

# ZH\_HANDELSGERICHT HG110181 vom 12. März 2015

Zh Handelsgericht, 2015-03-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG110181](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110181)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG110181 du 12 mars 2015

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG110181 del 12 marzo 2015

## Erwägungen

### E. 1

Prozessverlauf Am 18. Juni 2008 (Datum Poststempel) reichte der Kläger hierorts die Klageschrift ein (act. 1). Mit Verfügung vom 20. Juni 2008 wurde ihm eine Prozesskaution von CHF 50'000 auferlegt (Prot. S. 2), welche er innert Frist leistete (act. 6 und act. 7). Die Klageantwort ging hierorts am 24. Dezember 2008 ein (act. 15). Am 16. März 2009 fand eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher jedoch kein Vergleich geschlossen werden konnte (Prot. S. 7 ff.). Die Replik datierte vom 8. Juni 2009 (act. 20) und die Duplik vom 9. Oktober 2009 (act. 24). Mit Urteil vom 31. März 2010 wurde die Klage abgewiesen (act. 27). Am 11. Mai 2010 erhob der Kläger dagegen kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (act. 32 S. 3). Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hob in Gutheissung der Beschwerde das handelsgerichtliche Urteil mit Zirkulationsbeschluss vom 19. Juli 2011 auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an das Handelsgericht des Kantons Zürich zurück (act. 32 Dispositivziffer 1). Dem Verfahren war ursprünglich die Geschäfts-Nr. HG080155 zugeteilt. Seit erfolgter Rückweisung wird das Verfahren unter der Geschäfts-Nr. HG110181 fortgeführt. Am 17. Juli 2012 erging der Beweisaufgebotsbeschluss (act. 34) und am 17. Oktober 2012 der Beweisabnahmebeschluss (act. 40). Die Beklagte leistete den Barvorschuss fristgerecht (act. 42). Mit Verfügung vom 20. November 2012 wurde von der Namensänderung der beklagten Partei in neu "B.\_\_\_\_\_ Ltd" Vormerk genommen und das Rubrum entsprechend geändert (act. 45). Anlässlich der Beweisverhandlung vom 12. März 2013 wurde der Kläger persönlich befragt (Prot. S. 11 ff.). Die Rechtshilfeersuchen betreffend Einvernahme von drei Zeugen in England datieren vom 14. März 2013 (act. 48). Die Einvernahmen der Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ fanden am 23. August 2013 resp. 9. Juli 2013 und 23. Au-

- 8 - gust 2013 statt (act. 51/6 und 52/6); die Einvernahme des Zeugen F.\_\_\_\_\_ wurde am 8. Mai 2014 durchgeführt (act. 53/6). Nach Eingang der Einvernahmeprotokolle erhielten die Parteien mit Verfügung vom 14. November 2014 Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beweisergebnis, wovon sie mit Eingaben vom 5. resp. 13. Januar 2015 Gebrauch machten (act. 58, 59). Auf diesbezügliche Einwände bzw. Anträge wird hinten einzugehen sein. Nach Zustellung der Stellungnahmen je an die Gegenpartei (act. 60) sowie Weiterleitung einer unaufgeforderten Stellungnahme des Klägers an die Beklagte (act. 62) ist das Verfahren spruchreif.

### E. 2

Anwendbares Prozessrecht Am 1. Januar 2011 – mithin nach Anhängigmachung der Klage – traten die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) und das revidierte Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ; SR 0.275.12) in Kraft. Gemäss Art. 404 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits rechtshängig waren, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen

In Instanz, im Kanton Zürich mithin die zürcherische Zivilprozessordnung (ZPO/ZH; Ordnungs-Nr. 271) und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG; Ordnungs-Nr. 211.1). Damit übereinstimmend sieht Art. 63 Ziffer 1 LugÜ vor, dass die Vorschriften des revidierten Übereinkommens nur auf solche Klagen anzuwenden sind, die erhoben oder aufgenommen wurden, nachdem dieses Übereinkommen im Ursprungsstaat und, sofern die Anerkennung oder Vollstreckung einer Entscheidung oder einer öffentlichen Urkunde geltend gemacht wird, im ersuchten Staat in Kraft getreten ist. Der Streit wurde mit der Rückweisung durch das Kassationsgericht in das Verfahrensstadium vor dem Erlass des angefochtenen (erstinstanzlichen) Entscheides zurückversetzt. Für das vorliegende Verfahren hat dies nach dem Gesagten zur Folge, dass die zürcherische Zivilprozessordnung (ZPO/ZH), das kantonale Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) sowie die Bestimmungen des Lugano-Übereinkommens vom 16. September 1988 (aLugÜ; SR 0.275.11) zur Anwendung gelangen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_471/2011 vom 17. Januar 2012 E. 3.3).

- 9 -

### **E. 2.1**

(Exklusivitätsklausel) und 7.6 (Garantie) zu seinen Gunsten und strich die Ziffern 11.4 und 11.5 des ursprünglichen "Cooperation Agreement" ganz. Die gestrichene Ziffer 11.4 behandelte das gegenseitige Kündigungsrecht im Falle einer

- 39 - Änderung in der Kontrolle des anderen Unternehmens, ebenfalls ein wesentlicher Punkt, wie die Ausführungen der Parteien in diesem Prozess zeigen (vgl. act. 15 Rz. 66 ff. und act. 20 Rz. 180). Damit ist indiziert, dass die Parteien sich am 30. Oktober 2007 zwar hinsichtlich der zu regelnden "key points" einig waren (act. 4/9), aber den Vertragsinhalt noch nicht abschliessend ausgearbeitet hatten und somit auch am 2. November 2007 noch nicht an diesen gebunden sein wollten. Von einer gegenteiligen Auffassung durfte der Kläger nach dem Vertrauensprinzip nicht ausgehen, zumal sich die Beklagte mit dem neuen Vertrag zu einer Mindestabnahme verpflichtete und den Kündigungsbestimmungen deshalb erhöhte Bedeutung zuzumessen ist.

### **E. 3**

Bindung an Rechtsauffassung und Umfang der Neubeurteilung Wird ein Entscheid durch eine Rechtsmittelinstanz aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Erstinstanz zurückgewiesen, wird der Streit in das Stadium vor dem Erlass des angefochtenen Entscheides versetzt. Die untere Instanz ist an die rechtliche Beurteilung der Rechtsmittelinstanz gebunden, nicht aber an die eigenen rechtlichen Erwägungen im ersten Entscheid, die nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens waren. Bei einer vollumfänglichen Aufhebung des Entscheides ist die untere Instanz überdies auch nicht an allfällige Erwägungen gebunden, mit denen die Kassationsinstanz eine Rückweisung abgelehnt hat. Es ist deshalb nicht zulässig, in einem solchen Rückweisungsverfahren nur die mit Erfolg gerügten Punkte zu prüfen und den aufgehobenen Entscheid in den übrigen Teilen ungeprüft zu übernehmen (siehe HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 32 bis 35 zu § 104a; VON WERDT NICOLAS, in: Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2007, N 9 zu Art. 107 BGG). Das Handelsgericht hat den gesamten Prozessstoff erneut, unvoreingenommen durch den Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 31. März 2010, jedoch unter Berücksichtigung des Entscheides des Kassationsgerichtes vom 19. Juli 2011 zu beurteilen.

### **E. 3.1**

Auslegung des Hauptbegehrens Der Kläger verlangt in seinem Hauptbegehren, es sei die Beklagte zu verpflichten, insgesamt 168 PDA/PC devices zum Preis von je GBP 2'050 und 252 stand alone devices zum Preis von je GBP 2'150 zu bestellen und zu kaufen (act. 20 S. 2 und 3, abgeändertes Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2). Ein Rechtsbegehren ist so zu formulieren, dass es bei vollständiger Gutheissung der Klage zum Inhalt des Dispositivs gemacht und ohne weitere Verdeutlichung auch vollstreckt werden kann. Die vorzunehmenden oder zu unterlassenden Handlungen müssen dabei genau bezeichnet werden. Ungenügend ist die bloss rechtliche Charakterisierung (siehe FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 6 zu § 100). Unklare Rechtsbegehren sind nach ihrem Sinngehalt und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen (siehe FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O. N 16 zu § 54 ZPO/ZH). Aufgrund der Dispositionsmaxime darf aber nichts anderes zugesprochen werden, als der Kläger verlangt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O. N 18 zu § 54 ZPO/ZH). Beim Begriff "kaufen" handelt es sich um einen Rechtsbegriff. Soweit der Kläger im Rechtsbegehren diesen Begriff verwendet, ist sein Rechtsbegehren nach dem Gesagten ungenügend. Weil eine Auslegung seines Begehrens jedoch aufzeigt, was er will, kann davon abgesehen werden, den Kläger in Anwendung von § 55 ZPO/ZH zur Präzisierung seines Begehrens aufzufordern. Das klägerische Hauptbegehren lässt sich wie folgt zusammenfassen: 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den klägerischen Designvorschlag zu akzeptieren oder selbst das Design vorzugeben (act. 20 Rz. 150); 2. Es sei die Beklagte zur Bestellung der vertraglich vereinbarten Mindestanzahl an PDA/PC devices resp. stand alone devices zu einem bestimmten Preis zu verpflichten (abgeändertes Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2) und - 13 - 3. Es sei der Kläger in Bezug auf die Bezahlung der Produkte zu berechtigen, die Rechnung bereits nach Bestelleingang oder Ausbleiben der Bestellung zu stellen und die Beklagte zu verpflichten die Rechnung zu bezahlen, bevor der Kläger für die Beklagte Vertragsprodukte herstellt oder zur Abholung durch die Beklagte bereitstellt (abgeändertes Rechtsbegehren Ziffer 4). Folgt man dem an und für sich klaren Wortlaut des abgeänderten Rechtsbegehrens Ziffer 4, kommt man zum Ergebnis, dass der Kläger lediglich die Abänderung der Zahlungsmodalitäten des Kaufvertrags verlangt. Er will, dass die Beklagte zur Vorauszahlung verpflichtet wird. Die Parteien trafen im "Cooperation and Supply Agreement" folgende Vereinbarung (act. 4/3): "5. Payment Terms

### **E. 3.2**

Anspruch auf Spezifikation (Designwahl) Der Kläger verlangt, es sei die Beklagte zu verpflichten, das "go ahead" zu dem von ihm vorgeschlagenen Design abzugeben oder ihm mitzuteilen, wie sie das Design haben wolle (act. 20 Rz. 150). Die Parteien haben in Ziffer 3.1. des "Cooperation and Supply Agreement" folgendes vereinbart: "A'. \_\_\_\_\_ will design and produce stand alone devices which is expected to be ready in February 2008 subject to a rapid agreement of specifications between the Parties, to which both parties commit. The Parties commit to cooperating and acting as quickly as possible in the process of the design and production of the stand alone devices and also agree to review the timing for the sale of the first 300 units of the stand alone devices in the light of any significant delay. The Parties shall agree on an acceptance document which confirms that the stand alone devices meets the performance criteria." Dieser Vertragsklausel zufolge haben sich die Parteien beidseitig zur gemeinsamen Ausarbeitung der Spezifikationen verpflichtet, worunter nach übereinstimmender Darstellung (zumindest auch) das Design gehört. Die

Beklagte trägt folglich eine Mitwirkungspflicht. Es leuchtet denn auch unabhängig von dieser Klausel aufgrund der Natur des Produktes (Entwicklung eines A'.\_\_\_\_\_ -Geräts mit dem Erscheinungsbild eines B'.\_\_\_\_\_ -Produktes) ein, dass die Beklagte zur Mitwirkung verpflichtet ist. Es stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine eigentliche Rechtspflicht, auf deren Erfüllung geklagt werden kann, oder um eine blosser Obliegenheit handelt. KOLLER hält fest, dass das Bundesgericht beim Spezifikationskauf eine generelle Spezifikationspflicht annehme (BSK OR I-Koller, 5. Aufl. 2011, Art. 211 N 15). Dabei stützt er sich auf BGE 42 II 219. Darin hat das Bundesgericht Folgendes festgehalten (E. 3): "Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass er bei dieser zweiten Lieferung [der Kläger hatte dem Beklagten einen Waggon voller Schokolade geliefert, deren Zusammensetzung gemäss Vertrag vom Beklagten vorab zu spezifizieren gewesen wäre] das ihm vertraglich zustehende Recht der Spezifikation einer Partie der Ware nicht aus-

- 16 - geübt habe. Trotz richtiger Aufforderung der Klägerin hatte er seinerzeit die Spezifikation nicht vorgenommen, und dadurch im Sinne von Art. 91 OR eine ihm obliegende «Vorberbeitungshandlung» unterlassen, wodurch er laut dieser Bestimmung in Verzug gekommen ist. Unter diesen Umständen aber muss, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, das Recht zur Spezifikation vom säumigen Gläubiger auf den Schuldner übergehen. Ausdrücklich sieht das OR diesen Übergang freilich nicht vor (wie beispielsweise das deutsche HGB in § 375). Aber er entspricht seiner Regelung des Gläubigerverzuges, im Besondern dem Art. 91. Ohne ihn müsste der Schuldner gegen den Gläubiger auf Spezifikation klagen und er würde dadurch, meistens aus reiner Renitenz des Gläubigers, auf längere Zeit hinaus unbilligerweise verhindert, seiner Erfüllungspflicht ungesäumt Genüge zu tun und die zu seiner Entlastung dienenden Vorkehrungen (Hinterlegung und allfällig Selbsthilfeverkauf) zu treffen." Das Bundesgericht räumt dem Verkäufer damit das Recht ein, nach gehöriger Abmahnung die Spezifikation selbst vorzunehmen (so auch in BGE 110 II 148 = Pra 73 [1984] Nr. 173). Ist der Verkäufer (vorliegend der Kläger) indes selbst zur Festlegung des Designs berechtigt, bedarf er in diesem Zusammenhang keines Rechtsschutzes mehr und es fehlt ihm ein Rechtsschutzinteresse, denn er kann die Rechtsveränderung auch ohne richterliches Urteil herbeiführen (siehe FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O. N 3d zu § 51). Ein solches fehlt dem Verkäufer auch vor gehöriger Abmahnung, denn diese ist ihm durchaus zuzumuten. Das Gesagte muss insbesondere dann gelten, wenn der Verkäufer – wie vorliegend behauptet (act. 20 Rz. 35) – die Mitwirkung des Käufers zur Fertigstellung des Produktes faktisch gar nicht benötigt und in der Lage ist, die Spezifikation resp. Festsetzung des Designs selbst zu bestimmen. Damit ist das klägerische Begehren in diesem Umfang obsolet.

