



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und Ersatzoberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Peter Leutenegger, Urs Stahlberger und Peter Edelmann sowie der Gerichtsschreiber Roger Büchi

Urteil vom 19. Dezember 2011

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ GmbH,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 400'000 samt Zins zum Satz von 10 % auf CHF 100'000 seit dem 10. April 2010 und auf CHF 300'000 seit dem 15. April 2010 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWST) zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

Einleitung und Sachverhalt

1. Die Klägerin ist ein privater Fernsehsender mit Sitz in der Schweiz. Die Beklagte ist eine Medienproduzentin mit Sitz in C._____. Die Parteien schlossen am 28. bzw. 29. September 2009 einen Kooperationsvertrag (act. 3/1), der unter anderem vorsieht, dass die Beklagte der Klägerin für die tägliche Zurverfügungstellung von Sendezeit zwischen 22.45 Uhr und 2 Uhr und die Ausstrahlung der Sendung "D._____" eine Vergütung von CHF 100'000.– pro Monat schuldet. Bei der von der Beklagten produzierten Sendung "D._____" handelt es sich um eine sog. ...-Sendung. Am 9. März 2010 strahlte die Sendung "E._____" unter dem Titel "... " einen Bericht aus über ...-Sendungen; eine weitere E._____-Sendung zum gleichen Thema sollte am 16. März 2010 folgen.

2. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Vergütung für März bis und mit Juni 2010. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, sie schulde der Klägerin für diese Monate keine Vergütung mehr. Der Kooperationsvertrag sei durch die klägerische Medienmitteilung vom 14. März 2010 (act. 3/15) oder aber durch ihre Mitteilung vom 15. März 2010 (act. 3/19) mit sofortiger Wirkung gekündigt worden. Im Falle eines nach dem 15. März 2010 weiterbestehenden Vertrags sei die Vergütung indessen auch nicht geschuldet. Eventualiter sei die klägerische

Vergütungsforderung durch Verrechnung getilgt worden. Eine allfällig bestehende Forderung hält die Beklagte für undurchsetzbar, indem sie zumindest sinngemäss die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt. Die Klägerin stellt sich hingegen auf den Standpunkt, die Medienmitteilung vom 14. März 2010 stelle keine Kündigung dar und die beklagte Mitteilung vom 15. März 2010 könne nur als ordentliche Kündigung gelten, welche unter Berücksichtigung der dreimonatigen Kündigungsfrist nach § 10.2 des Kooperationsvertrags per Ende Juni 2010 Wirkung entfalte. Die Pflicht zur Bezahlung der Vergütung laufe bis zur Vertragsbeendigung weiter.

II. Prozessverlauf

1. Am 13. Mai 2010 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift ein (act. 1). Mit Verfügung vom 17. Mai 2010 wurde ihr eine Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten eine Prozesskaution von CHF 25'000.– zu leisten. Die Beklagte wurde mit derselben Verfügung darauf aufmerksam gemacht, dass sie während der "gesamten Prozessdauer" dafür besorgt sein muss, in der Schweiz einen Rechtsvertreter oder zumindest eine Zustelladresse zu haben; ihr wurde angedroht, dass Zustellungen ansonsten durch Veröffentlichung erfolgen oder mit der gleichen Wirkung unterbleiben können (Prot. S. 2). Nachdem die Klägerin die ihr auferlegte Prozesskaution rechtzeitig geleistet hatte (act. 5), wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 1. Juni 2010 legitimierte sich Rechtsanwalt Y._____ mit entsprechender Vollmacht als hiesiger Rechtsvertreter der Beklagten (act. 7 und 8). Am 6. Oktober 2010 ging die Klageantwort innert erstreckter Frist ein (act. 10). Daraufhin wurden die Parteien auf den 3. Februar 2011 zu einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 12). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2010 setzte Rechtsanwalt Y._____ das Gericht in Kenntnis, dass er die Beklagte nicht länger vertrete (act. 13). Die Beklagte teilte mit Schreiben vom 20. Januar 2011 mit, dass keine Bereitschaft zu Vergleichsgesprächen bestehe, und ersuchte darum, die Verhandlung vom 3. Februar 2011 abzuzitieren (act. 14). Unter die-

sen Umständen verzichtete die Klägerin auf die Durchführung der Verhandlung (vgl. Prot. S. 7). Daraufhin wurde den Parteien mit Verfügung vom 27. Januar 2011 die Vorladung zur Verhandlung abgenommen und der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik angesetzt (Prot. S. 8). Da die Beklagte nicht mehr anwaltlich vertreten war und auch keinen Zustellungsempfänger in der Schweiz bezeichnet hatte, unterblieb eine Zustellung an sie androhungsgemäss (§ 30 ZPO/ZH). Bemühungen des Gerichts, die Beklagte Ende Januar 2011 telefonisch zu erreichen, blieben erfolglos (vgl. Prot. S. 9). Nachdem die Replik der Klägerin vom 26. April 2011 innert erstreckter Frist eingegangen war (act. 17), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 28. April 2011 Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt, unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf Duplik angenommen wird (Prot. S. 10). Eine Zustellung der Verfügung an die Beklagte unterblieb androhungsgemäss (§ 30 ZPO/ZH). Eine Duplik der Beklagten ging nicht ein.

2. Der Prozess erweist sich als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH). Auf die einzelnen Parteivorbringen ist anschliessend nur einzugehen, soweit sie sich zur Entscheidungsfindung als notwendig erweisen.

III. Formelles

1. 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. Auf das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht, mithin die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG) anwendbar.

2. Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Für die Rechtsmittel ist vorliegend also das neue Prozessrecht massgebend (Art. 308 ff. ZPO).

3. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist unstrittig gegeben (act. 3/1 § 12.4 i.V.m. Art. 17 aLugÜ; § 62 GVG).

4. Die Klägerin stellte mit ihrer Klageschrift vom 12. Mai 2010 den prozessualen Antrag, das vorliegende Verfahren sei mit dem gleichentags von der Klägerin beim hiesigen Gericht anhängig gemachte Verfahren gegen die "F._____ GmbH" (nachfolgend "F._____") zu vereinigen; eventualiter seien die Verfahren vom gleichen Präsidenten und den gleichen Richtern parallel zu führen (act. 1 S. 2). Die Beklagte beantragte mit ihrer Klageantwort vom 4. Oktober 2010 die Abweisung dieser Anträge (act. 10 S. 2). In der Replik vom 26. April 2011 zog die Klägerin ihre prozessualen Anträge zurück, da es im Parallelverfahren gegen die "F._____ " zu einer Abschreibung des Verfahrens zufolge Vergleichs gekommen sei (act. 17 Rz. 4, 186).

IV. Materielles

1. Kooperationsvertrag

1.1. Die Klägerin fordert von der Beklagten CHF 400'000.– zuzüglich Zins zu 10 % auf CHF 100'000.– seit 10. April 2010 und auf CHF 300'000.– seit 15. April 2010. Sie stützt ihre Forderung auf einen Kooperationsvertrag zwischen den Parteien vom 28. bzw. 29. September 2009, dessen Wortlaut unbestritten ist (act. 3/1; nachfolgend "Kooperationsvertrag").

1.2. Die Parteien vereinbarten im Kooperationsvertrag die Anwendung des schweizerischen Rechts (act. 1 Rz. 82; 10 Rz. 145; act. 3/1 § 12.4), was zulässig ist (Art. 116 IPRG).

1.3. Der Kooperationsvertrag kam gültig zustande und begründete ein synallagmatisches Dauerschuldverhältnis zwischen den Parteien. Der Vertrag ist als Innominatkontrakt zu qualifizieren, der insbesondere auch ein mietrechtliches Element enthält, nämlich die Zurverfügungstellung von Sendezeit gegen eine

Vergütung. Im vorliegenden Fall ist aber primär die vertragliche Regelung massgebend.

2. Vergütung

2.1. Nach § 7.1 des Kooperationsvertrags schuldet die Beklagte der Klägerin für die zur Verfügung gestellte Sendezeit eine Vergütung von CHF 100'000.– pro Kalendermonat.

3. Kündigung

3.1. Die Beklagte macht geltend, sie schulde der Klägerin keine Vergütung von CHF 400'000.–, da der Kooperationsvertrag durch die klägerische Medienmitteilung vom 14. März 2010 (act. 3/15) oder aber ihre Mitteilung vom 15. März 2010 (act. 3/19) mit sofortiger Wirkung gekündigt worden sei.

3.2. Eine Kündigung, die den vertraglichen oder gesetzlichen Anforderungen an ihren Bestand nicht entspricht, ist unwirksam (BGE 135 III 441 E. 3.1). Im Falle einer unwirksamen Kündigung bleiben die vertraglichen Pflichten bestehen, ausser in den gesetzlich anders geregelten Fällen (BGE 133 III 360 = Pra 97 [2008] Nr. 6 E. 8.1.2 f.; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 146, insb. Fn. 15).

