitzung verzichtet, ohne die entsprechende Erklärung zu hinterlegen und ein Datum zu benennen. Die Klage vom 25. Mai 2018 wurde durch das Bezirksgericht am 28. Mai 2018 zur Beantwortung an die Beklagte versandt (S. 72) und dürfte laut Fristerstreckungsgesuch deren Rechtsvertreters vom 15. Juni 2018 (S. 73) am 29. Mai 2018 bei diesem eingegangen sein. Das klägerische Schlichtungsgesuch wurde der Beklagten aber bereits vor Klageeinreichung an einem nicht belegten Datum zugestellt, weshalb diese der Klägerin ab Klageerhebung am 25. Mai 2018 Verzugszins schuldet.

4.4 Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat der Klägerin für GIS-Hosting 2010 bis 2013 sowie 2015 bis 2017 im ersten Jahr Fr. 4'519.20 sowie in nachfolgenden Jahren je Fr. 4'536.--, total Fr. 31'735.20, bezahlt (angefochtenen Urteils *E. 5.1*).

4.4.1 In Würdigung der teils widersprüchlichen Ausführungen von O _____ von der D _____ AG, welche dieser in Schriftform (Beleg 42, S. 145: Schreiben vom 22. März 2017; Beleg 29, S. 101: E-Mail vom 10. Januar 2017) sowie bei seiner Zeugenbefragung vom 12. September 2019 (S. 223) getätigt hat, erachtete das Bezirksgericht es als erwiesen, dass das GIS-Hosting ab 2010 durch die D _____ AG und nicht durch die Klägerin erbracht worden war (*E. 5.2.1* des angefochtenen Urteils) und dass diese Drittfirma ab 2010 die Kosten für die Zurverfügungstellung des GIS-Servers getragen hatte, so dass die Zahlungen durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten ohne bzw. aus einem nachträglich weggefallenen Grund geleistet worden seien. Überdies sei 2017 der Server selbst gemäss den eigenen Angaben der Klägerin nicht mehr in Betrieb gewesen, so dass die entsprechende Rechnungstellung und Zahlung ohne Leistung der Klägerin erfolgt sei. Diese sei damit grundsätzlich im Umfang von Fr. 31'735.20 bereichert (angefochtenes Urteil *E. 5.2.2*). Die Klägerin beruft sich im Rechtsmittelverfahren auf das Schreiben vom 22. März 2017 und disqualifiziert die Zeugenaussage mit Hinweis auf die bestehenden Geschäftsbeziehungen als Gefälligkeitsaussage, ohne sich mit der Beweiswürdigung des Bezirksgerichts des Näheren auseinanderzusetzen. Ebenso wenig befasst sie sich mit dessen rechtlicher Begründung, wonach die Klägerin ohne Erbringen der vertraglichen Leistung keinen Anspruch auf die vertragliche Vergütung habe, wenn sie bloss wiederholt, dass der Vertrag durch die Beklagte nie gekündigt worden sei. Mithin ist von einer ungerechtfertigten Bereicherung in besagtem Umfang auszugehen.

Weiter erwog die Vorinstanz, die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe gestützt auf die vorerwähnte E-Mail von O _____ vom 10. Januar 2017 an diesem Datum tatsächliche Kenntnis über die Grundlosigkeit der Zahlungen (ab 2010) erlangt und das ungefähre Ausmass ihres Bereicherungsanspruchs gekannt. Damit habe die altrechtliche relative Verjährungsfrist von einem Jahr (aArt. 67 Abs. 1 OR in Kraft bis 31. Dezember 2019) an diesem Tag zu laufen begonnen und am 10. Januar 2018 geendet (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Die Verjährung sei demnach bei Einreichung der Widerklage am 30. Oktober 2018 bereits eingetreten gewesen. Diese sei nach dem Gesagten infolge eingetretener Verjährung abzuweisen (angefochtenes Urteil E. 5).