### **E. 3.3**

Anspruch auf Bestellung Der Kläger macht geltend, dass er als OEM Hersteller nicht einfach ohne "go ahead" und Bestellung durch die Beklagte produzieren könne (act. 20 Rz. 150) und verlangt damit, es sei die Beklagte zur Bestellung seiner Produkte zu verpflichten.

- 17 - Ein OEM Hersteller ist ein Markenproduzent, dessen Produkte von anderen Herstellern in deren eigenen Produkte integriert werden (OEM = Original Equipment Manufacturer). Entgegen der klägerischen Auffassung erklärt sich daraus nicht, weshalb der Kläger seine Produkte nur auf ausdrückliche Bestellung der Beklagten hin produzieren können soll. Er selbst behauptet, die Beklagte habe sich zum Kauf einer Mindestmenge

seiner Produkte verpflichtet (siehe act. 1 Rz. 5, 17 f., 21, 38, 52 und 55; act. 20 Rz. 107, 109, 117, 122, 182, 197, 222, 225) und beruft sich dabei auf die diesbezüglich klare Klausel Ziffer 3.3. des "Cooperation and Supply Agreement", welche folgenden Inhalt hat (act. 4/3): "3.3. In the first year, i.e. in 2008, B'.\_\_\_\_\_ will purchase: - In January: 8 PDA/PC devices and no stand alone devices. - in February: 8 PDA/PC devices and 12 stand alone devices. - in March: 8 PDA/PC devices and 12 stand alone devices. - in the second quarter: 60 units of the Product at the agreed split plus 4 additional stand alone devices each month, i.e. a total of 12 additional stand alone devices in this quarter. - in the second half year: 180 units of the Product at the agreed split." Wenn man davon ausgeht, dass die Parteien die besagte Mindestbestellmenge gültig vereinbart haben, ist nicht einzusehen, weshalb die Beklagte bei einer der- art präzisen Liefervereinbarung die Produkte nochmals explizit hätte bestellen müssen. Soweit sich der Kläger auf die fehlende Präzisierung beruft, kann auf das vorab Ausgeführte verwiesen werden (Ziffer III.3.2. der Erwägungen). Soweit er darüber hinaus noch eine explizite Lieferaufforderung der Beklagten fordert, ist ihm entgegenzuhalten, dass er genau weiss, wie viele seiner Produkte die Be- klagte (mindestens) kaufen müsste und es ihm deshalb unbenommen ist, diese auch unaufgefordert zu produzieren und – soweit die Beklagte deren Abnahme verweigert – im Sinne von Art. 92 Abs. 1 OR zu hinterlegen resp. sich durch ein gehöriges Angebot (Verbaloblation; siehe dazu BGE 111 II 463 E. 4 f.) von seiner Leistungspflicht zu befreien. Eine Bestellung der Beklagten ist dabei nicht not- wendig.

- 18 - Geht man entgegen diesen Ausführungen davon aus, der Kläger sei ernsthaft auf die Bestellung der Beklagten angewiesen, ist auf die entsprechende bundesge- richtliche Rechtsprechung hinzuweisen. In BGE 59 II 305 E. 5 führte das Bundes- gericht Folgendes aus: "Der Abruf ist nach dem schweizerischen Recht unzweifelhaft eine dem Gläubiger oblie- gende Vorbereitungshandlung, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist. Verweigert der Gläubiger die Vornahme des Abrufes zu einer Zeit, da er zu erfolgen ge- habt hätte, so gerät er in Annahmeverzug gemäss Art. 91 OR. ... [...] ... Da beim Kauf der Käufer aber zur Annahme der Leistung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist (OR Art. 211 Abs. 1, VON THUR OR II S. 470 Anm. 2 S. 476), kommt er mit Verweige- rung der Annahme, d.h. hier mit der blossen Unterlassung der Vorbereitungshandlung des Abrufes zugleich in Schuldnerverzug und der Verkäufer kann den entgangenen Ge- winn als Schadenersatz gemäss Art. 107 Abs. 2 OR verlangen." In BGE 110 II 148 E. 1a (= Pra 73 [1984] Nr. 173) erklärte das Bundesgericht un- ter anderem unter Bezugnahme auf den vorab zitierten Entscheid seine Recht- sprechung dahingehend, als dass der Käufer, der sich um eine ihm obliegende, vom Verkäufer für die Vertragserfüllung benötigte Handlung nicht kümmere, sich nicht nur im Annahmeverzug befinde, sondern sich auch einer Zahlungsverweige- rung schuldig mache. Es seien daher die Vorschriften über den Schuldnerverzug anwendbar. Es erhellt, dass das Bundesgericht die Rechtsfolgen über den Schuldnerverzug angewendet wissen will, wenn der Käufer seine Mitwirkungspflichten (worunter auch die Pflicht zur Bestellung fällt) verletzt. In Verzug befindet sich der Käufer in Bezug auf die Kaufpreisbezahlung, nicht aber in Bezug auf die Bestellung. Diese stellt grundsätzlich keine Pflicht im Rechtssinne sondern eine bloss Obliegenheit dar, die nicht selbständig eingeklagt werden kann. Von diesem Grundsatz ausge- nommen sind lediglich Spezialfälle, in denen ein Verkäufer ein besonderes Inte- resse an der Lieferung hat und die verkaufte Sache nicht ohne weiteres hinterle- gen kann (siehe PIERRE CAVIN, Kauf Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel 1977, S. 52). Ein solcher Spezi- alfalle liegt vorliegend nicht vor, zumal die stand alone

devices noch gar nicht pro-

- 19 - duziert wurden. Mithin stände es dem Kläger – nach erfolgter Mahnung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR – zwar frei, vom Vertrag unter Schadloshaltung zurückzutreten, unzulässig ist es hingegen, den Kläger zu einer Produktbestellung zu verpflichten. Hierfür fehlt die Rechtsgrundlage. Das Begehren des Klägers ist deshalb in diesem Umfang abzuweisen.

#### **E. 3.4**

**Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises** Der Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises setzt voraus, dass die Kaufpreisforderung zur Zahlung fällig wurde. Wie bereits ausgeführt (siehe Ziffer III.3.1. der Erwägungen) vereinbarten die Parteien eine Vorleistungspflicht des Klägers. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 110 II 148 E. 1a = Pra 73 [1984] Nr. 173; BGE 48 II 98 E. 6) macht sich der Käufer auch einer Zahlungsverweigerung schuldig, wenn er seine Mitwirkungspflichten bei der Vertragsausführung nicht wahrnimmt. Er gerät damit im Hinblick auf seine Pflicht zur Kaufpreisbezahlung in Schuldnerverzug und es stehen dem Verkäufer die Rechte nach Art. 107 ff. OR zu. Demzufolge kann der Kläger die Erfüllung des Vertrags, d.h. die Kaufpreisbezahlung verlangen. Ob die Klage auf Erfüllung des Vertrages gestützt auf Art. 107 OR nur dann zulässig ist, wenn der Verkäufer der Käuferin vorgängig im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR eine Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt hat, erscheint zunächst fraglich. Betrachtet man den Wortlaut von Art. 107 OR kommt man ohne weiteres zum Schluss, dass eine Abmahnung nicht erforderlich ist: In Abs. 2 von Art. 107 OR führt der Gesetzgeber aus, dass der Gläubiger nach Ablauf der mit einer Mahnung anzusetzenden Frist "immer noch" auf Erfüllung klagen könne. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Gläubiger bereits vor Abmahnung die Erfüllung des Vertrags gerichtlich verlangen kann. Lediglich eine Schadenersatzforderung infolge verspäteter Erfüllung wäre nach Art. 107 Abs. 2 OR von einer vorangegangenen Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung abhängig. Das Bundesgericht stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Ansetzung einer letzten Frist zur Erfüllung zum wesentlichen Inhalt der Vorschriften über den Verzug bei zweiseitigen Verträgen gehöre und darüber nicht hinweggegangen

- 20 - werden dürfe. Diejenige Partei, welche die Vertragserfüllung oder Entschädigung für die Folgen der Nichterfüllung wolle, müsse der im Verzug befindlichen Partei eine angemessene Frist zur Erfüllung ansetzen oder ansetzen lassen (siehe BGE 110 II S. 148 E. 1b = Pra 73 [1984] Nr. 173). Auch wenn man der Auffassung des Bundesgerichts folgt, gilt es auch den Bestimmungen gemäss Art. 108 OR Beachtung zu schenken. Darin wird namentlich festgehalten, dass auf die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung verzichtet werden kann, wenn (1) aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde; (2) infolge Verzugs des Schuldners die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden wäre oder (3) sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll. Wenn man aus dem Umstand, dass ein Käufer seine Mitwirkungspflichten verweigert, schliesst, dass er auch die rechtzeitige Kaufpreiszahlung verweigere, muss konsequenterweise auch angenommen werden, dass eine vorgängige Abmahnung sich als unnütz erweisen würde. Dies muss zumindest in dem Fall gelten, in dem die Käuferschaft – wie vorliegend die Beklagte – die Mitwirkung verweigert, weil sie sich auf den Standpunkt stellt, der Vertrag sei überhaupt nie zustande gekommen. Im Übrigen haben die Parteien fixe Lieferzeiträume vereinbart, weshalb sich eine Abmahnung ebenfalls

erübrigen würde (Art. 108 Ziffer 3 OR). Im Lichte dieser Erwägungen erscheint die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises als zulässig unabhängig davon, ob der Kläger die Beklagte vorab ausdrücklich zur Zahlung aufgefordert hat. Die Frage kann letztlich aber offenbleiben, weil der Kläger resp. sein Rechtsvertreter im Nachgang zur E-mailkorrespondenz im Zusammenhang mit dem behaupteten Vertragsschluss am 30. Oktober 2007 (siehe act. 1 Rz. 22 ff.) die Beklagte mit Schreiben vom 12. November 2007 unter Fristansetzung aufforderte, das "Cooperation and Supply Agreement" zu unterzeichnen und eine erste Bestellung von 60 PDA/PC devices [im Sinne von Ziffer

### **E. 3.5**

des "Cooperation and Supply Agreement"] aufzugeben. Damit mahnte der Kläger die Beklagte im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR ab. Zur Höhe des Kaufpreises ist festzuhalten, dass sich dieser klar aus dem Rechtsbegehren bestimmen lässt: Der Kläger verlangt den Kauf von insgesamt 168 PDA/PC devices [die Anzahl der im Monat März 2008 fällig gewordenen wurde im

- 21 - Rechtsbegehren irrtümlich zweimal aufgeführt; für die vorliegende Berechnung wurde sie daher nur einmal miteingerechnet] zum Preis von je GBP 2'050 und 252 stand alone devices zum Preis von je GBP 2'150. Dies ergibt einen Gesamtkaufpreis von GBP 886'200 (168 x GBP 2'050 + 252 x GBP 2'150). Die Höhe dieses Kaufpreises wird von der Beklagten nicht bestritten. Sie beschränkt ihre Einwendungen darauf zu bestreiten, dass der Vertrag überhaupt zustande gekommen ist. Darüber hinaus führt sie aber keine Gründe auf, weshalb sie den Kauf der streitrelevanten Produkte verweigere. Demzufolge wäre die Beklagte zur Kaufpreisbezahlung zu verpflichten, wenn sich erweisen sollte, dass das "Cooperation and Supply Agreement" gültig zustande gekommen ist, was nachfolgend zu prüfen ist. 4. Zustandekommen des "Cooperation and Supply Agreement"

### **E. 4**

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben und wird von der Beklagten auch nicht bestritten (Art. 17 Ziffer 1 bzw. Art. 18 aLugÜ, § 63 GVG, act. 15 Rz. 3).

