

ZH_HANDELSGERICHT HG140189 vom 30. November 2016

Zh Handelsgericht, 2016-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140189

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG140189 du 30 novembre 2016

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG140189 del 30 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts ist gegeben (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 GOG sowie Art. 10 Abs. 1 lit. b und Art. 31 ZPO) und auch unbestritten geblieben (act. 1 Rz. 4-8; act. 12 Rz. 10).

E. 1.2

Klageänderungen

E. 1.2.1

Klageänderung mit Replik Die Klägerin erhöhte den mit dem Rechtsbegehren der Klage vom 2. Oktober 2014 geforderten Betrag von CHF 106'247.– (zuzüglich Verzugszins) mit Replik vom 13. Oktober 2015 auf CHF 136'018.– (zuzüglich Verzugszins; act. 19 S. 2). Dies bedeutet eine Klageänderung in Form der Klageerweiterung (vgl. dazu BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 18 und 24 ff.). Eine solche ist nach Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht. Die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart ist vorliegend erfüllt, da die Klage sowohl vor wie auch nach deren Erweiterung dem ordentlichen Verfahren untersteht (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 38). Ebenso steht der neue Anspruch mit den bisher geltend gemachten in einem sachlichen Zusammenhang. Beim neu geltend gemachten Betrag von CHF 29'771.– handelt es sich nämlich laut klägerischen Vorbringen um die Bestandespflegekommission für das Abrechnungsjahr 2014, die aus der bereits in der Klageschrift dargestellten rechtlichen Beziehung erwachsen und die (zwischenzeitlich) am 31. Dezember 2014 fällig geworden sei (act. 19 Rz. 2 f.). Da das hiesige Gericht überdies für die geänderte Klage örtlich wie auch sachlich zuständig ist (Art. 227 Abs. 2 ZPO e contrario; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 ZPO N 26 und 30a), erweist sich die mit der Replik vorgenommene Klageänderung – entgegen der beklaglichen Ansicht (act. 30 Rz. 135) – als zulässig.

- 10 -

E. 1.2.2

Klageänderung mit Eingabe vom 11. Januar 2016 Mit Eingabe vom 11. Januar 2016 erweiterte die Klägerin ihre Klagebegehren gemäss Replik erneut und zwar um weitere CHF 29'871.– (zuzüglich Verzugszins) auf eine Forderung von insgesamt CHF 165'889.– (zuzüglich Verzugszins; act. 26 S. 1 f.). Die Klägerin führt dazu aus, am 31. Dezember 2015 sei der neu geltend gemachte Anspruch gegenüber der Beklagten gestützt auf die

gleiche, in der Klageschrift dargestellte rechtliche Beziehung fällig geworden. Die für das Jahr 2015 relevante Abrechnung samt Zahlungsaufforderung sei der Beklagten am 4. Januar 2016 gesendet worden, worauf diese nicht geleistet habe und sich in Verzug befinde (act. 26 Rz. 3 f.). Während die Klägerin ihre Klageänderung auf Art. 227 ZPO stützt und geltend macht, eine Klageerweiterung sei gemäss Art. 227 ZPO bzw. Art. 230 ZPO e contrario bis vor der Hauptverhandlung unbeschränkt zulässig (act. 26 Rz. 9), hält die Beklagte die Klageänderung für verspätet (act. 30 Rz. 135 und 166). Nach Aktenschluss, d.h. nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels, ist die Klageänderung nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO gegeben sind und die Klageänderung zusätzlich auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht, die nach Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden durften und ohne Verzug vorgebracht worden sind. Die neuen Tatsachen und Beweismittel können die Klageänderung damit nur begründen, wenn sie erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (Art. 230 Abs. 1 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 227 ZPO N 28). Im Falle eines doppelten Schriftenwechsels tritt der Aktenschluss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits mit dem zweiten Schriftenwechsel ein, d.h. nachdem sich die jeweilige Partei zweimal unbeschränkt äussern konnte (vgl. Urteil 4A_73/2014 E. 6.3.2.3.; vgl. auch MÜLLER, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 110/2014 369). Noven sind alsdann unverzüglich durch Noveneingabe und nicht etwa erst anlässlich der Hauptverhandlung in den Prozess einzuführen (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N. 9 f.; MÜLLER, a.a.O., 369 f.; siehe zum Ganzen auch Beschluss des Handelsgerichts HG130021 vom 1. September 2014, E. 4.1.2.).

- 11 - Da die an dieser Stelle zu beurteilende Klageänderung nach der Replik, d.h. nach der zweiten klägerischen Rechtsschrift, erfolgte, hat sie den strengeren Anforderungen von Art. 230 ZPO und damit – nebst den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO – den Grundsätzen des Novenrechts (Art. 229 ZPO) zu genügen. Dies ist nachfolgend zu prüfen. Auch die Klageänderung mit Eingabe vom 11. Januar 2016 betrifft eine Bestandespflegekommission aus dem bereits in der Klage behaupteten Rechtsverhältnis und zwar diejenige für das Abrechnungsjahr 2015. Der sachliche Zusammenhang ist daher ohne Weiteres zu bejahen. Gleiches gilt für die Voraussetzungen der gleichen Verfahrensart wie auch der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. Die Anforderungen von Art. 227 ZPO sind demnach gegeben. Da die neue Forderung erst am 31. Dezember 2015 und damit in einem Zeitpunkt nach Erstattung der Replik (13. Oktober 2015) fällig geworden sein soll, beruht die Klageerweiterung auf einer erst nach dem Schriftenwechsel eingetretenen Tatsache. Zudem hat die Klägerin die Eingabe am 11. Januar 2016 und somit nur wenige Tage nach (behauptetem) Eintreten der Fälligkeit und der einmaligen Rechnungsstellung an die Beklagte in den vorliegenden Prozess eingebracht. Darüber hinaus sprechen auch keine Überlegungen betreffend Praktikabilität oder Prozessökonomie gegen die Klageerweiterung. Sie bewirkt keine wesentliche Verfahrensverzögerung, erfolgte sie doch noch vor der zweiten Rechtsschrift der Beklagten, sodass die Letztere zur erweiterten Klage (innert einer um 14 Tage verlängerten Frist) im Rahmen ihrer Duplik Stellung nehmen konnte (Prot. 11 f.). Die Klageerweiterung vom 11. Januar 2016 erfolgte somit innert angemessener Frist und damit rechtzeitig. Sie erfüllt damit die Voraussetzungen von Art. 230 ZPO.

E. 1.3

Unbedingtes Replikrecht in Bezug auf die Duplik Den Parteien steht nach der Rechtsprechung gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (insbesondere) zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs ein unbedingtes Replikrecht zu (vgl. BGE 138 III 252 E. 2.2; 133 I 98 E. 2.2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.1. f.). Im Rahmen der dem Schriftenwechsel folgenden Hauptverhandlung, auf deren

- 12 - Durchführung nur im gegenseitigen Einverständnis der Parteien verzichtet werden kann, stehen jeder Partei zwei Vorträge zu (vgl. Art. 228 und 233 ZPO), in deren Rahmen sich die Klägerin (in ihrem erstem Vortrag) zur Duplik äussern kann. Soweit sie demnach anlässlich der Hauptverhandlung Ausführungen bestreitet, welche die Beklagte in ihrer Duplikschrift neu vorgebracht hat, sind diese Bestreitungen – im Rahmen des unbedingten Replikrechts – uneingeschränkt zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund dieser Sachlage wurde im Übrigen der von der Klägerin nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels gestellte prozessuale Antrag, ihr sei Frist anzusetzen, um zur Duplik der Beklagten schriftlich Stellung zu nehmen, abgewiesen (act. 35 f.). In diesem Umfang und begründet durch dieselben Erwägungen hat auch die von der Klägerin in der Folge eingereichte unaufgeforderte Stellungnahme zur Duplik (act. 38) unbeachtlich zu bleiben. Auf eine Hauptverhandlung, anlässlich welcher zur Duplik hätte Stellung genommen werden können (vgl. deutlich auch die Verfügung vom 12. Februar 2016, E. 3.), haben beide Parteien aber verzichtet (act. 43 und 45).

E. 1.4

Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln Neue Tatsachen und Beweismittel sind – im Gegensatz zur blossen Stellungnahme zu neuen Vorbringen der Duplik – "ohne Verzug" vorzubringen (Art. 229 Abs. 1 ZPO Ingress), d.h. in der Tat unverzüglich und nicht etwa erst an der Hauptverhandlung (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 9). Für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel ist darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Dies gilt auch für neue Tatsachen und Beweismittel, die im Rahmen des Replikrechts vorgetragen werden (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 225 N 17; vgl. zum Ganzen auch die Erwägungen der Verfügung vom 12. Februar 2016, act. 36). Soweit die von der Klägerin eingereichte unaufgeforderte Stellungnahme zur Duplik vom 17. Februar 2016 (act. 38) derartige Novenvorbringen enthält, sind diese daher zu berücksichtigen. Auch wären unter den entsprechenden Voraussetzungen allfällige neue Vorbringen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung mög-

- 13 - lich gewesen. Auf solche Vorbringen ist – soweit sich diese als relevant erweisen sollten – im entsprechenden Zusammenhang einzugehen.

E. 1.5

Substantiierungsobliegenheiten Jede Partei hat die von ihr erhobenen Behauptungen in genügender Weise zu substantiieren. In einem ersten Schritt genügt es für die behauptungsbelastete Partei zwar, wenn sie dem Gericht eine einfache und schlüssige Behauptung unterbreitet. Die Schlüssigkeit entfällt jedoch, wenn die Gegenpartei die Behauptung bestreitet oder das Gericht im Rahmen der gerichtlichen Frage- und Aufklärungspflicht weitere Fragen zu dem Tatsachenvortrag stellt. In diesem Fall muss die behauptungsbelastete Partei die Schlüssigkeit der Tatsachenbehauptung durch Zerlegung in Einzeltatsachen und detaillierte Begründung wieder herstellen. Die

Tatsachenbehauptungen müssen dabei so formuliert sein, dass sie als Beweis- satz in die Beweisaufnahme aufgenommen werden können. Rechtserhebliche Behauptungen müssen in der Rechtsschrift selbst vorgebracht werden. Aus- nahmsweise kann ein Aktenstück Teil einer Parteibehauptung sein. Vorausset- zung ist, dass in der Rechtsschrift klar referenziert ist, welcher Teil eines Akten- stückes Teil der Behauptung sein soll (BGE 127 III 365 E. 2.b; ZR 102 Nr. 15; ZR 79 Nr. 130, ZR 84 Nr. 52; SUTTER-SOMM/VON ARX, in: SUTTER-SOMM/HASEN- BÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 55 N. 23 ff. mit weiteren Hinweisen; vgl. bereits FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 4 zu § 55, N 1 ff. zu § 113 und N 3 zu § 130 ZPO/ZH).

E. 2

Übereinkunft der Parteien

E. 2.1

Zustandekommen

E. 2.1.1

Parteivorbringen Die Klägerin führt in ihrer Klageschrift aus, die Parteien hätten im Februar 1994 die Bedingungen für eine mögliche Zusammenarbeit im Hinblick auf die Beförde- rung von Anlagefonds der Beklagten innerhalb von Versicherungsprodukten der Klägerin verhandelt. Die Idee sei gewesen, dass die Klägerin in eigenem Namen Anlagefondsanteile der Beklagten kaufe und dass sie ihrer Kundschaft Versiche- rungsprodukte offeriere, die (unter anderem) an diese Anlagefonds gebunden seien. Hinsichtlich der finanziellen Gegenleistung zugunsten der Klägerin seien

- 14 - zwei Arten von Entschädigungen diskutiert worden: (i.) eine einmalige Kommissi- on zugunsten der Klägerin für die von ihr in bestimmte Anlagefonds neu einge- brachten Mittel (4.8% des einbezahlten Kapitals) und (ii.) eine jährliche Kommissi- on zugunsten der Klägerin in der Höhe von 0.5% (bei Portfolio "I.____") bzw. 0,25% (bei Portfolio "Einzel Fonds"), berechnet auf die jährliche Durchschnittsin- vestition der Klägerin im betroffenen Anlagefonds. Die Ergebnisse dieser Ver- handlungen seien von der Klägerin in einem Memorandum vom 8. März 1994 an die Beklagte, zuhanden von Herrn E.____ (ehemaliger Vizedirektor der Beklag- ten) dargestellt worden. Die zwischen den Parteien getroffene Abmachung ergebe sich eindeutig aus dem Wortlaut des Memorandums: "B1.'____ überweist jeweils am Jahresende an A1.'____ auf das gesamte Portefeuille "I.____" berechnet auf dem Durchschnittstotal im Jahres pro rata des Fonds-Portefeuille-Wertes: Verwaltung fee 0.5%". Eine entsprechende Abmachung bestehe auch für das Portfolio "Einzel Fonds", wobei die jährliche Kommission 0.25 Prozent betrage (act. 1 Rz. 13 ff. und 36). Damit sei ein Rabatt-System zugunsten der Klägerin vereinbart worden. Beide Kommissionen dienten als Anreiz für die Klägerin, wei- terhin in den Anlagefonds der Beklagten zu investieren bzw. solche Investitionen aufrechtzuhalten. Als Grund für die Entstehung der finanziellen Ansprüche hätten die Parteien eindeutig die Fondsinvestitionen der Klägerin identifiziert. Das Zu- standekommen dieser Vereinbarung sei an keine Form gebunden. Obwohl in den Akten der Klägerin kein formell unterschriebener Vertrag gefunden worden sei, hätten die Parteien mindestens konkludent ihren Verpflichtungswillen zum Aus- druck gebracht (act. 1 Rz. 24 ff.). Die Beklagte bestreitet in der Klageantwort nicht, dass sie der Klägerin während der Dauer der gemeinsamen Zugehörigkeit zum A.____-Konzern für Investitio- nen in gewisse ihrer Anlagefonds einen Teil ihrer Einkünfte vergütet habe. Es ha- be sich dabei um eine rein

konzerninterne Regelung gehandelt. Entsprechend sei auch nirgends von einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung die Rede, sondern von einem "Arbeitsablauf". Auch hätten entgegen den Ausführungen der Klägerin keine "Verhandlungen" stattgefunden. Konzerninterne Diskussionen über Gewinnverteilung begründeten keine vertraglichen Beziehungen zwischen den Konzerngesellschaften. Sie würden denn auch (wiederum ohne Abschluss/Kündigung von Verträgen) bei Bedarf (meistens auf Anordnung der Konzernmutter) ohne

