

# ZH\_HANDELSGERICHT HG110112 vom 3. April 2013

Zh Handelsgericht, 2013-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG110112](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110112)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG110112 du 3 avril 2013

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG110112 del 3 aprile 2013

## Erwägungen

### E. 1

Parteien Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in D.\_\_\_\_\_, welche die Führung und Unterstützung von ...-Verpflegungsbetrieben zum Zweck hat (act. 3/3). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in ... mit dem Zweck der Ausübung von Handels-, Finanz- und Rechtsgeschäften aller Art (act. 10/2). C.\_\_\_\_\_ AG mit (damaligem) Sitz in D.\_\_\_\_\_ – als ursprüngliche Partei der hier im Streit stehenden Vereinbarung – wurde gemäss Fusionsvertrag vom tt. Juni 2011 von der Beklagten absorbiert und im Handelsregister gelöscht. Sie bezweckte die Planung und Erstellung von Bau- ten, den Handel mit Grundstücken sowie deren Verwaltung (act. 3/4; act. 9 S. 2 Rz 2).

#### E. 1.1

Die Klägerin verfügt über je einen Betriebsstandort an den ... E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, an welchen sie ...-Verpflegung für diverse ...-Gesellschaften herstellt (act. 16 S. 3 Rz 3). Zum Zeitpunkt der Verhandlungen bzw. des Abschlusses des hier im Streit stehenden Rahmenvertrages bestand die Geschäftsbeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten aus mehreren Instandhaltungsvereinbarungen und Mietverträgen für Gebäude und Betriebseinrichtungen an den beiden ...- Standorten (act. 1 S. 5 Rz 9; act. 3/2 Ziffer 3). Bei diesen Verträgen handelt es sich um folgende: den Mietvertrag betreffend das Catering-Gebäude E.\_\_\_\_\_ -... vom 16. Dezember 2002 mit Nachtrag 1 vom 21. Mai 2004 und Nachtrag 2 vom 30. November 2006 (act. 17/7-9), die Medienvereinbarungen vom 1. Juni 2004 betreffend Lieferung von Strom, Druckluft, Wärme und Wasser für den Betrieb des Catering-Gebäudes E.\_\_\_\_\_ -... (act. 17/12-15), den Instandhaltungsvertrag vom 30. November 2006 betreffend die Betriebseinrichtungen Catering-Gebäude E.\_\_\_\_\_ -... (act. 17/16, 17/17), den (damals noch mündlichen) Instandhaltungsvertrag betreffend die Betriebseinrichtungen Catering-Gebäude F.\_\_\_\_\_ (act. 17/18) und den Mietvertrag betreffend das Gebäude in D1.\_\_\_\_\_. Dabei tritt die Klägerin jeweils als Auftraggeberin bzw. Mieterin und die Beklagte als Auf- tragnehmerin bzw. Vermieterin auf (act. 16 S. 3 ff. Rz 3 ff.).

#### E. 1.2

Im Jahr 2006 trat die Klägerin an die Beklagte heran mit dem Anliegen eines substantiellen Entgegenkommens in Form einer Mietzinsreduktion oder einer anderweitigen finanziellen Entlastung seitens der Beklagten. Dies aus dem Grund, weil sie, die Klägerin, den Vertrag mit ihrer Hauptkundin, der ... AG, nur aufgrund grosser Preisreduktionen ihrerseits über das Jahr 2007 hinaus habe verlängern können, was tiefere Umsätze bewirkt habe (act. 1 S. 5 f. Rz 13 ff.; act. 9 S. 3 f. Rz 6 f.). Das ursprüngliche Ersuchen der Klägerin um Gewährung einer Mietzinsreduktion für das Catering-Gebäude E.\_\_\_\_\_ -... lehnte die

Beklagte ab, da sie eine aus

- 6 - dem tieferen Mietzins resultierende tiefere Bewertung der Liegenschaft verhindern wollte. Den von der Beklagten daraufhin erfolgten Vorschlag, die Instandhaltungspauschale im Instandhaltungsvertrag so tief anzusetzen, dass ein monatlicher Rabatt von CHF 60'000.– resultieren würde, lehnte wiederum die Klägerin ab, da sie zu Vergleichszwecken eine marktkonforme Ausgestaltung des Instandhaltungsvertrags bevorzugte. Schliesslich diskutierten die Parteien darüber, in welcher Weise die Beklagte der Klägerin finanziell entgegenkommen könnte, ohne dass dies innerhalb eines bestimmten Vertragsverhältnisses, sondern vielmehr im Rahmen der gesamten Geschäftsbeziehung der Parteien erfolgen würde. Nach längerem Verhandeln über die Form des Entgegenkommens schlossen die Parteien am 30. November 2006 eine mit Rahmenvertrag betitelte Vereinbarung (act. 3/2) ab, in welcher in Ziffer 5.1 die hier im Streit stehende, in Form von monatlichen Rückvergütungen zu erfolgende Rabattgewährung definiert wurde (act. 9 S. 3 Rz 7; act. 16 S. 7 Rz 23 ff.). Der Rahmenvertrag beinhaltet, soweit vorliegend relevant, Folgendes: "1. EINLEITUNG A.\_\_\_\_\_ GmbH ist als Teil der weltweit tätigen A1.\_\_\_\_\_ spezialisiert auf die Belieferung von ...-Gesellschaften mit Catering sowie verwandten Logistikdienstleistungen am ... C.\_\_\_\_\_ ist eine Anbieterin von integriertem Facility Management (IFM) und verfügt über ein breites Kundenportfeuille rund um die beiden ... E.\_\_\_\_\_ -D.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ -.... C.\_\_\_\_\_ ist nach EN ISO 9001 (Qualitätsmanagement) und EN ISO 14001 (Umweltmanagement) zertifiziert. Die A1.\_\_\_\_\_ soll trotz dezentraler Organisation als Gesamtkunde von C.\_\_\_\_\_ wahrgenommen werden. Im Gegenzug unterstützt A.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_, allfällige weitere Geschäfte mit A.\_\_\_\_\_ im In- und Ausland ausführen zu können. Die im Rahmen dieses Vertrages gewährten Rückvergütungen werden von C.\_\_\_\_\_ in der Erwartung gewährt, mit A.\_\_\_\_\_ das Umsatzvolumen zu steigern und insbesondere die Unterhaltsleistungen für die Catering Betriebe in F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erbringen zu können. 2. GEGENSTAND DES VERTRAGES Dieser Rahmenvertrag enthält eine Gesamtübersicht über die Geschäftsbeziehungen zwischen den verschiedenen Gruppengesellschaften der A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, nennt die Kontaktpersonen der beiden Vertragsparteien, beschreibt die Grundsätze der kontinuierlichen Kosten- und Qualitätsverbesserung und definiert die Rückvergütungskonditionen.

- 7 - [...]

### **E. 1.3**

Die vorliegend im Zentrum stehende, mit "A.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ Rückvergütung" betitelte Ziffer 5.1 sieht vor, dass die Klägerin der C.\_\_\_\_\_ AG eine einmalige Mietzinsvorauszahlung von CHF 4 Mio. spätestens drei Arbeitstage nach Vertragsunterzeichnung und eine einmalige Mietzinsnachzahlung von CHF 4 Mio. per 31. Dezember 2012 bezahlt, wobei die Mietzinsnachzahlung ab 1. Oktober 2008 mittels einer Bankgarantie sicherzustellen ist. Im Gegenzug gewährt C.\_\_\_\_\_ AG der Klägerin ab 1. Oktober 2006 monatliche Rückvergütungen in der Höhe von jeweils CHF 166'666.65. Das Zusammenspiel der von der Klägerin an die Beklagte zu leistenden Zahlung von insgesamt CHF 8 Mio. und der von der Beklagten an die Klägerin zu erfolgenden Rückvergütungen von jeweils CHF 166'666.65 verdeutlicht Ziffer 5.1 des Vertragsentwurfs vom 23. November 2006 (act. 17/23): Die Überschrift von Ziffer 5.1 spricht von einem Rabatt von CHF 4,5 Mio. vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2012. Dieser Rabatt errechnet sich dadurch, indem man die beiden von der Klägerin zu leistenden

