



Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Nicole Klausner, die Handelsrichter Jürgen Niederer, Attila Mathé und die Handelsrichterin Dr. Esther Nägeli sowie die Gerichtsschreiberin Zoë Biedermann

Urteil und Beschluss vom 22. Dezember 2022

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2._____,

gegen

B1._____ AG,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. Y2._____,

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	3
Sachverhalt und Verfahren	5
A. Sachverhaltsübersicht	5
a. Parteien und ihre Stellung	5
b. Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf	6
a. Klageeinleitung	6
b. Weitere wesentliche Verfahrensschritte	6
Erwägungen	8
1. Formelles	8
1.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit	8
1.2. Teilklage	8
1.3. Widerklage	9
1.4. Klageänderungen	9
1.5. Eingaben nach Aktenschluss	11
2. Vertragliche Ausgangslage	12
2.1. Unbestrittener Sachverhalt	12
2.2. Streitpunkte	13
3. Vertragsqualifikation	15
3.1. Parteistandpunkte	15
3.2. Rechtliches	15
3.3. Subsumtion	16
3.4. Fazit	17
4. Beendigung der Vertragsbeziehung	17
4.1. Parteistandpunkte	17
4.2. Zwingendes Recht	18
4.3. Vertragsauslegung	19
4.4. Subsumtion	19
4.5. Fazit	21
5. Rechtsfolgen des Projektabbruchs (Hauptklage)	21
5.1. Ausgangslage / Teilklageabweisung	21
5.2. Parteistandpunkte	22
5.3. Rechtliches	23
5.3.1. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast	23
5.3.2. Rechtliche Grundlagen zur Vergütung	24
5.4. Subsumtion	25
5.4.1. Vergütung gemäss Eckpunkte- und Erweiterter Eckpunktevereinbarung	25
5.4.2. Projektaufwand bis zum Projektabbruch	27
5.4.3. Betriebs- und Wartungskosten bis zum Projektabbruch	32
5.5. Fazit zur Klage	34
6. Widerklage	34
6.1. Sicherheitszahlung	34
6.2. Konventionalstrafe	35
6.3. Akontozahlung	39

6.4. Fazit.....	43
7. Zusammenfassung.....	43
8. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	43
8.1. Gerichtskosten.....	43
8.2. Parteientschädigung.....	44
Dispositiv	45

Rechtsbegehren Klage:

(act. 1 S. 2)

" 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 1'508'557.93 nebst Zins wie folgt zu zahlen:

- 5% auf CHF 1'749.60 seit dem 2. Juli 2017;
- 5% auf CHF 124'927.05 seit dem 2. Juli 2017;
- 5% auf CHF 32'391.40 seit dem 2. Juli 2017;
- 5% auf CHF 16'195.70 seit dem 8. August 2017;
- 5% auf CHF 26'460.00 seit dem 19. August 2017;
- 5% auf CHF 16'195.70 seit dem 8. September 2017;
- 5% auf CHF 16'195.70 seit dem 8. Oktober 2017;
- 5% auf CHF 16'195.70 seit dem 6. November 2017;
- 5% auf CHF 16'195.70 seit dem 8. Dezember 2017;
- 5% auf CHF 80'375.00 seit 29. Januar 2018;
- 5% auf CHF 55'296.00 seit 30. Januar 2018;
- 5% auf CHF 362'147.35 seit 30. Januar 2018; und
- 5% auf CHF 744'233.03 seit 30. Januar 2018.

2. Es sei vom Nachklagevorbehalt Vormerk zu nehmen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Modifiziertes Rechtsbegehren Klage:

(act. 37 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 1'532'317.82 [recte: 1'532'317.93] nebst Zins wie folgt zu zahlen:
- [...]
 - 5% auf CHF 23'760.00 seit 23. September 2021
2. [...]
3. Die Widerklage der Widerklägerin und Beklagten sei vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren Widerklage:

(act. 10 S. 2)

- " 1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Widerklageweise sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 161'550.00 (inkl. 7.7% MWST) sowie CHF 300'000.00, beides zuzüglich Zins zu 5% seit 17. November 2020, zu bezahlen.
3. Die Beklagte behält sich vor, nachträglich Schadenersatz aus Nichtlieferung bzw. verspäteter Lieferung geltend zu machen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten."

Modifiziertes Rechtsbegehren Widerklage:

(act. 26 S. 2)

- " 1. [...]
2. Widerklageweise sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin
- a. CHF 161'550.00 (inkl. 7.7% MWST), sowie CHF 300'000.00, beides zuzüglich Zins zu 5% seit 17. November 2020, sowie
 - b. CHF 91'024.45 (inkl. 7.7% MWST) nebst Zins zu 5% seit 11. Juni 2021 zu bezahlen.
3. [...]
- [...]"

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____, welche Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich bezweckt. Die Beklagte und Widerklägerin, vormals B2._____ AG (nachfolgend: Beklagte), eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, bezweckt die Erbringung von Angeboten und Dienstleistungen im ...-bereich, die insbesondere ... im Zusammenhang stehen. Ferner bezweckt sie ...

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte beauftragte die Klägerin in der ersten Hälfte des Jahres 2015 mit der Erstellung einer individualisierten technischen Plattform (B2._____ Plattform). Die Parteien beabsichtigten eine längerfristige Zusammenarbeit, was sie am 15. Juli 2015 im 'Letter of Intent' (LOI) festhielten. Die ersten Parameter der vertraglichen Zusammenarbeit wurden in der sogenannte Eckpunktevereinbarung vom 16. Dezember 2015 festgehalten. Die Klägerin begann in der Folge für die Beklagte zu arbeiten. Parallel dazu liefen die Verhandlungen für den Abschluss des sogenannten 'Long Form Agreements', eines Dienstleistungsvertrags mit einer Mindestlaufzeit von fünf Jahren. Im Laufe der Vertragsverhandlungen schlossen die Parteien die sogenannte Erweiterte Eckpunktevereinbarung vom 12./13. Dezember 2016 ab. Sie verfolgten weiterhin das Ziel, nach dem Launch der Plattform das 'Long Form Agreement' mit fünfjähriger Mindestlaufzeit abzuschliessen. Am 19. Dezember 2017, vor einem Abschluss des 'Long Form Agreements', teilte die Beklagte der Klägerin den Projektabbruch mit.

Die Klägerin macht mit ihrer Klage im Rahmen einer Teilklage – nach Verrechnung der Zahlungen der Beklagten inkl. Sicherheitszahlung – ausstehende Projekt-, Betriebs- und Wartungskosten bis 31. Mai 2020 im Umfang von CHF 1'508'557.93 geltend (act. 1 S. 2). In der Stellungnahme zur Duplik/Widerklageduplik erweitert sie die Forderung um den Betrag von CHF 23'760.– für Aufwendungen im Zusammenhang mit einer sogenannten In-App Studie

(act. 37 S. 2). Die Beklagte bestreitet die Forderungen der Klägerin, verlangt widerklageweise die Rückzahlung der Sicherheitszahlung im Umfang von CHF 161'550.– (inkl. MwSt.) sowie die Zahlung der maximal vereinbarten Konventionalstrafe von CHF 300'000.–. Mit der Duplik/Widerklagereplik erweitert sie die Forderungssumme um CHF 91'024.45 (inkl. MwSt.), wobei es sich um nicht bzw. doppelt verrechnete Akontozahlungen handle. Die Widerklage der Beklagten beläuft sich total auf CHF 552'574.45 (act. 10 S. 2; act. 26 S. 2). Diese Gegenforderungen werden seitens der Klägerin bestritten.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Die Klägerin reichte ihre Klage am 28. August 2020 (Datum Poststempel) beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 3/2-66). Mit Verfügung vom 1. September 2020 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 4). Nach fristgerechter Bezahlung des Vorschusses wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 6; act. 7). Die Beklagte reichte die Klageantwort am 17. November 2020 ein; gleichzeitig erhob sie Widerklage (act. 10; act. 13/2-98). Mit separatem Schreiben ersuchte sie gleichentags, von der Durchführung einer Instruktions- und Begleitverhandlung abzusehen (act. 11). Mit Verfügung vom 19. November 2020 wurde der Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt; mit jener vom 24. November 2020 wurde das Verfahren an die Instruktionsrichterin delegiert (act. 14; act. 16). Die Beklagte bezahlte den Kostenvorschuss innert Frist (act. 18). Mit Eingabe vom 3. Dezember 2020 beantragte die Klägerin, auf die Durchführung einer Instruktionsverhandlung zu verzichten und Frist zur Replik und Widerklageantwort anzusetzen (act. 19, vgl. zum Ganzen auch Prot. S. 8).

b. Weitere wesentliche Verfahrensschritte

Mit Verfügung vom 21. Januar 2021 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Einreichung der Replik/Widerklageantwort angesetzt (act. 20). Nach Eingang der Replik/Widerklageantwort vom 26. März 2021 wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. April 2021 Frist zur Dup-

lik/Widerklagereplik angesetzt (act. 22; act. 23/67-80; act. 24). Die Beklagte reichte ihre Duplik/Widerklagereplik am 11. Juni 2021 ein, unter gleichzeitiger Erweiterung der Widerklage (act. 26; act. 27/1-41). Mit Verfügung vom 17. Juni 2021 wurde der Klägerin Frist zur Widerklageduplik angesetzt (act. 28). Mit Eingabe vom 30. Juni 2021 ersuchte die Klägerin um Fristansetzung zur Stellungnahme (Ausübung des Replikrechts) zu den neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln in der Duplik (act. 30). Mit Verfügung vom 1. Juli 2021 wurde der Klägerin ausnahmsweise gestattet, ihre Stellungnahme zur Duplik mit der Widerklageduplik einzureichen (act. 31).

Mit Eingabe vom 8. Juli 2021 teilte die Beklagte (B2._____ AG) mit, durch Fusion von der B1._____ AG übernommen worden zu sein (act. 33; act. 35/2-3). Am 23. September 2021 reichte die Klägerin ihre Stellungnahme zur Duplik/Widerklageduplik ins Recht (act. 37; act. 38/81-89). Mit Verfügung vom 30. September 2021 wurde der Beklagten die Stellungnahme zur Duplik/Widerklageduplik zugestellt und der Aktenschluss verfügt (act. 39).

Am 13. Oktober 2021 nahm die Beklagte zur Eingabe der Klägerin vom 23. September 2021 Stellung (act. 41; act. 42/1). Mit Gesuch vom 1. November 2021 ersuchte die Klägerin abermals um Fristansetzung zur Ausübung des Replikrechts (act. 44). Mit Verfügung vom 3. November 2021 wurde von der Ankündigung der Einreichung einer Stellungnahme durch die Klägerin Kenntnis genommen, das Ersuchen um Fristansetzung jedoch abgewiesen (act. 45). Am 15. November 2021 reichte die Klägerin ihre Stellungnahme ein (act. 48; act. 49/90-91). Die Parteien gaben auf Nachfrage des Gerichts weiterhin an, nicht an der Durchführung einer Vergleichsverhandlung interessiert zu sein (Prot. S. 20). In der Folge wurde der Beklagten die Stellungnahme der Klägerin vom 15. November 2021 zugestellt, wobei sich erstere nicht mehr verlauten liess (Prot. S. 21).

Mit Verfügung vom 24. Oktober 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 51). Die Klägerin verzichtete nicht auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhand-

lung (act. 54). Daher wurden die Parteien – nach vorgängiger Absprache – auf den 22. Dezember 2022 zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 57). Anlässlich dieser Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre Parteivorträge. Es wurden keine relevanten Noven vorgebracht (Prot. S. 24 f.).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist zur Beurteilung der vorliegenden Teilklage unbestrittenermassen örtlich und sachlich zuständig (act. 1 S. 2, Rz. 5 ff.; act. 3/14 bzw. act. 13/41 Ziff. 11.4; act. 10 Rz. 2; Art. 17 i.V.m. Art. 9 ZPO sowie Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.2. Teilklage

Die Klägerin fordert mit ihrer Klage die Bezahlung von Projekt-, Betriebs- und Wartungskosten bis 31. Mai 2020, welche sie mit den geleisteten Zahlungen der Beklagten inkl. Sicherheitszahlung verrechnet (act. 1 Rz. 129 ff.; act. 3/40; act. 3/43-47; act. 3/52; act. 3/54; act. 3/56; act. 3/58; act. 3/63; act. 3/66). Gleichzeitig legt sie weitere Betriebs-, Support- und Wartungskosten, Projektaufwand sowie entgangenen Gewinn bis 31. Mai 2022 dar. Sie macht geltend, einstweilen auf die Geltendmachung dieser Ansprüche zu verzichten (act. 1 Rz. 202 ff.). Es handelt sich folglich um eine unechte Teilklage mit individualisierbaren Teilansprüchen. Somit ist nur die Begründetheit der eingeklagten Ansprüche zu prüfen (Art. 86 ZPO; BGE 147 III 345 E. 6.2 m.w.H.; BASTONS BULLETI/HEINZMANN, in: Newsletter ZPO Online 2021, N10 zu Urteil BGer 4A_449/2020 E. 4b; DORSCHNER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 86 N 13; OBERHAMMER/WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], KuKo ZPO, 3. Aufl. 2021, Art. 86 N 3).

1.3. Widerklage

Die Widerklage wurde rechtzeitig mit der Klageantwort erhoben und ist in derselben Verfahrensart zu beurteilen, wie die Hauptklage, weshalb sie zulässig ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO).