#### **E. 4.1**

Parteistandpunkte

##### **E. 4.1.1**

Kläger Der Kläger macht im Wesentlichen geltend, die Parteien hätten am 5. Oktober 2006 [recte: 2005] einen Zusammenarbeitsvertrag, das "Cooperation Agreement", abgeschlossen, welcher kurz darauf durch das "Addendum 1" ergänzt worden sei. In der Folge sei es zwischen den Parteien zu Kontroversen über die Mindestabnahmemengen und Mindestabnahmeverpflichtungen der Beklagten gekommen, welche durch einen Vergleich hätten bereinigt werden können. Dieser Vergleich sei im Grundsatz anlässlich der Telefonkonferenz vom 30. Oktober 2007 zustande gekommen und im anschliessenden E-Mail-Verkehr konkretisiert worden. Das entsprechende "Cooperation and Supply Agreement" sei vom Kläger unterzeichnet worden, die Gegenzeichnung durch die Beklagte sei indessen auf Anweisung ihrer Muttergesellschaft nicht geleistet worden (act. 1 Rz. 16 ff. und Rz. 21 ff.). Schon bei der Telefonkonferenz vom 30. Oktober 2007 hätten sich die Parteien über den wesentlichen Inhalt der Vergleichslösung geeinigt. Im unmittelbar darauf folgenden E-Mail-Verkehr sei diese Vereinbarung nicht nur in ihren

wesentlichen Punkten (Essentialias), sondern überhaupt bestätigt worden. Das diesbezügliche

- 22 - Dokument "Cooperation and Supply Agreement" habe nur als reine Formalität aufgesetzt und unterzeichnet werden sollen und habe nur Beweischarakter gehabt (act. 1 Rz. 20). Ökonomisch stelle das "Cooperation and Supply Agreement" ihn – den Kläger – schlechter als das "Cooperation Agreement" und "Addendum 1". Das "Cooperation and Supply Agreement" biete jedoch mehr Klarheit über den detaillierten Willen der Parteien betreffend ihrer Vertragsbeziehung und deren Fortführung mit Bezug auf die Vorhersehbarkeit der Vertragsabwicklung. Deshalb sei er – der Kläger – die Konzession eingegangen (act. 20 Rz. 98). Zum Abschluss eines Vertrages sei die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Dieser Konsens sei bereits anlässlich der Telefonkonferenz vom 30. Oktober 2007 gebildet und im nachfolgenden E-Mail-Verkehr bestätigt worden. Es sei klar, dass die Parteien bereits vor der schriftlichen Fassung der übereinstimmenden Willensäusserungen an diese hätten gebunden sein wollen. Das entsprechende Dokument, das "Cooperation and Supply Agreement", sei erst im allerletzten Moment nicht unterzeichnet worden. Diese Tatsachen würden die in Art. 16 Abs. 1 OR enthaltene Vermutung widerlegen (act. 1 Rz. 40 ff. und act. 20 Rz. 207 ff.). Zudem habe bei den E-Mails und dem Dokument "Cooperation and Supply Agreement" Schriftlichkeit im Sinne von Art. 16 OR vorgelegen (act. 20 Rz. 138 und S. 79 f.).

#### **E. 4.1.2**

Beklagte Die Beklagte wendet ein, dass nach dem Abschluss des "Cooperation Agreement" und des "Addendum 1" die Entwicklung eines neuen Produktes, eines sog. "stand alone devices", besprochen worden sei. Thema dieser Gespräche seien ebenfalls die umstrittenen Mindestbestellmengen gewesen. Trotz intensiver Bemühungen der Parteien, diese Unstimmigkeiten zu beheben, sei schliesslich keine Einigung zustande gekommen und das Schriftstück von ihr, der Beklagten, nicht unterzeichnet worden. Es sei so, dass das Projekt "Entwicklung eines stand alone devices" fallen gelassen worden sei. Dieses Produkt, dessen Bestellung der Kläger mit vorliegender Hauptklage verlange, existiere heute somit gar nicht (act. 15 Rz. 11 ff.). Ein "Cooperation and Supply Agreement" sei zwar verhandelt, indessen nicht abgeschlossen worden. Zum einen habe kein Konsens vorgelegen

- 23 - und zum anderen sei auch die erforderliche Form der Schriftlichkeit (eigenhändiges Unterschriften) nicht eingehalten worden (act. 15 Rz. 36 ff., act. 24 Rz. 89 ff. und Rz. 106). Es stimme somit nicht, dass man sich bereits auf einen mündlichen Vertrag geeinigt hätte und es nur noch darum gegangen wäre, die getroffene Vereinbarung schriftlich zu fixieren. Die Basis der weiteren Zusammenarbeit hätte auf ein neues schriftliches Vertragswerk gestellt werden sollen. Vor beidseitiger Unterschriftung habe ein solches keine Gültigkeit gehabt (act. 15 Rz. 29). Art. 16 Abs. 1 OR enthalte die gesetzliche Vermutung, dass die Parteien bei Verabredung eines Formvorbehaltes vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen (act. 15 Rz. 38 ff.). Da das "Cooperation and Supply Agreement" nicht gegenseitig unterzeichnet worden sei, sei der Vertrag somit nicht zustande gekommen (act. 15 Rz. 46).

#### **E. 4.2**

des Cooperation Agreement nicht inhaltlich abgeändert wurde, lässt keinen anderen Schluss zu, als dass das Institut der "Zielmenge" bestehen bleiben sollte und die Parteien keine

Mindestbestellmengen bezüglich der PDA- bzw. Laptop- Version vereinbart haben. Weiter enthält das "Cooperation Agreement" schon die Vereinbarung einer Mindestbestellmenge, nämlich in Ziffer 3.3. ("B'.\_\_\_\_\_ will purchase from A'.\_\_\_\_\_ an initial order of 100 units of the Product. [...]"). Dass nun nochmals eine Mindestbestellmenge hätte eingeführt werden sollen, ohne dass das Verhältnis dieser beiden Mindestbestellmengen zueinander geklärt wurde, kann vernünftigerweise nicht angenommen werden. Bei der vom Kläger verstandenen Interpretation bliebe nämlich ungewiss, ob die 100 ursprünglich zu bestellenden Produkte an die von ihm neu geltend gemachte Mindestbestellmenge von 350 Produkten pro Jahr anzurechnen wären oder nicht. Eine Unsicherheit bestünde zudem hinsichtlich der Dauer der vom Kläger geltend gemachten Abnahmeverpflichtung. Ziffer 4.2. des "Cooperation Agreement" enthält nämlich keine zeitliche Begrenzung; eine solche ist bei Vereinbarung einer Zielmenge ja auch nicht notwendig. Wenn die Parteien nun tatsächlich eine Mindestbestellmenge bezüglich der Korrelatoren hätten einführen wollen, so wäre auch die Dauer dieser Verpflichtung zu regeln gewesen. Aus dem Wortlaut der Ziffer 3.1. des "Addendum 1" ergibt sich nämlich keineswegs, dass die Abnahmeverpflichtung bezüglich der Korrelatoren - analog zu derjenigen der Lizenzen - für die Jahre 2006 bis 2010 hätten gelten sollen. Ausgehend vom Grundsatz, dass vernünftige und redliche Parteien grundsätzlich klare und in sich stimmige Verträge abschliessen, stipuliert Ziffer 3.1. des "Addendum 1" in Verbindung mit Ziffer 4.2. des "Cooperation Agreement" somit die Erhöhung der Zielmenge auf (total) 350 Produkte und nicht eine neu einzuführende Mindestbestellmenge.

- 52 - 6.3.2.2.3. Vertragsumstände Auch aus den Vertragsumständen ergibt sich keine andere Auslegung. In der gesamten Korrespondenz der Parteien zum "Addendum 1" waren neu einzuführende Mindestbestellmengen für die PDA- bzw. PC-Version nämlich nie ein Thema. So führt auch der Kläger aus, dass die Frage der Einführung von Mindestbestellmengen im Rahmen des "Addendum 1" nicht debattiert worden sei (act. 20 Rz. 64). Es ist nicht anzunehmen, dass die Parteien als erfahrene Geschäftspartner plötzlich (erhebliche) Mindestbestellmengen vereinbart hätten, ohne vorher darüber gesprochen zu haben, zumal eine solche Verpflichtung für beide mit weitreichenden finanziellen Konsequenzen verbunden gewesen wäre. Wenn in den Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien schon hinsichtlich der Menge der abzunehmenden Lizenzen zu einem Preis von (nur) GBP 150 pro Lizenz gegangen wurde (vgl. act. 21/15 und act. 21/16), so wäre zu erwarten, dass die Parteien auch und noch in vermehrter Masse über Mindestbestellmengen betreffend der Korrelatoren zu einem Preis von GBP 1'800 (bzw. gemäss Indexstand) verhandelt hätten. Dass dies nie ein Thema war, lässt sich nicht anders erklären, als dass ein solcher Bindungswille nicht bestand. Auch aus der geschäftlichen bzw. finanziellen Situation des Klägers ergibt sich kein Hinweis darauf, dass die Produktausweitung für ihn nur im Zusammenhang mit der Einführung einer Mindestbestellmenge bezüglich der Korrelatoren (PDA- und PC-Version) Sinn gemacht hätte, wie er dies geltend macht. Beim "Addendum 1" ging es nämlich wie erwähnt (nur) um die Ausweitung auf eine Laptop-Version, zu welcher der Kläger die Software schrieb bzw. erarbeitete. Die "Hardware", der C.\_\_\_\_\_, blieb dabei technisch unverändert; als zusätzliches Gerät wurde statt des PDA neu ein PC bzw. Laptop verwendet (act. 20 Rz. 47, Rz. 116 und Rz. 120). Bei dieser Ausgangslage machte es vernünftigerweise Sinn, die Entwicklungskosten für die Software mit den Mindestbestellmengen für die Lizenzen abzugelten. Dies führt auch der Kläger selber aus, wenn er darlegt, die Kompensierung der Softwareentwicklung rechnerisch über die Anzahl der Lizenzen kalkuliert zu haben (act.

20 Rz. 193). Hinweise bezüglich zusätzlicher Entwicklungskosten für die "Hardware" gibt es in den Akten keine. Dass auf Grund der Entwicklung der "PC-Version"

- 53 - auch (notwendigerweise) Mindestbestellmengen bezüglich der Korrelatoren hätten vereinbart werden müssen, ist somit nicht schlüssig und wird vom Kläger auch nicht substantiiert dargelegt.

### **E. 4.3**

Subsumption Unbestritten ist, dass das "Cooperation and Supply Agreement" von der Beklagten nicht unterzeichnet wurde. Die Parteien streiten sich darüber, ob der Vertragsschluss unter dem Vorbehalt der Schriftlichkeit im Sinne von Art. 16 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 13 OR stand, ohne dessen Erfüllung der Vertrag nicht zustande kommen sollte. Nach dem Gesagten obliegt es grundsätzlich der Beklagten zu beweisen, dass die Parteien den Vertrag einem Formvorbehalt unterwerfen wollten. Welche Bedeutung dem Formvorbehalt zuzumessen ist, ist eine andere Frage. Soweit der Kläger geltend macht, der Formvorbehalt habe blosser Beweisfunktion gehabt, obliegt ihm hierfür der Beweis.

#### **E. 4.3.1**

Vereinbarung einer Formabrede Dass die Parteien eine Formabrede trafen, steht fest: Dies geht zunächst eindeutig aus der Email-Korrespondenz im Nachgang zur Telefonkonferenz vom 30. Oktober 2007 hervor. D.\_\_\_\_\_ von der Beklagten schrieb am 30. Oktober 2007 um 19:51 Uhr (act. 4/6, Hervorhebungen nicht im Original): "[...] The following summarises the key points to be included in a legal agreement: 1. We will produce a new agreement to define how we move forward. 2. This agreement replaces the original agreement and the addendum [...] Please review these and come back to me with any amendments so we can reach an agreed documented position which you can use to form a new legal document." Der Kläger antwortete darauf gleichentags um 23:03 Uhr (act. 4/7, Hervorhebungen nicht im Original): "[...] Please review the suggested amendments and let me have your feedback as soon as possible. We have agreed that this document will then be forwarded to our lawyer for a

- 25 - new legal document, clearly stating the binding commitment for a minimum order. I also agree with your opinion that the agreement should be clear and short, but we can't avoid the usual legal stuff to fulfil the requirement of a legal document. I assume that the document will have approx. the same size as the original agreement. Please also note that the lawyer will leave to China towards the end of this week and if we want to sign the document on Friday at the latest, then the lawyer will have to start his work by tomorrow." Tags darauf schrieb der Kläger um 16:22 Uhr (act. 4/8, Hervorhebungen nicht im Original): "D.\_\_\_\_\_ and E.\_\_\_\_\_ We are waiting for your confirmation in order to work out the legal document in due time. Thanks and regards A.\_\_\_\_\_" Nachdem D.\_\_\_\_\_ die Änderungsvorschläge des Klägers kommentiert hatte, schrieb letzterer am 1. November 2007 um 16:48 Uhr als Antwort auf die einzelnen Vorschläge von D.\_\_\_\_\_ (act. 4/8, Hervorhebungen nicht im Original): "Hi All I have just talked to the lawyer. He said he will stay a little longer today in order to finalise the agreement today!! (the usual Swiss customer service, D.\_\_\_\_\_). We have just clarified the last points and I would like to confirm them (see comments below in red). This email will then be forwarded to the lawyer to finalise the already prepared draft. Thanks and best regards A.\_\_\_\_\_" Am 2. November 2007 um 14:20 Uhr sandte E.\_\_\_\_\_ von der Beklagten dem Kläger die folgende Email (act. 4/9,

Hervorhebungen nicht im Original): "Dear A.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ is on holiday today but we had a discussion this morning as I have reviewed the document that you sent across. Obviously D.\_\_\_\_\_ needs to add a final review and sig-

- 26 - nature but I just wanted to drop a quick line to say that it seems at first read to reflect accurately what we have agreed and D.\_\_\_\_\_ will take a look on Monday to finalise. [...]"