Zahlungen von insgesamt CHF 8 Mio. von den in der Zeit vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2012 (75 Monate) zu erfolgenden 75 Rückvergütungen à CHF 166'666.65, somit insgesamt CHF 12,5 Mio., abzieht. Die finanzielle Entlastung der Klägerin im Umfang von CHF 4,5 Mio. – verteilt auf die Zeitperiode vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2012, mithin auf 75 Monate – ergibt während der genannten Zeitperiode monatliche Rabatte von jeweils CHF 60'000.– [CHF 4,5 Mio. / 75 Monate]. Der Grund, dass die Parteien nicht einfach nur monatliche Gutschriften zu Gunsten der Klägerin von jeweils CHF 60'000.– vereinbart, sondern mit zwei (Gegen-)Zahlungen der Klägerin von je CHF 4 Mio. verknüpfte Rückvergütungen von CHF 166'666.65 vorgesehen haben, war derjenige, es der Beklagten zu ermöglichen, den Rabatt auf eine für ihre eigene Kostenstruktur erträgliche Weise zu gewähren (act. 9 S. 4 Rz 8; act. 16 S. 11 Rz 43).

#### **E. 1.4**

Am 31. Dezember 2009 endete der befristet geschlossene Instandhaltungsvertrag betreffend die Betriebseinrichtungen Catering-Gebäude E.\_\_\_\_-.... Dieser Vertrag regelte die von der Beklagten zu erbringenden Leistungen für die

- 9 - Störungsbehebung, Inspektion, Wartung und Instandsetzung der Anlagen, Betriebseinrichtungen und Geräte der Klägerin (vgl. act. 17/16 S. 1). Er wurde nicht im Sinne von Ziffer 5.1 Abs. 3 des Rahmenvertrages (act. 3/2) mit der Beklagten erneuert. Vielmehr entschied sich die Klägerin nach Sichtung der im Ausschreibungsverfahren eingereichten Offerten, die Instandhaltung ihrer Betriebseinrichtungen ab 1. Januar 2010 in Eigenregie und mit Unterstützung ausgewählter Unterverlieferanten durchzuführen (act. 16 S. 12 ff. Rz 48 ff.). Für die Beantwortung der sich vorliegend stellenden Frage sind die Umstände des Ausschreibungsverfahrens sowie sein Abschluss nicht relevant. Aus diesem Grund ist auch auf den beklagten Vorwurf, die Klägerin habe den Rahmenvertrag verletzt, weil sie sich nicht auf Vertragsverhandlungen eingelassen habe (vgl. act. 19 S. 7 f. Rz 24 ff.), nicht weiter einzugehen.

#### **E. 1.5**

Angesichts der Beendigung des Instandhaltungsvertrages stellte die Beklagte die in Ziffer 5.1 vereinbarten Rückvergütungen für die Zeit ab Januar 2010 mit der Begründung ein, die Rückvergütungen seien unter der Voraussetzung der Umsatzsteigerung und Erweiterung der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin, insbesondere der Erbringung der Instandhaltungsleistungen, gewährt worden. Dementsprechend hätten die Parteien in Ziffer 1 des Rahmenvertrages festgehalten, dass "[d]ie im Rahmen dieses Vertrags gewährten Rückvergütungen [...] in der Erwartung gewährt [würden], mit A.\_\_\_\_ das Umsatzvolumen zu steigern und insbesondere die Unterhaltsleistungen für die Catering Betriebe in F.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ erbringen zu können". Für eine Abhängigkeit der Rückvergütungen vom Bestand des Instandhaltungsvertrages spreche auch Ziffer 5.1 Abs. 2 des Rahmenvertrages, wonach die Rückvergütung "für die Gesamtheit der von A.\_\_\_\_ bezogenen Dienstleistungen" gewährt werde. Aus den genannten Bestimmungen leitet die Beklagte ab, dass ihre Rückvergütungsverpflichtung einerseits von der Geschäftsausweitung bzw. dem Weiterbestand der Instandhaltungsverträge abhängt und andererseits infolge der vorliegenden Beendigung bzw. Nichterneuerung des Instandhaltungsvertrages mit sofortiger Wirkung bzw. per 31. Dezember 2009 dahinfällt (act. 9 S. 3 ff. Rz 13 ff.; act. 19 S. 9 ff. Rz 30 ff.). Die Klägerin dagegen bestreitet, dass die besagten Rückvergütungen an Bedingungen geknüpft seien. Die Verpflichtung der

Beklagten zur Leistung von Rück-

- 10 - vergütungen bestehe während der ganzen Dauer des Rahmenvertrages, somit bis 31. Dezember 2012 (act. 1 S. 7 f. Rz 22 ff.; act. 16 S. 15 ff. Rz 61 ff.). Die Parteien stimmen darin überein, dass die Frage, ob der vorliegend eingeklagte Anspruch besteht, mithilfe der Auslegung des Rahmenvertrages zu beantworten ist. 2. Auslegung des Rahmenvertrages vom 30. November 2006

## **E. 2**

Sachverhaltsübersicht

### **E. 2.1**

Auslegung eines Vertrages im Allgemeinen Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt nach dem festgestellten wirklichen Willen der Parteien. Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert: Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (statt vieler Gauch et al., Schweizerisches Obligationenrecht, AT,

### **E. 2.2**

Mutmasslicher Vertragswille

#### **E. 2.2.1**

Für die Lösung des Einzelfalles ist das Abstellen auf den wirklichen Willen mehr oder weniger belanglos. An die Stelle des inneren Willens, den ohnehin niemand kennt, tritt nach Treu und Glauben das Verständnis eines redlichen Vertragspartners (Honsell, Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: FS für Hans Peter Walter, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Bern 2005, S. 346). Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines

- 12 - vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (Gauch et al., a.a.O., N 1201a; BGE 121 III 123). Zunächst ist somit – trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens – zu prüfen, ob ein übereinstimmender, mutmasslicher Vertragswille besteht. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für einen vom Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und bleibt es für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis.

#### **E. 2.2.2**

Wortlaut

### E. 2.2.2.1

Ziffer 5.1 2.2.2.1.1. Die streitgegenständliche Rückvergütung wird in Ziffer 5.1 des Rahmenvertrages unter dem Titel "A.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ Rückvergütung" geregelt. In Abs. 1 werden die Zahlungsmodalitäten der beiden von der Klägerin an die Beklagte zu entrichtenden Beträge von je CHF 4 Mio. festgehalten, wobei die erste Zahlung spätestens drei Tage nach Vertragsunterzeichnung zu erfolgen hat. Die zweite Tranche von CHF 4 Mio. wird erst am 31. Dezember 2012 zur Zahlung fällig, ist aber ab 1. Oktober 2008 mittels einer Bankgarantie sicherzustellen. Abs. 2 statuiert, dass die Beklagte der Klägerin "[i]m Gegenzug [...] ab 1. Oktober 2006 monatlich eine Rückvergütung von CHF 166'666.65 [...] für die Gesamtheit der von A.\_\_\_\_\_ bezogenen Dienstleistungen" gewährt. Abs. 3 bezieht sich auf den (per 31. Dezember 2009 geendeten und nicht erneuerten) Instandhaltungsvertrag betreffend die Betriebseinrichtungen Catering-Gebäude E.\_\_\_\_\_ -... (act. 17/16) und sieht vor, dass hinsichtlich der Erneuerung des Instandhaltungsvertrages die Beklagte das Recht hat mitzuofferieren und sie bei mindestens gleichem Preis-/Leistungsverhältnis den Zuschlag erhält. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass nach unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beklagten der im ersten Satz der Ziffer 5.1 Abs. 1 hergestellte Bezug zum Mietvertrag vom 16. Dezember 2002 weder von den Parteien gewollt noch rechtlich und tatsächlich zutreffend ist. Die Zahlungen gemäss Rahmenvertrag erfolgten stets unabhängig und zusätzlich

- 13 - zu anderen vertraglich geschuldeten Zahlungen (insb. Mietzinsen) (act. 9 S. 5 Rz 10).