1.4. Klageänderungen

Wie aus den eingangs dargestellten Rechtsbegehren der Parteien ersichtlich, haben beide Parteien im Prozessverlauf zusätzliche Forderungsbeträge geltend gemacht. Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt. Aus Art. 230 ZPO ergibt sich, dass eine Klageänderung nach Aktenschluss nur noch zulässig ist, wenn sie auf neuen Tatsachen und Beweismitteln im Sinne von Art. 229 ZPO beruht. Solche Noven sind ohne Verzug vorzubringen, um zulässig zu sein (SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 42/2017, 129-161, 155; HG/ZH Urteil und Beschluss vom 7. November 2017 HG150075 E. 1.4.1; HG/ZH Beschluss vom 12. September 2012 HG110125 [Z08] E. 2.3.1; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 227 N 26; AmtlBull StR 2007, 528 ff.). Es obliegt derjenigen Partei, welche das Novenrecht beansprucht, substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht erfüllt sind (DAETWYLER/STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Brunner/Nobel [Hrsg.], Festschrift Handelsgericht Zürich 1866-2016, 2016, 211; SCHMID, a.a.O., 157; LEUENBERGER, Aktenschluss, Noven und Klageänderung, in: Lorandi/Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift Ivo Schwander, 2011, 949 ff.; MAYHALL, Klageänderung und Novenrecht im ordentlichen Verfahren, Jusletter 14. November 2011).

Die Beklagte macht ihre Klageänderung, d.h. die Ergänzung ihrer Widerklage, mit der Duplik/Widerklagereplik und damit vor Eintritt des Aktenschlusses geltend (act. 26 S. 2, Rz. 2 f.). Da es sich um eine Restforderung aus einer Akontozahlung der Beklagten an die Klägerin im Umfang von CHF 91'024.45 (inkl. 7.7 %

MwSt.) handelt, die demselben Vertragsverhältnis entsprungen ist, wie die Widerklageforderung, besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden (Widerklage-) Forderungen. Ausserdem kommt dieselbe Verfahrensart zur Anwendung. Die Widerklageänderung der Beklagten ist zulässig (Art. 227 Abs. 1 ZPO).

Demgegenüber erweitert die Klägerin (erst) mit ihrer Stellungnahme zur Duplik/Widerklageduplik ihre Klage um den Betrag von CHF 23'760.– zzgl. 5 % Zins (act. 37 S. 2). Sie führt aus, es handle sich um einen Mehranspruch im Umfang von CHF 23'760.– (exkl. MwSt.), der aus einer In-App Studie herrühre, und welcher ebenfalls mit den Forderungen der Beklagten zu verrechnen sei. Diese Leistungen seien bislang nicht vergütet und erst nach Prüfung der Vorbringen der Beklagten in der Widerklagereplik entdeckt worden, weshalb gesamthaft ein Forderungsbetrag von CHF 82'706.40 (inkl. 8 % MwSt., zzgl. 5 % Zins) resultiere. In ihrem (modifizierten) Rechtsbegehren klagt sie jedoch nur den Betrag von CHF 23'760.– ein (act. 37 Rz. 11, Rz. 17, Rz. 20, Rz. 106 ff.; act. 38/85-87).

Bei den neuen Tatsachenbehauptungen der Klägerin handelt es sich teilweise um unechte Noven und teilweise um sogenannte Potestativ-Noven (d.h. Noven, deren Entstehung vom Willen einer Partei abhängig sind), für welche ebenfalls die Regelung der unechten Noven anwendbar ist (BGE 146 III 416 E. 5.3). So begnügt sich die Klägerin mit dem Hinweis, den Anspruch erst nach erneuter Prüfung der eigenen Ansprüche aufgrund der Vorbringen der Beklagten in der Widerklagereplik entdeckt zu haben. Sie liefert jedoch keine Erklärung dafür, weshalb der Anspruch bei zumutbarer Sorgfalt nicht bereits im Zeitpunkt der durch sie erfolgten Klageeinleitung hätte vorgebracht werden können (act. 37 S. 2, Rz. 11, Rz. 17, Rz. 20, Rz. 272; act. 48 S. 2, Rz. 9 ff.). Die Beklagte moniert denn auch die verspätete Geltendmachung dieser Tatsachen (act. 41 Rz. 8 ff.).

Der Klägerin ist in ihrer Meinung, Ausführungen betreffend Klageänderung seien Teil ihrer Widerklageduplik und somit vor Aktenschluss erfolgt (vgl. act. 37 S. 2, Rz. 11, Rz. 20, Rz. 160 ff., Rz. 272; act. 48 S. 2, Rz. 9, Rz. 11 ff.), nicht zu folgen. Ein Zusammenhang mit der Widerklage ist nicht ersichtlich, weshalb die Klageänderung sowie ihre Begründung als Teil des Hauptklageverfahrens gesehen wer-

den muss. Betreffend die Hauptklage ist der Aktenschluss jedoch nach Einreichung der Duplik durch die Beklagte erfolgt. Die Zulässigkeit des Novums ist zu verneinen. Entsprechend ist die Klageänderung nicht zuzulassen.

Die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zur In-App-Studie wären jedoch im Rahmen der Widerklageduplik gegebenenfalls zuzulassen, sofern die Forderung als Einwendung verrechnungsweise geltend gemacht wird (vgl. act. 37 Rz. 17 f.; BGE 141 III 549 E. 6; MÜLLER, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], BSK OR I, 7. Aufl. 2019, Vor Art. 120-126 N 2).

1.5. Eingaben nach Aktenschluss

Beide Parteien haben nach Abschluss des ordentlichen, zweifachen Schriftwechsels und damit nach Eintritt des Aktenschlusses (vgl. Art. 229 ZPO) weitere unaufgeforderte Eingaben eingereicht (act. 37 betreffend Stellungnahme zur Duplik; act. 41; act. 48). Aufgrund des unbedingten Replikrechts steht den Parteien zwar das Recht zu, sich zu jeder Eingabe der Gegenpartei nochmals zu äussern. Allerdings führt das unbedingte Replikrecht nicht dazu, dass auch Noven nochmals unbeschränkt vorgebracht werden können, sondern diesbezüglich gelten ebenfalls die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO. Dabei obliegt es der Partei, die ein Novenrecht beansprucht, im Einzelnen darzutun, dass bzw. inwiefern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (HG/ZH Urteil HG190089 vom 3. Mai 2021 E. 2.2; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE Komm. ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 229 N 15; SCHMID, a.a.O., 156 f.).

Die Beklagte beruft sich auf ihr verfassungsmässiges Recht auf Stellungnahme (Art. 29 BV), weil die Klägerin die Forderung von CHF 23'760.– (exkl. MwSt.) erst mit ihrer Stellungnahme zur Duplik/Widerklageduplik in den Prozess eingeführt habe (vgl. act. 41 Einleitung). Dies ist zutreffend und die in diesem Zusammenhang erfolgten Bestreitungen der Beklagten sind zuzulassen. Die Nachsubstantiierung der Verrechnungsforderung durch die Klägerin (act. 48 Rz. 14 f.) erfolgte hingegen erst in einer weiteren Eingabe nach Aktenschluss und somit verspätet. Die Klägerin legt nicht dar, dass und inwiefern es ihr unmöglich bzw. unzumutbar gewesen wäre, die Umstände der Auftragserteilung (wer, wann, wo) und die vereinbarten Leistungen bereits bzw. spätestens mit ihren Ausführungen in der Stel-

lungnahme zur Duplik/Widerklageduplik darzulegen. Sie musste damit rechnen, dass die Beklagte die Verrechnungsforderung bestreiten würde. Insofern sind diese Ausführungen unbeachtlich. Die weiteren, ausserhalb ihrer ordentlichen Parteivorträge erfolgten Vorbringen und Unterlagen beider Parteien über das Gesagte hinaus, erweisen sich als nicht entscheidrelevant, sodass nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht.

2. Vertragliche Ausgangslage

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Entwicklung und dem Betrieb der B2._____ Plattform. Die Beklagte wollte ihr Angebot über diese Plattform erweitern und betreiben. Am 15. Juli 2015 hielten die Klägerin und die Beklagte (damals B2._____ AG) in einer Absichtserklärung bzw. in einem Letter of Intent (LOI) fest, den Abschluss eines Dienstleistungsvertrags zu bezwecken. Es wurden ferner das bisherige Verhandlungsergebnis und die nächsten geplanten Schritte festgehalten sowie ein Zeitplan für den Abschluss des Dienstleistungsvertrags definiert. Zudem wurde vereinbart, dass die Klägerin bereits mit den Arbeiten beginne, wobei die Vertragsverhandlungen jederzeit abgebrochen werden könnten. Schliesslich verpflichteten sich die Parteien zur Geheimhaltung, trafen eine Rechtswahl zugunsten schweizerischen Rechts und vereinbarten den Gerichtsstand Zürich (act. 3/9).

Mit der Eckpunktevereinbarung vom 16. Dezember 2015 wurden die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen definiert, und zwar im Wesentlichen entsprechend dem im LOI angedachten Inhalt. Ausserdem wurde das im Gegenzug von der Beklagten zu leistende Honorar im Umfang von CHF 1'180'550.– festgelegt, inkl. der Modalitäten für die Rechnungsstellung. Neben der Geheimhaltungsklausel, der Rechtswahl und dem Gerichtsstand findet sich in Ziff. 4 eine Bestimmung zum rückwirkenden Inkrafttreten der Eckpunktevereinbarung per 15. Juli 2015 und zur Vertragsdauer bis zum Abschluss des Dienstleistungsvertrags ('Long Form Agreement'). Zudem wurde der Fall eines Abbruchs bzw. einer Beendigung des Projekts geregelt (act. 3/10).

Am 12./13. Dezember 2016 einigten sich die Parteien auf die Erweiterte Eckpunktevereinbarung, wobei deren Präambel zu entnehmen ist, dass die Parteien nach wie vor den Abschluss des 'Long Form Agreements' anstrebten. Die Erweiterte Eckpunktevereinbarung sollte dieser gemäss die Eckpunktevereinbarung ergänzen. Die Leistungen der Klägerin wurden darin neu formuliert und präzisiert, es finden sich Regelungen zu den Rechten an den Entwicklungsergebnissen, zur Projektorganisation, zum Terminplan, zur Systemverfügbarkeit, zur Vergütung und zu den Zahlungsmodalitäten. Neu wurde ein Kostendach von CHF 4'600'000.– vereinbart. Des Weiteren sind Regelungen zur Sach- und Rechtsgewährleistung, zur Haftung, zu höherer Gewalt und zur Vertragsdauer enthalten. Als Vertragsdauer wurde weiterhin die Dauer bis zum Abschluss des 'Long Form Agreements' vorgesehen; diejenige des 'Long Form Agreements' wiederum sollte fünf Jahre ab Launch der B2._____ Plattform betragen. Sofern das Vertragsverhältnis gemäss 'Long Form Agreement' nicht zwölf Monate vor Ende der Vertragsdauer gekündigt werden würde, sollte sich die Vertragslaufzeit um ein weiteres Jahr verlängern. In den Schlussbestimmungen wurde festgehalten, dass die Vereinbarung mit der Unterzeichnung beider Parteien in Kraft tritt und die ursprüngliche Eckpunktevereinbarung nicht ersetzt. Bei Widersprüchen sollten allerdings die Bestimmungen der Erweiterten Eckpunktevereinbarung vorgehen. Für Änderungen und Ergänzungen der Erweiterten Eckpunktevereinbarung wurde Schriftform vereinbart. Es findet sich wiederum eine spezifizierte Rechtswahl- sowie eine Gerichtsstandsklausel in dieser Vereinbarung (act. 3/14 bzw. act. 13/41).

Zum Abschluss des 'Long Form Agreements' ist es unbestrittenermassen nicht gekommen. Vielmehr brach die Beklagte das Projekt am 19. Dezember 2017 ab (act. 1 Rz. 77, Rz. 229; act. 3/33; act. 10 Rz. 160, Rz. 204, Rz. 247, Rz. 270, Rz. 274; act. 22 Rz. 281, Rz. 387; act. 26 Rz. 28 ff., Rz. 515, Rz. 527, Rz. 546, Rz. 603, Rz. 624).

2.2. Streitpunkte

Die Parteien sind sich nicht einig, ob ihr Vertragsverhältnis eine fünfjährige Mindestvertragslaufzeit vorsah oder jederzeit kündbar war (act. 1 Rz. 48 ff., Rz. 65, Rz. 68 f., Rz. 73 ff.; act. 3/11; act. 10 Rz. 55 f., Rz. 200, Rz. 223, Rz. 230,

Rz. 251, Rz. 268 f., Rz. 275 ff., Rz. 310 f., Rz. 315, Rz. 409; act. 22 Rz. 23, Rz. 54 f., Rz. 79, Rz. 115 ff., Rz. 142, Rz. 362, Rz. 455 f.; act. 26 Rz. 56 ff., Rz. 284, Rz. 425, Rz. 481, Rz. 557 ff.). Die Beantwortung dieser Frage hängt wesentlich davon ab, ob zwingendes Gesetzesrecht auf das Vertragsverhältnis anwendbar ist. Sollte dies nicht der Fall sein, würde primär das zwischen den Parteien Vereinbarte gelten. Diesfalls wäre das Verhältnis der Eckpunktevereinbarung zur Erweiterten Eckpunktevereinbarung zu klären. Von Bedeutung wäre insbesondere, ob es sich bei der Nichtregelung des vorzeitigen Vertragsabbruchs in Ziff. 10 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung um einen bewussten Verzicht auf eine vorzeitige Beendigungsmöglichkeit handelt, der die in Ziff. 4 der Eckpunktevereinbarung noch enthaltene Regelung ersetzt, oder ob die Bestimmung – da sie bereits in der Eckpunktevereinbarung enthalten und unverändert geblieben ist – bewusst nicht neu formuliert wurde, weil die Erweiterte Eckpunktevereinbarung (nur) ergänzend zur bereits bestehenden Eckpunktevereinbarung zur Anwendung gelangen sollte (act. 1 Rz. 78, Rz. 97 f., Rz. 102 f., Rz. 228 ff., Rz. 252; act. 10 Rz. 162, Rz. 267, Rz. 273, Rz. 301 f., Rz. 408; act. 22 Rz. 19 f., Rz. 41, Rz. 51 ff., Rz. 147 f., Rz. 160 f., Rz. 241 ff., Rz. 299 f., Rz. 320, Rz. 337 f., Rz. 343, Rz. 346 ff., Rz. 364 ff., Rz. 385, Rz. 444 ff., Rz. 467, Rz. 486 ff., Rz. 502 ff., Rz. 533 ff., Rz. 581 ff., Rz. 600; act. 26 Rz. 52 ff., Rz. 74 f., Rz. 448 ff., Rz. 519, Rz. 552 ff.).