3.3. Zwingende gesetzliche Anforderungen an den Bestand einer Kündigung, welche einer abweichenden vertraglichen Regelung vorgehen würden (Art. 19 Abs. 2 OR), sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Demnach sind primär die vertraglichen Anforderungen massgebend. Nach §10.2 des Kooperationsvertrags kann der Vertrag von beiden Parteien jederzeit mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende gekündigt werden. Nebst dieser ordentlichen Kündigungsmöglichkeit ist in § 10.3 des Kooperationsvertrags folgende Möglichkeit zur fristlosen Kündigung vorgesehen:

"Die Vertragspartner haben das Recht, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung schriftlich zu kündigen. Als wichtiger Grund gilt insbesondere:

[...]

- c) *wenn einer der Vertragspartner eine wesentliche Vertragspflicht verletzt und dieses vertragswidrige Verhalten trotz schriftlicher Aufforderung durch den anderen Vertragsteil und Setzung einer Nachfrist nicht einstellt,*
- d) *wenn einer der Vertragspartner vorsätzlich nachhaltig gegen die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen verstösst,*
- e) *wenn das Programmformat "D._____" und/oder die Anruffunktionen gleich aus welchem Rechtsgrund ganz oder zum Teil durch behördliche oder gerichtliche Anordnung oder durch einen berechtigten Dritten untersagt werden. Hiervon erfasst ist auch die vorläufige Untersagung, insbesondere in Form einer vorsorglichen Massnahme oder in Form der Beschlagnahme der Erlöse aus der Mehrwerttelefonie.*

Gleichgestellt sind Massnahmen und Gesetzesänderungen nach Vertragsschluss, die das Angebot der interaktiven Programmelemente wesentlich verschlechtern, insbesondere durch Verbot oder Minderung der Tarife für die Mehrwertrufnummern oder durch Auflagen bzw. Verbote, die sich auf das Angebot der Mehrwertrufnummern beziehen. Gleiches gilt für den Fall, dass den Vertragsparteien die Mehrwertrufnummern nicht weiter zur Verfügung stehen."

3.4. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Medienmitteilung der Klägerin vom 14. März 2010 (act. 3/15) überhaupt eine Kündigung des Kooperationsvertrags darstellt.

3.4.1. Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, die den Willen zum Ausdruck bringt, einen Vertrag aufzulösen. Das der Willenserklärung zugrunde liegende Kündigungsrecht ist ein aufhebendes Gestaltungsrecht (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, N 72, 195, 3592). Eine empfangsbedürftige Erklärung muss, um wirksam zu sein, gegenüber einer bestimmten anderen Person abge-

geben werden. Dabei genügt es nicht, dass die Erklärung einer Person zugeht, wenn sie nicht an diese gerichtet ist (VON TUHR/PETER, a.a.O., S. 166 f., insb. Fn. 2). Die Kündigung eines Vertrags muss demnach an den Vertragspartner gerichtet sein.

3.4.2. Unbestritten ist, dass die Klägerin am Sonntag, 14. März 2010, um 15.11 Uhr per Email (act. 3/15) die folgende Medienmitteilung versandte (act. 1 Rz. 41; 10 Rz. 29, 106):

"Betreff: A._____ verzichtet bis auf weiteres auf die Ausstrahlung der ... Sendungen auf ihrem Sender"

[...]

Sehr geehrte Damen und Herren

Sehr geehrte Medienschaffende

... vom 14. März 2010

Mit sofortiger Wirkung verzichtet die Geschäftsleitung der A._____ auf die Ausstrahlung der ... Formate. Dies auf Grund der aktuellen Entwicklungen und Abklärungen, die gegen die Produzenten der ... Sendungen laufen. Davon profitieren vor allem die von der A._____ produzierten Magazinsendungen wie "...", "...", "...", "...", "...", "...", "...", "...", "...", die Politsendung "... und die Live Event Formate von A._____, welche künftig in der Zeitschiene der ... Sendungen ausgestrahlt werden."

3.4.3. Die Vorgeschichte dieser Medienmitteilung ist umstritten. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, G._____ habe stellvertretend für die Beklagte wie auch für die "F._____" gehandelt (act. 1 Rz. 13; 17 Rz. 38). Die "F._____" sei eine Drittpartei, welche die Sendung "H._____" produziert habe, die von der Klägerin an Wochentagen zwischen 10 Uhr und 13.15 Uhr und zwischen 14 Uhr und 17 Uhr sowie an Samstagen und Sonntagen zwischen 15 Uhr und 17 Uhr ausgestrahlt worden sei (act. 1 Rz. 10). G._____ habe die Klägerin anlässlich eines Telefonats am Samstag, 13. März 2010, aufgefordert, die Verträge mit der Beklagten

und der "F._____" mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Die Klägerin habe diese Kündigungen aber nicht ausgesprochen (act. 1 Rz. 31; 17 Rz. 16 ff.). Daraufhin habe G._____ die Klägerin anlässlich desselben Telefonats informiert, dass die Sendung "H._____" bzw. "D._____" ab Montag, 15. März 2010, nicht mehr produziert werde (act. 1 Rz. 34; 17 Rz. 7, 19). Auf die telefonische Nachfrage des klägerischen Geschäftsführers, I._____ (act. 1 Rz. 16), habe G._____ bestätigt, dass die Sendung bereits ab Montagmorgen nicht mehr zur Verfügung gestellt werde (act. 1 Rz. 37; 17 Rz. 23). Die Absetzung der Sendung durch die Beklagte habe der Klägerin keine Wahl gelassen: Sie habe eine Medienmitteilung versenden müssen (act. 1 Rz. 40). Die Zuschauer hätten so kurzfristig nur mittels einer Medienmitteilung auf die Programmänderung hingewiesen werden können (act. 17 Rz. 25). Die Beklagte bestreitet, dass G._____ als Vertreter der Beklagten gehandelt habe (act. 10 Rz. 80). Sie stellt sich auf den Standpunkt, offensichtlich hätten über das Wochenende vom 13./14. März 2010 bei der Klägerin interne Diskussionen zwischen den klägerischen Verwaltungsräten G._____ und I._____ stattgefunden, bei welchen letzterer sich durchgesetzt und eine Absetzung der Sendung "D._____" entschieden habe. Dieser Entscheid sei nicht, wie zu erwarten gewesen wäre, zuerst der Beklagten mitgeteilt und begründet, sondern direkt der Öffentlichkeit kommuniziert worden (act. 10 Rz. 29, 67, 76). Die Beklagte sei am 14. März 2010 von der klägerischen Medienmitteilung völlig überrascht worden (act. 10 Rz. 30, 135). Diese umstrittene Vorgeschichte und insbesondere auch die Frage, ob G._____ stellvertretend für die Beklagte gehandelt habe, ist für die Entscheidungsfindung - wie nachfolgend gezeigt wird - unerheblich, weshalb beweismässige Abklärungen unterbleiben können.

3.4.4. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe den Kooperationsvertrag durch die Medienmitteilung vom 14. März 2010 fristlos gekündigt (act. 10 Rz. 32, 37, 125, 147). Sie habe die Mitteilung der Klägerin am Sonntag, 14. März 2010, über die Medien erhalten (act. 10 Rz. 110). Sie habe die Sendung "D._____" am Sonntag noch produziert und der Klägerin zugesandt. Die Klägerin habe diese Sendung noch ausgestrahlt, danach aber ihre Kündigung in die Tat umgesetzt und die Ausstrahlung der ihr durch eine andere Vertragspartnerin am 15. März 2010 zugesandten Vormittagssendung "H._____" verweigert (act. 10 Rz.

44). Die Beklagte sei berechtigt gewesen, die Mitteilung und das Handeln der Klägerin als fristlose Kündigung zu verstehen und zu akzeptieren (act. 10 Rz. 45). Sie habe am Montag, 15. März 2010, vormittags berechtigterweise beschlossen, auf die Sendezeit der Klägerin zu verzichten und die Produktion einzustellen (act. 10 Rz. 46, 99).

3.4.5. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, bei der Medienmitteilung vom 14. März 2010 habe es sich nur um eine Information der Zuschauer und nicht um eine Gestaltungserklärung gegenüber der Beklagten gehandelt (act. 17 Rz. 8, 28). Auch der Beklagten sei stets klar gewesen, dass die Mitteilung keine Kündigung darstelle (act. 17 Rz. 127, 138). Als Gestaltungserklärung sei die Kündigung grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich. Die Klägerin habe aber in der Medienmitteilung publik gemacht, dass sie "bis auf weiteres auf die Ausstrahlung der ... Sendungen auf ihrem Sender" verzichte. Die Ausstrahlung hätte nur vorübergehend unterbrochen werden sollen (act. 17 Rz. 27, 138).