Es erhellt, dass beide Parteien die Ausarbeitung eines schriftlichen Vertrags und dessen Unterzeichnung wollten. Dabei war es vor allem der Kläger, dem an einer raschen Fertigstellung des Vertragstextes gelegen war. Entsprechend liess er durch seinen Rechtsanwalt einen Vertragsentwurf ausarbeiten, unterzeichnete diesen und stellte ihn der Beklagten zur Gegenzeichnung zu. Im Lichte dieser Korrespondenz und gestützt auf sein Parteiverhalten kann die Sachdarstellung des Klägers im vorliegenden Verfahren nicht anders verstanden werden, als dass er nicht die Formabrede an sich, sondern lediglich deren Funktion bestreitet. Wenn die Parteien aber eine Formabrede getroffen haben, greift die Vermutung nach Art. 16 Abs. 1 OR, wonach die Parteien vor Erfüllung der Formvermutungsweise nicht an den Vertrag gebunden sein wollten.

#### **E. 4.3.2**

Genehmigungs- oder Beweisfunktion Der Kläger macht geltend, er wie auch die Beklagte hätten bereits an den Vertrag gebunden sein wollen, bevor dessen Inhalt schriftlich festgehalten wurde (act. 1 Rz. 49; act. 20 Rz. 143, 145, 165 und 168). Damit behauptet der Kläger, dass die Formabrede lediglich Beweisfunktion gehabt habe, der Vertragsschluss aber bereits am 30. Oktober 2007 mündlich erfolgt sei (act. 1 Rz. 20). In Anbetracht der gegenteiligen gesetzlichen Vermutung (Art. 16 Abs. 1 OR) ist diese Behauptung von ihm zu beweisen. Dem Kläger wurde entsprechend der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass sich die Parteien bereits am 30. Oktober 2007 vertraglich binden wollten und es dem beidseitigen Parteiwillen entsprach, dass die schriftliche Abfassung des Vertragsinhalts blosser Beweisfunktion haben sollte (act. 34 Beweis-satz 1).

- 27 -

#### **E. 4.3.2.1**

Beweisverfahren Der Kläger berief sich auf eine Reihe von Urkunden sowie auf seine persönliche Befragung, die Beklagte nannte zum Gegenbeweis drei Zeugen sowie ebenfalls diverse Urkunden (vgl. act. 40 S. 3 f.). In der persönlichen Befragung erklärte der Kläger, er könne sich an den Inhalt und Ablauf des Telefongesprächs vom 30. Oktober 2007 erinnern. Dessen Ergebnis sei eine Einigung in Bezug auf die Weiterarbeit gewesen. Nach einiger Diskussion habe man sich auf 300 Einheiten pro Jahr für drei Jahre geeinigt. Gleichzeitig habe man die Preise gegenüber der bisherigen Vereinbarung erhöht, um die Mindermenge etwas auszugleichen. Einige Fragen in der Detailregelung seien noch offen geblieben. Diese seien im Emailverkehr nach dieser Diskussion noch bereinigt worden. Es sei aber eher um Nebenpunkte gegangen, zu Beispiel, was passiere, wenn das Verhältnis der einzelnen Produktvarianten sich ändern würde. Es sei eigentlich allen Beteiligten klar gewesen, dass nach der Einigung mit der Festlegung des Aussehens beim Hauptmodell zu beginnen war. Nach der Einigung seien die in Emails festgehaltenen Punkte an die Anwaltskanzlei gegangen, um das in die Form eines Vertrages zu bringen. Die Emails seien die Bestätigung des Inhalts gewesen. Auch die Bestätigung von der Gegenseite. Die Einigung über das, was sie abgemacht hätten, sei von beiden Seiten anerkannt worden. Er sei überzeugt, dass auch die andere Seite sich habe binden wollen. Das sei eindeutig gesagt worden in diesem

Telefongespräch und auch in den Emails entsprechend bestätigt worden. Die Funktion oder die Bedeutung des schriftlich abgefassten Vertrages sei vielleicht eine Dokumentation zu Beweis Zwecken gewesen. Das sei immer so gewesen im Verhältnis der Parteien (Prot. S. 12 ff.). Die vom Kläger angerufenen Urkunden (act. 4/6-10, 21/17 und 39/7) dokumentieren den Email-Verkehr der Parteien insbesondere in der Zeit vom 30. Oktober bis 1. November 2007. Wie bereits dargelegt (Ziff. 4.3.1), ergibt sich aus der in act. 4/6-4/9 enthaltenen Korrespondenz, dass die Parteien die Ausarbeitung eines schriftlichen Vertrags und dessen Unterzeichnung wollten; die ausgetauschten Schreiben beziehen sich sodann im Wesentlichen auf die in den Vertrag aufzu-

- 28 - nehmenden genauen Bestimmungen, welche von einem Anwalt in ein "legal document" gebracht und dann "finalised" werden sollten. Im letzten Schreiben in act. 4/9, einer Email von E.\_\_\_\_\_ an den Kläger sowie D.\_\_\_\_\_ vom 2. November 2007, wurde festgehalten, das zugesandte Dokument schein auf den ersten Blick genau das wiederzugeben, was sie abgemacht hätten, natürlich unter Vorbehalt der abschliessenden Durchsicht durch D.\_\_\_\_\_. Aus act. 39/7, einer Mitteilung des Klägers an die Beklagte vom 30. Oktober 2007, ergibt sich, dass der Kläger bereits vorgängig drei Entwürfe für das Gehäusedesign des "stand alone correlator" übermittelt hatte. Im folgenden Schreiben der Beklagten an den Kläger und E.\_\_\_\_\_ vom 6. November 2007 (act. 4/10) musste D.\_\_\_\_\_ - nach einem Strategiemeeting mit seinem neuen Chef - dann allerdings erklären, dass die Beklagte keine Verpflichtung zur Abnahme einer bestimmten Menge von Geräten eingehen könne. Zwar trifft es zu, dass im Email-Verkehr der Parteien mehrfach die Ausdrücke "agreed" und "agreement" vorkommen. Zugunsten des Klägers kann daraus allerdings nichts abgeleitet werden. Dass die Parteien im Anschluss an die Telefonkonferenz eine grundsätzliche Einigung über verschiedene konkrete Vertragsbestimmungen gefunden hatten, kann der Korrespondenz entnommen werden. Es kann sogar davon ausgegangen werden, dass nicht nur der Kläger den Vertrag für unterschriftsreif hielt, sondern dass E.\_\_\_\_\_ von der Beklagten mindestens auf den ersten Blick ebenfalls dieser Meinung war (vgl. dazu aber noch unten Ziff. 4.3.2.4). Hingegen lässt dies den Schluss gerade nicht zu, dass die schriftliche Ausarbeitung und Unterzeichnung des Vertrags nur Beweis Zwecken hätte dienen sollen. Gerade der Umstand, dass besonders der Kläger selbst Wert auf die Abfassung eines "legal document" legte, die Beklagte beispielsweise mit Email vom 31. Oktober 2007 zur baldigen Antwort aufforderte ("We are waiting for your confirmation in order to work out the legal document in due time") und ihr zwei Tage später mitteilte, dass sein Anwalt länger arbeiten werde, um die Vereinbarung fertigzustellen (vgl. act. 4/8), deutet darauf hin, dass er dem schriftlichen Vertrag entscheidendes Gewicht zumass. Gleiches gilt für die Beklagte, für welche das Geschäft erst mit der abschliessenden Durchsicht und Unterschrift von D.\_\_\_\_\_ "finalised" sein sollte (vgl. act. 4/9).

- 29 - Der Kläger beruft sich weiter auf eine Email von E.\_\_\_\_\_ an den Kläger vom 22. Juni 2006 (act. 21/17), in welcher die Beklagte mit Bezug auf das "Addendum 1" darum ersuchte, die Email als Bestätigung zu akzeptieren und die Vereinbarung zur Unterzeichnung nachzusenden ("Could you please take this e-mail as confirmation and send the amendment for signature."). Direkt kann daraus für das "Cooperation and Supply Agreement" nichts abgeleitet werden. Hingegen wird im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte der Verträge noch darauf zurück zu kommen sein, wobei sich zeigen wird, dass insofern auch kein Indiz im Sinne des Klägers vorliegt (unten Ziff. 4.3.2.3).

Damit ergibt sich, dass einzig der Kläger seine eigene Darstellung des beiderseitigen Parteiwillens stützt. Dabei bilden jedoch gemäss § 149 Abs. 3 ZPO/ZH Aussagen, welche zu Gunsten der befragten Partei lauten, keinen Beweis; der Kläger kann mithin aus seiner eigenen Aussage nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Kläger hat mit Eingabe vom 13. Januar 2015 seine Zulassung zur Beweisaussage beantragt; zur Begründung beruft er sich auf die lange Verfahrensdauer und einen Beweisnotstand (act. 59 S. 2, 41 f.). Die Beweisaussage unterliegt dem richterlichen Ermessen und ist nur anzuordnen, wenn sie aufgrund der persönlichen Befragung und der anderen Beweisabnahmen als nötig und angebracht erscheint, beispielsweise um einen noch nicht voll erbrachten Beweis zu ergänzen oder einen noch nicht voll gescheiterten Beweis zu widerlegen. Sie kommt insbesondere in Frage zur Milderung einer unbilligen Beweislastverteilung, Herstellung des prozessualen Gleichgewichts oder zur Abwendung eines Beweisnotstandes (vgl. § 150 Abs. 1 ZPO/ZH und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 1 ff. zu § 150 ZPO; vgl. auch ZR 104(2005) Nr. 26; ZR 88(1989) Nr. 56). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Soweit sich der Kläger in einem Beweisnotstand sieht, weil er einen weiteren Gesprächsteilnehmer (G.\_\_\_\_\_) zufolge eines zwischenzeitlich eingetretenen Zerwürfnisses nicht als Zeugen bezeichnete, hat er die Würdigung von dessen Aussagen selbst antizipiert und damit das mögliche Beweisergebnis beschränkt. Die Beweisaussage kann dies nicht korrigieren. Hinzu kommt jedoch, dass sich der Kläger in der per-

- 30 - sönlichen Befragung zwar überzeugt zeigte, dass auch die andere Seite sich ha- be binden wollen, wobei er dies aus dem eindeutigen Inhalt des Telefongesprächs und aus der entsprechenden Bestätigung in den Emails folgerte. Inwiefern konkret am Telefon eine bereits verbindliche Einigung erreicht worden wäre, lässt sich diesen Aussagen aber auch nicht entnehmen. Der folgende Email-Verkehr deutet, wie bereits ausgeführt, gerade nicht darauf hin. Selbst wenn der Kläger seine Aussage in der Beweisaussage wiederholen würde, könnte unter diesen Umständen nicht die Überzeugung gewonnen werden, dass sich beide Parteien bereits telefonisch definitiv verpflichten wollten. Dasselbe gilt für die Frage der Bedeutung der schriftlichen Niederlegung; das Gewicht, das die Parteien in der Email-Korrespondenz auf ein "legal document" legten, steht der blossen Beweisfunktion entgegen. Eine Zulassung des Klägers zur Beweisaussage ist unter diesen Umständen nicht geboten, da sich daraus gerade keine Klärung der Beweislage ergeben würde. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich grundsätzlich, auf die Aussagen der von der Beklagten zum Gegenbeweis angerufenen Zeugen D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ näher einzugehen (act. 51/6; 52/6; 53/6). Entsprechend sind auch keine Weiterungen - namentlich der vom Kläger beantragte Beizug der Tonbandaufzeichnungen (act. 59 S. 42) - anzuordnen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zwar klar verneinten, dass sich die Beklagte bereits am 30. Oktober 2007 vertraglich binden wollte (act. 51/6 und 52/6, Antwort zu Frage 13) und dass die schriftliche Abfassung des Vertragsinhalts blosser Beweisfunktion haben sollte (Antworten zu Fragen 14, 15). Sowohl D.\_\_\_\_\_ als auch E.\_\_\_\_\_ sind jedoch nach wie vor als Managing Director resp. Director of sales and business development bei der Beklagten tätig und waren über das Thema ihrer Befragung bestens informiert (act. 51/6 S. 1 f.; 52/6 S. 1 f.). Ihren Aussagen kann deshalb ohnehin kaum Gewicht zugemessen werden. F.\_\_\_\_\_ schliesslich war nach seiner Aussage nur bis zum 9. Oktober 2007 als für die Beklagte verantwortlicher Divisional Chief Executive bei der H.\_\_\_\_\_ Group tätig (act. 53/6, Antwort zu Frage 3). Demgemäss vermochte er nichts darüber zu sagen, ob sich die Beklagte bereits am 30. Oktober 2007 vertraglich binden

wollte (Antwort auf Frage 13). Es kann daher auch dahingestellt bleiben, ob und inwiefern das abge-

- 31 - lehnte Verschiebungsgesuch des klägerischen Vertreters die Verwertbarkeit dieser Aussage beeinflusst hat (vgl. act. 59 S. 31).

