



---

Geschäfts-Nr. HG100322-O

U/ei

Mitwirkend: Die Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Dr. George Daetwyler,  
die Handelsrichter Thomas Klein, Hans Hutter, Peter Erb sowie die  
Gerichtsschreiberin Katja Diethelm

## Urteil vom 29. Oktober 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren der Klagebegründung:**  
**(act. 1 S. 2):**

- " 1. Es sei die Beklagte unter Strafandrohung zu verpflichten, sämtliche Verkaufsverträge sowie sämtliche Abrechnungsunterlagen über die Mehrkilometer der von der Klägerin betreuten Fahrzeuge mit bis 31.12.2008 beendeten Leasingverträgen einzureichen und Abrechnung zu erstellen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen noch zu beziffernden Betrag zu bezahlen, mindestens aber Fr. 914'845.--, nebst Verzugszins von 5% seit 31.12.2008.
3. Ein Nachklagerecht sei vorzubehalten.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Klageantwort:**  
**(act. 8 S. 2):**

- " 1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

**Rechtsbegehren der Widerklagebegründung:**  
**(act. 8 S. 2):**

- " 1. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 190'438.50 nebst Zins zu 5% seit 16. September 2009 zu bezahlen;
2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei unter Androhung der Überweisung ihrer Organe und ihrer selbst an den Strafrichter zur Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin umfassend Rechenschaft über ihre Tätigkeit als Beauftragte der Beklagten und Widerklägerin abzugeben und insbesondere sämtliche Aufzeichnungen, Bücher und Belege herauszugeben, welche über die von ihr im Zusammenhang mit den für die Beklagte und Widerklägerin erbrachten Dienstleistungen von Dritten erhaltenen Rückvergütungen und/oder Provisionen (Retrozessionen / Kick-Backs) umfassend Aufschluss geben.
3. Es sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin sämtliche von ihr im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als Beauftragte der Beklagten und Widerklägerin vereinnahmten Rückvergütungen und/oder Provisionen (Retrozessionen / Kick-Backs) zu erstatten, und zwar in der Höhe des

nach erfolgter Rechenschaftsablegung der Klägerin und Widerbeklagten festgestellten Herausgabeanspruchs.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I. Einleitung und Sachverhalt**

1. Die Klägerin ist eine in der Automobilbranche tätige Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_. Zweck der Gesellschaft ist die Erbringung von Dienstleistungen aller Art in der Automobilbranche und im Finanzbereich sowie die Entwicklung, der Einsatz und der Vertrieb von Software (act. 4/4; act. 1 S. 3). Die Beklagte ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft, die im Automobilbereich tätig ist. Sie hat ihren Sitz in D.\_\_\_\_\_ und erbringt insbesondere Dienstleistungen im Bereich des Unterhaltsleasings (Full Service Leasing) sowie des Flottenmanagements (act. 4/5; act. 8 S. 3).

2. Die Parteien stehen seit Dezember 2002 in einer Geschäftsbeziehung. In dem von den Parteien abgeschlossenen Vertrag vom 23. Dezember 2002 wurde die Zusammenarbeit der Parteien im Bereich des "Full Service Leasing" geregelt (act. 4/3). Bezüglich der Entlohnung der Klägerin für die Erbringung der Full Service Dienstleistungen wurde vorgesehen, dass diese durch eine Management Fee sowie durch ein sog. Entschädigungskorrektiv abgegolten werden. Zwischen den Parteien ist die Abrechnung der von der Klägerin betreuten Leasingverträge strittig, wobei die Hauptklage insbesondere die Abrechnungen in Bezug auf den Restwert der geleaste Fahrzeuge sowie die Abrechnung hinsichtlich der Mehrkilometer von bei Ende des Zusammenarbeitsvertrages bereits beendeten Leasingverträgen mit geschlossener Kalkulation betrifft. Demgegenüber macht die Beklagte eine Forderung in Bezug auf den Schlussabrechnungssaldo der anlässlich des Endes des Zusammenarbeitsvertrages zwischen der Beklagten und ihren Leasingkunden noch laufenden Verträge geltend und verlangt überdies Rechen-

schaftsablegung der Klägerin über allfällig erhaltene Rückvergütungen sowie deren Herausgabe.

## II. Prozessverlauf

Mit Einreichung von Klageschrift und Weisung machte die Klägerin die Klage am 8. Dezember 2010 (Datum Poststempel) hierorts rechtshängig (act. 1 und 3). Die Beklagte erstattete am 28. März 2011 innert der ihr dreimalig erstreckten Frist (Prot. S. 2) die Klageantwort und erhob zugleich Widerklage (act. 8). Die Klägerin reichte die Hauptklagereplik und Widerklageantwort ebenfalls innert dreimalig erstreckter Frist (Prot. S. 3) am 27. Juni 2011 ein (act. 11), wobei Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ geltend machte, er habe besagte Rechtsschrift kurz vor Mitternacht in Beisein eines Zeugen in einen Briefkasten eingeworfen (act. 13; Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 8. Juli 2011 beantragte die Beklagte, dass die Rechtsschrift vom 27. Juni 2011 aus dem Recht zu weisen und vom Verzicht der Klägerin auf Replik Vormerk zu nehmen sei (act. 16 S. 2). Mit Verfügung vom 11. Juli 2011 wurde der Klägerin eine einmalige Frist bis zum 3. August 2011 angesetzt, um die genaue Adresse des Zeugen E.\_\_\_\_\_ bekanntzugeben (Prot. S. 6). Mit Eingabe vom 23. Juli 2011 kam die Klägerin dieser Aufforderung nach (act. 18). Am 6. September 2011 fand eine Beweisverhandlung statt, anlässlich welcher der Zeuge E.\_\_\_\_\_ zur Rechtzeitigkeit der Postaufgabe der Hauptklagereplik und Widerklageantwort befragt wurde (Prot. S. 7 ff.). Mit Verfügung vom 26. September 2011 verfügte der Instruktionsrichter - dem Resultat der Beweisverhandlung entsprechend -, dass die Hauptklagereplik und Widerklageantwort vom 27. Juni 2011 als rechtzeitig erfolgt entgegengenommen werde (Prot. S. 13). Die Beklagte reichte sodann die Hauptklageduplik und Widerklageduplik am 19. Dezember 2011 ein (act. 23). Mit Eingabe vom 2. April 2012 erstattete die Klägerin innert der ihr angesetzten Frist (Prot. S. 15) die Widerklageduplik sowie ihre Stellungnahme zu neuen Behauptungen der Hauptklageduplik (act. 27), worauf die Beklagte am 16. April 2012 ihrerseits eine Stellungnahme dazu einreichte (act. 29). Das Verfahren erweist sich als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

### III. Formelles

#### 1. Anwendbares Prozessrecht

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die vorliegende Klage war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Demnach ist das frühere kantonale Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend, für die Rechtsmittel hingegen das neue Prozessrecht (Art. 308 ff.).

