



Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Nicole Klausner, die Handelsrichter Christian Zuber, Dr. Martin Liebi und Giuseppe De Simone sowie der Gerichtsschreiber Dario König

Urteil vom 21. April 2023

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren

(act. 1 S. 2)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Betrag von CHF 395'250, zzgl. 7.7% MWST, nebst Zins zu 5% seit 22. Juni 2020, sowie CHF 692'589.45, zzgl. 7.7% MWST, nebst Zins zu 5% seit 22. Juni 2020, an die Klägerin zu bezahlen; unter Nachklagevorbehalt.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 , Zahlungsbefehl vom 3. Dezember 2020, im Umfang der Forderungen gem. Rechtsbegehren 1, zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Beklagten.

Überblick

Sachverhalt und Verfahren	3
A. Sachverhaltsübersicht	3
a. Parteien	3
b. Unbestrittener Sachverhalt und Prozessgegenstand	3
B. Prozessverlauf	4
Erwägungen	6
1. Formelles	6
2. Vertragsübernahme	6
2.1. Streitpunkte	6
2.2. Rechtliches	7
2.3. Würdigung	8
3. Kündigung	16
3.1. Unbestrittener Sachverhalt	16
3.2. Streitpunkte	18
3.3. Rechtliches	19
3.4. Würdigung	19
4. Mindestentschädigung	22
4.1. Unbestrittener Sachverhalt	22
4.2. Streitpunkte	24
4.3. Rechtliches	25
4.4. Würdigung	26
4.4.1. Anspruch auf Entschädigung	26
4.4.2. Höhe der Entschädigung	32
4.4.3. Fälligkeit der Entschädigung	32
4.4.4. Anrechenbarkeit der Zahlung der D. _____ AG	34
5. Beseitigung Rechtsvorschlag	34
6. Zusammenfassung	36
7. Kosten- und Entschädigungsfolgen	36

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in E._____ ZH. Sie bezweckt u.a. die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich ... bei teilnehmenden Verkaufspunkten ermöglichen (Klägerin: act. 1 N. 9; Beklagte: act. 9 N. 20; act. 3/1).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckte insbesondere die Erbringung von Finanzdienstleistungen und die Durchführung von ... jeglicher Art (Klägerin: act. 1 N. 9; Beklagte: act. 9 N. 20; act. 3/2), seit dem tt.mm.2021 (Publikation SHAB) neu die ... sowie die Aus- und Weiterbildung von Dritten und die Personalberatung.

b. Unbestrittener Sachverhalt und Prozessgegenstand

Am 18. Juli 2017 schloss die Klägerin mit der D._____ AG einen "Zusammenarbeitsvertrag" (act. 3/3) zwecks Herausgabe eines Kartenzahlungsmittels, welches mit einem von der D._____ AG zu vergebenden Konsumkredit geladen werden sollte ("cash access card"; fortan: "Karte"). Die D._____ AG betraute die Klägerin mit der Herausgabe der Karte und den damit zusammenhängenden Dienstleistungen (Klägerin: act. 1 N. 15; Beklagte: act. 9 N. 22).

Am 30. August 2017 unterzeichnete die D._____ AG ein Übertragungsschreiben (act. 3/4 S. 1), mit welchem der Zusammenarbeitsvertrag mit der Klägerin von der D._____ AG auf die Beklagte übertragen werden sollte. Gleichzeitig erklärte sie, für Forderungen der Klägerin aus dem Zusammenarbeitsvertrag weiter solidarisch mit der Beklagten zu haften. Die Klägerin stimmte der Übertragung des Zusammenarbeitsvertrags auf die Beklagte am 6. September 2017 (vgl. act. 3/4 S. 2) zu (Klägerin: act. 1 N. 22 ff.; Beklagte: act. 9 N. 31, 34).

Der D._____ AG wurde am tt. Februar 2018 durch das Nachlassgericht am Bezirksgericht Zürich eine provisorische und am tt. Juni 2018 eine definitive Nach-

lassstundung gewährt, welche in der Folge verlängert wurde. Nach der Publikation des Schuldenrufs meldete die Klägerin am 5. Dezember 2018 eine Forderung aus dem Zusammenarbeitsvertrag in der Höhe von CHF 1'465'500.– an, welche von der D._____ AG bestritten wurde. Mit Urteil vom 18. Juni 2019 bestätigte das Nachlassgericht den ordentlichen Nachlassvertrag der D._____ AG (act. 3/48). Gleichzeitig setzte es u.a. der Klägerin Frist an, um Klage einzureichen. Die Klägerin erhob am hiesigen Gericht entsprechend Klage, welche im Verfahren HG190135 behandelt wurde und am 16. Juni 2020 in einem Vergleich endete (act. 3/50). Dabei wurde vereinbart, dass die D._____ AG der Klägerin einen Betrag von CHF 878'846.15 bzw. effektiv – unter Berücksichtigung der Nachlassdividende – von CHF 457'000.– bezahlt (Klägerin: act. 1 N. 60 ff.).

Mit vorliegender Klage will die Klägerin nun die Beklagte ins Recht fassen. Sie fordert von dieser den nach Abzug der von der D._____ AG geleisteten Teilzahlung verbleibenden Restbetrag einer im Zusammenarbeitsvertrag vereinbarten Mindestentschädigung für die ersten beiden Vertragsjahre. Die Beklagte wendet im Hauptstandpunkt ein, den Zusammenarbeitsvertrag nicht übernommen zu haben und der Klägerin daher nichts zu schulden. Im Eventualstandpunkt führt sie zahlreiche Argumente an, weshalb sie der Klägerin die Mindestentschädigung nicht oder nicht in vollem Umfang schulde. Soweit notwendig ist auf die Parteidarstellungen im Einzelnen nachfolgend konkreter einzugehen.

B. Prozessverlauf

Am 17. Dezember 2020 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit oben aufgeführten Rechtsbegehren rechtshängig (act. 1). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2020 (act. 4) wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt und diese der Beklagten zugestellt. Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss in der Höhe von CHF 32'500.– zu leisten. Die Klägerin leistete den Vorschuss fristgerecht (vgl. act. 6). Mit Verfügung vom 6. Januar 2021 (act. 7) wurde der Beklagten Frist zu Einreichung einer schriftlichen Klageantwort angesetzt. Mit Eingabe vom 8. März 2021 reichte die Beklagte ihre Klageantwort ein (act. 9). Mit Verfügung vom 10.

März 2021 (act. 11) wurde der Klägerin die Klageantwort zugestellt und die Leitung des Verfahrens an Oberrichterin Nicole Klausner als Instruktionsrichterin delegiert. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist angesetzt, um eine rechtsgenügende Vollmacht einzureichen. Dieser Aufforderung kam die Beklagte mit Eingabe vom 15. März 2021 (act. 13 und 14) nach.

Anlässlich einer Vergleichsverhandlung am 3. Dezember 2021 konnten die Parteien keine Einigung erzielen (vgl. Prot. S. 7 f.), weshalb der Klägerin mit Verfügung vom 6. Dezember 2021 (act. 18) Frist zur Erstattung einer Replik angesetzt wurde. Mit Eingabe vom 24. Februar 2022 (act. 21) reichte die Klägerin innert Frist ihre Replik ein. Mit Verfügung vom 2. März 2022 (act. 23) wurde der Beklagten Frist zur Einreichung einer Duplik angesetzt. Mit Eingabe vom 20. Mai 2022 (act. 25) reichte die Beklagte innert Frist ihre Duplik ein. Mit Verfügung vom 31. Mai 2022 (act. 26) wurde der Klägerin die Duplik samt Beilagen unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt. Mit Eingabe vom 13. Juni 2022 (act. 28) reichte die Klägerin eine unaufgeforderte Stellungnahme ein, wozu die Beklagte mit unaufgeforderter Eingabe vom 27. Juni 2022 (act. 29) ihrerseits Stellung nahm. Diese Eingabe wurde der Klägerin am 30. Juni 2022 zugestellt (vgl. Prot. S. 13).

Mit Verfügung vom 6. März 2023 (act. 30) wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie – unter Vorbehalt eines allfälligen Beweisverfahrens – auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Parteivorträge, Schlussvorträge) verzichten. In der Folge erklärten beide Parteien ihren Verzicht (act. 32 und act. 33).

Weitere Eingaben ergingen nicht. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbinnen sowie auf die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

Erwägungen

1. Formelles

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit für die Beurteilung der vorliegenden Klage ist gegeben und von der Beklagten auch anerkannt (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG; Klägerin: act. 1 N. 10 ff.; Beklagte: act. 9 N. 3).

2. Vertragsübernahme

2.1. Streitpunkte

Die Klägerin leitet aus verschiedenen Handlungen von ihrer Ansicht nach für die Beklagte handelnden Personen eine Übernahme des Zusammenarbeitsvertrags (act. 3/3) durch die Beklagte ab. So habe F.____, damals einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beklagten, bereits die D.____ AG bei der Ausarbeitung des Zusammenarbeitsvertrags beraten, weshalb er dessen Inhalt im Detail gekannt habe (act. 21 N. 16). G.____ sodann habe ab seiner Freistellung als Geschäftsführer der D.____ AG am 21. Juli 2017 für die in Gründung befindliche Beklagte gehandelt (act. 1 N. 30) und sich bei der Klägerin am 22. August 2017 erkundigt, ob sie einer Übertragung des Zusammenarbeitsvertrags auf die Beklagte zustimmen würde (act. 21 N. 81 ff.). F.____ habe einen ersten Entwurf des Übertragungsschreibens vom 30. August 2017 aufgesetzt. Ein überarbeiteter Entwurf sei am 30. August 2017 zwischen der Beklagten (F.____ und H.____, dem zweiten, ebenfalls einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat der Beklagten) und der D.____ AG ausgetauscht worden. H.____ und F.____ hätten vorgeschlagen, dass die D.____ AG den finalen Entwurf von F.____ direkt unterschreibe und versende, und damit namens der Beklagten der Übertragung des Zusammenarbeitsvertrags auf die Beklagte zugestimmt (act. 21 N. 93 ff.). Auf Ersuchen von H.____ hin habe die D.____ AG die Übertragungsvereinbarung unterzeichnet (act. 1 N. 24 ff.). In der Folge hätten die Parteien die Lancierung der Karte zusammen vorangetrieben, wobei nach dem Ausscheiden von G.____ der neue Geschäftsführer der Beklagten, L.____, federführend gewesen sei (act. 1 N. 37). Erst kurz vor der Lancierung am 15. Januar 2018 sei diese von der Be-

klagen verschoben worden. In der Folge sei die Klägerin von der Beklagten hinsichtlich eines neuen Lancierungsdatums während Monaten vertröstet worden. Mit Schreiben vom 28. Juni 2018 habe die Beklagte schliesslich und erstmals den Standpunkt eingenommen, dass sie den Zusammenarbeitsvertrag nicht übernommen habe und das Projekt nicht mehr weiterverfolgen wolle (act. 1 N. 46 ff.; act. 21 N. 121 ff.).