3.4.6. In erster Linie bestimmt sich der Erklärungscharakter, die Erklärungsrichtung und der Erklärungsinhalt einer Mitteilung wie der klägerischen Medienmitteilung vom 14. März 2010 nach dem übereinstimmenden tatsächlichen Parteiverständnis (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 212, 215). Steht fest, dass der Empfänger eine Erklärung tatsächlich so verstanden hat, wie sie vom Erklärenden gemeint war, bleibt für die Anwendung des Vertrauensprinzips kein Raum (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 215; BGE 105 II 19 f.; 123 III 22; 127 III 255). Lässt sich das übereinstimmende tatsächliche Parteiverständnis nicht mehr mit Sicherheit feststellen, ist eine Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (BGE 129 III 122 E. 2.5). Für die Bestimmung des Erklärungscharakters, der Erklärungsrichtung und des Erklärungsinhalts ist massgebend, wie der Empfänger das Verhalten im damaligen Zeitpunkt und unter Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände in guten Treuen, d.h. als vernünftige und korrekte Person, verstehen durfte und musste. Das Vertrauensprinzip weist das auslegende Gericht an, den objektiven Sinn der Erklärung zu ermitteln (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 209, 212). Im Rahmen der Auslegung einer Erklärung nach dem Vertrauens-

prinzip bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, die Parteien hätten die Worte gemäss dem gewöhnlichen Sprachgebrauch verwendet. Als ergänzende Auslegungsmittel sind sodann die Umstände heranzuziehen (vgl. GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 1206 ff., 1212 ff.). Im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln kommt dem Wortlaut aber der Vorrang zu. Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 1220). Die Behauptungs- und Beweislast für einen vom objektiven Sinn abweichenden wirklichen Willen des Erklärenden, welcher vom Empfänger tatsächlich richtig verstanden wurde, trägt jene Partei, welche daraus zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (vgl. BGE 121 III 123 E. 4 für einen vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillen).

3.4.7. Die Beklagte macht geltend, sie habe die klägerische Medienmitteilung vom 14. März 2010 als fristlose Kündigung des Kooperationsvertrags verstehen dürfen. Um zu prüfen, ob die Beklagte in ihrem behaupteten Verständnis der Medienmitteilung zu schützen ist, und um die Behauptungs- und Beweislast für ein vom objektiven Sinn abweichendes tatsächliches Parteiverständnis zu bestimmen, ist der objektive Sinn dieser Mitteilung zu ermitteln.

3.4.7.1. Auszugehen ist vom primären Auslegungsmittel, dem unbestrittenen Wortlaut der Medienmitteilung (vgl. IV.3.4.2.). Die Formulierung im Betreff der Email, die Klägerin *"verzichtet bis auf weiteres auf die Ausstrahlung der ... Sendungen auf ihrem Sender"*, lässt nicht darauf schliessen, dass die Klägerin den Kooperationsvertrag auflösen will. Da es sich bei der Sendung *"D._____"* um eine sogenannte ...-Sendung handelte, durfte die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin bis auf weiteres auf die Ausstrahlung dieser Sendung verzichten will. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch hat das Wort *"bis auf weiteres"* die Bedeutung von *"vorläufig"* und *"vorübergehend"*; es steht im Gegensatz zu *"definitiv"*. Die Beklagte durfte also der Medienmitteilung nicht den Erklärungsinhalt beilegen, dass die Klägerin *"definitiv"* auf die Ausstrahlung verzichten (act. 10 Rz. 109, 126), geschweige denn den Kooperationsvertrag auflösen will. Unzutref-

fend ist demnach die Auffassung der Beklagten, die Medienmitteilung vom 14. März 2010 könne nur so verstanden werden, dass die Klägerin den "*definitiven*" Verzicht und "*damit die Auflösung des Kooperationsvertrags*" kommuniziert habe (act. 10 Rz. 124). Da die Beklagte nicht direkt angesprochen, sondern nur als eine der "*Produzenten*" erwähnt wird, durfte sie auch nicht von einer an sie gerichteten Erklärung ausgehen. Unerheblich ist, ob die Medienmitteilung der Beklagten über die Medien zugeht, da die Mitteilung an die Beklagte hätte gerichtet sein müssen.

3.4.7.2. Nebst dem Wortlaut sind bei der Ermittlung des objektiven Sinns die Umstände der Medienmitteilung vom 14. März 2010 heranzuziehen. Wenn diese nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es aber beim Wortlaut sein Bewenden. Der Nachweis der beklagtischen Vorgeschichte (vgl. IV.3.4.3.) würde keinen anderen Schluss erlauben, als dass die Medienmitteilung vom 14. März 2010 nicht als fristlose Kündigung verstanden werden durfte, weshalb beweismässige Abklärungen unterbleiben können. Der bestrittene Umstand, dass der klägerische Verwaltungsrat über das Wochenende vom 13./14. März 2010 die Absetzung der Sendung entschieden habe, ist für die Ermittlung des objektiven Sinns unerheblich, da er für die Beklagte im damaligen Zeitpunkt nach deren eigener Darstellung gar nicht erkennbar war. Die Beklagte stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, dass sie von der klägerischen Medienmitteilung völlig überrascht worden sei und die interne Diskussion bei der Klägerin nicht kenne (act. 10 Rz. 30, 94).

3.4.7.3. Demnach ist festzuhalten, dass die Beklagte die Medienmitteilung vom 14. März 2010 im damaligen Zeitpunkt und unter Würdigung aller ihr erkennbaren Umstände als vernünftige und korrekte Person nicht als eine an sie gerichtete Erklärung der Klägerin, den Kooperationsvertrag mit sofortiger Wirkung auflösen zu wollen, verstehen durfte. Dieser ermittelte objektive Sinn der Medienmitteilung deckt sich mit dem klägerischen Standpunkt.

3.4.8. Die Beklagte trägt demnach die Behauptungslast für einen vom objektiven Sinn der Medienmitteilung vom 14. März 2010 abweichenden, ihr gegenüber erklärten, wirklichen Willen der Klägerin, den Kooperationsvertrag aufzulösen, den

sie tatsächlich richtig verstanden hat. Den Ausführungen der Beklagten ist aber keine dahingehende Behauptung zu entnehmen. Die Beklagte behauptet nicht, dass eine Organperson der Klägerin zu einem bestimmten Zeitpunkt eine solche Willenserklärung gegenüber der Beklagten abgegeben hätte. Die Beklagte bezieht sich mit ihren Ausführungen vielmehr auf die Medienmitteilung vom 14. März 2010 und behauptet, diese Mitteilung abweichend von deren objektiviertem Sinn verstanden zu haben. In diesem behaupteten Verständnis ist die Beklagte aber nicht zu schützen. Dahingestellt bleiben kann demnach, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 15. März 2010 (act. 3/19) ein gewichtiges Indiz gegen deren behauptetes *tatsächliches* Verständnis von der Medienmitteilung darstellen würde. Wie die Klägerin zutreffend ausführt (act. 17 Rz. 9), wäre kaum nachzuvollziehen, wieso die Beklagte am 15. März 2010 das Vertragsverhältnis selbst hätte kündigen sollen, wenn sie tatsächlich davon ausgegangen wäre, dass dieses tags zuvor durch die Klägerin gekündigt worden sei. Unzutreffend ist im Lichte der vorstehenden Erwägungen insbesondere auch die nicht näher begründete Auffassung der Beklagten, die Medienmitteilung sei auch an sie gerichtet gewesen (act. 10 Rz. 126).

3.4.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Medienmitteilung keine Kündigung darstellt, weshalb der Kooperationsvertrag am 14. März 2010 nicht mit sofortiger Wirkung gekündigt wurde.

3.4.10. Die Beklagte stellt sich weiter auf den Standpunkt, mit dem am 15. März 2010 erzwungenen Produktionsstopp habe sie den Entscheid der Klägerin, die Sendung abzusetzen, akzeptiert. Sie habe die Klägerin beim Wort genommen (act. 10 Rz. 38, 158). Damit macht die Beklagte zumindest sinngemäss geltend, die Klägerin habe mit der Medienmitteilung vom 14. März 2010 die Auflösung des Kooperationsvertrags offeriert. Der objektive Sinn der Medienmitteilung vom 14. März 2010 besteht aber offensichtlich auch nicht in einer Offerte zur sofortigen Vertragsauflösung, geschweige denn in einer an die Beklagte gerichteten Offerte, welche diese hätte akzeptieren können. Die Behauptungslast für einen vom objektiven Sinn abweichenden wirklichen Willen der Klägerin, der Beklagten die sofortige Vertragsauflösung zu offerieren, trägt die Beklagte. Den beklagti-

schen Ausführungen sind aber auch keine dahingehenden Behauptungen zu entnehmen. Demzufolge wurde der Kooperationsvertrag auch nicht durch einen Aufhebungsvertrag zwischen den Parteien aufgelöst.