#### 2. Zuständigkeit

Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, können die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren (Art. 9 GestG). Die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 9 Abs. 2 GestG). Aus Ziffer. 9.4. des von den Parteien geschlossenen Zusammenarbeitsvertrages vom 23. Dezember 2002 geht hervor, dass die Parteien als ausschliesslichen Gerichtsstand C.\_\_\_\_\_ vorsahen (act. 4/3 S. 9). Im vorliegenden Fall besteht kein zwingender Gerichtsstand, die Gerichtsstandsvereinbarung wurde für künftige Streitigkeiten aus dem Zusammenarbeitsvertrag geschlossen und die Formvorschrift von Art. 9 Abs. 2 GestG wurde eingehalten. Die örtliche Zuständigkeit von C.\_\_\_\_\_ wurde damit gültig vereinbart. Das hiesige Gericht ist als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten auch für C.\_\_\_\_\_ örtlich zuständig. Nachdem sowohl die Klägerin als auch die Beklagte im Schweizerischen Handelsregister eingetragen sind und Streitwert sowie Streitgegenstand den Anforderungen von § 62 GVG entsprechen, ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich zu Recht unbestritten geblieben (act. 1 S. 3, act. 8 S. 18).

#### **IV. Materielles**

##### 1. Restwert der Leasingfahrzeuge

1.1. Die Klägerin fordert von der Beklagten den hälftigen Erlös aus dem Restwert der Leasingfahrzeuge, welcher per Ende des zwischen dem jeweiligen Leasingnehmer und der Beklagten abgeschlossenen Leasingvertrages jeweils angefallen war. Sie stützt ihre Forderung auf einen Zusammenarbeitsvertrag zwischen den Parteien vom 23. Dezember 2002, dessen Inhalt unbestritten ist (act. 4/3; nachfolgend "Zusammenarbeitsvertrag").

1.2. Der Zusammenarbeitsvertrag kam gültig zustande und begründete ein synallagmatisches Dauerschuldverhältnis zwischen den Parteien. Der Vertrag ist als Innominatkontrakt zu qualifizieren, der nebst lizenzrechtlichen und werkvertraglichen Elementen bezüglich der Überlassung und Installation eines Kalkulationssystemes insbesondere auch auftragsrechtliche Elemente enthält.

1.3. Nach Ziffer 4.1. des Zusammenarbeitsvertrages war die Klägerin verpflichtet, die für die Leasingverträge erforderlichen Fahrzeuge zu erwerben und nach Ablauf der Verträge auf dem Occasionsmarkt zu verwerten. Für diese und andere durch sie erbrachte Dienstleistungen erhielt die Klägerin eine Management Fee, wobei durch die Vereinbarung eines sogenannten Entschädigungskorrektivs eine zusätzliche Entlohnung vorgesehen war. Zur Berechnung des besagten Entschädigungskorrektivs kam der Klägerin gemäss Ziffer 5.2. des Zusammenarbeitsvertrages die Verpflichtung zu, innerhalb von 30 Tagen nach Verwertung der Fahrzeuge gewisse Ertragspositionen gewissen Aufwandspositionen, unter anderem auch eine allfällige positive respektive negative Differenz zwischen dem kalkulierten Restwert und dem bei der Verwertung effektiv erzielten Preis für das betreffende Fahrzeug, gegenüberzustellen (vgl. Anhang D des Zusammenarbeitsvertrages: act. 4/3 S. 13 f.).

1.4. Zwischen den Parteien ist zunächst strittig, ob eine nachträgliche konkludente Änderung des Zusammenarbeitsvertrages eingetreten ist. Die Beklagte

fürte diesbezüglich aus, dass die Klägerin in Bezug auf den Erwerb und den Verkauf der Leasingfahrzeuge untätig geblieben sei (act. 8 S. 4). In den von der Klägerin während der gesamten Dauer der Zusammenarbeit erstellten Abrechnungen sei eine Position für "Buchwert per Vertragsende", darunter eine Position "Verkaufspreis" und schliesslich eine Position "Differenz" aufgeführt gewesen. Die Werte hätten jeweils null betragen (act. 8 S. 5 f.). Besagter Abrechnungsmodus sei von den Parteien während der gesamten Vertragsdauer so gehandhabt und von keiner Seite beanstandet worden (act. 8 S. 6). Die Klägerin habe insbesondere während der gesamten Vertragsdauer nicht verlangt, dass sie den Erwerb und die Wiederverwertung der Fahrzeuge selber vornehmen wolle und habe auch nie um Informationen betreffend die Wiederverkaufspreise der Leasingfahrzeuge er- sucht. Die Klägerin habe im Gegenteil im Nachgang zu ihren Rechnungen keine weiteren Ansprüche geltend gemacht und auch nie einen Vorbehalt angebracht (act. 8 S. 6). Aus dem über sechs Jahre andauernden und im täglichen Ge- schäftsumgang zwischen den Parteien gelebten Verhalten ergebe sich, dass sie sich einvernehmlich darauf geeinigt hätten, dass die Klägerin die Verpflichtung betreffend den Erwerb und die Wiederverwertung der Fahrzeuge nicht erfüllen müsse. Im Gegenzug entfalle die Partizipation der Klägerin am Erfolg oder Miss- erfolg aus der positiven oder negativen Differenz zwischen dem Restwert der Leasingfahrzeuge und deren effektiv erzielten Verkaufserlösen (act. 8 S. 8).

1.5. Die Klägerin bestreitet nicht, dass sie die Fahrzeugverwertung nicht sel- ber vorgenommen hatte. Sie habe diese nicht selber verrichtet, da es die Beklagte plötzlich überraschend vorgezogen habe, den Ankauf und die Wiederverwertung selber durchzuführen. Aufgrund der vertraglichen Regelung habe die Beklagte in- des durchaus das Recht dazu gehabt (act. 1 S. 9). Die Beklagte habe sich in der Folge geweigert, der Klägerin die Informationen betreffend Restwert der Fahrzeu- ge zukommen zu lassen, weshalb sie auch keine vollständigen Abrechnungen habe erstellen können (act. 1 S. 6, act. 11 S. 3). Eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung sei indes nicht eingetreten, weil die Klägerin ihren Abrechnun- gen jeweils einen Vorbehalt angefügt habe (act. 11 S. 8 und 10). Sie habe die Be- klagte zudem mehrfach mündlich und schriftlich abgemahnt, ihr die entsprechen- den Informationen zukommen zu lassen (act. 1 S. 10 act. 11 S. 10; act. 27 S. 4).

Eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung scheitere sodann am Schriftformvorbehalt, welchen die Parteien in Ziffer 9.2. des Zusammenarbeitsvertrages vereinbart hätten und welcher nicht durch allfällige operative Detailabwicklungen ausgehebelt werden könne (act. 11 S. 10).

1.6. Dem klägerischen Vorbringen, wonach die Beklagte gestützt auf den Zusammenarbeitsvertrag durchaus das Recht dazu gehabt habe, den Erwerb und die Verwertung der Leasingfahrzeuge selber durchzuführen (act. 27 S. 6), kann nicht gefolgt werden. Aus Ziffer 4.1. des Zusammenarbeitsvertrages geht klar hervor, dass der Klägerin - und nur ihr - die Verpflichtung zukam, den Erwerb und die Verwertung der geleasteten Fahrzeuge vorzunehmen. Der Wortlaut der besagten vertraglichen Regelung ist eindeutig und lässt keinen Spielraum für anderweitige Interpretationen zu. Die Darstellung der Klägerin trifft daher nicht zu.

1.7. Die Klägerin stellte sich sodann auf den Standpunkt, dass der Erwerb und die Verwertung von Fahrzeugen alltägliche und unaufwendige Routinetätigkeiten seien (act. 1 S. 9). Damit führte die Klägerin sinngemäss ins Feld, dass es aufgrund besagter alltäglicher Routinetätigkeit letztlich unerheblich gewesen sei, welche Partei den Erwerb und die Verwertung der Fahrzeuge effektiv vorgenommen habe und daher gleichwohl der hälftige Erlös aus dem Restwert der Leasingfahrzeuge geschuldet sei. Aus diesem Vorbringen kann die Klägerin indes nichts zu ihren Gunsten ableiten. Tatsache ist, dass die Klägerin aufgrund des Zusammenarbeitsvertrages verpflichtet war, den Ankauf und die Verwertung der geleasteten Fahrzeuge vorzunehmen und für diese Dienstleistung in Form der Management Fee sowie des nachträglichen Entschädigungskorrektivs auch eine entsprechende Entlohnung vorgesehen war. Angesichts der eindeutigen vertraglichen Regelung erweist es sich als unerheblich, wie aufwendig bzw. unaufwendig sich die der Klägerin vertraglich auferlegte Verpflichtung präsentiert. Die Beklagte weist zudem zurecht darauf hin (vgl. act. 23 S. 17), dass der Erwerb und die Verwertung im Zusammenarbeitsvertrag in einer eigenständigen Ziffer geregelt wurde (Ziffer 4 "Erwerb und Verwertung von Fahrzeugen"), gleich den Vertragspunkten "Überlassung des Kalkulationssystems" sowie "Erbringung der Full Service Leistungen". Dies erhellt, dass der Erwerb und die Verwertung der Fahrzeuge nicht

als blosser Nebenpunkt innerhalb der vertraglichen Beziehung der Parteien einzustufen ist und es deshalb auch nicht unerheblich war, welche Partei diese Aktivitäten im Endeffekt tatsächlich ausführte.

1.8. Im Geschäftsalltag nahm die Klägerin den Erwerb und die Verwertung der geleasteten Fahrzeuge während der ganzen Dauer der Geschäftsbeziehung vom 23. Dezember 2002 bis 31. Dezember 2008 unbestrittenermassen nicht vor. Dass die Klägerin dagegen opponiert hätte respektive die Beklagte deswegen regelmässig mündlich und schriftlich abgemahnt bzw. gerügt hätte, hat sie nicht rechtsgenügend behauptet. Die von der Klägerin ins Feld geführte Darstellung, wonach sie die Beklagte mehrfach darauf hingewiesen habe, dass sie an den Leasingverträgen durch den Verwertungsgewinn der Fahrzeuge beteiligt sei und die Beklagte jeweils habe verlauten lassen, es werde später abgerechnet (vgl. act. 1 S. 10; act. 11 S. 10; act. 27 S. 4), ist nicht substantiiert. Die Klägerin führte mit keinem Wort aus, wann, in welcher Form und wie viele Male sie die Vertreter der Beklagten abgemahnt hatte. Auch der Hinweis der Klägerin, Herr F.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Klägerin habe den Herren G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ und vor deren Eintritt in die Firma deren Vorgänger I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Beklagten verschiedentlich in Erinnerung gerufen, dass die Klägerin am wirtschaftlichen Erfolg der Verträge beteiligt sei (act. 11 S. 8), ist nicht rechtsgenügend substantiiert. Es bleibt diesbezüglich vollends unklar, in welchem Jahr bzw. an welchen Daten, wie oft und in welcher Form besagte Abmahnungen gegenüber den Herren G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ respektive I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ erfolgt sein sollen. Im Übrigen kommt die Formulierung "Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Verträge" ohnehin völlig un spezifiziert daher, weshalb es der Beklagten auch nicht klar sein konnte bzw. musste, dass damit explizit der Anspruch der Klägerin auf den hälftigen Erlös aus dem Restwert der Leasingfahrzeuge gemeint war.

Aus dem Inhalt des Schreibens vom 24. Januar 2002, das nach Angabe der Klägerin als Grundlage für den Zusammenarbeitsvertrag diente (act. 11 S. 9, act. 14/12), kann die Klägerin entgegen ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Schreiben datiert vor dem Abschluss der Zusammenarbeitsvereinbarung im Dezember 2002 und kann folgerichtig von Vornherein keine Hinwei-

se dafür liefern, ob eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung eingetreten ist oder nicht. Aus dem Schreiben vom 26. Februar 2007, welche die Klägerin im Weiteren als Beleg für ihre Abmahnungen anführt (act. 11 S. 9, act. 14/13), geht der Anspruch der Klägerin auf den Restwert der geleasteten Fahrzeuge nicht explizit hervor. In besagtem Schreiben wurde lediglich in allgemein gehaltener Umschreibung festgehalten, dass die Beklagte berücksichtigen solle, dass die Klägerin an den Verträgen wirtschaftlich beteiligt sei. Auf den Restwert der Fahrzeuge wird nicht ausdrücklich Bezug genommen (act. 14/13). Das Schreiben vom 15. Mai 2008 (act. 14/14), in welchem die Klägerin zum ersten Mal prononciert auf ihre behaupteten Ansprüche Bezug nimmt, erfolgte angesichts der Beendigung der Geschäftsbeziehung per 21. Dezember 2008 erst ganz am Ende der insgesamt sechsjährigen Zusammenarbeit.