Die Beklagte bestreitet im Hauptstandpunkt die Übernahme des Zusammenarbeitsvertrags insbesondere mangels ihrer schriftlichen Zustimmung. Die von der Klägerin angeführten Handlungen ihrer einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsräte H._____ und F._____ könnten ihr nicht angerechnet werden. Gleiches gelte für G._____ (act. 9 N. 32 ff.; act. 25 N. 80, 88, 113). Die Beklagte habe einer Lancierung der Karte am 15. Januar 2018 nie zugestimmt (act. 9 N. 52). Der Austausch mit der Klägerin habe einzig dazu gedient, eine allfällige zukünftige Zusammenarbeit bzw. Übernahme des Zusammenarbeitsvertrags auszuloten (act. 9 N. 49; act. 25 N. 63, 94, 100 f.). Im Eventualstandpunkt wendet die Beklagte sowohl eine Übervorteilung (Art. 21 OR) als auch einen Irrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziffern 3 und 4 OR sowie eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB ein (act. 9 N. 9, 96 ff., 101; act. 25 N. 31, 78, 118).

2.2. Rechtliches

Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Streiten sich die Parteien darüber, ob zwischen ihnen in diesem Sinne ein Konsens besteht bzw. bestand, sind die entsprechenden Willenserklärungen auszulegen, wobei die aus Art. 18 OR hergeleiteten Auslegungsmethoden analog anzuwenden sind (BGE 127 III 444 ff. Erw. 1b; BGE 121 III 6 ff. Erw. 3c; BGE 115 II 323 ff. Erw. 2b; BGER-Urteile 4A_627/2012 und 4A_629/2012 vom 9. April 2013 Erw. 8.5). Das Gericht hat nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen zunächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. subjektive oder empirische Auslegung; BGE 143 III 157 ff. Erw. 1.2.2; BGE 142 III 239 ff. Erw. 5.2.1; BGE 140 III 86 ff. Erw. 4.1; BGE 132 III 268 ff. Erw. 2.3.2). Zu berücksichtigen ist auch das nachvertragliche

Parteiverhalten, sofern es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zulässt (BGE 143 III 157 ff. Erw. 1.2.2 mit Hinweisen).

Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (sog. objektivierende oder normative Auslegung). Bei der Prüfung nach dem Vertrauensgrundsatz hat das Gericht durch eine objektivierende Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben, wobei es als Vertragswillen anzusehen hat, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden, und wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 ff. Erw. 1.2.2 mit Hinweisen; BGE 142 III 239 ff. Erw. 5.2.1; BGE 138 III 659 ff. Erw. 4.2.1). Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 142 V 466 ff. Erw. 6.1 mit Hinweisen; BGE 142 V 129 ff. Erw. 5.2.2; BGE 140 V 50 ff. Erw. 2.2).

2.3. Würdigung

2.3.1. Beide Parteien führen übereinstimmend aus, dass keine schriftliche, von der Beklagten unterzeichnete Übernahmeerklärung vorliegt. Es mag erstaunen (so die Beklagte in act. 9 N. 61), dass die Klägerin nicht auf einer solchen bestanden hat. Ein Schriftlichkeitserfordernis ergibt sich vorliegend indessen entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 9 N. 30, 70 ff.) weder aus Gesetz noch aus Vertrag: Gemäss Art. 16 OR können die Parteien für einen Vertrag, der von Gesetzes wegen an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten. Diesfalls wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Dabei sind die Parteien frei, den Umfang des Formvorbehalts zu bestimmen; er ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln (SCHWENZER INGEORG / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Basler Kommentar, OR I, 7. Auflage 2020, Art. 16 N. 1

ff.; ausführlich: MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 16 N. 8 ff.; vgl. auch BGer-Urteil 4A_663/2012 vom 6. März 2013 Erw. 5.2). Ein tatsächlich überstimmender Wille der Klägerin und der D._____ AG hinsichtlich Formbedürftigkeit einer Übertragung des Vertrags lässt sich – soweit überhaupt behauptet – nicht erstellen, weshalb Ziffer 15 des Zusammenarbeitsvertrags nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist. Gemäss genannter Vertragsziffer kann die Klägerin auf der einen Seite den Zusammenarbeitsvertrag jederzeit mittels schriftlicher Anzeige übertragen und die D._____ AG die Übertragung in zwei – hier nicht weiter interessierenden – Konstellationen verweigern. Die D._____ AG auf der anderen Seite darf gemäss dieser Regelung den Vertrag nur nach vorgängiger schriftlicher Zustimmung durch die Klägerin übertragen, wobei die Klägerin ihre Zustimmung nicht grundlos verweigern durfte. Der Zusammenarbeitsvertrag behält somit klarerweise keine schriftliche Zustimmung der Beklagten (als übernehmende Dritte) vor. Entsprechend erübrigen sich Überlegungen dazu, ob ein Schriftlichkeitserfordernis auch für die vertragsübernehmende Partei sinnvoll gewesen wäre (so die Beklagte in act. 9 N. 71 ff.). Es stand ohne Weiteres im Ermessen der Klägerin, nur für ihre eigene Zustimmung auf Schriftlichkeit zu bestehen, und darüber hinaus ein entsprechendes Beweisrisiko einzugehen. Es gilt somit in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich anhand des Verhaltens der Beklagten ein tatsächlicher Wille zur Vertragsübernahme erstellen lässt.

2.3.2. Nicht überzeugend sind diesbezüglich die Einwände der Beklagten, wonach die Äusserungen ihrer Organe H._____, F._____ und G._____ nicht im Namen der Beklagten erfolgt seien. Es ist nicht dargetan und nicht ersichtlich, für wen sonst G._____ am 22. August 2017 bei der Klägerin zwecks Übernahme des Zusammenarbeitsvertrags *durch die Beklagte* angefragt haben soll (act. 3/8: "(...) *lass mich wissen, ob wir das so machen koennen?*" unter Beilage eines Entwurfs der späteren Übertragungserklärung der ursprünglichen Vertragsparteien). Daran ändert nichts, dass G._____ erst im Oktober 2017 dem Handelsregister als Organ der Beklagten angemeldet wurde. Die Beklagte bestreitet nicht, dass G._____ bereits am 17. Juli 2017 bei der D._____ AG freigestellt und per Ende Juli 2017 als deren Organ aus dem Handelsregister gelöscht worden war und folglich nicht

mehr für die D._____ AG gehandelt haben konnte. Im Übrigen war G._____ bereits vor seiner Eintragung im Handelsregister für die Beklagte mit deren E-Mail-Adresse tätig (Klägerin: act. 1 N. 37 und act. 21 N. 111; Beklagte: act. 9 N. 49 und act. 25 N. 94 f.). Entscheidend, unbestritten und belegt (act. 3/8 und act. 22/70) ist aber ohnehin, dass das Übertragungsschreiben der D._____ AG vom 30. August 2017 (act. 3/4) von F._____ – wie erwähnt einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beklagten – aufgesetzt (Klägerin: act. 21 N. 93 f.; Beklagte: act. 25 N. 88) und der finale Entwurf am 30. August 2017 von H._____ – ebenfalls einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beklagten – zur Unterzeichnung an die D._____ AG verschickt worden war (act. 3/9; Klägerin: act. 1 N. 24 und act. 21 N. 95; Beklagte: act. 9 N. 32, 40 und act. 25 N. 87). Die Beklagte kann sich vor diesem Hintergrund nicht auf den Hinweis beschränken, dass ihre beiden Verwaltungsräte F._____ und H._____ über die E-Mail-Adressen ihrer Beratungsgesellschaften bzw. Anwaltskanzleien kommuniziert hätten (act. 9 N. 40), hindert dies doch nicht rechtsgeschäftliches Handeln in ihrem Namen. Einen Zirkelschluss stellt denn auch die unsubstantiierte Behauptung der Beklagten dar, sie wisse einzig, dass ihre Organe in diesem Zusammenhang nicht für sie und folglich zwingend "*in anderer Funktion*" gehandelt hätten (act. 25 N. 113). In welcher anderen Funktion und für wen ihre beiden einzigen und einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsräte gehandelt haben sollen, als sie aktiv an einer Vertragsübertragung *auf die Beklagte* mitwirkten, lässt die Beklagte offen und ist nicht ersichtlich.

2.3.3. Es ist sodann wiederum unbestritten, dass H._____ und G._____ im Namen der Beklagten am 9. Oktober 2017 das "I._____ Pay Issuer Agreement" (act. 3/25; fortan: "I._____ Terms") unterzeichnet haben (Klägerin: act. 1 N. 38; Beklagte: act. 9 N. 50). Entgegen der Behauptung der Beklagten (act. 9 N. 50, 74, 78 f.) haben die I._____ Terms eine direkte Verbindung zum Zusammenarbeitsvertrag, halten diese doch explizit fest, dass sie Teil des Zusammenarbeitsvertrags seien, wobei dieser mit Ausnahme der in den I._____ Terms vorgesehenen Abänderungen weiterhin gültig sein soll (S. 2, "Terms", 1. Absatz: "*This Agreement is part of the 'Zusammenarbeitsvertrag [Co-Branding] betreffend Herausgabe cash access card der D._____ AG' [...], dated July 18, 2017. Except as amended herein, the*

remaining terms and conditions of the Zusammenarbeitsvertrag shall remain in full force and effect"). Nach den weiteren Bestimmungen schloss die Beklagte mit Unterzeichnung der I._____ Terms als "A._____ Mediating Financial Institution Partner" eine Vereinbarung mit der Klägerin ("issuer") ab, um die Teilnahme von "Co-Branded Cards" am I._____ Pay-Programm zu ermöglichen (S. 2 "Terms" 2. Absatz). In der Folge listen die I._____ Terms die konkreten Rechte und Pflichten der Beklagten zur Erreichung dieses Ziels auf. Gegen den von der Klägerin aus der Unterzeichnung gezogenen Schluss, die Beklagte habe u.a. damit zum Ausdruck gebracht, ihre Vertragspartnerin zu sein, vermag die Beklagte keine überzeugenden Einwände vorzubringen. So ändert der Umstand, dass die I._____ Terms von ihr (der Klägerin) nicht gegengezeichnet sind, nichts daran, dass die Beklagte mit der Unterzeichnung ihren Willen zum Ausdruck brachte, die mit der Klägerin herauszugebenden Karten an das I._____ Pay-Programm anzuschließen. Der Umstand, dass die Beklagte den Anschluss der Karten an das I._____ Pay-Programm vertraglich sicherstellte, lässt darauf schließen, dass sie sich als Vertragspartnerin der Klägerin und "*Partei des Zusammenarbeitsvertrags*" betrachtete (act. 9 N. 79), mithin dass der Entscheid zur Herausgabe der Karten gefallen war. Die Behauptung der Beklagten, sie habe mit Unterzeichnung der I._____ Terms "*lediglich in generischer Weise die Voraussetzungen [geschaffen], Teil des I._____ Pay-Programms werden zu können*", lässt sich denn auch schwerlich mit dem Wortlaut der I._____ Terms vereinbaren. So räumte die Beklagte der Klägerin sowie I._____ Distribution International Ltd. (fortan: "I._____") zahlreiche Rechte ein. U.a. erlaubte sie der Klägerin, I._____ die "BIN ranges" sämtlicher mit der Klägerin zusammen herausgebrachter Karten zur Verfügung zu stellen (erstes Lemma), erteilte der Klägerin eine Lizenz für ihre betroffenen Markenrechte ("*provides to the Issuer a license to its trademark(s) or logo(s)*") mit der expliziten Erlaubnis der Weiterlizenzierung an I._____ (zweites Lemma) und stimmte einer Pressemitteilung von I._____ in Bezug auf die Teilnahme der Beklagten am I._____ Pay-Programm zu (drittes Lemma). Es ist abermals nicht ersichtlich und wird von der Beklagten nicht dargelegt, inwiefern solch weitgehende Schritte noch blosse "*Vorbereitungshandlungen*" in einem "*Vertragsanbahnungsprozess*" (so die Beklagte in act. 9 N. 11, 18, 60, 81; act. 25 N. 5, 63) dargestellt

haben sollen. Die Unterzeichnung der I._____ Terms war vielmehr ein weiterer Schritt der Vertragsparteien auf dem Weg zur Lancierung der Karte.