3.5. Im Folgenden ist weiter zu prüfen ob die Mitteilung der Beklagten vom 15. März 2010 (act. 3/19) den Anforderungen des Kooperationsvertrages an den Bestand einer fristlosen Kündigung entsprach.

3.5.1. Die Beklagte führt aus, sie habe am Montag, 15. März 2010, vormittags intern über die Reaktion auf die Medienmitteilung vom 14. März 2010 diskutiert, dabei zur Kenntnis erhalten, dass die Klägerin die Ausstrahlung der Vormittagssendung "H._____" verweigert habe, und dann entschieden, nunmehr im Gegenzug ihrerseits die Leistung zu verweigern und vom Vertrag zurückzutreten (act. 10 Rz. 99, 122). Sie sei gestützt auf § 10.3 des Kooperationsvertrags berechtigt gewesen, den Kooperationsvertrag selbst mit sofortiger Wirkung zu kündigen (act. 10 Rz. 39, 50). Die Beklagte führt unter Verweis auf § 10.3 Abs. 1 lit. c des Kooperationsvertrags aus, die Klägerin habe am 14. März 2010 mitgeteilt, dass sie keine Sendezeit mehr zur Verfügung stelle, also eine wesentliche vertragliche Verpflichtung nicht mehr einhalte (act. 10 Rz. 51), ohne dass sie einen Grund zur Absetzung der Sendung gehabt habe (act. 10 Rz. 39). Unter Verweis auf Art. 108 Ziff. 1 und Ziff. 3 OR macht die Beklagte geltend, sie sei nicht verpflichtet gewesen, der Klägerin eine Nachfrist anzusetzen, denn es sei klar erstellt gewesen, dass die Klägerin die Sendung nicht ausstrahlen würde (act. 10 Rz. 125). Unter Verweis auf § 10.3. Abs. 1 lit. e und Abs. 2 bzw. § 10.3 Abs. 1 lit. d des Kooperationsvertrags führt die Beklagte weiter aus, die Klägerin habe am 14. März 2010 mitgeteilt, dass sie die rechtliche Zulässigkeit der Sendung und auch die Gesetzestreue und Redlichkeit der Beklagten ausdrücklich und öffentlich in Frage stelle (act. 10 Rz. 52). Die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach § 10.3 Abs. 1 lit. e und d sowie Abs. 2 des Kooperationsvertrags seien erfüllt gewesen, denn aus dem Vertrag ergebe sich klar und deutlich, dass die Parteien diesen fristlos auflösen könnten, wenn die Legalität der Sendung in Frage gestellt sei (act. 10 Rz. 125).

3.5.2. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe die Kündigung des Kooperationsvertrags am Montag, 15. März 2010, um 11.45 Uhr per Email versandt (act. 1 Rz. 57). Als Grund für die fristlose Kündigung habe die Beklagte angegeben, die Klägerin strahle die Sendung "H._____" bzw. "D._____" nicht mehr aus und verletze damit ihre Hauptleistungspflicht. Dies sei aber zu keinem Zeitpunkt der Fall gewesen (act. 1 Rz. 58). Die Beklagte habe der Klägerin ab Montag keine Sendung mehr zur Verfügung gestellt (act. 1 Rz. 59). Die Klägerin macht geltend, § 10.3 lit. c des Kooperationsvertrags sehe vor, dass eine fristlose Kündigung bei Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht nur dann möglich sei, wenn sich die verletzende Partei trotz schriftlicher Abmahnung und Ansetzung einer Nachfrist nach Ablauf der Nachfrist weiterhin vertragsverletzend verhalte. Im vorliegenden Fall liege keine Vertragsverletzung seitens der Klägerin vor, keine schriftliche Nachfristansetzung durch die Beklagte und somit auch kein vertragsverletzendes Verhalten der Klägerin über den Ablauf der Nachfrist hinaus. Die Beklagte habe die Kündigung ausgesprochen, bevor die Klägerin das erste Mal eine Sendung "D._____" nicht ausgestrahlt habe. Beginn der fraglichen Sendung wäre nämlich 22.45 Uhr gewesen (act. 1 Rz. 60). Da die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, den Kooperationsvertrag fristlos zu kündigen, könne die Kündigung nur als ordentliche Kündigung anerkannt werden, welche unter Berücksichtigung der dreimonatigen Kündigungsfrist nach § 10.2 des Kooperationsvertrags per Ende Juni 2010 Wirkung entfalte (act. 1 Rz. 62, 86).

3.5.3. Die Behauptung der Klägerin, die beklagtische Kündigung sei ihr am Montag, 15. März 2010, um 11.45 Uhr per Email zugegangen (act. 1 Rz. 57), wird von der Beklagten nicht bestritten, jedenfalls nicht genügend substantiiert. Die Beklagte bestreitet den Abschnitt der Klagebegründung vom 12. Mai 2010, der diese Behauptung enthält, nur allgemein (act. 10 Rz. 122), während sie sich in ihrer Klageantwort vom 4. Oktober 2010 selbst auf den Standpunkt stellt, dass die Klägerin die beklagtische Rücktrittsmittelung am 15. März 2010 mittags erhalten habe (act. 10 Rz. 48). Demnach ist die Behauptung der Klägerin, sie habe die Kündigung um 11.45 Uhr erhalten, von der Beklagten anerkannt.

3.5.4. Die klägerische Behauptung, § 10.3 lit. c des Kooperationsvertrags sehe vor, dass eine fristlose Kündigung bei Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht nur dann möglich sei, wenn sich die verletzende Partei trotz schriftlicher Abmahnung und Ansetzung einer Nachfrist nach Ablauf der Nachfrist weiterhin vertragsverletzend verhalte, wird von der Beklagten nur insoweit in Abrede gestellt, als dass keine Verpflichtung zur Nachfristansetzung bestehe, wenn klar erstellt sei, dass die Klägerin die Sendung nicht ausstrahlen würde (act. 10 Rz. 125). Die Beklagte bestreitet also nicht, dass der Kooperationsvertrag im Falle der Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht eine schriftliche Nachfristansetzung verlangt, bevor eine fristlose Kündigung möglich ist. Dies bringt sie auch klar zum Ausdruck, wenn sie an einer anderen Stelle in ihrer Klageantwort vom 4. Oktober 2010 von einer Nachfrist spricht, welche die Klägerin der Beklagten hätte ansetzen müssen (act. 10 Rz. 125). Indem die Beklagte auf Art. 108 Ziff. 1 und Ziff. 3 OR verweist, beruft sie sich auf dispositives Gesetzesrecht, welches nur mangels einer abweichenden vertraglichen Regelung anwendbar wäre. Die Beklagte scheint sich in erster Linie auf Art. 108 Ziff. 1 OR zu berufen. Nach dieser Vorschrift erübrigt sich eine Nachfristansetzung, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sich die Nachfrist als unnütz erweisen würde. Ob die Ziff. 1 und Ziff. 3 von Art. 108 OR auf den vorliegenden Innominatkontrakt im Falle einer wesentlichen Vertragsverletzung überhaupt anwendbar sind, kann offen gelassen werden, da aus dem Verhalten der Klägerin nicht hervorging, dass sich die Nachfristansetzung als unnütz erwiesen hätte (vgl. dazu nachstehend IV.3.6.2. ff.). Da die Beklagte unstrittig nicht abmahnte und der Klägerin keine Nachfrist ansetzte, sind die Anforderungen von § 10.3 Abs. 1 lit. c des Kooperationsvertrags an den Bestand einer Kündigung mit sofortiger Wirkung nicht erfüllt. Unerheblich ist demnach, ob die Klägerin mit der Medienmitteilung vom 14. März 2010 eine wesentliche Vertragsverletzung beging, weshalb beweismässige Abklärungen zur umstrittenen Vorgeschichte der Medienmitteilung unterbleiben können.

3.5.5. Auch die von der Beklagten geltend gemachten Anforderungen von § 10.3 Abs. 1 lit. d, e oder Abs. 2 des Kooperationsvertrags an eine Kündigung mit sofortigen Wirkung sind nicht erfüllt. Den beklagtischen Ausführungen lassen

sich keine substantiierten Behauptungen entnehmen, dass einer der folgenden Fälle eingetreten wäre:

- dass einer der Vertragspartner vorsätzlich nachhaltig gegen die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen verstossen hätte;
- dass das Programmformat "D._____" und/oder die Anruffunktionen gleich aus welchem Rechtsgrund ganz oder zum Teil durch behördliche oder gerichtliche Anordnung oder durch einen berechtigten Dritten untersagt worden wäre;
- dass Massnahmen und Gesetzesänderungen nach Vertragsschluss das Angebot der interaktiven Programmelemente wesentlich verschlechtert hätten.