- 15 - weiteres angepasst. Dies werde auch durch die Aufteilung des Ertrags dokumentiert, die alles andere als "at arm's length" gewesen sei (act. 12 Rz. 6 und 12). Es werde nicht bestritten, dass die Beklagte während der 15 Jahre, in denen sie gleichzeitig wie die Klägerin zum A.____-Konzern gehört habe, dem im internen Memorandum der Klägerin vom 8. März 1994 enthaltenen Arbeitsablauf gefolgt sei. Es habe jedoch in offensichtlicher Weise keine Willenseinigung bestanden, dahingehend eine vertragliche Verpflichtung der Parteien zu begründen (act. 12 Rz. 21). In der Replik weist die Klägerin darauf hin, es ergebe sich eindeutig aus der eingereichten Faxkorrespondenz (act. 3/7-9), dass die Parteien im Februar 1994 die Bedingungen für eine mögliche Zusammenarbeit verhandelt hätten. Daran und an der nachfolgend entstandenen Rechtsbeziehung ändere nichts, dass neben weiteren Aspekten wie z.B. "Kommissionierung" ebenso "Arbeitsabläufe" diskutiert worden seien. Auch das Fehlen von Unterschriften in einigen Dokumenten der im Winter 1994 ausgetauschten Korrespondenz bedeute selbstverständlich nicht, dass die Parteien eine abgeschwächte "konzerninterne Regelung" getroffen hätten (act. 19 Rz. 37). Die Beklagte bestreitet auch in der Duplik nicht, dass sie als Konzerntochter des A.____ Konzerns zwischen 2001 und 2008 mit ihrer Schwestergesellschaft zusammengearbeitet habe. Die Zusammenarbeit während des Zeitraums vor dem Jahr 2001 könne sie nicht verlässlich nachvollziehen, weshalb die klägerischen Ausführungen diesbezüglich bestritten würden. Klar sei nur eines: Die Zusammenarbeit zwischen den Parteien sei wiederholt, unter anderem 2001 und 2008 verändert worden, so dass Unterlagen aus dem Jahr 1994 heute ohnehin irrelevant seien und keine Vertragsgrundlage darstellen könnten (act. 30 Rz. 18, 27 und 31). Geleistete Zahlungen hätten nicht auf einem Vertrag im Rechtssinne beruht (act. 30 Rz. 42). Die von der Klägerin geltend gemachte Zusammenarbeit habe in augenscheinlicher Weise dem Zweck gedient, dass der mit Kunden der Klägerin erwirtschaftete Umsatz weitestgehend im Konzern habe verbleiben sollen (act. 30 Rz. 47). Selbst in den von der Klägerin eingereichten Unterlagen sei ausdrücklich nur von Arbeitsabläufen die Rede und nicht von Rechten und Pflichten. Man könne – insbesondere umgangssprachlich beim Austausch von Fax-

- 16 - und E-Mail-Nachrichten – auch Arbeitsabläufe "vereinbaren", ohne dass die Verwendung dieses Wortes den Willen zum Ausdruck bringe, sich vertraglich binden zu wollen (act. 30 Rz. 54, 111 und 116).

E. 2.1.2

Rechtliche Grundlagen Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR). Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle (Art. 2 Abs. 1 OR). Grundsätzlich gilt ein Vertrag als geschlossen, wenn die Parteien sich über die objektiv wesentlichen (begriffsnotwendigen) Elemente des Geschäfts, die essentialia negotii, geeinigt haben (BSK OR

I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 N 20). Erfordernis eigener Art für die Gültigkeit eines Vertrages ist der Wille der Parteien, nicht bloss eine bestimmte Regelung ihrer tatsächlichen Beziehungen auszuhandeln, sondern dieser Beziehung den Charakter des rechtlich Verbindlichen beizulegen. Im Rahmen von Vertragsverhandlungen ist zu unterscheiden zwischen dem Aushandeln des Vertragsinhalts einerseits und dem Bilden bzw. Äussern des Verpflichtungswillens andererseits. Die Einigung der Parteien in allen Sachpunkten muss noch nicht Vertragsschluss bedeuten; dieser hängt vielmehr davon ab, dass beide Partner den für das Gegenüber erkennbaren Willen haben, die ausgehandelte Lösung zur rechtlich verbindlichen Regelung zu erheben. Dieses Erfordernis wird im Gesetz nicht ausdrücklich genannt, kann aber nicht zweifelhaft sein. Auch der Verpflichtungswille muss (ausdrücklich oder konkludent) erklärt werden und beweisbar sein; da auch das Element des Verpflichtungswillens dem Vertrauensprinzip unterliegt, ist im Bestreitungsfall abzuwägen, ob das gesamte Verhalten der Partei den Schluss zuliesse, sie wolle eine rechtliche Bindung eingehen (BSK OR

I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 N 29 mit Hinweis auf BGE 116 II 695 E. 2). Der Antrag (auch Offerte genannt) ist die verbindliche Erklärung des Willens zum Abschluss eines bestimmten Vertrages, die bereits den vertraglichen Verpflichtungswillen einschliesst, der freilich unter der Bedingung steht, dass der Adressat

- 17 - die Annahme erklärt. Die Annahme (auch Akzept genannt) ist die Erklärung des eindeutigen und vorbehaltlosen Vertragswillens in Kenntnis und unter Bezugnahme auf die unterbreitete Offerte (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 3 N 1 und 19). 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 (allfälligen) Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftiger und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auslegenden 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, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 308 ff. und N 1200 f.; BGE 131 III 611, 132 III 632, 119 II 372). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d. h. 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.). Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. 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 anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.). Wurde ein Wort verwendet, dem ein juristisch-technischer Sinn zu-

- 18 - kommt, so ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben. Dies gilt allerdings nur, wenn der juristische Sinn des Wortes eindeutig und allgemein – zumindest aber in Kreisen der beteiligten Parteien – bekannt ist (GAUCH ET AL., a.a.O., N 1209 mit Hinweis auf BGE 113 II 438 und 131 III 612). Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die üblichen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002, E. 2.2 ff.). Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände mitzubersichtlichen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des (mutmasslichen) 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 hatten. Das ergibt aber den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3). Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, die aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (GAUCH ET AL., a.a.O., N 1201a, vgl. auch N 324; BGE 121 III 123).

E. 2.1.3

Ermittlung des tatsächlichen (Vertrags)Willens

E. 2.1.3.1

Ausgangslage Die Klägerin trägt, soweit sie einen übereinstimmenden wirklichen Vertragswillen geltend machen will, die Behauptungslast. Sie hat ihre Behauptungen genügend zu substantieren. Dabei sind – wie bereits erwähnt (vgl. Erw. 1.5.) – die Behauptungen so konkret aufzustellen, dass sie von der Gegenpartei konkret bestritten

- 19 - sowie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgabebeschluss aufgenommen werden können. Die Klägerin bringt vor, die Ergebnisse der Verhandlungen seien von ihr im Memorandum vom 8. März 1994 dargestellt worden bzw. die getroffene Abmachung, die einen Verpflichtungswillen beider Parteien beinhalte, ergebe sich aus dem Wortlaut des Memorandums (act. 1 Rz. 16, 30 und 34). Aus der klägerischen Qualifizierung des Memorandums ergibt sich zudem die Behauptung, dass der Vertragsschluss zwischen den Parteien über Erklärungen des Absenders des Memorandums einerseits und dessen Empfängers, E._____, andererseits zustande gekommen sei (act. 1 Rz. 16 sowie Rz. 32 i.V.m. Rz. 34). Damit behauptet und substantiiert die Klägerin in genügender Weise, dass die Parteien nach den im Februar 1994 durchgeführten Verhandlungen dem Memorandum entsprechende, übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht und einen tatsächlichen Vertragswillen mit ebenjenem Inhalt aufgewiesen hätten. Die fehlende Namensnennung des Absenders des fraglichen Memorandums schadet dabei nicht, worauf noch einzugehen sein wird (hinten Erw. 2.1.3.5.). Sie hat die Beklagte auch nicht daran gehindert, die Vertretungsbefugnis der beteiligten Personen zu bestreiten (act. 30 Rz. 104

ff.). Die Beklagte räumt ausdrücklich ein, dass eine konzerninterne Regelung einer Zusammenarbeit mit dem Inhalt des Memorandums getroffen wurde (act. 12 Rz. 12) bzw. dass ein entsprechender Arbeitsablauf "vereinbart" worden sei (act. 12 Rz. 12 und 21). Der Austausch von dem Inhalt des Memorandum ent- sprechenden Erklärungen der fraglichen Personen vor dem 8. März 1994 ist somit gar nicht strittig, vielmehr lediglich der von der Klägerin behauptete, darin enthal- tene Rechtsbindungswille der Parteien. Bei der Ermittlung, ob durch den Aus- tausch der Willenserklärungen ein rechtlich bindender Vertrag zustande gekom- men ist, sind zunächst der Charakter und Inhalt des Memorandums vom 8. März 1994 und danach die übrigen damit in Zusammenhang stehenden Umstände nä- her zu untersuchen.

- 20 -

E. 2.1.3.2

Kaufmännisches Bestätigungsschreiben a) Parteivorbringen Die Klägerin führt aus, dass der Beklagten am 8. März 1994 zugestellte Memoran- dum weise alle Elemente eines Bestätigungsschreibens auf. Der Wortlaut des Memorandums sei diesbezüglich eindeutig: "wie vereinbart bestätige ich Dir fol- gendes". Dabei handle es sich um ein Bestätigungsschreiben kaufmännischer Art, da sowohl die Klägerin wie auch die Beklagte geschäftsgewandte Personen sei- en. Im Weiteren habe die Beklagte dem Bestätigungsschreiben nie widerspro- chen, sondern dessen Inhalt sei von beiden Parteien auch konsequent erfüllt wor- den. Vertragsverhandlungen hätten eindeutig stattgefunden und das Memoran- dum sei unmittelbar nach deren Abschluss zugesandt worden (act. 1 Rz. 34 ff.). Die Beklagte steht dagegen auf dem Standpunkt, das Memorandum der Klägerin könne kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben darstellen, welches die Be- klagte binden würde. Im konzerninternen Verhältnis mangle es ganz offensichtlich am "kaufmännischen" Element. Verhandlungen unter Kaufleuten fänden "at arm's length" zwischen voneinander unabhängigen Parteien statt, was vorliegend nicht gegeben sei. Zudem hätten auch keine "Vertragsverhandlungen" zwischen den beiden Konzerngesellschaften stattgefunden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den von der Klägerin ins Recht gelegten Unterlagen (act. 3/7-9), die sich eindeutig auf "Arbeitsabläufe" bezögen (act. 12 Rz. 25 und 28). Mündliche Verträ- ge würden in der Praxis der Finanzbranche nicht abgeschlossen. Ebenso wenig würden Verbindlichkeiten durch den Austausch von Memos oder durch sogenann- te "kaufmännische Bestätigungsschreiben" eingegangen (act. 30 Rz. 16). b) Rechtliches Wenn ein Bestätigungsschreiben unwidersprochen bleibt, erlangen die darin ent- haltenen Behauptungen Beweisfunktion, die auf der Annahme beruht, dass im Falle der Unrichtigkeit der Darstellung der Empfänger widersprochen hätte. Dafür erforderlich ist insbesondere, dass unter Kaufleuten ernsthafte Vertragsverhand- lungen zur Sache stattgefunden haben und das Bestätigungsschreiben unmittel- bar danach bei der Gegenpartei eingetroffen ist. Die Beweisfunktion des Bestäti- gungsschreibens kann das Zustandekommen wie den Inhalt eines konkreten Ver-

- 21 - trages zum Gegenstand haben. Derartige durch das Bestätigungsschreiben be- gründete Vermutungen können grundsätzlich durch einen Gegenbeweis entkräftet werden, d.h. durch den Nachweis, dass gar kein Vertrag geschlossen wurde oder aber dieser einen anderen Inhalt hatte. So entspricht es herrschender Auffassung, dass ein unwidersprochen gebliebenes Bestätigungsschreiben die (widerlegbare) Vermutung begründet, dass ein Vertrag geschlossen wurde und dessen Inhalt der Darstellung des Bestätigungsschreibens entspricht (BSK OR I-ZELLWEGER- GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6 N 22 ff. mit

Hinweis auf BGE 114 II 250, E. 2 und Urteil des Bundesgerichts 4C.303/2001 vom 4. März 2002, E. 2.b). Der Gegenbeweis findet dann seine Schranken, wenn dem Bestätigungsschreiben materielle rechtsgestaltende Kraft zukommt. Die genannten beweisrechtlichen Wirkungen sind nicht die Folge vertraglicher Vereinbarungen im Sinne von Art. 6 OR. Vertragswirkungen können indessen zu der Beweisfunktion hinzutreten, wenn im Bestätigungsschreiben tatsächlich oder behauptetermassen Abweichungen oder Ergänzungen zu dem mündlich Vereinbarten angebracht werden: Ergänzungen und Änderungen können als Offerte zu einer Vertragsergänzung oder Vertragsänderung qualifiziert werden; deren widerspruchslöse Entgegennahme kann damit zur stillschweigenden Annahme im Sinne von Art. 6 OR werden: Der Empfänger ist nicht deshalb gebunden, weil bereits mündlich genau der im Schreiben behauptete Vertrag geschlossen worden wäre, sondern weil er durch sein Schweigen zum Ausdruck brachte, die angebrachten Änderungen zu akzeptieren und mit einem Vertrag in dem im Schreiben im genannten Sinn einverstanden zu sein. Massgeblich für diese Frage ist das Vertrauensprinzip: Je geringfügiger die (behaupteten) Ergänzungen und Abweichungen sind, um so eher besteht eine Pflicht zur Remonstration. Bei Abweichungen untergeordneter Art von den mündlichen Abmachungen und besonders, wenn die Abweichungen aus der Sicht des Schreibenden für den Partner keine Belastung darstellen, ist Schweigen als Akzept zu verstehen, daher Vertragsänderung anzunehmen und ein Gegenbeweis nicht zuzulassen. Anders dagegen bei grundlegenden Abweichungen vom Vereinbarten, was dem Schreibenden die Gewissheit verbietet, der Vertragsgegner werde mit den angebrachten Änderungen einverstanden sein. Es fehlt also an der rechtsgestaltenden Wirkung, wenn die Abweichung derart gross ist, dass der Absender vernünftigerweise mit dem Einverständnis des Empfängers