4.4.2 In ihrer Berufung stellt die Beklagte die Verjährung ihres Rückforderungsanspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht in Abrede. Sie wendet aber ein, eine verjährte Forderung könne zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, wo sie mit der anderen Forderung habe verrechnet werden können, noch nicht verjährt gewesen sei (Art. 120 Abs. 3 OR). Massgebend sei nicht, ob die Forderung in dem Zeitpunkt verjährt sei, in welchem der Gläubiger die Verrechnung effektiv geltend mache, sondern ob sie in dem Zeitpunkt, als sie hätte verrechnet werden können, verjährt gewesen sei; sei dies zu verneinen, könne der Gläubiger verrechnen, auch wenn die Forderung inzwischen verjährt sei (Bundesgerichtsurteil 9C_566/2007 vom 3. Januar 2008 E. 3.3; Peter Wolfgang, Basler Kommentar, 6. A., 2015, N. 24 zu Art. 120 OR). Demzufolge habe sie, die Beklagte, den umstrittenen Anspruch geltend machen können, obwohl die Forderung im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage verjährt gewesen sei. Im Moment, als sie hätte verrechnen können, nämlich ab Rechnungszustellung am 10. Januar 2017, seien seit Kenntnis des Anspruchs am 10. Januar 2017 nämlich erst knapp vier Monate vergangen und die Forderung dementsprechend keineswegs verjährt gewesen. Mit ihren anderslautenden Erwägungen verletze die Vorinstanz Art. 120 Abs. 3 OR. In Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sei die Widerklage somit gutzuheissen.

4.4.3 Mit ihrer Argumentation verkennt die Beklagte die Bedeutung der Verjährung im Zusammenhang mit Widerklage und Verrechnung bzw. den Unterschied zwischen diesen Rechtsinstituten.

Die Verjährung lässt eine Forderung materiell-rechtlich nicht untergehen; auf entsprechende Einrede des Schuldners hin (Art. 142 OR) nimmt sie dem Gläubiger aber die Möglichkeit, seine verjährte Forderung gegen denselben durchzusetzen, namentlich auch im Prozess (Gauch/Schluop/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. A., 2020, N. 3360 ff.). Die Klägerin hat in ihrer Replik und Widerklageantwort vom 31. Januar 2019 die Verjährung geltend gemacht (S. 134).

Die mit Widerklage geltend gemachten Fr. 31'735.20 können der Beklagten daher nicht in Gutheissung derselben zugesprochen werden.

Mit der Verrechnung setzt der Schuldner der Forderung seines Gläubigers zwecks gänzlicher oder teilweiser Tilgung eine eigene Forderung entgegen. Dabei erlaubt es Art. 120 Abs. 3 OR unter bestimmten Voraussetzungen, eine verjährte Forderung zur Verrechnung zu bringen. Auf diese Weise kann der Schuldner mit seiner verjährten Forderung, die bei Weigerung des Leistungspflichtigen an sich nicht mehr durchsetzbar ist, eine Schuld diesem gegenüber begleichen. Die Verrechnung bedingt eine Verrechnungserklärung, d.h. eine einseitige Willenserklärung der Verrechnenden an die Verrechnungsgegnerin (s. dazu auch nachstehenden Absatz) mit dem Inhalt, die Hauptforderung (Forderung der Verrechnungsgegnerin) werde durch Opferung der eigenen Forderung (der Verrechnenden) getilgt (Gauch/Schluop/Emmenegger, a.a.O., N. 3248). Wie die Klägerin zutreffend vorbringt, hat die Beklagte im gesamten bisherigen Verfahren nie die Verrechnung im umschriebenen Sinne erklärt; sie begnügte sich mit der widerklageweisen Geltendmachung ihrer Forderung. Selbst ihre Berufung beinhaltet keine Verrechnungserklärung, wenn darin – zwar unter Bezugnahme auf Art. 120 Abs. 3 OR – sowohl in den Rechtsbegehren wie auch in der Begründung die Gutheissung der Widerklage und die Verpflichtung der Klägerin zur Bezahlung des vorerwähnten Betrages verlangt und gerade nicht die Verrechnung mit der Hauptklageforderung geltend gemacht wird. Die Berufung der Beklagten ist insoweit schon deshalb abzuweisen.