Die Beklagte ist der Auffassung, die Anforderungen an den Bestand einer fristlosen Kündigung nach § 10.3 Abs. 1 lit. e und d sowie Abs. 2 des Kooperationsvertrags seien erfüllt, denn aus dem Vertrag ergebe sich klar und deutlich, dass die Parteien diesen fristlos auflösen könnten, wenn die Legalität der Sendung in Frage gestellt sei (act. 10 Rz. 125). Indem die Beklagte die Auffassung vertritt, "*aus dem Vertrag ergebe sich klar und deutlich*", macht sie in objektiver Auslegung des Kooperationsvertrags einen mutmasslichen Parteiwillen geltend, anstatt einen tatsächlich übereinstimmenden Vertragswillen der Parteien zu behaupten. Die Frage des mutmasslichen Parteiwillens ist eine vom Gericht zu klärende Rechtsfrage. In Beantwortung dieser Frage ist festzuhalten, dass der Beklagten nicht gefolgt werden kann, soweit sie sich auf den Standpunkt stellt, aus dem Vertrag ergebe sich, die Parteien könnten diesen fristlos auflösen, wenn die Legalität der Sendung *durch eine der Parteien* in Frage gestellt sei. Aus dem Vertrag ergibt sich vielmehr, dass der Vertrag mit sofortiger Wirkung gekündigt werden kann, wenn die Sendung durch eine Behörde, ein Gericht oder einen berechtigten Dritten untersagt wird. Dies wird von der Beklagten aber nicht behauptet.

3.5.6. Es kann auch nicht gesagt werden, die Klägerin habe mit ihrer Medienmitteilung vom 14. März 2010 die Legalität der streitgegenständlichen Sendung

und auch die Gesetzestreue und Redlichkeit der Beklagten ausdrücklich und öffentlich in Frage gestellt (act. 10 Rz. 104, 148). In der Medienmitteilung wurde nämlich weder die streitgegenständliche Sendung noch die Beklagte namentlich erwähnt. Im Übrigen haben nur die als Teilbegründung für den vorläufigen Ausstrahlungsverzicht angeführten *"Abklärungen, die gegen die Produzenten der ... Sendungen laufen"*, einen negativen Unterton. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Beklagte nicht bestreitet, dass der *"E._____"* unmittelbar nach seiner Sendung vom 9. März 2010 für seine nächste Sendung vom 16. März 2010 im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Sendung *Recherchen* gestartet gehabt habe (act. 1 Rz. 25; 10 Rz. 107, 131). Da das Wort *"Recherchen"* nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch die Bedeutung von *"Abklärungen"* hat, kann nicht gesagt werden, die Klägerin habe mit ihrer Medienmitteilung vom 14. März 2010 *"unterstellt"*, es würden Abklärungen gegen die Beklagte laufen (act. 10 Rz. 92). Unzutreffend ist auch die Auffassung der Beklagten, die Medienmitteilung lasse keinen anderen Schluss zu, als dass amtliche Untersuchungen gegen die Beklagte laufen würden (act. 10 Rz. 107), da die Abklärungen nicht näher beschrieben wurden. Wie die Klägerin zutreffend anmerkt (act. 17 Rz. 223), hätten beispielsweise auch journalistische Abklärungen gemeint sein können, weshalb nicht auf amtliche, geschweige denn strafrechtliche, Untersuchungen geschlossen werden musste. Offensichtlich unzutreffend ist schliesslich die Auffassung der Beklagten, die Klägerin habe am 14. März 2010 mitgeteilt, dass sie die Sendung für illegal halte (act. 10 Rz. 123). Demnach bestand auch kein wichtiger Grund im Sinne der Generalklausel von § 10.3 des Kooperationsvertrags, der die Vertragserfüllung für die Beklagte unzumutbar gemacht hätte.

3.5.7. Demzufolge ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Mitteilung der Beklagten vom 15. März 2010 den Anforderungen des Kooperationsvertrages an den Bestand einer fristlosen Kündigung nicht entsprach.

3.6. Die Beklagte macht weiter geltend, sie sei insbesondere auch gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 108 Ziff. 1 und Ziff. 3 OR sowie Art. 109 Abs. 1 OR berechtigt gewesen, zufolge Verzugs der Klägerin vom Vertrag zurückzutreten (act. 10 Rz. 37, 46, 50). Eine Nachfristansetzung sei nach

Art. 108 Ziff. 1 und Ziff. 3 OR nicht nötig gewesen, da die Klägerin kommuniziert habe, mit sofortiger Wirkung die Sendezeit definitiv nicht mehr zur Verfügung zu stellen, und die Sendezeit klar bestimmt gewesen sei (act. 10 Rz. 47, 125). Das beklagte Vorgehen entspreche Art. 107 OR, wenn ein Schuldner in zweiseitigen Verträgen ankündige, seine Hauptleistung nicht vertragsgemäss zu erbringen (act. 10 Rz. 135). Die Beklagte sei am 15. März 2010 zufolge Verzugs der Klägerin bzw. Ankündigung der definitiven Leistungsverweigerung am 14. März 2010 berechtigterweise per sofort vom Vertrag zurückgetreten (act. 10 Rz. 136). Die Klägerin sei seit dem 15. März 2010 in Verzug gewesen (act. 10 Rz. 151).

3.6.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass neben der vertraglichen Regelung kein Raum für die Berufung auf gesetzliche ausserordentliche Kündigungsgründe bleibe. Das grundsätzliche Erfordernis der Abmahnung und Nachfristansetzung würde aber bestehen bleiben (act. 1 Rz. 60). Die Klägerin führt weiter aus, sie habe am 15. März 2010 gar keine Gelegenheit gehabt, in Verzug zu geraten, da die Beklagten den Kooperationsvertrag vor Beginn der Sendung um 22.45 Uhr, und somit vor Fälligkeit ihrer Verpflichtung, gekündigt habe. Die Kündigung sei bereits am Montagmorgen mündlich durch Mitteilung von G._____ erfolgt und am Mittag durch den Geschäftsführer der Beklagten, J._____, schriftlich bestätigt worden (act. 17 Rz. 34, 88). Ihre Verpflichtung, Sendezeit für den betreffenden Tag zur Verfügung zu stellen, sei erst am Montagabend um 22.45 Uhr fällig geworden (act. 17 Rz. 89).

3.6.2. Die Beklagte beruft sich auf die Art. 107 ff. OR, welche dispositive gesetzliche Anforderungen an ein Rücktrittsrecht zufolge Verzugs enthalten (ZR 80 [1981] Nr. 89 E. IX.), wobei bei einem Dauerschuldverhältnis wie im vorliegenden Fall an die Stelle des Rechts zum Rücktritt dasjenige zur Kündigung tritt (BGE 123 III 124 E. 3b). Befindet sich ein Schuldner bei einem zweiseitigen Vertrag in Verzug, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1 OR). Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Dies ist dann der

Fall, wenn der Schuldner klar und definitiv erklärt, er werde die Leistung nicht erbringen. Wird eine solche Leistungsverweigerung schon vor der Fälligkeit der Leistung ausgesprochen, liegt eine antizipierte Vertragsverletzung vor, welche den Gläubiger in analoger Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 108 Ziff. 1 OR zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt (Urteil des Bundesgerichts 4C.58/2004 vom 23. Juni 2004 E. 3.3; ZR 40 [1941] Nr. 114 E. 5 ff.).

3.6.3. Die klägerische Leistung vom 15. März 2010, die Zurverfügungstellung von Sendezeit, wurde um 22.45 Uhr fällig. Die Beklagte will den Kooperationsvertrag am 15. März 2010 um 11.45 Uhr, mithin vor Fälligkeit dieser Leistung, gekündigt haben (vgl. V.3.5.3.). Demnach kommt höchstens eine Kündigung gestützt auf eine antizipierte Vertragsverletzung der Klägerin in analoger Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 108 Abs. 1 OR in Betracht. Zu einer Kündigung vor der Fälligkeit der klägerischen Leistung ohne Nachfristsetzung berechtigt aber nur eine klare und definitive Leistungsverweigerung der Klägerin. Der Auffassung der Beklagten, die klägerische Medienmitteilung vom 14. März 2010 stelle eine definitive Leistungsverweigerung dar, ist unzutreffend. Der Wortlaut der Medienmitteilung, die Klägerin verzichte "*bis auf weiteres*" auf die Ausstrahlung, lässt einzig klar auf eine vorläufige Leistungsverweigerung schliessen (vgl. IV.3.4.7.). Hinzu kommt, dass die Klägerin die Sendung "*D._____*" am 14. März 2010 unstrittig immer noch ausstrahlte, nachdem sie die Medienmitteilung versandt hatte (act. 10 Rz. 44). Aufgrund dieses Umstandes durfte die Beklagte schon gar nicht von einer klaren Leistungsverweigerung ausgehen, denn diese Ausstrahlung steht offensichtlich im Widerspruch zur klägerischen Mitteilung, mit sofortiger Wirkung auf die Ausstrahlung zu verzichten. Daran vermöchte der Nachweis der bestrittenen Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe am 15. März 2010 die Ausstrahlung der ihr durch eine andere Vertragspartnerin zugesandten Vormittagssendung "*H._____*" verweigert (act. 10 Rz. 33, 44), nichts zu ändern, da diese behauptete Ausstrahlungsverweigerung nicht das Vertragsverhältnis mit der Beklagten betroffen und damit in diesem Verhältnis nicht hätte für Klarheit sorgen können. Schliesslich war aufgrund des Wortlauts der Medienmitteilung, die Klägerin verzichte "*bis auf weiteres*" auf die Ausstrahlung, auch unklar, bis wann die Klägerin die Leistung verweigern will.