2.3.4. Sodann fällt in Betracht, dass die Parteien in der Folge weiter und ausdrücklich auf eine Lancierung der Karte am 15. Januar 2018 hinarbeiteten. So suchten die Parteien – die Beklagte handelnd durch ihren neuen CEO L._____ – im November 2017 einen Termin für die Schulung der Vertragspartner der Beklagten. Zudem erstellte die Klägerin unter Mitwirkung von L._____ entsprechende Präsentationen bzw. Schulungsunterlagen (act. 3/27-29, act. 22/74), wie es der Zusammenarbeitsvertrag (act. 3/3) in Ziffer 5.6 als Unterstützungspflicht der Klägerin definiert hatte. Am 19. Dezember 2017 erhielt die Beklagte einen aktuellen Statusbericht der Klägerin für die Lancierung am 15. Januar 2018 (act. 3/30). Am 22. Dezember 2017 informierte die Beklagte die Klägerin über einen erfolgreich durchgeführten Zahlungstest (act. 3/31). Es ist mangels Ausführungen der Beklagten nicht nachvollziehbar, weshalb diese einen Zahlungstest durchführen sollte, wenn er angeblich keine erkennbare Verbindung zum Zusammenarbeitsvertrag hätte gehabt haben sollen (act. 9 N. 52). Noch am 29. Dezember 2017 teilte L._____ der Klägerin mit (act. 3/32), dass die von ihr (der Beklagten) beigezogene Dritte möglicherweise nicht rechtzeitig für die Lancierung am 15. Januar 2018 bereit sein werde, er am 3. Januar 2018 aber eine Lösung suchen werde, um trotzdem ab dem 15. Januar 2018 Kartenanträge verarbeiten zu können.

2.3.5. Solche Handlungen im Hinblick auf ein definiertes und in diesem Zeitpunkt bereits unmittelbar bevorstehendes Lancierungsdatum lassen sich keinesfalls als unverbindliche "Vertragsanbahnung" oder "exploratorische Gespräche" (so die Beklagte in act. 9 N. 48 f. und act. 25 N. 94, 100 f.) mehr einordnen. Durch dieses, der Vertragsübernahme im August 2017 nachgelagerte Verhalten bekräftigte die Beklagte vielmehr klar den Willen, den Zusammenarbeitsvertrag anstelle der D._____ AG erfüllen zu wollen. Daran ändert auch nichts, dass sich L._____ am 12. Dezember 2017 noch hinsichtlich der in der Schulungspräsentation erwähnten Ausgabenlimite der Karte erkundigte (act. 3/29; Beklagte: act. 25 N. 98). Erst am 5. Januar 2018 und somit zehn Tage vor dem Lancierungsdatum sagte L._____ kurzfristig und auf Bitte des Verwaltungsrats der Beklagten die Termine vom 8.

Januar 2018 ("Operations Workshop/Readiness") und 11. Januar 2018 ("Training Session") ab (act. 3/33). Daraufhin informierte er die Klägerin am 10. Januar 2018, dass der "Go-Live" vom 15. Januar 2018 verschoben werden müsse (act. 3/34: *"the Go-Live Date 15.01.2018 will need to be moved"*). Auf die folgenden, klägerischen Anfragen nach einem neuen Lancierungsdatum antwortete L. _____ (erst) am 19. März 2018 (act. 3/35: *"... noch keine News, melde mich asap sobald ich was weiss"*), am 17. Mai 2018 (act. 3/36: *"Ich musste mich wieder mit dem VR absprechen und ich muss Euch leider bis auf die Woche vom 04.06.2018 vertrösten."*) und am 21. Juni 2018 (act. 3/37: *"ich melde mich bei Euch."*) jeweils ausweichend. Nie aber brachte er gegenüber der Klägerin zum Ausdruck, dass sich die Beklagte gar nicht als Vertragspartnerin der Klägerin betrachte, was – wenn es tatsächlich so gewesen wäre – in der damaligen Situation zu erwarten gewesen wäre. Erstmals mit Schreiben vom 28. Juni 2018 (act. 3/38) und rund zehn Monate nach Beginn der Zusammenarbeit stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass sie das Projekt nicht mehr weiterverfolge und *"auf eine Übernahme des Zusammenarbeitsvertrags vom 18. Juni 2017 von der D. _____ AG verzichtet"* habe.

2.3.6. Insgesamt ist aufgrund der dokumentierten Äusserungen der Parteien und der vorstehenden Überlegungen als erstellt zu betrachten, dass die Beklagte nach ihrem tatsächlich mit der Klägerin übereinstimmenden Willen den Zusammenarbeitsvertrag mit den entsprechenden Rechten und Pflichten per 1. Oktober 2017 übernommen hat.

2.3.7. Im Übrigen hätte auch eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip einzig den Schluss auf eine konkludente Vertragsübernahme durch die Beklagte zugelassen. Die geschilderten Handlungen der Beklagten (Anfrage bei Klägerin hinsichtlich einer Vertragsübernahme, Aufsetzen der Vereinbarung, Unterzeichnung der I. _____ Terms, Festlegung des Kartendesigns, Durchführung von Zahlungstest), welche Ende Dezember 2017 in der Mitteilung von L. _____ mündeten, den "Go-Live" am 15. Januar 2018 trotz Problemen mit dem beigezogenen Dienstleister einhalten zu wollen, durfte und musste die Klägerin in guten Treuen so verstehen, als dass die Beklagte den Zusammenarbeitsvertrag übernehmen will. Wie

die Beklagte selbst vorbringt, gelangte sie im Verlauf der Projektumsetzung zur (neuen) Erkenntnis, dass die Karte aus ihrer Sicht nicht marktfähig und wirtschaftlich sei, wobei diese Entscheidungsfindung mehrere Monate, d.h. bis Ende Juni 2018, in Anspruch genommen habe (act. 9 N. 11 f., 36, 43, 56). Das spätere Vorgehen der Beklagten erscheint daher als Versuch, sich nach Neueinschätzung ihres Geschäftsrisikos ihren bereits eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen. Solches Verhalten vermag die konkludente Vereinbarung nicht rückgängig zu machen oder aufzuheben, ist obendrein treuwidrig und verdient keinen Rechtsschutz.

2.3.8. Soweit die Beklagte im Eventualstandpunkt einen Irrtum geltend machen will, erweisen sich ihre Ausführungen als unsubstantiiert. Die Beklagte kann sich zur Illustrierung eines Irrtums nicht einfach mit der (ohnehin in anderem Zusammenhang vorgetragenen) Behauptung begnügen, L._____ habe bereits nach seinem Eintritt im Oktober 2017 Zweifel an der Marktfähigkeit der Karte geäußert, und sie (die Beklagte) habe erst im ersten Halbjahr 2018 die fehlende Marktfähigkeit der Karte und die unter diesen Umständen überhöhte vertragliche Entschädigung erkannt (act. 25 N. 31, 118). Es bleibt aufgrund ihrer Vorbringen unklar, welches für die Beklagte handelnde Organ (G._____, H._____, F._____ oder später L._____) sich wann in welchem konkreten Irrtum befunden haben will. Eine Irrtumsanfechtung ist bereits aus diesem Grund zu verneinen.

2.3.9. Soweit die Beklagte einen Irrtum über die Marktfähigkeit und die Angemessenheit der versprochenen Entschädigung schildert, wäre darin kein Erklärungsirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR zu sehen. Ebenso hätte ein Grundlagenvirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ausgeschlossen werden müssen. Ein solcher Irrtum kann sich zwar auf eine künftige Tatsache beziehen, jedoch nur, wenn diese Tatsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv als sicher angesehen werden konnte (BGE 118 II 297 ff. Erw. 2b; BGer-Urteile 4A_217/2014 vom 4. August 2014 Erw. 2.2 und 4A_494/2011 vom 1. November 2011 Erw. 2.1.2). Die nach Ansicht der Beklagten angeblich nicht vorhandene Marktfähigkeit der Karte war im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bzw. -übernahme nicht objektiv feststellbar bzw. es bestehen keine Anhaltspunkte dafür. Über die Markt-

fähigkeit konnte mithin keine objektive Sicherheit bestehen, sondern sie war als ungewisse künftige Tatsache Teil des Geschäftsrisikos der Parteien. Die Berufung auf Irrtum darf nicht die vertragliche Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien unterlaufen (SCHWENZER / FOUNTOLAKIS, a.a.O., Art. 24 N. 19).

2.3.10. Die Vorbringen der Beklagten zur Übervorteilung (act. 9 N. 9; act. 25 N. 78), erweisen sich ebenfalls als unsubstantiiert. Eine Übervorteilung ist zudem nur mit grosser Zurückhaltung zu bejahen (BGer-Urteile 4A_73/2021 vom 1. Juni 2021 Erw. 5.1, 4A_254/2020 vom 22. Juli 2020 Erw. 4.1 und 4A_491/2015 14. Januar 2016 Erw. 4.1; je mit Hinweisen) und setzt gemäss Art. 21 OR (kumulativ) objektiv ein offenes Missverhältnis zwischen den versprochenen Leistungen und subjektiv eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinns) der benachteiligten Vertragspartei auf der einen und deren Ausbeutung auf der andern Seite voraus (BGE 92 II 168 ff. Erw. 2; BGer-Urteil 5A_105/2018 vom 12. Oktober 2018 Erw. 2.3.2). Die Beklagte beschränkt sich darauf pauschal zu behaupten, die Klägerin als professionelles Karteninstitut habe um "*die Defizite des Zusammenarbeitsvertrags*" wissen müssen und ihre Vertragspartner "*ins offene Messer laufen*" lassen (act. 9 N. 96). Sie versäumt es jedoch aufzuzeigen, welche der für sie handelnden Personen inwiefern leichtsinnig, unerfahren oder inwiefern sie selbst in einer Notlage gewesen sein soll. Die von der Beklagten angeführten Schwächen der Karte, welche sie auf eine fehlende Marktfähigkeit schliessen lässt, betreffen im Übrigen generell die Art und Weise, wie ihre Kunden den Konsumkredit hätten verbrauchen können, und nicht spezifische oder technische Eigenheiten des Kartengeschäfts. Angesichts der Tatsache, dass der Unternehmenszweck der Beklagten im Konsumkreditgeschäft lag, ist eine Unerfahrenheit in diesem Bereich gerade nicht zu erwarten. Es genügt nicht, den geschäftlichen "Track Record" von G._____ aufgrund seiner Freistellung bei der D._____ AG als fragwürdig zu bezeichnen (act. 9 N. 39), hat ihn die Beklagte ja anschliessend trotzdem bei sich angestellt. F._____, ein Rechtsanwalt, war früher sodann unbestrittenermassen als General Counsel und Mitglied der Geschäftsleitung für die J._____ AG (act. 9 N. 41), eine im Konsumkredit- und Kreditgeschäft tätige Unternehmung, tätig. Er soll nach Darstellung der Beklagten vorliegend zudem *beratend* tätig gewesen sein (act. 9 N. 40). Dies lässt weder

Leichtsinn noch Unerfahrenheit vermuten. Es ist im Übrigen auch nicht ohne Weiteres einzusehen, wie die Klägerin einen Leichtsinns oder eine Unerfahrenheit der Beklagten ausgenutzt haben könnte, wenn die "*wirtschaftliche Unsinnigkeit*" des Zusammenarbeitsvertrags nach Darstellung der Beklagten eben gerade offensichtlich und ohne Expertenwissen erkennbar gewesen sein soll (act. 9 N. 41). In diesem Sinne hält die Beklagte selbst zur Recht fest, dass auch geschäftserfahrene Personen schlechte Geschäfte abschliessen können (act. 9 N. 39).