- 22 - nicht rechnen kann (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6 N 22 ff. mit Hinweis auf BGE 114 II 250, E. 2 und Urteil des Bundesgerichts 4C.303/2001 vom 4. März 2002, E. 2.b). c) Würdigung Das Memo (= Memorandum) vom 8. März 1994 wird vom Verfasser mit den Worten "wie vereinbart bestätige ich Dir folgendes:" eingeleitet. Darauf werden unter lit. a bis g verschiedene Punkte aufgeführt. Nach diesen haben die Parteien bestimmte Handlungen vorzunehmen (vgl. act. 3/11: z.B. "a) alle Provisionen [...] werden von der B1.'_____ [...] überwiesen. b) Die A1.'_____ wird die Provisionen [...] auszahlen. c) B1.'_____ wird der A1.'_____ monatlich die Provisionen überweisen wie vereinbart: [...] e) [...] Zusammen mit den Provision wird die B1.'_____ monatlich eine detaillierte Liste derselben zustellen. [...] f) B1.'_____ überweist jeweils am Jahresende an A1.'_____ [...] Für alle B1.'_____ - Kontoeröffnungen [...] erhält die A1.'_____ (Frau F._____) eine Kopie der Kontoeröffnung.") oder es ergeben sich aus ihnen bestimmte Informationen zur Abwicklung der betroffenen Geschäfte (vgl. act. 3/11: z.B. "e) auf welches B1.'_____ - Konto überweist der Kunde: ... [...]"). Aus dem Einleitungssatz ergibt sich somit ohne Zweifel, dass es sich beim Memorandum um ein Schreiben handelt, das der Bestätigung der in ihm aufgeführten Regelung dient. Auch mangelt es im konzerninternen Verhältnis nicht am kaufmännischen Element. Die Parteien sind Aktiengesellschaften des schweizerischen Rechts und in rechtlicher Hinsicht auf ihren Gesellschaftszweck fixiert. In rechtlicher Hinsicht ist das Konzerninteresse irrelevant. Das Bundesgericht hat insbesondere auch festgehalten, dass jede zum Konzern gehörige Gesellschaft selbst rechtlich als unabhängig und autonom zu betrachten ist und dass das Organ einer Gesellschaft von Gesetzes wegen allein deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren hat (BGE 130 III 213, E. 2.2.2, S. 219; BGE 110

Ib 127, E.3, S. 132 = Pra 73 [1984] Nr. 257, S. 708 ff.). Im Weiteren erweist sich der beklagte Einwand, es hätten keine "Vertragsverhandlungen" zwischen den beiden Konzerngesellschaften stattgefunden, da sich die von der Klägerin ins Recht gelegten Unterlagen (act. 3/7-9) auf "Arbeitsabläu-

- 23 - fe" bezögen, nicht als stichhaltig. Die behaupteten Verhandlungen ergeben sich nämlich durchaus aus den diesbezüglich offerierten Beweisurkunden (act. 1 Rz. 13 i.V.m. act. 3/7-9). Mit Fax vom 15. Februar 1994 sandte die Klägerin der Beklagten eine "mit Arbeitsablauf und Basis der Berechnung für Geschäfte B1.'_____Fonds, abgeschlossen von TV-Vermittlern" betitelte Aufzählung von sechs Punkten zu, die in den Grundzügen, aber nicht in allen Details mit der im Memorandum vom 8. März 1994 wiedergegebenen Regelung übereinstimmen. Es schliesst mit den Worten "Gerne erwarten wir Ihre Rückäusserung!" (act. 3/7). Auf dieses Fax bezieht sich ausdrücklich das Memorandum der Beklagten vom darauffolgenden Tag, dem 16. Februar 1994, das die fraglichen Punkte unter Vor- nahme von Hinzufügungen in Form von drei Abschnitten "Arbeitsablauf", "Kom- missionierung" und "Kommissionssätze" wiedergibt. Das Memorandum enthält dabei auch einen Vergleich von verschiedenen ermittelten Provisionszahlungen. Ausserdem beinhaltet es Bemerkungen, wonach sich die von der Beklagten zu leistenden "Bestandeskommissionen" sowie die von der Klägerin zu bezahlenden Superprovisionen und Portfeuilleprovisionen in etwa wieder aufheben würden, und ein Kommissionsausfall des Vermittlers von 20 % unverhältnismässig hoch erscheine und sich verkaufshindernd auswirke. Auch dieses Memorandum endet mit der Aussage "Gerne erwarte ich Ihre diesbezügliche Antwort und verbleibe [...]" (act. 3/8 S. 1 f.). Schliesslich legt die Klägerin ein Schreiben von ihr vom 17. Februar 1994 vor, welches auf italienisch verfasst ist und sowohl im Inhalt als auch im Aufbau offensichtlich auf den bisherigen Kontakten aufbaut und weitgehend mit dem Memorandum vom 8. März 1994 übereinstimmt. Neben kleineren Abweichungen zu letzterem enthält das Schreiben noch eine zusätzliche Litera g, dagegen fehlen ihm die Passagen des Memorandums in Kursivschrift zu den von der Beklagten zu erstellenden monatlichen Listen sowie die Erwähnung der Be- rechnung der "Bestandeskommissionen" gestützt auf das "Durchschnittstotal in Jahres pro rata des Fonds-Portfeuille-Wertes" in lit. f. Das Schreiben schliesst mit der Frage "Cosa ne pensi?" (act. 3/9 und act. 3/11, jeweils S. 1 f.). Aus den dargestellten Beweisurkunden wird ersichtlich, dass der schliesslich am 8. März 1994 bestätigten Regelung ein wechselseitiger Austausch diesbezüglicher Vorstellungen der Parteien vorangegangen ist, worin ohne Weiteres Ver- handlungen zu erblicken sind. Der Schriftwechsel bezog sich dabei auch nicht nur

- 24 - auf als solche bezeichnete "Arbeitsabläufe", sondern u.a. auf die Vornahme und Höhe verschiedener Kommissionszahlungen, die in den Dokumenten zwischen- zeitlich auch – neben den Arbeitsabläufen – unter entsprechenden Titeln (Kom- missionierung bzw. Kommissionssätze) figurierten. Dass die genannten Doku- mente eigentliche Verhandlungen belegen, ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, dass jeweils am Ende der Dokumente die Gegenseite zur Stellungnahme aufge- fordert wird, was bezeichnenderweise im bloss bestätigenden Memorandum vom 8. März 1994 nicht mehr der Fall ist (act. 3/11). Darüber hinaus ist aufgrund der Datierung der (Fax)Schreiben, die im Rahmen der somit anzunehmenden Verhandlungen ausgetauscht wurden, sowie des Me- morandums vom 8. März 1994 davon auszugehen, dass das Letztere der Beklag- ten unmittelbar nach Abschluss dieser Verhandlungen zugestellt worden ist, was die Beklagte auch nicht

bestreitet (act. 12 Rz. 25). Ebenso wenig bestreitet sie, dass sie das Bestätigungsschreiben unwidersprochen gelassen hat (act. 1 Rz. 35; act. 12 Rz. 25). Soweit die Beklagte dagegen pauschal die Echtheit der hier relevanten Urkunden "mit Nichtwissen" bestreitet (act. 30 Rz. 15 mit Hinweis auf act. 3/7-9 und 3/11), ist sie mit diesem unzureichend begründeten Einwand nicht zu hören (Art. 178 ZPO). Beim Memorandum vom 8. März 1994 handelt es sich daher um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Aus dieser Qualifikation ergibt sich zunächst die (tatsächliche) Vermutung, dass die dort festgehaltenen Willenserklärungen im Vorfeld übereinstimmend von den Parteien ausgetauscht worden sind. Dagegen wendet sich – wie bereits ausgeführt (oben Erw. 2.1.3.1. in fine) – auch die Beklagte nicht im Einzelnen, zumal sie eine entsprechende, aber nicht bindende Übereinkunft über eine konzerninterne Zusammenarbeit der Parteien betreffend den Verkauf von beklagten Anlagefonds anerkennt. Vom Austausch entsprechender Erklärungen kann daher im Folgenden ohne Weiteres ausgegangen werden. Darüber hinaus – und dies entgegen dem Standpunkt der Beklagten – bildet das Memorandum vom 8. März 1994 als kaufmännisches Bestätigungsschreiben jedoch auch die Grundlage für die Vermutung, dass zwischen den Parteien ein entsprechender Vertrag mit gegenseitigem Verpflichtungswillen ge-

- 25 - schlossen wurde. Die (kaufmännische) schriftliche Bestätigung des Verhandlungsergebnisses offenbart nämlich grundsätzlich den Willen der Parteien, dass die getroffene Abrede eine rechtliche Bindungswirkung entfalten solle. Über diese, aus der Eigenschaft als kaufmännisches Bestätigungsschreiben erwachsende Vermutung hinaus ergibt sich ein Vertragsbindungswille auch aus den konkreten übrigen Umständen.

E. 2.1.3.3

Wortlaut und Inhalt der Regelung Wie bereits ausgeführt, sieht das Memorandum vom 8. März 1994 einleitend vor: "Wie vereinbart bestätige ich Dir folgendes:". Danach wurden die Ergebnisse der Verhandlungen nicht bloss schriftlich bestätigt, sondern die Vornahme einer solchen Bestätigung war sogar Teil der unter den Parteien getroffenen Vereinbarung. Dies lässt deutlich auf einen gegenseitigen Bindungswillen schliessen, soll doch eine (schriftliche) Bestätigung neben ihrer klarstellenden Funktion regelmässig dazu dienen, das Gegenüber zu einem späteren Zeitpunkt auf das Bestätigte behaften zu können. Selbst wenn der von der Klägerin verwendete Einleitungssatz in Abweichung zur tatsächlich getroffenen Vereinbarung ins Bestätigungsschreiben aufgenommen worden sein sollte, müsste infolge mangelnder Reimonstration und wegen dessen Charakter als kaufmännisches Bestätigungsschreiben eine diesbezügliche Einigung in rechtsgestaltender Weise angenommen werden, war doch der bei der Klägerin offenbar in dieser Einleitung zum Ausdruck kommende Rechtsbindungswille für die Beklagte erkennbar. Im Weiteren spricht der Umstand, dass die geregelten Punkte – wie bereits dargestellt – konkrete Handlungspflichten der Parteien vorsehen, die zudem das Ergebnis von Verhandlungen waren, für eine Regelung, deren Befolgung nicht dem Belieben einer jeden Partei anheimgestellt sein sollte, sondern an welche die Parteien sich binden wollten. Dies legt im Übrigen auch der Inhalt der Regelung nahe, nach welcher die Klägerin eine Entschädigung dafür erhalten soll, dass sie für von ihr angebotene Versicherungsprodukte bei der Beklagten Anlagefondsanteile erwirbt und hält. Die Klägerin benötigt für ihre diesbezügliche Geschäftstätigkeit verlässliche Berechnungsgrundlagen. Von der Regelung blosser, unverbindlicher Arbeitsabläufe kann daher keine Rede sein.

E. 2.1.3.4

Nachvertragliches Verhalten a) Parteivorbringen Die Klägerin bringt vor, sie habe seit 1994 erhebliche finanzielle Mittel in den Fonds "I. _____" investiert und die Beklagte habe ihr jährliche Kommissionen in Höhe von 0.5 Prozent der durchschnittlich in diesem Fonds angelegten, finanziellen Mittel bezahlt und zwar seit Beginn der vertraglichen Beziehung bis Ende 2009. Die Bezahlung sei jeweils erfolgt, nachdem die Klägerin der Beklagten eine jährliche Abrechnung zugestellt habe. Auslösepunkt für die Berechnung der während 15 Jahren bezahlten Kommissionen seien die getätigten bzw. noch vorhandenen Investitionen gewesen. Die Höhe der vertraglich vereinbarten jährlichen Kommissionen sei eindeutig durch die in den Jahren ständig bezahlten 0.5 Prozent der durchschnittlich investierten Mittel nachgewiesen (act. 1 Rz. 18 ff. und 29). Die Beklagte anerkennt in der Klageantwort ausdrücklich, dass sie der Klägerin während der Dauer der gemeinsamen Zugehörigkeit zum A. _____-Konzern für Investitionen in gewisse ihrer Anlagefonds einen Teil der beklagteschen Einkünfte vergütet habe. Die streitgegenständliche Zusammenarbeit sei im fraglichen Memorandum der Klägerin umschrieben und während der gemeinsamen Zugehörigkeit zum A. _____-Konzern auch entsprechend gelebt worden (act. 12 Rz. 6 f.). Die klägerischen Ausführungen betreffend die Kommissionen, welche die Beklagte seit Beginn der vertraglichen Beziehung bis Ende 2009 im Einzelnen bezahlt habe, blieben unbestritten (act. 12 Rz. 13 f.). In der Duplik stellt die Beklagte – unter Berufung auf "inzwischen gewonnene Erkenntnisse" – neu in Abrede, dass die Berechnungen der Klägerin sowohl für die Periode vor dem Ausscheiden der Beklagten aus dem A. _____-Konzern, als auch für die Zeit danach, mit der getroffenen Abrede übereinstimmen würden. Diese Übereinstimmung werde von der Klägerin auch bloss ungenügend substantiiert. Es lasse sich aufgrund der sehr unklaren Formulierungen gar nicht nachvollziehen, was die verschiedenen verwendeten Begriffe bedeuten und auf welchen Anlagen welche Kommissionen bezahlt werden sollten (act. 30 Rz. 8 f.). Bei der Beklagten gäbe es in der Vermögensverwaltung zwar Anlagestrategien, jedoch keinen Anlagefonds mit dem Namen "I. _____" (act. 30 Rz. 11). Unstrittig sei nach

- 27 - wie vor, dass die Parteien zwischen 2001 und 2008 dahingehend zusammengearbeitet hätten, dass die Klägerin bei der Beklagten Konti für ihre Versicherungsnehmer eröffnet und die von ihren Kunden bezahlten Prämien für Anlagen verwendet habe, die bei der Beklagten deponiert worden seien. Die Zusammenarbeit während des Zeitraums vor dem Jahr 2001 könne die Beklagte mangels Akten und ohne das damals tätige Personal nicht verlässlich nachvollziehen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin würden bestritten. Unbestritten sei, dass die Beklagte auch vor 2008 gewisse Zahlungen an die Klägerin geleistet habe. Diese Zahlungen beruhten während der Zeit zwischen 1994 bis 2001 jedoch nicht durchwegs auf den im Memorandum grob skizzierten Arbeitsabläufen. Es reiche nicht aus, Tabellen in die Rechtsschriften einzufügen, ohne den Nachweis zu erbringen, dass die aufgeführten Beträge tatsächlich Beträgen entsprächen, die zu den fraglichen Zeiten investiert gewesen seien (act. 30 Rz. 19 f.). Die Beklagte bestreitet ausdrücklich, dass die Parteien sowohl vor als auch nach 2008 umfassend gemäss dem fraglichen Memorandum zusammengearbeitet hätten (act. 30 Rz. 24). Nur die Tatsache, dass Provisionen von 0.5 Prozent bezahlt worden seien, beweise nicht das Vorhandensein eines Vertrags (act. 30 Rz. 26). b) Würdigung Die Klägerin führt genau aus, in welcher Höhe sie der Beklagten Bestandespflegekommissionen für die Jahre 1999 bis 2009 in Rechnung gestellt habe und dass diese von der Beklagten beglichen worden seien (act. 1 Rz. 19). Diese Rechnungsstellungen sowie Gutschriften zugunsten der Klägerin bestreitet

die Beklagte auch nicht – dagegen deren Grundlage bzw. Beruhen auf dem Memorandum vom 8. März 1994 – und sie sind angesichts der eingereichten Rechnungskopien sowie Gutschriftenanzeigen (act. 3/12 und 3/14) auch ausgewiesen. Die weitere klägerische Behauptung, die genannten Beträge seien jeweils in der Höhe von 0.5 Prozent der in diesem Jahr durchschnittlich im ausschlaggebenden Fonds angelegten, finanziellen Mittel verlangt und beglichen worden (act. 1 Rz. 17 f.), womit auch der (durchschnittliche) jährliche Umfang dieser jeweiligen Anlagemittel (mit)behauptet ist, wird von der Beklagten nicht einlässlich bestritten. Zum einen spricht diese selber auch noch in der Duplik von der "Tatsache, dass Provisionen von 0.5% bezahlt wurden" (act. 30 Rz. 26). Zum anderen räumt sie durchaus ein,