3.6.4. Demnach ist festzuhalten, dass die Beklagte die Medienmitteilung vom 14. März 2010 und das Verhalten der Klägerin nicht als klare und definitive Leistungsverweigerung verstehen durfte. Deshalb entsprach die beklagte Mitteilung vom 15. März 2010 den Anforderungen von Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 108 Ziff. 1 OR an den Bestand einer Kündigung ohne Nachfristansetzung nicht. Die Beklagte hätte der Klägerin eine angemessene Nachfrist zur gehörigen Erfüllung des Kooperationsvertrags ansetzen müssen. Es bestand jedenfalls Grund genug, durch eine Nachfristansetzung für Klarheit zu sorgen. Die Beklagte kontaktierte die Klägerin aber gemäss ihrer eigenen Darstellung nach der für sie angeblich völlig überraschenden Medienmitteilung vom 14. März 2010 nicht einmal, bevor sie am nächsten Tag die Kündigung aussprach. Da die Beklagte ihre Kündigung auch nicht auf Art. 107 ff. OR stützen kann, kann letztlich offen gelassen werden, ob das dispositive gesetzliche Kündigungsrecht der Art. 107 ff. OR auf den vorliegenden Kooperationsvertrag überhaupt anwendbar ist oder durch eine abweichende vertragliche Regelung verdrängt wird.

3.7. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass in Ermangelung einer wirksamen fristlosen Kündigung von einer Vertragsbeendigung Ende Juni 2010 auszugehen ist; dahingehend sind sich die Parteien einig (act. 10 Rz. 149).

4. Nichtschuld der Vergütung nach § 8 des Kooperationsvertrags

4.1. Die Beklagte wendet weiter ein, im Falle eines nach dem 15. März 2010 weiterbestehenden Vertrags sei die Vergütung nach § 8.1 des Kooperationsvertrags nicht geschuldet.

4.2. Der Kooperationsvertrag sieht in den §§ 8.1 und 8.2 folgende Regelung vor:

"Für den Fall, dass SENDER während der Vertragslaufzeit das Programmformat "D._____" nicht ausstrahlt und/oder die Anruffunktionen aufgrund eines Umstandes, der SENDER zuzurechnen ist, nicht anbietet und/oder ausstrahlt und somit die Generierung von Umsätzen für B._____ entfällt, erhält B._____ Sendezeit in gleichem Umfang wie ausgefallen. Ist ein Ersatz von

Sendezeit nicht möglich, erhält B._____ einen pauschalisierten Schadenersatz in der Höhe von CHF 700.- (zzgl. MwSt.) pro entfallener Sendestunde. Zudem gelten die Haftungs- und Erstattungsregelungen in § 9 des Vertrages.

Für den Fall, dass SENDER während der Vertragslaufzeit das Programmformat "D._____" aus einem Grund nicht ausstrahlen kann, der nicht von SENDER zu vertreten ist, bleibt die Vergütung gemäss § 7 geschuldet. Ausgenommen hiervon sind Sendeausfälle gemäss § 8.3."

4.3. Die Beklagte macht geltend, wenn von einem nach dem 15. März 2010 weiterbestehenden Vertragsverhältnis auszugehen sei, komme § 8.1 des Kooperationsvertrags zur Anwendung (act. 10 Rz. 60). Die Klägerin habe am 14. März 2010 die Absetzung der Sendung entschieden und kommuniziert und die Sendung seit dem 15. März 2010 nie mehr ausgestrahlt. Sie habe nie mehr Sendezeit zur Verfügung gestellt und die Beklagte auch nie zur Produktion und Zusendung einer Sendung aufgefordert (act. 10 Rz. 56). § 8.1 des Kooperationsvertrags regle die Nichtausstrahlung aufgrund eines Umstandes, welcher der Klägerin zuzurechnen sei (act. 10 Rz. 58). Die Parteien hätten einen pauschalisierten Schadenersatz vereinbart, welcher von der Klägerin geschuldet sei, wenn sie die Sendung nicht ausstrahle. Dieser Schadenersatz sei geschuldet, ohne dass die Beklagte gleichzeitig die Vergütung nach § 7 des Kooperationsvertrags bezahlen müsste. Dies ergebe sich nicht nur aus dem Sinn und Zweck von § 8.1, sondern auch ausdrücklich aus § 8.2 des Kooperationsvertrags, der *e contrario* festhalte, dass die monatliche Vergütung nur dann weiter geschuldet sei, wenn die Klägerin für die Nichtausstrahlung nicht verantwortlich sei. Vorliegend sei dafür aber allein die Klägerin verantwortlich (act. 10 Rz. 59).

4.4. Die Klägerin macht geltend, § 7.1 in Verbindung mit § 8.2 des Kooperationsvertrags verpflichte die Beklagte zur Bezahlung der Vergütung während der Kündigungsfrist (act. 17 Rz. 109, 129). Sie bestreitet, für die Nichtausstrahlung verantwortlich zu sein, und stellt sich auf den Standpunkt, sie habe aufgrund der beklagischen Ankündigung, die Sendung nicht weiter zu produzieren, die vorübergehende Sistierung von deren Ausstrahlung beschlossen. Die Sendung sei

ab dem 15. März 2010 nie mehr ausgestrahlt worden, da die Beklagte die Produktion tatsächlich - wie am 13. März 2010 angekündigt - eingestellt habe. Sie habe die Beklagte wiederholt darauf hingewiesen, dass sie für die Weiterführung der Zusammenarbeit offen sei (act. 17 Rz. 19, 176). Die Ausstrahlung sei folglich aus einem Grund unterblieben, der nicht von der Klägerin zu vertreten gewesen sei, weshalb die Voraussetzungen von § 8.2 des Kooperationsvertrags erfüllt seien und die Vergütung gemäss § 7 des Vertrags geschuldet bleibe. § 8.1 des Kooperationsvertrags komme nicht zur Anwendung (act. 17. Rz. 177). Die Pflicht zur Bezahlung der Vergütung gemäss § 7 des Kooperationsvertrags entfalle nur unter den Voraussetzungen von § 8.1 und insbesondere nicht, wenn § 8.2 des Kooperationsvertrags erfüllt sei, wie im vorliegenden Fall. Folglich bleibe die Vergütung bis Ende Juni 2010 geschuldet (act. 17 Rz. 276).

4.5. Die Parteien sind sich einig, dass die Vergütung nach § 8.2 des Kooperationsvertrags geschuldet bleibt, wenn die Klägerin die Sendung aus einem Grund nicht ausstrahlen kann, der nicht von ihr zu vertreten ist. Im vorliegenden Fall ist erstellt, dass die Beklagte die Produktion der Sendung in der falschen Annahme, der Kooperationsvertrag könne mit sofortiger Wirkung gekündigt werden, am 15. März 2010, vormittags einstellte (act. 10, Rz. 46, 99). Die Klägerin bestritt daraufhin mit Schreiben vom 15. März 2010 (act. 3/20) die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung und erklärte gegenüber der Beklagten, sie sei immer noch bereit, ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen (vgl. dazu nachstehend IV.7.6.). Dieses Leistungsangebot vom 15. März 2010 neutralisierte den von der Klägerin angeblich ohne Grund kommunizierten vorläufigen Ausstrahlungsverzicht vom 14. März 2010, weshalb nicht gesagt werden kann, die Nichtausstrahlung der Sendung ab dem 15. März bis Ende Juni 2010 sei von der Klägerin zu vertreten. Demzufolge bleibt die Vergütung nach § 8.2 in Verbindung mit § 7 des Kooperationsvertrags trotz Nichtausstrahlung der Sendung bis zur Vertragsbeendigung Ende Juni 2010 geschuldet.

5. Vorteilsanrechnung

5.1. Die Beklagte führt weiter aus, die Klägerin müsse sich auf ihre Forderung anrechnen lassen, was sie durch anderweitige kommerzielle Nutzung der "Sendezeit der Beklagten" zwischen Mitte März und Ende Juni 2010 erwirtschaftet habe. Sie gehe davon aus, dass die Klägerin mindestens einen Erlös von CHF 400'000.– erwirtschaftet habe. Die Klägerin müsse sich aber auch anrechnen lassen, was sie in der Sendezeit hätte verdienen können. Das seien mindestens CHF 400'000.–. Die Klägerin wolle dieselbe Sendezeit doppelt vermieten bzw. für dieselbe Sendezeit doppelt kassieren und verstosse damit gegen das Bereicherungsverbot. Sollte sie ihre Sendezeit ab dem 15. März 2010 kostenlos abgeben haben, hätte sie ihre Schadenminderungspflicht verletzt (act. 10 Rz. 57, 63 ff., 150 f., 157).