Mangels hinreichender Substantiierung kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die Beklagte bis zum 15. Mai 2008 jemals mündlich oder schriftlich abgemahnt respektive auf ihre gemäss Kooperationsvertrag auferlegte Verpflichtung (Ziffer 4.1.) hingewiesen und ihren Willen gegenüber der Beklagten bekundet hätte, die entsprechende Vertragsklausel erfüllen zu wollen.

1.9. Die Klägerin macht geltend, dass in den von ihr erstellten Abrechnungen Vorbehalte angebracht bzw. entsprechende Positionen besonders abweichend gekennzeichnet worden seien (act. 11 S. 8 sowie S. 10). In die Abrechnungen der Klägerin floss hinsichtlich des Verwertungserlöses jeweils die Anmerkung "Verkaufspreis 0.00" ein, welche in kursiver Schrift abgefasst wurde (vgl. act. 9/9-12). In Bezug auf die Serviceleistungen brachte die Klägerin in den Abrechnungen demgegenüber folgenden klaren Vorbehalt an: "Diese Abrechnung hat Gültigkeit unter Vorbehalt allfälliger noch nicht bei uns eingetroffenen und verbuchten Rechnungen über Serviceleistungen.". Entsprechend dieser Formulierung hätte die Klägerin auch in Bezug auf die Verwertungserlöse einen analogen, unzweideutigen Wortlaut treffen müssen. Da sie dies nicht vorgenommen hat, konnte die Beklagte aus den Abrechnungen nicht schliessen, dass diese lediglich provisorischen Charakter hatten und sie Jahre später noch mit einer Nachforderung in Bezug auf die Verwertungserlöse konfrontiert würde. Ein eigentlicher Vorbehalt, wie

dies die Klägerin behauptet, kann ihren Abrechnungen aufgrund fehlender Eindeutigkeit nicht entnommen werden.

1.10. Einem nachvertraglichen Verhalten der Parteien, welches dem früheren Vertragsschluss nicht entspricht, kann unter Umständen die Bedeutung einer nachträglichen konkludenten Vertragsänderung beikommen (KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI.1.1., Bern 1986, N 28 zu Art. 18 OR). Das Bundesgericht erkannte in diesem Zusammenhang, dass eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung zu bejahen ist, wenn eine Partei den ihrer Meinung nach vertragswidrigen Aktivitäten der anderen Partei über eineinhalb Jahre lang ohne jegliche Abmahnung zusieht und sie daher im Glauben lässt, sie billige ihr Verhalten (Urteil 4C.120/2006 vom 30.06.2006).

1.11. Bei den durch die Beklagte jeweils in Eigenregie durchgeführten Ankäufen und Verwertungen der geleasteten Fahrzeuge liegt eine vertragswidrige Tätigkeit vor, da diese Aktivitäten in Ziffer 4.1. des Zusammenarbeitsvertrages ausdrücklich der Klägerin zugewiesen worden waren. Aufgrund des Umstandes, dass die Klägerin besagtes Agieren der Beklagten während der gesamten Geschäftsbeziehung von insgesamt sechs Jahren nicht abmahnte und in ihren Abrechnungen auch keinen klaren Vorbehalt anbrachte, ist in Übereinstimmung mit der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung - welche notabene bereits eine ein- einhalbjährige Zeitspanne ohne jegliche Abmahnung für die Annahme einer nachträglichen konkludenten Vertragsänderung genügen lässt - davon auszugehen, dass die Klägerin die Beklagte im Glauben liess, sie billige stillschweigend ihr Verhalten. Die Beklagte durfte aufgrund von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die Annahme treffen, dass die Klägerin es stillschweigend akzeptierte, dass die Beklagte während der sechsjährigen Geschäftsbeziehung den Ankauf und die Verwertung der Leasingfahrzeuge selber vornahm. Eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung ist daher im vorliegenden Fall zu bejahen.

1.12. Der Einwand der Klägerin, eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung komme aufgrund des Formvorbehaltes in Ziffer 9.1. des Zusammenarbeitsvertrages nicht in Betracht, geht im vorliegenden Fall fehl. Trotz eines Schrift-

formvorbehaltes ist es möglich, dass sich die Parteien formlos über eine Vertragsänderung oder -aufhebung einigen. Dies ist stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, beispielsweise indem sich die Parteien über längere Zeit über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (vgl. BGE 105 II 78; BGE 125 III 263 E. 4; BSK OR I-SCHWENZER, N 10 zu Art. 16 OR; KRAMER/SCHMIDLIN, a.a.O., N 49 zu Art. 16 OR). In der Umsetzung des Zusammenarbeitsvertrages, insbesondere mittels stillschweigender Billigung der durch die Beklagte jeweils in Eigenregie durchgeführten Ankäufe und Verwertungen der geleaste Fahrzeuge über einen Zeitraum von insgesamt sechs Jahren, haben die Parteien im vorliegenden Fall stillschweigend auf den Formvorbehalt verzichtet. Überdies wäre die Berufung auf den Formvorbehalt in casu aufgrund der fehlenden Abmahnung hinsichtlich der Ankäufe und Verwertungen der geleaste Fahrzeuge durch die Beklagte während der mehrjährigen Geschäftsbeziehung respektive der jahrelangen vorbehaltlosen Erfüllung der Zusammenarbeitsvereinbarung als rechtsmissbräuchlich einzustufen (vgl. zum Ganzen SJZ 106/2010 S. 533-540). Damit erweist sich der Hinweis der Klägerin, dass eine rein operative Abwicklung den Schriftformvorbehalt nicht aushebeln könne, als unbehelflich.