2.2.2.1.2. Dem Wortlaut der Regelung der Zahlungsmodalitäten der von der Klägerin zu entrichtenden Tranchen von je CHF 4 Mio. in Abs. 1 ist nicht zu entnehmen, dass deren Leistung bzw. die Sicherstellung der zweiten Tranche von einer Bedingung abhängig wären, mithin die Leistungs- und die Sicherstellungspflicht bei (Nicht)Eintritt einer Bedingung entfielen. Der Formulierung "[i]m Gegenzug" in Abs. 2 stellt ein Austauschverhältnis zwischen der Zahlung der Klägerin von insgesamt CHF 8 Mio. und den von der Beklagten zu leistenden monatlichen Rückvergütungen von jeweils CHF 166'666.65 her. Wie die Klägerin richtig feststellt (vgl. act. 16 S. 16 f. Rz 65 f.), spricht zunächst die Bedingungslosigkeit der klägerischen Zahlungspflicht gemäss Abs. 1 dafür, die reziproken Zahlungen der Beklagten gemäss Abs. 2 – die streitgegenständlichen Rückvergütungen – ebenfalls als bedingungslos geschuldet zu betrachten.

2.2.2.1.3. Die monatlichen Rückvergütungen werden gewährt "für die Gesamtheit der von A.\_\_\_\_\_ bezogenen Dienstleistungen" (Abs. 2). Die Beklagte interpretiert diesen Wortlaut in der Weise, dass die Präposition "für" eine Abhängigkeit zwischen der Rückvergütung und den bezogenen Dienstleistungen erzeugt, so dass bei Wegfall der bezogenen Dienstleistungen auch die Rückvergütung entfällt (act. 9 S. 7 Rz 20). Die Klägerin lässt aufgrund der Verwendung der Präposition "für" eine gewisse Abhängigkeit zwischen den Rückvergütungen und den bezogenen Dienstleistungen gelten. Indessen würden die Rückvergütungen für die Gesamtheit der bezogenen Dienstleistungen gewährt und zwar unabhängig von der damaligen oder künftigen Grösse dieser Gesamtheit (act. 16 S. 26 Rz 116 f.). Die obige Formulierung stellt in der Tat einen Zusammenhang zwischen den Rückvergütungen und den von der Klägerin bezogenen Dienstleistungen her. In- des kann die Formulierung "für die Gesamtheit der von A.\_\_\_\_\_ bezogenen Dienstleistungen" kaum so verstanden werden, dass die Rückvergütungspflicht entfällt, sobald ein Dienstleistungsvertrag abläuft bzw. nicht mehr erneuert wird. Mit der Präposition "für" wird – wie gesagt – zwar ein Bezug zu den von der Beklagten erbrachten Dienstleistungen hergestellt. Die betreffende Formulierung ist

- 14 - jedoch zu vage, um eine Bedingung – insbesondere eine mit derart weitreichenden Konsequenzen für den Bestand des Vertrages – zu statuieren. Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird die Bedingtheit einer Leistungspflicht von einem Ereignis in dem Sinne, dass bei dessen Nicht(Eintritt) die Leistungspflicht entfallen soll, vielmehr (beispielsweise) unter Gebrauch der Wörter Bedingung oder Voraussetzung und der (präzisen) Umschreibung des den Bedingungseintritt auslösenden Ereignisses ausgedrückt. Noch weniger, als aus dem zitierten Wortlaut eine Bedingtheit der Rückzahlungen vom (Weiter)Bestand aller Dienstleistungsverträge abgeleitet werden kann, kann ihm die von der Beklagten geltend gemachte Folge entnommen werden, wonach die Rückvergütungspflicht mit der Beendigung eines Dienstleistungsvertrages ohne Weiteres dahinfallen soll. So kann nicht in Abrede gestellt werden, dass Ziffer 5.1 mit keinem Wort ein Dahinfallen irgendeiner Vertragspflicht oder ein Vertragsauflösungsszenario erwähnt, was – um es hier vorwegzunehmen – auch auf alle weiteren Bestimmungen des Rahmenvertrages zutrifft. Zu betonen ist also noch einmal, dass der Rahmenvertrag den von der Beklagten behaupteten Wegfall der Rückvergütungspflicht nirgends konkret vorsieht, noch sind Bestimmungen zu finden, welche sich der vorzeitigen Auflösung des Rahmenvertrages – mithin einer solchen vor dem 31. Dezember 2012 – widmen. Vor diesem Hintergrund ist der durch die Formulierung "für die Gesamtheit der von A.\_\_\_\_\_ bezogenen Dienstleistungen" hergestellte Bezug der monatlichen Rückvergütungen zu den Dienstleistungen nach Treu und Glauben höchstens so zu verstehen, dass die Beklagte der Klägerin angesichts des Vorhandenseins einer Geschäftsbeziehung bzw. mehrerer Dienstleistungsverträge entgegenkommt, den Rabatt somit nicht im Hinblick auf einen bestimmten Vertrag gewährt. 2.2.2.1.4. Dieses Auslegungsergebnis wird denn auch durch die Formulierung der darauffolgenden Ziffer 5.2 unterstützt. Die "Globale Rückvergütung" nach Ziffer

#### **E. 2.2.2.2**

Ziffer 1 Abs. 3 2.2.2.2.1. Ziffer 1 Abs. 3 statuiert, dass die "im Rahmen dieses Vertrages gewährten Rückvergütungen" von der Beklagten "in der Erwartung" gewährt werden, "mit A.\_\_\_\_\_ das Umsatzvolumen zu steigern und insbesondere die Unterhaltsleistungen für die Catering Betriebe in F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erbringen zu können". Mit den "im Rahmen dieses Vertrages gewährten Rückvergütungen" befassen sich Ziffer 5.1 mit dem Titel "A.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ Rückvergütung" und Ziffer 5.2 mit dem Titel "Globale Rückvergütung". Diese beiden Arten von Rückvergütungen werden nach Ziffer 1 Abs. 3 "in der Erwartung" der Umsatzsteigerung und insbesondere der Erbringung von Unterhaltsleistungen gewährt. Die Rückvergütungspflicht nach Ziffer 5.2 ist – wie schon oben in Ziffer 0 ausgeführt – in ihrem Bestand bzw. ihrer Höhe von der Erreichung eines bestimmten Jahresumsatzes abhängig. Sie ist erst ab einem Umsatz von mindestens CHF 5 Mio. geschuldet, wobei der Rückvergütungssatz bis zu einem Umsatz von 10 Mio. 0.5% und ab einem solchen von CHF 10 Mio. 1% beträgt. Die Ausgestaltung der Ziffer 5.2 zeigt auf, dass der Umsatz aus der Geschäftsbeziehung der Parteien schwanken – mithin auch sinken – kann. Vor diesem Hintergrund kann nach Treu und Glauben Ziffer 1 Abs. 3 nicht in dem Sinne verstanden werden, dass die "Globale Rückvergütung" nach Ziffer