2.3.11. Nur der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass es auch an einem offensichtlichen Missverhältnis der Leistungen gefehlt hätte. Ein solches ist angesichts der umfangreichen vertraglichen Pflichten der Klägerin weder in der Entschädigung von CHF 170.– pro Karte, welche nicht mit einer vom Kunden zu bezahlenden Gebühr zu verwechseln ist, noch im Umstand zu erblicken, dass sich die Klägerin eine Mindestentschädigung versprechen liess (dazu Erw. 4.4). Die fehlende Marktfähigkeit der Karte ist denn auch nicht offenkundig und könnte insbesondere nicht daraus abgeleitet werden, dass angeblich (was offen bleiben kann) kein vergleichbares Produkt (mehr) auf dem Markt ist (act. 9 N. 36), hätte dies im Gegenteil ja auch gerade die Erfolgchancen des Projekts ausmachen können. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Beklagte auch nicht eine wucherische Entschädigung hätte monieren können, wenn das behauptete Ungleichgewicht teilweise erst dadurch entstanden wäre, dass sie keine Karten zu verkaufen versucht hätte.

2.3.12. Der Zusammenarbeitsvertrag wurde von der Beklagten somit übernommen und ist grundsätzlich verbindlich bzw. gültig. Zu prüfen ist somit der Eventualstandpunkt der Beklagten, wonach ihr Schreiben vom 28. Juni 2018 als Kündigung mit sofortiger Wirkung zu qualifizieren sei.

3. Kündigung

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Der Zusammenarbeitsvertrag (act. 3/3) sieht in Ziffer 13 folgende Kündigungsmodalitäten vor:

13. VERTRAGSDAUER UND KÜNDIGUNG

13.1. VERTRAGSDAUER UND ORDENTLICHE KÜNDIGUNG DIESES VERTRAGES

Dieser Vertrag tritt mit Unterzeichnung durch beide Parteien in Kraft und ist für fünf Vertragsjahre abgeschlossen.

Er kann von beiden Parteien unter Einhaltung einer 12 monatigen Kündigungsfrist auf Ende eines Vertragsjahres – erstmals aber per 31.07.2019 (frühester Kündigungstermin) gekündigt werden. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen gemäss Ziff. 13.2.

In der laufenden Kündigungsfrist bearbeitet die Herausgeberin die Kartenbeziehung mit dem Kunden unverändert weiter. Beide Parteien kooperieren in angemessener Weise, um die Ablösung der Kartenverträge abzuwickeln und die Kunden angemessen zu informieren.

Per Kündigungsdatum sperrt die Herausgeberin sämtliche Karten und der Vertragspartner begleicht alle offenen Forderungen der Herausgeberin aus den Kartenbeziehungen. Die Information der Kunden hierüber ist Sache des Vertragspartners. Die Leistungen der Herausgeberin beschränken sich ab Kündigungszeitpunkt nur noch auf die Entgegennahme und Behandlung von Fraud- und Chargebackfällen.

Bereits ausgestellte aber noch nicht dem Kunden zugestellte Karten werden vernichtet.

13.2. KÜNDIGUNG AUS WICHTIGEM GRUND

Aus wichtigem Grund kann eine Partei diesen Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Frist mit sofortiger Wirkung kündigen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der verletzten Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung dieses Vertrages nicht mehr zugemutet werden darf.

Als wichtiger Grund gilt insbesondere (aber nicht nur):

- Verlust des Vertragspartners der Bewilligung zur Ausübung des Kreditgeschäfts. Der Vertragspartner hat der Herausgeberin bei Ablauf der Bewilligung unaufgefordert eine Kopie der neuen Bewilligung einzureichen; .
- Zahlungsunfähigkeit;
- Herausgeberin verliert die Lizenz zur Herausgabe der Karten der Kartenorganisation und kann diese nicht durch die Lizenz einer anderen Kartenorganisation ersetzen;
- Auflagen des Gesetzgebers oder Regulators, welche eine ordnungsgemäss Erfüllung der Pflichten unter diesem Vertrag verunmöglichen;
- Auflagen der Kartenorganisation oder Marktbedingungen, welche die Erbringung der Leistungen unter diesem Vertrag nicht mehr profitabel gestalten lassen;
- Liquidation, Konkurs oder Gesuch auf Nachlassstundung einer Partei;

zwingend zustehende, jederzeitige Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR und qualifiziert ihr Schreiben vom 28. Juni 2018 als Kündigung mit sofortiger Wirkung im Sinne dieser Bestimmung (act. 9 N. 65, 92; act. 25 N. 132 f.). Die Klägerin behauptete keine Entschädigung im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR (act. 9 N. 94). Subeventualiter wendet die Beklagte ein, dass es sich bei ihrem Schreiben vom 28. Juni 2018 um eine Kündigung aus wichtigem Grund handle, wie sie auch Ziffer 13.2 des Zusammenarbeitsvertrags vorsehe. Die Vertragserfüllung, konkret die Bezahlung von rund CHF 1.5 Mio. für ein nicht marktfähiges Produkt und daher ohne Gegenleistung, sei der Beklagten unzumutbar und komme einer existenzgefährdenden Persönlichkeitsverletzung gleich (act. 9 N. 95 ff.).

3.3. Rechtliches

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf das jederzeitige Beendigungsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR auch bei Aufträgen mit fester Dauer nicht vertraglich wegbedungen werden. Gleiches gilt für gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen (BGE 115 II 464 ff. Erw. 2a, BGE 110 II 380 ff. Erw. 2; BGer-Urteile 4A_436/2021 vom 22. März 2022 Erw. 9.2, 4A_542/2020 vom 3. März 2021 Erw. 3.3.1 und 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014 Erw. 3.5.1). Für die Frage, ob hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen, wird vor allem darauf abgestellt, ob nach Art des Vertrags ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unerlässlich ist und ob einem solchen besondere Bedeutung zukommt (BGer-Urteile 4A_436/2021 vom 22. März 2022 Erw. 9.2; 4A_542/2020 vom 3. März 2021 Erw. 3.3.1; 4A_686/2016 vom 12. Juli 2017 Erw. 3.1; 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014 Erw. 3.5.1).

3.4. Würdigung

3.4.1. Beide Parteien gehen zu Recht davon aus (Klägerin: act. 21 N. 154; Beklagte: act. 9 N. 86), dass keine einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) vorlag, was auch der Zusammenarbeitsvertrag so festhält (act. 3/3 Ziff. 19). Zwar hatten beide Parteien insofern ein Interesse am Gelingen des Projekts, als die Entschä-

digung der Klägerin nach oben offen und vom Erfolg der Beklagten bei der Kundenakquise abhängig war, indem sie von der Beklagten über die Mindestentschädigung hinaus für jede zusätzliche Karte mit CHF 170.– pro Jahr zu entschädigen gewesen wäre (Ziffer 5.1.1 des Zusammenarbeitsvertrags). Allein darin ist aber noch kein Interesse der Parteien in der Art von Art. 530 OR zu sehen. So strebte die Beklagte die Vergabe möglichst vieler Konsumkredite an, wohingegen sich die Klägerin als Dienstleisterin für die Kartenherausgabe lediglich mit einer Pauschale pro aktiver Karte entschädigen liess. Im Übrigen hätte sogar eine eigentliche Gewinnbeteiligung der Klägerin das Vertragsverhältnis noch nicht zwingend als einfache Gesellschaft qualifiziert (BGE 104 II 108 ff. Erw. 2; BGer-Urteile 4A_477/2017 vom 11. Januar 2018 Erw. 4.1, 4A_600/2017 vom 7. Januar 2019 Erw. 3.4 und 5A_679/2016 vom 17. März 2017 Erw. 5.1.1). Es liegt vielmehr ein auf fünf Jahre eingegangener, gemischter Vertrag vor mit zahlreichen auftragsrechtlichen (Abwicklung Zahlungsverkehr, Geldwäscherei-Monitoring, Call-Center, Unterstützung bei Schulung), aber auch werkvertraglichen (Herstellung der Kreditkarten) und lizenzvertraglichen (Benutzung der Marken) Elementen.

3.4.2. Ein für die Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Bestimmungen erforderliches Vertrauensverhältnis, welches also über das für die Eingehung jeglicher vertraglicher Beziehung notwendige Vertrauen hinausgeht (vgl. BGE 133 III 360 ff. Erw. 8.3), ist vorliegend nicht ersichtlich. Es kann nicht bereits aus dem Umstand abgeleitet werden, dass die Parteien ihren Vertrag als "*Zusammenarbeitsvertrag (Co-Branding)*" bezeichneten (act. 9 N. 91) und ein gemeinsam erarbeitetes und designtes Produkt auf den Markt gebracht werden sollte (so die Beklagte in act. 25 N. 130). Diese Formulierung darf wie auch die Auflistung von Pflichten der Beklagten in Ziffer 5 des Zusammenarbeitsvertrags nicht darüber hinweg täuschen, dass diese Ziffer in erster Linie der Konkretisierung und Abgrenzung der klägerischen Pflichten dient (vgl. auch Erw. 4.4.1.5), was insbesondere auch auf die von der Beklagten angeführten (act. 25 N. 130) Schnittstellen bei der Kundenbetreuung zutrifft. Die Parteien haben die von der Klägerin zu erbringende Leistung somit ausserordentlich genau definiert. Weiter hat sich die Klägerin durch eine Mindestentschädigung abgesichert, um gerade nicht auf ausreichende Verkaufsbemühungen der Beklagten vertrauen zu müssen (vgl. Erw. 4.4.1.6 f.). Auch die von

der Beklagten angeführten Vertragsbestimmungen, welche eine Unterstützungspflicht der Klägerin bei der Schulung vorsehen bzw. den Beizug von Dritten durch die Beklagte von der Zustimmung der Klägerin sowie der Überbindung der Geheimhaltungspflichten abhängig macht, lassen nicht auf ein besonderes Vertrauensverhältnis schliessen.