5.2. Die Klägerin bestreitet die Ausführungen der Beklagten und macht geltend, ob und in welchem Umfang die Klägerin den Sendeplatz kommerziell genutzt habe, sei für den vorliegenden Fall ohne Belang. Insbesondere sehe der Kooperationsvertrag keine Vorteilsanrechnung im Falle einer anderweitigen Nutzung vor (act. 17 Rz. 177). Der Kooperationsvertrag sehe auch keine Anrechnung rein hypothetischer Gewinne vor (act. 17 Rz. 180). Die Parteien seien sich der Möglichkeit, die Sendezeit doppelt zu vermieten, bei der Vereinbarung des Kooperationsvertrags bewusst gewesen. Dennoch hätten sie insbesondere in § 8.2 keine Pflicht zu Vorteilsanrechnung statuiert (act. 17 Rz. 181).

5.3. Die Beklagte behauptet nicht - jedenfalls nicht genügend substantiiert - der Kooperationsvertrag sehe vor, dass sich die Klägerin auf die Vergütungsforderung anrechnen lassen müsse, was sie durch anderweitige kommerzielle Nutzung der "Sendezeit der Beklagten" erwirtschaftet habe oder hätte erwirtschaften können. Die Behauptung der Klägerin, die Parteien seien sich der Möglichkeit, die Sendezeit doppelt zu vermieten, beim Vertragsabschluss bewusst gewesen, hätten aber dennoch keine Pflicht zu Vorteilsanrechnung statuiert, wird von der Beklagten nicht bestritten, weshalb eine ergänzungsbedürftige Vertragslücke ausser Betracht fällt. Dem Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anwendet (§ 57

ZPO/ZH), bleibt demnach zu prüfen, ob das Gesetz eine zwingende, der geltend gemachten Vorteilsanrechnung gleichkommende Vorschrift enthält, welche auf den vorliegenden Innominatkontrakt analog angewendet werden müsste. Da der vorliegende Innominatkontrakt insbesondere auch ein mietrechtliches Element enthält, nämlich die Zurverfügungstellung von Sendezeit gegen eine Vergütung, kommt die analoge Anwendung der zugunsten des Mieters einseitig zwingenden gesetzlichen Vorschrift von Art. 264 Abs. 3 lit. b OR in Betracht, welche vorsieht, dass sich der Vermieter bei einer vorzeitigen Rückgabe der Sache anrechnen lassen muss, was er durch anderweitige Verwendung der Sache gewinnt oder absichtlich zu gewinnen unterlässt.

5.4. Das mietrechtliche Element des vorliegenden Innominatkontrakts bedeutet aber nicht, dass diese Vorschrift des Mietrechts unbesehen anwendbar wäre. Vielmehr ist für den Innominatkontrakt in erster Linie die konkrete vertragliche Regelung massgebend, deren Bedeutung durch Auslegung zu ermitteln ist (BGE 120 II 237 E. 4a). Vorliegend wurde ausdrücklich vereinbart, dass die Vergütung gemäss § 7 des Kooperationsvertrags geschuldet bleibt, wenn die Klägerin die Sendung "D._____" aus einem Grund nicht ausstrahlen kann, der nicht von ihr zu vertreten ist. In Anbetracht dieser vertraglichen Regelung musste sich die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses darüber im Klaren gewesen sein, dass die Vergütung unter Umständen geschuldet bleibt, obwohl die Sendung nicht ausgestrahlt wird. Da es sich bei der Klägerin um einen Fernsehsender mit einem 24-Stunden-Programm handelt (act. 1 Rz. 37), musste die Beklagte auch damit rechnen, dass die Sendezeit im Falle einer nicht von der Klägerin zu vertretenden Nichtausstrahlung der streitgegenständlichen Sendung anderweitig - allenfalls kommerziell - genutzt wird. Im Kooperationsvertrag wurde aber dessen ungeachtet keine Vorteilsanrechnung vorgesehen. Dies deckt sich mit der unbestrittenen Behauptung der Klägerin, die Parteien seien sich der Möglichkeit, die Sendezeit doppelt zu vermieten, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bewusste gewesen, hätten aber dennoch vertraglich keine Vorteilsanrechnung statuiert. Angesichts der klaren vertraglichen Regelung erscheint eine analoge Anwendung von Art. 264 Abs. 3 lit. b OR auf den vorliegenden Innominatkontrakt nicht als gebo-

ten, weshalb die von der Beklagten geltend gemachte Vorteilsanrechnung ausser Betracht fällt.

6. Verrechnung

6.1. Die Beklagte hält weiter dafür, die Klage sei eventualiter auch zufolge Verrechnung abzuweisen (act. 10 Rz. 156). Sie macht unter Verweis auf Art. 107 Abs. 2 OR geltend, sie sei berechtigt gewesen, zufolge Verzugs der Klägerin vom Kooperationsvertrag zurückzutreten und Schadenersatz zu fordern (act. 10 Rz. 46). Sie habe einen Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens. Das Verschulden der Klägerin sei offensichtlich (act. 10 Rz. 54). Die Beklagte macht zudem geltend, aus dem am 15. März 2010 erzwungenen Produktionsstopp sei ihr ein Schaden entstanden, der sich aus nutzlosen Aufwendungen und einem entgangenen Gewinn zusammensetze (act. 10 Rz. 158 ff.). Ausserdem sei in § 8.1 des Kooperationsvertrags ein pauschalisierter Schadenersatz vereinbart worden, welcher von der Klägerin geschuldet sei, wenn diese die Sendung nicht ausstrahle und dafür verantwortlich sei (act. 10 Rz. 59).

6.2. Die Klägerin bestreitet, dass die Vergütungsforderung zufolge Verrechnung getilgt worden sei (act. 17 Rz. 282 ff.).

6.3. Die Auffassung der Beklagten, sie sei berechtigt gewesen, ohne Nachfristansetzung nach Art. 107 Abs. 2 OR vom Kooperationsvertrag zurückzutreten bzw. das vorliegende Dauerschuldverhältnis fristlos zu kündigen, ist - wie vorstehend bereits festgehalten - unzutreffend (vgl. IV.3.6.). Demgemäss geht auch die Auffassung der Beklagten fehl, sie habe einen Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens. Da die Nichtausstrahlung der Sendung ab dem 15. März bis Ende Juni 2010 - wie vorstehend bereits festgehalten - nicht von der Klägerin zu vertreten war (vgl. vorstehend IV.4.5.), kann auch keine Rede von einem Schaden aus einem erzwungenen Produktionsstopp bzw. einer Schadenersatzforderung nach § 8.1 des Kooperationsvertrags sein. Demnach erübrigt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit den von der Beklagten aufgelisteten Schadenspositionen und es kann dahingestellt bleiben, ob die Klä-

gerin in ihrer Replik vom 26. April 2011 zurecht darauf hinweist (act. 17 Rz. 114), dass der Bestand einer beklagtischen Verrechnungsforderung bereits mangels genügender Substantiierung zu verneinen wäre. Demzufolge ist festzuhalten, dass die klägerische Vergütungsforderung nicht zufolge Verrechnung getilgt wurde.

7. Einrede des nicht erfüllten Vertrags

7.1. Die Beklagte stellt sich weiter auf den Standpunkt, sie habe aufgrund der angekündigten Verweigerung der Zurverfügungstellung von Sendezeit und der verweigerten Ausstrahlung der Vormittagssendung auf die Sendezeit verzichten und die Vergütung zurückbehalten dürfen (act. 10 Rz. 37). Sie habe am Montag, 15. März 2010, vormittags, berechtigterweise beschlossen, auf die Sendezeit der Klägerin zu verzichten und die Produktion einzustellen (act. 10 Rz. 46, 53, 99). Die Klägerin habe am 15. März 2010 und auch später nie mehr Sendezeit angeboten, geschweige denn die Zusendung einer Sendung abgemahnt (act. 10 Rz. 125), auch nicht im Schreiben vom 15. März 2010, denn dem bloss pauschalen Hinweis in einem Nebensatz, die Klägerin *"sei bereit, den vertraglichen Pflichten nachzukommen"* (act. 3/20), könne angesichts der Hauptthematik im Schreiben nicht diese Botschaft entnommen werden (act. 10 Rz. 127). Da die Klägerin seit dem 15. März 2010 keine Sendezeit mehr zur Verfügung gestellt habe, sei auch die beklagtische Pflicht zur Bezahlung der Sendeplatzmiete entfallen (act. 10 Rz. 150, 152).