1.13. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall in Bezug auf die Verwertung der geleaste Fahrzeuge eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung vorliegt. Die Beklagte durfte aufgrund von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die Annahme treffen, dass die Klägerin es stillschweigend akzeptierte, dass die Beklagte während der sechsjährigen Geschäftsbeziehung den Ankauf und die Verwertung der Leasingfahrzeuge selber vornahm. Einhergehend mit der nachträglichen konkludenten Vertragsänderung entfällt damit aber auch der Anspruch der Klägerin auf die Hälfte der Verwertungserlöse der geleaste Fahrzeuge. Die Klage ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

## 2. Mehrkilometerentschädigung

2.1. Die Klägerin fordert von der Beklagten den hälftigen Erlös aus dem Restwert der Leasingfahrzeuge, welcher per Ende des zwischen dem jeweiligen Leasingnehmer und der Beklagten abgeschlossenen Leasingvertrages angefallen

war. Sie stützt ihre Forderung wiederum auf den Zusammenarbeitsvertrag. Gemäss Ziffer 5.2. des besagten Vertrages war die Klägerin verpflichtet, innerhalb von 30 Tagen nach Verwertung eines Fahrzeuges die in Anhang D zur Zusammenarbeitsvereinbarung festgelegten Ertrags- und Aufwandspositionen gegenüberzustellen und diese in die Abrechnungen einfliessen zu lassen. Die Ertragspositionen gemäss Anhang D beinhalten nebst diversen anderen Positionen auch die vom Kunden effektiv eingegangene Mehrkilometerentschädigung für das betreffende Fahrzeug (act. 4/3 S. 13).

2.2. Die Klägerin moniert, dass die Mehrkilometerentschädigung ohne Zutun respektive ohne Tätigwerden seitens der Parteien entstanden seien; dies im Gegensatz zum Wiederverkauf der Leasingfahrzeuge (act. 11 S. 5). Deshalb sei die Darstellung der Beklagten widersprüchlich respektive komme ihr die Logik in Bezug auf eine von ihr behauptete nachträgliche konkludente Vertragsänderung abhanden, wenn sie ins Feld führe, dass eine Abmahnung von Nöten gewesen sei (act. 11 S. 5; act. 27 S. 4).

2.3. Es trifft zu, dass die Mehrkilometer ohne Zutun der Parteien, schlicht durch das Fahrverhalten des jeweiligen Leasingnehmers, entstanden waren. Indes verkennt die Klägerin, dass es aufgrund der vertraglichen Regelung an ihr gewesen wäre, korrekte und inhaltlich vollständige Abrechnungen zu erstellen, was auch die vollständige Einbindung aller bestehenden und im Anhang D zum Zusammenarbeitsvertrag genannten Berechnungspositionen, mithin auch die vom Kunden effektiv eingegangenen Mehrkilometerentschädigung für das betreffende geleaste Fahrzeug, beinhaltet hätte. Wenn sie sich erst heute darauf beruft, die Beklagte hätte ihr die entsprechenden Informationen vorenthalten (act. 11 S. 3), so erfolgt dieser Einwand zu spät. Die Klägerin führt nicht aus, wann, wie oft und in welcher Form sie die Beklagte zwischen 2003 bis 2008 in diesem Kontext jemals abgemahnt respektive aufgefordert hatte, ihr die entsprechenden Informationen bezüglich der Mehrkilometerentschädigung zukommen zu lassen. Ihre diesbezüglichen Ausführungen sind - gleich denjenigen zum Restwert der Fahrzeuge - als nicht rechtsgenügend substantiiert einzustufen (act. 11 S. 8). Erst im Schreiben vom 15. Mai 2008 (act. 14/4) - ergo Jahre später nach den ersten Abrech-

nungen (vgl. bspw. act. 9/10; Abrechnung vom 30. Dezember 2004) - hielt die Klägerin fest, dass sie noch die von Seiten der Beklagten den Leasingkunden in Rechnung gestellte Mehrkilometerentschädigung benötige. Mangels hinreichender Substantiierung kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die Beklagte bis zum 15. Mai 2008 jemals mündlich oder schriftlich abgemahnt hatte, die für die korrekte Erstellung der Abrechnungen benötigten Informationen zu liefern.

2.4. Die den Abrechnungen beigelegte Anmerkung "Nicht berücksichtigt ist eine allfällige Mehr-/Minderkilometer Abrechnung mit den Kunden." kann sodann nicht als eigentlicher Vorbehalt eingestuft werden (so indes die Klägerin; act. 11 S. 8 und 10), da besagte Bemerkung ohne damit einhergehende mündliche oder schriftliche Abmahnung als blosser Feststellung einer Tatsache daherkommt. Die Klägerin benutzte in den Abrechnungen in Bezug auf die Mehr- und Minderkilometer weder das Wort "Vorbehalt" noch machte sie auf andere Weise erkenntlich, dass die Abrechnungen lediglich provisorischer Natur waren respektive unter der aufschiebenden Bedingung erfolgten, dass die Beklagte Angaben über die Mehrkilometerentschädigung nachliefern würde. Demgegenüber brachte die Klägerin in Bezug auf Serviceleistungen folgende präzisierende Anmerkung an: "Diese Abrechnung hat Gültigkeit unter Vorbehalt allfälliger noch nicht bei uns eingetroffenen und verbuchten Rechnungen über Serviceleistungen.". Analog zu dieser klaren Verlautbarung hätte die Klägerin auch in Bezug auf die Abrechnung der Mehr- und Minderkilometer eine entsprechende Formulierung treffen müssen. Da sie dies nicht vorgenommen hat, konnte bzw. musste die Beklagte aus den Abrechnungen nicht schliessen, dass diese lediglich provisorischen Charakter aufwiesen.

2.5. Indem die Klägerin den ihrer Meinung nach vertragswidrigen Aktivitäten der Beklagten (Nichterausgabe der für die Abrechnungen benötigten Informationen) während mehrerer Jahre ohne jegliche Abmahnung zusah, erweckte sie bei der Beklagten den Anschein, sie akzeptiere es, dass die Beklagte ihr die Informationen hinsichtlich der Mehrkilometerentschädigung nicht zukommen liess. Da sie die Mehr- und Minderkilometer nicht in ihre Abrechnungen einfliessen liess respektive diesbezüglich keinen klaren Vorbehalt anbrachte, signalisierte sie der Be-

klagten konkludent, dass sie über diese folgerichtig auch nicht abrechnen würde. Nach Treu und Glauben wäre die Klägerin gehalten gewesen - ungeachtet einer allfälligen bestehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit und damit einhergehenden Befürchtungen, die Beklagte als Kundin zu verlieren (act. 27 S. 4) - die Beklagte abzumahnern und die ihr zustehenden Informationen einzufordern. Indem sie dies während der ganzen Dauer der Geschäftsbeziehung unterliess, ist sie auf den von ihr geschaffenen Anschein zu behaften und es ist in Bezug auf die Mehrkilometerentschädigung ebenfalls von einer nachträglichen konkludenten Vertragsänderung auszugehen.

2.6. Der Einwand der Klägerin, wonach die Abrechnungsart lediglich eine rein operative Angelegenheit sei und nicht zu einer nachträglichen konkludenten Vertragsänderung führen (act. 11 S. 7) respektive den Schriftformvorbehalt nicht aushebeln könne, geht fehl. Es kann diesbezüglich auf das bereits Ausgeführte (vgl. IV./1.12.) verwiesen werden.