3.4.3. Dieser Befund wird denn auch durch den von der Beklagten angeführten Grund bestätigt, welcher zur Zerstörung ihres Vertrauens in die Klägerin geführt haben soll: So sei sie nach näherer Analyse des Zusammenarbeitsvertrags zum Schluss gekommen, dass dieser einseitig zugunsten der Klägerin ausgefallen sei (act. 9 N. 91, 101). Die Beklagte hat demnach nach nochmaliger Einschätzung ihres Geschäftsrisikos ihr Vertrauen in ein gutes Geschäft verloren, nicht ein besonderes Vertrauen in die Klägerin und in deren Befähigung zur Erfüllung des Zusammenarbeitsvertrags. Das in Art. 404 OR vorgesehene, jederzeitige Kündigungsrecht erweist sich somit als nicht sachgerecht. Entsprechend war es den Parteien nicht verwehrt, die Kündigungsmodalitäten abweichend von dieser Bestimmung zu regeln.

3.4.4. Im Subeventualstandpunkt qualifiziert die Beklagte ihr Schreiben vom 28. Juni 2018 als Kündigung aus wichtigem Grund gemäss Ziffer 13.2 des Zusammenarbeitsvertrags (act. 9 N. 95 f., 101 lit. c; act. 25 N. 134). Diese Vertragsklausel enthält eine Aufzählung von wichtigen Gründen, welche zur Kündigung mit sofortiger Wirkung berechtigen. Die Beklagte ruft keinen der aufgeführten Gründe an, insbesondere macht sie keine konkrete Zahlungsunfähigkeit (2. Punkt) und keine Nachlassstundung (6. Punkt) geltend, war doch einzig die D._____ AG nach Vertragsübergang von einer solchen betroffen. Die Beklagte behauptet sodann auch keine Marktbedingungen, welche die Erbringung der Leistungen nicht *mehr* profitabel gestalten lassen (5. Punkt). Dies ist konsequent, vertritt die Beklagte doch den Standpunkt, die Karte sei von Beginn weg nicht marktfähig gewesen. Zu Recht macht die Beklagte zwar darauf aufmerksam (act. 9 N. 96), dass die genannte Aufzählung nicht abschliessend ist, was auch die Klägerin nicht bestreitet. Gemäss der genannten Vertragsbestimmung sollen indes Situationen erfasst werden, in welchen die Vertragserfüllung nach Treu und Glauben durch ex-

terne Umstände unzumutbar (neue Marktbedingungen) bzw. unmöglich (z.B. Verlust von Bewilligungen und Lizenzen für die Geschäftsausübung; neue gesetzliche bzw. regulatorische Auflagen) wird. Eine Neubeurteilung des Geschäftsrisikos bei gleicher Marktlage kann nach Treu und Glauben keinen solchen Grund darstellen, andernfalls der Grundsatz der Vertragstreue jeglichen Inhalts entleert würde. Selbst wenn also zutreffen würde, dass die Beklagte mit der Karte nie hätte Geld verdienen können (act. 9 N. 101c), wäre dieser Umstand wie bereits ausgeführt ihrem Verantwortungsbereich zuzuordnen. Ein allfälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vermag auch keine Sittenwidrigkeit zu begründen; dieser Problemkreis wird vielmehr abschliessend vom Übervorteilungsstatbestand des Art. 21 OR erfasst (BGE 115 II 232 ff. Erw. 4c; BGer-Urteil 4A_73/2021 vom 1. Juni 2021 Erw. 5.1). Ausserhalb von dessen Anwendungsbereich ist es gerade nicht Ziel der schweizerischen Rechtsordnung, eine Wertdisparität der Vertragsleistungen zu verbieten (BGE 115 II 232 ff. Erw. 4c). Ebenso wenig kann die Beklagte ein Kündigungsrecht oder eine Unverbindlichkeit des Vertrags aus Art. 27 Abs. 2 ZGB ableiten, verbietet diese Bestimmung doch niemandem, sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten (BGE 95 II 55 ff.). Eine übermässige Bindung in zeitlicher Hinsicht liegt bei einer zweijährigen Mindestdauer ebenfalls nicht vor.

3.4.5. Der Zusammenarbeitsvertrag war demnach ordentlich zu kündigen und das Schreiben der Beklagten ist als solche ordentliche Kündigung zu qualifizieren, weshalb der Vertrag bis zur Beendigung am 31. Juli 2019 gehörig zu erfüllen war. Unstrittig ist, dass die Beklagte keine Karten verkauft hat. Entsprechend ist zu prüfen, ob die vertragliche Mindestentschädigung gemäss Ziffer 5.2 des Zusammenarbeitsvertrags geschuldet ist.

4. Mindestentschädigung

4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Ziffer 5 des Zusammenarbeitsvertrags (act. 3/3) sieht folgende Regelung hinsichtlich der von der Beklagten zu leistenden Entschädigung vor:

5. RECHTE UND PFLICHTEN DES VERTRAGSPARTNERS

5.1. ZAHLUNG ENTSCHÄDIGUNG

Der Vertragspartner verpflichtet sich zur Zahlung einer Entschädigung pro Karte. Damit sind sämtliche in Ziff. 4 aufgeführten Leistungen der Herausgeberin an den Vertragspartner abgegolten.

5.1.1. GRUNDSATZ UND HÖHE DER ENTSCHÄDIGUNG

Pro aktive Karte und Jahr bezahlt der Vertragspartner der Herausgeberin eine Entschädigung von CHF 170.- (Entschädigung) zuzüglich MwSt.

Als aktive Karte im obigen Sinn gilt jede Karte, bei welcher die Herausgeberin nach erfolgreicher Antragsprüfung ein Kartenkonto eröffnet hat.

Soweit der Kreditvertrag mit dem Kunden beendet wurde und der Vertragspartner vom Kunden beauftragt wurde, den Kartenvertrag ebenfalls zu kündigen, gilt diese Karte nur noch in dem Monat, in welchem die Kündigung des Kunden durch den Vertragspartner eingegangen ist, als aktive Karte.

Soweit der Kartenvertrag beendet wird, gilt die Karte nur noch in dem Monat, in welchem entweder a) die Kündigung durch die Herausgeberin an den Kunden versandt wurde oder b) die Kündigung des Kunden bei der Herausgeberin eingegangen ist, als aktive Karte.

5.1.2. AUSZAHLUNG DER ENTSCHÄDIGUNG

Die Entschädigung wird dem Vertragspartner durch die Herausgeberin wie folgt in Rechnung gestellt:

Die jährliche Gebühr für die Karte von CHF 170.- (exkl. MwSt) pro aktive Karte wird am Ende jedes Kalendermonates, in welchem die Karte ausgestellt wurde resp. im den jeweiligen Monaten der Folgejahre fällig. Die Gebühr für die Karte fällt an, sobald die Herausgeberin eine Karte im System ausgelöst und an den Kunden geschickt hat. Die Rechnungen sind von der empfangenden Partei, sofern sie nicht in guten Treuen beanstandet werden, innert 30 Tagen nach Erhalt zu bezahlen.

Die Anzahl aktiver Karten wird jeweils per Ende des letzten Tages eines Kalendermonats durch die Herausgeberin erhoben.

5.2. MINIMALE ENTSCHÄDIGUNG

5.2.1. MINIMALE ENTSCHÄDIGUNG

Der Vertragspartner verpflichtet sich, pro Vertragsjahr unabhängig von der Anzahl aktiver Karten mindestens folgende Entschädigung (Minimale Entschädigung) an die Herausgeberin zu bezahlen:

Jahr	Minimale Entschädigung in CHF	Minimal neuverkaufte Karten (NAA)
Jahr 1	395'250	2'325
Jahr 2	1'075'250	4'000
Jahr 3	2'095'250	6'000

Jahr 4	2'775'250	4'000
Jahr 5	3'285'250	3'000

NAA zeigt auf, welche Neuverkäufe notwendig sind, damit die ordentliche Entschädigung mindestens gleich hoch ist, wie die minimale Entschädigung. Ein Nichterreichen der NAA hat ausser der Anwendbarkeit der minimalen Entschädigung keine weiteren Auswirkungen.

Der guten Ordnung halber halten die Parteien fest, dass bei einer vorzeitigen Auflösung dieser Vereinbarung die Minimalentschädigung grundsätzlich nur bis zum Kündigungstermin geschuldet ist und darüber hinaus gegebenenfalls durch Ansprüche gemäss Ziff. 13.2 abgelöst werden.

4.2. Streitpunkte

Die Klägerin fordert die minimale Entschädigung für die ersten beiden Vertragsjahre gemäss Ziffer 5.2.1 des Zusammenarbeitsvertrags im Umfang von CHF 1'087'839.45. Sie macht geltend, sie habe von der solidarisch haftenden D._____ AG im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs (act. 3/50) am 22. Juni 2020 bereits bzw. nur CHF 457'000.– erhältlich machen können. Diesen Betrag rechne sie auf die bis dahin aufgelaufenen Zinsen (CHF 74'339.45) sowie im Restbetrag (CHF 382'660.55) auf die Mindestentschädigung für das zweite Vertragsjahr an. Die Beklagte schulde ihr deshalb für das erste Vertragsjahr CHF 395'250.– zzgl. MwSt. von 7.7% und Zins zu 5% seit 22. Juni 2020 sowie für das zweite Vertragsjahr CHF 692'589.45 zzgl. MwSt. von 7.7% und Zins zu 5% seit 22. Juni 2020 (act. 1 N. 102 ff.).

Die Beklagte bestreitet aus mehreren Gründen, diese minimale Entschädigung zu schulden. So sei in Ziffer 5.1 des Zusammenarbeitsvertrags eine Entschädigung pro Karte vereinbart worden, womit sämtliche Leistungen der Klägerin abgegolten worden wären. Der Wert jeder Karte hätte sich folglich an den Gegenleistungen der Klägerin bemessen. Die Klägerin habe keine Leistungen erbracht, weshalb der Wert der Karte bei null liege (act. 9 N. 24). Für die Berechnung der minimalen Entschädigung müsse der Begriff des Vertragsjahrs mithin an die Herausgabe der

Karte an Kunden anknüpfen. Erst ab diesem Zeitpunkt würden die Parteien in ein Austauschverhältnis treten. Mangels Operationalisierung der Karte sei nie ein entschädigungspflichtiges Vertragsjahr angelaufen (act. 9 N. 26 ff., 67, 101a). Eine Entschädigung für eine Kündigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR – in Form des negativen Vertragsinteresses – mache die Klägerin nicht geltend (act. 9 N. 94, 101b). Hinzu komme, dass selbst bei Annahme einer Entschädigungspflicht die im genannten Vergleich zwischen der Klägerin und der D._____ AG vorgesehene Befreiung im CHF 475'000.– übersteigenden Restbetrag gemäss Art. 147 Abs. 2 OR auch für die Beklagte gelten müsse (act. 9 N. 103).