Ferner ist umstritten, ob das Projekt rechtzeitig abgeschlossen wurde, und ob die Phasen 1 und 2 abgenommen worden sind (act. 1 Rz. 82 ff, Rz. 99, Rz. 122 ff.; act. 10 Rz. 114 ff., Rz. 135 ff., Rz. 160, Rz. 279 ff., Rz. 323, Rz. 349, Rz. 381, Rz. 389; act. 22 Rz. 25 ff., Rz. 44 ff., Rz. 61, Rz. 68, Rz. 164 f., Rz. 209, Rz. 212, Rz. 251 ff., Rz. 277 ff., Rz. 422 ff.; act. 26 Rz. 83 ff., Rz. 167, Rz. 173, Rz. 285 ff., Rz. 299 ff., Rz. 354, Rz. 437, Rz. 447, Rz. 520, Rz. 538 f., Rz. 641 f.; act. 37 Rz. 61 ff., Rz. 71, Rz. 77, Rz. 93, Rz. 152, Rz. 154, Rz. 157, Rz. 177, Rz. 179; act. 41 Rz. 64, Rz. 66, Rz. 80, Rz. 88). Diese Fragen sind auch im Hinblick auf die widerklageweise geltend gemachte Konventionalstrafe entscheidend (act. 10 Rz. 170 ff., Rz. 216, Rz. 487 ff.; act. 22 Rz. 83 ff., Rz. 196, Rz. 251 ff., Rz. 265, Rz. 272, Rz. 274, Rz. 277, Rz. 282 f.; act. 26 Rz. 71, Rz. 384 ff., Rz. 457, Rz. 520, Rz. 594 ff.; act. 37 Rz. 99 ff., Rz. 173, Rz. 271; act. 41 Rz. 53 ff.).

Sodann stellt sich im Rahmen der Widerklage die Frage, ob die von der Beklagten an die Klägerin geleistete Sicherheitszahlung zurückzuerstatten ist (act. 10 Rz. 147, Rz. 167 ff., Rz. 345, Rz. 482 ff.; act. 22 Rz. 83 ff., Rz. 472 ff.; act. 26 Rz. 368 ff.; act. 37 Rz. 96 ff.; act. 41 Rz. 73). Schliesslich ist zu klären, ob ein Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung von zu viel geleisteten Akontozahlungen besteht (act. 10 Rz. 144; act. 22 Rz. 228; act. 26 Rz. 401 ff., Rz. 541, Rz. 600 f.; act. 37 Rz. 11 ff., Rz. 104 ff.; act. 41 Rz. 3 ff., Rz. 37 ff., Rz. 75 ff.).

3. Vertragsqualifikation

3.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin qualifiziert das Vertragsverhältnis der Parteien als werkvertragsähnlichen Innominatvertrag, wobei die Erstellung bzw. Weiterentwicklung einer Fernsehplattform im Vordergrund stehe, worauf Werkvertragsrecht anwendbar sei. Auch auf den Wartungsteil des Vertrags sei Werkvertragsrecht anwendbar. Demgegenüber wendet sie hinsichtlich der Projektleitungsaufgaben Auftragsrecht, hinsichtlich der Zurverfügungstellung von Hardware, einer Cloud sowie von Content Mietrecht und hinsichtlich der entwickelten Produkte sowie der damit zusammenhängenden Lizenzen Lizenzvertragsrecht an (act. 1 Rz. 233 ff.; act. 22 Rz. 69 f., Rz. 589).

Die Beklagte spaltet das Vertragsverhältnis in zwei Teile: den Werkvertrags- und den Betriebsteil. Dabei unterstellt sie den Werkvertragsteil dem Werkvertragsrecht und den Betriebsteil dem Auftragsrecht (act. 10 Rz. 27, Rz. 326, Rz. 418, Rz. 457 ff.; act. 26 Rz. 602 ff.).

3.2. Rechtliches

Die rechtliche Qualifikation von Verträgen betreffend Informatikprojekte hängt von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab. Im Vordergrund steht hierbei die Anwendung von Kauf-, Werk- und Lizenzvertrags- sowie Miet- und Pachtrecht (BGE 124 III 456 E. 4b.bb). In der Regel handelt es sich um gemischte Verträge. Das Bundesgericht hat bei der Lieferung und Überlassung eines EDV-Komplettsystems aus standardisierter Hard- und Software gegen einmalige Bezahlung eines Kaufpreises die Anwendung des kaufvertraglichen Gewährleis-

tungsrechts (BGE 124 III 456 E. 4b/bb; Urteil BGer 4A_251/2007 E. 3) und bei Leistungsstörungen im Rahmen von Individualisierungsarbeiten an einem Programmpaket die Anwendung der werkvertraglichen Vorschrift von Art. 377 OR (Urteil BGer 4C.393/2006 E. 3.1) geschützt. Das Schrifttum misst in solchen Konstellationen dem Werkvertragsrecht ein gewisses Übergewicht zu (BGE 124 III 456 E. 4b.bb m.H.; SLONGO WAGEN, Der Softwareherstellungsvertrag, Diss. 1991, 65 f.; SURY, Digital in Law: Informatikrecht, 2. Aufl. 2021, 68 ff.; WIDMER, Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Diss. 1990, 71 ff.). Die Unterscheidung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht wird dadurch relativiert, dass die Parteien auch im Rahmen des Kaufvertragsrechts ein Nachbesserungsrecht vereinbaren können, was sie bei Informatikprojekten – allenfalls nachträglich – regelmässig auch machen werden (Urteile BGer 4A_446/2015 E. 3.3; 4A_251/2007 E. 4.2).

3.3. Subsumtion

Die Klägerin wurde von der Beklagten gegen Zahlung eines Entgelts mit der Entwicklung und dem Betrieb der B2._____ Plattform beauftragt, welche auf die individuellen Vorstellungen und Erfordernisse der Beklagten zugeschnitten sein soll. Die Plattform soll auf der D._____ ('D._____') Plattform der Klägerin basieren und mit einer IPTV/OTT Lösung (IPTV = 'Internet Protocoll Television'; OTT = 'Over-the-Top') erweitert werden, um die individuellen Bedürfnisse der Beklagten umzusetzen (act. 3/9; act. 3/10; act. 3/14 bzw. act. 13/41). Ausgangspunkt bildet mithin eine bestehende Plattform der Klägerin, die an die Bedürfnisse der Beklagten angepasst werden soll, und wofür teilweise neue Features eigens für die Beklagte programmiert werden sollen. Zudem soll das Erscheinungsbild für die Beklagte individualisiert werden (act. 10 Rz. 17; act. 22 Rz. 104; act. 26 Rz. 476). Ferner hätten nach dem Launch der Plattform deren Betrieb und Wartung durch die Klägerin erfolgen sollen. Die Entwicklungsergebnisse an den exklusiv für sie entwickelten Features hätten der Beklagten alleine zustehen und für die übrige Plattform hätte ihr eine uneingeschränkte und unübertragbare Lizenz zur Nutzung für die Vertragslaufzeit des 'Long Form Agreements' eingeräumt werden sollen (act. 3/14 bzw. act. 13/41 Ziff. 2).

Dieser vertraglichen Regelung liegt kein einheitliches Rechtsverhältnis zugrunde. Vielmehr enthält sie Komponenten eines Software-Entwicklungs-, Software-Überlassungs- und Software-Wartungsvertrags. Die Entwicklung der B2-Plattform basierte zwar auf einer standardisierten Plattform der Klägerin, war jedoch individuell anzupassen und mittels Features auf die Beklagte zuzuschneiden. Insofern waren die Erstellung eines Werks und ein konkreter Erfolg gegen Bezahlung eines Entgelts geschuldet. Entsprechend ist für eine solche Entwicklungstätigkeit Werkvertragsrecht anwendbar. Hinsichtlich des Rechtserwerbs an den Entwicklungsergebnissen für die individuell programmierten Features kommt ebenfalls Werkvertragsrecht, für die übrigen Features kommen mangels individualisierender Leistungen hingegen Bestimmungen des Lizenzvertragsrechts zur Anwendung (BGE 133 III 360 E. 8.1 = Pra 97 [2008] Nr. 6; 96 II 154 E. 2; 92 II 299 E. 3a). Für den Betrieb und die Wartung wiederum ist sorgfältiges Tätigwerden gegen die Bezahlung eines Entgelts geschuldet, weshalb Auftragsrecht anwendbar ist.

3.4. Fazit

Es handelt sich vorliegend um einen gemischten Vertrag, der den Regelungen des Werkvertrags-, Lizenz- und Auftragsrechts untersteht.

4. Beendigung der Vertragsbeziehung

4.1. Parteistandpunkte

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob das Vertragsverhältnis vor Abschluss des 'Long Form Agreements' jederzeit beendet werden konnte. Die Klägerin ist wie erwähnt der Ansicht, die Bestimmung zur Vertragsdauer in Ziff. 4 der Eckpunktevereinbarung sei gesamthaft durch die Bestimmung in Ziff. 10 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung ersetzt worden. Indem Ziff. 10 keine Möglichkeit des Projektabbruchs mehr vorsehe, widerspreche diese Bestimmung Ziff. 4.3 der Eckpunktevereinbarung, weshalb erstere vorginge (act. 1 Rz. 47, Rz. 60, Rz. 96 ff., Rz. 247 ff., act. 22 Rz. 40 ff., Rz. 51 ff., Rz. 147 f., Rz. 348 f., Rz. 364 ff., Rz. 489 ff., Rz. 502 ff.). Zwar stünde dieser Abrede eigentlich – (jedenfalls) für die dem Auftragsrecht unterstellten Arbeiten – die zwingende Bestimmung von

Art. 404 Abs. 1 OR entgegen; das habe aber keine Auswirkungen auf die eingeklagte Forderung, weil die Kündigung als zur Unzeit erfolgt betrachtet werden müsse. Daher werde gemäss Art. 404 Abs. 2 OR Schadenersatz anstelle der Erfüllung verlangt. Primär werde aber für Leistungen, die unter das Werkvertragsrecht fielen, die Erfüllung, d.h. die Vergütung für geleistete Arbeit gemäss Anhang 3 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung, gefordert (act. 1 Rz. 247 ff., Rz. 267 ff.; act. 22 Rz. 70 ff., Rz. 574 ff., Rz. 591 ff.).

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, Ziff. 10 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung sehe keine Bestimmung zum Projektabbruch vor, weshalb Ziff. 4.3 der Eckpunktevereinbarung weiterhin unverändert gelte. Zwischen den Parteien sei ein jederzeitiges Beendigungsrecht vereinbart worden, gegen vollständige Rückgabe der zur Verfügung gestellten Unterlagen und unter anteilmässiger Vergütung der nachweislich angefallenen Kosten. Das Beendigungsrecht gelte unabhängig von der juristischen Qualifikation, da sowohl das Werkvertragsrecht als auch das Auftragsrecht solche Beendigungsmöglichkeiten kennen würden (Art. 366 Abs. 1 OR, Art. 377 OR, Art. 404 OR; act. 10 Rz. 30, Rz. 62, Rz. 72 ff., Rz. 247 ff., Rz. 257, Rz. 307 f., Rz. 321, Rz. 408, Rz. 428 ff.; act. 26 Rz. 22 ff., Rz. 48 f., Rz. 55 ff., Rz. 72 ff., Rz. 454 ff., Rz. 491, Rz. 519, Rz. 553 ff., Rz. 653 ff.).

4.2. Zwingendes Recht

Parteivereinbarungen sind nur gültig, wenn ihnen nicht zwingendes Gesetzesrecht entgegensteht. Die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit des einfachen Auftrags gemäss Art. 404 Abs. 1 OR stellt – wie von den Parteien zutreffend ausgeführt – zwingendes Recht dar. Ausserdem müssen Dauerschuldverhältnisse – worunter insbesondere ein Lizenzvertrag fällt – gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus wichtigem Grund jederzeit auflösbar sein (BGE 133 III 360 E. 9.1 = Pra 97 [2008] Nr. 6; 128 III 428 E. 3; 96 II 154 E. 2; 92 II 299 E. 3b). Da die Parteien eine mit den zwingenden Gesetzesbestimmungen konforme Vereinbarung getroffen haben – was nachfolgend ausgeführt wird – kann offen bleiben, ob Auftrags-, Werkvertrags- oder Lizenzvertragsrecht auf die Frage der Vertragsbeendigung anwendbar wäre.

4.3. Vertragsauslegung

Zwischen den Parteien ist der Vertragsinhalt bzw. das Verhältnis der Regelung in der Eckpunktevereinbarung zu jener in der Erweiterten Eckpunktevereinbarung strittig, weshalb dieses durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist. Zunächst ist der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien festzustellen (subjektive Auslegung), wobei nicht auf irrtümlich oder absichtlich falsch verwendete Ausdrucksweisen abzustellen ist (Art. 18 OR). Lässt sich der tatsächliche Parteiwille nicht ermitteln, ist nach dem Vertrauensprinzip der mutmassliche Wille der Parteien festzustellen (objektive Auslegung). Dabei sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut, Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 m.w.H.). Es ist danach zu fragen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glaube unter Beachtung der konkreten Umstände gewollt und ausgedrückt hätten, respektive wie eine Partei eine Willensäusserung oder Verhaltensweise unter Beachtung sämtlicher Umstände nach Treu und Glaube verstehen durfte und musste (BGE 144 III 93 E. 5.2.3 = Pra 108 [2019] Nr. 40; 143 III 157 E. 1.2.2; 142 III 239 E. 5.2.1 = Pra 107 [2018] Nr. 7; 138 III 659 E. 4.2.1; 131 III 606 E. 4.1 = Pra 95 [2006] Nr. 80; 127 III 444 E. 1b = Pra 91 [2002] Nr. 22; je m.w.H.).