- 28 - dass die Beklagte infolge der Zusammenarbeit Anlagen erworben und "gewisse Zahlungen" (act. 30 Rz. 18 f. und 45) an die Klägerin geleistet habe. Das lediglich pauschale Vorbringen, die klägerischen Berechnungen liessen sich nicht (verlässlich) nachvollziehen (act. 30 Rz. 18 f.), kann hier keine substantiierte Bestreitung des klägerischen Standpunkts bilden. Die Klägerin hat nämlich sehr wohl klar dargestellt, wie sich die fraglichen von ihr mittels Abrechnung geforderten und von der Beklagten geleisteten Bestandespflegekommissionen herleiten, nämlich über die rechnerische Bestimmung von 0.5 Prozent der im jeweiligen Jahr durchschnittlich angelegten, finanziellen Mittel. Dabei enthalten die – von der Beklagten beglichenen – Zahlungsaufforderungen der Klägerin im Übrigen tatsächlich jeweils den Hinweis auf "die Gebühr von 0.5 Prozent auf den durchschnittlichen Fondbestand" (act. 3/12 S. 3-7, 9 und 11) oder auf eine "Fee" von "0.5% on medium average funds deposited" (act. 3/12 S. 2 und 8). Die Begleichung durch die Beklagte der in diesen Zahlungsaufforderungen verlangten Beträge über Jahre hinweg, die sich ohne Weiteres auf lit. f des Memorandums vom 8. März 1994 zurückführen lassen, stellt somit ein starkes Indiz dafür dar, dass beide Parteien im Vereinbarungszeitpunkt den Willen aufgewiesen haben, eine verbindliche Abmachung zu treffen. Dass die Klägerin nicht im Einzelnen aufzeigt, aus welchen Fondsanteilen sich jeweils genau die bei der Beklagten durchschnittlich angelegten, finanziellen Mittel zusammensetzten, schadet hier nicht. Um eine Verbindlichkeit der 1994 getroffenen Vereinbarung nahezulegen, reicht die regelmässige Begleichung der auf diese Vereinbarung bezogenen Zahlungsaufforderung der Klägerin bereits aus, unabhängig davon, auf welche konkret gehaltenen Anlagen in welcher genauen Konto- bzw. Depotstruktur sich diese bezogen haben. Ferner wendet die Beklagte auch nicht ein, sie habe mit der Leistung der entsprechenden Beträge andere Forderungen, die gegenüber der Klägerin bestanden hätten, beglichen. Schliesslich spricht auch der beklagte Einwand, die "vertragliche Zusammenarbeit" zwischen den Parteien sei im Jahr 2001 grundlegend "neu strukturiert" worden (act. 30 Rz. 27), nicht gegen einen ursprünglich bestehenden Bindungswillen der Parteien, da Verträge im beidseitigen Einverständnis jederzeit angepasst werden können. Selbst die Beklagte spricht hier im Übrigen von einer Anpassung der vertraglichen Zusammenarbeit. Ob eine solche Anpassung durch die Änderung von Konten oder Depots bzw. der

- 29 - für die Anlage verwendeten Fonds stattgefunden hat und sich auf eine allfällige Leistungspflicht auswirkt, ist hingegen später vertieft zu prüfen (unten Erw. 2.2.).

E. 2.1.3.5

Unterschriften, Zeichnungsberechtigungen und Schriftform Die Beklagte bringt in der Duplik ausserdem (neu) vor, ein Vertrag zwischen den Parteien sei auch mangels deren

rechtsgültiger Vertretung nicht zustande gekommen. In der Finanzindustrie würden rechtsverbindliche Verträge zwischen rechtlich selbständigen Rechtssubjekten ausnahmslos in der Schriftform abgeschlossen und durch formal zeichnungsberechtigte Personen unterschrieben, was umso mehr gelte, wenn Verpflichtungen zur Bezahlung von grösseren Geldbeträgen eingegangen würden. Gerade in solchen Fällen sei wesentlich, dass die zuständigen Organe der beiden Finanzinstitute Kenntnis des Inhalts solcher Verträge und jederzeit auch Zugriff darauf hätten. Vorliegend seien keine solchen schriftlichen Verträge abgeschlossen worden und es sei beim Verkauf der Beklagten durch den

A. _____-Konzern auch niemandem auf Management-Stufe bekannt gewesen, dass es in dieser Hinsicht Verpflichtungen geben könnte. Die Klägerin könne auch deshalb nicht geltend machen, es sei 1994 durch den elektronischen Austausch von Notizen über Arbeitsabläufe zwischen nicht einzelzeichnungsberechtigten Mitarbeitern der Klägerin und der Beklagten ein verbindlicher Vertrag zustande gekommen (act. 30 Rz. 104 ff.). Die Beklagte vermag mit dem Argument, die Personen, welche für die Parteien die fraglichen Willenserklärungen abgegeben haben, hätten keine Einzelzeichnungsberechtigung aufgewiesen, nicht durchzudringen, auch wenn dieser Umstand von der Klägerin unwidersprochen geblieben ist. Es hat nämlich als erstellt zu gelten (siehe dazu oben Erw. 2.1.3.4.b), dass in den auf das Zustandekommen der Vereinbarung folgenden Jahren jeweils Beträge durch die Klägerin in Rechnung gestellt und von der Beklagten beglichen worden sind, die 0.5 Prozent der in diesem Jahr durchschnittlich im ausschlaggebenden Fonds angelegten Mittel entsprachen. Mit Blick auf die seitens der Klägerin die Willenserklärung abgebenden Person ist daher davon auszugehen, dass in ihrem Verhalten der von Klägerin behauptete Verpflichtungswille (act. 1 Rz. 30) zum Ausdruck gekommen ist, worin das Vorliegen einer internen, durch unterlassenes Einschreiten zu Tage tretenden Bevollmächtigung zum Eingehen einer solchen Abrede zu erblicken oder zumin-

- 30 - dest deren Genehmigung im Nachgang zu sehen ist. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht entscheidend, welcher Mitarbeiter die Willenserklärung für die Klägerin abgegeben bzw. das Memorandum vom 8. März 1994 verfasst hat. Die Klägerin hat diesbezüglich auf die Nennung des fraglichen Namens verzichtet, wobei sich dieser, nämlich G. _____, direkt aus act. 3/11 ableiten lässt und auch von der Beklagten mit Blick auf die Vereinbarung in das Behauptungssubstrat eingeführt wird (act. 30 Rz. 76). Auch betreffend den ehemaligen Vizedirektor der Beklagten, E. _____, dem das Abgeben der Willenserklärung auf Seiten der Beklagten zuzurechnen ist (siehe dazu oben Erw. 2.1.3.1. in fine bzw. Erw. 2.1.3.2.c), verfängt der Einwand der fehlenden Einzelzeichnungsberechtigung nicht. Die Klägerin, die einen ebenso bei der Beklagten vorliegenden Verpflichtungswillen geltend macht, konnte angesichts der geführten Verhandlungen, der Funktion von E. _____ als Vizedirektor (vgl. act. 1 Rz. 16) sowie der Art des Geschäfts von einem solchen Verpflichtungswillen bzw. von einer entsprechenden Bevollmächtigung (im Sinne einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht) von E. _____ ausgehen, zumal auch keine Remonstration gegen das kaufmännische Bestätigungsschreiben vom 8. März 1994 erfolgte. Zumindest wäre aber durch das Begleichen der von der Klägerin in Rechnung gestellten Beträge durch die Beklagte nach dem Austausch der Willenserklärungen eine Genehmigung der getroffenen Regelung anzunehmen. Es erschiene im Übrigen auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben stossend und widersprüchlich, wenn die Beklagte, die über Jahre hinweg die von der Klägerin unter Bezugnahme auf die fragliche Vereinbarung erhobenen Forderungen beglichen hat und selbst von einer zwar rechtlich nicht verbindlichen, aber doch zwischen den Parteien getroffenen Regelung ausgeht, sich mit Erfolg lediglich in Bezug auf die

Frage, ob die Vereinbarung mit Rechtsverbindlichkeit ausgestattet werden sollte, auf eine fehlende Zeichnungsberechtigung der Handelnden beru- fen könnte. Läge tatsächlich eine ungenehmigte, vollmachtlose Stellvertretung der Handelnden vor, wäre jeglicher Vereinbarung die Grundlage entzogen. Auch das beklagtische Vorbringen, mündliche Verträge würden in der Praxis der Finanzbranche nicht abgeschlossen und es würden keine Verbindlichkeiten durch kaufmännische Bestätigungsschreiben eingegangen (act. 30 Rz. 16), vermag am

- 31 - (vorläufigen) Auslegungsergebnis nichts zu ändern. Selbst wenn dem so wäre, würde dies im Konkreten die Vertragsgültigkeit nicht hindern (vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 N 30), und könnte die Annahme des unmittelbar aus dem Dokument und zudem aus den übrigen Umständen hervorge- henden Verpflichtungswillens der Parteien nicht umstossen. Ebenso vermag der Umstand, dass das Bestätigungsschreiben vom 8. März 1994 nicht handschriftlich unterzeichnet wurde, nichts an dessen Eigenschaft und Wirkung zu ändern. Im Weiteren kann für die Frage eines Vertragsschlusses nicht entscheidend sein, wem beim Verkauf der Beklagten durch den A.____-Konzern auf Management- Stufe bekannt gewesen ist, dass eine derartige Verpflichtung besteht (act. 30 Rz. 106). Auch wenn eine allfällige Kenntnis ein weiteres Indiz für das Schliessen und Fortdauern der Vereinbarung bilden könnte, spricht die behauptete Unkennt- nis nicht per se gegen eine solche Sachlage. Ein schützenswertes Vertrauen der Beklagten auf ein Fehlen einer solchen Vereinbarung im Zusammenhang mit der Übernahme vom A.____-Konzern (vgl. act. 30 Rz. 16 und 58-61) kann die Be- klagte jedenfalls gegenüber der Klägerin nicht geltend machen. Ob sich die Kon- zernmuttergesellschaft als Verkäuferin der Beklagten ein allfällig klägerischerseits (intern) unterbliebenes Melden des Vertragsverhältnisses zum Zwecke der Due Diligence im Rahmen des zwischen Verkäufer- und Käuferseite geschlossenen Share Purchase Agreements entgegenhalten lassen muss, ist eine andere Frage.

E. 2.1.3.6

Konzernverhältnis a) Parteivorbringen Die Beklagte wendet ein, der Grund für die während der gemeinsamen Zugehö- rigkeit zum A.____-Konzern gelebten Kommissionszahlungen sei die Zugehörig- keit zum gleichen Konzern gewesen. Die bezahlten Kommissionen würden einem Drittvergleich nicht standhalten und zwischen zwei nicht miteinander verbundenen Gesellschaften wirtschaftlich keinen Sinn machen. Im konzerninternen Verhältnis habe offensichtlich jede Konzerntochter ein Interesse daran gehabt, möglichst profitabel zu arbeiten. Solche Diskussionen über Gewinnverteilung seien bei Kon- zernen alltäglich und begründeten keine vertraglichen Beziehungen zwischen den Konzerngesellschaften (act. 12 Rz. 6, 9 und 12 f.). Die Kommissionen seien für die Klägerin ein Anreiz gewesen, in Anlagefonds der Beklagten zu investieren

- 32 - bzw. solche Investitionen aufrecht zu erhalten. Dies sei aber nicht primär das Ziel der Beklagten gewesen. Vielmehr habe es im Interesse des A.____-Konzerns gelegen, dass die Klägerin bei ihren Versicherungsprodukten Anlagefonds der Beklagten berücksichtigt habe, denn damit seien diese Investitionen innerhalb des A.____-Konzerns verblieben. Es habe keine Willenseinigung bestanden, eine dahingehende vertragliche Verpflichtung der Parteien zu begründen, sondern le- diglich eine solche, einen konzerninternen Arbeitsablauf festzulegen. Auch ein beidseitiger Wille, nach einer allfälligen Auflösung des Konzernverhältnisses an einem solchen Arbeitsablauf festzuhalten, habe offensichtlich nicht bestanden. Ein allfälliges Rechtsverhältnis sei vielmehr durch die

Konzernzugehörigkeit be- dingt gewesen (act. 12 Rz. 18 f. und 21 ff.). Die Klägerin bestreitet, dass die Zugehörigkeit zum gleichen Finanzkonglomerat eine "wesentliche Grundlage und Voraussetzung" für die Zusammenarbeit gewe- sen sei, dies u.a., weil die Weiterführung der vertraglichen Beziehung in wirt- schaftlicher Hinsicht auch nach dem Aktionariatswechsel Sinn machen würde. Die Parteien hätten ihre vertragliche Beziehung nie von der Zugehörigkeit zum glei- chen Finanzkonglomerat abhängig gemacht. Eine solche These werde auch durch die von den Parteien geführte Korrespondenz nicht gestützt (act. 19 Rz. 21, 28 und 30). Weiter werde bestritten, dass die Kommissionen unüblich oder zu hoch seien. Die vereinbarten "Ausgabekommissionen" seien nichts anderes als ein Rabatt-System zugunsten der Klägerin, das nichts mit einer von der Beklagten behaupteten "Gewinnverschiebung" zwischen Konzerngesellschaften zu tun ha- be. Es habe keine Gewinnverschiebung gegeben. Die vertragliche Beziehung sei auch direkt zwischen Klägerin und Beklagter, d.h. ohne die Involvierung oberer Instanzen des Finanzkonglomerats, verhandelt worden und entstanden. Ohnehin müsse den von der Beklagten gegenüber der Klägerin übernommenen vertragli- chen Pflichten nachgekommen werden, unabhängig davon, ob diese nur im Inte- resse der Klägerin oder auch, indirekt, des A.____-Finanzkonglomerats lägen (act. 19 Rz. 34 f., 37 und 44). Die Beklagte hält in der Duplik an ihrem Standpunkt fest, die Zusammenarbeit habe dem Zweck dienen sollen, den mit Kunden der einen Konzerngesellschaft erwirtschafteten Umsatz weitestgehend im Konzern zu belassen. Die Parteien