#### **E. 4.3.2.2**

Keine Vergleichbarkeit mit BGE 112 II 326 Als Indiz für den tatsächlichen Parteiwillen beruft sich der Kläger auf BGE 112 II 326. In dieser Entscheidung habe sich das Bundesgericht auf den Standpunkt gestellt, dass der Austausch von Telexmeldungen darauf hinweise, dass ein Vertrag zustande gekommen sei und dass demzufolge der für den nächsten oder übernächsten Tag vorgesehene schriftliche Kaufvertrag nicht konstitutiv sei. Weiter habe das Bundesgericht darin ausgeführt, dass es im internationalen Geschäftsverkehr den Gepflogenheiten entspreche, dass die Parteien mit dem Austausch inhaltlich übereinstimmender Telexmeldungen auch eine vertragliche Verpflichtung eingehen wollen. Dies selbst dann, wenn die Parteien nachträglich noch eine Vertragsurkunde zu erstellen beabsichtigen. Der einzige Unterschied zwischen dem vorliegenden Sachverhalt und dem Sachverhalt, wie er sich in BGE 112 II 326 präsentierte, sei der, dass die Parteien vorliegend nicht per Telex sondern per Email miteinander kommunizierten resp. sich über das Ergebnis der vorangegangenen telefonischen Verhandlungen austauschten (act. 1 Rz. 43 ff.). Der Kläger verkennt dabei zunächst einmal, dass die Käuferin in dem dem Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegenden Fall die Annahme der Offerte ausdrücklich bestätigte und die Verkäuferin zugleich zur Erfüllungshandlung aufforderte. Im vorliegenden Streitfall forderte die Beklagte den Kläger jedoch nicht zur Erfüllung auf. Soweit man die Zusendung des Designs als Erfüllungshandlung erachtet, erfolgte diese unaufgefordert. Dieses Verhalten des Klägers kann der Beklagten nicht dahingehend angelastet werden, als man ihr vorhält, sie habe bereits mit der Erfüllung des Vertrages begonnen resp. den Erfüllungsbeginn verlangt. Damit unterscheiden sich die beiden Fälle in einem wesentlichen Punkt und sind deshalb nicht vergleichbar.

- 32 -

#### **E. 4.3.2.3**

Entstehungsgeschichte der jeweiligen Verträge Soweit sich der Kläger auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Gepflogenheiten im internationalen Geschäftsverkehr beruft, ist ihm entgegen zu halten, dass solche allgemeinen Gepflogenheiten überhaupt erst dann von Bedeutung sind, wenn keine anderslautende Praxis zwischen den Parteien besteht. In diesem Zusammenhang zeichnet der Kläger replicando seine Sichtweise der Entstehungsgeschichte sämtlicher Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien auf und leitet daraus ab, dass der Schriftform stets nur deklaratorische Bedeutung zugekommen sei (act. 20 Rz. 40). Diese Darstellung deckt sich allerdings nicht mit dem Bild, das sich aus den eingereichten Unterlagen, namentlich der Email-Korrespondenz ergibt: Zum "Cooperation Agreement" erklärt der Kläger, dass die grundsätzliche Einigung bereits am 6. September 2005 zustande gekommen sei. Daraufhin habe er bereits zu leisten begonnen, obwohl das Vertragsdokument noch nicht fertig gestellt gewesen sei (act. 20 Rz. 41). Zwar lässt sich nicht abstreiten, dass der Kläger im Hinblick auf die I.\_\_\_\_-Messe bereits vor schriftlichem Abschluss des "Cooperation Agreement" vom 5. Oktober 2005 tätig wurde. Am 22. August 2005 teilte er der Beklagten mit, dass er ein Konzept für den Korrelator zusammengestellt habe (act. 21/5). Am 14. September

2005 forderte er von der Beklagten einen "input concerning the menu and display presentation" (act. 21/8). Aus den Akten ergibt sich aber kein Anhaltspunkt dafür, dass diese Aufwendungen auch auf Wunsch der Beklagten vorgenommen wurden. Die Tätigkeiten vor dem 6. September 2005 wurden selbst nach Auffassung des Klägers ohne vertragliche Grundlage erbracht (siehe act. 20 Rz. 41). Nicht zu vergessen ist an dieser Stelle auch, dass sich die Parteien über die Lieferung eines noch herzustellenden Produktes einigen wollten resp. einigten. Naturgemäss bedarf es in solchen Fällen einer gewissen Vorarbeit seitens des Lieferanten, muss doch evaluiert werden, ob das geplante Projekt überhaupt realisierbar ist. Daraus kann noch nicht abgeleitet werden, dass bereits ein Vertrag geschlossen wurde. Dass er die notwendigen Materialien zur Produktherstellung bestellt habe, teilte der Kläger erst nach Abschluss des schriftlichen Vertrags mit (act. 25/4). Aus einer Email vom 26. Oktober 2005 geht hervor, dass der Kläger dannzumal mit der

- 33 - Entwicklung eines Prototypen beschäftigt war (act. 24 Rz. 18.2; act. 21/10). Angesichts des Umstands, dass der Kläger letztlich nur geringe Änderungen an einem bereits bestehenden Produkt vornehmen musste ("Gemeinsam zu entwickeln gab es nichts, ausser die Umformung und Anpassung der Umhüllung, damit es nach B'.\_\_\_\_\_ ausschaute"; act. 20 Rz. 35) und der Kläger bereits im August 2005 ein Konzept für die Realisierung des Korrelators erstellt hatte (act. 21/5), erstaunt es, dass das Vertragsprodukt dannzumal nicht bereits weiter ausgereift war und der Prototyp erst per 15. Dezember 2005 fertiggestellt werden sollte. Die Umstände sprechen deshalb eher dafür, dass der Kläger erst nach Unterzeichnung des Vertrages mit den vertraglich geschuldeten Arbeiten begann. Im Zusammenhang mit dem Abschluss des "Addendum 1" erklärte der Kläger der Beklagten am 12. Juni 2006 das Folgende (act. 21/18, Hervorhebungen nicht im Original): "[...] 1. We calculate a programming time of approx. 2 months including testing etc. As for the timescale : We would start immediately after signing the amendment/addendum of our agreement. This means that you would receive the software approx. 2 months later. [...]" Damit brachte der Kläger unmissverständlich zum Ausdruck, dass er erst nach schriftlicher Unterzeichnung eines Vertrags zur Ausführung von Arbeiten bereit war. Aus diesem Satz kann deshalb nur geschlossen werden, dass (auch) er selbst dem Formvorbehalt konstitutive Wirkung zukommen lassen wollte. Die Beklagte zeigte sich in der Email vom 22. Juni 2006 (act. 21/18) mit den Vorschlägen des Klägers einverstanden und bat ihn einstweilen die Email als Bestätigung zu akzeptieren und die Vereinbarung zur Unterzeichnung nachzusenden ("Could you please take this e-mail as confirmation and send the amendment for signature.") Daraufhin stellte sich für die Beteiligten die Frage, wer auf Seiten der Beklagten die Vereinbarung unterzeichnen würde. Es erhellt, dass auch die Beklagte grundsätzlich davon ausging, dass der Vertrag erst nach dessen Unterzeichnung bindende Wirkung haben würde. Ausnahmsweise sollte der Kläger

- 34 - dennoch bereits mit den Arbeiten beginnen, das "Addendum 1" aber schnellstmöglich unterzeichnet werden. Hätten die Parteien der Vertragsunterzeichnung lediglich Beweisfunktion zugemessen, wäre keine Eile geboten gewesen. Am 18. Juli 2006 schrieb die Beklagte allerdings dem Kläger (act. 21/19): "Dear A.\_\_\_\_\_ 1. Please confirm that you have sent us the agreement amendment. D.\_\_\_\_\_ will sign. We would like to get this in place and move forward with the PC version. [...]" Es zeigt sich, dass die Beklagte nach wie vor der Auffassung war, die Umsetzung des Vertragsinhalts bedürfe der vorgängigen Unterzeichnung des Vertrags. Der Kläger reagierte darauf wie folgt (act. 21/19): "Dear E.\_\_\_\_\_ I am very sorry for the delay in responding. The last few weeks have been

extremely hectic with unplanned trips and other issues. That is why I was not yet able to put together the amendment to our agreement as discussed. I'll leave early tomorrow morning for yet another trip and I shall not be able to do anything before next Wednesday. But I can assure you that this will not change anything with respect of the schedule which we have discussed. The laptop version will be delivered at the agreed date. Since the amendment is only the official formality of signing the conditions we have already agreed upon, I had instructed the programmer to start working on the windows-based program as if the amendment was already duly signed by both parties. ... [...]..."

Erstmals bezeichnete der Kläger damit die Unterzeichnung des Vertragsdokuments als bloße Formalität und setzte sich so in Widerspruch zu seinem bisherigen Standpunkt. Allerdings ging diese veränderte Darlegung des Bedeutungsgehalts der Formabrede mit dem Eingeständnis einher, selbst die Verzögerung bei der Vertragsunterzeichnung verursacht zu haben. Offensichtlich wollte der Kläger der Beklagten versichern, dass sein Produkt rechtzeitig fertig gestellt würde. In diesem Kontext erklärte er deshalb, dass er seine Techniker mit der Programmierung beauftragt habe, wie wenn die Vereinbarung bereits ordnungsgemäss von

- 35 - beiden Parteien unterzeichnet worden wäre. Damit ist zwar erstellt, dass der Kläger mit der Vertragsausführung begann, bevor das Schriftlichkeitserfordernis erfüllt war. Es wird aber auch klar, dass er hierzu insbesondere deshalb bereit war, weil er sich selbst die Schuld an der Verzögerung bei der Vertragsunterzeichnung zuordnete. Aus seinem Hinweis "as if the amendment was already duly signed by both parties" muss in diesem Sinne entnommen werden, dass er selbst der Auffassung war, der Vertrag hätte vor Beginn der Ausführungsarbeiten unterzeichnet werden müssen. Der Hinweis, dass die Unterschrift reine Formalität sei, erscheint dabei als blosser Versuch, sich gegenüber der Beklagten abzusichern, und diese von der Idee abzuhalten, aufgrund der Verzögerung oder aus anderen Gründen doch noch von der Vereinbarung zurückzutreten. Auch am 22. August 2006 hatte der Kläger die Vereinbarung noch nicht gesandt, weshalb er sich erneut für seine Verspätung entschuldigte und versicherte, dass der Fertigstellungstermin dadurch nicht verzögert werde (act. 21/20): "[...] I am very sorry for the long delay in sending you the agreement. I had to deal with a serious health problem of my mother which was very time consuming but seems partly solved now. But here are the good news: I have mailed 2 copies of the addendum already signed by myself. It has not delayed the delivery of the PC software though, as I had asked the programmer to start working on it when we received the green light from E.\_\_\_\_\_. It should therefore be ready by approx. mid September. Since we had agreed on all the important points anyway, signing the agreement will be a formalising act of what we had discussed and already agreed upon. [...]"