#### **E. 2.2.2.3**

Ziffer 2 Die Beklagte behauptet, dass aufgrund der Formulierung in Ziffer 2, wonach der Rahmenvertrag unter anderem die Rückvergütungskonditionen definiere, den Parteien klar gewesen sei, dass die streitgegenständlichen Rückvergütungen von Bedingungen abhängig

seien. Diese Bedingungen seien in Ziffer 1 Abs. 3 festgehalten, welche – wie bekannt – folgendermassen lautet: "Die im Rahmen dieses Vertrages gewährten Rückvergütungen werden von C.\_\_\_\_\_ in der Erwartung gewährt, mit A.\_\_\_\_\_ das Umsatzvolumen zu steigern und insbesondere die Unterhaltsleistungen für die Catering Betriebe in F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erbringen zu können." (act. 19 S. 9 Rz 31 f.). Im Rahmenvertrag werden zwei Arten von Rückvergütungen geregelt: Die "A.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ Rückvergütung" in Ziffer 5.1 und die "Globale Rückvergütung" in Ziffer 5.2. Spricht Ziffer 2 davon, dass der Rahmenvertrag die Rückvergütungskonditionen definiert, ist damit nach Treu und Glauben ein Bezug zu den Bestimmungen zu sehen, welche die Rückvergütungskonditionen tatsächlich auch definieren. Die Konditionen für die Gewährung der streitgegenständlichen Rückvergütungen finden sich in Ziffer 5.1 und umfassen einerseits zwei Zahlungen der Klägerin von je CHF 4 Mio., wobei die zweite, per Ende 2012 fällige Tranche sicherzustellen ist. Andererseits werden die Höhe der monatlichen Rückvergütungen sowie deren Fälligkeitstermine festgehalten. Hinsichtlich der "Globalen Rückvergütung" definiert Ziffer 5.2 die Berechnung des für sie relevanten Jahresumsatzes sowie die Höhe des davon abhängigen Rückvergütungssatzes. Sowohl Ziffer 5.1 als auch Ziffer 5.2 regeln die Rückvergütungskonditionen abschliessend in der Weise, dass keine notwendigerweise zu regelnden Punkte offen bleiben. Vor diesem Hintergrund ist ein Bezug auf Ziffer 1 Abs. 3 in dem Sinne, dass diese die in Ziffer 2 erwähnten Rückvergütungskonditionen definiert, nicht naheliegend. Unabhängig davon ist hinsichtlich Ziffer 1 Abs. 3 schon festge-

- 19 - halten worden (vgl. oben Ziffer 0), dass darin keine Vertragsbedingung statuiert wird.

#### **E. 2.2.2.4**

Ziffer 6 Ferner ist auch angesichts der Regelung in Ziffer 6 Abs. 2, wonach die zwischen den Parteien bestehenden Verträge unverändert bleiben und die jeweiligen Kündigungsklauseln durch den Rahmenvertrag nicht berührt werden, der Wortlaut von Ziffer 5.1 und Ziffer 1 Abs. 3 nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die hier im Streit stehenden Rückzahlungen von der Umsatzsteigerung bzw. der Weitergeltung der zwischen den Parteien bestehenden Dienstleistungsverträge abhängig sein sollen. Bleiben die Kündigungsklauseln der zwischen den Parteien bestehenden Verträge vom Rahmenvertrag unberührt und fehlt im Rahmenvertrag eine Regelung der Auswirkungen der Kündigung eines solchen Vertrages auf die Rückvergütungen, spricht dies nach Treu und Glauben dafür, dass eine solche Kündigung keine Auswirkungen auf die Rückvergütungsverpflichtung hat. Angesichts der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rahmenvertrages im Raum liegenden Kündigungsmöglichkeit der bestehenden Verträge hätte sich nach Treu und Glauben eine konkrete Regelung der Auswirkungen der Kündigung auf die Rückvergütungspflicht aufgedrängt, sollte sich die Kündigung eines Dienstleistungsvertrages – wie von der Beklagten geltend gemacht – auf diese auswirken, gar deren Dahinfallen auslösen.

#### **E. 2.2.2.5**

Ergebnis Der Wortlaut des Rahmenvertrages ist nach Vertrauensprinzip in dem Sinne zu verstehen, dass die Leistung der Rückvergütungen nach Ziffer 5.1 nicht von der Umsatzsteigerung bzw. der Erneuerung des Instandhaltungsvertrages abhängig ist, womit sie bei dessen Beendigung auch nicht dahinfällt.

### **E. 2.2.3**

#### Ergänzende Auslegungsmittel

##### **E. 2.2.3.1**

Entstehungsgeschichte von Ziffer 5.1 Die Beklagte weist auf den Entwurf des Rahmenvertrages vom 7. November 2006 (act. 20/7) hin, in welchem in Ziffer 5.1 Abs. 2 festgehalten wird, dass die Beklagte der Klägerin den monatlichen Rabatt "[...] für die Gesamtheit der von A.\_\_\_\_\_ bezogenen Leistungen gemäss Instandhaltungsvertrag vom ..." gewährt. Dies belege, dass die Parteien die Rückvergütungen in einen Zusammenhang mit dem inzwischen beendeten Instandhaltungsvertrag gesetzt hätten. In den nachfolgenden Fassungen sei der Begriff "Leistungen gemäss Instandhaltungsvertrag" durch den generellen Begriff der "von A.\_\_\_\_\_ bezogenen Dienstleistungen" ersetzt worden (act. 19 S. 7 Rz 21). Will die Beklagte aus diesem Vertragsentwurf etwas zu ihren Gunsten ableiten, ist darauf hinzuweisen, dass Vertragsentwürfe ihren Wert als Auslegungsmittel verlieren, als darin Aufgeführtes bei endgültiger Abgabe der Willenserklärung fallen gelassen wurde (ZK-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 358). Ohnehin darf gestützt auf die Entstehungsgeschichte vom objektiviert ausgelegten Wortlaut nur dann abgewichen werden, wenn sich aufgrund dieser mit Sicherheit eine andere Auslegung aufdrängt (ZK-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 369 sowie N 428). Aus dem vorgenannten Vertragsentwurf kann die Beklagte ferner auch aus dem Grund nichts zu ihren Gunsten ableiten, als der zeitlich spätere Entwurf vom 23. November 2006 (act. 17/23) in Ziffer 5.1 Abs. 3 vorgesehen hat, dass der Gegenwert der Gesamtleistung der zwischen den Parteien bestehenden Verträge die Grundlage für den Rabatt von CHF 4,5 Mio. bildet. Sollte sich dieser Gegenwert während der Laufzeit des Rahmenvertrages wesentlich – verstanden als um mehr als 5% – reduzieren, fällt der Rabatt mit sofortiger Wirkung dahin. Wie der Rahmenvertrag bei Dahinfallen des Rabattes abzuwickeln wäre – angesichts der Vorauszahlung von CHF 4 Mio., der monatlichen Rückvergütungen von CHF 166'666.65 und des beabsichtigten monatlichen Rabattes von CHF 60'000.–, wurde (noch) nicht konkretisiert. Im nachfolgenden Entwurf vom 28. November

- 21 - 2006 (act. 17/24) wurde Abs. 3 durch die – sich auch in der Endfassung befindende – Klausel ersetzt, welche der Beklagten das Recht einräumt, bei der Erneuerung des Instandhaltungsvertrags mitzuofferieren und ihr den Zuschlag bei mindestens gleichwertigem Preis-/Leistungsverhältnis garantiert. Zieht die Beklagte daher den Entwurf vom 7. November 2006, wonach der Rabatt im Zusammenhang mit dem Instandhaltungsvertrag gewährt wird, für ihren Standpunkt heran, ist ihr entgegenzuhalten, dass gemäss dem zeitlich späteren Entwurf vom 23. November 2006 die Rabattgewährung wiederum im Zusammenhang mit der gesamten Geschäftsbeziehung stehen soll. Es ist jedoch noch einmal festzuhalten, dass weder der Entwurf vom 7. November 2006 noch derjenige vom 23. November 2006 als Auslegungsmittel dienen können, da die betreffenden Formulierungen in der Endfassung des Rahmenvertrages aufgegeben wurden.