- 33 - hätten als Schwestergesellschaften nicht nur in ihrem Interesse, sondern auch im Interesse des A.____-Konzerns als ihrem Aktionär zusammengearbeitet. Kläge- rin und Beklagte seien also eine Verbindung mit dem A.____-Konzern einge- gangen, um mit gemeinsamen Kräften und Mitteln einen gemeinsamen Zweck zu erreichen. Der Erlös dieser Tätigkeit sei anschliessend verteilt und der damit er- wirtschaftete Gewinn als Dividende an die Konzernmutter (A.____) gegangen (act. 30 Rz. 47-54). Die gemeinsame Konzernzugehörigkeit sei eine wesentliche Vertragsgrundlage gewesen (act. 30 Rz. 55 f.).

b) Würdigung Wie bereits zum kaufmännischen Charakter des Bestätigungsschreibens ausge- führt, sind die zu einem Konzern gehörenden Gesellschaften rechtlich als unab- hängig und autonom zu betrachten (oben Erw. 2.1.3.2.c m.w.H.). Den unter ihnen getroffenen Abreden kommt grundsätzlich in gleicher Weise rechtsgeschäftlicher Charakter zu wie ausserhalb des Konzernverhältnisses. Zwar kann es in der Tat sein, dass durch konzerninterne Austauschverträge neben den eigenen Interes- sen auch solche des Gesamtkonzerns verfolgt werden, was unter besonderen Vo- raussetzungen zu einer Rückerstattungspflicht der die Leistungen empfangenden Gesellschaften führen kann (vgl. zum Ganzen VON BÜREN, Der Konzern, Schwei- zerisches Privatrecht, Achter Band, Sechster Teilband, Basel 2005, S. 166 ff. und 393). Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass bei konzerninternen Abreden weni- ger von einem vorhandenen Rechtsbindungswillen der Beteiligten auszugehen wäre, als ohne eine konzernmässige Verbindung. Gegen ein Vornehmen von freiwilligen Zuwendungen bzw. von solchen ohne verbindliche Rechtsgrundlage spricht bereits die schon angesprochene Pflicht der Organe zur Interessenwah- rung der eigenen Gesellschaft. Ein vorhandenes Konzernverhältnis bildet jeden- falls an für sich kein Indiz gegen den gestützt auf die obigen Umstände ermittelten Rechtsbindungswillen. Ferner ist eine Anordnung der Konzernführung gegenüber den Parteien, welche dem gegenseitige Verhalten – anstelle einer verbindlichen Abmachung – zugrunde gelegen haben könnte, oder eine Beteiligung von deren Exponenten in den Verhandlungen weder konkret behauptet worden noch ersicht- lich. Dem Memorandum

vom 8. März 1994 selbst ist jedenfalls offensichtlich keine

- 34 - Weisung der Konzernführung zu entnehmen (vgl. act. 1 Rz. 31 2. Lemma und act. 12 Rz. 22). Schliesslich bildet auch der Umstand, dass die Beklagte unstreitig die von der Klägerin für das Jahr 2009 in Rechnung gestellte Bestandespflegekommission von CHF 26'492.– am 30. Dezember 2009 bezahlt hat, zumindest ein gewisses Indiz für einen bei der Beklagten (ursprünglich) vorhandenen Rechtsbindungswillen, der über das Konzernverhältnis hinaus ging. Die Zahlung erfolgte nämlich zu einem Zeitpunkt, in welchem die Beklagte schon aus dem Finanzkonglomerat ausgeschieden war (April 2009), und betraf auch Kommissionen für den Zeitraum nach dem Ausscheiden (act. 1 Rz. 20; act. 12 Rz. 15; act. 19 Rz. 41; act. 30 Rz. 157). Die Beklagte macht zwar geltend, die Zahlung für die Monate nach dem Ausscheiden aus dem Konzern, Mai bis Dezember 2009, sei irrtümlicherweise an die Klägerin überwiesen worden. Es sei versäumt worden, nach dem Verkauf der Beklagten aus dem Konzern per Ende April 2009 eine pro rata-Zahlung auszurichten. Bei der Beklagten habe niemand mehr Bescheid gewusst und aus den Büchern sei ersichtlich gewesen, dass in der Vergangenheit gewisse Zahlungen erfolgt seien. Nachdem sich das nach der Übernahme tätig werdende, neue Management mit allen Aspekten der Geschäftstätigkeit vertraut gemacht habe, habe es die für das Jahr 2009 getätigte Zahlung zu hinterfragen begonnen. Am

E. 2.1.3.7

Auslegungsergebnis Aus dem Wortlaut des Memorandums vom 8. März 1994, das ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben darstellt, sowie aus den übrigen Umständen ergibt sich eine tatsächliche Einigung beider Parteien mit dem von der Klägerin vorgebrachten und im Bestätigungsschreiben festgehaltenen Inhalt. Danach wird im Übrigen mit der Bezeichnung des Portefeuilles "I. _____" auf die von der Klägerin gehaltenen Anlagefonds verwiesen, welche die Klägerin im Rahmen der fraglichen Zusammenarbeit für ihre einschlägigen Versicherungsprodukte (fondsgebundenen Lebensversicherungen) von der Beklagten erworben hat ("B1.' _____-Produkte"; act. 3/11 lit. a). Zudem ist in Bezug auf die Abrede ein beiderseitiger Verpflichtungswille anzunehmen. Die Vereinbarung einer Resolutivbedingung hinsichtlich des Ausscheidens einer Partei aus dem Konzern ist dagegen nicht erstellt.

E. 2.1.4

Ermittlung des objektivierten (Vertrags)Willens Nachdem der übereinstimmende wirkliche Vertragswille festgestellt werden konnte, kommt dem objektivierten Vertragswillen keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zu. Es kann jedoch festgehalten werden, dass vorliegend auch die objektivierte Auslegung zum gleichen Ergebnis führen würde. Betrachtet man die im Bestätigungsschreiben vom 8. März 1994 verkündeten Willenserklärungen der Parteien, ergibt sich unter Beachtung deren Wortlauts, dem Inhalt der Regelung sowie der übrigen Umstände (wobei allerdings das nachvertragliche Parteiverhalten hier keine Rolle spielt) in Nachachtung des Vertrauensprinzips ein mutmasslicher Parteiwille, nach welchem die Beklagte sich gegenüber der Klägerin zur Leistung der entsprechenden Bestandespflegekommissionen verbindlich und unabhängig vom Verbleib im Konzernverhältnis verpflichtet hat.

E. 2.2

Fortgeltung des Vereinbarten / Keine Vertragsanpassung

E. 2.2.1

Parteivorbringen Während die Beklagte noch in der Klageantwort ausdrücklich anerkennt, während den 15 Jahren, in denen sie zum Finanzkonglomerat gehört habe, den im Memorandum vom 8. März 1994 enthaltenen Arbeitsabläufen gefolgt zu sein (act. 12 Rz. 25), beruft sie sich gestützt auf weitere Abklärungen (act. 30 Rz. 4 und Rz. 7 ff.) in der Duplik neu darauf, die Zusammenarbeit zwischen den Parteien sei

- 37 - wiederholt, unter anderem auch im Jahre 2001, verändert worden. Sie bestreite daher, dass die Zahlungen zwischen 1994 und 2001 durchwegs auf den im Memorandum vom 8. März 1994 grob skizzierten Arbeitsabläufen beruht hätten (act. 30 Rz. 18 ff.) Die Klägerin habe nie in einen angeblichen Anlagefond mit dem Namen "I._____" investiert. Auch habe sie mit den von ihr eingereichten Rechnungen (act. 3/12 und 14) stets "Portefeuilleprovisionen Q._____" in Rechnung gestellt. Es seien im Jahr 2001 drei gänzlich neue Konti (in den Währungen CHF, USD und EUR) eröffnet worden, welche die Bezeichnung "Sammelkonto J._____" sowie neue Kontonummern und eine neue Zusammensetzung der Anlagen aufgewiesen hätten. Zwei unterschiedliche Anlagestrategien ("I._____" und "einzelne Fonds") habe es zumindest ab dem Jahre 2001 nicht gegeben. Die Zahlungen ab 2001 hätten ihre Grundlage in einer irgendwie gearteten Zusammenarbeit im A._____-Konzern gehabt, die allenfalls, aber nicht zwingend, auf den J._____-Konti beruht habe. Die Konti "J._____" hätten ein Sammelsurium von verschiedenen Anlagen enthalten. Zum Teil habe es sich um Fonds gehandelt, die von der Beklagten herausgegeben worden seien. Zum Teil habe es sich auch um Produkte anderer Finanzdienstleister gehandelt (zum Beispiel der Banken K._____, L._____ und M._____, des N._____ Konzerns, der Fondsgesellschaften O._____ und P._____; act. 30 Rz. 21 ff.). Die Zusammenarbeit der Parteien sei darauf im Jahr 2008 erneut grundlegend umstrukturiert worden, wofür wohl eine Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit der Parteien der wesentliche Grund gewesen sei. Die Klägerin habe sich mit den Anlagen in Fonds im "Run-Off" befunden und die Beklagte habe sich entschieden, keine verwalteten Depots mehr anzubieten, die auf Anlagen in einer Vielzahl von Fonds basierten. Die Klägerin habe im Jahre 2008 unter einem Stammkonto insgesamt neun Subkonti eröffnet, unter denen vorwiegend in Dachfonds, die zudem nicht alle von der Beklagten herausgegeben worden seien, und nicht in einzelne Fonds investiert worden sei. Die Bankbeziehung ab dem Jahr 2008 habe nichts mehr mit der Vereinbarung aus dem Jahre 1994 und auch nichts mehr mit den vor 2008 geführten "J._____"-Konti zu tun. Jeder Zusammenhang mit dem, was allenfalls 1994 gewesen sei, sei aufgrund der seitherigen Ereignisse ganz offensichtlich zur Makulatur geworden (act. 30 Rz. 31 ff.).

- 38 - Die Beklagte bringt weiter vor, dass, selbst wenn man die Vereinbarung aus dem Jahre 1994 als Grundlage für Provisionszahlungen ab 2009 verwenden wolle, es sich nicht mehr um die gleiche Bemessungsgrundlage wie in der Zeit bis 2008 handeln könne, als noch 0.5 Prozent bezahlt worden sei. Bis und mit 2008 seien unter "J._____" Anlagestrategien verfolgt worden, die noch irgendwie als auf einzelne Portefeuilles angewendete Fondsstrategien bezeichnet werden könnten. Stehe dies mit act. 3/7-9 und act. 3/11 im Zusammenhang, wäre die einzige Möglichkeit, dass die "J._____"-Konti unter die Variante "Portefeuille I._____" fielen, wofür denn auch die Bezahlung einer Provision von 0.5 Prozent vorgesehen sei. Ab 2009 habe es diese Portefeuilles allerdings nicht mehr gegeben, sondern nur Depots mit einzelnen Dachfonds. Für diese "einzelnen Fonds" kämen jedoch gemäss Wortlaut des Memorandums vom 8. März 1994 lediglich Provisionen von

0.25 Prozent und nicht von 0.5 Prozent zur Anwendung (act. 30 Rz. 40 ff.). Schliesslich führt die Beklagte aus, dass die Konzernzugehörigkeit der Parteien eine wesentliche Grundlage für den Abschluss der Vereinbarung gewesen sei. Jedoch seien weder der Zusammenbruch des A.____-Finanzkonglomerates noch der damit zusammenhängende Verkauf der Beklagten für die Beklagte vor- raussehbar gewesen. Die Äquivalenz der Leistungen habe zwischen zwei Schwestergesellschaften keine wesentliche Rolle gespielt, nach dem Ausscheiden der Beklagten aus dem Konzern habe aber keine Äquivalenz der Leistungen mehr bestehen können (act. 30 Rz. 55). Die Klägerin macht diesbezüglich – als unmittelbare Reaktion auf die neuen be- klagtischen Bestreitungen und damit in zulässiger Weise (vgl. act. 38 Rz. 12) – in ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 17. Februar 2016 folgende Umstände neu geltend: Die Bezeichnung "Q.____" beziehe sich auf das Versicherungspro- dukt der Klägerin, an welches die Anlagefonds der Beklagten gebunden gewesen seien und nicht auf die Anlagefonds selber. Die von der Beklagten stetig begli- chenen Zahlungsaufforderungen der Klägerin hätten immer den Vermerk "Q.____" enthalten. Die Beklagte versuche lediglich Verwirrung zu stiften (act. 38 Rz. 15). Es treffe nicht zu, dass die vertragliche Beziehung in den Jahren verändert worden sei. Die Eröffnung von neuen Konti (Sammelkonto "J.____") im 2001 sei einzig mit dem Zweck erfolgt, die hier in Frage stehende Beziehung

- 39 - aus technischer Sicht zu vereinfachen, weil dies der Klägerin den Zugang zu für die vertragliche Beziehung relevanten Informationen auf eine einfachere Art er- möglicht habe. Auch die angebliche Neuausrichtung der Beklagten im Jahre 2008 sei für den vorliegenden Fall von keiner Bedeutung, da diese offensichtlich von der Beklagten entschieden worden sei und die bestehenden vertraglichen Bezie- hungen in keiner Weise geändert habe (act. 38 Rz. 17 f.).