Erneut betonte der Kläger, dass die Unterzeichnung des Vertrags nur ein formaler Akt sei, wiederum im Zusammenhang mit der Entschuldigung für die Verspätung. Wenn es tatsächlich dem Willen der Parteien entsprochen hätte, dem Formvorbehalt lediglich Beweisfunktion zukommen zu lassen, fragt sich, weshalb der Kläger jedes Mal, wenn er sich für die verzögerte Zustellung der Vertragsunterlagen entschuldigte, darauf hinwies, dass diese nicht konstitutive Wirkung hätten. Ein sol-

- 36 - cher Hinweis wäre unnötig gewesen, wenn der Formvorbehalt ohnehin nur Beweisfunktion haben sollte. Das Verhalten des Klägers deutet vielmehr darauf hin, dass es gerade nicht der Usanz der Parteien entsprochen hatte, dem unterzeichneten Vertragsdokument lediglich Beweisfunktion zukommen zu lassen und er – der Kläger – in seiner Not (Verspätung) ausnahmsweise davon abweichen wollte. Soweit man die Hinweise

des Klägers betreffend Bedeutung des Vertragsdokumentes als Antrag auf Abänderung des Sinngehaltes des Formvorbehaltes sehen will, ist festzuhalten, dass sich aus den Unterlagen kein Akzept der Beklagten zeigt. Im Gegenteil forderte sie vom Kläger die rasche Zustellung der Unterlagen, offensichtlich in der Annahme, dass es ansonsten zu Lieferverzögerungen kommen könnte (siehe act. 21/19). Der vom Kläger schliesslich zugestellte Vertrag wurde von der Beklagten nicht in dieser Form akzeptiert. Sie wollte namentlich im Hinblick auf die Zahlungsmodalitäten eine andere Regelung treffen (act. 21/21: "... We do not agree that all licenses should be payable 'up front' at the beginning of the year, we would like to see an arrangement whereby they are paid proportionally as required, or at least proportionally through the year."). Dies zeigt, dass Ende August 2006 keine Einigkeit zwischen den Parteien bezüglich des Vertragsinhaltes bestand. Erst am

#### **E. 4.3.2.4**

Fehlende Einigung über sämtliche Vertragspunkte Gemäss klägerischer Sachdarstellung sollte das "Cooperation and Supply Agreement" die vorangegangenen Vereinbarungen, namentlich das "Cooperation Agreement" und das "Addendum 1" ersetzen (act. 20 Rz. 139). Damit erklärt sich auch, dass der Inhalt des "Cooperation and Supply Agreement" (act. 4/3) sowie das "Cooperation Agreement" (act. 4/1) in weiten Teilen deckungsgleich sind. Es fällt allerdings auf, dass das "Cooperation and Supply Agreement" nicht unwesentliche Unterschiede aufweist, die – dem Email-Verkehr der Parteien folgend – nie diskutiert wurden. So lockerte der Kläger in seinem Vertragsentwurf die Ziffern

#### **E. 4.3.2.5**

Gesetzliche Vermutung im Sinne von BGE 105 II 75 In BGE 105 II 75 hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Formvorbehalt der Schriftform bloss dann auf eine blosse Beweisfunktion reduziert werden dürfe, wenn er erst nach Einigung über den Inhalt des Vertrages verabredet wurde. Ein Verzicht auf eine zum vorneherein vorbehaltene Schriftform sei anzunehmen, wenn die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen würden (E. 1). Im vorliegenden Fall war die Schriftform von Anfang an vorgesehen. Zum einen entsprach es der Usanz (siehe dazu die Ausführungen weiter oben) und wurde von den Parteien auch nie zur Diskussion gestellt, zum anderen ergibt es sich ausdrücklich aus der Email von D.\_\_\_\_\_ (von der Beklagten) vom 30. Oktober 2007 (act. 4/9, Hervorhebungen nicht im Original): "A.\_\_\_\_\_ & G.\_\_\_\_\_ I am glad that we were able to make progress today – thank you for approaching the call in a positive light. The following summarises the key points to be included in a legal agreement: 1. We will produce a new agreement to define how we move forward. [...] Please review these and come back to me with any amendments so we can reach an agreed documented position which you can reach to form a new legal document.

- 40 - [...]" Aus dieser Email geht eindeutig hervor, dass die Beklagte die Schriftform – wie bis anhin – vorsah. D.\_\_\_\_\_ stellte klar, dass die Zusammenfassung der "key points" der Ausarbeitung eines Vertragswerkes dienen sollte. Dass die Schriftform dem Willen beider Parteien entsprach geht aus der Antwort-Email des Klägers hervor, worin dieser festhält (act. 4/8, Hervorhebungen nicht im Original): "[...] We have agreed that this document [gemeint ist die Email] will then be forwarded to our lawyer for a new legal agreement, clearly stating the binding commitment for a minimum order. [...]". Damit ist erstellt, dass die Parteien von Anfang an die Schriftform vorsahen, was im Übrigen auch gar nicht umstritten ist. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf der Formvorbehalt folglich

nicht auf eine blosser Beweisfunktion reduziert werden. Von einem vorbehaltlosen Verzicht auf die Form kann ebenfalls nicht ausgegangen werden: Im Gegenteil drängte der Kläger auf eine rasche Unterzeichnung des Vertrages (Email vom 1. November 2007, 16:48 Uhr; act. 4/8) und seitens der Beklagten wurde ausdrücklich festgehalten, dass das Dokument (der vom Kläger zugestellte Vertragstext) vom Verantwortlichen noch ein letztes Mal zu überprüfen und zu unterzeichnen sei (Email vom 2. November 2007, 14:20 Uhr; act. 4/9). Dabei spielt es keine Rolle, dass der Kläger unaufgefordert bereits das Design an die Beklagte sandte (act. 20 Rz. 145). Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist deshalb ebenfalls davon auszugehen, dass der Schriftform Genehmigungs- und nicht blosser Beweisfunktion zukommen sollte, die Parteien mit anderen Worten vor Vertragsunterzeichnung nicht gebunden sein wollten.

#### **E. 4.3.2.6**

Gerichtsstandsklausel Schliesslich sei auf die Gerichtsstandsklausel im "Cooperation and Supply Agreement" hingewiesen (act. 4/3 Ziffer 13.2.). Die Vereinbarung einer solchen Klausel bedarf gemäss Art. 17 Abs. 1 a LugÜ der Schriftlichkeit bzw. der mündli-

- 41 - chen Einigung mit schriftlicher Bestätigung (lit. a) oder aber einer Form, welche den Gepflogenheiten entspricht, die zwischen den Parteien entstanden sind (lit. b). Wie bereits ausführlich dargelegt, entsprach es den Gepflogenheiten der Parteien, ihre Verträge schriftlich abzufassen. Eine gültige Gerichtsstandsklausel hätte somit zumindest einer schriftlichen Bestätigung des mündlich Vereinbarten bedurft. Der Vertragsentwurf wurde unbestrittenermassen vom Kläger erstellt. In der Email-Korrespondenz findet sich kein Bezug auf eine Vereinbarung hinsichtlich einer Gerichtsstandsklausel. Der Vertrag wurde unbestrittenermassen nicht unterzeichnet. Es kam somit keine gültige Gerichtsstandsklausel zustande, was ebenfalls ein Indiz dafür darstellt, dass die Parteien vor Unterzeichnung des Vertrages nicht gebunden sein wollten. Nicht behauptet wurde, dass das Vertragsdokument eine Bestätigung des mündlich Vereinbarten darstellte.

#### **E. 4.3.3**

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger mit den angerufenen Beweismitteln nicht nachweisen kann, dass dem Formvorbehalt blosser Beweisfunktion zukommen sollte, und dass auch im Übrigen keine Anhaltspunkte vorliegen, welche die gesetzliche Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR zu entkräften vermögen. Mangels Unterzeichnung des "Cooperation and Supply Agreement" durch die Beklagte ist dieses folglich nicht gültig zustande gekommen, und der Kläger kann sich zur Begründung seiner Klage nicht darauf berufen. Die Klage ist deshalb im Hauptbegehren abzuweisen. 5. Eventualklage

#### **E. 5**

Klageänderung Der Kläger hat mit Eingabe der Replik sein Rechtsbegehren in mehrfacher Hinsicht ergänzt: In Ziffer 1 seines abgeänderten Rechtsbegehrens verlangt er neu auch den Kauf der PDA/PC devices für die Zeit vom 1. April 2008 bis 30. Juni 2009. Mit Ziffer 4 verlangt er sinngemäss, es sei eine Vorauszahlungspflicht der Beklagten zu erkennen. In Ziffer 5 des abgeänderten Rechtsbegehrens hat der Kläger die Stückzahl (im Vergleich zu Ziffer 4 des ursprünglichen Rechtsbegeh-

- 10 - rens) um 358 Vertragsprodukte (für das Jahr 2008) erhöht. Analog zu Ziffer 4 des abgeänderten Rechtsbegehrens verlangt er zudem auch im Rahmen seines

Eventualbegehrens, es sei eine Vorauszahlungspflicht der Beklagten zu erkennen (Ziffer 7 des abgeänderten Rechtsbegehrens). In Rz. 150 der Replikschrift (act. 20) verlangt der Kläger schliesslich, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm das "go ahead" zu dem von ihm vorgeschlagenen Design abzugeben oder ihm mitzuteilen, wie sie das Design haben wolle. Die Klageergänzung ist zulässig im Rahmen von § 61 Abs. 1 ZPO/ZH. Weil die neuen Ansprüche mit den bisher geltend gemachten Ansprüchen unmittelbar in Zusammenhang stehen und auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhen, und weil weder die Rechtsstellung der Beklagten durch eine Zulassung der Klageänderung wesentlich beeinträchtigt noch das Verfahren ungebührlich verzögert wird, ist die Klageänderung zuzulassen.

### **E. 5.1**

Auslegung des Eventualbegehrens Im Eventualbegehren verlangt der Kläger, es sei die Beklagte zu verpflichten, insgesamt 773 PDA/PC devices zum Stückpreis von GBP 1'841 zu kaufen. Wiederrum bedient sich der Kläger mit dem Wort "kaufen" eines Rechtsbegriffs und formuliert sein Rechtsbegehren damit nur ungenügend (siehe dazu Ziffer III.3.1. der Erwägungen). Das klägerische Eventualbegehren lässt sich indes wie folgt zusammenfassen:

- 42 - 1. Es sei die Beklagte zur Bestellung der vertraglich vereinbarten Mindestanzahl an PDA/PC devices zu einem bestimmten Preis zu verpflichten (abgeändertes Rechtsbegehren Ziffer 5); 2. Es sei der Kläger in Bezug auf die Bezahlung der Produkte zu berechtigen, die Rechnung bereits nach Bestelleingang oder Ausbleiben der Bestellung zu stellen und die Beklagte zu verpflichten die Rechnung zu bezahlen, bevor der Kläger für die Beklagte Vertragsprodukte herstellt oder zur Abholung durch die Beklagte bereitstellt (abgeändertes Rechtsbegehren Ziffer 7). Wie bereits im Rahmen der Hauptklage stellt sich die Frage, ob der Kläger sinn gemäss verlangt, die Beklagte zur Zahlung des Kaufpreises infolge Gläubigerverzugs resp. Schuldnerverzugs zu verpflichten. Mit Verweis auf die entsprechenden Ausführungen (Ziffer III.3.1. der Erwägungen) ist das abgeänderte Rechtsbegehren Ziffer 7 dahingehend auszulegen, dass der Kläger die Bezahlung des Kaufpreises gestützt auf das "Cooperation Agreement" in Verbindung mit dem "Addendum 1" fordert.

### **E. 5.2**

Anspruch auf Bestellung Wie schon im Zusammenhang mit dem Hauptbegehren ausgeführt, ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger auf die Bestellung der Beklagten angewiesen sein sollte und selbst wenn, wäre die Bestellpflicht keine eigentliche Pflicht sondern eine Obliegenheit, die nicht selbständig eingeklagt werden kann (siehe die Ausführungen in Ziffer III.3.3. der Erwägungen). Mithin ist das Begehren, es sei der Beklagten zu befehlen, die genannten Produkte beim Kläger zu bestellen, abzuweisen.

### **E. 5.3**

Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises Auch im Zusammenhang mit der Frage des Anspruchs auf Bezahlung des Kaufpreises kann auf die entsprechenden Ausführungen im Rahmen des Hauptbegehrens verwiesen werden (Ziffer III.3.4. der Erwägungen). Vorausgesetzt es erwächst aus dem "Cooperation Agreement" in Zusammenhang mit dem "Ad-

- 43 - dendum 1" eine Mindestbestellpflicht der Beklagten, so ist sie zur Zahlung des Kaufpreises für die zu bestellenden Produkte zu verpflichten. Die Höhe des Kaufpreises

ergibt sich aus dem Begehren: Der Kläger verlangt den Kauf von 773 Vertragsprodukten zum Stückpreis von GBP 1'841. Das ergibt einen Gesamtkaufpreis von GBP 1'423'093. In Bezug auf die Höhe dieses Kaufpreises erhebt die Beklagte keine Einwendungen. Vielmehr beschränkt sie sich im wesentlichen darauf, eine Mindestbestell- resp. -abnahmepflicht aus dem "Cooperation Agreement" und "Addendum 1" zu bestreiten. Sollte sich dieser Einwand jedoch als unzutreffend erweisen, steht der Gutheissung des klägerischen Anspruchs auf Bezahlung des Kaufpreises nichts mehr entgegen. Irrelevant erweist sich insbesondere der Einwand der Beklagten hinsichtlich der Kündigung des Vertragsverhältnisses (act. 15 Rz. 67): Die Kündigung hat grundsätzlich keine Rückwirkung (siehe GAUCH/SCHLUEP et al., a.a.O., Nr. 72; GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, § 38 N 23). Somit ist die Beklagte auch bei rechtmässig erfolgter Kündigung per 31. Dezember 2008 verpflichtet, die vertraglich vereinbarten Produkte für die Jahre 2006 bis 2008 zu bezahlen. Nichts anderes wird vom Kläger verlangt. 6. Mindestabnahmeverpflichtung

## E. 6

Nachklagevorbehalt In den Ziffern 3 und 6 des abgeänderten Rechtsbegehrens behält sich der Kläger vor, mittels Klageänderung oder neuerliche Klage weitere Forderungen zu stellen. Dieser Nachklagevorbehalt steht dem Kläger grundsätzlich zu, ist aber nicht erforderlich, denn nach der Dispositionsmaxime steht es dem Kläger frei, lediglich einen Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung geltend zu machen und eine Teilklage zu führen. Die materielle Rechtskraft des Urteils wird sich nur auf den eingeklagten Teil erstrecken (siehe FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17 zu § 54). Mit dem Nachklagevorbehalt erhebt der Kläger weder einen Leistungs- noch einen Feststellungsanspruch, weshalb der Vorbehalt auch kein Rechtsbegehren im eigentlichen Sinne darstellt. Demzufolge sind die Ziffern 3 und 6 des abgeänderten Rechtsbegehrens bei der nachfolgenden Beurteilung nicht zu berücksichtigen.