Im weiteren Eventualstandpunkt begehrt die Beklagte eine betragsmässige Herabsetzung der minimalen Entschädigung, welche sie als Konventionalstrafe (act. 9 N. 94, 110; act. 25 N. 24 ff.) bzw. eventualiter als pauschalieren Schadenersatz qualifiziert (act. 25 N. 29, 135 ff.). Für den Fall, dass keine Herabsetzung erfolgen sollte, trägt die Beklagte vor, dass die Mindestentschädigung für die ersten beiden Vertragsjahre nach überstimmendem Vertragsverständnis bzw. bei korrekter Vertragsauslegung nur CHF 1'075'250.– betrage (act. 25 N. 6, 144 ff.).

4.3. Rechtliches

Als Konventionalstrafe wird eine positive Leistung oder ein Rechts- bzw. Forderungsverlust bezeichnet, die bzw. den die Schuldnerin der Gläubigerin für den Fall verspricht, dass sie eine bestimmte Schuld nicht oder nicht richtig erfüllt. Die Konventionalstrafe verbessert die Gläubigerstellung zudem insofern, als sie die Gläubigerin vom Schadensnachweis befreit. Denn die Konventionalstrafe ist ohne gegenteilige Abrede grundsätzlich auch dann verfallen, wenn der Gläubigerin kein Schaden entstanden ist. Die Konventionalstrafe unterscheidet sich dadurch von der Vereinbarung einer Schadenspauschalierung, welche zwingend einen Schaden voraussetzt (BGE 135 III 433 ff. und BGE 122 II 420 ff. Erw. 2a, je mit Hinweisen). Übermässig hohe Konventionalstrafen hat das Gericht nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Gleiches gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Schadenspauschalierung, wenn der effektive Schaden deutlich kleiner ist als die Pauschale (BGer-Urteil 4A_601/2015 vom 19. April 2016 Erw. 2.3).

4.4. Würdigung

4.4.1. Anspruch auf Entschädigung

4.4.1.1. Natur und Tragweite der von der Klägerin gestützt auf Ziffer 5.2.1 des Zusammenarbeitsvertrags (act. 3/3) für die ersten beiden Vertragsjahre eingeklagten minimalen Entschädigung (fortan: Mindestentschädigung) sind strittig. Ein tatsächlich übereinstimmender Wille der Klägerin und der D._____ AG, wie ihn die Klägerin diesbezüglich zu ihren Gunsten behauptet (act. 21 N. 13, 50), könnte nicht unbesehen auf die Beklagte erstreckt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob letztere im Zeitpunkt der Vertragsübernahme einen diesbezüglich tatsächlich mit der Klägerin übereinstimmenden Willen hatte. Einen solchen behauptet auch die Klägerin nicht konkret, weshalb der Zusammenarbeitsvertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist. Ausgangspunkt ist dabei der Vertragswortlaut.

4.4.1.2. Gemäss genannter Ziffer 5.2.1 schuldete die Beklagte unabhängig von der Anzahl aktiver Karten pro Vertragsjahr mindestens die in der Tabelle aufgeführte Mindestentschädigung. Aus dem Wort "Entschädigung" selbst lässt sich für eine Entscheidung der vorliegenden Streitfrage noch nichts ableiten. Mit dem Begriff "*pro Vertragsjahr*" und die nach Vertragsjahren unterscheidende Tabelle wird zum Ausdruck gebracht, dass die Mindestentschädigung an das laufende Vertragsjahr anknüpft. Dies wird im letzten Absatz ausdrücklich bestätigt. Dieser hält fest, dass eine Kündigung vor Ablauf der fünfjährigen Vertragslaufdauer ("*vorzeitig*") auch zum Wegfall des klägerischen Anspruchs auf Bezahlung der Mindestentschädigung ab Beendigung des Vertrags führt ("*nur bis zum Kündigungstermin geschuldet*") und an dessen Stelle unter Umständen Ansprüche nach Ziffer 13.2 treten könnten. Die von der Beklagten vertretene Qualifikation der Mindestentschädigung als Kündigungsstrafe (act. 25 N. 27) trifft somit jedenfalls nicht auf die vorliegend interessierende Mindestentschädigung gemäss Ziffer 5.2 zu.

4.4.1.3. Soweit gemäss Ziffer 5.2.1 die Mindestentschädigung "*unabhängig von der Anzahl aktiver Karten*" geschuldet sein sollte, wird zusammen mit der in der anschliessenden Tabelle enthaltenen Spalte "*Minimal neuverkaufte Karten (NAA)*" ("*New Accounts Acquired*", act. 21 N. 21) auf die vorstehende Ziffer 5.1 Bezug

genommen. Diese knüpft wiederum an die Ziffer 4 an, welche in Ziffer 4.1 die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen wie folgt auflistet:

- Herausgabe einer Karte mit den vereinbarten Eigenschaften
- Eröffnung Kartenkonto auf dem dafür vorgesehenen System
- Herstellung sowie Versand Karte und PIN direkt an den Kunden
- Autorisierung der Transaktionen,
- Betrieb 7/24h Call-Center für kartenbezogene Fragen,
- Annahmestelle für Betrugs- und Beanstandungsfälle bezüglich Karten-transaktionen,
- Zurverfügungstellung der Mobile App und des cardservice.
- Monatliche Zustellung einer Transaktionsübersicht, bzw. Rechnung für Negativsaldi;
- Inkasso Negativsaldi;
- Geldwäscherei-Monitoring von Transaktionen;
- Belastung der Kartengebühren gemäss Anhang

Die Beklagte verpflichtete sich im Gegenzug zur Bezahlung einer jährlichen Entschädigung von CHF 170.– pro aktiver Karte. Als *"aktive Karte"* sollte dabei jede Karte gelten, *"bei welcher die Herausgeberin [Klägerin] nach erfolgreicher Antragsprüfung ein Kartenkonto eröffnet hat."* (Ziffer 5.1 bzw. 5.1.1 Abs. 1 und 2). Nach klarem Wortlaut handelt es sich bei der Entschädigung pro Karte demnach um eine Jahrespauschale für das gesamte klägerische Leistungspaket, welche unabhängig davon geschuldet ist, ob bzw. wieviel Aufwand der Klägerin ein konkreter Kunde nach der Eröffnung des Kartenkontos durch Transaktionen, Anrufe, Beanstandungen usw. verursacht.

4.4.1.4. Die Mindestentschädigung gemäss Ziffer 5.2.1 sollte noch weiter gehen und unabhängig von konkretem Aufwand für Leistungen gemäss Ziffer 4.1 sein, indem sie nicht an aktive Karten anknüpft. Durch die Verwendung des Worts "mindestens" bzw. "minimal" wird dabei klargestellt, dass es sich nicht um eine Entschädigung handelt, welche zu derjenigen gemäss Ziffer 5.1 hinzutritt. Die in der Tabellenspalte "*Minimal neuverkaufte Karten (NAA)*" (fortan: "NAA") aufgeführte Zahl zeigte sodann an, wie viele Karten von der Beklagten neu hätten abgesetzt werden müssen, damit die ordentliche Entschädigung gemäss Ziffer 5.1 mindestens gleich hoch ausgefallen wäre wie die Mindestentschädigung. Das Vorbringen der Beklagten, wonach sich die Mindestentschädigung mit jeder aktiven Karte um CHF 170.– reduziert (act. 25 N. 26), trifft demnach zumindest rechnerisch zu. Verfehlt wäre es allerdings, daraus auf eine aufschiebende Bedingtheit der Mindestentschädigung und bereits deshalb auf eine Konventionalstrafe zu schliessen. Eine aufschiebende Bedingung liegt dann vor, wenn die Verpflichtung des Schuldners an sich ungewiss ist, nicht aber, wenn nur der Erfüllungszeitpunkt von einem ungewissen, zukünftigen Ereignis abhängig ist (BGE 135 III 433 ff. Erw. 3.1; BGE 122 III 10 ff. Erw. 4b). Letzteres ist vorliegend der Fall, war doch einzig der Erfüllungszeitpunkt bzw. die Fälligkeit unklar, und zwar insofern, als die Entschädigung von CHF 170.– für jede aktive Karte, deren Anzahl im Voraus nicht feststand, bereits am Ende des Herausgabemonats fällig werden würde (Ziffer 5.1.2 Abs. 2), der Restbetrag der allfälligen Mindestentschädigung aber erst am Ende des Vertragsjahrs (dazu Erw. 4.4.3).

4.4.1.5. Selbst wenn man aber eine aufschiebende Bedingtheit hätte annehmen wollen, vermöchte selbstredend nicht jede aufschiebend bedingte Zahlungspflicht eine Konventionalstrafe darzustellen. Der für eine solche Konventionalstrafe erforderliche Zweck der Sicherung der Interessen der begünstigten Vertragspartei – den die Beklagte in der Absicherung der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Kundenakquise sieht – ist hier aus folgenden Gründen nicht gegeben: Es ist zwar richtig und wird auch von der Klägerin nicht bestritten, dass die Kundenakquise vollständig der Beklagten überlassen war. So hält der Zusammenarbeitsvertrag (act. 3/3) sowohl in Ziffer 2 Abs. 2 als auch in Ziffer 2 Abs. 6 und Ziffer 5.3 Abs. 1 fest, dass die Beklagte ihre Kunden nach eigenem Ermessen selbst zu ak-

quirieren und nach der einschlägigen Gesetzgebung mit einem Konsumkredit auszustatten hatte. Dem Zusammenarbeitsvertrag lässt sich aber weder in den genannten Ziffern noch anderswo entnehmen, dass es sich bei der Kundenakquise um eine vertragliche *Pflicht* der Beklagten handeln würde und die Nichterfüllung entsprechend als Vertragsverletzung anzusehen wäre, auch wenn Ziffer 5.3 in der Ziffer 5 mit dem Titel "*Rechte und Pflichten des Vertragspartners*" [der Beklagten]" untergebracht ist. Die genannten Ziffern sind vielmehr als Klarstellung zu verstehen, dass die Kundenakquise jedenfalls nicht zu den von der Klägerin geschuldeten Leistungen zählt. Der Vertrag bot der Klägerin keine Handhabe, die Beklagte verbindlich zur Kundenakquise anzuhalten. Damit übereinstimmend hält Ziffer 5.2.1 nachfolgend an die genannten NAA fest, dass ein "*Nichterreichen der NAA [...] ausser der Anwendbarkeit der minimalen Entschädigung keine weiteren Auswirkungen*" haben sollte. Selbst wenn die Mindestentschädigung der Beklagten faktisch einen finanziellen Anreiz gesetzt oder sie gar gezwungen hätte, die NAA zu übertreffen, um das Geschäft für sie wirtschaftlich lohnend zu gestalten, würde dies die Kundenakquise noch nicht zu einer vertraglichen Pflicht der Beklagten machen. Konventionalstrafen schaffen keine vertraglichen Hauptpflichten, sondern setzen solche voraus und stellen deren Erfüllung sicher. Die Mindestentschädigung wäre somit auch dann nicht als Konventionalstrafe zu qualifizieren gewesen, wenn man sie als aufschiebend bedingt angesehen hätte.