E. 2.2.2

Würdigung Nachdem erstellt ist, dass die Parteien einen mit Rechtsbindungswillen versehe- nen Vertrag mit dem im Memorandum vom 8. März 1994 festgehaltenen Inhalt abgeschlossen haben, wäre es an der Beklagten, eine konkret von ihr eingewen- dete Anpassung des Vertrages substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Sie macht zwar verschiedene Umstände in Bezug auf die Ausgestaltung der bei ihr geführten Konti und Depots sowie der gehaltenen Fonds geltend, die ihrer Mei- nung nach nicht mehr mit dem Vertragswortlaut zu vereinbaren seien. Sie legt aber nicht konkret dar, in welcher Weise und mit welchen (veränderten) Inhalten der ursprüngliche Vertrag angepasst worden sein soll. Auch die von ihr in diesem Zusammenhang als Beweismittel offerierten Urkunden sind lediglich geeignet, ih- re Darstellung zu untermauern, dass im Jahre 2001 durch die Klägerin drei "J.____"-Konti eröffnet worden sind (vgl. act. 32/3-5), die per 31. Dezember 2005 verschiedene Anlagewerte aufgewiesen haben (vgl. act. 32/6), dass die Be- klagte ihre Geschäftstätigkeit neu ausrichtete (vgl. act. 32/7) und dass die Kläge- rin per Ende 2008 über neun Depots mit einem nicht weiter spezifizierten Stand an Anlagewerten verfügte (vgl. act. 32/8). Daraus ergibt sich jedoch nicht ohne Weiteres, dass die vertragliche Grundlage aus dem Jahre 1994 und insbesondere die Verpflichtung der Beklagten, jeweils am Jahresende an die Klägerin auf das gesamte, in beklagtischen Anlagefonds investierte Kapital (das im Vertrag als "I.____" bezeichnete Portefeuille) 0.5 Prozent des Durchschnittstotals des Fonds-Portefeuille-Wertes zu bezahlen, eine massgebende Anpassung erfahren hätte. Der Vertrag selber nimmt – soweit erkennbar – keinen Bezug auf eine be- stimmte Konto- oder Depotstruktur, sondern unterscheidet lediglich ein bei der

Beklagten gehaltenes gesamtes Portefeuille "I._____" und ein gesamtes Portefeuille "einzel Fonds" (vgl. act. 3/11 S. 2).

- 40 - Ganz im Gegenteil zum beklagten Standpunkt legen die bis und mit für das Jahr 2009 anstandslos und ungeachtet der Bezugnahme auf die Bezeichnung "Q._____" gezahlten Bestandespflegekommissionen in der in Rechnung gestellten Höhe von 0.5 Prozent des durchschnittlichen Anlagevolumens (siehe dazu oben Erw. 2.1.3.4.) nahe, dass – sollte die Art der Anlagen bzw. deren Abwicklung tatsächlich nicht mehr mit dem ursprünglichen Vertragswortlaut vereinbar gewesen sein – eine Anpassung in einer Weise stattgefunden hat, nach welcher jedenfalls immer noch eine Zahlung von 0.5 Prozent des fraglichen Anlagevolumens geschuldet ist. Falls also tatsächlich eine (konkludente) Vertragsanpassung an neue Rahmenbedingungen stattgefunden haben sollte, die jedoch nicht konkret behauptet wurde und hier nicht anzunehmen ist, dann gerade nicht in dem Sinne, dass damit die Zahlungspflicht der Beklagten entfallen wäre. Ebenso ergibt sich aus der fortgesetzten Leistung einer Bestandespflegekommission, gemäss Rechnung in der Höhe von 0.5 Prozent des gesamten Fondsbestands, dass die Parteien auch die nach 2001 auf den "J._____"-Konti und ab 2008 auf den neun (Sub-)Konti bzw. Depots gehaltenen Fondsbestände unter das Portefeuille "I._____" bzw. die erste Alternative von lit. f des Memorandums vom 8. März 1994 subsumiert, d.h. die Bezeichnung mit diesem Inhalt verstanden haben. Eine Anpassung in dem Sinne, dass ab dem Zeitpunkt der Ablösung der "J._____"-Konti durch Depots mit vornehmlich Dachfonds die angelegten Werte unter ein Portefeuille "einzel Fonds" fallen sollten (vgl. act. 30 Rz. 43), wurde nicht aufgezeigt. Noch für die Jahre 2008 sowie 2009 wurden Bestandespflegekommissionen ausgerichtet, die von der Klägerin unter Bezugnahme auf den in den entsprechenden Depots vorhandenem Fondsbestand in Höhe von 0.5 Prozent gestellt wurden. Nach dem Ausgeführten kann keine Anpassung des ursprünglichen Vertragsinhalts, jedenfalls nicht im Sinne des Wegfalls der Leistungspflicht in Bezug auf die Bestandespflegekommissionen von 0.5 Prozent des in die Fondsprodukte der Beklagten investierten Kapitals, angenommen werden. Auch kann keine Anpassung des Vertrages aus dem Konzept der *clausula rebus sic stantibus* hergeleitet werden, auf welches die Beklagte mit ihrem Vorbringen anzuspielen scheint, es sei eine Äquivalenzstörung eingetreten, welche ihr die Fortführung des Vertrages in seiner ursprünglichen Ausgestaltung unzumutbar mache (act. 30 Rz. 55). Zwar kann im Ausscheiden der Beklagten aus dem Fi-

- 41 - nanzkonglomerat eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse gesehen werden, für welche die Parteien im Vertrag keine ausdrückliche Anpassungsregel vorgesehen haben. Doch ist weder eine damit einhergehende Wertverminderung der klägerischen Leistung, geschweige denn eine gravierende Äquivalenzstörung, noch die fehlende (objektive) Voraussehbarkeit einer Veränderung in der Konzernzugehörigkeit, die zumindest mittelfristig kaum je ausgeschlossen werden kann, konkret dargetan worden. Kommt hinzu, dass die Beklagte auch nach dem Ausscheiden aus dem Konglomerat noch eine Kommissionszahlung für das Jahr 2009 leistete, da auch sie zu diesem Zeitpunkt noch davon ausging, es bestehe eine entsprechende Verpflichtung (siehe dazu oben Erw. 2.1.3.6.b). Eine (lückenfüllende) Vertragsanpassung im Sinne der *clausula rebus sic stantibus* kommt daher hier nicht in Frage (siehe zur Rechtsfigur HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 320 ff.).

E. 2.3

Vertragsauflösung/Kündigung

E. 2.3.1

Parteivorbringen Die Beklagte führt in der Klageantwort aus, dass – selbst wenn ein Rechtsverhältnis bestanden hätte – dieses im Jahre 2010 durch die Beklagte gekündigt worden sei. Dies sei einerseits konkludent geschehen, indem die Beklagte sich geweigert habe, weitere Zahlungen vorzunehmen, und andererseits auch ausdrücklich per 13. Dezember 2010, als die Beklagte der Klägerin mitgeteilt habe, mangels eines Vertragsverhältnisses würden keine weiteren Zahlungen erfolgen. Die Beklagte habe damit eine an Deutlichkeit kaum zu überbietende Willenserklärung abgegeben, dass sie keine Rechtsgrundlage für eine Zahlungspflicht gelten lassen wolle. Mit dieser Willenserklärung sei ein allfällig bestehendes Rechtsverhältnis mit sofortiger Wirkung gekündigt worden (act. 12 Rz. 23). Die Klägerin bestreitet in der Replik, dass die Beklagte im Jahre 2010 konkludent oder ausdrücklich den bestehenden Vertrag gekündigt habe. Weder aus der bloßen Zahlungseinstellung noch aus der angeführten E-Mail-Nachricht gehe ein Wille zur Kündigung klar und unmissverständlich hervor (act. 19 Rz. 47). Sie weist im Weiteren darauf hin, dass ihr die Beklagte zwei Tage nach der Vergleichsverhandlung vom 22. Juli 2015 eine "Kündigung aus wichtigem Grund" zugestellt habe, die damit begründet worden sei, dass die Beklagte im Jahr 2009 aus dem

- 42 - A._____Finanzkonglomerat ausgeschieden und die Zugehörigkeit zu diesem Finanzkonglomerat "eine wesentliche Grundlage und Voraussetzung" für die Zusammenarbeit gewesen sei. Diese Kündigung sei indessen nicht wirksam, da das Ausscheiden der Beklagten aus dem Finanzkonglomerat deren Bindung an die vertragliche Beziehung unter keinem Gesichtspunkt unzumutbar gemacht habe. Auch sei die Kündigung nicht unmittelbar nach dem Ausscheiden erfolgt, sondern mehr als sechs Jahre später, weshalb das Recht auf ausserordentliche Kündigung verwirkt sei. Schliesslich komme auch keine Konversion in eine ordentliche Kündigung in Frage, da die Beklagte im Kündigungsschreiben keine subsidiäre ordentliche Kündigung ausgesprochen habe (act. 19 Rz. 14 ff.). Darauf entgegnet die Beklagte in der Duplik, sie habe davon ausgehen können, dass ein allenfalls bestehendes Vertragsverhältnis konkludent gekündigt worden sei. Ihre wiederholten Aufforderungen an die Klägerin, den Vertrag vorzulegen, verbunden mit der konsequenten Weigerung, eine angebliche vertragliche Zahlungspflicht zu erfüllen und ferner verbunden mit der Unfähigkeit der Klägerin, überhaupt den Vertragsinhalt schlüssig darzutun, müsse als eine rechtsgültige konkludente Kündigung eines allfälligen Vertragsverhältnisses verstanden werden. Dies gelte umso mehr, als selbst die Klägerin während über drei Jahren nichts unternommen habe, um die angebliche Forderung rechtlich geltend zu machen. Es sei auch nachvollziehbar, dass die Beklagte ein angebliches Rechtsverhältnis nicht formell schriftlich kündige, wenn die Klägerin trotz wiederholtem Nachfragen während drei Jahren nicht einmal in der Lage sei, die angeblichen gegenseitigen Rechte und Pflichten darzulegen. Der sowohl in den E-Mails als auch durch die Handlungen der Beklagten bekundete Kündigungswille sei eindeutig gewesen. Zudem hätten die Parteien in den Jahren 2011 und 2012 Gespräche über die Höhe der Gebühren für die von der Beklagten als kontoführende Bank erbrachten Dienstleistungen geführt. Nachdem diese Gespräche anfangs 2013 gescheitert seien, habe die Klägerin sämtliche Kontobeziehungen bei der Beklagten gekündigt und der Beklagten Instruktionen erteilt, die Vermögenswerte per 1. Juni 2013 an die R._____ zu überweisen, was auch geschehen sei. Die Zusammenarbeit der Parteien hätte umfassend mit diesen Kündigungen geendet.

Sämtliche Dokumente, auf welche sich die Klägerin vorliegend berufe, würden zwingend das Bestehen von Kontobeziehungen zwischen den Parteien voraus-

- 43 - setzen. Im Anschluss habe die Klägerin der Beklagten am 22. Juli 2013 eine Abschlussrechnung für angebliche Provisionen bis zur Kündigung gestellt und diese Provisionen "Portefeuilleprovisionen" genannt (vgl. act. 3/18), wodurch sie zeige, dass selbst nach ihrem Verständnis Provisionen nur solange geschuldet sein könnten, als Anlagen, die einen Provisionsanspruch begründeten, tatsächlich auf Depots bei der Beklagten lägen. Da auf den Vertrag die Anwendung auftrags- rechtlicher Bestimmungen sachgerecht erscheine, sei das Rechtsverhältnis ge- stützt auf Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit kündbar gewesen, selbst wenn kein wichti- ger Grund vorgelegen sei (act. 30 Rz. 78 ff. und Rz. 118 ff.). Die Klägerin bringt – als unmittelbare Reaktion auf die neuen beklagtischen Be- hauptungen und damit in zulässiger Weise (vgl. act. 38 Rz. 12) – in ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 17. Februar 2016 neu vor, die Kündigungen vom 22. Mai 2013 betreffen nur einige Kontobeziehungen und hätten mit dem in die- sem Verfahren streitigen Vertragsverhältnis nichts zu tun.

E. 2.3.2

Rechtliches Zunächst ist das vorliegende Vertragsverhältnis insoweit rechtlich zu qualifizieren, als daraus die Regelung abzuleiten ist, die für dessen Auflösung zu gelten hat. Zum einen wird nicht behauptet, die Parteien hätten im Rahmen der Vereinbarung selbst eine Abrede in Bezug auf deren Kündigung getroffen (vgl. auch act. 30 Rz. 126). Im Folgenden ist daher vom Nichtvorhandensein einer solchen Abrede auszugehen. Zum anderen ist – das (verworfen) beklagtische Argument der Bin- dung an das bestehende Konzernverhältnis vorbehalten – ebenso unstrittig, dass die Vereinbarung in zeitlicher Hinsicht nicht befristet wurde und auf Dauer ange- legt war, womit grundsätzlich von einem Dauerschuldverhältnis auszugehen ist (vgl. im Übrigen auch act. 19 Rz. 19 sowie act. 30 Rz. 118 und Rz. 126). Die vorliegende Vereinbarung sieht im Wesentlichen vor, dass die Klägerin über ihre Agenten oder Broker an ihre Kunden fondsgebundene Lebensversicherungen verkauft, die auf Fondsprodukten der Beklagten basieren. Dafür soll die Klägerin 96 Prozent der belasteten Ausgabekommission von 5 Prozent des einbezahlten Kapitals erhalten. Dazu hat die Beklagte jeweils am Jahresende an die Klägerin auf das gesamte, im Vertrag als "I. _____" bezeichnete Portefeuille 0.5 Prozent,

- 44 - und auf das im Vertrag als "einzel Fonds" bezeichnete Portefeuille 0.25 Prozent des Durchschnittstotals des Fonds-Portefeuille-Wertes zu leisten (siehe dazu oben Erw. 2.1.3.7.; act. 1 Rz. 14 ff.; act. 12 Rz. 8 und 12). Die Kooperation zwischen der Klägerin und der Beklagten sieht demnach Ent- schädigungen der Ersteren in Form von Retrozessionen (jedenfalls im weiteren Sinne) sowie von Bestandespflegekommissionen dafür vor, dass der Letzteren bzw. den von ihr verkauften Fondsprodukten Vermögenswerte zugeführt werden. Ein solcher Zusammenarbeitsvertrag ist weder im besonderen Teil des Obligatio- nenrechts noch in einem Spezialgesetz geregelt, womit es sich um einen Innomi- natkontrakt handelt. Er ähnelt in seinem Regelungsbereich den Übereinkommen, die häufig zwischen Banken und externen Vermögensverwaltern geschlossen werden, um die Zuführung von (Neu)Kunden bzw. Vermögenswerten zu entschä- digen (vgl. dazu SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Diss. jur. Bern, Bern 2009, S. 55 ff. und 197). Zwar unterscheidet sich die hier fragliche Rechtsbeziehung insofern von der Situation eines (externen) Vermögensverwal- ters, als die Klägerin die Fondsanteile in eigenem Namen erworben hat (vgl. act. 1 Rz. 14). Es könnte insofern auf ein besonders vereinbartes