- 11 - III. Materielles 1. Anwendbares Recht Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (§ 57 ZPO/ZH). Es bestimmt insbesondere das auf die Sache anwendbare Recht. Der Kläger und die Beklagte gehen beide davon aus, dass auf ihren Fall schweizerisches Recht (unter Ausschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 ["Wiener Kaufrecht"; CISG; SR 0.221.211.1]) anwendbar ist (act. 1 Rz. 39; act. 15 Rz. 35 sowie sämtliche Äusserungen zur rechtlichen Bedeutung). Spätestens darin ist eine Rechtswahl zu erblicken. Die Rechtswahl ist zulässig im Lichte von Art. 116 Abs. 3 IPRG. Anwendbar ist somit schweizerisches Recht. 2. Vorbemerkung Im aufgehobenen Urteil vom 31. März 2010 (HG080155) befasste sich das Handelsgericht mit der Frage des Zustandekommens des "Cooperation and Supply Agreement" und im Rahmen des Eventualbegehrens mit der Frage, ob mit dem "Cooperation Agreement" und dem "Addendum 1" eine Mindestbestellpflicht der Beklagten vereinbart worden war. Nur bei Bejahung einer dieser Fragen kommt ein Anspruch des Klägers überhaupt in Frage. Das Handelsgericht gelangte ohne Durchführung eines Beweisverfahrens zum Schluss, dass beide Fragen zu verneinen seien, und wies die Klage ab. In seinem Zirkulationsbeschluss vom 19. Juli 2011 entschied das Kassationsgericht des Kantons Zürich sinngemäss, dass sich die eingangs gestellten Fragen nicht ohne Beweisverfahren klären liessen. Mithin ist nun grundsätzlich ein entsprechendes Beweisverfahren durchzuführen. Dies gilt aber nur dort bzw. dann, wenn

die Klage nicht ohnehin auch aus anderen Gründen abzuweisen ist (§ 133 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O. N 3 zu § 133 ZPO/ZH). Zu prüfen ist deshalb zunächst, ob die Klage bei Zustandekommen des "Cooperation and Supply Agreement" oder bei Feststellung einer Mindestbestellpflicht aus dem "Cooperation Agreement" und "Addendum 1" grundsätzlich gutgeheissen werden kann. Dann wird auch das Ergebnis des durchgeführten Beweisverfahrens zu würdigen sein.

- 12 - 3. Hauptbegehren

## **E. 6.1**

Parteistandpunkte

### **E. 6.1.1**

Kläger Der Kläger macht im Wesentlichen Folgendes geltend: Die Beklagte habe sich gestützt auf Ziffer 3/3.1. des "Addendum 1" in Verbindung mit Ziffer 4.2. des "Cooperation Agreement" verpflichtet, während fünf Jahren insgesamt mindestens 300 PDA-Versionen plus 25, 50 und dann 58 PC-Versionen pro Jahr von 2006 bis 2010 zu bestellen und anzunehmen (act. 1 Rz. 33 f. und act. 20 Rz. 223 ff.). Obwohl Ziffer 4.2. des "Cooperation Agreement" nicht von Mindestbezugsmengen spreche, sondern ihm, dem Kläger, nur gewisse Rechte einräume für den Fall, dass die Beklagte nicht mindestens 300 Produkte pro Jahr kaufe, sei offensichtlich, dass mit Abschluss des "Addendum 1" eine Mindestbestell-

- 44 - wie auch Ab-

nahmemenge von 300 PDA-Versionen plus den durchschnittlich 50 PC-Versionen vereinbart worden sei (act. 1 Rz. 34 und 57; act. 20 Rz. 227). Diese Mindestabnahmeverpflichtung ergebe sich aus der eindeutigen Überschrift von Ziffer 3/3.1. des "Addendum 1" wie auch aus dem klaren Wortlaut dieser Ziffer. Gemäss dieser Ziffer 3/3.1. habe die Beklagte nämlich die Pflicht, jedes Jahr eine bestimmte Mindestanzahl von "activation keys" für die PC-Software beim Kläger zu beziehen. Die Ziffer ende denn auch mit den Worten, dass die Mindestbezugsmengen für Produkte gemäss Ziffer 4.2. des "Cooperation Agreement" dementsprechend angepasst würden (act. 1 Rz. 55 und act. 20 Rz. 225). Die "activation keys" könnten nur zusammen mit den anderen Produkten genutzt werden. Der Erwerb einer Mindestzahl an Lizenzen ohne dazugehörige Produkte mache keinen Sinn. Es sei deshalb unglaublich, dass die Beklagte zwar eine Mindestabnahmepflicht für diese "activation keys" habe eingehen wollen, nicht jedoch für die eigentlichen Produkte selber, die zu diesen Lizenzen gehören (act. 1 Rz. 37 und Rz. 59, act. 20 Rz. 229). Beim "Addendum 1" sei es darum gegangen, den C.\_\_\_\_\_ nun auch mit einer PC- bzw. Laptop-Version anzubieten. Dafür habe durch ihn, den Kläger, eine neue Software geschrieben werden müssen. Hierzu sei er jedoch nur unter der Voraussetzung bereit gewesen, dass nun Mindestbestellmengen akzeptiert und vereinbart würden (act. 20 Rz. 47 f. und Rz. 55). Die Zahlung der Lizenzen sei ein Nebenprodukt gewesen, also nur ein Aspekt von "Addendum 1" und nicht das Einzige, was die Parteien hätten regeln wollen (act. 20 Rz. 124). Es stimme, dass er mit "J.\_\_\_\_\_" in Verkaufsgesprächen gestanden habe. Er habe indessen nicht verkauft und Verhandlungen seien heute keine mehr im Gang. Die von der Beklagten erklärte Kündigung sei daher zu Unrecht erfolgt und nicht wirksam (act. 20 Rz. 180).

### **E. 6.1.2**

Beklagte Die Beklagte wendet ein, dass in Ziffer 3.3. des "Cooperation Agreement" eine Anfangsbestellmenge von 100 Produkteinheiten vereinbart worden sei. Eine weitere Verpflichtung zum Bezug irgendwelcher Mindestmengen finde sich im Vertrag nicht. Gemäss 4.1. dieses Vertrages habe sie, die Beklagte, dem Kläger einen Preis von GBP 1'800 pro gelieferter Produkteinheit bezahlen müssen. Falls

- 45 - sie weniger als 300 Produkte pro Jahr beim Kläger bestellen sollte, so habe es diesem frei gestanden, den Produktpreis angemessen zu erhöhen oder entgegen der Exklusivitätsbestimmung in Ziffer 2.1. Produkte an Dritte zu liefern. Damit sei vertraglich die Konsequenz bei Nichterreichen einer Bestellmenge von 300 Produkten pro Jahr geregelt worden. Die Preiserhöhung sowie das Dahinfallen der Exklusivität seien somit die einzigen aus dem Nichterreichen der Bestellmengen resultierenden Sanktionen gewesen (act. 15 Rz. 50 ff.). Mit dem "Addendum 1" sei die Entwicklung einer neuen PC-Software in Angriff genommen worden. Damit der Kläger seine Kosten für die Entwicklung der Software - unabhängig von den späteren effektiven Bestellmengen - habe decken können, sei explizit eine gewisse Mindestbestellmenge für die Software-Lizenzen festgelegt worden. Es entspreche im Übrigen den Branchengepflogenheiten, die Entwicklung von Software getrennt von der Produktion der Hardware zu behandeln. Einer Einführung von Mindestbestimmungen für das Produkt C.\_\_\_\_\_ hätte sie, die Beklagte, nie zugestimmt (act. 15 Rz. 59 ff., act. 24 Rz. 62 ff.). Dem Wortlaut des "Addendum 1" lasse sich denn auch keine solche Verpflichtung entnehmen. Die Referenz auf Ziffer

## **E. 6.2**

Rechtliches: Vertragsauslegung Besteht Uneinigkeit über den Inhalt eines Vertrages, so ist dieser auszulegen. Das Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt nach diesem. Wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille nicht mehr feststellen lässt, so ist durch objektivierte (normative) Auslegung der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat das Gericht das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. In diesem Sinn ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (statt vieler GAUCH/SCHLUEP et al., Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9.A., Zürich 2008, Nr. 207, Nr. 1200 f. und Nr. 1226; BGE 125 III 305 E. 5; BGE 129 III 118 E. 2.5). Dabei hat der klare Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, des von den Parteien verfolgten Zweckes oder weiterer Umstände als nur scheinbar klar (BGE 128 III 265 E. 3a; BGE 129 III 118 E. 2.5; GAUCH/SCHLUEP et al., a.a.O., Nr. 1220 m.w.H.).

## **E. 6.3**

Subsumtion

### **E. 6.3.1**

Abweichende Parteibehauptungen Beide Parteien haben unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des tatsächlichen Konsenses. Der Kläger macht geltend, es habe beim Abschluss des "Addendum 1" dem Willen beider Parteien entsprochen, eine

Mindestbestellmenge von Korrelatoren festzulegen (act. 1 Rz. 57 ff.; act. 20 Rz. 194 ff.). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der klare Wortlaut des "Ad-

- 47 - dendum 1" ihren Willen, alleine eine Verpflichtung zum Bezug einer Mindestmenge von "activation keys" einzugehen, exakt wiedergebe (act. 24 Rz. 75.3.). Hingegen behauptet sie nicht, dass dies auch dem Willen des Klägers entsprochen habe. Die Beklagte bestreitet mithin einen tatsächlichen Konsens hinsichtlich einer Mindestabnahmemenge an Korrelatoren und macht einen Willensdissens geltend. Nachfolgend ist zunächst zu prüfen, ob ein normativer Konsens besteht, da die Beweislast für den Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens grundsätzlich jene Partei trägt, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa). Führt die Auslegung des Vertragsinhalts gemäss Vertrauensprinzip zum Schluss, dass die Parteien eine Mindestabnahme vereinbarten, ist der Kläger in seinem Vertrauen zu schützen. Andernfalls ist er zum Beweis des von ihm behaupteten tatsächlichen Parteiwillens zuzulassen (vgl. zur Vorgehensweise auch das Urteil des Bundesgerichts 4A\_683/2011 vom 6. März 2012, E. 5.1, 5.2).

### **E. 6.3.2**

Normative Auslegung

#### **E. 6.3.2.1**

Mindestabnahmeverpflichtung aus dem "Cooperation Agreement" Im "Cooperation Agreement" wird unter dem Titel "Pricing" folgendes festgehalten: "4.1. B'.\_\_\_\_\_ shall pay to A'.\_\_\_\_\_ GBP 1'800 per unit of Product supplied. [...].

#### **E. 6.3.2.2**

Mindestabnahmeverpflichtung gestützt auf das "Addendum 1" in Verbindung mit dem "Cooperation Agreement" Mit dem "Addendum 1" weiteten die Parteien ihre Zusammenarbeit auf eine Laptop-Version aus (Punkt 1 der Präambel, act. 4/2). Dabei war das Ziel, die Anzahl verkaufter Produkte pro Jahr um wenigstens 50 Einheiten zu steigern, ohne indes die Minimalanzahl der PDA-Einheiten gemäss dem "Cooperation Agreement" zu reduzieren (Punkt 2 der Präambel, act. 4/2). Unter dem Titel: "3. Minimum Order Quantities" hält das "Addendum 1" folgendes fest: "3.1. B'.\_\_\_\_\_ shall order from A'.\_\_\_\_\_ the following minimum number of activation keys for the PC Software each year: For 2006 25 licenses For 2007 50 licenses For 2008 to 2010 58 licenses and the minimum order quantities of Products under Section 4.2 of the Cooperation Agreement shall be increased accordingly." Der Kläger sieht in dieser Bestimmung in Verbindung mit Ziffer 4.2. des "Cooperation Agreement" die Verpflichtung der Beklagten zum Kauf von 773 noch ausstehenden Vertragsprodukten ("C.\_\_\_\_\_"). Ob diese bei normativer Auslegung dieser Vereinbarung tatsächlich besteht, ist nachfolgend zu prüfen. 6.3.2.2.1. Wortlaut/Zweck des "Addendum 1" Aus der Formulierung "... and the minimum order quantities of Products under Section 4.2 of the Cooperation Agreement shall be increased accordingly" will der Kläger seinen Anspruch auf eine Mindestbestellmenge ableiten. Tatsächlich wird in der entsprechenden Klausel die Bezeichnung "Minimum Order Quantities" verwendet, dies zum einen im Titel und zum anderen in der Verweisklausel auf Ziffer

### **E. 6.3.3**

Tatsächlicher Parteiwille Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Auslegung des "Cooperation Agreement" und des "Addendum 1" keine Verpflichtung der Beklagten zu einer Mindestbestellmenge ergibt. Die klägerische Behauptung hinsichtlich des tatsächlichen Parteiwillens weicht von diesem Auslegungsergebnis ab. Es wurde dem Kläger demgemäss der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass es bei Abschluss des "Addendum 1" dem Willen der Beklagten entsprach, sich zur Abnahme einer Mindestmenge von Korrelatoren zu verpflichten.