4.4.1.6. Es trifft denn auch nicht zu, dass der Mindestentschädigung keine Gegenleistung der Klägerin gegenüber stand. Entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 9 N. 10, 24, 27, 54, 62, 96 f., 140; act. 25 N. 119) musste die Klägerin nicht erst ab Herausgabe der ersten Karte vertraglich geschuldete Leistungen erbringen. Bevor die erste Karte an einen Kunden hätte herausgegeben werden können, waren offensichtlich umfangreiche Vorarbeiten zu erbringen. So hätte mit der Beklagten nicht nur die Karte designt werden müssen, sondern diese an ein Zahlungssystem (vorliegend K. _____; Klägerin: act. 21 N. 103; Beklagte: unsubstantiiert bestritten in act. 25 N. 92 f.) angebunden und eine Infrastruktur zur Kartenherausgabe, zur Zahlungsabwicklung sowie zur anschliessenden Betreuung der Kunden (Callcenter, Betrugs- und Geldwäscherei-Monitoring, etc.) auf- oder ausgebaut werden müssen (vgl. act. 1 N. 35 ff.). Insofern war die Klägerin vorleis-

tungspflichtig, weil diese vertraglichen Leistungen erbracht werden mussten, bevor die Entschädigung dafür fällig wurde (Ziffer 5.1.2 des Zusammenarbeitsvertrags; Erw. 4.4.1.4 und 4.4.3). Dies ändert aber nichts daran, dass es sich dabei um vertraglich geschuldete Leistungen handelt. Vor allem aber übersieht die Beklagte, dass sich die Klägerin verpflichtet hat, das Leistungspaket gemäss Ziffer 4.1 des Zusammenarbeitsvertrags für *eine unbeschränkte Anzahl* Kunden der Beklagten zu erbringen. Dies setzt voraus, dass die Klägerin während der ganzen Vertragsdauer in jedem Zeitpunkt ausreichende und sofort verfügbare Kapazitäten für die Erbringung sämtlicher Leistungen frei hält. Eine solche Bereithaltung von Personal und Infrastruktur stellt auch dann eine geldwerte und zu entschädigende Leistung dar, wenn die Beklagte sie nicht vollständig oder wie vorliegend überhaupt nicht in Anspruch nimmt.

4.4.1.7. Der Mindestentschädigung stehen somit zwar keine Aufwendungen der Klägerin für konkrete Kunden, aber zahlreiche kundenunabhängige Leistungen gegenüber. Die Mindestentschädigung stellt demnach keine Konventionalstrafe und keinen pauschalierten Schadenersatz, sondern das Entgelt für klägerische Leistungen dar. Im Vertragswortlaut finden sich entsprechend auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien den Verfall der Mindestentschädigung von der Entstehung eines Schadens abhängig machen wollten. Insbesondere wurde auch keine Pauschale zur Abgeltung derjenigen Gebühren in die Mindestentschädigung eingerechnet, welche die Klägerin bei Verwendung der Karte durch den Kunden zusätzlich zur Jahrespauschale von CHF 170.– hätte vereinnahmen können (act. 21 N. 48 ff.; act. 25 N. 32). Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Übervorteilung ist in die Preisgestaltung der Parteien wie bereits ausgeführt nicht einzugreifen. Es ist mit anderen Worten irrelevant, ob die Leistungspflichten der Parteien objektiv oder subjektiv gleichwertig sind. Ebenso waren die Parteien frei, die Entschädigung für die kundenunabhängigen Leistungen der Klägerin auf zwei Jahre zu verteilen.

4.4.1.8. Rund eine Woche vor der auf den 15. Januar 2018 vorgesehenen Lancierung verschob die Beklagte diesen Termin. Dies, nachdem sie der Klägerin das Lancierungsdatum – im Übrigen nach erfolgreicher Durchführung eines Zahlungs-

tests – trotz Problemen mit ihrem beigezogenen Dienstleister noch am 29. Dezember 2017 bestätigt hatte. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür und die Beklagte vermag auch nicht konkret darzulegen, dass die Klägerin am 15. Januar 2018 nicht, wie von beiden Parteien geplant, bereit gewesen wäre, die von der Beklagten ab diesem Datum eingehenden Kartenanträge zu verarbeiten. Die dazu geschuldeten Vorbereitungsarbeiten mussten demnach erbracht und insbesondere die notwendige Infrastruktur grundsätzlich bereit gehalten werden. Weiter hat sich die Klägerin nach der Absage der Lancierung vom 15. Januar 2018 wiederholt bei der Beklagten nach einem neuen Lancierungsdatum erkundigt (act. 3/35-36; Klägerin: act. 1 N. 46 und act. 21 N. 126; Beklagte: act. 9 N. 57). Hinweise dafür, dass die Klägerin ihre Infrastruktur nicht weiter für Kunden der Beklagten bereit gehalten hätte, werden weder von der Beklagten dargetan noch wären solche sonst wie ersichtlich. Fehl geht das Vorbringen der Beklagten, die Klägerin sei nach Mitteilung des Projektabbruchs im Juni 2018 dazu nicht mehr verpflichtet gewesen bzw. sei es unglaublich, dass sie dennoch Ressourcen zur Projektförderung bereitgehalten habe (act. 9 N. 66). Diese Mitteilung der Beklagten vermochte weder die Klägerin von ihrer Pflicht zur Erbringung ihrer vertraglich geschuldeten Leistungen zu entbinden noch die Pflicht der Beklagten zur Bezahlung der Mindestentschädigung per sofort dahinfallen zu lassen. Die Folgen der einseitigen Auflösung des Vertrags auf die vertraglichen Pflichten bestimmten sich vielmehr abschliessend nach den einschlägigen Kündigungsbestimmungen. Eine Kündigung erfolgte wie dargelegt erst per 31. Juli 2019.

4.4.1.9. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt sodann, dass das "Vertragsjahr", an welches die Mindestentschädigung anknüpft, mit der zwölfmonatigen Kündigungsfrist deckungsgleich sein muss. Entgegen der Ansicht der Beklagten knüpft das Vertragsjahr insbesondere nicht an eine "*Operationalisierung der Zusammenarbeit*" an, worunter die Beklagte die konkrete Herausgabe von Karten und alle nachgelagerten Leistungen der Klägerin versteht. Ein solches Vertragsverständnis würde im Ergebnis dazu führen, dass die Beklagte ihre Entschädigungspflicht für erbrachte, kundenunabhängige Leistungen nach eigenem Gutdünken hätte hinausschieben, kürzen oder wie vorliegend gänzlich hätte aufhe-

ben können. Ein Vertragsjahr dauerte demnach einheitlich jeweils vom 1. August bis 31. Juli des Folgejahres.

4.4.2. Höhe der Entschädigung

Als unzutreffend erweisen sich schliesslich die Ausführungen der Beklagten zur Entschädigungshöhe (act. 25 N. 49 f., 144 ff.). Ein entsprechender, tatsächlich übereinstimmender Vertragswille im Sinne der Beklagten lässt sich ebenso wenig erstellen. Es trifft namentlich nicht zu, dass die Klägerin in Randnote 36 der Replik (act. 21) das Vertragsverständnis der Beklagten bestätigt. Die in dieser Randnote wiedergegebene Berechnung deckt sich im Gegenteil mit dem von der Klägerin im vorliegenden Verfahren vorgetragenen Standpunkt. Die Mindestentschädigung für das zweite Vertragsjahr wurde unter der rechnerischen Annahme festgesetzt, dass die NAA des ersten Vertragsjahrs (2'325) auch im zweiten Jahr noch aktiv sind und der Klägerin wiederum die Jahrespauschale von CHF 170.– eintragen (act. 28 N. 4.4 f.). Soweit die Beklagte in ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2022 (act. 29) moniert, dass diese Annahme unrealistisch sei, versucht sie, dem Zusammenarbeitsvertrag nachträglich einen neuen Inhalt beizumessen. Der Vertrag gesteht der Klägerin in Ziffer 5.2.1 für die ersten beiden Vertragsjahre eine Mindestentschädigung von CHF 1'470'500.– (CHF 395'250.– + CHF 1'075'250.–) zu.

4.4.3. Fälligkeit der Entschädigung

4.4.3.1. Ziffer 5.1.2 des Zusammenarbeitsvertrags sieht vor, dass die Jahresgebühr von CHF 170.– am Ende des Herausgabemonats fällig wird, wobei *"Rechnungen [...] von der empfangenden Partei, sofern sie nicht in guten Treuen beanstandet werden, innert 30 Tagen nach Erhalt zu bezahlen"* sind. Eine entsprechende Regelung für die Mindestentschädigung fehlt in Ziffer 5.2. Allerdings sieht Ziffer 9.2 unter dem Titel *"Zahlung"* für sämtliche Rechnungen übereinstimmend mit Ziffer 5.1.2. vor, dass diese von der empfangenden Partei innert 30 Tagen nach Erhalt zu bezahlen sind (Klägerin: act. 1 N. 19, 53; Beklagte: act. 9 N. 29). Angesichts der vorstehend dargelegten Regelung konnte der Anspruch der Klägerin auf die Mindestentschädigung – soweit die NAA nicht bereits nach elf Monaten oder früher übertroffen und die Mindestentschädigung dadurch obsolet wurde –

erst nach Ablauf des Vertragsjahrs feststehen. Ziffer 9.2 ist sodann als Verfalltagsabrede i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR zu qualifizieren. Damit übereinstimmend stellte die Klägerin der Beklagten für das erste Vertragsjahr, welches am 31. Juli 2018 endete, am 14. September 2018 Rechnung und verlangte die Bezahlung innert 30 Tagen ab Erhalt (act. 3/39). Die Klägerin behauptet den Rechnungsempfang durch die Beklagte am 16. September 2018 und gestützt darauf den Verzug der Beklagten ab dem 16. Oktober 2018 (act. 1 N. 53, 98), was die Beklagte nicht substantiiert bestreitet (act. 9 N. 64, 101). Die Beklagte befand sich somit ab dem 16. Oktober 2018 in Schuldnerverzug. Die Mindestentschädigung für das zweite Vertragsjahr stellte die Klägerin der Beklagten am 15. August 2019 in Rechnung und verlangte Bezahlung innert 30 Tagen ab Erhalt (act. 3/44). Die Klägerin behauptet den Rechnungsempfang durch die Beklagte am 16. August 2019 und gestützt darauf Verzug ab dem 16. September 2019 (act. 1 N. 57, 100), was die Beklagte wiederum nicht substantiiert bestreitet (act. 9 N. 67, 101). Die Beklagte befand sich somit ab dem 16. September 2019 in Schuldnerverzug.

4.4.3.2. Schliesslich lässt sich entgegen der Ansicht der Beklagten aus dem zwischen der Klägerin und der D._____ AG im Verfahren HG190135 geschlossenen Vergleich kein Schulderlass für die Beklagte ableiten. Gemäss Art. 147 Abs. 2 OR wirkt die Befreiung eines Solidarschuldners ohne Befriedigung des Gläubigers zu Gunsten der anderen nur so weit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen. Ob und inwieweit insbesondere einem Vergleich befreiende Wirkung für die am Vergleich nicht beteiligten Schuldner zukommt, hängt vom Willen der Vertragsparteien ab und ist durch Auslegung der Vergleichsvereinbarung zu ermitteln (BGE 133 III 116 ff. Erw. 4.2; BGer-Urteile 5A_945/2021 und 5A_946/2021 vom 27. April 2022 Erw. 7.1.2). Vorliegend wurde im Vergleich vom 16. Juni 2020 eine Forderungsreduktion lediglich gegenüber der damaligen Beklagten D._____ AG erklärt. Sodann wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Klägerin sich die Geltendmachung des CHF 457'000.– übersteigenden Betrags gegenüber der heutigen Beklagten vorbehält (act. 3/50 S. 3 f.). Inwiefern vor diesem Hintergrund ein Schulderlass gegenüber der Beklagten angenommen werden könnte, legt die dafür beweibelastete (Art. 8 ZGB; vgl. BGer-Urteil 4A_500/2013 vom 19. März 2014 Erw. 6.1) Beklagte nicht dar und ist nicht er-

sichtlich. Die Beklagte macht auch zu Recht nicht geltend, dass die Zinsforderung im Sinne von Art. 114 OR untergegangen wäre.