4.4. Subsumtion

Die Bestimmungen der Eckpunktevereinbarung lauten wie folgt (act. 3/10):

" 4. Inkrafttreten und Dauer der Vereinbarung

- 4.1 *Diese Vereinbarung tritt mit der Unterzeichnung durch beide Parteien rückwirkend zum 15.07.2015 in Kraft.*
- 4.2 *Die Parteien werden diese Eckpunktevereinbarung so bald wie möglich durch einen detaillierteren Dienstleistungsvertrag (long form agreement) ersetzen, worin die die Parteien die Einzelheiten ihrer Zusammenarbeit noch weiter spezifizieren und abschliessend definieren werden. Bis zum Inkrafttreten des long form agreements bleibt diese Eckpunktevereinbarung vollumfänglich in Kraft.*

Zudem sollen als Teil des Dienstleistungsvertrages und grundsätzlich auf der Basis der bestehenden, noch zu prüfenden, Entwürfe die Key Performance Indicators (KPI's), die Service Level Objectives (SLO's) und ein Operation Agreement, einschliesslich Escalation Procedures definiert werden.

- 4.3 *Die Parteien verpflichten sich für den Fall eines Abbruchs des Projekts bzw. einer Beendigung dieser Vereinbarung zur vollständigen Rückgabe sämtlicher zur Verfügung gestellter Unterlagen, Informationen etc. auf erstes Verlangen. In diesem Falle wird der Kunde dem Lieferanten die bis dahin nachweislich angefallenen Kosten anteilmässig vergüten."*

Die Bestimmungen der Erweiterten Eckpunktevereinbarung präsentieren sich folgendermassen (act. 3/14 bzw. act. 13/41):

" 10. Vertragsdauer

- 10.1 *Diese Erweiterte Eckpunktevereinbarung hat bis zum Abschluss des Long Form Agreement Bestand.*
- 10.2 *Die Vertragsdauer des Long Form Agreements beträgt 5 Jahre ab Launch der B2. _____ PLATTFORM. Sofern dieses nicht vor 12 Monate vor Ende der Vertragsdauer gekündigt wird verlängert sich die Vertragslaufzeit automatisch um ein weiteres Jahr."*

Gemäss Abs. 3 der Präambel der Erweiterten Eckpunktevereinbarung ergänzt diese die Eckpunktevereinbarung. Ziff. 11.1 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung hält fest, dass sie mit ihrem Inkrafttreten die Eckpunktevereinbarung nicht ersetzt. Sofern die Bestimmungen der Erweiterten Eckpunktevereinbarung den Bestimmungen der Eckpunktevereinbarung widersprechen, gehen die Bestimmungen der Erweiterten Eckpunktevereinbarung vor (act. 3/14 bzw. act. 13/41).

Die Parteien sind sich nicht einig, wie die beiden Bestimmungen zueinander stehen. Keine Partei hat das Vorliegen eines tatsächlichen übereinstimmenden Willens substantiiert behauptet, weshalb die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen hat. Aus ihrem Wortlaut ergibt sich eindeutig, dass die Bestimmungen der Eckpunktevereinbarung und jene der Erweiterten Eckpunktevereinbarung nebeneinander ergänzend zur Anwendung gelangen, sofern sie sich nicht widersprechen. Ziff. 10 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung enthält keine Regelung zum Projektabbruch bzw. zu einer Beendigung des Projekts, sodass die Bestimmung nach dem Wortlaut von Abs. 3 der Präambel sowie Ziff. 11.1 Satz 3 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung durch Ziff. 4.3 der Eckpunktevereinbarung ergänzt wird. Dieses Auslegungsergebnis wird auch dadurch gestützt, dass bereits in Ziff. 4.2 Abs. 1 Satz 2 der Eckpunktevereinbarung vorgesehen ist, dass die Eckpunktevereinbarung bis zum Inkrafttreten des 'Long Form Agreements' in Kraft bleibt, was in Ziff. 10.1 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung wiederholt wird. In Ziff. 10.2 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung wird die beabsichtigte Vertrags-

dauer des 'Long Form Agreements' festgehalten, welches jedoch nie abgeschlossen wurde. Anhaltspunkte dafür, dass ein Projektabbruch bis zum Abschluss des 'Long Form Agreements' in einer der Vereinbarungen der Parteien oder sonst wie ausgeschlossen worden wäre, sind – entgegen der Ansicht der Klägerin – nicht ersichtlich. Folglich besteht kein Widerspruch zwischen der Vertragsdauer gemäss Ziff. 10 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung und der Regelung des Projektabbruchs gemäss Ziff. 4.3 der Eckpunktevereinbarung. Die Beklagte war berechtigt, das Projekt vor Abschluss des 'Long Form Agreements' zu beenden.

Die Eckpunktevereinbarung sieht keine für die Beendigung bzw. den Abbruch des Projekts einzuhaltende Frist vor. Eine solche ist weder im Werkvertrags- noch im Auftragsrecht geregelt, und auch die vorzeitige Beendigung aus wichtigem Grund im Lizenzvertragsrecht muss jederzeit möglich sein (vgl. Art. 366 und Art. 375 ff. OR; Art. 404 OR; Erwägung 4.2). Die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit deckt sich ausserdem mit der Regelung im LOI (act. 3/9), wobei dieser durch die Eckpunktevereinbarung ersetzt wurde. Insgesamt ergibt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, dass die Parteien bis zum Abschluss des 'Long Form Agreements' zum jederzeitigen Projektabbruch berechtigt waren. Zum Abschluss des 'Long Form Agreements' ist es unbestrittenermassen nicht gekommen, so dass der Projektabbruch durch die Beklagte am 19. Dezember 2017 zulässig war (vgl. act. 3/10; act. 3/14 bzw. act. 13/41; Erwägung 2.1 letzter Absatz).

4.5. Fazit

Jede Partei und damit auch die Beklagte war gemäss Ziff. 4.3 der Eckpunktevereinbarung bis zum Abschluss des 'Long Form Agreements' (zu welchem es unbestrittenermassen nicht gekommen ist) zum jederzeitigen Projektabbruch berechtigt.

5. Rechtsfolgen des Projektabbruchs (Hauptklage)

5.1. Ausgangslage / Teilklageabweisung

Die Parteien haben in Ziff. 4.3 der Eckpunktevereinbarung für den Fall eines Projektabbruchs bzw. einer Beendigung vereinbart, dass sie eine Rückgabepflicht für sämtliche zur Verfügung gestellten Unterlagen, Informationen etc. und eine Pflicht

zur anteilmässigen Vergütung der nachweislich angefallenen Kosten trifft (act. 3/10). Die Beklagte hat die Vertragsbeziehung mit Schreiben vom 19. Dezember 2017 einseitig beendet, wozu sie berechtigt war (vgl. Erwägung 4; act. 3/33). Zu prüfen ist daher, ob sie der Klägerin die bis zum Projektabbruch entstandenen Kosten anteilmässig zu vergüten hat. Für den künftigen Betrieb und Unterhalt der B2._____ Plattform ist von der Beklagten mangels vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage hingegen keine Vergütung geschuldet. Die (Teil-)Klage ist daher bezüglich der Betriebs- und Wartungskosten für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis 31. Mai 2020 im Umfang von CHF 991'216.96 (CHF 468'370.07 Minimum der Betriebs- und Abnahmekosten, CHF 301'068.14 Wartungskosten Phase 1, CHF 183'133.12 Wartungskosten Phase 2 und CHF 38'645.63 Software-Wartung [Kommunikation Sportcenter B2._____]) bereits vorweg abzuweisen.

Für ihre bis zum Projektabbruch anteilmässig angefallenen Kosten ist die Klägerin beweispflichtig (vgl. Art. 8 ZGB).

5.2. Parteistandpunkte

Die Klägerin macht gestützt auf die Eckpunktevereinbarung und die Erweiterte Eckpunktevereinbarung bis zum Projektabbruch Kosten von CHF 314'422.91 für Projektaufwand und CHF 202'918.06 für den Betrieb und die Wartung der B2._____ Plattform, d.h. total CHF 517'340.97, geltend. Als Beweismittel reicht sie diverse Rechnungen, Mahnungen, einen Arbeitsrapport und E-Mail-Korrespondenz ein. Sie vertritt die Ansicht, in der Eckpunktevereinbarung sei nur ein Richtpreis vereinbart, wobei das Honorar auf Stundenbasis verrechnet worden sei bzw. es handle sich um über den Festpreis hinausgehende Aufwendungen, die zusätzlich zu verrechnen seien. Das Kostendach sei erst mit der Erweiterten Eckpunktevereinbarung, und nur für die in Anhang 3 aufgeführten Leistungen, vereinbart worden. Für die in der Erweiterten Eckpunktevereinbarung aufgeführten Projektmanagementkosten gelte das Kostendach erst seit deren Abschluss. Die unter der Eckpunktevereinbarung angefallenen Kosten seien separat zu entschädigen (act. 1 Rz. 46, Rz. 63, Rz. 114 ff., Rz. 130 ff.; act. 3/14 bzw. act. 13/41;

act. 3/40-65; act. 22 Rz. 38, Rz. 72 f., Rz. 84 ff., Rz. 114, Rz. 120 ff., Rz. 136, Rz. 228, Rz. 294, Rz. 352, Rz. 470 f., Rz. 551).

Die Beklagte bestreitet diese Forderungen. Sie weist darauf hin, dass mit der Erweiterten Eckpunktevereinbarung das pauschal geschuldete Honorar von CHF 1'180'550.– durch ein Kostendach von CHF 4.6 Mio. ersetzt worden sei. Für den Teilbereich "Projektmanagement" sei zunächst ein Honorar von CHF 86'400.– vereinbart worden, welches in der Erweiterten Eckpunktevereinbarung durch ein Kostendach von CHF 302'400.– (davon CHF 153'600.– für Phase 1, CHF 76'800.– für Phase 2 und CHF 72'000.– als Entgelt für das Vorziehen des Releases 1 vom 1. Juli 2017 auf den 1. Juni 2017) ersetzt worden sei. Das Kostendach für das Projektmanagement sei bereits voll ausgeschöpft und bezahlt worden, sodass der Klägerin keine weiteren Leistungen zustünden (act. 10 Rz. 28, Rz. 143, Rz. 145, Rz. 235, Rz. 328, Rz. 340 ff.; act. 26 Rz. 375 ff., Rz. 480, Rz. 489).

5.3. Rechtliches

5.3.1. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast

In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1 = Pra 108 [2019] Nr. 87). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4). Erstere verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Behauptungslast beinhaltet insbesondere auch die Obliegenheit eines schlüssigen – d.h. widerspruchsfreien und vollständigen – Tatsachenvortrags, wobei ein blosser Verweis auf Akten in der Regel nicht genügt (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: ZPO Komm., a.a.O., Art. 55 N 21; Urteil BGer 4A_284/2017 E. 4.2 m.w.H.). Bestreitet die Gegenpartei die Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei substantiiert (vgl. zum substantiierten Bestreiten: WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], BK ZGB, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Band I/1, 2012, Art. 8 N 191 ff.), trifft die behauptungsbelastete Partei eine über die Behauptungslast

hinausgehende Substantiierungslast. Die erforderlichen Tatsachenbehauptungen müssen so konkret und bestimmt vorgebracht werden, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (WILLISEGGER, in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 221 N 29, m.w.H.). Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 (2003) Nr. 30; Urteile BGer 4C.211/2006 E. 3.1; 5P.210/2005 E. 4.1; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 222 N 24).

5.3.2. Rechtliche Grundlagen zur Vergütung

Die Leistung einer Vergütung gehört beim Werkvertrag zu den essentialia negotii, beim Auftrag ist eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist und der Lizenzvertrag ist typischerweise ebenfalls entgeltlicher Natur (vgl. Art. 363 OR; Art. 394 Abs. 3 OR; HUGUENIN, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2019, Rz. 3800). Hinsichtlich der Vergütung gilt primär das zwischen den Parteien Vereinbarte. Sowohl in Ziff. 2 der Eckpunktevereinbarung als auch in Ziff. 5 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung finden sich Regelungen zur Vergütung, und das Verhältnis der beiden Vereinbarungen zueinander ist abermals umstritten. Daher ist der Vertragsinhalt durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln (vgl. Erwägung 4.3).

Ziff. 2 der Eckpunktevereinbarung lautet wie folgt:

" 2. Vergütung

Für die Leistungen gemäss dieser Vereinbarung zahlt der Kunde dem Lieferanten das in Anlage 1 definierte Honorar. Der Lieferant stellt dem Kunden für die geleisteten Arbeiten eine detaillierte und mehrwertsteuerkonforme Rechnung aus, unter Angabe seiner Bankverbindung. Der Kunde zahlt die Rechnungen des Lieferanten innert 30 Tagen nach Erhalt."

Ziff. 5 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung ist folgendermassen formuliert:

" 5. Vergütung und Zahlungsmodalitäten

5.1 A. _____ hat für deren Leistungen die Kosten gemäss Anhang 3 „Commercials“ offeriert (Kostendach). Seitens des Kunden sind, sofern der Leistungsumfang nicht weiter verändert wird, keine zusätzlichen Vergütungen geschuldet, insbeson-

dere auch nicht im Zusammenhang mit jeglichen Auslagen von A._____ (einschliesslich Lizenzen, Reisekosten etc.). Die Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR ist ausgeschlossen.