#### **E. 6.3.3.1**

Beweisverfahren Der Kläger berief sich zum Hauptbeweis auf seine persönliche Befragung sowie auf eine Reihe von Urkunden (act. 4/1, 4/2, 4/8, 21/27 sowie 21/28), die Beklagte wiederum auf die drei Zeugen D.\_\_\_\_, E.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ sowie diverse Urkunden (vgl. act. 40 S. 5 f.). Der Kläger sagte in der persönlichen Befragung aus, bei Abschluss des "Cooperation Agreement" habe F.\_\_\_\_ gesagt, er verstehe, dass der Kläger eine Mindestmenge bräuchte. Dann würde der Vertrag jedoch durch die Rechtsabteilung laufen müssen, was zu lange dauern würde. Er habe vorgeschlagen, dass man nur Zielmengen diskutiere und bei der nächsten Variante dann die Zielmengen, die sie (die Beklagte) wünschten und die er (der Kläger) als sinnvoll betrachte, festlegen würde. Das Addendum 1 sei für ihn (den Kläger) nicht nur die Erweiterung, sondern das Nachholen der im Grundvertrag nicht festgelegten Abnahmeverpflichtung gewesen (Prot. S. 17). Der Kläger bestätigte die Frage, ob sich die Beklagte bei Abschluss dieses Addendums zur Abnahme von Mindestmengen von Korrelatoren habe verpflichten wollen; er wisse dies aus dem, was im Vertrag stehe und was sie besprochen hätten, aber natürlich auch aus dem gleichzeitig - 54 - ausgehandelten Addendum 2 (Prot. S. 18). Dieses sei nicht unterzeichnet, da sie sich in Bezug auf ein wichtiges Element noch nicht einig gewesen seien, nämlich über den Preis für das Stand Alone-Gerät. In Bezug auf die übrigen Punkte inklusive der Tatsache, dass Minimum Quantities bestellt werden mussten, seien sie sich eigentlich einig gewesen. Der Kläger bekräftigt somit, dass das "Addendum 1" für ihn die im Grundvertrag nicht festgelegte Abnahmeverpflichtung nachgeholt habe. Für seine Kenntnis über den Willen der Beklagten verweist er in erster Linie auf den Vertragstext. Wie bereits dargelegt (oben Ziff. 6.3.2.2) lässt sich jedoch ein solcher Wille dem Vertragwortlaut selbst gerade nicht entnehmen. Was darüber hinaus von den Parteien besprochen wurde, führt der Kläger nicht näher aus; sofern er sich auf die wiedergegebene Äusserung von F.\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Abschluss des "Cooperation Agreement" bezogen haben sollte, so könnte für sich allein daraus nichts abgeleitet werden, zumal wenn im Rahmen der folgenden "Variante" des Vertrags (Addendum 1) zwar eine Ausweitung der Zusammenarbeit auf eine Laptop-Version stattfand, eine Mindestabnahmeverpflichtung aber gerade nicht eingeführt wurde. Ebenfalls nicht stichhaltig ist der Hinweis des Klägers auf die Verhandlungen über das "Addendum 2", welches unbestrittenermassen nicht zum Abschluss kam. Gemäss act. 21/27 sandte der Kläger der Beklagten am 5. Dezember 2006 einen Vorschlag des Vertragstextes gestützt auf die zuvor ("over a wonderful meal") geführten Gespräche. Die Beklagte liess dann aber am 18. Dezember 2006 verlauten, dass ernsthafte Bedenken bezüglich des erforderlichen Verkaufspreises des Geräts entstanden seien, wobei dies "obviously also affect the projected volumes" (act. 21/28). Es stand deshalb offenbar auch die demgemässige Einigung in Frage. Selbst wenn die Parteien aber dort Mindestabnahmemengen ausgehandelt hätten und sich diesbezüglich einig

gewesen wären, so könnte daraus kein Schluss auf den Willen der Beklagten bei Abschluss des "Addendum 1" im Oktober 2006, also rund zwei Monate früher, gezogen werden, wo solches gerade nicht geschah. Der Kläger beruft sich weiter auf act. 4/8, die Email-Korrespondenz der Parteien im Zusammenhang mit dem "Cooperation and Supply Agreement", woraus sich

- 55 - ergebe, dass die Parteien weiterhin von einer vergleichbaren Mindestbestellmenge von 300 Korrelatoren pro Jahr ausgegangen seien. Tatsächlich waren, wie gesehen, Mindestbestellmengen Gegenstand der Verhandlungen zwischen den Parteien zum "Cooperation and Supply Agreement". Zutreffend ist auch, dass die Parteien eine Abnahmeverpflichtung von 300 Stück pro Jahr während drei Jahren vorsahen und zudem verschiedene Varianten des Mengen/Preis-Verhältnisses diskutierten (vgl. act. 4/8 S. 3-4). Nicht ersichtlich ist hingegen, inwiefern sich aus dieser Korrespondenz Rückschlüsse auf eine bereits bei Abschluss des "Addendum 1" vereinbarte Mindestmenge ergeben sollen. Lediglich mit Bezug auf die PC-Lizenzen findet sich ein Hinweis auf die Fortführung einer Vereinbarung ("B'.\_\_\_\_\_ will continue to pay A'.\_\_\_\_\_ for 58 annual PC license at a cost of £150 per license in half yearly invoices of 29"; act. 4/8 S. 4). Dass diesbezüglich bereits eine Mindestabnahmeverpflichtung bestand ist jedoch unbestritten (oben Ziff. 6.3.2.2.1). Insgesamt führen deshalb weder die Aussagen des Klägers noch die von ihm bezeichneten Urkunden zur Überzeugung, dass es bei Abschluss des "Addendum 1" dem Willen der Beklagten entsprach, sich zur Abnahme einer Mindestmenge von Korrelatoren zu verpflichten. Auch insoweit vermöchte folglich selbst die Zulassung des Klägers zur Beweisaussage das Blatt nicht mehr zu wenden. Damit erübrigt es sich wiederum, näher auf die Gegenbeweismittel der Beklagten einzugehen; festzuhalten ist immerhin, dass sich die Zeugen D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ klar gegen die Vereinbarung einer Mindestabnahmemenge an Korrelatoren aussprachen (act. 51/6, 52/6 und 53/6, Antwort zu Fragen 19-20) und keine Zugeständnisse zugunsten des Klägers ersichtlich sind.

#### **E. 6.3.3.2**

Fazit Der Kläger vermochte den Nachweis nicht zu erbringen, dass es bei Abschluss des "Addendum 1" dem Willen der Beklagten entsprach, sich zur Abnahme einer Mindestmenge von Korrelatoren zu verpflichten. Es bleibt deshalb beim Ergebnis der Auslegung, dass sich aus dem "Cooperation Agreement" und dem "Ad-

- 56 - dendum 1" keine Verpflichtung der Beklagten zu einer Mindestbestellmenge ergibt. Entsprechend ist auch die Eventualklage abzuweisen. 7. Zusammenfassung Als Ergebnis ist die Klage sowohl im Haupt- als auch im Eventualbegehren abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Auszugehen ist vom Streitwert des Eventualbegehrens, der höher ist als derjenige des Hauptbegehrens. Der Streitwert beträgt somit umgerechnet CHF 2'907'140.- (773 Vertragsprodukte à GBP 1'841, mithin GBP 1'423'093 zum Kurs von 2.042832 vom 18. Juni 2008). Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr ist zu berücksichtigen, dass das Verfahren komplex und sehr aufwändig war und dass zahlreiche Prozesshandlungen / Verhandlungen notwendig waren. Die Prozessentschädigung bemisst sich nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006, da auf das Verfahren die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts Anwendung finden. Sie ist gestützt auf § 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und § 6 aAnwGebV auf die doppelte Grundgebühr festzusetzen. Mehrwertsteuer ist nicht zuzusprechen.

## E. 11

Oktober 2006 war der Kläger mit den Änderungswünschen der Beklagten einverstanden und ersuchte wiederum um Unterzeichnung des geänderten Vertragsdokuments (act. 21/22: "I have attached the amended agreement. If the changes are acceptable, I kindly ask you to print 2 copies having them signed by D.\_\_\_\_\_ and mailing them to me for further signature."). Unterzeichnet wurde das "Addendum 1" schliesslich am 30. Oktober 2006 (act. 20 Rz. 58; act. 24 Rz. 30). Erst nach Unterzeichnung des Vertrags wurde die Lieferung des Vertragsproduktes verlangt und durchgeführt (act. 20 Rz. 70; act. 24 Rz. 33), dies obschon die Software bereits seit dem 15. September 2006 fertig gestellt war (act. 20 Rz. 67). Wenn der Formvorbehalt keine konstitutive Bedeutung haben sollte, fragt sich, weshalb die Klägerin das fertig gestellte Produkt nicht bereits nach Fertigstellung lieferte und stattdessen zuwartete bis nach der Einigung über alle Vertragspunkte und der Unterzeichnung des Vertrags. Dieses Verhalten eignet sich jedenfalls

- 37 - nicht als Indiz dafür, dass es der Usanz zwischen den Parteien entsprach, den Formvorbehalt lediglich als Beweisform zu sehen. Im Zusammenhang mit dem unbestrittenermassen nicht zustande gekommenen "Addendum 2" ist festzuhalten, dass auch hier der Eindruck erweckt wird, dass der Schriftlichkeitsvorbehalt jeweils konstitutive Wirkung hatte. So schrieb der Kläger in seiner Email vom 5. Dezember 2006 (act. 21/27): "Dear E.\_\_\_\_\_ Attached please find my proposal for the Addendum 2 to our Cooperation Agreement. I believe that we have summarized all the points which we have discussed over a wonderful meal. Please check whether all the points are worded as we discussed. If yes, please pass this on to D.\_\_\_\_\_ for his signature. Let's not lose time again. Let's move forward with the project. The sooner we bring the formalities to a close, the sooner the C.\_\_\_\_\_ will be available for marketing and sale (might even influence your order take-in in March). [...]" Der Kläger führte aus, dass er alle Punkte zusammengefasst habe, die man anlässlich eines Essens diskutiert habe. Damit stellte er sich sinngemäss auf den Standpunkt, dass man sich bereits über den Vertragsinhalt geeinigt habe. So schrieb er im darauffolgenden Satz denn auch, dass der Empfänger E.\_\_\_\_\_ prüfen solle, ob alle Punkte wie besprochen in den Vertragstext aufgenommen wurden. Es war keine Rede davon, dass es sich bei einzelnen Punkten lediglich um Vorschläge im Sinne einer Offerte handle. Bezeichnenderweise sprach er aber noch nicht von einem Vertrag sondern lediglich vom "diskutierten Inhalt". Der Kläger bat alsdann darum, den Vertragstext zur Unterschrift an den Zeichnungsberechtigten weiterzureichen, und forderte die Beklagte auf, rasch zu handeln, damit nicht wieder Zeit verloren werde. Je schneller die Formalitäten erledigt seien, umso schneller könne auch das neue Produkt auf den Markt gebracht werden. Auch hier zeigt sich wieder, dass der Kläger selbst dem Formvorbehalt konstitutive Wirkung zumass. Hätten sich die Parteien – wie vom Kläger behauptet – jeweils mündlich geeinigt und wäre der schriftliche Vertrag im Nachgang jeweils lediglich

- 38 - als Beweisform abgefasst worden, hätte der Kläger sich konsequenterweise auf den Standpunkt gestellt, dass der Vertrag bereits anlässlich des Essens abgeschlossen wurde. Dies war offensichtlich nicht der Fall. Der Kläger signalisierte stattdessen, dass die Unterzeichnung des von ihm geschickten Vertrages das entscheidende Element zur Vertragsbindung darstellte. Der Hinweis, dass die Verfügbarkeit des Produktes "C.\_\_\_\_\_ " von der Erfüllung der Formalitäten abhinge, bestätigt dies. Auch das klägerische Verhalten im Zusammenhang mit dem "Addendum 2" lässt folglich annehmen, dass der Formvorbehalt nach dem Parteiwillen konstitutive Wirkung haben sollte und nicht

lediglich eine Beweisnorm darstellte. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus der Entstehungsgeschichte der einzelnen Verträge entgegen der klägerischen Auffassung nicht abgeleitet werden kann, dass die Parteien die Vertragsunterzeichnung bloss zu Beweis Zwecken vorsahen. Vielmehr indiziert das Partieverhalten, dass der Formvorbehalt konstitutive Wirkung hatte und das Zustandekommen der jeweiligen Verträge somit von der Erfüllung der Formvorschriften abhing. Der Umstand, dass der Kläger jeweils bereits vor Unterzeichnung der Vertragsdokumente tätig wurde führt nicht zu einer gegenteiligen Annahme. Diese Usanz verdrängt die allgemeinen Gepflogenheiten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

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