##### **E. 2.2.3.2**

Vertragszweck Den Anstoss für den Abschluss des Rahmenvertrages gab der Wunsch der Klägerin, die Beklagte möge ihr in finanzieller Hinsicht entgegenkommen. Der Zweck des Rahmenvertrages war somit – worauf die Klägerin auch hinweist (act. 16 S. 28 Rz 122) –, eine finanzielle Entlastung der Klägerin zu erreichen. Durch die klägerische Zahlung in der Höhe von CHF 8 Mio. und die aus 75 monatlichen Rückvergütungen von je CHF

166'666.65 bestehende Gegenleistung der Beklagten sollte ein monatlicher Rabatt zugunsten der Klägerin von CHF 60'000.– resultieren. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Beklagte sich nie dahingehend geäußert hat, infolge des (von ihr behaupteten) Dahinfallens ihrer Rückvergütungspflicht keinen Anspruch auf die Bezahlung der sichergestellten, zweiten Tranche von CHF 4 Mio. zu haben. Sie hat auch nicht behauptet, dass angesichts der Vorauszahlung von CHF 4 Mio. und der monatlichen Rückvergütungen von CHF 166'666.65 mit dem Dahinfallen der Rückvergütungspflicht eine Schlussabrechnung vorgenommen werden müsste, um dem beabsichtigten monatlichen Rabatt von CHF 60'000.– gerecht zu werden – ginge eine solche Schlussabrechnung zu ihren Gunsten oder Lasten. Würde die Klägerin unter dem Rahmenvertrag CHF 8 Mio. entrichten müssen, die Beklagte hingegen mit der Beendigung des Instandhaltungsvertrages bzw. dem Rückgang des Umsatzes

- 22 - von der Rückvergütungspflicht befreit wäre, würde der Vertragszweck der Rabattgewährung in der Höhe von monatlich CHF 60'000.– vereitelt. Je nach Zeitpunkt des Eintritts der von der Beklagten geltend gemachten Vertragsbedingungen würde ein höherer bzw. tieferer als der beabsichtigte Rabatt resultieren. In diesem Sinne widerspricht der Vertragszweck der von der Beklagten vertretenen Auslegung, wonach die Rückvergütungen ohne Weiteres dahinfiele, und unterstützt das bisherige Auslegungsergebnis.

### **E. 2.2.3.3**

Ziffer 3.2 und 3.3 des Instandhaltungsvertrages Ziffer 3.2 des – gleichzeitig mit dem Rahmenvertrag abgeschlossenen (vgl. Unterscheidungsdatum und act. 19 S. 3 Rz 6) und nicht erneuerten – Instandhaltungsvertrages (act. 17/16) sieht vor, dass infolge der Befristung dieses Vertrages bis Ende 2009 die Parteien über eine Vertragsverlängerung für die Jahre 2010 bis 2012 frühzeitig verhandeln würden. Auch wenn man damit eine Verpflichtung zur Aufnahme von Vertragsverlängerungsverhandlungen annähme, bestünde dennoch keine Verpflichtung zu einem nachfolgenden Vertragsschluss. Somit war beim Abschluss des Rahmenvertrages zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte ihre Instandhaltungsarbeiten hinsichtlich des Catering-Gebäudes E.\_\_\_\_-... nach Vertragsablauf Ende 2009 nicht mehr erbringen können. Die Beklagte bringt sogar vor, ihr sei im Verlaufe der Verhandlungen des Rahmenvertrages bewusst geworden, dass der Instandhaltungsvertrag gemäss Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit gekündigt werden könne (act. 19 S. 12 Rz 40). Vor diesem Hintergrund konnte sie nicht einmal davon ausgehen, dass der Instandhaltungsvertrag vom 30. November 2006 (act. 17/16) bis Ende 2009 aufrechterhalten würde. Die Vereinbarung eines "Sonderkündigungsrechts" in Ziffer 3.3 des Instandhaltungsvertrages macht ebenfalls deutlich, dass die Beklagte die Instandhaltungsarbeiten für das Catering-Gebäude E.\_\_\_\_-... nicht zweifellos bis Ende 2012 würde verrichten können. Dem Instandhaltungsvertrag selbst ist also eine Verpflichtung zu dessen Verlängerung bis Ende 2012 nicht zu entnehmen. Er hält lediglich fest, dass die Parteien über die Vertragsverlängerung verhandeln würden, und sieht sogar ein Sonderkündigungsrecht vor. Angesichts dieses Umstands wären – sollten im Falle der

- 23 - Beendigung des Instandhaltungsvertrages keine Rückvergütungen mehr geschuldet sein – nach Treu und Glauben diese – weitreichende – Folge und die sich daraus ergebenden Konsequenzen im Rahmenvertrag (unmissverständlich) festzuhalten gewesen. Soll die Rückvergütungspflicht mit der Beendigung des Instandhaltungsvertrages bzw. dem Umsatzrückgang dahinfallen, wäre nach Treu und Glauben eine entsprechende Klausel

im Rahmenvertrag nötig, welche einerseits diese Koppelung festhält und andererseits – unter Berücksichtigung des Zeit- punkts des Dahinfallens der Rückvergütungspflicht – regelt, wie angesichts des beabsichtigten monatlichen Rabattes in der Höhe von CHF 60'000.– die Schluss- abrechnung vorzunehmen ist. Da dies vorliegend nicht der Fall ist, ist vom Ergeb- nis der Auslegung des Wortlautes (vgl. Ziffer 0) nicht abzuweichen.

#### **E. 2.2.3.4**

Fazit Aufgrund des oben Ausgeführten (Ziffer 0 bis 0) ist am Ergebnis der Auslegung des Wortlauts (Ziffer 0) festzuhalten.

#### **E. 2.2.4**

Ergebnis der objektivierten Auslegung Die objektivierte Auslegung (Ziffer 0 bis 0) führt zum Ergebnis, dass gemäss dem nach dem Vertrauensprinzip ermittelten mutmasslichen Vertragswillen die Rück- vergütungspflicht nach Ziffer 5.1 des Rahmenvertrages nicht von der Bedingung der Umsatzsteigerung bzw. der Erneuerung des Instandhaltungsvertrages abhän- gig gemacht worden ist, womit sie infolge der Beendigung des Instandhaltungs- vertrages auch nicht dahinfällt.

#### **E. 2.3**

Tatsächlicher Vertragswille

##### **E. 2.3.1**

Indem die Beklagte behauptet, der Parteiwille sei gewesen, dass die Rück- vergütungen nur geschuldet sein sollten, wenn insbesondere die Unterhaltsleis- tungen für die Catering-Betriebe der Klägerin in F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erbracht werden könnten (act. 19 S. 4 Rz 9), macht sie einen vom Ergebnis der objektivier- ten Auslegung (Ziffer 0) abweichenden tatsächlichen Parteiwillen geltend und trägt sie die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt des tatsächli- chen Parteiwillens (vgl. oben Ziffer 0).

- 24 -

##### **E. 2.3.2**

Indes stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, der tatsächliche Parteiwil- le lasse sich nicht mehr feststellen, weshalb – entgegen der Ansicht der Klägerin – auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen sei (act. 19 S. 10 f. Rz 36). So- weit sie im Zusammenhang mit dem tatsächlichen Vertragswillen dennoch Aus- führungen macht, trägt sie im Wesentlichen vor, die elementare Voraussetzung für ihr Entgegenkommen in Form von Rückvergütungen sei gewesen, dass die Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin ausgeweitet und die Erbringung der Dienstleistungen abgesichert würden. Ein Entgegenkommen auf der einen Seite sollte durch eine Geschäftsintensivierung und Umsatzsteigerungen auf der ande- ren Seite ausgeglichen werden (act. 9 S. 3 f. Rz 7). Nach der Veräusserung der Liegenschaften an ihre Schwestergesellschaft ... AG im 2005 habe sich ihre Un- ternehmenstätigkeit auf die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Faci- lity Managements beschränkt. Aus diesem Grund habe der inzwischen beendete Instandhaltungsvertrag für sie, die Beklagte, einen substanziellen Teil ihres Um- satzes dargestellt; das Motiv für ihr Entgegenkommen sei die Sicherung dieses Instandhaltungsvertrags gewesen (act. 19 S. 4 f. Rz 10 ff.). Aufgrund der Formu- lierung in Ziffer 2, wonach der Rahmenvertrag unter anderem die Rückvergü- tungskonditionen definiert, sei den Parteien klar gewesen, dass die (streitgegen- ständlichen)

Rückvergütungen von Bedingungen abhängig seien. Diese seien in Ziffer 1 formuliert, wonach die Rückvergütungen in der Erwartung der Umsatzsteigerung und Erbringung der Unterhaltsleistungen gewährt würden (act. 19 S. 9 Rz 31 f.).