5.2 Die Entschädigung für die durch A._____ erbrachten Leistungen werden wie folgt in Rechnung gestellt: 1/3 bei Auftrag, 1/3 bei Lieferung und 1/3 bei Abnahme, getrennt nach Projektphase 1 und 2.

Kosten für Hard-/Software fallen zu 100% bei Bestellung an den jeweiligen Lieferanten an.

5.3 Die Vergütung wird von A._____ zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt. Rechnungen von A._____ sind dreissig Tage nach Erhalt der Rechnung zur Zahlung durch den Kunden fällig."

5.4. Subsumtion

5.4.1. Vergütung gemäss Eckpunkte- und Erweiterter Eckpunktevereinbarung

In der Eckpunktevereinbarung einigten sich die Parteien gemäss Anlage 1 auf ein Honorar in der Höhe von CHF 1'180'550.– für das Gesamtprojekt (act. 3/10 Ziff. 2). Es finden sich keine Hinweise dafür, dass eine Vergütung nach Aufwand vereinbart worden wäre. Insbesondere sind der Eckpunktevereinbarung die von der Klägerin behaupteten Stundenansätze nicht zu entnehmen. Vielmehr wurde das Gesamtprojekt in verschiedene Teilbereiche gegliedert (D._____ Plattform, D._____ OTT [Web/Mobile], D._____ Cloud Storage, Content/Metadata, CRM/SMS Integration, Project Management, Reporting), welche jeweils mit einer konkreten Summe zu vergüten waren. Für das Projektmanagement war beispielsweise eine Vergütung in der Höhe von CHF 86'400.– vorgesehen. Nicht definiert wurde, ob es sich bei dieser Summe um eine Pauschale bzw. einen Fixpreis oder um ein Kostendach handelt (act. 3/10, Anlage 1).

Die Erweiterte Eckpunktevereinbarung hielt fest, dass die Klägerin ihre Kosten gemäss Anhang 3 offeriert habe, wobei es sich um ein Kostendach handle (act. 3/14 bzw. act. 13/41 Ziff. 5.1). Anhang 3 von act. 3/14 bzw. act. 13/41 ist zu entnehmen, dass das Gesamtprojekt wiederum in Teilbereiche (D._____ Plattform, D._____ Erweiterungen, Erweiterungen exklusiv B2._____, D._____ STB, D._____ OTT [Web/Mobile], D._____ Cloud Storage, Content/Metadata VOD [TVOD/EST/GO], Content/Metadata Channels, Hardware, Interconnection, Betriebskosten D._____ Plattform, Projektmanagement) gegliedert wurde, wobei die Teilbereiche wiederum mit einem bestimmten Betrag zu entschädigen sein soll-

ten. Die kleineren Schriftgrössen sind jedoch weder in Anhang 3 von act. 3/14 noch in jenem von act. 13/41 lesbar. Da die Abbildung in act. 1 S. 13 ff. von der Beklagten bestritten wird, können nur die in Anhang 3 unterstrichenen Teilbereiche bzw. Zeilen mit den entsprechenden Vergütungssummen als knapp leserliche Entscheidungsgrundlage dienen. Unbestritten geblieben ist, dass für das Honorar ein Kostendach von gesamthaft 4.5 Mio. vereinbart wurde. Für das Projektmanagement einigten sich die Parteien auf drei Zahlungen von total CHF 302'400.– (davon CHF 153'600.– für Phase 1, CHF 76'800.– für Phase 2 und CHF 72'000.– als Entgelt für das Vorziehen des Releases 1 vom 1. Juli 2017 auf den 1. Juni 2017; act. 1 Rz. 63; act. 10 Rz. 145, Rz. 252, Rz. 328, Rz. 341; act. 22 Rz. 86; act. 26 Rz. 379, Rz. 541).

Sowohl die Eckpunktevereinbarung als auch die Erweiterte Eckpunktevereinbarung enthalten Bestimmungen zur Vergütung des Gesamtprojekts. Das Gesamtprojekt wird in beiden Anhängen in Teilbereiche gegliedert, die teilweise identisch lauten, und für die jeweils eine bestimmte Vergütungssumme vorgesehen ist. Die Bestimmungen gemäss Ziff. 5.1 und Anhang 3 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung weichen von jenen gemäss Ziff. 2 und Anlage 1 der Eckpunktevereinbarung ab, d.h. sie sind widersprüchlich. Für diesen Fall sieht Ziff. 11.1 Satz 3 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung vor, dass deren Bestimmungen vorgehen. Die Auslegung nach dem Wortlaut ist eindeutig. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch den Umstand gestützt, dass die Gliederung der Teilbereiche in Anhang 3 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung detaillierter und die Vergütungssumme höher ausgefallen ist. Das lässt schliessen, dass sich das Projekt entwickelt hat, was Niederschlag in diesen Anpassungen gefunden hat. Dafür, dass die erbrachten Leistungen in zwei Kategorien unterteilt worden wären, nämlich in die unter der Eckpunktevereinbarung erbrachten zum Einen und die unter der Erweiterten Eckpunktevereinbarung erbrachte Leistungen zum Anderen, was angesichts der Ausführungen der Klägerin konsequent gewesen wäre, finden sich hingegen keine Anhaltspunkte. Vielmehr spricht der Umstand, dass die im erwähnten Anhang 3 aufgeführten Kosten als Kostendach definiert wurden, ebenfalls für eine einheitliche bzw. zusammenfassende Regelung der Vergütung des Gesamtprojekts gemäss Ziff. 5 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung. Insbesondere halten

die Parteien neben dem Begriff "Kostendach" im selben Absatz fest, dass die Beklagte keine zusätzlichen Vergütungen schuldet, sofern sich der Leistungsumfang nicht weiter verändert (vgl. act. 3/14 bzw. act. 13/41 Ziff. 5.1). Mit dieser Formulierung wird offenkundig zum Ausdruck gebracht, dass bereits Änderungen des Leistungsumfangs stattgefunden haben, welche im Kostendach gemäss Erweiterter Eckpunktevereinbarung berücksichtigt worden sind. Insgesamt sind die beiden Vereinbarungen – entgegen der Ansicht der Klägerin – nach Treu und Glaube nicht so zu verstehen, dass die unter der Eckpunktevereinbarung entstandenen Leistungen separat zu vergüten wären, und dass das Kostendach nur für Leistungen vereinbart worden wäre, welche nach Abschluss der Erweiterten Eckpunktevereinbarung erbracht worden sind.

Folglich sind die von der Klägerin eingeklagten Forderungen dahingehend zu prüfen, ob sie den Zeitraum bis zum Projektabbruch betreffen, im Leistungsumfang gemäss Erweiterter Eckpunktevereinbarung enthalten und bisher nicht bezahlt worden sind. Die Klägerin trägt dafür die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast. Für die negative Tatsachenbehauptung der nicht erfolgten Bezahlung einer geschuldeten Leistung trifft die Beklagte eine Mitwirkungsobliegenheit (vgl. BGE 139 II 451 E. 2.4 = Pra 103 (2014) Nr. 12; 137 II 313 E. 3.5.2; 133 V 205 E. 5.5).

5.4.2. Projektaufwand bis zum Projektabbruch

5.4.2.1. Die Klägerin macht zunächst Kosten für erbrachte Leistungen im Zeitraum vom 1. August 2016 bis 23. Dezember 2016 geltend, die noch vor Abschluss der Erweiterten Eckpunktevereinbarung entstanden seien. Sie habe der Beklagten mit Rechnung Nr. 419024 vom 1. Juni 2017 Projektierungsaufwand, Meetings und Projektmanagement im Umfang von CHF 163'749.60 in Rechnung gestellt. Diese Forderung sei mit einer Sicherheitszahlung von CHF 162'000.– (inkl. MwSt.) zu verrechnen, sodass ein offener Restbetrag von CHF 1'749.60 verbleibe (act. 1 Rz. 131 ff.; act. 22 Rz. 84 ff., Rz. 114, Rz. 473). Die Beklagte bestreitet die Forderung vollumfänglich. Sie weist darauf hin, dass diese Leistungen Projektmanagementkosten darstellten, welche sie bis zur Erreichung des Kostendachs für die Phasen 1 und 2 gesamthaft, d.h. im Umfang von CHF 230'400.–,

und für den vorgezogenen Release aus Kulanz mit einem Abzug von 10 %, d.h. im Umfang von CHF 71'680.–, bezahlt habe (act. 10 Rz. 338 ff., Rz. 486; act. 13/88; act. 13/90-92; act. 13/97; act. 26 Rz. 368 ff.).

Wie aufgezeigt, ergibt die Auslegung, dass die vor Abschluss der Eckpunktevereinbarung erbrachten Leistungen nicht separat zu vergüten sind, sondern mit der Erweiterten Eckpunktevereinbarung u.a. das Budget für die Projektmanagementkosten, unter Einführung eines Kostendachs, erhöht wurde (vgl. Erwägung 5.4). In den Rechtsschriften der Klägerin findet sich keine Eventualbegründung für den Fall, dass nicht auf einen separaten Vergütungsanspruch erkannt wird. Mithin ist nicht ersichtlich, weshalb die hier behaupteten Arbeitsstunden für Projektierungsaufwand, Meetings und Projektmanagement nicht unter die vom Kostendach umfassten und bereits bezahlten Projektmanagementkosten gemäss Erweiterter Eckpunktevereinbarung fallen sollten. Der Anspruch ist nicht hinreichend dargetan und der Nachweis für den Bestand dieser Forderung nicht erbracht, weshalb die Klage im Umfang von CHF 1'749.60 abzuweisen ist.

5.4.2.2. Des Weiteren fordert die Klägerin eine Vergütung für in Phase 2 erbrachte Dienstleistungen (Homescreen, Support Admin Panel Erweiterungen, EST Download, Offline Mode TVOD) im Umfang von CHF 286'156.80 (inkl. MwSt.). Diese Forderung habe sie zusammen mit den später zu behandelnden Streaming- bzw. Betriebskosten von CHF 70'361.60 (exkl. MwSt.) mit Rechnung Nr. 428847 vom 29. Dezember 2017 in Rechnung gestellt. Die erbrachten Dienstleistungen würden in den Teilbereich "Erweiterungen exklusiv B2._____" der Erweiterten Eckpunktevereinbarung fallen und seien von der Beklagten nicht bezahlt worden (act. 1 Rz. 140 ff.; act. 3/43). Die Beklagte bestreitet auch die Leistungen vollumfänglich. Sie weist darauf hin, dass die Dienstleistungen gemäss Rechnung die Phase 2 betreffen sollten. Die Phase 2 sei jedoch nie abgeliefert worden und die aufgezählten Dienstleistungen seien nicht oder nicht vollständig umgesetzt bzw. implementiert worden (act. 10 Rz. 349 ff.).

Indem die Klägerin die Rechnung unter der Überschrift "Projektaufwände bis zum unrechtmässigen Projektabbruch" aufführt, behauptet sie sinngemäss, die Leistungen seien im Zeitraum vor Projektabbruch erbracht worden (vgl. act. 1 S. 28,

Rz. 140 ff.). Die Beklagte bestreitet, dass die Leistungen zu den bis zum Projektabbruch nachweislich angefallenen Kosten gehörten (act. 10 Rz. 349). Die Rechnung datiert vom 29. Dezember 2017, d.h. zehn Tage nach dem Projektabbruch. Zudem ist der Rechnung auf Seite 2 der Hinweis "Auftrag: 231827 vom 29.12.2017" zu entnehmen. Ausserdem betrifft der Kostenpunkt Streaming (CHF 70'361.60) die jährlichen Betriebskosten für den Zeitraum vom 1. November 2017 bis 31. Oktober 2018, was ebenfalls für die Rechnungsstellung und insbesondere für Leistungen in einem Zeitraum nach Projektabbruch spricht. Die Klägerin unterlässt es trotz Bestreitung zu substantiieren, wann welche Leistungen konkret erbracht worden sind (vgl. act. 22 Rz. 475). Sie scheitert daher an der Substantiierung der Leistungserbringung innerhalb des relevanten Zeitraums. Die Prüfung, ob die Leistungen vom Leistungsumfang gemäss Erweiterter Eckpunktevereinbarung gedeckt, und ob sie bereits bezahlt worden sind, kann somit unterbleiben. Die Klage ist im Umfang von CHF 286'156.80 (inkl. MwSt.) abzuweisen.

5.4.2.3. Ferner verlangt die Klägerin gestützt auf die Rechnung Nr. 428846 vom 29. Dezember 2017 einen Restbetrag von CHF 5'529.60. Es handle sich um die zweite und dritte Rate der Projektmanagementkosten der Phase 2, welche von der Beklagten bis auf 10 % bezahlt worden seien. Die fehlenden 10 % seien zu Unrecht verweigert worden (act. 1 Rz. 147; act. 22 Rz. 236). Die Beklagte bestreitet diese Kosten, da die Phase 2 weder geliefert noch abgenommen worden sei. Die Rechnung Nr. 428846 sei lediglich aus Kulanz und unter Abzug von 10 % bezahlt worden (act. 10 Rz. 158, Rz. 343, Rz. 354; act. 13/97; act. 26 Rz. 517).

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass diese Leistungen den Zeitraum bis zum Projektabbruch betreffen. Ausserdem sind die Leistungen vom Leistungsumfang der Eckpunktevereinbarung erfasst und unbestrittenermassen im Umfang von CHF 5'529.60 (inkl. MwSt.) bislang nicht bezahlt worden (vgl. act. 1 Rz. 147; act. 10 Rz. 343, Rz. 354). Strittig ist, ob die Klägerin sämtliche Leistungen der Phase 2 erbracht hat und dabei Kosten bis zum vereinbarten Kostendach entstanden sind, wofür die Klägerin beweispflichtig ist.