7.2. Die Klägerin macht geltend, sie habe der Beklagten mit Schreiben vom 15. März 2010 (act. 3/20) aufgezeigt, dass sie nicht berechtigt gewesen sei, den Kooperationsvertrag fristlos aufzulösen, und dass die Mitteilung vom 15. März 2010 nur als ordentliche Kündigung anerkannt werden könne. Mit demselben Schreiben habe sie der Beklagten angeboten, die Sendung *"D._____"* grundsätzlich oder auch nur während der ordentlichen Kündigungsfrist weiter auszustrahlen (act. 1 Rz. 62).

7.3. Bei einem zweiseitigen Vertrag muss, wer den anderen zur Erfüllung anhalten will, nach Art. 82 OR entweder selbst bereits erfüllt haben oder die Erfül-

lung anbieten, es sei denn, er habe nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen. Art. 82 OR ist auch auf Dauerschuldverhältnisse und Innominatkontrakte anwendbar (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 2241; LEU, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 82). Nach Art. 82 OR kann eine Partei das Leistungsverweigerungsrecht ausüben, wenn ein synallagmatischer Vertrag vorliegt, die beiden Leistungen von Bestand und fällig sind sowie in einem Austauschverhältnis stehen und die Erfüllungswirkung oder Erfüllungsbereitschaft der anderen Partei fehlt. Im Zeitpunkt, in dem die Einrede vorgebracht wird, muss das Rechtsverhältnis rechtswirksam zustande gekommen sein und fortbestehen (LEU, Basler Kommentar, N 3, 6 zu Art. 82 OR). Erhebt der Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR, trifft den klagenden Gläubiger die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und die Fälligkeit der eingeklagten Leistung sowie die ordnungsgemässe Erfüllung oder das gehörige Angebot der Gegenleistung (Art. 8 ZGB; BGE 123 III 19 E. 2b).

7.4. Die Beklagte erhebt im vorliegenden Fall mindestens sinngemäss die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, womit sie die Undurchsetzbarkeit der klägerischen Vergütungsforderung ab dem 15. März 2010 geltend macht. Es ist von einem Eventualstandpunkt der Beklagten auszugehen, da die Einrede des nicht erfüllten Vertrags das Fortbestehen des Kooperationsvertrags nach dem 15. März 2010 voraussetzt, das die Beklagte in erster Linie in Abrede stellt, indem sie die fristlose Kündigung des Vertrags durch die klägerische Medienmitteilung vom 14. März 2010 oder aber durch ihre Mitteilung vom 15. März 2010 geltend macht. Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und die Fälligkeit der Vergütungsforderung wie auch das gehörige Angebot von Sendezeit trägt demnach die Klägerin.

7.5. Vorliegend ist das gültige Zustandekommen des Kooperationsvertrags und die daraus resultierende monatliche Vergütungsforderung der Klägerin gegenüber der Beklagten von CHF 100'000.– unbestritten. Die Forderung ist nach dem unbestrittenen § 7.1 des Kooperationsvertrags jeweils per Ende Monat fällig. Zu prüfen bleibt demnach das gehörige Angebot von Sendezeit der Klägerin.

7.6. Es ist unbestritten, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 15. März 2010 (act. 3/20) erklärte, sie sei *"immer noch bereit, ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen"* (act. 1 Rz. 62; 10 Rz. 127). Demnach kann keine Rede davon sein, dass die Klägerin ab dem 15. März 2010 keine Sendezeit mehr angeboten habe. Der beklagtische Einwand, dem bloss pauschalen Hinweis in einem Nebensatz könne angesichts der Hauptthematik im Brief nicht ein Angebot der Zurverfügungstellung von Sendezeit entnommen werden (act. 10 Rz. 127), ist unbehelflich. Die Beklagte musste dem klägerischen Schreiben vom 15. März 2010 in guten Treuen ein solches Angebot entnehmen, da die Zurverfügungstellung von Sendezeit und die Ausstrahlung der Sendung nach ihrer eigenen zusammengefassten Darstellung der vertraglichen Zusammenarbeit die einzigen zwei vertraglichen Pflichten der Klägerin waren (vgl. act. 10 Rz. 13), und der Brief hauptsächlich zum Thema hatte, die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung zu bestreiten (act. 3/20 S. 1).

7.7. Demzufolge ist das gehörige Leistungsangebot der Klägerin vom 15. März 2010 erstellt, weshalb die von der Beklagten zumindest sinngemäss erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrags unbegründet ist. Die Beklagte durfte ihre Leistung nach dem angeblich ohne Grund kommunizierten Ausstrahlungsverzicht der Klägerin vom 14. März 2010 höchstens bis zum klägerischen Erfüllungsangebot zurückbehalten.

8. Ergebnis

8.1. Im Ergebnis ist bezüglich des Hauptanspruchs festzuhalten, dass nach § 7.1 in Verbindung mit § 8.2 des Kooperationsvertrags für März bis und mit Juni 2010 eine klägerische Vergütungsforderung gegenüber der Beklagten von CHF 100'000.– pro Monat besteht und fällig ist. Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 400'000.– zu bezahlen.

8.2. Eine Minderheit des Gerichts gab eine abweichende Meinung zu Protokoll (act. 19).

9. Verzugszinse

9.1. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte sei mit der monatlichen Zahlung für März 2010 am 10. April 2010 ohne weiteres in Verzug geraten, da die Parteien in § 7.2 des Kooperationsvertrags den 10. des jeweiligen Folgemonats als Verfalltag vereinbart hätten (act. 1 Rz. 88). Die Beklagte lehne die Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Klägerin ab. Deren Nichterfüllung sei somit spätestens seit dem 15. April 2010 (act. 3/27) klar ausgewiesen. Damit sei die Beklagte mit der Zahlung ihrer monatlichen Vergütungen von CHF 100'000.– (zusammen CHF 300'000.–) für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist in Verzug geraten (act. 1 Rz. 89). Die Beklagte schulde der Klägerin gemäss § 7.2 des Kooperationsvertrags Verzugszinse zum Satz von 10 %. Diese seien für die CHF 100'000.– für März 2010 seit dem 10. April 2010 und für die CHF 300'000.– für die Kündigungsfrist seit dem 15. April 2010 geschuldet (act. 1 Rz. 90).

9.2. Die Beklagte bestreitet die klägerische Zinsforderung und macht geltend, sie sei nicht im Verzug (act. 10 Rz. 151 ff.).

9.3. Ein Verzugszins kann gefordert werden, wenn der Schuldner mit der Zahlung einer fälligen Geldleistung in Verzug ist, wobei ein Zins von 5% für das Jahr zu bezahlen ist (Art. 104 Abs. 1 OR). Vertraglich kann auch ein höherer Zinsfuss als 5 % ausbedungen werden (Art. 104 Abs. 2 OR). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR).

9.4. Die Beklagte kommt mit der Leistung der Vergütung nach dem unbestrittenen § 7.2 des Kooperationsvertrags mit Ablauf des 10. des Folgemonats automatisch in Verzug und schuldet der Klägerin einen Verzugszins von 10 %. Deshalb ist die klägerische Zinsforderung nur teilweise gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgenden Zins zu bezahlen:

- Zins von 10 % auf CHF 100'000.– seit 11. April 2010,
- Zins von 10 % auf CHF 100'000.– seit 11. Mai 2010,

- Zins von 10 % auf CHF 100'000.– seit 11. Juni 2010
- und Zins von 10 % auf CHF 100'000.– seit 11. Juli 2010.

V. Kosten und Entschädigung

1. Der Streitwert beträgt CHF 400'000.–. Da die Klägerin fast vollständig obsiegt, wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei wie der Klägerin ist die Prozessentschädigung zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zuzusprechen (ZR 104 [2005] Nr. 76).

2. Die Klägerin leistete in Anwendung von § 76 ZPO/ZH eine ihr mit Verfügung vom 17. Mai 2010 auferlegte Kautions von CHF 25'000.–. Die der Beklagten auferlegten Kosten sind aus dieser Kautions zu beziehen, wobei der Klägerin ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen und der Restbetrag der Kautions freizugeben ist.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 400'000.– zu bezahlen, zuzüglich
 - Zins von 10 % auf CHF 100'000.– seit 11. April 2010,
 - Zins von 10 % auf CHF 100'000.– seit 11. Mai 2010,
 - Zins von 10 % auf CHF 100'000.– seit 11. Juni 2010
 - und Zins von 10 % auf CHF 100'000.– seit 11. Juli 2010.

Im Mehrbetrag wird die Forderung abgewiesen

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 19'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt, jedoch aus der von der Klägerin geleisteten Kautions bezogen. In diesem Umfang wird der Klägerin ein Rück-

griffsrecht auf die Beklagte eingeräumt und die Kautionsleistung im Restbetrag freigegeben.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 27'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Klägerin gegen Empfangsbestätigung, an die Beklagte durch Hinterlegung bei den Akten.
6. 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).

Zürich, 19. Dezember 2011

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Roger Büchi