### **E. 2.3.3**

Entsprechend ihrer Auffassung, wonach der tatsächliche Parteiwille nicht mehr feststellbar sei (vgl. oben Ziffer 0), haben auch die Ausführungen in den Rechtsschriften der Beklagten weitgehendst eine rechtliche Wertung anstatt bestimmter tatsächlicher Willensinhalte zum Gegenstand und umschreiben den mutmasslichen Parteiwillen. So widmet sich die Beklagte – bis auf das oben Wiedergegebene (Ziffer 0) – der Behauptung des tatsächlichen Parteiwillens nicht. Ihre Vorbringen erweisen sich daher als unvollständig, um als rechtsgenügende Behauptungen gelten zu können. Für eine rechtsgenügende Behauptung wäre es seitens der Beklagten erforderlich gewesen, genau darzulegen, welche Personen zu welchem Zeitpunkt welchen tatsächlichen Willen aufgewiesen hätten, sowie,

- 25 - dass die beiden dergestalt beschriebenen Willen im Zeitpunkt des Vertragschlusses übereingestimmt hätten. Es reicht nicht aus, pauschal geltend zu machen, der Parteiwille sei gewesen, dass die Rückvergütungen nur geschuldet sein sollten, wenn insbesondere die Unterhaltsleistungen für die Catering-Betriebe der Klägerin in F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erbracht würden (act. 19 S. 4 Rz 9). Von der Beklagten wird nicht im Einzelnen behauptet, welche Personen einen bestimmten Willen wann aufgewiesen hätten. Bei den Parteien handelt es sich zweifelsohne um juristische Personen, weshalb deren bei Vertragsschluss bestehender Wille letztendlich bei bestimmten natürlichen Personen gebildet und zum Ausdruck gebracht werden musste (Art. 55 ZGB). Die Unterzeichnung des Rahmenvertrages durch die darin aufgeführten Personen (vgl. act. 3/2) ist zwar an sich unstrittig. Doch ist dies nicht gleichbedeutend mit der konkreten Behauptung eines bestimmten Willens von massgebenden natürlichen Personen zum Zeitpunkt der massgeblichen Willenskundgabe. Ohne entsprechende Behauptungen sind die Vorbringen der Beklagten aber nicht geeignet, dem Gericht das Formulieren von entsprechend konkreten Beweissätzen zu ermöglichen. Auch die Ausführung, wonach aufgrund bestimmter Umstände den Parteien "klar gewesen" sei, dass die (streitgegenständlichen) Rückvergütungen von Bedingungen abhängig seien (act. 19 S. 9 Rz 31 f.), legt den massgebenden Parteiwillen ungenügend dar; so beschlägt sie lediglich die Seite des potentiellen Wissens, umfasst aber nicht diejenige eines möglichen Wollens.

### **E. 2.3.4**

Aus diesem Grunde ist – als Fazit – der durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelte, mutmassliche Vertragswille (vgl. dazu Ziffer 0) für die Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen massgeblich.

### **E. 2.3.5**

Unabhängig davon ist auch Folgendes festzuhalten: Selbst unter der Annahme, die Beklagte hätte ausreichend substantiiert behauptet – was, wie dargelegt, nicht der Fall ist –, die jeweiligen Vertreter beider Parteien hätten in den massgeblichen Zeitpunkten einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen aufgewiesen, nach welchem die Gewährung der streitgegenständlichen Rückvergütungen unter der Bedingung der Umsatzsteigerung bzw. der Erbringung der Instandhaltungsleistungen stehe, liesse sich ein solcher Wille nach den Vorbringen

- 26 - beider Seiten nicht mit Sicherheit feststellen. Dafür müsste nämlich die subjektive Auslegung unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsmittel den Eindruck rechtfertigen, dass der behauptete wirkliche Wille der jeweiligen Partei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorgelegen hat. Dabei gilt das Regelbeweismass, nach welchem der Beweis erst dann erbracht ist, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (BGE 128 III 271 E. 2b aa, BGE 132 III 715 E. 3.1.; dazu auch Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, 10 N. 27). Mit anderen Worten muss die Verwirklichung der fraglichen Tatsachen derart nahe liegen, dass sie als annähernd sicher erscheinen. Allenfalls verbleibende Zweifel sind zwar zulässig, sie dürfen aber gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht fallen und keinen ernstzunehmenden Vorbehalt bezüglich der beabsichtigten Beweisentscheidung begründen (Berger-Steiner, Der Kausalitätsbeweis, in: HAVE Tagungsband "Personen-Schaden-Forum 2009", S. 15). Da der innere Wille im Streitfall kaum nachweisbar ist, muss für den tatsächlichen Konsens ein Indizienbeweis genügen. Als Indizien werden dieselben Kriterien herangezogen wie für die Ermittlung des normativen Konsenses. Diese sind neben dem Wortlaut des Vertrages u.a. die Systematik des Vertrages, seine Entstehungsgeschichte, die Umstände beim Vertragsschluss, ein individueller oder allgemeiner Sprachgebrauch, juristische Fachausdrücke oder die Verkehrssitte (Honsell, a.a.O., S. 349). Ziffer 6 Abs. 2 des Rahmenvertrages bestimmt, dass die Kündigungsklauseln der bereits vorhandenen Verträge vom Rahmenvertrag unberührt bleiben. Ziffer 5.1 Abs. 3 gibt der Beklagten hinsichtlich der Erneuerung des Instandhaltungsvertrages das Recht mitzuoferieren, wobei sie bei gleichem Preis-/Leistungsverhältnis den Zuschlag erhalten soll. Ziffer 3.2 des – gleichzeitig mit dem Rahmenvertrag abgeschlossenen – Instandhaltungsvertrages (act. 17/16) sieht vor, dass die Parteien infolge der Befristung dieses Vertrages bis Ende 2009 über eine Vertragsverlängerung für die Jahre 2010 bis 2012 frühzeitig verhandeln würden. In Ziffer

## **E. 2.4**

Fazit

### **E. 2.4.1**

Ergibt die Auslegung, dass die Pflicht zur Leistung von Rückvergütungen nicht unter der Bedingung der Umsatzsteigerung oder der Erneuerung des Instandhaltungsvertrages betreffend die Betriebseinrichtungen Catering-Gebäude E.\_\_\_\_\_ -... steht (vgl. Ziffer 0 und 0), ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Rückvergütung für den Monat Juli 2010 in der Höhe von CHF 166'666.65 zu bezahlen. Ebenfalls zuzusprechen ist der Klägerin die in Ziffer 5 des Rahmenvertrages vorgesehene und unbestritten gebliebene Mehrwertsteuer von 7.6% (vgl. act. 3/2; act. 3/5; act. 1 S. 7 Rz 26 ff.), welche sich bei einer Forderung von CHF 166'666.65 auf CHF 12'666.67 beläuft. Der Klägerin ist somit der von ihr geltend

- 29 - gemachte Betrag von CHF 179'333.32 [CHF 166'666.65 + CHF 12'666.67] vollumfänglich zuzusprechen.

### **E. 2.4.2**

Die Klägerin verlangt weiter Verzugszins zu 5% seit 1. Juli 2010. Gemeinhin wird der Schuldner einer fälligen Verbindlichkeit durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 OR). Die Mahnung ist in

diesen Fällen entbehrlich, weil der Schuldner sich ohne besonderen Hinweis im Klaren ist, wann er zu erfüllen hat. Der Verfalltag gilt einerseits durch genaue Nennung eines Datums im Vertrag als bestimmt, andererseits auch durch die Möglichkeit, ihn anhand des Vertragsinhalts zu ermitteln (BSK OR I-Wiegand, Art. 102 N 10). In Ziffer 5.1 Abs. 2 des Rahmenvertrages haben die Parteien monatliche Leistungen der Rückvergütungen vereinbart, wobei diese ab 1. Oktober 2006 zu erfolgen haben. Mit dieser Regelung haben die Parteien den Leistungstermin jeweils auf den Monatsersten gesetzt und eine entsprechende Verfallsvereinbarung nach Art. 102 Abs. 2 OR getroffen, worauf die Klägerin im Übrigen hinweist (vgl. act. 1 S. 7 Rz 29). Betreffend die Rate für den Monat Juli 2010 ist die Beklagte mit Ablauf des Monatsersten, somit am 2. Juli 2010, in Verzug geraten. Demzufolge ist der von der Klägerin geforderte gesetzliche Verzugszins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) ab dem 2. Juli 2010 ausgewiesen und zuzusprechen.