Gemäss Parteivereinbarung sind die zweite und dritte Rate der Projektmanagementkosten mit der Lieferung und Abnahme der Phase 2 geschuldet (act. 3/14

bzw. act. 13/41 Ziff. 5.2 und Anhang 3). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die vereinbarten Leistungen der Phase 2 im November 2017 abgeliefert zu haben, welche stillschweigend abgenommen worden seien, sodass auch die dritte Rate der Projektmanagementkosten gemäss Ziff. 5.2 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung geschuldet sei (act. 1 Rz. 93; act. 22 Rz. 28, Rz. 39, Rz. 49, Rz. 61, Rz. 68, Rz. 164, Rz. 203, Rz. 209, Rz. 227). Die Beklagte bestreitet, dass die verbleibenden 10 % der Projektmanagementkosten geschuldet seien, da es nie zu einer Ablieferung der funktionsfähigen Phase 2 gekommen sei (act. 10 Rz. 110, Rz. 114 ff., Rz. 280 ff.; act. 26 Rz. 81 ff.). Die Klägerin reicht zum Beweis der Ablieferung von Phase 2 das Abnahmedokument sowie das Protokoll des Meetings vom 19. Oktober 2017 ins Recht (act. 3/30-31). Ausserdem offeriert sie die Parteibefragung von E._____ (act. 1 Rz. 93; act. 22 Rz. 203). Die Beklagte bestreitet, dass das Abnahmedokument fertiggestellt und an sie (die Beklagte) übergeben worden sei (act. 10 Rz. 136 ff.).

Das von der Klägerin angerufene Abnahmedokument belegt nicht, dass es zu einer Abnahme gekommen ist; vielmehr handelt es sich dabei um die Version 0.7 und nicht um die Version 1.0, welche am 30. November 2017 durch F._____ erstellt wurde (act. 3/30, vgl. insbesondere S. 3). Dem Protokoll vom 19. Oktober 2017 ist zu entnehmen, dass anlässlich dieses Meetings der Zwischenstand von Phase 2 besprochen wurde (act. 3/31), d.h. dass zu diesem Zeitpunkt noch keine Abnahme stattgefunden hatte. Trotz der Bestreitungen der Beklagten verzichtet die Klägerin darauf zu substantiieren, welche Features sie wann, an wen abgeliefert haben will. Ausserdem reicht sie keine weitere Korrespondenz oder andere Beweismittel ein, die geeignet wären, die Ablieferung der gesamten Phase 2 und die Zustellung des entsprechenden Abnahmedokuments zu belegen. Mangels substantiierter Behauptungen der Klägerin ist kein (weiterer) Beweis abzunehmen. Der Klägerin misslingt der Beweis, dass die Phase 2 in voll funktionsfähigem Zustand abgeliefert worden ist. Vor diesem Hintergrund ist ihr Anspruch auf Bezahlung der kompletten Projektmanagementkosten bis zum vereinbarten Kostendach nicht ausgewiesen. Die Klage ist im Umfang von CHF 5'529.60 abzuweisen.

5.4.2.4. Mit Rechnung Nr. 419128 macht die Klägerin 'Change Request/Response'-Kosten für einen weiteren Fernsehkanal geltend. Zur Begründung

führt sie an, die Beklagte habe ohne Absprache den Kostensplit von 45 % zur Anwendung gebracht, sodass ein Betrag von CHF 14'553.– nach wie vor offen sei (act. 1 Rz. 148; act. 3/46; act. 22 Rz. 233). Die Beklagte bestreitet, den Restbetrag zu schulden. Sie weist darauf hin, aus Kulanz 45 % des Rechnungsbetrags, d.h. CHF 11'907.– inkl. MwSt., bezahlt zu haben (act. 10 Rz. 155, Rz. 355).

Der Rechnung ist zu entnehmen, dass das 'Streaming Setup' am 18. Juli 2017 und somit vor Projektabbruch in Auftrag gegeben worden sein soll (act. 3/46). Die Klägerin führt an, es handle sich um einen 'Change Request/Response'. Dies kann sinngemäss so verstanden werden, dass die Leistungen nicht vom Leistungsumfang der Erweiterten Eckpunktevereinbarung gedeckt gewesen sein sollen. Allerdings fehlt es abermals an einer ausreichenden Substantiierung seitens der Klägerin. Sie legt trotz Bestreitung der Beklagten nicht dar, wer, wann, welchen weiteren Fernsehkanal bestellt hat, und weshalb dieser Kanal nicht zum vereinbarten Leistungsumfang der Erweiterten Eckpunktevereinbarung gehört. Mangels Substantiierung ist auf eine Beweisabnahme zu verzichten. Damit kann auch offen bleiben, ob auf diese Leistung der Kostensplit anwendbar ist, was strittig ist. Die Klage ist im Umfang von CHF 14'553.– ebenfalls abzuweisen.

5.4.2.5. Schlussendlich klagt die Klägerin offene Projektkosten in der Höhe von CHF 6'433.91 ein, die gegenüber der Beklagten mit Rechnung Nr. 428841 geltend gemacht worden seien. Sie führt aus, es bestehe eine Restforderung von CHF 22'469.75, welche sich aus Kommunikation Sportcenter B2._____ 1/3 bei Lieferung, Kommunikation Sportcenter B2._____ 1/3 bei Abnahme, Kommunikation Sportcenter B2._____ Projektmanagement sowie jährlichen Betriebskosten zusammensetze. Die offenen Projektkosten würden CHF 6'433.91 betragen (act. 1 Rz. 149 ff.; act. 3/47-51; act. 22 Rz. 235). Die Beklagte bestreitet, noch irgendwelche Kosten zu schulden. Ein Betrag von CHF 57'905.25 (inkl. MwSt.) der Gesamtrechnung von CHF 80'375.– sei aus Kulanz bezahlt worden. Ausserdem bestreitet sie, dass das Feature geliefert und abgenommen worden sei (act. 10 Rz. 157, Rz. 356 ff.).

Der Rechnung sowie dem Formular "Change Response" ist zu entnehmen, dass am 18. Juli 2017 ausserhalb des mit der Erweiterten Eckpunktevereinbarung aus-

gemachten Leistungsumfanges hinsichtlich der Kommunikation Sportcenter B2._____, ein Auftrag erteilt wurde (act. 3/47; act. 3/50). Für die Entwicklung wurde ein Fixpreis von CHF 74'240.– (exkl. MwSt.), für die Projektleitung ein Ansatz von CHF 180.– pro Stunde und für den jährlichen Betrieb der Betrag von CHF 14'848.– (exkl. MwSt.) vereinbart (act. 3/50). Damit ist erwiesen, dass die Beklagte der Klägerin den entsprechenden Auftrag erteilt hat. Ob der Auftrag geliefert und abgenommen wurde, wird von der Klägerin trotz Bestreitung seitens der Beklagten allerdings nicht weiter substantiiert und belegt. Die Klägerin genügt daher ihrer Substantiierungslast abermals nicht. Die Klage ist somit auch im Umfang von CHF 6'433.91 abzuweisen.

5.4.2.6. Zusammenfassend ist es der Klägerin nicht gelungen, entschädigungspflichtigen Projektaufwand bis zum Projektabbruch zu substantiieren und zu belegen, sodass die Klage auch im Umfang von CHF 314'422.91 abzuweisen ist.

5.4.3. Betriebs- und Wartungskosten bis zum Projektabbruch

Die Klägerin macht unter dem Titel Betriebs- und Wartungskosten bis zum Projektabbruch eine Forderung von CHF 202'918.06 geltend, welche sich aus CHF 113'369.90 Betriebskosten und CHF 89'548.16 Wartungskosten zusammensetzt (act. 1 Rz. 115, Rz. 156 ff., Rz. 175 f.; act. 22 Rz. 38, Rz. 73, Rz. 77).

5.4.3.1. Die Klägerin führt aus, ihr stünden unter dem Titel Betriebskosten im Zeitraum 1. Juni 2017 bis 31. Dezember 2017 monatliche Zahlungen von CHF 16'195.70 zu, welche sie mit den Rechnungen Nr. 417649, 418593, 419453, 422650, 423627 und 426435 eingefordert habe (act. 1 Rz. 156 ff.; act. 3/52-65). Die Beklagte bestreitet, dass Betriebskosten entstanden seien, da weder eine Ablieferung noch eine Inbetriebnahme der D._____ Plattform erfolgt sei (act. 10 Rz. 366 ff.).

Die Klägerin will die vereinbarten Betriebskosten mit Anhang 3 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung beweisen. Die Kosten seien unter dem Titel "Betriebskosten D._____" aufgeführt (vgl. act. 1 Rz.159, Rz. 161, Rz. 163, Rz. 165, Rz. 167, Rz. 169, Rz. 171 ff.). Die erste Rechnungsstellung erfolgte am 1. Juni 2017, was mit dem geplanten Release der Phase 1 übereinstimmt. Die Klägerin legt jedoch

nicht dar, ab wann die Bezahlung der Betriebskosten zwischen den Parteien vereinbart worden sein soll. Zwar kann Anhang 3 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung entnommen werden, dass unter dem Titel Betriebskosten monatlich geschuldete Beträge aufgelistet sind. Es bleibt jedoch unklar, ab wann solche Zahlungen geschuldet gewesen sein sollen. Ausserdem sind die Beträge nur schwer bzw. teilweise nicht leserlich, und die Ausführungen der Klägerin werden von der Beklagten bestritten. Daher hätte die Klägerin in der Replik substantiieren müssen, wer, wann, was bezüglich der Betriebskosten vereinbart hat, und ab wann diese Kosten in welchem Umfang geschuldet gewesen wären. Dies hat sie unterlassen (vgl. act. 22), weshalb die Klage mangels ausreichender Substantiierung auch im Betrag von CHF 113'369.90 abzuweisen ist.

5.4.3.2. Die Klägerin fordert schliesslich gestützt auf die Erweiterte Eckpunktevereinbarung Wartungskosten im Umfang von CHF 89'548.16, welche sie basierend auf drei Rechnungen Nr. 417651, 428847 und 428841 pro rata temporis bis 31. Dezember 2017 auf die jährliche Software-Wartung (Phasen 1, Phase 2 sowie Kommunikation Sportcenter B2._____) angerechnet habe, nämlich CHF 72'874.11 für die Phase 1, CHF 12'665.09 für die Phase 2 und CHF 4'008.96 für die Kommunikation Sportcenter B2._____ (act. 1 Rz. 115, Rz. 156, Rz. 174 f.). Die Beklagte bestreitet, dass Wartungskosten angefallen seien. Sie merkt an, dass die B2._____ Plattform nie live gegangen sei (act. 10 Rz. 323, Rz. 362 ff., Rz. 374).

Hinsichtlich der Wartungskosten sind die Behauptungen der Klägerin noch weniger substantiiert als bei den Betriebskosten. Sie legt weder dar, wie die Vergütung von Wartungskosten in der Erweiterten Eckpunktevereinbarung konkret geregelt sein soll, noch ab wann eine solche Vergütung geschuldet gewesen wäre (vgl. act. 22 Rz. 76 f., Rz. 483). Da die Klägerin ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen ist, ist die Klage auch hinsichtlich der Wartungskosten im Umfang von CHF 89'548.16 abzuweisen.

5.4.3.3. Die Klage ist zusammengefasst mangels ausreichender Substantiierung hinsichtlich der Betriebs- und Wartungskosten im Umfang von total CHF 202'918.06 ebenfalls abzuweisen.

5.5. Fazit zur Klage

Der Klägerin stehen gemäss vertraglicher Vereinbarung bis zum Projektabbruch angefallene Kosten anteilmässig zu, nicht jedoch – wie vorliegend geltend gemacht – künftige Betriebs- und Unterhaltskosten. Die (Teil-)Klage ist somit betreffend die Betriebs- und Wartungskosten für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis 31. Mai 2020 im Umfang von CHF 991'216.96 abzuweisen.

Hinsichtlich der bis zum Projektabbruch geschuldeten Kosten ist es der Klägerin nicht gelungen, über die bereits erbrachten Zahlungen hinaus angefallene Kosten zu beweisen. Entsprechend ist die Klage auch im Umfang von CHF 517'340.97 (CHF 314'422.91 Projektkosten und CHF 202'918.06 Betriebs- und Wartungskosten) abzuweisen. Die Klage ist daher vollumfänglich abzuweisen.

6. Widerklage

Die Beklagte fordert widerklageweise die Sicherheitszahlung von CHF 150'000.– (exkl. MwSt.) bzw. CHF 161'550.– (inkl. neu 7.7 % MwSt.) zurück (act. 10 S. 2, Rz. 167 ff.). Ausserdem klagt sie die Konventionalstrafe in maximaler Höhe von CHF 300'000.– ein (act. 10 S. 2, Rz. 170 ff.). In der Widerklagereplik erweitert sie ihr Rechtsbegehren um den Betrag von CHF 91'024.45 (inkl. neu 7.7 % MwSt.). Die Klägerin fordert die Abweisung der Widerklage (act. 22 Rz. 83 ff.). Gemäss Art. 8 ZGB obliegt der Beklagten die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast für das Bestehen der widerklageweise geltend gemachten Ansprüche.

6.1. Sicherheitszahlung

Die Beklagte begründet ihren Anspruch auf Erstattung der Sicherheitszahlung damit, dass die Klägerin selbst zugestanden habe, die G._____ sei ihre Kundin. Die Voraussetzungen für eine Rückzahlung seien daher erfüllt. Da eine Verrechnungsforderung der Klägerin nicht bestehe und gegen die Verrechnung umgehend protestiert worden sei, sei ihr die Zahlung zurückzuerstatten (act. 10 Rz. 147, Rz. 159, Rz. 167 ff., Rz. 482; act. 26 Rz. 368 ff., Rz. 589 ff.; act. 27/35). Die Klägerin weist hinsichtlich der Sicherheitszahlung darauf hin, dass die G._____ das lineare Angebot von ihr (der Klägerin) nutze. Eine Rückzahlung sei aber nicht angezeigt, da die Sicherheitszahlung mit der Rechnung Nr. 419024

verrechnet worden sei. Die verrechneten Leistungen würden den Leistungsumfang der Eckpunktevereinbarung übersteigen und seien zusätzlich zu vergüten (act. 22 Rz. 84 ff., Rz. 249 f.; act. 37 Rz. 96 ff.).

Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Rückzahlung der Sicherheitszahlung grundsätzlich aus Vertrag geschuldet ist. Sie möchte die Sicherheitszahlung jedoch mit einer eigenen Forderung gemäss Rechnung Nr. 419024 im Umfang von CHF 163'749.60 verrechnen (vgl. act. 3/40). Eine Verrechnung ist u.a. möglich, wenn zwei Personen einander Geldsummen schulden, sofern beide Forderungen fällig sind (Art. 120 Abs. 1 OR). Die Beklagte bestreitet den Bestand der von der Klägerin zur Verrechnung gestellten Forderung und der Klägerin ist es nicht gelungen, den Beweis dafür zu erbringen (vgl. Erwägung 5.4.2.1). Daher entfaltet ihre Verrechnungserklärung keine Wirkung. Die Sicherheitszahlung, die inkl. MwSt. bezahlt wurde, ist der Beklagten folglich vereinbarungsgemäss zurückzuerstatten und die Widerklage im Umfang von CHF 161'550.– (inkl. 7.7 % MwSt.) gutzuhessen. Da die Beklagte es jedoch unterlassen hat, den von ihr geforderten Zins von 5 % ab 17. November 2020 zu begründen, ist ihr mangels entsprechender Tatsachenbehauptungen kein Zins zuzusprechen (vgl. act. 10; act. 26; act. 41).

6.2. Konventionalstrafe

6.2.1. Die Beklagte führt aus, in Ziff. 3.2.2. der Erweiterten Eckpunktevereinbarung sei die Einhaltung der Releasedaten vom 1. Juni 2017 bzw. 30. Juni 2017 für die Phase 1 und 28. November 2017 für Phase 2 mit einer Konventionalstrafe von maximal CHF 300'000.– gesichert worden. Die Klägerin habe keinen dieser Termine eingehalten. Die Phase 1 sei mindestens bis zum 8. Dezember 2017 und die Phase 2 bis zum Projektabbruch am 19. Dezember 2017 nicht voll funktionsfähig abgeliefert worden, sodass die maximale Konventionalstrafe geschuldet sei (act. 10 Rz. 170 ff., Rz. 313, Rz. 487 ff.; act. 26 Rz. 384 ff., Rz. 520, Rz. 592 ff.).

Die Klägerin wendet ein, sämtliche Abgabetermine eingehalten zu haben. Die Beklagte habe die Rechnungen für das Projektmanagement der Phase 1 und einen 'Performance-Bonus' für die frühzeitige Ablieferung der Phase 1 von CHF 72'000.– bezahlt. Da sich die Beklagte nie zu einer Schlecht- oder Spätleistung habe verlauten lassen und erst gut drei Jahre nach Projektabbruch konkret

die Bezahlung einer Konventionalstrafe geltend mache, handle sie rechtsmissbräuchlich (act. 22 Rz. 88 ff., Rz. 251 ff.; act. 37 Rz. 71 ff, Rz. 99 ff., Rz. 173, Rz. 271).

Die Beklagte bestreitet die Rechtsmissbräuchlichkeit ihres Handelns. Sie führt an, bereits mit Schreiben vom 19. Dezember 2017 angemerkt zu haben, dass u.a. über die Konventionalstrafe abgerechnet werden müsse (act. 3/33; act. 26 Rz. 387 ff., Rz. 520). Ausserdem weist sie darauf hin, dass es sich bei dem von der Klägerin erwähnten sogenannten 'Performance Bonus' um ein für das Vorziehen des Termins vertraglich vereinbartes Entgelt handle (act. 26 Rz. 69 f., Rz. 380, Rz. 391).

6.2.2. Eine Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR dient der Sicherung der korrekten Vertragserfüllung. Sie ist schadensunabhängig geschuldet (WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, in: BSK OR I, a.a.O., Art. 161 N 4). Von Gesetzes wegen verfällt sie allerdings nur, wenn der Schuldner die nicht gehörige Erfüllung des Vertrags zu vertreten hat (Art. 163 Abs. 2 OR). Ein Verschulden wird dabei vermutet (Art. 97 Abs. 1 OR). Die Beklagte hat demnach zu beweisen, dass eine vertragliche Verpflichtung besteht, die durch eine Konventionalstrafe gesichert ist, und dass die Verpflichtung verletzt wurde. Der Klägerin obliegt der Beweis, dass sie die Vertragsverletzung nicht zu vertreten hat.

6.2.3. Unbestrittenermassen haben die Parteien für den Fall der Nichteinhaltung der Phase 1 (Launch bis zum 1. Juni 2017) eine Konventionalstrafe von CHF 72'000.– vereinbart. Ab dem 1. Juli 2017 hat sich die Klägerin zur Vergütung einer zusätzlichen Zahlung von CHF 50'000.– pro angebrochener Verspätungswoche verpflichtet. Für die Nichteinhaltung der Phase 2 (Release 28. November 2017) wurde eine Konventionalstrafe von CHF 15'000.– pro Verspätungswoche vorgesehen. Die Nichteinhaltung ist zu bejahen, wenn die geschuldeten Features gemäss Anhang 1 zum vereinbarten Ablieferungszeitpunkt nicht voll funktionsfähig waren. Die Konventionalstrafen sind kumulativ geschuldet und auf den Maximalbetrag von CHF 300'000.– beschränkt (act. 3/14 bzw. act. 13/41 Ziff. 3.2.2). Es ist zu prüfen, ob die Klägerin die vereinbarten Termine eingehalten hat.

6.2.4. Die Beklagte führt hinsichtlich der Nichteinhaltung des Termins vom 1. Juni 2017 aus, dass die in Anhang 1 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung geschuldeten Features mindestens bis zum 8. Dezember 2017 nicht voll funktionsfähig gewesen seien. Phase 2 sei gar nie abgeliefert worden. Bis zum Projektabbruch am 19. Dezember 2017 sei eine Vielzahl von Features nicht voll funktionsfähig gewesen. Die Beklagte verweist auf das – nicht genehmigte – Abnahmeprotokoll der Klägerin sowie auf E-Mail-Korrespondenz (act. 3/23; act. 3/25; act. 3/27; act. 10 Rz. 114 ff., Rz. 177 ff., Rz. 290 ff.; act. 13/74-83; act. 26 Rz. 81 ff., Rz. 167, Rz. 285 ff., Rz. 390 ff., Rz. 437, Rz. 447, Rz. 460, Rz. 536 ff., Rz. 643 ff.; act. 27/26-33).

Die Klägerin bestreitet dies. Sie vertritt die Ansicht, dass sie die Phasen 1 und 2 vertragskonform und fristgerecht abgeliefert habe und diese von der Beklagten stillschweigend genehmigt worden seien. Nur weil 'Bugs' vorliegen würden, bedeute dies nicht, dass die Funktionsfähigkeit des gesamten Produktes betroffen sei (act. 10 Rz. 25 ff., Rz. 44 ff., Rz. 68, Rz. 89, Rz. 163 ff., Rz. 203 ff., Rz. 251 ff., Rz. 417 ff.; act. 37 Rz. 61 ff., Rz. 71 ff., Rz. 102, Rz. 135 f., Rz. 148, Rz. 152 ff., Rz. 176 ff.).

6.2.5. Aus dem Abnahmeprotokoll der Phase 1 ergibt sich, dass die Features SPC-18, VOD-20, VOD-21, REM-1, REM-7, MSU-1, MSU-4, PAY-6, sowie diverse Kernpunkte am 1. Juni 2017 noch nicht umgesetzt waren oder Fehler aufwiesen (act. 3/25). Gemäss einem E-Mail der Klägerin vom 1. Juni 2017 sollte nun die Bug-Fixing- und Stabilisierungsphase in Angriff genommen werden. Allerdings sollten gemäss Anhang 1 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung insbesondere die offenbar noch ausstehende Stabilisierung wie auch das 'Testing' vor dem "Release 1" abgeschlossen sein (vgl. act. 3/14 bzw. act. 13/41 Anhang 1; act. 3/23). Der Anhang des E-Mails vom 1. Juni 2017 ist als "PreviewReleaseNotes" gekennzeichnet, was übersetzt "Vorschau der Versionshinweise bzw. Hinweise zur Vorschau der Veröffentlichung" bedeutet, wobei das Wort "Vorschau" ebenfalls nicht auf die Ablieferung einer fertiggestellten Phase schliessen lässt (act. 3/23). Die von der Beklagten eingereichten E-Mails vom 11. August 2017 und insbesondere vom 8. Dezember 2017 belegen ferner, dass Features der Phase 1 wie "Android B2.____", noch lange über den zweiten Termin vom 30. Juni 2017 hin-

aus nicht funktioniert haben (act. 13/78; act. 27/31-32). Damit ist belegt, dass das am 1. Juni 2017 freigegebene Produkt nicht voll funktionsfähig abgeliefert wurde.

Der Klägerin gelingt es nicht, mit ihren Beteuerungen, dass sie den Ablieferungstermin vom 1. Juni 2017 eingehalten habe, das Gegenteil zu beweisen. Sie legt auch nicht dar, weshalb sie die Vertragsverletzung und den Verfall der Konventionalstrafe nicht zu vertreten hätte (vgl. act. 22 Rz. 89, Rz. 251 ff.; act. 37 Rz. 71 ff.). Insbesondere ist dem von der Klägerin angeführten E-Mail vom 17. Oktober 2017 nicht zu entnehmen, dass die Phase 1 bereits abgenommen wurde, sondern es ist darin, also im Oktober 2017, noch immer von der bevorstehenden Abnahme die Rede (vgl. act. 13/72; act. 22 Rz. 270). Schliesslich wird die Behauptung, dass es sich bei der Zahlung von CHF 72'000.– um einen 'Performance-Bonus' handle, von der Beklagten bestritten und durch die Akten nicht gestützt. Anhang 3 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung ist (auch) diesbezüglich nicht leserlich (vgl. act. 3/14 bzw. act. 13/41 Anhang 3). (Einzig) gemäss der Parteibehauptung der Klägerin auf Seite 15 der Klage ist unter dem Titel Projektmanagement einmalig ein Betrag von CHF 72'000.– geschuldet für "Vorziehen Release Phase 1 von 1. Juli 2017 auf 1. Juni 2017". Dass der Termin vorverlegt wurde, ergibt sich zwar aus Anhang 1 und Ziff. 3.2.2 der Erweiterten Eckpunktevereinbarung. Ebenfalls ist unbestritten, dass die Beklagte diesen Betrag bereits bezahlt hat (act. 22 Rz. 25 ff., Rz. 197 f., Rz. 252 ff.; act. 26 Rz. 69 f., Rz. 380, Rz. 391). Jedoch lässt sich ein Rückschluss, dass die Entstehung dieser Forderung im Sinne eines 'Performance-Bonus' an den ordnungsgemässen Abschluss der Phase 1 gekoppelt gewesen wäre, so nicht ziehen. Mangels rechtzeitiger Ablieferung der Phase 1 ist die Konventionalstrafe für diese Phase grundsätzlich geschuldet. Da wie dargestellt mindestens ein Feature bis im Dezember 2017 noch nicht voll funktionsfähig war, wurde im August 2017 die maximale Höhe der Konventionalstrafe von CHF 300'000.– erreicht. Dieser Betrag ist in Anbetracht des vereinbarten Gesamthonorars von rund CHF 4.5 Mio., und weil die zeitliche Komponente für die Beklagte so wichtig war, dass sie für das Vorziehen des Release-Datums das Projektmanagement-Honorar um CHF 72'000.– erhöhte, nicht als absolut unverhältnismässig zu qualifizieren. Mangels entsprechenden Antrags der Klägerin ist

die Frage der Angemessenheit nicht weiter zu prüfen (vgl. BGE 133 III 201 E. 5.2 = Pra 96 [2007] Nr. 126).

6.2.6. Zu guter Letzt stellt sich die Frage, ob die Geldendmachung der vertraglich geschuldeten Konventionalstrafe drei Jahre nach dem Projektabbruch rechtsmissbräuchlich ist. Grundsätzlich gibt es die Verjährungsfristen, die den Schuldner vor den Folgen langen Zuwartens bis zur Geltendmachung einer Forderung schützen. Diese Fristen sollen nicht auf dem Umweg über Art. 2 ZGB generell verkürzt werden. Rechtsmissbräuchlich ist das Zuwarten mit der Geltendmachung einer Forderung nur, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Zuwarten als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (BGE 116 II 428 E. 2; 94 II 37 E. 6b). Solche weiteren Umstände legt die Klägerin nicht dar (vgl. act. 22 Rz. 251 ff., Rz. 281, Rz. 283, Rz. 450; act. 37 Rz. 99 ff., Rz. 173, Rz. 271). Somit ist ihre Rüge der Rechtsmissbräuchlichkeit unbegründet und die Konventionalstrafe ist geschuldet. Die Widerklage ist auch im Umfang von CHF 300'000.– gutzuheissen. Mangels entsprechender Begründung ist die Forderung erneut ohne Zins zuzusprechen (vgl. act. 10; act. 26; act. 41). Weil mit der verspäteten bzw. nicht erfolgten Ablieferung der voll funktionsfähigen Phase 1 bereits die maximale Höhe der Konventionalstrafe erreicht wurde, kann an dieser Stelle offen bleiben, ob die Phase 2 fristgerecht abgeliefert wurde (vgl. dazu Erwägung 5.4.2.3).