2.7. Zusammenfassend hat die Klägerin nach den obigen Erwägungen aufgrund der eingetretenen nachträglichen konkludenten Vertragsänderung keinen Anspruch auf den hälftigen Anteil der Mehrkilometerentschädigungen. Die Klage ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

### 3. Rechenschaftsablegung

Da die Hauptklage sowohl in Bezug auf den Verwertungserlös als auch auf die Mehrwertentschädigung der Leasingfahrzeuge abzuweisen ist, fehlt es an einem aktuellen und hinreichenden Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der diesbezüglichen Herausgabe der Verkaufsverträge und Abrechnungsunterlagen hinsichtlich der Restwerte der Leasingfahrzeuge sowie der angefallenen Mehrkilometer. Auf das Begehren der Klägerin um Rechenschaftsablegung ist daher nicht einzutreten.

### 4. Schlussabrechnungssaldo

4.1. Die Beklagte fordert von der Klägerin gestützt auf den Zusammenarbeitsvertrag die Bezahlung des Schlussabrechnungssaldos, welcher am Ende der

Zusammenarbeit der Parteien für die noch laufenden Leasingverträge angefallen war (act. 8 S. 15 f.; act. 23 S. 7 f.).

4.2. Die Schlussabrechnung der Klägerin (act. 14/21) weist bezüglich der Saldierung der offenen und geschlossenen Konti der bei Ende des Zusammenarbeitsvertrages noch laufenden Verträge exakt dieselben Zahlen auf wie die Abrechnung der Beklagten (act. 9/13). So geht aus beiden Abrechnungen hervor, dass die Schlusssumme der offenen Konten CHF 185'836.25 (inkl. MWSt.) sowie der geschlossenen Konten CHF 462'354.78 (inkl. MWSt.) beträgt. Die Klägerin bestritt die Positionen "Saldierung offene Konten" sowie "Saldierung aus geschlossenen Konten" aus den aktiven (d.h. anlässlich des Endes der Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der Beklagten noch nicht beendeten) Verträgen denn auch nicht explizit, sondern führte lediglich aus, dass die Berechnung des Management Fee Korrektivs gemäss des Zusammenarbeitsvertrags gleichzeitig erfolgen müsse und bei deren vollständiger Durchführung eine Forderung zugunsten der Klägerin und Widerbeklagten bestehe (act. 11 S. 10). Aufgrund der von ihr mittels der Hauptklage eingeklagten Forderung aus dem Entschädigungskorrektiv anerkenne sie die von der Beklagten angeführte Abrechnung nicht, da im Endeffekt aus der Schlussabrechnung einzig und allein eine Forderung zugunsten der Klägerin resultiere. Sie erkläre daher vorsorglicherweise Verrechnung mit ihren eigenen Forderungen aus dem Entschädigungskorrektiv (act. 11 S. 17 f.; act. 27 S. 3).

4.3. Das Vorbringen der Klägerin, wonach die Beklagte keine Forderung aus den Abrechnungen separat geltend machen könne, da die Berechnung des Management Fee Korrektivs gemäss Vereinbarung gleichzeitig erfolgen müsse, lässt sich mit den Bestimmungen des Zusammenarbeitsvertrages von Vornherein nicht in Einklang bringen. Aus Ziffer 8.2. des Zusammenarbeitsvertrages geht hervor, dass das nachträgliche Entschädigungskorrektiv pro rata temporis abzurechnen sei. Weitergehende Regeln bezüglich der Beendigung der Zusammenarbeit sieht der Zusammenarbeitsvertrag demgegenüber nicht vor. Die Zusatzvereinbarung vom 8. Juli 2004 enthält sodann gar keine Bestimmungen zur Beendigung der Zusammenarbeit (vgl. act. 4/8). Die Ausführungen der Klägerin finden demnach

keine Stütze in den von den Parteien getroffenen Vereinbarungen. Da die Hauptklage abzuweisen ist, dringt die Klägerin mit ihrem Argumentarium, wonach bei vollständiger Durchführung des Management Fee Korrektivs eine Forderung zu Gunsten ihrer Person resultiere, nicht durch. Wie in den obigen Erwägungen ausgeführt wurde, steht der Geltendmachung des Restwerterlöses und der Mehrkilometerentschädigung eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung entgegen. Damit erweist sich aber auch das Vorbringen der Klägerin, wonach im Ergebnis ein Schlussabrechnungssaldo zu ihren Gunsten resultiere respektive sie Verrechnung mit ihrer Forderung erkläre, als nicht stichhaltig.

4.4. Die Ausführungen der Klägerin, wonach die Beklagte beendete und noch nicht beendete Leasingverträge mit offener und geschlossener Kalkulation bei Leasingverträgen verwechsle und sich die Zusammenarbeitsvereinbarung ausschliesslich auf Leasingverträge mit geschlossener Kalkulation beziehe (act. 27 S. 3), überzeugen nicht. Der Zusammenarbeitsvertrag enthält keine Klausel, aus welcher hervorginge, dass es sich bei den Leasingverträgen nur um solche mit geschlossener Kalkulation handelt. In Ziffer 3.1. des Zusammenarbeitsvertrages heisst es im Gegenteil, dass zum Pflichtenheft der Klägerin auch "die in den Leasingverträgen vorgesehene (offene oder geschlossene Kalkulation) Berichterstattung an Kunden" gehöre. Die Vorbringen der Klägerin in ihrer Klage respektive in ihrer Duplik erhellen, dass sich die Hauptklage auf die geschlossenen Positionen aus den bei Ende des Zusammenarbeitsvertrages bereits beendeten Leasingverträgen, die Widerklage hingegen auf offene und geschlossene Positionen aus bei Ende der Zusammenarbeit zwischen den Parteien noch nicht beendeten Leasingverträgen bezieht (vgl. act. 11 S. 9 sowie die Schlussabrechnungen in act. 9/13-14). Sofern die Klägerin mit ihrem Vorbringen sinngemäss zum Ausdruck bringen möchte, dass es nicht angehe, dass die Widerklage sich nicht auf die Abrechnung der bereits abgerechneten Verträge beziehe, sondern lediglich auf die Abrechnung der noch aktiven Verträge, so kann ihr nicht gefolgt werden. Die Widerklage ist eine selbständige Klage, ein sachlicher Zusammenhang (Konnexität) zwischen Haupt- und Widerklage ist grundsätzlich nicht vorausgesetzt. Nur wenn für die Widerklage als selbständige Klage die örtliche Zuständigkeit nicht gegeben ist, ist sie lediglich insoweit zulässig, als sie mit der Hauptklage

konnex ist (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 5a zu § 60 ZPO/ZH). Eine solche Konnexität ist im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Die Argumentation der Klägerin geht daher ins Leere.