### **E. 2.4.3**

Im Lichte des Ausgeführten, ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 166'666.65 zuzüglich MWST von 7.6% sowie Zins zu 5% seit 2. Juli 2010 zu bezahlen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig.

- 30 - 2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Partei- bzw. Prozessentschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Prozessentschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend beträgt der Streitwert zur Bestimmung der Prozesskosten CHF 166'666.65 (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Bei der Festsetzung der Prozessentschädigung an die Klägerin ist zu berücksichtigen, dass eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung stattfand und sie zwei Rechtsschriften einreichte (§§ 4 und 11 AnwGebV). In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades und des Aufwandes rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG um einen Drittel zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

3. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Prozessentschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 [2005] Nr. 76, SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu verpflichten (act. 1 S. 2), ohne das Vorliegen der für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände zu behaupten. Abgesehen davon ist den von der Klägerin eingereichten Rechnungen zu entnehmen, dass sie jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer fakturierte (act. 3/5), was auf ihre Vorsteuerabzugsberechtigung schliessen lässt. Daher ist der Klägerin die Prozessentschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

- 31 - Das Gericht erkennt:

### E. 3

Zuständigkeit Auf das vorliegende Verfahren ist die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt sich nach dem Recht, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat (Art. 406 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach dem kantonalen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisationen im Zivil- und Strafprozessrecht (GOG), soweit die ZPO nichts anderes bestimmt (Art. 4 Abs. 1 ZPO). In Ziffer 9 des Rahmenvertrages vom 30. November 2006 vereinbarten die Parteien Zürich als Gerichtsstand (act. 3/2). Diese Gerichtsstandsvereinbarung ist im Lichte von Art. 9 des zur Zeit ihres Abschlusses geltenden Gerichtsstandsgesetzes nicht zu beanstanden. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist ebenfalls sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

### E. 3.3

wurde ein Sonderkündigungsrecht vereinbart. Aus all diesen Bestimmungen ist ersichtlich, dass die Erbringung der Instandhaltungsarbeiten durch die Beklagte über das Jahr 2009 hinaus bewusst offen gelassen wurde. Eine verbindliche Vertragsverlängerung existierte nicht. Der Beklagten soll im Verlaufe der Ver-

- 27 - handlungen des Rahmenvertrages sogar bewusst geworden sein, dass der Instandhaltungsvertrag angesichts des Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit gekündigt werden könne (act. 19 S. 12 Rz 40). Betreffend die behauptete Bedingung der Umsatzsteigerung deutet die Umsatzstaffelung in Ziffer 5.2 des Rahmenvertrages darauf hin, dass die Parteien davon ausgegangen sind, dass sich der Umsatz ändern, mithin steigen, aber auch sinken kann. Vor dem Hintergrund drängt sich der Schluss auf, dass, wollten die Parteien eine Abhängigkeit der Rückvergütungen gemäss Ziffer 5.1 vom (Weiter)Bestand des Instandhaltungsvertrages bzw. der Umsatzsteigerung erzeugen, in den Rahmenvertrag ein entsprechender, unzweideutiger Wortlaut Eingang gefunden hätte, welcher sowohl die genannten Umstände als Bedingungen für die Rückvergütungen als auch die Folgen des Bedingungseintritts auf die gegenseitigen Leistungen der Parteien festgehalten hätte. Angesichts des Umstands, dass die Parteien über den Rahmenvertrag mehrere Monate verhandelten, was in mindestens sieben Vertragsentwürfe mündete (vgl. act. 17/19-17/24 und act. 20/7), und – wie die Beklagte selbst hervorhebt – um jeden Buchstaben gefeilscht wurde (act. 19 S. 6 Rz 16), hätte der von der Beklagten behauptete Wille, die Rückvergütungspflicht vorzeitig dahinfallen zu lassen, den Weg in den Vertrag finden müssen. Dies geschah hier nicht. Im Gegenteil: Zur Geltungsdauer des Rahmenvertrages bzw. der darin festgehaltenen Verpflichtungen wird einzig – und dies an zwei Stellen – der 31. Dezember 2012 als Beendigungsdatum genannt (vgl. act. 3/2 Ziffer 5.1 Abs. 3 und Ziffer 6 Abs. 1). Dass die Parteien wohl gewusst haben, wie eine solche Bedingung in den Vertrag einzubringen wäre, bezeugt Ziffer 5.1 Abs. 3 des Vertragsentwurfs vom 23. November 2006 (act. 17/23), in welcher eine entsprechende Formulierung angedacht wurde. Für den Beweis des von ihr – ungenügend – behaupteten Parteiwillens ruft die Beklagte einzig G. \_\_\_\_\_ – seit 2005 Mitglied des Verwaltungsrates der C. \_\_\_\_\_ AG bzw. der Beklagten – als Zeugen an. Ein Mitglied des Verwaltungsrates als Organ kann im Rahmen einer Parteibefragung (Art. 191 ZPO) oder einer Beweisaussage (Art. 192 Abs. 1 ZPO) (und nicht als Zeuge) befragt werden (Art. 159 ZPO; BSK ZPO-Guyan, Art. 159 N 1 und Art. 191 N 9). Vor dem Hintergrund vorstehender Ausführungen (vgl. oben diese Ziffer) sowie des Umstands, dass die

- 28 - Klägerin ebenfalls Zeugen anboten hat, wobei angenommen werden kann, dass diese im Sinne der klägerischen Version aussagen würden, würde auch eine zu Gunsten der Beklagten erfolgende Aussage von G.\_\_\_\_\_ nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf den von der Beklagten – ungenügend – behaupteten Parteiwillen schliessen lassen. In dieser Hinsicht wäre auch zu beachten, dass die Glaubwürdigkeit von G.\_\_\_\_\_ durch seine Stellung als Verwaltungsratsmitglied der Beklagten ohnehin beeinträchtigt wäre (vgl. dazu Zweidler, Die Würdigung von Aussagen, ZBJV 132 (1996), S. 106 f. u. 115 ff.). Der Beklagten kann durchaus Glauben geschenkt werden, dass sie – wie sie mehrfach betont – die streitgegenständlichen Rückvergütungen im Vertrauen auf die Verlängerung des Instandhaltungsvertrages gewährt hat (act. 19 S. 3 Rz 6). Vorliegend ist aber einzig relevant, ob im Rahmenvertrag vereinbart worden ist, dass die Rückvergütungspflicht dahinfällt, wenn das Umsatzvolumen sich schmälert bzw. der Instandhaltungsvertrag nach dessen Ablauf Ende 2009 nicht erneuert wird. Das Vertrauen der Beklagten oder ihre Erwartungshaltung alleine reichen dabei nicht aus, um eine solche Bedingung zu kreieren. Dazu ist vielmehr eine entsprechende Willensübereinkunft der Vertragsparteien notwendig, welche – wie oben in Ziffer 0 festgehalten – nicht hinreichend substantiiert behauptet worden ist.

#### **E. 4**

Teilklage Die Klägerin fordert vorliegend die Rückvergütung betreffend den Monat Juli 2010. Sie behält sich die Geltendmachung weiterer, bis Ende 2012 fällig gewordener monatlicher Rückvergütungen vor (act. 1 S. 6 Rz 21). Bei einem derart ausgestalteten Begehren handelt es sich um eine ohne Weiteres zulässige Teilklage (vgl. BSK ZPO-Oberhammer, Art. 86 N 4).

- 5 - III. Materielles 1. Zum Sachverhalt

#### **E. 5**

RÜCKVERGÜTUNG Sämtliche in der Folge genannten Geldbeträge (Umsatz, Rückvergütung, Mietzinsvor- und -nachzahlung) verstehen sich vor Mehrwertsteuer.