Überdies setzt die Verrechnung – die keine Einrede, sondern einen Einwand darstellt, der von Amtes wegen berücksichtigt werden kann, wenn die dafür relevanten Tatsachen nachgewiesen sind – eine empfangsbedürftige Erklärung voraus; wenn sie von der Beklagten nicht vor dem Prozess gemacht wurde, kann diese Erklärung durch eine Aussage während des Prozesses erbracht werden, vorausgesetzt, sie erfolgt in einem Stadium, in dem das Vorbringen neuer Tatsachen noch zulässig ist (Art. 229 ZPO). Im Berufungsverfahren ist dies vorbehältlich von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht mehr möglich (Bundesgerichtsurteile 4A_435/2015 vom 14. Januar 2016 E. 2.6, 4A_328/2020 vom 10. Februar 2021 E. 4.2.1.). Die Beklagte unterlässt es in ihrer Berufung, die Gründe darzutun, weshalb eine Verrechnungserklärung im Rechtsmittelstadium ausnahmsweise zulässig sein sollte (zu ihren diesbezüglichen prozessualen Pflichten s. vorne E. 1.2.2); laut Akten sind die diesbezüglichen Voraussetzungen denn auch nicht gegeben. Mithin käme vorliegend eine Verrechnung selbst dann nicht in Frage, wenn die Beklagte in ihrer Berufungsschrift eine solche erklärt hätte. Mithin ist die Berufung der Beklagten in diesem Punkt auch deswegen abzuweisen.

5. Das Gericht entscheidet in der Regel im Endentscheid über die Prozesskosten, die einerseits die Gerichtskosten, welche mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet werden (Art. 98 und Art. 111 ZPO), und andererseits die Parteientschädigung umfassen (Art. 104 Abs. 1, 105 Abs. 1 und 95 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten bestimmt sich nach kantonalen Tarifen (Art. 96 und 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO), im Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009. Die Verteilung der Prozesskosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, indem die Prozesskosten im Allgemeinen der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Während die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO), wird eine Parteientschädigung einer Partei nur auf Antrag hin zugesprochen; sie kann hierfür eine Kostenliste einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Soweit die Klägerinnen für Prozesskosten aufzukommen haben, haften sie dafür aufgrund ihres gemeinschaftlichen Interesses am Prozess solidarisch (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

5.1 Das erstinstanzliche Urteil wird darin bestätigt, dass der Klägerin ihre (Hauptklage-)Forderung zuerkannt und der Beklagten ihre (Widerklage-)Forderung abgewiesen wird; zusätzlich werden der Klägerin Verzugszinsen zugesprochen, wenn auch nicht ab dem von ihr geltend gemachten Zeitpunkt. Bei diesem Verfahrensausgang unterliegt die Klägerin minimal, weshalb die Beklagte die entsprechenden Prozesskosten, wie bereits von der Vorinstanz verfügt, vollständig zu tragen hat. In betragsmässiger Hinsicht wurden seitens der Parteien weder die Gerichtskosten noch die Parteientschädigung beanstandet.

Beide Parteien haben eigenständig Berufung erhoben. Die Klägerin erhält einen Verzugszins, ab einem späteren Zeitpunkt als verlangt, zugesprochen. Die Begehren der Beklagten auf Abweisung der (Haupt-)Klage und Gutheissung der Widerklage werden vollumfänglich abgewiesen. Die Beklagte unterliegt damit auch im Rechtsmittelverfahren nahezu vollständig, weshalb ihr die entsprechenden Prozesskosten gänzlich aufzuerlegen sind.