Rabattsystem gegen- über einem Grossanleger geschlossen werden. Die anzulegenden Geldmittel wa- ren jedoch offenbar direkt vom Kunden auf ein Konto der Beklagten einzubezah- len (vgl. act. 3/11 lit. e) und die ausgerichteteten (einmaligen) Retrozessionen (in Höhe von 4.8 Prozent der fünfprozentigen Ausgabekommission) erfolgten aus diesen Geldern (vgl. act. 3/11 lit. c). Zudem trägt bei fondsgebundenen Lebens- versicherungen grundsätzlich der Kunde und nicht der Lebensversicherer weitge- hend und unter Vorbehalt der konkreten versicherungsvertraglichen Abrede das Risiko der Wertentwicklung der fraglichen Fondsanteile, die vom Versicherer be- stellt werden (vgl. Art. 81 AVO). Vor diesem Hintergrund kann gesagt werden, der Erwerb der Anteile erfolgte wenn auch im Namen der und durch die Klägerin, so doch letztendlich auf Rechnung des Kunden. Demzufolge befindet sich die blosse (Rahmen)Vereinbarung betreffend Zuführung von Vermögenswerten gegen die Ausrichtung von Retrozessionen und Bestan- despflegekommisionen durchaus in der Nähe ebensolcher Abreden zwischen (externem) Vermögensverwalter und Bank. Diese sind als gemischte Verträge

- 45 - und Verträge sui generis zu qualifizieren, die massgeblich auftragsrechtlichen Regeln folgen (Urteil des Bundesgerichts 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E. 3.2. m.w.H. sowie SCHMID, a.a.O., S. 200 f.). Auch vorliegend ist nicht davon auszugehen, dass die Klägerin und die Beklagte einen gemeinsamen Zweck im Sinne eines Gesellschaftsvertrages verfolgen. Ebenso wenig liegt ein eigentlicher Vertriebsvertrag vor. Die Klägerin bezweckt nicht in erster Linie die Zuführung von neuen Vermögenswerten an die Beklagte, sondern die Deckung der den eigenen Kunden eingeräumten Versicherungsan- sprüche, weshalb hier die Zuführung als blosse "Reflexwirkung" bezeichnet wer- den kann (siehe für den (externen) Vermögensverwalter HSU, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Basel 2006, S. 16 m.w.H.). Im Weiteren liegen auch keine typischen Elemente des Alleinvertriebsvertrag vor, bei dem der Händ- ler auf eigene Rechnung handelt, sich zum Bezug im Vertragsgebiet nur von der Lieferantin verpflichtet, und diese zusagt, in diesem Gebiet alleine an ihn zu lie- fern (HUGUENIN, Rz. 3836 ff.). Zudem ist die Situation weder mit derjenigen des Agenturvertrages zu vergleichen, da die Klägerin nicht im Namen und auf Rech- nung der Beklagten handelt, noch mit derjenigen eines Mäklervertrags, wird doch keine Gelegenheit zum Vertragsabschluss nachgewiesen oder ein solcher vermit- telt. Schliesslich sind hier Elemente des Kontokorrentvertrages oder der Hinterle- gung nicht massgeblich. Das Unterhalten von allfälligen Konto- und Depotbezie- hungen selbst bzw. deren genaue Struktur ist nämlich – wie bereits ausgeführt (vgl. auch oben Erw. 2.2.2.) – nicht von der hier konkret in Frage stehenden Ab- rede geregelt (auch wenn vereinzelt darauf Bezug genommen wird), sondern es ist davon auszugehen, dass solches auf gesonderter vertraglicher Grundlage be- ruht bzw. beruht hat. Mithin ist auch der vorliegende Zusammenarbeitsvertrag be- treffend Leistung von Retrozessionen und Bestandespflegekommisionen als In- nominatkontrakt sui generis (allenfalls im Hinblick auf zusätzliche Pflichten wie die Bestätigung der Kontoeröffnung für den Kunden oder das monatliche Zustellen einer Provisionsliste zusätzlich als gemischter Vertrag) einzustufen, auf den im Wesentlichen zumindest indirekt die auftragsrechtlichen Regeln anwendbar sind (siehe für das Verhältnis zum (externen) Vermögensverwalter HSU, Retrozessio- nen, Provisionen und Finder's Fees, Basel 2006, S. 16 m.w.H.).

- 46 - Insbesondere gilt dies für das jederzeitige Kündigungsrecht nach Art. 404 OR. Letzteres erscheint nicht zuletzt aufgrund des der spezifischen Zusammenarbeit zwischen Klägerin und Beklagter innewohnenden Vertrauensverhältnisses (vgl. nur die im Rahmen

Vereinbarung auszutauschenden Kundeninformationen), durchaus als sachgerecht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E. 5. sowie SCHMID, a.a.O., S. 212). Besondere Sachverhaltelemente, die der Annahme eines jederzeitigen Auflösungsrechts der Entschädigungsvereinbarung konkret entgegen stünden, werden von den Parteien zudem nicht vorgebracht. Im Gegenteil blieb von der Klägerin unwidersprochen, dass es ihr vollkommen freistand, die Fondsanteile zu veräussern und Anteile von Fonds anderer Anbieter zu kaufen (act. 30 Rz. 108). Insofern kommt dem jederzeitigen Kündigungsrecht nicht nur bei reinen Auftragsverhältnissen, sondern auch im Bereich von gemischten Verträgen sogar zwingender Charakter zu (Urteil des Bundesgerichts 4A_437/2008 vom 10. Februar 2009, E. 1.4. unter Hinweis auf BGE 115 II 464 E. 2a), was hier mangels entgegenstehender Parteivereinbarung freilich keine Rolle spielt. Die Kündigung ist ein Gestaltungsrecht, das durch einseitiges Rechtsgeschäft ausgeübt wird. Im Zeitpunkt des Empfangs der Erklärung muss der Empfänger nach dem Vertrauensprinzip erkennen können, dass der Erklärende den Vertrag mittels der Erklärung (ex nunc) aufheben will (Urteil des Bundesgerichts 4A_556/2012 vom 9. April 2013, E. 4.2.). Vom Vorliegen einer konkludent ausgesprochenen Kündigung ist nur mit grosser Zurückhaltung auszugehen, da die Kündigung grundsätzlich klar und unmissverständlich den Willen zur Vertragsbeendigung zum Ausdruck bringen muss. Bei einer Kündigung dürfen keine Zweifel mit Bezug auf die Umgestaltung der Rechtslage bestehen (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LA150006 vom 27. Oktober 2015, E. D.3.2.). Dass eine genügende Kündigungserklärung seitens der Beklagten erfolgt ist, hat diese zu behaupten und zu beweisen.

E. 2.3.3

Würdigung Der beklagtischen Sichtweise, sie habe das Vertragsverhältnis bereits im Jahre 2010 konkludent gekündigt, indem sie sich geweigert habe, weitere Zahlungen vorzunehmen, und indem sie insbesondere mit E-Mail vom 13. Dezember 2010

- 47 - erklärt habe, es mangle überhaupt an einem Vertragsverhältnis (vgl. act. 3/15), kann nicht gefolgt werden. Die allgemeine Weigerung, Zahlungen zu leisten und eine vertragliche Grundlage anzuerkennen, da eine Vertragsurkunde nicht vorgelegt werden können, stellt offenkundig keine Kündigung einer allfällig bestehenden Vereinbarung dar. Daran würde auch nichts ändern, wenn die Klägerin – wie es die Beklagte auch vorbringt – es tatsächlich unterlassen hätte, den Vertragsinhalt der Beklagten gegenüber schlüssig darzutun. Ebenso wenig kann die Beklagte daraus etwas für sich ableiten, dass die Klägerin über drei Jahre mit der rechtlichen Geltendmachung ihrer Forderungen zugewartet hat. Insbesondere ist daraus nicht zu schliessen, die Klägerin habe das beklagtische Verhalten im Jahre 2010 als Kündigung verstanden. Ebenso macht es das Verhalten der Klägerin nicht rechtsmissbräuchlich (vgl. act. 30 Rz. 109). Diese darf auch auf einem von der Beklagten bestrittenen Vertragsverhältnis beharren und kann – soweit von ihr noch vertragsgemässe Leistungen, nämlich das Aufrechterhalten der zugeführten Investitionen in von der Beklagten erworbene Fonds, erbracht werden –, auch entsprechende Forderungen erheben. Darüber hinaus kann die Beklagte nicht aufzeigen, inwiefern sie im Rahmen der behaupteten und von der Klägerin durch eigene neue Sachdarstellung (act. 38 Rz. 20) in Frage gestellte Kündigung von sämtlichen Kontobeziehungen am 22. Mai 2013, welche Folge einer fehlenden Einigung über die einschlägige Gebührenhöhe gewesen sei, auch die Entschädigungsvereinbarung gekündigt habe. Zum einen ist durch die diesbezüglich einzig offerierten und eingereichten Be-

weisurkunden (drei Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 22. Mai 2013, act. 32/10), aus denen zwar die Beendigungen verschiedener Kontobeziehungen ("Termination of relationship") hervorgehen, nicht ausgewiesen, dass sämtliche, hier relevante Kontobeziehungen bei der Beklagten betroffen waren. Zum anderen – und dies ist hier entscheidend – nehmen die Kündigungen gerade nicht Bezug auf bzw. erfassen nicht die im Streit stehende Entschädigungsvereinbarung, die – soweit behauptet – auch offenbar nicht Teil der anfangs 2013 geführten und gescheiterten Verhandlungen war. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Leistungspflicht in Bezug auf die Bestandespflegekommissionen – wie bereits ausgeführt (siehe oben Erw. 2.2.2.) – nicht vom Führen einer bestimmten Konto- oder Depotstruktur abhängt (vgl. dagegen act. 30 Rz. 93). Zwar sieht die Ent-

- 48 - schädigungsvereinbarung eine Überweisung von Vermögenswerten durch den Versicherungskunden auf Konten der Beklagten vor (act. 3/11 lit. e und lit. c), doch wurde der auf Zuführung von neuen Vermögenswerten gerichtete Teil der Vereinbarung schon seit dem Jahre 2009 offenbar nicht mehr angewandt (act. 12 Rz. 13, act. 19 Rz. 39, act. 30 Rz. 99 f.). Die Bestandespflegekommissionen fallen dagegen auf die bereits getätigten und gehaltenen Investments der Klägerin an. Ein allfälliger Wegfall von Konto- oder Depotverbindungen im Jahre 2013 steht dem nicht im Wege und bildet für sich genommen auch keine Kündigung der entsprechenden Vereinbarung. Schliesslich ist solches auch nicht aus der Rechnung der Klägerin vom 22. Juli 2013 (act. 3/18) abzuleiten, welche mit nichts auf die Beendigungen der Kontobeziehungen durch die Klägerin Bezug nimmt und die daher – allein aus ihrer zeitlichen Nähe – auch nicht als "Abschlussrechnung" qualifiziert werden kann, auch wenn sie einen allenfalls noch nicht fällig gewordenen Betrag fordert (dagegen act. 30 Rz. 95 f.). Es gelingt der Beklagten somit nicht, eine umfassende Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien per 22. Mai 2013 zu beweisen. Schliesslich erklärte die Beklagte unstreitig mit Schreiben vom 24. Juli 2015, dessen Empfang die Klägerin mit E-Mail vom 27. Juli 2015 bestätigte, die Kündigung der im Streit liegenden Vereinbarung mit sofortiger Wirkung für den Fall, dass das Gericht zur Ansicht gelangen sollte, es bestünde über den April 2009 ein Vertrag zwischen den Parteien. Sie begründete dies damit, dass die Beklagte im Jahr 2009 aus dem A.____-Finanzkonglomerat ausgeschieden und die Zugehörigkeit zu diesem Finanzkonglomerat "eine wesentliche Grundlage und Voraussetzung" für die Zusammenarbeit gewesen sei (act. 19 Rz. 14 f.; act. 30 Rz. 131 und 138). Wie dargelegt, kann die Vereinbarung in analoger Anwendung von Art. 404 OR ohne wichtigen Grund gekündigt werden. Deshalb kommt es auf eine derartige Qualifikation der durch die Beklagte in ihrem Kündigungsschreiben angeführten Begründung (act. 20/26) nicht weiter an und die fragliche Vereinbarung gilt ohne Weiteres als per 27. Juli 2015, dem Zeitpunkt des Empfangs durch die Klägerin (vgl. act. 20/27), aufgelöst.

- 49 - 3. Zwischenfazit Die Parteien haben im Jahre 1994 einen Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen, wonach die Klägerin im Rahmen einer ihren Kunden angebotenen fondsgebundenen Lebensversicherung Anlagefonds von der Beklagten ("B1.'____-Produkte") erwirbt und dafür verschiedene Entschädigungen von der Beklagten erhält. Darunter und hier streitig ist eine jährliche Entschädigung (Bestandespflegekommission) in Höhe von 0.5 Prozent der in ihrem Portefeuille "I.____" durchschnittlich gehaltenen Anlagefonds. Es ist nicht erstellt, dass dieser Vertrag seit her – zumindest in Bezug auf die hier massgebliche Zahlungspflicht – geändert oder angepasst worden wäre. Eine Kündigung

erfolgte erst mit Erklärung der Beklagten vom 24. Juli 2015. Demnach besteht die Pflicht der Beklagten, die Klägerin in besagter Höhe für die in die massgebenden Fonds investierten Vermögenswerte zu entschädigen. Dieser grundsätzlichen Pflicht kann sich die Beklagte auch nicht durch das Vorbringen entziehen, sie zahle Entschädigungen nur gestützt auf schriftliche Verträge, die klar und eindeutig eine Pflicht des Vertragspartners statuierten, diese Entschädigungen den Kunden gegenüber offenzulegen und auf deren Verlangen hin abzuliefern (act. 30 Rz. 150). Die Beklagte hat sich den Abschluss des vorliegenden Vertrages in seiner Form und mit seinem konkreten Pflichtenumfang selber zuzuschreiben. Überdies kann eine pauschale und einzig auf ihrem Verhältnis zur Klägerin gestützte Berufung auf eine grundsätzliche Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit der Entschädigungen ohnehin nicht gehört werden. Zum einen ist völlig offen und von den Parteien auch nicht thematisiert worden, wie die Klägerin sich bezüglich der Entschädigungen gegenüber ihren Kunden verhält. Zum anderen hat die Beklagte die Entschädigungen selber auf der vorliegenden Vertragsgrundlage über Jahre hinweg anstandslos geleistet.