##### **E. 5.1**

A.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ Rückvergütung In Abänderung der Zahlungsmodalität des Mietvertrages vom 16.12.02 sowie des Nachtrags Nr. 1 vom 21.5.04 sowie Nr. 2 vom 1.10.06 für das Cateringgebäude am E.\_\_\_\_\_ -... bezahlt A.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ eine einmalige Mietzinsvorauszahlung von CHF 4 Mio. spätestens drei (3) Arbeitstage nach beidseitiger Unterzeichnung dieses Vertrages und eine einmalige Mietzinsnachzahlung von CHF 4 Mio. per 31.12.2012. A.\_\_\_\_\_ lässt die Mietzinsnachzahlung von CHF 4 Mio. ab 1.10.2008 durch eine erstklassige Schweizer Bank mit einer abstrakten Bankgarantie sicherstellen. Die im Mietvertrag bzw. Nachtrag Nr. 2 vom 1. Oktober 2006 vereinbarten monatlichen Zahlungen sind zusätzlich zur erwähnten Mietzinsvorauszahlung und Mietzinsnachzahlung geschuldet. Im Gegenzug gewährt C.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ ab 1. Oktober 2006 monatlich eine Rückvergütung von CHF 166'666.65 (ein Zwölftel von CHF 2 Mio.) für die Gesamtheit der von A.\_\_\_\_\_ bezogenen Dienstleistungen. Diese Rückvergütung wird A.\_\_\_\_\_ von C.\_\_\_\_\_ mit einer Gutschrift monatlich bezahlt. Ist A.\_\_\_\_\_ ihrerseits mit Zahlungen gegenüber C.\_\_\_\_\_ aus bezogenen Dienstleistungen in Verzug, ist C.\_\_\_\_\_ berechtigt, Verrechnung mit der Rückvergütung geltend zu machen. C.\_\_\_\_\_ erhält von A.\_\_\_\_\_ -E.\_\_\_\_\_ das Recht, bei der Erneuerung des Maintenancevertrages für die Betriebseinrichtungen Catering Gebäude E.\_\_\_\_\_ -... per 1.1.2010 mitzuofferieren und

erhält bei mindestens gleichem Preis- /Leistungsverhältnis den Zuschlag. Diese Regelung endet am 31.12.2012 mit der einmaligen Mietzinsnachzahlung von CHF 4 Mio.

## **E. 5.2**

nur dann geschuldet ist, wenn der Umsatz gesteigert wird bzw. die Unterhaltsleistungen erbracht werden. Die Erwartungshaltung der Beklagten hat diesbezüglich keine Auswirkungen. Gilt diese Schlussfolgerung in Bezug auf Ziffer 5.2, muss das Gleiche auch für die "A.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ Rückvergütung" nach Ziffer 5.1 gelten. Denn Ziffer 1 Abs. 3 unterscheidet nicht zwischen der "Globalen Rückvergütung" und der "A.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ Rückvergütung", sondern spricht von "im Rahmen dieses Vertrages gewährten Rückvergütungen". Soll im Sinne der Beklagten die Erwartung, "mit A.\_\_\_\_\_ das Umsatzvolumen zu steigern und insbesondere die Unterhaltsleistungen für die Catering Betriebe in F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erbringen zu können", eine Vertragsbedingung statuieren, müsste konsequenterweise auch der Grund für die Gewährung der "Globalen Rückvergütungen" nach Ziffer 5.2 (und nicht nur derjenige für die Gewährung der streitgegenständlichen Rückvergütung) dahingefallen sein. Dies wurde von der Beklagten je-

- 17 - doch nicht behauptet. Im Übrigen würde eine solche Bedingung der Regelung in Ziffer 5.2 widersprechen, welche schon selbst die Voraussetzungen der Rückvergütung (wohl abschliessend) regelt. 2.2.2.2.2. Wenn die Beklagte in dieser Hinsicht geltend macht, das Motiv für ihr Entgegenkommen sei die Sicherung des Instandstellungsvertrages gewesen und aus diesem Grund habe sie in den Verhandlungen auf der vertraglichen Bestimmung beharrt, dass die Rückvergütungen "nur gewährt würden, wenn '... insbesondere die Unterhaltsleistungen für die Catering Betriebe in F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ...' [...] erbracht werden können" (vgl. act. 19 S. 6 Rz 15), ist zu erwidern, dass dies eben nicht der Wortlaut von Ziffer 1 Abs. 3 ist. So heisst es in Ziffer 1 Abs. 3 nicht, dass die Rückvergütungen "nur gewährt würden, wenn" die Unterhaltsleistungen erbracht werden können, sondern dass die Rückvergütungen "in der Erwartung" gewährt werden, die Unterhaltsleistungen erbringen zu können. In ersterer Formulierung wäre die Erbringung von Unterhaltsleistungen als Bedingung für die Gewährung von Rückvergütungen ausgestaltet. Eine Gewährung von Rückvergütungen in der Erwartung, Unterhaltsleistungen erbringen zu können, statuiert demgegenüber keine Bedingung für die Rückvergütungspflicht. Zwar ist die Erwartungshaltung der Beklagten, hat sie in den Rahmenvertrag nicht ohne Grund Einzug gefunden, nicht zu ignorieren. Jedoch ist die Einbeziehung der Erwartungshaltung in die Vertragsbestimmungen nicht derart erfolgt, dass aus ihr nach Treu und Glauben eine Bedingung für die Gewährung der Rückvergütungen herausgelesen werden müsste. 2.2.2.2.3. Noch weniger, als die Formulierung "in Erwartung" eine Vertragsbedingung statuiert, kann die von der Beklagten behauptete (einzige) Folge des (Nicht)Eintritts dieser Bedingung – das sofortige Dahinfallen der Rückvergütungspflicht (ohne eine die beabsichtigte Höhe des Rabattes von monatlich CHF 60'000.– berücksichtigende Schlussabrechnung) – nachvollzogen werden. Sähe man in der Formulierung "in Erwartung" eine Bedingung und betrachtete diese als eingetreten, liesse sich die von der Beklagten ins Feld geführte Folge des Dahinfallens der Vergütungspflicht aus Ziffer 1 des Rahmenvertrages dennoch nicht ableiten. Was infolge des Eintritts der – hier nicht vorhandenen, jedoch

- 18 - unterstellten – Bedingung mit den gegenseitigen Leistungen zu geschehen hätte, ist dem Wortlaut des Rahmenvertrages nicht zu entnehmen.

## E. 6

DAUER DES VERTRAGES Dieser Rahmenvertrag tritt rückwirkend per 1. Januar 2006 in Kraft und endet am 31.12.2012.

- 8 - Die bereits gültigen Verträge (Ziff. 3) bleiben unverändert; auch die jeweiligen Kündigungsklauseln werden durch diesen Rahmenvertrag nicht berührt. [...]"

## E. 9

Aufl., Zürich 2008, N 1200 f.; BGE 131 III 611, 132 III 632, 119 II 372). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (Gauch et al., a.a.O., N 207 ff. und N 1226 m.w.H.). Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte (Gauch et al, a.a.O., N 1206 m.w.H.). Der Wortlaut ist auch primäres Willensindiz (BK-Kramer, Art. 18 OR N 22). Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist an-

- 11 - zunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben. Abzustellen ist demnach auf den gebräuchlichen Wortsinn, der sich auch aus üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann (BGE 115 II 264 E. 5a S. 269; 116 II 189 E. 2a mit Hinweis). Erst in zweiter Linie sind die sog. ergänzenden Auslegungsmittel zu beachten. Sie werden oft auch als die Umstände des Vertragsschlusses bezeichnet. Zu ihnen gehören namentlich die Vertragsverhandlungen, das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss sowie der Vertragszweck (Gauch et al, a.a.O., N 1212 ff.). Immer dann, wenn die ergänzenden Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (ZK-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR N 369 m.w.H.). Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände mitzuberücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden haben. Das ergibt aber den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3). Von den Auslegungsregeln kommt derjenigen der sogenannten ganzheitlichen Auslegung eine überragende Bedeutung zu. Danach sind die einzelnen Vertragsbestimmungen unter Mitberücksichtigung des Vertragsganzen auszulegen. Dabei dient jede vertragliche Bestimmung zugleich als Auslegungshilfe für die andere (Gauch et al, a.a.O., N 1229).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.