4.4.4. Anrechenbarkeit der Zahlung der D._____ AG

Entsprechend ist die Teilzahlung der D._____ AG antragsgemäss zuerst auf den aufgelaufenen Zins (CHF 74'339.45) anzurechnen (Art. 85 Abs. 1 OR). Darüber hinaus bringt die Klägerin allerdings nicht vor, dass sie nach Erhalt dieser Zahlung auf einer Quittung vermerkt oder der Beklagten auf andere Weise schriftlich (vgl. BGer-Urteile 4A_130/2010 vom 15. Dezember 2010 Erw. 3 und 4A_571/2018 vom 14. Januar 2019 Erw. 8.3) mitgeteilt hätte, dass sie den Betrag zuerst auf die Entschädigung für das zweite Vertragsjahr anrechne (Art. 86 Abs. 2 OR). Soweit ersichtlich erfolgte diese Anrechnung erstmals mehr als fünf Monate nach Erhalt der Teilzahlung im Betreibungsbegehren vom 2. Dezember 2020 (act. 3/45) bzw. dem Zahlungsbefehl vom 3. Dezember 2020 (act. 3/46). Dies genügt den Voraussetzungen von Art. 86 Abs. 2 OR unbesehen des Umstands, dass es sich um eine Teilzahlung der Solidarschuldnerin handelt, nicht. Somit ist die Zahlung der D._____ AG – soweit damit nicht im Umfang von CHF 74'339.45 die aufgelaufenen Zinsen getilgt wurden – zuerst auf die Entschädigung für das erste Vertragsjahr anzurechnen (Art. 87 Abs. 1 OR). Die Entschädigung für das erste Vertragsjahr reduziert sich demnach um CHF 382'660.55 (CHF 457'000.– - CHF 74'339.45) auf CHF 12'589.45. Die Entschädigung für das zweite Vertragsjahr beläuft sich auf CHF 1'075'250.–. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beklagte auf diesen Beträgen gemäss der vertraglichen Regelung zusätzlich die Mehrwertsteuer schulde (insb. act. 1 N. 2, 6, 16, 96, 98 f., 106), was die Beklagte nicht konkret bestreitet. Der Forderungsbetrag von total CHF 1'087'839.45 ist der Klägerin demnach zuzüglich Mehrwertsteuer und zuzüglich Zins seit dem 22. Juni 2020 zuzusprechen.

5. Beseitigung Rechtsvorschlag

5.1. Die Klägerin verlangt die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. 1, Zahlungsbefehl vom 3. Dezember 2020, *"im Umfang der Forderungen gem. Rechtsbegehren 1"*.

5.2. Mit dem Rechtsvorschlag bringt der Schuldner die Betreuung zum Stillstand (Art. 78 SchKG). Die mit dem Rechtsbegehren Ziffer 2 beantragte Beseitigung des Rechtsvorschlags ermöglicht im Fall einer Gutheissung die Fortsetzung der angehobenen Betreuung. Das Gericht hat – wie im Rechtsöffnungsverfahren – von Amtes wegen zu prüfen, ob der gemäss Urteil Berechtigte mit dem betreibenden Gläubiger identisch ist, ob zwischen der in Betreuung gesetzten und der eingeklagten Forderung Identität besteht, und ob auch der im Urteil Verpflichtete mit dem Betriebenen identisch ist (BGE 142 III 720 ff. Erw. 4.1; BGE 141 I 97 ff. Erw. 5.2; BGE 139 III 444 ff. Erw. 4.1.1).

5.3. Der fragliche Zahlungsbefehl (act. 3/46) wurde vom Betreibungsamt Zürich 9 ausgestellt. Die Beklagte wurde gemäss diesem von der Klägerin für zwei Forderungen über CHF 395'250.– (Forderung Nr. 1) und CHF 692'589.45 (Forderung Nr. 2) zzgl. Zins zu 5% seit 22. Juni 2020 betrieben. Identität zwischen Schuldnerin/Gläubigerin und Klägerin/Beklagter liegt vor. Ebenso sind die im Zahlungsbefehl aufgeführten Forderungen identisch mit denjenigen im Rechtsbegehren Ziffer 1 der vorliegenden Anerkennungsklage. Die Bezeichnung der Vertragsjahre im Beiblatt zum Zahlungsbefehl stimmt mit der klägerischen Sachdarstellung bzw. Begründung im vorliegenden Verfahren überein. Die Klägerin hatte mithin je die Mindestentschädigung für die ersten beiden Vertragsjahre als eigenständige Forderungen betrieben und die Teilzahlung der D. _____ AG zuerst auf den aufgelaufenen Zins, den Restbetrag anschliessend auf die Mindestentschädigung des zweiten Vertragsjahrs angerechnet. Wie ausgeführt, erweist sich aber die Anrechnung der genannten Teilzahlung auf den klägerischen Anspruch aus dem zweiten Vertragsjahr als unzutreffend. Im vorliegenden Verfahren kann der Klägerin im Ergebnis die Gesamtsumme zugesprochen werden, weil sich diese aufgrund der gesetzlichen Anrechnungsordnung zwar anders auf die Vertragsjahre verteilt, aber den eingeklagten Betrag nicht übersteigt. Anders verhält es sich indessen bei der Aufhebung des Rechtsvorschlags. Die betriebene Forderung Nr. 1 (erstes Vertragsjahr) besteht im Umfang von CHF 12'589.45, weshalb der Rechtsvorschlag auch nur in diesem Umfang aufgehoben werden kann. Die Forderung Nr. 2 (zweites Vertragsjahr) besteht im Umfang von CHF 1'075'250.–, wovon aber nur CHF 692'589.45 betrieben wurden. Entsprechend kann der Rechts-

vorschlag auch nur in diesem Umfang aufgehoben werden. Lediglich dem Beiblatt zum Zahlungsbefehl lässt sich schliesslich entnehmen, dass auf den im Zahlungsbefehl aufgeführten beiden Forderungen zusätzlich (wie im vorliegenden Verfahren eingeklagt) eine Mehrwertsteuerforderung zu 7.7% geschuldet sein sollte. Die Mehrwertsteuerforderungen sind mit anderen Worten weder in den betriebenen Forderungen eingerechnet noch auf dem Zahlungsbefehl selbst aufgeführt. Entsprechend wurden sie nicht betrieben, weshalb diesbezüglich auch kein Rechtsvorschlag beseitigt werden kann.

6. Zusammenfassung

Die Beklagte hat den Zusammenarbeitsvertrag von der D._____ AG übernommen und mit ihrem Schreiben vom 28. Juni 2018 ordentlich auf den 31. Juli 2019 gekündigt. Bei der in Ziffer 5.2 des Zusammenarbeitsvertrags geregelten und von der Klägerin mit vorliegender Klage geforderten Mindestentschädigung für die ersten beiden Vertragsjahre (1. August 2017 bis 31. Juli 2019) handelt es sich um einen vertraglichen Entschädigungsanspruch für klägerische Leistungen, nicht um eine Konventionalstrafe oder eine Schadenspauschalierung. Da keine Übervorteilung vorliegt, ist die von der Beklagten monierte Entschädigungshöhe nicht zu überprüfen. Die Klägerin hat ihre Leistungen erbracht und die Beklagte befindet sich in Schuldnerverzug, ein Schulderlass liegt nicht vor. Die von der D._____ AG als Solidarschuldnerin geleistete Teilzahlung von CHF 457'000.– ist zuerst auf den aufgelaufenen Zins und im Restbetrag auf die für das erste Vertragsjahr geschuldete Mindestentschädigung anzurechnen. Das Rechtsbegehren Ziffer 1 ist entsprechend gutzuheissen, wobei jedoch der Rechtsvorschlag in der von der Klägerin angehobenen Betreuung nur teilweise beseitigt werden kann (Rechtsbegehren Ziffer 2).

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Ausgehend vom Streitwert von CHF 1'087'839.45 ist die Ge-

richtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 32'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da die Klage lediglich in Bezug auf die Aufhebung des Rechtsvorschlags teilweise abzuweisen ist, rechtfertigt sich keine Kostenausscheidung. Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO); der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

Ausserdem hat die Beklagte als unterliegende Partei der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzusetzen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die teilweise Klageabweisung in Bezug auf die Aufhebung des Rechtsvorschlags rechtfertigt wiederum keine Reduktion. Für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung und die Verfassung einer zusätzlichen Rechtsschrift erscheint eine Erhöhung der Grundgebühr um 40% als angemessen. In Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung daher auf rund 140% der Grundgebühr, entsprechend auf CHF 45'200.–, festzusetzen.

Bezüglich des Antrags der Klägerin auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 (mit Modifikation betreffend Mehrwertsteuer-Satz am 17. September 2010) hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche den Mehrwertsteuerzuschlag beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlages wie vorliegend (vgl. act. 25 N. 124) nicht opponiert (BGer-Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 Erw. 4.5). Die Klägerin macht unter Hinweis auf Art. 21 Abs. 2 Ziffer 19 lit. a und c MWSTG geltend, sie sei zwar grundsätzlich mehrwertsteuerpflichtig, aber der von ihr erzielte Umsatz sei "*fast vollständig*" von der Mehrwertsteuer ausgenommen; im Ergebnis könne die Klägerin deshalb keine Vorsteuer abziehen, was ihre Mehrwertsteuerabrechnung für das vierte Quartal 2021 (act. 22/78) belege (act. 21 N. 191 ff.). Es trifft zu, dass letztere einen Vorsteuerabzug von CHF 0.– ausweist. Allerdings führt die Klägerin selbst aus, dass ihr Umsatz nicht vollständig

von der Steuer ausgenommen ist, und macht auf der streitgegenständlichen Mindestentschädigung den Mehrwertsteuerzuschlag geltend. Dieser Widerspruch bleibt unerklärt. Der Klägerin ist die Parteientschädigung daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 1'087'839.45 zu bezahlen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7% und Zins von 5% seit 22. Juni 2020.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 9 (Zahlungsbefehl vom 3. Dezember 2020) wird im Umfang von CHF 12'589.45 (Mindestentschädigung 1. August 2017 bis 31. Juli 2018) und von CHF 692'589.45 (Mindestentschädigung 1. August 2018 bis 31. Juli 2019), je zuzüglich Zinsen zu 5% seit 22. Juni 2020, beseitigt.

Im Mehrbetrag wird das Rechtsbegehren Ziffer 2 abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 32'000.–.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird ein entsprechendes Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 45'200.– 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 1'087'839.45.

Zürich, 21. April 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dario König