6.2.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin mindestens die Phase 1 nicht innert vertraglich vereinbarter Frist voll funktionsfähig abgeliefert hat. Daher schuldet sie der Beklagten die Konventionalstrafe von CHF 300'000.–. Die Widerklage ist in diesem Umfang – mit Ausnahme der Zinsen – gutzuheissen.

6.3. Akontozahlung

6.3.1. In der Widerklagereplik erweiterte die Beklagte ihr Rechtsbegehren um den Betrag von CHF 91'024.45 (inkl. 7.7% MwSt.). Sie habe mit Rechnung Nr. 387356 am 18. Dezember 2015 eine Akontozahlung von CHF 500'000.– an die Klägerin geleistet, über die noch nicht abgerechnet worden sei (act. 13/84). Einerseits stehe ihr noch ein Guthaben von CHF 35'632.27 (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu (act. 10 Rz. 144; act. 26 Rz. 401 ff.; act. 27/37-38). Andererseits sei das Pauschalhonorar von CHF 86'400.– für 'Project Management' gemäss Eckpunktevereinbarung im

Umfang von CHF 48'884.40 bereits von der Akontozahlung in Abzug gebracht worden. Indem die Klägerin das mit der Erweiterten Eckpunktevereinbarung erhöhte Honorar von CHF 302'400.– gesamthaft in Rechnung gestellt habe, ohne zu berücksichtigen, dass ein Betrag von CHF 48'884.40 (zzgl. MwSt.) bereits bezahlt worden sei, sei ihr dieser Betrag zurückzuerstatten (act. 26 Rz. 401 ff., Rz. 599 ff.; act. 41 Rz. 34 ff., Rz. 75 ff.).

Die Klägerin bestreitet die Forderung vollumfänglich. Sie weist darauf hin, dass bloss eine Akontozahlung von CHF 400'000.– geleistet worden sei. Somit bestehe kein Anspruch. Im Übrigen sei eine allfällig bestehende Forderung ohnehin durch Verrechnung mit der Forderung von CHF 23'760.– aus einer In-App Studie getilgt (act. 27/38; act. 37 Rz. 11 ff., Rz. 104 ff., Rz. 272).

6.3.2. Eine Akontozahlung ist vorläufiger Natur, denn die Höhe der Basisforderung ist im Zeitpunkt der Leistung noch unklar. Daher pflegen Vertragsparteien einen besonderen Tilgungsmodus für die Basisforderung zu vereinbaren, der darin besteht, dass Akontozahlungen vorab geleistet werden, und dass abschliessend eine Saldierung stattfindet. Die Akontozahlung erfolgt mithin unter dem Vorbehalt der gehörigen Abrechnung sowie eines allfälligen Ausgleichs (Rückzahlung oder Nachzahlung), sofern die Basisforderung nicht genau gedeckt wird (ZELLWEGE-GUTKNECHT/ROSENTHALER, Die Akontovereinbarung – zugleich ein Beitrag zur Tilgung durch Saldierung, SJZ 118/2022, 280-290, 282 ff.). Die Abrechnung hat durch den Gläubiger zu erfolgen und ist durch den Schuldner explizit oder stillschweigend zu genehmigen. Wurde der Saldo gezogen und anerkannt, ist ein allfälliger Rückforderungsanspruch bereicherungsrechtlicher Natur. Vor Anerkennung des Saldos handelt es sich hingegen um einen vertraglichen Anspruch (BGE 133 III 356 E. 3.2.2; 126 III 119 E. 2b, E. 3d; Urteile BGer 4A_433/2020 E. 2.5.1; 4A_209/2019 E. 8.1; 4A_267/2011 E. 2.2). Die Leistung von Akontozahlungen führt – unter dem Vorbehalt anderslautender Abreden zwischen den Parteien – zu keiner Änderung der Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast (vgl. Urteil BGer 4A_433/2020 E. 2.4.2 ff.; ZELLWEGE-GUTKNECHT/ROSENTHALER, a.a.O., 285).

6.3.3. Die Beklagte fordert zu viel geleistete Akontozahlungen zurück (act. 26 S. 2, Rz. 401 ff.). Sie trägt daher die Beweislast, Akontozahlungen geleistet zu haben. Der Klägerin obliegt der Gegenbeweis. Ausserdem trägt letztere die Beweislast dafür, dass ihr die Akontozahlungen zustehen. Diesen Beweis kann sie einerseits durch eine vom Schuldner anerkannte Abrechnung erbringen, andererseits durch den Nachweis von Leistungen, welche sie in entsprechender Höhe erbracht hat (sogenannte Basisforderung). Diesbezüglich steht der Beklagten der Gegenbeweis offen. Ferner trägt die Klägerin die Beweislast für ihre Verrechnungsforderung von CHF 23'760.– (Art. 8 ZGB).

6.3.4. Die Beklagte belegt mit Rechnung Nr. 387356 der Klägerin vom 18. Dezember 2015 inkl. E-Mail-Korrespondenz und Zahlungsbeleg vom 14. Januar 2016, eine Akontozahlung von CHF 500'000.– zzgl. 8 % MwSt. (total CHF 540'000.–) geleistet zu haben (act. 13/84). Diese Tatsachenbehauptung der Beklagten wird seitens der Klägerin in der Replik/Widerklageantwort nicht bestritten (vgl. act. 10 Rz. 144; act. 22 Rz. 228). In der Stellungnahme zur Duplik/Widerklageduplik – nachdem die Beklagte ihre Widerklage um die Akontozahlung erweitert hat (vgl. act. 26 S. 2) – stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, es handle sich um eine Akontozahlung von CHF 400'000.–, was im E-Mail vom 25. Juli 2016 von der Beklagten (H._____) so festgehalten werde (act. 27/37; act. 37 Rz. 14 ff.). Dies wird jedoch in einem E-Mail der Klägerin (E._____) vom 4. August 2016 richtig gestellt, in welchem mitgeteilt wird, dass sich die Akontozahlung auf TCH 500 belaufen habe (act. 27/38). Somit ist erwiesen, dass die Beklagte eine Akontozahlung von CHF 500'000.– zzgl. 8 % MwSt. bezahlt hat.

6.3.5. Daher obliegt nun der Klägerin der Beweis, dass ihr die geleistete Akontozahlung vollumfänglich zusteht. Obwohl von der Beklagten ausdrücklich die fehlende Abrechnung gerügt wird (vgl. act. 26 Rz. 403, Rz. 407, Rz. 600 f.), sieht die Klägerin davon ab, aufzuzeigen und zu belegen, dass je eine Saldierung erfolgt wäre, sondern belässt es bestenfalls bei pauschalen Behauptungen (vgl. act. 37 Rz. 104 ff., Rz. 272). Mangels Nachweises anerkannter Abrechnungen hat die Klägerin den Beweis für ihre Basisforderung in Höhe von CHF 500'000.– (zzgl. MwSt.) zu erbringen. Im Umfang von CHF 415'483.33 (CHF 500'000.– ./ CHF 35'632.27 ./ CHF 48'884.40) ist dieser Beweis durch von der Beklagten an-

erkannte Aufwände erbracht. Der Betrag setzt sich aus folgenden Positionen zusammen (act. 3/10 Anlage 1; act. 26 Rz. 402 ff.; act. 27/37):

- CHF 126'666.67, 1/3 D. _____ Plattform
- CHF 19'600.-, 1/3 D. _____ OTT (Web/Mobile)
- CHF 16'666.67, 1/3 D. _____ Cloud Storage
- CHF 252'550.-, 100 % Content/Metadata

Total: CHF 415'483.33

Die Klägerin hat somit noch zu beweisen, dass sie weitere zu vergütende Leistungen im Umfang von CHF 35'632.27 erbracht hat, und dass der Betrag von CHF 48'884.40 zusätzlich zum Honorar für das Projektmanagement gemäss Erweiterter Eckpunktevereinbarung geschuldet ist. Diesbezügliche Behauptungen finden sich in der Rechtschrift der Klägerin allerdings nicht (vgl. act. 37 Rz. 11 ff., Rz. 104 ff., Rz. 272). Sie macht lediglich eine bislang übersehene Forderung aus einer 'In-App-Studie' geltend, welche die Beklagte in Auftrag gegeben habe (act. 37 Rz. 17; act. 38/85-87). Da es die Klägerin unterlassen hat, Leistungen in der Höhe der verbleibenden CHF 35'632.27 und zusätzlich geschuldete Projektmanagementkosten im Umfang von CHF 48'884.40 zu behaupten (Total CHF 84'516.67 exkl. MwSt.), erweist sich die Forderung der Beklagten auf Rückerstattung eines Rests der geleisteten Akontozahlung als grundsätzlich berechtigt.

Zu prüfen bleibt, ob die Klägerin Anspruch darauf hat, eine eigene Forderung aus der 'In-App-Studie' von CHF 23'760.- (exkl. MwSt.) mit dieser Rückerstattungsforderung der Beklagten zu verrechnen. Gemäss Klägerin rühre die Forderung aus einer 'In-App-Studie', welche die Beklagte bei ihr in Auftrag gegeben habe (act. 37 Rz. 17, Rz. 20, Rz. 106 ff., Rz. 272). Die Beklagte bestreitet die Forderung (act. 41 Rz. 6, Rz. 28 ff.). Da die beweisbelastete Klägerin weder substantiiert, wo, wann und durch wen die Studie in Auftrag gegeben worden sein soll, noch welche Konditionen die Parteien vereinbart haben sollen, scheidet sie abermals an den Anforderungen einer genügenden Substantiierung. Ihre Forderung ist nicht bewiesen und daher auch nicht zu verrechnen. Entsprechend ist die Widerklage im Umfang von CHF 91'024.45 (inkl. 7.7 % MwSt.) gutzuheissen. Mangels Begründung ist der Beklagten jedoch kein Zins zuzusprechen (vgl. act. 26).

6.4. Fazit

Die Widerklage ist sowohl hinsichtlich der Sicherheitszahlung von CHF 161'550.– (inkl. 7.7 % MwSt.), der Konventionalstrafe von CHF 300'000.– als auch der Rückerstattung der Akontozahlung in Höhe von CHF 91'024.45 (inkl. 7.7 % MwSt.) gutzuheissen. Allerdings sind der Beklagten mangels Begründung die verlangten Zinsen nicht zuzusprechen.

7. Zusammenfassung

Die vorzeitige Vertragsbeendigung gemäss Ziff. 4.3 der Eckpunktevereinbarung war zulässig. Daher sind keine zukünftigen Betriebs- und Unterhaltskosten geschuldet. Einzig die bis zum Projektabbruch nachweislich angefallenen Kosten wären anteilmässig zu vergüten. Allerdings scheitert die Klägerin diesbezüglich an der Substantiierungs- und Beweislast. Die Klage ist vollumfänglich abzuweisen.

Die widerklageweise von der Beklagten geltend gemachten vertraglichen Ansprüche auf Rückerstattung der Sicherheitszahlung, auf Bezahlung einer Konventionalstrafe und auf Rückvergütung eines Teils der Akontozahlung sind ausgewiesen. Ihre Widerklage ist gutzuheissen. Mangels Begründung ist der Beklagten jedoch kein Zins zuzusprechen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Die Streitwerte von Haupt- und Widerklage sind zur Bestimmung der Gerichtskosten zusammenzurechnen, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Die Klage weist nach Klageänderung – bereinigt um die Rundungsdifferenz – einen Streitwert von CHF 1'532'317.82 [recte: CHF 1'532'317.95] auf, die Widerklage nach Klageänderung einen solchen von CHF 552'574.45 (vgl. Art. 93 Abs. 1 ZPO; act. 26 S. 2; act. 37 S. 2). Nach der massgeblichen wirtschaftlichen

Betrachtungsweise sind die Streitwerte der Klage und Widerklage zu addieren (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7292; DIGGELMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 94 ZPO N 8). Der zur Berechnung der Gerichtsgebühr massgebliche Streitwert beträgt somit CHF 2'084'892.40. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 52'000.– festzusetzen.

Die Prozesskosten sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Die Klägerin unterliegt vollumfänglich, da auf ihre Klageänderung nicht einzutreten, die Klage im Übrigen abzuweisen und die Widerklage mit Ausnahme der Zinsen gutzuheissen ist; die Abweisung der Widerklage hinsichtlich der Zinsen rechtfertigt keine Kostenausscheidung. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen.

Die Gerichtskosten sind mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien zu verrechnen, wobei sie vorab aus den Vorschüssen der Klägerin und im Mehrbetrag aus den Vorschüssen der Beklagten zu decken sind (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Klägerin auferlegten Kosten, die nicht durch ihre eigenen Kostenvorschüsse gedeckt sind, ist der Beklagten das Rückgriffsrecht auf die Klägerin einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

8.2. Parteientschädigung

Die Höhe der für die Bemessung der Parteientschädigung massgeblichen Anwaltsgebühr bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In Anwendung von § 2, § 4 und § 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 57'000.– festzusetzen. Diese hat die Klägerin als unterliegende Partei der Beklagten zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Die Klageänderung der Klägerin in der Stellungnahme zur Duplik/Widerklageduplik (act. 37) wird nicht zugelassen.
2. Schriftliche Mitteilung, Kostenfolgen sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann erkennt das Handelsgericht:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten CHF 552'574.45 (inkl. 7.7 % MwSt. auf die Beträge von CHF 161'550.– und CHF 91'024.45) zu bezahlen. Im Mehrbetrag (Zins) wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 52'000.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt. Sie werden vorab aus dem Vorschuss der Klägerin und im Mehrbetrag aus dem Vorschuss der Beklagten gedeckt.

Der Beklagten wird für den Anteil ihres Kostenvorschusses, welcher zur Deckung der der Klägerin auferlegten Kosten verwendet wurde, das Rückgriffsrecht auf die Klägerin eingeräumt.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 57'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 2'084'892.40.

Zürich, 22. Dezember 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Zoë Biedermann