4.5. Die Klägerin begegnete den Ausführungen der Beklagten nicht substantiiert, sondern bestritt diese wie bereits ausgeführt lediglich pauschal mit der Begründung, bei richtiger Kalkulation der Schlussabrechnung resultiere einzig und allein eine Forderung zugunsten der Klägerin. Die Klägerin brachte darüber hinaus nicht vor, dass sie in Bezug auf die einzelnen Posten der Schlussabrechnung der Beklagten (CHF 19'623.55 Verkehrssteuer, CHF 21'165.05 Versicherung, CHF 242'264.13 Treibstoff, CHF 15'639.28 Zusatzleistung, CHF 296'072.38 Unterhalt sowie CHF 166'282.40 Reifen) Abzüge geltend mache oder die Beträge generell nicht akzeptiere. Die Klägerin führte auch mit keinem Wort aus, wie sich der von ihr in ihrer Schlussabrechnung kalkulierte anteilige Gewinn der offenen Konten und der Management Fee nach Diskontierung in der Höhe von CHF 44'889.21 zusammensetzt bzw. wie sie zu einem anteiligen, symbolischen Verkaufserlös von CHF 500.– pro Fahrzeug (Total CHF 120'000.–) gelangte (vgl. act. 9/14). Die pauschalen Vorbringen der Klägerin genügen den Anforderungen an rechtsgenügendes Substantiieren in keiner Weise.

4.6. Den anteiligen operativen Gewinn der Klägerin in der Höhe von CHF 60'496.90 (exkl. MWSt.) akzeptierte die Beklagte und erhöhte diesen Betrag auf CHF 80'000.– (act. 9/17). Mangels substantiiertes Bestreiten der Ausführungen der Beklagten seitens der Klägerin ist auf die Vorbringen der Beklagten, sprich auf deren Schlussabrechnung, abzustellen. Die Forderung der Beklagten in der Höhe von CHF 190'438.50 (inkl. MWSt.) ist daher ausgewiesen.

4.7. Die Beklagte verlangt Zins von 5% seit 16. September 2009. Die Höhe des verlangten Verzugszinses entspricht dem gesetzlich vorgeschriebenen Zins (Art. 104 Abs. 1 OR) und ist unbestritten geblieben, da sich die Klägerin zu diesem Themenkomplex nicht äusserte. Gemäss Art. 75 OR kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden, wenn die Zeit der Erfüllung weder durch

Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt ist. Die Beklagte stellte der Klägerin den Betrag von CHF 190'438.50 am 12. August 2009 in Rechnung (act. 9/17). Die Zahlungsfrist betrug 14 Tage netto. Spätestens seit dem 26. August 2009, mithin 14 Tage nach dem Rechnungsdatum vom 12. August 2009, war die besagte Rechnung fällig. Allerdings wird der Schuldner erst mit der Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Beklagte mahnte die Klägerin mit Schreiben vom 16. September 2009 (act. 9/18). Die Klägerin befindet sich somit seit dem 16. September 2009 in Verzug. Dies blieb unbestritten, da sich die Klägerin nicht dazu geäußert hat. Entsprechend ist der geforderte Zins ausgewiesen und die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten auf dem Forderungsbetrag von CHF 190'438.50 einen Verzugszins von 5% seit 16. September 2009 zu bezahlen.

4.8. Die Klägerin und Widerbeklagte ist nach den obigen Ausführungen zu verpflichten, der Beklagten CHF 190'438.50 nebst Zins zu 5% seit 16. September 2009 zu bezahlen.

## 5. Retrozessionen

5.1. Die Beklagte macht geltend, dass es in der Automobilbranche üblich sei, dass Retrozessionen von Lieferanten ausgerichtet würden. Mit dem Zusammenarbeitsvertrag habe sich die Klägerin verpflichtet, Dienstleistungen zugunsten der Beklagten zu erbringen. Damit würden die auftragsrechtlichen Regeln Anwendung auf das vertragliche Verhältnis zwischen den Parteien finden. Die Beklagte habe folglich gemäss Art. 400 OR Anspruch auf Rechenschaftsablegung sowie Herausgabe allfälliger Rückvergütungen, die sie von Lieferanten erhalten habe (act. 8 S. 16 f.).

5.2. Die Klägerin anerkannte, dass sie von einem Lieferanten per Ende eines Jahres jeweils eine Rückvergütung erhält (act. 11 S. 18). Diese berechne sich indes auf dem von der Klägerin eingekauften Gesamtvolumen, das sich auch aus der Zusammenarbeit mit anderen Vertragspartnern ergebe. Die Beklagte habe daher keinen Anspruch auf derartige Rückvergütungen (act. 11 S. 18). Die Beklagte habe gewusst, dass in der Automobilbranche Retrozessionen anfallen wür-

den. Indem sie trotz klarer Kenntnis auf eine diesbezügliche Regelung im Zusammenarbeitsvertrag verzichtet habe, habe sie auch auf die Herausgabe von Retrozessionen verzichtet (act. 11 S. 18).

5.3. Die von der Beklagten zitierten Leitentscheide des Bundesgerichts (BGE 132 III 460 sowie BGE 137 III 393) bezüglich der Herausgabe von Retrozessionen bzw. den Anforderungen für einen gültigen Verzicht auf deren Ablieferung beziehen sich auf den Vermögensverwaltungsvertrag respektive die externe Vermögensverwaltung, bei welcher das Dreiecksverhältnis Kunde, Vermögensverwalter und Depotbank vorliegt. Die Situation, wie sie sich beim Vermögensverwaltungsvertrag präsentiert, lässt sich auf die vorliegende geschäftliche Zusammenarbeit der Parteien und den von ihnen eingegangenen Zusammenarbeitsvertrag indes nicht *tel quel* übertragen. Der Zusammenarbeitsvertrag ist als Innominatkontrakt zu qualifizieren, welcher einerseits Elemente des Lizenz- und Werkvertrages (bzgl. der Überlassung und Installation des Kalkulationssystem bzw. der entsprechenden Software) enthält. Auf denjenigen Teil des Zusammenarbeitsvertrages, in welchem die Erbringung der Full Service Leistungen (vgl. Ziffer 3. des Zusammenarbeitsvertrages), mithin Dienstleistungen der Klägerin, geregelt werden, dürfte andererseits tatsächlich Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR zur Anwendung gelangen. Die Parteien haben im Zusammenarbeitsvertrag in Bezug auf das Anfallen und die Herausgabe von Retrozessionen keine Regelung getroffen (vgl. act. 4/3).