5.2 Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus Pauschalen, insbesondere für den Entscheid (Entscheidgebühr), sowie aus bestimmten bei Gericht angefallenen Kosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO; ‚Auslagen‘ nach der Terminologie von Art. 7 ff. GTar). Die Gerichtsgebühr wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 GTar). Sie bewegt sich zwischen einem Minimum und einem Maximum

und wird unter Berücksichtigung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips festgesetzt (Art. 13 Abs. 2 GTar); besondere Umstände können eine Verdoppelung der Ansätze oder eine verhältnismässige Kürzung der Gebühr rechtfertigen, Letzteres namentlich wenn bloss eine Teilfrage entschieden wird (Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 GTar).

Für die Bemessung der Prozesskosten im Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 164'293.70 auszugehen (s. E. 1.1). Bei einem solchen bewegt sich die Gerichtsgebühr in einem ordentlichen Rahmen von Fr. 4'500.-- bis Fr. 18'000.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar). Für das Berufungsverfahren kann ein Reduktions-Koeffizient von bis zu 60% berücksichtigt werden (Art. 19 GTar). Im Berufungsverfahren waren verschiedene Fragen prozessualer, sachverhaltmässiger wie auch materiell-rechtlicher Natur mit einem gewissen Schwierigkeitsgrad zu prüfen. Beide Parteien fochten das erstinstanzliche Urteil mittels Berufung an und reichten jeweils eine Berufungsantwort beim Kantonsgericht ein. Die Behandlung der Berufungen war für die Rechtsmittelinstanz mit einem mittleren Aufwand verbunden. Eine mündliche Berufungsverhandlung wurde nicht durchgeführt. Deshalb ist unter Berücksichtigung der vorstehend angeführten Kriterien vor Kantonsgericht eine Gerichtsgebühr von Fr. 5'300.-- angemessen. Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen in insgesamt ebendieser Höhe hat die Beklagte der Klägerin hierfür Fr. 2'000.-- zu vergüten.

5.3 Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Anwaltshonorar bemisst sich im gesetzlich vorgegebenen Rahmentarif nach der Natur und Bedeutung des Falls, der Schwierigkeit, dem Umfang, der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 und 3 GTar).

Beim vorgegebenen Streitwert beläuft sich der ordentliche Rahmen gemäss Art. 32 Abs. 2 GTar auf Fr. 12'800.-- bis Fr. 17'600.--. Für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ist ein Reduktions-Koeffizient von 60% zu berücksichtigen (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar), womit das Honorar im Prinzip Fr. 5'120.-- bis Fr. 7'040.-- beträgt, welcher Ansätze bei einem ausserordentlich hohen bzw. tiefen Aufwand über- bzw. unterschritten werden dürfen (Art. 29 Abs. 1 und 2 GTar). Unter Berücksichtigung der hiervor genannten Kriterien, namentlich des mit der Vertretung im Berufungsverfahren verbundenen Aufwands mit zweifacher Berufung ohne mündliche Verhandlung, in welcher die Parteien ihre Standpunkte gleichermaßen umfassend wie konzis darlegten, wobei weitestgehend bereits erstinstanzlich strittige Punkte Thema bildeten, erachtet das Kantonsgericht eine

volle Parteientschädigung von Fr. 6'000.--, Auslagen und MWST inklusive, für die berufsmässige Vertretung der Berufungsparteien als angemessen.

Das Kantonsgericht erkennt

– in teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin
sowie in Abweisung der Berufung der Beklagten –

1. Die Beklagte bezahlt der Klägerin Fr. 132'558.50 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 25. Mai 2018. Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 21'000.-- werden der Beklagten auferlegt. Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen werden der Klägerin Fr. 2'700.-- durch das Bezirksgericht zurückerstattet.
4. Die Beklagte bezahlt der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren
 - a) Fr. 11'250.-- für geleisteten Kostenvorschuss;
 - b) Fr. 15'500.-- als Parteientschädigung.
5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'300.-- werden der Beklagten auferlegt.

Nach Verrechnung mit den von den Parteien im Rechtsmittelverfahren geleisteten Kostenvorschüssen hat die Beklagte der Klägerin hierfür Fr. 2'000.-- zu vergüten.
6. Für das Berufungsverfahren bezahlt die Beklagte der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.--.

Sitten, 25. Januar 2022