E. 4

Quantitativ

E. 4.1

Bestandespflegekommissionen

E. 4.1.1

Parteivorbringen Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage ausstehende Bestandespflegekommissionen für die Jahre 2010 bis und mit 2015. Sie führt in ihrer Klageschrift, Replik sowie

- 50 - Klageerweiterung vom 11. Januar 2016 im Einzelnen an, in welcher Höhe durch sie in jedem Monat zwischen Januar 2010 und Dezember 2015 finanzielle Mittel in beklagtische Anlagefonds investiert gewesen seien (act. 1 Rz. 18; act. 19 Rz. 4; act. 26 Rz. 5). Die Beklagte stellt in ihrer Klageantwort die von der Klägerin behaupteten Investitionen nicht in Frage, sondern weist einzig darauf hin, die Klägerin lasse bei deren Aufzählung unerwähnt, dass sie seit 2009 keine weiteren Investitionen mehr getätigt habe (act. 19 Rz. 13). Mit der Duplik bringt die Beklagte jedoch vor, aufgrund inzwischen gewonnener Erkenntnisse hinterfrage sie nun die korrekte Berechnung der Kommissionen. Der Inhalt der von der Klägerin aufgeführten Tabellen werde bestritten. Weder bezögen sich die Zahlen auf einen angeblichen Anlagefonds "I.____", den es nicht gebe, noch entsprächen diese Tabellen in irgendeiner Weise dem Inhalt des Bestätigungsschreibens vom 8. März 1994. Im Übrigen habe es sich bei den Anlagen, die sich auf den im Jahre 2008 eröffneten Konten befunden hätten, vorwiegend um Dachfonds gehandelt. Diese seien in einigen Fällen von der Beklagten herausgegeben worden, in der Mehrheit der Fälle habe es sich jedoch um einen Dachfonds einer anderen Fonds-Anbieterin, der Bank S.____ gehandelt, an welcher die Beklagte nur eine Minderheitsbeteiligung halte (act. 30 Rz. 9 ff., 35 f., 132 und 164). Die Klägerin macht – als unmittelbare Reaktion auf die neuen beklagtischen Bestreitungen und damit in zulässiger Weise (vgl. act. 38 Rz. 12) – in ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 17. Februar 2016 neu geltend, sie habe sämtliche (bestrittenen) Zahlen auf der Basis ihrer Berechnungen nochmals eingehend überprüft und diese liessen sich wie folgt zusammenfassen (act. 38 Rz. 13):

- 51 - Die Fonds der Beklagten, in welche die Klägerin investiert habe, seien die folgenden: in CHF-Währung die Fonds A1.____-T.____ (nun B1.____-T.____ genannt), A1.____-U.____ (nun B1.____-U.____ genannt) sowie A1.____-V.____ (nun B1.____-V.____ genannt); in EUR-Währung die Fonds A1.____-W.____, A1.____-AA.____ sowie W.____; und schliesslich in USD-Währung die Fonds A1.____-AC.____ sowie A1.____-AD.____. Zusätzlich verweist die Klägerin auf 72 Auszüge des entsprechenden Portfolios, in denen für jeden Monat die durchschnittliche Höhe der von der Klägerin in jeden einzelnen der genannten Fonds investierten Vermögenswerte angegeben seien (act. 38 Rz. 14). Die Bezeichnung "Q.____", welche in den – von der Beklagten auch bis 2009 beglichenen – Zahlungsaufforderungen vermerkt worden sei, beziehe sich auf das Versicherungsprodukt der Klägerin, an welches die Anlagefonds der Beklagten gebunden seien, und nicht auf die Anlagefonds selber, was der Beklagten auch bewusst sei. Die Beklagte habe unabhängig von der verwendeten Terminologie seit Beginn der vertraglichen Beziehung und bis Ende 2009 immer eine Kommission von 0.5 Prozent auf dem jährlichen Durchschnittsbestand der erwähnten beklagten Fonds bezahlt, was auch der im 1994 getroffenen und im Nachhinein gelebten Abmachung der Parteien entspreche (act. 38 Rz. 15 f.).

- 52 -

E. 4.1.2

Würdigung Auf die beklagte Bestreitung in der Duplik hin legt die Klägerin genügend dar, wie sich die von ihr geforderten Bestandespflegekommissionen zusammensetzen, indem sie für jeden Monat des fraglichen Zeitraumes von Januar 2010 bis Dezember 2015 aufführt, Gelder in welcher Höhe in welchem der der Beklagten zuzuordnenden Fonds angelegt gewesen seien. Aus den für jeden dieser Monate gebildeten Summen der investierten Gelder errechnet sie den jeweiligen jährlichen Durchschnitt, von welchem sie dann 0.5 Prozent als Bestandespflegekommission bestimmt. Diese Darstellung ist nachvollziehbar und entspricht dem Inhalt der oben durch Auslegung ermittelten Entschädigungsvereinbarung. Die in der Duplik vorgebrachten Bestreitungen der Beklagten, die allerdings auch noch auf den pauschalen Behauptungen der Klägerin beruhen, erweisen sich im Hinblick auf die seitherigen klägerischen Vorbringen als nicht genügend substantiiert. Insbesondere ergibt sich daraus nicht konkret, welche der fraglichen Anlagefonds nicht von der Beklagten herausgegeben worden sein sollen. Auch ist nicht ersichtlich, warum es sich bei den Anlagen, die von einer Bank herausgegeben worden seien, an der die Beklagte lediglich eine Minderheitsbeteiligung halte, nicht um "B1.'____-Produkte" im Sinne des Zusammenarbeitsvertrages handeln sollte, falls sie – wie von der Klägerin ebenso angeführt – von der Beklagten im Rahmen der vorliegenden Zusammenarbeit an die Klägerin verkauft worden sind. Schliesslich blieb unbestritten und ist auch ohne Weiteres einleuchtend, dass es sich bei der Bezeichnung "Q.____" um das klägerische Versicherungsprodukt handelt. Die klägerische Darstellung führt zur grundsätzlichen Gutheissung der Klage. Dabei ist im Weiteren zu beachten, dass die Beklagte den Vertrag mit Wirkung per 27. Juli 2015 aufgelöst hat, weshalb ein Anspruch auf Bestandespflegekommissionen nur bis zu diesem Zeitpunkt besteht. Dabei ist – soweit sich dies nicht bereits direkt aus der im Bestätigungsschreiben vom 8. März 1994 lit. f vorgesehenen Berechnungsweise ergibt, in richterlicher Lückenfüllung – davon auszugehen, dass sich die Bestandespflegekommission für das Jahr 2015 wie folgt bestimmt: Der für die

massgebliche Bestandespflegekommission heranzuziehende Durchschnittswert für das Jahr 2015 ist aus den in den Monaten Januar bis und

- 53 - mit Juli investierten Beträgen zu bilden. Von diesem Wert sind 0.5 Prozent zu bestimmen, was eine auf das ganze Jahr hochgerechnete Kommission bedeuten würde. Da die Vereinbarung allerdings im Jahr 2015 lediglich sieben Monate Bestand hatte, ist der Betrag auf 7/12 zu kürzen. Es ergibt sich daraus ein Anspruch pro rata temporis für das Jahr 2015 von CHF 17'644.20 (CHF 6'171'932 + CHF 5'658'726 + CHF 6'111'683 + CHF 6'150'687 + CHF 6'145'646 + CHF 6'169'489 + CHF 5'937'903 geteilt durch 7 = CHF 6'049'438, multipliziert mit 0.005 = CHF 30'247.20, multipliziert mit 7/12). Die Fälligkeit der Bestandespflegekommissionen ergibt sich unmittelbar aus der Zusammenarbeitsvereinbarung bzw. dem Memorandum vom 8. März 1994 lit. f, wonach die Zahlungen jeweils am Jahresende zu leisten sind (act. 1 Rz. 39 f., act. 19 Rz. 2 und Rz. 40; vgl. act. 3/11 S. 2). Was die Beklagte dagegen vorbringt (act. 12 Rz. 26, act. 30 Rz. 134), verfängt nicht. Auch in Bezug auf die (anteilige) Bestandespflegekommission für das Jahr 2015 ist – wie von der Klägerin behauptet (act. 26 Rz. 3) – von einer Fälligkeit per Ende des Jahres 2015 auszugehen. Aus den klägerischen Vorbringen ihrer unaufgeforderten Stellungnahme (act. 38 Rz. 13) ergeben sich somit die folgenden Forderungsbeträge, wobei der Klägerin für jedes Jahr nur maximal der Betrag zuzusprechen ist, den sie mit dem Rechtsbegehren ihrer letzten Klageerweiterung (act. 26 S. 1) verlangt. Jahr Geforderter Betrag Substantiiertes Betrag Zuzusprechender Betrag (act. 26 S. 1) (act. 38 Rz. 13) 2010 CHF 27'823.00 CHF 27'823.00 CHF 27'823.00 2011 CHF 25'511.00 CHF 25'543.00 CHF 25'511.00 2012 CHF 24'935.00 CHF 24'932.00 CHF 24'932.00 2013 CHF 27'775.00 CHF 27'763.00 CHF 27'763.00 2014 CHF 29'771.00 CHF 29'770.00 CHF 29'770.00 2015 CHF 29'871.00 CHF 29'866.00 CHF 17'644.20 Total CHF 153'443.20

E. 4.2

Verzugszinsen Auf Grundlage der im Zusammenarbeitsvertrag aus dem Jahre 1994 getroffenen Abrede, wonach die Zahlungen der Bestandespflegekommissionen jeweils am Jahresende zu leisten sind (siehe oben Erw. 4.1.2. i.f.), erweisen sich die von der

- 54 - Klägerin im Rechtsbegehren 1 auf die einzelnen, jährlichen Bestandespflegekommissionen erhobenen Verzugszinse von 5 % seit dem jeweiligen Jahresende (Verfalltag) als ausgewiesen (Art. 102 Abs. 2 sowie Art. 104 Abs. 1 OR). Auch hier vermögen die Vorbringen der Beklagten (act. 12 Rz. 26, act. 30 Rz. 134) nichts zu ändern. In Bezug auf das Jahr 2015 ist der Verzugszins selbstredend lediglich auf dem zuzusprechenden Teilbetrag geschuldet.

E. 5

Aufhebung des Rechtsvorschlages Die Klägerin verlangt im Weiteren die Aufhebung des am 17. Dezember 2013 von der Beklagten erhobenen Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 13. Dezember 2013; act. 1 Rz. 45 f.). Hierbei ist zu beachten, dass die genannte Betreuung lediglich über die Beträge von CHF 91'801.– sowie CHF 11'760.– angehoben wurde (act. 1 Rz. 45, vgl. auch act. 3/24). Angesichts der Klagegutheissung, welche die in Betreuung gesetzten Beträge umfasst, ist der Rechtsvorschlag in vollem Umfang aufzuheben. Zudem ist die Beklagte antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin die Betreuungskosten von CHF 203.– zu bezahlen.

E. 6

Ergebnis Nach dem Ausgeführten ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die gemäss Klage bzw. Klageerweiterung vom 11. Januar 2016 geforderten Bestandspflegekommissionen für die Jahre 2010 bis und mit 2015 (anteilig bis 27. Juli 2015), gesamthaft in der Höhe von CHF 153'443.20, zu bezahlen; dies unter Zuzug der ab Ende des jeweiligen Jahres zu laufen beginnenden Verzugszinsen. Der in der Be- treibung Nr. 1 erhobene Rechtsvorschlag ist zu beseitigen und der Klägerin sind die Betreuungskosten durch die Beklagte zu ersetzen.

E. 7

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 7.1

Streitwert Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren der (letztmals am 11. Januar 2016) erweiterten Klage bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beträgt vorliegend gesamt- haft CHF 165'686.– (Addition der Beträge gemäss Rechtsbegehren 1 lit. a-f; act. 26 S. 1 f.).

- 55 -

E. 7.2

Prozesskosten

E. 7.2.1

Verteilung Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt vorliegend zu rund 9/10, nach welchem Verhältnis auch die Prozesskos- ten zu verteilen sind.

E. 7.2.2

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Ge- richts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 GebV OG). Die Grundgebühr ist vorliegend in Erhöhung um ein Drittel auf CHF 15'200.– festzusetzen. Die Erhöhung ist aufgrund verschiedener Umstände gerechtfertigt: Einerseits fand am 22. Juli 2015 eine über vierstündige Vergleichsverhandlung statt, an welcher das Gericht (in der üblichen, erweiterten Besetzung von Ober- richterin, Handelsrichterin, Gerichtsschreiberin) den erarbeiteten (dannzumaligen) Prozessstoff umfassend darlegte (siehe Prot. S. 6 f.). Darüber hinaus waren für den vorliegenden Entscheid verschiedene komplexe Fragen (z.B. Auslegung und Beurteilung eines Innominatkontraktes sui generis unter Würdigung zahlreicher eingereichter Urkunden; Auswirkungen der zeitweiligen gemeinsamen Einbindung der Parteien in eine Konzernstruktur) zu prüfen und abzuhandeln. Die Gerichts- kosten sind – wie bereits ausgeführt – der Klägerin zu 1/10 (CHF 1'520.–) und der Beklagten zu 9/10 (CHF 13'680.–) aufzuerlegen. Zur Deckung der Gerichtskosten sind die geleisteten Vorschüsse der Klägerin (insgesamt CHF 15'200.–; Prot. S. 2 f., 9 f. und 18 f.; vgl. act. 9, 23 und 44) heranzuziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). In Höhe der Kosten der Beklagten ist der Klägerin ein entsprechendes Rückgriffs- recht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

- 56 -

E. 7.2.3

Parteientschädigung Stellt man die – vorerst abstrakt bestimmten – gegenseitigen Ansprüche auf Parteientschädigungen einander gegenüber (Anspruch der Klägerin von 9/10 sowie Anspruch der Beklagten von 1/10), ist der Klägerin eine Parteientschädigung im Umfang von 8/10 zuzusprechen (ZR 72 Nr. 18; in diesem Sinne auch BSK ZPO- RÜEGG, Art. 106 N 8). Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) bestimmt. Sie setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient, wobei auch der Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung abgedeckt wird; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Klägerin reichte im Rahmen des Schriftenwechsels die Klage- und Replik- schrift (act. 1 und 19) sowie eine kurze Klageerweiterung (act. 26) ein, während die Beklagte eine Klageantwort- sowie Dupliktschrift (act. 12 und 30) zu den Akten gab. Nach Abschluss des ordentlichen Schriftenwechsels erfolgte zudem eine un- aufgeforderte Stellungnahme der Klägerin zur den Dupliktnoten (act. 38), welche wiederum die Beklagte zu einer kurzen Stellungnahme veranlasste (act. 40). Wei- ters nahmen die Parteien an der bereits erwähnten Vergleichsverhandlung teil. Die genannten Faktoren führen in Anwendung von §§ 2, 4 und 8 AnwGebV zu ei- ner um die Hälfte erhöhten Parteientschädigung in der Höhe von CHF 22'049.– (ohne MwSt.). Davon kommt der Klägerin ein Anteil von 8/10, mithin CHF 17'639.–, zu. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzuspre- chen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vol- len Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnli- chen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Urteil des Bundes- gerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Klägerin beantragt, ihr sei die Parteientschädigung unter Zu- zug von Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 26 S. 2). Sie behauptet aber keine für

- 57 - die Zuspreehung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Um- stände. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

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