5.4. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Zur Treuepflicht gehören neben den allgemeinen Obhuts- und Schutzpflichten unter anderem auch die Rechenschaftsablegungs- und Herausgabepflicht gemäss Art. 400 OR (BSK OR I-WEBER, N 10 zu Art. 398 OR). Die Ablieferungspflicht garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr begegnet, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (BGE 137 III 393 E. 2.3, mit weiteren Hinweisen).

5.5. Aufgrund des Umstandes, dass es sich beim Zusammenarbeitsvertrag um einen gemischten Vertrag zweier Aktiengesellschaften handelt, welche beide in der Automobilbranche tätig sind, gilt es in Bezug auf die Frage der Rechenschaftsablegung und Herausgabe von Retrozessionen zu differenzieren. Beim Geschäftsmodell der externen Vermögensverwaltung steht die persönliche Bindung zwischen den Parteien (dem Kunden und dem Vermögensverwalter) im Vordergrund und dem Vertrauen des Klienten in seinen Vermögensverwalter respektive dem das die Parteien bindende Treueverhältnis kommt besonderes Gewicht zu. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Herausgabe von Retrozessionen bei der externen Vermögensverwaltung ist vor dem Hintergrund zu würdigen, dass der Kunde vor dem seinen Interessen allenfalls zuwiderlaufenden treuwidrigen Geschäftsgebaren seines Vermögensverwalters geschützt werden soll. Durch die Rechenschaftsablegung bezüglich der empfangenen Retrozessionen sowie deren Herausgabepflicht soll sichergestellt werden, dass der Vermögensverwalter als Beauftragter nicht einem seiner Treuepflicht entgegenstehenden Interessenkonflikt unterliegt und sich daraus Nachteile für seinen Kunden als Auftraggeber ergeben. Beim Geschäftsmodell der externen Vermögensverwaltung liegt zwischen dem Kunden als Konsument einer Dienstleistung und dem Vermögensverwalter als ausgewiesenem Experten im Bereich der Vermögensverwaltung naturgemäss eine Kluft, da der Vermögensberater in der Regel über ein Vielfaches mehr an Know How verfügt und seinem Kunden an Fachwissen und Erfahrung in aller Regel erheblich überlegen ist. An die Treuepflicht des Vermögensverwalters sind daher aufgrund des Gefälles zwischen den Parteien bzw. aufgrund der unterschiedlichen Positionen und Rollen der involvierten Parteien andere, sprich ein Vielfaches höhere Anforderungen an die Treuepflicht zu stellen als an die Parteien im vorliegenden Verfahren.

5.6. Zwischen den sachkundigen Parteien im vorliegenden Verfahren, welche beide über langjährige Erfahrung in der Automobilbranche verfügen, existiert keine Diskrepanz in Bezug auf Fachwissen und Geschäftserfahrung und damit einhergehend bestehen folgerichtig auch keine vergleichbaren Anforderungen an die Treuepflicht der Klägerin. Damit können aber auch die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zur Rechenschaftsablegung in Bezug auf Retrozessi-

onen und zum stillschweigenden Verzicht auf deren Herausgabe nicht per Analogieschluss auf den vorliegenden Fall zur Anwendung gelangen. Die Parteien hatten im Zusammenarbeitsvertrag wie bereits erwähnt keine Regelung betreffend Herausgabe von Retrozessionen getroffen. Die Beklagte führte aus, dass sie aufgrund ihrer eigenen Geschäftstätigkeit wisse, dass Retrozessionen in der Automobilbranche ausbezahlt würden (act.8 S. 17). Aufgrund des Umstandes, dass die Retrozessionen im Zusammenarbeitsvertrag nicht geregelt wurden und die Beklagte sich darüber im Klaren war, dass Retrozessionen anfallen würden, hat die Beklagte durch die bewusste Nichtregelung dieses Themenkomplexes im Zusammenarbeitsvertrag stillschweigend auf deren Herausgabe verzichtet. Das Begehren der Beklagten um Herausgabe der Retrozessionen ist daher abzuweisen.

#### 6. Rechenschaftsablegung

Da die Klage der Beklagten in Bezug auf die Herausgabe von Retrozessionen abzuweisen ist, fehlt es an einem hinreichenden und aktuellen Rechtsschutzinteresse der Beklagten an Herausgabe der Unterlagen bezüglich Erhalt von Retrozessionen von Lieferanten seitens der Klägerin. Auf das Begehren der Beklagten um Rechenschaftsablegung ist daher nicht einzutreten.

### **V. Kosten und Entschädigung**

1. Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die alte Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Ebenso gilt die bisherige Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010).

2. Der Gesamtstreitwert einer Stufenklage bestimmt sich nach dem höchsten der verbundenen Ansprüche. Dies ist der Zahlungsanspruch, welcher von der Klägerin mit mindestens CHF 914'845.– beziffert wird. Der Streitwert hinsichtlich der Hauptklage beträgt in Anwendung von § 18 Abs. 1 ZPO/ZH somit mindestens

CHF 914'845.–. Da die Beklagte hinsichtlich ihrer Stufenklage keinen vorläufigen Streitwert angegeben hat, ist dieser vom Gericht nach freiem Ermessen festzulegen und praxisgemäss mit CHF 30'000.– zu beziffern.

Gemäss § 19 Abs. 2 ZPO/ZH wird der Streitwert der Widerklage mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet, soweit sich Haupt- und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Widerklage nur die Verneinung des klägerischen Rechtsbegehrens darstellt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 8 zu § 19 ZPO/ZH). Im vorliegenden Fall schliessen sich die Klagen gegenseitig nicht aus, da sie verschiedene Komplexe des Zusammenarbeitsvertrages berühren. Der Streitwert beträgt folglich CHF 1'135'283.50.

3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen zu regeln (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 43'000.– anzusetzen. Da die Beklagte fast vollständig obsiegt, ist diese der Klägerin ausgangsgemäss vollumfänglich aufzuerlegen. Die Klägerin ist ferner zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 41'000.– zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH sowie § 3 Abs. 1 i.V.m. § 6 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006).

#### **Das Gericht erkennt:**

1. Die Hauptklage wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten CHF 190'438.50 nebst Zins zu 5% seit 16. September 2009 zu bezahlen.
3. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 43'000.–.
5. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.

6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 41'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'135'283.50.

Zürich, 29. Oktober 2012

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

MLaw Katja Diethelm